

# Newsletter

## Arbeitsrecht

November 2008

„Vorratskündigungen“ sind unwirksam

Betriebsbedingte Kündigungen wegen Vergabe  
der Tätigkeiten an freie Mitarbeiter

Verwertungsverbot wegen  
betriebsverfassungswidrig erlangter Informationen

Kein Widerspruchsrecht bei Erlöschen des  
bisherigen Arbeitgebers

Mitbestimmung des Betriebsrats bei  
„Ethik-Richtlinien“

Anspruch auf Abschluss eines  
Altersteilzeitarbeitsvertrages

Zulässigkeit einer Rentnergesellschaft

Gesetz über die Pflegezeit

Risikobegrenzungsgesetz erweitert die  
Informationsrechte des Wirtschaftsausschusses



## **„Vorratskündigungen“ sind unwirksam**

BAG, Urteil vom 13.02.2008 – 2 AZR 543/06

Erneut musste das Bundesarbeitsgericht über eine in der Praxis häufig vorkommende Konstellation entscheiden: Der Arbeitgeber befürchtete den Verlust des für den Geschäftsbetrieb ausschlaggebenden Auftrags und sprach schon einmal vorsorglich Kündigungen aus.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat entschieden, dass betriebsbedingte Kündigungen, die ein Arbeitgeber wegen eines bloß möglichen Beschäftigungswegfalls ausspricht, verfrüht erfolgen und damit unwirksam sind. Der Arbeitgeber, ein gemeinnütziger Verein, erbrachte mit seinen Mitarbeitern Rettungsleistungen für einen einzigen Auftraggeber. Da der Auftrag zum Jahresende auslief, bewarb sich der Verein – neben Konkurrenten – um den Anschlussauftrag.

Bereits im Frühsommer des Jahres kündigte der Verein solchen Arbeitnehmern, die lange Kündigungsfristen hatten. Er begründete dieses Vorgehen damit, dass ihm wegen des drohenden Auftragsverlustes ein Abwarten bis zu einer endgültigen – vermeintlich negativen – Entscheidung des Auftraggebers nicht zugemutet werden könne. Im Falle eines Kündigungsausspruchs erst nach der endgültigen Entscheidung des Auftraggebers müsse er die Gehälter angesichts der erst dann laufenden Kündigungsfristen noch bis weit nach Auftragsende zahlen, was zu einer existenziellen Notlage geführt hätte.

Diese Erwägungen teilte das Gericht nicht. Es machte vielmehr deutlich, dass zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigungen nicht sicher war, ob der Auftrag dem Verein wieder erteilt werden würde oder nicht. Immerhin hatte sich der Verein auch um die künftige Übernahme des Auftrags beworben. Es handelte sich bei dem arbeitgeberseitigen Vorgehen daher um eine unzulässige „Vorratskündigung“. Das BAG hielt hierzu fest, dass die endgültige unternehmerische Entscheidung des Vereins, die Rettungstätigkeit mit Ablauf des Jahres tatsächlich einzustellen, zu diesem Zeitpunkt noch nicht gefallen war.

Wenn zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs ein künftiger Beschäftigungsbedarf zwar unsicher ist, sein endgültiger Wegfall aber keineswegs feststeht, ist die betriebsbedingte Kündigung von Mitarbeitern (noch) nicht möglich.

**Unternehmerische Entscheidung muss zum Kündigungszeitpunkt endgültig getroffen sein**

## „Vorratskündigungen“ sind unwirksam

**Fazit:** Sollte der Weiterbeschäftigungsbedarf im Unternehmen von der Auftragsvergabe durch Dritte abhängen, hat ein Arbeitgeber nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung zwei Möglichkeiten: Er kann sich um den Fortsetzungsauftrag bemühen, muss dann aber die – negative – Vergabeentscheidung abwarten, bevor er Arbeitsverhältnisse kündigt. Kommt es dem Arbeitgeber angesichts fehlender realistischer Auftragschancen entscheidend darauf an, bestehende Arbeitsverhältnisse zum Zeitpunkt des Auftragsablaufs sicher beenden zu können, sollte er sich für Anschlussaufträge nicht, auch nicht pro forma, bewerben. Unabhängig davon steht es jedem Arbeitgeber selbstverständlich frei, während der Dauer solcher Vergabeverfahren schon einen vorsorglichen Sozialplan zu vereinbaren, um im Bedarfsfall schneller handeln zu können.

### Betriebsbedingte Kündigung wegen Vergabe der Tätigkeiten an freie Mitarbeiter

BAG, Urteil vom 13.03.2008 – 2 AZR 103/06

Die Entscheidung des Arbeitgebers – bestimmte Aufgaben in Zukunft nicht mehr durch Arbeitnehmer, sondern durch freie Mitarbeiter ausführen zu lassen – ist von der Unternehmerfreiheit gedeckt und nicht missbräuchlich, wenn es sich bei den neu einzugehenden Vertragsverhältnissen tatsächlich um solche einer freien Mitarbeit handelt.

Das Unternehmen hatte in der Vergangenheit Werbeplakate an Schaltschränken durch eigene Arbeitnehmer anbringen lassen. Es entschloss sich, künftig freie Mitarbeiter mit dem Plakatieren zu beauftragen. Das Unternehmen sprach gegenüber seinen Arbeitnehmern betriebsbedingte Kündigungen aus und bot ihnen an, künftig als selbständige Unternehmer die Plakatierungstätigkeiten auszuüben.

Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 13.03.2008 in Bestätigung seiner ständigen Rechtsprechung festgestellt, dass es von der Unternehmerfreiheit gedeckt und nicht missbräuchlich ist, wenn ein Arbeitgeber sich entschließt, Aufgaben nicht mehr selbst unter Einsatz eigener Arbeitnehmer zu erledigen, sondern durch Dritte vornehmen zu lassen. Durch diese Unternehmerentscheidung des Arbeitgebers komme es zum Wegfall des Bedürfnisses an der Weiterbeschäftigung der gekündigten Mitarbeiter als Arbeitnehmer. Dies könne als dringendes betriebliches Erfordernis eine ordentliche Kündigung grundsätzlich rechtfertigen.

**Fremdvergabe ist von Unternehmerfreiheit gedeckt**



Die vom gekündigten Kläger vertretene Rechtsansicht – die angebotene „Umwandlung“ seines Arbeitsvertrages in einen Subunternehmervertrag lasse ein verschleiertes Arbeitsverhältnis entstehen – teilte das BAG nicht. Vielmehr betonte das BAG, dass in diesem Fall zu prüfen sei, ob der angebotene Subunternehmervertrag eine Tätigkeit als freier Mitarbeiter und nicht als Arbeitnehmer zum Inhalt habe. Denn die Tätigkeit des Plakatierens lasse sich sowohl im Arbeitsverhältnis als auch in freier Mitarbeit praktizieren.

Im entschiedenen Fall gelang dem Unternehmen der Nachweis, dass die Tätigkeit der künftigen Subunternehmer auch ohne Einbindung in ein konkretes, mit anderen Personen abzustimmendes Ordnungsgefüge zu erbringen war. Die vom beklagten Unternehmen im Subunternehmervertrag vorgesehene zeitliche Bindung der freien Mitarbeiter sei – so das BAG – per se kein Argument für ein Arbeitsverhältnis. Denn jede vertragliche Bindung – auch die des freien Unternehmers – bringe eine gewisse Einschränkung der Freiheit mit sich. Diese Freiheitseinbuße führe nicht stets dazu, dass ein Arbeitsverhältnis entsteht. Das sei erst dann der Fall, wenn die Begrenzung der persönlichen Freiheit, insbesondere in räumlicher und zeitlicher Hinsicht, eine Dichte erreiche, die sich nicht allein aus der Natur der zu leistenden Tätigkeit, sondern gerade aus der vertraglich dem Arbeitgeber zugestandenen Verfügungsmacht über die Arbeitsleistung ergibt.

Die Entscheidung des Unternehmens, die Aufgabe des Anbringens von Plakaten nicht mehr selbst unter Einsatz eigener Arbeitnehmer vorzunehmen, sondern durch Dritte vornehmen zu lassen, ist auch nicht offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich. Anders als vom klagenden Arbeitnehmer behauptet, liegt in dieser Maßnahme nicht nur das schlichte Abstreifen des Kündigungsschutzes. Vielmehr resultieren für das Unternehmen auch nachteilige Folgen aus dieser Entscheidung, insbesondere der Verzicht auf das Direktionsrecht.

## Betriebsbedingte Kündigung wegen Vergabe der Tätigkeiten an freie Mitarbeiter

**Vorgehen des Arbeitgebers indiziert kein verschleiertes Arbeitsverhältnis**

**Tätigkeit lässt sich sowohl im Arbeitsverhältnis als auch in freier Mitarbeit praktizieren**

**Erst wenn die Begrenzung der persönlichen Freiheit eine nicht mehr für die Festlegung des Vertragsgegenstandes erforderliche Dichte bekommt, entsteht ein Arbeitsverhältnis**

**Fremdvergabe hat nicht allein die Umgehung des Kündigungsschutzes zum Inhalt**

**Fazit:** Das Gesetz zwingt den Arbeitgeber nicht, den Bedarf an Leistungen ausschließlich durch Arbeitsverträge zu decken. Er kann auf jeden rechtlich zulässigen Vertragstyp zurückgreifen, wenn eine Tätigkeit sich nicht nur im Arbeitsverhältnis praktizieren lässt. Bei der Entscheidung gegen ein Arbeitsverhältnis müssen aber die jeweiligen – auch nachteiligen – rechtlichen Folgen in Kauf genommen werden.



## **Verwertungsverbot wegen betriebsverfassungswidrig erlangter Informationen ?**

BAG, Urteil vom 13.12.2007 – 2 ARZ 537/06

Mit Urteil vom 13.12.2007 hat das BAG seine ständige Rechtsprechung zum Vorliegen eines zur Kündigung berechtigenden wichtigen Grundes auch bei Diebstahl lediglich geringwertiger Sachen bestätigt. Darüber hinaus hat es festgestellt, dass der Verstoß gegen ein betriebsverfassungsrechtliches Mitbestimmungsrecht oder eine Betriebsvereinbarung allein noch kein Verwertungsverbot hinsichtlich der erlangten Informationen nach sich zieht.

In dem vom BAG entschiedenen Fall kündigte der Arbeitgeber einer Drogerieangestellten fristlos, nachdem bei einer Kontrolle des Spindes der Arbeitnehmerin ein aus der Drogerie stammender Lippenstift aufgefunden worden war. Nach den Feststellungen der Vorinstanz wurden die Regelungen der im Betrieb geltenden Betriebsvereinbarung „Personalkontrolle“ bei der Kontrolle nur unzureichend beachtet.

Einmal mehr bestätigte das BAG seine Rechtsprechung, dass vom Arbeitnehmer zu Lasten des Arbeitgebers begangene Vermögensdelikte auch dann regelmäßig geeignet sind, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, wenn es sich lediglich um den Diebstahl geringwertiger Sachen handelt. Die rechtswidrige Zueignung eines Lippenstiftes stellt daher an sich einen zur Kündigung berechtigenden wichtigen Grund im Sinne des § 626 Abs.1 BGB dar. Lediglich aufgrund der tatsächlichen Frage, ob es sich um reguläre Verkaufsware oder um einen sogenannten „Tester“ handelte und ob die Mitnahme von Testern betrieblich erlaubt war, musste der Rechtsstreit zurückverwiesen werden.

Wie das BAG herausstellte, konnte der Kündigungsschutzklage der Arbeitnehmerin nicht allein mit der Begründung eines Verstoßes gegen die Vorgaben der Betriebsvereinbarung stattgegeben werden. Der Verstoß gegen ein Mitbestimmungsrecht oder die Inhalte einer Betriebsvereinbarung rechtfertige es nicht, unstreitigen Sachvortrag im Prozess gar nicht zu berücksichtigen. Das deutsche Zivilprozessrecht kenne kein Verwertungsverbot hinsichtlich unstreitig vorgetragener Tatsachen, wie hier dem Besitz eines Lippenstiftes.

Bereits mit Urteil vom 27.03.2003 (Az.: 2 AZR 51/02) hatte das BAG entschieden, dass aus einer mitbestimmungswidrig durchgeführten Maßnahme (damals: Videoüberwachung) jedenfalls

**Auch Diebstahl geringwertiger Sachen berechtigt zur Kündigung**

**Kein Verwertungsverbot von Informationen durch Verletzung von Mitbestimmungsrechten**

**Verwertungsverbote nur bei Verletzung verfassungsrechtlich geschützter Grundpositionen**

## Verwertungsverbot wegen betriebsverfassungswidrig erlangter Informationen?

dann kein eigenständiges Beweisverwertungsverbot folge, wenn der Betriebsrat der Verwendung des Beweismittels und der erklärten Kündigung zugestimmt habe und die Beweisverwertung nach allgemeinen Regeln zulässig sei. Hinsichtlich eines etwaigen „Sachvortragsverwertungsverbots“ hält das BAG nunmehr fest, dass ein solches weder aus dem Verstoß gegen ein betriebsverfassungsrechtliches Mitbestimmungsrecht noch gegen die Regelungen einer Betriebsvereinbarung folge. Entscheidend für ein Verwertungsverbot könne allein ein im Einzelfall zu prüfender Verstoß gegen das grundrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers sein. Dieses sei jeweils gegen die Interessen des Arbeitgebers abzuwägen und im entschiedenen Fall – trotz Nichteinhaltung der Betriebsvereinbarung – nicht verletzt.

**Fazit:** Auch der Diebstahl von geringwertigen Sachen berechtigt den Arbeitgeber zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Ein Verwertungsverbot hinsichtlich der bei einer mitbestimmungswidrigen Maßnahme erlangten Informationen droht nur bei gleichzeitiger Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers.

## Kein Widerspruchsrecht bei Erlöschen des bisherigen Arbeitgebers

BAG, Urteil vom 21.02.2008 – 8 AZR 157/07

Mit Urteil vom 21.02.2008 hatte das BAG Gelegenheit, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob ein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses auch dann besteht, wenn ein Arbeitsverhältnis wegen gesellschaftsrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge auf einen neuen Arbeitgeber übergeht und der bisherige Arbeitgeber erlischt.

Im entschiedenen Fall war der Arbeitnehmer bei einer Kommanditgesellschaft beschäftigt. Die persönlich haftende Gesellschafterin trat aus der Kommanditgesellschaft aus. Die verbliebene

## Kein Widerspruchsrecht bei Erlöschen des bisherigen Arbeitgebers

Kommanditistin erwarb alle Kommanditanteile und übernahm alle Aktiva und Passiva der Kommanditgesellschaft. Damit folgte gesellschaftsrechtlich eine Gesamtrechtsnachfolge der Kommanditistin – einer GmbH – als Rechtsnachfolgerin der Kommanditgesellschaft. Die Kommanditgesellschaft erlosch. Der Arbeitnehmer widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Kommanditistin (GmbH), hielt später seinen Widerspruch für unwirksam und beantragte die Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses mit der GmbH (der ehemaligen Kommanditistin).

Die Klage hatte vor dem BAG Erfolg. Der Widerspruch gegen den Wechsel des Arbeitgebers war unbeachtlich, weil dem Arbeitnehmer kein Widerspruchsrecht zustand. Das BAG begründete dies damit, dass im Fall des Untergangs des bisherigen Arbeitgebers die Bestandsschutzfunktion des § 613a BGB ein Widerspruchsrecht nicht gebiete. Da der bisherige Arbeitgeber untergehe, vollziehe sich der Bestandsschutz durch Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den neuen Arbeitgeber. Wolle der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nicht bei dem neuen Arbeitgeber fortsetzen, so könne der Arbeitnehmer ohne Rechtsverlust von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen.

Das BAG lehnte damit eine im Schrifttum bis dahin verbreitete Auffassung ab, wonach bei Erlöschen des bisherigen Arbeitgebers ein Widerspruchsrecht bestehe, die Ausübung des Widerspruchs aber zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem rechtlichen Untergang des bisherigen Arbeitgebers führe.

Der Entscheidung des BAG kommt auch für den Bereich des Umwandlungsrechts erhebliche Bedeutung zu. Erlischt bei einer Verschmelzung eine Gesellschaft, wird auch in diesen Fällen ein Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB nicht anzunehmen sein.

### **Widerspruch bei Untergang des bisherigen Arbeitgebers unbeachtlich**

### **Erklärung des Widerspruchs führt nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

**Fazit:** Erlischt der bisherige Betriebsinhaber und tritt der neue Arbeitgeber durch gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge in die Arbeitsverhältnisse ein, so besteht kein Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer nach § 613a BGB, da das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen erloschenen Arbeitgeber nicht fortgesetzt werden kann. Dennoch hat auch in diesen Fällen eine Unterrichtung der Arbeitnehmer über den Betriebsinhaberwechsel gemäß § 613a Abs. 5 BGB zu erfolgen.



Das BAG hat zu der Frage Stellung genommen, ob sog. „Ethik-Richtlinien“ als Gesamtwerk mitbestimmungspflichtig sind oder ob eine Trennung in mitbestimmungsfreie und mitbestimmungspflichtige Teile möglich ist.

Seit einigen Jahren führen auch in der Bundesrepublik Deutschland immer mehr Unternehmen sog. „Ethik-Richtlinien“ ein. Diese geben Mitarbeitern verbindliche Verhaltensregeln im Arbeitsalltag, beispielsweise im Umgang mit Kollegen, zur Annahme von Geschenken etc. Mitarbeiter haben oft das Recht, aber auch die Pflicht, Verstöße von Kollegen gegen den Verhaltenskodex zu melden, meist über anonyme Telefonhotlines (sog. „Whistleblowing“).

Das BAG hatte auf dieser Grundlage über eine Revision gegen einen Beschluss des LAG Hessen (Beschluss v. 18.1.2008 – 5 TaBV 31/06) zu entscheiden. Die US-amerikanische Muttergesellschaft eines deutschen Unternehmens war aufgrund von börsenrechtlichen Vorschriften verpflichtet, ihre „Ethik-Richtlinien“ konzernweit und damit auch in Deutschland einzuführen. Bestandteil dieser Richtlinien war eine „Whistleblowing-Klausel“, nach der alle Mitarbeiter den Verhaltenskodex genau befolgen müssen und mutmaßliche Verstöße umgehend zu melden haben. Nach Auffassung aller beteiligten Gerichte betrifft die „Whistleblowing-Klausel“ das sog. Ordnungsverhalten und unterfällt daher dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. In seinem Beschluss hatte das LAG Hessen festgestellt, dass allein schon die Meldepflicht der „Whistleblowing-Klausel“ in einer Art Klammerwirkung die gesamte „Ethik-Richtlinie“ mitbestimmungspflichtig macht.

Dem folgte das BAG nicht. Regelungen, die lediglich die Konkretisierung der geschuldeten Arbeitsleistung betreffen, sind nicht mitbestimmungspflichtig. Die Unterscheidung zwischen Regelungen, die die Gestaltung des Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb untereinander betreffen (sog. Ordnungsverhalten = mitbestimmungspflichtig), von solchen, die lediglich das arbeitgeberseitige Direktionsrecht konkretisieren (sog. Arbeitsverhalten = nicht mitbestimmungspflichtig), muss auch im Rahmen eines vom Arbeitgeber gewollten einheitlichen Regelungswerks getroffen werden. „Ethik-Richtlinien“ können sowohl mitbestimmungspflichtige als auch mitbestimmungsfreie Regelungen enthalten. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats für einzelne Teilregelungen des Verhaltenskodex begründet nicht notwendig

## Mitbestimmung des Betriebsrats bei „Ethik-Richtlinien“

BAG, Beschluss v. 22.07.2008 – 1 ABR 40/07

### LAG Hessen für „Klammerwirkung“

### Differenzierung erforderlich

## Mitbestimmung des Betriebsrats bei „Ethik-Richtlinien“

ein Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk. Auch wiederholt das BAG den Grundsatz, wonach Angelegenheiten, die gesetzlich bereits abschließend und zwingend geregelt sind, der Mitbestimmung von vornherein entzogen sind. Es weist aber ausdrücklich darauf hin, dass die Pflicht ausländischer und börsennotierter Unternehmen zur konzernweiten Einführung von „Ethik-Richtlinien“ die Mitbestimmungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz nicht ausschließen.

**Fazit:** Bei der Einführung von „Ethik-Richtlinien“ bleiben trotz „Whistleblowing-Meldepflichten“ also weiter mitbestimmungsfreie Regelungsbereiche. Sofern Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bestehen, sind diese Fragen in Betriebsvereinbarungen zu regeln. Bei Regelungstreitigkeiten über mitbestimmungspflichtige Regelungen entscheidet im Zweifel die Einigungsstelle. Der Arbeitgeber kann den Verhandlungsgegenstand solcher Einigungsstellen dadurch reduzieren, dass er im Streitfall die mitbestimmungsfreien Regelungen von den mitbestimmungspflichtigen Tatbeständen deutlich trennt.

## Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrages

BAG, Urteil vom 15.04.2008 – 9 AZR 111/07

Ein Arbeitgeber kann zur Ablehnung eines Antrages auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrages sich auch dann auf die sogenannte Fünf-Prozent-Überforderungsquote des § 3 Abs. 1 Nr. 3 1. Alternative Altersteilzeitgesetz (ATZG) berufen, wenn er diese Quote in der Vergangenheit willentlich überschritten hat. Eine Verwirkung dieses Rechts kommt grundsätzlich nicht in Betracht. Zur Vermeidung eines Verstoßes gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist vom Arbeitgeber jedoch ein in der Zukunft liegender Stichtag für die künftige Ablehnung von Altersteilzeitarbeitsverträgen zu bestimmen und im Betrieb bekannt zu machen.

Tarifverträge zur Regelung der Altersteilzeitarbeit normieren häufig einen Anspruch der Arbeitnehmer auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrages. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 ATZG muss für Er-

## Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrages

stattungsleistungen der Arbeitsverwaltung die freie Entscheidung des Arbeitgebers sichergestellt sein, ob er mit über fünf Prozent der Arbeitnehmer seines Betriebes Altersteilzeitarbeitsverträge schließt oder alternativ eine Ausgleichskasse der Arbeitgeber oder eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien besteht. Viele Tarifverträge sehen deshalb vor, dass ab Erreichen der Fünf-Prozent-Überforderungsquote die Arbeitnehmer keinen tariflichen Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrages mehr besitzen. Dennoch wird in der Praxis in größeren Betrieben die Fünf-Prozent-Überforderungsquote oftmals vom Arbeitgeber überschritten.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass ab Überschreitung der Fünf-Prozent-Überforderungsquote der Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrages regelmäßig im Ermessen des Arbeitgebers steht. Der Arbeitnehmer hat „lediglich“ einen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber bei der Entscheidung über den Antrag billiges Ermessen wahrt. Hierbei ist der Arbeitgeber verpflichtet, bei seiner Entscheidung die wesentlichen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und die beiderseitigen Interessen angemessen zu wahren. Als Ablehnungsgrund ausreichend sind in der Regel sachliche Gründe.

Mit seinem Urteil vom 15.04.2008 hat das BAG die Frage entschieden, ob ein Arbeitgeber sein Recht, sich auf die Fünf-Prozent-Überforderungsquote berufen zu können, im Fall einer bewussten Überschreitung dieser Quote verwirkt hat. Das BAG hat die Verwirkung des Ablehnungsrechtes verneint. Eine Verwirkung des Ablehnungsrechtes kommt nach seiner Ansicht nur in Betracht, wenn besondere Umstände vorlägen, die den Schluss zuließen, der Arbeitgeber werde sich dauerhaft nicht auf die Fünf-Prozent-Überforderungsquote berufen. Solche besonderen Tatsachen sind vom Arbeitnehmer darzulegen. Das ist der Klägerin in dem vom BAG entschiedenen Rechtsstreit nicht gelungen.

Der Arbeitgeber, der freiwillig mit über fünf Prozent seiner Belegschaft Altersteilzeitarbeitsverträge abgeschlossen hat, künftig aber weitere Anträge ablehnen will, muss zur Vermeidung eines Verstoßes gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz einen in der Zukunft liegenden Stichtag bestimmen und im Betrieb bekannt machen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber, Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern, die sich in vergleichbarer Lage befinden, bei Anwendung seiner selbst gegebenen Regelung gleichzubehandeln. Bei freiwilligen Leistungen – hier der Abschluss von Altersteilzeitarbeitsverträgen trotz

**Arbeitgeber ist durch Fünf-Prozent-Überforderungsquote geschützt**

**Recht zur künftigen Berufung auf Fünf-Prozent-Überforderungsquote verwirkt bei freiwilliger Überschreitung nicht**

**Stichtag für künftige Ablehnung ist bekannt zu machen, um eine Gleichbehandlung aller Bewerber zu gewährleisten**

## Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrages

Überschreitung der Fünf-Prozent-Überforderungsquote – muss der Arbeitgeber die Leistungsvoraussetzungen so abgrenzen, dass Arbeitnehmer nicht aus sachfremden oder willkürlichen Gründen ausgeschlossen werden. Verstößt der Arbeitgeber bei Gewährung freiwilliger Leistungen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, hat der benachteiligte Arbeitnehmer Anspruch auf die vorenthaltene Leistung.

Beim Abschluss von freiwilligen Altersteilzeitarbeitsverträgen kann ein solcher Verstoß insbesondere vorliegen, wenn der Vorrang des älteren Rechts nicht berücksichtigt wird, nach welchem Arbeitnehmer zu bevorzugen sind, die zuerst die tariflichen Voraussetzungen für den Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrages erfüllen. Wenn ein Arbeitnehmer allerdings – was auf die Klägerin zutrifft – seinen Anspruch auf Abschluss eines Altersteilzeitarbeitsvertrages erst zu einem Zeitpunkt erhebt, in dem der Arbeitgeber bereits mit einem „nachrangigen“ Bewerber einen Altersteilzeitarbeitsvertrag abgeschlossen hat, liegt keine Ungleichbehandlung vor, weil das Prinzip des Vertrauensschutzes vorrangig ist. Damit besteht die Gefahr, dass der Grundsatz des Vorrangs des älteren Rechts durch das Prinzip des Vertrauensschutzes „ausgehebelt“ wird und es zu einer zufälligen faktischen „Überholung“ von Arbeitnehmern mit älteren Rechten kommt. Zur Vermeidung dieses Ergebnisses ist der Arbeitgeber verpflichtet, einen in der Zukunft liegenden Stichtag für die Ablehnung aller weiteren Altersteilzeitangebote der Arbeitnehmer im Betrieb bekannt zu machen. Unterbleibt eine Bekanntmachung, droht eine zufällige Auswahl der antragstellenden Arbeitnehmer, die sachlich nicht gerechtfertigt, sondern willkürlich wäre. Die Arbeitnehmer mit älteren Rechten können dann nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz erfolgreich einen Anspruch auf Abschluss des erstrebten Altersteilzeitarbeitsvertrages durchsetzen.

### Auswahl unter mehreren Bewerbern

**Fazit:** Ein Arbeitgeber kann trotz einer willentlichen Überschreitung der Fünf-Prozent-Überforderungsquote die Praxis für die Zukunft ändern. Zur Vermeidung von zufälligen Ungleichbehandlungen muss er diese Absicht aber rechtzeitig im Voraus anzeigen.



**Mit Urteil vom 11.03.2008 hat das BAG die Errichtung einer Rentnergesellschaft durch Ausgliederungen nach dem Umwandlungsgesetz für zulässig erklärt.**

Eine so genannte „Rentnergesellschaft“ entsteht typischerweise, wenn ein Unternehmen seine normale gewerbliche Tätigkeit einstellt und nur noch zur Erfüllung der Versorgungsverbindlichkeiten weiterbesteht. Fraglich war bislang, ob eine solche Gesellschaft auch im Wege der Umwandlung, speziell der Ausgliederung, geschaffen werden kann, indem lediglich die Versorgungsverbindlichkeiten sowie die zur Befriedigung der Verbindlichkeiten erforderlichen Aktiva auf eine inoperative Gesellschaft übertragen werden.

Bereits mit Beschluss vom 22.02.2005 (3 AZR 499/03 (A)) hatte das BAG die Übertragung von Versorgungsverbindlichkeiten im Rahmen einer Ausgliederung auch ohne Zustimmung der betroffenen Betriebsrentner oder des Pensions-Sicherungs-Vereins als wirksam angesehen. Es ging allerdings um die Übertragung des kommunalen Eigenbetriebes Städtische Kliniken auf eine neugegründete gGmbH und damit die Übertragung der Verbindlichkeiten auf eine operierende Gesellschaft. In dem nun entschiedenen Fall wurde zunächst ein noch operierender Betriebsteil zusammen mit den zugehörigen Versorgungsverbindlichkeiten ausgegliedert. Anschließend wurden nur die aktiven Geschäftsbereiche weiter ausgegliedert, so dass lediglich eine Rentnergesellschaft zurückblieb. Mit seiner neuen Entscheidung hat das BAG daher geklärt, dass auch die Schaffung einer reinen Rentnergesellschaft ohne operatives Geschäft durch Ausgliederungen möglich ist.

Der einzelne Betriebsrentner kann den Übergang der Versorgungsverbindlichkeiten auf die neu entstehende Rentnergesellschaft nicht durch die Erklärung eines Widerspruches verhindern. § 613a Abs. 6 BGB findet keine Anwendung, weil diese Norm nur bestehende Arbeitsverhältnisse schützt, ein Betriebsrentner aber bereits aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden ist. Auch das Zustimmungserfordernis des § 4 BetrAVG greift nicht, da es sich bei Umwandlungen nach dem Umwandlungsgesetz um partielle Gesamtrechtsnachfolgen und nicht – wie von § 4 BetrAVG vorgesehen – um rechtsgeschäftliche Schuldübernahmen, also Einzelrechtsnachfolgen, handelt.

Der auf die Feststellung eines Versorgungsverhältnisses mit seinem früheren Arbeitgeber klagende Betriebsrentner blieb auch

## **Zulässigkeit einer Rentnergesellschaft**

BAG, Urteil vom 11.03.2008 – 3 ARZ 358/06

**Rentnergesellschaft erfüllt nur noch Betriebsrentenversprechen**

**Errichtung einer Rentnergesellschaft durch Ausgliederung zulässig**

**Übertragung von Versorgungsverbindlichkeiten ohne Zustimmung wirksam**

## Zulässigkeit einer Rentnergesellschaft

vor dem BAG erfolglos. Die Versorgungsverbindlichkeiten seien durch die erfolgte Umwandlung auf die Rentnergesellschaft übergegangen. Der frühere Arbeitgeber sei allerdings verpflichtet, die – gegebenenfalls in mehreren Schritten – neu geschaffene Rentnergesellschaft so ausreichend auszustatten, dass sie in der Lage ist, nicht nur die laufenden Betriebsrenten zu erfüllen, sondern auch, diese nach § 16 Abs. 1 BetrAVG anzupassen. Ansonsten könnten den Versorgungsberechtigten Schadensersatzansprüche gegen ihren früheren Arbeitgeber zustehen.

**Fazit:** Die Schaffung einer Rentnergesellschaft durch Umwandlung ist möglich. Abgesehen von der zeitlich beschränkten Nachhaftung nach dem UmwG ist der frühere Arbeitgeber allerdings auch zur ausreichenden Ausstattung der neuen Versorgungsschuldnerin verpflichtet.

## Gesetz über die Pflegezeit (Pflegezeitgesetz – PflegeZG)

Am 01.07.2008 trat das Pflegezeitgesetz in Kraft. Angesichts des sich weiter abzeichnenden Pflegenotstandes in den kommenden Jahren soll Beschäftigten die Möglichkeit eröffnet werden, pflegebedürftige nahe Angehörige in häuslicher Umgebung zu pflegen und damit Beruf und familiäre Pflege besser miteinander vereinbaren zu können.

Das Pflegezeitgesetz gibt Beschäftigten das Recht, bis zu zehn Arbeitstage von der Arbeit fern zu bleiben, wenn dies erforderlich ist, um einem pflegebedürftigen nahen Angehörigen in einer akut aufgetretenen Pflegesituation eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder die Pflege für die Zukunft sicherzustellen (sog. kurzzeitige Arbeitsverhinderung). Der Arbeitgeber ist in dieser Zeit nach § 2 Abs. 3 PflegeZG nicht zur Entgeltfortzahlung verpflichtet, es sei denn, eine solche Verpflichtung ergibt sich aus anderen

### Kurzzeitige Arbeitsverhinderung

## Gesetz über die Pflegezeit (Pflegezeitgesetz – PflegeZG)

gesetzlichen Vorschriften oder auf Grund einer Vereinbarung. Eine Entgeltfortzahlungspflicht kann sich insbesondere aus § 616 BGB, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und für Auszubildende ergeben.

Darüber hinaus wurde die sog. Pflegezeit eingeführt. Danach haben Beschäftigte für einen Zeitraum von bis zu 6 Monaten einen Anspruch gegen ihren Arbeitgeber auf vollständige oder teilweise Freistellung von der Arbeitsleistung, wenn sie einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen wollen. Dieser Anspruch gilt jedoch im Unterschied zur kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nur gegenüber Arbeitgebern mit in der Regel mehr als 15 Beschäftigten. Sofern keine Sonderbestimmungen im Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung existieren, besteht keine Pflicht zur Entgeltfortzahlung.

Beabsichtigt der Arbeitgeber während der Fehlzeit seines pflegenden Arbeitnehmers die Einstellung einer Vertretung, so ergeben sich keine befristungsrechtlichen Probleme. Das PflegeZG stellt klar, dass in diesem Fall ein Sachgrund für die Befristung im Sinne von § 14 Abs. 1 TzBfG vorliegt. Sollte die Pflegezeit vorzeitig enden, kann der befristete Arbeitsvertrag mit der Vertretungskraft mit einer Frist von 2 Wochen gekündigt werden.

In der Zeit von der Ankündigung bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung oder der Pflegezeit genießt der pflegende Arbeitnehmer Sonderkündigungsschutz und darf grundsätzlich nicht gekündigt werden.

### **Pflegezeit**

### **Befristete Vertretung**

### **Sonderkündigungsschutz**

**Fazit:** Das neue Pflegezeitgesetz ist ein erster Ansatz der Bundesregierung zur Bekämpfung des Pflegenotstands. Arbeitgeber werden sich künftig darauf einstellen müssen, kurzfristige Überbrückungsmaßnahmen organisieren zu müssen, wenn Mitarbeiter von der Neuregelung Gebrauch machen. Der unscharf geregelte Sonderkündigungsschutz birgt Missbrauchsgefahr.

## Risikobegrenzungsgesetz erweitert die Informationsrechte des Wirtschaftsausschusses

Nach § 106 Abs. 2 BetrVG hat der Unternehmer den Wirtschaftsausschuss rechtzeitig und umfassend über die wirtschaftlichen Angelegenheiten des Unternehmens unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu unterrichten sowie die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Personalplanung darzustellen. Was unter wirtschaftlichen Angelegenheiten zu verstehen ist, regelt § 106 Abs. 3 BetrVG beispielhaft. Dem allgemeinen Verständnis der Auffangvorschrift des § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG folgend war der Wirtschaftsausschuss nach bisheriger Rechtslage auch bei der Übernahme des Unternehmens und dem Übergang des Unternehmens, eines Betriebes oder Betriebsteils auf einen anderen Inhaber zu unterrichten. Der Wirtschaftsausschuss musste bei einer Unternehmensveräußerung nach bisherigem Verständnis allerdings nur über die Tatsache der Veräußerung unterrichtet werden.

Mit Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes am 19.08.2008 erweitert der Gesetzgeber die Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Wirtschaftsausschuss nunmehr deutlich. Eine Unterrichtung erst nach Abschluss des Veräußerungsvorgangs ist jetzt häufig nicht mehr möglich. Sinn des Risikobegrenzungsgesetzes ist es, unerwünschte Aktivitäten von Finanzinvestoren zu erschweren. Dazu stellt der Gesetzgeber in § 106 Abs. 3 Nr. 9 a BetrVG ausdrücklich klar, dass der Unternehmer den Wirtschaftsausschuss über eine Übernahme des Unternehmens informieren muss, wenn damit der Erwerb der Kontrolle über das Unternehmen verbunden ist. Nach der Gesetzesbegründung liegt eine Kontrolle des Unternehmens insbesondere dann vor, wenn mindestens 30 Prozent der Stimmrechte an dem Unternehmen gehalten werden.

In den Fällen der Übernahme des Unternehmens durch Kontrollerwerb gehören zu den erforderlichen Unterlagen, die dem Wirtschaftsausschuss vorzulegen sind, insbesondere die Angabe über den potenziellen Erwerber und dessen Absichten im Hinblick auf die künftige Geschäftstätigkeit des Unternehmens sowie die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf die Arbeitnehmer (§ 106 Abs. 2 Satz 2 BetrVG). Diese Unterrichtungs- und Vorlagepflichten gelten nach der Neuregelung sogar schon dann, wenn im Vorfeld der Übernahme des Unternehmens ein Bieterverfahren durchgeführt wird.

### Informationspflicht bei Kontrollerwerb

## Risikobegrenzungs-gesetz er-weitert die Informationsrechte des Wirtschaftsausschusses

Besteht in dem Unternehmen kein Wirtschaftsausschuss, so ist nach dem neu eingefügten § 109 a BetrVG in den Fällen eines Kontrollerwerbs stattdessen der Betriebsrat zu unterrichten. Werden diese Unterrichtungs- und Vorlagepflichten nicht, wahrheitswidrig, unvollständig oder verspätet erfüllt, so können Bußgelder verhängt werden (vgl. § 121 BetrVG).

Der neue Gesetzeswortlaut birgt Unsicherheiten. Es ist unklar, wann das Unternehmen im Falle des künftigen Kontrollerwerbs durch einen Dritten den Wirtschaftsausschuss beteiligen muss. Es bleibt insbesondere offen, bis wann ein Käufer bloßer Interessent ist und ab wann er zum „potenziellen Erwerber“ mit den daran anknüpfenden Beteiligungsrechten wird. Auch die Informationspflichten des Unternehmens über die Absichten des potenziellen Erwerbers sind problematisch. Wir gehen davon aus, dass eine Pflicht des Unternehmers, sich vom Erwerber Informationen zu dessen geschäftlichen Absichten und ihren personellen Auswirkungen gesondert zu verschaffen, im Ergebnis nicht bestehen wird.

### Recht des Betriebsrats bei Fehlen eines Wirtschaftsausschusses

**Fazit:** Die Informationspflichten des Unternehmers bei einem künftigen Kontrollerwerb durch Dritte werden vorverlagert. Sie bestehen künftig schon während laufender Bieterverfahren. Dies birgt aus unserer Sicht erhebliche Risiken, da Indiskretionen trotz gesetzlicher Geheimhaltungspflicht die oftmals sensiblen Übernahmeverhandlungen gefährden können.

Dieser Newsletter beinhaltet keinen Rechtsrat. Die enthaltenen Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise wieder und können eine den Besonderheiten des einzelnen Sachverhaltes gerecht werdende individuelle Beratung nicht ersetzen.

Verantwortliche Redakteure:

Kay Jacobsen  
Dr. Andreas Walle

**Berlin**

Friedrichstraße 149  
D-10117 Berlin  
T +49 (0)30 88 00 97-0  
F +49 (0)30 88 00 97-99

**Brüssel**

Avenue Louise 326  
B-1050 Brüssel  
T +32 (0)2 646 20-00  
F +32 (0)2 646 20-40

**Chemnitz**

Weststraße 16  
D-09112 Chemnitz  
T +49 (0)371 38 203-0  
F +49 (0)371 38 203-100

**Düsseldorf**

Cecilienallee 5  
D-40474 Düsseldorf  
T +49 (0)211 600 55-00  
F +49 (0)211 600 55-050

**Frankfurt am Main**

Grüneburgweg 102  
D-60323 Frankfurt am Main  
T +49 (0)69 975 61-0  
F +49 (0)69 975 61-200

**Hamburg**

Bleichenbrücke 9  
D-20354 Hamburg  
T +49 (0)40 35 52 80-0  
F +49 (0)40 35 52 80-80

**Köln**

Magnusstraße 13  
D-50672 Köln  
T +49 (0)221 20 52-0  
F +49 (0)221 20 52-1

**München**

Prinzregentenstraße 48  
D-80538 München  
T +49 (0)89 540 31-0  
F +49 (0)89 540 31-540

**Zürich**

Bahnhofstrasse 3  
CH-8001 Zürich  
T +41 (0)44 200 71-00  
F +41 (0)44 200 71-01