

Der Weg eines ausländischen Unternehmens nach Deutschland

-Teil 3- von Silke Busch, RA, FA für Arbeitsrecht, FA für Steuerrecht,
Partner der Korts Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Köln (www.korts.de)



Silke Busch, RA, FA für Arbeitsrecht,
FA für Steuerrecht
Silke Busch, attorney-at-law,
certified attorney at labour law and tax law

A foreign company's way to Germany

-Part 3-

by Silke Busch, attorney-at-law,
certified attorney at labour law and
tax law, partner at Korts Rechts-
anwalts-gesellschaft mbH, Cologne

- www.korts.de -

The English company Smith Ltd. is the subsidiary of an Asian electronics groups. So far, the Smith Ltd. has seen to business activities in the EU area, with the focus being on final assembly and the sale of electronic products. Now expansion is to be further boosted. In the principal EU markets, among them also in Germany, business is now to be conducted by local companies (branches or independent companies). In the first part of this article, potential corporate forms for an establishment in Germany were outlined, whereas the second part focused on tax aspects. Now labour law aspects are to be examined in detail.

Die englische Smith Ltd. ist die Tochtergesellschaft eines asiatischen Elektronik Konzerns. Dieser hat bisher den EU-Raum durch die Smith Ltd. betreuen lassen, wobei die Haupttätigkeit in der Endmontage und dem Vertrieb der Elektronikprodukte liegt. Nunmehr soll die Expansion stärker forciert werden. In den Hauptmärkten der EU, unter anderem in Deutschland, sollen die Geschäfte nun über dort ansässige Unternehmen (Zweigniederlassungen oder selbständige Firmen) betrieben werden. Nachdem sich die Smith Ltd. im ersten Teil des Artikels kurz die möglichen gesellschaftsrechtlichen Formen einer Niederlassung in Deutschland haben erläutern lassen und im zweiten Teil die steuerlichen Aspekte im Vordergrund standen, soll nunmehr die arbeitsrechtliche Situation näher beleuchtet werden.

A. Grundlagen des deutschen Arbeitsrechts

Das deutsche Arbeitsrecht unterteilt sich vom Grundsatz her in zwei Gebiete: das Individualarbeitsrecht und das Kollektivarbeitsrecht. Die Gebiete unterscheiden sich darin, dass im Individualarbeitsrecht die individuell zwischen dem einzelnen Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitgeber getroffenen Vereinbarungen betrachtet werden, während Gegenstand des Kollektivarbeitsrechts die Auswirkungen kollektiver Vereinbarungen zwischen dem Arbeitgeber und seiner Betriebsbelegschaft (Betriebsverfassungsrecht) oder zwischen Tarifparteien (also Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften) auf das einzelne Arbeitsverhältnis oder Gruppen von Arbeitsverhältnissen sind. Beide Gebiete des Arbeitsrechts haben also unmittelbare Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten der Parteien aus einem Arbeitsverhältnis.

Das deutsche Arbeitsrecht ist nicht einheitlich kodifiziert, sondern wird von einer Vielzahl gesetzlicher Regelwerke bestimmt und in hohem Maße durch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung konkretisiert. Die meisten der arbeitsrechtlichen Gesetze sind zwingendes Recht, können also nicht durch Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber abbedungen werden. Beispielhaft zu nennen sind der gesetzliche Mindesturlaub nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG), die sechswöchige Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgeltfortzG), die Vorschriften über die Dauer der Arbeitszeiten nach dem Arbeitszeitgesetz (ArbZG), der besondere Kündigungsschutz für Schwangere nach dem Mutterschutzgesetz (MuSchG) und für schwerbehinderte Menschen nach dem Sozialgesetzbuch IX (SGB IX) oder auch die gesetzlichen Mindestkündigungsfristen des § 622 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

Der Anwendungsbereich des deutschen Arbeitsrechts umfasst die abhängige Tätigkeit auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrages – des Arbeitsvertrages. Davon zu unterscheiden sind Tätigkeiten, die im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages, eines Geschäftsbesorgungsvertrages oder sonstiger Verträge, die die Erbringung von Tätigkeiten zum Gegenstand haben. Kennzeichnendes Merkmal des Arbeitsvertrages ist die Erbringung von

Tätigkeiten für einen anderen im Rahmen einer abhängigen Stellung in Abgrenzung zur selbständigen Tätigkeit. Auch die Anstellung als GmbH-Geschäftsführer ist kein Arbeitsvertrag im arbeitsrechtlichen Sinne (im steuerrechtlichen Sinne hingegen schon), sondern in der Regel ein Dienstvertrag. Arbeitsrechtliche Normen sind daher auf das Anstellungsverhältnis eines GmbH-Geschäftsführers nicht anwendbar.

B. Kollektivarbeitsrecht

Kollektivarbeitsrecht spielt sich im Wesentlichen auf zwei Ebenen ab: auf der tariflichen Ebene und auf der betrieblichen Ebene. Auf tariflicher Ebene kommt den Tarifverträgen die entscheidende Bedeutung zu, die ihren gesetzlichen Rahmen im Tarifvertragsgesetz (TVG) finden. Tarifverträge sind von tariffähigen Parteien (Gewerkschaften, einzelne Arbeitgeber und Vereinigungen von Arbeitgebern) geschlossene Verträge zur Festlegung von Bestimmungen über Inhalt, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie über betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen und gemeinsame Einrichtungen der Tarifparteien. Der sachliche Geltungsbereich der Tarifnormen bestimmt sich danach, welchem Wirtschaftszweig ein Betrieb überwiegend angehört, d.h. Tarifverträge sind branchenspezifisch. Des Weiteren liegt beim Geltungsbereich oftmals eine räumliche Eingrenzung (z.B. auf ein bestimmtes geografisches Gebiet oder ein Bundesland) vor. Auf betrieblicher Ebene ist das kollektive Arbeitsrecht (bezeichnet als Betriebsverfassungsrecht) im Wesentlichen normiert durch das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Es ist gekennzeichnet durch Mitbestimmungs- und Informationsrechte der Betriebsbelegschaft als Kollektiv, vertreten durch den Betriebsrat. Ein Betriebsrat kann gebildet werden, wenn der Arbeitgeber in seinem Betrieb in der Regel mindestens fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt, von denen drei wählbar sind (die Voraussetzungen von Wahlberechtigung und Wählbarkeit sind ebenfalls gesetzlich geregelt). Die Bildung des Betriebsrates erfolgt durch Betriebsratswahlen, die nach einem bestimmten vorgeschriebenen Wahlmodus erfolgen und regelmäßig alle vier Jahre stattfinden. Betriebsräte unterliegen einem arbeitgeberseitigen Kündigungsverbot und durch den Arbeitgeber für ihre Betriebsrätstätigkeit bei vollem Lohnausgleich von der Arbeit freizustellen. Der Arbeitgeber hat die Betriebsrätstätigkeit weitgehend zu finanzieren und zu unterstützen.

Die Rechte des Betriebsrates sind im Einzelnen durch das BetrVG festgelegt. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, den Betriebsrat in sozialen Angelegenheiten, in personellen Angelegenheiten, bei personellen Einzelmaßnahmen (z.B. Versetzungen, Neueinstellungen, Kündigungen), bei der Gestaltung von Arbeitsplatz, Arbeitsablauf und Arbeitsumgebung und in wirtschaftlichen Angelegenheiten zu beteiligen. Zur Regelung bestimmter betrieblicher Bereiche können Arbeitgeber und Betriebsrat sogenannte Betriebsvereinbarungen schließen. Arbeitsentgelte und sons-

tige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, können nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein (es sei denn, dies ist im Tarifvertrag ausdrücklich vorgesehen).

C. Individualarbeitsrecht

Das Individualarbeitsrecht ist geprägt durch die in dem Einzelarbeitsvertrag mit dem jeweiligen Arbeitnehmer getroffenen Vereinbarungen, die durch das zwingende Arbeitsrecht ergänzt werden. Etwaige (ebenfalls zwingende) Einflüsse des kollektiven Arbeitsrechts sind zu beachten.

Das Arbeitsvertragsrecht kennt kein grundsätzliches Schriftformerfordernis für die Wirksamkeit von Arbeitsverträgen, aber das Nachweisgesetz (NachwG) verpflichtet den Arbeitgeber, auf Verlangen des Arbeitnehmers die wesentlichen Bedingungen des Arbeitsvertrages schriftlich niederzulegen. Der individuelle Arbeitsvertrag regelt die Grundlagen der gegenseitigen Rechte und Pflichten des Arbeitsvertrages unter Beachtung der zwingenden gesetzlichen Regelungen. Handelt es sich bei dem Arbeitsvertrag um einen Formulararbeitsvertrag (d. h. als ein vom Arbeitgeber einseitig vorgegebener Vertrag ohne Verhandlungsspielraum für den Arbeitnehmer) unterliegt er der richterlichen Inhaltskontrolle, d. h. ein deutsches Gericht kann die einzelnen Klauseln des Vertrages daraufhin überprüfen, ob sie den Arbeitnehmer in unzumutbarer Weise benachteiligen. Ist dies der Fall, so entfällt die Klausel ohne weiteres, an ihre Stelle tritt die gesetzliche Regelung. Dies stellt im Endeffekt eine erhebliche Einschränkung der arbeitsrechtlichen Vertragsfreiheit dar.

Von herausragender Bedeutung im deutschen Individualarbeitsrecht ist das Kündigungsschutzrecht, kodifiziert im Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Das Kündigungsschutzgesetz ist anwendbar, wenn in dem Betrieb des Arbeitgebers in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden beschäftigt werden. Das KSchG enthält eine zwingende Einschränkung der arbeitgeberseitigen Kündigungsmöglichkeiten auf bestimmte Kündigungsgründe, dies sind personenbedingte, verhaltensbedingte und betriebsbedingte Gründe. Eine Kündigung durch den Arbeitgeber aus anderen als diesen gesetzlich normierten Gründen ist nicht zulässig. Was genau unter den Begriffen „personenbedingt“, „verhaltensbedingt“ und „betriebsbedingt“ zu verstehen ist, ist im Einzelnen nicht gesetzlich festgelegt, sondern hat seine Ausprägung durch die Rechtsprechung erfahren. Diese Rechtsprechung hat dabei zu den einzelnen Kündigungsgründen zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen geschaffen. Die Wirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung kann ein Arbeitnehmer in einem Kündigungs-schutzverfahren durch das zuständige Arbeitsgericht überprüfen lassen.

Abschließend muss festgehalten werden, dass das deutsche Arbeitsrecht hohe Anforderungen an den Arbeitgeber stellt. Die vorstehenden Ausführungen stellen lediglich einen Teilausschnitt mit den wichtigsten Grundlagen in cursorischer Form dar. Eine Vielzahl von Gesetzen, Verordnungen, ungeschriebenen Rechtsinstitutionen und die Fülle der arbeitsgerichtlichen Urteile machen das deutsche Arbeitsrecht zu einer juristischen Spezialmaterie, die bereits von deutschen Unternehmern nicht ohne fachkundige Hilfe gemeistert werden kann. Deshalb ist es für ausländische Unternehmer, die in Deutschland Arbeitnehmer beschäftigen wollen, unerlässlich, vorher Rat bei einem deutschen Fachanwalt für Arbeitsrecht einzuholen. ■

Fortsetzung folgt ...

A. Basics of German labour law

German labour law is basically subdivided into individual and collective labour law. These two categories differ in that individual labour law concerns the individual legal relationship between employees and employers, whereas collective labour law deals with the effects of collective agreements between employer and staff (law concerning employees' representation and co-determination) or between parties to a collective agreement (employers' associations and trade unions) on the individual employment relationship or on groups of employment relations. Both categories of labour law thus directly affect the rights and obligations of the parties to an employment relationship.

German labour law is not uniformly codified but is governed by a multitude of legal provisions and to a high degree put in concrete terms by labour court decisions. Most labour law provisions are mandatory law, meaning that they cannot be departed from by agreements between employees and employers. Take, for example, the statutory minimum entitlement to paid holiday in accordance with the Federal Leave Act (BUrlG/Bundesurlaubsgesetz), the six-week continued pay in case of sickness in accordance with the Continuation of Wage Payments Act (EntgeltfortzG/Entgeltfortzahlungsgesetz), the provisions governing working hours in accordance with the Working Hours Act (ArbZG/Arbeitszeitgesetz), the special protection against unlawful dismissal for expectant mothers in accordance with the Maternity Protection Act (MuSchG/Mutterschutzgesetz) and for severely disabled persons in accordance with the Social Security Code IX (SGB IX/ Sozialgesetzbuch IX) or the statutory minimum periods of notice stipulated by section 622 of the German Civil Code (BGB/ Bürgerliches Gesetzbuch).

The scope of German labour law comprises dependent employment on the basis of a contract under private law – the employment contract. This must be distinguished from activities that are performed as part of a service contract or a contract for work and services, an agency agreement for the provision of services or other contracts concerning the rendering of services. The employment contract is characterized by the performance of activities for another person within the scope of dependent employment as opposed to self-employment. The appointment of a managing director of a GmbH (limited liability company) is not an employment contract as defined by labour law either (although under tax law) but usually a service contract. Labour law provisions thus cannot be applied to the employment of a managing director of a GmbH.

B. Collective labour law

Collective labour law can be subdivided into two levels: collective bargaining level and plant level. At collective bargaining level, collective agreements are a decisive instrument. The Collective Agreements Act (TVG/ Tarifvertragsgesetz) provides the legal framework for these collective agreements. Collective agreements are agreements between parties entitled to negotiate pay deals (trade unions, individual employers and employers' associations) which lay down provisions regarding the terms, taking up and termination of employment as well as company issues, issues concerning employees' representation and co-determination and joint facilities of the parties to the collective agreement. The substantive scope of provisions of collective agreements depends on which branch of industry a company mainly belongs to, which means that collective agreements are industry-specific. Moreover, the scope is often spatially limited (for example to a particular geographical region or federal state). At plant level, collective labour law (termed 'Betriebsverfassungsrecht', the law concerning employees' representation and co-determination) is basically governed by the Works Council Constitution Act (BetrVG/ Betriebsverfassungsgesetz). It is characterized by the staff's rights of co-determination and rights to obtain information, with the staff as a whole being represented by the works council. A works council may be set up in establishments with at least five permanent em-

ployees with voting rights, three of whom being eligible for the works council (the conditions of the right to vote and eligibility are also regulated by law). The works council shall be elected every four years according to a specific, prescribed mode of election. Members of the works council must not be dismissed because of their activities as shop stewards and are to be exempted from their work duties by the employer at full pay. The employer has to support and finance the activities of the works council to a great extent.

The works council's rights are specified by the BetrVG. In conclusion, it can be said that the employer is obliged to involve the works council in social and personnel matters, individual measures regarding staff (for example transfers, new hirings, dismissals), workplace layout, work flow structuring, design of job environments and in economic matters. Employer and works council may conclude shop agreements, as they are termed, concerning certain operational fields. Wages or salaries and other terms of employment agreed on in a collective agreement cannot be the subject matter of a shop agreement (unless expressly provided for in the collective agreement).

C. Individual labour law

Individual labour law is characterized by the agreements reached between the employer and the particular employee and laid down in the individual employment contract, which are supplemented by mandatory labour law. Any (also mandatory) influences of collective labour law must be observed.

Employment contract law basically does not require employment contracts to be in writing in order to be valid but under the Employment Documentation Act (NachwG/Nachweisgesetz), the employer is obliged to record in writing the essential conditions of the employment contract at the employee's request. The individual employment contract regulates the basics of the mutual rights and obligations of the parties to the employment contract in compliance with the mandatory legal provisions. If the employment contract is a standard form employment contract (i.e. a contract that has exclusively been drawn up by the employer without including any margin for negotiations for the employee), it is subject to judicial review, meaning that a German court may review the individual contractual clauses as to whether they place the employee at an undue or unreasonable disadvantage. If this is the case, the clause will simply be cancelled and superseded by a legal provision. In the end, this considerably restricts freedom of contract under labour law.

Dismissal protection regulations, codified in the Dismissal Protection Act (KSchG/ Kündigungsschutzgesetz) are of pre-eminent importance in German individual labour law. The Dismissal Protection Act shall apply to establishments with more than ten employees exclusive of trainees. The KSchG mandatorily restricts the employer's right to give notice to certain grounds for dismissal: incapacity, misconduct and operational requirements. Dismissal by the employer on grounds other than the aforementioned statutory ones is inadmissible. It is not specified by law what exactly is meant by the terms 'incapacity', 'misconduct' and 'operational requirements' but it has been elaborated and defined by court decisions. These court decisions have established additional conditions for the individual grounds for dismissal to be valid. An employee can challenge the validity of a dismissal by the employer and have it reviewed by the competent labour court in dismissal protection proceedings.

In conclusion, it must be said that German labour law places high demands on employers. The foregoing is only a brief outline of the most important basics. A multitude of laws, regulations and unwritten legal principles and the large number of labour court decisions render German labour law a legal special field which even German companies cannot deal with without expert help. It is therefore essential for foreign entrepreneurs intending to hire employees in Germany to seek the advice of a German certified attorney at labour law beforehand. ■

To be continued ...