

Elke J. Jahn*

Employment at Will Versus Employment Against Will – Kündigungsschutz in Deutschland und USA im Vergleich –**

Zusammenfassung – Für die anhaltende deutsche Massenarbeitslosigkeit wird zunehmend das individuelle und kollektive Kündigungsschutzrecht verantwortlich gemacht. Der Druck auf die Politik nimmt zu, mit einer Reform des Kündigungsschutzrechts in den für die Parteien riskanten Kampf gegen die Arbeitslosigkeit einzutreten. Ganz anders dagegen im Musterland der flexiblen Arbeitsmärkte USA. Dort gibt es kein allgemeines Kündigungsschutzrecht. Jedoch hat sich in den letzten zwei Dekaden eine Rechtsprechung entwickelt, die an die Stelle eines Kündigungsschutzgesetzes tritt. Die Konstruktionsmerkmale des deutschen Kündigungsschutzrechts werden im Folgenden mit der amerikanischen Rechtsprechung verglichen. Anhand aktueller Daten wird untersucht, welche Kosten die unterschiedlichen Bestandschutzsysteme den an einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses beteiligten Parteien auferlegen. Die mitunter geäußerte Vermutung einer Konvergenz des deutschen und des amerikanischen Schutzniveaus lässt sich allerdings nicht bestätigen.

Employment at Will Versus Employment Against Will – Comparing Employment Protection in Germany and the USA –

Abstract – A variety of critics have blamed Germany's individual and collective employment protection legislation for contributing to the country's persistently high jobless figures. They have urged that the laws should be changed to help put more people into work. Germany differs greatly from the United States where laws that protect workers' interests are sparse and fragile. During the past 20 years, however, changes to the common law doctrine of employment-at-will have reduced employers' powers to dismiss workers, and improved sacked workers' prospects of taking former employers to court. This analysis compares the system of employment protection covering employees in Germany and the USA. Moreover, on the basis of current data, the costs of employment protection legislation for the opposing parties – workers and employers – are analysed. We uncovered very little to support those claims that the gap between levels of employment protection in the two countries has become less marked.

Key words: **Employment Protection Legislation, Severance Payment, Comparative Law**

* Dr. Elke J. Jahn, Jg. 1966, Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Nürnberg (IAB) und Universität Erlangen-Nürnberg, Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg, E-Mail: Elke.Jahn@iab.de.

Forschungsschwerpunkte: Kündigungsschutz, Ökonomische Theorie des Rechts, Leiharbeit.

** Für hilfreiche Hinweise, Anmerkungen und Kommentare danke ich Thomas Wagner, Ingrid Wilkens, den beiden Gutachtern und dem betreuenden Herausgeber.

Artikel eingegangen: 7.10.2003

revidierte Fassung akzeptiert nach doppelt-blindem Begutachtungsverfahren: 28.4.2004.

1. Einleitung

Ähnlich wie in den meisten kontinentaleuropäischen Ländern ist der deutsche Arbeitsmarkt von einem dichten Netz von nationalen sowie europäischen Gesetzen überzogen. Im Zentrum des Individualarbeitsrechts stehen dabei die kündigungsschutzrechtlichen Normen des BGB, des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) sowie zahlreicher anderer Gesetze für den speziellen Kündigungsschutz. Den Gegenpol zum deutschen bildet das US-amerikanische Arbeitsrecht, das nur eine geringe Zahl an gesetzlichen Normen zu Entlassungen von Arbeitskräften kennt. Zwar gibt es in den USA wie in jeder Marktwirtschaft Kündigungsfristen, Verdienstsicherung, Abfindungen und Bestandsschutz, doch im Wesentlichen als Klauseln privater Arbeitsverträge und nicht in Form staatlicher Vorschriften und Gesetze (Parsons 2003).

Für die hohe und persistente deutsche Arbeitslosigkeit wird immer wieder der in den 60er und 70er Jahren ausgebauten Kündigungsschutz verantwortlich gemacht. Aus dem Blickwinkel der ökonomischen Theorie könnte man das staatliche Kündigungsschutzrecht mit ungerechten Marktergebnissen, mit dem Einfluss mächtiger Interessensgruppen oder aber mit dem Versagen des Arbeitsmarktes begründen. Der Arbeitsmarkt versagt weil die Unternehmen nicht bereit sind, die Nachfrage der Arbeitnehmer nach Arbeitsverträgen mit Klauseln zu Kündigungsfristen, Verdienstsicherung, Abfindungen bei Entlassungen oder Bestandsschutz zu befriedigen. Eine allgemein geteilte ökonomische Theorie des Kündigungsschutzes, die Gründe für einen staatlichen Kündigungsschutz liefert, existiert allerdings noch nicht (Wagner/Jahn 2004). Mehr als die Tatsache, dass es keine ökonomische Theorie des Kündigungsschutzes gibt, überrascht, dass das Kündigungsschutzrecht auch aus dem Blickwinkel der Rechtstheorie keine eindeutige Funktion hat (Dorndorf et al. 2001: 73f.): So gibt es Juristen, die im Kündigungsschutz vor allem einen Schutz vor dem willkürlichen Entzug des Arbeitsplatzes sehen. Andere glauben, der Kündigungsschutz diene der Abwehr oder gar der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit. Dritte sind wiederum davon überzeugt, dass das Kündigungsschutzrecht den Zweck hat, den Arbeitnehmer vor Entlassungen zu schützen, die nur dem Ziel der Gewinnmaximierung dienen. Nach einer weiteren Ansicht schützt das Kündigungsschutzrecht den einzelnen Arbeitnehmer davor, dass seine Verbindung mit der Betriebsgemeinschaft einfach durchschnitten wird. Schließlich findet sich auch die Auffassung, dass das Kündigungsschutzrecht eine Basis liefert, auf der der einzelne Arbeitnehmer sein Interesse am Arbeitsplatz und am Arbeitsentgelt verteidigen kann. Für einen Spezialisten des Arbeitsrechts ist es sicherlich ein Leichtes noch mindestens ein weiteres Dutzend von Auffassungen aus der juristischen Fachliteratur zu zitieren.

Auch empirisch bleibt die Wirkung des Kündigungsschutzes umstritten. Trotzdem fordern Kritiker des Kündigungsschutzes mit Blick auf die vergleichsweise niedrige amerikanische Arbeitslosenquote eine Reduktion des kündigungsrechtlichen Schutzniveaus in Deutschland (Franz/Rüthers 1999). Das Kündigungsschutzrecht ist seit den 20er Jahren ein Feld permanenter Reformen (v. Hoyningen-Huene/Link 2002). In jüngster Zeit hat die anhaltende Kritik die deutsche Regierung erneut dazu bewogen, Vorschläge zu einer Reform zu unterbreiten, die allerdings das deutsche Kündigungsschutzrecht nicht vereinfachen werden (Jahn/Walwei 2003). Ganz andere Verhältnisse trifft man im Musterland flexibler Arbeitsmärkte USA, in dem es keinen allge-

meinen Kündigungsschutz gibt. Dort mehren sich die Stimmen, die eine zentralstaatliche Kodifizierung des Kündigungsschutzes entsprechend dem europäischen Vorbild fordern (z.B. Miles 2000; Pita 1997). Die amerikanischen Befürworter eines staatlichen Kündigungsschutzrechts betonen dabei die Vorteile standardisierter Rechtsverfahren im Falle von Entlassungen als positive Folge allgemeingültiger Regeln. Bemühungen, den Kündigungsschutz gesetzlich zu regulieren, hat es in den USA mehrfach gegeben, zuletzt im Jahr 1991 mit dem „Model Employment Termination Act“, der jedoch von keinem einzigen Bundesstaat angenommen wurde (Kittner/Kohler 2000: 15f).

Beim Vergleich des deutschen und des amerikanischen Bestandsschutzes ist zu berücksichtigen, dass sich hier die Rechtsfamilien des *Common Law* und des *Civil Law* gegenüberstehen. Im Gegensatz zum *Civil Law* ist das *Common Law* kein Regulierungs-, sondern ein Schlichtungsrecht, kein systematisch dokumentiertes und durch gesetzgeberische Verfahren legitimiertes, sondern ein dem fortlaufendem Wandel unterworfenen Richterrecht. Urteile der höheren Gerichte erlangen die Reputation eines Präzedenz. Die Präzedenzen, die nicht kodifiziert sind, gehen mit den Namen der streitenden Parteien in die Rechtsgeschichte ein. Die Suche nach Ähnlichkeiten und gemeinsamen Eigenschaften mehrerer Streitfälle ist die vorherrschende Methode der für das angloamerikanische Recht typischen Analogieschlüsse. Im vom römischen Recht abstammenden *Civil Law* ist das Arbeitsrecht kodifiziert und legt allgemein gültige Normen fest. Der Richter sucht nach dem einschlägigen Gesetz und wendet es auf den speziellen Fall an, so die bekannte Subsumptionstheorie.

Der für die folgende Betrachtung wesentliche Unterschied zwischen beiden Rechtsfamilien besteht in der Bedeutung des (expliziten oder impliziten) Arbeitsvertrags. In der Welt des *Common Law*, so vor allem in den USA, wird das Arbeitsverhältnis als Vertragsverhältnis behandelt. Der private Arbeitsvertrag steht im Mittelpunkt der Rechtsprechung. Der Vertrag selbst ist die Quelle des Rechts, dem die Arbeitsleistung und die Lohnzahlungspflicht unterliegen. In den *Civil Law*-Ländern ist das Arbeitsverhältnis nach herrschender Meinung zwar ein Vertragsverhältnis, jedoch wird es von anderen rechtsdogmatischen Merkmalen dominiert. Hierzu gehört die besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers oder der Tatsache, dass er seine Leistungen, wie es heißt, als abhängig Beschäftigter im Rahmen eines fremden Organisations- und Herrschaftsbereichs erbringt. Der private Arbeitsvertrag als Quelle des Rechts, unter dem die Akteure Arbeitsleistung gegen Lohn und Bestandsschutz tauschen, hat in der *Civil Law*-Welt theoretisch und praktisch nur eine geringe Bedeutung.

Es überrascht daher nicht, dass die beiden Rechtssysteme verschiedene Lösungen zur Beilegung von Streitfällen entwickelt haben. Ob eine Konvergenz des deutschen und amerikanischen Bestandsschutzes zu beobachten ist, wie etwa Kittner/Kohler (2000) nahe legen, ist eine Frage, die im Folgenden untersucht werden soll. Konvergenz kann sich dabei einerseits auf die Art der Lösung der Streitfälle beziehen. Bei der Rechtsvergleichung stehen dann die „allgemeinen Methoden des Umgangs mit dem Rechtsstoff ... [und die] Entscheidung von Streitigkeiten oder der Arbeitsweise der mit dem Recht befassten Juristen im Vordergrund. Hierher gehört [auch] ... die vergleichende Darstellung der Gesetzgebungstechniken ... der Tragweite von Präjudizien, der Bedeutung von Doktrin für die Rechtsfortbildung [und] der verschiedenen Urteilsstile (Zweigert/Kötz 1996: 4).“ Mit Bezug auf den Kündigungsschutz ist daher

zu untersuchen, ob die in den 80er und 90er Jahren entwickelten *wrongful discharge*-Doktrinen in den USA als eine Abkehr vom employment at will-Grundsatz verstanden werden können und amerikanische Arbeitnehmer einen dem deutschen Kündigungsschutz vergleichbaren Bestandsschutz genießen. Andererseits erzeugt das jeweilige Recht Kosten für die in einem Konfliktfall beteiligten Akteure und beeinflusst deren Anpassungsverhalten. Eine Konvergenz wäre dann erreicht, wenn eine Annäherung der Klage- und Erfolgswahrscheinlichkeit sowie der Art, Höhe und Struktur der Anpassungskosten zu beobachten ist.

Abschnitt 2 beschreibt den institutionellen Rahmen des deutschen Kündigungsschutzes. Abschnitt 3 schildert die kündigungsrechtlichen Verhältnisse in den USA. Schließlich fasst Abschnitt 4 die wesentlichen Resultate zusammen und überprüft, ob eine Konvergenz der Rechtssysteme und der Anpassungskosten zu beobachten ist.

2. Kündigungsschutz in Deutschland

Die gesetzlichen Regelungen zum Kündigungsschutz in Deutschland finden sich im Grundgesetz, im BGB, im Betriebsverfassungsgesetz, vor allem aber im Kündigungsschutzgesetz (KSchG) von 1951 und in einer Reihe von speziellen Kündigungsschutzgesetzen, die für besondere Personengruppen gelten. Über die Regelungen des KSchG und des BGB hinaus haben die Tarifparteien in Manteltarifverträgen, Rationalisierungsschutzabkommen und in Beschäftigungssicherungs-Tarifverträgen den Ausschluss der ordentlichen Kündigung für einen Kreis von Arbeitnehmern beschlossen, der sich nach dem Lebensalter und der Dauer der Betriebszugehörigkeit richtet. Um die Kosten, die die Normen des Kündigungsschutzrechts hervorrufen, gering zu halten, haben sich in Deutschland Alternativen der Personalanpassung entwickelt, die jedoch gleichzeitig auch den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses in Frage stellen. Neben den durch das Kündigungsschutzgesetz abgesicherten „Normalarbeitsverhältnissen“, die abhängige Vollzeitbeschäftigungen von unbefristeter Dauer umfassen, setzen Betriebe ergänzend Erwerbsformen ein, die im Wesentlichen die befristete Beschäftigung und die Zeitarbeit einschließen. Ferner hat der Gesetzgeber in den letzten Jahren den Kündigungsschutz begleitende Regulierungen geschaffen, die eine weitere Form der externen Anpassung an veränderte Arbeitsmarktbedingungen darstellen, wie z.B. die Möglichkeit der Frühverrentung, der Kurzarbeit und die Anpassung über Überstunden. Im Mittelpunkt der folgenden Diskussion steht das Standardarbeitsverhältnis.

2.1 Allgemeiner Kündigungsschutz

Nach dem BGB gilt in Deutschland zunächst der Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Demnach ist die Kündigung eine einseitige Willenserklärung einer der beiden Arbeitsmarktparteien. Bei der ordentlichen Kündigung gilt für beide Parteien eine gesetzliche Kündigungsfrist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Monatsende (§ 622 Abs. 1 BGB). Zwar steht die Kündigung beiden Parteien zu, sie ist aber für den Arbeitgeber an strengere Voraussetzungen geknüpft als für den Arbeitnehmer. Für den Arbeitgeber verlängert sich die Kündigungsfrist in Abhängigkeit von der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers. Bei 20-jähriger Betriebszugehörigkeit bis auf

sieben Monate zum Monatsende. Während der Probezeit, die üblicherweise sechs Monate beträgt, gilt eine Grundkündigungsfrist für beide Parteien von zwei Wochen.

Drei Generalklauseln des BGB eröffnen den Gerichten die Möglichkeit, den Grundsatz der Kündigungsfreiheit durch Gerichtsurteil einzuschränken. Mit § 134 BGB lässt sich der Schutz besonderer Personengruppen (Schwerbehinderte, werdende Mütter etc.) und ein Verbot diskriminierender Kündigungen begründen. Kündigungen, die gegen die guten Sitten verstoßen, weil sich beispielsweise ein Arbeitnehmer weigert, gegen herrschendes Recht zu verstoßen, schließt § 138 BGB aus. Schließlich ist eine Kündigung unzulässig, wenn sie nach § 242 BGB gegen Treu und Glauben verstößt, der Arbeitgeber etwa Anlass zu der Vermutung gegeben hat, dass eine Kündigung in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist. So hält das Bundesarbeitsgericht mit Bezug auf ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1997 fest (Urteil vom 21.2.2001 – 2 AZR 15/00): „...der Arbeitgeber im Kleinbetrieb, auf den das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, [hat] ein durch Art. 12 GG gebotenes Mindestmaß an sozialer Sicherheit zu wahren Eine Kündigung, die dieser Anforderung nicht entspricht, verstößt gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) und ist deshalb unwirksam.“ Ist der gekündigte Arbeitnehmer „... erheblich sozial schutzbedürftiger ... als ein vergleichbarer weiterbeschäftigter Arbeitnehmer, so spricht dies zunächst dafür, dass der Arbeitgeber das gebotene Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme außer Acht gelassen hat.“ Mit diesem Urteil hat das BAG klargestellt, dass für Arbeitnehmer in Kleinbetrieben und während der Probezeit ein Kündigungsschutz aus den Normen des BGB hergeleitet werden kann.

Neben den Generalklauseln beschränkt das KSchG den Grundsatz der Kündigungsfreiheit. Das deutsche Kündigungsschutzrecht befindet sich in einer Periode des Wandels und ist in der letzten Dekade mehrfach angepasst worden.¹ So ist auch im Jahr 2003 erneut eine Debatte um die Reform des KSchG entbrannt. Seit Januar 2004 gilt in Deutschland der allgemeine Kündigungsschutz für alle Arbeitnehmer in Betrieben mit mehr als zehn regelmäßig Beschäftigten, wenn das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden hat.²

Während die Kündigung durch den Arbeitnehmer keines sachlichen Grundes bedarf, unterliegt die Arbeitgeberkündigung der Begründungspflicht, sonst ist sie sozial ungerechtfertigt (§ 1 KSchG). Einzelentlassungen können in außerordentliche oder ordentliche unterschieden werden. Liegt ein gravierender Grund vor, z.B. eine Straftat, kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis außerordentlich ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist auflösen. Für eine ordentliche, sozial gerechtfertigte Kündigung kommen drei Gründe in Frage: Die *personenbedingte* Kündigung schließt alle Fälle ein, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Der häufigste Fall ist Krankheit. Nach dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts ist die krankheitsbedingte Kündigung mit dem KSchG nur vereinbar bei Dauererkrankungen und bei Erkrankungen, bei denen anzunehmen ist, dass sich der Gesundheitszustand auch in Zukunft nicht verbessern

¹ Eine ausführliche Übersicht über die Reformen des Kündigungsschutzes findet sich bei Jahn (2002a).

² Auszubildende gehen nicht und Teilzeitbeschäftigte nur anteilig in die Berechnung mit ein.

wird und wenn diese Krankheitszeiten zu unzumutbaren betrieblichen oder wirtschaftlichen Belastungen des Arbeitgebers führen (Prognoseprinzip). Zu den Gründen, die im *Verhalten* des Arbeitnehmers liegen, zählen Pflichtverletzungen im Leistungs-, Vertrauens- oder Betriebsbereich. Der häufigste Fall ist unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz. Auch hier gilt das Prognoseprinzip, d.h., die Interessenlagen beider Arbeitsmarktparteien müssen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls wie Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lage am Arbeitsmarkt und früheres Verhalten des Arbeitnehmers gegeneinander abgewogen werden. Zumindest bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen ist selbst nach der Einschätzung der meisten Arbeitsrechtler eine gerechtfertigte Entlassung kaum noch möglich (vgl. z.B. Rühlers 1998: 2003; Willemsen 2000). Schließlich kann die ordentliche Kündigung durch „dringende *betriebliche* Erfordernisse“ bedingt sein. Die Geschäftsleitung einer Firma kann allerdings nicht ohne Weiteres die Betriebskapazität an ihre Konjunkturerwartungen anpassen und auf den prognostizierten Zyklus mit Einstellungen und Entlassungen reagieren. Der Arbeitgeber muss darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass ein Überhang an Arbeitskräften entstanden ist, durch den das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfallen ist. Die reduzierten Umsatzzahlen müssen nachgewiesen werden, und die Verringerung des Personalbestandes muss sich proportional zum Umsatzrückgang verhalten. Eine ex-ante-Anpassung der Belegschaft an den erwarteten Konjunkturzyklus wird daher durch das KSchG und die ständige Rechtsprechung ausgeschlossen.

Ist eine Entlassung aus betrieblichen Gründen möglich, kann der Arbeitgeber keinesfalls demjenigen Arbeitnehmer kündigen, dessen Arbeitsplatz entfällt. Bei der Auswahl der zu entlassenen Arbeitskräfte muss er vielmehr soziale Gesichtspunkte prüfen. Hierzu gehören die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten aber auch der Grad der Schwerbehinderung. Zudem ist der Arbeitgeber verpflichtet, vor jeder Entlassung dem Betriebsrat die Gründe hierfür mitzuteilen und ihn anzuhören (§ 102 BetrVG), sonst ist die Kündigung unabhängig von ihrer Art oder ihrem Grund unwirksam. Innerhalb einer Frist von einer Woche hat der Betriebsrat die Möglichkeit, Bedenken geltend zu machen oder Widerspruch einzulegen. In welchem Umfang die Betriebsräte dieses Recht nutzen ist unbekannt. Umfragen im Jahr 2000 von Infratest und dem Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Institut (WSI) kommen zu dem Ergebnis, dass bei 2% der arbeitgeberseitigen Kündigungen der Betriebsrat Widerspruch erhoben hat (Bielenski et al. 2002). Daten darüber, wie viele Kündigungen der Betriebsrat durch sein Widerspruchsrecht verhindert hat, gibt es jedoch nicht.

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 20, Abs. 3 GG) impliziert die Begründungspflicht des KSchG, dass die Kündigung unvermeidbar sein muss, d.h. auch nicht durch Einführung von Kurzarbeit, Umsetzungen oder Requalifizierung der betroffenen Arbeitnehmer verhindert werden kann (Ultima-Ratio-Prinzip).

Ordentliche Kündigungen stoßen häufig auf den Widerspruch der Beschäftigten und werden vor die Arbeitsgerichte getragen. Das Arbeitsgerichtsverfahren ist ein Forum, um mit Einspruch (voice) den Bestandsschutz direkt zu erstreiten. Anstatt der Durchsetzung des Bestandsschutzes steht jedoch in Kündigungsschutzprozessen nicht

selten im Mittelpunkt des Verfahrens der Handel um die Abfindung, die durch Vergleich oder durch richterliches Urteil festgelegt wird. Vor allem die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Abfindung steht im Widerspruch zur Rechtsidee des Bestandsschutzes. Abfindungen durch Urteil setzen nämlich voraus, dass die ordentliche Kündigung des Arbeitgebers „sozial ungerechtfertigt“ und daher unwirksam ist. Damit ist das mit dem KSchG verbundene Ziel, den Arbeitsplatz zu erhalten, erreicht. Aus vielerlei Gründen werden nun aber die Parteien von sich aus eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses anstreben, einen Auflösungsantrag stellen und erwarten, dass der Arbeitsrichter das Arbeitsverhältnis gegen eine Abfindung für beendet erklärt. Bietet der Arbeitgeber keine Abfindung an, dann ist die maximale Höhe der Abfindung für Arbeitnehmer, die das 55. Lebensjahr vollendet haben und mindestens 20 Jahre im Betrieb beschäftigt waren, auf 18 Monatsverdienste begrenzt (§ 10 KSchG). Jedoch kann der Arbeitgeber die Höhe der Abfindung vor Prozessbeginn im Einzelfall nicht kalkulieren. Als Daumenregel hat sich in der Praxis ein halber Monatsverdienst pro Jahr Betriebszugehörigkeit durchgesetzt, bei einer Beschäftigungsdauer von mehr als 15 Jahren ist ein ganzer Monatsverdienst zu veranschlagen. Kommt das Arbeitsgericht zu dem Schluss, dass die Kündigung ungerechtfertigt war, sind neben dem verhandelten Abfindungsbetrag, der die durch das Gesetz beschränkten 18 Monatsgehälter überschreiten kann, noch Lohnfortzahlungen ab dem Kündigungszeitpunkt bis zum Urteil hinzuzurechnen. In erster Instanz ist mit sechs bis zwölf Monatsentgelten zu rechnen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung in zweiter oder dritter Instanz kann das eine volle Gehaltszahlung für zwei oder drei Jahre bedeuten. Um die mit einem Kündigungsschutzprozess verbundenen Kosten zu vermeiden, hat sich in Deutschland mittlerweile längst die Praxis durchgesetzt, bei Mobilitätsbereitschaft der freizusetzenden Arbeitskräfte freiwillig Abfindungen anzubieten, die über den gesetzlichen Vorschriften liegen.

Mit dem Ziel, die Zahl der Kündigungsschutzklagen zu reduzieren, hat die Regierung zum 1.1.2004 eine Abfindungsoption in das Kündigungsschutzgesetz geschrieben. Der Arbeitgeber kann nun bei einer betriebsbedingten Kündigung im Kündigungsschutzschreiben eine Abfindung anbieten. Der Arbeitnehmer hat dann die Wahl, ob er eine Kündigungsschutzklage erhebt oder die Abfindung wählt. Die Höhe der Abfindung beträgt in diesem Fall ein halbes Monatsgehalt pro Jahr Betriebszugehörigkeit. Mit einem solchen Entlassungsschreiben signalisiert der Arbeitgeber jedoch, dass er Zweifel hegt, dass die Kündigung gerechtfertigt ist. Andernfalls würde er ja keine Abfindung anbieten. Somit erhält der an einer Abfindung interessierte Arbeitnehmer erst recht einen Anreiz, nun einen Prozess anzustreben. Die Hoffnung, dass der Arbeitgeber nun einlenken wird und eine Abfindung anbietet, die weit über dem gesetzlich vorgeschriebenen Betrag liegt, ist nicht unbegründet. Denn verliert der Arbeitgeber den Prozess, muss er wie bisher nicht nur die Abfindung, sondern auch die Lohnfortzahlungskosten tragen. Somit ist zu erwarten, dass diese Neuregelung in Zukunft nicht nur höhere Abfindungen, sondern noch mehr Kündigungsschutzprozesse zur Folge haben wird.

Die umfangreiche und schwer überschaubare Rechtsprechung der Arbeitsgerichte, die bei allen Kündigungen nötige Interessenabwägung sowie unbestimmte Rechtsbegriffe verursachen bei den Unternehmen eine Rechtsunsicherheit, die sich nach

Ansicht vieler Ökonomen und Juristen negativ auf die Einstellungsbereitschaft der Firmen niederschlagen muss (z.B. Rüthers 2003; Walwei 2000). Die Vermutung liegt nahe, dass das nicht zuletzt durch die Arbeitsgerichtsbarkeit geschaffene dichte Netz von Vorschriften eine Anpassung der Belegschaft mit Hilfe von Überstunden und Rationalisierungsmaßnahmen hervorruft. Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage ist es nicht verwunderlich, dass sich die Stimmen mehren, die einen Ersatz des herrschenden Bestandsschutzprinzips durch das Abfindungsprinzip fordern (Jahn/Schnabel 2003; Hromadka 2003; Reuter 2003).

2.2 Massenentlassungen

Eine auf die Konjunktur reagierende Einstellungs- und Entlassungspolitik gerät mit dem „Massenentlassungsschutz“ in Konflikt. Massenentlassungen liegen vor, wenn innerhalb von 30 Kalendertagen in Betrieben: (1) mit mehr als 20 oder weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5, (2) mit 60 bis 499 Arbeitnehmern 10% oder mehr als 25 Arbeitnehmer, (3) mit mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer entlassen werden. Drei europäische Richtlinien zur Angleichung des Verfahrens bei Massenentlassungen bewirken, dass die Regelungen und die Durchführung von Massenentlassungen in den Mitgliedsstaaten der EU Ähnlichkeit haben. So hat der Arbeitgeber bei Massenentlassungen gemäß der Umsetzung der EU Richtlinien in deutsches Recht den Betriebsrat rechtzeitig über Gründe, Zahl und Kategorien der zu entlassenden Arbeitnehmer, Kriterien der Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer, Zeitraum der Entlassungen und Methode für die Berechnung der Abfindung zu informieren (§ 17 Abs. 2 KSchG). Ebenso werden europaweit Massenentlassungen erst nach dem Ablauf einer 30-tägigen Frist nach der Anzeige beim zuständigen Arbeitsamt wirksam. Wird eine Anzeige nicht ordnungsgemäß erstattet, sind alle Entlassungen rückwirkend unwirksam. Der Ankündigungsfrist liegt die Idee zugrunde, das Ausmaß der friktionellen Arbeitslosigkeit zu reduzieren. Der Betriebsrat kann die Aufstellung eines Sozialplans verlangen (§ 112 BetrVG). Der Sozialplan, den der Betriebsrat auch gegen den Willen des Arbeitgebers erzwingen kann, soll die wirtschaftlichen Nachteile mildern, die den Arbeitnehmern entstehen. Zu den vorgesehenen Regelungen zählen vor allem Abfindungen und vorzeitige betriebliche Pensionsleistungen, deren Höhe zwischen dem Betriebsrat und dem Unternehmer frei verhandelt werden können. Bei Massenentlassungen erhält ein Arbeitnehmer – obwohl die Kündigung sozial gerechtfertigt ist – in jedem Fall eine Abfindung. Bleibt die Firma unter den oben genannten Schwellenwerten, erhält der gleiche Arbeitnehmer jedoch keine Entschädigung. Daher zweifeln Arbeitnehmer bei betriebsbedingten Kündigungen, die nicht unter den Massenentlassungsschutz fallen, die vorgenommene Sozialauswahl an, um über diesen Weg eine Abfindung zu erhalten. Diese Ungleichbehandlung zwischen Einzel- und Massenentlassungen wird im zunehmenden Maße auch von Juristen kritisiert (z.B. Willemsen 2000; Bauer 2002; Buchner 2002).

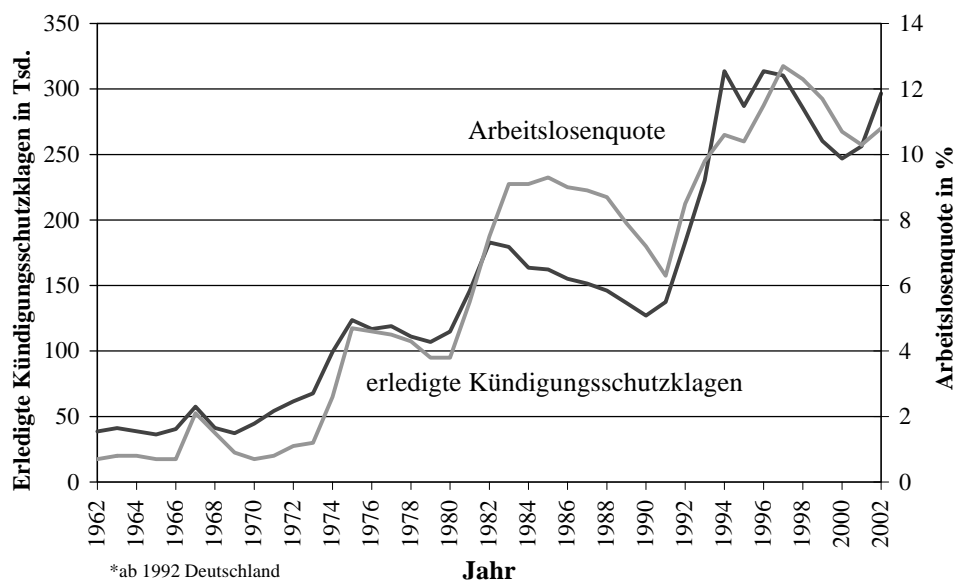
2.3 Klagewahrscheinlichkeit und Höhe der Abfindungen in Deutschland

Einen Blick auf die Aktivitäten der seit 1953 dreistufigen deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit gewährt die Abbildung 1, die die Zahl der erledigten Kündigungsschutzklagen

und die Arbeitslosenquote seit 1963 zeigt. Die Abbildung 1 dokumentiert, dass die Zahl der Kündigungsschutzklagen stark prozyklisch schwankt. Zuletzt waren etwa die Arbeitsgerichte (ohne Landes- und Bundesarbeitsgericht) im Jahr 2002 u.a. mit 824.792 „Urteilsverfahren“ (Rechtsstreitigkeiten aus Tarifverträgen und aus dem Arbeitsverhältnis wie Kündigungen) beschäftigt. Von den Urteilsverfahren blieben am Jahresende 214.713 Klagen unerledigt, von den 610.097 erledigten Klagen drehten sich 296.609 oder 49% allein um Kündigungssachen. Die Verfahrensdauer betrug in erster Instanz im Jahr 2002 bei 13,4% der erledigten Klagen länger als sechs Monate, bei 2% der Klagen sogar länger als ein Jahr. Eine Fortsetzung der Arbeitsverhältnisse gelingt in der Regel nicht.

Abb. 1: Erledigte Kündigungsschutzklagen und Arbeitslosenquote

(Quelle: Statistisches Bundesamt, Rechtspflege, Fachserie 10, Reihe 1; versch. Jahrgänge; bis 1991 früheres Bundesgebiet)



Informationen über den Grund für die Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses in Deutschland findet man im Sozioökonomischen Panel (SOEP), das seit 1984 jährlich Personen u.a. auch nach dem Erwerbsverlauf befragt. Auswertungen für die drei Beendigungsgründe „Kündigung durch den Arbeitgeber“, „Auflösungsvertrag / Gegenseitiges Einvernehmen“ und „Betriebsstilllegung“ für die Jahre 1995, 1998, 2000 und 2001 zeigt die Tabelle 1.

Eine Schwierigkeit bei der Interpretation der Ergebnisse in Tabelle 1 ist, dass die meisten Befragten angesichts der undurchschaubaren Rechtsprechung nicht in der Lage sein dürften, zweifelsfrei Auskunft zu geben, warum ihr Arbeitsverhältnis beendet wurde. So ist es – selbst für den geübten Juristen – nicht einfach zu entscheiden, ob eine betriebsbedingte Kündigung, die sozial gerechtfertigt war, dem Grund „Betriebsstilllegung / Auflösung der Dienststelle“ oder dem Grund „Kündigung durch

den Arbeitgeber“ zuzuordnen ist. Wird aus betriebsbedingten Gründen gekündigt und bietet der Arbeitgeber eine Abfindung an, um rechtliche Konsequenzen zu vermeiden, kommt in diesem Fall auch „Gegenseitiges Einvernehmen / Auflösungsvertrag“ als Entlassungsgrund in Frage. Diese Schwierigkeit spiegelt sich auch in der Frage des SOEP zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses wieder, die alle zwei bis fünf Jahre geändert wurde.³

Tab. 1: Wahrscheinlichkeit für rechtliche Folgen einer Kündigung in Deutschland
(Quelle: SOEP, eigene Berechnungen)

	1995	1998	2000	2001
Beendete Arbeitsverhältnisse in Tsd., darunter	4 671,7	4 207,1	4 583,7	4 899,1
(1) Kündigung Arbeitgeber in Tsd.	1 010,9	918,3	1 020,8	944,4
(2) Auflösungsvertrag in Tsd.	575,2	343,4	661,7	542,1
(3) Betriebsstilllegung in Tsd.	497,7	345,3	k.a.	344,6
Erledigte Kündigungsschutzklagen	287,0	285,5	246,8	256,4
Klage-Wsk _O = erl. Ksch-Klagen / (1) in %	28	31	24	27
Klage-Wsk _U = erl. Ksch-Klagen / [(1)+(2)+(3)] in %	14	18	15	14
Erledigte Ksch-Klagen / sozvers. Beschäftigte in %	1,02	1,05	0,89	0,92
Die Antworten beziehen sich auf die zweite Hälfte des jeweiligen Vorjahrs und die erste Hälfte des Befragungsjahres. Die Auswertung berücksichtigt somit die 12 Monatszeiträume vor dem jeweiligen Interviewzeitpunkt. Diese Vorgehensweise wurde gewählt, da die meisten Kündigungsschutzklagen erst 6 Monate nach Einreichung der Klage erledigt sind.				

Nimmt man die Zahl der erledigten Kündigungsschutzklagen als Indikator für die Zahl der Entlassungen, die vor Gericht ausgetragen werden, und setzt sie in das Verhältnis zu den arbeitgeberseitigen Kündigungen, erhält man einen Eindruck vom Anteil der Kündigungen, die durch die Arbeitsgerichte entschieden werden, s. Tabelle 1. Zwischen 1995 und 2001 lag die Obergrenze für die Klagewahrscheinlichkeit (Klage-Wsk_O) zwischen 24% und 31%.⁴

Endet eine Kündigungsschutzklage mit einem Vergleich, dann einigen sich die Vertragsparteien über die Höhe der Abfindung und schließen einen Auflösungsver-

³ Im Jahr 2000 stand den Befragten beispielsweise der Beendigungsgrund „Betriebsstilllegung“ nicht zur Verfügung, weshalb zu vermuten ist, dass sich diese Fälle auf die anderen Kündigungsgründe aufteilen. Zwischen den Fragebögen der Jahre 1995/98 und 2000/01 gibt es auch Unterschiede mit Bezug auf die Antworten zum Auflösungsvertrag, der für die Jahre 1995/98 aus drei Antwortalternativen gebildet wurde.

⁴ Das WSI hat im Jahr 2000 Arbeitnehmer, die ihr Arbeitsverhältnis beendet hatten, nach den rechtlichen Folgen befragt. Die Umfrage ermittelt eine Klagewahrscheinlichkeit von 11%. Der Unterschied zu den o.g. Werten könnte sich u.a. daraus ergeben, dass die Autoren Fälle ausschließen, „in denen nach Erhebung der Klage entweder durch außergerichtliche Verständigung oder durch Einwirken des Gerichts (bis hin zu einem entsprechenden Urteil) das Arbeitsverhältnis nicht beendet wurde ... [ebenso wie] ... Fälle, in denen die Befragten letztendlich einen Aufhebungsvertrag geschlossen [haben] ...“ (Bielenski et al. 2003: 87).

trag. Daher ist anzunehmen, dass in den in Tabelle 1 genannten Auflösungsverträgen Fälle enthalten sind, die vor dem Gericht verhandelt wurden. Fasst man die drei Gründe der Tabelle 1 für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zusammen, beträgt die Untergrenze der Klagewahrscheinlichkeit (Klage-Wsk_U) immer noch 14-18%. Bei dem so ermittelten Wert ist jedoch zu bedenken, dass Betriebsstillegungen seltener einen Kündigungsschutzprozess nach sich ziehen, da die Kündigungen für den Arbeitnehmer „nachvollziehbar“ gerechtfertigt oder bei Massenentlassungen mit Sozialplänen verbunden sind. Die hohe Klagewahrscheinlichkeit ist ein Beleg für die These, dass das deutsche Kündigungsschutzrecht erhebliche Anreize setzt, Entlassungen vor die Arbeitsgerichte zu tragen. Setzt man die Zahl der Klagen in das Verhältnis zu den sozialversicherungspflichtig Beschäftigten, zeigt sich, dass pro Jahr ca. 1% der Beschäftigten oder einer von 100 Arbeitnehmern einen Kündigungsschutzprozess führt und in ca. drei Viertel der Fälle gewinnt.

Tab. 2: Entlassungsentschädigungen im produzierenden Gewerbe in Firmen mit mehr als 10 Arbeitnehmern – Westdeutschland 1972-2000

	Entlassungsentschädigungen in Mio. Euro ^{a)}	Entlassungsentschädigungen pro Beschäftigten ^{b)} in Euro		Anteil der Entlassungsentschädigungen an den gesamten Personalkosten pro Beschäftigten in %
		Firmen mit mehr als 10 Beschäftigten	Firmen mit mehr als 500 Beschäftigten	
1972 ^{c)}	76,7	10	14	0,1
1975	283,4	33	54	0,2
1978	341,9	39	62	0,2
1981	612,0	82	116	0,3
1984	1 308,7	167	276	0,6
1988	1 382,2	173	269	0,8
1992	3 249,1	386	622	1,0
1996	3 503,9	509	816	1,2
2000	2 033,2	303	487	0,6

a) Die Daten für 1972-1996 wurden mit dem offiziellen Umrechnungsfaktor in Euro umgerechnet,
b) Vollzeitbeschäftigte und entsprechend ihrer geleisteten Arbeitszeit in Volleinheiten umgerechnete Teilzeitbeschäftigte, ohne Auszubildende,
c) Walwei 2000: 105, Quelle: Statistisches Bundesamt: Fachserie 16, Löhne und Gehälter, Arbeitskostenerhebung, versch. Jahrgänge; eigene Berechnungen.

Aggregierte Daten über die in Deutschland gezahlten Entlassungsentschädigungen können der amtlichen Statistik entnommen werden, da das Statistische Bundesamt alle vier Jahre – vor 1984 alle drei Jahre – eine Stichprobe zu Personal- und Personalnebenkosten in Unternehmen mit zehn und mehr Beschäftigten erhebt. Die neuesten Daten stammen aus dem Jahr 2000. Die Tabelle 2 gibt die durchschnittlichen Aufwendungen pro beschäftigten Arbeitnehmer (Vollzeitäquivalent) im produzierenden Gewerbe zwischen 1972 und 2000 wieder. Die westdeutschen Betriebe gaben 2000 rund 2 Mrd. Euro für Entlassungsentschädigungen aus. Die Kosten, die in Deutschland infolge des staatlichen Kündigungsschutzes entstehen, betragen damit zurzeit etwa 0,6% der gesamten Personalkosten oder durchschnittlich 303 Euro pro Beschäf-

tigten für Unternehmen mit mehr als zehn Beschäftigten. Alle vier Kennziffern zur Messung der durch den staatlichen Kündigungsschutz hervorgerufenen Entlassungsentschädigungen sind bis 1996 durch einen signifikanten Zeittrend gekennzeichnet. Insbesondere zeigt die Tabelle 2, dass der Anteil der Entlassungskosten an den Personalkosten pro Arbeitnehmer im Laufe der Jahre gestiegen ist. Er betrug 1972 gerade einmal 0,1% und ist bis 1996 in Westdeutschland auf 1,2% angewachsen. Ein Teil des Wachstums lässt sich mit dem Einfluss der Konjunktur zum jeweiligen Erhebungszeitpunkt erklären. Jedoch hat die steigende Arbeitslosigkeit seit den achtziger Jahren ebenfalls ihre Spuren hinterlassen. Der Rückgang der Entlassungsentschädigungen im Jahr 2000 kann ebenfalls eine Folge von Konjunktüreinflüssen sein. Die Tabelle 2 zeigt auch, dass im Vergleich zu Betrieben mit zehn oder mehr sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Betrieben mit 500 und mehr Beschäftigten im Jahr 2000 die durchschnittlichen Abfindungen ca. das 1,6-fache betragen.

Tab. 3: Abfindungen in Deutschland nach Kündigungsgründen 2001 in Euro
(Quelle: SOEP, eigene Berechnungen)

	Minimum	Maximum	Mittelwert	Median
Betriebsstilllegung	322	132 936	7 444	7 158
Eigene Kündigung	767	5 113	3 146	3 068
Kündigung Arbeitgeber	256	86 920	9 227	7 158
Auflösungsvertrag	767	102 258	17 304	5 113
Alle Kündigungen	256	132 936	10 472	5 113

Auswertungen des SOEP für das Jahr 2001 zeigen, dass in den Fällen, in denen die Befragten Auskunft über die Höhe der erhaltenen Abfindung gaben, die gezahlten Abfindungen zwischen 256 Euro und 132.936 Euro lagen. Im Durchschnitt zahlten die Unternehmen 10.472 Euro, der Median betrug 5.113 Euro, siehe Tabelle 3. Lohnfortzahlungskosten, die meistens einen sehr viel höheren Teil der Entlassungskosten ausmachen, sind in diesen Werten nicht enthalten. Die Abfindungen streuen erwartungsgemäß breit und nehmen mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit und dem Alter zu. Dass die höchsten durchschnittlichen Abfindungen bei Auflösungsverträgen gezahlt werden, lässt sich einerseits mit der Neigung der Unternehmen erklären, bei Mobilitätsbereitschaft der Arbeitnehmer Abfindungsbeträge anzubieten, die weit über den gesetzlich vorgeschlagenen Werten liegen. Andererseits werden häufig Auflösungsverträge geschlossen, falls die Parteien während eines Kündigungsschutzprozesses einen Vergleich schließen. Auch in diesem Fall dürften die Abfindungen über dem Durchschnitt liegen, da Unternehmen auf diese Weise das Risiko zukünftiger Lohnfortzahlungen im Fall einer ungerechtfertigten Kündigung vermeiden wollen.

Für den Zeitraum 1990-1994 untersuchte das Institut der deutschen Wirtschaft die Praxis der Sozialpläne in Deutschland. Die durchschnittliche Abstandszahlung im Rahmen von Sozialplänen, die Anpassungskosten im Rahmen von Massenentlassungen hervorrufen, lag zwischen 1990 und 1994 bei ca. 10.175 Euro. Rechnet man die Sozialplanabfindungen auf das durchschnittliche Bruttoeinkommen um, ergibt sich ein Wert in Höhe von 4,8 Brutto-Monatsgehältern oder ca. 7,4 Netto-Monatsgehältern. Anpassungskosten in Gestalt von Abfindungen variieren nach Branche, Betriebsgrö-

ße, Konzernabhängigkeit und Dauer der Betriebszugehörigkeit. Mit 32.343 Euro wurden im Kreditgewerbe die höchsten Entschädigungen im Rahmen von Sozialplänen gezahlt. Hingegen werden im Verlagswesen Arbeitskräfte mit Abfindungen in Höhe von 3.272 Euro entlassen. Unternehmen mit 1-49 Arbeitnehmern zahlten durchschnittlich 7.363 Euro je Arbeitnehmer, Betriebe mit mehr als 500 Beschäftigten kauften sich mit ca. 12.322 Euro frei (Hemmer 1997: 128). Damit bestätigen sich die Werte aus Tabelle 2, wonach größere Betriebe ca. das 1,7-fache an Abfindungen zahlen.

Hinter dem Einfluss der Betriebsgröße bei Einzel- und Massenentlassungen kommen in Deutschland die Regelungen zur Mitbestimmung durch den Betriebsrat zum Ausdruck. Zwar liegt der Schwellenwert, ab dem eine betriebliche Arbeitnehmervertretung gewählt werden kann, bei fünf wahlberechtigten Arbeitnehmern (§ 1 BetrVG), jedoch kommt das Betriebsverfassungsgesetz häufig erst in größeren Betrieben zum Tragen. So hatten etwa im Jahr 2000 nur 9,1% aller Betriebe bis 20 Beschäftigte einen Betriebsrat, aber 92% der Betriebe über 500 Arbeitnehmer (Addison et al. 2003).

Die privaten Rechtsdurchsetzungskosten, zu denen Gerichts- und Anwaltskosten zählen, sind in Deutschland gering: In der ersten Instanz muss jede Partei ihre außergerichtlichen Kosten selbst tragen. Gerichtskosten fallen nur an, wenn der Prozess mit einem Urteil endet und sind vom Verlierer zu zahlen. Grundlage für die Ermittlung der Gerichts- und Anwaltskosten ist der Streitwert, der bei Kündigungsschutzklagen üblicherweise mit drei Brutto-Monatsgehältern veranschlagt wird. In erster Instanz wird eine einmalige Gerichtsgebühr erhoben, die gesetzlich festgelegt ist und mindestens 10 Euro und maximal 500 Euro betragen kann. Auch das Honorar des Rechtsanwalts ist gesetzlich in der Gebührentabelle der Bundesrechtsanwaltsordnung festgelegt. Die Gebühren, die der Rechtsanwalt in Ansatz bringt, hängen vom Umfang seiner Tätigkeit ab. Insgesamt können maximal vier Gebührensätze anfallen: Prozessgebühr, Teilnahme an der mündlichen Verhandlung, Beweisaufnahme und Abschluss eines Vergleichs. Legt man den durchschnittlichen Brutto-Monatsverdienst im produzierenden Gewerbe von ca. 3.200 Euro im Jahr 2002 zugrunde, muss der Kläger für eine Klage max. 2.300 Euro kalkulieren. Besteht eine Rechtsschutzversicherung für arbeitsgerichtliche Streitigkeiten, übernimmt sie die Kosten des Rechtsstreits. Sind die Parteien Mitglieder bei einem Arbeitgeberverband oder einer Gewerkschaft, werden sie in der Regel kostenlos vertreten.

3. Kündigungsschutz in den USA

In den Vereinigten Staaten gibt es kein Kündigungsschutzgesetz. Nach der *employment at will*-Doktrin des amerikanischen *Common Law* können Arbeitsverträge jederzeit von beiden Vertragsparteien aufgelöst werden:

„Men must be left, without interference to buy and sell where they please, and to discharge or retain employees at-will for good cause or for no cause, or even for bad cause without thereby being guilty of an unlawful act per se“ (Payne v. Western & Atlantic Railroad, Tennessee 1884).

Auch gibt es in den USA neben dem Vertragsrecht des *Common Law* kein spezielles Arbeitsrecht. Finden keine Tarifvereinbarungen Anwendung, dann gilt bei Streitigkeiten der Einzelvertrag in Kombination mit dem Vertragsrecht (contract law) und dem

Haftungsrecht (tort law) des jeweiligen Bundesstaates. Allerdings schränken seit Mitte der 70er Jahre die US-amerikanischen Zivilgerichte in den meisten Bundesstaaten die Kündigungsfreiheit des *employment at will* auf der Basis von drei Rechtstheorien, den *wrongful discharge*-Doktrinen, ein.

3.1 Wrongful discharge doctrines

Bei den *wrongful discharge*-Doktrinen handelt es sich speziell um die drei Rechtssätze: *the implied contract exception*, *the public policy exception* und *the covenant of good faith and fair dealing*. Aus amerikanischer Perspektive kommen diese neuen Doktrinen einer Revolution der herrschenden Arbeitsgesetzgebung gleich.

Mit Blick auf die erste Ausnahme von der *employment at will*-Doktrin, der *implied contract exception*, haben die Gerichte festgestellt, dass ein Arbeitnehmer nicht mehr *at will* und daher grundlos kündbar ist, wenn „the employer has made explicit or implicit statements that place limits on the ability of the employer to terminate the employment relationship“ (Dertouzos/Karoly 1993: 216). Amerikanische Gerichte vertreten den Standpunkt, dass Firmenleitsätze oder mündliche Zusagen Bestandteil des Arbeitsvertrages sind. Zusagen des Arbeitgebers, die ihn binden, können z.B. in Organisationshandbüchern oder in Imageprospekten zu finden sein, wo den Beschäftigten eine faire Behandlung versprochen wird. Gleiches gilt auch für mündliche Zusagen des Vorgesetzten. Manche Bundesstaaten legen die *implied contract exception* weiter aus: In Kalifornien etwa werten die Richter auch die Umstände des Beschäftigungsverhältnisses als implizites Versprechen nicht grundlos zu kündigen. Hierzu gehören die Dauer der Betriebszugehörigkeit, Beförderungen oder Lohnerhöhungen in der Vergangenheit, Behandlung anderer Mitarbeiter aber auch eine „typische branchenspezifische Praxis“. Solche Entscheidungen der Gerichte haben in der Vergangenheit eine hohe Unsicherheit bei den Unternehmen erzeugt, auch wenn Prozesse auf der Basis der *implied contract exception* nur selten hohe Abfindungen zur Folge haben. Sie fallen in den meisten Bundesstaaten unter das Vertragsrecht, weshalb Schadensersatz aber kein Strafschadensersatz (punitive damage) gefordert werden kann. Als Reaktion auf solche Entscheidungen sind viele amerikanische Firmen dazu übergegangen, individuelle Verträge zu ergänzen bzw. Handbücher umzuschreiben, um eindeutig den *employment at will*-Grundsatz festzuhalten.

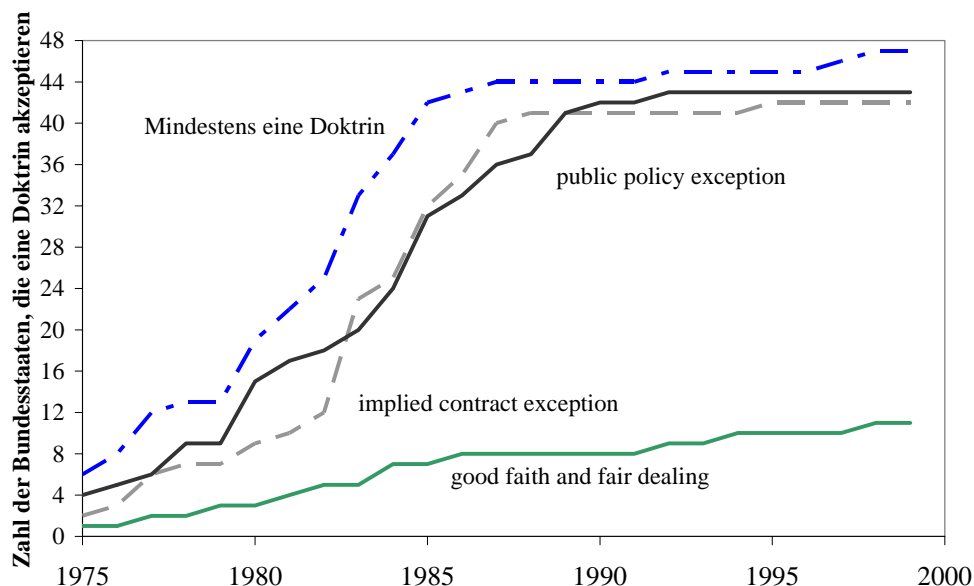
„In contrast, the public policy doctrine prohibits employers from terminating even at-will employees when the firing violates some public policy as represented ... in statutes or regulations“ (Dertouzos/Karoly 1993: 216). So ist beispielsweise eine Kündigung nicht ohne Weiteres gültig, wenn der Anlass in der Weigerung des Arbeitnehmers bestand, eine nach den Gesetzen des Bundesstaates illegale Handlung auszuführen. Eine entsprechende Regelung findet sich wie erwähnt im § 138 BGB im deutschen Recht. Die *public policy*-Ausnahme wird von 42 Staaten anerkannt. Da die *public policy*-Doktrin sowohl einen Anspruch auf Schadensersatz als auch auf Strafschadensersatz begründet, zieht sie mitunter spektakuläre Abfindungen nach sich.

Die *covenant of good faith and fair dealing* wird häufig als die stärkste Ausnahme vom *employment at will*-Grundsatz betrachtet. „The third doctrine represents the greatest increase in employer liability in that it can imply that employees must always be fired for cause“ (Dertouzos/Karoly 1993: 216). Nach dieser Doktrin muss der Arbeitgeber

die Entlassung in der Regel mit positiven Gründen rechtfertigen können. Diese Doktrin weitet – so die Befürchtung – den Kündigungsschutz auf alle Arbeitnehmer des jeweiligen Bundesstaates aus, in dem die Doktrin Gültigkeit hat (Dertouzos/Karoly 1993). Tatsächlich akzeptieren zurzeit nur elf Staaten, die *covenant of good faith and fair dealing*. Nach der Meinung von Walsh und Schwarz (1996) wird sie jedoch in ihrer Bedeutung stark überschätzt. In jedem Fall ist sie nicht vergleichbar mit dem Einfluss, den der § 242 BGB „Treu und Glauben“ auf das deutsche Arbeitsrecht hat. Tatsächlich sind erfolgreiche Fälle auf der Basis dieser Rechtsdoktrin nur selten. Neben den *wrongful discharge*-Doktrinen verfügt nur der Bundesstaat Montana seit 1987 über ein eigenes Kündigungsschutzgesetz.

Abb. 2: Annahme der *wrongful discharge*-Doktrinen in den USA

(Quelle: eigene Auswertungen auf der Basis von Autor/Donohue III/Schwab (2003))



Nicht alle Bundesstaaten erkennen die *wrongful discharge*-Doktrinen an. Mindestens eine Doktrin wurde 1999 von 47 Staaten anerkannt, am häufigsten die *public policy exception*, die 43 Staaten akzeptierten (s. Abb. 2). Lediglich neun Staaten billigten alle drei Doktrinen, drei Staaten (Rhode Island, Florida, Georgia) erkannten keine einzige Doktrin an. Die Unterteilung der Staaten nach der Zahl der anerkannten Doktrinen birgt jedoch das Risiko, dass man den Grad der Übereinstimmung der Rechtsauslegung zwischen den *Common Law*-Gerichten der einzelnen Bundesstaaten überschätzt. Bei der Anwendung und Interpretation der jeweiligen Doktrinen gibt es bedeutende Unterschiede. Einige Gerichte – wie etwa in Kalifornien – legen den Gültigkeitsbereich der Doktrinen großzügig aus, andere haben ihre Entscheidungen mehrfach revidiert oder – noch häufiger – den Anwendungsbereich im Laufe der Zeit wieder reduziert (Walsh/Schwarz 1996).

Abbildung 2 zeigt für den Zeitraum 1975-1999, wie viele Staaten die einzelnen Doktrinen bzw. mindestens eine Doktrin anerkannt haben. Sowohl der Zeitpunkt als auch das Tempo der Annahme zwischen den einzelnen Doktrinen schwankt stark. Allerdings ist in den 80er Jahren die Zahl der Bundesstaaten, die mindestens eine Doktrin anerkennen, sprunghaft gestiegen.⁵ Die *public policy exception* war die erste Doktrin, die größere juristische Aufmerksamkeit erfuhr und deren Anerkennung bis zum Beginn der 90er Jahre kontinuierlich zunahm. Im Gegensatz hierzu akzeptierten vor 1982 nur wenige Staaten die *implied contract exception*, die jedoch zwischen 1983 und 1987 hohe Wachstumsraten aufweist. Die *covenant of good faith and fair dealing* billigen nach wie vor nur wenige Gerichte. Abbildung 2 zeigt, dass die Anerkennung der *wrongful discharge*-Doktrinen durch die Gerichte relativ zügig erfolgte und eine signifikante, wenn auch begrenzte Änderung im *Common Law* markiert.

Warum waren die Gerichte Ende der 70er und Anfang der 80er Jahren bereit, ihre lang geübte Praxis des *employment at will* zu überdenken und zu ändern? Bis heute gibt es hierfür kein überzeugendes ökonomisches Argument. Walsh/Schwarz (1996) haben die Begründungen zu den Präzedenzfällen, die zur Annahme der Doktrinen zwischen 1975 und 1994 führten, ausgewertet. Am häufigsten nannten die Richter die Akzeptanz einer Doktrin in den Nachbarstaaten als Anlass für die eigene Entscheidung. Die Übernahme einer Doktrin ist häufig der Grund für die Einführung auch anderer Ausnahmen vom Prinzip des *employment at will*, wie die Auswertungen von Walsh und Schwarz (1996) belegen.

Die Anwendung speziell der *public policy exception* begründeten die Richter in der Regel damit, „that it is necessary to do so in order to uphold or effectuate legislatively determined public policy“ (Walsh/Schwarz 1996: 662). Fairness-Argumente und ein angestrebter Interessensausgleich zwischen den Vertragsparteien standen bei der Akzeptanz der *implied contract*-Doktrin im Vordergrund. Gerichte, die sich auf die *covenant of good faith and fair dealing* beziehen, berufen sich auf die Übereinstimmung mit den Prinzipien des Vertragsrechts insbesondere auf die Tatsache, dass die Verpflichtung zu Treu und Glauben allen Verträgen unter dem *Common Law* zugrunde liegt.

Dertouzos/Karoly (1993) schätzen für den Zeitraum 1980-1987, dass in Staaten nachdem sie Ausnahmen von der *employment at will*-Doktrin akzeptierten, die dem Haftungsrecht unterliegen, die aggregierte Beschäftigung um ca. 3,1 Prozentpunkte signifikant sank. Die Beschäftigung fiel um weitere 1 bis 2 Prozentpunkte, wenn die Staaten außerdem Doktrinen akzeptierten, die unter das Vertragsrecht fallen.

Auch Miles (2000) untersucht die Wirkung der *wrongful discharge*-Doktrinen für die Periode 1965-1994 auf die Beschäftigung und Arbeitslosigkeit. Einen signifikanten Einfluss auf das Beschäftigungsniveau und die Arbeitslosenquote kann der Autor nicht nachweisen. Allerdings weichen die Unternehmen zunehmend auf andere Vertragsformen aus, wie Miles (2000) zeigt. Der Anteil der Arbeitnehmer mit einem Leiharbeitsvertrag nahm im Anschluss an die Einführung der *wrongful discharge*-Doktrinen signifikant um 15% zu, wobei „... the implied contract exception, in particular, appears to be responsible for this increase“ (Miles, 2000: 47). Darüber hinaus zeigt die Regres-

⁵ Die Chronologie der *wrongful discharge*-Doktrinen entsteht, indem die Autoren Präzedenzfälle in den einzelnen Bundesstaaten identifizieren und auswerten.

sionsanalyse von Miles (2000), dass die Höhe des Humankapitals eine wesentliche Ursache für die Einführung und Ausbreitung der *wrongful discharge*-Doktrin gewesen ist. Bundesstaaten, in denen der Anteil Hochqualifizierter über den Durchschnitt liegt, zählten zu den Pionieren des neuen Arbeitsrechts.

Auch Autor (2003) kann für den Zeitraum 1979-1995 zeigen, dass in Staaten in denen die *implied contract exception* akzeptiert wurde, der Anteil der Leiharbeiter je nach Spezifikation des Modells um 13-16% steigt. Autor/Donohue III/Schwab (2003) schätzen für den Zeitraum 1978-1999, dass die *implied contract exception* die Beschäftigungsquote signifikant um 0,8 bis 1,6 Prozentpunkte reduziert. Bei den anderen Doktrinen lässt sich kein eindeutiger Einfluss auf die Beschäftigung nachweisen. Kurzfristig sinkt insbesondere die Beschäftigung von Frauen, Jugendlichen und Geringqualifizierten. Langfristig tragen jedoch die hoch qualifizierten älteren Arbeitskräfte die Kosten des Kündigungsschutzes – die Kohorte, die auch die höchste Klagewahrscheinlichkeit hat. Die Unterschiede zu den oben genannten Studien erklären Autor/Donohue III/Schwab (2003) mit der Wahl der Schätzmethode im ersten Fall und mit der Einordnung von Präzedenzfällen in manchen Staaten im anderen Fall.

3.2 Diskriminierungsgesetze als Schutz gegen Entlassungen

Ein allgemeines Diskriminierungsverbot ist im *Civil Rights Act, Title VII*, von 1964 und im *Age Discrimination in Employment Act (ADA)* von 1967 festgehalten. Der *Civil Rights Act, Title VII*, verbietet die Diskriminierung von Beschäftigten aufgrund persönlicher Merkmale, wie Nationalität, Herkunft, Hautfarbe, Religion und Geschlecht, und ist seit der Reform des *Civil Rights Acts* von 1991 in Betrieben mit mindestens 15 Beschäftigten anwendbar. Damit wurde in den USA ähnlich wie im deutschen Recht ein Schwellenwert eingeführt, ab dem die Arbeitnehmer besondere Schutzrechte genießen. Um die Beschäftigung von älteren Arbeitnehmern (über 40 Jahre) zu fördern, wurde der ADA erlassen, der die Kündigung von Arbeitskräften in Betrieben mit mehr als 20 Arbeitnehmern aufgrund ihres Alters verbietet. Bei einer als ungerechtfertigt empfundenen Entlassung klagen Arbeitnehmer immer häufiger wegen Verstößen gegen die Diskriminierungsgesetze.⁶ Hierbei muss der entlassene Arbeitnehmer die diskriminierende Handlung belegen oder einen Anscheinsbeweis (*prima facie case*) führen. Der Arbeitgeber erhält daraufhin die Möglichkeit, die Entlassung überzeugend mit positiven Gründen zu rechtfertigen. Gelingt ihm dies nicht, fallen hohe Schadensersatzforderungen an, die sich nicht allein nach dem Einkommen des Klägers, sondern auch nach dem Firmenumsatz richten können. Darüber hinaus ermöglichen Klagen auf der Grundlage des Title VII und den ADA den Gang vor ein Schöffengericht (*jury trial*), mit der Folge, dass bei einem verlorenen Prozess sowohl Schadensersatz als auch Strafschadensersatz sowie Schmerzensgeld anfallen.

⁶ Weitere Antidiskriminierungsgesetze haben in „Kündigungsschutzklagen“ zunehmend Bedeutung erlangt: So verbietet etwa der *National Labor Relations Act* von 1935 die Diskriminierung wegen der Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft, der *Pregnancy Discrimination Act* von 1978 die Diskriminierung von Schwangeren und der *Americans with Disabilities Act* von 1990 eine Diskriminierung wegen Behinderung.

3.3 Massenentlassungen

Massenentlassungen sind seit 1989 durch den *Worker Adjustment and Retraining Notification Act (WARN)* auf Bundesebene geregelt. Danach besteht 60 Tage vor Massenentlassungen oder temporären Freisetzungen eine Kündigungs- und Anzeigepflicht in Betrieben mit mehr als 100 Arbeitskräften, ansonsten haben die Entlassenen Ansprüche auf Abfindungen, die Lohnzahlungen und Sozialleistungen in Höhe von maximal 60 Tagelöhnen umfassen. Die Schwellenwerte für Massenentlassungen liegen jedoch höher als im deutschen Recht. Massenentlassungen liegen vor, wenn mindestens 33% der Arbeitskräfte oder mehr als 500 Arbeitskräfte freigesetzt werden. Teilzeitarbeitskräfte, befristet Beschäftigte und Arbeitnehmer, die kürzer als sechs Monate im Betrieb beschäftigt sind, gehen nicht in die Berechnung der Betriebsgröße ein. Trotz dieser Regelung wurden zwischen 1999 und 2001 nur 55% der Arbeitnehmer vorher über Entlassungen informiert.⁷ Eine vergleichbare Institution wie die des Betriebsrates in Deutschland, der Anhörungs- oder Widerspruchsrechte hat oder sogar einen Sozialplan durchsetzen kann, gibt es in den USA nicht. Jedoch ergänzen Tarifverträge, in denen die Tarifparteien in der Regel Kündigungsfristen und die Angabe eines Kündigungsgrundes vereinbaren, diese Vorschriften. Allerdings waren in den USA im Jahr 2003 nur ca. 13% aller Arbeitskräfte gewerkschaftlich organisiert, für 15% waren Tarifvereinbarungen verbindlich.⁸ Im Streitfall schlichten Schiedsgerichte den Kündigungsfall.

3.4 Klagen und Höhe der Abfindungen in USA

Die Rechtsfolgen ungerechtfertigter Kündigungen, die mitunter enorme Schadensersatzansprüche nach sich ziehen, variieren gewaltig. Da die *wrongful discharge*-Doktrinen auf der Ebene der Bundesstaaten geregelt sind, gibt es über die Zahl der Fälle sowie Höhe der Abfindungen keine regelmäßigen aggregierten US-amerikanischen Daten. Stellvertretend für die USA informiert daher die Tabelle 4 über die Höhe der Abfindungen und Zahl der Klagen, die in Kalifornien im Jahr 1998 gezahlt wurden.

In Kalifornien gewannen Kläger auf der Grundlage der *implied contract exception* in 50% der Fälle, wobei der Durchschnitt bzw. der Median des Schadensersatzes 2,3 Mio. \$ bzw. 230.000 \$ betrug. Berücksichtigt man, dass bei der Durchführung einer Klage in den USA üblicherweise hohe private Prozess- und Anwaltskosten anfallen, verbleiben am Ende für den Kläger ca. 48% des Schadensersatzes. Als Daumenregel für die Verfahrens- und Anwaltskosten hat sich je nach Doktrin mittlerweile ein Betrag in Höhe von 150.000 \$ bis 250.000 \$ durchgesetzt.

Da die Verfahrenskosten in den USA von den Parteien selbst übernommen werden, ziehen meist die oberen Einkommensschichten vor Gericht. Anwälte übernehmen Kündigungsschutzklagen nur gegen Erfolgshonorar (contingent fee), das von der Streitsumme bestimmt wird, weshalb Arbeitskräfte mit niedrigem Einkommen von dieser Art Rechtsschutz üblicherweise ausgeschlossen sind. Rechtsschutzversicherungen – wie in Deutschland – gibt es in den USA nicht. Die Folge dieser hohen Ver-

⁷ Vgl. <http://www.bls.gov/news.release/disp.t03.htm>.

⁸ Vgl. <http://www.bls.gov/news.release/union2.t03.htm>.

fahrenskosten ist, dass der typische Kläger „... is a white, middle-aged male in a management position with almost 10 years of tenure at the same job“ (Dertouzos/Karoly 1998: 302). Es ist daher nicht verwunderlich, dass Kalifornien im Jahr 1998 nur 249 Fälle, die Kündigungsfragen zum Gegenstand hatten, verzeichnen konnte. Dabei ist zu bedenken, dass Kalifornien zu den Bundesstaaten mit einer intensiven zentralstaatlichen Gesetzgebung mit wohlfahrtsstaatlichen Schwerpunkten gehört.

Tab. 4: Art und Zahl der Klagen, gewonnene Fälle sowie Höhe der Abfindungen in Kalifornien 1998 (Quelle: Phirascope, Legal Notes, www.phiraonline.de; www.cooper.com; eigene Berechnungen)

Art der Klage	Vom Kläger gewonnene Klagen in %	Zahl der Klagen	Abfindung in \$ Durchschnitt	Abfindung in \$ Median
Breach of Implied Contract	50	30	2 305 257	230 000
Good Faith and Fair Dealing	35	16	4 019 378	297 000
Violation of Public Policy	66	29	1 088 083	250 000
Diskriminierung wegen				
Rasse	13	15	83 333	90 000
Nationalität	1	12	300 000	300 000
Geschlecht	50	12	2 336 205	300 000
Alter	37	27	423 729	154 185
Behinderung	56	16	1 113 157	543 817
Sexueller Belästigung	56	34	669 695	516 917
Vergeltung des Arbeitgebers	46	52	1 432 987	300 000
Sonstige	50	6	1 539 697	–
Insgesamt	46	249	2 506 132	250 000

Bei Klagen auf der Grundlage des *Civil Rights Act, Title VII*, Diskriminierung wegen Geschlecht, billigten in Kalifornien 1998 die Schöffengerichte Schadensersatzforderungen in Höhe von durchschnittlich 2,3 Mio. \$ zu (s. Tabelle 4). Seit der Reform des *Civil Rights Act* im Jahr 1991 sind Höchstsummen für den Schadensersatz festgelegt worden. So sind Schadensersatzforderungen in Firmen mit 15 bis 100 Beschäftigten auf 50.000 \$ und in Firmen mit mehr als 500 Mitarbeiter auf maximal 300.000 \$ begrenzt. Allerdings gilt diese Beschränkung nur für einige Anspruchsgrundlagen. Vor allem bei Diskriminierung gegen Geschlecht und Herkunft belegen die Gerichte die Firmen nach wie vor mit hohen Schadensersatzforderungen, die in schweren Fällen existenzbedrohende Folgen für das Unternehmen haben können.

Systematische Informationen zu der Zahl der Klagen über einen längeren Zeitraum hinweg gibt es nicht. Zwar erstellen die Gerichte regelmäßig Statistiken über die Gesamtzahl der abgeschlossenen Klagen, jedoch wird hierbei nicht nach dem Klagegegenstand differenziert. Oppenheimer (2003) hat kürzlich die verfügbaren Informationen über Diskriminierungsklagen und Urteile in *wrongful discharge*-Fällen in Kalifornien

nien analysiert. Grundlage der meisten Studien sind Berichterstattungen über laufende Gerichtsverfahren. Daher handelt es sich um keine abschließende Auflistung aller verhandelten Fälle. Auch weisen die meisten Untersuchungen die Fälle aggregiert für den jeweiligen Beobachtungszeitraum aus. Über die Klagen auf der Grundlage der *wrongful discharge*-Doktrinen informiert Tabelle 5.

Tab. 5: Kündigungsschutzklagen auf der Basis der *wrongful discharge*-Doktrinen in Kalifornien, 1980-1999 (Quelle: Oppenheimer 2003)

Periode	Vom Kläger gewonnene Klagen in %	Zahl der Klagen	Abfindung in \$ Durchschnitt	Abfindung in \$ Median
1980 – 86	67,5	120	646.855	177.000
1987	78	51	424.500	n.a.
1989 – 99	62	452	610.922	289.701
1998	53	75	1.088.083 – 2.305.257	230.000 – 297.000
1998 – 99	59	117	n.a.	296.991

Tabelle 5 lässt keinen Rückschluss auf die Entwicklung der Klagehäufigkeit zu. Oppenheimer (2003) und Jung (1997) vermuten jedoch einen leichten Anstieg der Zahl der Klagen Mitte der 90er Jahre. Jung (1997) führt diesen Anstieg auf die schlechte Arbeitsmarktlage zu Beginn der 90er Jahre zurück. Ein struktureller Anstieg der Kündigungsschutzklagen sei nicht wahrscheinlich, da im Jahr 1988 die Rechtsprechung der *wrongful discharge*-Doktrinen in Kalifornien eine einschneidende Zensur erfuhr. Ausgelöst wurde diese Entwicklung durch ein Urteil des *Supreme Court*, nachdem Arbeitnehmer auf der Basis der *breach of implied contract*-Doktrin zukünftig keinen Strafschadensersatz fordern können. Eine Folge dieses Urteils war, dass der Anteil der durch die Kläger gewonnenen Fälle spürbar abnahm (s. Tab. 5). Die durchschnittliche Dauer der Klagen, die auf der Basis der *wrongful discharge*-Doktrinen entschieden werden, gibt Jung (1997) mit 35 Monaten an.⁹ Damit liegt die Klagedauer in Deutschland in erster Instanz wesentlich unter den kalifornischen Werten. Bei Urteilen in zweiter oder dritter Instanz nähert sich die Klagedauer in beiden Ländern an.

Nach der Einschätzung von Oppenheimer (2003) hat die Zahl der Diskriminierungsklagen in Kalifornien in der letzten Dekade etwas zugenommen. Der Anteil der durch die Kläger gewonnenen Fälle ist bei Diskriminierungsklagen mit durchschnittlich 46% jedoch sehr viel niedriger als bei den *wrongful discharge*-Doktrinen. Die Unterschiede in den Erfolgsquoten zwischen den beiden Klagetypen sind Ende der 90er Jahre gestiegen und können eine Folge der Reform des *Civil Rights Act, Title VII* im Jahr 1991 sein.

Ähnliche Entwicklungen sind auch in anderen Bundesstaaten der USA zu beobachten: So nahm die Zahl der vor allen Bundesgerichten der USA anhängigen Klagen wegen Diskriminierung am Arbeitsplatz von 8.272 in 1990 auf 23.796 in 1997 zu, um

⁹ Grundlage der Berechnung ist die Periode vom Tag der Entlassung bis zum endgültigen Urteil.

bis zum Jahr 2000 wieder auf 21.032 zu sinken. Wobei neben Kündigungssachen auch Fragen der Einstellung, Beförderung und Entlohnung behandelt wurden. Damit hat sich die Zahl der Klagen wegen Diskriminierung am Arbeitsplatz in der letzten Dekade beinahe verdreifacht (U.S. Department of Justice 2002). Bei der Interpretation der Zahl der Klagen ist jedoch zu bedenken, dass nach der Einschätzung des *National Center for the State Courts* nur die wenigsten Fälle vor einem Schöffengericht verhandelt werden, denn die meisten Klagen enden wie in Deutschland durch einen Vergleich oder werden anderweitig erledigt. Bis Diskriminierungsklagen von den Gerichten entschieden werden, vergeht ebenfalls einige Zeit: Nach der Auskunft des U.S. Department of Justice (2000) konnten rund 56% der Klagen, die im Jahr 1996 eingereicht wurden, innerhalb von zwei Jahren mit einem Urteil abgeschlossen werden.

Arbeitnehmer, die glauben, Opfer einer Diskriminierung am Arbeitsplatz zu sein, haben darüber hinaus die Möglichkeit sich an die *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)* zu wenden, die mittlerweile 50 Anlaufstellen in den USA unterhält. Die EEOC überprüft zunächst, ob es Anhaltspunkte für eine diskriminierende Handlung gibt. Im Anschluss daran versucht sie zwischen den Vertragsparteien zu vermitteln. Gelingt dies nicht, trägt die EEOC den Fall vor ein Bundesgericht. Zwischen 1992 und 1993 gingen bei der EEOC jährlich durchschnittlich 82.000 Fälle ein. In 5% der Fälle wurde die Kommission aktiv, hiervon trug die Kommission durchschnittlich 387 Fälle einem Bundesgericht vor. Zwischen 1997 und 2001 gewann der EEOC 46% der vorgetragenen Fälle, im Jahr 2001 betrug die durchschnittliche Dauer einer Klage 182 Tage. Sowohl die Zahl der bei der EEOC eingereichten Fälle als auch die bei Bundesgerichten vorgetragenen Klagen folgen keinem eindeutigen Zeittrend und sind seit 2001 rückläufig.¹⁰

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass auch für amerikanische Arbeitgeber ein gewisser Anreiz besteht, trotz der *employment at will*-Doktrin die Gründe für eine Entlassung zu dokumentieren, um dem Risiko teurer Diskriminierungsklagen zu entgehen – zumindest gilt dies bei Entlassungen von hoch qualifizierten Arbeitskräften. So räumen auch Kittner und Kohler ein (2000: 18): „Mit Blick auf die Kostensituation ist ein Arbeiter ... praktisch so gut wie ohne jeden Rechtsschutz.“ Dies gilt umso mehr, da es in den USA keine Rechtsschutzversicherung für Arbeitsstreitigkeiten gibt.

4. Schlussfolgerung

Die Kosten einer Entlassung sind für den Arbeitgeber weder plan- noch vorhersehbar. Das gilt für Deutschland genauso wie für die USA, obwohl Deutschland im Gegensatz zu den USA über ein kodifiziertes Kündigungsschutzrecht verfügt. Arbeitgeber, die sich in Deutschland über die Rechtslage bei einer Kündigung informieren wollen, müssen im Zweifelsfall das GG, das BGB, seine Generalklauseln, die einschlägigen Vorschriften des Betriebsverfassungsgesetz, das Kündigungsschutzgesetz und – was die Rechtmäßigkeit der Kündigung und die vorgenommene Sozialauswahl betrifft – die umfangreiche Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sowie die geographisch diversifizierte Rechtsprechung der Arbeits- und Landesarbeitsgerichte bemühen, um zu entscheiden, ob eine Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Im Gegensatz zur Recht-

¹⁰ Vgl. <http://www.eeoc.gov>.

sprechung des *Common Law* hat die Rechtsprechung der höheren Gerichte in Deutschland jedoch primär das Ziel, Unklarheiten des deutschen Rechts zu beseitigen, Lücken zu schließen und „dient also der Bestätigung und Unterstützung eines Ergebnisses, das schon vorher mit Hilfe traditioneller Auslegungsmethoden gefunden worden ist“ (Zweigert/Kötz 1996: 17).

Demgegenüber bilden im *Common Law* die Urteile der höheren und höchsten Gerichte das Zentrum des Rechts und tragen zur Rechtschaffung und -fortbildung bei. Daher herrscht auch Rechtsunsicherheit unter amerikanischen Arbeitgebern, sofern sie ihren Geschäftssitz in einem Bundesstaat haben, in dem die *Common Law*-Gerichte dazu neigen, neben den Diskriminierungsgesetzen auch die *wrongful discharge*-Doktrinen einzusetzen. Die *wrongful discharge*-Doktrinen – die ihre Entsprechung in den Generalklauseln des BGB haben – schränken das Recht des Arbeitgebers ein, seine Belegschaft jederzeit ohne Grund anzupassen. Aus diesen Gründen ließe sich zunächst eine Konvergenz der Rechtssysteme vermuten.

Zu bedenken ist allerdings, dass die *wrongful discharge*-Doktrinen vor allem personen- und verhaltensbedingte Kündigungen regulieren, so dass betriebsbedingte Kündigungen in sämtlichen amerikanischen Bundesstaaten bis heute der *employment at will*-Doktrin unterliegen. So hält auch William Gould IV mit Blick auf die Entwicklung der *wrongful discharge*-Doktrinen (1993: 167) fest: „The law here has changed considerably during the past decade, but the principle that the contract of employment is terminable at will remains intact.“ Auch Kirstein et al. (2001: 100) räumen ein, dass in vielen Staaten die Gerichte von den Doktrinen wieder abrücken. Sie erklären diese Entwicklung damit, dass es in den USA – anders als in Deutschland – keine eigene Arbeitsgerichtsbarkeit gibt und amerikanische Zivilgerichte sich nur ungern mit Kündigungsfragen befassen.

Neben den Ausnahmen vom *employment at will*-Prinzip könnte die Diskriminierungsgesetzgebung die Stellung eines Kündigungsschutzrechts einnehmen. Hält man sich allerdings die Zahl der Klagen in Kalifornien vor Augen, wird deutlich, dass nur wenige Arbeitnehmer vor Gericht ziehen. Auch die Wahrscheinlichkeit, dass ein Kläger den Prozess gewinnt, ist im amerikanischen System vergleichsweise gering. Einen Betriebsrat mit Anhörungs- oder Mitbestimmungsrechten sowie Sozialplanpflichten sucht man im amerikanischen Arbeitsrecht vergebens. Aus rechtssystematischer Sicht lässt sich somit eine Konvergenz bezweifeln.

Die erwarteten Kosten eines Kündigungsschutzprozesses sind sowohl für deutsche als auch für amerikanische Arbeitgeber kaum zu kalkulieren. Zwar ist die Höhe der Abfindung in Deutschland in etwa ex-ante bekannt, jedoch nicht das Ausmaß der zu erwartenden Lohnfortzahlungskosten. Sie können – wie erwähnt – durchaus mehrere Jahresgehälter betragen. Die fehlende Planbarkeit dieser Kosten ist in Deutschland auch häufig Anlass, warum Arbeitnehmer trotz Abfindungsangebot mit einer Klage drohen. In Deutschland sind die privaten Gerichtskosten niedrig und die sozialen Gerichtskosten dafür umso höher. Die niedrigen privaten Rechtsdurchsetzungskosten sind der Grund, weshalb ein erheblicher Teil der Arbeitnehmer einen Anreiz hat, eine Kündigungsschutzklage zu erheben. Die erstrittenen Abfindungen sind jedoch im Erfolgsfall gering. Die Abfindungspraxis in Deutschland darf jedoch nicht als Abkehr vom Bestandsschutzprinzip zu einem Grundsatz des *employment at will* gedeutet

werden. Denn die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung hat – wie Hromadka (2002: 261) treffend bemerkt – die entschädigungslose ordentliche (und in vielen Fällen sozial gerechtfertigte) Kündigung längst verdrängt.

Verliert ein amerikanischer Arbeitgeber einen Prozess, muss er mit hohen Schadensersatz- bzw. Strafschadensersatzforderungen rechnen, die weit über den deutschen Abfindungssummen liegen. Eine Planungsgrundlage hierfür gibt es auch im amerikanischen Recht nicht. Diese hohen Schadensersatzforderungen stehen allerdings im starken Kontrast zu der Rechtsposition der meisten amerikanischen Arbeitnehmer, die sich die teuren Kündigungsschutzprozesse in den USA nicht leisten können. Denn in den Genuss dieser Schutzgesetzgebung kommen nur wenige, privilegierte und gut verdienende Arbeitnehmer.¹¹

Ein Vergleich der erwarteten Entschädigungszahlungen pro beschäftigten Arbeitnehmer könnte Aufschluss darüber geben, ob mit Blick auf die Kosten, die das Kündigungsrecht den Arbeitgebern auferlegt, eine Konvergenz der Rechtssysteme zu konstatieren ist. Die Klagewahrscheinlichkeit für kalifornische Arbeitgeber ist, wie gezeigt, nur gering. Im Jahr 1998 betrug das Verhältnis zwischen der Zahl der unterschiedenen Klagen und der Beschäftigten 0,0016 %, ¹² d.h. einer von 50.000 Arbeitnehmern pro Jahr klagte. Die deutsche Klagewahrscheinlichkeit von 1,05 % im Jahre 1998 war im Vergleich mit dem kalifornischen Wert um ein vielfaches höher. Bezieht man bei der Berechnung noch die Erfolgswahrscheinlichkeit mit ein, dann mussten kalifornische Arbeitgeber im Jahr 1998 mit 1,9 US-Dollar (Median) bzw. 18,7 US-Dollar (Durchschnitt) Entschädigungszahlungen pro Jahr und Beschäftigten rechnen. Die korrespondierenden Werte für Deutschland betragen im Jahr 1998 36,2 Euro und 108,9 Euro.¹³ Bei einem Vergleich der erwarteten Entschädigungskosten ist jedoch zu bedenken, dass in Deutschland bei den erledigten Klagen Fälle berücksichtigt werden, die mit einem Vergleich enden. Auch sind bei den zugrunde gelegten Abfindungsbeträgen Lohnfortzahlungskosten, die meist die Kosten einer Kündigungsschutzklage in die Höhe treiben, nicht enthalten. In Kalifornien wurden dagegen nur durch Urteil entschiedene Klagen berücksichtigt; denn Informationen über die Zahl der Streitfälle, die durch Vergleich beigelegt werden, liegen nicht vor. Bei der Höhe der Schadensersatzzahlungen sind neben Lohnfortzahlungskosten auch prognostizierte zukünftige

¹¹ Ob hiermit allerdings, wie häufig vermutet wird, eine durch die Rechtsordnung selbst erzeugte Diskriminierung verbunden ist, kann aus dem ökonomischen Blick bezweifelt werden, denn, so das ökonomische Argument, ein gering qualifizierter Arbeitnehmer findet auf einem funktionierenden Arbeitsmarkt schon nach kurzer Suchdauer einen äquivalenten Job. Hohe faktor- und arbeitsplatzspezifische Investitionen setzen jedoch diesen Marktmechanismus außer Kraft und liefern die Arbeitskräfte dem ex-post-Opportunismus der Arbeitgeber aus. Die versunkenen Kosten bei einem Arbeitsplatzverlust sind in diesem Fall enorm, weshalb sich ein Kündigungsschutzprozess unter diesen Umständen lohnt.

¹² Die Klagewahrscheinlichkeit ergibt sich, wenn man die Zahl der Klagen in das Verhältnis zu den (sozialversicherungspflichtigen) Beschäftigten setzt (USA: 249/15,4 Mio.; D: 285474/27,2 Mio.).

¹³ Berechnungen der Abfindungen für Deutschland auf der Basis des SOEP.

Einkommensverluste des Arbeitnehmers sowie Strafschadensersatzforderungen enthalten.

In beiden Ländern hat das Kündigungsrecht präventive Folgen, die sich nicht ohne weiteres beziffern lassen. Denn nirgendwo ist festgehalten, welche Entlassungen das Kündigungsrecht bzw. die *wrongful discharge*-Doktrinen verhindert haben. Ein Arbeitgeber in Deutschland wird bei jeder Kündigung sorgfältig abwägen, wie er im Falle einer Klage die Entlassung und die Sozialauswahl begründet. In Zweifelsfällen wird auch ein amerikanischer Unternehmer die Kündigungsgründe dokumentieren – jedoch nur bei Arbeitnehmern mit positiver Klagewahrscheinlichkeit. In welchem Land die erwarteten Kündigungskosten für den Arbeitgeber oder die sozialen Entlassungskosten überwiegen, lässt sich daher nicht mit Sicherheit prognostizieren. Jedoch ist zu erwarten, dass in beiden Ländern die Kosten des Kündigungsschutzes bei den Arbeitgebern ein Verhalten erzeugen, dass die erwarteten Anpassungskosten minimiert.

Untersuchungen zur dynamischen Arbeitsnachfrage können deshalb einen Hinweis auf die Höhe der Kosten des Kündigungsrechts und dessen präventive Wirkung geben.¹⁴ Die meisten Studien zeigen, dass Arbeitgeber in beiden Ländern auf Schwankungen der Konjunktur mit dem Horten von Arbeitskräften reagieren. Die Befunde zeigen aber auch, dass deutsche Firmen auf Schocks stärker mit personalpolitischen Instrumenten der internen Anpassung – wie etwa Überstunden – reagieren. Hingegen greifen US-amerikanische Unternehmen sehr viel stärker auf Instrumente der externen Anpassung zurück, zu denen Einstellungen und Entlassungen zählen. Einen Hinweis darauf, dass sich amerikanische Arbeitgeber stärker als deutsche über Einstellungen und Entlassungen an Schwankungen des Auslastungsgrades anpassen, erhält man auch, wenn man die Dauer der Beschäftigungsverhältnisse miteinander vergleicht. Der Median der Beschäftigungsdauer beim selben Arbeitgeber betrug im Jahr 2001 bei einem amerikanischen Arbeitgeber 3,7 Jahre, 24,5% der Arbeitsverhältnisse hatten eine bisherige Dauer von weniger als einem Jahr, in Deutschland betrug der Median der Beschäftigungsdauer 6,1 Jahre und 16,3% der Arbeitsverhältnisse hatten erst seit einem Jahr Bestand.¹⁵

Eine Konvergenz des amerikanischen und des deutschen Kündigungsschutzrechts sowie der Kündigungspraxis lässt sich kaum in rechtssystematischer Hinsicht und erst recht nicht im Hinblick auf die dargestellten Kostenstrukturen und Erfolgswahrscheinlichkeiten feststellen.

Literatur

Addison, J./Bellmann, L./Schnabel, C./Wagner, J. (2003): German Work Councils Old and New: Incidence, Coverage and Determinants. *Schmollers Jahrbuch* 123: 339-358.

¹⁴ Ein Überblick über die empirischen Arbeiten zur dynamischen Arbeitsnachfrage findet sich bei Jahn (2002a).

¹⁵ Der Median der Beschäftigungsdauer in den USA und in Deutschland hat sich in der letzten Dekade kaum verändert. So betrug der Median der Beschäftigungsdauer in den USA im Jahr 1991 3,6 Jahre, in Westdeutschland 7,6 Jahre (USA: <http://www.bls.gov/news.release/tenure.t01.htm>; Deutschland: SOEP, eigene Auswertungen).

- Autor, D./Donohue III, J./Schwab, S. (2003): The Costs of Wrongful Discharge Laws. National Bureau of Economic Research, Working Paper No. 9425, Cambridge, Mass.
- Autor, D. (2003): Outsourcing at Will: Unjust Dismissal Doctrine and the Growth of Temporary Help Employment. In: *Journal of Labour Economics* 21: 1-42.
- Bielenski, H./Hartmann, J./Mauer, A. (2002): Übergänge zu einem neuen Arbeitsplatz. In: *WSI Mitteilungen* 56: 422-450.
- Bielenski, H./Hartmann, J./Pfarr, H./Seifert, H. (2003): Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Wahrnehmung und Wirklichkeit. In: *Arbeit und Recht*: 81-91.
- Bauer, H. (2002): Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsschutzrecht. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 19: 529-533.
- Buchner, H. (2002): Notwendigkeiten und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts. In: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 19: 533-536.
- Dertouzos, J./Karoly, L. (1993): Employment Effects of Worker Protection: Evidence from the United States. In: Büchtemann, Ch. (Ed.): *Employment Security and Labor Market Behavior*, New York: 215-227.
- Dertouzos, J./Karoly L. (1998): The Implications of Employment Liability for Welfare Reform. In: *Journal of Labour Research* 19: 295-311.
- Dorndorf, E. et al. (2001): *Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz*. 4. Auflage, Heidelberg.
- Eger, T. (2002): Eine ökonomische Analyse des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes in Deutschland und den USA. In: Sadowski, D. und Walwei U. (Hrsg.) *Die ökonomische Analyse des Arbeitsrechtes. Beiträge zur Arbeitsmarkt- und Berufsforschung* No. 259, Nürnberg: 45-73.
- Franz, W./Rüthers, B. (1999): Arbeitsrecht und Ökonomie – Mehr Beschäftigung durch Flexibilisierung des Arbeitsrechts. In: *Recht der Arbeit* 52: 32-38.
- Gould IV, W. (1993): Employment Protection and Job Security Regulation in the United States and Japan: A Comparative View. In: Büchtemann, Ch. (Ed.): *Employment Security and Labor Market Behavior: Interdisciplinary Approaches and International Evidence*. New York: 165-179.
- Hemmer, E. (1997): *Sozialpläne und Personalanpassungsmaßnahmen – Eine empirische Untersuchung*. Köln.
- Hoyningen-Huene, G.v./Linck, R. (2002): *Kündigungsschutzgesetz. Kommentar*, 13. Auflage, München.
- Hromadka, W. (2002): Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit. In: *Arbeit und Arbeitsrecht*: 261-266.
- Hromadka, W. (2003): Des Kanzlers „Reform“ des Kündigungsrechts. In: *Wirtschaftsdienst* 83, 223-225.
- Jahn, E. J. (2002a): Zur ökonomischen Theorie des Kündigungsschutzes – Volatilität der Arbeitsnachfrage und duale Arbeitsmärkte. Berlin.
- Jahn E. J. (2002b): Warum eine allgemeiner Kündigungsschutz – warum ganz anders als heute? In: *Jahrbuch für Wirtschaftswissenschaften* 53, 142-160.
- Jahn, E. J./Schnabel, C. (2003): Bestandsschutz durch Abfindung: Höhere Rechtssicherheit und Effizienz. In: *Wirtschaftsdienst* 83, 219-223.
- Jahn, E. J./Walwei, U. (2003): Reform in Trippelschritten oder besser mit großem Spring? IAB-Kurzbericht Nr. 21, Nürnberg.
- Jung, D. (1997): Jury Verdicts in Wrongful Termination Cases. Public Law Research Institute, University of California Hasting College of Law. www.uchastings.edu/plri/96-97tex/jury.htm.
- Kirstein, R./Kittner, M./Schmidtchen, D. (2001): Kündigungsschutzrecht in den USA und in Deutschland: ein Beitrag zur ökonomischen Rechtsvergleichung. In: Ott, C./ Schäfer, H.-B. (Hrsg.): *Ökonomische Analyse des Arbeitsrechts. Beiträge zum VII. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts* Tübingen: 90-109.
- Kittner, M./Kohler, T. (2000): Kündigungsschutz in Deutschland und den USA. In: *Betriebs-Berater* 55, Beilage 4.
- Miles, T. (2000): Common Law Exceptions to Employment at Will and U.S. Labor Markets. In: *Journal of Law, Economics, & Organization* 16: 74-101.

- Oppenheimer, D. (2003): Verdicts Matter: An Empirical Study of California Employment Discrimination and Wrongful Discharge Jury Verdicts Reveals Low Success Rates for Women and Minorities. Golden Gate University, Kalifornien, http://internet.ggu.edu/law_library/verdictsmatter.pdf.
- Parsons, D. (2003): The optimal integration of severance plans and unemployment insurance savings accounts. Workshop on Severance Pay Reform: Toward Unemployment Savings and Retirement Accounts, Laxenberg/Vienna, November 7-8, 2003, verfügbar unter www.worldbank.org.
- Pita, C. (1997): Breach Penalties in Labour Contracts: Advance Notice and Severance Pay. In: *Labour* 11: 469-495.
- Reuter, D. (2003): Bloße Korrektur der Modalitäten? In: *Wirtschaftsdienst* 83, 230-237.
- Rüthers, B. (1998): Arbeitsrecht und ideologische Kontinuitäten? Am Beispiel des Kündigungsrechts. In: *Neue Juristische Wochenschrift*: 1433-1441.
- Rüthers, B. (2003): Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts? In: *Neue Juristische Wochenschrift*: 54-553.
- Sachverständigenrat (2003): Jahresgutachten 2003/4: Staatsfinanzen konsolidieren – Steuersystem reformieren. Bonn.
- U.S. Department of Justice, (2000): Civil Rights Complaints in U.S. District Courts, 1990-98. Special Report, <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/crcusdc.pdf>.
- U.S. Department of Justice (2002): Civil Rights Complaints in U.S. District Courts, 2000. Civil Justice Data Brief, July 2002, <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/crcus00.pdf>.
- Wagner, T./Jahn, E. J. (2004): *Neue Arbeitsmarkttheorien*. 2. Auflage, Stuttgart.
- Walsh, D./Schwarz, J. (1996): State Common Law Wrongful Discharge Doctrines: Up-Date, Refinement, and Rationales. In: *American Business Law Journal* 33: 645-689.
- Walwei, U. (2000): Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Rechtlicher Reformbedarf und Kompensationsmöglichkeiten. In: *Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung* 33: 101-111.
- Willemsen, H. (2000): Kündigungsschutz – vom Ritual zur Rationalität. In: *Neue Juristische Wochenschrift*: 2779-2787.
- Zweigert, K./Kötz, H. (1996): *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3. Auflage, Tübingen.