

Ontslagrecht in Duitsland: aandachtspunten naar Duits recht

Nederlandse ondernemers die de Duitse markt wensen te betreden, doen in het begin vaak zaken vanuit Nederland. Als een bepaalde omzet is gerealiseerd, wordt gekozen voor een eigen, onafhankelijke vestiging, om zeker te zijn van verdere groei. Oprichting van een vennootschap is dan een logische stap, veelal verbonden met het in dienst nemen van werknemers in Duitsland.

Toepasselijk recht

Komen de werknemer en de werkgever geen rechtskeuze overeen, dan is het arbeidsrecht toepasselijk van het land waar de werknemer gewoonlijk zijn arbeid verricht.

Indien een medewerker uit Duitsland naar het buitenland uitgezonden wordt, is niet direct het buitenlandse arbeidsrecht van toepassing. Normaalgesproken wordt ervan uitgegaan, dat in zo'n geval voor een periode van twee jaar nog het Duitse recht geldt. De exacte duur van deze periode is evenwel omstreden; een contractuele regeling is dan ook aan te raden.

Wel kunnen de partijen bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst een rechtskeuze overeenkomen, door bijvoorbeeld Nederlands recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing te verklaren. Zou volgens de wet Duits recht op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijn, dan blijven ook in dit geval dwingendrechtelijke bepalingen van het Duitse recht van toepassing, en wel voor zover die bepalingen voor

de werknemer gunstiger zijn. Verder mag een rechtskeuze van de partijen niet leiden tot het verlies van bescherming van de werknemer van bijzonder dwingend recht. Ook moet bij het maken van een rechtskeuze er rekening mee worden gehouden dat de situatie kan ontstaan dat een Duitse rechter – bijvoorbeeld naar Nederlands recht moet oordelen. Dit is een ongewenste situatie. Een van het Duits recht afwijkende rechtskeuze is om bovengenoemde reden dan ook niet aan te raden.

Ontslag bij niet toepasselijkheid van het KSchG

Wordt een werknemer ontslagen, dan moet bekeken worden, of het zogenaamde "Kündigungsschutzgesetz" (KSchG) – de wet ter bescherming van de werknemer in geval van ontslag – van toepassing is. Deze wet stelt aanvullende voorwaarden aan het ontslag van een werknemer.

Het KSchG is van toepassing als de werknemer langer dan zes maanden zonder onderbreking bij het bedrijf gewerkt heeft en het bedrijf meer dan vijf werknemers, exclusief leerlingen en exclusief de bestuurder, in dienst heeft. (Voor werknemers, die na 31 december 2003 in dienst getreden zijn ligt de drempel bij meer dan tien werknemers.) Begin dit jaar heeft het Bundesarbeitsgericht een uitspraak gedaan, waarin wordt uiteengezet hoe het aantal werknemers berekend dient te worden indien ondernemingen vestigingen in verschillende landen hebben (in het

onderhavig geval in België en Duitsland). Het Bundesarbeitsgericht heeft uitgelegd, dat voor de berekening van het aantal werknemers in verband met toepasselijkheid van het KSchG de organisatorische eenheid in Duitsland maatgevend is en niet het ondernemingsbegrip. Daarom worden de werknemers in de verschillende landen niet bij elkaar opgeteld. Heeft een onderneming bijvoorbeeld vestigingen in Nederland en Duitsland, dan worden de medewerkers in Nederland niet meegerekend voor de bepaling van het aantal medewerkers in de zin van het KSchG. Of alle werknemers in Duitsland bij elkaar geteld worden, is afhankelijk van de structuur van de onderneming.

Valt een werknemer niet onder de toepasselijkheid van het KSchG, dan kan een werkgever op de gebruikelijke wijze opzeggen, waarbij de werkgever de daarvoor geldende opzegtermijn volgens de wet respectievelijk de individuele arbeidsovereenkomst in acht dient te nemen.

Belangrijk is dat het ontslag schriftelijk en rechtsgeldig bekend gemaakt wordt om er zeker van te zijn dat de opzegtermijn in acht is genomen. Anders dan in Nederland kan dit in Duitsland niet per fax of e-mail. De veiligste manier is de overhandiging van de ontslagbrief in het bijzijn van getuigen met een schriftelijk bewijs van ontvangst. De brief versturen per aangetekend schrijven is een mogelijkheid, maar bergt het risico in zich dat de brief niet tijdig in ontvangst genomen

of afgehaald wordt.

Ook behoeft in dit geval geen vergoeding naar redelijkheid en billijkheid door de werkgever betaald te worden, indien daaromtrent geen bepaling in de arbeidsovereenkomst opgenomen is. Er is ook geen vergunning van een overheidsorgaan vereist, zoals bijvoorbeeld van het CWI in Nederland.

Daarnaast heeft de werkgever ook het recht om een ontslag op staande voet uit te spreken als daarvoor voldoende redenen aanwezig zijn. Aan andere vereisten behoeft een werkgever in principe niet te voldoen. Een uitzondering is van toepassing op verschillende groepen van personen zoals gehandicapten, zwangeren, zieken en leden van de ondernemingsraad. Voor deze groepen geldt een aanvullende ontslagbescherming volgens verschillende wetten.

Ontslag bij toepasselijkheid van het KSchG

Is het KSchG van toepassing, dan zijn aan een ontslag door de werkgever nadere vereisten verbonden. In dat geval kan een werkgever een werknemer alleen ontslaan als er geen andere minder ingrijpende maatregelen bestaan, zoals bijvoorbeeld overplaatsing, het geven van een waarschuwing of bijscholing in het geval van ontbrekende kwalificatie. Verder moet een werkgever een reden voor het ontslag aanvoeren en dit kunnen aantonen. Een dergelijke reden kan in de persoon of in het gedrag van de werknemer gelegen zijn, maar de reden kan ook een bedrijfseconomische zijn.

Betreft het een reden die in de persoon gelegen is (bijvoorbeeld een gebrek aan kwalificatie voor de functie waarvoor de betreffende werknemer aangenomen is, of een ziekte zoals bijvoorbeeld alcoholisme, die leidt tot een negatieve prognose en/of gebrek aan prestatie) of een reden die in het

gedrag van de werknemer gelegen is (bijvoorbeeld alcoholconsumptie bij alcoholverbod, verstoring van het bedrijfsklimaat door een verstoorde samenwerking tussen werknemers onderling, diefstal, keer op keer te laat komen, drugsgebruik), dan moet de werkgever deze reden duidelijk in de ontslagbrief aangeven.

Indien het ontslag in de sfeer van het bedrijf (de zogenaamde bedrijfseconomische redenen, zoals bijvoorbeeld het wegvallen van de werkplek van de werknemer door in- of externe oorzaken) ligt, heeft de onderneming vrijheid in haar beslissing, die door de rechtbank alleen op redelijkheid getoetst wordt; de werkgever dient een "sociale selectie" tussen de voor ontslag in aanmerking komende werknemers uit te voeren. Dat wil zeggen dat de werkgever de werknemer dient te ontslaan, die het minst zal lijden onder de negatieve gevolgen van zijn/haar ontslag. Ook in het geval van ontslag in de sfeer van het bedrijf dient de werkgever de reden voor het ontslag en de sociale selectie in de ontslagsbrief duidelijk te maken.

Valt een werknemer onder de bescherming van het KSchG, dan heeft hij binnen drie weken na ontvangst van het schriftelijke ontslag de mogelijkheid een procedure bij de rechtbank voor arbeidszaken in te dienen waarmee hij bezwaar tegen het ontslag maakt.

In de praktijk worden dergelijke procedures regelmatig gevoerd, dit ook omdat vaak een vergoeding naar redelijkheid en billijkheid door de rechtbank toegekend wordt of tussen partijen overeengekomen wordt om dergelijke procedures te beëindigen. Om deze procedures te voorkomen heeft de wetgever een nieuw artikel in het KSchG opgenomen, waarop hieronder nog nader wordt ingegaan.

Het KSchG is niet van toepassing op bestuurders, bedrijfsleiders, leidinggevenden en vergelijkbare personen.

Afkoopsommen

Bij het ontslag van een werknemer is de betaling van een vergoeding naar redelijkheid en billijkheid altijd een belangrijk aspect.

De hoogte van de schadevergoeding is volgens het KSchG bij een gerechtelijke ontbinding beperkt. Door de rechtbank wordt maximaal een bedrag van twaalf maandsalarissen toegekend; dat bedrag kan verhoogd worden tot vijftien of achttien maandsalarissen als het dienstverband tenminste vijftien respectievelijk twintig jaar heeft bestaan en de werknemer tenminste ouder is dan 50 respectievelijk 55 jaar.

Verder biedt het KSchG de werkgever de mogelijkheid om, indien het een opzegging om bedrijfseconomische redenen betreft, de werknemer een schadevergoeding in de ontslagbrief aan te bieden, mocht de werknemer afzien van het bezwaar maken tegen het ontslag op grond van het KSchG. In dat geval bedraagt de hoogte van de schadevergoeding een half maandsalaris voor elk jaar dat het dienstverband heeft bestaan. Dit geeft de werkgever een attractieve mogelijkheid om een langdurige en kostenintensieve procedure te voorkomen.

Voor het aanzeggen van een ontslag is het belangrijk de omstandigheden van de individuele situatie goed te bekijken om fouten bij het ontslag te voorkomen.

**Susanne Hermsen,
Ondernemingsrecht
T +31 (0)26 3538 252
E susanne.hermsen@cms-dsb.com**