

The background of the entire page is a blurred industrial scene, likely a factory or machine shop. In the foreground on the right, there are large, metallic gears or flywheels. The background shows various pieces of machinery, pipes, and structural elements, all rendered in a soft, out-of-focus manner. The overall color palette is a monochromatic teal or light blue.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
Oktober 2018**

Inhalt

Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Ausschlussfristen müssen Mindestlohnansprüche ausnehmen

Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Zwangsversetzung und Arbeitszeitaufzeichnung sind legitime Konfliktlösungsinstrumente

Neues aus der Wirtschaft

(m/w/d): Auf der Suche nach dem dritten Geschlecht

Neues aus der Rechtsprechung

Verzicht auf das Widerspruchsrecht bei Betriebsübergängen

Loschelder Praxistipp

Rechtzeitig handeln, um Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat zu verhindern!

Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Ausschlussfristen müssen Mindestlohnansprüche ausnehmen

Mit Entscheidung vom 18.09.2018 (Az. 9 AZR 162/18) hat das BAG klargestellt, dass arbeitsvertragliche Ausschlussfristen (auch Ausschlussklauseln oder Verfallsklauseln genannt) unbedingt Ansprüche auf den gesetzlichen Mindestlohn ausnehmen müssen. Tun sie das nicht, sind sie unwirksam. Diese Judikatur hatten wir bereits in unserem Newsletter für Oktober 2017 prognostiziert.

Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen legen fest, dass sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb einer Frist von (mindestens) drei Monaten textförmlich geltend gemacht werden müssen. Geschieht dies nicht, verfallen die Ansprüche.

Die Aufnahme von Ausschlussfristen entspricht heutzutage dem **Standard**: Sie schützen Arbeitgeber davor – denen z.B. versehentliche Fehler in der Lohnabrechnung unterlaufen sind – in Massenverfahren mit offenen Lohnforderungen aus den letzten vier Jahren überrollt zu werden, für die keine Rückstellungen gebildet wurden. Außerdem verhindern sie, dass Trennungsstreitigkeiten ausufern, weil ein gekündigter Arbeitnehmer auf einmal mehrere Jahre alte Spesenabgeltungs-, Überstundenvergütungs- oder Bonusansprüche erhebt, die gemäß der regelmäßigen Verjährungsfrist erst nach drei Jahren verjähren (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB).

Um ihre Funktion erfüllen zu können, müssen Ausschlussfristen **unbedingt AGB-rechtskonform formuliert** sein. Enthalten arbeitsvertragliche Ausschlussfristen einen Formulierungsfehler, sind sie schädlich: Dann nämlich kann sich nur der Arbeitnehmer auf die Ausschlussfrist berufen, der Arbeitgeber aber nicht.

Das **BAG** hat nun klargestellt, dass die Ausschlussfristen **Ansprüche auf den gesetzlichen Mindestlohn** unbedingt **ausdrücklich ausnehmen** müssen. Alle Arbeitgeber sollten die Formulierungen in ihren Musterarbeitsverträgen überprüfen und sicherstellen, dass die neuen Vorgaben erfüllt werden. Die neue Rechtsprechung gilt jedenfalls für alle Arbeitsverträge, die nach dem 31.12.2014 geschlossen wurden. Ob sie auch auf ältere Arbeitsverträge Anwendung findet, hat das BAG offen gelassen.

Formulierungshilfen für Ausschlussfristen können Sie unserem *Newsletter für Oktober 2017* entnehmen.



Neues aus der Rechtsprechung

BAG: Zwangsversetzung und Arbeitszeitaufzeichnung sind legitime Konfliktlösungsinstrumente

Der Arbeitgeber hatte eine Arbeitnehmerin, die sich im ständigen Streit mit vielen Kollegen befand, zwangsweise in ein isoliertes Büro in einem anderen Gebäude versetzt und – da es dort keine Arbeitszeiterfassung gab – sie zur Aufzeichnung der täglichen Arbeit verpflichtet. Nachdem sich die Arbeitnehmerin trotz Abmahnung weigerte, unter diesen Bedingungen zu arbeiten, kündigte der Arbeitgeber sie fristlos. Das BAG hielt dieses Vorgehen in einem – sehr zugespitzten – Fall prinzipiell für zulässig. Es stärkte mit seiner Entscheidung die Weisungsrechte des Arbeitgebers in Konfliktsituationen.

Eigentlich ist es das Kernprinzip jedes Arbeitsverhältnisses: Das **Weisungsrecht** des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber bezahlt den Arbeitnehmer für die aufgewendete Arbeitszeit. Im Gegenzug muss der Arbeitnehmer während der Arbeitszeit tun, was der Arbeitgeber ihm sagt. Allerdings verhält es sich in den meisten Arbeitsverhältnissen zum Glück so, dass sich die Mitarbeiter mit ihren Aufgaben identifizieren und sich eigenverantwortlich und freiwillig um Arbeitserfolge bemühen. „Rumkommandiert“ werden heute nur noch die wenigsten. Solange die Zusammenarbeit auf diese Weise einvernehmlich funktioniert, werden das Weisungsrecht des Arbeitgebers wie auch sonstige Rechtsfragen nicht relevant.

Ein großer Teil arbeitsrechtlicher Konflikte kommt auf, weil einzelne Arbeitnehmer das erforderliche Verantwortungsbewusstsein vermissen lassen. Tun Arbeitnehmer nur das Allernötigste, um die Zeit bis zum Feierabend irgendwie zu überstehen, zeigen sie im Umgang mit Vorgesetzten und Kollegen unangemessene und unfreundliche Umgangsformen und lassen sich auch in Personalgesprächen nicht zu einer Änderung dieses Verhaltens motivieren, treiben sie ihren Arbeitgeber in

einen **Machtkampf**. In solchen Fällen liegen die Voraussetzungen einer verhaltensbedingten Kündigung (§ 1 KSchG) noch nicht vor. Um Druck aufzubauen, muss der Arbeitgeber zunächst sein **Weisungsrecht** ausüben. Missachtet der Arbeitnehmer die Weisungen, kann der Arbeitgeber ihn **abmahnen** und schließlich **verhaltensbedingt kündigen**.

Dieser Prozess ist jedoch aufwendig und rechtlich kompliziert. Es ist alles andere als einfach zu beantworten, ob bestimmte arbeitsrechtliche Weisungen rechtlich zulässig sind oder nicht. Insbesondere **müssen** nämlich **alle Weisungen gemäß § 106 GewO billigem Ermessen genügen**. Seit dem Urteil des BAG vom 18.10.2017 (Az. 10 AZR 330/16) herrscht hier große Verunsicherung, da ermessensfehlerhafte und unbillige Weisungen nunmehr von vornherein als unbeachtlich und rechtlich nicht existent bewertet werden. Uneinsichtige Arbeitnehmer halten jedoch alle konfliktsituationsbezogenen Weisungen des Arbeitgebers für unbillige Schikane oder gar „Mobbing“ und setzen sich darüber hinweg. Dann stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber abmahnen und kündigen darf.

Mit seinem **Urteil vom 28.06.2018** (Az. 2 AZR 436/17) hat das **BAG** die Rechte der Arbeitgeber in dieser Problemsituation gestärkt.

Im Mittelpunkt des **zu entscheidenden Falles** stand eine offenbar schwer umgängliche Arbeitnehmerin. Angeblich hatte sie bereits vier hochrangige Führungskräfte „verschlissen“. Jedenfalls baten fünf Mitarbeiter schriftlich um ihre räumliche Versetzung. In dem Schreiben hieß es, die Arbeitnehmerin akzeptiere den Wunsch einzelner Kollegen nach Distanz nicht, sondern versuche vielmehr immer wieder, Kontakt herzustellen. Man habe aber solche Angst vor ihr, dass die Kollegen nun Sozialräume meiden, um ihr nicht begegnen zu müssen. Dies gehe soweit, dass viele Kollegen nur weit entfernte Toiletten in anderen Gebäudetrakten aufsuchten.

Nachdem eine Mediation scheiterte, handelte der Arbeitgeber entschlossen: Die Arbeitnehmerin wurde angewiesen, in einer ehemaligen Kanalbetriebsstation die Gebäudesubstanz zu bewerten. Zu diesem Zweck wurde sie **räumlich in das sonst leerstehende und stark verschmutzte Gebäude versetzt**. Dort befanden sich ein Schreibtisch und ein einfacher Holzstuhl. Die Arbeitnehmerin solle ihr Büro selbstständig einrichten und die dafür erforderlichen Arbeitsmittel bei anderen Organisationseinheiten selbst beschaffen. Die IT-Dose könne bereits genutzt werden. Sobald sie die IT-Infrastruktur vollständig eingerichtet habe, müsse sie unmittelbar nach Dienstantritt und unmittelbar vor Dienstende eine entsprechende E-Mail an das Sekretariat der Abteilungsleitung senden, damit ihre Arbeitszeit überwacht werden könne. Eine automatische Arbeitszeiterfassung gebe es in der Kanalbetriebsstation nämlich nicht.

Nachdem sich die Arbeitnehmerin **beharrlich weigerte**, dieser Weisung Folge zu leisten, sprach der Arbeitgeber nach mehreren Abmahnungen die **fristlose Kündigung** aus.

Das **ArbG München** und das **LAG München** sahen diese Kündigung übereinstimmend als unwirksam an. Das LAG München argumentierte,

dass die Weisung des Arbeitgebers ermessensfehlerhaft, unbillig und daher für die Arbeitnehmerin nicht zu beachten war. Der Arbeitnehmerin könne der neue Arbeitsplatz unter keinen Umständen zugemutet werden.

Dies sah das **BAG** anders und hob das Urteil des LAG München auf. Da noch mehrere Tatsachenfragen ungeklärt waren, wies das BAG den Fall an das LAG München zurück. Dabei stellte das BAG Folgendes klar:

- Angesichts des schweren **Konfliktes mit ihren Arbeitskollegen** sei der Arbeitgeber im zu entscheidenden Fall womöglich nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet gewesen, die Arbeitnehmerin in ein anderes Gebäude zu versetzen.
- Als Nebenaufgabe sei die Einrichtung des eigenen Arbeitsplatzes durchaus zumutbar. Bis dies umgesetzt ist, müssten sogar nur geringfügige oder kurzzeitige Verstöße gegen arbeitsschutzrechtliche Normen in Kauf genommen werden. Auch völlig isoliert sei die Arbeitnehmerin an ihrem neuen Arbeitsplatz nicht, da sie auch dort gelegentlichen Kontakt mit Arbeitskollegen habe, was ausreichend sei. Zur **Rechtfertigung der räumlichen Versetzung** reiche unter diesen Umständen aus, dass durch die Umsetzung Wegezeiten vermieden werden und deshalb Aufgaben effizienter erledigt werden könnten.
- Die Weisung, sich unmittelbar nach Beginn und vor Ende der täglichen Arbeitszeit per E-Mail an- bzw. abzumelden, diene einem berechtigten **Kontrollinteresse hinsichtlich der Arbeitszeit** und sei legitim. Solange es sich um eine einzelfallbezogene Weisung handle, habe ein Betriebsrat/Personalrat nicht mitzubestimmen, da es an einem kollektiven Tatbestand mangle.
- Im Rahmen der Versetzung dürfe dem Arbeitnehmer aber **keine minderwertige Tätigkeit** zugewiesen werden. Insbesondere kämen keine Tätigkeiten in Betracht, die in eine niedrigere Tarifgruppe einzugruppiert wären. Auch grobe oder andauernde Verstöße gegen **Arbeitsschutznormen** müsse die Arbeitnehmerin nicht hinnehmen.
- In mitbestimmten Betrieben ist vor einer Versetzung regelmäßig das **Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG** zu beachten, was im vorliegenden Fall aber keine Rolle spielte.

Der Fall zeigt, dass das BAG die Ermessensspielräume des Arbeitgebers bei der Weisungserteilung durchaus respektiert und Arbeitgeberweisungen nur in Ausnahmefällen als unbillig verwirft.

Dennoch sollten sich Arbeitgeber bewusst sein, dass Machtkämpfe mit renitenten Arbeitnehmern lang, aufwendig und kräftezehrend ausfallen können. Missachten Arbeitnehmer Weisungen, sollte der Arbeitgeber erst nach dem wiederholten Ausspruch von Abmahnungen kündigen.

Zwischendurch melden sich Arbeitnehmer in solchen Konfliktsituationen immer wieder krank. Ob sich die letztlich ausgesprochene Kündigung als wirksam herausstellt, ist oft eine schwer zu beantwortende Rechtsfrage, die – wie der vorliegende Extremfall zeigt – selbst nach drei Gerichtsinstanzen noch offen sein kann. In vielen Fällen ist es besser, den Zorn über einen renitenten Arbeitnehmer „herunterzuschlucken“ und eine **Abfindung anzubieten**, damit er geht. Zeigt sich der Arbeitnehmer allerdings nicht einigungsbereit oder stellt er unannehmbare Forderungen an die Abfindungshöhe, bleibt leider nur der Machtkampf.



Neues aus der Wirtschaft

(m/w/d): Auf der Suche nach dem dritten Geschlecht

Derzeit beginnen einige Unternehmen und öffentliche Arbeitgeber damit, Stellen unter dem Kürzel „(m/w/d)“ auszuschreiben. Das „d“ steht für divers und soll zum Ausdruck bringen, dass die Stelle prinzipiell auch Bewerbern offen steht, die sich keinem bestimmten Geschlecht zuordnen lassen wollen. Rechtlicher Hintergrund ist der Beschluss des Bundesverfassungsgericht vom 10.10.2017 (Az. 1 BvR 2019/16), mit dem ein drittes Geschlecht als diskriminierungsrechtlich relevant anerkannt wurde. Dieser Rechtsgedanke könnte auch auf die Anwendung des § 11 AGG übertragbar sein. Arbeitgeber, die dieser neuen Praxis nicht folgen, gehen bislang aber keine ersthaften rechtlichen Risiken ein.

Nach § 11 AGG dürfen Stellen nicht unter Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot ausgeschrieben werden. Spricht ein Unternehmen in einer Stellenausschreibung ausschließlich männliche Bewerber an, sucht es z.B. explizit nur einen „Informatiker“, aber keine „Informatikerin“, liegt ein Verstoß vor. Wird eine weibliche Bewerberin dann abgelehnt, besteht nach § 22 AGG eine gesetzliche Vermutung, dass die ablehnende Entscheidung wegen einer Geschlechterdiskriminierung

ergangen ist. Die Bewerberin kann nach § 15 Abs. 2 AGG auf Schmerzensgeld klagen und wird i.d.R. mit ihrer Klage auch gewinnen, sollte dem Unternehmen nicht der Gegenbeweis gelingen.

Um Stellenausschreibungen geschlechtsneutral auszuschreiben, haben Unternehmen drei Möglichkeiten:

1. Es wird eine geschlechtsneutrale Bezeichnung verwendet, wie z.B. Fachkraft für Informatik. Das klingt allerdings oft merkwürdig und irreführend.
2. Es werden sowohl die männliche, als auch die weibliche Bezeichnung gewählt, z.B. „ein/e Informatiker/in“ oder „eine Informatikerin oder einen Informatiker“. Diese Formulierungsweise macht den Text aber entweder schwer lesbar oder deutlich länger.
3. Überwiegend nutzen Unternehmen den Zusatz (m/w) oder (m/f). Gesucht wird dann „ein Informatiker (m/w)“.

Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017 (Az. 1 BvR 2019/16) wird diskutiert, ob Unternehmen außerdem verpflichtet seien, in ihren Stellenausschreibungen deutlich zu machen, dass auch Bewerber in Betracht kommen, die sich keinem Geschlecht eindeutig zuordnen lassen wollen. Eindeutig ist dies nicht. Eigentlicher Gegenstand der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung war nicht das Antidiskriminierungsgesetz, sondern das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot nach Art. 3 Abs. 2 GG, welches nur staatliche und andere öffentliche Stellen, aber nicht die Privatwirtschaft verpflichtet. Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass das bisherige Personenstandsregister Intersexuelle unzulässig diskriminiert, weil es lediglich die Eintragung der Geschlechter „männlich“ und „weiblich“ zulässt. Um Stellenausschreibungen ging es nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Bundesgesetzgeber eine Frist bis zum 31.12.2018 gesetzt, um das Personenstandsregister anzupassen. Bis dahin wird der Gesetzgeber voraussichtlich ein neues Geschlecht einführen. Die Bundesregierung hat sich bereits auf die Formulierung „divers“ geeinigt. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird allerdings erwartet, dass die Änderung des Personenstandsregisters einen juristischen Paradigmenwechsel auslösen kann, der sich auch auf die Auslegung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes niederschlägt. Dann kann es geboten sein, mit Stellenausschreibungen ausdrücklich auch ein drittes Geschlecht anzusprechen.

Wann und ob sich diese Sicht bei der Auslegung des § 22 AGG durchsetzt, ist derzeit unsicher. Relevant wäre ein Verstoß zudem nur, wenn tatsächlich ein intersexueller Bewerber bei Ablehnung eine Diskriminierungsklage einreicht. Dies ist statistisch gesehen sehr unwahrscheinlich. Wohlgermerkt sind Intersexuelle keine Transsexuellen. Transsexuelle lassen sich einem bestimmten Geschlecht zuordnen, nur eben nicht ihrem biologischen. Intersexuelle Menschen wollen sich dagegen überhaupt keinem Geschlecht zuordnen lassen. Arbeitgeber, die – wie zurzeit noch fast alle Unternehmen und auch die meisten öffentlichen Arbeitgeber – an den herkömmlichen Formulierungsweise festhalten, setzen sich deshalb keinen bedeutenden Risiken aus.

Wer ganz sicher gehen will, kann schon jetzt die Formulierungen in den Stellenanzeigen anpassen. Dies könnte wie folgt geschehen:

1. Eine geschlechtsneutrale Stellenbezeichnung schließt auch intersexuelle Menschen ein, lässt sich aber schwer durchhalten.
2. Intersexuelle durch ein * oder einen _ zu kennzeichnen (z.B. „Informatiker*in“ oder „Informatiker_in“) wird durch einige Stimmen in der juristischen Literatur ebenfalls als diskriminierend empfunden, da Intersexuelle hierdurch als „Lückenbüßer zwischen Mann und Frau auf ein kryptisches Zeichen abgewertet“ würden (so wörtlich *Körlings*, NZA 2018, 282, 283). Endgültige Rechtssicherheit bietet diese Formulierung also nicht.
3. Empfohlen wird dagegen, die Stellenbezeichnung mit dem Zusatz (m/w/d) zu versehen. Dies soll rechtssicher sein.



Neues aus der Rechtsprechung

Verzicht auf das Widerspruchsrecht bei Betriebsübergängen

Bei Betriebsübergängen muss der Arbeitgeber die Betroffenen eigentlich sehr detailliert über alle Hintergründe und Konsequenzen unterrichten (§ 613a Abs. 5 BGB). Tut er dies nicht, kann der Arbeitnehmer dem Betriebsübergang noch über Jahre hinweg wirksam widersprechen. Da eine ordnungsgemäße Unterrichtung in den meisten Fällen unverhältnismäßig hohen Aufwand bereiten würde, fordern viele Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer stattdessen auf, einen Verzicht auf ihr Widerspruchsrecht zu erklären. Bislang ist sehr umstritten, ob ein erklärter Verzicht wirksam wäre. Dies hat das LAG Niedersachsen mit Urteil v. 05.02.2018 (Az. 8 Sa 831/17) bejaht.

Wird die organisatorische Leitungsmacht über eine Betriebseinheit von einer Gesellschaft auf eine andere übertragen, kommt es zum sog. **Betriebsübergang** nach § 613a BGB: Kraft Gesetzes gehen die Arbeitsverhältnisse der im Betrieb tätigen Arbeitnehmer automatisch von

der übertragenden auf die neue Gesellschaft über, die damit neuer Arbeitgeber mit allen Rechten und Pflichten wird. Gleichzeitig erlischt das Arbeitsverhältnis gegenüber der übertragenden Gesellschaft, die ihre Leitungsmacht aufgegeben hatte. Aus Sicht der Arbeitnehmer wird der Arbeitgeber hierdurch zwangsausgetauscht. Damit dies nicht gegen den Arbeitnehmerwillen erfolgen kann, räumt das Gesetz dem Arbeitnehmer das Recht ein, diesem Arbeitgeberwechsel durch schriftliche Erklärung zu **widersprechen**, und zwar spätestens innerhalb eines Monats, nachdem er über die Hintergründe und Konsequenzen des Betriebsübergangs ordnungsgemäß unterrichtet wurde. Solange der Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß unterrichtet ist, beginnt diese Monatsfrist nicht zu laufen.

Will er das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers also einseitig zum Erlöschen bringen, muss er ein ordnungsgemäßes **Unterrichtungsschreiben** formulieren und den Arbeitnehmern nachweisbar übermitteln. Hier beginnt für den Arbeitgeber das Problem: Unterrichtet werden muss über den geplanten Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen für die Arbeitnehmer sowie die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen. Die Rechtsprechung stellt dabei **äußerst hohe Anforderungen an den Informationsumfang und den Detailgrad**. Die geforderten Informationen sämtlich zusammenzutragen und sprachlich aufzubereiten, bereitet Arbeitgebern in jedem Fall sehr hohen Aufwand. Weist das Unterrichtungsschreiben auch nur einen geringfügigen Mangel auf, ist die Unterrichtung unwirksam, das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers besteht fort und die Arbeit war umsonst.

Gerade in verflochtenen Konzernstrukturen kommt es sehr regelmäßig zu Betriebsübergängen, wenn einzelne Betriebsteile zwischen Konzerngesellschaften verlagert werden. Vor allem in solchen Fällen steht der Aufwand, ein ordnungsgemäßes Unterrichtungsschreiben zu formulieren, oft in keinem Verhältnis zu den Konsequenzen. Selbst wenn Arbeitnehmer hier – theoretisch – dem Betriebsübergang noch Jahre später widersprechen könnten, kommt dies praktisch fast nie vor, da der Widerspruch den Arbeitnehmern keine Vorteile brächte, sondern wegen des Wegfalls der alten Stelle beim ehemaligen Arbeitgeber i.d.R. zu einer betriebsbedingten Kündigung führen würde. Wenn Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag unterschreiben oder den Konzern ganz verlassen, gilt das Widerspruchsrecht übrigens i.d.R. als verwirkt. Deshalb ist es im Rahmen einer Risikokalkulation vertretbar, von der Formulierung eines Unterrichtungsschreibens, das die von der Rechtsprechung gestellten hohen Anforderungen erfüllt, abzusehen.

Um sich dennoch abzusichern, ist es eine verbreitete Praxis, Arbeitnehmer dazu aufzufordern, trotz unzureichender Information **auf ihr Widerspruchsrecht** nach § 613 Abs. 6 BGB **durch schriftliche Erklärung zu verzichten**. Die meisten Arbeitnehmer kommen einer solchen Aufforderung typischerweise nach. Es ist allerdings bislang hochumstritten, ob eine Verzichtserklärung des Arbeitnehmers überhaupt wirksam möglich ist, wenn zuvor nicht ordnungsgemäß unterrichtet wurde. Zwar bejaht dies die h.M. Es gibt aber auch Kritik. Vor allem das LAG Saarland hatte dies zuletzt anders gesehen (vgl. Urt. v. 12.08.2009 – 2 Sa 52/09).

Das **LAG Niedersachsen** hat mit seinem Urteil nun die h.M. gestärkt. Aus Sicht des LAG Niedersachsen ist ein trotz einer nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung erklärter Verzicht grundsätzlich als wirksam anzusehen. Eine endgültige Klärung wird zwar erst eine Entscheidung

des BAG bringen. Dennoch kann sich die Praxis, bei Betriebsübergängen Verzichtserklärungen einzuholen, durch diese Entscheidung bestätigt sehen.



Loschelder Praxistipp

Rechtzeitig handeln, um Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat zu verhindern!

Beschäftigt ein Unternehmen in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer, kann die Arbeitnehmerseite erzwingen, dass im Unternehmen ein Aufsichtsrat gebildet und teilweise mit Arbeitnehmervertretern besetzt wird. Dies gilt aber nur, wenn das Unternehmen in einer deutschen Rechtsform geführt wird. Das Unternehmen kann die Arbeitnehmermitbestimmung verhindern, indem es sich rechtzeitig in eine ausländische Rechtsform umwandelt, z.B. in eine Societas Europaea (SE). Dazu muss allerdings gehandelt werden, bevor die Arbeitnehmerseite die Aufsichtsratsbildung durchgesetzt hat.

Wenn ein Unternehmen i.d.R. **mehr als 500 Arbeitnehmer** beschäftigt, kann die Arbeitnehmerseite nach §§ 1, 4 **DrittelbG** verlangen, dass ein Aufsichtsrat gebildet und zu einem Drittel mit Arbeitnehmervertretern besetzt wird. Beschäftigt ein Unternehmen i.d.R. 2.000 Arbeitnehmer, muss der zu bildende Aufsichtsrat nach §§ 1, 7 **MitbestG** sogar hälftig mit Arbeitnehmervertretern besetzt werden (wobei allerdings der Aufsichtsratsvorsitzende, dessen Stimme bei Stimpfpat den Ausschlag gibt, durch die Arbeitgeberseite bestimmt wird). Im letzten Fall muss der Aufsichtsrat mindestens zwölf Mitglieder haben, von denen zwei Gewerkschaftsvertreter sind.

Liegen die Voraussetzungen vor, entsteht der Aufsichtsrat zwar nicht automatisch (§ 96 Abs. 4 AktG). Allerdings können von da an insbesondere der (Gesamt-)Betriebsrat oder Gewerkschaften die Bildung und entsprechende Besetzung des Aufsichtsrates jederzeit in einem **Statusverfahren nach § 98 AktG** erzwingen. Sobald dieses Verfahren einmal mit Erfolg durchgeführt wurde, ist es praktisch meist unmöglich,

den teilweise mit Arbeitnehmervertretern besetzten Aufsichtsrat wieder zu beseitigen.

Achtung: Für den **Schwellenwert** von 500 Arbeitnehmern, ab dessen Überschreitung die Bildung des Aufsichtsrates erzwungen werden kann, kommt es übrigens nicht nur auf diejenigen Arbeitnehmer an, die direkt beim Unternehmen angestellt sind. Ebenfalls mitzuzählen sind:

- **Leiharbeiter**, wenn die Einsatzdauer sechs Monate überschreitet (§ 14 Abs. 2 AÜG),
- Arbeitnehmer von inländischen **Tochterunternehmen** (§ 2 Abs. 2 DrittelBG, § 5 MitbestG),
- jedoch nicht bei **ausländischen** Niederlassungen oder ausländischen Tochterunternehmen angestellte Arbeitnehmer.

Arbeitnehmermitbestimmung wird durch die meisten Unternehmen nicht gewünscht. Selbst wenn die Geschäftsführung im Unternehmen eine gute Beziehung zu Betriebsräten und Gewerkschaften pflegt, werden durch die Beteiligung größerer Aufsichtsräte Entscheidungsprozesse deutlich bürokratischer. Diskretion lässt sich schwieriger durchhalten. Regelmäßig müssen Aufsichtsratssitzungen einberufen und hierbei Ladungsfristen und Informationspflichten beachtet werden.

Die **Unternehmensmitbestimmung** im Aufsichtsrat lässt sich allerdings **verhindern**. Erforderlich ist hierzu, dass das eigene Unternehmen rechtzeitig in eine ausländische Rechtsform umgewandelt wird. Beliebte ist zu diesem Zweck die Umwandlung in eine **Societas Europaea (SE)**, da diese Rechtsform keinerlei Aufsehen erregt. Auf den ersten Blick stärkt die SE sogar die Arbeitnehmerbeteiligung, da zwingend ein SE-Betriebsrat zu bilden ist. Allerdings verfügt der SE-Betriebsrat bloß über Unterrichts- und Anhörungsrechte und kann nicht erzwingbar inhaltlich mitbestimmen. Eine andere verbreitete Praxis besteht darin, das eigene Unternehmen in eine deutsche Kommanditgesellschaft umzuwandeln und eine ausländische Rechtsform als Komplementär einzusetzen, z.B. eine GmbH nach österreichischem Recht oder eine niederländische B.V.

Damit eine Flucht aus der Unternehmensmitbestimmung gelingt, ist eines aber ganz wichtig: Das Unternehmen muss **unbedingt rechtzeitig handeln**, nämlich bevor die maßgeblichen Mitarbeiterschwellenwerte überschritten und von Arbeitnehmerseite ein Statusverfahren nach § 98 AktG eingeleitet wurde. Sonst ist es zu spät. Nicht unterschätzt werden darf, dass der rechtliche Umwandlungsprozess je nach Rechtsform zeitraubend und aufwendig ausfallen kann.

Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Kühne
+49 (0) 221 650 65-129
jonas.kuehne@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de