

## **Voraussetzungen eines amerikanischen Arbeitsvertrages — amerikanisches Arbeitsrecht im Wandel!**

**Thomas M. J. Möllers, Renate Bruschke**

### **Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:**

Möllers, Thomas M. J., and Renate Bruschke. 1989. "Voraussetzungen eines amerikanischen Arbeitsvertrages — amerikanisches Arbeitsrecht im Wandel!" *Juristische Rundschau* 1989 (11): 441–49. <https://doi.org/10.1515/juru.1989.1989.11.441>.

### **Nutzungsbedingungen / Terms of use:**

**licgercopyright**



# JURISTISCHE RUNDSCHAU

1989

November

Heft 11, S. 441

## Voraussetzungen eines amerikanischen Arbeitsvertrages

— Amerikanisches Arbeitsrecht im Wandel! —

Von Wiss. Ass. Thomas M. J. Möllers / Assessorin Renate Bruschke, Berkeley/München

### I. Teil: Die Mindestvoraussetzungen eines Arbeitsvertrages in den USA<sup>1</sup>

Die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in den USA bauen zum einen auf Vertragsrecht und den fortentwickelten Grundsätzen, die zwischen Herrn und Diener (*master and servant*) galten, den Regeln der *agency* auf<sup>2</sup>. Zum anderen ist eine Vielzahl von Bundes- und Staatsgesetzen, die sich im Inhalt oftmals überdecken, zu beachten.

In der Bundesrepublik Deutschland beruhen die meisten Arbeitsverhältnisse auf schriftlichen einzelvertraglichen und/oder tarifvertraglichen Regelungen. In den Vereinigten Staaten von Amerika sind dagegen nur etwa 22 % der amerikanischen Arbeitnehmer durch Kollektivarbeitsverträge und etwa 15 % als öffentliche Bedienstete besonders geschützt<sup>3</sup>.

### A. Voraussetzungen zum Abschluß eines Arbeitsvertrages

#### I. Voraussetzungen

Unter einem Arbeitnehmer (*employee*, gleichbedeutend mit *servant*) versteht man eine Person, die der Pflicht unterliegt, aufgrund eines Arbeitsvertrages dem Arbeitgeber weisungsgebundene Dienste zu leisten<sup>4</sup>. Ein Arbeitsvertrag wird ausdrücklich oder konkludent geschlossen. Anders als in der Bundesrepublik Deutschland werden in den USA Arbeitsverträge regelmäßig nicht schriftlich abgeschlossen. Soweit allerdings solche, wie häufig für leitende Angestellte, vereinbart werden, haben sie häufig die Form eines Einstellungsschreibens mit jährlichen Zusatzschreiben, insbesondere über die Gehaltsanpassung. Typischerweise enthält ein schriftlicher Arbeitsvertrag Regelungen über den Tätigkeitsbereich, das durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers im Einzelnen konkretisiert wird, und Entlohnungsformen wie Gehalt oder z. B. betriebliche Altersversorgung. Ein Arbeitsverhältnis wird grundsätzlich auf unbestimmte Zeit geschlossen und kann jederzeit mit oder ohne Grund gekündigt werden (Grundsatz der freien Kündigung [*Employee-at-will-Doktrin*])<sup>5</sup>. Folglich steht es dem Arbeitgeber frei, auch eine zeitlich unbegrenzte Probezeit zu vereinbaren<sup>6</sup>. Ein befristeter Arbeitsvertrag kann vor Ablauf der Vertragsdauer gekündigt werden, wenn der Arbeitgeber einen wichtigen Grund (*just cause*) für die fristlose Kündigung hat. Ohne einen solchen Grund ist der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zu Schadensersatz in Höhe des vereinbarten Arbeitsentgeltes bis zum Ende der Vertragszeit verpflichtet<sup>7</sup>. Andererseits ist es nicht mög-

lich, einen Arbeitsvertrag auf Lebenszeit abzuschließen. Nach kalifornischem Recht ist ein Arbeitsvertrag dann nicht durchsetzbar, wenn er für einen längeren Zeitraum als sieben Jahre abgeschlossen worden ist<sup>8</sup>.

#### II. Beschränkungen der Abschlußfreiheit

##### 1. Gesetze

Ein Arbeitgeber kann eine Einstellung nicht aus jedem beliebigen Grund ablehnen. Obgleich Arbeitgeber bei Einstellungen einen weiten Ermessensspielraum haben, darf die Entscheidung über eine Einstellung nicht absichtlich diskriminierend hinsichtlich bestimmter geschützter Arbeitnehmergruppen sein. Sie darf auch nicht auf Grundsätze oder Praktiken gestützt werden, die zur Folge haben, daß solche geschützten Arbeitnehmer unverhältnismäßig stark von einer Einstellung ausgeschlossen werden<sup>9</sup>.

Bis zum Jahre 1938 wurden alle Gesetzgebungsversuche auf dem Gebiete des Arbeitsrechts für verfassungswidrig erklärt<sup>10</sup>; erst der *Fair Labor Standards Act von 1938* (FLSA, auch *Wage-Hour-Law* genannt)<sup>11</sup> bestand den Test der Verfassungsmäßigkeit vor dem *Supreme Court*<sup>12</sup>. Der *Fair Labor Standards Act* regelt die Gleichbehandlung von Mann und Frau, bestimmte Mindestlöhne, die Vergütung von Überstunden und die Kinderarbeit. Ein Arbeitgeber darf nach dem Geschlecht eines Bewerbers nur fragen und unterscheiden, wenn eine *Bona fide occupational qualification* (BFOQ) besteht<sup>13</sup>. Allerdings ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, eine schwangere Bewerberin einzustellen<sup>14</sup>. Den Arbeitgeber

<sup>1</sup> Den Herrn Professoren Stefan A. Riesenfeld und David E. Feller sei an dieser Stelle für die wertvollen Hinweise und die Durchsicht des Manuskriptes gedankt.

<sup>2</sup> S. hierzu *Goldman*, *Labor Law and industrial relations in the United States*, 1979, S. 65 ff.

<sup>3</sup> Vgl. U.S. Bureau of the Census, Dept. of Commerce, "Statistical Abstract of the United States" (1980).

<sup>4</sup> County Club v. Patterson, Tex. Civ. App. 399 S. W. 2d 382, 383.

<sup>5</sup> S. unten C.I.

<sup>6</sup> Carr in Aronstein (International Bar Association), *International Handbook on Contract of Employment*, 1976, S. 260; *Goldman*, S. 77.

<sup>7</sup> S. *Elsing*, US-amerikanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, S. 138. Der Arbeitnehmer muß sich jedoch das Anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterläßt.

<sup>8</sup> Cal. Lab. Code § 2855.

<sup>9</sup> *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

<sup>10</sup> Z.B. der Versuch zur Regulierung der Kinderarbeit, cf. *Hammer v. Dagenhart*, 247 U.S. 251 (1918); *Baily v. Drexel Furniture Co.*, 259 U.S. 20 (1922).

<sup>11</sup> 29 U.S.C. 201 ff.

<sup>12</sup> *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941).

<sup>13</sup> West Virginia Human Rights Commission "Pre-employment and Inquiry Guide" in BNA, 8A, F.E.P. 457: 3075.

<sup>14</sup> Zum Problemstand s. *Player*, *Employment Discrimination Law*, 1988, S. 142. Die Rechtslage ist somit die gleiche wie in der Bundesrepublik Deutschland. S. auch Fn. 15.

trifft die Beweislast, daß die BFOQ besteht und daß alle Angehörigen der ausgeschlossenen Gruppe den Stellenanforderungen nicht genügen<sup>15</sup>. *Titel VII des Civil Rights Act von 1964, § 703(a)(1)* in der Fassung des *Equal Employment Opportunity Act von 1972*<sup>16</sup>, verbietet jede Art der Diskriminierung bzgl. Rasse, Abstammung, Religion, politischer oder gewerkschaftlicher Tätigkeit und Geschlecht<sup>17</sup>. Ausnahmen sind zulässig, soweit die Art der Tätigkeit eine bestimmte religiöse oder geschlechtsbezogene Qualität erfordert<sup>18</sup>. Fragen des Arbeitgebers nach Rasse, Hautfarbe, Religion oder nationale Herkunft des potentiellen Arbeitnehmers können als deutliches Anzeichen rechtswidriger Diskriminierung verstanden werden, soweit der Bewerber diese Stelle nicht erhält und in eine der geschützten Personengruppen fällt<sup>19</sup>. Ein Arbeitnehmer darf nicht aufgrund der nationalen Herkunft diskriminiert werden; deshalb kann eine Frage nach dem Geburtsort unzulässig sein, wenn die Stelle deshalb verweigert wird<sup>20</sup>. Ein Arbeitgeber kann sich jedoch weigern, einen Ausländer einzustellen und darf deshalb fragen, ob der Bewerber die U.S. amerikanische Staatsbürgerschaft innehat<sup>21</sup>. Das Gesetz gilt nur für Unternehmen mit mehr als 15 Arbeitnehmern und nur im zwischenstaatlichen Handel<sup>22</sup>. Ist dieses Gesetz nicht anwendbar, ist der *Civil Rights Act von 1866 und 1870*<sup>23</sup> zu prüfen. Schließlich werden ehemalige Soldaten<sup>24</sup> und Schwerbehinderte geschützt<sup>25</sup>.

Ohne Entsprechung zu deutschen Gesetzen ist der *Age Discrimination Employment Act von 1967 (ADEA)*<sup>26</sup>, der die Benachteiligung, insbesondere Entlassung auf Grund des Alters verbietet. Danach dürfen Arbeitnehmer von 40 bis 70 Jahren nicht auf Grund ihres Alters ungleich gegenüber jüngeren Arbeitnehmern behandelt werden. Dem Arbeitgeber ist es verboten, vor der Einstellung nach dem Alter oder Geburtsdatum zu fragen, aber er darf den Beweis verlangen, daß der Bewerber das gesetzliche Beschäftigungsmindestalter erfüllt<sup>27</sup>. Nach der Einstellung kann nach dem Alter gefragt werden. Insbesondere bei betriebsbedingten Kündigungen ist dem Arbeitgeber aber nur schwer zu beweisen, daß die Kündigung durch den Arbeitgeber diskriminierend war<sup>28</sup>.

In einigen Staaten verstößt es gegen das Gesetz, auf der Grundlage der sexuellen Veranlagung eines Bewerbers<sup>29</sup>, körperlicher oder geistiger Behinderung<sup>30</sup>, Vorstrafenregister<sup>31</sup>, politischer Mitgliedschaft<sup>32</sup>, Familienstand<sup>33</sup>, Farbblindheit<sup>34</sup>, unehrenhafter Entlassung aus dem Militär<sup>35</sup> oder Ausländereigenschaft<sup>36</sup>, einen Bewerber abzulehnen. Von einem Arbeitgeber wird jedoch z. B. nicht verlangt, einen einer Minderheit zugehörigen Bewerber oder einen Bewerber weiblichen Geschlechts einzustellen, wenn dessen Qualifikationen gleich denen eines weißen männlichen Bewerbers sind; der Arbeitgeber kann unter gleichermaßen qualifizierten Bewerbern so lange frei wählen, wie er keine ungesetzlichen Kriterien verwendet<sup>37</sup>.

Die Kommission für Gleichbehandlung im Arbeitsleben (*Equal Employment Opportunity Commission, EEOC*) überprüft die Praktiken des Arbeitgebers. Sie hat einen Leitfaden für Bewerberfragen ("Guide to Pre-Employment Inquiries"<sup>38</sup>) herausgegeben, der den Arbeitgebern bei Einstellungsfragen Hilfe leisten soll. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, muß ein vorvertraglicher Ausleseproß stellenbezogen und nach einem geschäftsnotwendigen (*business-necessity*) Standard gerechtfertigt sein<sup>39</sup>. Folgende Kriterien sind zu befolgen: Eine Maßnahme mit unterschiedlichen Wirk-

kungen auf eine geschützte Personengruppe (1) muß notwendig für den sicheren und effizienten Geschäftsbetrieb; (2) diesbezüglich wirkungsvoll; und (3) die am wenigsten diskriminierende verfügbare Alternative sein<sup>40</sup>. Schließlich sind in den meisten Staaten die Arbeitnehmer vor Lügendetektoren-Tests geschützt<sup>41</sup>.

Der *Fair Labor Standards Act* verbietet Kinderarbeit unter 14 Jahren, Industriearbeit (*manufacturing operation*) unter 16 und gefährliche Arbeit (*particulary hazardous*) unter 18 Jahren<sup>42</sup>.

## 2. Anwendbarkeit

Die USA hat in den dreißiger Jahren mit einer Vielzahl von Staaten sog. Verträge der Freundschaft, des Handels und konsularischer Rechte, so auch mit der Bundesrepu-

<sup>15</sup> *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792 (1973).

<sup>16</sup> 42 U.S.C. §§ 2000 e ff. Zudem wird die schwangere Arbeitnehmerin vor einer Kündigung geschützt, 42 U.S.C. 3 2000 c 2(a)(1) 1976. Daneben schützt der *Public Health Service Act von 1970* die Arbeitnehmerin, wenn sie sich dem Verlangen des Arbeitgebers nach einer Abtreibung oder Sterilisation widersetzt, 42 U.S.C. § 300 a – 7 (b).

<sup>17</sup> Gesetze, die Frauen vor Nachtarbeit im Industriebereich schützen, wurden daraufhin für verfassungswidrig erklärt, s. *Rosenfeld v. Southern Pacific* 444 F.2d 1219 (9th Cir. 1971).

<sup>18</sup> 42 U.S.C. § 2000 e-3. Aufgrund der *Executive Order Nr. 11246*; CFR 339, 406 müssen Vertragspartner mit Regierungsstellen sich verpflichten, positive Maßnahmen (*affirmative actions*) zur Sicherstellung der Gleichbehandlung von Arbeitnehmern durchzuführen, welches von dem *Office of Federal Contract Compliance Programs (OECCP)* überwacht wird. Diese *affirmative actions* haben dazu geführt, daß Arbeitnehmer, die nicht als Angehörige von Minderheiten berücksichtigt wurden, sich ihrerseits auf einen Verstoß gegen den *Civil Rights Act* wegen „umgekehrter Diskriminierung“ (*reverse discrimination*) berufen. Der *Supreme Court* hat diese Bevorzugung der Minderheiten grundsätzlich für rechtmäßig erklärt. Es wird argumentiert, daß diese Übergangszeit zur Herstellung der Chancengleichheit diene. Vgl. *Bakke v. Regents of the University of California*, 438 U.S. 265 (1978); *Weber v. United Steelworkers of America*, 443 U.S. 193 (1979). S. hierzu umfassend *Seeland*, Gleichberechtigungssystem in den USA und in den Mitgliedstaaten der EG unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse von Männern zu Frauen im Arbeitsleben, ZVgLRWiss. Bd. 81 (1982), S. 286 ff.

<sup>19</sup> *Albermarle Paper Co. v. Moody*, 422 U.S. 405 (1975); Hawaii's Department of Labor and Industrial Relations, "Pre-employment Inquiry Guide," in BNA, 8A F. E. P. Manual 453 : 2337 ff.

<sup>20</sup> New Jersey's Division on Civil Rights, "Pre-employment Inquiries", Guide in BNA, 8A F. E. P. Manual 455 : 2731.

<sup>21</sup> Dies ist Ausdruck der relativ strikten Einwanderungspolitik. Missouri's Commission on Human Rights, "Guide for Pre-employment Inquiries" in BNA, 8A F. E. P. Manual 455 : 5121.

<sup>22</sup> 42 U.S.C. § 2000 e.

<sup>23</sup> 42 U.S.C. § 1981; s. *Goldman*, S. 107 ff.

<sup>24</sup> Daneben genießen Soldaten besondere Rechte zur Wiedereinstellung, vgl. *Universal Military Training and Service Act von 1948*, 62 St. 604, 50 U.S.C. Appendix §§ 451 ff. S. auch 38 U.S.C. § 2021(b)(1) (1982).

<sup>25</sup> *Rehabilitation Act von 1973*, 29 U.S.C. § 794; s. *Player*, Federal Law of Employment Discrimination in a Nutshell, 2nd ed., 1979, S. 330 ff.

<sup>26</sup> 29 U.S.C. § 623.

<sup>27</sup> *Backus v. Baptist Medical Center*, 510 F. Supp. 1191 (E. D. Ark. 1981). Auch hier kann die *Bona fide occupational qualification* (BFOQ) eine Ausnahme bilden.

<sup>28</sup> *Sahadi v. Reynolds Chemical*, 636 F.2d 1116 (6th Cir. 1980). Vgl. im deutschen Recht die Abwägungspflicht bei einer sozial gerechtfertigten Kündigung, §§ 1 II, III des Kündigungsschutzgesetzes.

<sup>29</sup> Wisc. Stat. Ann. § 111.32 (5).

<sup>30</sup> Eine komplette Liste der Gesetze der Einzelstaaten enthält: BNA, 8 F. E. P. Manual 499 : 504.

<sup>31</sup> 31 Conn. Gen. Stat. 557 : 31 – 511.

<sup>32</sup> Cal. Lab. Code § 1102.

<sup>33</sup> N. H. Rev. Stat. Ann. 31 : 354-A; N. Y. Exec. Law § 296.

<sup>34</sup> Cal. Government Code § 2, Chap. 10, § 19701, in BNA, 8A F. E. P. Manual 453 : 836.

<sup>35</sup> Illinois Fair Employment Practices Commission, "Guidelines on Discrimination in Employment," Art. VI, in BNA, 8A F. E. P. Manual 453 : 2757.

<sup>36</sup> Mass. Gen. Laws. Ann. Chap. 144, § 19 C.

<sup>37</sup> Tex. Dept. of Community Affairs v. Burdine, 450 U.S. 248 (1981).

<sup>38</sup> BNA, 8A F. E. P. Manual 443 : 65; CCH, 2 E.P.G. Ähnliche Veröffentlichungen erfolgten seitens staatlicher Behörden, s. Ohio Civil Rights Commission's "Guide for Application Forms and Interviews," in BNA, 8A F. E. P. Manual 457 : 325.

<sup>39</sup> *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

<sup>40</sup> *Chrisner v. Complete Auto Transit, Inc.*, 645 F.2d 1251 (6th Cir. 1981); EEOC Guide, BNA, 8A F. E. P. Manual 443 : 65.

<sup>41</sup> N. Y. Lab. Law §§ 736, 739 (1983), Cal. Lab. Code § 432.2 (1971); D. C. Columbia Ann. §§ 36 – 801 ff. (1981).

<sup>42</sup> 29 U.S.C. § 203 (3).

blik Deutschland abgeschlossen<sup>43</sup>. Artikel I dieses Vertrages gibt jeder Partei das Recht, Angestellte ihrer Wahl einzustellen<sup>44</sup>. Ein solches Recht wird allerdings durch den *Foreign Sovereign Immunities Act* von 1976 (FSIA) eingeschränkt, der die Immunität des ausländischen Staates aufhebt, soweit eine *commercial activity* vorliegt<sup>45</sup>. Diese kommerzielle Tätigkeit, die sich nach der Natur der Tätigkeit richtet<sup>46</sup>, ist von den obersten Gerichten sehr weit ausgelegt worden. Zwar unterliegen ausländische Regierungen und deren Angestellte nicht dem FSIA; staatliche Stellen wie Banken oder Fluggesellschaften können aber dem FSIA unterliegen<sup>47</sup>. So wurde die staatliche Fluggesellschaft Air India zu Schadensersatz verurteilt, weil sie einem 60jährigen Arbeitnehmer kündigte und damit gegen den *Age Discrimination in Employment Act* verstieß<sup>48</sup>.

## B. Inhalt des Arbeitsvertrages

### I. Hauptleistungspflichten

#### 1. Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers

Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers ist die Zahlung des vereinbarten Lohns. Das wichtigste *wage-and-hour*-Gesetz<sup>49</sup> ist der *Fair Labor Standards Act*. Er verlangt, daß den Arbeitnehmern, die unter das Gesetz fallen, ein Mindeststundenlohn<sup>50</sup> und das Eineinhalbfache des normalen Satzes für Mehrarbeit, die nach Ableistung der regulären Wochenarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche anfällt, gezahlt wird<sup>51</sup>. Weil der *Fair Labor Standards Act* weitgehend nicht befolgt wurde, wurde unter Präsident Kennedy ergänzend der *Equal Pay Act* von 1963<sup>52</sup> erlassen, nach welchem Männer und Frauen im Hinblick auf Vergütung, Überstundenzahlung und Lohnzuschläge gleichbehandelt werden müssen, soweit ihre Arbeitsleistung vergleichbar ist<sup>53</sup>. Im Unterschied zum *Fair Labor Standards Act* kontrolliert diese Rechte die Bundesbehörde *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) nun unbürokratisch — Anruf genügt<sup>54</sup>. Das Gesetz ist nur anwendbar, wenn die betreffenden Arbeitnehmer im Handel zwischen den Bundesstaaten oder mit dem Ausland tätig sind<sup>55</sup> oder bei einem Jahresumsatz von mehr als \$352.000.— des Betriebes, in dem der Arbeitnehmer arbeitet<sup>56</sup>.

#### 2. Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, in seiner Person nach Weisungen des Arbeitgebers Dienste zu leisten. Er ist allerdings berechtigt, in seiner arbeitsfreien Zeit für Dritte zu arbeiten, soweit diese Arbeit nicht die Interessen des Arbeitgebers tangiert<sup>57</sup>.

### II. Nebenleistungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis

#### 1. Nebenpflichten des Arbeitnehmers

Der Arbeitnehmer ist zur Wahrung der Geschäftsheimnisse<sup>58</sup> sowie zu einem Wettbewerbsverbot während der Dauer des Arbeitsverhältnisses verpflichtet. Schließlich kann ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart werden (*prohibition of competition*), soweit die bei Befolgung des Wettbewerbsverbotes noch verbleibenden Erwerbsmöglichkeiten den Arbeitnehmer nicht unangemessen belasten<sup>59</sup>.

#### 2. Nebenpflichten des Arbeitgebers

Die Nebenpflichten des Arbeitgebers beinhalten eine Treue- und Fürsorgepflicht. Viele Bundesstaaten haben Gesetze, nach denen Arbeitnehmer an bestimmten Feier-

tagen von der Arbeit freizustellen sind, aber diese Gesetze verlangen nicht, daß der Arbeitgeber für diese Tage den Lohn fortzahlt. Der vom Bundesgesetzgeber erlassene *Fair Labor Standards Act* verlangt vom Arbeitgeber nicht, daß er für Abwesenheit zahlt, die auf Feiertagen, Ferien, Krankheit oder ähnlichem beruht<sup>60</sup>. Weitere Punkte eines Übereinkommens zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder ihrer befugten Vertreter sind: Urlaub, Feiertage, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall (*sick pay*), Ruhepausen, Zulagen für Wochenend- oder Feiertagsarbeit, Beschränkung der Arbeitszeit für Arbeitnehmer von 16 Jahren oder älter.

## Arbeits- und Sozialschutzgesetz

Gesetzliche Vorschriften sind in diesem Jahrhundert im Sozialversicherungsrecht und zum Schutze einzelner Gruppen erlassen worden. Artikel I (8) Abs. 3 der Bundesverfassung zur Regelung des zwischenstaatlichen Handels (*Interstate Commerce Clause*), der sehr weit ausgelegt wird<sup>61</sup>, ist Grundlage für die meisten Bundesgesetze.

#### a) Bundesgesetze

Der *Social Security Act* von 1935<sup>62</sup> verpflichtet den Arbeitgeber zur Zahlung der Versicherungsbeiträge zur Arbeitslosenversicherung. Daneben bestimmt dieses Gesetz Renten-, Witwen- und Arbeitsunfähigkeitsversicherung. Die Beiträge werden von Arbeitnehmer und

<sup>43</sup> *Treaty of Friendship, Commerce and Consular Rights* vom 8. 12. 1923, geändert am 12. 8. 1954. Zur Auslegung s. *Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avaglino*, 50 U. S. L. W. 3009 (1981); *Ritomsky/Jarvis, Doing Business in America: The Unfinished Work of Sumitomo Shoji America, Inc.* v. Avaglino, 27 Harv. Internat. L. Rev. 193 ff. (1986).

<sup>44</sup> The nationals of each of the High Contracting Parties shall be permitted to enter, travel and reside in the territories of the other, ... to employ agents of their choice ...

<sup>45</sup> 28 U. S. C. §§ 1602 ff.

<sup>46</sup> 28 U. S. C. §§ 1603 (a) (d): A "commercial activity" means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.

<sup>47</sup> *McCulloch v. Sociedades National de Marineros de Honduras*, 372 U. S. 10, 83 S. Ct. 671, 9 L. Ed. 547 (1963); *Champlain-Urbana New Agencia v. I. L. Cumins News Company*, 479 F. Supp. 281 (C. D. Ill. 1979).

<sup>48</sup> *Gazder v. Air India* 574 F. Supp. 134 (1983); S. auch *Wickes v. Olympic Airway*, 745 F. 2d 363 (6th Cir. 1984).

<sup>49</sup> Solche Gesetze enthalten Mindestgrenzen für Löhne, Mehrarbeit (Überstunden), Kinderarbeit und gleichen Lohn für gleiche Arbeit. Andere bundesrechtlichen *wage-and-hour* laws setzen Regeln für Personen, die aufgrund öffentlich-rechtlicher Verträge beschäftigt sind. Diese sind der *Davis-Bacon Act* (40 U. S. C. §§ 276 a ff.), der *Walsh-Healey Act* (41 U. S. C. § 35 ff.), der *McNamara-O'Hara Service Contract Act* (41 U. S. C. § 327 ff.) und der *Contract Work Hours and Safety Standards Act* (40 U. S. C. §§ 327 ff.).

<sup>50</sup> Z. Z. \$3.35 pro Stunde (seit 1. 1. 1981), 29 U. S. C. § 206 (a) (1).

<sup>51</sup> 29 U. S. C. § 207 (a) (1).

<sup>52</sup> 29 U. S. C. § 206 (d).

<sup>53</sup> Anders als der Gleichheitsgrundsatz des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland schützt die Bundesverfassung der USA nicht die Gleichheit von Mann und Frau. Der Versuch, in einem zusätzlichen Amendment (*Equal Rights Amendment*) die Gleichbehandlung in die Verfassung zu schreiben, ist im Jahre 1982 an der hierzu notwendigen  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der Bundesstaaten gescheitert. In der Bundesrepublik Deutschland sind nach dem arbeitsrechtlichen EG-Anpassungsgesetz vom 13. 8. 1980 die §§ 611 a, 611 b und 612 Abs. 3 zur Absicherung der Lohngleichheit in das Bürgerliche Gesetzbuch eingeführt worden. S. dazu umfassend: *Seeland*, ZVglRWiss. Bd. 81 (1982), S. 286.

<sup>54</sup> S. *Seeland*, ZVglRWiss. Bd. 81 (1982), S. 286, 303 ff.; unzutreffend *Elsing* (Fn. 7), S. 141. In der Bundesrepublik Deutschland fehlt dagegen jede Art von Kontrollbehörden.

<sup>55</sup> Das Gleiche gilt bzgl. der Produktion von Waren und Dienstleistungen zum innerstaatlichen Handel, *Kirschbaum v. Walling*, 316 U. S. 517 (1942).

<sup>56</sup> 29 U. S. C. § 203 (b); *Player, Employment Discrimination Law*, S. 122 ff.

<sup>57</sup> *Goldman*, S. 85.

<sup>58</sup> *Head Ski Co. v. Kam Ski Co.*, 158, 158 F. Supp. 919 (1958); *Goldman*, S. 88.

<sup>59</sup> *Goldman*, S. 89; *Elsing* (Fn. 7), S. 138.

<sup>60</sup> *Boll v. Federal Reserve Bank of St. Louis*, 365 F. Supp. 637 (E. D. Mo 1973), aff'd., 497 F. 2d 335 (8th Cir. 1974).

<sup>61</sup> *Textile Workers Union v. Lincoln Mills*, 353 U. S. 448, 456 (1957).

<sup>62</sup> 42 U. S. C. §§ 301 ff.; s. *LaFrance, Welfare Law*, 1979, S. 13 ff.

Arbeitgeber zu gleichen Teilen getragen<sup>63</sup>. Auch für die Krankenversicherung der Rentner (*medicare*) zahlt der Arbeitgeber<sup>64</sup>.

Der *Occupational Safety and Health Act von 1970*<sup>65</sup> enthält Maßnahmen des Arbeitsschutzes. Voraussetzung ist, daß die Arbeitnehmer in zwischenstaatlichem Handel tätig sind. Der *Employee Retirement Income Security Act von 1974* (ERISA) regelt die betriebliche Altersversorgung<sup>66</sup>.

Ein Arbeitgeber ist nicht kraft Gesetzes verpflichtet, einen Pensionsplan (*pension plan*) zu erstellen. Trotzdem arbeiten mehr als 40 Millionen Arbeitnehmer, etwa die Hälfte aller Arbeitskräfte, der Privatwirtschaft für Arbeitgeber mit Pensionsplänen. Der Begriff „pension“ bezeichnet ein Übereinkommen oder ein Programm, nach dem ein Arbeitgeber, ein Arbeitnehmer, eine Gewerkschaft oder alle drei während der Arbeitsjahre eines Arbeitnehmers Einzahlungen in einen Fonds leisten, um dem Arbeitnehmer im Ruhestand oder bei Arbeitsunfähigkeit Einnahmen zu gewähren.

### b) Einzelstaatliche Gesetze

Im folgenden wird vorzugsweise die einzelstaatliche Gesetzgebung und Rechtsprechung der beiden *leading states*<sup>67</sup> New York und Kalifornien, sowie des District of Columbia (Washington, D. C.) dargestellt. In Ergänzung zu dem *Social Security Act* haben Bundesstaaten die Zwangsmitgliedschaft in der Arbeitslosenversicherung geregelt. Die Höhe der Beiträge ist abhängig von der Lohnsumme und der Anzahl der Arbeitnehmer, die in der Vergangenheit Arbeitslosengeld in Anspruch genommen haben (*experience rating*)<sup>68</sup>. Die durchschnittliche Belastung beträgt für den Arbeitgeber etwa 2 % des Arbeitsentgeltes<sup>69</sup>. Die *Workers' Compensation Laws*<sup>70</sup> regeln in den verschiedenen Bundesstaaten den Versicherungsschutz bei Arbeitsunfällen — sie sind mit den deutschen Unfallversicherungen durch die Berufsgenossenschaften vergleichbar. Der Arbeitnehmer hat folglich Anspruch auf Lohnfortzahlung bis zu ⅔ des normalen Lohnes, Ersatz der Arzt- und Krankenkosten und einer möglichen Erwerbsminderung oder Arbeitsunfähigkeit. Diese Ansprüche bestehen unabhängig von einem Verschulden des Arbeitgebers. Darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche sind ausgeschlossen<sup>71</sup>. Daneben gibt es auf Staatenebene Gesetze, die die Gesundheit der Arbeitnehmer schützen<sup>72</sup>.

## C. Die Auflösung des Arbeitsvertrages durch die Kündigung

### I. Der Grundsatz der freien Kündigung (*Employee-at-will-Doktrin*)

Anders als in der Bundesrepublik Deutschland ist der Arbeitgeber grundsätzlich berechtigt, ein Arbeitsverhältnis grund- und fristlos zu beenden. Dieser Grundsatz der freien Kündigung (*Employee-at-will-Doktrin* oder *Wood's rule*) wurde erstmals 1877 in der Zeit des liberalistischen „laissez-faire“ von Horace G. Wood<sup>73</sup> entwickelt und wenige Jahre später von der Rechtsprechung<sup>74</sup> übernommen und verfassungsrechtlich begründet<sup>75</sup>. Damit wurde die bis dahin gültige Vermutung, daß zeitlich unbestimmte Arbeitsverhältnisse zumindest für ein Jahr abgeschlossen waren, verdrängt<sup>76</sup>. Diese Vermutung war wichtig, weil zeitlich begrenzte Arbeitsverträge zur Kündigung eines Grundes bedürfen<sup>77</sup>. Diese *at-will-Theorie*, die in einigen Staaten sogar zum Gesetz erklärt

wurde<sup>78</sup>, ist bis heute Ausgangspunkt der Gerichte zur Auslegung der arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Das freie Kündigungsrecht als Ausdruck des verfassungsrechtlich garantierten Grundsatzes der Vertragsfreiheit (*freedom to contract*)<sup>79</sup> gilt dann nicht, wenn eine unzweifelhafte Bekundung des beiderseitigen Willens die Vermutung widerlegt, daß das Arbeitsverhältnis frei kündbar ist<sup>80</sup>. Voraussetzung dieser Theorie ist folglich, daß weder einzelvertragliche Vereinbarungen noch Kollektivverträge dieses freie Kündigungsrecht einschränken.

Das freie Kündigungsrecht wird jedoch auch heutzutage durch die in diesem Jahrhundert zum Schutze des Arbeitnehmers erlassenen Gesetze begrenzt. Zudem wird zu untersuchen sein, inwieweit in den letzten Jahren die *at-will-Theorie* von Gerichten eingeschränkt wurde. Dabei wird sich zeigen, daß in den USA eine Einschränkung des Kündigungsrechts in Richtung auf einen „berechtigten Grund“ zwar noch heftig umstritten ist, aber teilweise schon bejaht wird. Um aufzuzeigen, in welche Richtung sich die amerikanische Rechtsprechung und Literatur künftig entwickeln kann, soll deshalb kurz auf die Anforderungen einer Kündigung im Kollektivvertragsrecht und bei Angestellten des öffentlichen Dienstes eingegangen werden.

<sup>63</sup> Der Beitragssatz betrug 1986 5,7 % bei einer Bemessungsgrenze von § 42 300,-

<sup>64</sup> Das *Supplement-Security Income Program von 1983* (42 U.S.C. § 1381) ergänzt das Mindesteinkommen für Rentner, so daß Alleinstehende etwa § 130 pro Monat erhalten.

<sup>65</sup> 29 U.S.C. 651 ff. (1982); s. auch *Miller*, The occupational Safety and Health Act of 1970 and the Law of Torts, 38 L. & Contemporary Problems, S. 612 (1974). Die *Federal Smoking Regulations von 1986* verbieten das Rauchen in öffentlichen Gebäuden.

<sup>66</sup> 29 U.S.C. §§ 1001 ff. (1982); *Goldman*, S. 55.

<sup>67</sup> S. *Blumenwitz*, Einführung in das anglo-amerikanische Recht, 3. A., 1987, S. 28.

<sup>68</sup> Z. B. *New York Labor Law* § 581. Die Leistungen sind im Vergleich zum deutschen Recht relativ gering: Grundsätzlich werden für die Dauer von 26 Wochen 50 % des Arbeitsentgeltes bezahlt, welches bei hoher Arbeitslosigkeit um weitere 13 Wochen verlängert werden kann. S. *Federal State Extended Unemployment Compensation Act of 1970*, Publ. L. 91-373.

<sup>69</sup> Damit wird das *Federal-state unemployment insurance (UI) program* (Federal Unemployment Tax Act [FUTA], 26 U.S.C. §§ 3301 ff.) finanziert, welches von jedem Staat aufgrund von Bundesrichtlinien unterhalten wird. Die Leistungen aufgrund dieses statlichen Programmes erfolgen für etwa 26 Wochen, unter besonderen Umständen länger.

<sup>70</sup> *New York Workers' Compensation Law* § 1 ff. (1983); *Cal. Lab. Code* § 3021 ff.; *District of Columbia Workers Compensation* §§ 36–342; s. auch *Hood/Hardy*, Workers' Compensation and Employee Protection Laws, 1984, S. 33 f. Im deutschen Recht greifen in solchen Fällen die §§ 636 f. der *Reichsversicherungsordnung (RVO)* ein.

<sup>71</sup> *Larson*, The Law of Workers' compensation for occupational injuries and death, 1972, § 1.10.

<sup>72</sup> Sicherheit am Arbeitsplatz: N. Y. Lab. Law § 200 (1983); *Cal. Lab. Code* § 6400 (1971); D. C. Code Ann. § 36-228 (1981); Schutz vor Rauchern: *Smoking Prohibition of New York City* (sog. *Clean Indoor Air Act*) § 17-501.

<sup>73</sup> *Wood*, Master and Servant, 1877, § 134, 272; Zur historischen Entwicklung der Arbeitsverträge s. *Jacoby*, The Duration of Indefinite Employment Contract in the United States and England: An Historical Analysis, 5 Comp. Lab. L. 85 ff. (1982); *Player*, Employment Discrimination Law, S. 2. Vgl. als Einführung im deutschen Recht: *Liebers*, Wiedereinstellung und Abfindung im amerikanischen Recht, S. 41–43; *Jander/Lorenz*, Das Ende der Employee-at-will-Doktrin?, RIW/AWD 1988, S. 26.

<sup>74</sup> Der Arbeitnehmer kann gekündigt werden "for good cause, no cause, or even for cause morally wrong", s. *Payne v. Western & A.R.R.*, 81 Tenn. 507, S 19 f. (1884); *Finger v. Koch & Schilling Brewing Co.*, 13. Mo. App. 310 (1883); *Martin v. New York Life Ins. Co.*, 148 N.Y. 117, 42 N.E. 416 (1895).

<sup>75</sup> Due-Process-Clause des 14. Amendments der Verfassung; *Adair v. United States*, 208 U.S. 161, 28 S. Ct. 277; 52 L. Ed. 436 (1908); *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1, 35 S. Ct. 240; 59 L. Ed. 441 (1915).

<sup>76</sup> Diese Vermutung wurde aus dem englischen Recht entlehnt, s. *Smith*, A Treatise on the Law of Master and Servant, 1852, S. 53; *Player*, Employment Discrimination Law, S. 2.

<sup>77</sup> *Player*, Employment Discrimination Law, S. 2.

<sup>78</sup> S. z. B. *Cal. Lab. Code* Section 2922: "An employment, having no specified term, may be terminated at the will of either party on notice to the other". Vgl. auch § 39 Mo. Code Ann. § 32-2-503.

<sup>79</sup> S. Fn. 75.

<sup>80</sup> Note, New Jersey Developments, Beyond *Pierce v. Ortho Pharmaceutical Corp.*: The Termination-at-will-Doctrine in New Jersey, 37 Rutgers L. Rev. 137, 138 (1984); s. auch unten C. III. 2. zum impliziten Versprechen.

## II. Gesetzliche Einschränkungen

### 1. Bundesrecht

Die oben genannten Antidiskriminierungsgesetze schützen im Falle einer Diskriminierung vor einer Kündigung<sup>81</sup>. Daneben schützen die meisten der oben genannten Gesetze den Arbeitnehmer vor einer Kündigung, wenn er die ihm gesetzlich zustehenden Rechte, wie Ansprüche auf die betriebliche Altersversorgung<sup>82</sup>, den gesetzlichen Mindestlohn<sup>83</sup> oder Sicherheitsbestimmungen am Arbeitsplatz<sup>84</sup>, geltend macht. § 8 (a) (3) des *National Labor Relations Act*<sup>85</sup> schützt den Arbeitnehmer gegen Kündigungen wegen Gewerkschaftsmitgliedschaft<sup>86</sup>. Der *Consumer Credit Protection Act* von 1970 verbietet dem Arbeitgeber, den Arbeitnehmer zu entlassen, weil dessen Gehalt der Pfändung unterliegt<sup>87</sup>. Schließlich gibt es Gesetze zum Schutze von Arbeitnehmern, die entlassen werden, weil sie dem Arbeitgeber oder einer Behörde Mißstände in Sachen des Umweltschutzes anzeigen (sogenannte *whistleblowers*)<sup>88</sup>.

### 2. Staatenrecht

Wie auf Bundesebene so sind auch in den Staaten Gesetze zum Schutze gegen Diskriminierung aufgrund von Rasse, Hautfarbe, Religion, Herkunft, Alter, Geschlecht, nationaler Herkunft oder Behinderung erlassen worden<sup>89</sup>. Interessant ist, daß mehrere Staaten AIDS als Behinderung definieren, so daß an AIDS erkrankte Arbeitnehmer unter den Schutz dieser Gesetze fallen<sup>90</sup>.

Die einzelstaatlichen *Workers Compensation Laws* schützen davor, daß der Arbeitgeber kündigt, weil der Arbeitnehmer den Schaden, den er durch einen Arbeitsunfall erleidet, geltend macht<sup>91</sup>. Ebenso wird der Arbeitnehmer geschützt, wenn er den gesetzlichen Mindestlohn<sup>92</sup> verlangt oder Arbeitsschutzmaßnahmen<sup>93</sup> fordert. Zusätzlich werden, wie auch schon durch Bundesgesetze, Arbeitnehmer geschützt, die einer Gewerkschaft angehören, politisch aktiv<sup>94</sup> sind, Mitglieder einer Jury<sup>95</sup> oder schwanger<sup>96</sup> sind. Schließlich sollen die *whistleblowers* geschützt werden, die dem Arbeitgeber oder der Behörde die Verletzung von Vorschriften in dem Betrieb anzeigen und daraufhin entlassen werden. Weil der Schutz dieser Personengruppe von etlichen Gerichten mit dem Argument abgelehnt wird, es sei Sache des Gesetzgebers, über den Schutz der *whistleblowers* zu entscheiden<sup>97</sup>, haben viele Bundesstaaten Gesetze zu ihrem Schutz erlassen<sup>98</sup>.

Überdies haben in den letzten Jahren einige Staaten damit begonnen, Kündigungsschutzgesetze zu erlassen. In *South Dakota* ist eine Entlassung nur bei Vernachlässigung von Pflichten, insbesondere Arbeitsunfähigkeit und absichtlicher Vertragsverletzung möglich<sup>99</sup>. *Montana* hat 1987 den "Wrongful Discharge From Employment Act" erlassen<sup>100</sup>. Zwar ist nach dem Arbeitsgesetzbuch von *Montana* die *Employee-at-will-Doktrin* Ausgangspunkt<sup>101</sup>. Eine Kündigung ist aber rechtswidrig, wenn sie nicht aus berechtigtem Grund erfolgt und der Arbeitnehmer die Probezeit erfolgreich beendet hat<sup>102</sup>. Die berechtigten Kündigungsgründe, die § 39-2-903 (5) des *Montana Code Annotated* beispielhaft auszählt, sind allerdings alle recht weit gefaßt: Es reicht aus, daß der Arbeitgeber mit der Arbeit des Arbeitnehmers unzufrieden ist oder die Geschäftssituation des Arbeitgebers eine Kündigung erfordert<sup>103</sup>.

## III. Vertragliche Einschränkungen

Wie oben gezeigt, gilt der Grundsatz der freien Kündi-

gung ausdrücklich bis heute fort<sup>104</sup>. In letzten Jahren ist diese *at-will-Theorie* durch die Gerichte der Einzelstaaten, die für die Kündigung von Arbeitsverträgen als Teil des allgemeinen Vertragsrecht zuständig sind, stark angegriffen worden.

### 1. Schriftlicher Vertrag

Besteht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein schriftlicher Arbeitsvertrag, der u. a. auch Zeitdauer und Kündigungsgründe regelt, so stellt eine Kündigung, die gegen die Vertragsvereinbarung verstößt – wie z. B. eine Kündigung ohne Kündigungsgrund (*just cause*) –, einen Vertragsbruch dar, der zum Schadensersatz verpflichtet<sup>105</sup>. Auch ohne ausdrückliche Vertragsvereinbarung hat der Arbeitgeber allerdings immer das Recht den Arbeitsvertrag zu kündigen, wenn der Arbeitnehmer seinen vertraglichen Pflichten nicht nachkommt<sup>106</sup>. Es fragt sich nun, ob es Sinn macht, das Recht des Arbeitgebers zur freien Kündigung durch einen solchen Arbeitsvertrag einzuhängen oder ob ohne einen schriftlichen Arbeitsvertrag der anwendbare Grundsatz der freien Kündigung (*Employee-at-will-Doktrin*) eher erhalten bleibt.

### 2. Implizites Versprechen

Von einer Vielzahl von Gerichten wird weiterhin der

<sup>81</sup> FLSA 29 U.S.C. 201 ff.; *Equal Pay Act* 29 U.S.C. 206 (d); *Title VII des Civil Right Acts* 42 U.S.C. §§ 2000 e ff.; ADEA 29 U.S.C. § 623.

<sup>82</sup> 29 U.S.C. § 1140 f. (1982).

<sup>83</sup> FLSA 29 U.S.C. 215 (a) (3), 216 (b) (1982).

<sup>84</sup> OSHA 29 U.S.C. § 660 (c) (1982).

<sup>85</sup> S. unten V. 1.

<sup>86</sup> 29 U.S.C. § 158 (a) (3), (4) (1982). Arbeitnehmer, die im öffentlichen Dienst tätig sind, schützt § 7116 (a) 5 U.S.C. § 1101 ff. des *Federal Civil Service Reform Act* von 1978.

<sup>87</sup> 15 U.S.C. § 1674 (a) (1982).

<sup>88</sup> *Clean Air Act*, 42 U.S.C. § 7622 (1982).

<sup>89</sup> N. Y. Exec. Law § 296 (1) (a) (1983); Cal. Gov't Code § 12940 (a) (1980); D. C. Code Ann. § 1-2512 (1981).

<sup>90</sup> New York Human Rights Law, N. Y. Exec. Law § 296 (1) (a), (e) und (g). Auch durch Gesetze der Staaten werden wiederum Arbeitnehmer, die in der Armee waren, besonders geschützt, N. Y. Mil. Law § 251 f. (1979); Cal. Mil. & Vet. Code §§ 394 (1955), § 394.5 (1984).

<sup>91</sup> *New York Workers' Compensation Law* § 120 (1983); *California Labor Code* § 132 a (1984); *District of Columbia Workers Compensation* §§ 36–316 (1981).

<sup>92</sup> N. Y. Labour Law § 332 (1).

<sup>93</sup> Cal. Lab. Code § 6310 f.

<sup>94</sup> N. Y. Civil Service Law § 1107 (1); Cal. Lab. Code §§ 1101 ff.; D. C. Code Ann. 1-25-12 (1981).

<sup>95</sup> N. Y. Jud. Law § 519; Cal. Lab. Code § 230 (1971).

<sup>96</sup> Cal. Health & Safety Code § 25955 (1984); D. C. Code. Ann. § 1-2512 (1981).

<sup>97</sup> *Murphy v. American Home Products*, 58 N. Y. 2d 293, 461 N. Y. S. 2d 232 (1983). Befürwortend aber *Parmer v. Americana Hotels, Inc.*, 65 Hawaii 370, 652 P. 2d 625 (1982); *Palmateer v. International Harvester Co.*, 85 Ill. 2d 124, 521 Ill. Dec. 13, 421 N. E. 2d 876 (1981).

<sup>98</sup> N. Y. Lab. Law § 740 (Gefährdung der Sicherheit); Cal. Lab. Code § 1102.5.

<sup>99</sup> S. D. Codified Laws Ann. § 60-4-5 (1978). Auch der Gesetzgeber von Puerto Rico verlangt besondere Kündigungegründe, P. R. Laws Ann. Tel. 39 § 185 a ff. (1985).

<sup>100</sup> S. 39 Mo. Code Ann. §§ 39-2-901 ff.; En. Sec. 1, Ch. 641.

<sup>101</sup> § 39 Mo. Code Ann. § 32-2-503.

<sup>102</sup> § 39 Mo. Code Ann. § 39-2-904 (2): A discharge is wrongful only if the discharge was not for good cause and the employee had completed the employer's probationary period of employment.

<sup>103</sup> § 39 Mo. Code Ann. § 39-2-903: "Good cause" means reasonable job-related grounds for dismissal based on a failure to satisfactorily perform job duties, disruption of the employer's operation, or other legitimate business reason.

<sup>104</sup> S. oben D. I. Für *New York: Parker v. Borock*, 148 N. E. 2d 324, 43 LRRM 2483 (N. Y. Ct. App. 1959); *Bonink v. New York Medical College*, 535 F. Supp. 1353, 119 LRRM 4643 (D. C. SNY 1982); *Murphy v. American Home Products*, 58 N. Y. 2d 293, 304 f., 461 N. Y. 2d 232, 237 (1983). Wie bereits erwähnt, für Kalifornien als Gesetz (Cal. Labor Code § 2922); *Swaffield v. Universal Escos Corp.*, Cal. Ct. App. 27 Cal. App. 2d, 147, 76 Cal. Rptr. 180 (1969). Für den *District of Columbia* s. *Taylor v. Greenway Restaurant, Inc.*, D. C. Ct. App. 1961; *Pfeffer v. Ernst*, D. C. Ct. App. 1951, 82 A. 2d 763.

<sup>105</sup> *Thomsen v. Independent School Dist. No. 91, Carton County, Barnum*, 309 Minn. 391, 244 N. W. 12d 282 (1976).

<sup>106</sup> *Thomsen v. Independent School Dist. No. 91, Carton County, Barnum*, 309 Minn. 391, 244 N. W. 12d 282 (1976); *Jones v. Intermountain Power Project*, 794 F. 2d 546 (10th Cir. 1986).

Grundsatz der freien Kündigung selbst dann aufrechterhalten, wenn Handbücher (*employee handbooks*) oder mündliche Versprechen des Arbeitgebers darauf schließen lassen, daß dieser eine bestimmte Zeitdauer für den Arbeitsvertrag, eine Kündigungsfrist (*to give notice*) oder besondere Kündigungsgründe (*just cause*) einhalten wollte<sup>107</sup>. Gerichte argumentieren, solche Aussagen seien für ein Versprechen zu ungenau, lediglich rechtlich nicht schützenswerte Erwartungen des Arbeitnehmers<sup>108</sup>, oder sie ständen in keinem Gegenleistungsverhältnis des Arbeitgebers<sup>109</sup>. Denn nach dem amerikanischen Vertragsrecht ist eine Willenserklärung nur dann bindend, wenn ihr gleichzeitig eine Gegenleistung (*consideration*) gegenübersteht<sup>110</sup>. Schließlich wird jede Einschränkung der *at-will-Theorie* abgelehnt<sup>111</sup>.

Allerdings sind in jüngster Zeit Tendenzen in der Rechtsprechung festzustellen, die den Grundsatz der freien Kündigung aufgrund eines entgegenstehenden stillschweigenden oder ausdrücklichen Versprechens des Arbeitgebers einschränken. Eine solche Einschränkung wird vor allem dann vorgenommen, wenn drei Voraussetzungen vorliegen: Erstens muß eine mündliche oder schriftliche Äußerung des Arbeitgebers als eindeutiges Versprechen bzgl. Vertragsdauer oder Kündigungsfrist oder -grund ausgelegt werden können, zweitens muß der Arbeitnehmer vernünftigerweise darauf vertrauen dürfen (*reasonable reliance*) und drittens muß der Arbeitnehmer eine Gegenleistung erbringen, sei es die tatsächliche Arbeitsleistung oder etwa, daß er beim Arbeitgeber weiterarbeitet und eine andere Stelle ausschlägt<sup>112</sup>. Zusammenfassend läßt sich somit festhalten, daß auch ohne Arbeitsvertrag das freie Kündigungsrecht durch die Rechtsprechung eingeschränkt wird.

#### IV. Entwicklungen der neueren Rechtsprechung

##### 1. Dogmatische Grundlagen

Daneben haben Gerichte die *at-will-Theorie* eingeschränkt, wenn gegen die *public policy* oder gegen die dem Vertrag innenwohnende Pflicht, nach Treu und Glauben zu handeln (*implied obligation of good faith and fair dealing*) verstößen wurde.

Ein Verstoß gegen die *public policy* liegt vor, wenn nach objektiven Kriterien der Verfassung, einem Gesetz oder allgemein dem Recht zuwidergehandelt oder ein gesetzlich garantiertes Recht vereitelt wird<sup>113</sup>. Sie ähnelt damit dem Begriff des *ordre public*. Ein Verstoß gegen die *public policy* führt häufig zum Schadensersatz aus Delikt (*tort action for wrongful discharge*), insbesondere dem Schadensausgleich mit Strafcharakter — den *punitive damages*<sup>114</sup>.

Inzident wird der Arbeitsvertrag von einigen Gerichten so ausgelegt, daß eine Pflicht, nach Treu und Glauben zu handeln (*implied obligation of good faith and fair dealing*), von beiden Vertragsparteien zu erfüllen ist. Während eine solche Pflicht von *New Yorker* Gerichten entschieden abgelehnt wird<sup>115</sup>, bejahen Gerichte in *Kalifornien* und *Washington D. C.* eine dem Vertrag implizit innenwohnende Pflicht, nach Treu und Glauben zu handeln<sup>116</sup>. Treu und Glauben verlangen nach objektiven Maßstäben Redlichkeit im Geschäftsverkehr. Eine Kündigung ist dann nicht rechtens, wenn sie den Normen der Fairness und Redlichkeit widerspricht<sup>117</sup>. Inhaltlich wird auf die berechtigten Erwartungen des Arbeitnehmers, insbesondere was die Vertragsdauer betrifft, abgestellt. So wurden berechtigte Erwartungen des Arbeitnehmers, daß ihm nicht ohne Grund gekündigt wird, bejaht, nach-

dem er als langjähriger Mitarbeiter ununterbrochen gute Zeugnisse erhalten hatte<sup>118</sup>.

Ein Verstoß gegen Treu und Glauben führt regelmäßig nur zum Vertragsbruch<sup>119</sup>. Das heißt, im Gegensatz zum deutschen Recht ist eine rechtswidrige Kündigung nicht unwirksam. Ansprüche gehen deshalb nicht auf Erfüllung (*specific performance*), sondern auf Schadensersatz<sup>120</sup>. Der Arbeitnehmer muß beweisen, daß der Arbeitgeber gegen die *public policy* verstoßen hat.

##### 2. Fallgruppen

Bereits Ende der 50er Jahre hatten Gerichte Kündigungen für rechtswidrig erklärt, wenn der Grund für die Kündigung darin lag, daß sich der Arbeitgeber geweigert

<sup>107</sup> *Edward v. Kentucky Utilities Co.*, 286 Ky. 341, 150 S. W. 2d 916 (1941); *Buian v. J. L. Jacobs & Co.*, 428 F. 2d 531 (7th Cir. 1970); *Justice v. Stanley Aviation Corp.*, 35 Colo. App. 1, 530 P. 2d 984 (1974); *Singh v. Cities Serv. Oil Co.*, 554 P. 2d 1367 (Okl. 1976).

<sup>108</sup> *Chastain v. Kelly-Springfield Tire Co.*, 733 F. 2d 1479 (11th Cir. 1984); *Degen v. Investors Diversified Service, Inc.*, 260 Inc., 260 Minn. 424 110 N. W. 2d 863 (1961), *Mau v. Omaha National Bank*, 207 Neb. 308, 299 N. W. 2d 147 (1980).

<sup>109</sup> *Chastain v. Kelly-Springfield Tire Co.*, 733 F. 2d 1479 (11th Cir. 1984); *Ryan v. Ciba-Geigy Corp.*, 560 F. Supp. 619 (N. D. Ill. 1983), *Skagerberg v. Blandin Paper Co.*, 197 Minn. 291, 266 N. W. 872 (1936).

<sup>110</sup> *Farnsworth, Contracts*, 1982, § 2.11, S. 66 ff.; ausführlich *Holloway/Leech, Employment Termination, Rights and Remedies*, 1985, S. 43 ff. Die Gerichte argumentieren, daß die Arbeitsleistung nicht eine solche Gegenleistung darstellt. S. Fn. 99. Zudem wird argumentiert, daß es ebenso dem Arbeitnehmer freistehet, jederzeit zu kündigen, *Heshizer, The New Common Law of Employment: Changes in the Concept-at-will*, L. L. J. S. 99 (1985).

<sup>111</sup> *Page v. Carolina Coach Co.*, 667 F. 2d 1156 (4th Cir. 1982); *Morris v. Park Newspapers of Georgia, Inc.*, 149 Ga. App. 674, 255 S. E. 2d 131 (1979); *Griffith v. Sollay Foundation Drilling, Inc.*, 373 So. 2d 979 (La. App. 1979).

<sup>112</sup> Für *Kalifornien*: *Pugh v. See's Candies, Inc.*, 116 Cal. App. 3d 311, 171 Cal. Rptr. 917 (1981), *Pine River State Bank v. Mettrile*, 333 N. W. 2d 622 (Minn. 1983); für den *District of Columbia*: *Washington Welfare Assn., Inc.*, v. *Wheeler D. C. Ct. App.* 1985, 121 LRRM 3361; *New York* verlangt dagegen zusätzlich eine Gegenleistung: *Weiner v. McGraw-Hill, Inc.*, 57 N. Y. 2d 458, 457 N. Y. S. 2d 193, 433 N. E. 2d 441 (1982); *Murphy v. American Home Products*, 58 N. Y. 2d 293, 461 N. Y. S. 2d 232 (1983); *Sabatay v. Sterling Drug, Inc.*, 114 A. D. 2d 6, 497 N. Y. S. 2d 655 (1986), aff'd, 69 N. Y. 2d 329, 514 N. Y. S. 2d 209 (1987). Mit diesen drei Voraussetzungen umgeht man den Meinungsstreit, ob allein ein Versprechen und das Vertrauen darauf ausreichen (wie in Kalifornien und im *District of Columbia*, s. auch *Toussaint v. Blue Cross & Blue Shield of Michigan*, 408 Mich. 579, 292 N. W. 2d 880 [1980]; *Leickvold v. Valley View Community Hospital*, 141 Ariz. 544, 668 P. 2d 170, 174 [1984]) oder zusätzlich eine Gegenleistung vorliegen muß (wie in New York). Vgl. *Thompson v. St. Regis Paper Co.*, 102 Wash. 2d 219, 685 P. 2d 1081 (1984); *Bennett v. Eastern Builders, Inc.*, 52 N. C. App. 579, 279 S. E. 2d 46 (1981); *Foley v. Community Oil Co., Inc.*, 64 F. R. D. 561 (D. N. H. 1974); *Fortune v. National Cash Register*, 94 Ohio App. 308 (1953); *Player, Employment Discrimination Law*, S. 19.

<sup>113</sup> Für *Kalifornien*: *Tameny v. Atlantic Richfield Co.*, 27 Cal. 3d 167 (1980); *Petermann v. Teamsters Local 396*, 174 Cal. App. 2d 184, 344 P. 2d 25 (1959); ablehnend: *District of Columbia*: *Ivy v. Army Times Publishing Co. D. C. Ct. App.* 1981, 115 LRRM 4549; zurückhaltend auch *New York*: *Chin v. American Telephone & Telegraph* 70 AD. 2d 791, 115 LRRM 5066 (N. Y. Sup. Ct. 1978); *Murphy v. American Home Products*, 58 N. Y. 2d 293, 461 N. Y. S. 2d 232 (1983). Cf. auch *Payne v. Rosendaal*, 147 Vt. 488, 520 A. 2d 586, 588 f. (1986); *Heshizer, S. 101.*

<sup>114</sup> *Tameny v. Atlantic Richfield Co.*, 27 Cal. 3d 167 (1980); *Petermann v. Teamsters Local 396*, 174 Cal. App. 2d 184, 344 P. 2d 25 (1959); *Cleary v. American Airlines*, 111 Cal. App. 3d 433; 186 Cal. Rptr. 732 (1980); *Frank B. Hall & Co., Inc. v. Buck*, 678 S. W. 2d 612 (Tex. Civ. App. 1984), cert. den. 105 S. Ct. 2704, 86 L. Ed. 2d 720 (1985).

<sup>115</sup> *New York*: *Monge v. Beebe Rubber Co.*, 114 N. H. 130, 316 A. 2d 549 (1974); *Waksfield v. Northern Telecom Inc.*, 769 F. 2d 109 (1985). Cf. auch *Fortune v. National Cash Register Co.*, 373 Mass. 96, 364 N. E. 2d 1251 (1977); ausführlich *Holloway/Leech* S. 62 ff.; *Antoine, At-will-Employment*, 33 L. Quandrangle Notes 26, 28 (Feb. 1988).

<sup>116</sup> Für *Kalifornien*: *Cleary v. American Airlines*, 111 Cal. App. 3d 443, 186 Cal. Rptr. 732 (1980); für den *District of Columbia*: *Downey v. Firestone Fore & Ruber Co. D. C.*, 1986, LRRM 2855.

<sup>117</sup> *Krauskopf, Employment Discharge: Survey and Critique of the Modern Employment-at-Will Rule*, 51 U. M. K. C. L. Rev. 189, 215 (1983); *Player, Employment and Discrimination Law*, S. 9; *Holloway/Leech*, S. 48 ff.

<sup>118</sup> *Corenswet, Inc. v. Amana Refrigeration, Inc.*, 594 F. 2d 129, 134 (5th Cir. 1979); *Holloway/Leech*, S. 72 ff., vgl. auch *Cleary v. American Airlines*, 111 Cal. App. 3d 443, 186 Cal. Rptr. 732 (1980); *Downey v. Firestone Fore & Ruber Co. D. C.*, 1986, LRRM 2855.

<sup>119</sup> *Player, Employment and Discrimination*, S. 3 f.

<sup>120</sup> Note, *Protecting At-Will-Employees against wrongful Discharge: The duty to terminate only in good faith*, 93 Har. L. Rev. 1844; *Liebers*, S. 49; s. aber auch *Brickmeier v. Dun & Bradstreet*, 113 Wis. 2d 561, 335 N. W. 2d 834 (Wisconsin 1983).

hatte, eine strafbare Handlung zu begehen<sup>121</sup>. Ebenso reicht es Gerichten aus, wenn der Arbeitnehmer bei der Vornahme der vom Arbeitgeber geforderten Handlung gegen ein Gesetz verstößt<sup>122</sup>.

Fälle der *public policy* liegen vor allem dann vor, wenn der Arbeitgeber die Arbeitnehmerin entlässt, weil sich diese dem sexuellen Verlangen des Arbeitgebers widersetzt<sup>123</sup> oder ansonsten das Anstands- und Schamgefühl in einem erheblichen Maße verletzt wird<sup>124</sup>.

Weitergehend sind Kündigungen dann rechtswidrig, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer hindert, seine gesetzlichen Rechte geltend zu machen. Das sind beispielsweise das Recht in einer Gewerkschaft einzutreten<sup>125</sup>, nach einem Arbeitsunfall entschädigt zu werden<sup>126</sup> oder Arbeitsplatzschutzmaßnahmen zu verwirklichen. Denn die Rechtmäßigkeit der Kündigung würde dem Gesetzeszweck entgegenstehen.

### Zwischenergebnis

Die Gesetzgebung des Bundes und der Einzelstaaten haben regelmäßig inhaltlich weitgehend übereinstimmende Gesetze zum Schutze der Arbeitnehmer erlassen. Die Rechtsprechung ist aufgrund der Anwendung allgemeinen Vertragsrechtes als Recht der Einzelstaaten stark zersplittet und oft gegensätzlich. Trotzdem ist eine Tendenz erkennbar, den Grundsatz der freien Kündigung (*Employee-at-will-Doktrin*) einzuschränken. Regelmäßig werden bis jetzt nur Extremfälle für rechtswidrig erklärt<sup>127</sup>, so die Diskriminierung von Minderheiten, die Durchsetzung gesetzlich zustehender Rechte oder ein Verstoß gegen die *public policy*. Einen weiteren Versuch, das Kündigungsrecht einzuschränken, stellt die Rechtsprechung dar, die mündliche Aussagen des Arbeitgebers oder Formularhandbücher zum Anlaß eines bindenden Versprechens nimmt.

### V. Einschränkungen des Kündigungsrechtes in anderen Bereichen

#### 1. Kollektivvertragsrecht

Ganz im Gegensatz dazu stehen die Kollektivverträge (*collective bargaining agreements*) der Gewerkschaften, die weitreichend vor Kündigungen durch den Arbeitgeber schützen, insbesondere einen berechtigten Grund (*just cause*) verlangen<sup>128</sup>. Zwar ist Kollektivvertragsrecht in unserem Fall nicht anwendbar. Gleichwohl ist es aber sinnvoll, die Kündigungsmöglichkeiten bei Kollektivverträgen kurz aufzuzeigen. Denn von einigen Autoren wird vorhergesagt, daß die Rechtsprechung künftig in stärkerem Maße einen berechtigten Grund zur Kündigung (*just clause*) verlangt<sup>129</sup>, wie sie im Kollektivvertragsrecht gilt<sup>130</sup>. Wichtigstes Gesetz<sup>131</sup> ist der *National Labor Relations Act von 1935* (auch *Wagner-Connery Act* genannt)<sup>132</sup>, der die Bildung von gewerkschaftlichen Vertretungen, die Beilegung von Tarifkonflikten (*collective bargaining agreements*) und das Sanktionieren ungerechtfertigten Verhaltens des Arbeitgebers (*unfair labor practices*) regelt. Das Gesetz findet Anwendung auf alle arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, soweit Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Handel zwischen den Bundesstaaten tätig sind.

Regelmäßig bleibt dem Arbeitgeber trotz Kollektivvertrag das Recht unbenommen, Arbeitnehmer aus wirtschaftlichen Gründen zu entlassen. Eingeschränkt wird dieses Kündigungsrecht aber durch eine Senioritätsklausel (*seniority*), welche die Reihenfolge der Entlassungen

nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses im Unternehmen bestimmt<sup>133</sup>.

Ansonsten ist eine Kündigung nur aus berechtigten Gründen (*just cause*) möglich. Kündigungsgründe berechtigen, wie § 2924 des *California Labor Code* definiert, dann zur Kündigung durch den Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer vorsätzlich eine vertragliche Pflicht bzgl. seiner zu leistenden Arbeit verletzt, oder er nicht imstande ist, diese Pflicht zu erfüllen<sup>134</sup>.

Folgende Fallgruppen sind anerkannt:

- Fehlzeiten (*absenteeism*)  
Einer der Hauptkündigungsgründe stellt das unbegründete oder unentschuldigte Fernbleiben von der Arbeitsstelle dar. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalles<sup>135</sup>.
- Tägliche Angriffe, grob ungebührliches Verhalten (*assault, troublemaking*)  
Tägliche Angriffe aber auch ungebührliches Verhalten können als Kündigungsgrund ausreichen<sup>136</sup>.
- Unredlichkeit, Diebstahl (*disloyalty, theft*)  
Unredlichkeit, insbesondere beim Einstellungsbezug (z. B. das Verschweigen eines Kapitalverbrechens<sup>137</sup>) berechtigt zur Kündigung. Das gleiche gilt

<sup>121</sup> *Petermann v. Teamsters Local 396*, 174 Cal. App. 2d 184, 344 P. 2d 25 (1959) (Meineid); *Tamery v. Atlantic Richfield Co.*, 27 Cal. 3d 167 (1980) (Illegal Verabredung von Preiskarten); *Vermillion v. AAA Pro Moving & Storage Co.*, 146 Ariz. 215, 704 P. 2d 1360 (1985) (Diebstahl); *Lucas v. Brown & Root, Inc.*, 736 F. 2d 1202 (8th Cir. 1984) (Verkauf von Arzneimitteln ohne Lizenz).

<sup>122</sup> *Sabine Pilot Service, Inc. v. Hauck*, 687 S. W. 2d 733 (Tex. 1985); *Trombeta v. Detroit & Ronton R. R. Co.* 81 Mich. App. 489, 265 N. W. 2d 385 (1978).

<sup>123</sup> *Monge v. Beebe Rubber Co.* 114 N.H. 130, 316 A. 2d 549 (1974).

<sup>124</sup> *Wagenseller v. Scottsdale Memorial Hospital*. 147 Ariz. 370, 710 P. 2d 1025, 1035.

<sup>125</sup> S. schon oben C. II. I. 2. *Cleary v. American Airlines*, 111 Cal. App. 3d 433; 186 Cal. Rptr. 732 (1980).

<sup>126</sup> *Frampton v. Central Indiana Gas Co.*, 260 Ind. 249, 297 N. E. 2d 425 (1973); *Kelsay v. Motorola, Inc.* 74 Ill. 2d, 384 N. E. 2d 353 (1978); *Suento v. Kroger Co.*, 69 Mich. App. 644, 245 N. W. 2d 151 (1976).

<sup>127</sup> So ausdrücklich *Cleary v. American Airlines*, 111 Cal. App. 3d 433; 186 Cal. Rptr. 732 (1980); *Aronstein, S.* 259.

<sup>128</sup> Das führt zu dem Ergebnis, daß Arbeiter (*blue collar workers*) heutzutage in den USA wesentlich besser vor Kündigungen geschützt sind als die Angestellten (*white collar workers*).

<sup>129</sup> S. dazu die Gesetzgebung von South Dakota und Montana sowie die Rechtsprechung in Kalifornien.

<sup>130</sup> *Peck, Unjust Discharges from Employment: A Necessary Change in the Law*, 40 Ohio St. L. J. 1 ff. (1979); *Note*, 93 Har. L. Rev. 1816, 1844, vgl. auch *Whittlesey, Protection Against Discharge Without Cause*, 53 N. Y. St. B. J. 101, 129 (1981); *Aaron, Comparative Labour law and industrial relations*, 3rd ed., 1987, 96 f.; *S. Commerce Cleaning House; Carr in Aronstein, S.* 263. *Perrit* entwickelt in seinem Lehrbuch (*Employee Dismissal, Law and Practice*, 1988) ein Kündigungsrechtsgesetz.

<sup>131</sup> Bereits in den dreißiger Jahren verbot der bereits oben erwähnte *Norris-LaGuardia Act von 1932* (29 U.S.C. §§ 101 ff., 47 Stat. 70 ff.) Bundesgerichten, einseitige Verfugungen gegen streikende Arbeitnehmer zu erlassen.

<sup>132</sup> 29 U.S.C. §§ 151 ff. Die neu eingerichtete Bundesbehörde *National Labor Relations Board (NLRB)* überwacht zum einen die Bestellung von Gewerkschaften zu Tarifverhandlungen durch die Arbeitnehmer, zum anderen sanktioniert sie unfaire Praktiken (*unfair labor practices*) des Arbeitgebers. S. *Leslie, Labor Law*, 1979, S. 8 ff.; *Liebers, S.* 50–62. Der *Labor Relations Act von 1947* (Auch *Taft-Hartley Act* genannt, 29 U.S.C. §§ 141 ff.) soll unfaire Praktiken seitens der Gewerkschaften verhindern. Schließlich bezweckt der *Labor-Management Reporting and Disclosure Act von 1959* (auch *Landrum-Griffin Act* genannt, 29 U.S.C. §§ 401 ff.) die Kontrolle der inneren Angelegenheiten zum Schutze der Gewerkschaftsmitglieder. S. *Smith/Merrifield/St. Antoine, Labor Relations Law*, 5th ed., 1974, S. 1–53.

<sup>133</sup> *Elkouri, How Arbitration Works*, 3rd ed., 1973, S. 51; *Liebers S.* 75. *Title VII des Civil Rights Act* ist verletzt, wenn aufgrund einer Senioritätsklausel schwangere Arbeitnehmerinnen zuerst entlassen werden. So *Nashville Gas Co. v. Satty*, 98 S. Ct. 347 (U.S. 1977) und das darauffolgende Gesetz: 29 U.S.C. § 701 (k).

<sup>134</sup> Cal. Lab. Code § 2924: An employment for a specified term maybe terminated at any time by the employer in case of any willful breach of duty by the employee in the course of his employment, or in case of his habitual neglect of his duty or continued incapacity to perform it.

<sup>135</sup> *Sieber, Termination of Employment in the United States*, 6 Com. Lab. Law., S. 327, 331 (1982).

<sup>136</sup> *Arb. Roberts in Midland Brick*, 74 LA 537 (1980); *Arb. Groshong in Fairchild Industries*, 75 LA 288 (1980). S. allgemein *Liebers, S.* 90 ff.

<sup>137</sup> *Arb. Dunn in Gardner-Denver Co.*, 71 LA 1048 (1978).

für den Diebstahl, soweit die gestohlene Sache von einem gewissen Wert ist<sup>138</sup>.

– Unfähigkeit, Nachlässigkeit (*incompetence, negligence*)

Bei Unfähigkeit und Nachlässigkeit bzgl. der Arbeitspflichten ist grundsätzlich zuerst abzumahnen. Eine Entlassung kommt erst bei mehrfachen Fehlleistungen in Betracht<sup>139</sup>.

– Arbeitsverweigerung (*insubordination*)

Im Kollektivvertragsrecht gibt die Verweigerung von Arbeitszuweisungen erst nach mehrfacher Wiederholung einen Kündigungsgrund<sup>140</sup>. Im Individualvertragsrecht berechtigt die Arbeitsverweigerung sofort zur Kündigung<sup>141</sup>.

– Rauschmittel-, Alkoholgenuss (*intoxication*)

Unter *intoxication* versteht man den Genuss von Rauschmitteln (Marihuana oder Alkohol), die nicht unter die Rubrik Suchtabhängigkeit fallen. Hier sind insbesondere Sicherheitsüberlegungen von Bedeutung<sup>142</sup>.

– Krankheit (*disease*)

Krankheit wird insbesondere im Individualvertragsrecht als Kündigungsgrund anerkannt<sup>143</sup>.

## 2. Angestellte des öffentlichen Dienstes

Bereits seit 1912 werden Angestellte des öffentlichen Dienstes durch den *Lloyd-LaFollette Act*<sup>144</sup> geschützt, der eine Kündigung nur aus Gründen der Effektivität zuläßt.

### II. Teil: Ergebnis

Faßt man die obige Untersuchung zusammen, so ist festzustellen, daß es in den USA im Gegensatz zur Bundesrepublik Deutschland grundsätzlich dem Arbeitgeber freisteht, zu kündigen, wenn kein schriftlicher Arbeits- oder Kollektivvertrag dieses Recht einschränkt (Grundsatz der freien Kündigung [*Employee-at-will-Doktrin*]). Die USA ist damit die letzte Industrienation ohne gesetzlich geregelte Kündigungsgründe<sup>145</sup>. Allerdings ist dieser Grundsatz durch Gesetze auf Bundes- und Staatenebene, sowie durch die Rechtsprechung, insbesondere durch den Versuch, mündliche Aussagen des Arbeitgebers oder Formularhandbücher zum Anlaß eines bindenden Versprechens zu nehmen, eingeschränkt worden. Weitergehend verlangen, wie in *South Dakota* oder *Montana* Gesetzgebung und Rechtsprechung neuerdings einen berechtigten Grund, um kündigen zu dürfen<sup>146, 147</sup>. In ähnlicher Weise werden Arbeitnehmer und Angestellte des öffentlichen Dienstes weitgehend vor dem Grundsatz der freien Kündigung geschützt.

Aus diesem Grund sollte in einem schriftlichen Arbeitsvertrag grundsätzlich von dem Grundsatz der freien Kündigung ausgegangen werden, daneben aber bestimmte Kündigungsgründe aufgezählt werden<sup>148</sup>. Durch das Aufzählen von Kündigungsgründen kann man auch den Versuchen der Rechtsprechung entgegen, bestimmte Anhaltspunkte als bindendes Versprechen mittels der *duty of good faith and fair dealing* auszulegen.

Ein amerikanischer Arbeitsvertrag sollte deshalb folgende Punkte enthalten: Grundsätzlich ist von einem unbefristeten Arbeitsverhältnis auszugehen (Nr. 1). Eine Kündigung ist grundlos möglich; daneben werden aber bestimmte Gründe, die zu einer Kündigung berechtigen, aufgezählt (Nrn. 2, 3). Regelmäßig wird, soweit nicht besondere Umstände vorliegen, von einer Kündigungsfrist von 14 Tagen ausgegangen (Nr. 2). Ein amerikani-

scher Arbeitsvertrag könnte also wie folgt formuliert sein:

### 1. Original

#### Nr. 1 Term of Employment<sup>149</sup>

The term of this agreement will be unlimited.

### Nr. 2 Termination

This agreement may be terminated with cause or without cause by either party on ... 14... days written notice to the other. If employer will so terminate this agreement, employee will be entitled to compensation for ... 14... days.

Regardless this agreement the employer is entitled to terminate the labor contract in case one of the causes described under Nr. 3 is applicable.

In the event of any violation by employee of any of the terms of this contract, employer thereon may terminate employment without notice and with pay only to the date of such termination. It is further agreed that any breach of any of the terms of this contract by either party will result in immediate and irreparable injury to the other party and will authorize recourse to injunction and/or specific performance as well as to all other legal or equitable remedies to which such injured party may be entitled hereunder.

### Nr. 3 Just Cause for Termination

The following factors are deemed to be just cause for termination:

- a) Excessive absenteeism, provided generally that the employee was given notices or warnings;
- b) Altercations and fights, as distinguished from the usual disagreements and personality conflicts of everyday intercourse;
- c) Dishonesty, theft and disloyalty, such as the falsification of work records, the public airing of criticism of the employer, or working for a competitor;
- d) Drinking, intoxication on the job or reporting to work in an intoxicated condition or under the influence of drugs;
- e) Gambling on the job;
- f) Incompetence and negligence;
- g) Deliberate acts of vandalism related to the employee's work;
- h) Insubordination, unless justified by the need to protect a substantial employee interest, such as refusal to perform hazardous work;
  - i) Loafing or sleeping on the job;
  - k) Physical or mental disability resulting in inability to do the job.

<sup>138</sup> Arb. Krimsky in *United States Postal Service*, 71 LA 100 (1978).

<sup>139</sup> Arb. Heinz in *Kroger Co.*, 71 LA 989 (1978).

<sup>140</sup> Liebers, S. 93.

<sup>141</sup> Carr in Aronstein, S. 263.

<sup>142</sup> Arb. Maslanka in *Milwaukee, City of*, 71 LA 329 (1978).

<sup>143</sup> Elkouri, S. 541.

<sup>144</sup> 5 U.S.C. § 7501 (1970). S. auch den *Civil Service Act (Merit Systems Protection Act von 1976)*.

<sup>145</sup> Antoine, 33 L. Quadrangle Notes, 26 (Feb. 1988).

<sup>146</sup> Antoine, 33 L. Quadrangle Notes, 26, 30 f. (Feb. 1988).

<sup>147</sup> Dieses Ergebnis wird auch durch die empirische Befragung verschiedener Fernsehanstalten bestätigt. Bei diesen ist es üblich, erst einen abgestuften Katalog von Maßnahmen anzuwenden, um dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zu geben, seine Fehlleistungen zu beheben. Erst danach wird dem Arbeitnehmer mit einem Kündigungsgrund mit einer vierzehntägigen Kündigungsfrist gekündigt.

<sup>148</sup> Im amerikanischen Recht wird nach h. M. die *duty of good faith and fair dealing* durch eindeutige Vertragsvereinbarungen begrenzt. Corenswet, Inc., v. Amaa Refrigeration, Inc., 594 F.2d 129, 134 (5th Cir. 1979; Hollaway/Leech, S. 74).

<sup>149</sup> Der Musterarbeitsvertrag ist zusammengestellt aus Teilen von *American Jurisprudence Legal Terms* 2d., Vol. 71 *Research Institute of America (RIA)*: Employment coordinator, Vol. 12, 1988 und Carr in Aronstein, S. 263.

## 2. Übersetzung

### Nr. 1 Dauer der Beschäftigung

Die Dauer dieses Vertrages beginnt am ... 19... und ist unbegrenzt.

### Nr. 2 Kündigung

Dieser Vertrag kann von jeder Partei unter Einhaltung einer Frist von ... 14... Tagen schriftlich mit oder ohne Gründe gegenüber der anderen Partei gekündigt werden. Kündigt der Arbeitgeber diesen Vertrag dementsprechend, so hat der Arbeitgeber Anspruch auf eine Vergütung (*compensation*) für ... 14... Tage.

Unbeschadet dieser Vereinbarung kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis jederzeit kündigen, wenn die unter Nr. 3 dieses Vertrages aufgeführten Tatbestände vorliegen.

Hat der Arbeitnehmer gegen diesen Vertrag verstossen, so darf der Arbeitgeber daraufhin das Arbeitsverhältnis fristlos kündigen und ist nur zur Zahlung des Entgeltes bis zur Kündigung verpflichtet. Ferner besteht Einigung darüber, daß jeder Vertragsbruch und jede Überschreitung der Vertragsbestandteile durch eine Partei zu einer nicht wieder gut zu machenden Verletzung der anderen Partei führt. Diese Vertragsverletzung berechtigt zu einem Anspruch auf Unterlassung oder auf Vertragserfüllung sowie auf alle anderen rechtlichen oder billigen Mittel, zu denen die verletzte Partei hiernach berechtigt ist.

### Nr. 3 Einzelne Kündigungsgründe

Das Vorliegen unter anderem folgender Fälle rechtfertigt eine Kündigung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber:

a) Häufiges unentschuldigtes Fernbleiben von der Arbeit, sofern grundsätzlich eine Ankündigung oder Warnung vorausgegangen ist;

b) Streitigkeiten, die sich von den üblichen Meinungsverschiedenheiten und persönlichen Konflikten im menschlichen Zusammenleben unterscheiden;

c) Unredlichkeit, Diebstahl und Untreue, wie etwa die Fälschung von Arbeitszeugnissen, das öffentliche Kritisieren des Arbeitgebers oder die Tätigkeit für einen Konkurrenten;

d) Alkoholkonsum und Drogeneinnahme am Arbeitsplatz oder Arbeitsaufnahme unter Drogeneinfluß;

e) Glücksspiel am Arbeitsplatz;

f) Unfähigkeit und Nachlässigkeit;

g) Gezielter Vandalismus am Arbeitsplatz;

h) Ungehorsam, außer wenn er dazu dient, ein wesentliches Interesse des Arbeitnehmers zu schützen, wie etwa die Weigerung, gefährliche Arbeiten zu verrichten;

i) Schlafen während der Arbeit;

k) Körperliche oder geistige Behinderung, so daß die Arbeit nicht mehr ordnungsgemäß verrichtet werden kann.

den Rücktrittsfall des Verhinderns der Tatvollendung (§ 24 I 1, Alt. 2 StGB) ein „ernsthaftes Bemühen“ (vgl. Satz 2 der Vorschrift) — im Sinne optimaler Leistung und ausschöpfender Anstrengung — zu fordern sei<sup>1</sup>. Der BGH selbst hat die Frage bislang nicht deutlich beantwortet. Manche Urteile bestätigen eher die noch h. L., daß als „Verhindern“ auch ein schwaches, halbherziges Wirken genüge, wenn es nur *ursächlich* werde für das Ausbleiben des Erfolgs<sup>2</sup>. Andere weisen in die entgegengesetzte Richtung<sup>3</sup>. Der vorliegende Fall gab nun die beste Gelegenheit, die im Schrifttum inzwischen klar erfaßte Lösungsalternative geschärften Blickes aufzugreifen und die Judikatur endlich zu festigen. Denn darum ging es: Die Angeklagte hatte nach ihrem Mordversuch telefonisch einen Krankenwagen herbeigerufen und dadurch verursacht, daß ihr Mann schließlich entgiftet und gerettet wurde. Dies war aber, zumindest aus ihrer Sicht, eine unsichere Sache. Um die Rettungschancen zu maximieren, hätte sie nach eigener Beurteilung noch mehr tun, nämlich gleich oder bei Ankunft der Helfer die Vergiftung offenbaren müssen. Diese verschwieg sie, „obwohl sie annahm, daß sie den Arzt von der Giftbeibringung informieren müßte, wenn das Leben des Mannes gerettet werden sollte“.

2. Der Senat weicht indes einer die Argumente wägenden Streitentscheidung aus. Sei es, daß ihm die Zeit dafür noch nicht reif schien, sei es, daß ihm die Fixierung auf die Gründe des Landgerichts den Blick getrübt hat, jedenfalls hält er am dort gewählten Ansatz fest und sieht das Defizit in einem Mangel an gutem *Willen* der Angeklagten.

Seine dogmatische Prämisse ist, daß die fragliche Alternative des § 24 StGB nur erfüllt werde, wenn der Täter den von ihm in Gang gesetzten Kausalverlauf ... bewußt und gewollt unterbricht ...“, wenn er „den Eintritt des Erfolges tatsächlich verhindern will“. Dieses Erfordernis, wiewohl vielerorts behauptet und nirgends bestritten<sup>4</sup>, ist ohnehin der Überprüfung bedürftig. Es wird aber vom Senat sogar noch verschärft, nämlich durch die Behauptung, daß der „Rettungswille“ auch „fortbestehen“ müsse. Zwar habe die Angeklagte, was das LG zu Unrecht verneine, mit dem Anruf die Rettung „angestrebt“. Und auch, daß sie „durch ihr Verhalten nach dem Eintreffen des Arztes ... die Tat verschleieren wollte, würde der Annahme eines (noch fortdauernden) Rettungswillens nicht generell entgegenstehen.“ Da sie darin aber so weit ging, die aus ihrer Sicht dringend gebotene Aufklärung über den körperlichen Zustand des Opfers zu unterlassen, wird dem LG bescheinigt, es habe

## Zur subjektiven Seite des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung

Von Professor Dr. Rolf D. Herzberg, Bochum

Das in diesem Heft auf S. 472 abgedruckte Urteil des BGH bestätigt die Verurteilung wegen Mordversuches, obwohl die Angeklagte einen ursächlichen Beitrag zur Rettung des Opfers geleistet hat. Die Verneinung des Rücktritts begründet der Senat damit, daß es der Angeklagten am „fortbestehenden Rettungswillen“ gefehlt habe. Der Verf. kritisiert die Begründung und stellt die kaum behandelte Frage, was der Rücktritt durch Verhindern in subjektiver Hinsicht neben der Freiwilligkeit voraussetzt.

I. 1. Liest man den Leitsatz des Urteils, so erwartet man von den Gründen die bewußte Anerkennung der im Schrifttum vordringenden Minderansicht, daß auch für

<sup>1</sup> Blei, Strafrecht AT, 18. Aufl. 1983, S. 242; Roxin, JR 1986, 427; Schmidhäuser, Studb AT, 2. Aufl. 1984, 11/91 f. (ohne Hinweis auf die Problematik der Annahme); Walter, Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsdankens im zurechnenden Strafrecht, 1980, S. 136, 139.

<sup>2</sup> Vgl. BGHSt. 33, 295 (301); BGH, NJW 1985, 813; BGH, MDR 1980, 453; aus dem Schrifttum etwa Baumann/Weber, Strafrecht AT, 9. Aufl. 1985, S. 510; Dreher/Tröndle, StGB, 44. Aufl. 1988, § 24 Rdn. 7; Gores, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982, S. 161; Jakobs, Strafrecht AT, 1983, 26/21; Jescheck, Strafrecht AT, 4. Aufl. 1988, S. 492 (mit Fn. 40); Lackner, StGB, 18. Aufl. 1989, § 24 Anm. 4 b; Maurach/Gössels/Zipf, Strafrecht AT 2, 7. Aufl. 1989, § 41 Rdn. 88; Rudolphi in SK-StGB, 5. Aufl. 1988, § 24 Rdn. 27 b, c; Stratenuerth, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1981, Rdn. 724; Vogler in LK-StGB, 10. Aufl. 1983, § 24 Rdn. 112 a.

<sup>3</sup> So BGHSt. 31, 44 (49); BGH bei Dallinger, MDR 1972, 751.

<sup>4</sup> Vgl. außer den im Urteil genannten Entscheidungen etwa Eser in Schönkel/Schröder, StGB, 23. Aufl. 1988, § 24 Rdn. 59; Gores, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982, S. 162; Jakobs (Fn. 2), 26/21; Lackner (Fn. 2), § 24 Anm. 4 a; Maurach/Gössels/Zipf (Fn. 2), § 41 Rdn. 84, 90; Rudolphi in SK-StGB (Fn. 2), § 24 Rdn. 27 a; Schmidhäuser, Studb AT (Fn. 1), 11/92; Stratenuerth (Fn. 2), Rdn. 724; Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S. 345; Vogler in LK-StGB (Fn. 2), § 24 Rdn. 112; Wessels, Strafrecht AT, 18. Aufl. 1988, S. 193.