

---

# **Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht**

Herausgegeben von

Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen  
in der Europäischen Gemeinschaft, Trier

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Sozialrecht, München

---

Januar–März 1999  
13. Jahrgang

Seiten 1–152  
ISSN 0930-861X



**C.F. Müller Verlag**  
**Hüchig**

**1**

- E. *Experience rating* versus individueller Kündigungsschutz
- I. Historische Ursprünge
    1. Verwandtschaft der Systeme
    2. Unterschiede
    3. Der Sonderweg der USA
  - II. *Experience rating* als Alternative zum Kündigungsschutz nach deutschem Muster?
    1. Einzelfallblindheit – eine Schwäche des amerikanischen Systems?
    2. *Experience rating* für deutsche Kleinbetriebe?
    3. Stärken des *experience rating* – Mißbrauchsvermeidung, Kalkulierbarkeit, Steuerungseignung
  - III. Notwendigkeit eines quantitativen Vergleichs
    1. Relevanz des quantitativen Vergleichs
    2. Schwierigkeiten der Quantifizierung

Zusammenfassung

### A. Zielsetzungen des Beitrages

Während die Lage auf dem deutschen Arbeitsmarkt düsterer kaum sein könnte, strahlt das »Jobwunder« in den USA bis zu uns herüber. Beseelt von der Hoffnung, das Beispiel der USA könne auch uns den Weg aus der Misere weisen, fragt man sich, woran es liegt, daß Amerika es – einmal mehr – besser hat.

»Liberalisierung, Deregulierung, Flexibilisierung« – so lauten die gängigen Heilsbotschaften, die unter dem Einfluß der mitunter vielleicht romantisierenden Vorstellungen vom »land of the free« entstehen. Das gilt besonders für den Bereich des Arbeitsrechts, wo sich der Mythos vom Land der unbegrenzten Kündigungsmöglichkeiten hierzulande hartnäckig hält.

Mit vergleichbar zündenden Ideen für die rettende Reform unseres Systems wird die nachfolgende Studie nicht aufwarten können. Im Gegenteil, ihr Hauptziel wäre erreicht, wenn sie zu einem differenzierteren Verständnis der rechtlichen Rahmenbedingungen des Arbeitsmarktes in den USA beizutragen vermöchte.

Im folgenden findet sich in Teil B zunächst eine Darstellung derjenigen Normen des US-amerikanischen Rechts, die zum Schutz bestehender Arbeitsverhältnisse beitragen. Der Schwerpunkt wird dabei auf den bestands-schützenden Regelungen des Rechtes der Arbeitslosenversicherung liegen. Eine Erörterung der ökonomischen Wirkungen speziell dieser Form des Bestandsschutzes schließt sich in Teil C an, gefolgt von einer Analyse der zugrunde liegenden politischen Wertungen in Teil D. Abschließend stellt Teil E die amerikanische Variante des Bestandsschutzes dem deutschen System gegenüber, wobei nach möglichen Erklärungen für den amerikanischen Sonderweg gefragt, die Vor- und Nachteile der beiden Systeme verglichen und schließlich mögliche Ziele und Schwierigkeiten künftiger Untersuchungen formuliert werden.

## B. Schutz bestehender Arbeitsverhältnisse im Arbeits- und Sozialrecht der USA

Auch in den USA genießen bestehende Arbeitsverhältnisse einen gewissen Schutz. Die entsprechenden arbeitsrechtlichen Regelungen brauchen hier nur überblicksartig dargestellt zu werden (dazu I.). Denn an ausführlichen Abhandlungen auch neueren Datums<sup>1</sup> mangelt es nicht, und selbst in der deutschen Literatur finden sich Arbeiten zu diesem Thema<sup>2</sup>.

Dagegen haben die bestandsschützenden Normen der Arbeitslosenversicherung, also nach hiesigem Sprachgebrauch des »Sozialrechts«, in der Literatur hierzulande bislang kaum Beachtung gefunden<sup>3</sup>. Selbst in der amerikanischen Diskussion um das Recht der Kündigung wird dieser sozialrechtliche Aspekt regelmäßig nicht einmal erwähnt<sup>4</sup>. Er soll deswegen im Mittelpunkt der nachfolgenden Ausführungen stehen.

### I. Arbeitsrechtlicher Schutz gegen Kündigungen

Einen allgemeinen Kündigungsschutz gibt es in den USA – mit Ausnahme weniger Gliedstaaten<sup>5</sup> – nicht. Vielmehr ist der Arbeitgeber grundsätzlich berechtigt, dem Arbeitnehmer jederzeit zu kündigen, und zwar »for good cause, for bad cause, or for no cause at all«, wie es in der gängigen Formulierung<sup>6</sup> der »*employment-at-will doctrine*« heißt.

Könnte der isolierte Blick auf diese Grundregel in der Tat den aus Unternehmerperspektive paradiesischen Zustand des ungehemmten »*hire and*« – wichtiger noch – »*fire*« verheißen, so muß man diesen Eindruck bei genauem Hinsehen doch erheblich korrigieren<sup>7</sup>. Tatsächlich gleicht die Lage eher einem immer dichter werdenden Flickenteppich arbeitsrechtlicher Normen, die – zumindest auch – zur Abwehr von Kündigungen eingesetzt werden können und werden. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang nicht nur die auch in der deutschen Literatur mit großer Aufmerksamkeit verfolgten Dis-

1 Vgl. etwa *Henry H. Perritt*, *Employee Dismissal Law and Practice*, 4. Auflage 1998.

2 Vgl. *Jutta Müller-Lukoschek*, *Der Kündigungsschutz im Arbeitsrecht der USA*, 1989.

3 In der juristischen Literatur findet sich – soweit ersichtlich – allein bei *Eichenhofer*, *Das Recht der sozialen Sicherheit in den USA*, S. 170f. eine kurze Darstellung. Aus der ökonomischen Literatur vgl. *Schmidt/Reissert/Bruche*, *Arbeitslosenversicherung und aktive Arbeitsmarktpolitik*, 1987 (zitiert wird im folgenden die neuere, 1992 in englischer Sprache erschienene Version *Unemployment Insurance and Active Labor Market Policy*), insbesondere S. 52ff., 80, 85, 23f.; *Joachim Volz*, *Arbeitslosenversicherung und Arbeitslosigkeit in integrierten Wirtschaftsräumen*, 1980, S. 173ff.

4 Vgl. etwa *Paul Weiler*, *Governing the Workplace*, 1990, in dessen Kapitel zur Debatte über einen allgemeinen Kündigungsschutz (S. 48 ff.) der Aspekt der Arbeitslosenversicherung keine Rolle spielt; das gilt ebenso für *Perritt*, FN 1, der die bestandsschützende Wirkung der US-amerikanischen Arbeitslosenversicherung nicht erwähnt; schließlich auch für das Plädoyer von *Summers* für die Einführung eines allgemeinen Kündigungsschutzes, vgl. *Summers*, *Individual Protection Against Unjust Dismissal: Time for a Statute*, 62 *Virginia Law Review* 481 (1976).

5 Vgl. hierzu *Perritt*, FN 1, Band II, S. 436, mit näheren Angaben zur Kündigungsschutzregelung in Montana sowie zu einigen gescheiterten Gesetzesvorhaben in anderen Gliedstaaten.

6 Vgl. zu dieser Grundregel statt vieler *Perritt*, FN 1, Band I, S. 3ff. (insbesondere dortige FN 1).

7 Zum ganzen *Perritt*, FN 1, für einen Überblick vgl. dort insbesondere Band I, §§ 1.5 – 1.10; ebenso *Summers*, FN 4, S. 491 ff.

kriminierungsverbote<sup>8</sup>, sondern auch andere Verbote von Kündigungen aus speziellen Gründen<sup>9</sup>. Verbreitet sind beispielsweise die sogenannten *whistle-blower* Regelungen<sup>10</sup>, die Arbeitnehmer, die Mißstände innerhalb ihres Unternehmens anzeigen oder öffentlich machen, vor Sanktionen, also insbesondere Kündigungen schützen. Bei Arbeitnehmern im öffentlichen Sektor<sup>11</sup> kommt hinzu, daß sie sich – auch gegen Kündigungen – auf die verfassungsrechtlichen Bindungen ihres Arbeitgebers berufen können. Bedeutsam ist schließlich, daß Kollektivvereinbarungen regelmäßig einen allgemeinen Kündigungsschutz in Form von sogenannten *just cause clauses* und dessen schiedsgerichtliche Durchsetzung vorsehen<sup>12</sup>.

Bezeichnend für die Dichte, die dieser Flickenteppich über die Jahre erreicht hat, ist die Tatsache, daß sich Summers (bereits 1976) in seinem Plädoyer für einen generellen Kündigungsschutz nicht nur darauf stützen konnte, daß dies generell wünschenswert und andernorts auch anerkannt sei, sondern gerade auch darauf, daß die vermeintlich noch immer gültige Grundregel der *employment-at-will doctrine* durch Gesetzgebung und kollektivvertragliche Praxis erheblich erodiert sei<sup>13</sup>. Dennoch sollte nicht der Eindruck entstehen, die Schließung der Lücken im Kündigungsschutz sei eher ein Gebot der Systemkonsistenz denn ein normatives Postulat. Denn trotz aller punktuellen Schutzvorschriften verbleibt eine Vielzahl von Fällen, in denen die Arbeitnehmer schutzlos bleiben. Das wiegt um so schwerer, als es oft gerade Akte exzeptioneller Willkür durch den Arbeitgeber sind, die mangels Vorhersehbarkeit für den Gesetzgeber weiterhin der Grundregel unbeschränkter Kündigungsfreiheit unterfallen.

## II. Sozialrechtlicher Schutz bestehender Arbeitsverhältnisse

Neben diesen arbeitsrechtlichen Normen mit bestandsschützender (Neben-)Wirkung setzen auch die in allen Gliedstaaten bestehenden Systeme der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung Anreize in dieser Richtung, und zwar über den Finanzierungsmodus, das sogenannte »experience rating«.

8 Vgl. ausführlich *Perritt*, FN 1, Band I §§ 2.2 – 2.15; ein kurzer Überblick über die mannigfaltigen Differenzierungsverbote (angefangen mit der Gewerkschaftszugehörigkeit über die »gängigen« Verbote Rasse, Geschlecht, Glaube bis hin zu Nationalität und Alter) und ihren Einsatz speziell in Kündigungsstreitigkeiten findet sich auch bei *Summers*, FN 4, S. 493f.

9 Die Beispiele sind so weitgefächert, daß eine übergreifende Kategorisierung kaum möglich ist: So nennt *Summers*, FN 4, S. 495, unter anderem Verbote von Kündigungen wegen Ausübung eines Geschworenenamtes, von Kriegsveteranen nach ihrer Rückkehr, wegen Weigerung, sich einem Lügendetektor zu unterziehen, als Druckmittel zur Wahlbeeinflussung etc.; für eine ausführlichere Darstellung vgl. wieder *Perritt*, FN 1, Band I, §§ 2.16.

10 Normen zum *whistleblowing* haben sich sowohl durch Gesetzgebung als auch durch Richterrecht entwickelt; für Einzelheiten vgl. *Perritt*, FN 1, insbesondere Band II § 7.35f. zu den richterrechtlichen, Band I § 2.17ff. zu den gesetzlichen Normen.

11 Vgl. hierzu allgemein *Perritt*, FN 1, Band II, § 8.

12 Die dem hiesigen Erfordernis der sozialen Rechtfertigung ähnelnde Generalklausel des »just cause« hat dabei in umfangreicher schiedsgerichtlicher Kasuistik eine gewisse Konkretisierung erfahren; vgl. zum Ganzen *Summers*, FN 4, S. 499ff. – Erwähnenswert ist allerdings, daß sich der Organisationsgrad der US-amerikanischen Arbeitnehmer seit der Darstellung von *Summers* (1976) beträchtlich verringert und damit die Reichweite von Kollektivvereinbarungen abgenommen hat. Für aktuelle Zahlen vgl. *Cox/Bok/Gorman/Finkin*, Labor Law, 12. Auflage 1996, S. 1002 (1994 ca. 14%).

13 Vgl. *Summers*, FN 4, S. 491, 532.

## 1. Prinzip des *experience rating*

Das Prinzip des *experience rating* ist aus anderen Versicherungszweigen hinlänglich bekannt: Wie die Prämien, die ein Kfz-Halter für die Haftpflichtversicherung zu zahlen hat, mit jedem Versicherungsfall steigen, so ist – *cum grano salis* – in den USA der Beitrag eines Arbeitgebers zur Finanzierung der Arbeitslosenversicherung gekoppelt an die Anzahl früherer Entlassungen in seinem Unternehmen.

Ungewöhnlich ist allein die Anwendung dieses Modus der Prämienberechnung im Bereich der Arbeitslosenversicherung. Soweit ersichtlich sind die USA derzeit das einzige<sup>14</sup> Land, das diese Berechnungsart gewählt hat, nachdem sie in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts auch in Europa diskutiert<sup>15</sup> und vereinzelt auch kurzzeitig umgesetzt<sup>16</sup> worden war. Allerdings wird in jüngster Zeit in den Niederlanden die Einführung dieses Berechnungsmodus erwogen<sup>17</sup>.

## 2. Einbettung des *experience rating* in das Gesamtsystem der Arbeitslosenversicherung in den USA

So simpel das Grundprinzip sein mag, seine Umsetzung im Recht der Arbeitslosenversicherung der USA ist relativ komplex. Zum einen ist das eine Konsequenz der föderalen Struktur, zum anderen liegt es an der Vielzahl der Möglichkeiten, die konkrete Ausgestaltung des *experience rating* vorzunehmen.

### a) Bundesrechtlicher Rahmen der Arbeitslosenversicherung

Wie in den meisten Bereichen der Sozialpolitik in den USA wirken auch bei der Arbeitslosenversicherung Bund und Gliedstaaten zusammen. Die in allen Gliedstaaten<sup>18</sup> aufgrund Landesrechts eingerichteten Arbeitslosenver-

14 Vgl. etwa *Schmidt/Reissert/Bruche*, FN 3, S. 85 – bemerkenswert auch der Hinweis auf die zwar auch teilweise risikoabhängige, aber eben nicht gezielt nach dem Risiko berechnete Beitragshöhe in Schweden.

15 Vgl. *Joseph Becker*, *Experience rating in Unemployment Insurance: An Experiment in Competitive Socialism*, 1972, S. 50; er zitiert *Beveridge*, *The Past and Present of Unemployment Insurance*, 1930, S. 47, und *Pigou*, *Industrial Fluctuations*, 1929, S. 369, mit entsprechenden Reformforderungen für die damals geltenden Systeme.

16 Vgl. die Hinweise bei *Becker*, FN 15, S. 5, 50f. auf entsprechende Systeme, insbesondere in Österreich.

17 Neuere Beiträge zu dieser Diskussion finden sich in *Sociaal Maandblad Arbeid*, 1997, S. 606ff., *de Wolff*, *Premiedifferentiatie in de Werkloosheidswet en Ontslagbescherming*, und S. 615ff., *Doodeman, Genet, Hoogewoning*: Premiedifferentiatie in de Wachtgeldperiode.

18 Die allgemeinen Angaben zu den Gliedstaaten stützen sich auf die Zusammenstellung von Informationen, welche die web page des UI ITSC (Unemployment Insurance Information Technology Support Center) enthält, einer Institution, die vom US Department of Labor und einigen anderen öffentlichen Trägern unterhalten wird: ><http://www.itsc.state.md.us><. Dort finden sich sowohl kurze Beschreibungen der Systemcharakteristika als auch umfassende Zusammenstellungen der gliedstaatlichen Regelungen. Die folgende Darstellung verdankt dieser Quelle einen großen Teil ihrer aktuellen Informationen.

sicherungen sind dabei formell unabhängig vom Bundesrecht<sup>19</sup>. Allerdings übt der Bund mittels finanzieller Anreize tatsächlich erheblichen Einfluß auf deren Ausgestaltung aus. Er erhebt bundesweit eine Steuer von derzeit 6,2 % auf die Lohnsumme<sup>20</sup> jedes Unternehmens. Davon können die Steuerpflichtigen den überwiegenden Teil ihrer Beiträge zur einzelstaatlichen Arbeitslosenversicherung (bis maximal 5,4 % der Lohnsumme) absetzen, wenn die Arbeitslosenversicherung bundesstaatlich definierten Anforderungen genügt. Auf diesem Weg macht der Bund detaillierte Vorgaben, unter anderem hinsichtlich der Anspruchsberechtigung der Versicherten und der Verwaltung der Beiträge. Daß alle Staaten diesen Vorgaben entsprechen, ist angesichts der erheblichen finanziellen Bedeutung der Steuervorteile für »ihre« Unternehmen nicht verwunderlich.

Soweit keine Bundesvorgaben eingreifen, können die Versicherungssysteme der Einzelstaaten frei gestaltet werden, ohne daß die Absetzbarkeit der Versicherungsbeiträge von der Bundessteuer davon tangiert würde. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der Beitragshöhe und des Kreises der Beitragspflichtigen. Trotz vieler Unterschiede im Detail ist allerdings auch in diesen der Gestaltung durch die Einzelstaaten überlassenen Bereichen eine Tendenz zur Einheitlichkeit bei den wesentlichen Eckpunkten der Systeme zu verzeichnen. So werden lediglich in drei Staaten (Alaska, New Jersey und Pennsylvania) auch die Arbeitnehmer zur Beitragszahlung herangezogen, während alle anderen ausschließlich Arbeitgeberbeiträge vorsehen. Ähnlich verhält es sich bei der Beitragshöhe: Mehr als die Hälfte aller Staaten setzt den Regelbeitrag auf 5,4 % der Lohnsumme, also auf den maximal von der Bundessteuer absetzbaren Prozentsatz.

Der Vollständigkeit halber sei am Rande vermerkt, daß die Versicherungsleistungen weitestgehend aus den von den Staaten erhobenen Versicherungsbeiträgen finanziert werden. Die Einnahmen aus der Bundessteuer dagegen werden für die Verwaltung der Versicherungssysteme eingesetzt. Daneben wird aus ihnen u.a. ein Fonds gespeist, der zur Überbrückung von Engpässen in den Einzelstaaten verwendet wird<sup>21</sup>. Das Leistungsniveau variiert stark zwischen den Gliedstaaten, ist aber aus deutscher Sicht generell relativ niedrig. Die maximale Leistungsdauer beträgt in fast allen Gliedstaaten sechsundzwanzig Wochen<sup>22</sup>.

19 Die maßgeblichen Vorschriften finden sich in United States Code, Title 26 – Internal Revenue Code, Subtitle C – Employment Taxes, Chapter 23 – Federal Unemployment Tax Act; kurz: 26 USC Sec. 3301-3311. Auch der Gesetzestext ist online erhältlich, etwa unter: ><http://www.law.cornell.edu/uscode/26/ch23.html><.

20 Welche Leistungen des Arbeitgebers bei der Berechnung der Lohnsumme berücksichtigt werden, ergibt sich aus 26 USC Sec. 3306 (b). Die Gliedstaaten legen bei der Berechnung der Versicherungsbeiträge mehrheitlich eine anders berechnete Lohnsumme zugrunde – insbesondere berücksichtigen die meisten die Einzellöhne bis zu einer höheren Bemessungsgrenze, vgl. im einzelnen die Übersicht bei >[http://www.itsc.state.md.us/ui\\_manage/sesatax/wagetax.html](http://www.itsc.state.md.us/ui_manage/sesatax/wagetax.html)<.

21 Vgl. die Zusammenfassung bei >[http://www.itsc.state.md.us/ui\\_manage/uilaws/200tax.html](http://www.itsc.state.md.us/ui_manage/uilaws/200tax.html)<.

22 Vgl. die Übersicht bei ><http://www.clubfed.com/table.html><.

## b) Stellung des *experience rating* im Bundesrecht

Die Verwendung von *experience rating* gehört zwar nicht zu den Vorgaben, von denen die Absetzbarkeit der Arbeitgeberbeiträge insgesamt abhängt. Aber der Bund setzt hier ein offenbar gleichermaßen effektives Instrument ein, um die Gliedstaaten auf seine Linie zu bringen: Absetzbar von der Bundessteuer sind grundsätzlich nur die tatsächlich gezahlten Versicherungsbeiträge der Unternehmen. Allerdings werden solche Beitragsreduktionen, die auf *experience rating* im Bemessungssystem der Arbeitslosenversicherung beruhen, nicht berücksichtigt. Vielmehr bleibt hier der nicht reduzierte Betrag absetzbar<sup>23</sup>. Alle Gliedstaaten haben diese Möglichkeit, die Versicherungskasse auf Kosten des Bundes zu füllen, ohne daß den ansässigen Unternehmen dadurch ein Nachteil entstünde, wahrgenommen.

## c) Einzelheiten und Charakteristika im Recht der Gliedstaaten

Im einzelnen unterliegt die Umsetzung des *experience rating* allerdings beträchtlichen Variationen, zumal der Bund insoweit kaum Erfordernisse<sup>24</sup> aufgestellt hat. Dieser Vielfalt der Systeme auch nur annähernd gerecht zu werden, würde den Rahmen der vorliegenden Darstellung sprengen<sup>25</sup>. Statt dessen muß es genügen, einige für die nachfolgenden Erörterungen grundlegende Gemeinsamkeiten herauszustellen. Um aber wenigstens eine Vorstellung vom Detailreichtum der Materie zu vermitteln, sollen zuvor einige Aspekte aufgezeigt werden, die bei der konkreten Ausgestaltung des *experience rating* von Bedeutung sind und hinsichtlich derer sich die einzelnen Systeme zuweilen erheblich unterscheiden.

### aa) Detailfragen der Ausgestaltung

So stellt sich zunächst die Frage, welche Fälle der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses überhaupt beitrags erhöhend wirken sollen: Nur solche, die vom Arbeitgeber veranlaßt sind? Oder gar nur jene, die der Arbeitgeber veranlaßt hat, ohne dafür einen »zulässigen« Grund gehabt zu haben? (Wobei weiter zu definieren ist, was ein zulässiger Grund ist.) Und gibt es Entlassungsgründe, deren Folgekosten die Gemeinschaft, nicht der Arbeitgeber tragen sollte?<sup>26</sup>

Sollte man weiter darauf abstellen, ob nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses überhaupt Leistungen der Arbeitslosenversicherung in Anspruch

23 26 USC Sec. 3303 (a) (1).

24 Lediglich zum maßgeblichen Zeitraum für die Bestimmung der *experience with employment* existieren Vorgaben, vgl. 26 USC. Sec. 3303 (a) (1) und (3)(D).

25 Zur Vertiefung der Thematik sei erneut web page des UI ITSC empfohlen, vgl. FN 18.

26 In einigen Staaten existiert beispielsweise eine solche Ausnahme für die Entlassung von Arbeitnehmern, die als Vertreter von einberufenen Soldaten eingestellt worden und nach deren Rückkehr überflüssig geworden sind – vgl. die Zusammenfassung auf [http://www.itsc.state.md.us/ui\\_manage/uilaws/200tax.html](http://www.itsc.state.md.us/ui_manage/uilaws/200tax.html).

genommen werden konnten bzw. tatsächlich auch wurden? Und wenn ja, kommt es auf deren Höhe an? Belasten aktuelle Leistungsbezüge eines ehemaligen Arbeitnehmers einen Arbeitgeber selbst dann noch, wenn der Arbeitnehmer seither auch bei anderen Arbeitgebern eingestellt gewesen ist? Wie wirken sich Neueinstellungen auf die Beitragslast aus?

Sodann muß entschieden werden, wie die einzelnen für relevant erachteten Faktoren finanziell gewichtet, welche Berechnungszeiträume zugrunde gelegt werden, was mit neugegründeten oder übernommenen Unternehmen geschieht etc. Es bedarf keiner allzu großen Phantasie, diese Liste weiter fortzusetzen.

#### bb) Systemcharakteristika

Trotz aller Vielfalt und allen Wandels lassen sich einige recht beständige und übergreifende Systemcharakteristika ausmachen. So sehen alle Gliedstaaten Höchst-, die meisten auch Mindestbeiträge vor, die unabhängig von der Anzahl früherer Beendigungen von Arbeitsverhältnissen gelten. Eine weitere Gemeinsamkeit von zentraler Bedeutung für die nachfolgenden Ausführungen ist, daß sich – mit Ausnahme Alaskas<sup>27</sup> – in jedem Gliedstaat eine Entlassung mit korrespondierender Neueinstellung beitragssteigernd auswirkt. In allen diesen Staaten gilt ferner, daß die Belastung des Arbeitgebers mit höheren Beiträgen voraussetzt, daß der ehemalige Arbeitnehmer auch leistungsberechtigt ist, was insbesondere von den Umständen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses abhängt. Dementsprechend sind die Arbeitgeber auch in allen Gliedstaaten berechtigt, die Rechtmäßigkeit der Gewährung von Versicherungsleistungen an ihre ehemaligen Arbeitnehmer in einem Verfahren anzugreifen<sup>28</sup>.

### C. Ökonomische Wirkungen

Schon diese Gemeinsamkeiten erlauben es, einige grundlegende Überlegungen zu den ökonomischen Wirkungen des *experience rating* anzustellen. Nun ist das *experience rating* in den USA seit nunmehr über siebzig Jahren – phasenweise heftig – diskutiert<sup>29</sup> und gerade in jüngerer Zeit zunehmend auch empirisch erforscht<sup>30</sup> worden. Das erleichtert zwar gerade für den insoweit fachfremden Juristen die Auseinandersetzung mit der stark ökonomisch geprägten Thematik, bedingt aber zugleich, daß der Forschungsstand in den USA im begrenzten Rahmen eines Aufsatzes nicht in seinem gesamten Facettenreichtum behandelt werden kann. Im folgenden sollen deswegen ein-

27 Dort folgt die Berechnung dem sogenannten *payroll-variation plan*. Der Beitragsberechnung wird allein die relative Veränderung der Lohnsumme zugrunde gelegt.

28 Vgl. hierzu Advisory Council on Unemployment Compensation (ACUC), *Defining Federal and State Roles in Unemployment Insurance, A Report to the President and Congress*, 1996, S. 116.

29 Vgl. hierzu die grundlegende Arbeit von *Becker*, FN 15; speziell zur Geschichte des *experience rating* vgl. dort S. 5–15.

30 Für einen neueren Überblick über den Forschungsstand vgl. ACUC, FN 28, S. 99–12.

zelne Aspekte, die aus externer Perspektive besonders interessant erscheinen, herausgegriffen und insbesondere im Hinblick auf ihre beschäftigungspolitische Relevanz diskutiert werden.

### I. Überblick

In der Literatur werden üblicherweise mindestens vier Wirkungsweisen des *experience rating* unterschieden: Erstens schütze es bestehende Arbeitsverhältnisse<sup>31</sup>, indem es Entlassungen verteuere, zweitens fördere es eine effiziente Ressourcenallokation, drittens habe es einen – im einzelnen schwer bestimmbar – Einfluß auf die Konjunkturzyklen, und schließlich beuge es viertens einer mißbräuchlichen Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen vor. Bevor die ersten drei, in ihrer beschäftigungspolitischen Relevanz zusammenhängenden Effekte im einzelnen behandelt werden, sollen vorab einige Überlegungen zum letzten, insoweit abtrennbaren Aspekt der Mißbrauchsvermeidung angestellt werden.

### II. Mißbrauchsvermeidung

Der Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung ist regelmäßig abhängig von den Bedingungen, unter denen das vorangegangene Arbeitsverhältnis beendet wurde. Nun sind die Angaben der am Leistungsbezug interessierten Arbeitslosen nicht unbedingt verlässlich, die Kontrollmöglichkeiten der über die Leistungsgewährung entscheidenden Behörde jedoch meist gering – es sei denn, sie kann auf die Mitwirkung der ehemaligen Arbeitgeber setzen. Es leuchtet unmittelbar ein, daß deren Bereitschaft zur Kooperation steigt, wenn sie – wie es bei Geltung des *experience rating* der Fall ist – ein eigenes Interesse an der Vermeidung mißbräuchlichen Leistungsbezuges haben. Das erscheint um so bedeutsamer, wenn man berücksichtigt, daß man in den herkömmlichen Systemen der Arbeitslosenversicherung zuweilen die umgekehrte Tendenz verzeichnet, nämlich die eines (mitunter durchaus legalen) Zusammenwirkens von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu Lasten der Versicherungsträger<sup>32</sup>.

Bemerkenswert ist das Gewicht, das diesem Effekt in den USA beigegeben wird. Gestützt auf Untersuchungen der Häufigkeit und Erfolgsquote von Verfahren<sup>33</sup>, die Arbeitgeber gegen den Leistungsbezug ehemaliger Arbeitnehmer angestrengt haben, sowie auf Umfragen<sup>34</sup> unter den in diesen

31 Daß es nicht nur bestandsschützend, sondern auch allgemein beschäftigungsfördernd wirkt (im einzelnen dazu unten III.), wird zumeist außer acht gelassen. Vgl. statt vieler etwa Bericht des ACUC, FN 28, wo, wie allgemein üblich, nur von »*stabilization of employment*« gesprochen wird – so die Abschnittsüberschrift S. 103.

32 Vgl. beispielsweise zur hierzulande vieldiskutierten Problematik der Frühverrentung auf Kosten der Arbeitslosenversicherung: Bach, Die Anrechnung von Abfindungen auf das Arbeitslosengeld, in: Hanns Martin Schleyer-Stiftung: Der Aufbruch ist möglich. 1998, S. 24f.

33 Vgl. Becker, FN 15, Kapitel 7.

34 Vgl. Becker, FN 15, Kapitel 6.

Verfahren als Richter Tätigen sehen einige Autoren in der Mißbrauchsvermeidung einen tragenden Grund für die Beibehaltung des *experience rating*<sup>35</sup>.

Allerdings werden vereinzelt auch kritische Stimmen laut: Nicht nur führe die Einbindung der Arbeitgeber zu einer unnötig hohen Anzahl von Streitigkeiten<sup>36</sup>, auch die Entwicklung der materiellen Leistungsvoraussetzungen in der Arbeitslosenversicherung werde durch diesen Anreizmechanismus negativ beeinflusst<sup>37</sup>: So wirkten die Arbeitgeber sowohl im Gesetzgebungsprozeß<sup>38</sup> als auch bei der richterlichen Rechtsfortbildung<sup>39</sup> darauf hin, immer mehr Ausschlußtatbestände zu etablieren. Nun mag man Ergebnisse dieser Einwirkungen unterschiedlich bewerten – feststeht, wenn man den in der Literatur zitierten Stimmen<sup>40</sup> glauben darf, daß die Einflußnahme durchaus manifest ist.

### III. Beschäftigungspolitische Wirkungen über Anreize an die Arbeitgeber

#### 1. Grundidee

»*Stabilization of employment*« – so lautet die gängige Formulierung<sup>41</sup> der vielleicht vorrangigen Funktion des *experience rating*. Und in der Tat, dem Ziel des Bestandsschutzes kommt eine hervorgehobene Stellung innerhalb des beschäftigungspolitischen Anreizsystems für die Arbeitgeber zu. Die dahinter stehende Logik ist – zumindest prima facie – einleuchtend. Indem es Entlassungen verteuert, setzt *experience rating* bestandsschützende Anreize für den Arbeitgeber und trägt damit unmittelbar zur Sicherung bestehender Arbeitsplätze bei.

Darüber sollte jedoch nicht übersehen werden, daß es auch noch andere beschäftigungspolitische Anreize setzt. Indem nämlich jede Neueinstellung die Lohnsumme hebt, welche im Nenner aller Beitragsberechnungsformeln<sup>42</sup> steht, senkt sie zugleich die Beitragslast. Insofern also wirkt das *experience rating* nicht nur bestandsschützend, sondern auch beschäftigungsfördernd.

Daß jedoch dem Bestandsschutz Vorrang vor dem Ziel allgemeiner Beschäftigungsförderung eingeräumt wird, zeigt sich daran, daß mit einer Ausnahme in allen Staaten eine Entlassung mit korrespondierender Neueinstellung beitragssteigernd wirkt.

35 Vgl. Becker, FN 15, S. 26 und S. 309 ff. m.w.N.

36 Mit diesem Vorwurf setzt sich das ACUC, FN 28, S. 109f., auseinander, kann ihn aber anhand der hierzu angestellten Untersuchungen weder bestätigen noch widerlegen.

37 Vgl. Becker, FN 15, S. 127–129.

38 Vgl. Becker, FN 15, der diesem Aspekt ein ganzes Kapitel widmet (Kapitel 9).

39 Vgl. Becker, FN 15, S. 127.

40 Vgl. Becker, FN 15, S. 210, der die Einflußnahme auf den Gesetzgebungsprozeß, wie sie das *experience rating* hervorruft, für den wichtigsten Faktor bei der Beurteilung des *experience rating* hält und einen Beamten des Department of Labor mit der Einschätzung zitiert, er hätte keine wesentlichen Einwände gegen das *experience rating*, wenn es nicht die negative Implikation einer Einflußnahme auf die Gesetzgebung hätte.

41 ACUC, FN 28, S. 103, Becker, FN 15, Kapitel 10.

42 Einzelheiten zu den verschiedenen Typen von Beitragsberechnungsformeln finden sich unter >[http://www.itsc.state.md.us/ui\\_manage/uilaws/200tax.html](http://www.itsc.state.md.us/ui_manage/uilaws/200tax.html)<.

## 2. Einwände gegen die Wirksamkeit dieser Anreize

### a) Überwälzbarkeit?

Nun könnte man zunächst einwenden, daß die Überwälzbarkeit der Beitragslast der Arbeitgeber die Anreizwirkung vereiteln könnte. Denn ein solcher Anreiz würde nicht vermittelt, wenn die Arbeitgeber ihre Beitragslast in Gestalt niedrigerer Löhne an die Arbeitnehmer oder in Gestalt höherer Preise an die Konsumenten weitergeben könnten. Bei einheitlichen Beiträgen mag dies in der Tat häufig der Fall sein<sup>43</sup>. Im Falle variabler Beiträge jedoch fehlt als wesentliche Bedingung der Überwälzbarkeit, daß auch die Konkurrenten gleichermaßen belastet sind. Dieses Ergebnis ist in neuerer Zeit auch im Rahmen einer empirischen Untersuchung bestätigt worden<sup>44</sup>. Soweit also das *experience rating* reicht und die Beitragslast deswegen variabel ist, ist die Überwälzbarkeit begrenzt und der Anreizmechanismus schlägt durch.

### b) Anreizhöhe

Ein weiterer Einwand könnte sein, daß die Anreizwirkung zwar gegeben sei, in der Praxis aber kaum wirksam werde, weil die drohende Steigerung der Beitragslast neben den zahlreichen bei einer Entlassung relevanten Kostenfaktoren eine *quantité négligeable* sei<sup>45</sup>. Auch hier liefert jedoch die Empirie ein anderes Bild. So bestätigt der Advisory Council on Unemployment Compensation, gestützt auf aktuelle empirische Studien, daß der mit einer Entlassung verbundene Anstieg der Steuerlast dem Betrag nach zwar in der Tat gering sei<sup>46</sup>, die Anreizwirkung dadurch aber nicht gänzlich vereitelt werde, sondern sich in der Praxis durchaus in erhöhtem Bestandschutz niederschläge<sup>47</sup>.

Die verbreitete Überzeugung von der Wirksamkeit dieses Instruments äußert sich auch darin, daß in den USA häufig<sup>48</sup> eine noch konsequentere Umsetzung des *experience rating* in der Hoffnung eingefordert wird, seine als positiv erachteten Wirkungen weiter zu steigern.

43 Vgl. Bruce Meyer / Patricia Anderson, The Incidence of a Firm-Varying Payroll Tax: The Case of Unemployment Insurance, National Bureau of Economic Research, Working Paper Nr. 5201, 1995, S. 1-4, m.w.N.

44 Ebda., S. 1, 23f.

45 Zu diesem Argument darstellend ACUC, FN 28, S. 104.

46 Angesichts der unterschiedlichen Beitragssätze und der Vielfalt von Berechnungsformeln lassen sich allgemeine oder auch nur repräsentative Angaben zu den Mehrkosten einer einzelnen Entlassung aufgrund von *experience rating* nicht machen. Führt man sich aber vor Augen, wie gering das Gesamtvolumen der Steuerlast ist – das US Department of Labor hat für 1993 einen Satz von 0,9 % aller Löhne angegeben (vgl. ACUC, FN 28, S. 122) –, so gewinnt man zumindest eine Vorstellung von der Größenordnung.

47 Ebda., m.w.N.; zu dieser Einschätzung gelangte auch schon Becker, FN 15, S. 261.

48 Vgl. etwa Topel, *Experience rating of Unemployment Insurance and the Incidence of Unemployment*, The Journal of Law and Economics, Band 27 (1984), S. 61 ff. (88f.); auch die Übersicht über entsprechende Untersuchungen in ACUC, FN 28, S. 106/107.

Spielräume für einen solchen Ausbau des *experience rating* bestehen vor allem im Hinblick auf die geltenden Mindest- und Höchstgrenzen für die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung. Unternehmen mit minimaler Beitragsverpflichtung, so argumentieren die Befürworter, würden nicht weiter honoriert für beschäftigungsfreundliche Unternehmenspolitik. Sie seien im Gegenteil sogar gezwungen, andere Unternehmen, die notorisch an der oberen Grenze der Beitragslast lägen und ihrerseits keine weiteren Anreize zum Schutz bestehender Arbeitsverhältnisse hätten, faktisch zu subventionieren<sup>49</sup>.

### 3. Gegenläufige Effekte

Erstaunlich ist allerdings, daß dabei regelmäßig außer acht gelassen wird, daß *experience rating* durchaus auch beschäftigungspolitisch negative Effekte haben kann und daß deswegen eine weitergehende Umsetzung dieses Prinzips nicht ohne weiteres als wünschenswert gelten kann. Insbesondere wird der hierzulande vieibeachteten<sup>50</sup> Kehrseite jeglichen Bestandsschutzes, nämlich der potentiell hemmenden Wirkung auf die Bereitschaft zu Neueinstellungen, offenbar kaum Bedeutung beigemessen. So stellte der Advisory Council on Unemployment Compensation in seinem Bericht an den Präsidenten und den Congress 1996 fest, daß hierzu keinerlei empirische Untersuchungen vorlägen<sup>51</sup> – und das, obwohl dieses Argument sowohl in der Diskussion um die Arbeitslosenversicherung<sup>52</sup> als auch in der Debatte um die Einführung eines individuellen Kündigungsschutzes<sup>53</sup> selbstverständlich nicht unbekannt ist.

## IV. Ressourcenallokation

Als weiterer Effekt des *experience rating* wird gemeinhin sein günstiger Einfluß auf die Ressourcenallokation genannt<sup>54</sup>.

### 1. Grundidee

Begründet wird dies wie folgt: Entlassungen führten zu Arbeitslosigkeit und die wiederum zu gesellschaftlichen Kosten. Allerdings müßten die Unternehmen diese in Abwesenheit von *experience rating* nicht selber tragen – zumindest nicht ihrem Verursachungsanteil entsprechend. *Experience rating* diene der Internalisierung dieser Kosten und sei – völlig unabhängig von den unmittelbaren Anreizwirkungen – bereits deswegen wünschenswert, weil es

49 Vgl. Topel, ebda., auch ACUC, FN 28, S. 105, 108.

50 Vgl. Rütters, Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht, 1996, S. 152; Franz, Chancen und Risiken einer Flexibilisierung des Arbeitsrechts aus ökonomischer Sicht, ZfA 1994, S. 439ff. (insbesondere S. 443–450); Siebert, Arbeitslos ohne Ende?, 1998, S. 177–180.

51 Vgl. ACUC, FN 28, S. 104.

52 Vgl. Becker, FN 15, S. 258f.

53 Darstellend Weiler, FN 4, S. 62.

54 Vgl. ACUC, FN 28, S. 104ff.; Becker, FN 15, Kapitel 3–5.

marktkonform gesellschaftliche Kosten ihrem »Verursacher«<sup>55</sup> zuweise. Ob die Unternehmen diese Kosten in Form höherer Preise oder niedrigerer Löhne weitergeben könnten oder selbst trügen, sei gleichgültig. Entscheidend sei, daß nur so die Faktorpreise die tatsächlichen Kosten widerspiegeln und eine effizientere Ressourcenallokation ermöglichen.

## 2. Eigenständigkeit gegenüber der Wirkung über unmittelbare Anreize

Dieser Effekt ist zu unterscheiden von den zuvor dargestellten unmittelbar beschäftigungspolitischen Wirkungen, die man sich von der Verteuerung von Entlassungen bzw. der Honorierung von Neueinstellungen und den damit jeweils verbundenen Anreizwirkungen auf die Unternehmensführung verspricht.

Das wird daran deutlich, daß die Allokationswirkung auch in solchen Fällen eintritt, in denen ein Anreiz für die Unternehmensführung gar nicht wirksam vermittelt wird, sei es, weil die Unternehmen eine eventuelle Belastung weitergeben können, sei es, weil sie die Beschäftigungslage nicht in der Hand haben, etwa in Krisenzeiten Entlassungen ohnehin nicht abwenden können. So wäre der positive Allokationseffekt selbst bei völliger Überwälzbarkeit (sei es auf Konsumenten, sei es auf Arbeitnehmer) gegeben, weil die Produkte der Arbeitslosigkeit verursachenden Unternehmen teurer bzw. die Löhne dort niedriger würden. Ebenso würde das Allokationsziel selbst dann gefördert, wenn einzelne Unternehmen, deren Ineffizienz nicht behebbar ist, an der resultierenden Belastung zugrunde gingen, obwohl dies beschäftigungspolitisch zunächst alles andere als förderlich wäre.

Die stärkere Betonung des Bestandsschutzes gegenüber der allgemeinen Beschäftigungsförderung spiegelt sich auch in der Wirkung der *experience rating* auf die Ressourcenallokation wider. Denn die mit einer Entlassung verbundenen sozialen Kosten werden in stärkerem Umfang internalisiert als die mit einer unterbliebenen Neueinstellung verbundenen.

## V. Krisenhemmende Wirkungen des *experience rating*?

Die Auswirkungen des *experience rating* auf Krisen, seien es solche eines einzelnen Unternehmens, seien es branchen- oder volkswirtschaftsweite, sind weitgehend ungeklärt.

### 1. Krisenbeschleuniger oder -bremse?

Zunächst stellt sich die Frage, ob das *experience rating* krisenhemmend oder -verschärfend wirkt. Jede Form (wirksamen) Bestandsschutzes sichert

<sup>55</sup> Dabei wird nicht immer offengelegt, daß selbstverständlich noch andere ursächliche Faktoren für die Arbeitslosigkeit in Frage kommen – vgl. etwa ACUC, FN 28, S. 104. Häufig schwingt bei der Identifikation des entlassenden Arbeitgebers als Verursacher überdies die Vorstellung einer moralischen Verantwortlichkeit mit (vgl. hierzu die kritische Darstellung bei Becker, FN 15, S. 46 ff.). Trotz der Verbreitung dieser Vorstellungen setzt das *experience rating* weder die alleinige Verursachung noch eine moralische Verantwortlichkeit der Arbeitgeber zwingend voraus (näher dazu unten D II.).

private Einkommen, trägt somit zur Stabilisierung der Nachfrage bei und wirkt in dieser Hinsicht antizyklisch. Andererseits kann Bestandsschutz zugleich eine gegenläufige Wirkung entfalten, wenn er zu stärkeren Belastungen der Unternehmen gerade in Krisenzeiten führt, indem er Entlassungen verteuert. Daß unter Geltung des *experience rating* Entlassungen zu erhöhter Beitragslast führen, ist offensichtlich. Daraus kann allerdings noch nicht auf die krisenverschärfende Wirkung des *experience rating* geschlossen werden. Denn die Beitragssteigerung wird erst mit – in einigen Gliedstaaten erheblicher – Verzögerung<sup>56</sup> wirksam, so daß bis dahin die Krise schon wieder vorbei, die Wirkung also auch hier eine antizyklische sein könnte.

*Experience rating* kann sich deswegen prinzipiell in beide Richtungen auswirken. Die genaue Bewertung im Einzelfall hängt offensichtlich sowohl von der Dauer der Konjunkturzyklen als auch von der Verzögerung ab, mit der sich aktuelle Entwicklungen nach der Beitragsberechnungsformel niederschlagen.

## 2. Praktische Schwierigkeiten bei der Steuerung

Die Dauer der Konjunkturzyklen ist nicht nur über die Zeit unterschiedlich und deswegen schwer zu prognostizieren, auch können Krisendauer und -anfang von Branche zu Branche und Unternehmen zu Unternehmen variieren<sup>57</sup>. Das macht ein gezieltes *timing* der Beitragsberechnung äußerst schwierig und würde ein differenzierendes System nahelegen.

Die Praxis zeigt jedoch, daß eine solche Feinabstimmung nicht stattfindet. Auch in der Wissenschaft scheint der Zusammenhang von *experience rating* und Konjunkturentwicklung wenig Interesse auf sich zu ziehen. Die wenigen Untersuchungen, die hierzu angestellt worden sind, deuteten 1972 noch darauf hin, daß die Verzögerungen in der Beitragsberechnung das *experience rating* zu einem eher antizyklisch wirkenden Faktor machen<sup>58</sup>. In neuerer Zeit scheint allerdings dieser fortbestehende antizyklische Effekt durch eine gegenläufige Tendenz zunichte gemacht zu werden: Unzureichende Rücklagenbildung in konjunkturellen Hochphasen führt dazu, daß die Beiträge in Krisenzeiten mit hoher Arbeitslosigkeit angehoben werden müssen, um die Versicherungsleistungen zu finanzieren<sup>59</sup>.

## 3. Krisenbeschleunigung als willkommener Gnadenstoß?

Überdies besteht in den USA keinesfalls Einigkeit darüber, ob eine eventuell krisenverschärfende Wirkung des *experience rating* überhaupt negativ zu

56 Vgl. hierzu ACUC, FN 28, S. 110: »... *experience rating* typically results in a tax structure that cycles one to three years later than does the economy«. Hinzu kommt, daß bei manchen Berechnungsformeln die Vorgeschichte eines Unternehmens soweit zurückreichend berücksichtigt wird, daß momentane Schwankungen nur einen relativ geringen Einfluß auf die Beiträge zeitigen. Für Einzelheiten kann wieder nur auf die Übersicht des ITSC verwiesen werden: >[http://www.itsc.state.md.us/ui\\_mange/uilaws/200tax.html](http://www.itsc.state.md.us/ui_mange/uilaws/200tax.html)<.

57 Vgl. dazu Becker, FN 15, S. 271.

58 Vgl. Becker, FN 15, S. 270 f.

59 Für ein praktisches Beispiel (die Rezession zwischen 1990 und 1992) vgl. ACUC, FN 28, S. 111.

bewerten wäre<sup>60</sup>. Gerade mit Blick auf das einzelne in Schwierigkeiten geratene Unternehmen wird häufig bezweifelt, ob es sinnvoll sei, ein sterbendes Unternehmen künstlich am Leben zu erhalten<sup>61</sup>. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß die Nichtbelastung von in der Krise befindlichen Unternehmen nur dann als *künstliche* Lebensverlängerung verstanden werden kann, wenn man voraussetzt, daß die Kosten der durch Entlassungen verursachten Arbeitslosigkeit externe Kosten des entlassenden Unternehmens seien, mithin also zum Verantwortungsbereich dieser Unternehmen gehörten. Unternehmenskonkurse aufgrund zu hoher Beitragslast erscheinen dann als Ergebnis der »natürlichen« Marktselektion. Diese Grundhaltung mag zum Teil dafür verantwortlich sein, daß der zumindest auf kurze Sicht beschäftigungsmindernden Wirkung einer eventuellen Krisenverschärfung durch *experience rating* wenig Beachtung geschenkt wird.

#### D. Politische Wertungen

Diese ökonomischen Wirkungsweisen des *experience rating* enthalten einige durchaus diskussionswürdige politische Wertungen.

##### I. Abkehr von den Prinzipien der (Sozial-)Versicherung?

Die Beitragsdifferenzierung durch *experience rating* widerspreche den Grundprinzipien der Risikoversicherung – so ein von den Gegnern des *experience rating* geäußertes Bedenken<sup>62</sup>. Für sich genommen, begründet diese Feststellung noch keinen sachlichen Einwand. Denkbar wäre allerdings, daß sich eine der folgenden Erwägungen dahinter verbirgt.

##### 1. Verstoß gegen die Prinzipien privater Risikoversicherung?

Soweit die Prinzipien *privater* Risikoversicherung gemeint sein sollten, so ist zunächst festzustellen, daß es dort gerade typisch ist, die Prämien abhängig vom individuellen Risiko zu bestimmen. Insoweit könnte der Einwand allenfalls darauf abzielen, daß die »Vorgeschichte« eines Unternehmens in bezug auf Entlassungen keine Schlüsse auf künftiges Risikoverhalten zulasse, daß also eine Prämiendifferenzierung abhängig vom Risiko durchaus angemessen, die Methode der Risikoermittlung aber unangemessen sei. Daß aber diese Methode der Risikoermittlung so unberechtigt nicht sein kann, zeigt sich schon daran, daß gerade die Gegner des *experience rating* immer wieder darauf verweisen, daß es bestimmte Branchen, insbesondere saisongebundene wie die Baubranche, besonders hart träfe. Hier scheint also die Tendenz

60 Immerhin aber stellt das ACUC, FN 28, S. 111 fest, daß »most researchers believe that a counter-cyclical system ... would be preferable«.

61 Darstellend Becker, FN 15, S. 64 »... the general good is not always served by prolonging the existence of a dying firm.«

62 Darstellend und kritisch zu diesem Einwand Becker, FN 15, S. 59f.

zu großen Beschäftigungsschwankungen nicht nur für prognostizierbar erachtet, sondern gerade aus den bisherigen Erfahrungen mit dem jeweiligen Industriezweig hergeleitet zu werden.

## 2. Verstoß gegen die Prinzipien der Sozialversicherung?

Vielleicht verbirgt sich hinter dem Einwand aber auch die Vorstellung, die Grundgedanken einer Sozialversicherung verböten eine Beitragsbemessung nach individuellen Risiken. In der Tat werden in anderen Sozialversicherungsbereichen zuweilen bei der Beitragsbestimmung bekannte Risiken bewußt außer acht gelassen, um so eine sozial motivierte Umverteilung zwischen den Beitragszahlern<sup>63</sup> zu erreichen. So entrichten etwa in den Systemen gesetzlicher Krankenversicherung chronisch Kranke üblicherweise dieselben Beiträge wie alle anderen Versicherten. Nur läßt sich dies nicht ohne weiteres auf andere Zweige der Sozialversicherung übertragen. Entscheidend ist vielmehr, ob in Fällen, in denen eine nach individuellem Risiko differenzierende Beitragsberechnung möglich wäre, aus politischen Beweggründen dennoch eine – insofern umverteilende – Gleichbehandlung wünschenswert ist. Konkret für den Fall der Arbeitslosenversicherung scheint man in den USA jedoch im Gegenteil gerade eine differenzierende Beitragsberechnung aus den im folgenden erörterten Gründen für sinnvoll zu erachten.

### II. Verantwortlichkeit der Arbeitgeber für die sozialen Kosten der Arbeitslosigkeit?

In der politischen Diskussion um die Finanzierung der Arbeitslosenversicherung durch Arbeitgeberbeiträge taucht häufig das Argument auf, dies sei Ausdruck einer moralischen Verantwortung der Arbeitgeber für die mit der Arbeitslosigkeit verbundenen gesellschaftlichen Kosten<sup>64</sup>. Je nach Blickwinkel des Kommentators kann diese Analyse als Grundlage für die Befürwortung oder die Ablehnung dieses Finanzierungssystems dienen.

Bereits die Prämisse ist irrig, soweit die Beitragslast nicht endgültig von demjenigen getragen wird, dem sie ursprünglich auferlegt worden war, soweit also der Arbeitgeber diese Kosten überwälzen kann. Nun ist unter Geltung von *experience rating* die Überwälzbarkeit regelmäßig erheblich eingeschränkt<sup>65</sup>, so daß die Annahme einer moralischen Verantwortlichkeit des Arbeitgebers als Begründung der Beitragslast hier jedenfalls nicht unschlüssig erscheint. Das *experience rating* ermöglicht darüber hinaus, die Verantwortung nicht nur kollektiv der Arbeitgeberschaft, sondern auch indi-

63 Daß Beitragszahler und Leistungsempfänger bei der Arbeitslosenversicherung (in den USA fast immer völlig) auseinanderfallen, begründet keinen hier relevanten Unterschied.

64 Kritisch zu dieser insbesondere in der Entwicklungsphase des *experience rating* verbreiteten Vorstellung *Becker*, FN 15, S. 6–8, 46 ff.

65 Vgl. oben C III 2 a.

vidualisiert nach Verursachungsbeiträgen den einzelnen Arbeitgebern zuzuweisen.

Unumgänglich ist diese Begründung für die Beitragsbelastung der Arbeitgeber sowie deren Staffelung nach dem Prinzip des *experience rating* indes nicht. Vielmehr kommt man durchaus auch ohne eine solche in gesteigertem Maße angreifbare Verantwortungszuweisung aus, wenn man den Einsatz des *experience rating* pragmatisch als Maßnahme staatlicher Wirtschaftslenkung bzw. Beschäftigungspolitik ausweist. Die Verwendung dieses Instruments rechtfertigt sich dann zunächst allein daraus, daß es zur Erreichung politisch für wünschenswert erachteter Ziele geeignet ist. Im Falle der Beschäftigungspolitik durch unmittelbare Anreize für die Arbeitgeber<sup>66</sup> setzt diese Eignung voraus, daß die Arbeitgeber tatsächlich auf diese Anreize reagieren (können), im Falle des Allokationsziels<sup>67</sup> ist – wie gezeigt – nicht einmal diese Voraussetzung nötig. Die weitere Voraussetzung, daß die volkswirtschaftlichen Wirkungen letztlich wünschenswert sind, kann ohne Rekurs auf eine moralische Verantwortlichkeit der Arbeitgeber beantwortet werden.

### III. Bestandsschutz vor allgemeiner Beschäftigungsförderung

In allen Gliedstaaten – mit Ausnahme Alaskas – favorisiert die konkrete Ausgestaltung des *experience rating* den Bestandsschutz gegenüber dem Ziel der allgemeinen Beschäftigungsförderung. Sind die gar nicht erst Eingestellten bzw. bereits Arbeitslosen nicht ebenso schutzwürdig? Wie ist dieser Vorrang des Bestandsschutzes gerechtfertigt?

#### 1. Verbreitetheit dieser Wertung

Nun könnte man zunächst bemerken, daß diese Wertung nicht außergewöhnlich sei. Schließlich genießt der Bestandsschutz auch in den verbreiteteren Systemen mit generellem arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz diesen Vorrang – überdies wohl meist in erheblich stärkerem Maße. Freilich macht dieser Hinweis die Frage nach der Berechtigung dieser Wertung nicht überflüssig. Im Gegenteil, sie stellt sich um so drängender, als sich auch hierzulande die kritischen Stimmen gegen einen überbordenden Bestandsschutz mehren<sup>68</sup>.

Der Fall der USA scheint zudem besonders geeignet, um der Frage nach der Berechtigung dieser Wertung nachzugehen, weil der Vorrang des Bestandsschutzes unter Geltung des *experience rating* – anders als beim kündigungsschutzrechtlichen Weg – keine Systemnotwendigkeit ist. Wollte man nämlich die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für die Vermeidung von

66 Vgl. hierzu oben C III.

67 Vgl. hierzu oben C IV.

68 Vgl. Rütters, FN 50, S. 57–95, aus neuester Zeit Siebert, FN 50, S. 177–180; relativierend hinsichtlich der Ursächlichkeit für die Beschäftigungskrise dagegen Franz, FN 50, S. 446f., ihm zustimmend Hueck/v. Hoyningen-Huene, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 12. Auflage 1997, Einleitung RN 8a.

Arbeitslosigkeit auf die gesamte Beschäftigungslage und nicht nur auf die einmal Beschäftigten erstrecken, so wäre dieses Ziel mit dem Instrument des *experience rating* ebensogut umzusetzen wie die derzeitige Bevorzugung des Bestandsschutzes, indem man (wie eben in Alaska) die Beitragshöhe lediglich an Veränderungen der Lohnsumme knüpft. Diese Flexibilität des *experience rating* kommt auch darin zum Ausdruck, daß sich unter den Möglichkeiten, welche die *Interstate Conference of Employment Security Agencies* 1940 für die Definition der als Beitragsgrundlage fungierenden »*experience*« vorschlug, gleich mehrere ohne die inzwischen übliche bestandsschützende Akzentuierung befanden<sup>69</sup>.

## 2. Bestandsschutz als Ergebnis eines Mehrheitsdiktats?

Weiter könnte man einwenden, daß bereits die Frage nach einer zugrunde liegenden Wertung verfehlt sei, weil die aktuelle Rechtslage nicht Ergebnis einer am Gemeinwohl orientierten Entscheidung, sondern schlicht darauf zurückzuführen sei, daß sie den Interessen einer breiten Masse, nämlich der Beschäftigten, zu Lasten einiger weniger, nämlich der Arbeitslosen, diene. Eine solche Erklärung drängt sich insbesondere in solchen Konstellationen auf, in denen der Bestandsschutz in einem Verfahren normiert wird, bei dem die durch ihn benachteiligten Arbeitslosen keine Mitsprache haben, also insbesondere bei bestandsschützenden Regelungen in Kollektivvereinbarungen. Aber auch wenn die Entscheidung, wie im Fall des *experience rating*, im allgemeinen Gesetzgebungsverfahren getroffen wird, liegt die Vermutung nicht fern, daß die Interessen der Mehrheit der Arbeitsplatzinhaber ein deutlich größeres Gewicht haben als die der Arbeitslosen.

Inwieweit dieser Ansatz allerdings tatsächlich die Bevorzugung des Bestandsschutzes zu erklären vermag, läßt sich kaum – und jedenfalls nicht im Rahmen dieses Aufsatzes – überprüfen.

## 3. Rechtfertigung bei niedriger Sockelarbeitslosigkeit

Statt dessen soll hier noch auf einen anderen Faktor, der zur Erklärung dienen könnte, hingewiesen werden. Denn ein Vorrang des Bestandsschutzes ist unter bestimmten ökonomischen Bedingungen durchaus auch aus dem Blickwinkel einer am Gemeinwohl orientierten Politik zu rechtfertigen. Wenn nämlich in Zeiten des Aufschwungs regelmäßig ein hohes Beschäftigungsniveau nahe der Vollbeschäftigung erreicht wird, so bedarf es nicht der Sorge um die potentiell einstellungshemmenden Wirkungen des Bestandsschutzes. Vielmehr ist es in einer solchen Situation gerechtfertigt, das Augenmerk allein darauf zu richten, soziale Härten und Nachfrageeinbrüche in Rezessionszeiten zu dämpfen – also den Bestandsschutz zu forcieren.

<sup>69</sup> Vgl. *Interstate Conference of Employment Security Agencies, Committee on Experience rating, Unanimous Report*, S. 34, zitiert nach *Becker*, FN 15, S. 17.

Daraus folgt zweierlei. Zunächst würde diese Erwägung eine weitere Erklärung dafür liefern, daß in den USA die potentiell einstellungshemmenden Wirkungen jedes Bestandsschutzes kaum Beachtung finden – neben der des ohnehin niedrigeren Bestandsschutzniveaus dort: Denn der Sockel von Arbeitslosen, die unabhängig von der konjunkturellen Lage keine Beschäftigung finden, ist in den USA deutlich niedriger<sup>70</sup>, so daß die Vorbedingung für einen insoweit unschädlichen Bestandsschutz eher erfüllt ist.

Ferner würde die deutlich höhere und wachsende Sockelarbeitslosigkeit hierzulande um so mehr Anlaß bieten, das unter günstigeren Arbeitsmarktbedingungen etablierte Kündigungsschutzniveau zu überdenken. Hinzu kommt die Sorge um die politische Instabilität, zu der eine steigende Zahl dauerhaft chancenloser Arbeitssuchender führen könnte.

#### IV. Beschäftigungspolitik vor einzelunternehmerischer Gewinnmaximierung

Abschließend soll noch auf die offensichtlichen, aber dennoch häufig vernachlässigten Kosten hingewiesen werden, die sowohl mit den allgemein beschäftigungsfördernden als auch mit den speziell bestandsschützenden Anreizwirkungen des *experience rating* verbunden sind.

##### 1. Verhinderung von Rationalisierungen

Indem es eine niedrigere Lohnsumme mit höheren Beiträgen sanktioniert, kann *experience rating* dazu führen, daß ein Arbeitgeber darauf verzichtet, auf weniger personalintensive Produktionsmethoden umzusteigen, die in Abwesenheit von *experience rating* kostengünstiger wären. Damit steht es dem unternehmerischen Interesse an kostenminimaler Produktion entgegen. Zu beachten ist überdies, daß diese Form der Beschäftigungspolitik auch auf Seiten der Allgemeinheit nicht nur Kosten erspart, nämlich die der Arbeitslosigkeit, sondern auch welche verursacht, indem sie dem Ziel einer (ohne Berücksichtigung der Arbeitslosigkeitskosten) effizienten Ressourcenallokation, hier dem Einsatz des kostengünstigsten Produktionsmittels, entgegenwirkt.

##### 2. Verhinderung einer optimalen Arbeitskräfteauswahl

Ähnlich verhält es sich mit der speziell bestandsschützenden Wirkung des *experience rating*: Indem es den Austausch eines Arbeitnehmers gegen einen neuen mit höheren Beiträgen sanktioniert, kann das *experience rating* dazu führen, daß ein Arbeitgeber solche Arbeitnehmer weiter beschäftigt, die er in Abwesenheit von *experience rating* durch geeignetere oder billigere ersetzt hätte. Auch insofern beeinträchtigt es sowohl das unternehmerische Interesse an kostenminimaler Produktion als auch das gesellschaftliche Interesse an effizienter Allokation von Ressourcen, d.h. in diesem Fall von Arbeitskräften.

70 Vgl. Siebert, FN 50, S. 26.

Die vereinzelt anzutreffende Behauptung<sup>71</sup>, der resultierende Bestandschutz liege auch im Interesse der Arbeitgeber, da diese ebenfalls von der Beständigkeit der Arbeitsverhältnisse profitierten, ist offensichtlich verfehlt (soweit man den Unternehmen nicht die Fähigkeit abspricht, ihre Interessen selbst zu erkennen). Denn für die Beständigkeit von Arbeitsverhältnissen, an denen ihnen gelegen ist, könnten sie auch ohne *experience rating* sorgen.

Zur Klarstellung: Daß diese Nachteile in Kauf genommen werden, um die allgemeine Beschäftigung zu fördern bzw. bestehende Arbeitsverhältnisse zu schützen, ist eine gemeinhin akzeptierte Entscheidung und soll hier nicht in Frage gestellt werden. Es geht allein um den Hinweis, daß diese Wertentscheidung offenbar auch im Recht der USA Niederschlag gefunden hat, und zwar in einem bislang kaum beachteten Bereich. Bemerkenswert ist überdies, daß diese Wertung dort heute derart akzeptiert zu sein scheint, daß – soweit ersichtlich – die in diesem Abschnitt bezeichneten Kosten des *experience rating* in der Diskussion nicht einmal erwähnt werden.

## E. Experience rating versus individueller Kündigungsschutz

Die grundlegende Ähnlichkeit der ökonomischen Wirkungen von *experience rating* und individuellem Kündigungsschutz<sup>72</sup> dürfte im Verlauf der vorangegangenen Erörterung bereits augenfällig geworden sein: Schutz bestehender Arbeitsverhältnisse auf Kosten einer wirtschaftlich optimalen Besetzung einzelner Arbeitsplätze, soziale Absicherung abhängig Beschäftigter – verbunden mit der Gefahr einer Hemmung von Neueinstellungen, konjunkturpolitische Bremse gegenüber Nachfrageeinbrüchen mit dem Risiko übermäßiger Belastung krisengeschüttelter Unternehmen – all dies sind Vor- und Nachteile, die beiden Formen des Bestandsschutzes potentiell eignen.

### I. Historische Ursprünge

#### 1. Verwandtschaft der Systeme

Ein Blick auf die historischen Wurzeln der heutigen Systeme läßt ihre Verwandtschaft noch deutlicher zutage treten. Nicht nur wurde die Möglichkeit des letztlich von den USA eingeschlagenen Weges des *experience rating* um 1930 auch in Europa diskutiert, vereinzelt sogar erprobt<sup>73</sup>. Es zeigen sich auch Gemeinsamkeiten der Vorläufer des *experience rating* in den USA mit denjenigen Regelungen, die den Anfangspunkt der Entwicklung zum heutigen deutschen Kündigungsschutz darstellten.

So war der in Deutschland mit dem Betriebsrätegesetz 1920 eingeführte allgemeine Kündigungsschutz<sup>74</sup> so ausgestaltet, daß der Arbeitnehmer sozial-

71 Vgl. dazu darstellend Becker, FN 15, S. 259.

72 Vgl. hierzu etwa Hueck/v. Hoyningen-Huene, FN 68, Einleitung RN 8, 8a; ausführlich Franz, FN 50.

73 Vgl. oben FN 15, 16.

74 Vgl. im einzelnen zu den Regelungen des Betriebsrätegesetzes Hueck/v. Hoyningen-Huene, FN 68, Einleitung RN 19–21.

widrige Kündigungen nicht mit Sicherheit abwenden konnte. Vielmehr blieb dem Arbeitgeber selbst im Falle einer erfolgreichen Kündigungsschutzklage des Betriebsrates zugunsten des Arbeitnehmers<sup>75</sup> stets die Möglichkeit, sich unter Zahlung einer im stattgebenden Urteil festzusetzenden Entschädigungssumme dennoch vom Arbeitnehmer zu trennen. Ganz ähnlich waren die Wirkungen der ersten »Pflicht«-Arbeitslosenversicherung in den USA im Bundesstaat Wisconsin<sup>76</sup>: Diese hatte vorgesehen, daß jeder Arbeitgeber Rücklagen in von der Beschäftigtenzahl abhängiger Höhe zu bilden und diese seinen Arbeitnehmern im Kündigungsfall auszuzahlen hatte. Hier wie dort gab es also keinen absoluten Kündigungsschutz, dafür aber dem Arbeitnehmer direkt zufließende Geldleistungen zur Abmilderung der mit der Kündigung verbundenen sozialen Härte.

## 2. Unterschiede

Aber auch der wohl markanteste Unterschied der heutigen Systeme, nämlich die Fokussierung des allgemeinen kündigungsschutzrechtlichen Bestandsschutzes auf Sozialverträglichkeit und Motivation der Kündigung im Einzelfall gegenüber der insoweit nicht (oder wenig) differenzierenden Behandlung im Modell des *experience rating*, war in diesen Vorläufern schon angelegt. Während die soziale Lage des einzelnen Arbeitnehmers in den USA schon damals keine Rolle spielte, zielte der Kündigungsschutz des Betriebsrätegesetzes – trotz seiner kollektivrechtlichen Einbettung – von Anfang an auf einen individualisierten Schutz ab<sup>77</sup>. Dieser Unterschied hat sich seither verschärft, insbesondere durch die in Deutschland vollzogene Entwicklung eines *de iure* nunmehr auch absolut wirkenden Kündigungsschutzes. Das gilt unabhängig davon, ob von diesem absoluten Schutz *de facto* auch Gebrauch gemacht oder aber der Weg einer Trennung mit Abfindung<sup>78</sup> beschritten wird, wie es gerade in Zeiten günstiger Arbeitsmarktlage naheliegt. Denn in jedem Falle kann vermutet werden, daß bereits die bloße Möglichkeit einer dem Arbeitgeber aufgezwungenen Weiterbeschäftigung erhebliche Rückwirkungen auf die Kündigungspraxis zeitigt.

## 3. Der Sonderweg der USA

### a) Forderungen nach einem allgemeinem Kündigungsschutz in den USA

In den USA dagegen hat sich, wie bereits mehrfach angeklungen ist, ein allgemeiner Kündigungsschutz bis heute nicht durchgesetzt. Dabei mangelt es

75 Partei war nicht der Arbeitnehmer, sondern der Betriebsrat, vgl. Hueck/v. Hoyningen-Huene, FN 68, Einleitung RN 20.

76 Vgl. zu diesem 1932 erlassenen Gesetz Becker, FN 15, S. 7ff.

77 Zur Dominanz dieses individualisierten Schutzzieles vgl. Hueck/v. Hoyningen-Huene, FN 68, Einleitung RN 19.

78 Nach §§ 9, 10 KSchG.

– zumindest in neuerer Zeit – nicht an Plädoyers für dessen Einführung<sup>79</sup>. Auch wird man die Tendenz zu immer mehr speziellen Diskriminierungs- und Kündigungsverböten nicht allein auf gesamtpolitische Erwägungen – etwa den Abbau historisch gewachsener Benachteiligungen wie im Falle der *sex and race discrimination* – zurückföhren können. Vielmehr liegt es nahe, diese Tendenz zumindest teilweise auch als Ausdruck eines Bedürfnisses zu deuten, den Umständen der Kündigung im Einzelfall um des Schutzes des Entlassenen Willen größere Bedeutung beizumessen. Erst recht muß dies schließlich für die weite Verbreitung von *just cause clauses* in Kollektivvereinbarungen gelten.

#### b) Erklärungshypothesen für den Sonderweg der USA

Angesichts dessen drängt sich die Frage geradezu auf, warum es dennoch nicht zur Einführung eines allgemeinen individualrechtlichen Kündigungsschutzes in den USA gekommen ist. Die denkbaren Erklärungsansätze sind vielfältig: Läßt man einmal das häufig bemühte, aber selten erhellende Klischee von der wirtschaftsliberaleren und deswegen regulierungsfeindlicheren Grundeinstellung der Amerikaner beiseite, käme als eine gerade in neuerer Zeit zunehmend bedeutsame Ursache für die Verhinderung einer solchen Reform in Betracht, daß durch die Ausweitung der anderen Formen des Bestandsschutzes der Reformdruck, verglichen mit früheren Zeiten geringerer Arbeitsplatzsicherheit, verringert wurde. Daneben mag auch die Beharrungstendenz dieses über Jahre gefestigten Systems eine Rolle spielen.

Nun würde der Versuch, die Ursachen für den amerikanischen Sonderweg umfassend zu ergründen, die Möglichkeiten der vorliegenden Untersuchung übersteigen. Immerhin aber soll auf einen Umstand ausführlicher eingegangen werden, der die US-amerikanische Entwicklung in der Entstehungsphase des Bestandsschutzes vielleicht entscheidend beeinflußt hat, zu einem Zeitpunkt also, da die vermuteten heutigen Hindernisse der Einführung eines allgemeinen Kündigungsschutzes noch keinen Einfluß entfalten konnten:

Die Alternative, einen individualrechtlichen Bestandsschutz – eventuell anstelle des *experience rating* – einzuföhren, bot sich nämlich zu der Zeit, als in den USA die Einführung eines Sicherungssystems gegen (die Folgen der) Arbeitslosigkeit erstmals erwogen wurde<sup>80</sup>, also zunächst in einigen Einzelstaaten zu Anfang des zwanzigsten Jahrhunderts, später auch auf Bundesebene im Rahmen des New Deal<sup>81</sup>, gar nicht. Dem hätte vielmehr eine gefestigte Rechtsprechung des Supreme Court entgegengestanden. Dieser nämlich hatte Anfang des Jahrhunderts in mehreren Entscheidungen klarge-

<sup>79</sup> Grundlegend *Summers*, FN 4; für einen Überblick über diese Stimmen vgl. *Perritt*, FN 1, Band II, §11.14ff.

<sup>80</sup> Zu diesen Anfängen vgl. *Becker*, FN 15, S. 6ff., 236f.

<sup>81</sup> Mit dem Ergebnis der noch heute im wesentlichen unveränderten Form föderalen Zusammenwirkens, wie sie oben B II 2 skizziert wurde.

macht, daß er wirtschaftslenkende staatliche Eingriffe – von wenigen Ausnahmen abgesehen – für einen Verstoß gegen die verfassungsrechtlich garantierten Prinzipien von Eigentumsschutz und Vertragsfreiheit halte<sup>82</sup>. Speziell im Bereich des Arbeitsrechts hatte er in einer Reihe von Entscheidungen Arbeitnehmerschutzvorschriften (maximale Stundenzahl<sup>83</sup>, Lohnhöhe<sup>84</sup>) für verfassungswidrig erklärt<sup>85</sup>.

Insbesondere hatte er auch den ersten Versuchen einer – eng begrenzten – Einschränkung der *employment-at-will doctrine* frühzeitig einen Riegel vorgeschoben. So erklärte er im Jahre 1908 in seiner Entscheidung in der Rechtsache *Adair v. United States*<sup>86</sup> ein bereits Ende des neunzehnten Jahrhunderts erlassenes Bundesgesetz für verfassungswidrig, das Kündigungen wegen Gewerkschaftszugehörigkeit unter Strafe gestellt hatte<sup>87</sup>. In der Begründung stützte er sich im wesentlichen darauf, daß dies ein unzulässiger Eingriff in das im fünften Amendment garantierte Freiheitsrecht, worunter auch die Vertragsfreiheit gefaßt wird, darstelle<sup>88</sup>. Wenige Jahre später bestätigte er diese Entscheidung zugunsten der uneingeschränkten Geltung des *employment-at-will*, als er ein gesetzliches Verbot von vertraglichen Zusagen von Arbeitnehmern, nicht in eine Gewerkschaft einzutreten<sup>89</sup>, aufhob<sup>90</sup>. Die zu dieser Zeit in einigen Einzelstaaten geführten Diskussionen<sup>91</sup>, wie man die Arbeitgeber in die Verantwortung für die durch Entlassungen entstehenden Notsituationen einbinden könne, fanden vor dem Hintergrund dieser Verfassungsrechtsprechung statt. Kündigungsschutzrechtliche Lösungen, wie das etwa zeitgleich entstandene Betriebsrätegesetz in Deutschland<sup>92</sup>, schieden also von vornherein aus.

82 Vgl. allgemein zur Rechtsprechung des Supreme Court in dieser sogenannten Lochner-Ära – benannt nach einer Entscheidung des Supreme Court aus dem Jahre 1905 über die Unzulässigkeit einer gesetzlichen Arbeitszeitbeschränkung für Bäckereiangestellte, *Lochner v. United States*, 198 U.S. 45 (1905) – statt vieler *Tribe, American Constitutional Law*, 2. Auflage 1988, Kapitel 8.

83 Grundlegend *Lochner v. United States*, 198 U.S. 45 (1905); eine frühe Ausnahme stellt die Entscheidung *Muller v. Oregon*, 208 U.S. 412 (1908) dar, in der Arbeitszeitregelungen speziell zum Schutz von Frauen als gerechtfertigt angesehen wurden.

84 *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

85 Einen Überblick zu den arbeitsrechtlichen Aspekten der Rechtsprechung in der Lochner-Ära gibt beispielsweise *Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Company*, 335 U.S. 525, 534 ff. (1948).

86 *Adair v. United States* 208 U.S. 161 (1908).

87 Entsprechend der damaligen kompetenzrechtlichen Lage – insbesondere der restriktiven Interpretation der *commerce clause* in Art. 1 Section 8 Absatz 1 der Verfassung – beanspruchte die Regelung nur Gültigkeit für im (einzelstaats)grenzüberschreitenden Verkehr tätige Unternehmen.

88 Die zentrale Passage 208 U.S. 161, 175 lautet: »... employer and employé have equality of right, and any legislation that disturbs that equality is an arbitrary interference with the liberty of contract which no government can justify in a free land.« Zwar wurden auch Eigentumsgarantie und kompetenzrechtliche Aspekte herangezogen, doch sind diese zumindest im Rückblick nicht entscheidungserheblich. So auch schon *Holmes* in seinem abweichenden Votum, S. 191.

89 Sog. »yellow dog contracts«.

90 *Coppage v. State of Kansas* 263 U.S. 1 (1914) – nur von formaler Bedeutung ist, daß sich diese Entscheidung im Gegensatz zur *Adair*-Entscheidung auf das 14. Amendment stützte. Das 5. Amendment war nicht anwendbar, weil es sich bei der angegriffenen Norm um eine gliedstaatliche Regelung handelte. Ansonsten stützte sich die Begründung auf den Präzedenzfall *Adair*.

91 Vgl. oben FN 80.

92 Im Betriebsrätegesetz von 1920, vgl. dazu *Hueck/v. Hoyningen-Huene*, FN 68, Einleitung RN 2, 19.

Auch in den frühen dreißiger Jahren, als unter dem Eindruck der Weltwirtschaftskrise Roosevelts umfassende soziale Reformen des New Deal konzipiert wurden, galten diese verfassungsrechtlichen Vorgaben im wesentlichen unverändert fort. Zwar widersprachen auch die letztlich verabschiedeten Reformen diesen Vorgaben zum Teil erheblich, ohne daß sie deswegen zum Scheitern verurteilt gewesen wären. Vielmehr lenkte der Supreme Court schließlich ein und gab seine Rolle als strenger Hüter einer liberalen Wirtschaftsordnung weitgehend auf<sup>93</sup>. Aber obgleich diese Wende angesichts der öffentlichen Stimmungslage<sup>94</sup> im noch immer unter dem Eindruck der Krise stehenden Amerika sowie des gezielten politischen Drucks<sup>95</sup> durch Roosevelt nicht völlig unerwartet kam, hatte bis zuletzt Unsicherheit über die Position des Supreme Court bestanden, so daß die bis dahin gültige Rechtsprechung innerhalb der Reformdebatte von eminenter Bedeutung geblieben war<sup>96</sup>.

Ob ein allgemeiner Kündigungsschutz, wäre er denn gewollt gewesen, damals die Prüfung durch den Supreme Court überstanden hätte, scheint im Rückblick höchst zweifelhaft. So verdeutlicht eine der maßgeblichen Entscheidungen, die im Anschluß an den New Deal ergangen sind, daß ein umfassender arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz dem Supreme Court eine noch deutlich radikalere Abkehr von seiner wirtschaftsliberalen Position der vorangegangenen Jahrzehnte abverlangt hätte. In *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*<sup>97</sup> billigte der Supreme Court eine neueingeführte bundesrechtliche Regelung (aus dem National Labor Relations Act von 1935, dem sogenannten Wagner Act, der eine grundlegende Neuordnung des kollektiven Arbeitsrechts vorsah), nach der arbeitgeberische Maßnahmen, die das Recht der Arbeitnehmer auf gewerkschaftliche Organisation verletzen, unterbunden werden konnten – also insbesondere auch Kündigungen aufgrund von Gewerkschaftsmitgliedschaft oder -engagement. Mehrfach<sup>98</sup> betonte der Supreme Court in dieser Entscheidung, daß grundsätzlich der Arbeitgeber weiterhin das Recht auch zu grundloser Kündigung behalte, und daß dieses Prinzip durch die überprüfte Regelung nicht wesentlich<sup>99</sup> und überdies mit dem legitimen Ziel der Schaf-

93 Einen der in den späten 30ern noch seltenen expliziten Belege für diese Wende findet man beispielsweise in *Ozborne v. Ozlin*, 310 U.S. 53, 62 (1939): »It is equally immaterial that such state action may run counter the economic wisdom either of Adam Smith or of J. Maynard Keynes ...«; allgemein zum Ende der Lochner-Ära vgl. wieder statt vieler *Tribe*, FN 82; auch die in FN 82 bereits zitierte Stelle aus der »Lincoln Union«-Entscheidung des Supreme Court.

94 Vgl. zum öffentlichen Druck auf den Supreme Court *Tribe*, FN 82, S. 580.

95 Roosevelt hatte unter anderem damit gedroht, für jeden über 70jährigen Verfassungsrichter einen zusätzlichen zu benennen – vgl. zum sog. *court packing plan* etwa *Lockhard/Kamisar/Choper/Shiffrin/Fallon*, *Constitutional Law*, 8. Auflage 1996, S. 86 m. w. N.

96 Ebda., S. 85f.

97 *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. I (1936)

98 301 U.S. I, 4: »The Act does not interfere with the normal right of the employer to hire, or with the right of discharge when exercised for other reasons than intimidation and coercion«; siehe auch dortige S. 45f.

99 301 U.S. I, 45f.

fung gleicher (kollektiver) Verhandlungspositionen<sup>100</sup> beschränkt werde. Ein allgemeiner Kündigungsschutz hätte auf diese Weise offensichtlich nicht gerechtfertigt werden können<sup>101</sup>.

Somit war der Weg eines arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes für die Verwirklichung bestandsschützender Ziele von Anfang an kaum gangbar, selbst wenn dies der politische Wille gewesen wäre. Erst viele Jahre später<sup>102</sup> und nach schrittweiser Etablierung zahlreicher Einschränkungen des Kündigungsrechts<sup>103</sup> kam die – mittlerweile verfassungsrechtlich unbedenkliche<sup>104</sup> – Forderung nach einem generellen Kündigungsschutz auf<sup>105</sup>.

## II. *Experience rating als Alternative zum Kündigungsschutz nach deutschem Muster?*

### 1. Einzelfallblindheit – eine Schwäche des amerikanischen Systems?

Daß der Bestandsschutz durch *experience rating* eine hierzulande konsensfähige Alternative zum geltenden Kündigungsschutzrecht sein könnte, scheint ausgeschlossen. Die Ausblendung der Umstände des Einzelfalls wäre mit der nahezu allgemein akzeptierten Vorstellung nicht vereinbar, daß der Arbeitgeber eine soziale Verantwortung gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer trage, weswegen die Zulässigkeit einer Kündigung (und damit ihre Kosten<sup>106</sup>) von der Situation des Arbeitnehmers und der Motivation des Arbeitgebers abhängen soll. Freilich streitet man sich auch bei uns heftig über das Maß dieser Verantwortung und damit des rechtlichen Schutzes<sup>107</sup>. Die

100 301 U.S. 1, 43f.: »Employees have their correlative right to organize (...) to promote agreements with employers relating to rates of pay and conditions of work.(...) Restraint for the purpose of preventing an unjust interference with that purpose cannot be considered arbitrary ...«

101 Bemerkenswert ist überdies, daß in Jones & Laughlin der entgegenstehende Präzedenzfall Adair nicht ausdrücklich aufgegeben wurde. Vielmehr dauerte es bis zur Entscheidung Phelps Dodge Corporation v. National Labor Relations Board, 313 U.S. 177 (1941), daß die fehlende Bindungswirkung dieser Entscheidung auch explizit konstatiert wurde.

102 Vgl. zu dieser Entwicklung nach der Lochner-Ära Weiler, FN 4, S. 49.

103 Vgl. hierzu Perrit, FN 1, Band I, § 1.1, §§ 1.5–1.9.

104 Der Supreme Court hatte sich in der Lochner-Ära insbesondere zweier verfassungsrechtlicher Instrumente bedient, um wirtschaftslenkende Maßnahmen des Bundes zu unterbinden, erstens in kompetenzrechtlicher Hinsicht einer engen Auslegung der *commerce clause*, zweitens in materiellrechtlicher Hinsicht eines weiten Verständnisses der *due process* Garantie (in Amendment 5 bzw. 14). Beide Schwerter sind inzwischen stumpf: Die *commerce clause* stellt allenfalls noch eine minimale Beschränkung der Bundeskompetenzen dar – vgl. hierzu aus neuerer Zeit United States v. Lopez, 115 S.Ct. 1624 (1995), der ersten Entscheidung nach 60 Jahren, in der ein Gesetz an der *commerce clause* scheiterte. Hinsichtlich der *due process* Garantien gilt, daß zwar auch heute materielle Garantien in die entsprechenden Normen hineingelesen werden. Doch sind diese gänzlich anderer Natur als zu Zeiten der wirtschaftliberal geprägten Interpretation in der Lochner-Ära.

105 Nachweise für solche Forderungen finden sich in FN 79.

106 Zur Gleichsetzung aus ökonomischer Perspektive von weitreichendem Kündigungsschutz mit – eventuell auf prohibitives Niveau – gesteigerten Auflösungskosten, vgl. Franz, FN 50, S. 450.

107 Für eine markige Formulierung der Kritik an einem als ausufernd empfundenen Bestandsschutz vgl. Rütters, Arbeitsrecht und Arbeitsmarkt, in: Maier-Leibnitz (Hrsg.), Zeugen des Wissens, 1986, S. 739ff. (751 f.): »Unter dem Gesichtspunkt des Bestandsschutzes allein müßte man einem Kleinverleger, der eine Sekretärin sucht, fast raten, die geeignete Bewerberin zu heiraten, statt sie einzustellen.«; für eine ausführliche Kritik aus neuerer Zeit vgl. derselbe, Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht, 1996, S. 57–95.

Grundkonzeption des allgemeinen Kündigungsschutzes indes wird auch von scharfen Kritikern der aktuellen Rechtslage nicht in Frage gestellt<sup>108</sup>.

Dabei ist es auf den ersten Blick gar nicht so offensichtlich, daß ein generalisierender Bestandsschutz durch *experience rating*, insbesondere – wie im US-amerikanischen System – in Kombination mit speziellen Kündigungsverböten, den sozialen Zielsetzungen des deutschen Systems nicht ebenso genügen – und dabei vielleicht einige von dessen Nachteilen vermeiden – würde.

Der individualisierte Kündigungsschutz erlaubt es insbesondere, zwei Arten von Einzelfallumständen zu berücksichtigen, die das *experience rating* weitgehend außen vor läßt. Zum einen geht es dabei um Umstände, die eine besondere soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers begründen, also etwa Schwangerschaft<sup>109</sup>, Behinderung<sup>110</sup>, die Zahl der von ihm finanziell Abhängigen<sup>111</sup>, seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt<sup>112</sup>, die durch Alter<sup>113</sup>, Gesundheitszustand<sup>114</sup> etc. eingeschränkt sein können. Zum anderen kann es aber auch darum gehen, Maßnahmen des Arbeitgebers aus einer als verwerflich empfundenen Motivation vorzubeugen. Dabei kann es sich zunächst um solche Maßnahmen handeln, die auch aus Unternehmensperspektive irrational sind, also etwa die Diskriminierung Farbiger. Aus der zutreffenden Feststellung, daß ein allein seine wirtschaftlichen Interessen verfolgender Arbeitgeber solche Diskriminierungen ohnehin nicht vornimmt, kann jedoch nicht ohne weiteres auf die Entbehrlichkeit gesetzlicher Verbote geschlossen werden. Denn offenbar ist betriebswirtschaftliche Rationalität in der Praxis nicht immer die entscheidende Motivation. Aber es können durchaus auch betriebswirtschaftlich rationale Verhaltensweisen sein, die im Hinblick auf ihre Motivation als verwerflich empfunden werden. Spricht ein Arbeitgeber beispielsweise eine Kündigung aus, weil sich ein Arbeitnehmer gewerkschaftlich engagiert oder weil er droht, illegale Verhaltensweisen des Unternehmens anzuzeigen, so mag dies aus Sicht des Arbeitgebers ökonomisch vernünftig sein. Dennoch besteht ein gesamtgesellschaftliches Interesse an der Unterdrückung solcher Verhaltensweisen<sup>115</sup>.

108 So wendet sich *ders.*, in: Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht, S. 87f., lediglich gegen die von ihm konstatierte Tendenz in der Rechtsprechung, die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses vom Regelzum Ausnahmefall zu transformieren, nicht aber gegen das Grundkonzept eines allgemeinen Kündigungsschutzes.

109 § 9 Mutterschutzgesetz.

110 §§ 15ff. Schwerbehindertengesetz.

111 Zu Unterhaltsverpflichtungen als eines der zentralen Kriterien der Sozialauswahl im Sinne des § 1 KSchG vgl. *Etzel*, in: Becker/Etzel et al., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 4. Auflage 1996, (kurz: KR-Etzel) § 1 KSchG RN 580.

112 Ob die Arbeitsmarktchancen selbst ein Kriterium der Sozialauswahl sind, ist strittig; befürwortend KR-Etzel, FN 111, RN 581. Berücksichtigung finden sie jedenfalls indirekt über die im folgenden genannten anerkannten Einzelkriterien

113 Ebd. RN 579.

114 Ebd. RN 581.

115 Ausdruck dieses Interesses sind beispielsweise die erwähnten amerikanischen *whistleblowing*-Normen bzw. die Schutzvorschriften gegen Diskriminierung wegen Gewerkschaftszugehörigkeit. Hierzulande würde man zu einer ähnlichen Lösung der entsprechenden Konstellationen jedenfalls über die mittelbare Einwirkung der Grundrechte der Art. 5 I und 9 III GG gelangen.

Daß das *experience rating* solche Kündigungen nicht unterbindet, bedeutet aber noch nicht, daß ein allgemeiner Kündigungsschutz vorzugswürdig ist. So könnte man erstens einwenden, daß auch der allgemeine Schutz letztlich seine sozialen Zielsetzungen verfehle. Dieser Einwand könnte insbesondere beim sozial motivierten Kündigungsschutz eine Rolle spielen. Je mehr Schutz man einer Gruppe von Arbeitnehmern angedeihen läßt, so diese Argumentation, um so schlechter würden deren Einstellungschancen<sup>116</sup>. Könnte sich ein Arbeitgeber von älteren oder behinderten Arbeitnehmern leichter wieder trennen, so würden sie auch öfter eingestellt; würden Frauen einer bestimmten Altersgruppe nicht das »Risiko« einer für den Arbeitgeber kostspieligen Schwangerschaft bergen, so wären ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt besser. Diese Beispiele zeigen zugleich, daß sich dieser Einwand nicht nur gegen spezielle *gesetzliche* Regelungen richtet, die bestimmten Gruppen von Arbeitnehmern einen gesteigerten Schutz verheißen (also etwa Behinderten und Schwangeren), sondern auch gegen *in der Rechtsprechung* etablierte Kriterien für die besondere Schutzwürdigkeit eines Arbeitnehmers (also zum Beispiel Alter).

Im einzelnen ist es schwierig, diese These von der »Rache des Gutgemeinten«<sup>117</sup> empirisch zu überprüfen<sup>118</sup>. Soweit sie aber zutrifft, wäre das »sozialblinde« *experience rating* in seinen Wirkungen keineswegs weniger »sozial« als der individualisierte Kündigungsschutz.

Das wirft zweitens die Frage auf, ob es angesichts dessen nicht besser wäre, dem Gesetzgeber die Einschätzung zu überlassen, für welche Gruppen ein gesteigerter sozialer Schutz sinnvoll ist, für die er dann spezielle Schutzvorschriften erlassen kann, und nicht den Gerichten, wie es die Konsequenz eines allgemeinen Kündigungsschutzes ist. Denn die Gefahr, daß die Gerichte im Bestreben, soziale Härten im Einzelfall zu vermeiden, die Signalwirkungen ihrer Urteile für die Einstellungspraxis vernachlässigen könnten, erscheint deutlich größer als bei den naturgemäß generalisierenden Gesetzen. Zudem wird der langzeitarbeitslose 55jährige vor Gericht noch weniger gehört als im Gesetzgebungsprozeß. Der zweite Einwand gegen die bessere Eignung des deutschen Systems für individualisierten sozialen Schutz würde also lauten, daß spezielle Kündigungsverbote, wie sie in den USA das *experience rating* ergänzen, den sozialen Zielen des allgemeinen Kündigungsschutzes besser Rechnung trügen als der allgemeine Kündigungsschutz selbst.

Daß man überdies in der Praxis beider Rechtsordnungen auch beim Kampf gegen Kündigungen aus verwerflichem Motiv zu eben diesem Mittel spezieller Kündigungsverbote greift, läßt den Rückgriff auf einen allgemeinen Kündigungsschutz entbehrlich erscheinen und erhärtet die Zweifel an seiner besseren Tauglichkeit zur Verwirklichung eines individuellen Schutzes. Zugleich aber tritt dabei das wohl entscheidende Argument gegen

116 Ausführlich dazu Franz, FN 50, S. 453-456.

117 So die Formulierung von Rütters, zitiert nach Franz, FN 50, S. 453 (dort ohne Nachweis).

118 Zu den Schwierigkeiten und alternativen Deutungsmöglichkeiten empirischer Befunde im einzelnen Franz, FN 50, S. 453-455.

die Entbehrlichkeit eines allgemeinen Kündigungsschutzes zutage. Zumal sich die Motivationen des Arbeitgebers kaum nachprüfen lassen, wird die Durchsetzung spezieller Verbote erleichtert, ja oftmals erst ermöglicht, wenn sie von einem allgemeinen Kündigungsschutz flankiert sind. Ansonsten reicht entweder jede fadenscheinige Ersatzbegründung des Arbeitgebers aus, um den speziellen Kündigungsschutz leerlaufen zu lassen, oder man muß in zu meist unmaßig vergrößernder Weise an objektive Indizien für die tatsächliche Motivation anknüpfen. Will man also eine effektive Kontrolle über die Motive einer Kündigung ausüben, kommt man kaum umhin, den Gerichten auch eine allgemeine Plausibilitätskontrolle über die Berechtigung einer Kündigung zuzugestehen.

Danach scheint das amerikanische Modell des Bestandsschutzes – also *experience rating* ergänzt durch spezielle Kündigungsschutzvorschriften – nicht geeignet, dem Bedürfnis nach einzelfallbezogenem Kündigungsschutz in gleicher Weise Rechnung zu tragen wie das deutsche Modell eines allgemeinen Kündigungsschutzes.

## 2. *Experience rating* für deutsche Kleinbetriebe?

Dennoch könnte ein Bestandsschutz durch *experience rating* auch hierzulande zumindest insoweit eine Reformalternative darstellen, als der generelle Kündigungsschutz nicht greift. Dieser von der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes ausgenommene Bereich war von der »alten« Bundesregierung durch die Ausdehnung des Kleinbetriebsbegriffs in § 23 I 2 KSchG von früher fünf auf nunmehr zehn Arbeitnehmer erheblich ausgeweitet worden. Für die Praxis bedeutete dies, daß statt zuvor ca. 80 % nach der Änderung nur noch 70 % aller Beschäftigten in den Genuß des allgemeinen Kündigungsschutzes kamen<sup>119</sup>. Die »neue« Bundesregierung hatte allerdings bereits im Koalitionsvertrag angekündigt, diese Änderung rückgängig zu machen.

Im folgenden soll gezeigt werden, daß der auch in Kleinbetrieben geltende Bestandsschutz durch die speziellen Kündigungsschutzvorschriften sowie die zivilrechtlichen Generalklauseln um einen solchen durch *experience rating* erweitert werden könnte, ohne daß der Zweck der Befreiung der Kleinbetriebe vom allgemeinen Kündigungsschutz dem entgegenstünde. Vielleicht wäre eine solche Erweiterung auch eine bedenkenswerte Alternative zur simplen Rückkehr zum status quo ante gewesen, wie sie durch die eilige »Korrektur« des § 23 I KSchG durch die neue Bundesregierung inzwischen durchgeführt wurde<sup>120</sup>.

<sup>119</sup> Zu den Zahlen vgl. Weigand, Kleinbetriebe und Kündigungsschutz, DB 1997, 2484 (2485f.). Die neueren Zahlen stammen aus dem Kurzbericht Nr. 5 vom 24. 6. 1996 des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der BA (von Helmut Rudolph), der allerdings als Vergleichszahlen für die Zeit vor der Gesetzesänderung lediglich 76 % angibt. Die Diskrepanz zu Weigands Zahlen könnte darauf beruhen, daß dieser sich bei den Vergleichszahlen auf ältere Angaben aus der BAG-Rechtsprechung bezieht.

<sup>120</sup> Art. 6 Nr. 2 Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, BGBl. 1998 I S. 3843.

Zu den Gründen für diese Befreiung hat das Bundesverfassungsgericht kürzlich in einer langerwarteten Entscheidung zur Kleinbetriebsklausel alter und künftiger Fassung ausführlich Stellung genommen<sup>121</sup>. Danach ist die Bevorzugung von Kleinbetrieben<sup>122</sup> aus zweierlei Gründen gerechtfertigt: zum einen aufgrund ihrer besonderen Abhängigkeit von intakten persönlichen Beziehungen innerhalb des Betriebs, zum anderen wegen ihrer regelmäßig schwächeren Finanzausstattung.

Daß eventuelle Antipathien zwischen einem Arbeitnehmer und seinen Kollegen<sup>123</sup> oder auch seinem Arbeitgeber, sofern dieser im Betrieb mitarbeitet<sup>124</sup>, gerade in kleineren Einheiten größere Schwierigkeiten erzeugen können, liegt auf der Hand. Solche persönlichen Probleme würden als Kündigungsgrund den Anforderungen des § 1 Kündigungsschutzgesetz kaum genügen, so daß durchaus denkbar wäre, daß der Arbeitgeber gegen seinen Willen den Arbeitnehmer weiter beschäftigen müßte. Unter Geltung des *experience rating* bestünde diese Gefahr indes nicht, zumal dessen Schutz eben nicht absolut wirkt, der Arbeitgeber sich also jedenfalls von dem Arbeitnehmer trennen kann.

Auch die Annahme einer geringeren Finanzausstattung kleinerer Betriebe<sup>125</sup> mag regelmäßig zutreffen. Insoweit drängt sich allerdings der Einwand auf, daß dieser Schwäche ein entsprechend der kleineren Belegschaft geringeres Kostenrisiko gegenübersteht. Stichhaltig können auf die geringere Finanzkraft gestützte Argumente deswegen nur sein, soweit sie auf *überproportional* hohe Belastungen durch die geringe Größe gestützt werden können. Soweit ihnen dagegen die Annahme einer generell schlechteren Wettbewerbsposition kleinerer Unternehmen zugrunde liegt, so ist nicht einzusehen, warum deren Kompensation allein zu Lasten der dort beschäftigten Arbeitnehmer erfolgen sollte und nicht – sozialverträglicher – über von der Allgemeinheit finanzierte strukturelle Maßnahmen.

Vor diesem Hintergrund scheint die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts mit den hohen Kosten einer eventuell zu zahlenden Abfindung<sup>126</sup> oder einer gesteigerten Bedeutung der Leistungsfähigkeit des einzelnen Arbeitnehmers<sup>127</sup> schon im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutzgesetz fraglich. Gegenüber einem Bestandsschutz durch *experience rating* wäre sie noch weniger schlagkräftig, zumal hier der Bestandsschutz

121 Vgl. BVerfG NZA 1998, 470 (472).

122 Die m. E. zutreffende Auffassung, daß sinnvollerweise auf »Unternehmens-« statt auf »Betriebs-«größe abgestellt werden sollte, ist hier ohne Bedeutung.

123 Das BVerfG, FN 121, nennt ausdrücklich die besondere Anfälligkeit kleiner Teams für Mißstimmungen und die erhöhte Bedeutung eines guten Betriebsklimas.

124 Konkret hebt BVerfG, FN 121, die gesteigerte Bedeutung des Vertrauensverhältnisses des Arbeitgebers zu seinen Mitarbeitern hervor.

125 Die Vorzugswürdigkeit des Anknüpfens an »Unternehmen« (vgl. dazu FN 122) wird hier besonders deutlich.

126 Vom BVerfG, FN 121, werden die zuweilen für Kleinbetriebe untragbaren Lasten solcher Abfindungszahlungen explizit erwähnt.

127 BVerfG, FN 121, wörtlich: »... hängt der Geschäftserfolg mehr als bei Großbetrieben von jedem einzelnen Arbeitnehmer ab.«

besser dosiert und auf das auch für schwächere Betriebe noch tragbare Maß festgesetzt werden könnte.

Erst recht zeigt sich die Überlegenheit des *experience rating* in bezug auf das letzte größenbezogene Argument des Bundesverfassungsgerichts: die größere Belastung kleiner Betriebe durch den mit einer Kündigungsschutzklage verbundenen Verwaltungsaufwand<sup>128</sup>. Dies mag zwar eine stichhaltige Erwägung gegen die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes darstellen, denn die Annahme einer überproportionalen Belastung kleinerer Betriebe ist insoweit durchaus plausibel. Ein Bestandsschutz durch *experience rating* würde dieser Schwierigkeit jedoch vollends entgehen, denn ein Verwaltungsaufwand für den Arbeitgeber fällt praktisch nicht an.

Ein weiterer Vorzug des *experience rating* ergibt sich schließlich aus der folgenden Erwägung: Das Bundesverfassungsgericht hat darauf hingewiesen, daß bei Unanwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes dem Bestandsschutz durch die zivilrechtlichen Generalklauseln besondere Bedeutung zukomme. Gegenüber einer allmählichen Fortentwicklung dieser von beträchtlicher Rechtsunsicherheit belasteten Bestandsschutzform scheint ein (ggf. abgestufter) Schutz durch *experience rating* vorzugswürdig – gerade im Hinblick auf das vom Bundesverfassungsgericht als in diesem Rechtsbereich besonders ausgeprägt anerkannte Interesse an Rechtsklarheit.

Kurz: Die Gründe für die Befreiung der Kleinbetriebe richten sich entweder nicht gegen jede Form des Bestandsschutzes, sondern speziell gegen die des Kündigungsschutzgesetzes, oder sie legen nahe, lediglich das Maß an Bestandsschutz zu reduzieren, wobei die Reduktion durch Befreiung vom Kündigungsschutzgesetz mangels Alternativen über das gewünschte Maß hinaus gegangen sein könnte. In beiden Fällen böte sich *experience rating* als bessere Alternative, um einen gegenüber Großbetrieben und ihren Angestellten ungleich geringeren Schutz in Kleinbetrieben auf ein angemessenes Maß anzuheben.

Sollten also künftig die Arbeitslosenversicherungsbeiträge der Arbeitgeber für diejenigen Arbeitnehmer, die vom Kündigungsschutz wegen der Kleinbetriebsklausel nicht erfaßt werden, nach dem Modus des *experience rating* berechnet werden? Zunächst ist klarzustellen, daß diese Entscheidung unabhängig davon getroffen werden kann, ob man momentan eine Ausweitung oder aber eine Verringerung des Bestandsschutzniveaus für angezeigt hält. Zwar würde die Einführung von *experience rating* in dem Bereich, in dem das Kündigungsschutzgesetz bereits bisher nicht gilt, ein »Mehr« an Bestandsschutz bedeuten. Aber wenn im Gegenzug dieser ausgenommene Bereich erweitert würde, könnte dieser Zuwachs (mehr als) ausgeglichen werden. *Experience rating* befreit den Gesetzgeber lediglich von dem Dilemma, vor dem er derzeit steht, nämlich entweder den weitreichenden (und vielleicht zuweilen auch ausufernden) Kündigungsschutz des Kündigungsschutzgesetzes zu gewähren, oder aber den deutlich geringeren, den die speziellen Kündigungs-

128 Vgl. BVerfG, FN 121.

verbote im Konzert mit den zivilrechtlichen Generalklauseln bieten<sup>129</sup>. Es eröffnet somit die Gelegenheit, einen differenzierteren und mithin vielleicht interessengerechteren Ausgleich herzustellen zwischen den besonderen Bedürfnissen kleinerer Betriebe – wie auch immer man klein definiert – und dem Interesse der Arbeitnehmer in diesen Betrieben, daß der Bestand ihrer Arbeitsverhältnisse (gleichermaßen) geschützt werde.

Gegen die Einführung von *experience rating* spricht fraglos der damit verbundene Verwaltungsaufwand. Zwar wäre diese Form der Beitragsberechnung mit dem derzeitigen System der Arbeitslosenversicherung grundsätzlich kompatibel, würde aber gerade in der Umstellungsphase einen beträchtlichen Mehraufwand bedeuten. Darüber hinaus ist zu beachten, daß einige der im folgenden Abschnitt diskutierten Vorzüge des *experience rating* sich nur dann praktisch realisieren lassen, wenn eine kontinuierliche Anpassung seiner Wirkungen an die aktuellen Anforderungen des Arbeitsmarktes erfolgt. Auch dies würde einigen Aufwand erfordern. Ob sich die erörterte Einführung von *experience rating* angesichts dieser Kosten lohnen würde, kann hier nicht abschließend beurteilt werden.

### 3. Stärken des *experience rating* – Mißbrauchsvermeidung, Kalkulierbarkeit, Steuerungsseignung

Das sollte jedoch nicht davon abbringen, sich wenigstens einige der Vorzüge des *experience rating* nochmals vor Augen zu führen. Das gilt um so mehr, als es andernorts auch außerhalb der USA Schule zu machen scheint, etwa in den Niederlanden<sup>130</sup>, obwohl der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz dort im internationalen Vergleich eher wenig ausgeprägt ist und sich deswegen auch dieser Weg für eine Bestandsschutzerweiterung anböte.

Neben der bereits erörterten günstigen Wirkung, die das *experience rating* bei der Vermeidung der mißbräuchlichen Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen hat<sup>131</sup>, sind hier vor allem zwei Vorzüge zu nennen: Einerseits seine bessere Kalkulierbarkeit für die Arbeitgeber, andererseits seine bessere Eignung für eine wohldosierte beschäftigungspolitische Steuerung.

#### a) Kalkulierbarkeit

Während erstens ein Bestandsschutz durch *experience rating* die Kosten jeder Entlassung für den Arbeitgeber eindeutig kalkulierbar macht, erzeugen die kündigungsschutzrechtlichen Lösungen in dieser Hinsicht erhebliche Unsicherheit, denn sowohl der Ausgang eines eventuellen Kündigungsschutz-

129 Ebensovienig, darauf sei in diesem Zusammenhang am Rande hingewiesen, brächte die Einführung von *experience rating* zwangsläufig eine Steigerung der Lohnnebenkosten mit sich. Denn das Gesamtvolumen der Arbeitgeberbeiträge und damit die durchschnittlichen Lohnnebenkosten brauchen sich hierdurch nicht zu verändern.

130 Man bezieht sich dort ausdrücklich auf das US-amerikanische System, vgl. *de Wolff*, FN 17, S. 606.

131 Vgl. oben C II.

prozesses als auch die Höhe einer möglicherweise zugesprochenen Abfindung sind oft nur schwer prognostizierbar<sup>132</sup>. Man mag darüber streiten, ob diese Rechtsunsicherheit bereits *per se* ein Übel darstellt oder aber nur insofern, als sie greifbarere Nachteile zeitigt, also etwa Rechtsstreite verkompliziert oder wahrscheinlicher macht oder dazu führt, daß das gewollte Bestandsschutzniveau dadurch verzerrt wird, daß risikoscheue Arbeitgeber die tatsächlichen bestandsschützenden Anreize überbewerten.

## b) Steuerungseignung

Zweitens ist das *experience rating* ein deutlich flexibleres, der gezielten Steuerung zugänglicheres Instrument. Die Unterschiede sind zum einen darauf zurückzuführen, wer im jeweiligen System das genaue Ausmaß des Bestandsschutzes bestimmt. Ist es unter dem amerikanischen System der Gesetzgeber, der dies zentral und seinen ökonomischen Zielsetzungen und der jeweiligen Lage angepaßt tun kann, so wird im Fall eines Kündigungsschutzrechtes, das unvermeidlich generalklauselartige Begriffe verwenden muß, um seinem Ziel der Einzelfallgerechtigkeit zu entsprechen, über den Grad des Bestandsschutzes dezentral von den Gerichten entschieden. Das schließt eine einheitliche politische Steuerung aus.

Zum anderen begünstigt aber auch die bessere Quantifizierbarkeit des Bestandsschutzes durch *experience rating* seine gezieltere Dosierung. So trifft die Unsicherheit über die Kosten einer Entlassung bei Geltung eines kündigungsschutzrechtlichen Systems nicht nur die Arbeitsvertragsparteien direkt, sie behindert auch eine in ihren beschäftigungspolitischen Wirkungen prognostizierbare ökonomische Steuerung über den Grad des Bestandsschutzes. Beim *experience rating* ist dies dagegen kein Problem.

Ähnliches gilt für die Möglichkeit einer Beeinflussung der konjunkturellen Wirkungen: Inwieweit sich die aus dem Bestandsschutz folgenden Zusatzbelastungen der Unternehmen noch während der Krise, also zyklisch, oder aber erst danach und somit antizyklisch auswirken, ist schon beim *experience rating* kaum zu bestimmen, geschweige denn zu prognostizieren. Ein gezieltes timing der Auswirkungen des Kündigungsschutzrechtes – sowie der in diesem Zusammenhang mitzubehütenden Sozialpläne<sup>133</sup> – scheint erst recht unmöglich, zumal die für die Verzögerung bestimmenden Faktoren (insbesondere die Dauer eines eventuellen Rechtsstreits um die Kündigungen) noch weniger steuerbar sind.

Ein weiterer Vorzug des *experience rating* schließlich ist seine Eignung, die beschäftigungspolitischen Akzente stufenlos von Bestandsschutz zu Beschäftigungsförderung zu verschieben, indem es zuläßt, bei der Beitragsberechnung Neueinstellungen gegenüber Entlassungen variabel zu gewichten.

<sup>132</sup> So zur mangelnden Prognostizierbarkeit auch Franz, FN 50, S. 450.

<sup>133</sup> Auf die dem Kündigungsschutz parallele Wirkung der Sozialpläne weist Franz FN 50, S. 451, zutreffend hin.

### c) Praktische Umsetzung

#### aa) Umsetzung des Vorzugs besserer Kalkulierbarkeit

Der Vorzug besserer Kalkulierbarkeit für den Arbeitgeber könnte in der Praxis allenfalls dadurch vereitelt werden, daß die Voraussetzungen für den Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung, von denen auch die Steigerung des Arbeitgeberbeitrags abhängt<sup>134</sup>, so allgemein gefaßt würden, daß es zu zahlreichen und im Einzelfall schwer prognostizierbaren Streitigkeiten über die Berechtigung käme. In der Literatur findet sich allerdings kein Hinweis, daß ein solches Problem in der Praxis tatsächlich bestünde.

#### bb) Umsetzung des Vorzugs besserer Steuerungsfähigkeit

Dagegen gibt es durchaus Anlaß zu bezweifeln, daß die aus der besseren Steuerungseignung folgende theoretische Überlegenheit in der Gesetzgebungspraxis der einzelnen Gliedstaaten zum Tragen käme.

Auf die zum Teil erheblichen Defizite im Wissen gerade um die potentiell negativen Effekte des *experience rating* ist im Rahmen der Erörterung der ökonomischen Wirkungen bereits hingewiesen worden. Wie aber soll etwa das Mischungsverhältnis aus Bestandsschutz und allgemeiner Beschäftigungsförderung der jeweiligen Beschäftigungssituation optimal angepaßt werden, wenn die potentiell einstellungshemmende Wirkung des *experience rating* nicht erforscht ist? Gleiches gilt für eine konjunkturpolitische Steuerung, für die es ebenfalls an einer hinreichenden Wissensgrundlage fehlt.

Nun könnte man erwägen, ob nicht die Ähnlichkeiten der Systeme der Gliedstaaten auch in den von Bundesvorgaben unberührten Bereichen<sup>135</sup> ein Anzeichen dafür sein könnten, daß man – trotz der Unerforschtheit der Effekte – in der Praxis ein bewährtes und vielleicht bereits deswegen dem Ideal nahekommendes Maß gefunden hat. Mit anderen Worten: Wenn der *status quo* schon nicht durchgängig das Ergebnis gezielter Steuerung sein kann, so doch vielleicht wenigstens das Resultat einer quasi-evolutorischen Auslese des besten unter den Systemen, die in den Gliedstaaten in den letzten gut sieben Jahrzehnten erprobt wurden.

Eine solche Vorstellung ließe allerdings eine vielleicht entscheidende Entwicklungsbedingung der gliedstaatlichen Arbeitslosenversicherungssysteme außer acht: den Standortwettbewerb. Zwar leuchtet ein, daß Systemkonkurrenz zu Systemkonvergenz führen kann. Es besteht jedoch kein Anlaß zu glauben, daß das so erreichte gemeinsame Niveau in dem Sinne ideal wäre, daß es dem entspräche, was in Abwesenheit des Systemwettbewerbs politisch gewollt oder ökonomisch vernünftig wäre. Wer das romantisierende Bild der

134 Vgl. oben B II 2 cbb.

135 Vgl. dazu im einzelnen oben B II 2.

Gliedstaaten als gesellschaftlicher Laboratorien<sup>136</sup> des US-amerikanischen Föderalismus bemüht, sollte hinzufügen, daß die Experimente unter eigen- tümlichen Bedingungen ablaufen: Der Erfolg jedes Versuchs hängt ab von dem, was gleichzeitig im Nachbarlabor geschieht<sup>137</sup>.

Im konkreten Fall des *experience rating* läßt sich das wie folgt verdeut- lichen: Die Tatsache beispielsweise, daß die Mehrheit aller Gliedstaaten den Höchstbeitrag zur Arbeitslosenversicherung auf 5,4 % festsetzt, also auf das maximal von der Bundessteuer absetzbare Niveau<sup>138</sup>, läßt nicht darauf schließen, daß dies den ökonomischen Bedürfnissen optimal angepaßt sei. Es kann auch daher rühren, daß ein stärkeres *experience rating* jene Branchen, die besonderen Schwankungen im Beschäftigungsgrad unterworfen sind, so sehr belasten könnte, daß man deren Abwandern in andere Gliedstaaten be- fürchten müßte. Ebenso könnte die allgemeine Tendenz zu sehr geringen Mindestbeiträgen auf die Befürchtung der Abwanderung von Branchen mit stabiler Beschäftigung zurückzuführen sein. In beiden Fällen senkt der Systemwettbewerb das Gesamtmaß beschäftigungspolitischer Anreize für die Unternehmen, obwohl vielleicht in Abwesenheit solcher Standortorgen ein ganz anderes, überdies zwischen den Gliedstaaten stärker variierendes Beitragsniveau gewählt worden wäre.

Die Konvergenz der gliedstaatlichen Regelungen mindert demnach kei- neswegs die Skepsis gegenüber der Annahme, daß das *experience rating* in der Praxis zu einer gezielten wirtschaftspolitischen Steuerung genutzt werde.

### III. Notwendigkeit eines quantitativen Vergleichs

Die vorangegangene Gegenüberstellung des US-amerikanischen und des deutschen Bestandsschutzes hat gezeigt, daß das amerikanische Modell, also insbesondere das *experience rating*, für das deutsche System allenfalls in eng begrenzten Teilbereichen eine Reformalternative darstellt. Nichtsdestotrotz bleibt der Blick in die USA für die aktuelle Debatte um den deutschen Kün- digungsschutz von erheblicher Bedeutung. Ein Indiz dafür ist, daß – in der Einleitung ist bereits darauf hingewiesen worden – die amerikanische »*job machine*« der bevorzugte Referenzpunkt in der hiesigen Diskussion ist.

#### 1. Relevanz des quantitativen Vergleichs

Relevant für Überlegungen über die Zukunft des deutschen Kündigungsschutzes kann nämlich insbesondere die Frage sein, *wieviel* Bestandsschutz

136 Eine frühe Verwendung dieser inzwischen gängigen Metapher findet sich in der Entscheidung des Supreme Court in *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), im abweichenden Votum von Justice Brandeis (S. 311): »It is one of the happy incidents of the federal system that a single coura- geous State (...) may serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country.«

137 Allgemein zur erheblichen Bedeutung dieses Umstands als Hemmnis einer wohlfahrtsstaatlichen Entwicklung der USA, vgl. *Robertson*, *The Bias of American Federalism: The Limits of Welfare-State Development in the Progressive Era*, in: *Journal of Policy History*, Band 1, Nr. 3, 1989, S. 261 ff.

138 Vgl. oben BII2a.

Arbeitsverhältnisse in den USA genießen. Dies gilt in doppelter Hinsicht: Zum einen besteht – hier wie dort – eine erhebliche Unsicherheit darüber, welche beschäftigungspolitischen Nettoeffekte der Bestandsschutz hat. Insofern können die Erfahrungen anderer Länder mit unterschiedlichem Bestandsschutzniveau dazu beitragen, mehr über die tatsächlichen Auswirkungen zu lernen – vorausgesetzt, die anderen beschäftigungsrelevanten Rahmenbedingungen unterscheiden sich nicht maßgeblich, was im einzelnen problematisch sein wird<sup>139</sup>.

Zum anderen kann das Schutzniveau in den USA – unabhängig davon, ob man es für beschäftigungspolitisch erfolgreich erachtet – auch insofern zum Orientierungspunkt werden, als mehr Bestandsschutz ein Standortnachteil im Wettbewerb um Investitionen und neue Arbeitsplätze sein könnte. Denn die Möglichkeit, sich leichter wieder von Arbeitnehmern trennen zu können, stellt aus Arbeitgebersicht unbestreitbar einen Vorteil dar. Dessen tatsächlicher Einfluß auf die Standortwahl ist allerdings ebenso unklar wie die Frage, ob er nicht aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive durch die möglichen Vorzüge eines stärker bestandsschützenden Systems (wie etwa individuelle Planungssicherheit, politische Stabilität etc.) aufgewogen wird.

## 2. Schwierigkeiten der Quantifizierung

Ein solcher Vergleich der Bestandsschutzgrade setzt zunächst voraus, daß alle bestandsschützenden Elemente in die Betrachtung einbezogen werden. Auf deutscher Seite wären in den Vergleich außer den Kündigungsschutznormen auch die Vorschriften zum Sozialplan einzubeziehen<sup>140</sup>. Hinsichtlich des US-amerikanischen Systems konnte die vorangegangene Darstellung vielleicht dazu beitragen, den Blick zu weiten von der bislang vorherrschenden Konzentration auf das Arbeitsrecht hin zu einer Mitberücksichtigung des sozialrechtlichen *experience rating*.

Damit aber ist noch nichts gesagt über das tatsächliche Schutzniveau. Vielmehr wäre erforderlich, dies in einem nächsten Schritt auch quantitativ zu bestimmen. Daß dies gerade in einem System wie dem deutschen auf erhebliche praktische Schwierigkeiten stößt, liegt auf der Hand. Wie sollte man die Kosten einer »durchschnittlichen« Kündigung in Deutschland quantifizieren, wie die Unsicherheit über den Ausgang eines Kündigungsschutzprozesses, wie die Verzögerung und den Verwaltungsaufwand bewerten?

Ob diese Hindernisse überwindbar sind, kann hier nicht beurteilt werden. Der aktuelle Forschungsstand jedenfalls stimmt eher skeptisch<sup>141</sup>. Solange es

139 Überdies gilt offensichtlich, daß man aus den Erfahrungen nicht nur der beschäftigungspolitisch erfolgreichen, sondern durchaus auch der weniger erfolgreichen Länder lernen kann. Sofern die Rahmenbedingungen anderswo den unseren ähnlicher sein sollten, wäre der Blick dorthin vielleicht noch instruktiver als der in die USA.

140 Vgl. FN 133.

141 Auch Franz, FN 50, hebt die Probleme der Quantifizierung hervor, explizit etwa auf S. 446f.

aber nicht nur an einem solchen quantitativ fundierten Vergleich fehlt, sondern überdies nur Ausschnitte der maßgeblichen rechtlichen Rahmenbedingungen betrachtet werden, ist Zurückhaltung gegenüber den Heilsbotschaften von der anderen Seite des großen Teiches geboten.

### Zusammenfassung

Mit dem sogenannten *experience rating* tritt in den USA zum fragmentierten arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, wie er insbesondere durch spezielle Kündigungsverbote und Kollektivvereinbarungen gewährleistet wird, eine sozialrechtliche Form des Bestandsschutzes hinzu: Entlassungen heben die Beitragspflicht des Arbeitgebers zur Arbeitslosenversicherung, und zwar in einem Maße, das in der Praxis durchaus spürbar zu sein scheint.

Wie jede Form von Bestandsschutz hat das *experience rating* einige Nachteile: Seine potentiell einstellungshemmende Wirkung wird in den USA kaum beachtet, was angesichts der geringen Sockelarbeitslosigkeit dort vielleicht nicht allzu verwunderlich ist. Auch die Gefahr, Unternehmen gerade in Krisenzeiten besonders zu belasten, wird nicht allzu hoch bewertet. Das mag allerdings weitgehend darauf zurückzuführen sein, daß sich Beitragssteigerungen durch *experience rating* in der Praxis regelmäßig erst mit erheblicher Verzögerung und deswegen oft erst nach überstandener Krise auswirken. Daß *experience rating* schließlich aus betriebswirtschaftlicher Perspektive kostensteigernd wirkt, liegt auf der Hand.

Trotz der ähnlichen historischen Ursprünge von deutschem allgemeinem Kündigungsschutz und amerikanischem *experience rating* weisen beide Bestandsschutzmodelle heute einige wesentliche Unterschiede auf:

Im Gegensatz zum deutschen Kündigungsschutz, nach dem die Rechtfertigung der Kündigung im Einzelfall überprüfbar ist, ist das *experience rating* einzelfallblind – aus deutscher Sicht ein Defizit, das auch die zahlreichen speziellen Kündigungsschutzverbote in den USA nicht gänzlich auszugleichen vermögen.

Andererseits hat das *experience rating* auch beachtliche Vorzüge. Nicht nur ist die Verfahrensbeteiligung der Arbeitgeber ein offenbar höchst effektives Instrument zur Vermeidung mißbräuchlicher Inanspruchnahmen von Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Das *experience rating* vermeidet auch die hierzulande zum Teil erhebliche Rechtsunsicherheit über Zulässigkeit und Kosten einer Kündigung. Schließlich erlaubt es eine flexible Anpassung des Bestandsschutzniveaus an aktuelle Bedürfnisse und kann sogar auf ein bestandsschutzfreies, allein beschäftigungsförderndes Konzept umgestellt werden.

Daß sich die USA mit dieser Form des Bestandsschutzes auf einem Sonderweg befinden, erscheint im Rückblick eher als Folge der verfassungsrechtlichen Vorgaben, die zu beachten waren, als dieses Modell in der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts aus der Taufe gehoben wurde, denn als Ergebnis

einer gezielten politischen Entscheidung gegen den herkömmlichen Weg eines allgemeinen arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes.

Für die hiesige Diskussion um das angemessene Bestandsschutzniveau kann die Studie des amerikanischen Modells in zweierlei Hinsicht relevant sein.

Zunächst könnte das *experience rating* eine Alternative darstellen in den Fällen, in denen auch hierzulande ein allgemeiner arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz als mißlich empfunden wird, etwa im Falle von Kleinbetrieben im Sinne des § 23 I 2 Kündigungsschutzgesetz. Anstatt sie – wie es das geltende Recht vorsieht – gänzlich zu befreien, wäre mit *experience rating* eine wohldosierte, den besonderen Belangen solcher Betriebe durchaus Rechnung tragende Lösung möglich.

Ferner ist ein quantitativer Vergleich der Bestandsschutzniveaus in beiden Ländern nur möglich, wenn alle bestandschützenden Faktoren, auf amerikanischer Seite also insbesondere das weithin nicht berücksichtigte *experience rating*, miteinbezogen werden. Andernfalls sind alle Versuche, Lehren aus dem amerikanischen Modell zu ziehen, sei es, um die beschäftigungspolitischen Erfolge der USA bei uns zu wiederholen, sei es, um Nachteile im Standortwettbewerb zu vermeiden, von vornherein zum Scheitern verurteilt.