

Kirstein, Roland; Kittner, Michael; Schmidtchen, Dieter

Working Paper

Kündigungsschutzrecht in den USA und in Deutschland: ein Beitrag zur ökonomischen Rechtsvergleichung

CSLE Discussion Paper, No. 2000-08

Provided in Cooperation with:

Saarland University, CSLE - Center for the Study of Law and Economics

Suggested Citation: Kirstein, Roland; Kittner, Michael; Schmidtchen, Dieter (2000) : Kündigungsschutzrecht in den USA und in Deutschland: ein Beitrag zur ökonomischen Rechtsvergleichung, CSLE Discussion Paper, No. 2000-08, Universität des Saarlandes, Center for the Study of Law and Economics (CSLE), Saarbrücken

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/23065>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

**Kündigungsschutzrecht in den USA
und in Deutschland:
ein Beitrag zur ökonomischen
Rechtsvergleichung**

von
**Roland Kirstein^{*} / Michael Kittner^S /
Dieter Schmidtchen^{*}**

CSLE Diskussionsbeitrag 2000-08
Oktober 2000

Abstract:

Der Beitrag plädiert für die Verwendung der ökonomischen Analyse als Methode der Rechtsvergleichung. Mit ihrer Hilfe wird gezeigt, daß das Vorurteil unbegründet ist, der Kündigungsschutz sei in den USA „schwächer“ (arbeitgeberfreundlicher) als in Deutschland. Die erwartete Abfindungszahlung kann in beiden Rechtssystemen durchaus gleich hoch ausfallen (in Deutschland ist die Wahrscheinlichkeit einer Abfindung höher, in den USA die Höhe der Zahlung). Eine institutionenökonomische Analyse zeigt darüber hinaus, daß die Beteiligung des Betriebsrates an Kündigungen in Deutschland opportunistisches Verhalten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzudämmen hilft. Diese Art der Sicherung spezifischer Investitionen in Humankapital könnte zur Erklärung des empirischen Befundes beitragen, daß in Deutschland die Arbeitsproduktivität i.a. höher ist als in den USA.

JEL-Klassifizierung: J41, K31

Encyclopedia of Law and Economics: 0560, 4200, 5510, 0330

Schlüsselwörter: Arbeitsvertrag, Betriebsrat, Quasirenten, spezifische Investitionen, Humankapital

^{*} Center for the Study of Law and Economics, Universität des Saarlandes, Geb. 31, Postfach 151 150, D-66041 Saarbrücken, email csle@rz.uni-sb.de

^{*} Universität Gesamthochschule Kassel, Fachbereich Berufsbildungs-, Sozial- und Rechtswissenschaften, Nora-Platiel-Str. 5, 34127 Kassel, email Michael.Kittner.Hanau@t-online.de

1. Einleitung

Rechtsvergleichung basiert nach Zweigert/Kötz auf dem methodischen Grundprinzip der *Funktionalität*: Vergleichbar ist ihrer Ansicht nach im Recht nur das, „was dieselbe Aufgabe, dieselbe Funktion erfüllt.“¹ Zweigert/Kötz bezeichnen es als eine „rechtsvergleichende Grunderfahrung, daß zwar jede Gesellschaft ihrem Recht im wesentlichen die gleichen Probleme aufgibt, daß aber die verschiedenen Rechtsordnungen diese Probleme, selbst wenn am Ende die Ergebnisse gleich sind, auf sehr unterschiedliche Weise lösen“. Deshalb müsse die Ausgangsfrage jeder rechtsvergleichenden Arbeit rein funktional gestellt, das zu untersuchende Problem frei von den Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung formuliert werden.² Die oberste Regel für die Rechtsvergleichung lautet: „Keinesfalls darf man sich ... den Blick durch Systembegriffe des eigenen nationalen Rechts verstellen lassen; denn Angelpunkt jeder Rechtsvergleichung ist stets das konkrete Sachproblem.“³

Eine Möglichkeit, sich von den Konzepten, Kategorien und Denkgewohnheiten zu lösen, die das eigene Rechtssystem einem unbemerkt nahelegen, und den Blick frei zu bekommen für die gesellschaftlichen Funktionen von Recht, besteht im Rückgriff auf ein Analysesystem, das die Besonderheiten von Rechtssystemen auszublenden erlaubt. Ein solches Analysesystem bietet die Ökonomie. Sie berücksichtigt die Bedeutung des Rechts für die Funktionsweise einer Wirtschaft und erlaubt es, seine Funktionen unabhängig von seinen nationalen Besonderheiten zu analysieren. Wegen ihrer Rechtsordnungsneutralität eignet sich die ökonomische Analyse also in besonderem Maße für den Rechtsvergleich. Die vom Recht zu erfül-

¹ Zweigert/Kötz (1996: 33).

² Ebda.

³ Ebda.

lende Funktion kann in einem Modell dargestellt werden, um die Wirkungen unterschiedlicher Rechtsordnungen hinsichtlich der Funktionserfüllung zu untersuchen. Weil bei diesem Vorgehen die betrachteten Rechtsordnungen mit Hilfe desselben ökonomischen Modells analysiert werden, ist einen Vergleich auf dieser Grundlage legitim.

Ökonomische Rechtsvergleichung ist ein vergleichsweise junges Forschungsgebiet im Rahmen der ökonomischen Analyse des Rechts. Sie verfolgt sowohl ein positives wie ein normatives Erkenntnisziel.⁴ Aus der positiven Perspektive interessiert sich die ökonomische Rechtsvergleichung für Ähnlichkeiten und Unterschiede existierender Rechtssysteme. Sie fragt danach, warum sich Rechtssysteme ähnlich oder unterschiedlich entwickelt haben, und wie die Rechtsregeln das tatsächliche Verhalten der Rechtsunterworfenen steuern.

In normativer Hinsicht erlaubt es die ökonomische Analysemethode zu beurteilen, ob reale Rechtsordnungen effizient sind oder nicht. Aus dieser Perspektive lassen sich rechtspolitische Empfehlungen ableiten, wie man die reale an eine effiziente Rechtsordnung annähern kann (vorausgesetzt, die Kosten der Annäherung sind nicht zu hoch). Es sei ausdrücklich erwähnt, daß die Ökonomie anstelle des Effizienzkriteriums auch andere Bewertungskriterien benutzen kann, etwa Gerechtigkeit. Aber welches normative Kriterium auch gewählt wird, die Antwort auf die Frage, ob eine Rechtsordnung diesem Kriterium genügt, kann nur aufgrund einer positiven Wirkungsanalyse gefunden werden. Funktionale Analyse erfordert deshalb nicht nur die Identifikation und Beschreibung von vergleichbaren Rechtsnormen; man muß auch die Frage beantworten, wie die Rechtsregeln tatsächlich das Verhalten der Akteure beeinflussen, und wie ihre systematischen Wirkungen aussehen. Diese methodische Zweiteilung der ökonomischen Rechtsvergleichung

findet sich auch in der juristischen Rechtsvergleichung: In ihrer theoretisch-deskriptiven Ausrichtung geht es in erster Linie um die Darstellung und Erklärung der Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Rechtsordnung; als angewandte Rechtsvergleichung beschäftigt sie sich mit der Frage, wie man für konkrete Rechtsprobleme angemessene Lösungen finden kann.⁵

Unser Beitrag beruht auf der Überzeugung, daß Rechtsvergleichung ein interdisziplinäres Unternehmen darstellt. Erneut mögen Zweigert und Kötz als Kronzeugen bemüht werden. Sie sehen in ihr „(...) ein besonders anspruchsvolles und schwieriges Unternehmen, weil Wirkungsfaktoren aus dem gesamten Bereich des sozialen Lebens in die Betrachtung einzubeziehen sind, dies auch dann, wenn sie eigentlich den Forschungsgegenstand anderer sozialwissenschaftlicher Disziplinen bilden, etwa der Ökonomie, der Soziologie oder der Politikwissenschaft.“⁶

Die Funktionsanalyse des Kündigungsschutzrechts orientiert sich in diesem Beitrag an der folgenden Leitfrage: Inwieweit verhindert es opportunistische Kündigungen, ohne berechtigte Kündigungen zu behindern? Opportunistische Kündigungen liegen vor, wenn der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer kündigt, obwohl dieser seine arbeitsvertraglich vereinbarte Leistung erbringt. Dagegen sprechen wir von einer berechtigten Kündigung, wenn der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglich vereinbarte Leistung nicht erbringt (aus in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Gründen) oder wenn die Marktbedingungen eine Weiterbeschäftigung nicht zulassen (betriebliche Gründe). Opportunistische Kündigungen würden niemals auftreten können, wenn man einen absoluten Kündigungsschutz hätte. Weil dann aber auch gleichzeitig berechtigte Kündigungen unmöglich wären, würde dies eine Anreizstruktur schaffen, die den Arbeitnehmer

⁴ Mattei/Cafaggi (1998).

⁵ Zweigert/Kötz (1996: 11 f.).

zum opportunistischen Verhalten veranlassen könnte. In der Gewißheit niemals gekündigt zu werden, wird er möglicherweise seine arbeitsvertraglich vereinbarte Leistung nicht erbringen.

Im Arbeitsvertrag können offenbar beide Seiten versucht sein, opportunistisch zu handeln, was in der ökonomischen Literatur als „double moral hazard“-Problem bezeichnet wird. Aus ökonomischer Sicht besteht die Rolle von Arbeitsgerichten und Schiedsrichtern darin, die beidseitige Versuchung zum Vertragsbruch zu bannen. Gelingt dies nicht oder nur unvollkommen, dann unterbleibt der Abschluß von Arbeitsverträgen, oder beide Seiten investieren in ein Arbeitsverhältnis weniger als effizient wäre. In beiden Fällen entstehen Wohlfahrtsverluste.

Hier wird eine Besonderheit der ökonomischen Betrachtung von Streitschlichtungsstellen deutlich: Es kommt dabei weniger darauf an, wie sie arbeiten, nachdem ein Rechtsstreit entstanden ist. Wichtig ist vielmehr ihr Beitrag dazu, Konflikte zu vermeiden und die Vertragsparteien zu vertragskonformem Verhalten anzuregen. Etwas plakativ läßt sich sagen, daß Gerichte und Schiedsrichter um so besser sind, je weniger geklagt werden muß.⁷ Wir werden fragen, welches Kündigungsschutzrecht mit diesem Problem besser fertig wird. Dabei ist zu berücksichtigen, daß das Kündigungsschutzrecht nicht nur Wirkungen auf bereits geschlossene Arbeitsverträge hat, sondern auch maßgeblich beeinflusst, ob überhaupt Verträge abgeschlossen werden und zu welchen Bedingungen. Uns wird besonders interessieren, wie das Kündigungsrecht die Bereitschaft beeinflusst, in allgemeines und unternehmensspezifisches Humankapital zu investieren. Ein Kündigungs-

⁶ Zweigert/Kötz (1996: 43).

⁷ Bei der Analyse von Gerichtssystemen ist dem Kostenaspekt (Gerichtsgebühren, Anwaltsgebühren) hinreichend Rechnung zu tragen, vgl. Kirstein (1999), Kirstein/Schmidtchen (1997), Schmidtchen/Kirstein, (1997), Schmidtchen/Kirstein (1999).

schutzrecht, das den Aufbau von Humankapital bremst, stellt eine Produktivitäts- und Wohlfahrtsbremse für die gesamte Gesellschaft dar.

Der Beitrag ist wie folgt gegliedert: In den Kapiteln 2 und 3 werden die Grundzüge des Kündigungsschutzrechts in den USA und Deutschland dargestellt.⁸ Kapitel 4 zieht eine erste Zwischenbilanz. In Kapitel 5 wird die ökonomische Motivation für die Einrichtung eines Kündigungsschutzrechts dargelegt. Wie in der Ökonomie üblich, steht die Frage im Vordergrund, wie Recht das Verhalten steuert. Konkret analysieren wir, ob und wie das Kündigungsschutzrecht opportunistische Kündigungen verhindert, ohne berechtigte Kündigungen zu behindern. Dieses Kapitel enthält auch den ökonomischen Rechtsvergleich des Kündigungsschutzrechts der USA und Deutschlands im Hinblick auf diese Funktionserfüllung. Dabei beschränken wir uns auf die Untersuchung folgender Unterschiede: In Deutschland ist bei einer Kündigung der Betriebsrat zu hören, während ein solches Organ in den USA keine Rolle spielt. Zweitens müssen Arbeitgeber in den USA mit Schadenersatzprozessen rechnen, während in Deutschland Kündigungen - ob gerechtfertigt oder nicht - im allgemeinen auf einen Vergleich oder eine Abfindung hinauslaufen. In Kapitel 6 ziehen wir ein kurzes Fazit.

2. Schutz des Arbeitsverhältnisses im Recht der USA

2.1 Grundlagen

Seit über einem Jahrhundert ist die amerikanische Rechtslage klar: Jede Partei kann ein unbefristetes Arbeitsverhältnis jederzeit kündigen – aus „gutem Grund“,

⁸ Die Darstellung des Kündigungsschutzrechts in den USA und in Deutschland erfolgt auf der Grundlage der umfassenden Untersuchung der Materie durch Kittner und Kohler (2000). Da es uns

aber auch ohne Grund.⁹ In den USA sind förmliche Vertragsverhältnisse bzw. befristete Arbeitsverträge nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Daher ist die weit überwiegende Mehrzahl der Beschäftigten „at will“-Arbeitnehmer, also frei kündbar.

Es hat deshalb den Anschein, daß die „at will“-Doktrin die meisten Kündigungen gegen Rechtsmittel abschottet. Diese Aussage beschreibt zwar die allgemeine Rechtslage treffend, gibt für sich allein genommen nicht alle potentiellen Risiken wieder, die eine einseitige Auflösung des Arbeitsverhältnisses für einen Arbeitgeber birgt. Im folgenden Abschnitt wird dargelegt, ob und in welchem Ausmaß ein Arbeitgeber nach amerikanischem Recht tatsächlich Entlassungen vornehmen kann, ohne sich einer Überprüfung durch die Gerichte stellen zu müssen, und wie weit diese reicht.

In den USA gibt es keine Entsprechung zum deutschen System des einheitlichen Arbeitsrechts. Vielmehr stellt das amerikanische Arbeitsrecht ein Flickwerk aus Gesetzen auf gesamt- und bundesstaatlicher Ebene sowie „Common-Law“-Doktrinen der Rechtsprechung dar, die nicht alle vollständig miteinander übereinstimmen. Das Arbeitsverhältnis ist in den USA primär eine Frage des Vertragsrechts, dessen Regelung nach den amerikanischen föderalen Grundsätzen den Einzelstaaten vorbehalten bleibt. Daher unterliegen die Begründung und die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses, sofern dieses nicht tarifvertraglich geregelt ist, den Vertragsdoktrinen des einzelstaatlichen „Common Law“. Anders als in Deutschland und den meisten anderen auf dem Römischen Recht beruhenden

hier auf die Inhalte der Kündigungsschutzrechte ankommt, die anschließend ökonomisch analysiert werden sollen, werden die umfangreichen Quellenangaben hier weggelassen.

⁹ Die klassische Formulierung des "at will"-Grundsatzes erfolgte 1884 im Fall *Payne v. The Western & Atlantic Railroad Co* durch den Supreme Court des Staates Tennessee. Dieser stellte fest: „Sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer können das Verhältnis frei kündigen, und wenn kein Vertragsbruch vorliegt, interveniert das Recht nicht. Auf diese Weise wird alle zivile und gewerbliche Freiheit geschützt.“

Rechtssystemen gibt es in den Vereinigten Staaten von Amerika kein System von Fachgerichten. Von wenigen unbedeutenden Ausnahmen abgesehen, sind amerikanische Gerichte allgemein für alle straf- und zivilrechtlichen Angelegenheiten zuständig.

2.2 Rechtsschutz vor ungerechtfertigter Entlassung

Gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer in den USA haben keine förmlichen, einzeln ausgehandelten Arbeitsverträge mit ihren Arbeitgebern. Für sie bedeutet Kündigungsschutz, daß ihr Arbeitgeber gegenüber der sie vertretenden Gewerkschaft die Zusage abgegeben hat, nur bei Vorliegen eines „just cause“ („aus gutem Grund“) zu kündigen. Bereits in den 1890er Jahren fingen die Gewerkschaften an, auf der Aufnahme solcher Klauseln in Tarifverträgen zu bestehen. Derzeit enthalten 97 Prozent aller Tarifverträge in den Vereinigten Staaten derartige Bestimmungen.

Falls Arbeitgeber und Gewerkschaft sich über das Vorliegen eines „just cause“ uneinig sind, kann die Wirksamkeit einer Kündigung nach erfolglosen Einigungsbemühungen gegenüber einem Schiedsrichter angefochten werden. Dementsprechend sind die Bedeutung und der Umriß dieses Prinzips im tarifvertraglichen Kontext keine Angelegenheit des Richterrechts, sondern wird im privaten Rahmen fortgebildet. Voraussetzung für einen „just cause“ ist dabei, daß ein Arbeitgeber für Disziplinierungsmaßnahmen ebenso wie für Kündigungen einen nachvollziehbaren Grund hat. Dieser Grund muß sich auf die Fähigkeit des Arbeitnehmers, seine Arbeitsleistung oder geschäftlichen Bedürfnisse des Arbeitgebers beziehen. Eine Entlassung bedeutet nicht nur den Verlust der Einkommensquelle des Arbeitnehmers. Er kann damit auch seinen guten Ruf verlieren und büßt Rechte ein,

die auf der Dauer der Betriebszugehörigkeit beruhen, sowie wesentliche Sozialleistungen wie die Krankenversicherung. Daher bezeichnen Schiedsrichter die Entlassung häufig als das „gewerbliche Gegenstück zur Todesstrafe“. Wegen der schwerwiegenden Folgen für den Arbeitnehmer erlegen Schiedsrichter regelmäßig der Geschäftsleitung die Beweislast für das angebliche Fehlverhalten auf, wozu auch der Beweis gehört, daß die Disziplinarmaßnahme angemessen war. Der geringe gewerkschaftliche Organisationsgrad hat inzwischen zur Folge, daß nur etwas mehr als 11 Prozent der in der Privatwirtschaft Beschäftigten Kündigungsschutz aufgrund einer tarifvertraglichen „just cause“-Klausel genießen.

2.3 Anti-Diskriminierungsgesetze als Schutz gegen Entlassungen

Title VII des Civil Rights Act von 1964 verbietet die Diskriminierung seitens eines Arbeitgebers aufgrund von Rasse, Hautfarbe, Religion, Geschlecht oder nationaler Herkunft. Im Laufe der Jahre sind die Bestimmungen von Title VII ergänzt und der Geltungsbereich des Gesetzes erweitert worden. Es gilt für Arbeitgeber mit 15 und mehr Beschäftigten. Da auch Einzelstaaten eigene Gesetze gegen Diskriminierung am Arbeitsplatz erlassen haben, besitzt heute praktisch jeder Arbeitnehmer Diskriminierungsschutz.

Bei Klagen wegen Ungleichbehandlung muß der Kläger beweisen, daß die Handlungen des Beklagten durch diskriminierende Absicht motiviert waren. Falls für diese Absicht keine „direkten“ Beweise vorliegen, hat der United States Supreme Court bestimmt, daß der Kläger zuerst einen Anscheinsbeweis („prima facie case“) über die Diskriminierung führen muß. Der Arbeitgeber hat dann „einen berechtigten, nichtdiskriminierenden Grund“ für sein Handeln zu nennen. Um zu obsiegen, muß der Kläger beweisen, daß die angegebenen Gründe des Arbeitge-

bers einen Vorwand darstellen. Der Trend zur Nutzung der Antidiskriminierungsgesetzgebung als Instrument des Kündigungsschutzes ist unverkennbar.

Neben anderen Gesetzen ermöglicht der Civil Rights Act von 1991 in Fällen von vorsätzlicher Ungleichbehandlung die Durchführung von Verfahren vor einer Jury sowie kompensatorischen Schadenersatz und Strafschadenersatz. Die Schadenshöhe ist begrenzt: sie steigt von 50.000 US-Dollar für Arbeitgeber mit 15 bis 100 Beschäftigten auf 300.000 US-Dollar für Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftigten. Die Kosten eines Verfahrens muß jede Seite selbst tragen. Die auf einen Arbeitgeber zur Abwehr einer typischen Kündigungsschutzklage zukommenden Kosten (hauptsächlich Anwaltsgebühren) betragen etwa 80.000 bis 150.000 US-Dollar.

Für Arbeitnehmer läuft dies darauf hinaus, daß von Ausnahmen abgesehen, eine Kündigungsschutzklage nur auf der Grundlage eines Erfolgshonorars („contingent fee“) finanziert wird, da es in den USA – anders als in Deutschland – keine Rechtsschutzversicherungen gibt. Das führt dazu, daß der Gang zu Gericht um so unwahrscheinlicher wird, je weniger ein Arbeitnehmer verdient. In Kalifornien lag im Jahre 1988 der mittlere Betrag, den die Geschworenengerichte zubilligten, bei 250.000 US-Dollar, der Durchschnittsbetrag (aufgrund mehrerer großer Schadenersatzbeträge) bei 2.500.000 US-Dollar.

Unseres Wissens existieren keine empirischen Studien, die versuchen, das tatsächliche Ausmaß der präventiven Effekte des potentiellen Haftungsrisikos in Fällen aus der Arbeitswelt zu quantifizieren; es ist jedoch wahrscheinlich, daß diese erheblich sind. Arbeitgeber, die eine solche Haftung vermeiden wollen, tun gut daran, sich nicht darauf zu verlassen, daß die „at-will“-Doktrin ihnen eine Kündigung ohne Grund ermöglicht. Selbst wenn das Arbeitsverhältnis frei gekündigt werden kann, ist der Arbeitgeber also gut beraten, in jedem Fall die Gründe

für eine Kündigung oder eine andere nachteilige Beschäftigungsentscheidung anhand von Begründungen umfassend zu dokumentieren, um einen Diskriminierungsvorwurf widerlegen zu können.

2.4 Ausnahmen von der „at-will“-Doktrin

Nach dem zuvor Gesagten könnte man die Ansicht vertreten, daß Title VII und die damit zusammenhängenden Gesetze heute das funktionale Gegenstück zu Kündigungsschutzgesetzen darstellen. Allerdings sind diese Gesetze nicht der einzige Weg, gegen eine Kündigung vorzugehen, und die Schutzrechte gegen Diskriminierung am Arbeitsplatz stellen auch nicht die einzigen Rechtsgrundsätze dar, an denen Kündigungsentscheidungen zu messen sind. Im Laufe des letzten Vierteljahrhunderts haben Common Law-Gerichte die Umrisse der Regel der freikündbaren Beschäftigung erheblich verändert. Sie haben vor allem folgende Ausnahmen von der „at-will“-Doktrin entwickelt:

- a) *„public-policy“-exception (Verstoß gegen öffentliche Interessen und Gemeinwohl)*
- b) *„implied in-fact doctrine“ (Annahme eines ausdrücklichen oder stillschweigenden Versprechens dauerhafter Beschäftigung)*
- c) *die stillschweigende Verpflichtung zu Treu und Glauben („implied covenant of good faith and fair dealing“)*

Mit den Antidiskriminierungs-Gesetzen und den Ausnahmen von der „at will“-Doktrin nach dem Common Law sind die Möglichkeiten jedoch nicht erschöpft.

Darüber hinaus gibt es „Whistleblower“-Gesetze.¹⁰ Außerdem sind Bestrebungen im Gange, ein regelrechtes Kündigungsschutzgesetz zu schaffen.¹¹ Danach sind Entlassungen nur dann erlaubt, wenn sie nachweisbar aus gutem Grund erfolgen. Hierfür werden drei Gründe genannt: Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers, seine fehlende Leistungsfähigkeit und der Wegfall von Arbeitsplätzen aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung. Die Bestimmungen schließen kompensatorischen Schadenersatz oder Strafschadenersatz aus.

¹⁰ Ein „whistleblower“ macht „mit der Trillerpfeife“ auf einen Mißstand aufmerksam.

¹¹ „Model Employment Termination Act“, also ein Mustergesetz für die Kündigung von Arbeitsverhältnissen). Jedoch ist bislang nur in Montana eine solches Vorhaben realisiert worden.

3. Kündigungsschutz in Deutschland

3.1 Die Kernelemente des deutschen Kündigungsschutzrechts

Der wichtigste Unterschied zum Kündigungsschutz der USA liegt darin, daß in Deutschland eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber im Normalfall nicht frei erfolgen darf. Um rechtswirksam zu sein, muß sie vielmehr gem. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sein. Die obligatorische Einschaltung des Betriebsrates vor jeder Kündigung, die Möglichkeit der vorläufigen Weiterbeschäftigung aufgrund eines Betriebsratswiderspruchs gegen eine Kündigung und Abfindungen für gekündigte Arbeitnehmer aufgrund eines Sozialplanes bedeuten sämtlich einen stärkeren informellen, präventiven Schutz vor einer Kündigung. Hier soll nur auf das Kündigungsschutzgesetz sowie die Mitwirkung des Betriebsrates näher eingegangen werden.¹²

3.1.1 Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG)

Nach § 1 Abs. 2 KSchG ist eine ordentliche Kündigung nur wirksam, wenn sie sozial gerechtfertigt ist. Diese soziale Rechtfertigung liegt vor, wenn die Kündigung entweder durch

- Gründe in der Person des Arbeitnehmers oder
- sein Verhalten oder
- dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist.

¹² Zu anderen Kernelementen wie Befristung, Aufhebungsvertrag, Kündigungsschutz außerhalb des KSchG (siehe §§ 134, 138, 242 BGB) und der Bedeutung von Tarifverträgen sei auf die ausführliche Darstellung bei Kittner/Kohler (2000) verwiesen.

Diese drei Gründe zur sozialen Rechtfertigung einer Kündigung sind abschließend; andere Gründe rechtfertigen eine ordentliche Kündigung nicht. Mit ihnen ist alles abgedeckt, was einen Arbeitgeber in nachvollziehbarer Weise zur Kündigung bewegen kann. Es nimmt demgemäß nicht wunder, daß die Einführung eines gesetzlichen Kündigungsschutzes in den USA mit dem Begriff der „just cause“ letztlich auf die gleichen Inhalte hinausläuft.

Der Arbeitnehmer kann gegen eine ordentliche Kündigung vor dem Arbeitsgericht klagen. In diesem Verfahren trägt der Arbeitgeber die Beweislast für die Tatsachen, welche die Kündigung bedingen (§ 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG). Mit anderen Worten: Die Kündigung ist nur dann wirksam, wenn der Kündigungsgrund nach der Überzeugung des Gerichts tatsächlich vorliegt. Bei betriebsbedingten Kündigungen ist allerdings auf die praktisch fehlende Justitiabilität der zugrunde liegenden unternehmerischen Entscheidung hinzuweisen. Das ist ein klarer Unterschied zu der in den USA festzustellenden Entwicklung, wonach dem Arbeitgeber eine Art Beurteilungs-Prärogative hinsichtlich des Vorliegens eines Kündigungsgrundes zugebilligt wird.

Stellt das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der Kündigung fest, so wird im allgemeinen das Arbeitsverhältnis trotzdem nicht weiterbestehen. Es kann gegen Zahlung einer Abfindung aufgelöst werden, wenn der Arbeitgeber dies beantragt, weil eine den Betriebszwecken dienende weitere Zusammenarbeit nicht zu erwarten ist (§ 9 KSchG). Auch hierin liegt einer der Gründe für die Praxis, Kündigungsschutz-Prozesse von vornherein durch Vergleiche zu beenden, aufgrund derer das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung beendet wird.

Die gesetzlichen Kündigungsgründe lassen sich in zwei Gruppen unterteilen: Gründe, die in der Sphäre des Arbeitnehmers liegen (Verhalten, Person), und solche aus der Sphäre des Arbeitgebers (betriebliche Erfordernisse). Die beiden in

der Arbeitnehmer-Sphäre angesiedelten Kündigungsgründe unterscheiden sich danach, ob dem Arbeitnehmer ein Verhaltensvorwurf gemacht wird. Das ist der Fall bei verhaltensbedingten Kündigungen, die sich auf schuldhafte Pflichtverletzungen beziehen. Gründe in der Person des Arbeitnehmers bestehen ohne einen solchen Schuldvorwurf; es geht lediglich darum, ob der Arbeitnehmer objektiv in der Lage ist, das Arbeitsverhältnis zu erfüllen.

Anknüpfend an eine bereits zum Betriebsrätegesetz 1920 ergangene Rechtsprechung hat das BAG im Einklang mit der ganz überwiegenden Meinung in der Rechtsprechung drei Grundsätze formuliert, an denen sich jede einzelne Kündigung messen lassen muß:

- eine sog. Negativprognose,
- das Ultima-Ratio-Prinzip,
- die Notwendigkeit einer Interessenabwägung im Einzelfall (jedenfalls bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen).

Die Kündigung muß also das letzte Mittel sein. Eine Kündigung ist daher unwirksam, wenn sie durch andere, mildere Mittel vermieden werden kann, etwa die anderweitige Beschäftigung beim Arbeitgeber. Diese Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips entspricht den Grundsätzen, die in den USA von der Schiedsgerichtsbarkeit zur Ausfüllung der „just-cause“-Klauseln in Tarifverträgen entwickelt wurden. Außerdem verlangt das BAG in ständiger Rechtsprechung eine *Abwägung der gegenläufigen Interessen* des Arbeitgebers an der Kündigung und des Arbeitnehmers am Erhalt des Arbeitsplatzes. Dabei werden zugunsten des Arbeitnehmers Aspekte, wie z. B. Alter, Betriebszugehörigkeit und Aussichten auf dem Arbeitsmarkt geprüft. Allerdings beschränkt das BAG diese Interessenabwägung auf die personen- und verhaltensbedingte Kündigung. Bei der betriebsbe-

dingten Kündigung sieht es für den Regelfall deren Funktion mit der vom Gesetz verlangten Sozialauswahl als erfüllt an.

Bei einer betriebsbedingten Kündigung kommen zu diesen allgemeinen Gesichtspunkten noch zusätzliche – teils gesetzlich normierte, teils von der Rechtsprechung formulierte – Kriterien. Fundamental ist die Definition der „betrieblichen Erfordernisse“, die eine Kündigung rechtfertigen, durch das BAG. Sie werden abgegrenzt von der „*unternehmerischen Entscheidung*“ des Arbeitgebers, mit der die Grundlage für den späteren Arbeitsplatzwegfall gelegt wird. Diese unternehmerische Entscheidung wird vom KSchG nicht erfaßt und ist damit gerichtlich nicht überprüfbar.

Eine schiedsgerichtliche Entscheidung ist – anders als in den USA – für die ganz überwiegende Zahl der Arbeitnehmer ausgeschlossen. In der Praxis wird gegen etwa 10% der ordentliche Kündigungen geklagt. Das Verfahren ist kostengünstig. 40 % aller Kündigungssachen werden vor dem Arbeitsgericht mit einem gerichtlichen Vergleich abgeschlossen, der typischerweise die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorsieht (mit einer Abfindung in etwa 2/3 aller Fälle). Demnach führt eine einmal ausgesprochene Kündigung praktisch stets zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Gestritten wird lediglich über die Frage, ob und in welcher Höhe der Arbeitnehmer hierfür eine Abfindung erhält. Die Höhe der durchschnittlichen vereinbarten Abfindung bewegt sich derzeit typischerweise zwischen einem Drittel und der Hälfte eines Monatsverdienst pro Beschäftigungsjahr. Aus der Sicht des Arbeitgebers liegt das zentrale Risiko eines bis zu einem rechtskräftigen Urteil geführten Prozesses darin, daß er das Arbeitsentgelt nachzahlen muß, ohne dafür eine Arbeitsleistung erhalten zu haben. Das Ausmaß dieses Risikos ist jedoch erheblich niedriger als das unkalkulierbare Schadenersatzri-

siko eines amerikanischen Arbeitgebers. In der ganz überwiegenden Praxis ist der Kündigungsschutzprozeß der Sache nach ein Abfindungsprozeß.

3.1.2 Beteiligung des Betriebsrates/Personalrates

Der Betriebsrat hat gemäß § 102 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei der Kündigung eines Arbeitnehmers. Entsprechendes gilt für den Personalrat im Öffentlichen Dienst (vgl. § 79 BPersVG). Entgegen der insoweit irreführenden Überschrift bedeutet „Mitbestimmung“ in diesem Falle nicht Mitentscheidung. Der Betriebsrat hat keinen förmlichen Einfluß auf die Zulässigkeit oder den Ausspruch einer Kündigung, sondern wird nur prozedural eingebunden. Er ist vor Ausspruch jeder Kündigung zu hören. Damit dieses Gebot wirklich befolgt wird, erklärt das Gesetz jede Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrates für unwirksam. So wird sichergestellt, daß die Interessenvertretung der Arbeitnehmer vor Ausspruch einer Kündigung Gelegenheit zur Einflußnahme auf den Arbeitgeber hat.

Die zweite Einflußmöglichkeit des Betriebsrates auf Kündigungen besteht darin, daß er mit einem auf § 102 Abs. 3 BetrVG gestützten Widerspruch den Anspruch eines Arbeitnehmers auf vorläufige Weiterbeschäftigung bis zum Abschluß des Kündigungsschutzprozesses auslösen kann.

Die dritte Einflußmöglichkeit des Betriebsrats auf Kündigungen ist präventiver Natur und als solche nicht quantifizierbar: Bei Betriebsänderungen (insbesondere Personalabbau größeren Ausmaßes) hat er den durch eine Einigungsstelle erzwingbaren Anspruch auf Abschluß eines Sozialplanes (§ 112 BetrVG). Dessen typischer Inhalt ist die Vereinbarung von Abfindungen für gekündigte Arbeitnehmer (ggf. auch für solche, die zum Abschluß eines Aufhebungsvertrages bereit sind). Ein über das individuelle Kündigungsrecht hinausgehendes Charakteristi-

kum dieser Abfindung besteht darin, daß sie bei *berechtigten* Kündigungen gezahlt wird. Das individuelle Kündigungsrecht sieht demgegenüber für einen solchen Fall gerade keine Abfindung vor.

3.2 *Schlußfolgerungen*

Ein erstes Resümee zur Wirksamkeit des deutschen Kündigungsschutzrechts könnte – bei aller nötigen Zurückhaltung aufgrund des Fehlens einer aktuellen und vertieften empirischen Forschung – folgendermaßen aussehen: Ein Arbeitgeber wird nicht daran gehindert, ihm als erforderlich erscheinende Kündigungen auszusprechen. Sein typisches Risiko ist ziemlich gut berechen- und planbar und liegt in der Zahlung einer Abfindung. Der dem Arbeitnehmer zuteil werdende Schutz liegt vor allem in der Erwartung, daß ein Arbeitgeber sich angesichts der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit einer Kündigung nur dann zur Kündigung entschließt, wenn er diese mit guten Gründen für zulässig hält.

4. Zwischenbilanz

Die allererste, fundamentale rechtsvergleichende Schlußfolgerung klingt trivial: Weder sind die USA das Land des einfachen „hire and fire“, noch besteht in Deutschland ein Kündigungsschutz, der es einem Arbeitgeber nahezu unmöglich macht, sich von Arbeitnehmern gegen deren Willen zu trennen. Die Unterschiede sind zwar deutlich: eine größere Betonung der Vertragsfreiheit in den USA gegenüber sozialstaatlichen Bindungen in Deutschland. Jedoch haben beide Länder, wenn auch unterschiedlich ausgeprägt, einen Satz an Kündigungsschutzregeln. Es

differieren lediglich Schwerpunkte und Intensität; in beiden Ländern ist eine diskriminierungsfreie Kündigung aus „gutem Grund“ rechtlich möglich.

Während in Deutschland der Kündigungsschutz als Grundsatz seit langem etabliert ist, vollzieht sich dessen Anerkennung in den USA nicht zuletzt wegen der „common-law“-orientierten Zuständigkeit der Einzelstaaten nur schleppend. Eine Reihe von Supreme Courts hat inzwischen anerkannt, daß ein Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis vom Arbeitgeber nicht einfach jederzeit ohne Grund beendet werden sollte. Damit wird dem ökonomischen Effizienzgebot Rechnung getragen, daß in einem „relationalen Vertrag“ die Investitionen des schwächeren Partners geschützt bzw. nicht entschädigungslos enteignet werden dürfen. Nicht zu verkennen ist allerdings, daß es zum einen eine Reihe von Staaten gibt, in denen die „at-will-doctrin“ nach wie vor so gut wie nicht eingeschränkt ist (abgesehen von Diskriminierungsverboten). In den übrigen Staaten hat es den Anschein, als ob die Gerichte wieder von den bislang verfügbaren Kündigungsbeschränkungen abrücken würden. Insbesondere äußern sie Zweifel darüber, ob und wie weit sie in die Entscheidungsfreiheit der Unternehmen eingreifen sollen. Das hat nicht zuletzt damit zu tun, daß es in den USA keine Arbeitsgerichtsbarkeit gibt und die normalen Gerichte, bei denen alle diese Fälle entschieden werden, sowohl objektiv mit derartigen Problemen überfordert sind als auch subjektiv damit so wenig wie möglich „behelligt“ werden möchten.

Auf den ersten Blick könnte man sagen, daß die USA mit dem „at will“-Konzept als Ausgangspunkt gegenüber der sozialen Rechtfertigung als Grundanforderung in Deutschland weniger Kündigungsschutz besitzen. Aber wie gesagt: Es handelt sich um den ersten Blick. Um Schadenersatzansprüchen, insbesondere wegen Diskriminierung bei Gericht wirksam entgegen treten zu können, sehen sich amerikanische Arbeitgeber vielfach veranlaßt, zunächst intern und erforderlichenfalls

vor Gericht überzeugende Gründe für die Berechtigung einer Kündigung vorzutragen, statt lediglich unsachliche oder diskriminierende Gründe zu bestreiten. Das führt in der laufenden Personalverwaltung vor Gericht zu einer vergleichbaren Situation, wie sie in Deutschland durch die dem Arbeitgeber vom Gesetz abverlangte Beweislast existiert.

5. Ökonomischer Rechtsvergleich

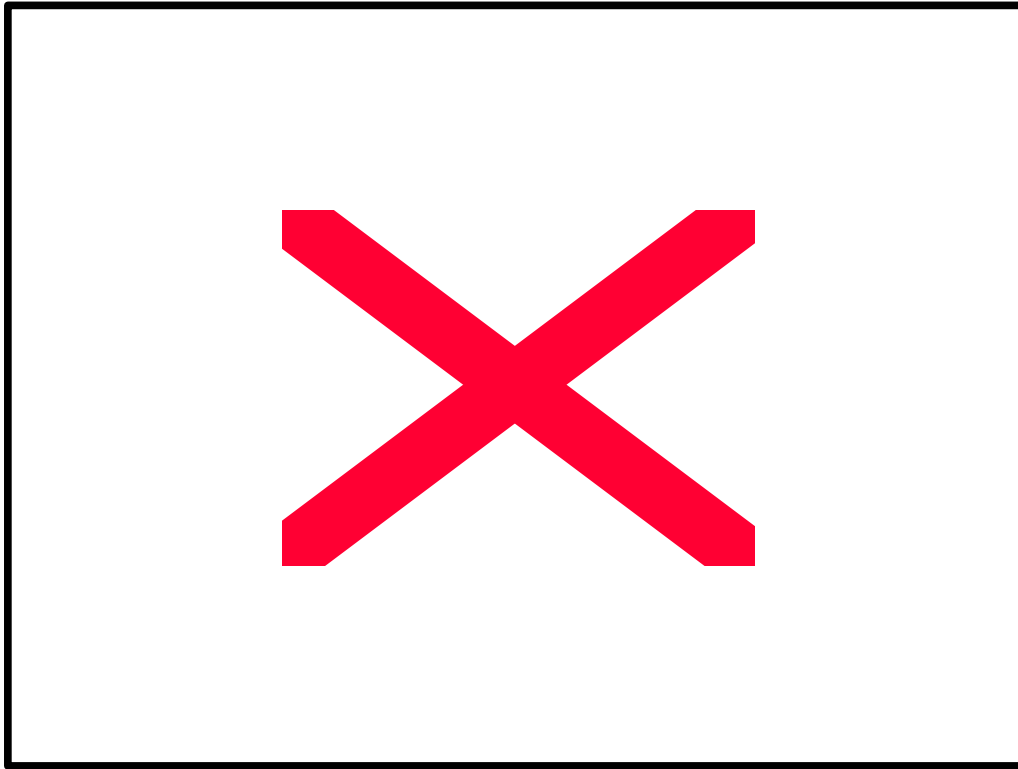
5.1 Das Modell

Um über diese Zwischenbilanz hinaus einen ökonomischen Rechtsvergleich vornehmen zu können, benötigen wir ein Modell, das alle relevanten Aspekte zu erfassen erlaubt: den Arbeitsvertrag, die rechtmäßige und die opportunistische Kündigung und die unterschiedlichen institutionellen Ausgestaltungen des Kündigungsschutzrechts.

Im Arbeitsvertrag werden zwei Dinge vereinbart: der Lohn und die zu erbringende Gegenleistung. Letztere messen Ökonomen durch die Grenzproduktivität der Arbeit. Im Normalfall würde ein Unternehmen seinen Gewinn dadurch maximieren, daß es die Arbeitnehmer entsprechend ihrer Grenzproduktivität entlohnt. In langfristigen Arbeitsverhältnissen kann das jedoch anders sein.

Ein typischer langfristiger Arbeitsvertrag ist in Figur 1 graphisch dargestellt. An der Abszisse wird die Dauer des Arbeitsverhältnisses abgetragen. Der Planungshorizont reicht von 0 bis T (Ende des Arbeitslebens). An der Ordinate werden der Lohn und das Wertgrenzprodukt abgetragen.

Das Wertgrenzprodukt der Arbeit (WGP) wird der Einfachheit halber über den gesamten Planungszeitraum als konstant angesehen.¹³ Es ergibt sich, wenn man den Preis des erstellten Gutes (p) mit dem Grenzprodukt des Arbeiters (Y_A) multipliziert, das die im Arbeitsvertrag enthaltene Arbeitsleistung repräsentiert.¹⁴



Figur 1: Der Arbeitsvertrag

Die obere Horizontale in Figur 1 (markiert als WGP_1) ist das Wertgrenzprodukt des Arbeitnehmers, wenn Investitionen in sein Humankapital erfolgen; die untere Horizontale (markiert als WGP_2) ist sein Wertgrenzprodukt ohne kostenträchtiges Training zu Beginn seiner Berufstätigkeit.

Wir nehmen an, daß der Lohn mit der Dauer des Arbeitsverhältnisses ansteigt. Dieses „Senioritätsprinzip“ können wir in vielen Bereichen der Wirtschaft beobachten. Man erkennt, daß bis zum Zeitpunkt t^* der Lohn unterhalb des Wert-

¹³ Sein Wertgrenzprodukt gibt also den Beitrag des Arbeiters zur Wertschöpfung wieder. Schwankungen des WGP im Verlaufe der Unternehmenszugehörigkeit ließen sich in dem Modell ohne weiteres berücksichtigen.

grenzprodukts WGP_1 liegt und ab t^* oberhalb. Der Arbeiter erhält zunächst also weniger als seiner Wertschöpfung entspricht und später mehr. Der Arbeiter „spart“ von 0 bis t^* (die Höhe der angesparten Summe wird durch das Dreieck *abc* repräsentiert), um diese Ersparnisse von t^* bis T (in Höhe des Dreiecks *bde*) vom Arbeitgeber zurückgezahlt zu bekommen.

Unterstellen wir zunächst, daß der Arbeitsvertrag vom Zeitpunkt 0 bis T durchgeführt wird wie geplant. Unter diesen Umständen ist so ein Lohnschema für den Arbeitgeber insbesondere dann attraktiv, wenn er den Arbeitnehmer langfristig im Betrieb halten will. Hieran könnte der Arbeitgeber ein Interesse haben, weil außer dem Training auch Suche und Einstellung von Arbeitnehmern hohe Fixkosten aufwerfen.¹⁵ Sowohl Trainings- als auch Matching-Fixkosten wirken produktivitätssteigernd. Sie sind volkswirtschaftlich sinnvoll, wenn die Investitionen geringer sind als der Zugewinn an Produktivität (repräsentiert durch das Rechteck *cdfg*). Ohne Sicherungen seiner Investitionen hätte der Arbeitgeber jedoch keine Motivation, in seinen Mitarbeiter zu investieren. Dann müßte der Arbeitnehmer diese Kosten selber tragen, wozu er u. U. nicht bereit oder in der Lage ist. Unterbleiben diese produktivitätssteigernde Investitionen, dann würde der Gesellschaft ein Wohlfahrtsverlust entstehen.

Damit der Arbeitnehmer sich auf ein solches Schema einläßt, ist es notwendig, daß sein Einkommen über den gesamten Planungszeitraum¹⁶ höher ist als bei einem alternativen Schema. Immerhin ist sein Lohn in dem Unternehmen zunächst geringer als das, was er am Markt erzielen könnte - er verzichtet zunächst auf Lohn (Dreieck *abc*) in der Hoffnung auf ein Einkommen, das später höher ist als

¹⁴ Es gilt also $WGP = p * Y_A$ (Y bezeichnet die Produktionsmenge, A den Arbeitseinsatz; Y_A ist die erste Ableitung des Outputs nach dem Arbeitseinsatz).

¹⁵ Vgl. Salop/Salop (1976).

¹⁶ Wir wollen der Einfachheit halber das Problem der Diskontierung von zu unterschiedlichen Zeitpunkten fälligen Zahlungsströmen vernachlässigen.

das am Markt erzielbare (Dreieck *bde*). Damit er hierdurch mehr Lebenseinkommen erzielt als bei einem Lohn, der WGP1 entspricht, müßte also das Dreieck *bde* größer sein als das Dreieck *abc*.

5.2 Berechtigte und opportunistische Kündigungen des Arbeitgebers

Im vorigen Abschnitt ist die Kündbarkeit des Arbeitsvertrages noch nicht berücksichtigt worden. Das oben dargestellte Modell erlaubt es jedoch,

1. opportunistische,
2. durch Person oder Verhalten des Arbeitnehmers berechtigte
3. sowie betriebsbedingte

Kündigungen des Arbeitgebers präzise darzustellen.¹⁷

1) Eine opportunistische Kündigung liegt vor, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag bricht, obwohl der Arbeiter ihn erfüllt. Der Arbeiter erfüllt seinen Vertragsteil, wenn sein Grenzprodukt Y_A die vereinbarte Höhe aufweist. Liegt auch der Preis des Produkts auf der geplanten Höhe p , dann hat allerdings der Arbeitgeber einen Anreiz, den Arbeitsvertrag zum Zeitpunkt t^* zu kündigen. Dadurch würde er die Rückzahlung (Dreieck *bde*) auf die Vorleistung des Arbeitnehmers (Dreieck *abc*) sparen.

2) Eine Kündigung ist dagegen berechtigt, wenn das realisierte Grenzprodukt des Arbeiters unterhalb der vereinbarten Höhe Y_A liegt. Das kann aus zwei Gründen geschehen: Der Arbeiter kann objektiv die vereinbarte Arbeitsleistung nicht erbringen (in der Person liegende Gründe, welche die Vertragserfüllung unmöglich machen), oder er will sie nicht erbringen (verhaltensbedingte Gründe, wofür

¹⁷ Die Möglichkeit der Kündigungen durch den Arbeitnehmer lassen wir angesichts unseres Themas außer Betracht.

die Ökonomen den Begriff Opportunismus verwenden). In beiden Fällen liegt das tatsächliche Wertgrenzprodukt unterhalb des geplanten (WPA_1). Als Beispiel nehmen wir an, der Arbeiter wähle opportunistischerweise gerade die Produktivität, die der untrainierte Arbeiter zu leisten imstande wäre, realisiert also WGP_2 in Figur 1. Der Arbeitgeber wird dann den Vertrag zum Zeitpunkt t' kündigen, weil im Zeitraum von 0 bis t' das Wertgrenzprodukt WGP_2 noch oberhalb des für diesen Zeitraum vereinbarten Lohns liegt. Erst ab t' ist der vertraglich vereinbarte Lohn höher als WGP_2 .

3) Das niedrigerere Wertgrenzprodukt WGP_2 kann allerdings auch dann realisiert werden, wenn der Arbeiter die vereinbarte Grenzproduktivität Y_A leistet. Aufgrund der Marktverhältnisse kann nämlich p kleiner sein als erwartet. Nehmen wir wiederum an, daß sich (in Figur 1) aufgrund des niedrigeren Preises das WGP_2 einstellt. Dann entspräche eine Kündigung zum Zeitpunkt t' genau dem, was man in Deutschland eine betriebsbedingte Kündigung nennt. Sie als „gerechtfertigt“ anzusehen ist Ausdruck der Idee, daß der Arbeiter am Risiko des Geschäfts beteiligt wird. Den Kündigungsanlaß hat weder der Arbeitgeber noch der Arbeitnehmer zu vertreten. Das ist im Grunde die gleiche Situation wie bei der Kündigung aus in der Person des Arbeiters liegenden Gründen. Marktschocks, die den Preis des Gutes nach unten drücken, sind exogener Natur genauso wie das Auftreten bestimmter (nicht aller!) Krankheiten. Wenn das Lohnprofil diesem Risikoaspekt Rechnung trägt, würde ein Arbeiter einem Arbeitsvertrag zustimmen, in dem dieser Grund als Entlassungsgrund explizit angeführt wird.¹⁸ Eine ähnliche Zustimmung (ex ante!) kann auch bei den beiden anderen genannten Gründen für berechnigte Kündigungen erwartet werden. Der Aufnahme eines

¹⁸ Dies gilt zumindest unter dem Konzept des „vollständigen Vertrages“, vgl. Kittner (1998), Rdnr. 166 ff..

Kündigungsrechts aus opportunistischen Gründen in den Arbeitsvertrag könnte dagegen ein Arbeiter niemals zustimmen. Das Kriterium der Zustimmungsfähigkeit (ex ante!) kann also dazu dienen, opportunistische Kündigungen von gerechtfertigten zu unterscheiden.

5.3 Vergleich von Kündigungsschutzregimes

Wir wollen das Modell in Figur 1 benutzen, um verschiedene Kündigungsschutzregimes miteinander zu vergleichen. Wir unterstellen, daß ein Arbeitsvertrag gemäß Figur 1 nicht nur den Nutzen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Vergleich zu alternativen Arbeitsverträgen steigert, sondern daß durch einen solchen Arbeitsvertrag auch die Wohlfahrt der Gesellschaft erhöht wird. Dann lautet die Frage, ob ein Kündigungsschutzregime die Implementation eines solchen Arbeitsvertrags fördert oder hemmt. Im Anschluß daran können wir das dargestellte Instrumentarium nutzen, um im Hinblick auf das Kündigungsschutzrecht der USA und Deutschlands einen ökonomischen Rechtsvergleich in den Grundzügen durchzuführen. Wir wollen dabei drei Kündigungsschutzregimes unterscheiden:

1. „at-will“ Kündigung,
2. totales Kündigungsverbot und
3. Kündigung aus berechtigtem Grund.

1) Das „at-will“ Kündigungsregime erlaubt nicht nur legitime Kündigungen, sondern auch opportunistische. Deshalb wird ein Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag mit steigendem Lohnprofil nicht akzeptieren. Dadurch entgeht die Möglichkeit, ihn langfristig an den Betrieb zu binden und so Erträge aus Ausbildungsinvestitionen zu sichern. Bei alternativen Arbeitsverträgen wird daher sein Grenzpro-

dukt niedriger sein als beim Arbeitsvertrag mit steigendem Lohnprofil. Es folgt daraus, daß ein „at-will“ Kündigungsregime die Wohlfahrt der Gesellschaft nicht maximiert.

2) Ein totales Kündigungsverbot wirkt sich ebenfalls negativ auf die Grenzproduktivität des Arbeiters aus. Ein Kündigungsverbot macht es attraktiv für den Arbeitnehmer, seine Produktivität willkürlich unter den vereinbarten Wert Y_A zu setzen.¹⁹ Der Arbeitgeber müßte andere Maßnahmen zur Opportunismusverhinderung einsetzen, etwa Kontrolle des Arbeitnehmers. Die für diese Kontrolle notwendigen Ressourcen können nicht im Produktionsprozeß eingesetzt werden, wodurch die Wohlfahrt der Gesellschaft sinkt. Auch wird das Lebenseinkommen des Arbeiters sinken, weil der Arbeitgeber den Lohn entweder an der niedrigeren Grenzproduktivität orientieren wird oder aber Abschläge wegen der Kontrollkosten zur Opportunismusvermeidung vornehmen wird. Außerdem hat der Arbeitgeber keinen Anreiz, Investitionen in das Humankapital des Arbeiters zu finanzieren.

3) Ein steigendes Lohnprofil ist für den Arbeitgeber akzeptabel, wenn es Opportunismus des Arbeitnehmers verhindern kann. Für diesen ist die Vorleistung (*abc*) nur dann akzeptabel, wenn er gegen die opportunistische Verweigerung der Gegenleistung (*bde*) durch den Arbeitgeber geschützt ist. Hierzu ist ein Kündigungsschutzregime erforderlich, das opportunistische Kündigungen verbietet, aber berechtigte Kündigungen erlaubt. Die Möglichkeit, wegen opportunistischen Verhaltens entlassen zu werden und damit die vertraglich vereinbarte Gegenleistung (Dreieck *bde*) zu verlieren, wirkt präventiv auf die Arbeitsanreize. Der Arbeiter läßt sich auf seine Vorleistung aber nur ein, wenn er gegen möglichen Opportu-

¹⁹ Die Möglichkeit einer Pfandgabe des Arbeiters unter Rückgriff auf sein sonstiges Vermögen oder auf am Kapitalmarkt aufgenommene Kredite scheidet i.a. als unrealistisch aus.

nismus des Arbeitgebers geschützt ist. Solch ein Kündigungsschutzregime kann also effizient sein.

5.4 Ökonomischer Rechtsvergleich: USA – Deutschland

Wir wollen den ökonomischen Rechtsvergleich zwischen den USA und Deutschland zunächst im Hinblick auf die Kosten opportunistischer und berechtigter Kündigungen diskutieren, um danach die Rolle des Betriebsrates näher zu beleuchten.

5.4.1 Kündigungskosten

Im ökonomischen Sinne berechtigte Kündigungen sind nach den Regeln beider Länder möglich. Unter beiden Regeln hat der Arbeitgeber keinen Anreiz, vor dem Zeitpunkt t' zu kündigen, weil der zu zahlende Lohn bis dahin geringer ist als die Wertschöpfung des Arbeitnehmers. Die Präventivwirkung der Möglichkeit einer berechtigten Kündigung auf das Verhalten des Arbeiters ist unter beiden Regeln gleich, wenn er die Aussicht auf die Gegenleistung (bde) verliert. Daher wird er sich nicht opportunistisch verhalten, so daß dieser Grund für eine Kündigung entfällt.

Das deutsche Recht unterscheidet sich vom amerikanischen dadurch, daß zwar eine gerechtfertigte Kündigung ohne Abfindungen möglich ist, der Arbeitgeber jedoch beim Aussprechen einer Kündigung typischerweise mit dem Risiko einer Abfindungszahlung rechnen muß, falls der Arbeitnehmer sich entschließt, gegen die Kündigung zu klagen. Diese Abfindungen sind bei verhaltensbedingten Kündigungen, wenn also Opportunismus des Arbeitnehmers vorliegt, kontraproduktiv, denn sie mindern die Anreize zur Vertragstreue. Bei in der Person liegenden oder

betrieblichen Gründen mögen die Dinge anders aussehen. Eine Abfindung erhöht die Kosten der einseitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber. Ein rationaler Arbeitgeber wird dies bereits bei der Bestimmung der Höhe der Löhne im steigenden Lohnprofil durch einen Abschlag berücksichtigt haben. Im Ergebnis zahlt der Arbeiter dadurch seine Abfindung zumindest teilweise selbst.

Andererseits werden Abfindungen damit gerechtfertigt, daß ein Arbeiter durch seine Vorleistung ein „property right“ am Unternehmen erwirbt, also eine Position, die der des Eigentümers des Unternehmens ähnelt. Als solcher muß er für die Aufgabe seiner Position im Unternehmen entschädigt werden.

Der abschließende Katalog von Kündigungsgründen in Deutschland schließt aus, daß der Arbeitgeber offen eine opportunistische Kündigungen ausspricht. Der Versuch, opportunistisch zu kündigen, muß deshalb mit Gründen zu rechtfertigen versucht werden, die im Kündigungsschutzgesetz angeführt werden. In den USA ist dies anders: Sieht man von den tarifvertraglich geregelten Arbeitsverhältnissen ab und blendet das Kündigungsschutzgesetz von Montana wegen seiner Ausnahmestellung aus der Betrachtung aus, dann kann ein Arbeitgeber ohne Angabe von Gründen aus opportunistischen Motiven kündigen. Dies spricht dafür, daß opportunistische Kündigungen im Ansatz in den USA leichter möglich sind als in Deutschland. Das würde bedeuten, daß die individuell und volkswirtschaftlich positiven Wirkungen eines Arbeitsvertrages, wie er in Figur 1 dargestellt wird, in den USA weniger häufig auftreten als in Deutschland.

Allerdings muß man sehen, daß sowohl in Deutschland wie in den USA kündigende Arbeitgeber mit Zahlungen an die gekündigten Arbeiter rechnen müssen. In beiden Ländern sind Kündigungen also nicht kostenlos. Ein rationaler Arbeitgeber wird in seinem Kalkül die Kosten und den Nutzen aus einer Kündigungsentscheidung miteinander vergleichen. Der Nutzen besteht in der „Aneignung“ des Drei-

ecks *bde*. Die Kosten bestehen aus den Gerichtskosten sowie den Zahlungen, die er bei Verlust eines Arbeitsgerichtsprozesses zu leisten hat.

Beim Vergleich dieser Kosten kommen Kittner/Kohler zu folgendem Ergebnis:

„In Deutschland ist es einem Arbeitgeber möglich, verhältnismäßig verlässlich zu kalkulieren, was ihn eine Kündigung kosten wird. Das ist im Grundsatz unabhängig davon ob sie rechtlich gerechtfertigt ist oder nicht; dieser Aspekt schrumpft in der Praxis letztlich zusammen auf einen Parameter zur Beeinflussung der in ihrer maximalen Höhe kalkulierbaren Abfindung. In den USA dagegen ist es zwar vertragsrechtlich verhältnismäßig einfach, jeden unbefristet Beschäftigten zu entlassen. Hinzu kommt aber das dem Grunde nach und in seinem Ausmaß nur schwer kalkulierbare Risiko von Schadenersatzansprüchen. Die Rücksichtnahme hierauf kann Arbeitgeber zur besonderer Zurückhaltung gegenüber Kündigungen und zur Bereitschaft zur Zahlung von Abfindungen im Vorfeld veranlassen.“²⁰

Zahlung an AN bei Mißerfolg	Wahrscheinlichkeit einer Zahlung des AG an AN	
	Niedrig	Hoch
Niedrig	<i>AG-freundlich</i>	<i>Deutschland</i>
Hoch	<i>USA</i>	<i>AN-freundlich</i>

Tabelle 1: Vergleich von Kündigungsschutzregimes nach erwarteten Kosten

Tabelle 1 faßt dieses Resultat zusammen. In den Spalten wird nach der Wahrscheinlichkeit einer Zahlung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer unterschieden. Diese Wahrscheinlichkeit ist in den USA eher gering, in Deutschland dagegen höher. In den Zeilen wird nach der Höhe einer Zahlung des Arbeitgebers an

²⁰ Kittner/Kohler (2000), Abschnitt D, Punkt 7.

den Arbeitnehmer unterschieden. In den USA sind diese Beträge regelmäßig viel höher als in Deutschland.

Zu einem abschließenden ökonomischen Rechtsvergleich reicht diese Analyse jedoch noch nicht aus. In den USA mag die Wahrscheinlichkeit, eine Schadenersatzzahlung zu bekommen, niedriger sein als die Abfindungswahrscheinlichkeit in Deutschland, dafür ist aber die Schadenersatzsumme sehr viel höher. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, daß die Erwartungswerte einer Zahlung bei Kündigung (also Zahlungshöhe multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit der Zahlung) in beiden Ländern gleich hoch sind.

Ist der Nutzen einer Klage niedriger als die erwarteten Kosten, werden in beiden Ländern opportunistische Klagen abgeschreckt. Umgekehrt treten sie in beiden Ländern auf, wenn die erwarteten Kosten unterhalb des Nutzens liegen. Unter diesem Gesichtspunkt wäre zu schlußfolgern: Sollte der Erwartungswert der Kosten gleich groß sein, dann würden sich beide Länder hinsichtlich der Abschreckung opportunistischer Klagen nicht wesentlich unterscheiden.

5.4.2 *Die Rolle des Betriebsrats*

Die deutsche Regel, daß vor jeder Kündigung der Betriebsrat zu hören ist, erschwert opportunistische Kündigungen, ohne jedoch legitime Kündigungen abzuschrecken (was auch Arbeitnehmeropportunismus verringert). Diese Institution hat in den USA kein Gegenstück.²¹ Wären alle Beteiligten Ehrenmänner, dann bräuchte man den Betriebsrat nicht. Kündigungen würden genau dann ausgespro-

²¹ Auch die Einrichtung von Mitbestimmung kann ökonomisch damit legitimiert werden, Arbeitgeberopportunismus zu verhindern und dadurch Anreize für Arbeiter zu schaffen, unternehmensspezifisches Humankapital aufzubauen, vgl. Schmidtchen (1986).

chen, wenn sie berechtigt sind, opportunistische Kündigungen kämen nicht in Betracht. Die Realität sieht jedoch gelegentlich anders aus.

Wie bereits erwähnt, muß ein Arbeitgeber, der aus opportunistischen Motiven kündigen möchte, Kündigungsgründe anführen, die im Zweifel vom Gericht auf ihre Wahrheit überprüft werden. Für ein außenstehendes Gericht ist es schwer, die Stichhaltigkeit von angeführten Gründen zu beurteilen. Die Folge davon ist, daß ein solches Gericht zwei Arten von Fehlern mit hoher Wahrscheinlichkeit begehen wird:

- Es weist eine Kündigung zurück, obwohl sie berechtigt ist.
- Es erlaubt eine Kündigung, die opportunistisch ist.

Die beiderseitige Vertragstreue leidet, wenn diese zwei Arten von Fehlern gehäuft auftreten.²² Sie treten in den USA vermutlich häufiger auf als in Deutschland, weil die USA keine spezialisierte Arbeitsgerichtsbarkeit kennen. Zwar sind Schiedsrichter vermutlich keine schlechteren Diagnostiker als spezialisierte Arbeitsrichter, aber sie werden – wie erwähnt – nur bei tarifvertraglichen Streitigkeiten bemüht. Aber, was wichtiger ist, in Deutschland sind die Betriebsräte in Kündigungsverfahren prozedural eingebunden. Sie sind Experten, die die Stichhaltigkeit von Kündigungsgründen vermutlich so gut beurteilen können wie der Arbeitgeber. Wenn und insofern Betriebsräte eine Reputation für objektive Entscheidungen haben, können Gerichte auf deren Diagnose zurückgreifen mit der Folge, daß die Fehlerwahrscheinlichkeiten sinken und die Neigung von Arbeitgebern zurückgeht, opportunistisch zu kündigen.²³

Ein Blick in die Statistik wirkt hier aufklärend: „In 66 % aller Fälle stimmten Betriebsräte der Kündigungsabsicht eines Arbeitgebers ausdrücklich zu, in 20 %

²² Kirstein/Schmidtchen (1997), Kirstein (1999).

²³ Vgl. Kittner (1995).

schwiegen sie. Nur in 8 % erhoben sie Widerspruch und in weiteren 6 % äußerten sie Bedenken. In 25 % aller Fälle haben Betriebsratsmitglieder sogar das Kündigungsschreiben neben dem Arbeitgeber mit unterzeichnet.“²⁴

Insoweit wäre es verfehlt, etwa den Betriebsrat in der Rolle eines parteiischen Anwalts des zu kündigenden Arbeitnehmers zu sehen. Er hat gute Gründe, Kündigungen kritisch zu prüfen und gegenüber dem Gericht objektive Stellungnahmen abzugeben. Von dieser Objektivität hängt zum einen seine Zukunft als Experte ab, der vom Gericht angehört wird (wenn das Gericht wüßte, daß der Betriebsrat immer zugunsten jedes Arbeitnehmers, auch des opportunistischen, votieren wird, wird es seine Stellungnahmen nicht bei seiner Entscheidungsfindung beachten). Zum anderen steht die Reputation des Betriebsrates bei der übrigen Belegschaft auf dem Spiel, in deren Interesse es ist, daß ein opportunistischer Arbeitnehmer aus dem Unternehmen entfernt werden kann.

Berücksichtigt ein Betriebsrat diese Reputationseffekte, so wird seine Stellungnahme zu einer wertvollen Entscheidungshilfe für das Gericht. Die Wahrscheinlichkeit, opportunistische Kündigungen nicht zu entdecken, sinkt; gleichzeitig steigt die Wahrscheinlichkeit, daß legitime Kündigungen nicht zurückgewiesen werden. Wir schließen daraus, daß opportunistische Kündigungen in Deutschland seltener sind als in den USA. Dafür spricht auch die Beweislastverteilung. Dort muß der Arbeitnehmer die Beweise dafür liefern, daß der Arbeitgeber nicht berechtigt gekündigt hat, während in Deutschland der Arbeitgeber beweisen muß, daß die Kündigung berechtigt ist. Dieser theoretische Befund könnte einen Grund

²⁴ Kittner/Kohler (2000: 58).

für die empirische Beobachtung liefern, daß in weiten Bereichen die Arbeitsproduktivität in Deutschland höher ist als in den USA.²⁵

6. Zusammenfassung

In diesem Beitrag wurde auf der Grundlage eines juristischen Rechtsvergleichs ein ökonomischer Rechtsvergleich des Kündigungsschutzes in Deutschland und in den USA vorgenommen. Es wurde ein Arbeitsvertrag untersucht, in dem der Lohn mit der Dauer des Arbeitsverhältnisses zunimmt. Solche Arbeitsverträge weisen eine Reihe von wohlfahrtssteigernden Anreizeigenschaften auf.

Es wurde gezeigt, daß der Abschluß solcher Verträge durch die Möglichkeit opportunistischer Kündigungen des Arbeitgebers gefährdet wird. Dabei wurde deutlich, daß das deutsche wie das amerikanische Kündigungsschutzrecht ökonomisch berechnete Kündigungen erlaubt, wohingegen die Gefahr opportunistischer Kündigungen in den USA größer ist als in Deutschland. In dieser Hinsicht ist das amerikanische Kündigungsschutzrecht nicht als effizient einzustufen. Hierfür spricht auch die Abwesenheit einer spezialisierten Arbeitsgerichtsbarkeit und Betriebsräten sowie die Beweislastregelung bei Arbeitsstreitigkeiten vor Gericht.

²⁵ Vgl. den Beitrag von Eger/Nutzinger/Weise (2000). Hall/Jones (1999) untersuchen den positiven Einfluß „social infrastructure“ auf die Arbeitsproduktivität, gehen dabei aber nicht auf konkrete Institutionen ein.

Literatur

- Eger, Th./Nutzinger, H. G./Weise, P. (2000): Ökonomische Analyse des Arbeitsvertragsrechts. Ein Vergleich zwischen Deutschland und den USA, Vortrag auf dem VII. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts, 22.-25. März 2000
- Hall, R. E./Jones, C. I. (1999): Why Do Some Countries Produce so Much More Output per Worker Than Others? In: *The Quarterly Journal of Economics* 114 (1): 83-116
- Kirstein, R. (1999): Imperfekte Gerichte und Vertragstreue. Eine ökonomische Theorie richterlicher Entscheidungen, Gabler Edition Wissenschaft im Deutschen Universitäts-Verlag, Wiesbaden.
- Kirstein, R./D. Schmidtchen (1997): Judicial Detection Skill and Contractual Compliance, in: *International Review of Law and Economics* 17: 509 – 520.
- Kittner, M. (1995): Arbeitsrecht und marktwirtschaftliche Unternehmensführung – ein Gegensatz? In: *Arbeit und Recht*: 385-395
- Kittner, M. (1998): Gesamtsystem Schuldrecht, Vahlen, München
- Kittner, M./Th., C. Kohler: Kündigungsschutzrecht in den USA und Deutschland unter Berücksichtigung ökonomischer Aspekte, in: *Betriebsberater* 2000, Beilage zu Heft 13.
- Schmidtchen, D. (1987): „Sunk costs“, Quasirenten und Mitbestimmung, in: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, 6. Band: 139 ff.
- Schmidtchen, D./R. Kirstein (1999): Prozeßkostenreform und Richterliche Entdeckungsfähigkeit, in: Schmidtchen, D./St. Weth (Hrsg.): *Der Effizienz auf der Spur. Die Funktionsfähigkeit der Justiz im Lichte der ökonomischen Analyse des Rechts*, Nomos, Baden-Baden: 207-219
- Schmidtchen, D./R. Kirstein (1997): Abkoppelung der Prozeßkosten vom Streitwert? Eine ökonomische Analyse von Reformvorschlägen, in: *Festschrift für Gerhard Lücke zum 70. Geburtstag: Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts*, München: 741 – 766.
- Mattei, U./F. Caffaggi (1998): Comparative Law and Economics, in: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London, New York.
- Salop, J./S. Salop (1976): Self-Selection and Turnover in the Labor Market, in: *Quarterly Journal of Economics* 90: 619-628
- Zweigert, K./H. Kötz (1996): Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. neubearbeitete Auflage, Mohr/Siebeck, Tübingen.