Schriftenreihe International

Arbeitsrecht
USA

GESAMTMETALL

Die Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektro-Industrie

Schriftenreihe International

Arbeitsrecht
USA

Stand: Dezember 2010

Autorin

Dr. Gerlind Wisskirchen ist Partnerin und Fachanwältin für Arbeitsrecht in der Sozietät CMS Hasche Sigle. Das Arbeitsrechtsteam von CMS Hasche Sigle wird seit Jahren im ersten Ranking (Top-Tier) von JUVE gelistet und wurde 2008 von ACQ Acquisition Finance als „Employment Law Firm of the Year" ausgezeichnet. Frau Dr. Wisskirchen berät deutsche und ausländische multinationale Unternehmen, insbesondere zu Fragen der Restrukturierung und Umstrukturierung, des Outsourcing, zu Tariffragen und betriebsverfassungsrechtlichen Aspekte, Privatisierungen, Transaktionen und Personalanpassungsmaßnahmen. Sie hat erhebliche Erfahrung in der Luftfahrtindustrie. Sie berät häufig Unternehmen bei der Entwicklung von Businessplänen und Strategien aus HR und arbeitsrechtlicher Sicht.

In einer globalisierten Welt, in der nationale Grenzen und Jurisdiktionen immer mehr zurücktreten, hat sie besondere Erfahrungen in grenzüberschreitenden Aspekten und leitet entsprechende europäische Projekte, wie z.B. grenzüberschreitender Betriebsübergang und Betriebsverlagerung (Outsourcing, Off-Shoring), Fragen der Compliance, grenzüberschreitende Audits und Compliance- und unternehmensinterne Untersuchungen, Matrixstrukturen von multinationalen Konzernen, Europäischer Betriebsrat, Implementierung von Codes of Conduct und Whistleblowing-Systemen, Arbeitnehmer-Entsendung, Datenschutzfragen und Ganzheitliche Produktionssysteme (Toyota Business System, Lean, Kayzen etc.). Sie hat einen „EU Labour & Employment Law Navigator", eine vergleichende Analyse der Arbeitsrechtssysteme in Europa entwickelt.

Frau Dr. Wisskirchen hält regelmäßig Vorträge bei nationalen und internationalen Konferenzen zu Rechtsfragen des internationalen HR-Managements und zu Fragen des grenzüberschreitenden Arbeitsrechts, wie z.B. für die International Bar Association, die American Bar Association und American Employment Law Council. Sie ist Dozentin im MBA Programm „International Human Resources Management" an der Cranfield Universität, UK, einer der führenden europäischen Business Schools. Sie hat zahlreiche Publikationen und Aufsätze in deutsch und englisch veröffentlicht.

§ 1 Individualarbeitsrecht 13

A. Grundlagen des Arbeitsverhältnisses 13

I. Rechtsquellen 13

1. Gewohnheitsrecht 13
2. Kodifiziertes Recht 14

II. Durchsetzung des kodifizierten Rechts 18

B. Begründung eines Arbeitsverhältnisses 18

I. Parteien des Arbeitsverhältnisses 18

1. Arbeitnehmer 19
2. Arbeitgeber 22

II. Bewerbungsphase 22

1. Informationen von früheren Arbeitgebern 22
2. Medizinische Tests 23
3. Drogentests 25
4. Ehrlichkeitstests 25
5. Prüfung der Kreditwürdigkeit u. a. 26

III. Der Arbeitsvertrag 27

1. Allgemeines 27
2. Ausgestaltung des Arbeitsvertrages 27
3. Arbeitnehmerüberlassung 29

IV. Vertrag mit leitenden Angestellten 31

C. **Das bestehende Arbeitsverhältnis** 32

I. Pflichten des Arbeitnehmers 32

1. Treuepflicht 32
2. Verschwiegenheitspflicht bei Geschäftsgeheimnissen 33
3. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot 33
4. Pflichten leitender Angestellter 35
5. Arbeitgeberseitige Maßnahmen zur Einhaltung der Pflichten des Arbeitnehmers 36

II. Pflichten des Arbeitgebers 42

III. Änderung des Arbeitsverhältnisses 43

IV. Arbeitsentgelt 44

1. Entgelt 44
2. Freiwillige zusätzliche Leistungen 45
3. Obligatorische zusätzliche Leistungen 46
4. Sonstige Zahlungen neben dem Arbeitsentgelt 47

V. Arbeitszeit 47

VI. Urlaub 48

VII. Arbeitsverhinderung / Krankheit 50

VIII. Fortbildung der Arbeitnehmer 50

IX. Datenschutz 51

D. BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES 53

I. Grundsatz: Employment-at-Will 53

II. Ausnahmen 54

1. Gesetzliche Ausnahmen auf Bundesebene 54
2. Ausnahmen unter dem Common Law 56

III. Constructive Dismissal: Vom Arbeitgeber veranlasste Eigenkündigungen 61

IV. Ansprüche des Arbeitnehmers bei unwirksamer Kündigung 61

1. Wiedereinstellung 62
2. Vertragliche Schadensersatzansprüche 62
3. Regelmäßig zusätzlich geltend gemachte Schadensersatzansprüche 62

E. BESONDERS GESCHÜTZTE ARBEITNEHMERGRUPPEN 64

F. ARBEITSVERHÄLTNIS MIT AUSLANDSBEZUG 64

I. Beschäftigung von US-Bürgern in Deutschland 64

II. Entsendung deutscher Arbeitnehmer in die USA 65

1. Gestaltungsmöglichkeiten bei der Entsendung 66
2. Anwendbares Recht 66
3. Sozialversicherungs- und aufenthaltsrechtliche Fragen 67

§ 2 Antidiskriminierungsrecht 69

A. RECHTSGRUNDLAGEN 69

I. Anwendungsbereich des Antidiskriminierungsschutzes 69

II. Die US-amerikanischen Diskriminierungsgesetze 69

1. Civil Rights Act of 1886 and Section 1981 69
2. Title VII des Civil Rights Act of 1964 70
3. The Equal Pay Act 72
4. Age Discrimination in Employment Act 72
5. The Americans with Disabilities Act 73

III. Verbotenes Verhalten / Verbotene Maßnahmen 73

1. Unmittelbare Diskriminierung 74
2. Mittelbare Diskriminierung 75
3. Belästigung 78
4. Diskriminierungsfaktoren 80

IV. Rechtfertigungsgründe für verbotenes Verhalten und verbotene Maßnahmen 91

1. Erforderliche Berufsqualifikationen 91
2. Betriebswirtschaftliche Gründe 92
3. Rechtfertigungsgründe aufgrund des ADEA 92

V. Vergeltungsmaßnahmen des Arbeitgebers 94

B. RECHTSFOLGEN VON DISKRIMINIERUNGEN 95

I. Rechtsfolgen von unmittelbarer Diskriminierung aus Title VII des Civil Rights Act 95

II. Rechtsfolgen von mittelbarer Diskriminierung aus Title VII des Civil Rights Act 96

III. Rechtsfolgen bei Diskriminierung aufgrund des ADEA und des ADA 97

§ 3 Kollektives Arbeitsrecht 98

A. KOALITIONSRECHT 98

I. Koalitionsfreiheit 98

1. National Labor Relations Act 99
2. National Railway Labor Act 104

II. Die Entwicklung der Gewerkschaften 105

1. Die Gewerkschaftsbewegung 105
2. Die wichtigsten Gewerkschaften im Überblick 106
3. US-Gewerkschaften im Umbruch 108

B. TARIFRECHT 110

I. Mandatierung von Gewerkschaften – Wahlverfahren nach dem NLRA 111

1. Zertifizierungsverfahren 111
2. Freiwillige Anerkennung der Gewerkschaft durch den Arbeitgeber 115
3. Anweisung durch das NLRB 116

II. Bestimmung der Verhandlungseinheit 116

1. Bestimmung des Personenkreises einer Verhandlungseinheit 117
2. Allgemeine Kriterien für die Zusammensetzung einer Bargaining Unit 119

III. Gegenstand der Tarifverhandlungen 120

1. Obligatorische Verhandlungsgegenstände 120
2. Zulässige Verhandlungsgegenstände 121
3. Gesetzeswidrige Verhandlungsgegenstände 121

IV. Der Tarifvertrag 122

1. Parteien des Tarifvertrages 122
2. Wirkung der Tarifnormen 123
3. Grundsatz der Tarifeinheit 124

V. Reform des NLRA – Employee Free Choice Act 125

1. Section 2 EFCA – Card Check System 125
2. Section 3 EFCA – Arbitration Process 127
3. Section 4 EFCA – Increased Penalties 127

C. ARBEITSKAMPFRECHT 128

I. Arbeitsniederlegungen und Streiks 130

1. Zulässige Streiks 130
2. Unzulässige Streiks 133

II. Aussperrungen 133

1. Abwehraussperrung 135
2. Angriffsausperrung 135

III. Innerbetriebliche Störungen 136

IV. „Krankfeiern“ 136

V. Das Aufstellen von Streikposten 137

VI. Überqueren der Streikpostenkette 138

VII. Rechte und Ersatzkräfte 139

VIII. Gewerkschaftsunterstützung bei Klagen der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber 139

§ 4 Prozessrecht 141

A. VERFAHRENSARTEN 141

I. Mediation 142

II. Arbitration 142

III. Litigation 143

B. BESONDERES VERFAHREN – DIE CLASS ACTION 144

C. BEWEISERHEBUNG – (PRE-TRIAL) DISCOVERY 146

D. STRAFSCHADENSERSATZ – PUNITIVE DAMAGES 147

E. KOSTEN DES VERFAHRENS 148

Abkürzungsverzeichnis 150

§ 1 Individualarbeitsrecht

A. Grundlagen des Arbeitsverhältnisses

Das US-amerikanische Individualarbeitsrecht ist nicht – wie nach deutschem Verständnis – ein Arbeitnehmerschutzrecht, sondern geht vom Prinzip der Vertragsfreiheit zweier gleich starker Partner aus. Es räumt dem Arbeitgeber generell weitgehende Befugnisse gegenüber den Arbeitnehmern ein. Ein Unternehmen soll gegenüber Arbeitnehmern möglichst freie unternehmerische Entscheidungen treffen und nicht durch Gesetze beschränkt werden. Dieser Grundsatz wird jedoch durch eine restriktivere Rechtsprechung und den Erlass Arbeitnehmer schützender Gesetze etwas zurückgedrängt.

I. Rechtsquellen

Für das amerikanische Arbeitsrecht gibt es keine einheitliche Regelung in einem Arbeitsgesetzbuch. Vielmehr besteht eine Vielfalt von bundesstaatlichen, einzelstaatlichen und zum Teil auch kommunalen Vorschriften, die häufig nicht aufeinander abgestimmt sind und sich überschneiden. Daneben ergeben sich Regelungen aus dem von den Gerichten entwickelten Gewohnheitsrecht, dem *Common Law*, das in den USA älter als das kodifizierte Recht ist.[1]

1. Gewohnheitsrecht (*Common Law*)

Das *Common Law* spielt im US-amerikanischen Individualarbeitsrecht vor allem im Bereich des Kündigungsrechts eine tragende Rolle. So ist die Doktrin des *Employment-at-Will,* also die jederzeitige und beidseitige Kündigungsmöglichkeit des unbefristeten Arbeitsvertrags ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist oder Nennung eines Kündigungsgrundes[2], ursprünglich unter dem *Common Law* entstanden.[3] Noch heute besitzt diese Grundregel Gültigkeit, ist aber inzwischen durch zahlreiche Ausnahmen aufgeweicht.

---

[1] Vgl. zu der Entwicklung des Common Law Reinmann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, S. 5 ff.

[2] So die Definition bei Gaymer, Employment and Labour Law – Jurisdictional comparisons, 353; siehe im Detail unten, § 1 D. I.

[3] Siehe schon die Entscheidung aus dem Jahre 1884 in Payne v. Western & Atlantic Railroad Co., 81 Tenn. 507, 519 (1884).

2. Kodifiziertes Recht

Seit Mitte der 30er Jahre des vergangenen Jahrhunderts ist der Gesetzgeber in den USA sowohl auf Bundes- als auch auf Staatenebene dazu übergegangen, das US-amerikanische Arbeitsrecht zu kodifizieren. Während auf Bundesebene viele Gesetze zur Vermeidung von Diskriminierung am Arbeitsplatz erlassen wurden, liegt der Fokus der einzelstaatlichen Gesetzgebung im Individualarbeitsrecht darin, Entlohnungsfragen zu regeln und Ausnahmen zu dem Grundsatz des *Employment-at-Will* zu verankern. Darüber hinaus bestehen weitere Gesetze, aus denen der Arbeitnehmer individualvertragliche Rechte ableiten kann. Die wichtigsten Rechtsgrundlagen sollen im Folgenden kurz vorgestellt werden.

2.1 Bundesrecht (*Federal Acts*)

Die *Federal Acts* setzen in erster Linie gesetzliche Mindeststandards für den Arbeitgeber. Die Antidiskriminierungsgesetze haben hier die größte praktische Relevanz. Oftmals verschärfen die Gesetzgeber auf der einzelstaatlichen Ebene die Vorgaben des Bundesgesetzgebers.

2.1.1 *Antidiscrimination Statutes*

Bundesgesetze, die dem Arbeitnehmer Ansprüche gegen ein ihn diskriminierendes Verhalten seitens des Arbeitgebers oder anderer Arbeitnehmer einräumen, werden in § 2 (Antidiskriminierungsrecht) dargestellt.

2.1.2 Mindestlohn und Überstundenvergütung: *Fair Labor Standards Act (FLSA)*

Der *FLSA* garantiert ein landesweites Mindesteinkommen sowie die Abgeltung von Überstunden für *Non-Exempts*, wenn ihre wöchentliche Arbeitszeit 40 Stunden überschreitet.[4] *Non-Exempts* sind Arbeitnehmer, die keine herausgehobene Position innerhalb des Unternehmens bekleiden. Der Mindestlohn dieser Arbeitnehmer liegt derzeit bei 7,25 US-Dollar pro Stunde, unabhängig von Branche und Arbeitsort.[5]

[4] Siehe in Bezug auf den US-amerikanischen Mindestlohn insbesondere Thüsing, RdA 2009, 118, 121 f.
[5] Vgl. den Nachweis des US-amerikanischen Arbeitsministeriums unter http://www.dol.gov/esa/whd/Flsa/.

Exempts werden hingegen nicht vom *FLSA* erfasst. Eine einheitliche Definition, wann ein Arbeitnehmer als *Exempt* zu qualifizieren ist, gibt es nicht. Vielmehr stellt der *FLSA* sechs alternative Voraussetzungen auf, nach denen ein Arbeitnehmer als *Exempt* im Sinne des Gesetzes gilt:

- Nach der *Executive Exemptio*n fallen Arbeitnehmer nicht unter den *FLSA*, wenn sie hauptsächlich in der Geschäftsführung tätig sind, zwei oder mehr Arbeitnehmern Weisungen erteilen können, Personalentscheidungen treffen dürfen und wöchentlich mindestens 455,- US-Dollar brutto verdienen.[6]
- Die *Administrative Exemption* gilt für Arbeitnehmer, die hauptsächlich mit Aufgaben der Verwaltung des Unternehmens befasst sind, hierbei eigenverantwortliche Entscheidungen treffen dürfen und wöchentlich mindestens 455,- US-Dollar brutto verdienen.[7]
- Die *Professional Exemption* findet auf Arbeitnehmer Anwendung, die in einem Tätigkeitsbereich arbeiten, der vertiefte Kenntnisse erfordert, die typischerweise durch ein Studium erworben werden müssen, und die wöchentlich mindestens 455,- US-Dollar brutto verdienen.[8]
- Der *FLSA* umfasst ferner nicht Arbeitnehmer nach der *Computer Professional Exemption*, also Personen, die im Bereich der Hardware/Software Entwicklung oder Wartung tätig sind, und die wöchentlich mindestens 455,- US-Dollar brutto verdienen oder einen Stundenlohn von mindestens 27,63 US-Dollar brutto haben.[9]
- Unter die *Outside Sales Exemption* fallen Arbeitnehmer, die vornehmlich im Außendienst tätig sind und deren Aufgabe es ist, Waren zu verkaufen oder Aufträge für das Unternehmen zu akquirieren[10].
- *Highly Compensated Employees* sind Arbeitnehmer, die einen Jahresverdienst von mehr als 100.000,- US-Dollar haben und regelmäßig eine oder mehrere Aufgaben ausführen, die ein Arbeitnehmer leistet, der von der *Executive, Administrative oder Professional Exemption* erfasst ist.[11] Auch sie unterfallen nicht dem *FLSA.*

[6] Vgl. 29 C.F.R. § 541.100.
[7] Vgl. 29 C.F.R. § 541.200.
[8] Vgl. 29 C.F.R. § 541.300.
[9] Vgl. 29 C.F.R. § 541.400.
[10] Vgl. 29 C.F.R. § 541.500.
[11] Vgl. 29 C.F.R. § 541.601.

Die rechtliche Abgrenzung von *Exempts* zu *Non-Exempts* ist oft schwierig[12] und steht häufig im Mittelpunkt von Klagen, die Arbeitnehmer im Rahmen von *Class Actions*[13] in *Wage-and-Hour*-Verfahren vor Gericht bringen, um als *Non-Exempts* die Vorteile des *FLSA* nutzen zu können.

2.1.3 Weitere individualarbeitsrechtlich relevante Gesetze

Weitere Gesetze stärken die Individualrechte der Arbeitnehmer oder bestimmter Arbeitnehmergruppen: Der *Employee Retirement Income Security Act (ERISA)* und der *Consolidated Omnibus Budget Reconciliation Act (COBRA)* bezwecken die Sicherung der betrieblichen Altersvorsorge des Arbeitnehmers und seine medizinische Versorgung im Krankheitsfall. Der *Electronic Communications Privacy Act of 1986 (ECPA)* garantiert den Schutz des Arbeitnehmers bei vertraulicher Kommunikation am Arbeitsplatz. Der *Family and Medical Leave Act (FMLA)* normiert, dass Arbeitnehmer zeitweise von der Arbeit – allerdings unbezahlt – abwesend sein dürfen, wenn sie sich wegen schwerer Krankheit in Behandlung begeben, ein Familienmitglied mit schwerer Krankheit pflegen oder ein Neugeborenes versorgen müssen. In diesem Fall kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht wirksam aufgrund seiner Abwesenheit kündigen.

2.2 Einzelstaatliches Recht (*State Statutes*)

Im individualarbeitsrechtlichen Bereich liegt das Hauptaugenmerk der einzelstaatlichen Gesetzgebung auf Fragen der Entlohnung. Einige Staaten weichen darüber hinaus im kodifizierten Recht von der *Employment-at-Will* Doktrin ab.

2.2.1 *Workers' Compensation Statutes*

Der einzelstaatliche Gesetzgeber darf den durch den *FLSA* gesetzten Mindeststandard nicht unterschreiten, jedoch sind Abweichungen zugunsten der Arbeitnehmer möglich. Viele Staaten machen von dieser Möglichkeit Gebrauch. So liegt z. B. der gesetzliche Mindestlohn in Kalifornien bei 8,- US-Dollar brutto pro Stunde.[14]

---

[12] So kann es vorkommen, dass das Berufsbild eines Arbeitnehmers Aufgaben umfasst, die einerseits Exempts und andererseits Non-Exempts zuzuordnen sind. In diesem Fall ist entscheidend, worin sein Tätigkeitsschwerpunkt liegt, vgl. 29 C.F.R. § 541.700. Diese Frage ist dann umstritten.

[13] Siehe hierzu unten, § 4.

[14] Vgl. den Nachweis des US-amerikanischen Arbeitsministeriums unter http://www.dol.gov/esa/minwage/America.htm#California.

2.2.2 Abweichungen von der *Employment-at-Will* Doktrin

Die Bundesstaaten Arizona und Montana haben jeweils verschiedene Aspekte des Kündigungsschutzes kodifiziert. Arizona hat mit der Einführung des *Employment Protection Act* normiert, wann eine Kündigung gegen die *Public Policy*, also die öffentliche Ordnung, verstößt.[15] Es sollte nicht mehr Aufgabe der Gerichte sein, den Begriff der öffentlichen Ordnung näher zu definieren.[16]

Die Einführung des *Wrongful Discharge Act* in Montana diente dazu, einen gesetzlichen Rahmen für „Kündigungsschutzklagen" zu setzen, nachdem die Gerichte des Staates sukzessive und in erheblichem Maße die Rechte der Arbeitnehmer, den Arbeitgeber wegen vermeintlich unwirksamer Kündigungen zu verklagen, ausgedehnt hatten.[17] Dies sorgte für erhebliche Rechtsunsicherheit und der Gesetzgeber reagierte durch die gesetzliche Fixierung der Voraussetzungen für eine wirksame Kündigung und zugleich dem Ausschluss der Geltendmachung von Ansprüchen, die sich aus dem *Common Law* und nicht aus dem *Wrongful Discharge Act* selbst ergeben.[18]

Danach ist eine Kündigung generell rechtmäßig:

- sofern sie keine Vergeltungsmaßnahme des Arbeitgebers ist für eine Weigerung des Arbeitnehmers, gegen die öffentliche Ordnung zu verstoßen,
- die Kündigung nicht gegen Treu und Glauben verstößt oder
- der Arbeitgeber durch die Kündigung nicht gegen die bei ihm im Unternehmen geltenden schriftlichen Personalrichtlinien verstößt.[19]

---

[15] Siehe hierzu unten, § 1 D. II. 2. 2.3.

[16] Die Einführung des Employment Protection Act erfolgte in erster Linie aufgrund der Entscheidung Wagenseller v. Scottsdale Mem'l Hosp., 710 P.2d 1025 (Ariz. 1985), in der das Gericht entschied, der Arbeitgeber könne grundsätzlich für deliktsrechtliche Schäden der Arbeitnehmer haftbar sein, falls er diesen aus die öffentliche Ordnung verletzten Gründen gekündigt hatte.

[17] So konnte ein gekündigter Arbeitnehmer in der Entscheidung Dare v. Montana Peroleum Mktg. Co., 687 P.2d 1015 (Mont. 1984) einen Schadensersatzanspruch gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber durchsetzen, indem er darlegte, dass dieser durch seine Äußerungen suggeriert hatte, sein Arbeitsplatz sei sicher und die folgende Kündigung daher gegen Treu und Glauben verstieß. In der Entscheidung Gates v. Life of Mont. Ins. Co., 638 P.2d 1063 (Mont. 1982) hatte der Arbeitgeber verbindliche Kündigungsschutzregeln in einer Unternehmensrichtlinie für alle neu eingestellten Arbeitnehmer aufgestellt. Obwohl der gekündigte Arbeitnehmer schon vor Inkrafttreten der Richtlinie eingestellt worden war, konnte sich der Arbeitnehmer mit der Berufung, es verstoße gegen Treu und Glauben, falls er von dieser Regelung ausgenommen sei, gegen seine Kündigung wehren.

[18] Vgl. Mont. Code Ann. § 39-2-902 ff.

[19] Vgl. Mont. Code. Ann. § 39-2-904. Zu den Ausnahmen der Employment-at-Will Doktrin unter dem Common law siehe unten, § 1 D. II. 2.

Wie auch in anderen Bundesstaaten zeigt sich an dem Kündigungsschutzgesetz in Montana, dass selbst der kodifizierte Kündigungsschutz in den USA weit unterhalb des europäischen Schutzniveaus steht.[20]

II. Durchsetzung des kodifizierten Rechts

Die Parteien des Arbeitsverhältnisses machen in den USA individualarbeitsrechtliche Ansprüche in erster Linie vor Gerichten des einzelnen Staates oder vor Bundesgerichten im Zuge normaler privatrechtlicher Prozesse geltend.[21] Spezielle Arbeitsgerichte gibt es in den USA nicht. Bei der Verfolgung von Ansprüchen eines Arbeitnehmers, die durch bundesrechtliches Antidiskrinimierungsrecht geschützt sind, ist ein besonderes verwaltungsrechtliches Verfahren vor der *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)* vorgesehen.[22] Erst wenn der Arbeitnehmer dieses Verfahrens ausgeschöpft hat, erteilt ihm die *EEOC* die Erlaubnis, seinen Anspruch vor einem Bundesgericht geltend zu machen (*Right-to-Sue*).

B. Begründung eines Arbeitsverhältnisses

Die Begründung des Arbeitsverhältnisses verläuft in den USA ähnlich wie in Deutschland.[23] Grundlage des Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitsvertrag, der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschlossen wird. Ein bedeutender Unterschied zu der Situation in Deutschland ist allerdings, dass der Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrags die Ausnahme – nur für *Executive Officers* – darstellt.

I. Parteien des Arbeitsverhältnisses

Die Parteien des Arbeitsverhältnisses sind, wie in Deutschland auch, der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer. Der zentrale Anknüpfungspunkt für die Bewertung, ob zwei Parteien in einem Arbeitsverhältnis zueinander stehen, wird in den USA anhand des Begriffs der „Arbeit“ vorgenommen. So besteht ein Arbeitsverhältnis, wenn eine Per-

[20] Vgl. zu der Frage des Schutzniveuas vor Kündigungen in Deutschland und USA im Vergleich auch ausführlich Kittner/Kohler, BB Beilage 4 zu Heft 13, 2000, S. 1. Diese kommen zu dem Ergebnis, dass die immer wieder zu lesende/hörende pauschale Behauptung, die USA seinen ein Land des hire and fire, nicht zutreffend sei.

[21] Das Recht der USA kennt – im Gegensatz zum deutschen Recht – keine eigenen Gerichte und Rechtszüge in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, vgl. Gaymer, Employment and Labour Law – Jurisdictional comparisons, 352.

[22] Siehe hierzu unten, § 2.

[23] Vgl. Hümmerich, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 107.

son, der Arbeitnehmer, unter körperlicher oder geistiger Anstrengung – egal ob beschwerlich oder nicht – unter Kontrolle oder auf Verlangen einer anderen Person, dem Arbeitgeber, tätig wird und dabei hauptsächlich zum Vorteil des Arbeitgebers und seines Geschäftsbetriebs handelt.[24]

Nach dem *FLSA* sind Arbeitnehmer demjenigen Arbeitgeber unterstellt, für den sie arbeiten.[25] Dabei bedeutet der Begriff „arbeiten", dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ausdrücklich gestattet, für ihn tätig zu werden oder er dies zumindest duldet.[26]

1. Arbeitnehmer

Arbeitnehmer – deren Stellung sich aus der vom *US Supreme Court* verwendeten Definition des Begriffs „Arbeit" ergibt – sind insbesondere von freien Mitarbeitern, den *Independent Contractors*, abzugrenzen. Wie in Deutschland hat die Frage, ob eine Person als Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter zu charakterisieren ist, weitgehende Folgen in Bezug auf steuer-, lohn- und haftungsrechtliche[27] Fragen; so finden die für das Arbeitsrecht relevanten US-amerikanischen Gesetze wie z. B. der *FLSA* nur auf Arbeitnehmer Anwendung. Die Rechte freier Mitarbeiter richten sich hingegen ausschließlich nach den vertraglichen Absprachen mit dem Unternehmen.[28]

1.1 Arbeitnehmerbegriff

Der Arbeitnehmerbegriff ist nicht fest definiert. Wie im deutschen Recht ergibt sich vielmehr aus einer Gesamtschau von Faktoren, ob eine Person Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter ist. Dabei gehen die Gerichte davon aus, dass jede Person, die für einen Arbeitgeber die Arbeit aufnimmt, ohne sein Arbeitnehmer zu sein, als freier Mitarbeiter zu qualifizieren ist.[29] Der Arbeitnehmer zeichnet sich hierbei gegenüber dem

---

[24] IBP, Inc. v. Alvarez, 546 U.S. 21, 25 (2005); Nationwide Mutual Insurance Company v. Darden 503 U.S. 318 (1992).

[25] Vgl. 29 U.S.C. § 203 (e) (1).

[26] Vgl. 29 U.S.C. § 203 (g).

[27] Oft steht die Abgrenzung zwischen freiem Mitarbeiter und Arbeitnehmer in Diskriminierungsfällen im Vordergrund, weil eine Vielzahl der Antidiskriminierungsgesetze nur für Arbeitnehmer Anwendung findet, siehe z. B. die Entscheidung Farlow v. Wachovia Bank of North Carolina, N.A., 259 F.3d 309, 87 (4th Cir. 2001), in der das Gericht befand, ein als In-house Counsel bei einer Bank angestellter Anwalt sei als freier Mitarbeiter zu qualifizieren und unterfalle daher nicht dem Schutz von Title VII of the Civil Rights Act of 1964, siehe hierzu unten, § 2.

[28] Vgl. Gaymer, Employment and Labour Law – Jurisdictional comparisons, 353.

[29] Real v. Driscoll Strawberry Assoc., Inc., 603 F.2d 748 (9th Cir. 1979).

freien Mitarbeiter dadurch aus, dass die Art und Weise seiner Arbeitsverrichtung zu einem großen Teil fremdbestimmt ist, er ein gesichertes Einkommen über einen langfristigen Zeitraum hat und selbst keine Investitionen in die Produktionsmittel tätigen muss.[30]

1.2 Leitende Angestellte

Leitende Angestellte, die *Executive Officers*, sind die auf der höchsten Stufe stehenden Arbeitnehmer und führen die Geschäfte des Unternehmens. Sie sind im operativen Bereich lediglich dem *Board of Directors* unterstellt. Dabei übernimmt das *Board of Directors* in erster Linie die Planung der mittel- und langfristigen Unternehmensstrategie und überlässt das Tagesgeschäft den *Executive Officers.*[31] Allerdings ist es möglich, dass die *Executive Officers* zugleich Mitglieder des *Board of Directors* sind. Die Definition des Begriffs des leitenden Angestellten ist nicht durchgängig. So sind leitende Angestellte in Kalifornien die fünf bestbezahlten *Executive Officers* eines Unternehmens, die nicht auch Mitglied des *Boards* sind.

In der Praxis haben sich sechs Kriterien herausgebildet, nach deren Gesamtschau der leitende Angestellte von anderen Arbeitnehmern abzugrenzen ist.[32] Demnach unterscheiden sich leitende Angestellte von den anderen Arbeitnehmern dadurch, dass

- sie in einem hohen Maße in die Unternehmensführung oder jedenfalls die Führung einzelner Ebenen eingebunden sind;
- ein Weisungsrecht gegenüber anderen Arbeitnehmern besitzen;
- Arbeitnehmern kündigen können oder in den Kündigungsentscheidungsprozess involviert sind;
- freiverantwortliche, operative Entscheidungen treffen dürfen;
- nach dem *Exempt Test*[33] als befreit zu qualifizieren sind;
- einen bestimmten Vergütungsmindestsatz erhalten.[34]

---

[30] Der US Circuit Court hat diese Kriterien ebenfalls in seiner Entscheidung in Secretary of Labor v. Lauritzen, 835 F.2d 1529 (7th Cir. 1987) zugrunde gelegt.

[31] Vgl. Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 314. Das Board of Directors darf die Geschäftsführung nicht vollständig aus der Hand geben, sondern hat die Entscheidungen der Executive Officers weiterhin zu beaufsichtigen.

[32] Dies ist die Praxis der Gerichte des Staates Kalifornien.

[33] Siehe oben, § 1 A I. 2. 2.1.2.

[34] Die Vergütung muss mehr als das Doppelte des gesetzlichen Mindestlohns bei einer gleichzeitigen Vollbeschäftigung des leitenden Angestellten betragen, vgl. California Labor Code Section 515.

Leitende Angestellte unterfallen insbesondere regelmäßig als *Exempts* nicht den Mindestlohn- und Überstundenbestimmungen des *FLSA.*[35]

1.3 Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst

Zunächst ist festzustellen, dass das US-Recht – anders als das deutsche Recht – die Unterscheidung von Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst nicht kennt; es gibt dort nur Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes. Ähnlich wie in Deutschland gelten für US-Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst modifizierte Regeln im Vergleich zu Arbeitnehmern in der freien Wirtschaft. Während die Sonderregeln für Angestellte im öffentlichen Dienst in Deutschland hauptsächlich auf Tarifverträgen für den öffentlichen Dienst beruhen, ergeben sich die US-amerikanischen Sonderregeln direkt aus dem *Common Law* oder der Verfassung. Dies kann für die US-Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes Vor- und Nachteile haben. So können sie einerseits z. B. nicht den Staat wegen einer Diskriminierung aufgrund einer Behinderung nach den Regeln des *American with Disabilities Acts* (*ADA*)[36] verklagen.[37] Andererseits können sie sich aber – im Gegensatz zu Arbeitnehmern in der freien Wirtschaft – in Klagen, die Bereiche wie die Religionsfreiheit[38] oder den Schutz der Privatsphäre[39] betreffen, direkt auf den in der Verfassung verbindlich festgelegten Grundrechtskatalog, die *Bill of Rights*, berufen. Anders als in Deutschland entfalten die in der Verfassung verankerten Rechte im privaten Arbeitsverhältnis keine Drittwirkung.

1.4 Leiharbeitnehmer

Bei Leiharbeitnehmern in den USA besteht die Besonderheit, dass sie in zwei Beschäftigungsverhältnissen stehen. Einerseits zu der Leiharbeitsfirma und andererseits zu dem Entleiher. Diese Beschäftigungsverhältnisse können als Arbeitsvertrag oder als Vertrag über freie Mitarbeit ausgestaltet sein.[40]

---

[35] Vgl. Gaymer, Employment and Labour Law – Jurisdictional comparisons, 353.
[36] Siehe zum ADA im Detail unten, § 2.
[37] Board of Trs. of the Univ. of Ala. v. Garrett, 531 U.S. 356 (2001).
[38] Peterson v. Minidoka County School District No. 331, 132 F.3d 1258 (9th Cir. 1997); Altman v. Minnesota Dep't of Corr., 251 F.3d 1199 (2001).
[39] Robinson v. City of Seattle, 10 P.3d 452 (Wash. Ct. App. 2000); International Union v. Winters, 385 F.3d 1003 (6th Cir. 2004).
[40] Vgl. im Detail unten, § 1 B. I. 1. 1.1.

2. Arbeitgeber

Nach der Rechtsprechung des *US Supreme Court* ist der Arbeitgeber diejenige natürliche oder juristische Person, die die Kontrolle über das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer hat und zu dessen Nutzen der Arbeitnehmer seine Arbeit verrichtet.[41]

II. Bewerbungsphase

Auch in den USA ist das Fragerecht des Arbeitgebers in Vorstellungsgesprächen inzwischen stark durch die Anwendung von Anti-Diskriminierungsvorschriften (*Title VII* des *Civil Rights Acts of 1964* sowie einzelstaatlichen Gesetzen) eingeschränkt. Wie in Deutschland sind Fragen nach der Rasse, der Hautfarbe, des Alters, des Geschlechts, der Religion oder Abstammung des Bewerbers unzulässig. Der Arbeitgeber darf außerdem kein Bewerbungsfoto verlangen.

In den USA nimmt der Arbeitgeber in der Bewerbungsphase weitgehende Überprüfungen des potentiellen Arbeitnehmers (*Background Checks*) für die vakante Stelle vor. Generell sind solche Tests zulässig, wobei der Arbeitgeber verschiedene bundes- und einzelstaatliche Gesetze zu Verfahrensgrundsätzen einhalten muss. Auch in den USA steht hierbei der Gedanke im Vordergrund, dass bei diesen Tests ein fairer Ausgleich zwischen den Interessen des Arbeitgebers, den bestgeeigneten Arbeitnehmer für die offene Stelle aus der Masse der Bewerber zu filtern, und den Interessen des Arbeitnehmers, diesen vor einem zu weitgehenden Eindringen in seine Privatsphäre zu schützen, erfolgen muss.

1. Informationen von früheren Arbeitgebern

Anders als in Deutschland, wo eine gesetzliche Pflicht des früheren Arbeitgebers zur Zeugniserteilung bei Austritt des Arbeitnehmers aus dem Unternehmen besteht, muss der frühere Arbeitgeber in den USA dem Arbeitnehmer kein Zeugnis ausstellen. Daher ist es in den USA üblich, dass der Arbeitgeber Informationen über den potentiellen Arbeitnehmer direkt bei dessen früheren Arbeitgebern einholt. Dieses Vorgehen kann der neue Arbeitgeber regelmäßig mit seinen betrieblichen Interessen begründen. Dennoch holen viele Arbeitgeber zuvor die schriftliche Erlaubnis des potentiellen Arbeitnehmers ein, an die früheren Arbeitgeber herantreten zu dürfen, um Informationen über den potentiellen Arbeitnehmer zu erhalten. Dies geschieht in erster Linie zur Minimierung des Risikos einer Schadensersatzklage durch einen abgelehnten Bewerber.

[41] IBP, Inc. v. Alvarez, 546 U.S. 21, 25 (2005).

2. Medizinische Tests

Der *ADA* stellt Regeln über die Zulässigkeit medizinischer Untersuchungen in der Bewerbungsphase auf.[42] Von dem Gesetz erfasst sind Untersuchungen über körperliche oder geistige Beeinträchtigungen sowie über den Gesundheitszustand einer Person.[43] Ob ein *Background Check* zugleich eine medizinische Untersuchung im Sinne des *ADA* darstellt, lässt sich anhand folgender Faktoren festmachen:[44]

- Die Durchführung der Untersuchung / Interpretation der Untersuchungsergebnisse erfolgt von einer medizinisch geschulten Person in einem medizinischen Umfeld.
- Die Tests sind so gestaltet, dass durch diese eine körperliche oder geistige Beeinträchtigung gefunden oder Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand einer Person gezogen werden können.
- Die Untersuchung dient dazu, die physiologische Eignung der untersuchten Person zur Bewältigung einer Aufgabe zu ermitteln.[45]
- Ein medizinisches Arbeitsgerät wird bei der Untersuchung genutzt.
- Die Untersuchung führt zu einem Eingriff in die Privatsphäre der untersuchten Person.

Die Kosten, die durch die Untersuchung entstehen, hat der Arbeitgeber zu tragen.[46]

2.1 Tests des allgemeinen Gesundheitszustandes

Der Arbeitgeber darf Tests des allgemeinen Gesundheitszustandes der Bewerber nach den Vorgaben des *ADA* grundsätzlich erst vornehmen, wenn es zu einem *Conditional Offer of Employment* gekommen ist, der Arbeitgeber dem Bewerber also verbindlich die Position in Aussicht gestellt hat – unter der Bedingung, dass dieser die medizinische

[42] Neben dem ADA existieren oftmals Gesetze in den einzelnen Staaten, die Regelungen in diesem Bereich treffen; vgl. z. B. Ariz. Rev. Stat. § 41-1466; Cal. Gov't Code § 12940 (e) (3).

[43] Vgl. die Definition in der von dem EEOC herausgegebenen Enforcement Guidance: Preemployment Disability-Related Questions and Medical Examinations Under the Americans with Disabilities Act of 1980, 8 Fair Empl. Prac. Manual (BNA) 405:7191 (1995).

[44] Vgl. Enforcement Guidance: Preemployment Disability-Related Questions and Medical Examinations Under the Americans with Disabilities Act of 1980, 8 Fair Empl. Prac. Manual (BNA) 405:7191 (1995).

[45] Tests, die das Leistungsvermögen des Bewerbers, eine bestimmte Aufgabe auszuführen, ermitteln, sind hingegen keine Untersuchungen im Sinne des ADA.

[46] Vgl. Ark. Code Ann. § 11-3-203 (a) (1); Cal. Lab. Code § 22.5; Colo. Rev. Stat. § 82-118 (1); Ill. Comp. Stat. 235/1; Ohio Rev. Code Ann. § 4113.21; PA. Cons. Stat. § 1002.

Untersuchung erfolgreich absolviert.[47] Zudem muss der Arbeitgeber durchgängig in seiner Bewerbungspraxis solche Untersuchungen bei Bewerbern durchführen und darf nicht einzelne Bewerber gezielt der Maßnahme unterwerfen, etwa weil er vermutet, sie seien behindert. Falls die Untersuchung die generelle Eignung des Bewerbers bestätigt, die auf dem Posten geforderten Aufgaben bewältigen zu können, aber auch zugleich eine Behinderung des Bewerbers diagnostiziert, die keinen Einfluss auf die Erfüllung der Arbeitsaufgaben hat, kann der Arbeitgeber den Bewerber nicht aus diesem Grund ablehnen.

2.2 Alkoholtests

Der Arbeitgeber kann grundsätzlich Alkoholtests durchführen. In manchen Berufsfeldern ist er hierzu sogar gesetzlich verpflichtet.[48] Da ein Alkoholtest eine medizinische Untersuchung im Sinne des *ADA* ist, gelten die zuvor beschriebenen Grundsätze.

2.3 HIV / Aids-Tests

Tests in der Bewerbungsphase, durch die der Arbeitgeber ermitteln will, ob der potentielle Arbeitnehmer an HIV oder gar Aids erkrankt ist, unterliegen in vielen Staaten besonderen Bestimmungen.[49] Sie sind lediglich – unter gleichzeitiger Erfüllung der Voraussetzungen des *ADA* – zulässig, sofern sie für die Erledigung der konkreten Arbeitsaufgabe notwendig sind. Dies ist der Fall, wenn eine Ansteckungsgefahr für andere Arbeitnehmer oder Dritte besteht.[50] Der Arbeitgeber läuft dann aber stets Gefahr, sich wegen eines zu weitgehenden Eingriffs in die Privatsphäre des Arbeitnehmers nach bundes- oder einzelstaatlichen Antidiskriminierungsgesetzen sowie dem *Common Law* schadensersatzpflichtig zu machen.

---

[47] Vgl. 42 U.S.C. § § 12112 (d) (2); vgl. auch Equal Employment Opportunity Commission, Enforcement Guidance on Disability-Related Inquiries and Medical Examinations of Emloyees under the ADA (27.06.2000) und Guidance on Preemployment Inquiries under Americans with Disabilities Act (10.10.1995).

[48] So gilt auf Bundesebene der Omnibus Transportation Employee Testing Act of 1991, wonach Alkoholtests in großen Teilen der Transportindustrie zwingend durchgeführt werden müssen. In vielen Staaten ist es zudem üblich, dass Arbeitnehmer in „sensiblen Arbeitsbereichen", wie etwa im Gesundheits- und Pflegebereich oder im Wachdienstgewerbe, sich solchen Test unterziehen müssen.

[49] Vgl. Fla. Stat. Ann. § 381.606; N.Y. Pub. Health Law §§ 2781 ff.; Wis. Stat. Ann. §§ 103.14, 103.20.

[50] Dies sah der US Circuit Court in seiner Entscheidung EEOC v. Prevo's Family Market, 135 F.3d 1089 (6th Cir. 1998) z. B. als Rechtfertigungsgrund für die Durchführung von HIV- und Aids-Tests bei Bewerbern für eine Stelle an, bei der der Arbeitnehmer mit scharfen Messern umgehen musste, die regelmäßig Schnittverletzungen zur Folge hatten.

2.4 Gentests

Gentests, durch die ermittelt werden soll, inwiefern der Bewerber Veranlagungen für bestimmte Krankheiten besitzt, sind im Zuge des *Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008* bundesweit verboten worden.[51]

3. Drogentests

Drogentests sind keine medizinischen Untersuchungen im Sinne des *ADA*.[52] Viele Staaten haben aber Gesetze erlassen, die die Anforderungen an einen Drogentest in der Bewerbungsphase regeln.[53] Zumeist ist auch dort Voraussetzung, dass der Arbeitgeber dem Bewerber ein *Conditional Offer of Employment* gemacht hat, bevor es zu dem Test kommt. Montana verbietet Drogentests in allen Arbeitsbereichen, außer es ist eine besondere Sorgfalt erforderlich, z. B. wenn Arbeitnehmer mit Gefahrstoffen in Berührung gelangen oder in Bereichen, die die öffentliche Sicherheit betreffen.[54]

4. Ehrlichkeitstests

Tests, die die Ehrlichkeit des Bewerbers überprüfen, können in verschiedenen Ausprägungen erfolgen. Sie reichen von *Paper-and-Pencil* Tests, in denen der potentielle Arbeitnehmer Fragen über sein Verhalten am Arbeitsplatz, aber auch privater Natur beantworten muss, bis zu Tests mit Lügendetektoren. Diese Art Tests greifen in hohem Maße in die Privatsphäre des Bewerbers ein und sind dementsprechend, falls überhaupt, nur unter sehr eng gefassten Voraussetzungen zulässig. Der *Employee Polygraph Protection Act (EEPA)* verbietet bundesweit den Einsatz mechanischer und elektronischer Geräte zum Test der Ehrlichkeit von Bewerbern.[55] Einige Staaten ver-

[51] Vgl. schon die Ausführungen zum Gesetzesentwurf bei Thüsing/Leder, NZA 2006, 1314, 1316. Bevor dieses Gesetz in Kraft getreten ist, gab es bereits viele Spezialgesetze auf Bundes- und Staatenebene, die diese Art von Test verbaten. So durften z. B. Bundesbehörden Gentests generell bei der Einstellung von Arbeitnehmern nicht in ihre Entscheidungsfindung einbeziehen, vgl. Exec. Order No. 13, 145, 65 Fed. Reg. 6, 877 (2000).

[52] Vgl. 42 U.S.C. § 12114 (d).

[53] Vgl. z. B. Kan. Stat. §§ 65-1, 107 ff.; LA. Rev. Stat. §§ 49:1001 ff.; MINN. Stat. §§ 181.950 ff.; N.C. Gen. Stat. §§ 95-230 ff. und Utah Code §§ 34-38-1 ff.

[54] Vgl. Mont. Code §§ 39-2-205 ff.

[55] Vgl. 29 U.S.C. § 2006 (d).

bieten zusätzlich die Durchführung von *Paper-and-Pencil* Tests.[56] Andere Staaten erlauben zwar, dass sich der Arbeitgeber *Paper-and-Pencil* Tests bedient, er darf dann aber keine Fragen stellen, die von der Verfassung geschützte Rechte betreffen wie z. B. über religiöse oder politische Ansichten.

5. Prüfung der Kreditwürdigkeit u. a.

Der *Fair Credit Reporting Act (FCRA)* legt dem Arbeitgeber Regeln auf, wenn er in der Bewerbungsphase – wie in der Praxis üblich – Informationen über den Arbeitnehmer durch *Consumer Reports* gewinnen will. Dies sind Berichte, die Rückschlüsse auf das (Arbeits-) Verhalten des Bewerbers zulassen. *Consumer Reports* geben z. B. Auskunft über die Kreditwürdigkeit, Charaktereigenschaften, generelle Reputation oder Lebensweise des Bewerbers.[57] Sie werden von *Consumer Reporting Agencies* erstellt, die regelmäßig Kredit- oder andere Informationen zum Zwecke der Weiterverarbeitung an Dritte erheben.[58] Die *Reports* dürfen keine Informationen über den Gesundheitszustand des Bewerbers beinhalten.[59] Jeder Arbeitgeber kann einen *Consumer Report* anfordern, solange er sich an die Anforderungen des *FCRA* hält. Danach muss der Arbeitgeber den Bewerber im Vorfeld der Maßnahme schriftlich darüber informieren und kann den *Report* auch nur mit Einwilligung des Bewerbers tatsächlich anfordern.

Sollte der Arbeitgeber den Bewerber aufgrund der in dem *Consumer Report* enthaltenen Informationen nicht (mehr) einstellen, muss er ihn zunächst darüber informieren, dass er die Ablehnung plant und dem Bewerber eine Kopie des zugrunde liegenden *Reports* sowie ein Merkblatt der *Federal Trade Commission (FTC)* über die Rechte des Bewerbers zukommen lassen. Nach einer Wartezeit von mindestens fünf Arbeitstagen muss der Arbeitgeber den Bewerber schriftlich über die endgültige Entscheidung informieren. Zugleich muss er ihn über dessen Rechte gegenüber dem Ersteller des *Consumer Reports* aufklären.[60] Kommt der Arbeitgeber diesen Anforderungen nicht nach, kann die *FTC* ihm eine Strafzahlung an den Bewerber auferlegen.[61]

---

[56] Vgl. Mass. Gen. Laws Ann. ch. 149 § 19B; R.I. Gen. Laws § 28-6.1-1.

[57] Vgl. 15 U.S.C. 1681a (d).

[58] Vgl. 15 U.S.C. § 1681a (f).

[59] Eine Information über den Gesundheitszustand darf nur enthalten sein, wenn diese für die Entscheidungsfindung absolut notwendig ist und der Betroffene ausdrücklich in die Verwendung eingewilligt hat, vgl. 15 U.S.C. § 1681b (g) (1), (4).

[60] Der Bewerber kann von der Consumer Reporting Agency in einem Zeitraum von 60 Tagen eine kostenlose Kopie seines Consumer Reports verlangen und hat das Recht, die in dem Report enthaltenen Informationen zu bestreiten, vgl. 15 U.S.C. § 1681m (a).

[61] Die Strafzahlung liegt in der Regel zwischen 50.000,- und 100.000,- US-Dollar. In der Entscheidung United States v. Imperial Palace Inc., No. 2:04-cv-00963-RLH-PAL (D. Nev.) betrug diese Strafzahlung sogar 325.000,- US-Dollar.

III. Der Arbeitsvertrag

1. Allgemeines

Ein Arbeitsvertrag kommt durch ein – vor Vertragsschluss jederzeit widerrufliches[62] – Angebot (*Offer*) und die entsprechende Annahme (*Acceptance*) zustande. Das Angebot muss aber gleichzeitig eine *Consideration* enthalten, also die tatsächliche Gewährung – zumindest aber das Versprechen – einer Gegenleistung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer für dessen Arbeitsleistung.[63] Ohne die *Consideration* liegt, ähnlich wie bei einem faktischen Arbeitsverhältnis in Deutschland, kein wirksamer Arbeitsvertrag vor. Dann hat der vermeintliche Arbeitnehmer allenfalls[64] – anders als bei einem faktischen Arbeitsverhältnis – einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Arbeitgeber in Höhe seines entgangenen Gehalts bis zum Abschluss eines vergleichbaren Arbeitsvertrags mit einem anderen Arbeitgeber.[65]

2. Ausgestaltung des Arbeitsvertrages

Ein Schriftformerfordernis besteht – wie auch in Deutschland – für US-amerikanische Arbeitsverträge grundsätzlich nicht, so dass mündlich geschlossene Arbeitsverträge regelmäßig wirksam sind. Es gibt kein amerikanisches Pendant zum deutschen Nachweisgesetz, wonach der Arbeitnehmer spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses den Arbeitnehmer schriftlich über die für sein Arbeitsverhältnis geltenden Bestimmungen zu informieren hat. Allerdings bedürften Arbeitsverträge, die für länger als ein Jahr geschlossen werden, nach Auffassung einiger amerikanischer Gerichte der Schriftform.[66] Im Streitfall trägt der Arbeitnehmer die Beweislast und muss das Bestehten eines (mündlich zustande gekommenen) Arbeitsvertrages darlegen.

Schriftliche Arbeitsverträge sind in der Regel erst ab einer hohen Führungsebene vorhanden. Dies sind die sogenannten *Executive Agreements*. Für die Wirksamkeit einiger

---

[62] Vgl. Hümmerich, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 107.
[63] Vgl. Hümmerich, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 107.
[64] Damit dieser Schadensersatzanspruch besteht, muss der Arbeitgeber die Gewährung der Gegenleistung versprochen haben, der vermeintliche Arbeitnehmer aufgrund des Versprechens die Arbeit aufgenommen haben und dies für den Arbeitgeber vorhersehbar gewesen sein, sogenanntes Promissory Estoppel, vgl. Hümmerich, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 107.
[65] Grouse v. Group Health Plan, Inc., 306 N.W. 2d 114 (Minn. 1981).
[66] Thau/Pusch, Arbeitsrecht in den USA, Rn. 121.

Klauseln, die die Arbeitsvertragsparteien vereinbart haben, ist es zwingend notwendig, dass sie in einem schriftlichen Vertrag verankert sind. So bedarf z. B. ein Vertrag der Schriftform, wenn er für einen längeren Zeitraum als ein Jahr angelegt ist und eine Klausel enthält, wonach sich die Parteien nur bei Vorliegen eines Kündigungsgrunds von dem Arbeitsverhältnis lösen können. Andernfalls verstößt der Vertrag gegen die *Statutes of Frauds* vieler Staaten[67] – danach sind mündliche Verträge anfechtbar, wenn sie nicht innerhalb eines Zeitraums von einem Jahr erfüllt werden können.[68] Sobald eine Seite von dem Anfechtungsrecht Gebrauch macht, wird das Arbeitsverhältnis rechtlich nach der *Employment-at-Will* Regel behandelt.

Gerichte erkennen nicht nur die ausdrücklich vereinbarten Klauseln eines Arbeitsvertrags als verbindlich an, sondern lesen auch implizierte Vereinbarungen in den Vertrag hinein. Grundlage können z. B. *Employee Handbooks*[69], also Leitfäden für Unternehmensangehörige oder Leistungspläne sein. Darüber hinaus erkennen viele Gerichte auch Ansprüche aus betrieblicher Übung an, jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber eine Praxis über mehrere Jahre hinweg kontinuierlich ausgeübt hat. Schließlich lesen die Gerichte vieler Staaten[70] in Arbeitsverträge immer eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien hinein, wonach die Parteien fair miteinander umgehen müssen, sogenannte *Covenants of Good Faith*; so muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fair behandeln und ihn frühzeitig über geplante nachteilige Maßnahmen informieren.

Auch ein amerikanischer Arbeitsvertrag kann befristet oder unbefristet geschlossen werden. Ein befristeter Vertrag bedarf in den USA keines Sachgrundes.[71] Er kann allerdings nicht jederzeit gekündigt werden und verschafft damit für einen bestimmten Zeitraum einen gewissen Kündigungsschutz. Voraussetzung zur Kündigung eines befristeten Vertrages ist das Vorliegen eines außerordentlichen Kündigungsgrundes. Außerordentliche Kündigungsgründe im Rahmen befristeter Arbeitsverhältnisse sind in den einzelnen Staaten teilweise gesetzlich vorgesehen[72]. Häufig werden sie aber auch

[67] Vgl. z. B. Iowa Code § 622.32; Me. Rev. Stat. Ann. Tit. 33 § 51; Tex. Bus. & Com. Code § 26.01.

[68] Vgl. Hümmerich, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 107.

[69] Siehe hierzu unten, § 1 C. I. 5. 5.1.

[70] Siehe z. B. die Entscheidungen in Guz v. Bechtel Nat'l, Inc., 8 P.3d 1089, 1110, 16 IER Cases 1345 (Cal. 2000); McCone v. New Enfland Tel. & Tel. Co., 471 N.E. 2d 47 (1984); K-Mart Corp. v. Ponsock, 732 P.2d 1364 (Nev. 1987); Wilder v. Cody County Chamber of Commerce, 868 P. 2d 211, 9 IER Cases 225 (Wyo. 1994).

[71] Vgl. Hümmerich, Gestaltung von Arbeitsverträgen, S. 109.

[72] In Kalifornien kann der Arbeitgeber einen befristeten Arbeitsvertrag z. B. nur bei schweren Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers, wie Arbeitsverweigerung, vorzeitig kündigen, vgl. Cal. Lab. Code § 2924.

von den Parteien vereinbart. Insgesamt genießt ein Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag ein höheres Schutzniveau als derjenige mit einem unbefristeten *Employment-at-Will* Vertrag.

3. Arbeitnehmerüberlassung

In den USA existieren zwei Varianten der Arbeitnehmerüberlassung. Zum einen gibt es die auch in Deutschland bekannten Zeitarbeitsfirmen, die *Employee Leasing Firms*. Diese überlassen ihre Arbeitnehmer oder freien Mitarbeiter für einen gewissen Zeitraum und gegen Zahlung eines Entgelts an ein entleihendes Unternehmen. Zum anderen bieten *Professional Employer Organizations (PEOs)* ihre Dienste an. *PEOs* übernehmen Teile oder die gesamte Belegschaft eines Arbeitgebers und verleihen *diese* Arbeitnehmer – entweder als (eigene) Arbeitnehmer oder als freie Mitarbeiter – an den früheren Arbeitgeber zurück.

Hieraus ergeben sich vier Ausgestaltungsmöglichkeiten für das Dreiecksverhältnis zwischen dem Beschäftigten, dem Verleiher (*Employee Leasing Firm* oder *PEO*) sowie dem Entleiher:

- Der Beschäftigte ist zugleich Arbeitnehmer des Entleihers und des Verleihers (in diesem Fall liegt ein *Joint Employment* vor[73]).
- Der Beschäftigte ist Arbeitnehmer des Entleihers und freier Mitarbeiter des Verleihers.
- Der Beschäftigte ist freier Mitarbeiter des Entleihers sowie Arbeitnehmer des Verleihers.
- Der Beschäftigte ist zugleich freier Mitarbeiter des Entleihers und Verleihers.

Häufig entsteht im US-amerikanischen Recht ein typisches Problem der Arbeitnehmerüberlassung, nämlich der gespaltenen Arbeitgeberstellung – weil unklar ist, ob und falls ja, in welcher Situation der Entleiher und/oder Verleiher rechtlich als Arbeitgeber eines Beschäftigten zu behandeln sind/ist. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag enthält regelmäßig Klauseln, die sowohl Verleiher als auch Entleiher Rechte und Pflichten gegenüber dem entliehenen Arbeitnehmer einräumen, die typischerweise ein Arbeitgeber innehat. So ist der Verleiher oft vertraglich dazu verpflichtet zu kontrollieren, dass der Arbeitnehmer die allgemein im Unternehmen geltenden Standards einhält.

[73] Vizcaino v. United States District Court, 173 F.3d 713 (9th Cir. 1999).

Der Entleiher hat hingegen in aller Regel ein Weisungs- und Kontrollrecht gegenüber dem Arbeitnehmer bezüglich der Aufgaben, die im Tagesgeschäft aufkommen. In solchen Fällen kann es unklar sein, ob Entleiher, Verleiher oder beide in Form des *Joint Employments* Arbeitgeber des entliehenen Arbeitnehmers sind.[74] Um diese Situation zu vermeiden, sind Entleiher dazu übergegangen, sich das Recht zur Kündigung des Arbeitnehmers vorzubehalten, um so ein hohes Maß an Kontrolle zu gewinnen und als Arbeitgeber des Beschäftigten zu gelten.[75] In anderen Fällen regeln die Parteien des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags im Detail, unter welchen Voraussetzungen der Verleiher den Entleiher schadlos zu stellen hat, falls ein Gericht trotz der Arbeitnehmerüberlassung feststellen sollte, dass der Entleiher rechtlich als Arbeitgeber des entliehenen Arbeitnehmers zu behandeln ist.

US-amerikanische Arbeitgeber nutzen das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung regelmäßig, um zwei Ziele zu erreichen:

1. Einerseits sollen so temporäre Engpässe bei der Zahl der verfügbaren Arbeitnehmer ausgeglichen werden, z. B. falls Arbeitnehmer in Mutterschutz und Elternzeit gehen, langfristig erkranken oder wenn ein saisonal bedingtes erhöhtes Arbeitsvolumen auftritt.
2. Andererseits kann der Arbeitgeber durch die Arbeitnehmerüberlassung die Zahl der von ihm beschäftigten Arbeitnehmer gering halten, um so z. B. das Risiko zu verringern, dass sich seine Arbeitnehmer in Gewerkschaften organisieren.

Während die Arbeitnehmerüberlassung unter diesen Aspekten vorteilhaft für den Arbeitgeber ist, birgt sie auch Nachteile. So sind die überlassenen Arbeitnehmer oft weniger motiviert und produktiv als die bei dem Arbeitgeber regulär beschäftigten Arbeitnehmer.

---

[74] Dieses Problem taucht regelmäßig im Zusammenhang mit betrieblichen und gesetzlichen Altersversorgungs- und Pensionsplänen des entliehenen Arbeitnehmers sowie Fragen der Arbeitszeit, der Entlohnung, der Arbeitssicherheit und bei Kündigungen auf.

[75] Diese Strategie muss aber nicht zwangsweise den gewünschten Erfolg bieten, wie die Entscheidung in Barfield v. N.Y. City Health & Hosps. Corp., 537 F.3d 132, 138 (2nd Cir. 2008) demonstriert. Das Gericht entschied hier, dass ein Fall des Joint Employments in einer Situation vorlag, in der der entliehene Arbeitnehmer in einem Betrieb des Entleihers eingesetzt wurde, zur Verrichtung seiner Tätigkeit ausschließlich Betriebsmittel des Entleihers nutzte und eine integrale Aufgabe des Betriebs ausführte.

Die an den Arbeitgeber überlassenen Arbeitnehmer unterfallen in den USA nicht dem in Deutschland geltenden *Equal Pay* Grundsatz. In der Praxis verdienen sie aber annähernd soviel wie die auf einem vergleichbaren Arbeitsplatz regulär beschäftigten Arbeitnehmer im Unternehmen.

IV. Vertrag mit leitenden Angestellten

Abschluss, Durchführung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einem leitenden Angestellten, dem *Executive Officer*, unterfallen grundsätzlich denselben Regeln wie Arbeitsverhältnisse mit den übrigen Arbeitnehmern. Die Arbeitsverträge sind teilweise schriftlich, aber es werden in der Regel weiterhin mündliche Verträge mit leitenden Angestellten geschlossen. Die Arbeitsverträge von leitenden Angestellten enthalten oft spezielle Kündigungsgründe sowie Sonderregelungen zu Abfindungszahlungen und der Gewährung von Sonderzahlungen.

Der Vertrag mit einem leitenden Angestellten ist von dem Vertrag und der Organstellung der Mitglieder des *Board of Directors*, dem Geschäftsführungsorgan des Unternehmens, abzugrenzen. Die Gesellschafter berufen die Mitglieder des *Board of Directors* im Rahmen eines Gesellschafterbeschlusses und können sie auch jederzeit auf diesem Wege wieder abberufen.[76] In vielen Staaten ist es bereits gesetzlich vorgesehen, dass die Gesellschafter die Mitglieder des *Board of Directors* auch ohne besonderen Grund abberufen können.[77] Des Weiteren kann die grundlose Abberufung im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden.[78] Anders als nach deutschem Recht wird nicht zwischen der Organstellung und dem zugrunde liegenden Dienstverhältnis unterschieden.[79] Daher werden zwischen dem Unternehmen und den Mitgliedern des *Board of Directors* bei ihrer Bestellung keine zusätzlichen Anstellungsverträge abgeschlossen, so dass das Rechtsverhältnis zwischen dem Unternehmen und den Mitgliedern des *Board of Directors* bei ihrer Abberufung vollständig erlischt, ohne das eine gesonderte Kündigung der Anstellungsverträge erforderlich wäre.

Ein Mitglied des *Board of Directors* kann zugleich leitender Angestellter des Unternehmens sein. Falls sich das Unternehmen von dieser Person trennen will, ist zu be-

[76] Vgl. Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 312 f.

[77] Vgl. § 8.08(a) R.M.B.C.A.; § 141(k) Del. Gen. Corp. L.; Scott County Tobacco Warehouse, Inc. v. Harris, 201 S.E.2d 780 (Va. 1974).

[78] Vgl. Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 313.

[79] Vgl. zum GmbH-Recht Wisskirchen/Kuhn in Ziemons/Jäger, BeckOK GmbHG, § 6 Rn. 66 ff. und zum Aktienrecht Thüsing in Fleischer, Handbuch des Vorstandrechts, § 4 Rn. 53 ff.

achten, dass in dieser Situation zwei Rechtsverhältnisse zwischen dieser Person und dem Unternehmen bestehen; einerseits die Organstellung und andererseits der Arbeitsvertrag. Probleme können sich dann ergeben, wenn der Arbeitgeber der Person in ihrer Position als leitender Angestellter nur bei Vorlage bestimmter Gründe kündigen kann, so dass hier nur die Abberufung von der Organstellung möglich ist.

C. Das bestehende Arbeitsverhältnis

Regelungen im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses ergeben sich in erster Linie durch die zwischen den Arbeitsvertragsparteien schriftlich oder mündlich getroffenen Abreden. Zahlreiche Bundes- oder einzelstaatliche Gesetze schaffen zudem weitere Mindestvoraussetzungen.

I. Pflichten des Arbeitnehmers

Die Pflichten des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis variieren von Staat zu Staat. Mit den Treue- und Verschwiegenheitspflichten bestehen zwei Nebenpflichten, die in den USA allgemein anerkannt sind. Zudem ist es gängige Praxis von Unternehmen, ihren Arbeitnehmern vertraglich ein über das Arbeitsverhältnis hinaus gehendes Wettbewerbsverbot aufzuerlegen. Damit wollen sie verhindern, dass ein Arbeitnehmer, der während seines Arbeitsverhältnisses mit dem Unternehmen Spezialkenntnisse oder -wissen erlangt hat, dieses nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses umgehend nutzt, um gegen den früheren Arbeitgeber in Konkurrenz zu treten. Schließlich kann ein Arbeitgeber verschiedene Maßnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer seine Pflichten im laufenden Arbeitsverhältnis erfüllt.

Im Einzelnen gilt folgendes:

1. Treuepflicht (*Duty of Loyalty*)

Der Arbeitnehmer hat eine Treuepflicht (*Duty of Loyalty)* gegenüber dem Arbeitgeber und muss stets in dessen Interesse handeln. So darf der Arbeitnehmer im laufenden Arbeitsverhältnis nicht in Konkurrenz zu seinem Arbeitgeber treten, selbst wenn die Parteien kein ausdrückliches Wettbewerbsverbot vereinbart haben. Wie im deutschen Recht verletzt der Arbeitnehmer diese Pflicht schon dann, wenn er sich während des laufenden Arbeitsverhältnisses – also zu einem Zeitpunkt, in dem er Zugang zu vertraulichen Informationen des Arbeitgebers hat – auf einen späteren Wettbewerb mit

dem Arbeitgeber vorbereitet. Gleiches gilt, wenn er vertrauliche Informationen an andere Wettbewerber weitergibt[80] sowie andere Arbeitnehmer und Kunden seines Arbeitgebers im laufenden Arbeitsverhältnis abwirbt.[81] In diesen Fällen hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die entstandenen wirtschaftlichen Schäden zu ersetzen und etwaige persönliche Gewinne, die er aufgrund seines pflichtwidrigen Verhaltens erlangt hat, an den Arbeitgeber abzuführen.[82]

2. Verschwiegenheitspflicht bei Geschäftsgeheimnissen (*Trade Secrets*)

Der Arbeitnehmer darf keine Geschäftsgeheimnisse des ihn beschäftigenden Unternehmens an unbefugte Dritte weitergeben. Diese umfassen – in Übereinstimmung mit dem deutschen Recht nach §§ 17, 18 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (*UWG*) – Informationen über das betriebliche Know-how (z. B. über Produktionsmethoden[83]) sowie Informationen über den Zustand des Unternehmens (z. B. über dessen wirtschaftliche Verfassung, Kundenbestände[84] oder Marketingstrategien[85]).

3. Nachvertragliches Wettbewerbsverbot (*Covenants not to Compete*)

Daher vereinbaren viele Arbeitgeber mit ihren Arbeitnehmern, zumindest wenn diese einen gewissen Kenntnisstand über das Unternehmen beziehungsweise Fachwissen auf einem Arbeitsgebiet erlangt haben, die *Covenants not to Compete*. Kalifornien allerdings erlaubt keine nachvertraglichen Wettbewerbsverbote.

Convenants not to Compete sollen verhindern, dass der Arbeitnehmer im Fall seines Ausscheidens sein Wissen dazu nutzt, in den Wettbewerb gegen seinen früheren Arbeitgeber, sei es direkt oder indirekt als Arbeitnehmer eines Dritten, zu treten. Anders als in Deutschland muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine Karenzentschädigung einräumen, um ein wirksames Wettbewerbsverbot zu vereinbaren.[86] Wie in Deutschland muss aber die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben. Der Arbeitgeber hat daher darauf zu achten, dass das Wettbewerbsverbot Bestandteil eines wirksamen Arbeitsvertrages ist und nur so weit reicht, dass einerseits die Interessen des Unterneh-

[80] Avtec Sys., Inc. v. Peiffer, 21 F.3d 568, 9 IER Cases 532 (4th Cir. 1994).
[81] Vigoro Ind. v. Crisp., 82 F.3d 785, 11 IER Cases 1115 (8th Cir. 1996).
[82] Rash v. Hilb, Royal & Hamilton, 467 S.E.2d 791, 11 IER Cases 789 (Va. 1996).
[83] Aavnet Inc. v. Wyle Labs, Inc. 437 S.E.2d 302, 9 IER Cases 220 (Ga. 1993).
[84] Kovarik v. American Family Ins. Group, 108 F.3d 962, IER Cases 1179 (8th Cir. 1997).
[85] Thomas v. Alloy Fasteners, 664 So.2d 59, 11 IER Cases 734 (Fla. Dist. Ct. App. 1995).
[86] Vgl. Hümmerich, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 114; Thüsing, NZA 2001, 939, 944.

mens gewahrt sind, aber andererseits unangemessene Belastungen des Arbeitnehmers vermieden werden.[87] Andernfalls kann der Arbeitgeber das Verbot nicht durchsetzen.[88] Drei Faktoren sind nach US-amerikanischem Rechtsverständnis für die Wirksamkeit maßgeblich, und zwar der Umfang der vertraglich verbotenen Tätigkeit, die geographische sowie die zeitliche Reichweite des Verbots.[89] Ob ein vertraglich vereinbartes Wettbewerbsverbot diese Faktoren erfüllt, ist immer eine Frage des Einzelfalls.[90] Insbesondere kann ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot gegen US-amerikanisches Kartellrecht verstoßen.[91]

In jüngerer Zeit haben Gerichte allerdings die *Inevitable Disclosure Doctrine* entwickelt, die es dem Arbeitgeber erleichtert, ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot durchzusetzen. Dieser Grundsatz kann sogar soweit führen, dass der Arbeitnehmer, wenn er aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet, schon aufgrund seines während des Arbeitsverhältnisses erreichten Kenntnisstands keine Arbeit bei einem mit dem Arbeitgeber in Konkurrenz stehenden Dritten aufnehmen darf, sofern er bei der Verrichtung der neuen Tätigkeit in Konkurrenz zu seinem alten Arbeitgeber treten würde.[92] Dass der Arbeitnehmer diesen Kenntnisstand erreicht hat, kann der frühere Arbeitgeber aber zumeist nur schwer beweisen, so dass ein sich indirekt aus der Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers ergebendes Wettbewerbsverbot gerichtlich nur in Ausnahmefällen anerkannt wird. Demnach ist ein Wettbewerbsverbot zumindest dann wirksam, wenn es dem Arbeitnehmer verbietet, zu einem Wettbewerber des Unternehmens zu wechseln, sofern es für den Arbeitnehmer unvermeidbar ist, dass er Geschäftsgeheimnisse, die er im Zuge seiner früheren Beschäftigung erlangt hat, in seinem neuen Anstellungsverhältnis gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber verwendet.[93] Ob die *Inevitable Disclosure Doctrine* im Einzelfall einschlägig ist, ermitteln die Gerichte anhand einer Gesamtschau dreier Faktoren:

---

[87] Vgl. Hümmerich, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 114; Thüsing, NZA 2001, 939, 944.

[88] Ma & Pa Inc. v. Kelly, 342 N.W. 2d 500, 1 IER Cases 342 (Iowa Sup. Ct. 1984).

[89] Vgl. Hümmerich, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 114.

[90] So hielt das Gericht in der Entscheidung Weber v. Tillman, 913 P.2d 84, 11 IER Cases 837 (Kann. 1996), ein Wettbewerbsverbot, das einem Dermatologen untersagte, für einen Zeitraum von zwei Jahren in einem Radius von 30 Meilen von seiner alten Arbeitsstätte tätig werden zu dürfen, für wirksam. Ein Wettbewerbsverbot, das einem IT Experten untersagte, innerhalb eines Jahres innerhalb eines Radius eine ähnliche Tätigkeit aufzunehmen, wurde in der Entscheidung EarthWeb Inc. v. Schlack, 71 F. Supp. 2d. 299, 316 (S.D.N.Y. 1999) hingegen für unwirksam erklärt.

[91] Kapp v. Nat'l Football League, 586 F.2d 644 (9th Cir. 1978); Wegmann v. London, 648 F.2d 1072 (5th Cir. 1981); VL Sys., Inc. v. Unisen, Inc., 152 Cal. App. 4th 708 (2007).

[92] Zotos Int'l, Inc. v. Young, 830 F.2d 350, 353, 4 U.S.P.Q. 2d 1330 (D.C. Cir. 1987); A.B. Chance Co. v. Schmidt, 719 S.W. 2d 854, 857 (Mo. Ct. App. 1986).

[93] PepsiCo., Inc. v. Redmond, 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995).

– Besteht ein direktes Wettbewerbsverhältnis zwischen altem und neuem Arbeitgeber? Bieten beide dieselben oder ähnliche Produkte oder Dienstleistungen an?
– Ist die Position des Arbeitnehmers bei dem neuen Arbeitgeber (fast) identisch mit der Position, die er früher bekleidet hat?
– Sind die Geschäftsgeheimnisse sowohl für den alten als auch für den neuen Arbeitgeber von hohem Wert?

4. Pflichten leitender Angestellter

Zusätzlich zu den Pflichten, die den Arbeitnehmern obliegen,[94] hat ein *Executive Officer* in den USA, ebenso wie der leitende Angestellte in Deutschland, aufgrund seiner exponierten Stellung erhöhte Treuepflichten (*Duties of Loyalty*) gegenüber dem Unternehmen. In den USA ähneln die Pflichten des *Executive Officers* denen eines Mitglieds des *Board of Directors.*[95] Weiterhin hat der *Executive Officer* eine Sorgfaltspflicht (*Duty of Care)* einzuhalten.

Die Treuepflichten des *Executive Officers* haben vor allem zwei Ausprägungen. Einerseits verbieten sie ihm Insichgeschäfte, also Geschäfte, bei denen der *Officer* als Privatperson mit der Gesellschaft ein Geschäft abschließt, aber zugleich den Vertragsschluss für die Gesellschaft als deren gesetzlicher Vertreter[96] durchführt,[97] sofern das Insichgeschäft die Gesellschaft unverhältnismäßig benachteiligen würde.[98] Ferner darf der *Executive Officer* seine Stellung in dem Unternehmen nicht dazu ausnutzen, Geschäfte für sich privat abzuschließen, obwohl diese Gelegenheit eigentlich dem Unternehmen gebührt (*Corporate Opportunity Doctrine*).[99] Die *Duty of Care* legt dem *Executive Officer* auf, bei Geschäftsentscheidungen für das Unternehmen stets jene Sorgfalt walten zu lassen, die eine vernünftige Person unter gleichen Umständen an den Tag legen würde.[100]

---

[94] Siehe hierzu oben, § 1 C. I.
[95] Vgl. Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 418.
[96] Executive Officer haben, anders als die Directors der Gesellschaft, keine gesetzliche Vertretungsmacht. Die Vertretungsmacht wird ihnen vielmehr ganz regelmäßig vertraglich eingeräumt.
[97] Klassischer Fall ist der Verkauf eines Privatgrundstücks des Officers an die Gesellschaft, vgl. Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 440.
[98] Es ist allerdings zu beachten, dass das Board of Directors solche Insichgeschäfte, die die Gesellschaft unverhältnismäßig benachteiligen, noch nachträglich genehmigen kann; vgl. im Detail Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 440 ff.
[99] Vgl. im Detail Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 455 ff.
[100] Vgl. im Detail Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 419.

5. Arbeitgeberseitige Maßnahmen zur Einhaltung der Pflichten des Arbeitnehmers

Der Arbeitgeber kann verschiedene Maßnahmen ergreifen, um die Erfüllung der Pflichten der Arbeitnehmer durchzusetzen. Diese variieren stark in ihrer Intensität und sind teilweise nur unter Einhaltung strenger Voraussetzungen zulässig.

5.1 Festsetzung von Rechten und Pflichten in *Employee Handbooks*

Ein Großteil der Arbeitgeber legt die von den Arbeitnehmern des Unternehmens einzuhaltenden Pflichten, aber auch deren Rechte, in *Employee Handbooks* fest.[101] Hierbei handelt es sich um für die Arbeitnehmer aufgrund des weiten Direktionsrechts des Arbeitgebers verbindliche, vertragliche Regelwerke, die typischerweise Vorgaben und Ausführungen zu den im Unternehmen verfolgten Prinzipien[102], zu den von dem Unternehmen gewährten Zuschlägen[103], zu dem von den Arbeitnehmern erwarteten Verhalten[104] sowie zu den von den Arbeitnehmern einzuhaltenden Pflichten[105] beinhalten. Mangels eines Betriebsverfassungsrechts legt der Arbeitgeber in der Regel diese *Handbooks* einseitig fest, ist aber bei der Ausgestaltung des Inhalts des Vertragswerks nicht völlig frei. Er hat weiterhin zahlreiche zwingende Bestimmungen in bundes- sowie einzelstaatlichen Gesetzen, wie z. B. aus dem *FLSA* oder dem *FCRA*, zu beachten, deren Regelungsgehalt er nicht durch ein *Employee Handbook* aushebeln kann. So kann der Arbeitgeber z. B. nicht in einem *Employee Handbook* einen Lohn festlegen, der den gesetzlichen Mindestlohn unterschreitet. Sinn und Zweck von *Employee Handbooks* ist es, arbeitsvertragliche Einheitsregelungen zu schaffen, weil, anders als in Deutschland, nur wenige der US-Unternehmen tarifvertraglichen Bindungen unterliegen und es ein Betriebsverfassungsrecht mit der Möglichkeit des Abschlusses von Betriebsvereinbarungen nicht gibt.

---

[101] Vgl. Hümmerich, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 112; Thüsing, NZA 2001, 939, 944.

[102] Wie etwa zur Chancengleicheit und Sicherheit im Unternehmen.

[103] Wie etwa zu Urlaub, zusätzlichen freien Tagen, zur Vergütung von Überstunden, zu Gehaltserhöhungen, Beförderungen oder zur betrieblichen Krankenversicherung.

[104] Wie etwa zur Anwesenheit und den Folgen von Verspätungen, zum Verbot der Annahme von Geschenken, zum Verbot des Genusses alkoholischer Getränke am Arbeitsplatz und zum Verbot sonstiger Drogen, Medikamente oder illegaler Substanzen am Arbeitsplatz.

[105] Wie etwa zu der Verschwiegenheitspflicht und besondere Pflichten bei dem Umgang mit dem Eigentum des Arbeitgebers.

Die Frage der Bindungswirkung von Zusagen in *Employee Handbooks* ist sehr umstritten.[106] In den verschiedenen Staaten der USA hat sich hierzu eine unübersichtliche Rechtsprechung entwickelt[107]. Dabei ist auch streitig, ob der Arbeitgeber durch die Aufnahme von entsprechenden Klauseln den Eintritt einer Bindungswirkung verhindern kann.

5.2 Überwachung der Arbeitnehmer

Um die tatsächliche Durchsetzung der Pflichten des Arbeitnehmers zu erreichen, kann der Arbeitgeber auf verschiedene Methoden der Überwachung und Beaufsichtigung zurückgreifen. Da diese im Folgenden zu besprechenden Methoden allesamt in hohem Maße in die Privatsphäre des Arbeitnehmers eingreifen, sind sie nur in engen Grenzen zulässig.

5.2.1 Überwachung des elektronischen Verkehrs

Wie in Deutschland kann der US-amerikanische Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die private Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz verbieten. Oft geschieht dies durch sogenannte für sämtliche Arbeitnehmer geltende *„Email Policies"*.[108]

Arbeitgeber haben regelmäßig ein Interesse daran, die Internet- und E-Mail-Nutzung ihrer Mitarbeiter zu überwachen. Häufig erfolgt eine Überwachung zur Kostenkontrolle, zur Vermeidung von Straftaten, zum Schutz der Netzwerkressourcen, zum Schutz vor Computerviren oder auch zur Leistungskontrolle.

Auch in den USA gibt es für die Frage der Zulässigkeit von Überwachungsmaßnahmen am Arbeitsplatz kein spezielles Gesetz. Auf Bundesebene ist der *Electronic Communications Privacy Act of 1986 (ECPA)* maßgeblich für die Überwachungsmöglichkeiten des Arbeitgebers bezüglich der Internet- und E-Mail-Nutzung.[109] Hiernach ist die Über-

---

[106] Vgl. Thüsing, NZA 2001, 939, 944 sowie zB die Entscheidung des California Supreme Court in Asmos v. Pacific Bell, 16 IER Cases 609, der urteilte, dass ein Arbeitgeber den Kündigungsschutz, den er in einem Employee Handbook versprochen hat, einseitig für die Zukunft nur ändern kann, wenn der Kündigungsschutz für eine unbestimmte Zeit versprochen wurde, der Arbeitgeber die Änderung nach einer angemessenen Zeit vorgenommen hat, mit angemessener Ankündigungsfrist und ohne in unverfallbar garantierte Rechte des Arbeitnehmers einzugreifen.

[107] Vgl. Reimann, Einführung in das US-amerikanische Privatrecht, S. 297.

[108] Alamar Ranch, LLC v. County of Boise, 2009 U.S. Dist. LEXIS 101866 (D. Idaho 2009); Convertino v. United States DOJ, 2009 U.S. Dist. LEXIS 115050 (D.C. 2009).

[109] Vgl. 18 U.S.C. §§ 2510-2520.

wachung elektronischer Kommunikation grundsätzlich verboten. Allerdings gilt dieses Verbot nur, wenn sich eine elektronische Kommunikation nicht mehr im Übertragungsvorgang befindet, sie also bereits gespeichert wurde. Außerdem ist es dem Arbeitgeber erlaubt, sogenannte Verbindungs- oder Transaktionsdaten, also z. B. Informationen über den Sender und Empfänger einer E-Mail oder die Größe einer als Anlage verschickten Datei, zu erheben. In diesem Fall liegt schon keine Überwachung im Sinne des *ECPA* vor. Damit die Regeln des *ECPA* einschlägig sind, muss der Arbeitgeber vielmehr den Inhalt der Nachricht zur Kenntnis nehmen.[110]

Der ECPA sieht außerdem zahlreiche Ausnahmen vor, die eine Kontrolle des Arbeitgebers legitimieren:

– *Prior consent exception*
– Zunächst kann der Arbeitgeber mit dem vorherigen Einverständnis des Arbeitnehmers (*prior consent*) rechtmäßig dessen elektronischen Verkehr überwachen. Der Arbeitnehmer kann sein Einverständnis entweder direkt durch ausdrückliche Erklärung[111], aber auch konkludent durch sein Verhalten erteilen. Ob ein impliziertes Einverständnis des Arbeitnehmers vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls, die Grenzen sind fließend. So verneinte der *11th Circuit* in einem Fall, in dem ein Arbeitgeber einen privaten Anruf einer in dessen *Callcenter* angestellten Arbeitnehmerin abhörte, das indirekte Einverständnis der Arbeitnehmerin zu dieser Maßnahme. Sie habe zwar von der Unternehmenspolitik, dass der Arbeitgeber jederzeit geschäftliche Telefonate zur Qualitätssicherung überwachen durfte (*Silent Monitoring*), Kenntnis gehabt, diese *Policy* erstreckte sich aber nicht auf private Telefonate.[112] Andererseits bejahte der *7th Circuit* ein solches Einverständnis in einem Fall, in dem eine Arbeitnehmerin, die in der Telefonzentrale einer Polizeiwache Notrufe annahm, weil diese im Zuge dieser Tätigkeit ihr Einverständnis dazu erklärt hatte, dass Anrufe zur Qualitätssicherung überwacht werden durften.[113] So war die Überwachung von Privatgesprächen, die sie während ihrer Arbeitszeit führte, durch den Arbeitgeber aufgrund ihres vorherigen Einverständnisses gerechtfertigt.

---

[110] Vgl. 18 U.S.C. §§ 2510 (4), 2511 (1) (a).

[111] Eine solches, ausdrückliches Einverständnis lag z. B. nach Ansicht des erkennenden Gerichts in der Entscheidung Rassoull v. Maximus Inc., 2002 U.S. Dist. LEXIS 21866 (D. Md. 2002) vor, wo der Arbeitnehmer eine Richtlinie des Unternehmens unterzeichnet hatte, die dem Arbeitgeber das Recht einräumte, jede geschäftliche Kommunikation des Arbeitnehmers zu überwachen, wobei ausdrücklich festgelegt war, dass jede elektronische Kommunikation des Arbeitnehmers als geschäftlich anzusehen sei.

[112] Watkins v. L.M. Berry & Co., 704 F.2d 577 (11th Cir. 1983).

[113] Griffin v. City of Milwaukee, 74 F.3d 824, 827 (7th Cir. 1996).

– *Ordinary Course of Business Exception*
  Eine weitere Ausnahme ist die *Ordinary Course of Business* exeption. Hiernach ist der Arbeitgeber befugt, Gespräche des Arbeitnehmers zu überwachen, wenn er daran ein berechtigtes Geschäftsinteresse hat, und der Eingriff in die Privatsphäre des Arbeitnehmers verhältnismäßig ist. Die US-amerikanischen Gerichte wenden diese Ausnahme nur in eng begrenzten Sachverhaltskonstellationen an, bislang aber – soweit ersichtlich – lediglich im Zusammenhang mit der Telefonüberwachung.[114] Ob die Ausnahme auch im Rahmen der Internet- und E-Mail-Kontrolle greift, ist in der amerikanischen Literatur heftig umstritten.

Viele Arbeitnehmer berufen sich zu ihrer Verteidigung gegen die Überwachung ihrer Internet- und E-Mail-Kommunikation durch den Arbeitgeber auf das vor allem im *Common Law* der meisten Staaten viel diskutierte *Right to Privacy*. Allerdings sind die Anforderungen hoch. So muss der Arbeitnehmer darlegen, dass die Überwachung einen besonders starken und unverhältnismäßigen Eingriff in seine Privatsphäre bedeutet, den er nicht erwarten konnte.[115] Hiergegen wenden Arbeitgeber – oftmals erfolgreich – ein, der Arbeitnehmer habe keine *reasonable expectation of privacy* gehabt, er habe also einen Schutz seiner Privatsphäre vernünftigerweise nicht erwarten dürfen.[116] Der Arbeitgeber kann durch den Ausspruch von Warnungen gegenüber seinen Arbeitnehmern oder durch die Einführung von Richtlinien zur Nutzung des elektronischen Verkehrs verhindern, dass die Arbeitnehmer eine solche Erwartungshaltung entwickeln können.[117]

---

[114] So war die Ausnahme in der Entscheidung Briggs v. American Air Filter Co., 630 F.2d 414 (5th Cir. 1980) in einer Situation einschlägig, in der der Arbeitgeber ein Gespräch eines Arbeitnehmers abhörte, bei dem er schon vorher vermutet hatte, dieser werde vertrauliche Informationen des Unternehmens an einen Wettbewerber übermitteln, ihn diesbezüglich ermahnt und dennoch den begründeten Verdacht hatte, der Arbeitnehmer werde die Informationen weitergeben und wusste, dass das abgefangene Gespräch mit dem Wettbewerber sein werde. In der Entscheidung Deal v. Spears, 980 F.2d 1153 (8th Cir. 1992) war die Ausnahme hingegen in einer Situation, in der der Arbeitgeber vermutete, ein Arbeitnehmer bestehle ihn und daher dessen Telefongespräche über einen Zeitraum von anderthalb Monaten aufzeichnete, nicht einschlägig.

[115] McLaren v. Microsoft Corp, 199 Tex. App. LEXIS 4103 (1999); Fletcher v. Price Chopper Foods of Trumann, Inc., 220 F.3d 871, 875 (8th Cir. 2000); Thygeson v. U.S. Bancorp, 2004 U.S. Dist. LEXIS 18863 (D. Or. 2004); Wilson v. Moreau, 440 F. Supp. 2d 81, 104 (D.R.I. 2006).

[116] TBS Ins. Serv. Corp. v. Zieminski, 96 Cal App. 4th 443, 452 (2002); Doe v. XYC Corp., No. A-2909-04T2 (N.J. Supr. Ct. 2005).

[117] Bourke v. Nissan Motor Corp., No. B068705 (Cal. Ct. App. 1993); Smyth v. Pillsbury Co. 914 F. Supp. 97 (E.D. Pa. 1996).

5.2.2 Videoüberwachung

Sofern der Arbeitgeber die Überwachung des Arbeitnehmers mit Videokameras durchführt, ist zu unterscheiden, ob diese lediglich Bild oder auch Ton aufnehmen. Nehmen die Videokameras nur Bilder auf, ist dies keine Überwachung im Sinne des *ECPA;* d. h. anders als in Deutschland ist eine systematische Videoüberwachung in diesem Umfang grundsätzlich zulässig. Nehmen die Kameras hingegen Bild und Ton auf, ist dies eine Überwachung im Sinne des *ECPA* und der Arbeitgeber muss die Vorgaben des Gesetzes einhalten,[118] wonach die Überwachung nur zulässig ist, sofern der Arbeitnehmer sein Einverständnis hierzu erklärt hat oder die *Ordinary Course of Business*-Ausnahme einschlägig ist.

Bei der Verwendung von Videokameras ist aber in beiden Fällen zu beachten, dass der Arbeitgeber unter Umständen durch die Überwachung in die Privatsphäre des Arbeitnehmers eindringt. So ist die Privatsphäre des Arbeitnehmers nicht mehr gewahrt, wenn der Arbeitgeber die Kameras in einem Bereich des Arbeitsplatzes einsetzt, in dem der Arbeitnehmer ein hohes Interesse am Schutz seiner Privatsphäre hat, wie etwa in Sanitäranlagen[119] oder Umkleideräumen[120]. Sowohl einzelstaatliche Gesetze[121] als auch das *Common Law* mit der *Invasion of Privacy* Doktrin verbieten ein solches Vorgehen. Generell zulässig ist hingegen die Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume des Unternehmens.[122]

5.3 Untersuchungen aufgrund Fehlverhaltens

Internal Investigations stellen eine weitere, in den USA regelmäßig genutzte Möglichkeit im Maßnahmenkatalog des Arbeitsgebers zur Einhaltung der Pflichten des Arbeitnehmers dar. *Investigations* sind unternehmensinterne Untersuchungen zur Aufdeckung und Beseitigung eines Fehlverhaltens des Arbeitnehmers, entweder durch

[118] Siehe oben, § 1 C. I. 5. 5.2 5.2.1.

[119] O'Donnell v. Miller, 1999 Mass. Super. LEXIS 554 (1999); Johnson v. Allen, 613 S.E.2d 657 (Ga. Ct. App. 2005); Atlas Cold Storage, Inc. v. Allen, 2005 Ga. LEXIS 483 (2005).

[120] Doe v. B.P.S. Guard Servs., Inc., 945 F.2d 1422 (8th Cir. 1991); Liberti v. Walt Disney World Co., 912 F. Supp. 1494 (M.D. Fla. 1995).

[121] Vgl. z. B. Cal. Lab. Code § 453 (2003); Conn. Gen. Stat. §§ 31-48b, 31-48d (2003); Org. Ann. § 2907.08 (2002); Tenn. Code Ann. § 39-13-605 (2001); Rev. Code Wash. §9A.44.115 (2002); W.Va. Code § 21-3-20 (2003).

[122] I.C.U. Investigations, Inc. v. Jones, 780 So. 2d 685 (Ala. 2000).

den Arbeitgeber oder durch Dritte (z. B. Wirtschaftsprüfer oder Anwaltskanzleien). In den USA werden Untersuchungen von Arbeitnehmern in vier Fallkonstellationen durchgeführt:

– Diskriminierung oder Belästigung von Arbeitnehmern,
– Androhung von Gewalt unter Kollegen,
– Drogenmissbrauch von Arbeitnehmern,
– Diebstahl, Unterschlagung oder Betrug zu Lasten des Unternehmens oder dessen Kunden.

Die Untersuchung selbst kann auf verschiedene Weise erfolgen. So können der beschuldigte Arbeitnehmer, weitere Beteiligte oder Zeugen des Vorgangs direkt befragt werden. Andererseits kann der Arbeitgeber die *Investigation* auch indirekt vorantreiben, z. B. durch die Überwachung des E-Mail-Verkehrs des Arbeitnehmers oder eine Auswertung von Videomaterial.

Auch die *Investigation* kann einen Eingriff in die Privatsphäre des Arbeitnehmers bedeuten. So muss der Arbeitgeber bei der direkten Befragung des Arbeitnehmers, anderer Beteiligter und Zeugen darauf achten, dass er keine Fragen stellt, die potentiell diskriminierend sein könnten, um zu vermeiden, dass er sich schadensersatzpflichtig macht. Falls der Arbeitgeber die *Investigation* hingegen indirekt betreibt, muss er die bereits dargestellten Voraussetzungen zur Durchführung einer rechtmäßigen Überwachung beachten.[123] Äußerste Vorsicht ist geboten, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer etwa zur Sicherung von Beweisen festhalten oder durchsuchen will. Hier kann sich der Arbeitgeber wegen *False Imprisonment*, also der rechtswidrigen Zwangseinwirkung auf den Arbeitnehmer,[124] strafbar machen. Zudem sehen Gerichte körperliche Durchsuchungen als in hohem Maße die Privatsphäre verletzend an. Viele Arbeitgeber führen daher solche Maßnahmen nur mit dem schriftlichen Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers durch. Das Einverständnis des Arbeitnehmers lässt die Rechtswidrigkeit der Maßnahme regelmäßig auch dann entfallen, wenn der Arbeitnehmer dieses auf Drängen des Befragenden abgibt.[125]

[123] Siehe oben, § 1 C. I. 5.
[124] Vgl. Restatement (Second) of Torts §§ 35-44 (1977).
[125] White v. Levy Bros., 306 S.W. 2d 829 (Ky. 1957); Faniel v. Chesapeake & Potomac Tel. Co. 404 A.2d 147 (D.C. 1979); Stump v. Wal-Mart Stores, 942 F. Supp. 347 (E.D. Ky. 1996).

Sofern Dritte die *Investigation* leiten, gelten weitere Besonderheiten, die im *Fair and Accurate Credit Transaction Act of 2003* niedergelegt sind. Die dritte Person darf lediglich dem Arbeitgeber, Beauftragten des Arbeitgebers (z. B. dessen Anwälten), Behörden oder per Gesetz ermächtigten Personen Bericht über die *Investigation* erstatten.[126] Falls der Arbeitgeber dann aufgrund dieses Berichts Maßnahmen gegen den Arbeitnehmer einleitet, muss er diesem eine Zusammenfassung des Berichts zukommen lassen.[127] Der Arbeitgeber kann diese Zusammenfassung zwar mündlich geben, doch entspricht die schriftliche Zusammenfassung der üblichen Praxis, weil der Arbeitgeber nur so vor Gericht beweisen kann, dass er der gesetzlichen Pflicht aus dem *Fair and Accurate Credit Transaction Act of 2003* nachgekommen ist.

II. Pflichten des Arbeitgebers

Hauptpflicht des Arbeitgebers ist, den Arbeitnehmer für geleistete Arbeit zu entlohnen. In den USA ergibt sich diese Pflicht schon daraus, dass ein Arbeitsvertrag, um wirksam zu sein, stets die tatsächliche Gewährung einer Gegenleistung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer für dessen Arbeitsleistung vorsehen muss.[128] Darüber hinaus hat der Arbeitgeber natürlich alle dem Arbeitnehmer im Vertrag zugestandenen Zusatzleistungen zu gewähren. Anders als im deutschen Recht besteht allerdings keine gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer tatsächlich zu beschäftigen, indem er ihn mit Arbeitsaufträgen versorgt. Sofern ein schriftlicher Arbeitsvertrag besteht, ist es jedoch üblich, dass dieser eine Klausel enthält, wonach der Arbeitgeber vertragsbrüchig ist, wenn er den Arbeitnehmer nicht beschäftigt. Dann stehen dem Arbeitnehmer vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den Arbeitgeber zu.

Zudem obliegen dem Arbeitgeber weitere Nebenpflichten in der Form von Fürsorgepflichten. So muss der Arbeitgeber unter allen Umständen für ein diskriminierungsfreies Arbeitsumfeld sorgen, wenn er sich nicht schadensersatzpflichtig machen will. Die Einzelheiten zum Antidiskriminierungsrecht der USA werden nachstehend in § 2 erläutert. Des Weiteren hat der Arbeitgeber Pflichten z. B. im Bereich des Arbeitsschutzes und der Unfallverhütung zu erfüllen. Diese sind in einem Bundesgesetz, dem *Occupational Safety and Health Act (OSHA),* normiert. Hiernach muss der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz frei von Gefahren schaffen, die eine schwere Verletzung oder gar den Tod des Arbeitnehmers verursachen könnten.[129]

---

126 Vgl. 15 U.S.C. § 1681a (a) (1) (D).
127 Diese Zusammenfassung muss aber nicht die Quellen des Berichts offenlegen, vgl. 15 U.S.C. § 1681a (x) (2).
128 Siehe oben, § 1 B.III. 1.
129 Vgl. 29 U.S.C. § 654 (a) (1).

Sofern der Arbeitgeber seinen Pflichten nicht ordnungsgemäß nachkommt, riskiert er die Verurteilung zur Zahlung von Schadensersatz. Eine Verletzung seiner Fürsorgepflichten kann auch einen Anspruch auf Zahlung von Strafzahlungen (*Punitive Damages)*, insbesondere im Bereich des Antidiskriminierungsrechts[130] begründen, und sogar Freiheitsstrafen für die gesetzlichen Vertreter des Unternehmens[131] nach sich ziehen.

III. Änderung des Arbeitsverhältnisses

Einseitige Änderungen des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber sind in den USA viel einfacher durchzusetzen als in Deutschland. Dies liegt an dem US-amerikanischen Selbstverständnis, dass es dem Arbeitgeber – im Rahmen der geltenden Gesetze – freigestellt sein soll, wie er sein Unternehmen und somit auch den Einsatz seiner Arbeitnehmer organisiert. So kann der Arbeitgeber in der Mehrzahl der Bundesstaaten zumindest dann, wenn es sich bei dem Arbeitsverhältnis (wie in einem Großteil der Fälle üblich) um ein *Employment-at-Will* handelt, grundsätzlich über die Änderung des Inhalts des Arbeitsvertrages frei entscheiden.[132] In der Praxis hat dies zur Folge, dass der Arbeitgeber im Rahmen des *Employment-at-Will-Arbeitsverhältnisses* alleine die Versetzung des Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitsort oder die Zuweisung einer anderen Tätigkeit bestimmen kann. Hierfür bedarf es dann auch nicht der Zustimmung anderer Gremien, wie in Deutschland etwa des Betriebsrats.

Allerdings können die Arbeitsvertragsparteien vereinbaren, dass eine Änderung des Arbeitsvertrages nur im beiderseitigen Einverständnis erfolgen kann.[133] Einzelne Staaten halten wiederum eine einseitige Änderung des Arbeitsverhältnisses nur für zulässig, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen adäquaten Ausgleich für die Änderung einräumt.[134] Schließlich können auch Tarifverträge vorsehen, dass eine Änderung des Arbeitsvertrages nur mit Zustimmung der anderen Seite durchgeführt werden kann.[135] In manchen Fällen nimmt der Arbeitgeber die entsprechenden Änderungen im Rahmen eines *Employee Handbooks* vor.[136]

---

130 Siehe hierzu unten, § 2.

131 Vgl. z. B. 29 U.S.C. § 666.

132 Vgl. Van Hemden/Heuvel/Labat-Oliveau, How to Hire and Fire in 76 Jurisdictions, 369 ff.

133 Vgl. Van Hemden/Heuvel/Labat-Oliveau, How to Hire and Fire in 76 Jurisdictions, 369 ff.

134 So muss eine Änderung des Arbeitsvertrags in den Staaten Indiana und Kentucky immer mit einem adäquaten Ausgleich des Arbeitnehmers einhergehen, vgl. Van Hemden/Heuvel/Labat-Oliveau, How to Hire and Fire in 76 Jurisdictions, 426, 434.

135 Diese Ausnahme ist z. B. in den Staaten Maine, Massachusetts und Michigan vorgesehen, vgl. Van Hemden/Heuvel/Labat-Oliveau, How to Hire and Fire in 76 Jurisdictions, 441, 457, 465.

136 Siehe hierzu oben, § 1 C. I. 5. 5.1.

IV. Arbeitsentgelt

Wie in Deutschland kann das Arbeitsentgelt in den USA aus fixen und variablen Teilen bestehen. Das Entgelt von Arbeitnehmern, die unter die *Employment-at-Will* Doktrin fallen, ist allerdings in der Regel ausschließlich fix bemessen. Im Gegensatz dazu besteht das Entgelt leitender Angestellter auf der Managementebene zu einem weitaus höheren Satz aus variablen Komponenten als in Deutschland. Dies gilt insbesondere bezüglich Bonuszahlungen für die Erreichung bestimmter Unternehmensziele. Zu der Zahlung des Entgelts kommen schließlich obligatorische Zulagen für bestimmte Arbeitnehmer, die unter den *FLSA* oder staatliche Gesetze fallen.

1. Entgelt

Die Entgeltzahlung ist, wie bereits erörtert, die Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers.[137] Der Arbeitgeber zahlt das Entgelt, wie auch in Deutschland, im Nachhinein für die erbrachte Arbeitsleistung des Arbeitnehmers.[138] Anders als in Deutschland entlohnt der Arbeitgeber in den USA seine Arbeitnehmer teilweise wöchentlich, gerade wenn ein *Employment-at-Will* Arbeitsverhältnis besteht.[139] Eine monatliche Entlohnung erfolgt dagegen in der Regel in den höheren Einkommensstufen. Der US-amerikanische Arbeitgeber kann den Zahltag grundsätzlich[140] eigenständig festlegen. Er kann den Zahltag auch einseitig ändern, jedenfalls solange er diese Maßnahme aus unternehmerischen Gründen durchführt, die Änderung dauerhaft ist und keine übermäßig Verzögerung der Auszahlung der ausstehenden Gehälter eintritt.[141] Ein weiterer, sehr wichtiger Unterschied zum deutschen Arbeitsrecht ist, dass es in den USA die in Deutschland existierenden Ausnahmen von dem Grundsatz: „Ohne Arbeit kein Lohn" nicht gibt. Der US-amerikanische Arbeitgeber ist damit lediglich dazu verpflichtet, tatsächlich geleistete Arbeit zu entlohnen. Im Krankheitsfall, während des Urlaubs oder dem Mutterschutz hat ein US-Arbeitnehmer daher grundsätzlich keinen Lohnanspruch.[142]

---

137 Siehe oben, § 1 B. I. 1. 1.2.

138 Es ist zu beachten, dass das Entgelt nach den Vorgaben des FLSA in US $ zur Auszahlung gebracht werden muss, vgl. 29. U.S.C. § 206.

139 In vielen Staaten ist dieses Vorgehen auch gesetzlich vorgesehen.

140 In einigen Einzelstaaten existieren allerdings Vorschriften, die festlegen, wann, wo, in welchen Abständen und in welcher Form die Arbeitnehmervergütung zu zahlen ist.

141 Rogers v. City of Troy, 1 F.3d 1537 (9th Cir. 1993); vgl. auch 29 U.S.C. §§ 201 ff.

142 Siehe hierzu unten, § 1 C. VI. und VI.

2. Freiwillige zusätzliche Leistungen

Freiwillige zusätzliche Leistungen des US-amerikanischen Arbeitgebers kommen zumeist leitenden Angestellten zugute. Der Arbeitgeber gewährt diese Leistungen generell aus zwei Gründen. Einerseits belohnt er hierdurch die Treue des *Executive Officers* gegenüber dem Unternehmen. Andererseits dienen sie dem leitenden Angestellten als Ansporn, seine gesamte Arbeitskraft in das Unternehmen zu investieren, um die ihm gesetzten Ziele zu erreichen und so in den Genuss einer zusätzlichen Leistung zu kommen. Die Arbeitsvertragsparteien vereinbaren Art und Umfang der freiwilligen Leistung individuell. Anders als das deutsche Rechte kennt das US-amerikanische Rechte die betriebliche Übung nicht, so dass der Arbeitgeber nicht Gefahr läuft, Leistungen nach Ablauf der Vereinbarung zahlen zu müssen, wenn er diese nicht mehr leisten kann oder will. Das Wort „freiwillig" nehmen die US-amerikanischen Gerichte wörtlich, so dass ein Arbeitgeber diese Zahlungen jederzeit wieder einstellen kann. Auch die deutsche Anforderung, dass der Widerruf einer Leistung eines sachlichen Grundes bedarf, ist in den USA unbekannt.

2.1 Bonuszahlungen

Bonuszahlungen sind in den USA üblich bei leitenden Angestellten. Regelmäßig zahlt der Arbeitgeber leitenden Angestellten für die Erreichung des vom Unternehmen vorgegebenen Umsatzziels oder Gewinns einen Bonus, der zumeist je nach dem Grad der Zielerreichung variiert.[143] Faktoren, nach denen die Zielerreichung ermittelt werden kann, sind z. B. der Umsatz des Unternehmens, einer Abteilung oder die persönliche Leistung des Angestellten. Bonuszahlungen sind (bislang)[144] in ihrer Höhe nicht begrenzt und können das Festgehalt um ein Mehrfaches übersteigen.

Die von den US-amerikanischen Finanzmärkten ausgehende Weltwirtschaftskrise hat zur Verabschiedung des *Emergency Economic Stabilization Act of 2008 (EESA)* geführt, der direkte Auswirkungen auf Bonuszahlungen im Finanzbereich hat. Instituten, die

[143] Bei einer grundlosen Kündigung des leitenden Angestellten hat dieser allerdings einen anteiligen Anspruch auf den vereinbarten Bonus für den Zeitraum innerhalb des Jahres vor der Kündigung, Div. of Labor Law Enforcement v. Transpacific Transp. Co., 88 Cal. App. 3d 823 (1979).

[144] So hat das US-Repräsentantenhaus im August 2009 Regeln zur Begrenzung von Bonuszahlungen der Finanzbranche verabschiedet. Diese Regeln müssen allerdings noch vom Senat bestätigt und von US-Präsident Barack Obama unterzeichnet werden, damit sie Gesetzescharakter erhalten, vgl. http://www.focus.de/finanzen/news/banken-laesst-obama-gesetz-gegen-milliardenboni-scheitern_aid_422504.html.

Staatshilfe erhalten haben, legt der *EESA* im Gegenzug Regeln auf. So können die betroffenen Unternehmen keine Bonuszahlungen an ihre leitenden Angestellten für den Abschluss unnötig riskanter Geschäfte mehr gewähren. Zudem müssen die Finanzinstitute dafür Sorge tragen, dass die leitenden Angestellten solche bereits geleisteten Zahlungen an die Bank zurückgewähren, die die Institute wegen einer falschen Berechnung aufgrund fehlerhafter Aussagen der leitenden Angestellten zu hoch bemessen haben.[145]

2.2 *Stock Grants / Options*

Eine andere Art der zusätzlichen Leistungen sind die *Stock Grants* und *Stock Options*. Bei einem *Stock Grant* gibt das Unternehmen an den begünstigten leitenden Angestellten Unternehmensanteile, je nach Gesellschaftsform als Aktie oder Gesellschaftsanteil, aus. Bei einer *Stock Option* räumt das Unternehmen dem Begünstigten das Recht ein, für einen bestimmten Zeitraum und zu einem bestimmten Preis ein Paket an Unternehmensanteilen erwerben zu können. Einen Sonderfall nehmen die *Phantom Stock Options* ein. Hierbei handelt es sich um eine Bonuszahlung. Das Unternehmen zahlt dem Begünstigten den Gegenwert einer bestimmten Anzahl von Unternehmensanteilen direkt aus, ohne dass das Unternehmen die Anteile selbst veräußert.

3. Obligatorische zusätzliche Leistungen

Anders als in Deutschland gibt es in den USA wenige gesetzlich vorgesehene, obligatorische Leistungen an Arbeitnehmer.

Eine gesetzliche obligatorische Leistung ist im *FLSA* geregelt, wonach der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer geleistete Überstunden vergüten muss. Diese Pflicht[146] zur Vergütung von Überstunden besteht, sobald der Arbeitnehmer die Arbeitszeit von 40 Wochenstunden überschreitet.[147] Zuschläge für Nacht-, Wochenend- und Feiertagsarbeit sind gesetzlich nicht vorgesehen, werden allerdings in der Praxis zwischen Arbeitgeber

[145] Vgl. Friedman/Sueda, The Emergency Stabilization Act of 2008 extensively regulates executive compensation but leaves many unanswered questions, http://www.littler.com/PressPublications/Lists/ASAPs/DispAsaps.aspx?id=1290&asapType=Benefits.

[146] Der Arbeitnehmer oder die ihn vertretende Gewerkschaft kann auch nicht freiwillig auf die Zahlung verzichten, Barrentine v. Arkansas-Best Freight Sys., Inc., 450 U.S. 728, 740 (1981).

[147] Vgl. 29 U.S.C. § 207.

und Arbeitnehmer häufig als *Premium Pay* vereinbart. Die Überstundenvergütung beläuft sich auf den anderthalbfachen Satz der regelmäßigen Vergütung des Arbeitnehmers. Die regelmäßige Vergütung errechnet sich aus dem durchschnittlichen monatlichen Einkommen des Arbeitnehmers zuzüglich etwaiger Kommissionen sowie dem Gegenwert solcher Teile des Einkommens, die nicht in Geld ausbezahlt werden (z. B. vom Unternehmen gestellte Mahlzeiten)[148]. Der *FLSA* schließt einige Berufsgruppen, die *Exempts*[149], von dem Anspruch auf die Vergütung von Überstunden aus.[150]

Einige Staaten unterwerfen Arbeitgeber strengeren Vorgaben, als unter dem *FLSA* gefordert. So müssen kalifornische Arbeitgeber z. B. ihren Arbeitnehmern den doppelten Satz der regelmäßigen Vergütung für Überstunden ausbezahlen, sobald der Arbeitnehmer mehr als zwölf Stunden am Tag arbeitet.[151]

Weitere obligatorische Leistungen gibt es, soweit ersichtlich, zumindest nach US-amerikanischem Bundesrecht nicht. So muss der Arbeitgeber z. B. keine Feiertagszuschläge gewähren. In einzelnen Staaten hingegen existieren Gesetze, die den Arbeitnehmern weitere Ansprüche sichern. So müssen z. B. Arbeitgeber in Massachusetts und Rhode Island den Arbeitnehmern an Feiertagen ein erhöhtes Entgelt zahlen.

4. Sonstige Zahlungen neben dem Arbeitsentgelt

Sonstige Zahlungen neben dem Arbeitsentgelt, sogenannte kompensierende Zahlungen, etwa um Kosten für Mahlzeiten oder für den Transport des Arbeitnehmers auszugleichen, sind im US-amerikanischen Arbeitsrecht nicht vorgeschrieben und auch nicht üblich. Diese Kosten sind mit dem Entgelt abgegolten.

V. Arbeitszeit

In den USA besteht keine Begrenzung der Arbeitsstunden, die ein Arbeitnehmer in der Woche arbeiten darf. Der *FLSA* sieht aber im Grundsatz eine 40-Stunden-Arbeitswoche vor. Als Arbeitszeit zählen hierbei auch Zeiten, die der Arbeitnehmer für Dienst-

[148] Acton v. City of Columbia, 204 U.S. Dist. LEXIS 19004 (W.D. Mo. 2004); Hisle v. Todd Pac Shipyards, Inc., 93 P.3d 108 (Wash. 2004).
[149] Vgl. hierzu ausführlich § 1 A I 2.1.2.
[150] Siehe hierzu oben, § 1 A. I. 2. 2.1 2.1.2.
[151] Vgl. Cal. Lab Code § 510 (a).

fahrten und -gänge aufwendet[152], Zigaretten- oder Kaffeepausen bis zu einer Dauer von 20 Minuten[153] und Zeiten der Dienstbereitschaft, die der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz verbringen muss und die er nicht zur freien Verfügung hat.[154]

Nicht angerechnet werden hingegen die Zeiten, die der Arbeitnehmer zur An- und Abfahrt vom Arbeitsplatz aufwendet,[155] Pausen von 20 Minuten oder länger[156] und Zeiten der Dienstbereitschaft, zu denen der Arbeitnehmer nicht am Arbeitsplatz sein muss und die er allein zu seinem Nutzen ausgestalten kann (vergleichbar mit der deutschen Rufbereitschaft).[157]

Sehr umstritten ist derzeit, ob das Bearbeiten von E-Mails über Blackberrys oder ähnliche elektronische Geräte abseits vom Arbeitsplatz als Arbeitszeit im Sinne des *FLSA* zu behandeln ist. Bislang galt hier, dass Tätigkeiten, die der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber abseits vom Arbeitsplatz in seiner Freizeit ausführt, nicht als Arbeitszeit berücksichtigt werden, wenn sie kürzer als zehn Minuten dauern.[158] Allerdings laufen zurzeit mehrere *Wage and Hour*-Verfahren[159], in denen Arbeitnehmer diese Rechtsprechung kippen wollen.[160]

VI. Urlaub

Bekanntermaßen bestehen beim Urlaub der Arbeitnehmer erhebliche Rechtsunterschiede zwischen den USA und Deutschland. Zunächst ist der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers in den USA, anders als in Deutschland, gesetzlich nicht geregelt.[161] Es liegt vielmehr im Ermessen des Arbeitgebers, wie viel Urlaub er den Arbeitnehmern gewähren will. So haben 70 Prozent der US-amerikanischen Arbeitnehmer 15 oder weniger Urlaubstage im Jahr.[162] Zudem steht es dem Arbeitgeber frei, ob er den Arbeitnehmern in diesem Zeitraum Urlaubsentgelt oder sonstige Abgeltungen zahlt. So-

[152] IBP, Inc. v. Alvarez, 546 U.S. 21, 25 (2005).
[153] Vgl. 29 C.F.R. § 785.15.
[154] Brigham v. Eugene Water & Elec. Bd., 357 F.3d 931 (9th Cir. 2004).
[155] Vgl. 29 U.S.C. § 254 (a) (1).
[156] Vgl. 29 C.F.R. § 785.19.
[157] Vgl. 29 C.F.R. § 785.17.
[158] Hesseltine v. Goodyear Tire & Rubber Co., 391 F. Supp. 2d 509 (E.D. Tex. 2005).
[159] Siehe hierzu unten unter § 4.
[160] Siehe hierzu http://www.overtimeadvisor.com/2009/08/articles/working-time/beware-the-blackberrya-in-nonexempt-hands/.
[161] Vgl. Gaymer, Employment and Labour Law – Jurisdictional comparisons, 352.
[162] Vgl. http://findarticles.com/p/articles/mi_m0EIN/is_2003_August_27/ai_106929621 (Stand 2003).

fern der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern jedoch Urlaubsentgelt zahlt, hat er in vielen Staaten gesetzliche Vorgaben (z. B. zu den Auszahlungsmodalitäten) zu beachten. Die Zahlung von Urlaubsgeld ist unüblich.

Vacation Policies, also Grundsätze zu Fragen des Urlaubs, die der Arbeitgeber einseitig vorgibt und die verbindlich für das Unternehmen oder Teile des Unternehmens gelten, sind das bevorzugte Mittel US-amerikanischer Unternehmen, um einheitliche Regeln in diesem Bereich aufzustellen. *Vacation Policies* enthalten oft *Use it or Lose it*-Regeln, wonach der Anspruch des Arbeitnehmers auf den ihm zustehenden Jahresurlaub verfällt, sofern er ihn nicht innerhalb des Jahres, in dem der Urlaubsanspruch anfällt, auch nimmt. Nur Kalifornien, Maryland und Montana erlauben ein solches Vorgehen nicht; dort darf der Arbeitnehmer den Resturlaub in das kommende Jahr übertragen.

Kommt es zur Kündigung des Arbeitnehmers, hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen Ausgleich für angesammelte Urlaubstage, die der Arbeitnehmer nun nicht mehr nutzen kann, zu zahlen. Diese Frage ist wiederum gesetzlich in einigen Staaten geregelt. So müssen Arbeitgeber z. B. in Kalifornien, Colorado, New York oder North Carolina für die nicht genutzten Urlaubstage zahlen.

Wie in Deutschland gibt es in den USA das Recht auf Mutterschutz und Elternzeit, wonach der Arbeitgeber junge Eltern auf deren Antrag von ihrer Arbeitspflicht freizustellen hat, damit sie einige Zeit mit ihrem Neugeborenen verbringen können. In den USA ist hierfür der *FMLA* die gesetzliche Grundlage. Nach dem *FMLA* besteht der Anspruch auf Mutterschutz und Elternzeit für einen Zeitraum von bis zu zwölf Monate nach der Geburt.[163] Innerhalb dieses Zeitraums darf der Arbeitnehmer zwölf Wochen Urlaub nehmen. In einzelnen Staaten ist dieser Zeitraum, wie in Deutschland, deutlich länger. In den USA muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer während des Freistellungszeitraums nicht entlohnen[164] und es gibt keine sonstige Zuwendung.

Anders als in Deutschland genießt der Arbeitnehmer während des Freistellungszeitraums auch keinen besonderen Kündigungsschutz; der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer aber nicht deshalb kündigen, weil er seine Rechte nach dem *FLMA* geltend gemacht hat.[165] Bei der Rückkehr des Arbeitnehmers muss der Arbeitgeber diesen in

[163] Vgl. 29 C.F.R. § 825.200.
[164] Vgl. z. B. den Massachusetts Maternity Leave Act, Mass. Gen. Laws ch. 149, § 105D.
[165] Vgl. 29 C.F.R. § 825.216.

einem mit der früheren Tätigkeit vergleichbaren Tätigkeitsfeld einsetzen.[166] Ein Anspruch des Arbeitnehmers, auf dessen alten Arbeitsplatz eingesetzt zu werden, besteht hingegen nicht.[167]

VII. Arbeitsverhinderung / Krankheit

Kann ein Arbeitnehmer wegen wichtiger persönlicher Hindernisse oder aufgrund einer Erkrankung nicht seiner Arbeit nachkommen, entfällt somit – wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben – sein Anspruch auf die Zahlung des Entgelts. Allerdings genießt der Arbeitnehmer, sofern er zuvor mehr als zwölf Monate und 1.250 Stunden für ein Unternehmen gearbeitet hat[168] und sein Arbeitgeber regelmäßig mehr als 50 Arbeitnehmer dort beschäftigt,[169] im Krankheitsfall einen besonderen Kündigungsschutz unter dem *FMLA*. Das Gleiche gilt auch in anderen besonderen Härtefällen, z. B. wenn sich der Arbeitnehmer um einen schwer kranken Angehörigen kümmern muss. Er hat einen gesetzlichen Anspruch, für einen Zeitraum von zwölf Wochen pro Jahr von der Arbeit fernbleiben zu dürfen, ohne dass der Arbeitgeber ihm aus diesem Grund kündigen kann. Die Kündigung aus anderen Gründen steht dem Arbeitgeber frei. Einige Staaten wie Kalifornien, Connecticut, Massachusetts oder Tennessee räumen dem Arbeitnehmer einen längeren Zeitraum zur Abwesenheit in diesen Fällen ein.

VIII. Fortbildung der Arbeitnehmer

Die Fort- und Weiterbildung des Arbeitnehmers nimmt im US-amerikanischen Arbeitsrecht eine wichtige Rolle ein. Der Arbeitgeber kann durch freiwillige Qualifikationsmaßnahmen wie z. B. Weiterbildungen zur Qualifikationserhöhung, Schulungen zur Qualifikationsvertiefung oder die Finanzierung eines Studiums des Arbeitnehmers neben der Arbeit das betriebliche Know-how entscheidend verbessern. Diese Maßnahmen verursachen Unternehmen einerseits beträchtliche Kosten.[170] Andererseits

[166] Vgl. 29 U.S.C. § 2614 (a).

[167] Vgl. 29 C.F.R. § 825.216.

[168] Vgl. 29 C.F.R., § 825.110. Der Arbeitnehmer muss zuvor nicht zwölf Monate ohne Unterbrechung bei dem Arbeitgeber gearbeitet haben, um unter den FMLA zu fallen. So entschied der 1st Circuit in Rucker v. Lee Holding Co., 471 F.3d 6 (1st Cir. 2006), dass ein Arbeitnehmer auch dann von den Regeln des FMLA erfasst war, als eine fünfjährige Unterbrechung während des Beschäftigungsverhältnisses bestand.

[169] Vgl. 29 U.S.C. § 2611 (4) (A); 29 C.F.R. § 825.105.

[170] So gaben US-amerikanische Arbeitgeber 2004 laut einer Studie der American Society for Training und Development bereits ca. 1.000,- US-Dollar jährlich pro Arbeitnehmer für Qualifikationsmaßnahmen aus, vgl. Sugrue/Rivera, State of the industry: ASTD's annual review of trends in workplace learning and performance (2005),http://www.shrm.org/Research/Articles/Articles/Pages/MetricoftheMonthTrainingCostPerEmployee.aspx.

hat sich in den USA inzwischen die Überzeugung durchgesetzt, dass solche Maßnahmen Kosten an anderer Stelle reduzieren, die Produktivität und Motivation der Arbeitnehmer erhöhen und zu einem größeren technischen Fortschritt führen.

Von den freiwilligen Fortbildungsmaßnahmen sind die zwingenden Maßnahmen abzugrenzen. In bestimmten Bereichen muss der Arbeitgeber Qualifikationen der Arbeitnehmer durchführen, weil er andernfalls haftbar gemacht werden kann.[171] So muss der Arbeitgeber die Arbeitnehmer insbesondere über Maßnahmen zur Verhinderung von (sexueller) Belästigung am Arbeitsplatz schulen. Ein kalifornischer Arbeitgeber ist z. B. dazu verpflichtet, eine solche Schulung alle zwei Jahre für alle Arbeitnehmer und leitende Angestellte durchzuführen.[172] Weitere Felder, in denen regelmäßige Weiterbildungsmaßnahmen zwingend erforderlich sind, sind der Arbeitsschutz[173] und die Prävention des Drogenmissbrauchs am Arbeitsplatz[174].

IX. Datenschutz

Der US-amerikanische Ansatz zum Datenschutz unterscheidet sich von dem in der Europäischen Union verfolgten Ansatz. Während der europäische Gesetzgeber die Erhebung und Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten nur unter strengen Voraussetzungen erlaubt, beschränkt sich der US-amerikanische Gesetzgeber darauf, einige besonders sensible Daten der Arbeitnehmer per Gesetz zu schützen. International tätige US-Unternehmen müssen die europäischen datenschutzrechtlichen Anforderungen erfüllen, zumindest wenn es zu einem Datentransfer von Arbeitnehmern von der EU in die USA kommt.

US-amerikanische Gesetze, die (auch) datenschutzrechtliche Fragen betreffen, sind der *ECPA* sowie einzelstaatliche Gesetze und die sich aus dem *Common Law* ergebenden Regeln. Auf die in diesem Zusammenhang bereits dargestellten Grundsätze wird verwiesen.[175] Besonders hervorzuheben ist zudem der *Health Insurance Portability*

---

171 So musste z. B. der Arbeitgeber in der Entscheidung Romano v. U-Haul Int'l, 233 F.3d 655 (1st Cir. 2000) einen Schadensersatz in Höhe von 640.000,- US-Dollar wegen sexueller Belästigung eines leitenden Angestellten gegenüber einer Arbeitnehmerin leisten, obwohl der Arbeitgeber eindeutige Richtlinie, die das Verhalten des leitenden Angestellten verbaten, aufgestellt hatte, weil er es versäumte hatte, darüber hinaus die Richtlinien im Zuge eines Antidiskriminierungstrainings den Arbeitnehmern zu vermitteln.

172 Vgl. Cal. Gov't Code § 12950.1.

173 Hier gibt es besondere Vorgaben der Occupational Safety and Health Administration (OSHA), einer US-amerikanischen Behörde, die für den Arbeitsschutz zuständig ist.

174 Diese Vorgaben sind im Drug-Free Workplace Act zu finden.

175 Siehe oben, § 1 C. I. 5. 5.2.

and Accountability Act of 1996 (*HIPPA*). Der *HIPPA* regelt den Umgang mit vertraulichen Gesundheitsinformationen über den Arbeitnehmer. Demnach hat der Arbeitgeber, sofern er seinen Arbeitnehmern eine betriebliche medizinische Unterstützung zukommen lässt, sämtliche Daten in diesem Zusammenhang absolut vertraulich zu behandeln.[176]

Wie in Deutschland besteht auch in den USA die Gefahr, dass der Arbeitgeber sich bei einer Verletzung des Datenschutzes schadensersatzpflichtig macht. Anders als in Deutschland kann es in den USA vorkommen, dass der Arbeitgeber sich dann einem Massenverfahren, der *Class Action*[177], ausgesetzt sieht[178] und der zu zahlende Schadensersatz sehr hoch ist[179]. Allerdings sind datenschutzrechtliche *Class Actions* in den USA bislang nicht erfolgreich gewesen, weil der Beweis des persönlichen Schadens der Beteiligten nur schwer zu erbringen ist.[180]

US-Unternehmen, die international auch in Mitgliedstaaten der Europäischen Union tätig sind, müssen generell höhere Anforderungen erfüllen, wenn es zu einem Transfer von Arbeitnehmerdaten aus der EU in die USA kommen soll. Zwei Möglichkeiten bestehen hier, um den internationalen Datentransfer zu realisieren.[181] Einerseits kann das US-Unternehmen eine *Safe Harbor*-Zertifizierung vom *U.S. Department of Commerce*, dem Handelsministerium, erlangen, wonach sich das Unternehmen freiwillig verpflichtet, einen angemessenen Datenschutz zu gewährleisten. Hierzu unterwirft sich das Unternehmen sechs datenschutzrechtlichen Prinzipien,[182] wobei die Umset-

---

176 Vgl. 45 C.F.R. §§ 160, 164.

177 Siehe zu dem Verfahren der Class Action im Detail unten, § 4.

178 So wurde im Jahr 2006 eine Class Action gegen das US-Unternehmen GE wegen vermeintlicher Datenschutzverstöße eingeleitet, an der 50.000 Arbeitnehmer beteiligt waren, Eugene Mannacio v. General Elec. Co., No. CV 065227 (Cal. Super. Ct. 2006).

179 So einigte sich das U.S. Veterans Affairs Departement in einer datenschutzrechtlichen Class Action im Rahmen eines Vergleichs, 20.000.000,- US-Dollar an Veteranen des U.S. Militärs wegen des Verlusts sensibler Daten zu zahlen, http://www.boston.com/news/nation/articles/2009/01/28/va_agrees_to_pay_20_million_to_veterans_in_2006_data_breach.

180 Siehe z. B. die Entscheidungen Randolph v. ING Life Insurance & Annuity Co., 486 F. Supp. 2d 684 (S.D. Ohio 2006) und Pisciotta v. Old Nat'l Bancorp, 499 F.3d 629 (7th Cir. 2007).

181 Vgl. hierzu und zu anderen Möglichkeiten des interkontinentalen, grenzüberschreitenden Transfers von Arbeitnehmerdaten Wisskirchen, CR 2004, 862, 864 ff.

182 Diese Prinzipien sind Notice (Bekanntgabe der Datenverarbeitung an die Betroffenen), Choice (Einräumung der Wahlmöglichkeit der Betroffenen, ihre Daten nicht weiterleiten zu lassen), Onward Transfer (Datenempfänger muss bei erneuter Weiterleitung seinerseits hinreichenden Datenschutz garantieren), Access (Betroffene haben Anspruch auf Zugang zu ihren Daten und gegebenenfalls auf deren Berichtigung), Security (Personenbezogene Daten müssen vor Verlust, Missbrauch, unbefugtem Zugriff, Bekanntgabe, Veränderung und Zerstörung geschützt werden) und Data Integrity (Personenbezogene Daten müssen für ihren Zweck relevant sein, sie müssen genau, vollständig und aktuell sein).

zung der Einhaltung dieser Prinzipien dem Unternehmen überlassen bleibt.[183] Der Nachteil dieses Verfahrens ist, dass es zeitaufwändig ist (die Dauer bis zur Zertifizierung beträgt mindestens ein Jahr) und Schulungen der Arbeitnehmer erfordert. Andererseits hat das Unternehmen die Option, von der EU entworfene Standardvertragsklauseln zu akzeptieren. Mit den Standardvertragsklauseln verpflichten sich die Beteiligten, das heißt Datenexporteur und -importeur, die Daten entsprechend den europäischen Datenschutzbestimmungen zu erheben und zu verarbeiten. Der Nachteil hierbei ist, dass die Vertragsparteien im Vorhinein festlegen müssen, welche Daten zu welchem Ziel übertragen werden sollen und demnach ein geringerer Bewertungsspielraum besteht als bei der Unterwerfung unter die *Safe Harbor*-Prinzipien.[184]

D. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Der Bereich des US-amerikanischen Individualarbeitsrechts, in dem die größten Unterschiede zum deutschen Recht bestehen, ist das Kündigungsrecht: Während der Arbeitgeber in den USA nur darauf zu achten hat, ob es Anhaltspunkte gibt, warum er dem Arbeitnehmer nicht grundlos kündigen kann, muss der Arbeitgeber in Deutschland im Streitfall beweisen, warum es überhaupt einen Grund gibt, dass er den Arbeitnehmer kündigen darf (Vertragsfreiheit versus Bestandsschutz).

I. Grundsatz: *Employment-at-Will*

Der Grundsatz, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer jederzeit und ohne Nennung eines Grundes kündigen kann, gilt auch heute – über 100 Jahre nach der Entstehung der *Employment-at-Will* Doktrin – in allen Staaten der USA mit Ausnahme von Montana. In Montana kann der Arbeitgeber nach dem *Wrongful Discharge Act* den Arbeitnehmer nur bei Vorliegen eines sachlichen, im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Grundes kündigen, sofern sich der Arbeitnehmer nicht mehr in der Probezeit befindet.[185]

---

[183] Vgl. Wisskirchen, CR 2004, 862, 864 f.

[184] Vgl. Wisskirchen, CR 2004, 862, 865. Daher wird in den USA die Ansicht vertreten, dass die Unterwerfung des Unternehmens unter die Safe Harbor Prinzipien dem Abschluss der Standardvertragsklauseln generell vorzuziehen ist.

[185] Vgl. Mont. Code Ann. § 39-2-903 (5).

II. Ausnahmen

Allerdings machen alle Staaten Ausnahmen von der *Employment-at-Will* Doktrin. Viele Ausnahmen ergeben sich aus dem *Common Law*, also der Spruchpraxis der Gerichte, die sich im Laufe der Zeit zu bindenden Rechtssätzen verfestigt hat. Auch das US-amerikanische Bundesrecht beinhaltet statutarische Ausnahmen zu der Doktrin. Auf die gesetzlichen Ausnahmen einzelner Staaten kann an dieser Stelle nur hingewiesen, im Folgenden aber nicht näher eingegangen werden.[186]

1. Gesetzliche Ausnahmen auf Bundesebene

Gesetzliche Ausnahmen zu der *Employment-at-Will* Doktrin existieren auf Bundesebene in verschiedensten Bereichen.

Besonders bedeutenden Schutz gegen Kündigungen stellen die Anti-Diskriminierungsgesetze dar.[187] Die amerikanischen Gerichte müssen sich heute in beträchtlichem Ausmaß mit Streitigkeiten auseinandersetzen, denen die Frage zugrunde liegt, ob eine Kündigung eine Diskriminierung des Mitarbeiters darstellt.

Desweiteren kann einem Arbeitnehmer nach dem *Labor Management Relations Act* (*LMRA*) und dem *National Labor Relations Act* (*NLRA*) nicht aus dem Grund gekündigt werden, dass er Mitglied einer Gewerkschaft ist oder sich dort engagiert.[188] Außerdem darf die Weigerung des Arbeitnehmers, an einem arbeitsschutzrechtlich unsicheren Arbeitsplatz zu arbeiten,[189] wegen Bestimmungen des *OSHA* nicht zu seiner Kündigung führen.[190] Ferner kann dem Arbeitnehmer nicht gekündigt werden, wenn er ihm zustehende Rechte bezüglich der Einhaltung von Arbeitszeiten und der Überstundenvergütung nach dem *FLSA* geltend macht.[191] Aber auch Gesetze aus Bereichen, die keinen direkten arbeitsrechtlichen Bezug aufweisen, verschaffen dem Arbeitnehmer oft einen gewissen Kündigungsschutz. So ist der Arbeitnehmer z. B. nicht aus dem

[186] Siehe bereits die Übersicht über das Kündigungsrecht der Staaten Arizona und Montana oben, § 1 A. I. 2 2.2 2.2.2.
[187] Siehe hierzu unten, § 2.
[188] Vgl. 29 U.S.C. §§ 141 ff.
[189] In dieser Situation trägt der Arbeitnehmer die Beweislast zu zeigen, dass die Sicherheit am Arbeitsplatz nicht den Vorgaben des OSHA entspricht.
[190] Vgl. 29 U.S.C. §§ 651 ff.
[191] Vgl. 29 U.S.C. §§ 201 ff.

Grund kündbar, dass er seine Rechte nach dem *Clean Air Act*[192] oder dem *Water Pollution Act*[193] wahrnimmt oder etwa in die Privatinsolvenz gegangen ist.[194] In den USA gilt insoweit, wie in Deutschland auch, ein Maßregelungsverbot.[195]

Von besonderer Bedeutung im Zusammenhang mit Massenentlassungen und Betriebsschließungen ist der *Worker Adjustment and Retraining Notification Act* (*WARN Act*). Zwar hindert der *WARN Act* den Arbeitgeber nicht – wie die zuvor aufgezeigten Gesetze – Arbeitnehmer im Rahmen dieser Maßnahmen grundlos zu kündigen.[196] Jedoch kann der Arbeitgeber von seinem Kündigungsrecht, wie nach der *Employment-at-Will* Doktrin charakteristisch, nicht jederzeit, sondern grundsätzlich nur nach einer 60-tägigen Ankündigungsfrist Gebrauch machen, so dass damit faktisch eine ca. zweimonatige Kündigungsfrist entsteht.

Das Gesetz findet Anwendung, sobald ein Unternehmen mindestens 100 Arbeitnehmer in Vollzeit oder mindestens 100 Arbeitnehmer in Voll- und Teilzeit, die insgesamt mindestens 4.000 Stunden pro Woche arbeiten, beschäftigt.[197] Eine Massenentlassung liegt vor, wenn in einem Betrieb des Arbeitgebers entweder einem Drittel der Arbeitnehmer (mindestens 50 Arbeitnehmer des Betriebs, sofern der Betrieb weniger als 150 Arbeitnehmer hat) oder mindestens 500 Arbeitnehmern gekündigt wird (wobei in diesem Fall dann die 1/3 Grenze nicht erreicht sein muss).[198] Eine Betriebsschließung liegt vor, wenn der Arbeitgeber einen gesamten Betrieb schließt oder einen Betriebsteil vorübergehend – mindestens aber 30 Tage – stilllegt und von dieser Maßnahme mindestens 50 Arbeitnehmer durch den Verlust ihres Arbeitsplatzes betroffen sind.[199]

Falls eine dieser Situationen einschlägig ist, muss der Arbeitgeber 60 Tage vor der Durchführung der Maßnahme unterschiedliche Gruppen informieren:[200]

– Direkte Benachrichtigung der betroffenen, nicht gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer,

[192] Vgl. 42 U.S.C. § 7622.
[193] Vgl. 33. U.S.C. § 1367.
[194] Hier schützen die Vorgaben des Banruptcy Reform Act den Arbeitnehmer, vgl. 11 U.S.C. § 525.
[195] Siehe auch das Maßregelungsverbot nach dem Common Law, unten, § 1 D. II. 2. 2.3.
[196] Es ist allerdings zu beachten, dass auch im Zuge einer Massenentlassung die soeben präsentierten Gesetze und die Ausnahmen von der Employment-at-Will Doktrin nach dem Common Law gelten.
[197] Vgl. 29 U.S.C. § 2101 (1).
[198] Vgl. 29 U.S.C. § 2101 (3).
[199] Vgl. 29 U.S.C. § 2101 (2).
[200] Vgl. 29 U.S.C. § 2102 (a) (1)-(2).

– Benachrichtigung der Vertreter der betroffenen, gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer,
– Benachrichtigung der Regierung des Staates oder der zuständigen Behörde des Staates, in dem der Arbeitgeber die Maßnahme durchführen will,
– Benachrichtigung der Gemeinde, in der der Arbeitgeber die Maßnahme durchführen will.

Die Ankündigungsfrist kann sich verkürzen oder ganz entfallen, wenn der Arbeitgeber eine Betriebsschließung vornehmen muss, um Kapital zu generieren, damit das Überleben des Unternehmens gesichert ist[201]. Das ist z. B. dann der Fall, wenn unvorhersehbare Geschäftsentwicklungen eine schnellere Durchführung der Maßnahme erfordern[202] oder wenn ein plötzliches Naturereignis direkt zu der Betriebsschließung oder Massenentlassung führt[203]. Eine Ankündigung ist von vornherein nicht nötig, wenn die Maßnahme befristet beschäftigte Arbeitnehmer betrifft[204] oder wegen eines Streiks erfolgt[205].

Im Gegensatz zum deutschen Recht kennt das US-amerikanische Recht keinen Kündigungsschutz im Zusammenhang mit der Veräußerung eines Betriebs.[206] Daher kann der Erwerber den Arbeitnehmern des Veräußerers jederzeit und grundlos kündigen, sofern keine gesetzlich oder auf dem *Common Law* basierende Ausnahme von der *Employment-at-Will* Doktrin der Kündigung entgegensteht.

2. Ausnahmen unter dem *Common Law*

Auf Basis des *Common Law* haben Gerichte – teilweise schon bevor der Gesetzgeber Ausnahmen zu der *Employment-at-Will* Doktrin normiert hat – Fallgruppen entwickelt, wonach die Kündigung des Arbeitnehmers nach einer Gesamtschau aller Umstände unwirksam sein kann. Hier sind zwei Aspekte zu beachten. Zum einen hat jeder Staat

[201] Vgl. 29 U.S.C. § 2102 (b) (1).
[202] Vgl. 29 U.S.C. § 2102 (b) (2) (A).
[203] Vgl. 29 U.S.C. § 2102 (b) (2) (B).
[204] Vgl. 20 C.F.R. § 639.5 (c).
[205] Vgl. 29 U.S.C. § 2108. Siehe auch die Entscheidung in Teamsters Nat'l Freight Indus. Negotiating Comm. v. Churchill Truck Lines, 935 F. Supp. 1021, 1025 (W.D. Mo. 1996).
[206] Gesetzliche Regeln zur Veräußerung eines Betriebs im Rahmen eines Asset-Deals bestehen im US-amerikanischen Recht, anders als im deutschen Recht, zum Betriebsübergang nicht. Vorgaben ergeben sich allerdings aus dem Common Law. So tritt auch nach US-amerikanischem Recht der Erwerber eines Betriebs im Rahmen eines Asset-Deals in vollem Umfang in die Rechte und Pflichten des Veräußerers ein, NLRB v. Jarm Enters., Inc., 785 F.2d 195 (7th Cir. 1986).

sein eigenes *Common Law* entwickelt, so dass es keine einheitlichen Ausnahmen zu der *Employment-at-Will* Doktrin gibt. Zum anderen handelt es sich bei dem *Common Law* der Staaten nicht um statische Regeln; die Gerichte bilden vielmehr Präzedenzfälle. Daher ist der einer Kündigung zugrunde liegende Sachverhalt von großer Bedeutung, wenn es um die Frage geht, ob eine der Ausnahmen unter dem *Common Law* im Rahmen einer Kündigung einschlägig ist.

Drei in der Mehrzahl der Staaten anerkannte Fallgruppen lassen sich unterscheiden:

2.1 Kündigung nach anderweitiger Zusage des Arbeitgebers

Zum einen kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht jederzeit und grundlos kündigen, wenn er seinerseits zugesichert hat, den Arbeitnehmer nur bei Vorliegen eines Grundes zu kündigen.[207] In den USA wird dies als *implied in-fact doctrine* (Doktrin des nach den Umständen als geschlossen geltenden Vertrags) bezeichnet.[208] Diese Zusage kann der Arbeitgeber ausdrücklich – schriftlich oder mündlich[209] – erteilen, sie kann sich aber auch aus den Umständen des Arbeitsverhältnisses ergeben. Gewöhnlich erscheinen derartige Versprechen allerdings in Richtlinien oder Handbüchern.

Der gekündigte Arbeitnehmer trägt die Beweislast dafür, dass der Arbeitgeber die Zusage tatsächlich gemacht hat.[210] Falls sich aus dem Inhalt der Zusage nicht eindeutig ergibt, dass nach dem Willen des Arbeitgebers von der *Employment-at-Will* Doktrin abgewichen werden sollte, ist nicht von einer ausdrücklichen Zusage des Arbeitgebers auszugehen.[211] Allerdings hat z. B. der *New York Court of Appeals* in einer bekannten Entscheidung festgestellt, dass der mündliche Arbeitsvertrag zwischen Mike Tyson und seinem Trainer, der für die Dauer der Karriere des Boxers gelten sollte („*for as long as the boxer fights professionally*") eine hinreichend bestimmte Zusage beinhaltete, so dass das Arbeitsverhältnis nicht jederzeit grundlos gekündigt werden konnte.[212]

Die Zusage des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nicht grundlos zu kündigen, kann sich auch aus einer Gesamtwürdigung von Indizien ergeben.[213] Hiernach muss der Ar-

---

[207] Diese Ausnahme wurde zuletzt durch die Entscheidung Lackey v. CBS Radio, Inc., 2008 U.S. Dist. LEXIS 7640 (N.D. Cal. 2008) wieder bestätigt.

[208] Vgl. hierzu auch Kittner/Köhler, BB Beilage 4 zu Heft 13, 2000, 1., 11.

[209] Shapiro v. Wells Fargo Realty Advisors, 199 Cal. Rptr. 613, 1 IER Cases 1803 (Cal. Ct. App. 1984).

[210] Martin v. Federal Life Ins. Co., 440 N.E.2d 998, 115 LRRM 4524 (Ill. App. Ct. 1982); Weiner v. McGraw-Hill, Inc., 443 N.E.2d 441, 118 LRRM 2689 (N.Y. 1982).

[211] Broussard v. CACI, Inc., 780 F.2d 162, 1 IER Cases 942 (1st Cir. 1986).

[212] Rooney v. Tyson, 13 IER Cases 1825 (N.Y. Ct. App. 1998).

beitgeber ein Verhalten annehmen, mit dem er seinen Willen zum Ausdruck bringt, er werde den Arbeitnehmer nur bei Vorliegen eines Grundes kündigen und der Arbeitnehmer muss dieses Verhalten vernünftigerweise nur als faktische Zusage interpretieren können.[214] Gerichte haben in folgenden Konstellationen eine faktisch indizierte Zusage zur Abweichung von der *Employment-at-Will* Doktrin gesehen:

- Mündliche Zusagen des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer zu Beginn des Arbeitsverhältnisses, die Position sei sicher,[215]
- Vorgabe eines einzuhaltenden Verfahrens im Vorfeld von Kündigungen in einem *Employee Handbook*, z. B. eine vorherige Abmahnung,[216]
- Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses über einen längeren Zeitraum[217] (allerdings soll dieses Verhalten allein, d. h. ohne weitere Anhaltspunkte, noch keine faktische Zusage des Arbeitgebers darstellen),[218]
- Beeinflussung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber, für den Arbeitsplatz den Wohnort zu wechseln.[219]

Um der Gefahr einer indirekten Zusage zur Abweichung von der *Employment-at-Will* Doktrin vorzubeugen, sind Arbeitgeber in den vergangenen Jahren dazu übergegangen, Arbeitnehmer Verträge unterzeichnen zu lassen, durch die sie die jederzeitige Kündbarkeit ihres Arbeitsverhältnisses anerkennen – oder sie verwenden entsprechende Klauseln in Stellenausschreibungen und *Employee Handbooks*. US-amerikanische Gerichte bestätigen die Rechtmäßigkeit dieses Vorgehens.[220]

Die Gerichte einiger Staaten wie z. B. Florida[221], Pennsylvania[222] oder Texas[223] erkennen die Möglichkeit einer faktisch indizierten Zusage des Arbeitgebers, die Kündigung nur bei Vorliegen eines Kündigungsgrundes durchzuführen, nicht an.

---

213 Rood v. Gen. Dynamics Corp., 507 N.W.2d 591, 597, 9 IER Cases 1155 (Mich. 1993).
214 Guz v. Bechtel Nat'l, Inc., 8 P.3d 1089, 1101, 16 IER Cases 1345 (Cal. 2000).
215 Wagner v. City of Globe, 722 P.2d 250, 254, 1 IER Cases 501 (Ariz. 1986).
216 Strass v. Kaiser Found. Health Plan, 744 A.2d 1000, 1011 (D.C. App. 2000); Alexander v. Phillips Oil Co., 707 P.2d 138, 1 IER Cases 1784 (Wyo. 1985).
217 De la Rosa v. S.W. Comm. Health Servs., 10 IER Cases 1564 (N.M. 1994).
218 Guz v. Bechtel Nat'l, Inc., 8 P.3d 1089, 1101, 16 IER Cases 1345 (Cal. 2000).
219 O'Neill v. ARA Servs., Inc., 457 F. Supp. 182, 115 LRRM 4246 (E.D. Pa. 1978).
220 Berry v. T-Mobile USA, Inc., 490 F.3d 1211 (10th Cir. 2007); Baxter v. Farm Bureau Mutual Ins., 2008 U.S. Dist. LEXIS 17205 (D. Kan. 2008).
221 Muller v. Stromberg Carlson Corp., 427 So. 2d 266 (Fla. App. Ct. 1983).
222 Richardson v. Charles Cole Mem'l Hosp., 466 A.2d 1084 (Pa. 1983).
223 Webber v. M.W. Kellogg Co., 720 S.W.2d 124 (Tex. 1986).

2.2 Kündigung unter Verletzung von Treu und Glauben

Der zweite Fall, bei dem Gerichte eine Ausnahme von der *Employment-at-Will* Doktrin annehmen, stellt die stillschweigende Verpflichtung zu Treu und Glauben dar (*implied covenant of good faith and fair dealing*). Die Gerichte erkennen diese Ausnahme allerdings inzwischen[224] nur noch selten an.[225] In der Situation, in der der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer grundlos aus einer eindeutig böswilligen Motivation heraus kündigt[226] – z. B. um zu verhindern, dass er dem Arbeitnehmer Ausgleichszahlungen leisten muss, die sich dieser bereits verdient hat – wurde z. B. als Verstoß gegen die Verpflichtung zu Treu und Glauben angesehen.[227] Insgesamt lässt sich festhalten, dass diese *implied covenant of good faith and fair dealing*-Ausnahme bei den Gerichten nicht auf große Akzeptanz gestoßen ist und in den Einzelstaaten, die sie anerkannt haben, wenig Einigkeit über Definition und Grenzen besteht.[228]

2.3 Kündigung unter Verletzung der öffentlichen Ordnung

Der dritte Fall betrifft Kündigungen, die gegen die *Public Policy*[229], also die in den USA herrschende öffentliche Ordnung, verstoßen. Diese Ausnahme von der *Employment-at-Will* Doktrin dürfte die praktisch größte Relevanz haben. Es haben sich im Lauf der Zeit drei Untergruppen gebildet, nach denen eine an sich zulässige grundlose Kündigung des Arbeitnehmers unwirksam ist, wenn sie aus folgenden Beweggründen erfolgt:

– Kündigung des Arbeitnehmers, weil dieser sich weigert, sich illegal zu verhalten.

---

224 Ab dem Jahr 1980 mit der Entscheidung Cleary v. American Airlines Inc., 168 Cal. Rptr. 722 (Cal. Ct. App. 1980) fingen kalifornische Gerichte an, eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben bei einer Kündigung nach langer Betriebszeit ohne Angabe eines Grundes anzunehmen, was zu einer deutlichen Einschränkung der Employment-at-Will Doktrin führte, gaben diese Spruchpraxis aber nach einiger Zeit wieder auf, siehe Foley v. Interactive Data Corp., 765 P.2d 373, 3 IER Cases 1729 (Cal. 1988).

225 Die Gerichte vieler Staaten lehnen diese Ausnahme ganz ab, siehe z. B. Harrell v. Reynolds Metals Co., 495 So. 2d 1381 (Ala. 1986); Murphy v. American Home Prods. Corp., 448 N.E.2d 86 (N.Y. 1983); City of Midland v. O'Bryant, 18 S.W.3d 209 (Tex. 2000).

226 Kosmin v. Centex Homes, 2008 U.S. Dist. LEXIS 26076 (D. Haw. 2008); Pitka v. Interior Reg'l Hous. Auth., 54 P.3d 785 (Alaska 2002); DuPont v. Pressman, 679 A.2d 436 (Del. 1996); K-Mart Corp. v. Ponsock, 732 P.2d 1364 (Nev. 1987); Wilder v. Cody County Chamber of Commerce, 868 P.2d 211, 9 IER Cases 225 (Wyo. 1994).

227 Guz v. Bechtel Nat'l, Inc., 8 P.3d 1089, 1101, 16 IER Cases 1345 (Cal. 2000).

228 Vgl. hierzu auch Kittner/Köhler, BB Beilage 4 zu Heft 13, 2000, 1.,11.

229 US-amerikanische Gerichte haben diese Fallgruppe bereits seit Ende der 50er Jahre des vergangenen Jahrhunderts gebildet, siehe die Entscheidung Peterman v. International Bhd. of Teamsters, 344 P.2d 25, 27, 1 IER Cases 5 (Cal. Ct. App. 1959).

– Kündigung des Arbeitnehmers als Maßregelung, nachdem dieser ihm zustehende Rechte geltend gemacht hat.
– Kündigung des Arbeitnehmers wegen *Whistleblowing*.

Der Arbeitgeber verstößt gegen die öffentliche Ordnung, wenn er einen Arbeitnehmer kündigt, der sich weigert, sich auf Geheiß des Arbeitgebers illegal zu verhalten, wobei hiermit nicht nur ein Verhalten gegen strafrechtliche Gesetze[230], sondern auch ein Verhalten gegen zwingende Gesetze jeglicher Art[231] gemeint ist.

Dass die Kündigung als Maßregelung für die Ausübung gesetzlich bestehender Rechte unwirksam ist, ist schon in vielen Gesetzen selbst anerkannt.[232] Das *Common Law* schafft hier keine eigenständigen Ausnahmen zu der *Employment-at-Will* Doktrin, sondern erweitert nur die Möglichkeiten des Arbeitnehmers, auf einer anderen Rechtsgrundlage gegen ein solches Verhalten des Arbeitgebers vorzugehen.[233]

Zuletzt kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht grundlos kündigen, wenn dieser als *Whistleblower* in Erscheinung getreten ist. *Whistleblower* sind Arbeitnehmer, die (illegale) Praktiken innerhalb des Unternehmens anzeigen – sei es durch andere Arbeitnehmer oder durch die Unternehmensführung.[234] Die Anzeige kann gegenüber Regierungsbehörden[235], der Polizei[236] oder dem Arbeitgeber[237] erfolgen, wobei letzteres heutzutage der am häufigsten auftretende Fall sein dürfte. Der Arbeitgeber darf

[230] Siehe z. B. die Entscheidung Thompson v. St. Regis Paper Co., 685 P.2d 1081, 1 IER Cases 392 (Wash. 1984), wo sich ein Arbeitnehmer erfolgreich mit Verweis auf die Public Policy Ausnahme gegen seine Kündigung wehrte, nachdem er sich geweigert hatte, in strafrechtlicher Weise gegen Vorgaben des Bilanzrechts zu verstoßen.

[231] Siehe z. B. die Entscheidungen McNulty v. Borden, Inc., 474 F. Supp. 1111, 115 LRRM 4563 (E.D. Pa. 1979), wo sich der Arbeitnehmer erfolgreich mit Verweis auf die Public Policy Ausnahme gegen seine Kündigung wehrte, nachdem er sich geweigert hatte, gegen wettbewerbsrechtliche Vorgaben zu verstoßen oder Sarratore v. Longview Van Corp., 666 F. Supp. 1257, 2 IER Cases 922 (N.D. Ind. 1987), wo sich der Arbeitnehmer erfolgreich mit Verweis auf die Public Policy Ausnahme gegen seine Kündigung wehrte, nachdem er sich geweigert hatte, gegen Vorgaben des Gesundheitsschutzes zu verstoßen.

[232] Siehe oben, § 1 D. II. 1.

[233] Lally v. Copygraphics, 428 A.2d 1317, 115 LRRm 4634 (N.J. 1981); Hentzel v. Singer Co., 188 Cal. Rptr. 159, 115 LRRM 4036 (Cal. Ct. App. 1982); Kroen v. Bedway Sec. Agency, Inc., 633 A.2d 628, 8 IER Cases 1727 (Pa. Super. Ct. 1993).

[234] Vgl. zu Problemen des Whistleblowings im deutschen Recht Wisskirchen/Körber/Bissels, BB 2006, 1567 ff.

[235] Harless v. First Nat'l Bank, 246 S.E.2d 270, 115 LRRM 4380 (W. Va. 1978) (Anzeige an die zuständige US-Behörde wegen Verletzung des US-amerikanischen Bankenrechts durch den Arbeitgeber).

[236] Palmateer v. International Harvester Co., 421 N.E.2d 876, 115 LRRM 4165 (Ill. 1981) (Anzeige an die Polizei wegen krimineller Aktivitäten des Arbeitgebers).

[237] Sheets v. Teddy's Frosted Foods, Inc., 427 A.2d 385, 115 LRRM 4626 (Conn. 1980) (Anzeige an den Arbeitgeber wegen bewusst falscher Kennzeichnung von Produkten durch andere Arbeitnehmer).

den Arbeitnehmer nicht maßregeln, etwa durch dessen Kündigung, wenn dieser ordnungsgemäß von diesem Recht Gebrauch gemacht hat. Einschränkend ist allerdings anzumerken, dass nicht alle US-amerikanischen Staaten – Ausnahmen gelten z. B. in Georgia[238], Kalifornien[239] oder New York[240] – eine Kündigung wegen *Whistleblowing* als unwirksam anerkennen, weil der Arbeitgeber hierdurch gegen die öffentliche Ordnung verstößt.[241]

In den meisten Staaten gibt es zudem Gesetze, die Arbeitnehmer schützen, wenn diese sich an Behörden wenden, um über Gesetzesverstöße ihrer Arbeitgeber zu berichten. Die Gesetze sind sehr unterschiedlich. In manchen Staaten gelten sie nur für den öffentlichen Dienst. Andere gewähren den Schutz nur bei besonders gravierenden Verstößen des Arbeitgebers. In einigen Staaten – z. B. in New York und Kalifornien – können die Arbeitnehmer ihre Rechte aus den Whistleblower-Gesetzen im Wege von Zivilklagen durchsetzen.[242]

III. *Constructive Dismissal*: Vom Arbeitgeber veranlasste Eigenkündigungen

Ein *Constructive Dismissal* ist der Kündigung durch den Arbeitgeber gleichgestellt. Bei einem *Constructive Dismissal* bringt der Arbeitgeber durch sein Verhalten den Arbeitnehmer dazu, seinerseits durch Eigenkündigung aus dem Unternehmen auszuscheiden. Macht der Arbeitnehmer später geltend, der Arbeitgeber habe ihn aus dem Unternehmen gedrängt, muss er beweisen, dass der Arbeitgeber ihn bewusst unzumutbaren Arbeitsbedingungen ausgesetzt hat, aufgrund derer jeder vernünftige Arbeitnehmer die Kündigung eingereicht hätte.

IV. Ansprüche des Arbeitnehmers bei unwirksamer Kündigung

Setzt sich der Arbeitnehmer erfolgreich gegen seine Kündigung oder sein *Constructive Dismissal* zur Wehr, kann er verschiedene Ansprüche gegen seinen Arbeitgeber haben. Anders als in Deutschland ist das Ziel einer Klage im Rahmen der Kündigung nicht die Wiedereinstellung des Arbeitnehmers, sondern die Zahlung von Schadensersatz.

---

238 Goodroe v. Georgia Power Co., 251 S.E.2d 51, 115 LRRM 4303 (Ga. Ct. App. 1978).
239 Foley v. Interactive Data Corp., 765 P.2d 373, 3 IER Cases 1729 (Ca. Super. Ct. 1988).
240 Murphy v. American Home Prods, 448 N.E.2d 86, 31 FEP Cases 782 (N.Y. 1983).
241 Foley v. Interactive Data Corp., 765 P.2d 373, 3 IER Cases 1729 (Ca. Super. Ct. 1988).
242 Vgl. hierzu ausführlich Kittner/Köhler, BB Beilage 4 zu Heft 13, 2000, 1,11.

1. Wiedereinstellung

US-amerikanische Gerichte ordnen grundsätzlich nicht – anders als deutsche Gerichte – die Wiedereinstellung des gekündigten Arbeitnehmers an. Lediglich in Schiedsverfahren[243] gewerkschaftlich organisierter Arbeitnehmer ist es üblich, dass der Schiedsrichter, wenn die Kündigung unwirksam war, einen Schiedsspruch auf Wiedereinstellung anordnet.

2. Vertragliche Schadensersatzansprüche

Vertragliche Schadensersatzansprüche stehen dem Arbeitnehmer bei einer rechtswidrigen Kündigung in jedem Fall zu. Diese Ansprüche belaufen sich auf das dem Arbeitnehmer durch die Kündigung entgangene Entgelt und weitere ihm ordnungsgemäß zustehende Zusatzleistungen des Arbeitgebers. Bei einem unbefristeten Arbeitsverhältnis beträgt die Höhe des entgangenen Entgelts den Betrag, den der gekündigte Arbeitnehmer bis zu seinem Ausscheiden aus dem Arbeitsleben in seiner früheren Position hätte verdienen können. War das Arbeitsverhältnis befristet, wird der Betrag zugrunde gelegt, den der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Befristung verdient hätte. Allerdings mindert sich der Anspruch des Arbeitnehmers um den Betrag, den er in der Zwischenzeit verdient hat oder vernünftigerweise hätte verdienen können.

3. Regelmäßig zusätzlich geltend gemachte Schadensersatzansprüche

Zusätzlich zu vertraglichen Schadensersatzansprüchen machen Arbeitnehmer häufig deliktische Ansprüche unter dem *Common Law* geltend, um einen über den Umfang der Zahlungen für entgangenes Entgelt und Zusatzleistungen hinausgehenden Ausgleich für die mit der Kündigung einhergehenden Beschwerlichkeiten zu erzielen. Die drei häufigsten Schadensersatzklagen unter dem *Common Law* im Zusammenhang mit einer unwirksamen Kündigung beruhen auf folgenden Gründen:

- Vorsätzliche Zufügung von emotionalem Stress (*Intentional Infliction of Emotional Distress*),
- Betrug (*Fraud*),
- Üble Nachrede (*Defamation*).

[243] Siehe hierzu unten, § 4.

Bei einem Anspruch, den der Arbeitnehmer auf *Intentional Infliction of Emotional Distress* stützt, muss er beweisen, dass er aufgrund extremen Verhaltens des Arbeitgebers seelisches Leid erfahren hat und der Arbeitgeber dies auch wollte oder wissentlich in Kauf nahm. Gerichte sehen ein Verhalten dann als extrem an, wenn dieses in hohem Maße Regeln missachtet, die bei einem zivilisierten Zusammenleben zu erwarten sind.[244] Die unwirksame Kündigung an sich ist kein anerkannter Fall.[245] Es müssen noch weitere Faktoren hinzukommen, um den Anspruch auf Schadensersatz wegen der *Intentional Infliction of Emotional Distress* zu begründen. Dies ist immer eine Frage des Einzelfalls. So klagte eine Arbeitnehmerin erfolgreich auf Schadensersatz, weil ihr Arbeitgeber ihr kündigte, nachdem sie sich geweigert hatte, ihre Beziehung zu einem Arbeitnehmer eines Konkurrenzunternehmens zu beenden.[246] Im Gegensatz hierzu war die Klage einer Arbeitnehmerin erfolglos, nachdem der Arbeitgeber ihr wegen ihrer Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft kündigte.[247]

Wirft der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber Betrug vor, muss er zunächst darlegen, dass dieser ihm vor der Kündigung falsche Versprechen bezüglich des Arbeitsverhältnisses gemacht hat, aufgrund derer der Arbeitnehmer anderweitige Chancen auf dem Arbeitsmarkt verstreichen ließ.[248] Damit ein solch falsches Versprechen den Tatbestand des Betrugs erfüllt, muss der Arbeitgeber vorsätzlich und in dem Wissen gehandelt haben, der Arbeitnehmer werde sich gerade auf die Richtigkeit dieser Versprechen verlassen.[249]

Im Zuge einer Schadensersatzklage wegen übler Nachrede muss der Arbeitnehmer darlegen, dass der Arbeitgeber bewusst falsche Aussagen über den Arbeitnehmer gegenüber Dritten getroffen hat.[250] So ist ein Verhalten des Arbeitgebers als üble Nachrede zu werten, wenn dieser bewusst Lügen über den gekündigten Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern und insbesondere potentiellen zukünftigen Arbeitgebern verbreitet.

---

[244] Davidson v. City of Westminster, 649 P.2d 894, 901 (Cal. 1982).
[245] Novosel v. Sears, Roebuck & Co., 495 F. Supp. 344, 117 LRRM 2702 (E.D. Mich. 1980); M.B.M. Co. v. Counce, 596 S.W.2d 681, 688, 118 LLRM 2925 (Ark. 1980).
[246] Rulon-Miller v. International Bus. Mach. Corp., 208 Cal. Rptr. 524, 535 (Cal. Ct. App. 1984).
[247] Konefal v. Hollis/Brookline Coop. Sch. Dist., 723 A.2d 30, 162 LRRM 2374 (N.H. 1998).
[248] Lazar v. Sup. Ct., 909 P.2d 981, 11 IER Cases 545 (Cal. 1996).
[249] Craft v. Metromedia, Inc., 766 F.2d 1205, 38 FEP Cases 404 (8th Cir. 1985).
[250] Vgl. Restatement 2nd of Torts § 558.

E. Besonders geschützte Arbeitnehmergruppen

In den USA garantiert nur das allgemeine Antidiskriminierungsrecht umfassend den Schutz bestimmter Arbeitnehmergruppen bei der Durchführung und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, insbesondere von Frauen und behinderten Arbeitnehmern.[251] Kinder und Jugendliche erfahren einen besonderen Schutz durch die Regelungen gegen Kinderarbeit im *FLSA.*[252] Einen erweiterten besonderen Kündigungsschutz gibt es allerdings nicht.

F. Arbeitsverhältnis mit Auslandsbezug

Insbesondere das enge Handelsverhältnis zwischen den USA und Deutschland, das bereits 1954 mit dem Abschluss des Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika[253] begründet wurde, hat dazu geführt, dass viele Unternehmen in beiden Staaten tätig sind[254] und einige Arbeitsverhältnisse einen Auslandsbezug aufweisen.

I. Beschäftigung von US-Bürgern in Deutschland

Das deutsche Ausländerrecht behandelt US-Bürger, die eine Tätigkeit in Deutschland aufnehmen wollen, nicht wie Bürger eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums. US-Bürger genießen keine Arbeitnehmerfreizügigkeit. US-Bürger, die in Deutschland arbeiten wollen, benötigen daher eine Aufenthaltserlaubnis, die dies gestattet. Die Aufenthaltserlaubnis müssen Bürger aus Drittstaaten grundsätzlich vor der Einreise nach Deutschland bei der zuständigen deutschen Auslandsvertretung beantragen. US-Bürger sind allerdings insofern privilegiert, als sie den erforderlichen Aufenthaltstitel auch nach der Einreise einholen können.

Erste Anlaufstelle für US-Bürger vor dem Beginn eines Arbeitsverhältnisses in Deutschland ist die deutsche Auslandsvertretung in den USA oder – wenn der US-Bürger sich bereits in Deutschland aufhält – auch die deutsche Ausländerbehörde am geplanten Wohnsitz in Deutschland. Dort beginnt das Verfahren zur Beantragung eines Aufenthaltstitels zum Zweck der Erwerbstätigkeit. Der Antrag ist grundsätzlich persönlich mit

[251] Siehe hierzu im Detail unten, § 2.
[252] Vgl. Gaymer, Employment and Labour Law – Jurisdictional comparisons, 350.
[253] Abrufbar unter http://beck-online.beck.de/default.aspx?bcid=Y-100-G-DUSAFrHSchiffVertr.
[254] Vgl. nur die Auflistung der Top-US-Unternehmen in Deutschland, http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/die-top-us-unternehmen-in-deutschland;2460838.

allen erforderlichen Unterlagen (z. B. mit gültigem Pass, Antragsformularen und vom Arbeitgeber erstellten aussagekräftigen Unterlagen über die beabsichtigte Tätigkeit) zu stellen. Aufgrund des von der Bundesregierung beschlossenen Anwerberstopps und vor dem Hintergrund der anhaltend hohen Arbeitslosigkeit wird der Arbeitsmarktzugang von drittstaatsangehörigen Ausländern limitiert. Er ist auf bestimmte Berufsgruppen beschränkt und bedarf grundsätzlich der Zustimmung der Agentur für Arbeit. Ein Zugang zum Arbeitmarkt ist nur möglich, wenn ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegt und für die Stelle bundesweit keine deutschen oder bevorrechtigten ausländischen Arbeitnehmer zur Verfügung stehen. Soweit die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, erklärt die Agentur für Arbeit gegenüber der Ausländerbehörde oder der deutschen Auslandsvertretung in einem behördeninternen Beteiligungsverfahren die Zustimmung zur Beschäftigungsaufnahme. Maßgeblich ist dabei der Sitz des Arbeitgebers.

Ausnahmen gelten für Hochqualifizierte, z. B. Wissenschaftler und Spezialisten, deren Zuzug durch das Zuwanderungsgesetz erleichtert wird. Als hoch qualifiziert gelten insbesondere Wissenschaftler mit besonderen Fachkenntnissen, Lehrpersonen oder wissenschaftliche Mitarbeiter in herausgehobener Position sowie andere Spezialisten und Angestellte mit besonderer Berufserfahrung, die ein Gehalt in einer bestimmten Höhe beziehen.[255] Diese erhalten direkt eine – unbefristet erteilte – Niederlassungserlaubnis, die zur unbeschränkten Niederlassung in Deutschland und auch zur uneingeschränkten Aufnahme einer Erwerbstätigkeit berechtigt. Weiterhin gibt es als gesetzliche Ausnahme sogenannte „zustimmungsfreie Beschäftigungen",[256] für die aber trotzdem ein Aufenthaltstitel erforderlich ist. Lediglich die Einschaltung und Zustimmung der Agentur für Arbeit entfällt hierbei.

II. Entsendung deutscher Arbeitnehmer in die USA

Im Rahmen der Entsendung eines Arbeitnehmers in die USA nimmt der in Deutschland beschäftigte Arbeitnehmer auf Weisung seines in Deutschland ansässigen Arbeitgebers eine zeitlich befristete Tätigkeit in den USA auf. Sie liegt auch dann vor, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in Deutschland eigens für eine Arbeit in den USA einstellt. Abzugrenzen ist die Entsendung von der Versetzung, bei der der Arbeitnehmer für einen unbefristeten Zeitraum im Ausland tätig wird, sowie dem Übertritt zu einer anderen Gesellschaft der gleichen Unternehmensgruppe in den USA, bei der

[255] Derzeit beträgt die Gehaltsgrenze mindestens 86.000 US-Dollar pro Jahr.
[256] Dies umfasst z. B. die Tätigkeit als Vorstand, Geschäftsführer oder leitender Angestellte mit Prokura.

(rechtlich) ein Arbeitgeberwechsel erfolgt. Im letzteren Fall ist ausschließlich US-amerikanisches Arbeitsrecht zwischen den Arbeitsvertragsparteien maßgeblich.

1. Gestaltungsmöglichkeiten bei der Entsendung

Der Arbeitgeber muss bei der Entsendung den Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers an die Erfordernisse einer Entsendung anpassen. Er hat hierbei vier Möglichkeiten:

- Kündigung des deutschen Arbeitsverhältnisses und zugleich Abschluss eines Entsendungsvertrages, der das deutsche Beschäftigungsverhältnis ebenso wie Fragen des US-amerikanischen Beschäftigungsverhältnisses regelt.
- Abschluss eines das deutsche Arbeitsverhältnis betreffenden Aufhebungsvertrages und zugleich Abschluss eines Entsendungsvertrages, der das deutsche Beschäftigungsverhältnis ebenso wie Fragen des US-amerikanischen Beschäftigungsverhältnisses regelt.
- Abschluss einer Ruhensvereinbarung, wonach die wechselseitigen Pflichten aus dem deutschen Arbeitsverhältnis für den Zeitraum der Entsendung ruhend gestellt sind und nach Beendigung des Auslandsaufenthaltes wieder in Kraft treten, und zugleich Vereinbarung der Entsendungsmodalitäten in der Ruhensvereinbarung selbst oder einem separaten Vertrag.
- Abschluss eines Ergänzungsvertrages, der dadurch gekennzeichnet ist, dass er das deutsche Beschäftigungsverhältnis auf die speziellen Anforderungen des Einsatzes in den USA zuschneidet und um die notwendigen Bestandteile ergänzt.

2. Anwendbares Recht

Kommt es zu der Entsendung des Arbeitnehmers, stellt sich die Frage, ob deutsches oder US-amerikanisches Recht auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet. Grundsätzlich unterfällt der Arbeitnehmer auch im Zuge seiner vorübergehenden Entsendung in die USA weiterhin den deutschen arbeitsrechtlichen Bestimmungen.[257] Allerdings gelten in jedem Fall daneben die zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften des jeweiligen Arbeitsorts in den USA, z. B. Regelungen über die gesetzliche Arbeitszeit, Nacht- und Sonntagsarbeit sowie den Mindestlohn.

[257] Vgl. Art. 8 Abs. 2 Verordnung EG Nr. 593/2008 (Rom I Verordnung). In den USA ergibt sich das Internationale Privatrecht aus dem Common Law der Bundesstaaten. Auch hier gilt der Grundsatz, dass das Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, auf den Arbeitsvertrag anzuwenden ist. Bei der vorübergehenden Entsendung des Arbeitnehmers aus Deutschland in die USA mithin ebenfalls deutsches Recht.

Die Arbeitsvertragsparteien können aber individuell vereinbaren, dass im Rahmen der Entsendung das Recht eines US-amerikanischen Bundesstaats oder ein „neutrales" Recht eines Drittstaates[258] gelten soll.[259] Hierbei ist allerdings zu beachten, dass ein deutsches Gericht bei der Rechtswahl einen sogenannten Günstigkeitsvergleich zieht. Demzufolge vergleicht der Richter die Ergebnisse, die aus dem objektiv anzuwendenden Recht sowie dem nach der Rechtswahl anzuwendenden Recht auf das Arbeitsverhältnis folgen. Erweist sich die Anwendung von Bestimmungen, die sich aus dem objektiv anzuwendenden Recht ergeben, für den Arbeitnehmer als vorteilhafter, wird insoweit die Rechtswahl überlagert. So soll verhindert werden, dass dem Arbeitnehmer durch die Rechtswahl der Schutz entzogen wird, der ihm durch die Bestimmungen des Rechts gewährt wird, das ohne Rechtswahl anwendbar wäre. US-Gerichte führen diesen Vergleich nicht durch.

3. Sozialversicherungs- und aufenthaltsrechtliche Fragen

Sozialversicherungsrechtliche Fragen werden bei der Entsendung eines in Deutschland sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmers in die USA von dem Deutsch-Amerikanischen Abkommen über die Soziale Sicherheit erfasst.[260] Kennzeichnend für die Entsendung ist, dass der entsendete Arbeitnehmer die Arbeit für den entsendenden Arbeitgeber ausführt und die arbeitsrechtliche Bindung zwischen den Parteien fortbesteht. Bei einer Entsendung bleibt der Arbeitnehmer weiterhin in Deutschland sozialversicherungspflichtig (sogenannte Ausstrahlung). Dabei muss die Entsendung zeitlich begrenzt sein und darf grundsätzlich 60 Monate[261], in Ausnahmefällen nach vorheriger Genehmigung neun Jahre[262], nicht überschreiten. Dauert die Entsendung dagegen länger oder liegt gar eine dauerhafte Auslandstätigkeit vor, ist der Arbeitnehmer ausschließlich bei der ausländischen Sozialversicherung beitragspflichtig und leistungsberechtigt. Gleiches gilt, sofern das Arbeitsverhältnis zu einer ausländischen Tochtergesellschaft besteht.

Schließlich braucht der zu entsendende Arbeitnehmer eine Aufenthaltserlaubnis für die USA, die – anders als bei US-Bürgern, die eine Tätigkeit in Deutschland aufnehmen wollen – in jedem Fall vor der Entsendung beantragt werden muss. Zunächst gibt es

---

258 Auch in diesem Fall gelten wiederum die zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften des jeweiligen Arbeitsorts in den USA.

259 Vgl. Art. 3, 8 Abs. 1 Rom I Verordnung.

260 Vgl. Gesetz zum Abkommen vom 07.01.1976 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Soziale Sicherheit.

261 Vgl. Art. 6 Abs. 2 des Abkommens.

262 Vgl. Art. 6 Abs. 5 des Abkommens.

die Option, dass der Arbeitnehmer ein sogenanntes E-1 oder E-2 Visum bei einer amerikanischen Botschaft in Deutschland beantragt, das ihm erlaubt, für einen Zeitraum von zwei Jahren in den USA zu leben und zu arbeiten.[263] Diese Form der Arbeitserlaubnis kann auf Antrag des Arbeitnehmers beliebig oft erneuert werden. Allerdings erteilen die US-amerikanischen Behörden die Arbeitserlaubnis nur, wenn der deutsche Arbeitgeber den zu entsendenden Arbeitnehmer in einem Unternehmen mit Sitz in den USA einsetzen will, an dem er eine direkte Beteiligung von 50 Prozent oder mehr hält.[264] Darüber hinaus muss die Entsendung darauf gerichtet sein, dass der Arbeitnehmer für den deutschen Arbeitgeber im Wesentlichen den Handel zwischen dem aufnehmenden US-Unternehmen und anderen deutschen Unternehmen voranbringen[265] (E-1 Visum) oder den Aufbau des aufnehmenden US-Unternehmens betreiben soll[266] (E-2 Visum) oder in der Geschäftsführung oder als leitender Angestellter des US-Unternehmens eingesetzt werden soll.[267] Neben dieser Option kann das aufnehmende US-Unternehmen ein H-1B Visum bei der US-amerikanischen Einwanderungsbehörde beantragen, das für besonders qualifizierte Arbeitnehmer gilt[268] und diesen erlaubt, für einen Zeitraum von bis zu sechs Jahren[269] an einem zuvor bestimmten Arbeitsplatz eine bestimmte Tätigkeit auszuführen. Sollte sich während der Entsendung der Arbeitsplatz oder die Art der ausgeführten Tätigkeit ändern, muss das aufnehmende US-Unternehmen dies bei der Einwanderungsbehörde melden. Die Anzahl an H-1B Visa ist zurzeit auf jährlich 115.000 kontingentiert.[270] Darüber hinaus erhalten ausländische Arbeitnehmer, die an einer US-amerikanischen Universität einen Masterabschluss oder eine höhere Qualifikation erlangt haben, bei einer späteren Entsendung in die USA durch ihren Arbeitgeber in jedem Fall ein H-1B Visum, selbst wenn das Kontingent bereits erschöpft ist. US-Unternehmen nutzen H-1B Visa in hohem Maße. Durchschnittlich ist das Kontingent an H-1B Visa bereits nach zwei Monaten eines jeden Jahres erschöpft. Dies führt dazu, dass Arbeitgeber, die die Entsendung des Arbeitnehmers mit Hilfe eines H-1B Visums durchführen wollen, bereits im Planungsstadium der Entsendung das Visum von dem aufnehmenden US-Unternehmen beantragen lassen müssen.

---

[263] Vgl. 8 C.F.R. § 214.2 (e) (19) (2008).
[264] Vgl. 9 FAM 41.51 N3.1 (2008).
[265] Vgl. 8 C.F.R. § 214.2 (e) (1) (2008).
[266] Vgl. 8 C.F.R. § 214.2 (e) (2) (2008).
[267] Vgl. 8 C.F.R. § 214.2 (e) (3) (2008).
[268] Vgl. 8 C.F.R. § 214.2 (h) (2008).
[269] Die Arbeitserlaubnis kann zunächst für einen Zeitraum von bis zu drei Jahren erteilt und einmal, wiederum für einen Zeitraum von bis zu drei Jahren, verlängert werden, vgl. 8 C.F.R. § 214.2 (h) (13) (iii) (2008). Soll die Entsendung länger als sechs Jahre dauern, kann der Arbeitnehmer während seines Aufenthalts eine Green Card beantragen, um eine unbefristete Arbeitserlaubnis zu erlangen.
[270] Bei der Einführung der H-1B Visa lag dieses Kontingent noch bei 65.000 Visa/Jahr.

§ 2 Antidiskriminierungsrecht

A. Rechtsgrundlagen

Der US-amerikanische Antidiskriminierungsschutz beruht – anders als der deutsche – auf mehr als 100 Gesetzen und stellt das Kernstück des individuellen Arbeitsrechts dar. Er verbietet auf bundes-, einzelstaatlicher und kommunaler Ebene Diskriminierung von Arbeitnehmern aufgrund ihrer Rasse, Herkunft, Hautfarbe, Geschlecht, Behinderung, Alter, Staatsangehörigkeit und Religion, soweit kein rechtfertigender Grund vorliegt. Diese Merkmale überschneiden sich weitgehend mit dem Antidiskriminierungsschutz in Deutschland. Während das US-amerikanische Recht auf eine lange Tradition der Antidiskriminierungspolitik zurückblickt, wurden in der EU erst allmählich Vorschriften nach dem Vorbild des angloamerikanischen Antidiskriminierungsrechts eingeführt. Erst im Jahr 2000 wurden in der EU Antidiskriminierungsrichtlinien erlassen. Diese Richtlinien sind in den Mitgliedstaaten weitgehend umgesetzt. In Deutschland wurde hierzu das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (*AGG*) erlassen.

I. Anwendungsbereich des Antidiskriminierungsschutzes

Der US-amerikanische Antidiskriminierungsschutz erfasst alle Phasen des Arbeitsverhältnisses. Er reicht von der Bewerbung potentieller Arbeitnehmer über die Einstellung, Ausbildung, Beförderung, Entlohnung bis zur Entlassung. Dabei macht das Antidiskriminierungsrecht Arbeitgebern nicht zur Vorgabe, alle gleich zu behandeln. Vielmehr ist allein die Benachteiligung von Arbeitnehmern aufgrund der oben genannten Merkmale verboten. Sowohl in den USA als auch in Deutschland dürfen sich nur Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen auf den Schutz vor Diskriminierung berufen. Im US-amerikanischen Arbeitsrecht bilden die Antidiskriminierungsrechte mangels Kündigungsschutz die zentralen Säulen des Arbeitnehmerschutzrechts.

II. Die US-amerikanischen Diskriminierungsgesetze

1. *Civil Rights Act of 1866 and Section 1981*

Der *Civil Rights Act* von 1866 verschafft jedem Bürger das Recht, Verträge abzuschließen und durchzusetzen, sich Eigentum zu verschaffen sowie vor Gericht zu klagen

und verklagt zu werden.[271] *Section 1981* des *Civil Rights Act of 1866* verbietet die Ungleichbehandlung aufgrund von Rasse und Hautfarbe im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses.[272] Für die Auslegung und Durchsetzung des *Civil Rights Act* von 1866 sind die Zivilgerichte und nicht eine Verwaltungsbehörde zuständig. Die geschädigte Partei hat das Recht, direkt bei einem staatlichen Gericht Klage zu erheben, wenn sie glaubt, aufgrund der im *Civil Rights Act* genannten Gründe benachteiligt worden zu sein. Der *Civil Rights Act* von 1866 und *Section 1981* bilden noch heute die Grundlage für alle nachfolgenden Antidiskriminierungsgesetze. In der Praxis spielen diese Gesetze jedoch keine Rolle mehr.

2. *Title VII* des *Civil Rights Act of 1964*

Title VII des *Civil Rights Act of 1964* ist das bedeutendste US-amerikanische Bundesgesetz zur Verhinderung von Diskriminierungen im Erwerbsleben.[273] Ähnlich wie das AGG verbietet dieses Gesetz die Benachteiligung von Arbeitnehmern aufgrund ihrer Rasse, Hautfarbe, ethnischen Herkunft, Religion, Staatsangehörigkeit und wegen des Geschlechts.[274] *Title VII* findet in allen Bereichen des potentiellen Arbeitsverhältnisses Anwendung. Somit umfasst das Gesetz die Bewerbung von Mitarbeitern, deren Einstellung, die Durchführung des Arbeitsverhältnisses, die Entlohnung, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, das Arbeitsumfeld und die Stelleneinstufung. In den Anwendungsbereich des *Title VII* fallen alle öffentlichen und privaten Arbeitgeber, die täglich mindestens 15 Arbeitnehmer über einen Zeitraum von mindestens 20 Wochen in einem Kalenderjahr beschäftigen.[275] Für die Durchsetzung von *Titel VII* ist die *EEOC* zuständig. Bevor ein Arbeitnehmer den Vorwurf einer unerlaubten Diskriminierung aufgrund eines von *Titel VII* geschützten Merkmals vor Gericht geltend machen kann, hat er eine Beschwerde bei der *EEOC* einzureichen.[276] Der amerikanische Gesetzgeber

[271] Vgl. 42 U.S.C. §§ 1981, 1983.
[272] Vgl. 42 U.S.C. § 1981 (b).
[273] Vgl. Thüsing/Leder, NZA 2008, 983.
[274] Siehe z. B. die Entscheidungen Meritor Sav. Bank v. Vinson, 477 U.S. 57, 64 (1986) (Sex Discrimination); Snell v. Suffolk County, 782 F.2d 1094, 1102 (2nd Cir.1986) (Race Discrimination); Firefighters Inst. for Racial Equal. v. City of St. Louis, 549 F.2d 506, 514 (8th Cir. 1977) (National Origin); Abrams v. Baylor College of Med., 805 F.2d 528 (5th Cir. 1986) (Religion).
[275] Walters v. Metropolitan Education Enterprises, Inc. 519 U.S. 202 (1997).
[276] Vgl. zur Aufgabe und Stellung der EEOC Rebecca Hanner White, The EEOC, the Courts, an Employment Discrimination Policy: Recognizing the Agency`s Leading Role in Statutory Interpretation, 95 Utah L. Rev. 51 (1995).

gewährt hierfür eine Frist von 180 bzw. 300 Tagen, die mit dem Vorfall des unerlaubten Arbeitgeberverhaltens beginnt.[277]

Diese Frist wurde vor allem im Zusammenhang mit der Entgeltdiskriminierung vielfach kritisiert. Im Jahr 2007 erging eine Entscheidung des *U.S. Supreme Court*, die für großes Aufsehen sorgte. In *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co, Inc*[278] klagte Lilly Ledbetter wegen Diskriminierung ihres Geschlechts, da ihr Gehalt über die Jahre hinweg immer weiter hinter dem ihrer männlichen Kollegen zurückblieb, zuletzt um 40 Prozent. Der *U.S. Supreme Court* entschied, Lilly Ledbetter hätte die Entscheidung ihres Arbeitgebers, ihr weniger Gehalt zu zahlen als den männlichen Kollegen, direkt (innerhalb der Frist von 180 Tagen) angreifen müssen. Eine Diskriminierung liege nicht in jeder monatlichen Auszahlung erneut vor.

Im Januar 2009 trat dann der sogenannte *Lilly Ledbetter Fair Pay Act*[279] in Kraft. Er änderte vier Anti-Diskriminierungsgesetze (*Title VII*, den *ADEA*, den *ADA* und den *Rehabiliation Act*) dahingehend, dass für die genannte Frist nicht entscheidend ist, wenn ein Gehalt vereinbart wird, sondern jeweils auf die Auszahlung des Gehalts abzustellen ist.

Nach dem *U.S. Supreme Court* muss die Klage schriftlich unter Eid oder mit eidesstattlicher Erklärung erhoben werden.[280] Wenn eine Klage rechtzeitig eingereicht ist, informiert die *EEOC* den Arbeitgeber über die Klage und beginnt ihre Ermittlungen zum behaupteten Sachverhalt. Die Ermittlungen der *EEOC* erstrecken sich dabei auch auf Befragungen des Personals, das in dem Unternehmen des Arbeitgebers tätig ist. Die *EEOC* ist ferner befugt, Zwangsmaßnahmen und Vorladungen auszustellen und durchzusetzen. Zudem ist sie berechtigt, Dokumente zu beschlagnahmen, um den ihr obliegenden Amtsermittlungsgrundsatz zu erfüllen. Die *EEOC* sollte ihre Ermittlungen innerhalb von 120 Tagen beenden. Hält die *EEOC* die Klage für unbegründet, weist sie die Klage ab. Dem Arbeitnehmer steht es dann frei, Klage vor dem zuständigen Gericht zu erheben. Soweit die *EEOC* die Klage für begründet hält, versucht sie, die streitige Angelegenheit mit dem Arbeitgeber innerhalb der folgenden 30 Tage zu

[277] Kodifziert in 42 U.S. C. § 2000e 5(e)(1) (2000); Der US Supreme Court legte in National Railroad Passenger Corp. v. Morgan ,122 S. Ct. 2061, 88 FEP Cases (BNA) 1601 (2002) fest, das eine Wiedergutmachung nur innerhalb dieses vorgegebenen Zeitraums geltend gemacht werden kann.

[278] Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co., 550 U.S. 618 (2007).

[279] 110th Congress H.R. 2831.

[280] Desert Palace, Inc., dba Caesars Palace Hotel & Casino v. Costa, 539 U.S. 90, 91 FEP Cases (BNA) 1569 (2003); vgl. auch U.S.C. § 2000e-5 (b).

schlichten. Falls diese Schlichtung nicht erfolgreich ist, haben sowohl die klagende Partei als auch die *EEOC* das Recht, im Namen der klagenden Partei bei dem zuständigen bundesstaatlichen Gericht Klage zu erheben. Der Einzelne hat ebenfalls das Recht, vor dem zuständigen Bundesgericht zu klagen.

3. *The Equal Pay Act*

Der *Equal Pay Act* von 1963 ist Teil des *FLSA*[281] und bestimmt, dass Männer und Frauen bei einer gleichwertigen Tätigkeit auch die gleiche Entlohnung erhalten müssen.[282] Obwohl die *EEOC* als Verwaltungsbehörde für die Durchsetzung des *Equal Pay Act* zuständig ist, ist eine in ihren Rechten betroffene Partei nicht gezwungen, erst die administrativen Rechtsbehelfe auszuschöpfen.[283] Vielmehr steht die Möglichkeit offen, sofort den Rechtsweg bei einem zuständigen Gericht zu beschreiten.

4. *Age Discrimination in Employment Act (ADEA)*

Der US-amerikanische *ADEA* von 1967 verbietet Arbeitgebern, Arbeitnehmer aufgrund ihres Alters zu benachteiligen.[284] Der *ADEA* schützt Personen, die das 40. Lebensjahr überschritten haben[285] und erfasst alle Arbeitgeber, die mindestens 20 Arbeitnehmer beschäftigen.[286] Die *EEOC* ist für die Umsetzung und Durchsetzung des *ADEA* zuständig.[287] Eine Person, die sich in ihren Rechten aus dem *ADEA* verletzt fühlt, muss zuerst eine Klage bei der *EEOC* erheben.[288] Die *EEOC* versucht sodann, die behaupteten unrechtmäßigen Praktiken des Arbeitgebers durch Schlichtungsverfahren, Besprechungen oder Überzeugungsleistungen zu beheben.[289] Die potentiell in ihren Rechten verletzte Partei kann innerhalb von 60 Tagen nach Erhebung der Klage bei der *EEOC* Zivilklage vor einem zuständigen regulären Gericht erheben.[290] In der EU wird hingegen an das biologische Alter des Menschen angeknüpft, ohne dabei ein bestimmtes Alter hervorzuheben.[291] Der deutsche Gesetzgeber ging bei der Umsetzung der europäischen Richtlinie davon aus, dass zum einen Ältere und zum anderen

[281] Vgl. 29 U.S.C. §§ 201-219.
[282] Vgl. 29 U.S.C. § 206(d).
[283] Vgl. 29 U.S.C. § 216(b).
[284] Vgl. 29 U.S.C. §§ 623, 631(a).
[285] Vgl. 29 U.S.C. §§ 623, 631(a).
[286] Vgl. 29 U.S.C. § 630(b).
[287] Vgl. 29 C.F.R. § 1625.1-1627.17.
[288] Vgl. 29 U.S.C. § 626(d).
[289] Vgl. 29 U.S.C. § 626(d).
[290] Vgl. 29 U.S.C. § 626(d).
[291] BT-Drucks. 16/1780, 31.

Jüngere besondere Schwierigkeiten haben, Zugang zum Arbeitsmarkt zu erlangen oder auf dem Arbeitsmarkt zu verbleiben.[292] Aufgrund dessen bestand das Ziel darin, den Gleichbehandlungsgrundsatz möglichst flexibel zu handhaben.[293] Eine Differenzierung nach der Dauer der Betriebszugehörigkeit kann eine mittelbare Altersdiskriminierung darstellen, da beide Merkmale eng miteinander verbunden sind.

5. *The Americans With Disabilities Act* (*ADA*)

Der *ADA* von 1990 verbietet Ungleichbehandlung im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses aufgrund einer Behinderung.[294]

III. Verbotenes Verhalten / Verbotene Maßnahmen

Das US-amerikanische Recht kennt verschiedene Formen von Diskriminierung. Grundsätzlich versteht man unter Diskriminierung eine Ungleichbehandlung aufgrund gesetzlich festgeschriebener Merkmale. Zudem beinhaltet der Begriff der Diskriminierung ein herabwürdigendes Verhalten des Diskriminierenden.[295]

Das US-amerikanische Recht unterscheidet zwischen unmittelbarer Diskriminierung (*Disparate Treatment*[296]) und mittelbarer Diskriminierung (D*isparate Impact*[297]). Diese Unterscheidung hat der europäische Gesetzgeber bei Erlass der Antidiskriminierungsrichtlinien übernommen. Das AGG stellt jedoch vom Wortlaut her – im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht – nicht auf den Begriff der Diskriminierung ab, sondern vielmehr auf den Begriff der Benachteiligung. Nach der Vorstellung des deutschen Gesetzgebers kommt es gerade nicht auf das subjektive Erfordernis der Herabwürdigung an. Eine Benachteiligung kennzeichnet sich durch eine „weniger günstige Behandlung“[298] und kann durch Tun oder Unterlassen, durch faktische Maßnahmen oder durch rechtsgeschäftliche Handlungen bewirkt werden.

---

[292] Vgl. BT-Drucks. 16/1780,36.
[293] Vgl. BT-Drucks. 16/1780,36.
[294] Vgl. 42 U.S.C. § 12101.
[295] Vgl. Bauer/Göpfert/Krieger, Kommentar zum AGG, Einleitung Rn. 10.
[296] McDonnell Douglas Corp. v. Green, 411U.S.792 (1973).
[297] Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424(1971).
[298] Vgl. Wendeling-Schröder/Stein, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, § 3 Rn. 4.

1. Unmittelbare Diskriminierung

Unmittelbare Diskriminierung liegt im US-amerikanischen Recht vor, wenn eine Person aufgrund der gesetzlich verbotenen Diskriminierungsmaßnahmen gegenüber einer anderen Person schlechter gestellt wird. Die Voraussetzungen eines *Disparate Treatment* sind demnach erfüllt, wenn der Arbeitgeber absichtlich einen Arbeitnehmer aufgrund seiner Zugehörigkeit zu einer gesetzlich geschützten Minderheit oder unter Bezugnahme auf Herkunft, Hautfarbe oder Sprache ungünstiger behandelt als seine anderen Arbeitnehmer.[299] *Disparate Treatment* ist also eine Form der vorsätzlichen und bewussten Diskriminierung.[300] Um vor Gericht zu obsiegen, muss der Kläger beweisen, dass der Beklagte ihn – individuell oder als Angehöriger der geschützten Gruppe – bewusst benachteiligt hat.[301] Der Kläger kann die ihm obliegende Beweispflicht einerseits durch eine direkte Beweisführung erfüllen. Hierfür muss er z. B. nachweisen, dass der Arbeitgeber oder einer seiner Angestellten Bemerkungen getätigt hat, die sich auf die Zugehörigkeit des Klägers zu der geschützten Minderheit bezogen. Häufig ist es dem Arbeitnehmer aber nicht möglich, diesen direkten Beweis zu führen. Im Zusammenhang mit Diskriminierungen in Bewerbungsgesprächen hat die Rechtsprechung einen Fragenkatalog entwickelt, wonach festgestellt werden kann, ob eine Diskriminierung bei der Einstellung eines Arbeitnehmers vorliegt.[302] Hier obliegt dem Arbeitnehmer die Pflicht, den ersten Anschein einer Diskriminierung darzulegen.

Um den Beweis des ersten Anscheins erfolgreich zu führen, muss der abgewiesene Bewerber z. B. darlegen, dass

- er einer Minderheit angehört,
- er für den Job, der vom Arbeitgeber ausgeschrieben ist, qualifiziert ist,
- er vom Arbeitgeber abgelehnt worden ist,
- der Arbeitgeber, nachdem er den Bewerber aufgrund verbotener Diskriminierungsmerkmale ablehnte, nach weiteren Bewerbern gesucht hat und die zu besetzende Stelle weiterhin vakant war.

Der Arbeitgeber hat danach die Möglichkeit, darzulegen, dass überhaupt keine unterschiedliche Behandlung erfolgte oder seine Entscheidung auf einem anderen, dis-

[299] McDonnell Douglas Corp. v. Green, 411 U.S. 792 (1973).
[300] McDonnell Douglas Corp. v. Green, 411 U.S. 792 (1973).
[301] Knight v. Baptist Hosp.of Miami, 330 F.3d 1313 (11th Cir.2003).
[302] McDonnell Douglas v. Green, 411 U.S. 792 (1973).

kriminierungsfreien Grund beruht oder die Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist.[303] Anschließend muss der Arbeitnehmer beweisen, dass die Aussage des Arbeitgebers unglaubhaft ist und der vom Arbeitgeber angeführte Grund lediglich eine vorgeschobene Schutzbehauptung ist.[304] Der *US Supreme Court* wendet die Grundsätze des ersten Anscheins mit einzelnen Abweichungen im Bereich des Arbeitsrechts auf alle Fälle der Diskriminierung von Arbeitnehmern an. Im Vergleich hierzu liegt in Deutschland gemäß § 3 Abs. 1 AGG eine unmittelbare Benachteiligung vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Die Beweislastverteilung ist im AGG ähnlich geregelt wie im US-amerikanischen Recht. Wenn im Streitfall die eine Partei Tatsachen beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

2. Mittelbare Diskriminierung

Mittelbare Diskriminierung im Sinne des US-amerikanischen Rechts liegt vor, wenn scheinbar neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sich auf eine bestimmte Personengruppe oder auf eine einzelne Person, die ein Diskriminierungsmerkmal erfüllt, benachteiligend auswirken.[305] Die Voraussetzungen der *Disparate Impact* -Diskriminierung sind erfüllt, wenn der Arbeitgeber Anforderungen aufstellt, die zwar neutral sind, aber in der Handhabung gegenüber dem von diesem Gesetz geschützten Personen eine diskriminierende Wirkung entfalten.[306] So entschied der *US Supreme Court* 1971 in einem Grundsatzurteil, dass das Anforderungsprofil eines Arbeitgebers, alle neu einzustellenden Arbeitnehmer müssten einen *High School* -Abschluss vorweisen können, eine mittelbare Diskriminierung darstelle.[307] Diese Auflage habe die Auswirkung, eine übermäßige Anzahl von Afroamerikanern im Vorfeld auszuschließen, da diese meist aus sozialen und finanziellen Gründen nicht die Möglichkeit hätten, die *High School* abzuschließen.[308] Der *Supreme Court* stellte in Folge dessen den Grund-

[303] Grayson v. City of Chicago, 317 F.3d 745 (7th Cir.2003); Knight v. Baptist Hosp. of Miami, 330 F.3d 1313 (11th Cir. 2003); Dent v. Federal Mogul Corp., 129 F. Supp. 2d 1311.
[304] Board of Trs. of Keene State Coll. v. Sweeney, 439 U.S. 24 (1978); Johnson v. AT&T Corp, 422 F.3d 756 (8th Cir. 2005).
[305] Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971).
[306] Watson v. Fort Worth Bank & Trust, 487 U.S. 977 (1988).
[307] Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S.424 (1971).
[308] Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S.424 (1971).

satz auf, dass die grundsätzlich neutral zu bewertende Praxis, ein bestimmtes Anforderungsprofil zu erstellen, immer einen Verstoß gegen das Antidiskriminierungsrecht darstelle, wenn eine Minderheit von einem Job ausgeschlossen werde, indem die ausgeschriebene Stelle gar nicht die Anforderungen des Bewerberprofils voraussetze.[309] Notwendiges Merkmal jeder Form von Diskriminierung ist die Gruppe, die das gemeinsame Merkmal wie Geschlecht oder Rasse aufweist.[310] Die Voraussetzung des Tatbestandes der mittelbaren Diskriminierung ist nach Auffassung der Rechtsprechung das Vorhandensein einer neutral gefassten Regelung oder Maßnahme.

Die mittelbare Diskriminierung ist dabei zu unterscheiden von der verdeckten Diskriminierung, die eine Diskriminierungsabsicht voraussetzt und das zu erfüllende Merkmal derart verklausuliert, dass es den Anschein erweckt, jeder Arbeitnehmer könne es unabhängig vom Geschlecht oder von der Rasse gleichermaßen erfüllen.[311] In Wahrheit ist das Merkmal nur darauf gerichtet, eine bestimmte Gruppe auszusieben. Damit wird also nur eine unmittelbare Diskriminierung getarnt. Problematisch ist zudem, ob bestimmte Fälle der verdeckten Diskriminierung auch den Tatbestand der mittelbaren Diskriminierung erfüllen können. Ob die mit Diskriminierungsabsicht erfolgte Einstellungsanforderung eine mittelbare Diskriminierung ist, hängt davon ab, ob man das Fehlen einer Diskriminierungsabsicht als konstitutives Merkmal der mittelbaren Diskriminierung ansieht.[312] Das subjektive Moment, also die Diskriminierungsabsicht, betrachtet das US-amerikanische Recht als irrelevant für die mittelbare Diskriminierung. Wäre das Fehlen ein unabdingbares Element, so entstünde das Problem, welche Partei den Mangel im Streitfall beweisen müsste. Weder Kläger noch Beklagter könnten das Nichtvorliegen eines inneren Tatbestandes nachweisen. Bei der *Disparate Impact*-Diskriminierung reicht es deshalb aus, wenn der Kläger eine rein faktische Benachteiligung beweist.[313] Der Kläger muss also die nachteilige Betroffenheit einer Gruppe nachweisen, der er angehört. Diese Beweisregelung erleichtert die Durchsetzbarkeit des Anspruchs.

Die amerikanische Rechtsprechung hat zudem lange darüber gestritten, ob neben objektiven Kriterien (z. B. bei einer Beförderung das Dienstalter) auch subjektive Kriterien (Beurteilung durch den Vorgesetzten) dem Verbot der mittelbaren Diskriminierung un-

[309] Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S.424 (1971).
Malave v. Potter, 320 F.3d 321 (2nd Cir.2003).
[310] Vgl. Wisskirchen, Die mittelbare Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, S. 71.
[311] Vgl. Wisskirchen, a.a.O.
[312] Vgl. Wisskirchen, a.a.O.
[313] Griggs v. Duke Power Co., 401 U.S.424 (1971).

terfallen. Der *US Supreme Court* hat 1988 entschieden, dass die *Disparate Impact*-Theorie auf subjektive Beurteilungskriterien auszudehnen ist.[314] Die dieser Entscheidung zugrundeliegenden Fakten sind typisch für Fälle mit subjektiven Beurteilungskriterien. Die farbige Klägerin hatte sich mehrfach vergeblich um eine Beförderung bemüht. Ihr war jedes Mal ein weißer, männlicher Kandidat vorgezogen worden. Ausschließliches Kriterium für eine Beförderung war die Beurteilung des Vorgesetzten, in ihrem Fall ein weißer Mann. Die Gründe für eine Beförderung waren nicht schriftlich niedergelegt; sie beinhalteten persönliches Erscheinungsbild, Korrektheit, Beziehung zu Vorgesetzten und Kollegen, Zuverlässigkeit, Loyalität, Freundlichkeit und andere subjektiv zu beurteilende Merkmale. Das US-amerikanische Recht erkennt die Verwendung von Statistiken zu Beweiszwecken mittelbarer Diskriminierung an. In Deutschland war dies lange Zeit nicht so. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg[315] hat dann aber einer Abteilungsleiterin bei der Verwertungsgesellschaft GEMA wegen Geschlechterdiskriminierung bei einer Beförderungsentscheidung Entschädigung und Schadensersatz zugesprochen. Dabei gingen die Richter davon aus, dass eine Statistik über die Geschlechterverteilung auf den einzelnen Hierarchieebenen als Indiz für eine Geschlechterdiskriminierung herangezogen werden könne. Den Umstand, dass trotz eines Frauenanteils von zwei Dritteln in der Belegschaft sämtliche 27 Führungspositionen von Männern besetzt gewesen sind, werteten sie als ausreichendes Diskriminierungsindiz. Der Schadensersatzanspruch bestand in der zeitlich unbefristeten Höhe der Differenz zwischen der aktuellen Beschäftigung und der Vergütung als Direktorin. Daneben hielt das LAG Berlin Brandenburg eine Entschädigung von 20.000,- EUR wegen der in der Diskriminierung liegenden Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Mitarbeiterin für gerechtfertigt. Mit dieser Entscheidung ist in Deutschland erstmals eine Statistik als ausreichend für die Beweisführung der Klägerin angesehen worden.

Eine mittelbare Benachteiligung liegt nach dem AGG schon tatbestandlich nicht vor, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sind, und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.[316] Damit ist bereits im Tatbestand zu prüfen, ob ein sachlicher Grund vorliegt oder nicht. Liegt ein sachlicher Grund vor, so ist davon auszugehen, dass die in Rede stehenden Handlungen tatsächlich und nicht nur dem Anschein nach neutral sind. Für die Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung reicht schon ir-

[314] Watson v. Fort Worth Bank & Trust, 108 S.Ct. 2777(1988).
[315] LAG Berlin-Brandenburg v. 26.11.2008 – 15 Sa 517/08, NZA 2009, 43.
[316] Vgl. § 3 Abs. 2 AGG.

gendein sachlicher Grund. Dieser liegt schon vor, wenn mit der Benachteiligung ein rechtmäßiges Ziel verfolgt wird und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Bei einer mittelbaren Diskriminierung muss der Benachteiligte nachweisen, dass die Benachteiligung ungerechtfertigt und/oder unverhältnismäßig ist. Ihn trifft insoweit die Beweislast, als das Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes zu den Voraussetzungen des Tatbestandes gehört. Die Beweislasterleichterung des § 22 AGG greift erst ein, wenn die betroffene Partei Indizien aufgezeigt hat, die eine Benachteiligung vermuten lassen. Für das Vorliegen der Rechtfertigungsgründe einer unmittelbaren Benachteiligung trägt hingegen der Anspruchsgegner die Beweislast.

In den USA erlaubt der *ADEA* einige Ausnahmen von dem Grundsatz, dass der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern keine feste Altersgrenze für ein Ausscheiden auferlegen darf. Zwingende Ruhestandsregelungen sind erlaubt, wenn die Arbeitnehmer

- mindestens 65 Jahre alt sind,
- unmittelbar vor der Pensionierung zwei Jahre in der Geschäftsführung angestellt waren oder eine Position besetzten, in der sie weitreichende und wichtige Entscheidungen treffen konnten,
- anspruchsberechtigt sind für eine unmittelbar erfolgende, nicht pfändbare jährliche Pension in Höhe von mindestens 44.000,- US-Dollar aufgrund einer Ertragsbeteiligung oder aufgrund von Ersparnissen oder aufgrund einer betrieblichen Pensionszusage durch teilweise Umwandlung der Gehaltszahlung.[317]

3. Belästigung

Gesetzliche Grundlage für das Verbot von Belästigungen – als Unterfall von Diskriminierung – sind in den USA der *Title VII* des *Civil Rights Act* und der *ADA*. Nach der Rechtsprechung der US-amerikanischen Gerichte verbietet *Title VII* Belästigungen aufgrund des Geschlechts, der Rasse, der nationalen Herkunft sowie der Religion.[318] Zudem verbietet der *ADA* Belästigungen aufgrund einer Behinderung.[319] Das US-amerikanische Recht unterscheidet zwischen zwei verschiedenen Formen von Belästigung. Es differenziert zwischen „*Economic Harassment*" und „*Environmental Harassment*".

[317] Vgl. 29 U.S.C. § 631(c)(1).
[318] Flowers v. S. Reg`l Physician Servs., Inc., 247 F.3d 229 (5th Cir. 1995); Fox v. GMC, 247 F.3d 169 (4th Cir. 2001).
[319] Crawford v. Medina Gen. Hosp., 96 F.3d 830 (6th Cir. 1996).

3.1 *Economic Harassment*

Bei der *Economic Harassment* liegt der Fokus auf dem Nachteil oder dem Schaden, den das Opfer erleidet und nicht auf dem anstößigen Verhalten des „Täters".[320] Die Voraussetzungen dieser Belästigung liegen vor, wenn der Arbeitgeber im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses eine Maßnahme trifft, die in einer finanziellen Einbuße des Arbeitnehmers oder in eine signifikante Verschlechterung der Arbeitsbedingungen mündet.[321] Es muss die Gefahr für den Arbeitnehmer vorliegen, sich beruflich nicht weiterentwickeln zu können. Diese Gefahr muss sich durch eine Kündigung oder Versetzung in einen schlechter bezahlten Job zeigen.

3.2 *Environmental Harassment*

Eine Belästigung, die ein ungünstiges und für den Betroffenen nachteiliges oder feindliches Arbeitsumfeld schafft, bezeichnet man als *Environmental Harassment*. Hierfür stellen die US-Gerichte darauf ab, ob das Umfeld in besonderer Art und Weise negativ geprägt ist. Im Unterschied zu der *Economic Harassment* zeigt sich diese Form der Belästigung durch Witze, Graffiti, Kommentare, Fotografien, Gesten oder E-Mails, welche die betroffene Person bei der Ausführung ihres Jobs beeinträchtigen.[322] Nach dem AGG und nach den EU-Richtlinien ist eine Belästigung eine Benachteiligung, wenn unerwünschte Verhaltensweisen die Würde der betreffenden Person verletzen oder ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Diese unerwünschten Verhaltensweisen müssen mit den verbotenen Diskriminierungsmaßnahmen des § 1 AGG im Zusammenhang stehen. Das AGG versteht demnach unter Belästigung eine systematische und fortgesetzte Herabwürdigung. Inhaltlich besteht damit kein Unterschied zum US-amerikanischen Recht. Die scharfen Formulierungen „Entwürdigungen", „Anfeindungen" und „Erniedrigungen" machen deutlich, dass in der Regel ein einmaliges Fehlverhalten nicht ausreicht, um die Schwelle zur Belästigung zu überschreiten.[323] Für die Beurteilung, ob ein belästigendes Verhalten vorliegt, ist in Deutschland auf die Sicht eines objektiven Beobachters abzustellen. Der Belästigte muss sich nicht not-

[320] Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, 524 U.S. 742 (1998); Faragher v. City of Boca Raton, 524 U.S. 775 (1998).

[321] Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, 524 U.S. 742 (1998); Faragher v. City of Boca Raton, 524 U.S. 775 (1998).

[322] Green v. Administrators of Tulane Educ. Fund, 284 F.3d 642 (5thCir. 2002).

[223] BT-Drucks. 16/1780, 33.

wendig gegen die entsprechenden Verhaltensweisen verwahrt haben. Es reicht aus, dass der objektive Dritte davon ausgehen kann, dass das Verhalten unter den gegebenen Umständen von dem Betroffenen nicht erwünscht ist oder nicht akzeptiert wird.

4. Diskriminierungsfaktoren

4.1 Rasse, Herkunft, Nationalität, Hautfarbe

Titel VII des *Civil Rights Act* verbietet dem Arbeitgeber, Entscheidungen aufgrund von Rasse und Herkunft der jeweiligen Person zu treffen.[324] Herkunft wird dabei als das Land der Geburt und der Abstammung definiert.[325] Davon sind auch die Charakteristiken der Sprache, der Kultur und des körperlichen Aussehens mit umfasst. Ein Arbeitgeber trifft z. B. eine diskriminierende Regelung, wenn er seinen Mitarbeitern vorschreibt, am Arbeitsplatz ausschließlich Englisch zu sprechen.[326] So ist auch die Anweisung des Arbeitgebers, Personen einer ethnischen Minderheit nicht in der Kundenbetreuung einzusetzen, Beispiel für eine Diskriminierung. In Deutschland wird eine Benachteiligung aufgrund der Rasse und der ethnischen Herkunft ebenso verstanden. Für den Begriff „Rasse" fehlt jedoch im AGG eine über den allgemeinen Sprachgebrauch hinausgehende genauere Charakterisierung. Das AGG setzt nicht das Vorhandensein verschiedener menschlicher Rassen voraus, sondern geht davon aus, dass derjenige, der sich rassistisch verhält, das Vorhandensein verschiedener menschlicher Rassen annimmt.[327] Unter ethnischer Herkunft versteht man in Deutschland – ebenso wie in den USA – die Feststellung, ein Mensch gehöre einem Volk oder einer Gruppe mit einheitlicher Kultur und Sprache an, das bzw. die sich selbst als Einheit versteht.

4.2 Geschlecht

Gemäß *Titel VII* des *Civil Rights Act* muss ein Arbeitgeber in den USA Männer und Frauen gleich behandeln.[328] Während diese Bestimmungen ursprünglich das Ziel verfolgten, die Gleichbehandlung von Frauen im Beruf zu gewährleisten, zielt der Wortlaut nunmehr allgemeiner auf eine Verhinderung von Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts ab.[329] Deshalb können sich heutzutage sowohl Frauen als auch Män-

[324] Kodifiziert in 42 U.S.C. § 2000e-2(a).
[325] Espinoza v. Farah Mfg. Co., 414 U.S. 86, 88 (1973); 29 C.F.R. § 1606.1.
[326] Vgl. 29 C.F.R. § 1606.7(a) (1987).
[327] BT-Drucks. 16/1780, 31.
[328] Lautermilch v. Findlay City Schs., 314 F. 3d 271 (6th Cir. 2002).
[329] Lautermilch v. Findlay City Schs., 314 F. 3d 271 (6th Cir. 2002).

ner auf diese Vorschriften berufen. In der EU wird der Grundsatz der Gleichstellung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz schon seit 1976 durch die EU-Richtlinie 76/207/EWG sichergestellt.

4.2.1 Sexuelle Belästigung (*Sexual Harassment*)

In den USA verstößt die sexuelle Belästigung eines Arbeitnehmers am Arbeitsplatz gegen das in *Titel VII* kodifizierte Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts.[330] Der *US Supreme Court* vertritt den Standpunkt, dass sexuelle Belästigung eine Form von unrechtmäßiger Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts ist. Es gibt zwei Formen von sexueller Belästigung:

4.2.1.1 *Quid pro quo Harassment*

Zum einen erfasst das *Quid pro quo Harassment* Fälle, bei denen im Rahmen des Angestelltenverhältnisses typischerweise ein Vorgesetzter dem jeweiligen Arbeitnehmer einen (finanziellen) Vorteil im Gegenzug für unliebsame sexuelle Annäherungsversuche gewährt oder in Aussicht stellt.[331]

4.2.1.2 *Hostile Work Environmental Harassment*

Zum anderen sind die Voraussetzungen des *Hostile Work Environment Harassment* erfüllt, wenn ein unliebsames sexuelles Verhalten derart aufdringlich und/oder pervers ist, dass es ein unangenehmes Arbeitsumfeld für die betroffene Person schafft.[332] Nach dem *US Supreme Court* haftet ein Arbeitgeber immer schon dann für eine sexuelle Belästigung seiner leitenden Angestellten, wenn die sexuelle Belästigung an konkreten Vorgängen fest gemacht werden kann, wie z. B. Entlassung des/der betroffenen Arbeitnehmers/in oder eine Entscheidung des leitenden Angestellten, die sich in einer signifikanten Änderung der finanziellen Unterstützung äußert.[333] Fehlt es an solchen konkreten Einwirkungen der leitenden Angestellten, hängt die Haftung des Arbeitgebers davon ab, ob er ausreichend Sorge dafür getragen hat, jegliche Art von Belästigung zu unterbinden.[334] Die Beweislast dafür, dass eine Belästigung vorliegt, trägt der

[330] Meritor Savings Bank v. Vinson, 477 U.S. 57 (1986).
[331] Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, 524 U.S. 742 (1998).
[332] Ellison v. Brady, 924 F.2d 872 (9th Cir. 1991).
[333] Burlington Industries, Inc. v. Ellerth 524 U.S. 775; Faragher v. City of Boca Raton, 524 U.S. 775 (1998).
[334] Faragher v. City of Boca Raton, 524 U.S. 775 (1998).

Kläger. Der Arbeitgeber hat dann die Möglichkeit nachzuweisen, dass er ausreichend Sorge getragen hat, jegliche Art von Belästigung zu unterbinden. Gelingt ihm dieser Beweis, so ist er nicht haftbar. Ein Kläger, der eine Klage wegen sexueller Belästigung anstrengt, hat ferner zu beweisen, dass die Belästigung gerade „wegen" des Geschlechts auftritt. Beträchtliche Schwierigkeiten haben Kläger in der Praxis aber bei der zweiten oben genannten Fallkonstellation, in denen Vorgesetzte des belästigten Arbeitnehmers ein feindliches Arbeitsumfeld schaffen.[335] Für den Ausgang des Prozesses ist dabei oftmals von entscheidender Bedeutung, ob sich das feindliche Arbeitsumfeld zu einer konkreten benachteiligenden Arbeitgebermaßnahme verdichtet hat. Umstritten war lange Zeit, ob die Eigenkündigung eines Arbeitnehmers eine konkrete Arbeitgebermaßnahme im Sinne dieser Rechtsprechung darstellt, wenn sie aufgrund des feindlichen Arbeitsumfeldes erfolgte, und einem vernünftigen Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar war (*Constructive Dismissal*).[336] Im Jahre 2004 verneinte der *US Supreme Court* dies für den Regelfall.[337] Eine Ausnahme ließ der *US Supreme Court* aber für den Fall zu, dass die *Constructive Dismissal* des Arbeitnehmers ihre Ursache in einem „*Official Act*" des Vorgesetzten hat. Dieser Akt und nicht allgemein das feindliche Arbeitsumfeld muss die Kündigung mit verursacht haben.

Sowohl in der EU als auch in Deutschland besteht ein umfassendes Verbot von sexueller Belästigung. Es unterscheidet ebenfalls die beiden oben erwähnten Formen von sexueller Benachteiligung. § 3 Abs. 4 AGG unterscheidet zwischen einer sexuellen Benachteiligung, die die Würde der betreffenden Person verletzt und einer solchen, durch die ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Ausweislich § 22 AGG ist der Anspruchsteller und damit der Arbeitnehmer für das Vorliegen einer sexuellen Belästigung darlegungs- und beweispflichtig.

4.2.2 Schwangerschaft

Der *Pregnancy Discrimination Act* (PDA) ist eine Ergänzungsvorschrift zu *Title VII* des *Civil Rights Act* und bestimmt, dass eine Diskriminierung wegen des Geschlechts im Sinne des *Title VII* auch bei einer Ungleichbehandlung aufgrund von Schwangerschaft

[335] Thüsing/Leder, NZA 2006, 1315.
[336] Siehe hierzu oben, § 1 D. III., und einerseits S. Caridad v. Metro-N. Commuter R.R., 191 F.3d 283, 294 (2nd Cir. 1999) sowie andererseits Suders v. Easton, 325 F.3d 432, 461 (3rd Cir. 2003).
[337] Pennsylvania State Police v. Suders 542 U.S. 129 (2004).

vorliegt.[338] Nach dem *PDA* muss eine schwangere Arbeitnehmerin in den USA genauso wie alle anderen Arbeitnehmer nach ihrer Qualifikation und Leistungsfähigkeit beurteilt und behandelt werden.[339] Der *PDA* soll insbesondere verhindern, dass ein Arbeitgeber die Möglichkeit hat, eine Frau wegen ihrer Schwangerschaft zu kündigen oder bei der Beförderung zu übergehen. Wenn eine Arbeitnehmerin aufgrund einer Schwangerschaft oder der Geburt eines Kindes arbeitsunfähig wird, muss sie genauso wie andere Arbeitnehmer behandelt werden, die Fehlzeiten haben, weil sie arbeitsunfähig sind.[340] Der Fall, dass eine Arbeitnehmerin aufgrund einer Schwangerschaft arbeitsunfähig wird, wird den Fällen von Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit gleichgestellt. Demzufolge muss dann auch das entsprechende Handeln des Arbeitgebers wie z. B. Zahlungen an die Gesundheits- und Arbeitsunfähigkeitsversicherung zu leisten, unter denselben Bedingungen auf diesen Fall übertragen und angewendet werden. Der *Familiy and Medical Leave Act* (*FMLA*) verlangt zudem von privaten Arbeitgebern, die 50 oder mehr Mitarbeiter beschäftigen, qualifizierte Arbeitnehmerinnen bis zu zwölf Arbeitswochen im Jahr für die Geburt oder die Adoption eines Kindes oder für die Pflege eines kranken Kindes bezahlt zu beurlauben. In Deutschland wird die ungünstigere Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft ebenfalls als eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts gewertet.[341]

4.2.3 *Fetal Protection Policies*

Die amerikanischen Gerichte befassten sich in den letzten Jahren häufig mit verschiedenen Unternehmensrichtlinien über die Einstellung von Frauen, die schwanger sind oder sich in einem Alter befinden, in dem sie möglicherweise schwanger werden könnten. Der *US Supreme Court* untersagte eine *Policy,* wonach Frauen im „fruchtbaren" Alter Führungspositionen nicht bekleiden durften.[342] Das Unternehmen versuchte, diese Maßnahmen wegen des Stresses mit dem Schutz der ungeborenen Föten zu rechtfertigen und wollte hierdurch seine mögliche Haftung für missgebildete Säuglinge begrenzen. Das Gericht lehnte diese Begründung ab und begrenzte die Zulässigkeit

[338] Vgl. 42 U.S.C. § 2000e(k).
[339] Vgl. 42 U.S.C. § 2000e(k); 29 C.F.R. App.pt. 1604 Introduction.
[340] Vgl. 42 U.S.C. § 2000e(k); 29 C.F.R. § 1604.10.
[341] BAG v. 24.04.2008 – 8 AZR 257/07, NZA 2008, 1351; BAG v. 15.10.1992 – 2 AZR 227/92 BB 1993, 433; EuGH v. 08.11.1990 – C-177/88, NZA 1991, 171; EuGH v. 03.02.2000 – C-207/98, NZA 2000, 255.
[342] International Union, UAW v. Johnson Controls, Inc. 187, 55 FEP Cases (BNA) 365 (1991).

derartiger Sicherheitsvorkehrungen auf Fälle, in denen die Schwangerschaft die Arbeitnehmerin tatsächlich bei der Ausübung ihres Berufes behindert.[343] Der *US Supreme Court* wertete mit diesem Urteil erstmalig eine solche Firmenpolitik als einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts aus *Title VII Civil Rights Act*.

4.2.4 Sexuelle Orientierung

Der Wortlaut von *Title VII Civil Rights Act* erfasst nicht die sexuelle Orientierung. Die Mehrheit der US-Gerichte dehnte den Anwendungsbereich deshalb auch hierauf aus.[344] Einige US-amerikanische Gerichte weiteten den Anwendungsbereich der Geschlechterdiskriminierung jedoch auch auf Fälle von Diskriminierung wegen nicht geschlechtskonformen Verhaltens aus.[345] So entschied der *6th Circuit*, dass sich ein transsexueller Feuerwehrmann auf eine Diskriminierung wegen seines Geschlechts im Sinne von *Titel VII* berufen kann, wenn er aufgrund seines nicht geschlechtsbezogenen Verhaltens benachteiligt wird.[346] Die Einschätzung des Arbeitgebers, der Feuerwehrmann verhalte sich „zu weiblich", sei vergleichbar mit einem Urteil des *US Supreme Court*, wonach eine verbotene Benachteiligung wegen des Geschlechts vorliege, wenn eine Arbeitnehmerin nicht befördert werde, weil ihr Arbeitgeber sie für „zu macho" halte.[347] Derzeit steht in der Diskussion, ein Bundesgesetz zu erlassen, das Homosexuellen, Lesben und Bisexuellen auf dem Arbeitsplatz Schutz vor Diskriminierung gewähren soll. Das AGG verbietet hingegen eine Benachteiligung wegen der sexuellen Identität und der sexuellen Orientierung.[348] In Abgrenzung zum Verbot der Geschlechterdiskriminierung geht es hier um den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung. Hiervon erfasst ist die Frage, welche Geschlechtszugehörigkeit jemand für sich selbst sieht.

4.3 Religion

Titel VII des *Civil Rights Act* verbietet die Ungleichbehandlung aufgrund religiöser Überzeugung im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses. Der *US Supreme Court* defi-

---

343 International Union, UAW v. Johnson Controls, Inc. 187, 55 FEP Cases (BNA) 365 (1991).

344 Bibby v. Philadelphia Coca Cola Bottling Co., No. 00-1261, 2001 WL 919976, 86 FEP Cases (BNA) 553 (3rd Cir. 2001); Rene v. MGGM Grand Hotel, Inc., 243 F.3d 1206, 80 Empl.Prac.Dec. (CCH) P40432 (9th Cir. 2001), 123 S.Ct. 1573, 91 FEP Cases (BNA) 608 (2003).

345 Hamner v. St. Vincent Hosp. & Care Ctr., Inc., 224 F. 3d 701 (7th Cir. 2000); Higgins v. New Balance Athletic Shoe, Inc., 194 F.3d 252 (1st Cir. 1999); Williamson v. A.G. Edwards & Sons, Inc., 876 F.2d 69 (8th Cir. 1989).

346 378 F.3d 566 (6th Cir. 2004); Barnes v. City of Cincinnati, 401 F. 3d 729 (6th Cir. 2005).

347 Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228 (1989).

348 Vgl §§ 1 i.V.m. 3 AGG.

niert Religion als aufrichtigen Glauben an Gott, der das Leben jedes einzelnen bestimmt.[349] Nach der *EEOC*, die für die Auslegung und Durchsetzung der Diskriminierungsgesetze zuständig ist, soll eine religiöse Überzeugung bereits dann vorliegen, wenn ein Einzelner seinen persönlichen Glauben mit der Stärke einer traditionellen religiösen Weltanschauung ausübt. Er muss hierfür nicht einer religiösen Gruppe angehören.[350] Der Glaube des Einzelnen verdient auch dann Schutz, wenn sein Glaube für andere unbegreiflich oder inkorrekt ist. Eine religiöse Überzeugung im Sinne des *Titel VII* ist hingegen nicht gegeben, wenn der Glaube eines Individuums auf einer bestimmten politischen Richtung, einem Pragmatismus, einer Berechnung oder einer Zweckmäßigkeit beruht. Veganismus fällt z. B. nicht unter den Begriff der Religion, aber das Bekenntnis zur Gruppe Scientology schon. In Deutschland ist die Benachteiligung wegen der Religion oder der Weltanschauung ebenfalls verboten. Religion beruht nach deutscher Auffassung auf der subjektiven Gewissheit der Eingliederung des Einzelnen in einen Zusammenhang, der nicht mit menschlichen Maßstäben zu beurteilen oder durch wissenschaftliche Erkenntnisquellen erschöpfend zu klären ist. Der Begriff der Weltanschauung erfasst dabei gedankliche Systeme, die das Weltgeschehen in großen Zusammenhängen werten, ohne dabei auf Gott, das Jenseits oder andere transzendente Bezüge zu verweisen. Diese Definition ist damit enger gefasst als die im US-amerikanischen Recht.

Wie in Deutschland findet in den USA das Verbot der Ungleichbehandlung wegen religiöser Überzeugung bei kirchlichen Arbeitgebern, religiösen Zusammenschlüssen und Gemeinden sowie auf Bildungseinrichtungen in den USA keine Anwendung.[351] Überdies sind sowohl in den USA als auch in Deutschland Schulen, Universitäten oder andere Bildungseinrichtungen, deren Träger eine Kirche ist oder deren Träger von einer kirchlichen Einrichtung finanziell unterstützt werden, an das Verbot nicht gebunden.

Das Verbot der Diskriminierung aufgrund religiöser Überzeugung in *Title VII Civil Rights Act* verpflichtet den Arbeitgeber nicht nur, jede vorsätzliche, zielgerichtete diskriminierende Maßnahme zu unterlassen, sondern auch dazu, in einem zumutbaren Ausmaß auf die religiöse Überzeugung einzelner Arbeitnehmer beim Vollzug allgemeiner Betriebsregeln Rücksicht zu nehmen und eventuell Ausnahmen zuzulassen.[352] Der Arbeitgeber kann verpflichtet sein, die Arbeitsumgebung in angemessener Art und Weise

[349] United States v. Seeger, 380 U.S. 163, 166 (1965).
[350] EEOC Decision No. 71-799 (1979), Empl. Prac. Guide (CCH), 6180; EEOC Decision No. 76-104, 12 Fair Empl.Prac.Cas. (BNA) 1359.
[351] Vgl. 42 U.S.C. § 2000e-1.
[352] Vgl. 42 U.S.C. § 2000e (j).

der Religion einzelner Mitarbeiter anzupassen. Diese Verpflichtung besteht jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die Anpassungen ohne unangemessene Auswirkungen auf die Leitung und den Arbeitsablauf des Betriebes durchgeführt werden können. Ob die von der Belegschaft erwünschten Anpassungsmaßnahmen eine unangemessene Härte für den Arbeitgeber bedeuten, hängt von der Größe des Unternehmens, dem jeweiligen Geschäftsfeld des Arbeitgebers, der Art der einzelnen Anpassungsmaßnahmen und der hierfür entstandenen Kosten ab. Darüber hinaus muss berücksichtigt werden, ob die Arbeitnehmer die eingeführten Anpassungsmaßnahmen während der Arbeitszeit beanspruchen. Beispiele für angemessene Anpassungsmaßnahmen sind die Erlaubnis, während der regulären Arbeitszeit eine Pause für religiöse Praktiken einzulegen,[353] sowie die Flexibilität im Hinblick auf die Kleiderordnung oder die Möglichkeit des freiwilligen und eigenständigen Austauschens des Dienstplans.[354] Zudem besteht für den Arbeitgeber die Möglichkeit, das Arbeitsumfeld anzupassen, indem er eine Neuordnung oder Übertragung auf andere Aufgabenbereiche vornimmt, Flexibilität im Erscheinungsbild zulässt oder die Erlaubnis erteilt, freiwillig Arbeitspläne zu tauschen.[355] In Deutschland entschied das Bundesverfassungsgericht zu der Frage, ob eine muslimische Lehrerin mit Kopftuch an einer staatlichen Schule unterrichten darf, dass ein derartiges Verbot das Grundrecht auf Religionsfreiheit verletze. Jedoch sei es den einzelnen Ländern freigestellt, das Tragen eines Kopftuches in einer staatlichen Schule einfach gesetzlich zu verbieten.[356] Das gesetzliche Verbot, als Lehrerin an einer staatlichen Schule ein Kopftuch zu tragen ist unter anderen von Nordrhein-Westfalen, Bayern und Baden-Württemberg eingeführt worden. Ebenso ist der gläubige Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der betrieblichen Belange wegen seiner Grundrechte aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG grundsätzlich berechtigt, seinen Arbeitsplatz zur Abhaltung kurzzeitiger Gebete zu verlassen. Jedoch darf der Arbeitnehmer dies nicht ohne Rücksprache mit seinem Vorgesetzten tun.[357]

4.4 Erbanlagen

Eine Diskriminierung wegen bestimmter Erbanlagen liegt vor, wenn ein Mitarbeiter schlechter behandelt wird, weil eine DNA-Abweichung die Wahrscheinlichkeit steigert, dass später eine bestimmte Krankheit auftreten wird. Ein Beispiel hierfür ist, dass bei einem Chemiefacharbeiter während der Bewerbungsphase eine erblich bedingte

[353] Vgl. 29 C.F.R. § 1605.3.
[354] Vgl. 29 C.F.R. § 1605.3.
[355] Vgl. 29 C.F.R. § 1605.3.
[356] BVerfG v. 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02, NJW 2003, 3111.
[357] LAG Hamm v. 26.02.2002 – 5 Sa 1582/01, NZA 2002, 1090.

Krankheit diagnostiziert wird, die zur Folge hat, dass der Bewerber eine Veranlagung für ein schweres Leiden hat, das durch den Umgang mit bestimmten Werkstoffen zum Ausbruch kommen kann, aber nicht muss.

Zum Schutz der Arbeitnehmer erließ der *US Congress* hierzu im Jahre 2008 den „*Genetic Information Nondiscrimination Act*".[358] Dieser verbietet den Missbrauch von Erbinformationen durch den Arbeitgeber und durch Krankenversicherungen. Der Arbeitgeber darf demnach Entscheidungen über Einstellung, Entlassung oder Beförderung nicht aufgrund von Erbinformationen über die jeweils betroffene Person fällen. Folglich darf niemand wegen genetischer Defekte oder wegen der Weigerung, sich einem genetischen Test zu unterziehen, benachteiligt werden.

4.5 Behinderung

4.5.1 Schutzbereich

Der Schutzbereich des *ADA* erfasst die Ungleichbehandlung aufgrund einer körperlichen oder geistigen Behinderung im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses.[359] Arbeitgeber, die mindestens 15 Mitarbeiter beschäftigen, müssen die Bestimmungen des *ADA* beachten.[360]

Ein Arbeitnehmer ist im Sinne dieses Gesetzes behindert,

- wenn er eine physische oder mentale Beeinträchtigung hat, die im Wesentlichen mindestens eine seiner täglichen Hauptaktivitäten beeinträchtigt,
- wenn er diese Beeinträchtigung nachweisen kann,
- oder er als jemand angesehen wird, der offensichtlich eine solche Beeinträchtigung hat.[361]

Eine Behinderung ist demgegenüber nach dem wesentlich engeren Verständnis des AGG eine Einschränkung, die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betreffenden am Berufsleben bildet.[362] Demnach liegt eine Behinderung nur vor, wenn

[358] Pub. L. 110-233, 122 Stat. 881.
[359] Vgl. 42 U.S.C. § 12101.
[360] Vgl. 42 U.S.C. § 12111(5).
[361] Vgl. 42 U.S.C. § 12102(2).
[362] EuGH v. 11.07.2006 – C 13/05, NZA 2006, 839 (Navas).

eine körperliche oder geistige Einschränkung besteht, die der betreffenden Person die Möglichkeit nimmt, sich am Berufsleben so zu beteiligen, wie dies altersentsprechend gesunden Personen der selben Berufsgruppe möglich ist. Den einzelnen US-amerikanischen Bundesstaaten steht es frei, einen höheren Mindestschutz für Menschen mit einer Behinderung einzuführen, als er nach dem *ADA* vorgegeben ist. Kalifornien hat z. B. ein Gesetz eingeführt, wonach diejenigen geschützt werden, die in der Hauptaktivität ihres Lebens eingeschränkt sind, ohne Rücksicht auf die Auswirkung mildernder Mittel wie z. B. Brillen oder Medikamente. Danach dürfte nahezu jeder Mensch eine Behinderung anführen. Dieser einzelstaatliche Schutz reicht somit wesentlich weiter als der Schutz des *ADA*. Um festzustellen, ob eine wesentliche Beeinträchtigung der Hauptaktivitäten vorliegt, überprüft die *EEOC* die Art und Schwere der Beeinträchtigung sowie die dauerhafte und langfristige Belastung durch die in Rede stehende Beeinträchtigung sowie die Fortdauer der Beeinträchtigung.[363] Temporäre Beeinträchtigungen, die nicht chronisch sind und nur während eines kurzen Zeitraums auftreten, wie ein gebrochener Arm oder eine Influenza, fallen nicht unter den Begriff der Behinderung.[364] Der Schutz des *ADA* besteht des weiteren nur, wenn die jeweilige behinderte Person für den besagten Job auch qualifiziert ist.[365] Eine solche Berufsqualifikation im Sinne dieses Gesetzes liegt vor, wenn die betreffende Person das entsprechende Fachkönnen, die Erfahrung und Ausbildung für den jeweiligen Job vorweisen kann.[366] Zudem muss sie mit oder ohne angemessene Anpassungsmaßnahmen im Stande sein, die essentiellen Aufgaben ihres Berufs ausführen zu können.[367]

4.5.2 Angemessene Anpassungsmaßnahmen durch den Arbeitgeber

Der Arbeitgeber ist im Rahmen des Zumutbaren dazu verpflichtet, den Arbeitsplatz der Behinderung anzupassen.[368] Unter einer Anpassungsmaßnahme versteht man allgemein jede Veränderung des Arbeitsumfeldes, die es dem Einzelnen ermöglicht, trotz seiner Behinderung dieselben Chancen im Berufsleben zu haben wie andere gesunde Personen.[369]

[363] Vgl. 29 C.F.R. pt. 1630 App.,§ 1630.2 (j).
[364] Vgl. 29 C.F.R. § 1630.2(j).
[365] Vgl. 42 U.S.C. § 12111(8).
[366] Vgl. 29 C.F.R. § 1630.2(m).
[367] Vgl. 29 C.F.R. § 1630.2(m).
[368] Vgl. 42 U.S.C. §§ 12111(9), 12112(b)(5)(A).
[369] Vgl. 29 C.F.R. pt. 1630, App. § 1630.2(0).

Nach ständiger Rechtsprechung und der Auffassung der *EEOC* muss sich der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer beraten, um adäquate Mittel für die Anpassungsmaßnahmen zu finden,[370] sobald der Arbeitnehmer den ausreichenden Nachweis erbracht hat, dass er Schwierigkeiten hat, seinen Job aufgrund einer körperlichen oder geistigen Beeinträchtigung auszuführen und diese Beeinträchtigung als Behinderung unter den Schutz des *ADA* fällt.[371]

Wenn eine beruflich qualifizierte Person mit einer Behinderung eine angemessene Anpassungsmaßnahme gefordert hat, um ihren Job ausführen zu können, dann muss der Arbeitgeber:

- die jeweilige Beschäftigung und die entsprechenden Zielsetzungen analysieren sowie die entscheidenden Arbeitsabläufe herausarbeiten.
- die Person, die die Behinderung aufweist, befragen und sich mit ihr beraten, um die konkrete Beeinträchtigung während der Ausführung des Jobs herauszufinden, und diese Beeinträchtigung mit Hilfe einer angemessenen Anpassungsmaßnahme zu überwinden.
- in Absprache mit dem Einzelnen bestimmte Anpassungsmaßnahmen festlegen.[372]

Die Maßnahme ist angemessen, wenn der Arbeitgeber sie ohne übermäßige Schwierigkeiten in seinem Unternehmen umsetzen kann.[373] Dabei darf er z. B. folgende Punkte in seine Umsetzung mit einbeziehen:[374]

- Anspruch auf Teilzeitarbeit,
- Zuweisung auf eine derzeit unbesetzte andere Stelle,
- Erneuerung und Veränderung der Betriebsanlage oder der Betriebseinrichtung.

Der Arbeitgeber ist jedoch von der Verpflichtung, eine angemessene Anpassung der Arbeitsbedingungen vorzunehmen, befreit, wenn dies für ihn eine unangemessene

[370] Barnett v. US Air, Inc., 228 F.3d 1105, 1111-14 (9th Cir. 2000); 29 C.F.R. § 1630.2(0)(3); 29 C.F.R. Pt. 1630, App. § 1630; EEOC Enforcement Guidance: Reasonable Accommodation and Undue Hardship Under the Americans with Disabilities Act, EEOC Compliance Manual (CCH), Vol. 2, § 902, No. 915.002 (2002), http://www.eeoc.gov/policy/docs/accommodation.html.
[371] Barnett v. U.S. Air, Inc., 228 F.3d 1105, 1112.
[372] Vgl. 29 C.F.R. pt. 1630, § 1630.9.
[373] Vgl. 29 C.F.R. § 1630.9(a).
[374] Vgl. 42 U.S.C. § 12111(9).

Härte darstellen würde.[375] Dies ist dann der Fall, wenn sie bedeutende Schwierigkeiten oder hohe Kosten verursacht.[376] Hierfür sind folgende Gesichtspunkte maßgeblich:[377]

– Eigenschaft und Anschaffungspreis der benötigten Anpassungsmaßnahme,
– Ausmaß der Maßnahme, Zahl der von der ihr betroffenen Arbeitnehmer sowie Art und Ort der vergünstigten Arbeitsbedingungen,
– Auswirkung der Anpassungsmaßnahme auf Aufbau und Arbeitsweise der Belegschaft,
– Auswirkung der jeweiligen Maßnahme auf die Geschäftsführung.

Ob sich eine einzelne Anpassungsmaßnahme in Form einer unbilligen Härte für den Arbeitgeber auswirkt, bestimmt sich durch individuelle Beurteilungskriterien, die sich auf aktuelle Umstände beziehen.[378] Generell erwarten die US-Gerichte von einem größeren Arbeitgeber, dass er mehr Anstrengungen auf sich nimmt, um Anpassungsmaßnahmen für seine Arbeitnehmer umzusetzen, als ein Arbeitgeber mit einem kleineren Betrieb und weniger Beschäftigten.[379] Auch in der EU ist der Arbeitgeber verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen einer Behinderung zu treffen. Dabei verlangt das deutsche AGG – im Gegensatz zum US-amerikanischen Recht – vom Arbeitgeber ausdrücklich auch vorbeugende Schutzmaßnahmen. Welche Maßnahmen erforderlich sind, um unerwünschten Benachteiligungen entgegenzuwirken, ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls anhand objektiver Gesichtspunkte zu beurteilen.[380] Für den Umfang der Schutzpflichten kommt es nach dem AGG nicht auf die subjektive Einschätzung auf Arbeitnehmer- oder Betriebsratseite, sondern auf einen Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers an. Dies ist ein Unterschied zum US-amerikanischen Recht, weil dort nicht auf den Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers abgestellt wird, sondern vielmehr darauf, auf was sich die Parteien als erforderliche Anpassungsmaßnahme einigen. Die im Einzelfall erforderlichen Maßnahmen hängen in Deutschland ebenfalls von der Größe des Unternehmens und des Betriebes und der Eigenverantwortung der Mitarbeiter ab.

---

375 Vgl. § 12112(b)(5)(A).
376 Vgl. 42 U.S.C. § 12111(10); 29 C.F.R. § 1630.2(p)(2).
377 Vgl. 42 U.S.C. § 12111 (10); EEOC Enforcement Guidance: Reasonable Accommodation and Undue Hardship Under the Americans with Disabilities Act, EEOC Compliance Manual (CCH), Vol. 2, § 902, No. 915.002 (2002), http://www.eeoc.gov/policy/docs/accommodation.html.
378 Vgl. 29 C.F.R. § 1630.15 (d).
379 Vgl. 29 C.F.R. § 1630.15 (d); EEOC Enforcement Guidance: Reasonable Accommodation and Undue Hardship Under the Americans with Disabilities Act, EEOC Compliance Manual (CCH), Vol. 2, § 902, No. 915.002 (Oct. 17,2002), http://www.eeoc.gov/policy/docs/accommodation.html.
380 BT-Drucks. 16/1780, S.37.

IV. Rechtfertigungsgründe für verbotenes Verhalten und verbotene Maßnahmen

Sowohl in den USA als auch in der EU ist es möglich, dass diskriminierendes Verhalten zulässig ist, weil es durch einen Rechtfertigungsgrund getragen wird. Die Rechtfertigungsgründe, die das US-amerikanische Recht kennt, sind den Rechtfertigungsgründen der EU und denen des AGG sehr ähnlich.

1. Erforderliche Berufsqualifikationen (*Bona Fide Occupational Qualification Defense*)

In den USA bestimmen *Title VII* des *Civil Rights Act* und der *ADEA*, dass eine Ungleichbehandlung aufgrund bestimmter beruflicher Anforderungen zulässig ist.[381] Demnach ist eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt, wenn eine bestimmte Berufsqualifikation für den Betrieb eines einzelnen Unternehmens erforderlich ist (*Bona Fide Occupational Qualification Defense, BFOQ*). Dies beruht auf der Überzeugung des US-Gesetzgebers, dass man der unternehmerischen Freiheit bei der Begründung und Gestaltung von Arbeitsverhältnissen in Bezug auf deren funktionale Kompatibilität mit der betrieblichen Organisation einen gewissen Spielraum einräumen muss.[382] Zwischen dem Diskriminierungsschutz und der unternehmerischen Freiheit ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abzuwägen. Eine geschlechtsbezogene Stellenbesetzung kann unter die Ausnahmevorschrift der *BFOQ* fallen, wenn sie aufgrund einer therapeutischen Behandlung notwendig ist.[383] Geschlechtsbezogene Personalbesetzungen können auch rechtmäßig sein, um sexuellen Missbrauch in Gefängnissen zu bekämpfen und geeignete Sicherheitsmaßnahmen zu gewährleisten.[384] Wenn ein Arbeitgeber für die Rechtfertigung den *BFOQ* bemühen will, muss er beweisen, dass die berufliche Anforderung in Beziehung zu der beruflichen Leistung steht, und dass sie für die Erbringung der beruflichen Leistung notwendig ist. Überdies muss er den Nachweis erbringen, dass die berufliche Leistung auf das Wesen des arbeitgeberischen Betriebes einwirkt. Die Ausnahme nach dem *BFOQ* wird von dem Gericht ausgelegt. In Deutschland besteht ebenfalls die Möglichkeit, einzelne Personen aufgrund beruflicher Anforderungen ungleich zu behandeln. Maßgeblich ist nach dem Gesetzeswortlaut, dass sich die Anforderungen aus der Art der auszuübenden Tätigkeit ergeben. Sie müssen

[381] Vgl. 42 U.S.C. § 2000e-2(e); 29 U.S.C. § 623 (f) (1).
[382] Vgl. 42 U.S.C. § 2000e-2(e); 29 U.S.C. § 623 (f) (1).
[383] Healy v. Southwood Psychiatric Hosp., 78 F.3d 128 (3rd Cir. 1996).
[384] Everson v. Michigan Dep`t of Corr., 391 F.3d 737 (6th Cir. 2004).

also tätigkeitsbezogen sein. Dies ist z. B. der Fall, wenn das Vorhandensein eines an sich unzulässigen Merkmals biologisch für die Tätigkeit notwendig ist (z. B. Amme).

2. Betriebswirtschaftliche Gründe (*Business Necessity/Job-Relatedness*)

In den USA können als Rechtfertigungsgründe für Benachteiligungen aufgrund von *Title VII* des *Civil Rights Act* zudem betriebswirtschaftliche Erfordernisse angeführt werden.[385] Ein solcher Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung ist in der EU ebenfalls anerkannt. In den USA sind unter dem *ADA* Arbeitgebermaßnahmen, die Menschen mit einer Behinderung benachteiligen, erlaubt, wenn ein Arbeitgeber nachweisen kann, dass diese Praxis tätigkeitsbezogen und aufgrund der betriebswirtschaftlichen Erfordernisse notwendig ist.[386]

3. Rechtfertigungsgründe aufgrund des *ADEA*

Im US-amerikanischen Recht gibt es unter dem *ADEA* drei gesetzlich festgeschriebene Ausnahmen, wonach eine Ungleichbehandlung aufgrund des Alters gerechtfertigt ist:[387]

- Eine Ungleichbehandlung ist möglich, wenn das Alter eine angemessene Berufsqualifikation darstellt, die für den betrieblichen Erfolg des jeweiligen Unternehmens oder für die öffentliche Sicherheit erforderlich ist. Eine Ungleichbehandlung ist z. B. erlaubt, wenn ein Unternehmen eine Person bestimmten Alters sucht, die für eine Antifaltencreme werben soll. Da diese Antifaltencreme nur für eine bestimmte Altersgruppe hergestellt wird, sollen die Werbemaßnahmen auch ausschließlich diese Altersgruppe ansprechen. Es ist deshalb notwendig, dass sich die Werbeperson in demselben Alter befindet wie die entsprechende Zielgruppe. Das Alter stellt hier eine angemessene Berufsqualifikation dar.
- Ferner ist eine Diskriminierung gerechtfertigt, wenn die durch den Arbeitgeber ergriffene Maßnahme auf vernünftigen Gesichtspunkten (mit Ausnahme des Alters) beruht. So ist z. B. ein Fitnesstest für die Bewerber bei der *US-Army*, auch wenn er mittelbar diskriminierend für die einzelnen Bewerber sein kann, gerechtfertigt, da das berufliche Aufgabenfeld eines Soldaten körperliche Tauglichkeit und Fitness voraussetzen.

[385] Vgl. 42 U.S.C.§ 2000e-2(k)(1)(A)(i).
[386] Vgl. 42 U.S.C. § 12112 (b) (6).
[387] Vgl. 29 U.S.C. § 623 (f).

– Schließlich ist auch eine durch den Arbeitgeber ergriffene Maßnahme, die auf Grundlage einer betrieblichen Sozialzulage durchgeführt worden ist, durch die Ausnahmevorschriften gerechtfertigt, auch wenn sie ältere Arbeitnehmer benachteiligt. Es ist z. B. zulässig, dass die betrieblichen Sozialzulagen für jüngere und ältere Mitarbeiter gleich hoch sind und sich nicht nach dem Lebensalter und/oder der Betriebszugehörigkeit richten.

Wenn der Arbeitgeber behauptet, es liege die erste Ausnahme vor, da aufgrund der öffentlichen Sicherheit das Alter als Gesichtspunkt in die Entscheidung über das Beschäftigungsverhältnis einfließen müsse, obliegt ihm die Beweislast, dass eine Altersgrenze auch die Wirkung entfaltet, öffentliche Sicherheit zu wahren.[388] Ferner muss er den Beweis führen, dass keine andere Möglichkeit zur Herstellung der öffentlichen Sicherheit besteht, die sich weniger diskriminierend auswirkt.

Ein Vergleich mit Deutschland zeigt, dass auch hier eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters gerechtfertigt sein kann. Die Ungleichbehandlung muss objektiv, angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein. In Deutschland gibt es ebenfalls kodifizierte Ausnahmen wie z. B. Sozialpläne oder betriebliche Altersvorsorge. Es muss sich bei den Rechtfertigungsgründen um wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen handeln. Maßgeblich ist also das öffentliche oder private Interesse daran, dass auf dem jeweiligen Arbeitsplatz nur jemand beschäftigt wird, der in besonderem Maße erwarten lässt, dass er den Anforderungen genügt. Das BAG entschied, dass eine Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten, die gewerbsmäßig Großflugzeuge fliegen, im Hinblick auf das Interesse des Luftfahrtunternehmens an der Gewährleistung der Sicherheit des Luftverkehrs rechtlich nicht zu beanstanden sei.[389] In dieser Entscheidung wog das BAG das Interesse des Einzelnen am Verbleib im Beruf und damit seinem Grundrecht auf Berufsfreiheit gegen das Interesse der Allgemeinheit an der besonderen Belastbarkeit und der schnellen Reaktionsfähigkeit ab. In Deutschland kann eine unmittelbare Benachteiligung nur durch die §§ 5, 8-10 AGG gerechtfertigt werden. Dort sind die Rechtfertigungsgründe für eine unmittelbare Diskriminierung ausdrücklich aufgezählt.

[388] Vgl. 29 U.S.C. § 623 (f).
[389] BAG v. 20.02.2002 – 7 AZR 748/00, NZA 2002, 789.

V. Vergeltungsmaßnahmen des Arbeitgebers (*Retaliation*)

Arbeitnehmer, die rechtswidriges Verhalten des Arbeitgebers am Arbeitsplatz bekannt machen, werden *Whistleblower* genannt.[390] Häufig kommt es zwischen den *Whistleblowern* und dem Arbeitgeber anschließend zu Auseinandersetzungen. In den USA gibt es daher entsprechende Schutzvorschriften für Arbeitnehmer. Viele einzelstaatliche Antidiskriminierungsgesetze untersagen Arbeitgebern, sich an Arbeitnehmern zu rächen, wenn diese im Rahmen ihres Beschäftigungsverhältnisses unrechtmäßige Praktiken und Diskriminierungen von Arbeitgeberseite dokumentiert oder sich gegen diese gewehrt haben.[391] Eine Vergeltungsmaßnahme des Arbeitgebers liegt vor, wenn sie sich als grundlegende negative Änderung des Beschäftigungsverhältnisses auswirkt. Das ist der Fall, wenn sie für den Arbeitnehmer eine Störung des Beschäftigungsverhältnisses darstellt. Mögliche Vergeltungsmaßnahmen des Arbeitgebers sind die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, die Ablehnung einer Wiedereinstellung, das Ausbleiben der Beförderung, der materielle Gewinnverlust, Schikane wegen ergriffener Gegenmaßnahmen oder andere disziplinarische Maßnahmen.[392] Das US-amerikanische Recht schützt die betroffenen Arbeitnehmer durch Beweiserleichterungen, Rückgängigmachung der Vergeltungsmaßnahmen, Schadensersatz und Strafzahlungen.

Um einen Prozess wegen einer behaupteten Vergeltungsmaßnahme zu gewinnen, muss der betroffene Arbeitnehmer nachweisen, dass

- sein Verhalten rechtlich geschützt war,
- ihn eine Maßnahme des Arbeitgebers zeitlich nach der Ausübung des geschützten Verhaltens getroffen hat,
- ein kausales Verhältnis zwischen den ersten beiden Voraussetzungen besteht.[393]

Die Voraussetzungen sind also nicht gegeben, wenn die nachteilige Arbeitgebermaßnahme zeitlich vor der geschützten Handlung des Arbeitnehmers liegt.[394] Folgt die Ar-

[390] Siehe hierzu auch oben, § 1 D. II. 2. 2.3.
[391] Vgl. 42 U.S.C. § 2000e-3(a); 29 U.S.C. § 623 (d), 42 U.S.C. § 12203 (a).
[392] Weissmann v. Dawn Joy Fashions, Inc., 214 F. 3d 224, 234, 10 AD Cases (BNA) 1166 (2nd Cir. 2000).
[393] McCue v. Kansas Dep`t of Human Res., 165 F.3d 784 (10th Cir. 1999); Higdon v. Jackson, 393 F.3d 1211 (11th Cir. 2004); Kasper v. Federated Mutual, 425 F.3d 496 (8th Cir. 2005); Gonzalez v. Ingersoll Milling Mach. Co., 133 F.3d 1025, 1035, 75 FEP Cases (BNA) 1624 (7 th Cir. 1998); Reed v. A.W. Lawrence & Co., 95 F. 3d 1170, 1178, 72 FEP Cases (BNA) 1345 (2nd Cir. 1996).
[394] Little v. Windermere Relocation, Inc., 265 F. 3d 903 (9th Cir. 2001).

beitgebermaßnahme aber zeitlich unmittelbar auf die geschützte Tätigkeit des Arbeitnehmers, werten Gerichte dies als Anscheinsbeweis für eine Vergeltungsmaßnahme des Arbeitgebers.[395] Dann obliegt dem Arbeitnehmer nur noch der Nachweis, dass der Arbeitgeber sein Verhalten kannte und dass eine kausale Verknüpfung zwischen der geschützten Tätigkeit und der nachteiligen Arbeitgebermaßnahme besteht. Es besteht nicht die Möglichkeit, gegen eine nachteilige Arbeitgebermaßnahme, die noch nicht abgeschlossen ist, gerichtlich vorzugehen. Persönliche Konflikte unter Kollegen stellen keine Vergeltungsmaßnahmen im Sinne des *Title VII* des *Civil Rights Act* dar.

Anders als in den USA gibt es derzeit weder auf europäischer Ebene noch in Deutschland spezielle Regelungen für *Whistleblower*. Vielmehr stehen den betroffenen Arbeitnehmern hierzulande die klassischen arbeitsrechtlichen Instrumentarien zur Verfügung. Falls ein betroffener Arbeitnehmer z. B. von seinem Arbeitgeber gekündigt wird, muss dieser Kündigungsschutzklage erheben.

B. Rechtsfolgen von Diskriminierungen

I. Rechtsfolgen von unmittelbarer Diskriminierung aus *Title VII* des *Civil Rights Act*

In den USA kann der Arbeitnehmer nach einer diskriminierenden Maßnahme nach *Title VII* des *Civil Rights Act* eine Unterlassungsverfügung anstrengen, materiellen und immateriellen Schadensersatz geltend machen, einen Strafzuschlag (*Punitive Damages*) zum Schadensersatz beantragen oder einen ähnlichen billigkeitsrechtlichen Anspruch vor Gericht durchsetzen.[396] Der vom Arbeitgeber zu entrichtende Schadensersatz und die Strafzuschläge sind allerdings begrenzt auf 300.000 US-Dollar pro Verstoß. Diese Grenze kann geringer ausfallen, wenn die Zahl der Mitarbeiter in dem Unternehmen klein ist. Besonders hohe Schadensersatzsummen kommen in den USA in der Regel aufgrund von Sammelklagen zustande, bei denen alle Verstöße und deren monetärer Schaden sowie die entsprechenden Strafzuschläge addiert werden. Nach dem *US Supreme Court* darf das Gericht den Arbeitgeber auch zu einem *Front Pay* für die Zukunft (Lohn- und Gewinnauszahlung für eine angemessene Zeitspanne) verurteilen.[397] Die Verurteilung des Arbeitgebers zu dieser Zahlung berührt nicht den etwaigen Straf-

[395] Evans v. City of Houston, 246 F.3d 344, 356, 85 FEP Cases (BNA) 1419 (5th Cir. 2001).
[396] Sowers v. Kemira, Inc., 701 F. Supp. 809, 46 FEP Cases (BNA) 1825 (S.D.Ga.1988).
[397] US Supreme Court in Pollard v. EI du Pont de Nemours 6 Co., 532 U.S. 843, 85 FEP Cases (BNA) 1217 (2001).

schadensersatz. Der Arbeitgeber wird in der Regel zu Schadensersatz verurteilt, wenn der Arbeitnehmer nachweisen kann, dass der Arbeitgeber mit Arglist oder mit unbesonnener Gleichgültigkeit gehandelt hat.[398] Außerdem kann der Arbeitgeber in den USA dazu verpflichtet werden, dem Arbeitnehmer den entgangenen Lohn zu zahlen. Ferner muss der Arbeitgeber damit rechnen, dass er den Arbeitnehmer wiedereinstellen muss und dessen Betriebszugehörigkeit rückwirkend angerechnet wird. Der Arbeitgeber wird nicht vom Gericht zu Schadensersatz verurteilt, wenn er in dem Glauben gehandelt hat, dass die durchgeführte Diskriminierung rechtmäßig war oder weil er glaubte, dass sie durch BFOQ gerechtfertigt ist. Zudem ist der Arbeitgeber nicht schadensersatzpflichtig, wenn die Diskriminierung durch seine leitenden Angestellten oder anderes Führungspersonal durchgeführt worden ist, und diese dabei gegen sein Bemühen gehandelt haben, die Rechte aus *Titel VII* nach Treu und Glauben zu befolgen.[399]

II. Rechtsfolgen von mittelbarer Diskriminierung aus *Title VII* des *Civil Rights Act*

Im Fall einer mittelbaren Diskriminierung kann der Arbeitgeber verpflichtet werden, dem Arbeitnehmer den entgangenen Lohn zu zahlen oder ihn wiedereinzustellen. Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Gleichstellung mit der bevorzugten Gruppe. Einen Anspruch auf Gleichstellung mit der Gruppe gibt es in Deutschland auch, so z. B. bei einer Staffelung der Grundvergütung nach dem Lebensalter.[400] Jedoch hat der betroffene Arbeitnehmer bei einer mittelbaren Diskriminierung keinen Anspruch auf Schadensersatz oder auf einen Strafzuschlag zum Schadensersatz. Die obsiegende Partei kann insoweit nur Erstattung der Anwaltsgebühren verlangen. In Deutschland steht dem Mitarbeiter, der Opfer einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung war, gemäß § 13 AGG ein Beschwerderecht zu. Der Arbeitgeber ist danach verpflichtet, Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung zu ergreifen. Zudem kann der betroffene Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch gemäß § 15 Abs. 1 AGG geltend machen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass den Arbeitgeber ein Verschulden im Hinblick auf die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung trifft. Überdies steht dem Arbeitnehmer ein eigenständiger verschuldensunabhängiger Entschädi-

[398] Vgl. 42 U.S.C. § 1981 a (b)(1).
[399] Zimmermann v. Assocs. First Capital Corp., 251 F.3d 376, 85 FEP Cases (BNA) 1505 (2nd Cir.2001).
[400] Vgl. ArbG Berlin v. 22.08.2007 -86 Ca 1696/07.

gungsanspruch gemäß § 15 Abs. 2 AGG zu. Diese Vorschrift verfolgt den Zweck, die Verletzung von Persönlichkeitsrechten zu sanktionieren. Demnach hat diese Regelung nicht lediglich Strafcharakter. Der Gedanke der Abschreckung, wie er bei den *Punitive Damages* in den USA zu finden ist, soll nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers hierzulande nicht im Vordergrund stehen.

III. Rechtsfolgen bei Diskriminierung aufgrund des *ADEA* und des *ADA*

Rechtsbehelfe wegen Diskriminierung finden sich auch im *ADEA* und im *ADA*. Sie umfassen Wiedereinstellung, Beförderung und finanziellen Schadensausgleich. Der pauschalierte Schadensersatz für vorsätzliche Verletzungen entspricht dem Zweifachen des tatsächlich entstandenen materiellen Schadens. Arbeitgeber können darüber hinaus für die angefallenen Rechtsanwaltsgebühren und die sonstigen Kosten in Haftung genommen werden, nicht aber für einen Strafzuschlag zum Schadensersatz oder einen entschädigenden Ausgleich.[401] Ein Anspruch auf Einstellung kann jedoch nicht geltend gemacht werden.

Ein Kläger, der beweisen kann, dass ein Verstoß gegen den *ADA* und den *ADEA* vorliegt, kann gegen diesen mit verschiedenen Rechtsbehelfen vorgehen. Die Gerichte haben eine breit angelegte Zuständigkeit, um Gesetzesverstößen abzuhelfen und Unterlassungsansprüche, Rückzahlungen, Wiedereinstellungen und Beförderungen zu gewähren.[402] Die Gerichte können den angegriffenen Arbeitgeber z. B. auch anweisen, bestimmte Beschäftigungsmethoden zu verändern oder abzuschaffen. Ferner dürfen sie bestimmen, dass dem obsiegenden Kläger die Rechtsanwaltsgebühren und die anderen anfallenden Kosten erstattet werden.

Das EEOC kann Abhilfe schaffen, selbst wenn der Kläger nicht anstrebt, die Klage weiterzuverfolgen und der einzelne Arbeitnehmer durch ein Schiedsgerichtsverfahren gebunden ist.[403]

---

[401] Snapp v. Unlimited Concepts, Inc. 208 F. 3d 928, 933 (11th Cir. 2000); Victa v. Merle Norman Cosmetics, Inc., 19 Cal. App. 4th 454, 462 (1993).
[402] Vgl. 42 U.S.C. § 12117 (a).
[403] EEOC v. Waffle House, Inc., 534 U.S. 279 (2002).

§ 3 Kollektives Arbeitsrecht

Unter dem Begriff *labor law* verbirgt sich aus amerikanischer Sicht primär das kollektive Arbeitsrecht. Hierzu zählen vor allem das Tarifvertrags- sowie das Arbeitskampfrecht.

Das kollektive Arbeitsrecht in den USA ist gekennzeichnet von der schwindenden Bedeutung der amerikanischen Gewerkschaften. Die Gewerkschaften gliedern sich nicht nach dem in Deutschland vorherrschenden Industrieverbandsprinzip, sondern nach dem Berufsverbandsprinzip, so dass im amerikanischen Tarifrecht eine Gewerkschaftspluralität besteht. Tarifverträge werden auf Betriebs- oder Unternehmensebene abgeschlossen. Die Tarifbindung von Arbeitnehmern wird auch nicht – anders als in Europa – durch staatliche Maßnahmen wie die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen erhöht. Voraussetzung dafür ist, dass eine Gewerkschaft erfolgreich ein Anerkennungsverfahren durchlaufen hat.

Im Vergleich zum kollektiven Arbeitsrecht in Deutschland kennt das kollektive Arbeitsrecht der USA weder ein Betriebsverfassungsrecht noch eine unternehmerische Mitbestimmung. Die Mitarbeiter haben keine Teilhabe an den unternehmenspolitischen Entscheidungen.

A. Koalitionsrecht

I. Koalitionsfreiheit

Die „Koalitionsfreiheit“ wird im amerikanischen Recht zwar grundsätzlich anerkannt. Die amerikanische Verfassung enthält jedoch keine ausdrückliche verfassungsrechtliche Verankerung der Koalitionsfreiheit, wie es das Grundgesetz in Art. 9 Abs. 3 GG vorsieht. Der *Supreme Court* leitet aber aus dem 5. bzw. 14. Verfassungszusatz einen kollektivarbeitsrechtlichen Mindestbestandsschutz her.[404] Danach darf keiner der Einzelstaaten Gesetze erlassen oder durchführen, die die Vorrechte oder Freiheiten von Bürgern der Vereinigten Staaten beschränken.[405]

Am meisten umstritten ist im US-amerikanischen Recht die Frage der Reichweite des Schutzbereiches der Koalitionsfreiheit und der Rechtfertigung für Eingriffe in das Grundrecht.

[404] Vgl. Bayreuther, ZfA 2009, 747.
[405] Siehe http://usa.usembassy.de/etexts/gov/gov-constitutiond.pdf.

Rechtsvergleichend zieht das amerikanische Recht den Schutzbereich des Koalitionsgrundrechts wesentlich enger als das deutsche Recht. Für Eingriffe in das Grundrecht bestehen relativ niedrige Rechtfertigungsschwellen. So ist es auf der Ebene des einfachen Rechts[406] dem Arbeitgeber gestattet, als Abwehrmittel gegen einen Streik andere Arbeitnehmer zum Ersatz für streikende Arbeitnehmer einzustellen. Betroffenen Arbeitnehmern steht dabei – sieht man von (regelmäßig vereinbarten) tarifvertraglichen Wiedereinstellungsklauseln ab – nur sehr bedingt ein Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Wiedereinstellung zu.

In Deutschland hingegen hängen die Rechtsfolgen eines Arbeitskampfes entscheidend davon ab, ob der Arbeitskampf rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Nur der rechtmäßige Arbeitskampf suspendiert die Hauptleistungspflichten des Arbeitsvertrages. Der Arbeitnehmer, der sich einem rechtmäßigen Streik anschließt, verletzt nicht die vertragliche Arbeitspflicht, erhält aber auch keine Vergütung.[407] Daher ist es ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer allein wegen der Streikbeteiligung an einem rechtmäßigen Streik kündigt. Nur die Beteiligung des Arbeitnehmers an einem rechtswidrigen Arbeitskampf kann hingegen eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen.

Das Recht eines Arbeitnehmers, einer Gewerkschaft nicht beitreten oder sich an einer gewerkschaftlichen Aktivität nicht beteiligen zu müssen, die sogenannte „negative Koalitionsfreiheit", ist in *Section 7 NLRA* einfachgesetzlich niedergelegt.[408]

Der *NLRA* und der *Railway Labor Act* (*RLA*) garantieren auf einfachrechtlicher Ebene die Koalitionsfreiheit. Diese beiden wichtigsten arbeitsrechtlichen Kodifikationen im kollektiven Arbeitsrecht werden im Folgenden dargestellt.

1. *National Labor Relations Act*

Der *NLRA* ist in den Vereinigten Staaten das wichtigste Gesetz zum kollektiven Arbeitsrecht. Es regelt die entscheidenden Grundfragen des Koalitions- und Tarifrechts in der Privatwirtschaft und beruht auf dem im Jahre 1936 erlassenen *Wagner Act*.

[406] NLRB v. Mackay Radio & Telegraph Co., 304 U.S. 333 (1938).
[407] BAG v. 28.01.1955 – GS 1/54, BAGE 1, 291.
[408] Vgl. 29 U.S.C. § 1577.

Dieser war während der Weltwirtschaftskrise eine von vielen Reformmaßnahmen, die der Kongress erließ, um die bestehende Massenarbeitslosigkeit und -armut zu lindern (*Second New Deal Phase* von 1934-36).

1.1 Die grundlegenden Prinzipien des *National Labor Relations Act*[409]

- Der *NLRA* wird von der Behörde für Arbeitsbeziehungen (*National Labor Relations Board*) verwaltet und durchgesetzt (*Sections* 3-6).
- Arbeitnehmer haben das Recht, sich zu Verhandlungseinheiten (*Bargaining Units*) zusammenzuschließen und zum Zweck von Tarifverhandlungen Vertreter (Gewerkschaften) ihrer eigenen Wahl zu bestimmen (*Section* 7).
- Verboten sind unrechtmäßige Arbeitgebermaßnahmen, *die Unfair Labor Practices* (*Section* 8).
- Die Gewerkschaften als Repräsentanten der Mitglieder einer Verhandlungseinheit werden in einer geheimen Wahl bestimmt. Die Gewerkschaft, die bei einer solchen Wahl eine Mehrheit der Abstimmenden erhält, vertritt alle Arbeitnehmer ungeachtet ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit. Der Arbeitgeber hat die von seinen Arbeitnehmern bestimmte Gewerkschaft als Tarifpartner anzuerkennen (*Section* 9).

Der *NLRA* etablierte erstmalig das Recht der Arbeitnehmer, sich gemeinschaftlich zu organisieren (u. a. in *Bargaining Units*) und kollektiv ihre Interessen zu vertreten. Die Arbeitnehmer erhielten das Recht, die Gewerkschaften als ihre Repräsentanten zu wählen und sie im Rahmen von Verhandlungen mit der Durchsetzung ihrer Interessen zu betrauen. Bestimmte Verhaltensweisen des Arbeitgebers konnten seit Erlass des *NLRA* als unrechtmäßige Arbeitgebermaßnahme, ein *Unfair Labor Practice*, identifiziert werden.[410] Insgesamt erweiterte der *NLRA* die Rechte, die der *RLA* im Jahre 1926 bereits für die Beschäftigten im Bahnwesen kodifiziert hatte.

Die amerikanische Gewerkschaftsbewegung war bis zum Erlass des *NLRA* gesetzlich nicht anerkannt und bestand weitgehend nur als eine Art Untergrundbewegung. Durch den Erlass des *NLRA* 1936 hatten sich die Machtverhältnisse jedoch sehr zugunsten der Gewerkschaften verschoben. Der Kongress beschränkte das Gesetz daher im Jahre 1947 durch den Erlass des *LMRA,* der auch unter dem Namen *Taft-Hartley*

[409] Vgl. 29 U.S.C. §§ 151-161.
[410] Vgl. 29 U.S.C. § 1588 (a).

Act bekannt ist.[411] Dieses Gesetz gab den Arbeitnehmern das Recht, einer Gewerkschaft nicht beitreten zu müssen und verbot unrechtmäßige Maßnahmen der Gewerkschaften gegenüber den Arbeitgebern.

Das Recht, einer Gewerkschaft nicht beitreten zu müssen, gilt jedoch nur für Arbeitnehmer, die in einem der 23 Bundesstaaten (*Right to Work States*) arbeiten, die dieses Recht durch einzelstaatliche Gesetzgebung kodifiziert haben.[412] Ebenso wenig sind Arbeitnehmer aus der Eisenbahn- und Flugindustrie durch ein *Right to Work*-Gesetz geschützt.[413]

Die Arbeitnehmer in anderen Bundesstaaten genießen nur eingeschränkt die negative Koalitionsfreiheit; in den übrigen Bundesstaaten (*Forced-Unionism-States*) kann sich ein Arbeitgeber per Tarifvertrag dazu verpflichten, nur solche Arbeitnehmer zu beschäftigen, die die tarifschließende Gewerkschaft unterstützen (*Union Security Agreements*).[414] Das amerikanische Recht erkennt zwei solcher Vereinbarungen an:

– Eine Zusage des Arbeitgebers, ausschließlich Gewerkschaftsmitglieder einzustellen, wird als *Closed Shop* bezeichnet.[415] Eine solche Vereinbarung ist nach dem *LMRA* unzulässig. Die Arbeitnehmer sind nach *Section 7 NLRA* nicht gezwungen, einer Gewerkschaft beizutreten oder sich an gemeinschaftlichen Aktivitäten beteiligen zu müssen (negative Koalitionsfreiheit).
– Bei einem *Union Shop Agreement* nach dem *NLRA* zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft muss der Arbeitnehmer innerhalb einer bestimmten Zeit Mitglied einer Gewerkschaft werden. Eine solche Vereinbarung ist ausdrücklich zugelassen.[416] Nach *Section 14 (b) NLRA* können die einzelnen Staaten die Vereinbarung jedoch beschränken oder verbieten.

---

411 Vgl. 29 U.S.C § 1411.
412 http://www.nrtw.org/en/print/1052: Nach der National Right to Work Legal Defense Foundation gibt es derzeit 23 dieser „Right-to-Work" Staaten: Alabama, Arizona, Arkansas, Florida, Georgia, Guam, Idaho, Iowa, Kansas, Louisiana, Mississippi, Nebraska, Nevada, North Carolina, North Dakota, Oklahoma, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Virginia, Wyoming.
413 http://www.nrtw.org/en/print/1052.
414 http://www.nrtw.org/b/rtw_faq.htm.
415 Keller – Darby, International Labor & Employment Laws, Vol. IB, S. 33c-82.
416 Vgl. 29 U.S.C. § 1588 (a) (3), (b) (2).

– *Agency Shop Agreements* bestimmen, dass ein Arbeitnehmer entweder Mitglied der Gewerkschaft werden muss oder dazu verpflichtet ist, einen Mitgliedsbeitrag zu entrichten.[417] Solche Vereinbarungen sind nach *Section 8 (a) (3) NLRA* zulässig, dennoch können sie nach *Section 14 (b) NLRA* wie die *Union Shop Agreements* durch die Staaten beschränkt werden.

In den Anwendungsbereich des *NLRA* fallen nur die Beschäftigten, die in *Section 2 (3) NLRA* unter den Begriff „Arbeitnehmer" fallen. Keine Arbeitnehmer i. S. d. *NLRA* sind:[418]

– Beschäftigte in der Landwirtschaft,
– Hausangestellte,
– eitende Angestellte,
– Selbstständige sowie
– Beschäftige, die für ihre Eltern oder Ehepartner arbeiten.

Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst unterfallen, soweit sie beim Bund beschäftigt sind, unter *Title VII* des *Civil Service Reform Acts* von 1978; die im Landesdienst beschäftigten fallen unter einzelstaatliches Tarifrecht. Im Verkehrswesen Beschäftigte fallen unter den *RLA*, der Vorrang gegenüber dem *NLRA* genießt.

Der *NLRA* ist strikt territorial; er gilt nur für Arbeitnehmer innerhalb der USA und nicht für amerikanische Arbeitnehmer, die im Ausland tätig sind.[419] Auch fallen einheimische Arbeitnehmer, die ein Arbeitsverhältnis mit einem amerikanischen Unternehmen im Inland haben, nicht in den Anwendungsbereich des *NLRA,* wenn sie für eine bestimmte Zeit im Ausland arbeiten.[420]

1.2 *National Labor Relations Board*

Die Bundesbehörde für Arbeitsbeziehungen mit Sitz in Washington D.C. (also das *National Labor Relations Board* oder kurz *NLRB*) ist für die Umsetzung des *NLRA* zuständig.[421]

[417] Keller – Darby, International Labor & Employment Laws, Vol. IB, S. 33c-82.
[418] Vgl. 29 U.S.C. § 1522 (3).
[419] RCA Oms, Inc. (Greenland), 202 N.L.R.B. 228 (1973).
[420] Asplundh Tree Expert Co. v. NLRB, 365 F. 3d 168 (3rd Cir. 2004).
[421] Vgl. 29 U.S.C. § 1533.

Aufgabe dieser Behörde ist es unter anderem, behauptete Verletzungen des *NLRA* zu untersuchen und diesbezüglich Entscheidungen zu erlassen. Die Behörde geht gegen die in *Section 8 NLRA* aufgeführten unfairen Arbeitspraktiken, die *Unfair Labor Practices by Employer / by Labor Organization*, vor und schützt das Recht der Arbeitnehmer, durch Abstimmungen zu entscheiden, ob und durch welche Gewerkschaften sie sich vertreten lassen wollen.[422] Damit das *NLRB* prüft, ob eine *Unfair Labor Practice* vorliegt, muss die rechtssuchende Partei mit Hilfe des örtlich zuständigen *Information Officers* bei der *NLRB* Klage einreichen.[423] Die Behörde wird nicht von Amts wegen tätig.[424]

Entscheidungen des *NLRB* können beim jeweils örtlich zuständigen Bundesberufungsgericht, den *Federal Court of Appeals*, angefochten werden. Die Entscheidungen der Behörde unterliegen nur einer eingeschränkt gerichtlichen Kontrolle. Es können nur Entscheidungen gerügt werden:

– die Parteien in ihren verfassungsmäßigen Rechten verletzen,[425]
– mit denen die Behörden ihre Entscheidungskompetenz überschritten haben,[426]
– die grob gegen gesetzliche Vorgaben verstoßen[427] oder
– die einem vernünftigen Dritten nicht nachvollziehbar erscheinen.[428]

So verlor die Behörde den Prozess *BE & K Construction Company v. NLRB.*[429] In dieser Entscheidung legt der *US Supreme Court* dem *NLRB* auf, höhere Anforderungen an das Verhalten eines Arbeitgebers zu stellen, bevor es als eine unrechtmäßige Arbeitgebermaßnahme (*Unfair Labor Practice*) qualifiziert wird. Es muss die Motivation des Arbeitgebers nachgewiesen werden, dass er mit seinem Verhalten (hier Klageerhebung) die Arbeitnehmer oder Gewerkschaften davon abhalten will, dass sie ihre durch den *NLRA* gewährten Rechte wahrnehmen.

---

422 http://www.nlrb.gov/about_us/overview/board/index.aspx.
423 http://www.nlrb.gov/Workplace_Rights/i_am_new_to_this_website/how_do_i_file_a_charge_against_an_employer_or_a_union.aspx.
424 Vgl. 29 U.S.C. § 16010, 16111.
425 US Airways Inc. NMB, 177 F.3d 985 (D.C. Cir. 1999).
426 Railway Labor Executives Ass n v. NMB, 29 F.3d 655 (D.C. Cir. 1994).
427 America W. Airlines v. NMB, 119 F.3d 772 (9th Cir. 1997).
428 Beth Israel Hospital v. NLRB, 437 U.S. 483 (1978).
429 122 S.Ct. 2390 (2002).

Das *NLRB* besteht in der Regel aus fünf gewählten Mitgliedern, die vom Präsidenten der USA nominiert und vom Senat bestätigt werden, die aber nach ihrer Wahl an keine Weisungen der Exekutive oder Legislative gebunden sind.[430] In den verschiedenen Landesteilen unterhält die *NLRB* 51 Regionalbüros.[431]

Im Januar 2008 hatte das *NLRB* nur noch zwei Mitglieder, da von den übrigen die Zeit der Mitgliedschaft ausgelaufen war und keine neuen nachnominiert wurden. Dies hatte zur Folge, dass das *NLRB* in der Zeit von Januar 2008 bis April 2010 sämtliche Entscheidungen mit nur zwei Mitgliedern traf. 600 der Entscheidungen hatten zwar keine kontroversen Streitfragen zum Inhalt; in über 100 Fällen allerdings konnten sich die beiden Mitglieder nicht einigen oder wichen von der bisherigen Präzedenz-Rechtsprechung des *NRLB* ab.

In dem Fall *New Process Steel v. NLRB*[432] erklärte der *Supreme Court* sämtliche in diesen 27 Monaten getroffenen Entscheidungen für unwirksam. Das Gericht begründete dies mit Section 3 (b) des *NLRA*, wonach der *NLRB* aus drei Mitgliedern oder mehr bestehen muss, um wirksame Entscheidungen treffen zu können.

Am 1. Juli 2010 forderte der *NLRB* dazu auf, ihm sämtliche 96 Entscheidungen, die derzeit bei Berufungsgerichten anhängig sind, erneut zur Entscheidung vorzulegen. Diese sollen dann – diesmal von drei Mitgliedern des Boards – entschieden werden. Entsprechend der Üblichkeit beim *NLRB* können die beiden übrigen Mitglieder an den Fällen teilnehmen, wenn sie möchten.

Dieser Aufforderung sind einige Gerichte nachgekommen. Andere wiederum weigern sich, die Entscheidung erneut dem *NLRB* vorzulegen und argumentieren, das *Board* sei zu einer erneuten Entscheidung nicht berechtigt.

2. *National Railway Labor Act*

Der *National Railway Labor Act (NRLA)* von 1926 regelt die Fragen des Koalitions- und Tarifrechts für die Beschäftigten in der Eisenbahn- und der Flugindustrie und ist gegenüber dem *NLRA* vorrangig anzuwenden.[433]

---

430 http://www.nlrb.gov/about_us/overview/board/index.aspx.
431 http://www.nlrb.gov/About_Us/Overview/fact_sheet.aspx.
432 See New Process Steel, L.P. v. N.L.R.B., 564 F.3d 840, 842 (7th Cir. 2009).
433 Vgl. 45 U.S.C. § 151.

Der *NRLA* bezweckt in der Verkehrsbranche folgendes:[434]

- Beschränkung von Streiks und Aussperrungen in Beförderungsunternehmen,
- Schutz der Versammlungsfreiheit der Arbeitnehmer,
- Gewährung von Abfindungszahlungen, die im Rahmen von Auseinandersetzungen über das Arbeitsverhältnis entstanden sind.

Für die Umsetzung des *NRLA* ist das *National Mediation Board (NMB)* zuständig. Aufgabe des *NMB* ist es, ein Schlichtungsverfahren durchzuführen. Die Behörde ist außerdem dafür zuständig, die Wahlen der Gewerkschaften durch die Arbeitnehmer zu organisieren.[435]
Entscheidungen des *NMB* können bei den Bundesbezirksgerichten, den *Federal District Courts*, angefochten werden. Auch die Entscheidungen des *NMB* unterliegen, wie die des *NLRB*, einer nur eingeschränkt gerichtlichen Kontrolle, wobei der Kontrollmaßstab durch die Gerichte im Anwendungsbereich des *NRLA* enger ist als im Geltungsbereich des *NLRA*.

II. Die Entwicklung der Gewerkschaften

Um die heutige Zusammensetzung und Durchsetzungsfähigkeit der amerikanischen Gewerkschaften zu verstehen, ist es sinnvoll, den geschichtlichen Hintergrund kurz zu beleuchten.

1. Die Gewerkschaftsbewegung

Arbeiter der Eisenbahn- und Kohleindustrie gründeten im 18. Jahrhundert die ersten gewerkschaftlichen Organisationen. Auf das Verhältnis zwischen den Arbeitgebern und den Gewerkschaften nahm der Staat in dieser Zeit keinen Einfluss. Es war geprägt von zwei „Wirtschaftskräften", die sich gewalttätige Auseinandersetzungen lieferten. Im Unterschied zu den europäischen Gewerkschaften entstanden die Gewerkschaften in den USA nicht aus rein klassenkämpferischen Motiven. Sie stellten überwiegend eine Schutzgemeinschaft von Einwanderern und Nichtorganisierten dar. Sie beabsichtigten keine Änderung der wirtschaftlichen und sozialen Ordnung. Ihr Hauptanliegen bestand darin, die „Arbeit" innerhalb der amerikanischen Marktwirtschaft so teuer wie möglich zu verkaufen. Man bezeichnete sie sogar als „kapitalistische" Unterneh-

[434] Vgl. 45 U.S.C. § 151a.
[435] Vgl. 45 U.S.C. § 153.

men, die die besten Löhne aushandelten. Auch war die Mitgliedschaft in einer US-Gewerkschaft an hohe Eintrittsgebühren oder an die Ablegung einer Aufnahmeprüfung gebunden.

Diese vorwiegend „kapitalistische" Einstellung der Gewerkschaften änderte sich mit der Weltwirtschaftskrise im Jahre 1929. Franklin D. Roosevelt führte unter dem Begriff „*New Deal*" Wirtschafts- und Sozialreformen durch, um der durch die Wirtschaftskrise verursachten Massenarbeitslosigkeit und -armut zu begegnen. Er tätigte staatliche Investitionen, führte ein Sozialversicherungssystem, progressive Besteuerung sowie massive Arbeitszeitverkürzungen ein. Durch diese *New Deal Phase* fanden die Vereinigten Staaten zu einer wirtschaftlichen Ordnung, die auch Auswirkungen auf die Entwicklung der US-Gewerkschaften hatte. Sie wandelten ihre „kapitalistische" Zielrichtung in die Forderung nach einem sozial gebundenen Kapitalismus und sozialer Sicherheit um.

Der Kongress erließ 1936 den oben beschriebenen *NLRA*, um der ansteigenden Zahl gewalttätiger Streiks und anderer Arbeiterunruhen Herr zu werden. Das Gesetz stellte daher das Verhalten der Gewerkschaften sowie der Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstmalig unter staatliche Kontrolle.

2. Die wichtigsten Gewerkschaften im Überblick

2.1 *American Federation of Labor* (heute: *AFL-CIO*)

Die *American Federation of Labor* (*AFL*) – im Jahre 1886 gegründet – entwickelte sich schon bald zu eine der größten Gewerkschaften der Vereinigten Staaten. Sie war eine der ersten Facharbeitergewerkschaften in den USA, denn sie konzentrierte sich auf gelernte Facharbeiter und grenzte sich von ungelernten Fachkräften ab. Dies sollte sich nach Meinung vieler Arbeiter mit Erlass des *NLRA* ändern. Aufgrund von Meinungsverschiedenheit spaltete sich 1936 eine Gruppe von Gewerkschaften von der *AFL* ab. Die *United Mine Workers*, die *Amalgamated Clothing Workers* und die *Ladies Garment Workers* gründeten den *Congress of Industrial Organizations (CIO)*. Beide Gewerkschaftsverbände standen sich in den folgenden Jahren verfeindet gegenüber. In den 50er Jahren vereinten sich die beiden Gewerkschaften wieder unter dem bis heute bestehenden Namen *AFL-CIO*.

Aufgrund schwerer innergewerkschaftlicher Auseinandersetzungen über die Zukunftsstrategie der Gewerkschaften kam es zu einer zweiten Spaltung der amerikanischen Gewerkschaftsbewegung: 2005 verließen vier besonders mitgliederstarke Gewerkschaften mit insgesamt 5,5 Millionen Mitgliedern den Gewerkschaftsdachverband *AFL-CIO*: die Dienstleistungsgewerkschaft *Service Employees International Union* (*SEIU*), die Transportgewerkschaft *International Brotherhood of Teamsters* (*IBT*), die *Unit Here*, die die Beschäftigten der Hotelbranche und der Gastronomie vertritt, und die *United Food and Commercial Workers International Union* aus der Lebensmittel- und Einzelhandelsbranche. Sie gründeten den neuen Dachverband *Change to Win Coalition* (Wandeln, um zu gewinnen, *CTW*). Für die *AFL-CIO* war dies ein herber Rückschlag, da sie damit 40 Prozent ihrer Mitglieder verlor.

Die *AFL-CIO* konzentriert sich seit der Abspaltung der *CTW* hauptsächlich auf politische Maßnahmen und tritt weniger als Tarifpartner auf. Mittelpunkt der politischen Bestrebungen ist die *Voice@Work*-Kampagne. Diese Kampagne soll das Recht der Arbeitnehmer stärken, einer Gewerkschaft beitreten und dadurch ihre Arbeitsbedingungen verbessern zu können. Zur Verwirklichung dieser Ziele unterstützte die Kampagne den *Employee Free Choice Act* (*EFCA*), ein Reformgesetz, dass den *NLRA* umfassend reformieren sollte. Dieses Vorhaben blieb bislang allerdings ohne Erfolg.

2.2 *Change to Win*

Der *CTW* gehören derzeit 9 Millionen Arbeitnehmer an, also ca. Zweidrittel der gewerkschaftlich Organisierten. Verfolgt wird das Ziel einer Einheitsgewerkschaft, d. h. Wahrung der politischen und weltanschaulichen Neutralität, dies ist auch in den Satzungen der DGB-Gewerkschaften verankert.

Die *CTW* will mehr Geld in Arbeitskämpfe und Organisierung investieren. So sind die Mitgliedsgewerkschaften im Rahmen ihrer Mitgliederwerbung zur Bereitstellung von 75 Prozent des *CTW*-Haushaltes bereit, wobei jede Gewerkschaft für die Organisation in ihrer Branche verantwortlich ist.[436]

Die *CTW* verfolgt das auch in Deutschland bestehende Industrieverbandsprinzip. Das bedeutet: Die Gewerkschaften erfassen alle Arbeitnehmer eines Wirtschaftszweiges ohne Rücksicht auf die Art der Beschäftigung. Der Vorteil dieses Prinzips gegenüber

[436] Vgl. Hurd, Das Duell der Gewerkschaftsbünde: Die amerikanischen Gewerkschaften im Jahr 2006, 2.

der Gliederung nach Berufsverbänden liegt darin, dass ein Arbeitgeber nur mit einer Gewerkschaft zu tun hat. Der Nachteil des Industrieverbandsprinzips ist die starre Branchenzuordnung, die die unterschiedlichen Interessen von einzelen Berufsgruppen in der Regel nicht berücksichtigt.

Ein Beispiel für eine Kampagne der *CTW* ist die *Wake Up Walmart*-Kampagne[437] zur öffentlichen Bloßstellung des Einzelhandelunternehmens. WalMart gilt als Schlüssel für die Zukunft der Gewerkschaftsbewegung, denn kein anderes Unternehmen hat so viel Einfluss auf die Geschicke der Wirtschaft und Arbeitnehmer weltweit. In den USA beschäftigt das Unternehmen allein 1,4 Millionen Arbeitnehmer. Die *CTW* hofft auf einen Dominoeffekt: „Fällt" WalMart, „fallen" andere Konzerne, die Erschütterung würde über Amerikas Grenzen hinaus spürbar sein und Arbeitnehmer in den armen Ländern ermutigen, bessere Arbeitsbedingungen zu erkämpfen.

3. US-Gewerkschaften im Umbruch

Laut dem *Labor Department s Bureau of Labor Statistics* (*BLS*) ist die Anzahl der Gewerkschaftsmitglieder im Jahr 2009 auf 15,3 Millionen Mitglieder gesunken. Dies bedeutet im Vergleich zum Vorjahr einen Mitgliederschwund von 771.000 Mitgliedern.

Der Prozentsatz von allen Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst und in der Privatwirtschaft, die von einer Gewerkschaft repräsentiert werden, sank 2009 auf 12,3 Prozent.[438] Im öffentlichen Dienst waren 37,4 Prozent der Arbeitnehmer gewerkschaftlich organisiert, in der Privatwirtschaft 7,2 Prozent.[439]

Die abnehmende Zahl der Gewerkschaftsmitglieder ist damit zu begründen, dass die Sensibilität der Arbeitgeber gewachsen ist, auf die Bedürfnisse ihrer Arbeitnehmer ein-

[437] Vgl. Hurd, Das Duell der Gewerkschaftsbünde: Die amerikanischen Gewerkschaften im Jahr 2006, 5.

[438] Siehe http://www.bls.gov/news.release/union2.nr0.htm.

[439] Alle Staaten im Bereich des Mittleren Atlanik und Pazifik Bereichs haben eine Mitgliedsrate über dem nationalen Durchschnitt von 12,5 Prozent, während alle Staaten in den Ost-Süd-Bereichen und West-Süd-Bereichen Raten unterhalb dessen verzeichneten. Fünf Staaten haben eine Mitgliedsrate über 20 Prozent: New York (26,1 Prozent), Hawaii (25,8 Prozent), Alaska (22,8 Prozent), Michigan (20,5 Prozent), und New Jersey (20,5 Prozent). All diese Staaten, mit Ausnahme von New Jersey, hatten jedes Jahr Raten über 20 Prozent (seit sie im Jahr 1995 abrufbar sind). North Carolina und South Carolina verzeichneten die niedrigste Raten: 2,9 Prozent und 2,3 Prozent. Diese beiden Staaten hatten die niedrigsten Mitgliederzahlen (seit Abrufbarkeit der Daten). Die höchste Anzahl an Gewerkschaftsmitgliedern lebten in Kalifornien (2.400.000) und New York (2.100.000). Über die Hälfte der 15,7 Millionen Gewerkschaftsmitgliedern (7.900.000) in den Vereinigten Staaten leben in sechs Staaten: Kalifornien, Illinois, Michigan, New Jersey, New York und Ohio.

zugehen. Zudem haben Gewerkschaften Schwierigkeiten, in Unternehmen anerkannt zu werden. Folgende Faktoren haben konkret zur Schwächung der Gewerkschaften geführt:

- Die Arbeitgeber in den USA gewähren seit längerem Lohnerhöhungen an die Arbeitnehmer, die über der Inflation liegen.
- Das Pensionssystem in Form der sogenannten „*401 (k) retirement plans*" hat sich als eine echte Alternative zu den herkömmlichen Pensionsplänen erwiesen. *401 (k)* Pensionspläne erlauben Arbeitnehmern, einen bestimmten Prozentsatz ihres Gehalts steuerfrei und mitsamt einem Zuschuss des Arbeitgebers über einen Fonds am Aktienmarkt anzulegen. Ein Vorteil dieses hauptsächlich in Aktien anlegenden *401 (k)*-Plans ist es, dass die Arbeitnehmer mehr Geld erhalten, als eine traditionelle Rente je ausschütten könnte. Ein Unternehmen, das einen *401 (k)*-Plan für die Versorgung seiner Mitarbeiter unterstützt und verwaltet, hat z. B. die treuhänderische Pflicht sicherzustellen, dass das Vermögen des Plans (einschließlich der Beiträge der Mitarbeiter und alle sonstigen Beiträge des Unternehmens) in geeignete und umsichtig ausgewählte Investitionsobjekte geleitet wird.
- Amerikanische Unternehmen unterstützen ihre Arbeitnehmer durch flexible Arbeitszeiten, um die Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu fördern.
- Unternehmen schulen regelmäßig ihre Führungskräfte, um Unzufriedenheit in der Belegschaft frühzeitig zu erkennen und Gegenmaßnahmen zu ergreifen.
- Durch die in den letzten Jahrzehnten zum Schutze der Arbeitnehmer zahlreich entstandenen gesetzlichen Regelungen auf Bundes- und Staatenebene sind die Unternehmen außerdem gezwungen, ihre Betriebe ständig dahingehend zu kontrollieren, ob sie die gesetzlichen Vorgaben auch erfüllen. Die Gewerkschaften haben durch die gesetzlichen Regelungen ihre Stellung als „Beschützer" der Arbeitnehmer mit der Zeit eingebüßt. Sie haben ihre „Zuständigkeit" an den Staat verloren, der zunehmend zum Schutze der Arbeitnehmer eingreift.
- Die Gewerkschaften betonen im Rahmen ihrer Mitgliederwerbung die Wichtigkeit des von ihnen begleiteten verbindlichen Schiedsverfahrens zur Beilegung von Streitigkeiten, die am Arbeitsplatz entstanden sind. Sie erklären dies mit der uneingeschränkten Macht der Arbeitgeber, seine Arbeitnehmer nach Belieben entlassen zu können (*Employment-at-Will*[440]). Die Arbeitgeber tendieren jedoch in jüngerer Zeit immer mehr zu einer alternativen Beilegung von Rechtsstreitigkeiten (*Alternative Dispute Resolution* oder kurz *ADR*[441]). Diese Art der Streitbeilegung bietet ein mehr-

[440] Siehe auch oben, § 1 D.I.
[441] Siehe hierzu unten, § 4.

stufiges internes Beschwerdeverfahren für die Arbeitnehmer an, um Konflikte am Arbeitsplatz zu lösen. Scheitert ein solches Verfahren, ermöglichen die Regelungen eines *ADR* eine Mediation oder eine verbindliche Schlichtung, um den Konfliktbewältigung. Indem Unternehmen zunehmend Gebrauch von diesen internen Verfahren machen, nehmen sie den Gewerkschaften ein weiteres Themengebiet, das diese für die Arbeitnehmer interessant macht.

Insgesamt lässt sich also festhalten, dass es durch die freiwillige Gewährung von Leistungen, in welcher Form auch immer, Arbeitgebern gelingt, das Konfliktpotential mit den Arbeitnehmern einzudämmen. Die Gewerkschaften verlieren dadurch ihre „Zuständigkeiten" und damit Mitglieder. Durch das unten näher beschriebene Zertifizierungsverfahren müssen – im Gegensatz zu den deutschen Gewerkschaften – US-Gewerkschaften ständig um die Anerkennung durch die Mehrheit der Arbeitnehmer in einem Betrieb bzw. Unternehmen buhlen, um Tarifverträge verhandeln zu dürfen.

B. Tarifrecht

Die gesetzlichen Grundlagen für das Tarifrecht in den USA stellen der *NLRA* und der *NRLA* dar. Beide Gesetze garantieren das Recht der Arbeitnehmer, sich in einer gemeinsamen Verhandlungseinheit zu organisieren und eine Gewerkschaft zu wählen, die sie im Rahmen von Tarifverhandlungen vertritt.[442]

Sowohl dem *NLRA* als auch dem *NRLA* liegt die Idee der einheitlichen Gestaltung von Arbeitsbedingungen innerhalb einer bestimmten Verhandlungseinheit zu Grunde. Beide Gesetze bestimmen daher, dass in einer Verhandlungseinheit (*Bargaining Unit*) nur eine Gewerkschaft (*Bargaining Agent*) zur Vertretung der in ihr beschäftigten Arbeitnehmer berechtigt ist.[443] Tarifeinheit wird in den Unternehmen aber nur auf der Ebene der jeweiligen *Bargaining Unit* hergestellt. In den Unternehmen herrscht sonst Tarifpluralität.

Die zwischen der Verhandlungseinheit und dem Arbeitgeber abgeschlossenen Tarifverträge gelten unmittelbar und zwingend für alle Mitglieder der *Bargaining Unit* und zwar unabhängig von deren Gewerkschaftszugehörigkeit.

[442] Vgl. 29 U.S.C. § 1599.
[443] Vgl. 29 U.S.C. § 1599 (a).

Im Folgenden sollen die einzelnen Schritte des Wahlverfahrens für eine Gewerkschaft dargestellt werden, damit diese das ausschließliche Vertretungsrecht einer Verhandlungseinheit erhält.

I. Mandatierung von Gewerkschaften – Wahlverfahren nach dem *NLRA*

Der *NLRA* bestimmt in *Section 9* drei Wahlverfahren, durch die eine Gewerkschaft gewählt werden kann. Es findet entweder ein geheimes Wahlverfahren (*Secret Ballot Election*) statt, der Arbeitgeber erkennt die Gewerkschaft freiwillig an (*Voluntary Recognition*) oder das *NLRB* weist die Gewerkschaft an zu verhandeln (*Bargaining Order*).[444]

1. Zeritifizierungsverfahren (*Certification Process*)

Der häufigste Fall ist, dass das *NLRB* eine Gewerkschaft durch ein geheimes Wahlverfahren zur Vertretung einer Verhandlungseinheit autorisiert.

Die Gewerkschaft, die Arbeitnehmer oder der Arbeitgeber können das Wahlverfahren bei dem *NLRB* einleiten, indem sie dort einen Antrag einreichen. Der Antrag muss darlegen, dass 30 Prozent der Arbeitnehmer des Unternehmens bzw. Betriebs (*Substantial Number*) daran interessiert sind, durch eine Gewerkschaft vertreten zu werden, das *Showing of Interest*. Der Nachweis ist durch unterzeichnete Stimmkarten zu erbringen.[445]

Anschließend setzt das *NLRB* innerhalb von zehn bis 14 Tagen ein *Hearing* an. Zweck dieses *Hearings* ist es, zu überprüfen, ob die Arbeitnehmer der jeweiligen Verhandlungseinheit zusammenpassen (*the Voting Group must be appropriate – a Community of Interest*) und ob sie nach dem *NLRA* wahlberechtigt sind. Erst dann stimmt die Behörde der Durchführung einer geheimen Wahl, der *Secret Ballot Election*, zu.[446]

Hat sich die Behörde für eine Wahl ausgesprochen, ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem *NLRB* innerhalb von sieben Tagen dem *NLRB* eine Liste, die *Excelsior List*, zukommen zu lassen. Die Liste muss die Namen und Adressen aller wahlberechtigten Arbeitnehmer der Verhandlungseinheit aufführen. Damit die Gewerkschaften ebenfalls

[444] Vgl. 29 U.S.C. § 1599.
[445] Vgl. 29 U.S.C. § 1599 (a).
[446] Vgl. 29 U.S.C. § 1599 (c).

Zugriff auf die wahlberechtigten Arbeitnehmer haben, macht das *NLRB* die Liste für alle Parteien zugänglich. Die geheime Wahl findet gewöhnlich zehn Tage, nachdem das *NLRB* die Liste von dem Arbeitgeber erhalten hat, statt.

Damit eine Gewerkschaft das ausschließliche Vertretungsrecht für die Verhandlungseinheit erhält, muss sie bei der Wahl die Stimmenmehrheit der Arbeitnehmer der Verhandlungseinheit erreichen. Gelingt diese Zertifizierung, gibt es für ein Jahr eine Sperrfrist für die Arbeitnehmer der *Bargaining Unit*, neue Wahlen auf Anerkennung einer Gewerkschaft durchzuführen.

2007 betrug die Zeitdauer zwischen der Antragstellung auf Zertifizierung einer Gewerkschaft und der tatsächlichen Durchführung einer Wahl 39 Tage.

Schließlich kann auch der Arbeitgeber ein Zertifizierungsverfahren bei dem *NLRB* beantragen, was äußerst selten geschieht. Er muss darlegen, dass wenigstens eine Gewerkschaft in seinem Betrieb die Anerkennung als Arbeitnehmervertretung dem Arbeitgeber gegenüber beantragt hat.[447] Die Gewerkschaft braucht in diesem Fall nicht nachzuweisen, dass wenigstens 30 Prozent der Arbeitnehmer ihren Antrag unterstützen.

In der Praxis ist das Zertifizierungsverfahren selten erfolgreich: Weit im Vorfeld jeglicher gewerkschaftlicher Aktivitäten versuchen Arbeitgeber, ein positives Klima bei der Belegschaft zu erzeugen und Unzufriedenheit gar nicht aufkommen zu lassen. Bilden sich unter den Arbeitnehmern erste Anzeichen einer gewerkschaftlichen Aktivität, verfolgen Arbeitgeber bestimmte Strategien, um das Einreichen oder den Erfolg eines Zertifizierungsantrags bzw. einer Gewerkschaftswahl bei dem *NLRB* zu verhindern (*Defense Strategies*). Die *Defense Strategies* der Arbeitgeber sind überwiegend erfolgreich. Sie tragen maßgeblich dazu bei, dass die Gewerkschaften in den letzten Jahren einen hohen Verlust an Mitgliedern zu verzeichnen hatten und heute nur noch 12,3 Prozent der Arbeitnehmer in den USA gewerkschaftlich organisiert sind.[448]

Zunächst versuchen Arbeitgeber die Beweggründe der Arbeitnehmer ausfindig zu machen, um eine möglichst effektive Strategie zu entwickeln, die die Arbeitnehmer von

[447] Vgl. 29 U.S.C. § 1599 (c) (1) (B).
[448] http://www.bls.gov/news.release/union2.nr0.htm.

der Wahl einer Gewerkschaft abhält. Die Abwehrstrategien sind nur dann erfolgreich, wenn ihre Inhalte genau auf die Fragen und Bedürfnisse der Arbeitnehmer zugeschnitten sind.

Bei Erarbeitung der Strategie ist es von großer Bedeutung, dass diese auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft wird. Der *NLRA* schützt in *Section 7* als eine der zentralen Bestimmungen das Recht der Arbeitnehmer, sich zu Verhandlungseinheiten zusammenzuschließen und zum Zweck von Tarifverhandlungen Vertreter (Gewerkschaften) ihrer Wahl zu bestimmen. Maßnahmen, die der Arbeitgeber ergreifen will um die Arbeitnehmer von einer gewerkschaftlichen Aktivität abzuhalten, dürfen dieses Recht nicht beeinträchtigen oder seine Ausübung erschweren. Dieser Grad ist häufig sehr schmal, da die Grenze zwischen einer Androhung oder einer Empfehlung bei einigen Maßnahmen fließend ist.

Verletzt der Arbeitgeber das Recht in *Section 7 NLRA*, begeht er eine *Unfair Labor Practice*.[449] Dies kann zum einen Schadensersatzansprüche der Arbeitnehmer bzw. der Gewerkschaft nach sich ziehen oder eine *Bargaining Order* des *NLRB*; diese zwingt den Arbeitgeber, mit einer Gewerkschaft verhandeln zu müssen, ohne dass die Gewerkschaft ein Antrags- bzw. Zertifizierungsverfahren durchlaufen muss.

1.1 Zulässige Abwehrmaßnahmen

Folgende Maßnahmen der Arbeitgeber sind nach der Rechtsprechung des *NLRB* zulässig, um die Arbeitnehmer in ihrer Entscheidung über die Teilnahme an einem Antrags- bzw. Zertifizierungsverfahren zu beeinflussen:

- Die Arbeitnehmer über das vorrangige Interesse der Gewerkschaften an den Mitgliedsbeiträgen der Arbeitnehmer aufzuklären, da diese die Grundlage ihrer Existenz bilden.
- Die „Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Philosophie" zu erklären. Dabei heben die Arbeitgeber besonders hervor, dass sie nicht per se gegen Gewerkschaften eingestellt sind und die Rechte bzw. die Wahl ihrer Arbeitnehmer achten. Sie machen aber deutlich, dass es entscheidende Gründe gibt, weswegen die Anerkennung von Gewerkschaften nicht die beste Lösung für das Unternehmen bzw. den Betrieb darstellt.

[449] Vgl. 29 U.S.C. § 1588 (a).

- Die seit Jahren rückgängigen Mitgliederzahlen der Gewerkschaften aufzuzeigen und dies mit deren Unfähigkeit zu begründen, den Bedürfnissen der Arbeitnehmer gerecht zu werden und sie durchzusetzen.
- Zu verdeutlichen, dass eine Gewerkschaft die Sicherheit des Arbeitsplatzes nie gewähren kann, dies kann nur ein gesundes Unternehmen bzw. ein gesunder Betrieb.
- Den Arbeitnehmern zu verdeutlichen, dass die Gewerkschaft durch ein gewonnenes Zertifizierungsverfahren bei dem *NLRB* lediglich das Recht erhält, als ausschließlicher Repräsentant der Arbeitnehmer zu verhandeln. Arbeitgeber sind nur dazu angehalten, in gutem Glauben mit der Gewerkschaft zu verhandeln. Sie sind durch die gewonnene Wahl nicht dazu verpflichtet, irgendeiner Forderung der Gewerkschaft zuzustimmen. Die Wahl besagt nichts über den Erfolg einer Tarifverhandlung.
- Das Recht zu erläutern, streikende Arbeitnehmer (nur „*Economic Strikers*" nicht „*Unfair Labor Practices Strikers*") durch Ersatzkräfte während des Streiks ersetzen zu dürfen. Bei solchen Aussagen sind Arbeitgeber jedoch zurückhaltend, da die Grenze zu einer Androhung fließend ist und schnell eine *Unfair Labor Practice* wegen Verletzung von *Section 7 NLRA* darstellen kann.
- Das Verteilen von Flugblättern, die die Arbeitnehmer über die bei einer gewonnenen Gewerkschaftswahl zu erwartenden langjährigen Verhandlungen und langen Streiks aufklären. Auch hier ist die Grenze zu einer Androhung fließend.
- Über die sogenannte „*25th Hour Speech*" zu informieren, die in der Regel kurz vor der Gewerkschaftswahl von einem Unternehmensvertreter gehalten wird und alle Argumente gegen eine Gewerkschaftswahl beinhaltet.
- Darüber aufzuklären, dass gewerkschaftliche Aktivitäten während der Arbeitszeit nicht erlaubt sind. Die Arbeitnehmer müssen jedoch darüber aufgeklärt werden, dass unter die Arbeitszeit nicht die Arbeitspausen fallen.

1.2 Unzulässige Abwehrmaßnahmen

Folgende Maßnahmen der Arbeitgeber sind nach der Rechtsprechung des *NLRB* unzulässig:

- Im Falle der Teilnahme an einem Antrags- bzw. Zertifizierungsverfahren mit Lohnkürzungen zu drohen
- Direkt oder indirekt Vorteile (z. B. Lohnerhöhungen) zu versprechen, sollten Arbeitnehmer es ablehnen, für oder gegen eine Gewerkschaft zu stimmen oder dieser nicht beizutreten

– Überwachungsmaßnahmen durchzuführen um herauszufinden, ob sich Arbeitnehmer gewerkschaftlich betätigen
– Arbeitnehmer zu entlassen oder zu diskriminieren, wenn sie für eine Gewerkschaft stimmen oder gewerkschaftlich aktiv sind.

2. Freiwillige Anerkennung der Gewerkschaft durch den Arbeitgeber

Statt des Wahlverfahrens kann der Arbeitgeber die Gewerkschaft freiwillig anerkennen, um mit ihr verhandeln zu können. Dies kann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber davon überzeugt ist, dass die Gewerkschaft die Mehrheit der Arbeitnehmer in seinem Betrieb erreicht.

Der Arbeitgeber ist jedoch dann nicht befugt, eine Gewerkschaft freiwillig anzuerkennen, wenn diese den Mehrheitsstatus nicht erreicht hat. Es ist auch gesetzeswidrig, wenn der Arbeitgeber und die Gewerkschaft davon überzeugt sind, dass die Gewerkschaft den Mehrheitsstatus erreichen wird, sie dies aber tatsächlich nicht tut.

In beiden Fällen verstößt eine Anerkennung des Arbeitgebers zum einen gegen *Section 9a NLRA*, wonach die Mehrheit der Arbeitnehmer die Gewerkschaft wählen muss; zum anderen gegen *Section 7 NLRA*; danach haben die Arbeitnehmer das Recht, eine Gewerkschaft frei nach ihrer Wahl zu bestimmen oder an einer solchen Wahl nicht teilnehmen zu müssen. Die Arbeitnehmer können dann Klage wegen einer *Unfair Labor Practice* vor dem *NLRB* einreichen.

Der Unterschied zwischen einer freiwilligen Anerkennung und einem förmlichen Zertifizierungsverfahren besteht vor allem darin, dass die Behörde eine Gewerkschaft ohne ein Wahlverfahren nicht zertifiziert. Auch verhängt die Behörde keine einjährige Wahlsperre. Sie gewährt den Parteien lediglich einen angemessenen Zeitraum, um miteinander verhandeln zu können. Dieser Zeitraum beträgt maximal ein Jahr.[450]

Eine freiwillige Anerkennung durch den Arbeitgeber kann sich auch im Laufe der Zeit als eine unrechtmäßige Arbeitgebermaßnahme erweisen. Dies ist der Fall, wenn die Mehrheit der Arbeitnehmer nicht mehr hinter der Verhandlungseinheit steht. Die Mitglieder der *Bargaining Unit* können das *NLRB* dann auffordern, der Gewerkschaft ihren Vertretungsstatus abzuerkennen.

[450] Dana Corp. and Metaldyne Corp., 351 NLRB 434, 182 LRRM (BNA) 1457 (2007).

3. Anweisung durch das *NLRB*

Der *US Supreme Court* entschied in *NLRB v. Gissel Packing Co.*[451], dass das *NLRB* in Fällen eines besonders unrechtmäßigen Arbeitgeberverhaltens die Befugnis besitzt anzuordnen, dass der Arbeitgeber mit der Gewerkschaft verhandeln muss, ohne dass die Gewerkschaft das Anerkennungsverfahren vor dem *NLRB* erfolgreich durchlaufen haben muss. Dies kann z. B. in der Phase vor Durchführung des geheimen Wahlverfahrens geschehen, in der Arbeitgeber und Gewerkschaften um die Stimmen der Arbeitnehmer werben. Wirbt der Arbeitgeber während dieses „Wahlkampfes" mit einer Kampagne, die die Arbeitnehmer in ihrem Recht auf freie Wahl beeinträchtigt, indem er ihnen gegenüber Drohungen ausspricht, spricht das *NLRB* zunächst ein Verbot dieser Kampagne aus. Ist das Wahlklima jedoch nachhaltig so „vergiftet", dass das *NLRB* eine faire Wahl nicht mehr garantieren kann, erlässt es gegenüber dem Arbeitgeber eine Anweisung, die Gewerkschaft anerkennen zu müssen und mit ihr zu verhandeln.

Voraussetzung für den Erlass einer *Bargaining Order* ist, dass das *NLRB* die Stimmenmehrheit der Arbeitnehmer durch unterzeichnete Stimmkarten erhalten hat. Die Behörde muss in ihrer Entscheidung ausführlich erläutern, warum normale Rechtsmittel eine faire Wahl nicht gewährleisten können.

In dem Fall *Gardner Mechanical Services v. NLRB*[452] entließ der Arbeitgeber alle Arbeitnehmer seines Unternehmens, stellte dann aber diejenigen in einem Tochterunternehmen wieder an, die versprachen, eine Gewerkschaft nicht unterstützen zu wollen. Das Gericht lehnte es ab, die *Bargaining Order* der Behörde zu vollstrecken, da das *NLRB* es versäumt habe, die Anweisung hinreichend zu begründen. Die Begründung müsse darlegen, warum nur eine Anweisung gewährleiste, dass die Zwecke des *NLRA* erfüllt werden können.

II. Bestimmung der Verhandlungseinheit (*Bargaining Unit*)

Das *NLRB* entscheidet im Rahmen des „*Hearings*" über die passende Zusammensetzung einer Verhandlungseinheit. Dieses wird von der Behörde angesetzt, nachdem eine der Parteien das Zertifizierungsverfahren bei der *NLRB* beantragt hat.

[451] NLRB v. Gissel Packing Co, 395 U.S. 575, 71 LRRM (BNA) 2481 (1969).
[452] 115 F.3d 636, 155 LRRM (BNA) 2290 (9th Cir. 1997).

Das *NLRB* muss die Verhandlungseinheit so einrichten, dass die in ihr zusammengefassten Arbeitnehmer so widerspruchsfrei wie möglich ihre Interessen gegenüber dem Arbeitgeber zum Ausdruck bringen und mit diesem so effektiv wie möglich über ihre Arbeitsbedingungen verhandeln können.

Es genügt jedoch, dass das *NLRB* eine Verhandlungseinheit zusammenstellt, die den gesetzlichen Anforderungen des *NLRA* in „ausreichendem Maße" gerecht wird. Sie ist nicht dazu verpflichtet, die am besten passende *Unit* zu konstruieren.[453]

1. Bestimmung des Personenkreises einer Verhandlungseinheit

Um eine passende *Bargaining Unit* zu definieren, muss das *NLRB* zunächst feststellen, dass die Arbeitnehmer bei den Kernfragen des Arbeitsverhältnisses, wie Arbeitszeiten, Löhne, etc. gleiche Interessen verfolgen (*Community of Interest).*[454]

Damit eine Verhandlungseinheit so effektiv wie möglich über ihre Interessen verhandeln kann, lässt der *NLRA* nicht alle Arbeitnehmer in einer Verhandlungseinheit zu:

1.1 Leitende Angestellte (*Supervisors*) / Mitglieder des mittleren und höheren Managements (*Managerial Employees*)

Unter den Arbeitnehmerbegriff von *Section 2 NLRA* fallen nicht die leitenden Angestellten und Mitglieder des mittleren und höheren Managements. Sie können im Rahmen von Tarifverhandlungen in einen Loyalitätskonflikt mit dem Arbeitgeber geraten und dadurch eine widerspruchsfreie Verhandlungseinheit gefährden. Der Loyalitätskonflikt liegt darin begründet, dass die leitenden Angestellten im Unternehmen typische Unternehmeraufgaben mit einem eigenen Entscheidungsspielraum wahrnehmen. Sie identifizieren sich mit den Interessen des Unternehmens.

Nach der Definition des leitenden Angestellten in *Section 2 (11) NLRA* sind drei Kriterien entscheidend, um den normalen Arbeitnehmer von einem leitenden Angestellten zu unterscheiden:[455]

[453] American Hosp. Ass n v. NLRB, 499 U.S. 606, 610, 137 LRRM (BNA) 2001 (1991).
[454] Vgl. Keller – Darby, International Labor & Employment Laws, Vol. IB, S. 33c-14.
[455] Vgl. 29 U.S.C. § 1522 (11).

– Der Arbeitnehmer muss eine der in *Section 2 (11) NLRA* genannten Befugnisse besitzen. Er muss andere Arbeitnehmer einstellen, versetzen, suspendieren, entlassen, wiedereinstellen, befördern, anweisen sowie disziplinieren dürfen.
– Er muss über diese Befugnis unabhängig entscheiden können und
– er muss diese Befugnis im Interesse des Arbeitgebers wahrnehmen.

Die Mitglieder des mittleren und höheren Managements sind ebenfalls nicht wahlberechtigt. Sie können wie leitende Angestellte mit dem Arbeitgeber in einen Loyalitätskonflikt geraten.[456] Ihnen kommt im Gegensatz zu den leitenden Angestellten zwar keine Personalhoheit zu, sie nehmen aber ebenfalls Unternehmeraufgaben wahr.

Im deutschen Arbeitsrecht sind die Mitglieder des mittleren und höheren Managements außertarifliche Angestellte (AT-Angestellte). Sie stehen im Gegensatz zu den „normalen" Angestellten außerhalb des persönlichen Geltungsbereichs des Tarifvertrages, weil ihre Tätigkeit oberhalb der höchsten Tarifgruppe eingruppiert ist.

1.2 Teilzeitkräfte (*Part-Time Employees*) / Gelegenheitsbeschäftigte (*Casual Employees*)

Teilzeitkräfte sind im Gegensatz zu Gelegenheitsbeschäftigten in einer Verhandlungseinheit wahlberechtigt. Gelegenheitsbeschäftigte arbeiten nur nach Bedarf des Arbeitgebers. Sie werden nur für kurze Zeitspannen eingesetzt und haben keine festen Arbeitsstunden; diese können zudem von Woche zu Woche variieren. Sie haben keine Garantie, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis fortsetzt und können jederzeit ein Arbeitsangebot wegen eines anderen Beschäftigungsangebotes ablehnen. Gelegenheitsbeschäftigte haben ferner keinen Anspruch auf eine Arbeitsunfallversicherung, eine Krankenversicherung oder eine betrieblichen Altersvorsorge durch den Arbeitgeber. Teilzeitkräfte hingegen haben in der Regel die Rechte und Pflichten eines vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmers. Sie haben eine regelmäßige Wochenarbeitszeit, die lediglich kürzer ist als bei vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten. Folgende Kriterien sind für die Abgrenzung zwischen Teilzeitkräften und Gelegenheitsbeschäftigten entscheidend:[457]

[456] NLRB v. Bell Aerospace Co., 416 U.S. 267, 94 (1974); Northeast Utilities Service Corp. v. NLRB, 35 F.3d 621 (1st Cir. 1994); NRLB v. Meenan Oil, 139 F.3d 311 (2d Cir. 1998); NLRB v. Case Corp., 995 F.2d 700 (7th Cir. 1993).
[457] Muncie Newspapers, Inc., 246 N.L.R.B. 1088, 1089 (1979).

– Regelmäßigkeit und Kontinuität der Beschäftigung. Das *NLRB* prüft, ob der Arbeitnehmer im letzten Vierteljahr durchschnittlich mehr als vier Stunden in der Woche gearbeitet hat. Dann ist er als Teilzeitkraft zu qualifizieren.[458]
– Dauer der Anstellung, ob nur für kurze Zeit oder längerfristig,
– Vergleich der Löhne und Zuschüsse,
– Art der übertragenen Aufgaben (Umfang, Verantwortung).

1.3 Entlassene Arbeitskräfte (*Laid-Off Workers*)

Entlassene Arbeitskräfte sind wahlberechtigt, wenn sie in naher Zukunft die Aussicht haben, dass der Arbeitgeber sie wieder anstellt. Außerdem berücksichtigt das *NLRB* bei seiner Entscheidung folgende Umstände:[459]

– Wie hat der Arbeitgeber sich in der Vergangenheit verhalten, wenn er Arbeitnehmer entlassen hat?
– Wie sind die Zukunftspläne des Arbeitgebers?
– Aufgrund welcher Umstände hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer entlassen?
– Ist es aus Erfahrung wahrscheinlich, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wieder einstellt?

1.4 Arbeitnehmer mit Informationen über personalstrategische Grundentscheidungen (*Confidential Employees*)

Arbeitnehmer, die Zugang zu vertraulichen Informationen über personalstrategische Grundentscheidungen des Arbeitgebers haben, sollen nicht Mitglieder einer Verhandlungseinheit sein. Das Wissen über vertrauliche Personalentscheidungen kann die übrigen Arbeitnehmer hemmen, ihre Interessen durchzusetzen und zu formulieren. Die Effektivität der Verhandlungseinheit wäre somit beeinträchtigt.[460]

2. Allgemeine Kriterien für die Zusammensetzung einer *Bargaining Unit*

Das *NLRB* hat des Weiteren in seiner Spruchpraxis elf Abgrenzungskriterien herausgearbeitet, um eine Verhandlungseinheit möglichst passend auszuwählen:[461]

---

[458] Davidson-Paxon Co., 185 N.L.R.B. 21, 24 (1970).
[459] Apex Paper Box Co., 302 N.L.R.B. 67, 68 (1991).
[460] NLRB v. Hendricks Country Rural Electric Membership corp., 451 U.S. 170, 102 (1981); NLRB v. Meenan Oil, 139 F.3d 311 (2nd Cir 1998); NLRB v. Case Corp., 995 F.2d 700 (7th Cir. 1993).
[461] Vgl. Bayreuther, ZfA 2009, 747, Übernommen aus United Operations Inc., 338 NLRB 18 (2002).

- Geographische Nähe von Belegschaftsgruppen (bei „überbetrieblichen" oder „unternehmensübergreifenden" Verhandlungseinheiten),
- Ähnlichkeit der zu leistenden Arbeit,
- Ähnlichkeit im Hinblick auf Ausbildung und Qualifikation der Arbeitnehmer,
- Integration in denselben Produktionsprozess,
- Kontakt und „Kommunikationsfrequenz" unter den jeweiligen Arbeitnehmern,
- Ähnlichkeiten im Hinblick auf die Vergütung, die Arbeitszeit, die Ausgestaltung von Arbeitsverträgen sowie der allgemeinen Arbeitsbedingungen,
- Ähnlichkeit bei Lohngestaltung, Entlohnungsgrundsätzen und -methoden,
- Der übliche Zuschnitt von Verhandlungseinheiten in der Branche,
- Tarifgeschichte und bisherige Struktur der Verhandlungseinheiten im Unternehmen, wenn diese eine Vermutung für die Richtigkeit des Zuschnitts der im Unternehmen bestehenden *Bargaining Units* begründet,[462]
- Wünsche der betroffenen Arbeitnehmer,
- Gewerkschaftlicher Organisationsgrad.[463]

III. Gegenstand der Tarifverhandlungen

Section 8 NLRA legt den Gewerkschaften und Arbeitgebern die Pflicht auf, in gutem Glauben über die Kernarbeitsbedingungen zu verhandeln. Der *NLRA* führt die Verhandlungsgegenstände nicht einzeln auf; das *NLRB* und die Gerichte haben aber drei Kategorien gebildet.

1. Obligatorische Verhandlungsgegenstände (*Mandatory Subjects*)

Die Parteien sind verpflichtet, bestimmte Fragen in den Tarifverhandlungen zu thematisieren. Sie begehen sonst eine *Unfair Labor Practice*. Es ist Aufgabe des *NLRB* festzulegen, welche Verhandlungsgegenstände obligatorisch sind.

Obligatorische Verhandlungsgegenstände sind nach *Section 8 (d) NLRA*:[464]

- Löhne und Gehälter,

[462] New Berlin Grading Co. v. NLRB, 946 F.2d 527 (7th Cir. 1991).
[463] NLRB v. Metropolitan Life Ins. Co., 380 U.S. 438 (1965); NLRB v. Lake County Ass`n for the Retarded, 128 F.3d 1181 (7th Cir. 1997); NLRB v. Southern Metal Serv. 606 F.2d 512 (5th Cir. 1979); zurückhaltend aber: NLRB v. Lundy Packing Co., 68 F3d 1577 (4th Cir. 1995).
[464] Vgl. 29 U.S.C § 1588 (d).

– Arbeitszeit und
– sonstige Bestimmungen eines Arbeitsverhältnisses. Darunter fallen viele soziale Angelegenheiten des § 87 BetrVG: Arbeitspflichten; Arbeitspläne; Drogentests der Arbeitnehmer; Regeln des Betriebs einschließlich Kleiderordnung, Mittagspausen; Sicherheitsstandards am Arbeitsplatz; Altersversorgung; Beschwerdeverfahren; Urlaub; Veränderungen im Betriebsablauf, die Auswirkungen auf die Arbeitnehmer haben können.

2. Zulässige Verhandlungsgegenstände (*Permissive Subjects*)

Zulässige Verhandlungsgegenstände zeichnen sich dadurch aus, dass eine Partei ihre Verhandlungspflicht nach dem *NLRA* nicht verletzt, wenn sie es ablehnt, über diese Themen zu verhandeln. Es handelt sich um folgende Verhandlungsgegenstände:[465]

– Arbeitsverträge der leitenden Angestellten,
– Das Recht des Arbeitgebers, direkt mit den einzelnen Arbeitnehmern das Gehalt auszuhandeln,
– Zuständigkeitsbereich der *Bargaining Unit,*
– Anerkennung der Gewerkschaft.

3. Gesetzeswidrige Verhandlungsgegenstände (*Illegal Subject*)

Den Parteien ist es untersagt, über gesetzeswidrige Verhandlungsgegenstände zu verhandeln und diese zum Gegenstand einer Vereinbarung zu machen. Verhandeln sie über solche Verhandlungsgegenstände, begehen sie automatisch eine *Unfair Labor Practice*. Dies ist der Fall bei:

– *Closed-shop*-Bestimmungen (Zusage des Arbeitgebers, ausschließlich Gewerkschaftsmitglieder einzustellen), da sie gegen *Section 8 (a) (3)* und *8 (b) (2) NLRA* verstoßen,
– *Hot Carg0*-Klauseln (Arbeitgeber darf nicht mit Unternehmen in eine Geschäftsbeziehung eintreten, deren Arbeitnehmer nicht Mitglieder in einer Gewerkschaft sind),
– Vertragsbestimmungen, die unvereinbar mit einer fairen Repräsentationspflicht der Gewerkschaften sind,
– Vertragsklauseln, die einzelne Arbeitnehmer aufgrund ihrer Rasse, Religion, Herkunft oder aufgrund ihres Geschlechts diskriminieren.

[465] Keller – Darby, International Labor & Employment Laws, Vol. IB, S. 23c-49.

IV. Der Tarifvertrag (*Collective Bargaining Agreement*)

Der *NLRA* fordert von den Mitgliedern einer Gewerkschaft oder einer Verhandlungseinheit nicht, dass diese einzeln einen Tarifvertrag anerkennen müssen. Der Tarifvertrag muss lediglich unterzeichnet werden, wenn die Gewerkschaft dies in ihrer Verfassung von ihren Mitgliedern verlangt.

1. Parteien des Tarifvertrages

1.1 Arbeitgeber und Gewerkschaften

Die Gewerkschaften und die einzelnen Arbeitgeber sind Parteien des Tarifvertrages. Im Unterschied zum deutschen Tarifrechtssystem gibt es in den Vereinigten Staaten keine Arbeitgeberverbände. In den USA haben daher Firmentarifverträge eine weit größere Bedeutung als Verbandstarifverträge. Nach dem *NLRA* ist es aber möglich, dass sich betriebs- bzw. unternehmensübergreifende Verhandlungseinheiten bilden, die *Multi-location* oder *Multi-employer Bargaining Units*. In einigen wenigen Industriezweigen (Bekleidungsindustrie, Bauindustrie, Schifffahrt, Speditions- und Lagergewerbe, Bergbau, Großhandel, Einzelhandel und Druckindustrie) bilden unternehmensübergreifende Tarifverträge sogar den Regelfall.[466] Es handelt sich bei den jeweiligen Tarifverträgen aber nicht um Flächentarifverträge nach hiesigem Verständnis. Davon abgesehen gilt der fragliche Tarifvertrag zwar für das gesamte Unternehmen bzw. für alle Arbeitgeber der fraglichen Einheit, aber nicht für die gesamte Belegschaft. Vielmehr fällt in seinen persönlichen Geltungsbereich nur die in der jeweiligen *Bargaining Unit* zusammengefasste Berufsgruppe.[467]

1.2 Rechtsnachfolge im Unternehmen (*Successorship*)

Der Käufer eines Unternehmens wird durch den Erwerb grundsätzlich nicht Partei des Tarifvertrages. Führt der Erwerber eines Unternehmens das Geschäft des Veräußerers aber im Wesentlichen fort, ist er als Rechtsnachfolger (*Sucessor*) verpflichtet, die Gewerkschaft des Veräußerers anzuerkennen und mit ihr zu verhandeln. Er ist jedoch nicht verpflichtet, den Tarifvertrag des Vorgängers und der Gewerkschaft zu übernehmen. Vielmehr müssen der Erwerber und die Gewerkschaft einen neuen Tarifvertrag

[466] Vgl. Bayreuther, ZfA 2009, 747.
[467] Vgl. Bayreuther, ZfA 2009, 747.

aushandeln können.[468] Der Erwerber des Unternehmens darf jedoch solange nicht die vorhandenen Lohn- und Arbeitsbedingungen ändern, bis er einen neuen Tarifvertrag mit der Gewerkschaft ausgehandelt hat.

Folgende Kriterien des *NLRB* müssen erfüllt sein, damit der Erwerber des Unternehmens als Rechtsnachfolger qualifiziert wird:

– Fortbestand der Belegschaft des Veräußerers,
– Ähnlichkeit der vorherigen und nachfolgenden Unternehmensstruktur,
– Fortbestand der Verhandlungseinheit,
– Produktion der vorherigen Waren.

Das Fortbestehen der Belegschaft beim Veräußerer stellt das wichtigste Kriterium einer Rechtsnachfolge dar.[469] Hat die Mehrheit der Arbeitnehmer nicht bei dem Veräußerer gearbeitet, ist der Erwerber nicht als Rechtsnachfolger zu qualifizieren.[470]

2. Wirkung der Tarifnormen

In den USA wirkt jeder Tarifvertrag auf das Arbeitsverhältnis unmittelbar und beidseitig zwingend. Die unmittelbare und zwingende Wirkung des Tarifvertrages gilt für alle Mitglieder einer Verhandlungseinheit, ungeachtet ihrer Gewerkschaftszugehörigkeit.

Die unmittelbare Wirkung hat zur Folge, dass die Tarifnorm ohne weiteres das Arbeitsverhältnis erfasst und keines Umsetzungsaktes bedarf. Die beidseitig zwingende Wirkung bedeutet, dass die Parteien des Arbeitsvertrages von der Tarifnorm nicht abweichen dürfen. Jede einzelvertragliche Abweichung vom Tarifvertrag bedarf in den USA der Zustimmung der tarifschließenden Gewerkschaft – auch eine Abweichung zugunsten des Arbeitnehmers.[471] Das amerikanische Tarifrecht kennt folglich kein Günstigkeitsprinzip.

In den USA gibt es im Unterschied zu Deutschland keine Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrages. Es gibt in den Arbeitsverträgen ferner keine Bezugnahmeklauseln, die die Tarifbestimmungen auf das Arbeitsverhältnis für anwendbar erklären.

---

[468] NLRB v. Burns International Security Services., 406 U.S. 272 (1972).
[469] Straight Creek Mining, Inc. v. NLRB, 164 F. 3d 292 (6th Cir. 1998).
[470] River Dyeing & Finishing Corp. v. NLRB, 482 U.S. 27 (1987).
[471] Vgl. Rebhahn, NZA 2001, 763.

3. Grundsatz der Tarifeinheit

Im US-amerikanischen Tarifrecht herrscht, wie in zahlreichen anderen Tarifrechtsordnungen, der Grundsatz der Tarifeinheit. So bestimmen auch das spanische, das französische, das österreichische und das englische Tarifrecht, dass in einem Unternehmen nur ein Tarifvertrag gilt.[472] In den amerikanischen Unternehmen herrscht Tarifeinheit jedoch nur auf der Ebene der jeweiligen Verhandlungseinheit. Im Gesamtbetrieb besteht ansonsten Tarifpluralität. Allein der Ausschluss von personalverantwortlichen Arbeitnehmern aus der Verhandlungseinheit führt schon dazu, dass sich im Betrieb partielle Tarifpluralitäten ergeben, weil kraft Gesetzes für diese gesonderte Tarifverhandlungen zu führen sind.

Das amerikanische Tarifrechtssystem führt in den Betrieben insgesamt zu einer tariflichen Zersplitterung der Belegschaften. Dies liegt in der Art und Weise, wie das *NLRB* eine Verhandlungseinheit definiert. So bestimmt das *NLRB* die Mitglieder einer Verhandlungseinheit danach, ob diese gleiche oder ähnliche Interessen verfolgen, *Community of Interest*. Die Behörde trifft danach eine Einzelfallentscheidung, welche sich nach den Verhältnissen im konkreten Betrieb richtet. In den einzelnen Betrieben können damit gleiche Berufsgruppen anderen Verhandlungseinheiten zugewiesen sein, wodurch unternehmensübergreifende Tarifverhandlungen erschwert werden.

In Deutschland herrscht zwar der Grundsatz der Tarifpluralität, das BAG löst die Fälle der Tarifpluralität jedoch nach dem Grundsatz der Tarifeinheit.[473] Danach soll in einem Betrieb im Falle einer Tarifkollision (in Form der Tarifkonkurrenz oder Tarifpluralität) nach dem Grundsatz der Spezialität nur ein Tarifvertrag Anwendung finden. Die Rechtsprechung des BAG ist jedoch sehr umstritten. Zum einen widerspreche der Grundsatz der Tarifeinheit dem verfassungsrechtlichen Schutz der Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers und der Gewerkschaft nach Art. 9 Abs. 3 GG. Zum anderen wird die Tarifeinheit nicht als spezifische Interessenvertretung der Parteien gesehen. In Deutschland hat das Spannungsverhältnis zwischen der Tarifeinheit und -pluralität seit dem Streik bei der Deutschen Bahn AG wieder an Bedeutung gewonnen. Der vierte Senat des BAG beabsichtigt, seine Rechtsprechung zum Grundsatz der Tarifeinheit zu ändern, und hat deshalb nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG eine Divergenzanfrage an den zehnten Senat des BAG gerichtet.[474] Nach Auffassung des vierten Senats gelten für ein Ar-

[472] Vgl. Rebhahn, NZA 2001, 763.
[473] BAG v. 20.03.1991 – 4 AZR 455/90, NZA 1991, 736.
[474] BAG v. 27.01.2010 – AZR 549/08, n.v.

beitsverhältnis, dessen Parteien nach § 3 Abs. 1 TVG an einen Tarifvertrag gebunden sind, die Rechtsnormen dieses Tarifvertrages, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von Arbeitsverhältnissen ordnen, zwingend und unmittelbar nach § 4 Abs. 1 TVG. Sie können auch dann nicht nach dem Grundsatz der Tarifeinheit verdrängt werden, wenn der Arbeitgeber durch seine Mitgliedschaft in einem tarifschließenden Arbeitgeberverband zugleich an einen mit einer anderen Gewerkschaft für Arbeitsverhältnisse derselben Art geschlossenen Tarifvertrag unmittelbar gebunden ist.

V. Reform des *NLRA – Emloyee Free Choice Act*

Wie beschrieben, ist die Zahl der gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer in den letzten Jahren stark gesunken. Die Gewerkschaften begründen diese Entwicklung unter anderem damit, dass das Wahlverfahren vor der *NLRB* zu langatmig sei. Die lange Zeitspanne zwischen einem Antrag auf Zertifizierung einer Gewerkschaft und der tatsächlichen Durchführung der Wahl halte die Arbeitnehmer davon ab, eine Gewerkschaft mit ihren Interessen zu betrauen.

Geplant war daher der Erlass des *Employee Free Choice Act (EFCA),* eines Bundesgesetzes, das das Wahlverfahren erheblich vereinfachen sollte. Zunächst galt das Vorhaben als sicher. Je mehr sich allerdings die Kongress-Wahlen am 2. November 2010 näherten, desto unwahrscheinlicher wurde es, dass der EFCA in Kraft treten wird. Die Lobby der Gewerkschaften hatte nicht genug Macht, um die „Verzögerungstaktik" zu beenden und die beiden Häuser des Kongresses versuchten zu vermeiden, unmittelbar vor den Wahlen derart gewichtige Entscheidungen zu treffen.

Allerdings reagierten die Gewerkschaften hierauf und versuchen seitdem, eine mit dem EFCA vergleichbare Regelung durch das NLRB herbeizuführen. Dass das NLRB derzeit aus drei ehemaligen Gewerkschafts-Anwälten besteht, könnte ein solches Vorhaben begünstigen. Insofern scheint eine kurze Darstellung der wichtigsten Regelungen des EFCA lohnend.

1. *Section 2 EFCA – Card Check System*

Zunächst sieht der *EFCA* eine erhebliche Vereinfachung des Zertifizierungsverfahrens für eine Gewerkschaft vor. Der *NLRA* rgelt derzeit, dass ein Antrag auf Durchführung eines Zertifizierungsverfahrens einer Gewerkschaft nur gültig ist, wenn 30 Prozent der

Arbeitnehmer den Antrag mit Hilfe von unterzeichneten Stimmkarten unterstützen. Wie oben beschrieben, erfolgt ein geheimes Wahlverfahren, in dem die Gewerkschaft die Stimmenmehrheit der Arbeitnehmer in der Verhandlungseinheit erzielen muss.

Der *EFCA* will statt des geheimen Wahlverfahrens ein sogenanntes „*Card Check System*" einführen.[475] Danach soll das *NLRB* verpflichtet werden, immer dann, wenn die Arbeitnehmer oder die Gewerkschaft einen Zertifizierungsantrag einreichen, von Amts wegen zu erforschen, ob dieser in der Belegschaft eine ausreichende Unterstützung findet.[476] Haben bereits 50 Prozent der Arbeitnehmer einer Verhandlungseinheit Stimmkarten unterzeichnet, müsste die Gewerkschaft ohne eine weitere Wahl zertifiziert werden.[477] Sie würde bereits dann den Status der ausschließlichen Repräsentantin einer Verhandlungseinheit gewinnen und müsste sich nicht mehr einer geheimen Wahl unterziehen.

Das geheime Wahlverfahren abzuschaffen und das *Card Check System* einzuführen, stellt eine der umstrittensten Bestimmungen des *EFCA* dar. Das derzeitige Wahlverfahren des *NLRA* verfolgt den Zweck, dass Arbeitgeber und Gewerkschaften im Vorfeld der Wahl die Möglichkeit erhalten sollen, die Arbeitnehmer über die Vor- und Nachteile der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft zu unterrichten. Beide Parteien sollen den wahlberechtigten Arbeitnehmern ihre Positionen darlegen können und somit dazu beitragen, dass die Wähler sich ein umfassendes Bild machen können. In einem *Card Check System* erhielten ausschließlich die Gewerkschaften die Möglichkeit, die Arbeitnehmer in ihrer Wahlentscheidung zu beeinflussen. Die Sicht des Arbeitgebers bliebe den Arbeitnehmern bei einer sofortigen Zertifizierung verwehrt. Für die Gewerkschaften würde dies eine erhebliche Chance darstellen. Sie könnten die Arbeitnehmer mit Hilfe von Versprechen werben, die vielleicht nicht einmal mehr umsetzbar sind.

Der Entwurf bezieht damit, im Vergleich zum *NLRA*, keine neutrale Position, er spricht sich klar für die Gewerkschaften aus. Für die Arbeitgeber ist es bei einer sofortigen Zertifizierung nicht möglich, in einen Meinungsaustausch mit den Arbeitnehmern zu treten.

[475] EFCA, H.R. 1409, 111th Cong. § 2.
[476] Siehe hierzu http://www.aflcio/joinaunion/voiceatwork/efca/10keyfacts.cfm/.
[477] EFCA, H.R. 1409, 111th Cong. § 2.

2. *Section 3 EFCA – Arbitration Process*

Der *EFCA* sieht ferner die Einführung eines verbindlichen Schiedsverfahren für die Tarifparteien zur Unterstützung des Abschlusses eines ersten Tarifvertrages vor. Er fordert, dass die Parteien sich im Rahmen der Tarifverhandlungen nach 90 Tagen geeinigt haben müssen. Einigen sich die Parteien in dieser Zeit nicht, stellt die *Federal Mediation and Conciliation Service* den Parteien für 30 Tage einen Mediator an die Seite.[478] Gelingt es dem Mediator in dieser Zeit nicht, zwischen den Parteien zu vermitteln, müssten sie sich einem Schiedsverfahren unterwerfen. Das Schiedsgericht wird nach Vorschriften der Behörde[479] eingerichtet und beendet durch Urteil die Meinungsverschiedenheiten der Parteien. Diese sind an die Entscheidung des Schiedsgerichts zwei Jahre gebunden, es sei denn, sie können sich während dieser Zeit schriftlich über die umstrittenen Bestimmungen des Tarifvertrages einigen.[480]

Nach jetzigem Recht bestimmt der *NLRA,* dass die Parteien unbegrenzt miteinander verhandeln können. Um ihre Positionen durchzusetzen, können sie im Rahmen ihrer Verhandlungen in den Arbeitskampf treten und sich der verschiedenen Arbeitskampfmittel bedienen.

Das Schiedsverfahren stellt für die Arbeitgeber folgenden Nachteil dar: Kommt es zu einem solchen Verfahren, nimmt das Schiedsgericht die Verhandlungsführung vollständig aus den Händen der Arbeitgeber. Das Gericht ist befugt, über die Geschicke des Unternehmens zu entscheiden, indem es über die Bestimmungen des Tarifvertrages urteilt. Der Unternehmer ist an diese Entscheidung gebunden und hat die wirtschaftlichen Konsequenzen zu tragen. Auch stellt das Gesetz keine Leitlinien für das Schiedsgericht auf, die bei der Entscheidung über die Bestimmungen des Tarifvertrages zu beachten wären.

3. *Section 4 EFCA – Increased Penalties*

Der *EFCA* will ferner die finanziellen Ansprüche sowie die Unterlassungsansprüche gegen die Arbeitgeber deutlich erhöhen. Das Gesetz fordert von dem *NLRB*, den Schwerpunkt auf die Ermittlung von unrechtmäßigen Arbeitgebermaßnahmen zu richten, die sich während einer Gewerkschaftskampagne ereignen und den Arbeitneh-

[478] Siehe zu „Collecive Bargaining Mediation" http://www.fmcs.gov/internet/itemDetail.asp?categoryID=141&itemID=15911.

[479] Siehe: Code of Professional Responsibility for Arbitrators of Labor-Management Disputes.

[480] EFCA, H.R. 1409, 111th Cong. § 3.

mern ihr Recht erschwert, sich gewerkschaftlich zu organisieren. Der *NLRA* sieht gegenwärtig für das *NLRB* Unterlassungsverfügungen, die *Bargaining Order*, Geldbußen sowie Lohnnachzahlungen als Rechtsmittel vor. Der *EFCA* verlangt im Falle einer *Unfair Labor Practice* des Arbeitgebers während einer Gewerkschaftskampagne, dass dieser ein Bußgeld zu zahlen hat, welches die Höhe von 20.000,- US-Dollar nicht übersteigen darf. Diskriminiert oder entlässt der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer während einer Gewerkschaftskampagne oder während der Tarifverhandlungen zum Abschluss eines ersten Tarifvertrages, ist er verpflichtet, das Dreifache des monatlichen Gehalts an den Arbeitnehmer zu zahlen.[481] Eine *Unfair Labor Practice* kann darin bestehen, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmer durch bestimmte Maßnahmen daran hindert, ihr Recht nach *Section 7 NLRA* auszuüben, sich nämlich gewerkschaftlich zu betätigen.[482] Entsprechende Geldstrafen für Gewerkschaften, die eine *Unfair Labor Practice* begehen, sieht der *EFCA* allerdings nicht vor.

Abschließend lässt sich festhalten, dass die Bestimmungen des *EFCA* – so wie sie im jetzigen Entwurf geregelt sind – das Kräfteverhältnis zwischen den Gewerkschaften und den Arbeitgebern zugunsten der Gewerkschaften beeinflussen. Arbeitgebern wird durch das *Card Check System* der Meinungsaustausch mit den Arbeitnehmern erschwert. Sie müssen die wirtschaftlichen Konsequenzen tragen, die sich aus dem Urteil eines Schiedsgerichts für das Unternehmen ergeben und höhere Geldstrafen zahlen.

C. Arbeitskampfrecht (*Industrial Action*)

Die grundlegende Philosophie des *NLRA* besteht darin, Arbeitgeber und Gewerkschaften zu animieren, gemeinsam in Verhandlungen zu treten und sich über die Bedingungen eines Kollektivvertrages zu einigen. Ist es für die Parteien nicht möglich sich zu einigen, erlaubt der *NLRA* allerdings auch, dass die Parteien in einen Arbeitskampf treten, um wirtschaftlichen Druck auf die Gegenseite auszuüben und die eigenen Interessen durchzusetzen.

In den USA gilt wie in Deutschland der Grundsatz der Suspendierung. Die Teilnahme an einem rechtmäßigen Arbeitskampf suspendiert die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer hat für diesen Zeitraum keinen Anspruch auf Beschäftigung und Vergütung.[483]

[481] EFCA, H.R. 1409, 111th Cong. § 4.
[482] Vgl. 29 U.S.C. § 1588.
[483] Vgl. ErfK/Preis § 615 BGB Rn. 13.

Eine Besonderheit des US-amerikanischen Arbeitsrechts gegenüber dem deutschen ist es jedoch, dass der Arbeitgeber nicht gehindert ist, Streikende während des rechtmäßigen Streiks durch neue Arbeitskräfte zu ersetzen, und zwar in manchen Fällen über das Streikende hinaus.[484]

In Deutschland herrscht ebenfalls der Grundsatz der Suspendierung, es ist nicht möglich, einem Arbeitnehmer, der an einem rechtmäßigen Streik teilnimmt, zu kündigen. Die Streikteilnahme stellt keinen Vertragsbruch des Arbeitsverhältnisses wegen rechtswidriger Arbeitsverweigerung dar.[485]

In den USA hat die Gewerkschaft, die erfolgreich das Anerkennungsverfahren durchlaufen hat, also der *Bargaining Agent*, das Monopol zur Vertretung der Arbeitnehmer. Dies gilt auch dann, wenn es darum geht, für diese einen rechtmäßigen Streik zu organisieren. Gibt es keinen *Bargaining Agent*, so sind auch nichtgewerkschaftliche Streiks der Arbeitnehmer legal.[486] In Deutschland kommt nur der Abschluss eines Tarifvertrages als Streikziel in Betracht, so dass lediglich die Parteien einen Arbeitskampf führen dürfen, die tariffähig und tarifzuständig sind. Nach § 2 TVG sind nur Gewerkschaften, einzelne Arbeitgeber und Arbeitgebervereinigungen sowie ihre Spitzenorganisationen tariffähig.

Unterschiede gibt es in den USA und Deutschland auch bei der Zulässigkeit von Streiks während der Laufzeit eines Kollektivvertrages. Nach deutschem Verständnis ist der Sinn von Tarifverträgen, Arbeitskämpfe über bereits tariflich geregelte Fragen zu verhindern; für die Laufzeit des Tarifvertrages ergibt sich daher in Deutschland eine Friedenspflicht. In den USA besteht die Friedenspflicht hingegen nur bei einer ausdrücklichen Vereinbarung. Verstößt eine Gewerkschaft gegen ein *No-strike Agreement*, wird der Streik nicht durch den *NLRA* geschützt.

Einigkeit besteht in den USA und Deutschland im Hinblick auf das Gebot der Kampfparität (Waffengleichheit). Das Gebot bezweckt, ein hinreichendes Kräftegleichgewicht zwischen den Tarifparteien sicherzustellen. Beherrscht eine Partei das Kampfgeschehen, ist ein angemessener Interessenausgleich nicht möglich.

Maßgeblich für die Rechtmäßigkeit der einzelnen Arbeitskampfmittel ist es, dass diese in den Schutzbereich des *NLRA* fallen.

---

[484] Vgl. Thüsing, NZA 2008, 982.
[485] Vgl. ErfK/Preis § 615 BGB Rn. 13.
[486] Vgl. Rebhan, NZA 2001, 763.

I. Arbeitsniederlegungen (*Works Stoppages*) und Streiks

Eine Definition des Streikbegriffs erfolgt im *Labor Management Relation Act* von 1947, einer gesetzgeberischen Ergänzung des *NLRA*. Der Begriff umfasst jede kollektive Arbeitsniederlegung durch die Arbeitnehmer.[487]

Grundsätzlich dürfen Arbeitnehmer wegen ihrer Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik nicht benachteiligt werden.[488] Unzulässig wäre es deshalb, einen Arbeitnehmer nach Beendigung eines Streiks allein deswegen zu entlassen, weil er gestreikt hat. Zulässig ist es dagegen, streikende Arbeitnehmer während des Streiks durch neue Arbeitskräfte zu ersetzen.[489] Werden diese Ersatzkräfte dauerhaft und nicht nur als vorübergehende Vertretung während des Streiks eingestellt, verlieren die streikenden Arbeitnehmer (d. h. nur die „*Economic Strikers*", siehe sogleich) dadurch ihren Arbeitsplatz.[490]

1. Zulässige Streiks

Der *NLRA* schützt nur zwei Kategorien von Streiks: Streiks, bei denen die Arbeitnehmer wirtschaftliche Zugeständnisse des Arbeitgebers fordern, wie Lohnerhöhungen, bessere Arbeitsbedingungen oder kürzere Arbeitszeiten (*Economic Strikes)*, und Streiks wegen bestimmter, unrechtmäßiger Maßnahmen des Arbeitgebers (*Unfair Labor Practice Strikes*). Obwohl die streikenden Arbeitnehmer ihren Status als „Arbeitnehmer" durch die Teilnahme an einem Streik nicht verlieren, ist die Unterscheidung zwischen diesen beiden Kategorien von Bedeutung, da sich daran ihr Recht für eine Wiedereinstellung nach Beendigung des Streiks bemisst.

1.1 *Economic Strikers*

Die *Economic Strikers* laufen ein hohes Risiko, im Zuge des Streiks entlassen zu werden. Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Ersatzkraft, die er während des Streiks an Stelle des streikenden Arbeitnehmers beschäftigt, dauerhaft einzustellen.[491] Er ist nach Be-

[487] Vgl. 29 U.S.C. § 142501.
[488] Vgl. 29 U.S.C. § 158 (1).
[489] NLRB v. Mackay Radio & Telegraph Co., 304 U.S. 333 (1938).
[490] Vgl. Thüsing, NZA 2008, 982.
[491] NLRB v. Mackay Radio & Tel. Co, 304 U.S. 333 (1938).

endigung des Streiks nicht verpflichtet, die Ersatzkraft zu entlassen, um dem streikenden Arbeitnehmer die Rückkehr an seinen Arbeitsplatz zu ermöglichen, d. h. der streikende Arbeitnehmer ist mit der dauerhaften Einstellung der Ersatzkraft entlassen.

Das *NLRB* entschied, dass Arbeitnehmer, die als *Employment-at-Will*-Kräfte eingestellt werden, d. h. jederzeit frei kündbar sind, als „dauerhaft" angestellte Arbeitnehmer qualifiziert werden können.[492] Die Behörde hat gleichzeitig die Beweisanforderungen an den dauerhaften Ersetzungswillen weiter herabgesetzt.[493]

In den vergangenen Jahren schwächten die Gerichte und das *NLRB* das Druckmittel des Arbeitgebers allerdings dahingehend, dass ein Arbeitgeber eine Ersatzkraft nicht „dauerhaft" anstellen kann, wenn der Arbeitnehmer an einer Arbeitsniederlegung wegen gefährlicher Arbeitsbedingungen im Betrieb teilgenommen hat.[494] Das *NLRB* prüft anhand von vier Kriterien, ob eine Arbeitsniederlegung der Arbeitnehmer unter den Gesundheits- und Sicherheitsschutz des *NLRA (Section 502)* fällt. Die Gewerkschaft muss den Beweis erbringen, dass:

- die Arbeitnehmer nach Treu und Glauben überzeugt sind, dass ihre Arbeitsbedingungen ungewöhnlich gefährlich sind,
- diese Überzeugung der entscheidende Grund für die Arbeitsniederlegung gewesen sein muss,
- die Ansicht der Arbeitnehmer durch ermittelbare, objektive Beweise gestützt wird und
- die Gefahr eine unmittelbare Bedrohung für die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer darstellen muss.

Diese „*TNS*-Entscheidung" des *NLRB* gewährleistet, dass bei Streiks, die die Arbeitnehmer aufgrund von Auseinandersetzungen in Gesundheits- und Sicherheitsfragen führen, während des Streiks keine Ersetzung durch andere Arbeitskräfte erfolgen darf.

Eine weitere bedeutende Einschränkung des Rechts der Arbeitgeber, die streikenden Arbeitnehmer durch Ersatzkräfte ersetzen zu dürfen, traf das Gericht in dem Fall *Laidlaw Corp*. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Streikenden seinen Arbeitsplatz wieder

[492] Jones Plastic & Engineering Company, 351 N.L.R.B. No. 11 (2007).
[493] Vgl. Thüsing, NZA 2008, 982.
[494] TNS, Inc., 329 N.L.R.B. 602 (1999), 296 F.3d 384 (6th Cir. 2002).

einzuräumen, wenn die auf Dauer eingestellte Ersatzkraft das Arbeitsverhältnis verlässt oder den streikenden Arbeitnehmer gar nicht erst dauerhaft ersetzt. Der Arbeitgeber muss den streikenden Arbeitnehmer jedoch dann nicht wieder beschäftigen, wenn er dies mit überwiegenden Interessen begründen kann.

Streiks, die nur einen Tag andauern, stellen Arbeitgeber im Hinblick auf die Wiedereinstellung ihrer streikenden Arbeitnehmer vor folgende Schwierigkeiten: Viele Arbeitgeber, insbesondere Krankenhäuser, stellen Ersatzkräfte durch Zeitarbeitsverträge ein. Es besteht auch die Möglichkeit, streikende Arbeitnehmer durch betriebsinternes Personal zu ersetzen oder durch Nichtgewerkschaftsmitglieder. Das *NLRB* sieht in diesen beiden Ansätzen einen rechtlichen Unterschied. Eine Wiedereinstellung der streikenden Arbeitnehmer, die durch einen Zeitarbeiter ersetzt werden, muss erst nach Ablauf des Zeitarbeitervertrages erfolgen. Die Wiedereinstellung der streikenden Arbeitnehmer, die durch betriebsinternes Personal ersetzt werden, muss hingegen sofort erfolgen.[495]

Ein Arbeitgeber sollte also, wenn er sich für eine Ersatzkraft entscheidet, genau überlegen, ob er die Stelle durch einen Zeitarbeitnehmer oder durch einen betriebsinternen Mitarbeiter besetzt, da sich danach bemisst, wie schnell er den streikenden Arbeitnehmer wieder beschäftigen muss.

1.2. *Unfair Labor Practice Strikers (ULP Strikers)*

Arbeitnehmer, die wegen einer bestimmten, in *Section 8 NLRA* aufgeführten, unrechtmäßigen Maßnahme des Arbeitgebers streiken, sind berechtigt, ihren früheren Job wiederaufzunehmen. Voraussetzung ist, dass das Angebot nicht unter einer bestimmten Bedingung steht. Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber den streikenden Arbeitnehmer während des Streiks ersetzt hat.[496] Ob es sich bei dem Verhalten des Arbeitgebers um eine unrechtmäßige Maßnahme handelt, wird nach Klageeinreichung durch die Arbeitnehmer bzw. Gewerkschaft von dem *NLRB* festgestellt. Die Behörde wird nicht von Amts wegen tätig. Der Arbeitgeber kann also *ULP Strikers* im Gegensatz zu den *Economic Strikers* nicht dauerhaft ersetzen.

[495] Sutter Roseville Med. Ctr., 348 N.L.R.B. 637 (2006).
[496] NRLB v. Mackay Radio & Tel. Co., 304 U.S. 333, 2 LRRM (BNA) 610 (1938).

2. Unzulässige Streiks

Das Recht zu streiken wird nicht uneingeschränkt gewährt. Ein Streik der Arbeitnehmer stellt sich dann als rechtswidrig dar, wenn dieser gegen den *NLRA* verstößt oder das damit verfolgte Ziel gesetzeswidrig ist:[497]

- Arbeitnehmer können gekündigt werden, wenn sie den Zutritt zum Betrieb verhindern (Betriebsblockade) oder mittels eines Sitzstreiks absichtlich den wirtschaftlichen Ablauf des Betriebes stören.
- Sogenannte Teilstreiks, die *Partial Strikes* oder auch *Work Slow Downs* (Bummelstreiks, bei denen die Arbeitnehmer die Produktionsabläufe verlangsamen), sind ebenfalls rechtswidrig.
- Auch zeitweilige Arbeitsniederlegungen, die *Intermittent Work Stoppages*[498] sowie absichtliches Fehlverhalten[499], das nicht der Arbeitgeber durch eine unrechtmäßige Maßnahme veranlasst hat, sind nicht durch den *NLRA* geschützt.
- Unzulässig ist ein Streik auch, wenn er gegen eine *No-strike*-Klausel einer Kollektivvereinbarung (Vereinbarung einer Friedenspflicht) verstößt.
- Organisiert eine Minderheit von Arbeitnehmern einen Streik und trägt die Gewerkschaft diesen Streik nicht mit, spricht man von *Wildcat*-Streiks. Ziel dieser Streiks ist es, die Gewerkschaften zu umgehen, um direkt mit dem Arbeitgeber verhandeln zu können. Dies stellt allerdings einen Verstoß gegen die abschließende Regelung dar, dass die von den Arbeitnehmern gewählte Gewerkschaft das ausschließliche Recht besitzt, mit dem Arbeitgeber zu verhandeln.

II. Aussperrungen (*Lockouts*)

Das Recht des Arbeitgebers, im Arbeitskampf die Arbeitnehmer auszusperren, ist in den verschiedenen Bestimmungen des *NLRA* verankert.[500] Der Begriff ist jedoch nicht im *NLRA* definiert.

---

[497] NLRB v. Fansteel Metallurgical Corp., 306 U.S. 240, 4 LRRM (BNA) 515 (1939).
[498] NLRB v. Blades Mfg. Corp., 344 F.2d 998, 59 LRRM (BNA) 2210 (8th Cir. 1965).
[499] NLRB v. Thayer Co., 213 F.2d 748, 34 LRRM (BNA) 2250 (1st Cir.), cert. Denied, 348 U.S. 883, 35 LRRM (BNA) 2100 (1954).
[500] Vgl. 29 U.S.C. § 1588 (d) (4).

Die Aussperrung umfasst die Aussetzung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber unter Verweigerung der Lohnzahlung. Ziel einer Aussperrung ist es, sich gegen die Ansprüche der Arbeitnehmer zu wehren oder von ihnen ein Entgegenkommen zu erlangen.[501]

Aussperrungen, die der Arbeitgeber mit einer unrechtmäßigen oder diskriminierenden Absicht durchführt, sind unzulässig. Er darf mit Hilfe der Aussperrung keine arglistige Verhandlungsposition unterstützen oder die Absicht verfolgen, die Gewerkschaftsmitglieder bei der Ausübung ihrer durch den *NLRA* gewährten Rechte zu behindern.[502]

In Deutschland steht die Aussperrung unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Arbeitskämpfe dürfen nur insoweit eingeleitet und durchgeführt werden, als sie zur Erreichung rechtmäßiger Kampfziele und des nachfolgenden Arbeitsfriedens geeignet und erforderlich sind. Im deutschen Arbeitskampfrecht ist daher im Allgemeinen nur eine suspendierende Aussperrung zulässig, die das Arbeitsverhältnis zum Ruhen bringt. Eine lösende Aussperrung, die das Arbeitsverhältnis beendet, ist unzulässig gegenüber allen Arbeitnehmern, die unter den besonderen Kündigungsschutz fallen. Betriebs- und Personalratsmitglieder, Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, Schwerbehinderte und Frauen, die unter den Schutz des § 9 Abs. 1 MuSchG fallen, dürfen ausschließlich suspendierend ausgesperrt werden.[503] Gegenüber den Arbeitnehmern, die nicht unter den besonderen Kündigungsschutz fallen, ist die lösende Aussperrung nur zulässig als Reaktion auf einen rechtswidrigen Streik oder auf einen übermäßig lang andauernden rechtmäßigen Streik.[504] Eine Angriffsaussperrung zur Eröffnung eines Arbeitskampfes ist in Deutschland nicht schlechthin unzulässig.[505] Hält man mit der Rechtsprechung eine lösende Aussperrung nur als Rektion auf einen rechtswidrigen oder lang andauernden Streik für zulässig, kann die Angriffsaussperrung von vornherein nur als suspendierende Aussperrung erklärt werden.[506]

In den USA darf die Aussperrung als Abwehr- oder Angriffsausperrung ausgestaltet werden.

---

501 Keller – Darby, International Labor & Employment Laws, Vol. IB, S. 33c-62.
502 Vgl. 29 U.S.C. § 1588 (1).
503 Vgl. ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 255 f..
504 Vgl. ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 244.
505 BAG (GS) vom 21.4.1971 – GS 1/68, BAGE 23, 292 (308).
506 Vgl. ErfK/Dieterich, Art. 9 GG Rn. 246 f..

1. Abwehraussperrung (*Defensive Lockouts*)

Berührt eine Unterbrechung des Betriebsablaufs (aufgrund eines Streiks) die legitimen Interessen des Arbeitgebers, darf er von einer Abwehraussperrung Gebrauch machen.[507] Auch die Mitglieder einer Verhandlungsgruppe, die aus mehreren Arbeitgebern besteht, die *Multi-employer Bargaining Group*, dürfen sich zum Zeichen ihrer Solidarität an einer Abwehraussperrung beteiligen. Bei einer *Multi-employer Bargaining Group* handelt es sich um eine betriebs- bzw. unternehmensübergreifende Verhandlungseinheit[508], die mit der Gewerkschaft einen branchenweiten Tarifvertrag erzielen möchte. Die Beteiligung an der Abwehraussperrung erfolgt als Reaktion auf einen sogenannten „*Whip-saw*"-Streik der Gewerkschaft. Diese bestreikt einen der Arbeitgeber aus der Verhandlungsgruppe und versucht dadurch, mit ihm eine Vereinbarung zu erzielen. Die Vereinbarung soll die anderen Mitglieder unter Druck setzen, sich dieser Vereinbarung anpassen zu müssen.

2. Angriffsaussperrung (*Offensive Lockouts*)

Einem Arbeitgeber ist es außerdem erlaubt, „offensiven" Gebrauch von einer Aussperrung zu machen. Er kann seinen Betrieb stilllegen und zeitweise seine Arbeitnehmer entlassen, um so wirtschaftlichen Druck auf die Gewerkschaft auszuüben. Ziel ist es, durch die Arbeitsausschließung und Verweigerung der Lohnzahlung die wirtschaftliche Belastung der Arbeitnehmerseite zu erhöhen und einen Streik abzukürzen.

In dem Fall *Harter Equipment Inc.*[509] entschied das *NLRB,* dass ein Arbeitgeber nicht gegen den *NLRA* verstößt, wenn er während einer rechtmäßigen Aussperrung eine Ersatzkraft anstellt.

Das Arbeitskampfmittel der präventiven, zulässigen Aussperrung stellt die Gewerkschaften vor Probleme. Ist eine Gewerkschaft z. B. entschlossen, eine innerbetriebliche Störung (*In-plant Action*) durchzuführen, kann der Arbeitgeber mittels einer Aussperrung eine solche Maßnahme präventiv verhindern, indem er die teilnehmenden Arbeitnehmer entlässt. Er muss nicht die Entscheidung der Arbeitnehmer abwarten, ob sie streiken wollen, sondern kann die Arbeitnehmer vorsorglich aussperren, um sein Unternehmen vor wirtschaftlichen Verlusten zu schützen.[510]

---

[507] Int l Shoe Co., 93 NRLB 907, 27 LRRM (BNA) 1504 (1951).
[508] Gorman/Finkin (Fn.28), S.98 ff. u. 105 ff.
[509] Harter Equip.,Inc., 280 N.L.R.B. 597, 600 (1986).
[510] Eads Transfer, Inc. v. NLRB, 989 F.2d 373, 376 (9th Cir. 1993).

III. Innerbetriebliche Störungen (*In-Plant-Actions* oder *Contract Campaigns*)

Viele Gewerkschaften führen in ihren Unternehmen innerbetriebliche (werksinterne) Maßnahmen durch (*In-plant Actions*). Zweck dieses Druckmittels ist es, den Arbeitgeber in neue Vertragsverhandlungen zu drängen (*Contract Campaigns*). Solche innerbetrieblichen Maßnahmen sind durch *Section 7 NLRA* geschützt. Danach haben Arbeitnehmer das Recht, sich zum Zweck von Tarifverhandlungen gemeinschaftlich zu engagieren.

Ein gewöhnlicher Bestandteil der meisten *In-plant*-Maßnahmen ist die Methode des „Bummelstreiks" (*Work to Rule-Policy*). Bei solchen „Bummelstreiks" handeln die Arbeitnehmer verdeckt, indem sie einerseits ihre Leistung anbieten, andererseits die Leistung aber bewusst nicht in geschuldeter Weise erbringen. Andere Strategien im Rahmen von *In-plant*- Maßnahmen beinhalten folgendes Vorgehen: Die Arbeitnehmer veranstalten Kundgebungen in den Unternehmen, tragen T-Shirts, die ihre Solidarität demonstrieren, veranstalten Medien-Kampagnen und rufen zu Verbraucherboykotten auf. Die Arbeitgeber dürfen den Arbeitnehmern nicht verbieten, an diesen Maßnahmen teilzunehmen, können sie jedoch aussperren.[511]

In dem Fall *Central Illinois Public Service Company*[512] hielt das *NLRB* eine Aussperrung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber aufgrund einer *In-plant Action* für rechtmäßig. In diesem Fall lehnten die Arbeitnehmer einer gewerkschaftlichen Verhandlungseinheit das endgültige „Friedensangebot" des Arbeitgebers ab, führten aber trotzdem werksinterne Maßnahmen durch, die den Betriebsablauf stören sollten. So lehnten es die Arbeitnehmer ab, Mehrarbeit zu leisten, wiesen Nichtarbeitnehmer darauf hin zu melden, dass in dem Betrieb unsichere Bedingungen herrschten. Die Behörde sah in der Aussperrung des Arbeitgebers eine zulässige Verteidigung des Unternehmens, da der Arbeitgeber ein begründetes wirtschaftliches Interesse hatte.

IV. „Krankfeiern" (*Sick-Outs*)

In den Betrieben, in denen die Gewerkschaftsmitglieder nicht streiken dürfen, finden sogenannte *Sick outs* statt, um das laufende Geschäft des Arbeitgebers zu stören. Bei diesen *Sick outs* melden sich die gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer bei

[511] NLRB v. Mead Corp., 73 F.3d 74 (6th Cir. 1996).
[512] 326 N.L.R.B. 928 (1998).

ihrem Arbeitgeber krank und erscheinen nicht an ihrem Arbeitsplatz. Diese Strategie der Gewerkschaften ist vor allem in der Flugindustrie sehr erfolgreich.

So reichte *United Airlines* erfolgreich Klage ein, da sich die Vereinigung der Air Line Piloten (*Air Line Pilots Association*) entschlossen hatte, einen *Sick-out* von zehn Tagen durchzuführen.[513] Dies hätte für die Fluggesellschaft den Ausfall von 329 Flügen und einen Umsatzverlust von 3,9 Millionen US-Dollar bedeutet.

V. Das Aufstellen von Streikposten (*Picketing*)

Der *NLRA* schützt das Recht der gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer, durch das Aufstellen von Streikposten ihren Kollegen den Zutritt zum Betrieb zu verwehren.[514]

Mit der Aufstellung von Streikposten kann die Gewerkschaft zum einen das Ziel verfolgen, dass der Arbeitgeber sie als ausschließlichen Verhandlungspartner anerkennt. Die Gewerkschaft kann jedoch auch beabsichtigen, die Arbeitnehmer mit Hilfe der Streikposten dazu zu zwingen, die Gewerkschaft als ihre ausschließliche Repräsentantin zu wählen (*Recognitional Picketing*).

Diese Formen des *Recognitional Picketing* sind unzulässig, wenn:[515]

- eine Gewerkschaft, die das Anerkennungsverfahren bei dem *NLRB* nicht durchlaufen hat, einen Arbeitgeber bestreikt, der eine konkurrierende Gewerkschaft rechtmäßig anerkannt hat;
- das Aufstellen der Streikposten, das auf eine Anerkennung der Gewerkschaft durch den Arbeitgeber oder die Arbeitnehmer gerichtet ist, innerhalb von zwölf Monaten nach einer rechtsgültigen Wahl einer konkurrierenden Gewerkschaft stattfindet;
- das Gesuch auf Anerkennung der Gewerkschaft nicht innerhalb einer angemessenen Zeitspanne, die 30 Tage ab dem Beginn der Aufstellung der Streikposten nicht überschreiten darf, gestellt wurde;
- die Gewerkschaft den Arbeitgeber dadurch zwingen will, einer Vertragsbestimmung zuzustimmen, die durch den *NLRA* verboten ist;[516]

[513] United Air Lines Inc. v. Air Line Pilots Assoc. Int`l et al., No. 08-CV-04317 (N.D. I11 2008).
[514] Vgl. 29 U.S.C. § 1588 (b) (7)
[515] Vgl. 29 U.S.C. § 1588 (b) (7).
[516] Vgl. 29 U.S.C. § 1588 (b) 4 A.

– die Gewerkschaft dadurch die Arbeitnehmer in ihrem Recht hindern will, zu entscheiden, ob sie an einem Streik oder an einer Aufstellung von Streikposten teilnehmen wollen.[517]

Der Arbeitgeber kann das Aufstellen der Streikposten als eine *Unfair Labor Practice* der Gewerkschaft melden und Klage wegen eines Verstoßes gegen *Section 8 (b) (7) NLRA* bzw. *Section (b) (4) NLRA* bei dem *NLRB* erheben. Das *NLRB* behandelt diese Klagen vor allen anderen Klagen, die bei der Behörde anhängig sind. Ist die Behörde nach Untersuchung des Falles davon überzeugt, dass die Klage ausreichend begründet ist, ersucht es ein Gericht, in dessen Bezirk die *Unfair Labor Practice* erfolgt ist. Das Gericht erlässt eine einstweilige Verfügung gegenüber der Gewerkschaft, bis das *NLRB* über den Fall abschließend entschieden hat.[518] Im Falle der Verurteilung der Gewerkschaft kommt es zu Schadensersatzansprüchen des Arbeitgebers bzw. der Arbeitnehmer gegen die Gewerkschaft.

VI. Überqueren der Streikpostenkette (*Crossing the Picket Line*)

In den 80er Jahren verfolgten die Gewerkschaften die Regel, dass sie Mitglieder, die eine rechtmäßige Streikpostenkette durchquerten, bestraften. In dem Fall *Patterson Makers League v. NLRB* entschied der *US Supreme Court*, dass das Recht eines Gewerkschaftsmitglieds, aus einer Gewerkschaft auszutreten, durch den *NLRA* geschützt ist.[519] Dies bedeutet, dass das frühere Mitglied eine Streikpostenkette durchqueren darf und an seinen Arbeitsplatz zurückkehren kann, ohne disziplinarische Maßnahmen befürchten zu müssen. Für eine Gewerkschaft ist es daher sehr schwierig, einen länger andauernden Streik aufrechtzuerhalten, wenn eine erhebliche Anzahl der Mitglieder ihr Austrittsrecht wahrnimmt.

Arbeitgeber versuchen daher, ihre Arbeitnehmer über dieses Austrittsrecht zu beraten, da dies eine Möglichkeit darstellt, andauernde Streiks abzukürzen. Trotzdem sollten Unternehmen äußerst vorsichtig sein, eine Austrittserklärung anzuregen oder aktiv die Arbeitnehmer zu unterstützen, eine Austrittserklärung an die Gewerkschaft zu schreiben, da dies schnell als eine *Unfair Labor Practice* qualifiziert werden könnte.[520]

[517] Vgl. 29 U.S.C. § 1577.
[518] Vgl. 29 U.S.C. § 16010 (l).
[519] Pattern Makers` League v. NLRB, 473 U.S. 95 (1985).
[520] Vgl. 29 U.S.C. § 1588 (a).

VII. Rechte der Ersatzkräfte

Die Rechte der Arbeiter, die als Ersatz für einen streikenden Arbeitnehmer angestellt wurden, sind in dem Fall *Belknap, Inc. v. Hale* erheblich erweitert worden.[521] Gegen Arbeitgeber, die Ersatzkräften mitteilen, sie seien dauerhaft angestellt, sie dann aber entlassen, um den streikenden Arbeitnehmern die Rückkehr an ihren Arbeitsplatz zu ermöglichen, kann ein Verfahren wegen einer unrechtmäßigen Entlassung angestrengt werden.

Das *NLRB* kann den Arbeitgeber auch anweisen, den streikenden Arbeitnehmer wieder einzustellen. Dies ist der Fall, wenn sich der ursprüngliche *Economic Strike* in einen Streik wegen unfairer Arbeitspraktiken des Arbeitgebers wandelt.

Ein Arbeitgeber darf sich nach Ansicht des *US Supreme Courts* weigern, einen Arbeitnehmer, der die Streikpostenkette durchquert hat, zu entlassen, wenn andere Arbeitnehmer mit einer langen Betriebszugehörigkeit ihren Job am Ende eines Streiks zurückerhalten wollen. Der *US Supreme Court* begründet die Entscheidung damit, dass die Arbeitnehmer, die nicht auf den Erfolg des Streiks spekuliert haben, indem sie die Streikpostenkette durchquert haben, auch nicht die Konsequenzen tragen sollten, wenn der Streik nicht erfolgreich endet. Der Arbeitgeber darf die Ersatzkraft also behalten.[522]

Auch wenn die Gerichte das Recht der Arbeitgeber geschwächt haben, die streikenden Arbeitnehmer durch Ersatzkräfte dauerhaft ersetzen zu können, ist es nach wie vor ein starkes Arbeitskampfmittel des Arbeitgebers. Für Arbeitnehmer in den USA ist die Teilnahme an einem Streik daher ein riskantes Unterfangen.

VIII. Gewerkschaftsunterstützung bei Klagen der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber

Viele Gewerkschaften fördern die Klageerhebung von Arbeitnehmern gegen den eigenen Arbeitgeber. In *52nd Street Hotel Association v. AFL-CIO*[523] entschied das *NLRB*

[521] 463 U.S. 491 (1983); see also United Steel, Paper & Forestry, Rubber, Mfg., Energy, Allied Indus. & Serv. Workers Int`l Union v. NLRB, 544 F.3d 841 (7th Cir. 2008).
[522] Trans World Airlines, Inc. v. Independent Fed`n of Flight Attendants, 489 U.S. 426, 438 (1989).
[523] 321 N.L.R.B. 624 (1996).

allerdings, dass die Gewerkschaft sich nicht rechtmäßig verhält, wenn sie acht Tage vor einer Gewerkschaftswahl einen Prozess der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber unterstützt, wenn der Streit Ergebnis einer Tarifverhandlung ist.

Das *NLRB* hat jedoch das Recht einer Gewerkschaft anerkannt, unmittelbar vor der Wahl als Vertreter von Arbeitnehmern zu agieren, die nicht Mitglieder einer Gewerkschaft sind.[524]

Die Taktik der Gewerkschaften, Arbeitnehmer in Prozessen zu unterstützen, muss nicht immer aufgehen, wie der Fall *Freund Baking Co. v. NLRB* zeigt.[525] Die Gewerkschaft reichte in diesem Fall eine Woche vor der Wahl eine Sammelklage gegen das Unternehmen ein und unterstellte, dass die Überstunden der Arbeitnehmer nicht bezahlt wurden. Einen Tag vor der Wahl verteilte die Gewerkschaft einen Flyer an die Arbeitnehmer und zeigte darin an, dass die Sammelklage bei Gericht anhängig war und sie die Klage unterstütze. Der Arbeitgeber focht das Anerkennungsverfahren, das die Gewerkschaft beim *NLRB* gewann, an. Das Berufungsgericht entschied gegen die Gewerkschaft. Die Unterstützung einer Klage durch die Gewerkschaft verstößt gegen das Verbot, Arbeitnehmer während der entscheidenden Phase einer Gewerkschaftswahl bei einer Forderung von Sondervergütungen gegen den Arbeitgeber zu unterstützen. Das Gericht stützt dieses Verbot auf eine Verletzung von *Section 7 NLRA.* Es legt die Bestimmung dahingehend aus, dass der *NLRA* die Arbeitnehmer schützen soll, an einer fairen und freien Wahl teilnehmen zu können. Dieses Ziel kann nicht erreicht werden, wenn Arbeitgeber oder Gewerkschaften sich vor der Wahl Taktiken bedienen, die die Arbeitnehmer verleiten, ihre Wahlstimme auf andere Gründe als auf die Vor- oder Nachteile einer Gewerkschaft als Repräsentant zu stützen. Das Gericht spricht bei der entscheidenden Phase einer Wahl von der *Anti-Gratuity Rule*.

[524] Nestle Ice Cream Co. v. NLRB, 46 F. 3d 578 (6th Cir. 1995).
[525] 165 F.3d 928 (D.C. Cir. 1999).

§ 4 Prozessrecht

Das US-amerikanische Zivilprozessrecht stellt kein einheitliches Rechtssystem dar. Vielmehr hat jeder Bundesstaat – auch verfahrensrechtlich – seine eigene Rechtsordnung.[526] Verfahren in Arbeitssachen sind nicht einer eigenen Gerichtsbarkeit unterworfen, sondern Teil des Zivilprozesses. Allerdings gilt für die Verfahren vor den Bundesgerichten ein einheitliches Zivilprozessrecht, der *Judicial Code*. Eine – wie im deutschen Recht mit der Zivilprozessordnung und dem Arbeitsgerichtsgesetz für alle Bundesländer geltende – einheitliche arbeitsrechtliche Verfahrensordnung für alle Staaten der USA besteht somit nicht. Dennoch sind sich im Grundsatz die in den USA geltenden Verfahrensrechte ähnlich. Der Einfachalt halber wird im Folgenden daher der einheitliche Begriff des US-amerikanischen Zivilprozesses verwendet.

Der US-amerikanische Zivilprozess weist deutliche Unterschiede zu deutschen Prozessen in Arbeitssachen auf. Besonders hervorstechend sind die Unterschiede bei der Beweisgewinnung (*Pre-trial Discovery*), der Verhängung von Strafschadensersatz (*Punitive Damages),* bei Massenklagen (*Class Actions*) und dem Verfahren vor Geschworenen (*Jury-Trials*). Aber auch schon bei den Methoden zu der Streitbeilegung von Verfahren in Arbeitssachen weichen die in den USA genutzten Verfahrensarten vom deutschen System ab. Diese prozessualen Besonderheiten haben einen enormen Effekt auf den Bestand einer großen „Beratungsindustrie" und auf die Prozessfreudigkeit der Amerikaner.

A. Verfahrensarten

Während in Deutschland arbeitsrechtliche Verfahren fast ausschließlich[527] vor den Arbeitsgerichten ausgetragen werden, haben sich in den USA in bestimmten Situationen Mechanismen der *Alternative Dispute Resolution* (*ADR*), der außergerichtlichen Streitbeilegung, entwickelt, auf die die Parteien des Streits zu dessen Beilegung zurückgreifen. Dies geschieht zumeist aus Kostengründen[528] und um den Zeitaufwand des

[526] Vgl. Günther, VW 2002, 13.

[527] Lediglich das Einigungsstellenverfahren stellt ein gesetzlich vorgeschriebenes, innerbetriebliches Schlichtungsverfahren dar. Allerdings wird durch das Einigungsstellenverfahren keine rechtlich bindende Entscheidung herbeigeführt, da der Spruch der Einigungsstelle der arbeitsgerichtlichen Rechtskontrolle unterliegt.

[528] Siehe hierzu unten, § 4 E.

Verfahrens gering zu halten.[529] Dennoch bilden Verfahren vor staatlichen Gerichten (*Litigation*) die anteilmäßig bei weitem meist genutzte Verfahrensart zur Beilegung von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten.

I. *Mediation*

Bei einer *Mediation* schalten die Parteien einen unabhängigen Mittler ein, der die Verhandlungen zwischen den Parteien über die Beilegung des Streits führt, allerdings selbst nicht die abschließende Entscheidung trifft.[530] Diese Entscheidung verbleibt allein bei den Parteien. Jedoch ist die Entscheidung nicht rechtlich bindend, d. h. es steht den Parteien frei, trotz eines durchgeführten Mediationsverfahrens in der Sache vor ein staatliches Gericht zu ziehen. Die Parteien können bereits im Arbeitsvertrag vereinbaren, dass etwaige Streitigkeiten (zunächst) in einem Mediationsverfahren beigelegt werden sollen, können diese Abmachung aber auch später jederzeit treffen. Voraussetzung ist, dass beide das Verfahren wollen. Ein Mediationsverfahren ist grundsätzlich nicht einseitig erzwingbar.

Eine Ausnahme besteht bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Tarifverhandlungen. Hier ist ein einmonatiges Mediationsverfahren zwingend vorgesehen, falls sich die Parteien nicht innerhalb von 90 Tagen auf den Abschluss des Tarifvertrages einigen können.[531]

II. *Arbitration*

Bei dem mit dem Begriff *Arbitration* bezeichneten Schiedsverfahren handelt es sich um ein weiteres Verfahren, das die Parteien nicht vor einem nationalen Gericht austragen. Vielmehr einigen sie sich entweder durch eine vertragliche Abrede, schon bevor der jeweilige Disput entstanden ist, oder durch eine Abrede nach dessen Entstehung, dass die Streitigkeit abschließend von einem Schiedsgericht entschieden wird.[532] Dieses Schiedsgericht besteht aus einer ungeraden Zahl von Schiedsrichtern, zumeist einem oder dreien, die von den Parteien bestimmt werden und sodann über die Sache verhandeln. Das Schiedsgericht entscheidet die Streitigkeit schließlich rechtlich bindend für die Parteien.

---

[529] Vgl. Hay, US-Amerikanisches Recht, 66.
[530] Vgl. Hay, US-Amerikanisches Recht, 68.
[531] Siehe hierzu oben, § 3 B. V. 2.
[532] Oft bedienen sich die Parteien Institutionen, z. B. der American Arbitration Association, die sich um die Organisation des Verfahrens kümmern.

Anders als in Deutschland, wo Schiedsverfahren in Arbeitssachen nur in sehr begrenzten Ausnahmefällen durchgeführt werden können,[533] erfreuen sich solche Verfahren in den USA zunehmend außerordentlicher Beliebtheit, insbesondere im Individualarbeitsrecht. Diesen Trend löste der *US Supreme Court* mit seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2001 aus, wonach Arbeitgeber in ihren Arbeitsverträgen grundsätzlich Klauseln verwenden können, die den Arbeitnehmern auferlegen, dass eine Vielzahl von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis vor einem Schiedsgericht statt vor einem nationalen Gericht geltend zu machen sind.[534] Dieser Rechtsprechung sind die unterinstanzlichen Gerichte weitgehend gefolgt.[535] Allerdings verfolgen die Gerichte bei der Bewertung der Wirksamkeit von Schiedsklauseln den Grundsatz, dass solche Klauseln nur wirksam sind, sofern sie gleichermaßen für den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer gelten und nicht einseitig dem Arbeitgeber Vorteile verschaffen.[536] Darüber hinaus darf den Arbeitnehmern durch die Schiedsklausel nicht die Möglichkeit abgeschnitten werden, einige spezielle kollektive Verfahren wie z. B. *Class Actions* vor ein nationales Gericht zu bringen.[537]

Schiedsverfahren kommen in der Praxis oft im Zusammenhang mit der Kündigung von Arbeitnehmern vor.[538] Während Arbeitnehmer, die nicht gewerkschaftlich organisiert sind, sich meist vertraglich über die Durchführung des Schiedsverfahrens im Falle einer Kündigung einigen, sehen viele Tarifverträge zwingend vor, dass die von ihnen erfassten Arbeitnehmer etwaige Ansprüche in Schiedsverfahren statt vor den nationalen Gerichten geltend machen müssen.

III. *Litigation*

Arbeitsgerichtliche Verfahren bilden, wie bereits zuvor festgestellt, in den USA einen Teilbereich der Zivilsachen. Damit gelten auch in US-amerikanischen Arbeitssachen

---

533 Ein Tätigwerden des Schiedsgerichts ist nur möglich bei Streitigkeiten aus Tarifverträgen oder das Bestehen oder Nichtbestehen eines Tarifvertrages zwischen den Tarifvertragsparteien, § 101 Abs. 1 ArbGG. Ferner kann nach § 101 Abs. 2 ArbGG die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts für Streitigkeiten aus einem tariflich bestimmten Arbeitsverhältnis bei bestimmten Berufsgruppen vereinbart werden.

534 Circuit City Stores, Inc. v. Adams, 532 U.S. 105 (2001).

535 Hardin v. First Cash Fin. Serv., 465 F.3d 470 (10th Cir. 2006); American Gen. Life & Accident Ins. Co. v. Wood, 429 F.3d 83 (4th Cir. 2005); Bailey v. Ameriquest Mortage Co., 346 F.3d 821 (8th Cir. 2003); EEOC v. Luce, Forward, Hamilton & Scripps, 345 F.3d 742 (9th Cir. 2003).

536 Plaskett v. Bechtel Int'l, Inc., 243 F. Supp. 2d 334 (D.V.I. 2003); Luna v. Tenorio, 21 IER Cases 1353 (Tex. Ct. App. 2004).

537 Ingle v. Circuit City Stores, Inc., 328 F.3d 1165 (9th Cir. 2003).

538 Siehe hierzu oben, § 1 D.

dieselben Grundsätze wie in den anderen Zivilsachen.[539] Hierbei unterscheidet sich das Verfahren in den USA erheblich von dem deutschen Verfahren. Anders als in Deutschland ist der Richter im US-amerikanischen Verfahren lediglich dafür zuständig, die Einhaltung der Verfahrensregeln durch die Parteien zu beachten. Die Entscheidung, ob geltend gemachte Ansprüche tatsächlich bestehen, fällt meistens ein Gremium von Geschworenen (*Jury*).[540] Nur bei *Summary Judgments* ist die *Jury* nicht beteiligt; dies sind Verfahren, bei denen die Tatsachen zwischen den Parteien unstreitig sind oder nach Sachlage die von einer Partei vorgetragenen Tatsachen mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit wahr sind. *Summary Judgments* ergehen nur auf Antrag einer Partei.[541]

B. Besonderes Verfahren – Die *Class Action*

Die *Class Actions* stellen eine prozessuale Besonderheit des US-amerikanischen Rechts dar. Ein vergleichbares Rechtsinstitut gibt es im deutschen Recht nicht.

Bei einer *Class Action* macht der Repräsentant einer Personengruppe, die alle aus einer gleichartigen Handlung des Beklagten in gleichartigen Rechten verletzt sind, die Ansprüche der Gruppenmitglieder mit einer Sammelklage gegen den Beklagten geltend. Die *Class Action* soll eine schnellere und effizientere Bewältigung der Masse der Ansprüche bewirken, die die einzelnen Mitglieder sonst in vielen Einzelverfahren geltend machen müssten. Beispiele für *Class Actions* sind die Sammelklagen von Opfern eines Unglücks[542], das durch Fehler eines Unternehmens verursacht wurde, von Geschädigten bei kartellrechtlichen Verstößen eines Unternehmens oder – speziell im Arbeitsrecht – von Arbeitnehmergruppen, die von ihrem Arbeitgeber diskriminiert wurden.

Regelmäßig befinden sich die Mitglieder einer *Class Action* automatisch in dem Gruppenpool und sie müssen, falls sie ihre Ansprüche eigenständig geltend machen wollen, aus der Gruppe austreten (*opting-out*). Im US-amerikanischen Arbeitsrecht gelten hiervon allerdings Ausnahmen. Dort gilt der Grundsatz des *opting-in*, d. h. die Arbeitnehmer, die sich an der *Class Action* beteiligen wollen, müssen ihre Beteiligung vor dem Repräsentanten der Gruppe anzeigen. Das Urteil ist für die gesamte *Class* bindend.[543]

---

539 Vgl. Hay, US-Amerikanisches Recht, 35.
540 Vgl. Günther, VW 2002, 13, 14.
541 Vgl. Hay, US-Amerikanisches Recht, 60.
542 Hierunter fallen wiederum Massenunglücke, die „Mass Disaster", toxische Massenschäden, die „Mass Toxic Torts" und Produkthaftungsfälle.
543 Vgl. Hay, US-Amerikanisches Recht, 56.

Class Actions kommen in der US-amerikanischen Arbeitsrechtspraxis in zwei Bereichen vor:

- *Class Actions* bei Diskriminierung durch den Arbeitgeber oder durch den Arbeitnehmer bei gleichzeitiger Duldung dieses Verhaltens durch den Arbeitgeber,
- *Wage and Hour Class Actions* (zumeist Verfahren bezüglich der Leistung von Überstunden, Überstundenvergütung oder Mindestlohn).

Bei *Class Actions*, die auf einer Diskriminierung basieren, sind des Weiteren drei Gruppen zu unterscheiden:

- *Traditional Discrimination Class Action,*
- *Hostile Environment Class Action,*
- *Glass-Ceiling Class Action* (wobei die *Hostile Environment* und *Glass-Ceiling Class Actions* Untergruppen der *Traditional Discrimination Class Action* darstellen).

Bei einer *Traditional Discrimination Class Action* wendet sich eine Arbeitnehmergruppe gegen ein diskriminierendes Verhalten des Arbeitgebers, das nur diese Gruppe z. B. aufgrund ihrer Rasse[544], ihres Geschlechts[545] oder ihres Alters[546] trifft. Bei einer *Hostile Environment Class Action* geht die *Class* gegen ein Verhalten vor, durch das systematisch ein feindseliges Arbeitsumfeld für diese Gruppe von Arbeitnehmern geschaffen wird.[547] Bei einer *Glass-Ceiling Class Action* wendet sich die Gruppe gegen die Unerreichbarkeit höherer Positionen in dem Unternehmen, die sie aufgrund der Zugehörigkeit zu einer Minorität vermeintlich nicht erreichen können.[548]

Die Zahl der *Wage and Hour Class Actions* sind seit dem Jahr 2006 rapide angestiegen. Bei dieser Art der *Class Action* wollen Arbeitnehmergruppen erreichen, als *Non-exempts* nach dem *FLSA* oder nach staatlichem Recht qualifiziert zu werden. In diesem

[544] Eine Class Action aus diesem Bereich ist z. B. Ingram v. Coca-Cola Co., 200 F.R.D. 685 (N.D. Ga. 2001).
[545] Eine Class Action aus diesem Bereich ist z. B. Augst-Johnson v. Morgan Stanley & Co. Inc., 06-CV-1142 (RWR) (2007).
[546] Eine solche Class Action traf z. B. das Unternehmen Sprint/Nextel im Jahr 2007, siehe 176 Daily Lab. Rep. (BNA) v. 12.09.2007, A-9.
[547] Siehe hierzu Jenson v. Eveleth Taconite Co., 139 F.R.D. 657 (D. Minn. 1991).
[548] Siehe hierzu McReynolds v. Sodexho Marriott Servs., 208 F.R.D. 428 (2002).

Fall können sie dann die Zahlung von Überstundenvergütung, die Anpassung ihres Gehalts an das gesetzlich vorgesehene Auszahlungsschema oder die Einhaltung weiterer staatlicher Vorgaben wie z. B. die Einhaltung von Arbeitspausen fordern.[549]

US-amerikanische Gerichte verurteilen den Arbeitgeber sowohl bei erfolgreichen *Class Actions* aufgrund einer Diskriminierung als auch bei *Wage and Hour Class Actions* oft zur Zahlung hoher Beträge, die unter Umständen sogar den Fortbestand des Unternehmens gefährden können.[550] Daher beenden viele Unternehmen den Rechtsstreit bei einer *Class Action* durch einen Vergleich.[551] Dadurch kommen hohe Kosten auf den Arbeitgeber allein für die anwaltliche Vertretung zu.[552] Viele Arbeitgeber versuchen daher, durch Leitfäden für ihre Beschäftigten, in denen das zulässige Verhalten am Arbeitsplatz strikt geregelt ist, das Risiko einer *Class Action* zu minimieren.

C. Beweiserhebung – *(Pre-trial) Discovery*

Eine *Discovery* ist die im US-amerikanischen Recht als Beweismittel zugelassene Durchleuchtung des gegnerischen Unternehmens zur Erlangung von Beweisen für behauptete Ansprüche. Dies kann z. B. durch die Offenlegung von Geschäftsberichten und Akten (*production of documents*), die Vorlage schriftlicher Fragen an die Gegenpartei mit der Aufforderung zur Beantwortung (*interrogatories*) oder die direkte Partei- und Zeugenbefragung (*depositions*) geschehen. Das Verfahren der *Discovery* ermöglicht eine umfangreiche und sehr weitgehende Beweismittelbeschaffung. Das deutsche Recht sieht die Durchführung einer *Discovery* hingegen nicht vor, da hier der Ausforschungsbeweis verboten ist.[553]

Im Zuge der *Discovery* sollen alle „relevanten" Informationen für das Verfahren gewonnen werden.[554] Ob eine Information „relevant" ist, ist nach Meinung amerikani-

[549] Vgl. http://findarticles.com/p/articles/mi_m3495/is_3_53/ai_n24946739.

[550] So forderten die Kläger in der Class Action Hart v. Dresdner Kleinwort Wasserstein Sec. L.L.C., No. 06-CV-00134 (DAB) (S.D.N.Y. 2006) von der Beklagten ursprünglich 1.400.000.000,- US-Dollar.

[551] Hart v. Dresdner Kleinwort Wasserstein Sec. L.L.C., No. 06-CV-00134 (DAB) (S.D.N.Y. 2006) wurde schließlich auf dem Vergleichsweg beigelegt. Auch die Class Action Ingram v. Coca-Cola Co., 200 F.R.D. 685 (N.D. Ga. 2001) wurde mit einem Vergleich beendet, wobei sich das Unternehmen verpflichtete, 192.500.000,- US-Dollar an die Class zu zahlen. Weitere Class Actions, die in jüngerer Vergangenheit durch einen Vergleich beendet wurden, sind Augst-Johnson v. Morgan Stanley & Co. Inc., 06-CV-1142 (RWR) (2007) (Vergleichshöhe 70.000.000,- US-Dollar) und Satchell v. FedEx Express, Nos. 03-CV-2659, 03-CV-2878 (SI) (2007) (38.500.000,- US-Dollar).

[552] Vgl. hierzu http://www.komonews.com/news/archive/4172511.html. Siehe auch unten, § 4 E.

[553] Vgl. Günther, VW 2002, 13.

[554] Vgl. Federal Rules of Civil Procedure, Rule 26 (a).

scher Gerichte außerordentlich weit auszulegen. Es reicht schon aus, dass die verlangte Information vernünftigerweise geeignet scheint, erst durch das weitere Beweisverfahren zu im Prozess verwertbarem Beweismaterial zu führen, ohne dass es sich bei der Information selbst von vornherein um einen im Prozess zulässigen Beweisgegenstand handeln muss.[555] Denn das Verfahren dient dem Zweck, möglichst umfassend alle Informationen zusammenzutragen, die in irgendeiner Weise, wenn auch nur indirekt, die eigene Position stützen könnten.

Im Vergleich zum deutschen Arbeitsrecht, das im Prozess allenfalls eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast im Einzelfall zugunsten des Arbeitnehmers vorsieht, hat der US-amerikanische Arbeitnehmer durch die Möglichkeiten der *Discovery* bessere Chancen, einen Anspruch durchzusetzen. Nicht zuletzt gilt daher das Verfahren der *Discovery* im US-Arbeitsrecht als geeignetes Druckmittel des Gerichts zur Herbeiführung von Streitentscheidungen durch gerichtlichen Vergleich.[556]

D. Strafschadensersatz – *Punitive Damages*

Eine letzte Besonderheit des US-amerikanischen Prozessrechts ist die Verhängung von Strafschadensersatz im Einzelfall durch das Gericht (*Punitive Damages*). Diesen kann das Gericht neben den *Compensatory Damages*, also dem Schadensersatz für den tatsächlich erlittenen Schaden des Geschädigten, zusprechen, um den Schädiger zu bestrafen und Dritte vor einem ähnlichen Verhalten abzuschrecken. Während im deutschen Zivilrecht nur der Grundsatz der Naturalrestitution gilt, d. h. der Geschädigte muss durch den Schadensersatz so gestellt werden, wie er vor der Begehung des schädigenden Ereignisses gestanden hat, geht das US-amerikanische Prozessrecht im Einzelfall darüber hinaus.

Die Voraussetzungen, wann ein Gericht dem Schädiger *Punitive Damages* auferlegen darf, variieren von Bundesstaat zu Bundesstaat. Ganz überwiegend dürfen die Gerichte *Punitive Damages* nur dann verhängen, wenn der Schädiger ein besonders verwerfliches Fehlverhalten (*Outrageous Conduct*) gezeigt hat, das dazu noch absichtlich und von Bösartigkeit und Rücksichtslosigkeit geprägt war.[557]

---

[555] Siehe nur die Entscheidung Zubulake v. UBS Warburg L.L.C., 2003 U.S. Dist. LEXIS 7939 (S.D.N.Y. 2003).
[556] Vgl. Hay, US-Amerikanisches Recht, 57.
[557] Vgl. Günther, VW 2002, 13, 14.

Im US-amerikanischen Arbeitsrecht sprechen die Gerichte geschädigten Arbeitnehmern *Punitive Damages* zumeist in Diskriminierungsverfahren zu. So sehen sowohl *Title VII Civil Rights Act of 1964* und der *ADA* ausdrücklich vor, dass Gerichte bei Prozessen, die der Arbeitnehmer auf der Grundlage dieser Gesetze führt, dem Arbeitnehmer *Punitive Damages* zusprechen können.[558] Aber auch Arbeitgebern können in vereinzelten Fällen *Punitive Damages* zugesprochen werden, z. B. wenn ein aus dem Unternehmen ausgeschiedener Arbeitnehmer sich rechtswidrig und vorsätzlich Unternehmensgeheimnisse angeeignet hat, um diese gegen seinen ehemaligen Arbeitgeber zu verwenden.

In der Praxis verhängen die Gerichte *Punitive Damages* nur selten, nämlich in 3,3 Prozent der eingereichten Schadensersatzklagen.[559] Dennoch ist die für den Arbeitgeber von *Punitive Damages* ausgehende Gefahr nicht zu unterschätzen, da im Fall der Verurteilung die zu zahlenden Summen extrem hoch sein können.[560] Allerdings sind im US-amerikanischen Arbeitsrecht die *Punitive Damages*, die der Arbeitgeber bei einem Verstoß gegen *Title VII* oder den *ADA* leisten muss, auf einen Betrag von 300.000 EUR begrenzt.[561] Darüber hinaus kann der Arbeitgeber das Risiko von *Punitive Damages* minimieren, indem er nachweist, dass er die Arbeitnehmer vorsorglich ausreichend geschult hat, so dass es nicht zu einer Diskriminierung des Geschädigten hätte kommen dürfen (*Kolstad Defense*)[562]. Im Gegenzug wird der Arbeitgeber zu höheren *Punitive Damages* verurteilt, wenn er es unterlassen hat, die Arbeitnehmer überhaupt zu schulen.[563]

E. Kosten des Verfahrens

Während die Gerichtskosten vor US-amerikanischen Gerichten relativ gering sind, sind die Anwaltskosten extrem hoch. Insbesondere bei Schadensersatzprozessen vereinbaren Anwälte häufig ein Erfolgshonorar (*Contingent Fee*), das bei der Verhängung von

558 Siehe z. B. die Entscheidung in Parker v. General Extrusions, Inc., 491 F.3d 596 (6th Cir. 2007).

559 Statistik nach dem U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Tort Trials and Verdicts in Large Counties, 1996.

560 Siehe nur die Entscheidungen in Anderson v. General Motors Corp., BC 116 926 (Super. Ct. Cal.) (Punitive Damages in Höhe von 4.800.000.000,- US-Dollar) und US Supreme Court in Exxon Shipping Co. v. Baker, 554 U.S. (2008) (500.000.000,- US-Dollar).

561 Siehe hierzu bereits oben, § 2 B. I.

562 US Supreme Court in Kolstad v. American Dental Association, 527 U.S. 526 (1999).

563 Mathis v. Phillips Chevrolet Inc., 269 F.3d 771 (7th Cir. 2001); Romano v. U-Haul Int'l. 233 F.3d 655 (1st Cir. 2001).

Punitive Damages regelmäßig über ein Drittel bis zur Hälfte der im Verfahren ausgesprochenen Summe ausmachen kann.[564] Eine Erfolgshonorarvereinbarung ist unter deutschem Recht nur in absoluten Ausnahmefällen möglich.[565]

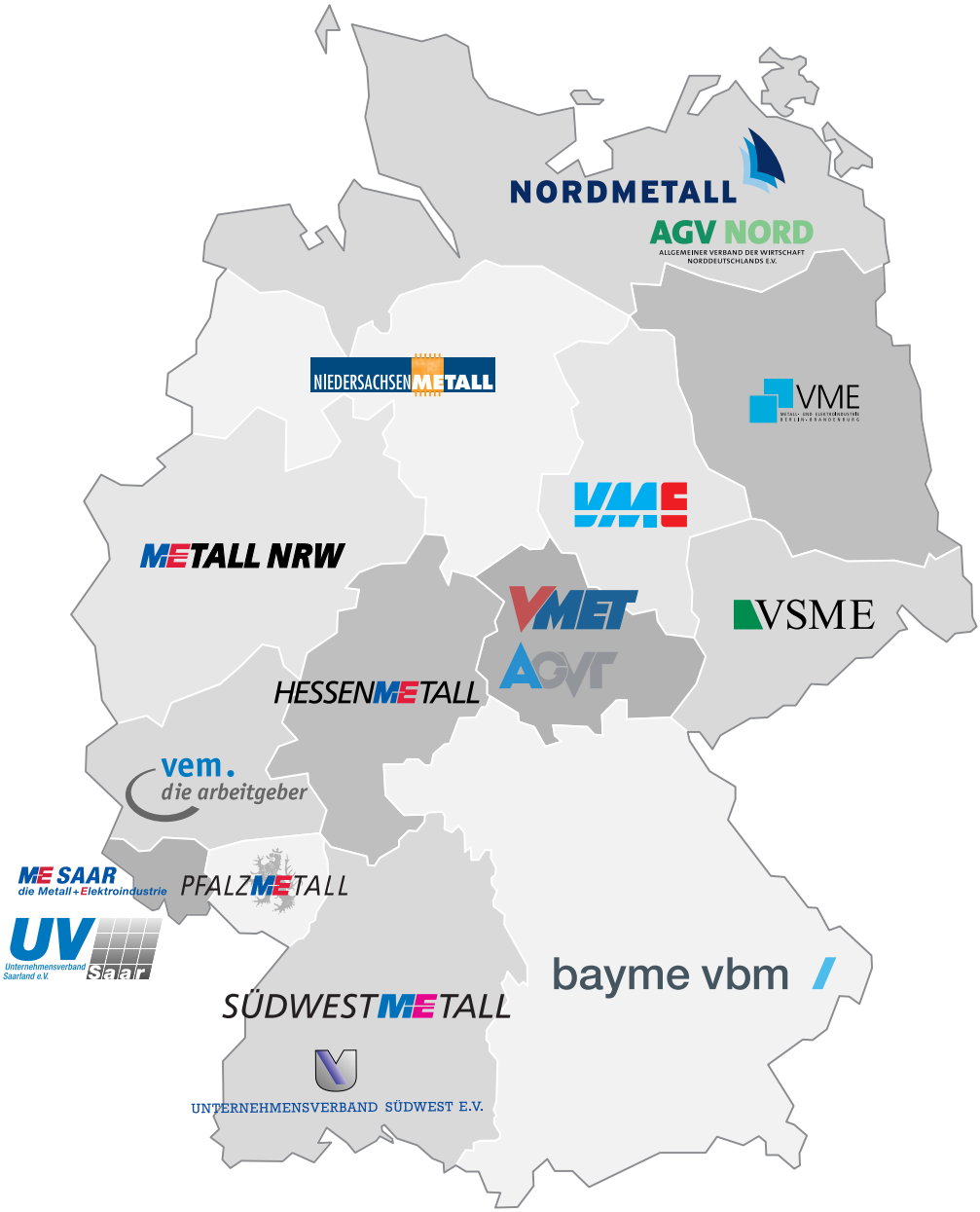
Im US-amerikanischen Recht gilt die *American Rule*, wonach jede Partei ihre eigenen Prozess- und Anwaltskosten selbst tragen muss.[566] Anders als in Deutschland bei Klagen des Arbeitnehmers ab der zweiten Instanz und im betriebsverfassungsrechtlichen Beschlussverfahren trägt der Arbeitgeber in den USA zumindest nicht das Risiko, zusätzlich die Anwaltskosten der Gegenpartei tragen zu müssen. Allerdings dürfte sich dieser Vorteil durch die Höhe der eigenen Anwaltskosten fast immer amortisieren. Auch aufgrund dieser hohen Kosten enden 97 Prozent der US-amerikanischen Zivilprozesse mit einem Vergleich.[567]

[564] Vgl. Günther, VW 2002, 13, 15.
[565] Vgl. § 49 b Abs. 2 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), § 4 a Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG).
[566] Vgl. Hay, US-Amerikanisches Recht, 49.
[567] Vgl. Günther, VW 2002, 13,15.

Abkürzungsverzeichnis

ADA	Amarican with Disabilities Act
ADEA	Age Discrimination in Employment Act
ADR	Alternative Dispute Resolution
AFL	American Federation of Labor
FLSA	Fair Labor Standards Act
FMLA	Family and Medical Leave Act
FCRA	Fair Credit Reporting Act
FTC	Federal Trade Commission
ERISA	Employee Retirement Income Security Act
ECPA	Electronic Communications Privacy Act of 1986
EEOC	Equal Employment Opportunity Commission
EEPA	Employee Polygraph Protection Act
EESA	Emergency Economic Stabilization Act of 2008
EFCA	Employee Free Choice Act
COBRA	Omnibus Budget Reconciliation Act
CIO	Congress of Industrial Organizations
CTW	Change to Win
PEO	Professional Employer Organizations
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
OSHA	Occupational Safety and Health Act
HIPPA	Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996
LMRA	Labor Management Relations Act
NLRA	National Labor Relations Act
NLRB	National Labor Relations Board
NRLA	National Railway Labor Act
NMB	National Mediation Board
WARN Act	Worker Adjustment and Retraining Notification Act
BFOQ	Bona Fide Occupational Qualification Defense
BLS	Labor Derartment s Bureau of Labor Statistics
RLA	Railway Labor Act
SEIU	Service Employees International Union
IBT	International Brotherhood of Teamsters

Die Mitgliedsverbände von Gesamtmetall



SÜDWESTMETALL	**SÜDWESTMETALL** **Verband der Metall- und Elektroindustrie** **Baden-Württemberg e.V.** Löffelstr. 22–24, D-70597 Stuttgart Postfach 70 05 01, D-70574 Stuttgart Tel. +49 (0) 711 7682-0
bayme vbm Die bayerischen Metall- und Elektro-Arbeitgeber	**Verband der Bayerischen** **Metall- und Elektro-Industrie e.V.** Max-Joseph-Straße 5, D-80333 München Postfach 20 20 26, D-80020 München Tel. +49 (0) 89 55178-100
METALL NRW	METALL NRW **Verband der Metall- und Elektro-Industrie** **Nordrhein-Westfalen e.V.** Uerdinger Straße 58-62, D-40474 Düsseldorf Postfach 30 10 41, D-40410 Düsseldorf Tel. +49 (0) 211 4573-0
NORDMETALL Verband der Metall- und Elektroindustrie e.V.	NORDMETALL **Verband der Metall- und Elektro-Industrie e.V.** Kapstadtring 10, D-22297 Hamburg Postfach 60 20 49, D-22220 Hamburg Tel. +49 (0) 40 6378-4200
HESSENMETALL	HESSEN METALL **Verband der Metall- und** **Elektro-Unternehmen Hessen e.V.** Emil-von-Behring-Str. 4, D-60439 Frankfurt Postfach 50 05 61, D-60394 Frankfurt Tel. +49 (0) 69 95808-0
VME METALL- UND ELEKTROINDUSTRIE BERLIN-BRANDENBURG	**Verband der Metall- und Elektroindustrie** **in Berlin und Brandenburg e.V.** Am Schillertheater 2, D-10625 Berlin Tel. +49 (0) 30 31005-0
NIEDERSACHSENMETALL	NIEDERSACHSENMETALL **Verband der Metallindustriellen Niedersachsens e.V.** Schiffgraben 36, D-30175 Hannover Tel. +49 (0) 511 8505-0

PFALZMETALL	**PFALZMETALL** **Verband der Pfälzischen Metall- und Elektroindustrie e.V.** Friedrich-Ebert-Straße 11-13, D-67433 Neustadt/Weinstraße Postfach 10 10 62, D-67410 Neustadt/Weinstraße Tel. +49 (0) 6321 852-225
ME SAAR die Metall+Elektroindustrie	**ME Saar** **Verband der Metall- und Elektroindustrie des Saarlandes e.V.** Harthweg 15, D-66119 Saarbrücken Postfach 65 04 33, D-66143 Saarbrücken Tel. +49 (0) 681 95434-0
vem. die arbeitgeber	**vem.*die arbeitgeber*** **M+E, Industrie- und Dienstleistungsverband Rheinland-Rheinhessen e.V.** Ferdinand-Sauerbruch-Straße 9, D-56073 Koblenz Postfach 30 08 03, D-56029 Koblenz Tel. +49 (0) 261 40406-0
VSME	**Verband der Sächsischen Metall- und Elektroindustrie e.V.** Washingtonstraße 16/16a, D-01139 Dresden Postfach 30 02 00, D-01131 Dresden Tel. +49 (0) 351 25593-0
VMS	**Verband der Metall- und Elektroindustrie Sachsen-Anhalt e.V.** Humboldtstraße 14, D-39112 Magdeburg Postfach 41 52, D-39016 Magdeburg Tel. +49 (0) 391 62888-0
VMET	**Verband der Metall- und Elektro-Industrie in Thüringen e.V.** Lossiusstraße 1, D-99094 Erfurt Postfach 90 03 53, D-99106 Erfurt Tel. +49 (0) 361 6759-0

bayme vbm Die bayerischen Metall- und Elektro-Arbeitgeber	**BayME –** **Bayerischer Unternehmensverband** **Metall und Elektro e.V.** Max-Joseph-Straße 5, D-80333 München Postfach 20 20 26, D-80020 München Tel. +49 (0) 89 55178-100
HESSENMETALL	**HESSEN METALL** **Verband der Metall- und Elektro-** **Unternehmen Hessen e.V.** Emil-von-Behring-Str. 4, D-60439 Frankfurt Postfach 50 05 61, D-60394 Frankfurt Tel. +49 (0) 69 95808-0
UNTERNEHMENSVERBAND SÜDWEST E.V.	**Unternehmensverband Südwest e.V.** Löffelstr. 22–24, D-70597 Stuttgart Postfach 70 05 01, D-70574 Stuttgart Tel. +49 (0) 711 7682-0
METALL NRW	**METALL NRW** **Verband der Metall- und Elektro-Industrie** **Nordrhein-Westfalen e.V. Fachgruppe oT** Uerdinger Straße 58-62, D-40474 Düsseldorf Postfach 30 10 41, D-40410 Düsseldorf Tel. +49 (0) 211 4573-0
AGV NORD	**AGV NORD** **Allgemeiner Verband der Wirtschaft Norddeutschlands e.V.** Kapstadtring 10, D-22297 Hamburg Postfach 60 20 49, D-22220 Hamburg Tel. +49 (0) 40 6378-5900
UV Unternehmensverband Saarland e.V. Saar	**UV Saar** **Unternehmensverband Saarland e.V.** Harthweg 15, D-66119 Saarbrücken Postfach 65 04 33, D-66143 Saarbrücken Tel. +49 (0) 681 95434-0
PFALZMETALL	**PFALZMETALL** **Verband der Pfälzischen Metall- und** **Elektroindustrie e.V.** Friedrich-Ebert-Straße 11-13, D-67433 Neustadt/Weinstraße Postfach 10 10 62, D-67410 Neustadt/Weinstraße Tel. +49 (0) 6321 852-225
AGVT	**Allgemeiner Arbeitgeberverband Thüringen e.V.** Lossiusstraße 1, D-99094 Erfurt Postfach 90 03 53, D-99106 Erfurt Tel. +49 (0) 361 6759-0

Impressum

© 2011
Arbeitgeberverband Gesamtmetall
(Gesamtverband der Arbeitgeberverbände
der Metall- und Elektro-Industrie e. V.)

Vossstraße 16
10117 Berlin
Telefon 030/55150-0
Telefax 030/55150-400
info@gesamtmetall.de
www.gesamtmetall.de

Autorin:
Dr. Gerlind Wisskirchen, CMS Hasche Sigle

Projektleitung und Ansprechpartner: Indra Hadeler, Internationale Beziehungen
Robert Thurm, Internationale Beziehungen

Druck und Gestaltung: IW Medien GmbH, Köln · Berlin

www.gesamtmetall.de