

Arbeitsrecht Aktuell

Inhalt

I. Arbeitnehmerüberwachung – Schafft der „neue“ Arbeitnehmerdatenschutz Klarheit?	S. 1
II. Arbeitsrechtliche Rechtsprechung	S. 6
Einzelfragen aus dem Arbeitsverhältnis	S. 6
Betriebsübergang	S. 11
Betriebsverfassungsrecht und Mitbestimmung	S. 12
III. Steuerrechtliches	S. 15
IV. Kurzmitteilungen	S. 17
V. Vorträge und Seminare	S. 19

Arbeitnehmerüberwachung – Schafft der „neue“ Arbeitnehmerdatenschutz Klarheit?

Wir freuen uns, Ihnen die zweite Ausgabe von Arbeitsrecht Aktuell des Jahres 2010 zu präsentieren. Wir haben auch diesmal wieder arbeitsrechtlich spannende Themen und interessante gerichtliche Entscheidungen für Sie aufbereitet.

In unseren Hauptartikeln dieser Ausgabe befassen wir uns mit den Änderungen des Arbeitnehmerdatenschutzes durch die Einführung von § 32 Bundesdatenschutzgesetz. Darüber hinaus finden Sie wie üblich aktuelle arbeitsrechtliche Entscheidungen zusammengefasst, u.a. zur sogenannten „gegenläufigen betrieblichen Übung“, zu Rückzahlungsklauseln von Fortbildungskosten und zur politischen Betätigung des Betriebsrats. In unserer Rubrik „Steuerrechtliches“ berichten wir über für Arbeitgeber und Arbeitnehmer wichtige Entwicklungen des Steuerrechts, unter anderem hinsichtlich des Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetzes.

I. Arbeitnehmerüberwachung – Schafft der „neue“ Arbeitnehmerdatenschutz Klarheit?

Nachdem insbesondere in den Jahren 2008 und 2009 zahlreiche Fälle von Arbeitnehmerüberwachung bei deutschen Konzernen wie Lidl, Müller, Deutsche Bahn, Telekom oder Daimler an die Öffentlichkeit gelangt und als „Datenskandale“ diskutiert worden waren, reagierte der Gesetzgeber mit der Verabschiedung des „Gesetzes zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften“, welches am 1. September 2009 in Kraft trat („Datenschutznovelle II“). Insbesondere wurde der neue § 32 in das Bundesdatenschutzgesetz („BDSG“) eingeführt. Diese Norm sollte die bereits vorher geltenden und im

wesentlichen von der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze zum Arbeitnehmerdatenschutz zwar nicht verändern; nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers sollte sie aber mehr Klarheit und Transparenz darüber schaffen, welche Datennutzung im Arbeitsverhältnis zulässig und welche dagegen unzulässig sein sollte. In einem späteren Schritt sollte dann nach den Plänen der seinerzeitigen Koalition ein eigenständiges Arbeitnehmerdatenschutzgesetz verabschiedet werden.

Hat der neue § 32 BDSG tatsächlich für Klarheit und Transparenz gesorgt, insbesondere im Bereich der Arbeitnehmerüberwachung? Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus einem Vergleich mit der vorher bestehenden Rechtslage:

1. Rechtliche Schranken der Arbeitnehmerüberwachung vor Einführung des § 32 BDSG

1.1 Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Führte der Arbeitgeber Überwachungsmaßnahmen durch, ohne dass hierbei personenbezogene Daten von Mitarbeitern *automatisiert verarbeitet* wurden (zum Beispiel verdeckte Überwachung durch Detektive, Torkontrollen), so hatte er hierbei als wesentliche Schranke das sogenannte „*allgemeine Persönlichkeitsrecht*“ des Mitarbeiters zu beachten. Dieses verbietet Überwachungsmaßnahmen, die zu stark in das grundgesetzlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters eingreifen, es also *verletzen*. Dies ist immer der Fall, wenn der sogenannte *Kernbereich privater Lebensführung des Mitarbeiters* überwacht wird. So waren Detektiveinsätze, die den Zweck haben, das Privatleben von Mitarbeitern auszuforschen, bereits vor Einführung des § 32 BDSG unzulässig. Außerhalb des Kernbereichs privater Lebensführung muss jeder Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters durch schutzwürdige

grundrechtlich geschützte Belange des Arbeitgebers gerechtfertigt sein. Die Zulässigkeit von Kontrollmaßnahmen des Arbeitgebers kann deshalb nicht abstrakt beurteilt werden. Vielmehr ist eine Verhältnismäßigkeitsabwägung vorzunehmen. Die Überwachungsmaßnahme muss geeignet, erforderlich und angemessen sein. Für (verdeckte) Detektiveinsätze bedeutete dies nach der Rechtsprechung zum Beispiel, dass sie wegen des starken Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers nur zulässig waren bei konkretem Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer schweren Vertragsverletzung und wenn mildere betriebsinterne Aufklärungsmittel nicht zur Verfügung stehen (LAG Hamm BeckRS 2007, S. 44885). Torkontrollen bzw. Taschenkontrollen hielten die Gerichte jedenfalls in stichprobenartiger Form für zulässig (BAG Urt. V. 12. August 1999, Az. 2 AZR 923/98).

1.2 BDSG

Nur dann, wenn bei Überwachungsmaßnahmen *personenbezogene Daten* von Mitarbeitern *automatisiert* verarbeitet wurden, richtete sich deren Zulässigkeit nach dem BDSG (zum Beispiel elektronische Arbeitszeiterfassung). Zentrale Rechtsgrundlage hierfür war bisher die Generalklausel des § 28 BDSG:

- Danach war die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Mitarbeiterdaten zulässig, wenn dies der *Zweckbestimmung des Arbeitsverhältnisses diene* (sogenannte „*erste Zulässigkeitsalternative*“, § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG). Unter „*dient*“ wurde „*erforderlich*“ im weiteren Sinn verstanden (nur „*nützlich*“ reicht nicht, gefordert ist aber auch nicht „*unverzichtbar*“, BAG 22. Oktober 1986, NZA 1987, S. 415).

Bsp: Die Erhebung der Arbeitszeiten durch elektronische Zeiterfassung war zulässig. Sie diene der Zweckbestimmung des

Arbeitsverhältnisses (ist erforderlich, um Umfang der geleisteten Arbeit zu kontrollieren, aber nicht unverzichtbar für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses).

- Darüber hinaus war die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Mitarbeiterdaten zulässig, wenn dies *zur Wahrung berechtigter Arbeitgeberinteressen erforderlich* war und *das schutzwürdige Interesse des Arbeitnehmers nicht überwiegt*“ (sogenannte zweite Zulässigkeitsalternative, § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG). Ob Überwachungsmaßnahmen des Arbeitgebers überhaupt auf diese zweite Zulässigkeitsalternative gestützt werden können und wenn ja bis zu welcher Grenze, war sehr umstritten. So blieb beispielsweise ungeklärt, ob auf diese Norm offene Videoüberwachungen in Büroräumen gestützt werden kann (bezweifelt in BAG Urt. v. 29. Juni 2004, Az. 1 ABR 21/03) oder ob sie Konten- bzw. Datenabgleiche zur Korruptionsbekämpfung im Unternehmen („Mitarbeiter-Screenings“) rechtfertigen kann.
- Ebenso unsicher war die Situation, wenn der Zweck, zu dem eine konkrete Datenverarbeitung zunächst vorgenommen worden war, im Nachhinein geändert werden sollte. Diese Zwecke konnten nur unter den Voraussetzungen der zweiten Zulässigkeitsalternative (§ 28 Abs. 2 i.V.m § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG) abgeändert werden. Die Frage, welche Arbeitgeberinteressen denn eine solche Zweckänderung rechtfertigen könnten, blieb ebenfalls ungeklärt.

Bsp: Durften ursprünglich zur Gehaltsabrechnung erhobene Kontodaten von Mitarbeitern später zum Kontenabgleich zwecks Korruptionsbekämpfung benutzt werden, wie bei der deutschen Bahn geschehen? Während die Deutsche Bahn diese Frage offenbar bejaht hat, haben die Datenschutzbehörden dieses Vorgehen mit signifikanten Bußgeldern geahndet.

Vor Einführung des § 32 BDSG bestand also insbesondere wegen der ungeklärten Reichweite der zweiten Zulässigkeitsalternative des § 28 Abs. 1 S. 1 BDSG ganz erhebliche Rechtsunsicherheit darüber, welche Maßnahmen der Arbeitnehmerüberwachung das BDSG (noch) erlaubte.

2. Einführung des § 32 BDSG

Der neue § 32 BDSG sollte daraufhin als „Grundsatzregelung zum Datenschutz der Arbeitnehmer“ die Datenverarbeitung im Arbeitsverhältnis regeln. Er findet auch dann Anwendung, wenn personenbezogene Mitarbeiterdaten nicht automatisiert verarbeitet werden und verdrängt für die Datenverarbeitung im Arbeitsverhältnis § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG (also die bisherige erste Zulässigkeitsalternative).

2.1 Regelungsinhalt

In § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG sind die zulässigen Zwecke der Verarbeitung von Mitarbeiterdaten konkretisiert auf die verschiedenen Phasen des Beschäftigungsverhältnisses, nämlich *die Begründung, Durchführung sowie die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses*. Die Verarbeitung von Mitarbeiterdaten muss für diese Zwecke *„erforderlich“* sein. Nach der Gesetzesbegründung soll dies keine Einschränkung gegenüber der früheren Rechtslage („dient“, § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG) sein. Der Arbeitgeber dürfe sich auch weiterhin über Umstände informieren bzw. Beschäftigtendaten verwenden, um seine im Zusammenhang mit der Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses bestehenden Pflichten zu erfüllen und Rechte wahrzunehmen (BT-Drucks. 16/13657, S. 21). Ebenso soll weiterhin zulässig sein die *„... Ausübung von Weisungsrechten oder Kontrollen der Leistung oder des Verhaltens der Beschäftigten im Zusammenhang mit der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses.“*

§ 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG enthält verschärfte Anforderungen für den Fall, dass personenbezogene Mitarbeiterdaten zur *Aufdeckung von Straftaten* erhoben werden sollen (zum Beispiel Diebstahl, Korruption). Hierfür verlangt die Norm ausdrücklich, dass *tatsächliche* Anhaltspunkte für strafbares Verhalten vorliegen müssen (konkreter Straftatverdacht). Dies gilt unabhängig davon, wie stark eine Kontrollmaßnahme tatsächlich in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters eingreift, denn der Gesetzgeber ging davon aus, dass „Maßnahmen zur Aufdeckung einer Straftat in der Regel besonders intensiv in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreifen“ (BT-Drucks. 16/13657, S. 21). Die Anhaltspunkte für den konkreten Straftatverdacht müssen *dokumentiert* werden; Art und Ausmaß der Aufklärungsmaßnahmen dürfen im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig ein.

Leider wirft § 32 Abs. 1 im Bereich der Mitarbeiterüberwachung neue Fragen auf. Zwar sollen präventive Maßnahmen zur *„Verhinderung von Straftaten“* nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers nach § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG möglich sein (BT-Drucks. 16/13657, S. 21). Hierzu könnten zum Beispiel zählen die Videoüberwachung in den Büroräumen des Arbeitgebers oder „Mitarbeiter-Screenings“ und - da § 32 auch auf die nicht-automatisierte Verarbeitung von Daten Anwendung findet - Torkontrollen bzw. Taschenkontrollen sowie der Einsatz von Detektiven. Denn diese werden (auch) dazu durchgeführt, um Straftaten zu *verhindern (Prävention)*. Das Problem liegt darin, dass solche Maßnahmen häufig aber gleichzeitig auch der *Straftataufklärung (Repression)* dienen sollen, jedenfalls aber dazu geeignet sind. Damit wäre für diese Maßnahmen aber stets ein konkreter Straftatverdacht erforderlich (wegen § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG). Ohne konkreten Straftatverdacht wären nicht einmal präventive Zufallskontrollen

zulässig (zum Beispiel stichprobenartige Torkontrollen und Taschenkontrollen). Welche Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten sollen dann aber weiterhin nach Satz 1 § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG möglich sein, wie es der Gesetzgeber formuliert hat? Auf diese Fragen findet sich in den Gesetzesmaterialien keine Antwort. Im juristischen Schrifttum wird teilweise angenommen, dass jedenfalls verdeckte Überwachungsmaßnahmen nicht als präventive Maßnahmen gewertet werden können, sondern nur solche, die der Arbeitgeber bekannt macht (da nur diese einen präventiven Charakter haben könnten). Nur in Bezug auf diese könne dann der konkrete Straftatverdacht entfallen. Bis diese Fragen gerichtlich geklärt sind, wird erhebliche Unsicherheit darüber herrschen, welche (präventiven) Überwachungsmaßnahmen zulässig sind.

2.2 Verhältnis zu anderen Regelungen des BDSG

Obwohl vom Gesetzgeber als *„Grundsatzregelung zum Datenschutz der Arbeitnehmer“* titulierte, ist § 32 BDSG gerade *keine abschließende* Regelung. Insbesondere bleibt die bisherige „zweite Zulässigkeitsalternative“ (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG) bzw. die Zweckänderungsregelung (§ 28 Abs. 2 BDSG), weiterhin anwendbar. Das heißt, außerhalb des § 32 können „berechtigte Arbeitgeberinteressen“ Datenverarbeitungen, auch zweckändernde Datenverarbeitungen, im Beschäftigungsverhältnis rechtfertigen. Ungeklärt bleibt aber nach wie vor, welche Zwecke und welche Arbeitgeberinteressen von der zweiten Zulässigkeitsalternative erfasst sein sollen. Gerade diese gewichtige, vor der Einführung des § 32 BDSG bestehende Rechtsunsicherheit wurde nicht beseitigt.

3. Mögliche andere Rechtfertigungen für die Überwachung von Mitarbeitern

3.1 Betriebsvereinbarung

Personenbezogene Daten dürfen auch unter Geltung des § 32 BDSG auf Basis

„anderer Rechtsvorschriften“ verarbeitet werden (§ 4 Abs. 1 BDSG). Hierzu zählen auch Betriebsvereinbarungen. Ob diese, wie das Bundesarbeitsgericht in einer älteren Entscheidung einmal entschieden hat (BAG Urteil vom 27.05.1986), zuungunsten des Arbeitnehmers von den Regelungen des BDSG, nun also insbesondere von den Anforderungen des § 32 BDSG, abweichen dürfen, wurde nicht geklärt. Statt dessen wird in § 32 Abs. 3 BDSG lediglich die Selbstverständlichkeit wiederholt, dass die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten unberührt bleiben.

3.2 Einwilligung des Mitarbeiters

Im Zuge der Einführung von § 32 BDSG hat der Gesetzgeber zwar klargestellt, dass auch im Arbeitsverhältnis die Einwilligung zu der Verarbeitung von personenbezogenen Daten möglich ist (§ 4a BDSG). Auch dies war vorher umstritten gewesen. Allerdings findet sich weder in § 32 BDSG noch in den Gesetzesmaterialien eine Klärung dahingehend, unter welchen Voraussetzungen die Einwilligung des Mitarbeiters als freiwillig angesehen werden kann, wie es § 4a BDSG verlangt. Kann eine Einwilligung als freiwillig betrachtet werden, wenn sie von dem Mitarbeiter bei Begründung des Arbeitsverhältnisses eingeholt wird? Oder ist dies nicht eine typische Abhängigkeitssituation, in der diese Freiwilligkeit nicht besteht? Muss ein Arbeitgeber bis zum Ablauf der Probezeit warten, bis eine solche Freiwilligkeit angenommen werden kann (da der Mitarbeiter dann besser gegen negative Folgen für den Fall geschützt ist, dass er seine Einwilligung nicht erteilt)? Diese Fragen sind nach wie vor ungeklärt.

4. Teledatenschutz

Gestattet der Arbeitgeber die Nutzung betrieblicher Telekommunikationsanlagen auch für *private Zwecke*, greifen weiterhin Spezialgesetze wie das

Telekommunikationsgesetz (TKG) im Verhältnis Arbeitgeber / Arbeitnehmer ein, die eine Kontrolle dieser Nutzung weitgehend verbieten. § 32 BDSG schafft hierzu keinerlei Erleichterungen, obwohl das Bedürfnis des Arbeitgebers, jedenfalls den gestatteten Nutzungsumfang betrieblicher Telekommunikationsanlagen kontrollieren zu dürfen, inzwischen als allgemein anerkannt betrachtet werden kann.

5. Fazit und Ausblick: Die Novelle der Novelle im Arbeitnehmerdatenschutz?

§ 32 BDSG schafft weder die angekündigte Klarheit noch Transparenz. Insbesondere im Bereich der Überwachung von Mitarbeitern sind die bestehenden Unklarheiten nicht beseitigt worden. In Bezug auf die präventive Mitarbeiterüberwachung ist sogar zusätzliche Rechtsunsicherheit entstanden. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass das Innenministerium am 31. März 2010 einen neuen Gesetzesentwurf vorstellte, mit dem 14 neue Vorschriften (§§ 32 - 32n) in das BDSG aufgenommen werden sollen. Darin sollen insbesondere auch Einzelfragen der Überwachung von Arbeitnehmern am Arbeitsplatz geregelt werden, etwa die Videoüberwachung in nicht-öffentlichen Räumen oder die Datenerhebung bzw. -verarbeitung zu Präventionszwecken, sowie die Kontrolle betrieblicher Kommunikationsmittel wie Telefon und Internet. Hier deuten sich einige Klarstellungen, aber auch neue Fragestellungen an. Es bleibt nur zu hoffen, dass nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens und mit Einführung der ergänzenden Vorschriften in das BDSG endlich mehr Klarheit und damit Rechtssicherheit im Bereich Arbeitnehmerdatenschutz geschaffen wird.

claudia.heins@lw.com

II. Arbeitsrechtliche Rechtsprechung

Einzelfragen aus dem Arbeitsverhältnis

- **Abkehr von der „gegenläufigen betrieblichen Übung“**

In zwei jüngeren Entscheidungen rückt das Bundesarbeitsgericht (BAG) von seiner bisherigen Rechtsprechung zur sogenannten „gegenläufigen betrieblichen Übung“ ab. Eine betriebliche Übung entsteht, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmern eine Leistung dreimal hintereinander in gleichförmiger Weise ohne Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalt gewährt. Das BAG war bislang der Auffassung, dass ein auf diese Weise entstandener Anspruch durch eine sogenannte „gegenläufige betriebliche Übung“ aufgehoben werden kann. Eine gegenläufige betriebliche Übung sollte dem BAG zufolge vorliegen, wenn der Arbeitgeber die entsprechende Leistung dreimal hintereinander nicht gewährt und der Arbeitnehmer dem nicht widersprochen hat (vgl. etwa BAG NZA 1997, 1007). Diese Rechtsprechung hat keinen Bestand mehr.

In einem Urteil vom 18. März 2009 (Az. 10 AZR 281/08) entschied das BAG, dass das Institut der „gegenläufigen betrieblichen Übung“ dem Klauselverbot für fingierte Erklärungen in § 308 Nr. 5 BGB widerspreche. Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern über mehrere Jahre vorbehaltlos ein Weihnachtsgeld gezahlt hatte. Seit dem Jahr 2002 trugen die Lohnabrechnungen allerdings einen Vermerk, wonach das Weihnachtsgeld eine freiwillige Leistung darstelle und keinen Rechtsanspruch begründe. Im Jahr 2006 stellte der Arbeitgeber die Zahlung des Weihnachtsgeldes ein, wogegen der Arbeitnehmer klagte. Der Arbeitgeber berief sich darauf, dass die dreimalige Hinnahme des Vorbehalts eine gegenläufige betriebliche Übung darstelle.

Das BAG wies darauf hin, dass Ansprüche aus betrieblicher Übung vertragliche Ansprüche seien. Daher sei die Beendigung der bisherigen betrieblichen Übung, Weihnachtsgelder ohne Freiwilligkeitsvorbehalt zu leisten, als Änderungsangebot zu verstehen. In der dreimaligen Hinnahme des Freiwilligkeitsvorbehalts könne keine Annahme dieses Änderungsangebotes gesehen werden. Denn die Erklärung des Änderungsangebotes sei eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung. Als solche müsse sie sich am **Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen** messen lassen. Nach **§ 308 Nr. 5 BGB** ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung als von ihm abgegeben oder nicht abgegeben gilt, es sei denn, dass dem Vertragspartner eine angemessene Frist zur Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung eingeräumt wurde und der Verwender sich verpflichtet, den Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens besonders hinzuweisen. Das BAG entschied, dass das Institut der „gegenläufigen betrieblichen Übung“ mit diesem **Verbot fingierter Erklärungen** nicht vereinbar sei.

In einer Entscheidung vom 25. November 2009 (11 AZR 779/08) vertiefte und bestätigte das BAG diese Rechtsprechung. Die Parteien stritten über ein Treuegeld. Es gab eine Betriebsordnung, die u.a. Treue- und Jubiläumsgelder vorsah und in der Folgezeit als Betriebsvereinbarung abgeschlossen werden sollte. Dazu kam es jedoch nicht. Der Arbeitgeber kündigte die Betriebsordnung zum 31. Dezember 2003. Ab 2004 zahlte er weder Treue- noch Jubiläumsgelder aus. Hiergegen klagte ein Teil der Mitarbeiter, jedoch nicht der Kläger dieses Verfahrens. Er machte für 2005 sowie 2006 kein Treuegeld geltend. Vor dem Hintergrund der Rechtsstreitigkeiten mit anderen Arbeitnehmern widerrief der beklagte Arbeitgeber vorsorglich 2005 auch

noch einmal die Betriebsordnung in einem u.a. an den Kläger gerichteten Schreiben. Nachdem das BAG den zuvor klagenden Arbeitnehmern Recht gegeben hatte, forderte der Kläger im Mai 2007 Treuegeld in rechnerisch unstreitiger Höhe von € 60,- für 2007. Dies lehnte der beklagte Arbeitgeber ab.

Wie die Vorinstanzen gab der 10. Senat des BAG dem Kläger recht. Der Anspruch bestehe aus dem Gesichtspunkt der betrieblichen Übung. Eine „gegenläufige betriebliche Übung“ durch Einstellen der Zahlungen ab 2004 komme angesichts der Entscheidung vom 18. März 2009 nicht mehr in Betracht. Folglich prüfte der Senat, ob es zu einer **rechtsgeschäftlichen Beendigung der betrieblichen Übung** gekommen war. Dies **verneinte** er. Die bloße Nichtleistung stelle ebenso wenig eine Willenserklärung des Arbeitgebers dar wie der Hinweis auf die gekündigte Betriebsvereinbarung. Selbst wenn man die Nichtzahlung des Treuegeldes als Angebot werten würde, hätte der Kläger dieses durch bloßes Schweigen nicht angenommen. Denn Schweigen gegenüber einem Angebot auf Verschlechterung eines Arbeitsvertrages könne allenfalls dann als konkludente Annahmeerklärung gewertet werden, wenn sich die angetragene Änderung unmittelbar im Arbeitsverhältnis auswirke. Dies sei hier aber wegen der jährlichen Auszahlung des Treuegeldes nicht der Fall gewesen.

Die Entscheidungen des BAG haben erhebliche Konsequenzen für die betriebliche Praxis. Einmal entstandene betriebliche Übungen können realistisch nur noch einzelvertraglich abgeändert oder beendet werden. Wegen des Günstigkeitsprinzips scheitert regelmäßig eine Ablösung durch eine Betriebsvereinbarung. Auch eine Änderungskündigung wird wegen der insoweit hohen Hürden der Rechtsprechung kein probates Mittel sein. Umso mehr ist darauf zu achten, betriebliche Übungen erst gar nicht entstehen zu lassen.

christian.mueller@lw.com

• Rückzahlungsklauseln in Fortbildungsvereinbarungen

Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien im Rahmen einer Rückzahlungsklausel für Fortbildungskosten eine unangemessene Bindungsdauer für den Arbeitnehmer, ist die Rückzahlungsklausel in der Regel insgesamt unwirksam. Ein Rückzahlungsanspruch des Arbeitgebers besteht nicht. Allerdings lässt das BAG erstmals offen, ob das auch dann gilt, wenn die **Rückzahlungsvereinbarung erst nach Abschluss der Schulungsmaßnahme getroffen** wird.

Dieser Entscheidung des BAG vom 15. September 2009 (Az. 3 AZR 173/08) lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Die klagende Arbeitnehmerin hatte als Apothekenhelferin bei dem Beklagten gearbeitet. Während ihres Arbeitsverhältnisses nahm sie an einem 9,5-tätigen Lehrgang zur Ausbildung als „Fachberaterin Dermo-Kosmetik“ teil. Zwar kam die Beklagte für die im Zusammenhang mit dem Lehrgang angefallenen Kosten von 2.584,90 € auf, weigerte sich jedoch, die Zeiten der Fortbildung dem Arbeitszeitkonto der Klägerin gutzuschreiben. Dazu erklärte sie sich erst bereit, als die Klägerin eine Rückzahlungsvereinbarung unterzeichnete. Nach deren Inhalt muss die Klägerin die angefallenen Fortbildungskosten einschließlich der erhaltenen Vergütung erstatten, wenn sie vor Ablauf eines Jahres nach Beendigung der Fortbildungsmaßnahme durch Eigenkündigung ausscheidet. Nach Ablauf dieses Jahres soll sich der Rückzahlungsbetrag um 1/12 pro Monat vermindern, den das Arbeitsverhältnis weiterhin fortbesteht. Als die Klägerin gut ein Jahr nach Abschluss der Fortbildung kündigte, behielt der Beklagte unter Berufung auf die Rückzahlungsklausel einen Teil des noch auszustellenden Entgelts ein. Die Vergütungsklage der Klägerin war vor dem Arbeitsgericht und dem Landesarbeitsgericht erfolgreich.

Indem sich das BAG den Vorinstanzen anschließt, hält es im Wesentlichen an seiner Rechtsprechung zur AGB-Kontrolle von Rückzahlungsklauseln hinsichtlich von Schulungs- bzw. Fortbildungskosten fest. Danach müssen die Vorteile der Ausbildung und die Dauer der Bindung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Dies ist in erster Linie nach der Dauer der Aus- oder Fortbildungsmaßnahme, aber auch anhand der Qualität der erworbenen Qualifikation zu beurteilen. Der Senat weist insoweit auf die Kasuistik vergangener Urteile hin: So soll bei einer unter Fortzahlung der Bezüge erfolgenden **Fortbildungsdauer bis zu einem Monat eine Bindungsdauer bis zu sechs Monaten** zulässig sein, bei einer Fortbildungsdauer bis zu zwei Monaten eine einjährige Bindung, bei einer Fortbildungsdauer von drei bis vier Monaten eine zweijährige Bindung, bei einer Fortbildungsdauer von sechs Monaten bis zu einem Jahr keine längere Bindung als drei Jahre und bei einer mehr als zweijährigen Dauer der Fortbildung eine Bindung von bis zu fünf Jahren. Abweichungen hiervon sind jedoch im Einzelfall möglich, vor allem dann, wenn der Arbeitgeber ganz erhebliche Mittel aufwendet und die Teilnahme an der Fortbildung dem Arbeitnehmer überdurchschnittlich große Vorteile bringen. Bei 9,5 Tagen Ausbildung und Kosten von rund 2.500 € ist die vereinbarte Bindung der Klägerin über einen Zeitraum von zwei Jahren unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB.

In Abweichung zu seiner bisherigen Rechtsprechung **deutet das erstmals BAG an, dass eine Vertragsklausel auch bei einer an sich zu langen Bindungsdauer wirksam sein kann, wenn sie erst im Anschluss an die Aus- oder Fortbildung vereinbart wird.** Bislang hatte das BAG stets festgestellt, eine Rückzahlungspflicht sei immer dann unwirksam, wenn sie erst nach Abschluss einer Schulung abgeschlossen werde, da der Arbeitgeber bereits zu Beginn der vereinbarten Ausbildung auf alle Konsequenzen klar und unmissverständlich hinweisen müsse, die für den Arbeitnehmer evtl. aus der

Fortbildungsvereinbarung resultieren können (grundlegend BAG vom 19. März 1980, Az. 5 AZR 362/78). Ob er an dieser Rechtsprechung festhalten will, lässt der Senat ausdrücklich offen. Im vorliegenden Fall war nicht darüber zu entscheiden, weil der Arbeitgeber trotz eindeutiger Rechtslage die Zahlung des Arbeitsentgelts während der Schulungsmaßnahme verweigerte und erst daraufhin die Vereinbarung mit der Arbeitnehmerin zustande kam, die deshalb nach Ansicht des BAG nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen ist.

Ausdrücklich offen lässt das BAG zudem, ob eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Rückzahlungsvereinbarung bereits wegen Intransparenz im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist, wenn in ihr die Größenordnung des zurückzuzahlenden Betrages nicht angegeben ist. Auch weist das BAG darauf hin, dass es nicht darüber zu entscheiden hatte, ob eine Rückzahlungsvereinbarung deshalb unwirksam ist, weil sich im Rahmen einer zulässigen Gesamtbindungsdauer der zurückzuzahlende Betrag nicht monatlich anteilig verringert. So hatte im vorliegenden Fall die Rückzahlungsklausel erst nach Ablauf eines Jahres eine monatliche anteilige Verringerung des zurückzuzahlenden Betrages vorgesehen.

Obleich das BAG die genannten Punkte offen lässt, kann zukünftig nicht davon ausgegangen werden, der Arbeitgeber könne bei standardisierter Vereinbarung einer Rückzahlungsvereinbarung hinsichtlich der Fortbildungskosten die Größenordnung des zurückzuzahlenden Betrages offen lassen sowie im Rahmen der zulässigen Bindungsdauer auf die anteilige monatliche Verringerung des Rückzahlungsbetrages verzichten. Auch ist ein Arbeitgeber unter Berücksichtigung dieser neuen Entscheidung nur vor bösen Überraschungen gefeit, wenn die Rückzahlungsvereinbarung vor Antritt der Fortbildungsmaßnahme des Mitarbeiters abgeschlossen wurde. Die

Andeutungen im Urteil des BAG sind zu vage, als dass daraus verlässlich die Schlussfolgerung gezogen werden könnte, unter welchen Voraussetzungen Rückzahlungsklauseln wirksam nachträglich zu vereinbaren sind.

daniel.stolz@lw.com

- **Ablehnung eines Antrags auf Teilzeitarbeit**

Die Klägerin ist bei der Beklagten, einem Verlag, seit 2000 als „Art Directorin“ beschäftigt und zuständig für den kreativen Bereich des öffentlichen Auftritts der Verlagsgruppe. Während der zweijährigen Elternzeit der Klägerin, die am 28. Februar 2008 endete, verteilte die Beklagte die Aufgaben der Klägerin auf verschiedene Mitarbeiter. Im Oktober 2007 beantragte die Klägerin eine Verringerung der Arbeitszeit auf 20 Stunden. Die Beklagte lehnte dies im November 2007 mit der Begründung ab, dass die Tätigkeit der Klägerin nicht teilbar sei, da ein einheitlicher Marktauftritt gewährleistet werden müsse.

Das Bundesarbeitsgericht setzt sich in dem Urteil vom 13. Oktober 2009 (Az. 9 AZR 910/08) zunächst mit dem Inhalt des Antrags auseinander. Es stellt nochmals klar, dass Arbeitnehmer auch **nur eine Verringerung** der Arbeitszeit beantragen kann. Der Antrag muss keine Angaben zu Verteilung der Arbeitszeit enthalten. Macht der Arbeitnehmer hierzu keine Angaben, so überlässt er lediglich dem Arbeitgeber die Verteilung der Arbeitszeit, der sie nach billigem Ermessen festlegen soll. **Ebenso wenig ist es erforderlich**, dass der Arbeitnehmer einen Zeitpunkt für den **gewünschten Beginn der Vertragsänderung** nennt. Fehlt er, so beginnt die dreimonatige Mindestankündigungsfrist des § 8 Abs. 2 S. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) ebenso wie die Fristen des § 8 Abs. 5 TzBfG mit dem Zugang des Schreibens beim Arbeitgeber.

Der Arbeitgeber kann einen Teilzeitantrag ablehnen, soweit **betriebliche Gründe entgegenstehen**, § 8 Abs. 4 S. 1 TzBfG. Die Gründe des Arbeitgebers sind nach der ständigen Rechtsprechung des 9. Senats **regelmäßig in drei Stufen** zu prüfen: Auf der **ersten Stufe** ist zu ermitteln, ob der vom Arbeitgeber als erforderlich angesehenen Arbeitszeitregelung überhaupt ein betriebliches Organisationskonzept zu Grunde liegt und wie es ausgestaltet ist. In einem **zweiten Schritt** ist dann zu untersuchen, inwieweit die daraus folgende Arbeitszeitregelung dem Arbeitszeitverlangen tatsächlich entgegensteht. Abschließend ist auf der **dritten Stufe** das Gewicht der betrieblichen Gründe zu prüfen, insbesondere ob das Organisationskonzept oder die zugrunde liegende unternehmerische Aufgabenstellung durch die gewünschte Teilzeit wesentlich beeinträchtigt werden.

Den Rechtsstreit verwies das BAG an das Landesarbeitsgericht zurück, da es nicht ausreichend aufgeklärt habe, ob das Organisationskonzept der Beklagten tatsächlich dazu führe, dass der Arbeitsplatz der Klägerin nicht teilbar sei (Zweite Stufe). Die **störungsfreie Teilung des Arbeitsplatzes** während der zweijährigen Elternzeit der Klägerin sei ein **Indiz** für die in der Praxis mögliche Teilbarkeit. Die Beklagte hätte daher vortragen müssen, inwieweit ihr unternehmerisches Konzept während dieser zwei Jahre tatsächlich beeinträchtigt worden ist oder welche konkreten Störungen bei dauerhafter Fortführung der bisherigen Verteilungspraxis zu erwarten sind.

Abschließend stellte das BAG klar, dass die betrieblichen Gründe in § 8 Abs. 4 S. 2 TzBfG nur beispielhaft aufgezählt werden, so dass **auch andere als die dort genannten Gründe**, wie beispielsweise künstlerische Vorstellungen des Arbeitgebers, dem Teilzeitverlangen entgegenstehen können. Allerdings habe die Beklagte nicht dargestellt, dass bei

einer dauerhaften Teilung der Aufgaben der Klägerin ihre künstlerischen Vorstellungen nicht verwirklicht werden könnten.

Mit der Entscheidung konkretisiert das BAG die **inhaltlichen Anforderungen**, die an den Antrag des Arbeitnehmers zu stellen sind, und bestätigt seine bisherige Rechtsprechung, dass der Arbeitgeber ein Teilzeitverlangen nur ablehnen kann, wenn **rational nachvollziehbare** Gründe vorliegen, die **hinreichend gewichtig** sind.

dirk.schnelle@lw.com

• **Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlungen**

Die Gewährung von „freiwilligen Leistungen“, also Zahlungen, die der Arbeitgeber jederzeit grundlos wieder einstellen kann, bleibt ein risikoreiches Unterfangen. Das belegt eine neue Entscheidung des BAG (10 AZR 914/08):

Der beklagte Arbeitgeber gewährte der Klägerin bis zum Jahr 2003 mit dem Novembergehalt eine **Weihnachtsgratifikation**. Deren Höhe richtete sich nach Tarifvertrag. Im Arbeitsvertrag war diesbezüglich bestimmt: „Sämtliche Sonderzahlungen sind freiwillige Zuwendungen, für die kein Rechtsanspruch besteht (z.B. Weihnachtsgratifikation und Urlaubsgeld richten sich nach den Bestimmungen des BAT).“ Anlässlich der Auszahlung erhielt die Klägerin jedes Jahr zusätzlich ein Schreiben, in dem es u.a. jeweils hieß: „Unter der Lohnart ... können Sie das Ihnen zustehende Weihnachtsgeld i.H. von ... entnehmen. Wir möchten erneut betonen, dass es sich nach den vertraglichen Vereinbarungen um eine freiwillige Zahlung des Arbeitgebers handelt, für die kein Rechtsanspruch besteht.“ Ab 2004 zahlte der Arbeitgeber anstelle der Weihnachtsgratifikation eine **leistungsbezogene Sonderzahlung**. Da diese im Fall der Klägerin in der Höhe hinter der Weihnachtsgratifikation zurückbleibt, klagte die Arbeitnehmerin auf die Differenz.

Das BAG gab der Klage statt. Praktisch bedeutsam ist, dass das Gericht zu

Beginn der Urteilsgründe betont, dass der im Arbeitsvertrag verwendete Freiwilligkeitsvorbehalt ohne den Klammerzusatz „dem Wortlaut nach geeignet sein [kann], einen vertraglichen Anspruch auf eine Sonderzahlung nicht entstehen zu lassen.“ Anders gewendet: Freiwilligkeitsvorbehalte sind nach wie vor **prinzipiell zulässig**.

Allerdings stand nach Ansicht der Richter der Klammerzusatz zu dem Freiwilligkeitsvorbehalt im Widerspruch. Es sei **nicht hinreichend klar**, was damit geregelt werden sollte. So hielt das BAG es für möglich, dass der Klammerzusatz lediglich die beispielhafte Aufzählung der Sonderzahlungen enthält, die unter den Freiwilligkeitsvorbehalt fallen (dann bestünde kein Anspruch der Klägerin). Denkbar sei allerdings auch ein Verständnis des Klammerzusatzes in dem Sinne, dass zwar grundsätzlich Sonderzahlungen freiwillige Zuwendungen sind, aber Weihnachtsgratifikation und Urlaubsgeld nach den Bestimmungen des BAT gezahlt werden (dann bestünde ein Anspruch der Klägerin).

Im einem solchen **Zweifelsfall** gelangt § 305c II BGB zu Anwendung. Danach gilt die für den Arbeitnehmer **günstigere Auslegungsvariante** der entsprechenden Klausel. Deshalb legte das BAG den Arbeitsvertrag dahin aus, dass der Klägerin ein Anspruch auf die Weihnachtsgratifikation zustand. Dieser Anspruch wurde auch nicht dadurch wieder beseitigt, dass der Arbeitgeber **bei jeder Auszahlung** explizit (erneut) auf die Freiwilligkeit der Weihnachtsgratifikation hingewiesen hatte:

Eine derartige Vertragsänderung verneinten die Richter schon aus der Erwägung heraus, dass der Zusatz in den Schreiben seinerseits bereits **widersprüchlich** sei. Denn dieses nähme einerseits auf ein „zustehendes“ Weihnachtsgeld Bezug und enthalte andererseits einen Hinweis auf die Freiwilligkeit der Leistung. Damit würde es schon an einem **Angebot des Arbeitgebers** auf nachträgliche Vereinbarung der bloßen Freiwilligkeit

der Leistung fehlen. Überdies wies das BAG darauf hin, dass das bloße Schweigen der Klägerin auf die jährlichen Begleitschreiben nicht als ihr Einverständnis – und damit **nicht als Annahme** des (unterstellten) Angebots des Arbeitgebers – gewertet werden könne. Das Schweigen gegenüber einem Angebot auf Verschlechterung eines Vertrags sei nämlich grundsätzlich keine Annahme eines solchen Angebots. Das bedeutet: Ist der Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag bereits unzutreffend formuliert, führt auch ein nachträglicher Vorbehalt bei der Auszahlung im Regelfall nicht mehr zum Ziel.

tobias.leder@lw.com

Betriebsübergang

- **Stillegungskündigung und anschließender Betriebsübergang**

Die Parteien stritten über die Wirksamkeit einer vom Insolvenzverwalter (Beklagter zu 1.) wegen einer Betriebsstillegung erklärten Kündigung sowie darüber, ob das Arbeitsverhältnis der Klägerin nach Kündigungsausspruch auf die Beklagte zu 2. übergegangen sei. Die Klägerin, Verkaufsmanagerin im Innendienst, war bei einem Unternehmen tätig im Bereich Herstellung von Damenoberbekleidung und Konfektionierung. Nachdem das Insolvenzverfahren über das Vermögen des bisherigen Arbeitgebers eröffnet worden war, kündigte der Insolvenzverwalter, der Beklagte zu 1., sämtliche Arbeitnehmer am 4. April betriebsbedingt. Er veräußerte Immobilien, gab den geleasteten Fuhrpark zurück, verkaufte das Lager sowie das übrige Inventar. Am 9. April erwarb die Beklagte zu 2. vom Beklagten zu 1. Markenrechte sowie alle Rechte an der aktuellen Herbst-/Winterkollektion und stellte einige frühere Mitarbeiter ein, die bei dem früheren Arbeitgeber teils in leitender Funktion tätig gewesen waren. Die Klägerin begehrte die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung des Beklagten zu 1. und erweiterte später die Klage gegen die Beklagte zu 2. auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf wies die Klage in einer Entscheidung vom 29. April 2009 (Az. 12 Sa 1551/08) ab und befasste sich mit den sich aus § 613a BGB ergebenden Problemen, dass die Lektüre als „Kurzlehrbuch“ zu § 613a BGB empfohlen werden kann. Das Gericht stellte unter Berücksichtigung der Grundsätze des EuGH vom 12. Februar 2009 (C – 466/07 Klarenberg) fest, dass die Klägerin selbst unter Berücksichtigung dieser Grundsätze in einem betriebsmittelarmen Betriebsteil beschäftigt war, aus dem die Beklagte zu 2. keinen nach der Anzahl wesentlichen Teil des Personals übernommen habe. Da es auch sonst keine Indizien für einen Betriebsübergang gäbe, was das LAG näher ausführt, habe kein Betriebsübergang stattgefunden. Ferner sei der Kündigungsschutzantrag unbegründet. Denn die Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung hätten vorgelegen. Insbesondere habe sich der Beklagte zu 1. im Kündigungszeitpunkt noch nicht in ernsthaften Verhandlungen über die Veräußerung befunden oder um neue Aufträge bemüht.

Die Entscheidung hat nicht nur Konsequenzen für die Praxis, weil sie sehr umfassend den aktuellen Stand der Judikatur zu den Voraussetzungen eines (Teil-)Betriebsüberganges sowie die Anforderungen an die Kündigung wegen einer Betriebsstillegung wiedergibt. Die Entscheidung ist auch lesenswert, weil sie sich damit beschäftigt, **ob die Stillegungskündigung des Veräußerers dann gegenüber dem Erwerber (relativ) unwirksam ist, wenn es vor dem Ablauf der Kündigungsfrist zu einem Betriebsübergang kommt.** Bekanntlich hält das BAG einen solchen Wiedereinstellungsanspruch nur ausnahmsweise für möglich. Das LAG widerspricht dem BAG und hält die Kündigung regelmäßig für unwirksam, wenn es vor Ablauf der Kündigungsfrist zu einem Betriebsübergang kommt. Die Entstehung des Fortsetzungsanspruches solle dann nicht davon abhängen, ob etwa berechnete Interessen des Erwerbers der Wiedereinstellung entgegenstünden. Das LAG nimmt

insoweit eine richtlinienkonforme Auslegung des § 613a Abs. 4, Abs. 1. S. 1 BGB vor. Denn Ziel dieser Vorschrift sei soweit als möglich die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit einem Erwerber. Die weitere Entwicklung dieser praxisrelevanten, jedoch von der Rechtsprechung noch nicht abschließend gelösten Problematik bleibt abzuwarten.

stefan.lunk@lw.com

Betriebsverfassungsrecht und Mitbestimmung

• Eingruppierung

Die Beteiligten stritten über die Eingruppierung einer Arbeitnehmerin. Der beteiligte Arbeitgeber ersuchte den gleichfalls beteiligten Betriebsrat um die Zustimmung zu einer **personellen Einzelmaßnahme** gegenüber der Arbeitnehmerin J. In dem Formblatt war die Maßnahme als „Versetzung/ Beförderung“ bezeichnet. Ferner hieß es, der Tätigkeitswechsel solle zu keiner Änderung der bisherigen Eingruppierung führen. Der **Betriebsrat stimmte der Versetzung zu, verweigerte jedoch seine Zustimmung zur Eingruppierung**. Es sei eine Höhergruppierung vorzunehmen. An der Beschlussfassung nahm die freigestellte Betriebsratsvorsitzende teil. Ausweislich einer Betriebsvereinbarung war die Entwicklung ihres Entgeltes an die Entwicklung des Entgeltes von Vergleichspersonen gekoppelt, wovon eine Frau J. war.

Der Betriebsrat meinte, der Arbeitgeber habe nur die Zustimmung zur Versetzung beantragt, nicht jedoch zur Eingruppierung. Daher beantragte der Betriebsrat, dem Arbeitgeber aufzugeben, J. in die begehrte höhere Gruppe einzugruppieren sowie die Zustimmung des Betriebsrats hierzu einzuholen und sich diese im Falle der Verweigerung arbeitsgerichtlich ersetzen zu lassen, hilfsweise dem Arbeitgeber aufzugeben, wegen

der Eingruppierung in die bisherige Vergütungsgruppe die Zustimmung des Betriebsrats zu beantragen und im Falle der Verweigerung das Zustimmungsersetzungsverfahren durchzuführen. Der Arbeitgeber hielt die Zustimmung auch zur Eingruppierung als erteilt. Der Betriebsratsbeschluss über die verweigerte Zustimmung leide an einem erheblichen Mangel. Denn an ihm habe die Betriebsratsvorsitzende mitgewirkt; sie sei jedoch wegen der Folgen der Erhöhung der Bezüge der J. persönlich betroffen gewesen.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hielt die Rechtsbeschwerde gegen den Hauptantrag in einer Entscheidung vom 10. November 2010 (Az. 1 ABR 64/08) für unzulässig. Denn der Betriebsrat habe nicht entsprechend seiner Verpflichtung aus § 94 Abs. 2 S. 2 ArbGG eine Auseinandersetzung mit den tragenden Gründen des angefochtenen Beschlusses vorgenommen. Die bloße Wiederholung der Ausführungen aus den Vorinstanzen reiche nicht. Das BAG hielt den Arbeitgeber auch nicht für verpflichtet, beim Betriebsrat die Zustimmung zur Eingruppierung zu beantragen. Dieser Antrag sei bereits gestellt. Dies ergebe sich aus einer Auslegung der an den Betriebsrat zugeleiteten Unterlagen in Bezug auf J. Der Arbeitgeber sei jedoch zur Durchführung des Zustimmungsersetzungsverfahrens verpflichtet. Denn die Zustimmung zur Eingruppierung galt nicht als erteilt; es habe einen wirksamen Beschluss über die Zustimmungsverweigerung gegeben. Insbesondere habe keine **Interessenkollision** vorgelegen, die zu einer zeitweiligen Verhinderung der Betriebsratsvorsitzenden gemäß § 25 Abs. 1 BetrVG geführt habe. Die bloß mittelbare Betroffenheit reiche hierfür nicht aus. Offen ließ der Senat, ob die Betriebsvereinbarung bezüglich des Referenzgehaltes, die hier zu der mittelbaren Betroffenheit führte, wirksam war.

Die **Bedeutung** der Entscheidung für die Praxis erstreckt sich auf **drei Punkte**: Der **Arbeitgeber muss nicht ausdrücklich die Zustimmung** zu einer der vier in § 99 Abs. 1 BetrVG genannten personellen Einzelmaßnahmen **einholen**. Es kann sich vielmehr aus den Umständen ergeben, für welche Maßnahme der Arbeitgeber die Zustimmung einholen will. Dies kommt Arbeitgebern entgegen, da in der Praxis häufig entweder unzureichende Muster (wie auch im Fall) verwandt werden oder der Arbeitgeber ohne Benutzung von Mustern gleichfalls nicht hinreichend deutlich macht, um welche personelle Einzelmaßnahme es ihm geht. Zudem bestätigt der Senat, dass jedenfalls bei einer **unmittelbaren Betroffenheit** ein **Betriebsratsmitglied** an der **Abstimmung gehindert** ist. Nimmt es dennoch teil, so ist der entsprechende Beschluss unwirksam. Letztlich setzt sich der Senat mit den **Anforderungen** an eine **ordnungsgemäße Rechtsbeschwerde** auseinander.

stefan.lunk@lw.com

- **Mitbestimmung bei Verschwiegenheitserklärung**

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in einer aktuellen Entscheidung vom 10. März 2009 (1 ABR 87/07) dazu Stellung genommen, wann ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Abgabe inhaltlich standardisierter Verschwiegenheitserklärungen besteht.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte die Arbeitgeberin mit Drittfirmen über mögliche Umstrukturierungen verhandelt. Die an den Verhandlungen beteiligten Mitarbeiter erhielten dabei Kenntnisse über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Die Arbeitgeberin forderte die Mitarbeiter daher jeweils zur Abgabe einer gleichlautenden vorformulierten „Verschwiegenheits- und Geheimhaltungsverpflichtung“ auf, mit der sie sich zum Stillschweigen über die ihnen im Rahmen des Projekts bekannt werdenden Betriebs- und

Geschäftsgeheimnisse verpflichteten. In der Verschwiegenheitserklärung werden die Arbeitnehmer darauf hingewiesen, dass der Verstoß gegen die Vereinbarung eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten darstellt und zu arbeitsvertraglichen Konsequenzen – bis hin zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses – führen kann. Die Arbeitgeberin beteiligte den Betriebsrat nicht. Der Betriebsrat beantragte festzustellen, dass das ihm aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei der Abgabe der Verschwiegenheits- und Geheimhaltungsverpflichtungen zustehe. Wie die Vorinstanzen hat das BAG den Antrag zurückgewiesen.

In der Begründung hat das BAG im Einzelnen dargelegt, wann ein Mitbestimmungsrecht bei Verschwiegenheitserklärungen in Betracht kommt. So stellt das BAG zunächst klar, dass ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG voraussetzt, dass sich die Verschwiegenheitspflicht auf das sog. **„Ordnungsverhalten“** der Arbeitnehmer bezieht. Das Ordnungsverhalten ist berührt, **wenn die Verschwiegenheitserklärung auf die Gestaltung des kollektiven Miteinander oder die Gewährleistung und Aufrechterhaltung der vorgegebenen Ordnung des Betriebs zielt.**

Mitbestimmungsfrei sind demgegenüber Verschwiegenheitserklärungen, die das „Arbeitsverhalten“ der Beschäftigten regeln. Zur Verdeutlichung der Abgrenzung der verschiedenen Bereiche von Verschwiegenheitspflichtverletzungen nennt das BAG als Beispiel einer Schweigepflicht, die die betriebliche Ordnung betrifft, die Verpflichtung der Beschäftigten, untereinander nicht über die Durchführung von Torkontrollen zu sprechen. Des Weiteren stellt das BAG klar, dass ein Mitbestimmungsrecht dann nicht bestehe, wenn die betreffende Angelegenheit gesetzlich oder tariflich mit normativer Wirkung zumindest für den Arbeitgeber geregelt ist. Eine solche gesetzliche Regelung liege auch dann vor, wenn sich die Schweigeverpflichtung aus

§ 241 Abs. 2 BGB als eine Konkretisierung der arbeitsvertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme darstellt. Dies sah das BAG in seiner Entscheidung als gegeben an. Die Abrede, über die im Rahmen der Umstrukturierungsverhandlung mit Dritten erlangten Informationen Stillschweigen zu bewahren, sei eine Konkretisierung der arbeitsvertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB. Ein Mitbestimmungsrecht bestehe daher nicht.

Diese Entscheidung macht für die Praxis deutlich, dass bei standardisierten Verschwiegenheitserklärungen stets im Einzelfall anhand des Inhalts der Verschwiegenheitserklärung zu prüfen ist, ob ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht. Die Beteiligung des Betriebsrats ist nur ausgeschlossen, wenn lediglich arbeitsvertragliche Pflichten betroffen sind oder bereits eine gesetzliche oder tarifvertragliche Regelung vorliegt, wobei allerdings stets auch an die allgemeine vertragliche Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB zu denken ist.

tina.witten@lw.com

• Politische Betätigung des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat ebenso wie der Arbeitgeber jede parteipolitische Betätigung im Betrieb zu unterlassen, nicht aber bloße allgemeinpolitische Äußerungen. Verstößt der Betriebsrat gegen das parteipolitische Neutralitätsgebot, begründet dies keinen eigenständigen Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers.

Diesem Beschluss des BAG vom 17. März 2010 (Az. 7 ABR 95/08) lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Der Betriebsrat hatte im Jahr 2003 anlässlich des Irak-Kriegs ein mit „Nein zum (Irak-)Krieg“ überschriebenes Schriftstück im Betrieb ausgehängt. 2007 hatte er die Mitarbeiter des Betriebs zur Beteiligung an einem Volksentscheid in Hamburg aufgerufen. Die Arbeitgeberin beehrte mit dem

darauf eingeleiteten Verfahren, dem Betriebsrat aufzugeben, betriebsöffentlich Äußerungen allgemeinpolitischen Inhalts zu unterlassen, dabei insbesondere solche, die Fragen des Irak-Kriegs oder sonstige kriegerische Auseinandersetzungen und Militäreinsätze sowie außenpolitische Vorgänge, Fragen der Auf- und Abrüstung, der Friedenssicherung und -schaffung, die Kommunal-, Landes- sowie Bundespolitik betreffen sowie es zu unterlassen, an die Mitarbeiter des Betriebs politische Wahlempfehlungen oder Aufrufe zu politischen Wahlen oder Abstimmungen abzugeben.

Entgegen den Vorinstanzen, die den Anträgen zum Teil entsprochen haben, hat das BAG die Anträge der Arbeitgeberin abgewiesen. Dabei stellte der 7. Senat zunächst fest, der Betriebsrat habe – ebenso wie der Arbeitgeber – gemäß § 74 Abs. 2 Satz 3 Halbsatz 1 BetrVG jede parteipolitische Betätigung im Betrieb zu unterlassen. Davon werde allerdings nicht jede allgemeinpolitische Äußerung erfasst. Die Aufforderung durch den Betriebsrat, an politischen Wahlen oder Abstimmungen teilzunehmen, sei keine parteipolitische, sondern eine allgemeinpolitische Äußerung, auf deren Verbot § 74 Abs. 2 Satz 3 Halbsatz 1 BetrVG nicht abziele.

Verstößt der Betriebsrat gegen das parteipolitische Neutralitätsgebot, kann dies nach Auffassung des Senats keinen Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers begründen. Die Rechte des Arbeitgebers bei groben Verstößen des Betriebsrats gegen seine gesetzlichen Pflichten folgen aus § 23 Abs. 1 BetrVG. Danach kann der Arbeitgeber in einem solchen Fall beim Arbeitsgericht die Auflösung des Betriebsrats beantragen.

Ein Unterlassungsanspruch gegen den Betriebsrat ist hingegen gesetzlich nicht vorgesehen. Er wäre wegen der Vermögenslosigkeit des Betriebsrats auch nicht vollstreckbar. Streitigkeiten über die Zulässigkeit einer bestimmten Betätigung des Betriebsrats kann der Arbeitgeber im Wege eines Feststellungsantrags klären lassen. Eine entsprechende gerichtliche

Feststellung ist im Falle einer späteren Pflichtverletzung des Betriebsrats von entscheidender Bedeutung für einen Auflösungsantrag des Arbeitgebers. Voraussetzung für einen Feststellungsantrag ist allerdings, dass der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der begehrten gerichtlichen Entscheidung noch ein berechtigtes Interesse an der Klärung der Streitfrage hat. Dies war hinsichtlich des seit Jahren beendeten Irak-Kriegs nicht der Fall, weswegen das BAG auch die hilfsweise gestellten Feststellungsanträge zurückwies.

Die Entscheidung des BAG setzt die bisherige Rechtsprechung zum aus § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG folgenden Verbot der parteipolitischen Betätigung fort. Es erkennt die in einer parteipolitischen Betätigung liegende abstrakte Gefährdung des Rechtsfriedens. Gleichzeitig stellt der Senat klar, dass entgegen einer anderslautenden Tendenz in vorangegangenen Urteilen nicht die allgemeine politische Betätigung vom Verbot erfasst ist. Immerhin spricht das Gesetz in § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG von „parteipolitischer“ Betätigung, nicht hingegen – wie in den §§ 75 Abs. 1 oder 118 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG – von „politischer“ Betätigung.

Hatte der 6. Senat des BAG in einem Beschluss vom 22. Juli 1980 (6 ABR 5/78) festgestellt, ein Verstoß gegen das parteipolitische Neutralitätsgebot enthalte einen eigenständigen Unterlassungsanspruch, der unabhängig neben demjenigen des § 23 Abs. 1 BetrVG besteht, korrigiert der 7. Senat diese Einschätzung mit dem aktuellen Beschluss. Ein Unterlassungsanspruch sei wegen Vermögenslosigkeit des Betriebsrats ohnehin nicht vollstreckbar und zudem gesetzlich nicht vorgesehen. Unter den Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 BetrVG kann der Arbeitgeber die Auflösung des Betriebsrats wegen grober Verletzung der gesetzlichen Pflichten beantragen. Streitigkeiten über die Zulässigkeit einer bestimmten politischen Betätigung können vom Arbeitgeber im Wege der Feststellungsklage einer Klärung zugeführt werden. Eine entsprechende

gerichtliche Feststellung sei dann im Fall einer späteren Pflichtverletzung des Betriebsrats von entscheidender Bedeutung für einen Auflösungsantrag gemäß § 23 Abs. 1 BetrVG.

Indem das BAG die allgemeine politische Betätigung von Betriebsräten aus dem Anwendungsbereich des § 74 Abs. 2 Satz 3 BetrVG herausnimmt, erweitert es die diesbezüglichen Rechte der Betriebsräte deutlich. Die prozessualen Möglichkeiten des Arbeitgebers, gegen das nun auch nach dem neuen, engeren Verständnis unzulässige parteipolitische Verhalten vorzugehen, beschränkt der 7. Senat hingegen. Ein einfacher Unterlassungsanspruch, der gegebenenfalls im Wege der einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden könnte, besteht nicht mehr. Ist noch nicht ein solcher Grad an parteipolitischer Betätigung erreicht, der eine Auflösung des Betriebsrats nach § 23 Abs. 1 BetrVG rechtfertigte, bleibt dem Arbeitgeber nur die Möglichkeit, per Feststellungsantrag die Zulässigkeit der Betätigung überprüfen zu lassen. Wie im vorliegenden Fall besteht jedoch regelmäßig die Gefahr, dass das Interesse an der Überprüfung der Betätigung sich durch Zeitablauf erledigt hat. Es steht eine stärkere parteipolitische Betätigung der Betriebsräte zu erwarten, der nur unzureichend gerichtlich begegnet werden kann.

daniel.stolz@lw.com

III. Steuerrechtliches

Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz

Mit dem Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz wurde im vergangenen Jahr ein Freibetrag für die Überlassung von Mitarbeiterbeteiligungen in Höhe von 360,00 € in das Einkommensteuergesetz aufgenommen (§ 3 Nr. 39 EStG). Zu Zweifelsfragen hat das BMF Ende 2009 in einem lange erwarteten Schreiben (BMF-Schreiben vom 8. Dezember 2009, IV C 5-S 2347/99/10002) Stellung genommen. Zudem hat der Gesetzgeber kürzlich im

Rahmen des Gesetzes zur Umsetzung steuerrechtlicher EU-Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften Nachbesserungen auf den Weg gebracht.

Das BMF-Schreiben sieht unter anderem **Erleichterungen von dem so genannten Gleichbehandlungsgrundsatz** vor. Aus Vereinfachungsgründen lässt das BMF nunmehr zu, dass ins Ausland entsandten Arbeitnehmern (sog. Expatriates) das Beteiligungsangebot nicht offen stehen muss, um in den Anwendungsbereich der Steuerbegünstigung zu gelangen. Begrüßenswert ist zudem die Klarstellung des BMF, dass eine Ausnahme von dem Gleichbehandlungsgrundsatz auch für Organe von Körperschaften gilt. Aktienoptionen nimmt das BMF hingegen ausdrücklich von der Steuerbegünstigung aus. Gleichzeitig wird aber darauf hingewiesen, dass auch die Überlassung von Vermögensbeteiligungen an konzernangehörigen Unternehmen begünstigt ist. Sonderregelungen gelten für Mitarbeiterbeteiligungs-Sondervermögen i.S.d. § 90l Investmentgesetz. Darüber hinaus enthält das BMF-Schreiben weitere Ausführungen beispielsweise im Hinblick auf die Mehrfachinanspruchnahme der Begünstigung sowie zu Geld- und Zusatzleistungen; auch zu verschiedenen Bewertungsfragen nimmt das BMF in dem Schreiben Stellung.

Vor dem Hintergrund der weiteren Förderung der Verbreitung von Mitarbeiterbeteiligungen ist die im Rahmen des Gesetzes zur Umsetzung steuerrechtlicher EU-Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften vorgenommene Änderung der Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Steuerbegünstigung zu sehen. War bisher die Überlassung von Mitarbeiterbeteiligungen nur dann nach § 3 Nr. 39 EStG begünstigt, wenn die Beteiligung zusätzlich zu ohnehin geschuldeten Leistungen gewährt und nicht auf bestehende oder künftige Lohnansprüche angerechnet wurde, wird das hierdurch zum Ausdruck gebrachte Verbot von Gehaltsumwandlungen rückwirkend ab

2009 aufgehoben. Dies war Bestandteil der Koalitionsvereinbarung der neuen Regierung, die hiermit umgesetzt wird.

henrik.lay@lw.com

• **Zufluss bei sog. *Restricted Shares***

Gegenstand eines kürzlich veröffentlichten Urteils des Finanzgerichts (FG) Thüringen vom 14. Januar 2009 (Az. III 922/03) ist die Frage des Zuflusses eines geldwerten Vorteils bei der Gewährung sog. *Restricted Shares* im Sinne der Rule 144 des SEC Act of 1933. Hierbei handelt es sich um Aktien, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen veräußert oder beliehen werden können. Das Finanzamt ging von einem steuerlichen Zufluss zum Zeitpunkt der Gewährung der Aktien aus. Hiergegen erhob der Steuerpflichtige Klage und argumentierte, dass anders als im Fall von schuldrechtlichen Verfügungsbeschränkungen, die nur im Innenverhältnis wirkten, ein Zufluss von *Restricted Shares*, die einer gesetzlichen Verfügungsbeschränkung unterlägen, erst dann in Betracht komme, wenn diese Verfügungsbeschränkung wegfalle. Im Falle einer gesetzlichen Verfügungsbeschränkung fehlten dem Anteilsinhaber insoweit wesentliche Befugnisse eines Rechtsinhabers. Bei dieser Argumentation stützte sich der Steuerpflichtige im Wesentlichen auf zwei im Zusammenhang mit der Frage nach dem Zufluss eines geldwerten Vorteils im Fall der Gewährung von nicht handelbaren Optionsrechten ergangenen Urteile des BFH vom 24. Januar 2001 (Az. I R 119/98, BStBl. II 2001, 512; I R 100/98, BStBl. II 2001, 509). Das FG folgte der Auffassung des Steuerpflichtigen hier insoweit, als der BFH in den genannten Urteilen in der Tat auch darauf abstellt, dass die Aktienoptionsrechte nach den Zusagebedingungen nicht übertragbar waren. Allerdings sah das FG hierin lediglich ein Hilfsargument für die weitergehende Aussage des BFH, dass nicht schon die Einräumung einer Chance auf Erwerb von Aktien zu einem

bestimmten Übernahmepreis zu einem Zufluss führen könne. Dies sei im Fall von sog. *Restricted Shares* anders. Für einen Zufluss spreche hier, dass die Aktien zwar Verfügungsbeschränkungen unterlägen, diese aber gerade nicht nur eine Zusage auf spätere Verschaffung der Aktien darstelle, sondern die Aktien bereits überlassen wurden. Der Kläger habe vielmehr sowohl ein Stimmrecht als auch ein Gewinnbezugsrecht erlangt. Wegen grundsätzlicher Bedeutung hat das FG allerdings die Revision zugelassen. Die Revision ist nunmehr beim BFH anhängig (Az. VI R 37/09). Es bleibt daher abzuwarten, ob der BFH der Argumentation des FG folgt.

henrik.lay@lw.com

IV. Kurzmittelungen

- **Bonuszahlung nur bei bestehendem Arbeitsverhältnis?**

Bonusvereinbarungen, die **neben der Erreichung von Leistungszielen auch den Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Ende des Bonusjahres** vorsehen, sind grundsätzlich zulässig. Danach kann der Bonusanspruch bei Ausscheiden während des Bonusjahres entfallen, auch wenn der Arbeitnehmer die Leistungsziele teilweise oder ganz erreicht hat. Das entschied das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Urteil vom 6. Mai 2009 (Az. 10 AZR 443/08).

In dem zugrunde liegenden Fall hatte der Arbeitgeber die Auszahlung eines deutlich mehr als 25 % der Gesamtvergütung ausmachenden Bonus' davon abhängig gemacht, dass das **Arbeitsverhältnis am Ende des Bonusjahres** (arbeitgeber- und arbeitnehmerseits) „**ungekündigt**“ bestehe. Dem BAG zufolge ist es grundsätzlich nicht interessengerecht und damit den Arbeitnehmer unangemessen benachteiligend, wenn ein **ganz wesentlicher Teil der Gesamtvergütung entfällt, obgleich die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht vom Arbeitnehmer beeinflusst ist**, wie etwa im Falle betriebsbedingten Kündigung durch

den Arbeitgeber oder auch dem Tod des Arbeitnehmers. Entsprechend war die Klausel nach den auf Arbeitsverträge Anwendung findenden Grundsätzen der AGB-Kontrolle **unwirksam**. Denn danach sollte der Bonusanspruch in jedem Fall der Kündigung ausgeschlossen sein.

Allerdings wandte das BAG den sog. Blue Pencil-Test an. Es prüfte, ob **bei Streichung des unwirksamen Teils der Klausel** mit einem „blauen Stift“ **eine verständliche und wirksame Regelung verbleibt**. Dies war hier bei der Streichung des Worts „ungekündigt“ der Fall. Denn die Klausel konnte dann so gelesen werden, dass die Voraussetzung für den Bonus lediglich noch der **Bestand des Arbeitsverhältnisses** zum Ende des Bonusjahres war. Diese Voraussetzung war dem BAG zufolge **wirksam**.

norma.studt@lw.com

- **Kündigungsfrist: Regelung zum Ausschluss von Zeiten vor dem 25. Lebensjahr europarechtswidrig**

In Arbeitsrecht Aktuell (Ausgabe Nr. 14 aus März 2008) hatten wir Sie auf Seite 12 f. darüber informiert, dass die **Nichtberücksichtigung von Beschäftigungszeiten vor dem 25. Lebensjahr bei der Länge der Kündigungsfrist** auf dem Prüfstand des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) steht.

Der EuGH stellte zwischenzeitlich mit Urteil vom 19. Januar 2010 (Az. C-555/07 – Küçükdeveci) fest: Die **deutsche Regelung** des § 622 Abs. 2 Satz 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), wonach für die Berechnung von etwaig aufgrund der Beschäftigungsdauer verlängerten Kündigungsfristen Beschäftigungszeiten vor der Vollendung des 25. Lebensjahres nicht zu berücksichtigen sind, ist **europarechtswidrig**.

Begründung: Die **Ungleichbehandlung von jüngeren Arbeitnehmern** gegenüber anderen, bei denen sich nach § 622 Abs. 2 Satz 1 BGB bekanntlich die Kündigungsfrist gesetzlich im Verhältnis zur Beschäftigungsdauer verlängert, ist **nicht durch ein legitimes**

Ziel des deutschen Gesetzgebers aus den Bereichen **Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt** oder berufliche Bildung gerechtfertigt bzw. zur Erreichung eines solchen Zieles angemessen und erforderlich. Insoweit war dem EuGH zufolge die bezweckte personalwirtschaftliche Flexibilität wegen größerer beruflicher und persönlicher Mobilität von jüngeren Arbeitnehmern nicht beachtlich, u.a. weil die Nichtanrechnung bei einer Entlassung unabhängig vom Alter erfolge.

Die Entscheidung war **absehbar**. Wir hatten darauf schon in unserem früheren Arbeitsrecht Aktuell-Beitrag hingewiesen (Fortführung der Rechtsprechung zur Altersdiskriminierung im Fall „Mangold“ – Altersbefristung nach § 14 Abs. 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) alter Fassung).

Folgen für Arbeitgeber: Für den Arbeitgeber ist relevant, dass dem EuGH zufolge das **deutsche Recht**, § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, von Gerichten **unangewendet zu lassen** ist, sich also **alle Kündigungsfristen „ohne Abschlag“ von Zeiten vor Vollendung des 25. Lebensjahres berechnen**. Dem EuGH zufolge verstößt die deutsche Regelung nicht nur gegen EG-Richtlinienrecht, sondern sogar gegen Grundsätze der europäischen Verfassung.

Das Thema ist nach wie vor **politisch und rechtlich brisant**: Die SPD-Fraktion legte einen Gesetzentwurf zur Streichung von § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB vor – an sich überflüssig, da die Regelung ja ohnehin dem EuGH zufolge nicht von deutschen Gerichten angewendet werden darf. Es wird aber auch in Fachkreisen die **Kompetenz des EuGH angezweifelt**, derart in die Befugnisse des deutschen Gesetzgebers bzw. der deutschen Gerichtsbarkeit eingreifen zu dürfen. Diesbezüglich wird wohl erst eine Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht Aufschluss bringen – dessen Entscheidung aber noch länger auf sich warten lässt.

norma.studt@lw.com

- **Betriebsratswahlen: Kostentragung bei Beratung des Wahlvorstandes durch einen Rechtsanwalt**

Nach § 20 Abs. 3 S. 1

Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)

trägt der Arbeitgeber die Kosten der Betriebsratswahl. Wie das Bundesarbeitsgericht nunmehr mit Beschluss vom 11. November 2009 (Az.: 7 ABR 26/08) nochmals klargestellt hat, gehören hierzu sämtliche **Kosten**, die mit der **Einleitung und Durchführung der Wahl** sowie mit **gerichtlichen Überprüfung des Wahlergebnisses** verbunden sind, allerdings nur, soweit sie **erforderlich** sind. Beauftragt der Wahlvorstand beispielsweise einen Rechtsanwalt mit der Durchführung eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens, so hat der Arbeitgeber die Kosten nach § 20 Abs. 3 S. 1 BetrVG zu tragen, wenn der Wahlvorstand die Beauftragung für sachlich notwendig erachten durfte. Das Gleiche gilt für Schulungsmaßnahmen, durch die fehlende Kenntnisse in bestimmten Angelegenheiten generell oder auf Vorrat vermittelt werden sollen.

Anders zu behandeln ist jedoch der Fall, dass der Wahlvorstand einen Rechtsanwalt **als Sachverständigen hinzuziehen** will, dessen Aufgabe es ist, konkrete aktuelle Fragen im Zusammenhang mit den Aufgaben des Wahlvorstandes zu beantworten. Ob der Arbeitgeber diese Kosten zu tragen hat, richtet sich nicht allein nach § 20 Abs. 3 S. 1 BetrVG, sondern **§ 80 Abs. 3 BetrVG ist entsprechend** anzuwenden. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts als Sachverständigen muss daher nicht nur erforderlich sein, sondern der Wahlvorstand muss zudem mit dem Arbeitgeber **eine Vereinbarung** über die Hinzuziehung schließen. Die Vereinbarung muss mindestens den Gegenstand der Beauftragung, den Sachverständigen und den Kostenrahmen zuverlässig festlegen. Dadurch soll dem Arbeitgeber Gelegenheit gegeben werden, Einwendungen vorzubringen oder eigenen Sachverstand

beziehungsweise eigene sachkundige Personen anzubieten. **Verweigert der Arbeitgeber die Zustimmung**, so kann der Wahlvorstand sie durch eine arbeitsgerichtliche Entscheidung ersetzen lassen, wenn die Hinzuziehung des Rechtsanwalts erforderlich ist.

In dem zu entscheidenden Fall hatte der Wahlvorstand zwar beschlossen, einen Rechtsanwalt mit der Beratung zu beauftragen, und den Arbeitgeber darüber informiert; eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber hatte er allerdings nicht abgeschlossen. Das BAG kam daher ebenso wie die Vorinstanzen zum Ergebnis, dass der Arbeitgeber die Kosten der Beratung durch den Rechtsanwalt nicht tragen muss.

dirk.schnelle@lw.com

- **Steuerwirksame Gestaltung des Zuflusses einer Abfindung**

In unserer letzten Ausgabe von Arbeitsrecht Aktuell (Nr. 20 aus Februar 2010) hatten wir auf Seite 17 auf die noch ausstehende Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) zur Frage, ob Arbeitgeber und Arbeitnehmer den **Zeitpunkt des Zuflusses einer Abfindung** oder eines Teilbetrags in der Weise **steuerwirksam für den Arbeitnehmer gestalten** können, dass sie die Fälligkeit auf einen späteren Zeitpunkt verschieben. In seiner inzwischen veröffentlichten Entscheidung vom 11. November 2009 (Az. IX R 1/09) bestätigte der BFH dies nun.

Zur Erinnerung: Im entschiedenen Fall wurde der Zeitpunkt der Fälligkeit einer Abfindungsleistung für das Ausscheiden des Arbeitnehmers zunächst in einer Betriebsvereinbarung auf einen Tag im November des Streitjahres bestimmt. Die Vertragsparteien verschoben jedoch vor dem ursprünglichen Fälligkeitszeitpunkt im Interesse einer für den Arbeitnehmer günstigeren steuerlichen Gestaltung den Eintritt der Fälligkeit einvernehmlich auf Januar des folgenden Jahres.

Entsprechend wurde die Abfindung auch erst im Folgejahr ausgezahlt und war nach dem Urteil des BFH auch erst in diesem Jahr zu versteuern. Denn, so der BFH, auch hier gilt das **Zuflussprinzip**, wonach die Versteuerung vorzunehmen ist, sobald der Steuerpflichtige über den Arbeitslohn **wirtschaftlich verfügen** kann. Die Fälligkeit eines Anspruchs allein – vor seiner Erfüllung – führt noch nicht zu einem gegenwärtigen Zufluss. Ebenso steht es den Beteiligten offen, von vornherein die Zahlung einer Abfindung für die Auflösung eines Arbeitsverhältnisses auf einen anderen Zeitpunkt als den der Auflösung des Arbeitsverhältnisses selbst zu terminieren, wenn dieser für sie steuerlich günstiger scheint, so der BFH in seiner Entscheidung.

norma.studt@lw.com

V. Vorträge und Seminare

- **Seminar zum Arbeitnehmerdatenschutz**

Sobald der Regierungsentwurf des geplanten „Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes“ vorliegt, werden wir ein Seminar zum Arbeitnehmerdatenschutz anbieten.

Abu Dhabi
Barcelona
Brussels
Chicago
Doha
Dubai
Frankfurt
Hamburg
Houston
Hongkong
London
Los Angeles
Madrid
Mailand
Moskau
München
New Jersey
New York
Orange County
Paris
Peking
Riad
Rom
San Diego
San Francisco
Shanghai
Silicon Valley
Singapur
Tokio
Washington, D.C.

Arbeitsrecht Aktuell wird von Latham & Watkins LLP für Mandanten und andere Geschäftspartner herausgegeben. Die hierin enthaltenen Informationen dienen nicht als konkreter Rechtsrat. Bei weitergehendem Bedarf an Ausführungen oder Beratung über ein hier dargestelltes Thema wenden Sie sich bitte an einen der unten genannten Rechtsanwälte oder Ihren üblichen Ansprechpartner in unserem Hause.

Falls Sie eine Aktualisierung Ihrer Kontaktdaten oder eine Anpassung der Informationsmaterialien wünschen, besuchen Sie bitte die Seite www.lw.com/LathamMail.aspx für das weltweite Mandanten-Mailing-Programm von Latham & Watkins.

Prof. Dr. Stefan Lunk
stefan.lunk@lw.com

Claudia Heins
claudia.heins@lw.com

Dr. Norma Studt
norma.studt@lw.com

Dr. Tina Witten
tina.witten@lw.com

Dr. Tobias Leder
tobias.leder@lw.com

Dr. Christian Müller
christian.mueller@lw.com

Dr. Henrik Lay
henrik.lay@lw.com

Dr. Daniel Stolz
daniel.stolz@lw.com

Dirk Schnelle
dirk.schnelle@lw.com

Hamburg
Latham & Watkins LLP
Warburgstraße 50
20354 Hamburg
Tel.: +49.40.4140.30
Fax: +49.40.4140.3130

Frankfurt
Latham & Watkins LLP
Reuterweg 20
60323 Frankfurt
Tel.: +49.69.6062.6000
Fax: +49.69.6062.6700

München
Latham & Watkins LLP
Maximilianstraße 11
80539 München
Tel.: +49.89.2080.3.8000
Fax: +49.89.2080.3.8080