

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 262

**Abfindungsansprüche
zur Ergänzung oder Ablösung
des arbeitsrechtlichen
Bestandsschutzes**

Von

René Weißflog



Duncker & Humblot · Berlin

RENÉ WEISSFLOG

Abfindungsansprüche zur Ergänzung oder Ablösung
des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 262

Abfindungsansprüche zur Ergänzung oder Ablösung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes

Von

René Weißflog



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel hat diese Arbeit
im Jahre 2006 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2007 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-12464-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die Reform des Kündigungsschutzes ist einer der Dauerbrenner der rechtspolitischen Diskussion. Die anhaltende Debatte über eine Abkehr vom Prinzip des Bestandsschutzes hin zu gesetzlichen Abfindungsansprüchen bot mir in den vergangenen drei Jahren Gelegenheit für eine intensive wissenschaftliche Auseinandersetzung. Das Ergebnis meiner Überlegungen wurde im April 2006 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Vor Drucklegung des Manuskripts wurde dieses auf den aktuellen Stand gebracht, bis zum 31.01.2007 erschienene Rechtsprechung und Literatur konnte dabei berücksichtigt werden.

Danken möchte ich an dieser Stelle allen, die auf ihre Weise zum Gelingen dieser Dissertation beigetragen haben. Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Hartmut Oetker, der diese Arbeit betreut hat. An dessen Jenaer Lehrstuhl durfte ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig sein und dort wertvolle Erfahrungen sammeln. Er weckte nicht nur mein Interesse am Arbeitsrecht, auch hat seine effiziente und gründliche Arbeitsweise auf mich einen nachhaltig prägenden Eindruck hinterlassen. Bedanken möchte ich mich ferner bei Herrn Prof. Dr. Dieter Reuter für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Die FAZIT-Stiftung hat die Veröffentlichung mit einem großzügigen Druckkostenzuschuss gefördert. Auch dafür schulde ich aufrichtig Dank.

Den entscheidenden Anteil am Erfolg dieser Arbeit hat jedoch meine Frau Carolin, die mir den nötigen Freiraum ließ und deren Unterstützung ich mir immer gewiss sein konnte. Ihr und meinen beiden Kindern Paul und David ist dieses Buch gewidmet.

Berlin, im März 2007

René Weißflog

Inhaltsübersicht

§ 1	Einleitung.....	33
-----	-----------------	----

1. Teil

Reform des Kündigungsschutzes – Aufgabe des Bestandsschutzes zugunsten von Abfindungsansprüchen	40
--	-----------

§ 2	Abfindungsansprüche des Arbeitnehmers im System des Kündigungsschutzrechts de lege lata.....	40
§ 3	Die Kritik des geltenden Kündigungsschutzrechts – Wahrnehmung und Wirklichkeit	61
§ 4	Modelle einer Ergänzung oder Ablösung des Bestandsschutzes durch Abfindungsansprüche.....	97
§ 5	Abfindungsansprüche im Kündigungsschutzrecht der EU-Mitgliedstaaten	134

2. Teil

Die Abfindung nach § 1a KSchG – Anfang vom Ende des Bestandsschutzprinzips?	222
--	------------

§ 6	Normzweck und Rechtsnatur des Abfindungsanspruchs.....	224
§ 7	Der Tatbestand des § 1a KSchG.....	248
§ 8	Rechtsfolge: Anspruch auf Zahlung einer Abfindung	337
§ 9	Die Stellung des § 1a KSchG im System des arbeitsrechtlichen Bestands- schutzes	374

3. Teil

Abfindungsansprüche zur Ergänzung oder Ablösung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes im Lichte der Grundrechtsordnung des Grundgesetzes	382
---	------------

§ 10 Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers und Mehrdimensionalität der Grundrechte.....	384
§ 11 Die Multifunktionalität der Grundrechte – Einschlägige Grundrechtsfunktionen	400
§ 12 Kündigungsschutz unter dem Einfluss grundrechtlicher Schutzpflichten und Abwehrrechte	433
§ 13 Kontrolle der Regelungsvorschläge zwischen Untermaß- und Übermaßverbot.....	465

4. Teil

Abfindungen und Kündigungsschutz unter dem Einfluss supra- und internationalen Rechts 552

§ 14 Abfindungsansprüche im Kündigungsschutz unter dem Einfluss des Gemeinschafts- und Unionsrechts.....	552
§ 15 Internationalrechtliche Vorgaben für den nationalen Kündigungsschutz.....	580

5. Teil

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit 585

Literaturverzeichnis	596
Sachregister	649

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung	33
-----	------------------	----

1. Teil

Reform des Kündigungsschutzes –	
Aufgabe des Bestandsschutzes zugunsten von Abfindungsansprüchen	40

§ 2	Abfindungsansprüche des Arbeitnehmers im System des Kündigungs- schutzrechts de lege lata	40
A.	Abfindungsansprüche im Individualarbeitsrecht	42
I.	Abfindung nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil des Gerichts, §§ 9, 10 KSchG	42
II.	Erleichterte Auflösung des Arbeitsverhältnisses leitender Ange- stellter, § 14 Abs. 2 S. 2 KSchG	44
III.	Rechtsgeschäftliche Abfindungsvereinbarungen	45
1.	Abfindungsanspruch als Bestandteil eines Prozessvergleichs	46
2.	Abfindung und Abwicklungsvertrag	47
3.	Anwendbarkeit rechtsgeschäftlicher Grundsätze	48
a)	Vertragsschluss	49
b)	Widerruf gemäß § 312 Abs. 1 S. 1 BGB?	49
4.	Zweck der Abfindungszahlungen	50
5.	Der Einfluss des Arbeitsförderungsrechts auf die Verbreitung von Abfindungsvergleich und Abwicklungsvertrag	50
B.	Abfindungsansprüche im gesetzlichen kollektiven Arbeitsrecht	53
I.	Sozialplanabfindungen, § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG	53
II.	Anspruch auf Nachteilsausgleich, § 113 Abs. 1, 3 BetrVG	56
III.	Tarifliche Abfindungsansprüche	57
C.	Zusammenfassung	59

§ 3 Die Kritik des geltenden Kündigungsschutzrechts – Wahrnehmung und Wirklichkeit	61
A. Die rechtspolitische Diskussion im rechtswissenschaftlichen Schrifttum – Argumente für eine Abkehr vom überkommenen Bestandsschutzprinzip des KSchG	61
I. Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Anforderungen an eine sozial gerechtfertigte Kündigung	62
II. Der Abfindungsvergleich als Reaktion der Kündigungspraxis	64
III. Negative Wirkungen am Arbeitsmarkt – Kündigungsschutz als Beschäftigungshemmnis	66
IV. Schlussfolgerung: Abkehr vom Bestandsschutz hin zu einem Abfindungsschutz	68
V. Ziele der Reformbemühungen: Anpassung des Kündigungsrechts an die Kündigungspraxis und Belebung des Arbeitsmarktes	70
B. Kritik aus dem wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum – Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes	71
C. Empirische Analyse des Kündigungsschutzes – Ergebnisse der Rechtstatsachenforschung	72
I. Die Praxis des Kündigungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland	74
1. Der Anteil der Arbeitgeberkündigungen, Klagequote und Dauer von Kündigungsschutzprozessen	75
2. Die Häufigkeit von Abfindungen bei den arbeitgeberseitig gekündigten Arbeitsverhältnissen	79
3. Die Höhe der Abfindung	82
II. Kündigungsschutz und Arbeitsmarkt – Beschäftigungshemmnis und Ursachenfaktor der anhaltenden Massenarbeitslosigkeit?	85
1. Empirische Analysen auf länderübergreifender Ebene	85
a) Der Einfluss des Kündigungsschutzes auf die Arbeitslosen- und Beschäftigungsquote	85
b) Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Intensität des Kündigungsschutzes	88
c) Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf die Struktur von Beschäftigung und Arbeitslosigkeit	90
d) Zwischenergebnis	91

2. Empirische Untersuchungen zu den Auswirkungen des Kündigungsschutzes auf den deutschen Arbeitsmarkt	92
D. Zusammenfassung	94
§ 4 Modelle einer Ergänzung oder Ablösung des Bestandsschutzes durch Abfindungsansprüche	97
A. Reformmodelle aus dem rechtswissenschaftlichen Schrifttum	97
I. Generelle Abfindungspflicht betriebsbedingter Kündigungen	97
1. Regelungsmodelle	97
2. Regelungszweck	100
3. Kritik	102
II. Abfindung anstelle Bestandsschutz	103
1. Regelungsmodelle	103
2. Regelungszweck	104
3. Kritik	105
III. Abfindung oder Bestandsschutz	106
1. Regelungsmodelle	106
2. Das historische Vorbild: § 87 Abs. 1 BRG 1920	109
3. Regelungszweck	110
4. Kritik	111
IV. Abfindung anstelle Kündigungsschutz	112
1. Regelungsmodelle	112
2. Regelungszweck	114
3. Kritik	115
V. Vereinbarter Vorausverzicht auf Kündigungsschutz gegen Abfindungszahlung	116
1. Regelungsmodelle	116
2. Regelungszweck	118
VI. Reform des Sonderkündigungsschutzes	118
B. Reformmodelle aus dem wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum	119
I. <i>Kronberger Kreis</i> : Vorausverzicht gegen Abfindung	119

II. <i>Sachverständigenrat</i> : Vorausverzicht oder Ausschluss des Schutzes vor betriebsbedingten Kündigungen gegen Abfindungszahlung	120
III. Kritik.....	122
IV. <i>Jahn</i> : Aufgabe des Bestandsschutzprinzips bei betriebsbedingten Kündigungen	123
C. Reformvorschläge des Gesetzgebers.....	126
I. Kündigungsschutz im Spiegel der Bemühungen einer Kodifikation des gesamten Arbeitsrechts – die Entwürfe eines Arbeitsvertragsgesetzes.....	126
II. Aktuelle Reformvorschläge des Gesetzgebers	127
1. Kündigungsschutz im „Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Arbeitsrechts“ der Fraktion der CDU/CSU	127
2. Kritik.....	129
3. § 1a KSchG: Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung	131
D. Zusammenfassung.....	131
§ 5 Abfindungsansprüche im Kündigungsschutzrecht der EU-Mitgliedstaaten	134
A. Methodische Vorüberlegungen	135
I. Konzentration auf die Gestaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen bei nachrangiger Berücksichtigung der jeweiligen Rechtspraxis	135
II. Rechtsquellen.....	137
B. Grundzüge des Kündigungsschutzrechts.....	141
I. Das Erfordernis der sachlich begründeten Kündigung.....	141
1. Rechtsgrundlagen	141
a) Wirtschaftliche, personen- und verhaltensbedingte Kündigungsgründe.....	141
b) Schutz über Generalklauseln.....	143
2. Reichweite des Gebots der sachlichen Rechtfertigung	146
II. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich des Kündigungsschutzes – Beschäftigungsdauer und Unternehmensgröße.....	149
1. Wartezeit.....	149

2. Unternehmensgröße	150
III. Ordentliche und außerordentliche Kündigung	151
IV. Formelle und verfahrensmäßige Anforderungen an die Kündigung	153
V. Rechtsschutz gegen die Kündigung – gerichtliche Kontrolle ex post	158
VI. Abdingbarkeit	161
C. Abfindungsansprüche bei rechtmäßiger Kündigung des Arbeits- verhältnisses	162
I. Abhängigkeit der Abfindung von einem bestimmten Kündigungs- sachverhalt	162
1. Abfindungsansprüche ohne Rücksichtnahme auf den zugrunde liegenden Kündigungsgrund	162
2. Abfindung bei Kündigungen aus personenbedingten und wirtschaftlichen Gründen.....	165
3. Abfindung bei Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen.....	166
4. Kündigung ohne Abfindungspflicht.....	168
II. Höhe des Abfindungsanspruchs.....	169
1. Koppelung der Abfindungshöhe an die Beschäftigungsdauer	169
2. Stufenweiser Anstieg der Abfindung.....	172
III. Funktion der Abfindungsansprüche	174
IV. Zusammenfassung	176
D. Abfindung anstelle Kündigungsschutz.....	177
I. Ausschluss des Kündigungsschutzes gegen Abfindungszahlung in Frankreich bei Neueinstellungen und Arbeitsverträgen mit Jugendlichen	177
1. Beschränkung des Kündigungsschutzes bei Neueinstellungen („contrat nouvelles embauches“)	177
2. Beschränkung des Kündigungsschutzes im Ersteinstellungs- vertrag („contrat première embauche) für jugendliche Arbeitnehmer bis zu 26 Jahren	179
II. Gegenständlicher beschränkter Ausschluss des Kündigungs- schutzes gegen Abfindungszahlung in Portugal, der Slowakei und Spanien	181

E. Rechtsfolgen ungerechtfertigter und rechtswidriger Kündigungen zwischen Abfindungs- und Bestandsschutz	183
I. Terminologische Besonderheiten.....	183
II. Kündigungsschutz als Abfindungsschutz – Entschädigung anstelle Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses	185
1. Dänemark.....	185
2. Belgien.....	186
3. Finnland.....	187
III. Kündigungsschutz als Bestandsschutz – Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses statt Entschädigungszahlung	188
IV. Kombination von Entschädigung und Fortsetzung	189
1. Gewährleistung von Kündigungsschutz primär als Abfindungs- schutz – Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nur unter Beachtung zusätzlicher Voraussetzungen	189
a) Erfasste Rechtsordnungen.....	190
aa) England und Irland	190
bb) Frankreich und Luxemburg	193
cc) Malta.....	195
dd) Niederlande	195
ee) Polen.....	196
ff) Spanien.....	197
b) Zweck der Entschädigungszahlungen	198
c) Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei der Verletzung von Kündigungsverboten oder bestimmten formellen Fehlern der Kündigung	198
aa) Frankreich und Luxemburg	199
bb) Malta.....	200
cc) Niederlande	200
dd) Polen.....	201
ee) Spanien.....	202
d) Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag des Arbeit- nehmers.....	203

Inhaltsverzeichnis	15
aa) England und Irland	203
bb) Frankreich und Luxemburg	204
cc) Malta.....	205
dd) Niederlande	205
ee) Polen.....	205
ff) Spanien.....	206
e) Annahmeverzugslohn und Entschädigungszahlung.....	206
f) Zusammenfassung	207
2. Gewährleistung von Kündigungsschutz primär als Bestandsschutz.....	208
a) Erfasste Rechtsordnungen.....	208
aa) Italien.....	208
bb) Schweden.....	210
cc) Slowakei und Tschechien	210
b) Ausweichmöglichkeit auf eine Entschädigungszahlung	210
aa) Wahlrecht für Arbeitgeber und Arbeitnehmer	211
(1) Schweden	211
(2) Portugal, Slowakei und Ungarn.....	212
(3) Litauen und Slowenien	213
bb) Wahlrecht beschränkt auf den Arbeitgeber.....	214
cc) Wahlrecht beschränkt auf den Arbeitnehmer.....	215
c) Verpflichtung zur Zahlung von Annahmeverzugslohn	217
d) Zusammenfassung	217
F. Schlussfolgerungen auf die Rigidität des Kündigungsschutzes.....	218
G. Ergebnis	219

2. Teil

Die Abfindung nach § 1a KSchG – Anfang vom Ende des Bestandsschutzprinzips?	222
§ 6 Normzweck und Rechtsnatur des Abfindungsanspruchs.....	224
A. Die Funktion des § 1a KSchG.....	224

I.	Motivation des Gesetzgebers	224
II.	Normzweck.....	225
B.	§ 1a KSchG – ein gesetzlicher Abfindungsanspruch?.....	226
I.	Das Meinungsspektrum des rechtswissenschaftlichen Schrifttums zwischen gesetzlichem und rechtsgeschäftlichem Abfindungsanspruch.....	227
II.	Der Unterschied zwischen Willenserklärung, rechtsgeschäftsähnlicher Handlung und Realakt.....	228
III.	Der „Hinweis“ des Arbeitgebers als rechtsgeschäftliches Angebot auf Abschluss einer qualifizierten Abfindungsvereinbarung	230
1.	Grammatikalische Auslegung.....	230
2.	Systematische Auslegung	231
3.	Teleologische Auslegung.....	232
4.	Historische Auslegung.....	235
5.	Ergebnis.....	235
IV.	Verstreichenlassen der Klagefrist durch den Arbeitnehmer – die gesetzlich fingierte Annahmeerklärung.....	236
1.	Die Auffassung <i>Preis'</i>	236
2.	Das Verstreichenlassen der Klagefrist als gesetzlich fingierte Annahmeerklärung des Arbeitnehmers.....	238
V.	Der Anspruch auf Zahlung einer Abfindung nach Maßgabe des § 1a KSchG – ein gesetzlich qualifizierter, aber rechtsgeschäftlicher Anspruch	247
§ 7	Der Tatbestand des § 1a KSchG.....	248
A.	Anwendbarkeit des KSchG in sachlicher und persönlicher Hinsicht	248
B.	Ausspruch einer Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse, § 1a Abs. 1 S. 1 KSchG i.V.m. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG	250
I.	Ordentliche Beendigungskündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse.....	250
II.	Außerordentliche Beendigungskündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse.....	254
1.	Der Anwendungsbereich der außerordentlichen Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse mit sozialer Auslaufrist	254

2. Analoge Anwendung des § 1a KSchG.....	256
III. Abfindungsanspruch bei Ausspruch einer Änderungskündigung?.....	258
1. Ordentliche Änderungskündigung	258
a) Die Besonderheiten der Änderungskündigung gegenüber einer Beendigungskündigung.....	258
b) Anwendbarkeit des § 1a KSchG bei der ordentlichen Änderungskündigung.....	260
2. Außerordentliche Änderungskündigung	263
C. Der Vertragsschluss – Zustandekommen der Abfindungsvereinbarung.....	264
I. Das Angebot des Arbeitgebers – Hinweis, dass die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt ist und der Arbeitnehmer bei Verstreichenlassen der Klagefrist die Abfindung beanspruchen kann, § 1a Abs. 1 S. 2 KSchG.....	264
1. Formelle Voraussetzungen des Angebots, § 1a Abs. 1 S. 2 KSchG	265
a) Kündigung und Abfindungsangebot als einheitlicher Tatbestand.....	265
b) Schriftform, § 623 BGB.....	266
c) Hinweis des Arbeitgebers auf dringende betriebliche Erfordernisse.....	268
2. Zugang des Angebots.....	269
II. Die von § 1a Abs. 1 S. 1 KSchG gesetzlich fingierte Annahme- erklärung des Arbeitnehmers – Verstreichenlassen der Frist des § 4 S. 1 KSchG	272
1. Beginn der Klagefrist.....	273
a) Zugangsvereitelung und Zugangsverhinderung.....	273
b) Nichtlauf der Klagefrist, § 4 S. 4 KSchG.....	275
2. Eintritt der Annahmefiktion.....	278
a) Ausdrückliche Annahme vor Fristablauf	278
b) Ausdrückliche Ablehnung vor Fristablauf	279
c) Eintritt der Annahmefiktion trotz Klageerhebung bei anschließender Klagerücknahme?.....	280

d) Abfindung trotz Klageerhebung über den Umweg eines auf die Verletzung von Auskunftspflichten gestützten Schadensersatzanspruchs	283
D. Die Höhe der Abfindung, § 1a Abs. 2 KSchG	285
I. Die Berechnung der Abfindung	285
1. Bestand des Arbeitsverhältnisses	285
a) Der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses.....	286
b) Der ununterbrochene Bestand des Arbeitsverhältnisses.....	287
c) Auf- und Abrundung von Beschäftigungszeiten, § 1a Abs. 2 S. 3 KSchG	290
2. Höhe des Monatsverdienstes.....	291
II. Die von § 1a Abs. 2 KSchG abweichende Abfindung	294
1. Abweichung nach unten.....	294
a) Bewusstes Unterschreiten der Vorgaben des § 1a Abs. 2 KSchG	294
b) Unbewusstes Unterschreiten der Vorgaben des § 1a Abs. 2 KSchG	295
2. Abweichung nach oben.....	296
E. Rechtliche Schritte des Arbeitnehmers gegen die Kündigung nach Eintritt der Annahmefiktion des § 1a Abs. 1 S. 2 KSchG – Auswirkungen auf den Abfindungsanspruch.....	298
I. Abfindungsanspruch trotz nachträglicher Klagezulassung nach § 5 KSchG?.....	298
1. Voraussetzungen eines erfolgreichen Antrags nach § 5 Abs. 1 S. 1 KSchG im Lichte des § 1a KSchG – Fallgruppen der unverschuldeten Fristversäumnis.....	298
2. Auswirkungen des Zulassungsantrags auf die Abfindungs- vereinbarung	302
a) Lösungswege	303
b) Ergänzende Vertragsauslegung der Abfindungsvereinbarung	304
c) Rückabwicklung der Abfindungsvereinbarung.....	309
II. Abfindungsanspruch und verlängerte Anrufungsfrist gemäß § 6 S. 1 KSchG	309

1. § 6 S. 1 KSchG – eine Norm ohne Anwendungsbereich?.....	310
2. Auswirkungen des § 6 S. 1 KSchG auf die Abfindungs- vereinbarung nach § 1a KSchG	312
III. Wiedereinstellungsanspruch und Abfindungsvereinbarung	314
F. Stellvertretung und Willensmängel bei Vertragsschluss	320
I. Der Hinweis des Arbeitgebers	320
1. Stellvertretung	320
a) Abfindungsangebot und Unwirksamkeit der Kündigung nach § 174 S. 1 BGB	320
b) Abfindungsangebot und Unwirksamkeit der Kündigung nach § 180 S. 1 BGB	324
2. Anfechtung	326
a) Erster Bezugspunkt der Anfechtung: der Kündigungsgrund.....	326
b) Zweiter Bezugspunkt der Anfechtung: die Abfindungshöhe	329
II. Die fingierte Annahmeerklärung des Arbeitnehmers.....	330
1. Anfechtung	330
a) Die gesetzlich fingierte Annahmeerklärung als tauglicher Anfechtungsgegenstand?	331
b) Anfechtung wegen fehlenden Erklärungsbewusstseins analog § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB?	332
c) Rechtsfolgenirrtum, § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB	333
d) Arglistige Täuschung, § 123 Abs. 1 BGB.....	333
e) Rechtsfolge einer erfolgreichen Anfechtung.....	336
2. Stellvertretung, § 180 S. 3 BGB	336
§ 8 Rechtsfolge: Anspruch auf Zahlung einer Abfindung.....	337
A. Entstehen und Fälligkeit des Abfindungsanspruchs	337
I. § 1a Abs. 1 S. 1 KSchG als Fälligkeitsregelung	337
II. Außerordentliche Kündigung und andere Beendigungstatbestände vor und nach Ablauf der Klagefrist.....	339
B. Anwendbarkeit tariflicher und einzelvertraglich vereinbarter Ausschlussfristen auf den Abfindungsanspruch.....	343
C. Pfändung, Aufrechnung, Abtretung	345

D. Verzug und Rücktritt wegen Nichtleistung	346
E. Widerruf gemäß § 312 Abs. 1 S. 1 BGB?	347
F. Insolvenz des Arbeitgebers	349
G. Verhältnis zu Abfindungsansprüchen aus Sozialplänen, § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG, und Ansprüchen auf Nachteilsausgleich, § 113 Abs. 1 und 3 BetrVG	350
I. Wechselseitige Anrechnung bei Aufeinandertreffen mehrerer Abfindungsansprüche?	350
1. Der Zweck der jeweiligen Abfindungsansprüche	351
a) Sozialplanabfindungen	351
b) Nachteilsausgleich	353
c) Abfindung nach § 1a KSchG	353
2. Ausschluss der Anrechnung	354
II. Erweiterung der Regelungsbefugnis der Betriebspartner bei der Aufstellung eines Sozialplans wegen § 1a KSchG?	356
H. Auswirkungen des § 1a KSchG auf das Arbeitsförderungsrecht nach dem SGB III	360
I. Beitragspflicht	361
II. Abfindungsanspruch und Sperrzeit, § 144 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III	361
1. Der Lösungstatbestand in der Rechtsprechung des BSG zum Abwicklungsvertrag	363
2. Abfindungsvereinbarung gemäß § 1a KSchG und Lösungstatbestand	367
III. Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld, § 143a Abs. 1 S. 2 SGB III	370
IV. Erstattungspflicht des Arbeitgebers, § 147a Abs. 1 Satz 1 SGB III	371
I. Steuerrechtliche Behandlung des Abfindungsanspruchs aus § 1a KSchG	371
§ 9 Die Stellung des § 1a KSchG im System des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes	374
A. Ablösung oder Ergänzung des Bestandsschutzprinzips?	374
B. § 1a KSchG im System rechtsgeschäftlicher Abfindungsansprüche	375

I. Abfindungsvereinbarungen unter Nichtbeachtung der Voraussetzungen des § 1a KSchG	376
II. Vorteile des von § 1a KSchG bereitgestellten Verfahrens	378
C. Reaktionen auf § 1a KSchG – Ausblick auf den weiteren Gang der Reformdebatte	380

3. Teil

Abfindungsansprüche zur Ergänzung oder Ablösung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes im Lichte der Grundrechtsordnung des Grundgesetzes	382
---	-----

§ 10 Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers und Mehrdimensionalität der Grundrechte	384
A. Die Intensität der Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers	384
B. Grundrechtsschutz gegen zwingende Rechtsnormen des Privatrechts mit gemeinschaftsrechtlichem Hintergrund	388
I. Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte des GG bei der Umsetzung von Richtlinien	390
II. Spielräume des Gesetzgebers bei der Umsetzung von arbeitsrechtlichen Richtlinien	392
1. Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG	393
2. Europäische Betriebsräterichtlinie 94/45/EG, SE-Richtlinie 2001/86/EG, SCE-Richtlinie 2003/72/EG, Verschmelzungs-Richtlinie 2005/56/EG, Konsultations-Rahmenrichtlinie 2002/14/EG	394
3. Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG	396
4. Gleichbehandlungsrichtlinien 76/207/EWG bzw. 2006/54/EG, 2000/43/EG und 2000/78/EG	396
5. Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG	397
6. Elternurlaubsrichtlinie 96/34/EG	398
7. Umsetzungsspielräume hinsichtlich der Sanktion von Richtlinienverstößen	398
§ 11 Die Multifunktionalität der Grundrechte – Einschlägige Grundrechtsfunktionen	400
A. Grundrechtliche Schutzpflichten im Privatrecht	400

I. Begriffsbestimmung	400
II. Entwicklung grundrechtlicher Schutzpflichten im Spiegel der Rechtsprechung des BVerfG.....	401
III. Die Schutzpflichtdimension im System der Grundrechtsdogmatik – Begründungsansätze und Argumentationsstrukturen	402
IV. Struktur grundrechtlicher Schutzpflichten – Tatbestand und Rechtsfolge	406
1. Ermittlung des einschlägigen Grundrechtsguts	407
2. Drohende Beeinträchtigung durch privates Handeln	407
3. Umfang und Ausmaß der Schutzpflicht	408
a) Der Schutzauftrag als Konfliktschlichtungsauftrag an den Gesetzgeber	408
b) Umfang des Schutzauftrags	410
aa) Prüfungsmaßstäbe des BVerfG.....	410
bb) Kontrolle am Maßstab des Untermaßverbots.....	413
c) Die Einbindung kollidierender Grundrechtsgüter in das Prüfungsprogramm	415
(1) Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zwischen Unter- und Übermaßverbot?.....	415
(2) Multipolare Grundrechtskollisionen	417
c) Das Prüfungsprogramm des Untermaßverbots	418
B. Soziale Leistungsansprüche und Grundrechte	420
I. Soziale Gestaltung durch den Gesetzgeber aufgrund sozialer Grundrechtsgehalte	421
II. Sozialstaatsprinzip	423
C. Grundrechtliche Abwehrrechte im Kontext gesetzlicher Regelungen des Privatrechts	424
I. Schutzbereich des betroffenen Grundrechts.....	425
II. Hoheitlicher Eingriff in den Schutzbereich.....	425
III. Rechtfertigung des Eingriffs	429
D. Grundrechtliche Abwehrrechte gegen privatrechtliche Gesetze und deren Verhältnis zu den Schutzpflichten	431

§ 12 Kündigungsschutz unter dem Einfluss grundrechtlicher Schutzpflichten und Abwehrrechte	433
A. Allgemeiner Kündigungsschutz	434
I. Grundrechtspositionen des von einer Kündigung betroffenen Arbeitnehmers	434
1. Arbeitsplatzwahlfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	434
a) Das aus der Schutzpflichtendimension des Art. 12 Abs. 1 GG abgeleitete Gebot eines Mindestmaßes arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes	434
b) Kritik.....	436
c) Ergebnis.....	438
2. Eigentum am Arbeitsplatz, Art. 14 Abs. 1 GG	439
II. Kollidierende Grundrechtspositionen des Arbeitgebers.....	440
1. Kündigungsfreiheit als Ausdruck der von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Unternehmerfreiheit	440
2. Kündigungsfreiheit unter dem Schutz der Eigentumsfreiheit, Art. 14 Abs. 1 GG?	441
III. Kündigungsschutz als Marktzutrittsschranke – Art. 12 Abs. 1 GG und der Schutz der Outsider.....	442
1. Eingriff in die Arbeitsplatzwahlfreiheit aufgrund der Besetzung von Arbeitsplätzen mit kündigungsgeschützten Arbeitnehmern	443
2. Einschränkung der Arbeitsplatzwahlfreiheit aufgrund einer generell einstellungshemmenden Wirkung des Kündigungsschutzes	444
a) Auswirkung von Einstellungshemmnissen auf das Schutzgut der Arbeitsplatzwahlfreiheit.....	445
b) Abwehrrecht des Arbeitssuchenden oder Schutzpflicht?.....	446
c) Eingriffsqualität des Kündigungsschutzes im Hinblick auf die Marktzutrittschancen Arbeitssuchender.....	447
IV. Zusammenfassung	448
B. Sonderkündigungsschutz.....	449
I. Kündigungsschutz während der Schwangerschaft und nach der Entbindung, Art. 6 Abs. 4 GG	449
1. Schutz von Schwangeren und Müttern durch Art. 6 Abs. 4 GG	449

2. Kollidierende Interessen arbeitsuchender Frauen – das aus Art. 3 Abs. 2 GG folgende Gleichberechtigungsgebot.....	451
II. Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG.....	454
1. Gleichstellungsgebot zugunsten behinderter Arbeitnehmer.....	454
2. Kollidierende Interessen arbeitsuchender Schwerbehinderter – das aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG folgende Gleichberechtigungs- gebot	458
III. Kündigungsschutz betriebsverfassungsrechtlicher Mandatsträger.....	459
1. Grundrechtliche Fundierung der Betriebsverfassung?	460
2. Betriebsverfassung als Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips	462
3. Folgerungen für den Kündigungsschutz betriebsverfassungs- rechtlicher Funktionsträger	463
IV. Zusammenfassung	464
C. Grundrechtsträger.....	464
§ 13 Kontrolle der Regelungsvorschläge zwischen Untermaß- und Übermaßverbot.....	465
A. Gang der Untersuchung.....	465
B. Grundrechtskontrolle einzelner kündigungsschutzrechtlicher Elemente in Beziehung zum Gesamtkonzept des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes.....	466
C. Abfindung anstelle Bestandsschutz.....	467
I. Das zugunsten des Arbeitnehmers eingreifende Untermaßverbot.....	467
1. Grundrechtliche Interessen des Arbeitnehmers – Art. 12 Abs. 1 GG und das Recht auf Bestandsschutz	467
a) Die Auffassung des BVerfG	468
b) Die in der Literatur vertretenen Positionen	469
c) Grundrechtliche Bewertung	471
aa) Eignung eines Abfindungsschutzes im Hinblick auf die Anforderungen des Untermaßverbotes	471
bb) Die in die Abwägung einzubeziehenden grundrechtlichen Interessen des Arbeitnehmers	472
2. Kollidierende grundrechtliche Rechtspositionen	475

a) Zur Bedeutung des vom BVerfG entwickelten Stufen-Dogmas	475
b) Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers.....	479
c) Zugangsinteressen Arbeitsuchender.....	479
3. Verbleib einer dem Arbeitnehmer zumutbaren Schutzlücke – Angemessener Ausgleich der gegenläufigen Grundrechtspositionen	480
a) Einfluss der kollidierenden Grundrechtspositionen auf die durch das Untermaßverbot gezogene Grenze.....	481
b) Das Ausmaß der durch einen Systemwechsel auftretenden Schutzlücke.....	483
c) Höhe der Abfindung	485
d) Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei verhaltens- und personenbedingten Kündigungen?	488
e) Abweichende Behandlung der außerordentlichen Kündigung	489
II. Verletzung des Übermaßverbots	493
1. Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers.....	493
2. Besondere Berücksichtigung der Situation des Kleinunternehmer-Arbeitgebers	495
3. Zugangsinteressen Arbeitsuchender.....	497
III. Ergebnis	498
D. Abfindung oder Bestandsschutz	499
E. Abfindung bei betriebsbedingter Kündigung	500
I. Verletzung des Untermaßverbots.....	500
II. Verletzung des Untermaßverbots bei gleichzeitiger Absenkung der bei einer rechtswidrigen Kündigung zu zahlenden Abfindung	501
III. Verletzung des Übermaßverbots der gegenläufigen Berufsausübungsfreiheit des Arbeitgebers.....	503
IV. Ergebnis	506
F. Abfindung anstelle Sozialauswahl	507
I. Verstoß gegen das Untermaßverbot	507

1. Die Sozialauswahl als grundrechtlich garantierter Kernbestand- teil des Kündigungsschutzes bei betriebsbedingten Kündigungen	508
a) Rechtsgrundlage des Gebots einer Auswahl nach sozialen Kriterien.....	508
b) Konkretisierung und inhaltliche Ausformung des Gebots zur Sozialauswahl in Rechtsprechung und Literatur	510
c) Würdigung	512
2. Umwandlung der Sozialauswahl in einen nach sozialen Kriterien bemessenen Abfindungsanspruch.....	515
II. Verstoß gegen das Übermaßverbot	518
III. Ergebnis	519
G. Abfindung anstelle Kündigungsschutz.....	519
I. Der zwingende Charakter des Kündigungsschutzes nach geltendem Recht	519
II. Gesetzlicher Ausschluss der gerichtlichen Kontrolle.....	520
1. Arbeitsplatzwahlfreiheit des Arbeitnehmers, Art. 12 Abs. 1 GG.....	521
2. Der aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Justizgewährungsanspruch.....	522
a) Grundlagen	522
b) Auswirkungen auf den Ausschluss des Kündigungsschutzes gegen Zahlung einer Abfindung	525
3. Ergebnis	526
III. Vertraglich vereinbarter Verzicht auf Kündigungsschutz.....	526
1. Verzicht auf den grundrechtlich gebotenen Mindestkündigungsschutz	527
a) Die Rechtsprechung des BAG zum Vorausverzicht auf die Befristungskontrollklage.....	528
b) Verzicht auf Grundrechtsschutz – die Grenzen der individuellen Verfügung über Grundrechtspositionen	528
2. Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage – Verzicht auf den Justizgewähranspruch?	534
3. Anforderungen an die Verzichtserklärung – von der Freiwilligkeit zum Erfordernis der materiellen Vertragsparität	535

4. Vertraglicher Vorausverzicht bei Abschluss des Arbeitsvertrages	537
5. Vertraglicher Verzicht während des Laufs des Arbeitsverhältnisses.....	543
6. Exkurs: § 1a KSchG	544
7. Ergebnis	545
H. Zusammenfassung	545
I. Abfindung und Sonderkündigungsschutz.....	546
I. Schwangere und Mütter, Art. 6 Abs. 4 GG.....	546
II. Schwerbehinderte Arbeitnehmer, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG	548
III. Betriebsverfassungsrechtliche Funktionsträger.....	550
IV. Zusammenfassung	551

4. Teil

Abfindungen und Kündigungsschutz unter dem Einfluss supra- und internationalen Rechts 552

§ 14 Abfindungsansprüche im Kündigungsschutz unter dem Einfluss des Gemeinschafts- und Unionsrechts.....	552
A. Der Einfluss des sekundären Gemeinschaftsrechts auf den Kündigungsschutz	552
I. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben zur Sanktion von Richtlinienverstößen	554
1. Abfindung anstelle Bestandsschutz	555
a) Gleichbehandlungs-Rahmenrichtlinie 2000/78/EG	555
b) Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG.....	558
c) Konsultations-Rahmenrichtlinie 2002/14/EG	559
d) Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG	561
2. Verzicht auf Kündigungsschutz	563
a) Privatautonomer Verzicht bei Abschluss des Arbeitsverhältnisses.....	564
b) Privatautonomer Verzicht während des bestehenden Arbeitsverhältnisses	564

II. Rechtsschutz	566
III. Ergebnis	566
B. Grundrechtsordnung der Europäischen Union	567
I. Gemeinschaftsgrundrechte de lege lata.....	567
1. Fundament der Gemeinschaftsgrundrechte	567
2. Schutzpflichtdimension der Gemeinschaftsgrundrechte	570
3. Bindung des nationalen Gesetzgebers an Gemeinschaftsgrundrechte im Rahmen des Kündigungsschutzes	572
4. Ergebnis.....	575
II. Gemeinschaftsgrundrechte de lege ferenda – Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung durch Art. II-90 EU-Verf.	575
1. Gewährleistungsumfang	576
2. Bindung der Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte de lege ferenda.....	578
§ 15 Internationalrechtliche Vorgaben für den nationalen Kündigungsschutz	580
A. Konvention zum Schutze der Menschenrecht und Grundfreiheiten (EMRK)	580
B. Revidierte Europäische Sozialcharta (ESC)	580
C. Das Recht der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO).....	581
I. Allgemeiner Kündigungsschutz.....	581
II. Sonderkündigungsschutz	582
D. Ergebnis	584
<i>5. Teil</i>	
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Arbeit	585
Literaturverzeichnis	596
Sachregister	649

Abkürzungsverzeichnis

AK	Αστικός Κώδικας (Astikos Kodikas/Zivilgesetzbuch, Griechenland)
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz (Österreich)
BBA	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen (Außerordentliche Verordnung zur Regulierung der Arbeitsbeziehungen, Niederlande)
BKG	Gesetz vom 13.03.2003 über die besonderen Grundzüge der betriebsbedingten Auflösung von Arbeitsverhältnisses und über die Änderung einiger Gesetzes (Ustawa z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn nie dotyczących pracowników, Polen)
BMVG	Betriebliches Mitarbeitervorsorgegesetz (Österreich)
BR	Lietuvos Respublikos Bedarbių Remimo (Gesetz zur Unterstützung der Arbeitslosen, Litauen)
BW	Nieuwe Burgerlijk Wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch, Niederlande)
Cass. Ass. plén.	Cour de Cassation, Assemblée plénière (Plenarversammlung des Kassationsgerichtshofs, Frankreich)
Cass. Soc.	Cour de Cassation, Chambre Sociale (Sozialkammer des Kassationsgerichtshofs, Frankreich)
CC	Codice Civile (Zivilgesetzbuch, Italien)
CC	Convention Collective (Kollektivvereinbarung, Belgien)
CT	Código do Trabalho (Arbeitsgesetzbuch, Portugal)
CT	Code du Travail (Arbeitsgesetzbuch, Frankreich)
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag
DK	Lietuvos Respublikos darbo kodeksas (Litauen)
DI.	Darba likums (Arbeitsgesetz, Lettland)
DRdA	Das Recht der Arbeit (Zeitschrift, Österreich)
Dr. soc.	Droit social (Zeitschrift, Frankreich)
EA 2002	Employment Act 2002 (Gesetz über die Beschäftigung, Großbritannien)
ECB	European Central Bank (Europäische Zentralbank)

EIRA	Employment and Industrial Relations Act (Gesetz zur Regelung der Beschäftigung und der Arbeitsbeziehungen, Malta)
ERA 1996	Employment Rights Act 1996 (Gesetz über die Rechte der Arbeitnehmer, Großbritannien)
ERA 1999	Employment Relations Act 1999 (Gesetz über Beschäftigungsbeziehungen, Großbritannien)
E.T.	Estatuto de los Trabajadores (Arbeitnehmerstatut, Spanien)
EU-Verf.	Vertrag über eine Verfassung für Europa
Fl.	Funktionærlov (Angestelltengesetz, Dänemark)
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
ICR	Industrial Cases Report (Entscheidungssammlung, Großbritannien)
ifo	ifo Institut für Wirtschaftsforschung
IJCLLR	International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (Zeitschrift)
IRLB	Industrial Relations Law Bulletin (Zeitschrift, Großbritannien)
IZA	Institut zur Zukunft der Arbeit
JBl.	Juristische Blätter (Zeitschrift, Österreich)
KP	Kodeks Pracy (Arbeitsgesetzbuch, Polen)
L	Legge (Gesetz, Italien)
LAS	Lagen om anställningsskydd (Arbeitsschutzgesetz, Schweden)
LCT	Loi relative aux contrats de travail (Arbeitsvertragsgesetz, Belgien)
LCT	Loi modifiée du 24 mai 1989 sur le contrat de travail (Arbeitsvertragsgesetz, Luxemburg)
LDFE	Loi portant des dispositions en faveur de l'emploi (Gesetz zur Förderung der Beschäftigung, Belgien)
LEC	Loi pour l'égalité des chances (Gesetz zur Verwirklichung der Chancengleichheit, Frankreich)
LFE	Loi relative aux fermetures d'entreprises (Gesetz betreffend Unternehmensstilllegungen, Belgien)
LLD	Loi tendant à lutter contre la discrimination (Gesetz zur Bekämpfung der Diskriminierung, Belgien)
LMFE	Loi modifiée du 23 juillet 1993 portant diverses mesures en faveur de l'emploi (Gesetz betreffend verschiedene Maßnahmen zur Förderung der Beschäftigung, Luxemburg)

LPT	Loi du 1er août 2001 concernant la protection des travailleuses enceintes, accouchées et allaitantes (Gesetz zum Schutz schwangerer, im Mutterschutz befindlicher und stillender Arbeitnehmerinnen, Luxemburg)
Lyy	Laki yhteistoiminnasta yrityksissä (Gesetz über die Zusammenarbeit innerhalb des Unternehmens, Finnland)
MBL	Medbestämmandelagen (Mitbestimmungsgesetz, Schweden)
MIT	Massachusetts Institute of Technology
Mt.	Munka törvénykönyve (Arbeitsgesetzbuch, Ungarn)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
PLN	polnische Złoty
RPA 1967	Redundancy Payments Act 1967 (Gesetz über Abfindungszahlungen bei Entfall des Arbeitsplatzes, Irland)
SC	Session Cases (Entscheidungssammlung, Großbritannien)
Sem.Jur.	La Semaine juridique (Zeitschrift, Frankreich)
SI	Statutory Instrument (Rechtsverordnung, Großbritannien)
TA	Työsopimuslaki Arbetsavtalslag (Arbeitsgesetzbuch, Finnland)
TS	Eesti Vabariigi Töölepingu seadus (Arbeitsvertragsgesetz, Estland)
TULR(C)A 1992	Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 (Gesetz über die Gewerkschaften und zur Regelung der Arbeitsbeziehungen, Großbritannien)
UDA 1977	Unfair Dismissals Act 1977 (Gesetz zum Schutz vor ungerechtfertigten Kündigungen, Irland)
UDA 1993	Unfair Dismissals Act 1993 (Gesetz zum Schutz vor ungerechtfertigten Kündigungen, Irland)
ZAR	Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung
ZDR	Zakon o delovnih razmerjih (Gesetz über Arbeitsverhältnisse, Slowenien)
ZP	Zákoník práce (Arbeitsgesetzbuch, Slowakei)

§ 1 Einleitung

In Zeiten anhaltender Massenarbeitslosigkeit hat die Kritik an dem seit mehr als 50 Jahre geltenden Kündigungsschutzgesetz Hochkonjunktur: Der gesetzliche Kündigungsschutz sei „für die Unternehmen ebenso schädlich wie für die Arbeitsplätze“¹ und erweise sich für kleinere und mittlere Unternehmen geradezu als „Schreckgespenst“². Es entspreche der einhelligen Meinung in der Literatur, dass der in Deutschland bestehende weit reichende Kündigungsschutz ein Beschäftigungshemmnis darstellt.³ Allenfalls umfassende und tief greifende Reformen des Kündigungsschutzrechts könnten diese Misere beheben und zu einer Belebung des Arbeitsmarktes führen.⁴

Doch nicht nur die Schutzintensität, bereits das Schutzkonzept des KSchG sieht sich massiver Kritik ausgesetzt. Stellt ein Arbeitsgericht im Rahmen einer nach Maßgabe des § 4 S. 1 KSchG erhobenen Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers das Fehlen der sozialen Rechtfertigung der Kündigung fest, so ist diese unwirksam, § 1 Abs. 1 KSchG. Das KSchG schützt so unmittelbar den Bestand des Arbeitsverhältnisses, der Arbeitgeber ist verpflichtet, die arbeitsvertraglichen Beziehungen mit dem Arbeitnehmer fortzusetzen und schuldet gemäß § 615 S. 1 BGB Ersatz für den bis zur tatsächlichen Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entstandenen Vergütungsausfall. Der Druck dieses im Hinblick auf die Prozessdauer und den Prozessausgang kaum kalkulierbaren Kostenrisikos fördere aber die arbeitgeberseitige Bereitschaft, die arbeitsgerichtliche Auseinandersetzung über die Wirksamkeit der Kündigung frühzeitig durch einen Abfindungsvergleich zu beenden.⁵ Auch dem Arbeitnehmer sei regelmäßig nicht an einer Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses, sondern einer Abfindungszahlung gelegen.⁶ Gleichwohl zwingt ihn das geltende Recht zur Unehrlichkeit: Dieser müsse zunächst vor dem Arbeitsgericht auf seine Weiterbeschäftigung klagen, dann aber hoffen, dass ihm der Arbeitgeber eine Abfindung anbietet, um diese Rechtsfolge, wie beabsichtigt, zu vermeiden.⁷ Das rigi-

¹ *Schiefer*, NZA 2002, 770.

² *J.-H. Bauer*, NZA 2002, 529.

³ So die Einschätzung *Buschs*, BB 2003, 470, 471.

⁴ *J.-H. Bauer*, NZA 2002, 529, 531; *Hanau*, in: 63. DJT, Bd. I, S. C 66; *Heinze*, in: 63. DJT, Bd. II/2, S. L 33, L 40; *von Hoyningen-Huene*, in: FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, S. 215, 220.

⁵ *Boecken/Topf*, RdA 2004, 19, 20.

⁶ *Neef*, NZA 2000, 7, 9; *Willemsen*, NJW 2000, 2779, 2280.

⁷ *Pfarr/Ullmann*, WSI-Mit. 2003, 207, 212; *Willemsen*, NJW 2000, 2779, 2280.

de Bestandsschutzregime des KSchG erweise sich so als ineffektiv und nicht interessengerecht.

Der „Königsweg“ zur Beseitigung dieser Probleme führt dabei nach überwiegender Auffassung über gesetzliche Abfindungsansprüche, die vor allem bei betriebsbedingten Kündigungen entweder den auf Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses gerichteten Kündigungsschutz des KSchG ergänzen oder gleich ganz ersetzen sollen.⁸ Dabei ist der Blick nach vorn zugleich auch ein Blick zurück. Sowohl das BRG 1920 als auch das AOG von 1934 kannten keinen Zwang des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis mit dem gekündigten Arbeitnehmer nach einer Verurteilung aufgrund einer Einspruchs- oder Widerrufsklage fortzusetzen.⁹ § 87 Abs. 1 S. 1 BRG 1920 sowie § 57 Abs. 1 AOG räumten diesem ein Wahlrecht zwischen der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers und einer Entschädigungszahlung ein. Angesichts der für den Arbeitnehmer nicht durchsetzbaren Weiterbeschäftigung führte eine Verurteilung des Arbeitgebers regelmäßig nur zu einem Entschädigungsanspruch.¹⁰

Ziel dieser Arbeit ist es, Wege für eine Ergänzung oder Ablösung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes durch Abfindungsansprüche aufzuzeigen. Angesichts der Fülle der von der Literatur unterbreiteten unterschiedlichen Reformvorschläge steht dabei aber nicht deren rechtspolitische Würdigung oder die Entwicklung eines eigenständigen Reformkonzeptes im Vordergrund, sondern die möglichst konkrete Bestimmung des verfassungs- und europarechtlichen Rahmens für eine Ergänzung oder Ablösung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes durch Abfindungsansprüche. Der mit Wirkung zum 01.01.2004 als erste Reaktion auf die anhaltende Kritik des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes neu in das KSchG eingefügte § 1a KSchG bietet darüber hinaus die Gelegenheit, sowohl dessen Ausgestaltung und Wechselwirkungen im System des geltenden Kündigungsschutzes als auch die Auswirkungen dieses Abfindungsanspruchs auf das Prinzip des Bestandsschutzes näher zu beleuchten.

Damit ist der Gang der in vier Teile gegliederten Arbeit vorgezeichnet: Während Teil 1 die Debatte um die Reform des Kündigungsschutzes aufgreift, die wesentlichen Alternativmodelle vorstellt und Teil 2 eine eingehende Untersuchung des § 1a KSchG anschließt, lotet Teil 3 die verfassungsrechtlichen Grenzen einer verstärkt an Abfindungsansprüchen orientierten Neukonzeption des gesetzlichen Kündigungsschutzes aus. Teil 4 schließlich erstreckt diese Prüfung auf das auch das Kündigungsschutzrecht zunehmend beeinflussende Europarecht sowie die einschlägigen internationalrechtlichen Verpflichtungen.

⁸ Vgl. dazu im Einzelnen unten unter § 4, S. 97 ff.

⁹ So zu § 57 AOG Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG, § 57 Rdnr. 4.

¹⁰ So zu § 87 BRG 1920 Flatow/Kahn-Freund, BRG, § 87 Rdnr. 4.

Den Ausgangspunkt des ersten Teils der nachfolgenden Untersuchung markiert in § 2 eine überblicksartige Darstellung des abgesehen von § 1a KSchG bestehenden Systems von Abfindungsansprüchen, welche unmittelbar an die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses anknüpfen. Anders als die Gesetzesmaterialien dies vermuten lassen, hat sich der Gesetzgeber mit der Einführung des § 1a KSchG nämlich keinesfalls auf unbekanntes Terrain gewagt. Zahlreiche kollektiv- und individualrechtlichen Regelungen und Vereinbarungen verpflichten den Arbeitgeber zur Zahlung einer Abfindung, kündigt dieser einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen: angefangen von den Sozialplanabfindungen nach Maßgabe der §§ 112, 112a BetrVG bis hin zu den einvernehmlich in einem Abwicklungsvertrag oder gerichtlichen Vergleich begründeten Abfindungsansprüchen. Nicht zuletzt zählen auch die §§ 9, 10 und 14 Abs. 2 S. 2 KSchG dazu, welche unter ausnahmsweiser Abkehr vom Prinzip des Bestandsschutzes eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindungszahlung ermöglichen. Nach der Konzeption des Gesetzes bilden Abfindungsansprüche bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses jedoch die Ausnahme, was die Kündigungspraxis nicht nur verbreitet auf rechtsgeschäftliche Abfindungsvereinbarungen zurückgreifen lässt, sondern der vehementen Kritik am Bestandsschutzprinzip des KSchG eine breite Angriffsfläche bietet. § 3 bildet diese Kritik ab und bezieht dabei auch die angenommenen arbeitsmarktpolitischen Auswirkungen des Kündigungsschutzes aus rechts- wie auch wirtschaftswissenschaftlicher Sicht ein. Die Auseinandersetzung damit erfolgt unter Auswertung der von der Rechtstatsachenforschung gewonnenen empirischen Erkenntnisse sowohl zur Kündigungspraxis als auch der beschäftigungspolitischen Dimension des Kündigungsschutzes. Zwei aktuelle Forschungsprojekte widmen sich der Praxis des Kündigungsrechts: Die REGAM-Untersuchung des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts der Hans-Böckler-Stiftung sowie das maßgeblich von *Höland* verantwortete Projekt „Kündigungspraxis und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis“, dessen Forschungsdesign an die bislang umfangreichste repräsentative Untersuchung aus den Jahren 1978 bis 1981, „Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland“ des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg, anknüpft. Beide gelangen zu teils überraschenden Erkenntnissen, lassen aber auch das ganze Ausmaß der Verdrängung des Bestandsschutzprinzips durch gerichtliche Abfindungsvergleiche klar vor Augen treten. Die gefundenen Ergebnisse legen eine Neukonzeption des gesetzlichen Kündigungsschutzes mittels einer Ablösung oder zumindest Ergänzung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes durch Abfindungsansprüche nahe. Die rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Literatur hat dazu ebenso wie der parlamentarische Gesetzgeber in der Vergangenheit eine Vielzahl von Reformvorschlägen entwickelt, welche § 4 systematisiert und im Einzelnen vorstellt. § 5 schließlich rundet den ersten Teil der Arbeit mit einer rechtsver-