



# ARBEITSRECHT NEWS

## BETRIEBSRATSWAHLEN 2010

von **Claudia Müller**

München  
Rechtsanwältin  
cmueller@jonesday.com  
++49 89 2060 42 200

2010 finden in den Betrieben in Deutschland die regelmäßigen Betriebsratswahlen in der Zeit vom 01. März bis 31. Mai statt. Was Arbeitgeber hierbei beachten müssen, soll im Folgenden dargestellt werden.

### ■ WARUM FINDEN DIE WAHLEN ÜBERALL GLEICHZEITIG STATT?

Der Zeitpunkt der Wahlen ist in § 13 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) gesetzlich festgeschrieben, so dass alle unter den Geltungsbereich des Gesetzes fallenden Betriebe gleichzeitig einen neuen Betriebsrat wählen. Diese 1972 eingeführte Vereinheitlichung hat den Zweck, den Gewerkschaften die organisatorische Vorbereitung der Betriebsratswahlen zu erleichtern. Zwischen 1972 und 1989 galt ein Drei-Jahres-Rhythmus. Danach wurde ein Vier-Jahres-Rhythmus eingeführt, der erstmals für die regelmäßigen Betriebsratswahlen galt, die im Jahre 1990 stattgefunden haben.

### ■ WER DARF WÄHLEN UND GEWÄHLT WERDEN?

Wahlberechtigt sind gem. § 7 Satz 1 BetrVG alle Arbeitnehmer des Betriebes, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Der Umfang der Beschäftigung ist für das aktive Wahlrecht ohne Bedeutung -wahlberechtigt sind daher auch Arbeitnehmer, die in Teilzeit tätig sind oder nur geringfügig beschäftigt werden. Leiharbeiter

## INHALT

Betriebsratswahlen 2010	1
Auch ein noch so geringer Diebstahl kann eine Kündigung rechtfertigen	4
Arbeitsrecht und internationales Privatrecht	7
Was bringt uns die neue Regierung im Arbeitsrecht?	9

sind bei einer mehr als dreimonatigen Tätigkeit im Entleiherbetrieb aktiv wahlberechtigt (§ 7 Satz 2 BetrVG). Das passive Wahlrecht ist ihnen dort jedoch versagt. Die deutsche Staatsangehörigkeit ist keine Voraussetzung der Wahlberechtigung. Sie hängt auch nicht von einer Mindestdauer der Beschäftigung im Betrieb ab. Die Wählbarkeit setzt dagegen voraus, dass der Arbeitnehmer dem Betrieb bereits seit mindestens sechs Monaten angehört.

Die Zahl der Mitglieder des Betriebsrats wird durch § 9 BetrVG zwingend vorgegeben. Ab einer Betriebsgröße von 200 Arbeitnehmern besteht gem. § 38 BetrVG auch ein Anspruch auf die Freistellung von mindestens einem Betriebsratsmitglied von der beruflichen Tätigkeit. Die Freistellungen können auch in Form von Teilfreistellungen erfolgen, § 38 Abs. 1 Satz 3 BetrVG.

### ■ ABLAUF DER WAHL

Die Betriebsratswahl läuft nach einem äußerst formalisierten Verfahren ab. Maßgebliche Vorschriften sind neben dem BetrVG insbesondere die Wahlordnung (WahlO). Hierbei gibt es viele Fehlerquellen, die es zur Vermeidung einer Anfechtbarkeit der Wahl zu umgehen gilt. Das Wahlverfahren besteht aus folgenden Phasen:

- Bestellung des mindestens dreiköpfigen Wahlvorstandes durch den ausscheidenden Betriebsrat, der die Wahl vorbereitet und durchführt (§ 16 Abs. 1 Satz 1 BetrVG)
- Aufstellung der Wählerliste durch den Wahlvorstand zur Festlegung der aktiv und passiv wahlberechtigten Arbeitnehmer (§ 2 Abs. 1 Satz 1 WahlO)
- Erstellung von Wahlvorschlägen durch die wahlberechtigten Arbeitnehmer (§ 14 Abs. 3 BetrVG), die jeweils von einem gewissen Unterschriftenquorum unterstützt werden müssen (§ 14 Abs. 4 BetrVG)
- Stimmabgabe in geheimer und unmittelbarer, allgemeiner, gleicher und freier Wahl nach den Grundsätzen der Verhältniswahl (§ 14 Abs. 1 und 2 BetrVG)
- Auszählung der Stimmen durch den Wahlvorstand, § 18 Abs. 3 Satz 1 BetrVG, § 13 WahlO, Feststellung des Wahlergebnisses und Ermittlung der Sitzverteilung.



### ■ KOSTEN

Die Kosten der Wahl hat gem. § 20 Abs. 3 Satz 1 BetrVG der Arbeitgeber zu tragen. Es ist Recht und Pflicht des Arbeitgebers, dafür zu sorgen, dass der notwendige Sachaufwand zur Verfügung steht. Erst wenn der Arbeitgeber dieser Aufgabe nicht nachkommt, ist der Wahlvorstand berechtigt, die erforderlichen Gegenstände zu besorgen und vom Arbeitgeber Erstattung der Kosten zu verlangen. Die Kostentragungspflicht betrifft alle Vorgänge, die mit der Einleitung, Durchführung und Beendigung der Wahl zusammenhängen, z.B.:

- Kosten für die Beschaffung der Stimmzettel
- Portokosten für Briefwahl
- Räume, sachliche Mittel, Informations- und Kommunikationstechnik für den Wahlvorstand
- Persönliche Kosten, z.B. für Reisen, die der Vorbereitung und Durchführung der Wahl dienen



- Kosten für Schulungsveranstaltungen
- Kosten für die Beauftragung eines Rechtsanwalts bei Rechtsstreitigkeiten in Zusammenhang mit einer Betriebsratswahl

Der Arbeitgeber hat nur die *notwendigen* Kosten zu tragen. Maßstab ist, ob bei pflichtgemäßer Beurteilung der objektiven Gegebenheiten die Kosten als notwendig angesehen werden konnten. Als nicht erforderlich hat das Bundesarbeitsgericht z.B. Kosten angesehen, die dadurch entstanden waren, dass der Wahlvorstand, obwohl das Gesetz dies nicht vorsieht, den Beschluss gefasst hat, eine eingereichte Wahlvorschlagsliste um die Lichtbilder der Kandidaten zu ergänzen (BAG vom 03.12.1987). Ebenfalls nicht zu ersetzen sind Kosten der Wahlwerbung für einzelne Bewerber oder Bewerbergruppen.

Die Wahl des Betriebsrats einschließlich der Vorbereitung findet während der Arbeitszeit im Betrieb statt. Das Arbeitsentgelt ist für die Zeit der Arbeitsbefreiung vom Arbeitgeber weiterzuzahlen.

#### ■ FEHLERFOLGEN

Die Wahl zum Betriebsrat kann aus den verschiedensten Gründen mit rechtlichen Fehlern behaftet sein. Daher sieht das Gesetz in § 19 BetrVG die Möglichkeit einer Überprüfung der Wahl durch das Arbeitsgericht vor. Die Anfechtung kann die ganze Wahl betreffen, aber auch auf die Vertreter einer Gruppe oder einzelne Mitglieder des Betriebsrats beschränkt sein. Auf die Gültigkeit der Wahl hat dies zunächst grundsätzlich keinen Einfluss.

Die Wahlanfechtung muss gem. § 19 Abs. 2 Satz 2 BetrVG binnen einer Frist von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Tage nach der Bekanntgabe des Wahlergebnisses. Wird die Wahl innerhalb der Frist nicht angefochten, so ist die Wahl auch bei groben Verstößen gegen Wahlvorschriften gültig.

Eine *Nichtigkeit* der Wahl liegt nur vor, wenn ein derart offensichtlicher und grober Verstoß gegen die wesentlichen gesetzlichen Wahlgrundsätze vorliegt, dass selbst der Anschein einer gesetzmäßigen Wahl fehlt, beispielsweise wenn das Betriebsverfassungsgesetz auf den Betrieb

überhaupt nicht anwendbar ist oder die Einsetzung eines Betriebsrats durch eine bloße Anerkennung durch den Arbeitgeber erfolgte.

## ■ BESONDERER KÜNDIGUNGSSCHUTZ

Im Zusammenhang mit den Betriebsratswahlen sind folgende Besonderheiten zum Kündigungsschutz zu beachten:

- *Wahlbewerber* und *Mitglieder des Wahlvorstandes* genießen ab dem Zeitpunkt der Aufstellung des Wahlvorschlags bzw. ab dem Zeitpunkt ihrer Bestellung einen besonderen Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 3 KSchG: die ordentliche Kündigung ist bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig. Die Kündigung aus wichtigem Grund ist zulässig, bedarf aber, wenn sie bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses ausgesprochen wird, der Zustimmung des Betriebsrats oder der Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht, § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG, § 103 BetrVG.
- Bei *Betriebsratsmitgliedern* ist gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG die ordentliche Kündigung während der Amtszeit ausgeschlossen. Die außerordentliche Kündigung bedarf gem. § 103 Abs. 1 BetrVG der Zustimmung des Betriebsrates oder deren Ersetzung durch das Arbeitsgericht. Dieser Kündigungsschutz steht *ausscheidenden Betriebsratsmitgliedern* als nachwirkender Kündigungsschutz noch innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Amtszeit zu, § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG.

Ausnahmen hierzu bestehen jedoch im Falle einer Betriebsstilllegung (§ 15 Abs. 4 KSchG) oder der Stilllegung der maßgeblichen Betriebsabteilung (§ 15 Abs. 5 KSchG).

## AUCH EIN NOCH SO GERINGER DIEBSTAHL KANN EINE KÜNDIGUNG RECHTFERTIGEN

von **Jörg Rehder**

Frankfurt  
Rechtsanwalt; Attorney at Law (Maryland und Minnesota);  
Solicitor (England und Wales)  
jrehder@jonesday.com  
+49 69 9726 3122

Als Arbeitnehmer in Deutschland sollten Sie nicht auch nur daran denken, eine Frikadelle Ihres Arbeitgebers ohne Erlaubnis mitzunehmen. Dasselbe gilt für köstliche Maultaschen. Und glauben Sie bloß nicht, Sie könnten die

Steckdose Ihres Arbeitgebers benutzen, um den leeren Akku Ihres Privathandys wieder aufzuladen. Warum nicht? Weil—wie deutsche Gerichte im vergangenen Jahr mehrfach bestätigt haben—jede dieser Taten eine fristlose verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen kann.

Die Zeitungen waren 2009 voll von Berichten über derartige Prozesse. Dies rührt vermutlich von der wachsenden Arbeitslosigkeit in Deutschland. Außenstehende können oft nicht glauben, wie ein Arbeitgeber so herzlos sein kann und seinen Arbeitnehmer wegen eines so geringfügigen “Diebstahls” kündigt.

Die sechs Maultaschen hatten einen geschätzten Wert von zwei bis drei Euro, während das Aufladen des Handys den Arbeitgeber wohl weniger als einen Cent kostete. Es war vorherzusehen, dass die Gewerkschaften Sturm laufen würden. Der zuständige ver.di-Bezirksleiter sprach von einem “Schandurteil” und warnte, dass der Klau von Kleinigkeiten Chefs willkommenen Vorwand liefere, unliebsame Beschäftigte zu feuern.

## ■ DIE FAKTEN

Im Falle der Maultaschen-Kündigung hatte der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern ausdrücklich untersagt, Reste aus der Bewohnerverpflegung des Seniorenheimes zu verzehren—obwohl das Essen später weggeworfen werden sollte. Die fragliche Mitarbeiterin hielt sich jedoch nicht an diese Vorgaben. Sie aß die Maultaschen zwar nicht an ihrem Arbeitsplatz, nahm sie aber mit nach Hause, um sie dort zu verzehren. Bei der Verhandlung vor dem Arbeitsgericht bot der Arbeitgeber eine Abfindung von 18.000,- Euro für den Verlust des Arbeitsplatzes an. Das Gericht machte einen Vergleichsvorschlag in Höhe von 25.000,- Euro, den die Parteien jedoch ablehnten. Das Gericht erklärte in seinem Urteil die Kündigung für wirksam. Dies bedeutete für die Arbeitnehmerin nicht nur den Verlust ihres Arbeitsplatzes, sondern auch den Verlust jeglicher weiterer Geldleistungen oder Schadensersatzzahlungen.

Wie bereits oben erwähnt, hatte ein Mitarbeiter in einem anderen Unternehmen regelmäßig sein privates Handy in seiner Arbeit aufgeladen. Die Kosten für den Arbeitgeber waren unbedeutend. Der Chef der Firma für Industriedichtungen erkannte darin einen Straftatbestand und kündigte dem 51-jährigen fristlos—nach mehr als 14 Jahren im Unternehmen. Zudem, so der zweite Vorwurf des Vorgesetzten, habe der Mitarbeiter mit besagtem Handy

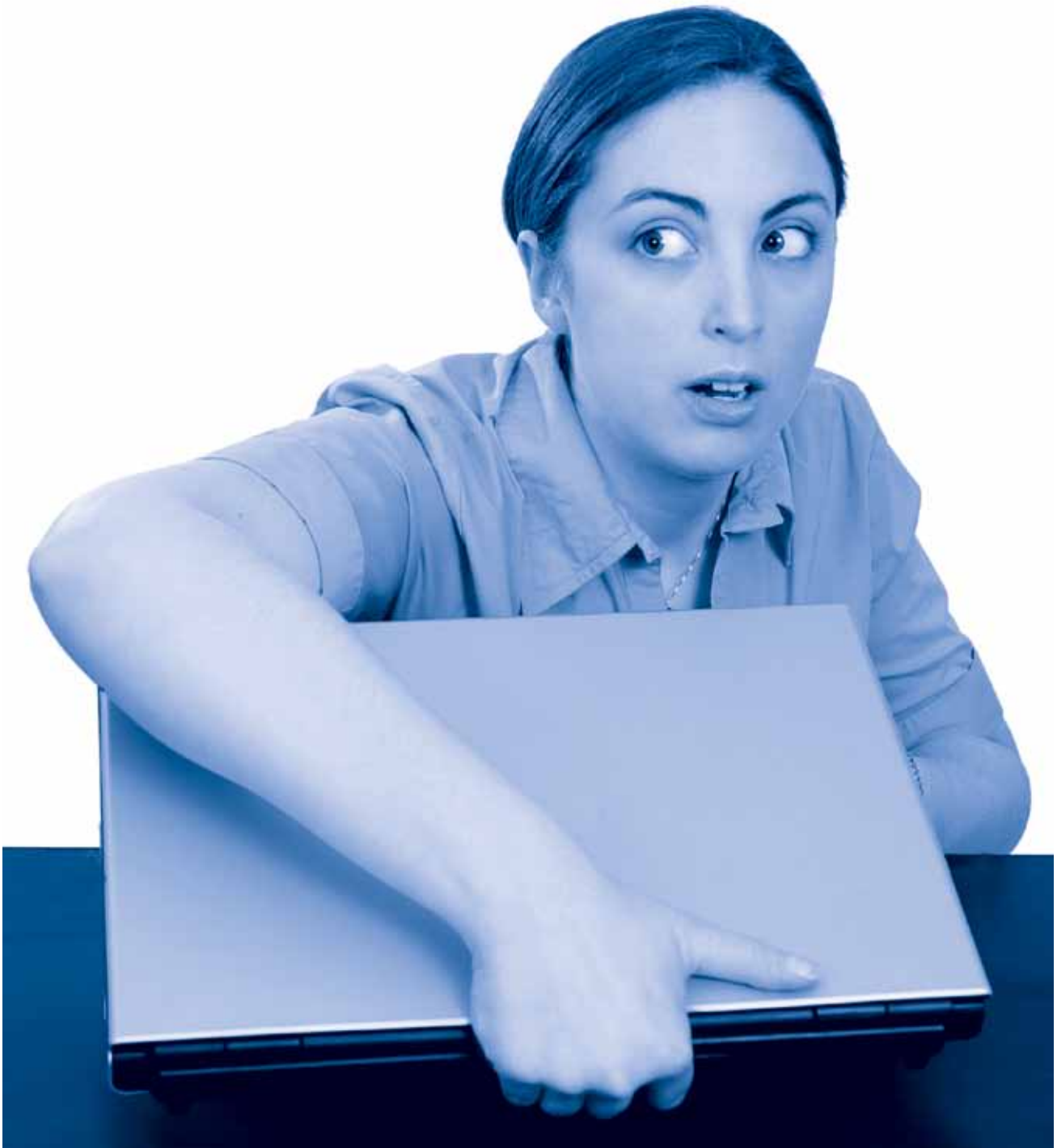
auch noch die Maschine fotografiert, an der er arbeitete. Auch das sei im Unternehmen verboten. Wahrscheinlich um weitere schlechte PR zu verhindern, nahm der Arbeitgeber die Kündigung letztlich aber noch vor einer Entscheidung des Gerichtes zurück.

Die Kündigung der Kassiererin bei Kaiser´s in Berlin war ein weiterer Fall, der 2009 die Zeitungen füllte. Die 50-jährige Arbeitnehmerin war Anfang des Jahres entlassen worden, weil sie zwei Pfandbons für leere Flaschen im Wert von 1,30 Euro unterschlagen haben soll. Die Frau verlor die

Kündigungsschutzklage vor dem LAG Berlin-Brandenburg. Das Bundesarbeitsgericht bestätigte die Rechtmäßigkeit der Kündigung. Unter dem Motto „Solidarität für Emmely“ hatten Gewerkschaften und Politiker wiederholt für eine Weiterbeschäftigung der Kassiererin demonstriert, die über 30 Jahre für das Unternehmen tätig war.

#### ■ HABEN ÄLTERE ARBEITNEHMER EIN RECHT ZUM STEHLEN?

Es fällt auf, dass in vielen Fällen immer wieder das Alter der Arbeitnehmer genannt wird. Beispielsweise war die





Maultaschen-Arbeitnehmerin 58 Jahre alt, der Herr, der sein Handy am Arbeitsplatz auflud, war 51 Jahre alt und die Kassiererin, die angeblich zwei Pfandbons einlöste, 50 Jahre.

Was hat das Alter eines Arbeitnehmers mit diesen Fällen zu tun? Absolut nichts. Nur weil ein Arbeitnehmer schon etwas älter ist, gibt ihm das nicht das Recht, seinen Arbeitgeber zu bestehlen—egal wie gering der Diebstahl sein mag. Selbstverständlich muss die Strafe aber in einem gesunden Verhältnis zum „Verbrechen“ stehen, doch in Zeiten wie diesen ist sicher etwas dran an der Aussage eines Gewerkschafters, dass manche Arbeitgeber nach einem Weg suchen würden, die Anzahl ihrer Arbeitnehmer zu reduzieren, ohne dafür größere Abfindungen zahlen zu müssen.

#### ■ GIBT ES ÜBERHAUPT NOCH EINE VERTRAUENSBASIS ZWISCHEN ARBEITGEBER UND ARBEITNEHMER?

Ein Arbeitgeber kann das Dienstverhältnis mit einem Arbeitnehmer fristlos kündigen, wenn Tatsachen vorliegen,



auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Dies stellt für den Arbeitgeber generell eine hohe Hürde dar.

Wenn es zu einem Diebstahl am Arbeitsplatz kommt, dann ist der Wert der gestohlenen Sache grundsätzlich irrelevant. Ausschlaggebend ist, ob die Tat einen irreparablen Vertrauensbruch zwischen dem Arbeitgeber und seinem Mitarbeiter bewirkt oder der Arbeitgeber nicht mehr länger von der Zuverlässigkeit und Loyalität seines Mitarbeiters überzeugt ist.

Wenn es dem Arbeitgeber gelingt, dies darzulegen und nachzuweisen, dann bestehen gute Chancen, den Arbeitnehmer wirksam verhaltensbedingt zu kündigen. Dies gilt seit Jahrzehnten unverändert (bereits 1984 hatte das Bundesarbeitsgericht im „Bienenstichurteil“ die fristlose Kündigung einer Bäckereiverkäuferin bestätigt, die ein unbezahltes Stück Kuchen gegessen hatte).

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Interessen des Arbeitnehmers gegen seine Interessen abzuwägen, insbesondere ob es dem Arbeitgeber zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen. Auf Seiten des Arbeitnehmers finden beispielsweise sein Verhalten in der Vergangenheit und die Dauer der Betriebszugehörigkeit Berücksichtigung.

#### ■ „EMMELY“ WURDE ZUR REVISION VOR DEM BUNDESARBEITSGERICHT ZUGELASSEN

Was bedeutet all dies für die oben beschriebenen Arbeitnehmer? Ganz einfach: egal wie klein der Diebstahl gewesen sein mag—wenn es dem Arbeitgeber gelingt nachzuweisen, dass die Tat einen irreparablen Vertrauensbruch des Arbeitgebers zu seinem Mitarbeiter bewirkte, sprechen gute Gründe für die Rechtswirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung. Auch wenn das Bundesarbeitsgericht den „Emmely“-Fall zur Revision zugelassen hat, zeigt die folgende Stellungnahme eines Sprechers des früheren Arbeitgebers der Berliner Kassiererin deutlich, dass der Arbeitgeber den eingeschlagenen Weg auch in Zukunft weiterverfolgen wird: „Wir haben in Berlin 5000 Mitarbeiter. Stellen Sie sich mal vor, jeder von ihnen würde jeden Tag 1,30 Euro unterschlagen“.



## ARBEITSRECHT UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT

von **Georg Mikes**

Frankfurt

Rechtsanwalt/Fachanwalt f. Arbeitsrecht

gmikes@jonesday.com

++49 69 9726 3939

### ■ NEUE „ALTE“ REGELUNGEN ZUM INTERNATIONALEN PRIVATRECHT

Auch das Arbeitsrecht ist heute in erheblichem Umfang einer Internationalisierung ausgesetzt. Deshalb verfügen fast alle westlichen Rechtsordnungen über Regelungen zu Fragen, wie die eigene nationale Rechtsordnung mit Sachverhalten umgeht, in denen Auslandsberührung vorliegt—dies ist Kern des jeweiligen internationalen Arbeitsvertrags-Privatrechts. Bislang war das deutsche internationale Privatrecht zu Arbeitsverträgen vor allem in Artikel 30 EGBGB (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch*) geregelt. Für Arbeitsverträge, die nach dem 17. Dezember

2009 geschlossen wurden, gilt nun jedoch eine andere Rechtsgrundlage. Für Mitgliedsstaaten der EU ist jetzt nämlich die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 vom 17. Juni 2008 maßgeblich, die sog. „Rom I“—Verordnung, die im Übrigen nicht nur auf Arbeitsverträge Anwendung findet, sondern auf vertragliche Schuldverhältnisse insgesamt. Da EU-Verordnungen anders als Richtlinien keiner nationalen Umsetzung mehr bedürfen und der Wirksamkeitstag angebrochen ist, fallen Neuverträge also unter diese Rechtsgrundlage. Für Altverträge—also bis zum 17. Dezember 2009 abgeschlossene Arbeitsverträge—bleiben hingegen die Bestimmungen des EGBGB maßgeblich; es kommt daher zur Parallelgeltung zweier Gesetzessysteme.

Die wesentliche Bestimmung findet sich in Artikel 8 der Verordnung. Inhaltlich ergeben sich jedoch ohnehin kaum Änderungen zur früheren Rechtslage. Auf Arbeitsverträge mit Auslandsberührung bleibt wie bisher vorrangig die Rechtsordnung anwendbar, die am Ort der Arbeitsleistung gilt. Nach ausdrücklicher Bestimmung gilt dies auch,

wenn vorübergehende Entsendung ins Ausland erfolgt. Nur hilfsweise greift die Rechtsordnung der einstellenden Niederlassung. Allerdings ist—ebenfalls wie bisher—stets möglich, dass der Sachverhalt engere Verbindungen zu einem anderen Staat hat, was dann zur Anwendung der Rechtsordnung dieses Staates führt.

Wie zuvor können die Arbeitsvertragsparteien eine Rechtswahl vornehmen, doch gilt im Ergebnis weiterhin, dass ein Günstigkeitsvergleich vorzunehmen ist zwischen der gewählten Rechtsordnung und derjenigen, die ohne Rechtswahl nach den oben dargestellten Kriterien zur Anwendung käme. Die für den Arbeitnehmer günstigeren Bestimmungen dürfen nicht allein deshalb unter den Tisch fallen, weil eine Rechtswahl vorgenommen wurde. Allerdings wird damit auch das Problem erhalten bleiben, dass nicht ganz klar ist, wie der Günstigkeitsvergleich vorzunehmen ist. Einigkeit besteht weitgehend darüber, dass man nicht einfach eine Rechtsordnung in Gänze mit der anderen vergleichen und für günstiger oder ungünstiger erachten darf. Deshalb wird wohl auch in Zukunft jeweils ein fallrelevanter Themenkomplex mit seinem Gegenstück in der anderen Rechtsordnung verglichen werden (z.B. Kündigungsschutzrecht oder Urlaubsrecht). In jedem Falle bleibt es aber dabei, dass es Arbeitgebern nichts nützen wird, Rechtswahlklauseln zu vereinbaren, die die Anwendung einer andernfalls nicht anwendbaren Rechtsordnung vorsehen. Denn der Arbeitnehmer kann davon im Zweifel nur profitieren und die für sich beste aller Welten in Anspruch nehmen.

Wenn überhaupt, werden daher nur Details künftig anders zu handhaben sein.

#### ■ KÜNDIGUNGSSCHUTZ UND GEMEINSCHAFTSBETRIEB INTERNATIONAL GESEHEN

Ob ein Arbeitnehmer sich auf das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) berufen kann, hängt neben der erforderlichen sechsmonatigen Betriebszugehörigkeit grundsätzlich auch davon ab, ob der beschäftigende Betrieb über mehr als 10 regelmäßige Arbeitnehmer (sog. Schwellenwert) verfügt. Obwohl es sich beim Begriff „Betrieb“ um einen in verschiedenen Gesetzen immer wieder verwendeten Begriff handelt, bereitet seine genaue Festlegung jedoch immer wieder Schwierigkeiten. Dies zeigt sich allein schon an der unterschiedlichen Bedeutung im betriebsverfassungsrechtlichen und kündigungsschutzrechtlichen Sinne.

Normalerweise stellt die rechtliche Einheit, also etwa die juristische Person der GmbH oder AG, die äußere Grenze dessen dar, was bei diesem Arbeitgeber an Betrieben vorhanden ist. Innerhalb dieser äußeren Grenze kann es einen oder mehrer Betriebe geben, je nach der Zahl der Produktionsstätten, Niederlassungen oder selbständigen Verkaufsbüros dieses Arbeitgebers. Hingegen bilden in aller Regel nicht Arbeitnehmer zweier verschiedener juristischer Personen zusammen einen Betrieb im kündigungsschutzrechtlichen Sinne. Dennoch gibt es auch diesen Fall: Unter engen Voraussetzungen kann ein sog. *Gemeinschaftsbetrieb* vorliegen, nämlich dann, wenn erstens zwei oder mehr juristische Personen rechtlich miteinander verbunden sind (was allerdings nicht ausdrücklich sein muss, sondern auch aus den Umständen folgen kann), und wenn zweitens ein einheitlicher Leitungsapparat vorhanden ist. Der einheitliche Leitungsapparat setzt nach der Rechtsprechung des BAG voraus, dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen im sozialen und personellen Bereich von derselben institutionellen Leitung ausgeübt wird, also etwa einem identischen Geschäftsführer. Es kann demnach dazu kommen, dass der Gemeinschaftsbetrieb ungeachtet der verschiedenen Rechtsträger wie ein Betrieb betrachtet wird und zusammen den Schwellenwert erreicht, obwohl dies einzeln betrachtet nicht der Fall wäre.

Der Betriebsbegriff kann jedoch auch internationalprivatrechtliche Fragen aufwerfen. Noch recht leicht nachvollziehbar ist, dass das BAG der Auffassung ist, dass das KSchG nur auf Betriebe in Deutschland Anwendung findet. Nach der neueren Rechtsprechung soll die Begründung hierfür auch nicht sein, dass die Bundesrepublik wegen des Territorialitätsprinzips nur Regelungen für Deutschland treffen kann; vielmehr ergebe sich diese Beschränkung auf deutsche Arbeitnehmer ebenfalls aus dem Betriebsbegriff selbst (BAG, Urteil vom 17. Januar 2008, 2 AZR 902/06). Mit diesem Ergebnis wäre jedoch noch nicht zwingend ausgeschlossen, dass bei einem Gemeinschaftsbetrieb, der jedenfalls auch in Deutschland angesiedelt ist, nicht auch ausländische Arbeitnehmer des Gemeinschaftsbetriebes bei der Berechnung des Schwellenwertes herangezogen werden können.

Mit genau einer solchen Fragestellung hatte sich das BAG in seinem Urteil vom 26. März 2009 (2 AZR 883/07) beschäftigt. Es hat kam jedoch zu dem Ergebnis, dass die ausländischen Arbeitnehmer (in diesem Fall Arbeitnehmer der



dänischen Muttergesellschaft des deutschen Beschäftigungsbetriebes) nicht miteinbezogen werden können. Hierbei stützte sich das BAG vor allem auf die Überlegung, dass im Rahmen eines Betriebs eine Einbeziehung von Arbeitnehmern nicht in Betracht kommt, deren Arbeitsverhältnis nicht deutschem Recht unterliegt (so eine Feststellung des Urteils von 2008). Deshalb führte das BAG vorliegend aus, dass dann, wenn schon innerhalb *einer* Betriebsstätte *eines* Unternehmens die rechnerische Heranziehung der ausländischem Recht unterliegenden Arbeitnehmer nicht in Betracht kommt, für einen Gemeinschaftsbetrieb nichts anderes gelten kann.

Mit seiner Entscheidung hat das BAG gewissermaßen indirekt die Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Gemeinschaftsbetriebs anerkannt, zugleich aber dessen Bedeutung relativiert. Ferner schließt sich der Kreis mit den Ausführungen zu Art. 8 der Rom I—Verordnung. Denn zulässig ist dann wohl folgende Folgerung: Bei einem deutschen Beschäftigungsbetrieb, der den Schwellenwert nicht überschreitet, bleibt das KSchG auch dann unanwendbar, wenn ein ausländisches Mutterunternehmen ständig einige Arbeitnehmer in den deutschen Betrieb entsendet, deren theoretische Hinzurechnung den Schwellenwert überschreiten würde. Solange jedoch diese entsandten Arbeitnehmer wegen des jeweils vorübergehenden Charakters ihrer Entsendung dem Heimatrecht unterliegen, zählen sie nicht mit bei der Berechnung des Schwellenwertes.

## WAS BRINGT UNS DIE NEUE REGIERUNG IM ARBEITSRECHT?

von **Friederike Göbbels**

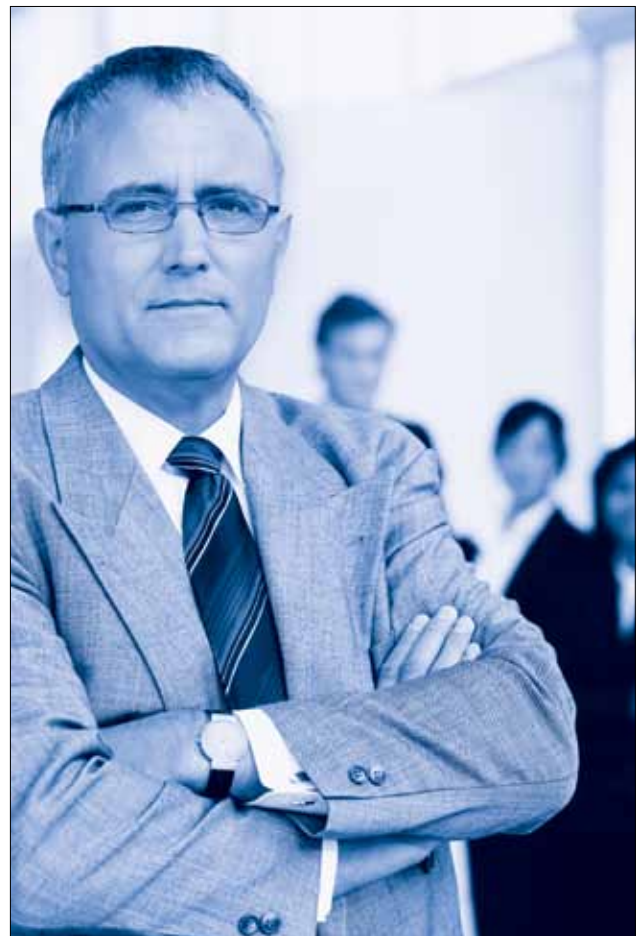
München  
Rechtsanwältin/Fachanwältin f. Arbeitsrecht  
fgoebbels@jonesday.com  
++49 89 2060 42 200

Am 27. September 2009 fand die Wahl zum 17. Deutschen Bundestag statt. Am 26. Oktober 2009 haben die CDU, CSU und FDP den Koalitionsvertrag unterzeichnet. Zu Änderungen des Kündigungsschutzes, die entsprechend der Forderung der FDP dem Arbeitgeber mehr Flexibilität bieten sollten, wird es nicht kommen. Auf der anderen Seite wird es auch in dieser Legislaturperiode abgelehnt, einen einheitlichen Mindestlohn gesetzlich festzuschreiben. Nachfolgend sind die wichtigsten, das Arbeitsrecht

betreffenden Programmpunkte des Koalitionsvertrages kurz dargestellt.

### ■ BEFRISTETE EINSTELLUNG EINES EHEMALIGEN ARBEITNEHMERS

Gemäß der aktuellen Gesetzeslage sind Befristungen mit einem neuen Arbeitgeber bis zur Dauer von grundsätzlich zwei Jahren ohne Sachgrund zulässig, sofern zuvor noch niemals ein Arbeitsverhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien bestand. Diese Einschränkung führt teilweise zu unsachlichen Ergebnissen, da selbst eine vor vielen Jahren z.B. als Werkstudent einmal bestandene arbeitsvertragliche Beziehung einer sachgrundlosen, befristeten Neuanstellung—z.B. nach Abschluss des Studiums—entgegensteht. Der Koalitionsvertrag sieht eine Änderung des Gesetzes dahingehend vor, dass nach Ablauf von einem Jahr Wartezeit seit Beendigung der vormaligen Arbeitsbeziehung eine erneute Anstellung im Wege einer sachgrundlosen Befristung für den Zeitraum von bis zu zwei Jahren erneut erfolgen darf.





#### ■ KEIN EINHEITLICHER GESETZLICHER MINDESTLOHN

Der im Grundgesetz verankerten Tarifautonomie wird als hohem Gut der sozialen Marktwirtschaft der Vorrang vor der staatlichen Lohnfestsetzung eingeräumt. Daher wird ein einheitlicher gesetzlicher Mindestlohn explizit abgelehnt. Außerdem soll die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen aus gleichem Grund erschwert werden. Gemäß der aktuellen Gesetzeslage können Tarifverträge (einschließlich Entgelttarifverträgen) branchenweit und entsprechend dem jeweiligen räumlichen Geltungsbereich durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales für allgemeinverbindlich erklärt werden. Folge der Allgemeinverbindlichkeit ist, dass die Regelungen wie gesetzliche Mindestbedingungen nicht nur für tarifgebundene Arbeitgeber gelten, sondern auch für tarifunabhängige Arbeitgeber. Zukünftig soll nun für die Allgemeinverbindlichkeitserklärung das Kabinett unter der Voraussetzung die Mehrheit im Tarifausschuss zuständig sein.

#### ■ VERHINDERUNG VON LOHNDUMPING

Es ist das erklärte Ziel der Koalitionspartner „*wirksam gegen soziale Verwerfungen in einzelnen Branchen vorzugehen*“. Deswegen soll die Rechtsprechung zum

Verbot sittenwidriger Löhne gesetzlich festgeschrieben werden. Nach aktueller Gesetzeslage können Lohnwuchervereinbarungen über das Verbot sittenwidriger Vereinbarungen (§ 138 Abs. 2 BGB) bereits korrigiert werden. Am 22. April 2009 ist hierzu wieder einmal eine Entscheidung des BAG (5 AZR 436/08) ergangen. Darin wurden wichtige Grundsätze zur Beurteilung aufgestellt, ob ein sittenwidriger Lohnwuchertatbestand vorliegt, die nachfolgend zusammengefasst werden. Wie konkret oder ggf. lückenhaft die angestrebte gesetzliche Fixierung diese Grundsätze normieren wird, bleibt abzuwarten.

Wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht, liegt ein auffälliges Missverhältnis von Arbeitsleistung und Vergütung, d.h. Wucher vor („Zwei-Drittel-Grenze“).

Von einer Üblichkeit des Tariflohns kann nur ausgegangen werden, wenn mehr als 50% der Arbeitgeber des Wirtschaftsgebiets tarifgebunden sind oder wenn die organisierten Arbeitgeber mehr als 50% der Arbeitnehmer des Wirtschaftsgebiets beschäftigen.



Liegt die verkehrsübliche Vergütung unterhalb des Tariflohns, ist vom allgemeinen Lohnniveau des Wirtschaftsgebiets auszugehen.

Verglichen wird der regelmäßig gezahlte Lohn, d.h. unregelmäßige Zuschläge oder Zusatzleistungen bleiben unberücksichtigt. Allerdings können besondere Einzelumstände zur Korrektur der Zwei-Drittel-Grenze führen, was auch sonstige Arbeitsbedingungen wie z.B. Zusatzleistungen einschließen kann.

Die Beurteilung ist nicht statisch zum Abschluss des Arbeitsvertrages, sondern laufend durchzuführen, da die fehlende Anpassung der Vergütung an die allgemeine Lohnentwicklung letztlich auch dazu führen kann, dass Sittenwidrigkeit in Form von Lohnwucher ab einem bestimmten Zeitpunkt anzunehmen ist.

#### ■ MINI-JOB FÖRDERUNG

Bezüglich gering entlohnte Beschäftigungsverhältnisse sollen Arbeitsanreize verbessert werden. Konkret ist geplant, die Erhöhung und Dynamisierung der Grenze sozialversicherungsfreier Mini-Jobs zu überprüfen und die Hinzuverdienstregelungen auszubauen.

#### ■ ÄLTERE ARBEITNEHMER

Angestrebt ist eine erhöhte Erwerbsbeteiligung von älteren Arbeitnehmern. Deswegen sollen staatliche Anreize zur faktischen Frühverrentung beseitigt werden. So wird eine Verlängerung der staatlich geförderten Altersteilzeit über den 31. Dezember 2009 hinaus abgelehnt. Vor dem Hintergrund des demographischen Wandels ist geplant, die Voraussetzungen für eine längere Erwerbstätigkeit von älteren Menschen zu verbessern. Deswegen sollen berufliche Altersgrenzen überprüft und ggf. abgeschafft werden; dies insbesondere zur Vermeidung von Altersdiskriminierung.

#### ■ MITARBEITERBETEILIGUNG

Es ist erklärtes Ziel, die Möglichkeiten der Mitarbeiterbeteiligung unter der Prämisse der doppelten Freiwilligkeit zu erweitern. Angedacht ist, dass Mitarbeiter durch Entgeltumwandlung Anteile an ihren Unternehmen steuerbegünstigt erwerben können. Mitarbeiterkapitalbeteiligungen sollten unternehmerische Mitverantwortung einschließen.

#### ■ EHRENKODEX FÜR BETRIEBSRÄTE

Nicht nur für Vorstände und Aufsichtsräte soll ein Ehrenkodex entwickelt werden, sondern auch für Betriebsräte. Als Beispiel erwähnt der Koalitionsvertrag das in Erwägung gezogene Recht der Betriebsversammlung auf Offenlegung der gezahlten Aufwendungen and Betriebsratsmitglieder.

#### ■ ARBEITNEHMERDATENSCHUTZ

Angestrebt ist, dass im Bundesdatenschutzgesetz ein eigenes Kapitel zum Arbeitnehmerdatenschutz geben wird. Der Schutz des Arbeitnehmers, insbesondere vor Bespitzelungen, soll verbessert werden. Eine restriktivere Auswahl an verwendbaren Arbeitnehmerdaten könnte die Folge sein.

## IHRE ANSPRECHPARTNER

---

### FRANKFURT

Hochhaus am Park  
Grüneburgweg 102  
60323 Frankfurt am Main  
Tel.: ++49 69 9726 3939  
Fax: ++49 69 9726 3993

Georg Mikes  
Rechtsanwalt/Fachanwalt  
für Arbeitsrecht  
gmikes@jonesday.com

### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 11  
80538 München  
Tel.: ++49 89 2060 42 200  
Fax: ++49 89 2060 42 293

Friederike Göbbels  
Rechtsanwältin/Fachanwältin  
für Arbeitsrecht  
fgoebbels@jonesday.com

## JONES DAY BÜROS WELTWEIT

---

ATLANTA

BEIJING

BRÜSSEL

CHICAGO

CLEVELAND

COLUMBUS

DALLAS

DUBAI

FRANKFURT

HONG KONG

HOUSTON

IRVINE

LONDON

LOS ANGELES

MADRID

MAILAND

MEXIKO-STADT

MOSKAU

MÜNCHEN

NEU DELHI

NEW YORK

PARIS

PITTSBURGH

SAN DIEGO

SAN FRANCISCO

SHANGHAI

SILICON VALLEY

SINGAPUR

SYDNEY

TAIPEH

TOKYO

WASHINGTON

*Die hier dargebotenen Informationen, Meinungen und Rechtsansichten sind nicht als fallspezifische juristische Beratung gedacht und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Jones Day haftet nicht für die Richtigkeit des Inhalts.*