

**Blick ins Arbeitsrecht**  
Teil 4 / 2008

I.

**Gesetzgeberische Aktivitäten**

Der ganz große „Wurf“ im Arbeitsrecht lässt nach wie vor auf sich warten: Obwohl bereits im Einigungsvertrag die Notwendigkeit festgehalten wurde, ein einheitliches Arbeitsvertragsgesetzbuch zu entwerfen, ist dies bisher nicht geschehen. Allerdings ist festzustellen, dass der so genannte Bertelsmann-Entwurf derzeit wieder intensiver diskutiert wird.

Vor der Bundestagswahl 2009 ist auch nicht mehr mit großen gesetzgeberischen Aktivitäten der Bundesregierung zu rechnen.

Zu berichten ist aber über zwei Gesetzesvorhaben, die am 01. Januar bzw. am 01. April 2009 in Kraft treten sollen:

**a) Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen**

Der Entwurf mit dem schönen Arbeitstitel „Flexi II“ datiert vom 13.08.2008. Das Inkrafttreten ist geplant für den 01. Januar 2009. Das Gesetz befasst sich nach dem Titel im Wesentlichen mit dem Ziel, Arbeitszeitguthaben insbesondere im langfristigen Bereich besser gegen Insolvenzen abzusichern.

Im Gesetz werden zunächst Wertguthaben im langfristigen Bereich von Kurz- und Gleitzeitkonten abgegrenzt und besser definiert. Erfasst werden sollen alle Formen der Zeitwertguthaben, bei denen die Fälligkeit der Sozialversicherungsbeiträge in die Auszahlungsphase verschoben wird. Dies erfasst dann nicht Kurz- und Gleitzeitkonten, bei denen die Sozialversicherungspflicht regelmäßig aus einem festen Vergütungsbetrag errechnet und abgeführt wird, unabhängig davon, wann erworbene Zeitguthaben wieder „abgefeiert“ werden.

Die Zeitwertguthaben sollen entweder für gesetzlich geregelte oder vertraglich vereinbarte Freistellungen und Verringerungen der Arbeitszeiten in Anspruch genommen werden können. Gesetzlich geregelt sind zum Beispiel Freistellungen nach dem Pflegezeitgesetz, dem Bundeserziehungs- und Elternzeitgesetz oder nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz. Vertraglich können Freistellungen beispielsweise für einen vorgezogenen Ruhestand, längere berufliche Qualifizierungsmaßnahmen o. ä. vorgesehen werden.

Eine bisher vorhandene Begrenzung bei geringfügig Beschäftigten soll aufgehoben werden.

Daneben werden die Pflichten bei der Führung von Wertguthaben im Entwurf konkretisiert. Geführt werden sollen die Konten als „Arbeitsentgeltguthaben“. Arbeitnehmer haben einen Anspruch auf mindestens eine jährliche Unterrichtung über ihren Kontostand.

In dieser Weise angesparte Beträge müssen nach den Vermögensanlagevorschriften für die Sozialversicherungsträger erfolgen. Angesichts der derzeitigen Entwicklung auf den Aktienmärkten ist interessant festzustellen, dass bis zu 20 % des Guthabens in Aktien bzw. Aktienfonds angelegt werden können. Allerdings ist auch dies nur möglich, wenn der Kapitalstock garantiert ist. Ein höherer Aktienanteil mit entsprechend höheren Chancen und Risiken kann entweder im Tarifvertrag oder in einer BV aufgrund eines bestehenden Branchentarifvertrages vorgesehen werden.

Schließlich soll der Insolvenzschutz verbessert werden. Bereits in der Wertguthabenvereinbarung müssen insoweit Vorkehrungen getroffen werden. Wichtig ist, dass Wertguthaben unter Ausschluss der Rückführung an den Arbeitgeber durch einen Dritten geführt werden, der im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers für die Erfüllung einsteht. Bei vergleichbarer Sicherheit besteht Flexibilität, etwa durch Einschaltung eines Versicherungsmodells, schuldrechtliche Verpfändungs- oder Bürgschaftsmodelle o. ä.

Für eine Sicherung nicht geeignet sind bilanzielle Rückstellungen sowie Einstandspflichten zwischen Konzernunternehmen: Bei einer Insolvenz des Unternehmens oder des Konzerns wären hier die Guthaben nicht mehr ausreichend geschützt.

Die Sanktionen für den Fall, dass der Arbeitgeber seiner Insolvenzsicherungspflicht nicht nachkommt, fallen deutlich aus. Insbesondere hat der Arbeitnehmer ein Recht auf außerordentliche Kündigung. Daneben besteht ein Recht zur Auflösung von Langzeitkonten durch die Träger der Rentenversicherung.

Der Entwurf soll auch die Portabilität regeln, das heißt die Möglichkeit, ein Wertguthaben bei Beendigung des Arbeitsvertrages „mitzunehmen“. Hier kann sich der ausscheidende Arbeitnehmer entscheiden:

- Er hat die Möglichkeit, das Guthaben dem neuen Arbeitgeber zur entsprechenden Führung anzubieten. Dies bedarf aber dessen Zustimmung. Dem neuen Arbeitgeber dürfen nicht Alterssicherungsmaßnahmen des alten Arbeitgebers aufgezwängt werden.
- Alternativ hat der ausscheidende Mitarbeiter die Möglichkeit, das Wertguthaben auf die Deutsche Rentenversicherung Bund zu übertragen. Voraussetzung sollte lediglich sein, dass der zu übertragende Betrag das Zwölfwache der monatlichen Bezugsgröße übersteigt (Westdeutschland: € 29.820,00; Ostdeutschland: € 25.200,00).

**Achtung:** Die Übertragung an die Deutsche Rentenversicherung Bund soll unumkehrbar sein. Es wird daher nicht möglich sein, bei späterem Einverständnis des neuen Arbeitgebers die ursprünglich beim alten Arbeitgeber erworbenen und jetzt auf die Deutsche Rentenversicherung Bund übergegangenen Wertguthaben auf den neuen Arbeitgeber oder auf einen Dritten zu übertragen.

#### **a) Entwurf eines Gesetzes zur steuerlichen Förderung der Mitarbeiterkapitalbeteiligung**

Dieser Entwurf stammt vom 27.08.2008. Mit einem Inkrafttreten ist aufgrund der aktuellen Mehrheitsverhältnisse im deutschen Bundestag zum 01. April 2009 zu rechnen.

Ziel des Entwurfes soll es sein, mehr Beschäftigte am Erfolg des Unternehmens teilhaben zu lassen.

Dies sind die wesentlichen Regelungsgegenstände des Gesetzentwurfes:

Zunächst soll die Förderung der Vermögensbildung nach dem Fünften Vermögensbildungsgesetz verbessert werden. So soll die Einkommensgrenze für den Anspruch auf Arbeitnehmersparzulage von € 17.900,00 für Unverheiratete und in Höhe von € 35.800,00 für Verheiratete erhöht werden auf € 20.000,00/€ 40.000,00. Gleichzeitig soll die Arbeitnehmersparzu-

lage von 18 % auf 20 % erhöht werden. Der erhöhte Zulagensatz von 22 % für Arbeitnehmer mit Hauptwohnsitz in den neuen Bundesländern soll entfallen.

Hand in Hand damit geht die beabsichtigte steuerliche Förderung mit der betrieblichen Mitarbeiterkapitalbeteiligung. Die Steuerfreigrenze wird von € 135,00 auf € 360,00 angehoben, sofern die Vermögensbeteiligung als freiwillige Leistung zusätzlich zum ohnehin geschuldeten Arbeitslohn überlassen und nicht auf bestehende oder zukünftige Ansprüche angerechnet wird und die Beteiligung allen Arbeitnehmern offen steht, die in einem gegenwärtigen Dienstverhältnis zum Unternehmen stehen.

Erstmals sollen Mitarbeiterkapitalbeteiligungen auf so genannte Mitarbeiterbeteiligungssondervermögen, eine spezielle Kategorie von Investmentfonds, möglich sein.

Der Erwerb von Anteilen an einem solchen Sondervermögen kann mit Vermögenswirksamen Leistungen finanziert werden (so zumindest der Entwurf). Der Erwerb von Anteilen an einem solchen Sondervermögen (Fond) kann auch mit Vermögenswirksamen Leistungen finanziert werden. Insoweit besteht bei diesen Mitarbeiterbeteiligungsfonds eine Verpflichtung zum Rückfluss in die beteiligten Unternehmen in Höhe von 75 %. Dies muss garantiert sein. Solche Fonds werden durch eine Kapitalanlagegesellschaft verwaltet und durch die BaFin kontrolliert.

## II.

### Rechtsprechung

Ich habe wieder einmal einige in meinen Augen interessante Entscheidungen aus der Vielzahl von arbeitsgerichtlichen Urteilen herausgesucht. Einen Schwerpunkt bildet dabei der Komplex eines Betriebs- oder Teilbetriebsübergangs nach § 613 a BGB:

#### **1. Zeitpunkt des Betriebsübergangs bei einem aufschiebend bedingten Kaufvertrag**

##### **a) BAG, Urteil vom 13. Dezember 2007 – 8 AZR 1107/06**

Ein Betriebsübergang tritt nach Auffassung des BAG mit dem Wechsel der Person des Inhabers des Betriebes ein. Entscheidend ist insoweit nur, dass der bisherige Inhaber seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb einstellt und der Übernehmer die wirtschaftliche Einheit im Wesentlichen unverändert fortführt. Entscheidend ist für die Definition des § 613 a BGB die tatsächliche Weiterführung oder Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit. Es kommt dagegen nicht darauf an, ob ein förmlicher oder besonderer Übertragungsakt hinsichtlich der

Leitungsmacht stattgefunden hat. Von einem Betriebsübergang ist zum Zeitpunkt des Übergangs der Leitungsmacht auch dann auszugehen, wenn der zwischen Erwerber und Veräußerer abgeschlossene Kaufvertrag unter einer Bedingung steht. In dem entschiedenen Fall ging es lediglich um eine aufschiebende Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung: Ein Übergang des Betriebes sollte erst dann erfolgen, wenn der Kaufpreis in voller Höhe bezahlt war. Hierauf kam es aber aus Sicht des BAG gerade nicht an. Der Übergang der Leitungsmacht sei ein so genannter „Realakt“, der sich einer vertraglichen Beurteilung oder einem vertraglichen Vorbehalt entziehe.

## **2. Bloße Funktionsnachfolge stellt keinen Betriebsübergang dar**

### **b) BAG, Urteil vom 25. September 2008 – 8 AZR 607/07**

In dieser Entscheidung befasst sich das BAG mit der Frage, ob bei Übernahme eines Bewachungsauftrages ein Betriebsübergang vorliege: Die Bundeswehr hatte den Auftrag zur Bewachung eines Truppenübungsplatzes an ein anderes als das bisherige Bewachungsunternehmen erteilt. Von bisher sechsunddreißig Vollbeschäftigten wurden vierzehn vom neuen Bewachungsunternehmen übernommen. Fünf der zwölf Aushilfskräfte des bisherigen Bewachungsunternehmens wurden bei der neuen Gesellschaft tätig.

Einer der bisherigen Arbeitnehmer, die nicht übernommen, sondern vom bisherigen Bewachungsunternehmen gekündigt worden waren, hatte nunmehr auf Feststellung eines Betriebsüberganges geklagt. Ohne Erfolg.

Das BAG hat entschieden, dass allein die Durchführung der Bewachungsaufgaben in gleicher Weise wie bisher keine Betriebsübernahme im Sinne des § 613 a BGB darstelle. Vielmehr handele es sich um eine reine Funktionsnachfolge bzw. Auftragsnachfolge, ohne die Rechtswirkung des § 613 a BGB auszulösen.

Das BAG spricht bei solchen Dienstleistungen wie einer Bewachung von einem so genannten betriebsmittelarmen Betrieb. Damit ist gemeint, dass die Tätigkeit im Wesentlichen aus Dienstleistungen besteht, für die keine besonderen Maschinen, Anlagen etc. benötigt werden. Bei einem solchen betriebsmittelarmen Betrieb wäre es für einen Betriebsübergang erforderlich gewesen, dass die Beklagte einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil der Belegschaft übernommen hätte. Dies war hier nicht der Fall.

Die Abgrenzung zwischen einer Funktionsnachfolge und einem Betriebsübergang gewinnt in jüngerer Zeit immer mehr Bedeutung. Dies gilt insbesondere in unserer dienstleistungsorientierten Gesellschaft.

### **3. Betriebsübergang: fehlerhafte Unterrichtung und Verwirkung des Widerspruchsrechts**

#### **c) BAG, Urteil vom 20. März 2008 – 8 AZR 1016/06**

Mit der letzten Reform des § 613 a BGB hat der Gesetzgeber eine umfassende Unterrichtung der betroffenen Arbeitnehmer vorgeschrieben. Die Arbeitnehmer sollen wissen, was mit ihrem Arbeitsplatz, was mit ihnen geschieht. Dies gilt insbesondere deshalb, da ein Betriebsübergang mit seinen Rechtsfolgen für Arbeitnehmer alles andere als leicht zu überblicken ist.

Das fatale an der gesetzlichen Neuregelung mit der Unterrichtungspflicht in § 613 a Abs. 5 BGB ist nur, dass der Gesetzgeber zwar von einer umfassenden Unterrichtung spricht, aber nicht definiert, was hierunter zu verstehen ist. Hier muss sich nun die Rechtsprechung „herantasten“.

Die ordnungsgemäße Unterrichtung in der Praxis ist deshalb so wichtig, da nur diese ordnungsgemäße und nicht irgendeine Unterrichtung die Widerspruchsfrist des Arbeitnehmers nach § 613 a Abs. 6 BGB in Gang setzt. Bei richtiger und vollständiger Unterrichtung haben Alt- und Neuarbeitgeber nach einem Monat Gewissheit, ob das Arbeitsverhältnis übergeht oder der Arbeitnehmer bei seinem bisherigen Arbeitgeber verbleibt.

Das BAG hat nunmehr entschieden, dass eine Unterrichtung beispielsweise dann nicht ordnungsgemäß ist, wenn eine Darstellung der begrenzten gesamtschuldnerischen Haftung nach § 613 a Abs. 2 BGB fehlt. Danach haftet der bisherige Arbeitgeber neben dem neuen Inhaber für Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis, soweit sie vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind und vor Ablauf von einem Jahr nach diesem Zeitpunkt fällig werden als Gesamtschuldner. Werden solche Verpflichtungen nach dem Zeitpunkt des Übergangs fällig, so haftet der bisherige Arbeitgeber für sie jedoch nur in dem Umfang, der dem im Zeitpunkt des Übergangs abgelaufenen Teil ihres Bemessungszeitraumes entspricht.

Hat die Unterrichtung der Mitarbeiter einen entsprechenden Hinweis nicht enthalten, ist die Unterrichtung nicht ordnungsgemäß und der Arbeitnehmer könnte gegebenenfalls noch nach Wochen und Monaten von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch machen.

Die Praxis stellt sich insoweit die Frage, wie lange der Arbeitnehmer noch von einem solchen Widerspruchsrecht Gebrauch machen kann. Die Rechtsprechung arbeitet bei einer zeitlichen Begrenzung zur Ausübung des Widerspruchsrechts trotz nicht ordnungsgemäßer Unterrichtung mit dem Institut der „Verwirkung“. Wann konkret aber nun der „Rückkehranspruch“ ei-

nes Arbeitnehmers bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung verwirke, darauf gibt das neue BAG-Urteil wiederum keine Antwort. Bisher geht die Praxis insoweit davon aus, dass mindestens ein Zeitraum von fünf Monaten zu einer Verwirkung führen wird.

#### **4. Betriebsübergang: Unterrichtung über die Identität des Betriebserwerbes**

##### **d) BAG, Urteil vom 21. August 2008 – 8 AZR 407/07**

Eine weitere aktuelle Entscheidung befasst sich ebenfalls mit der Frage, wann eine Unterrichtung im Sinne von § 613 a BGB „ordnungsgemäß“ ist.

Hierzu stellt der 8. Senat fest, dass ein Widerspruch viereinhalb Monate nach dem Datum des Übergangs immer noch rechtzeitig sein kann. Das Gericht hat die Unterrichtung des Klägers wegen unzureichender Unterrichtung über die Identität der Betriebserwerberin als nicht gesetzeskonform angesehen und noch am 15. Juli dem Widerspruch gegen einen Betriebsübergang vom 01. März (2005) zugelassen. Zumindest hat der Arbeitnehmer nach dieser Rechtsprechung ein Anrecht darauf, zu erfahren, wer sein neuer Arbeitgeber sein soll. Die allgemeine Bezeichnung, es werde eine „neue GmbH“ tätig, genügt diesem Erfordernis nicht. Auch nach vier bis sechs Monaten könne der Arbeitnehmer noch widersprechen, da seine Unterrichtung nicht ordnungsgemäß erfolgt sei. Wo genau nun die Grenze für den Verwirkungseinwand liege, lässt das Gericht wiederum offen.

#### **5. Arbeitszeugnis muss branchenkonform sein**

##### **e) BAG, Urteil vom 12. August 2008 - 9 AZR 632/07**

Das BAG hat in einem Zeugnisrechtsstreit entschieden, dass ein Arbeitszeugnis branchenkonform sein muss: Besonderheiten einer bestimmten Branche müssten bei Abfassung des Zeugnisses berücksichtigt werden.

Nach § 109 Abs. 2 Gewerbeordnung muss ein Zeugnis klar und verständlich formuliert sein. Das Zeugnis muss über Leistung und Sozialverhalten des Arbeitnehmers bei wohlwollender Beurteilung zutreffend Auskunft geben.

Lässt ein Arbeitgeber eine bestimmte, insbesondere branchenübliche Formulierung aus, kann dies ein unzulässiges Geheimzeichen sein. Der Arbeitnehmer hat dann Anspruch auf Zeugniskorrektur.

Im vorliegenden Fall ist der Redakteur einer Tageszeitung gerichtlich gegen das ihm erteilte Abschlusszeugnis vorgegangen. Er hatte darauf hingewiesen, dass das Zeugnis keine Hervorhebung seiner Belastbarkeit enthalte. Bei Redakteuren von Tageszeitungen sei es unge-

heuer wichtig, dass diese angesichts der täglichen Hektik und des Stresses besonders belastbar seien. Dies müsste in einem Zeugnis aufgenommen werden.

Das BAG hat das Urteil der Vorinstanz aufgehoben und die Sache an das LAG zurückverwiesen. Dort wird nun zu klären sein, ob die Behauptung des Klägers zutrifft, für Tageszeitungsredakteure sei die Hervorhebung ihrer Belastbarkeit im Zeugnis üblich, so dass diese Auslassung ein Geheimzeichen darstellt.

## **6. Kein Mitbestimmungsrecht bei der Besetzung einer Beschwerdestelle nach § 13 AGG**

### **f) LAG Nürnberg, Beschluss vom 19. Februar 2008 – 6 TaBv 80/08**

Entgegen anderslautenden Entscheidungen anderer Arbeitsgerichte hat das LAG Nürnberg festgehalten, dass die Einrichtung einer Beschwerdestelle gemäß § 13 AGG im Betrieb kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Stellenbesetzung auslöse. Errichtung und Besetzung der Beschwerdestelle würden in der Organisationshoheit des Arbeitgebers liegen. Der Arbeitgeber erfülle mit der Einrichtung und Besetzung der Beschwerdestelle allein seine gesetzlichen Verpflichtungen. Raum für eine betriebsrätliche Mitbestimmung sei insoweit nicht gegeben. Dies folge bereits daraus, dass der Arbeitgeber für die Erreichbarkeit der Beschwerdestelle sowie für die Behandlung der Beschwerde grundsätzlich gesetzlich verantwortlich sei. Kommt es dort zu Fehlern, trage der Arbeitgeber ein entsprechendes Schadenersatzrisiko. Daher müsse auch er allein in der Lage sein, über die Besetzung einer solchen Stelle allein zu entscheiden.

Wegen der uneinheitlichen Rechtsprechung zu dieser Frage rate ich, derzeit – ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – den Betriebsrat bei der Errichtung einer Beschwerdestelle nach § 13 AGG zu beteiligen / zu hören.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

[www.edk.de](http://www.edk.de) | [eckert@edk.de](mailto:eckert@edk.de)