

# Human Resources Update

## Gesetzesänderungen

- 2 Das Kurzarbeitergeld plus
- 3 Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
- 4 Das neue Bundesdatenschutzgesetz:  
Neue Regeln für den Umgang mit Arbeitnehmerdaten
- 5 Das neue Recht des Versorgungsausgleichs und  
seine Auswirkungen auf die betriebliche Altersversorgung
- 6 Die Anpassung laufender Leistungen der betrieblichen  
Altersversorgung in der Wirtschaftskrise

## Rechtsprechung

- 7 EuGH: Urlaub verfällt trotz langer Krankheit nicht
- 8 EuGH: Betriebsübergang trotz Eingliederung in die Organisation des Erwerbers
- 10 BAG: Lebenspartner haben Rentenanspruch
- 10 BGH: Zum Umfang der Haftung des bisherigen Inhabers für betriebliche  
Versorgungsanwartschaften nach einem Betriebsübergang

## Aktuelle Fragen

- 11 Keine pauschale Kappung von Managergehältern: Welche rechtlichen  
Auswirkungen hat die Inanspruchnahme des staatlichen Finanzmarkt-  
rettungspakets auf die Vergütungssysteme der Bank- und Finanzinstitute?
- 12 Was ist eigentlich: Das Drittelbeteiligungsgesetz?

## Autoren

Anna Baumeister  
Uta Brambosch  
Annette Knoth  
Dr. Nicolas Rößler  
Björn Vollmuth  
Tim Wybitul  
Dr. Guido Zeppenfeld

## Gesetzesänderungen

### DAS KURZARBEITERGELD PLUS

Kurzarbeit ist ein arbeitsmarktpolitisches Mittel zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit. Es soll Unternehmen die Möglichkeit geben, bei vorübergehendem Arbeitsausfall Kündigungen zu vermeiden. Gerade in der jüngsten Zeit hat sich Kurzarbeit als beliebtes Förderinstrument in der Krise erwiesen. Dabei haben die gesetzlichen Grundlagen immer wieder Veränderungen erfahren, die Kurzarbeit für Unternehmen noch attraktiver machen sollen. Mit der letzten umfassenden Änderung im Juni 2009 wurde das sogenannte Kurzarbeitergeld plus geschaffen.

Als Kurzarbeit bezeichnet man die vorübergehende Verkürzung der regelmäßigen Arbeitszeit mit entsprechender Lohnminderung. Ebenso wie Überstunden kann der Arbeitgeber Kurzarbeit nicht einseitig anordnen. Erforderlich ist vielmehr eine entsprechende Vereinbarung in einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder die (auch konkludente) einzelvertragliche Einigung mit dem Arbeitnehmer.

Die sozialrechtlichen Voraussetzungen zur Gewährung von Kurzarbeitergeld sind in den §§ 169 ff. Sozialgesetzbuch III (SGB III) geregelt. Ein Anspruch des Arbeitnehmers darauf besteht, wenn ein erheblicher Arbeitsausfall mit einer entsprechenden Entgeltminderung vorliegt und die betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Letztere sind bereits dann erfüllt, wenn der Betrieb mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt und der betroffene Arbeitnehmer versicherungspflichtig in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis beschäftigt ist. Die Hürde des „erheblichen Arbeitsausfalls“ ist hingegen schwieriger zu überwinden. Diesbezüglich wurden in den vergangenen Monaten immer wieder Änderungen vorgenommen, um den Zugang zu Kurzarbeitergeld zu erleichtern. Grundsätzlich ist ein Arbeitsausfall gemäß § 170 SGB III dann erheblich, wenn er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, vorübergehend und nicht vermeidbar ist und wenn im jeweiligen Kalendermonat (Anspruchszeitraum) mindestens ein Drittel der Arbeitnehmer in einem Betrieb Entgelteinbußen von mehr als 10 Prozent hinnehmen müssen.

Im Rahmen des Konjunkturpakets II ist das sogenannte Drittelerfordernis nun bis zum 31. Dezember 2010 ausgesetzt worden. Nun muss nur noch der einzelne Arbeitnehmer einen Entgeltausfall von mehr als 10 Prozent erleiden, um Kurzarbeitergeld beantragen zu können. Weiter wurde festgelegt, dass ein Unternehmen nicht erst negative Arbeitszeitkonten bilden muss, um die Voraussetzung des unvermeidbaren und erheblichen Arbeitsausfalls zu erfüllen. Auch diese Änderung ist bis zum 31. Dezember 2010 befristet.

Der Gesetzgeber hat nicht nur die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld erleichtert, sondern auch den Bezugszeitraum verlängert und die Entlastungen für den Arbeitgeber erweitert.

Grundsätzlich ist die Bezugsfrist für Kurzarbeitergeld gemäß § 177 Abs. 1 SGB III auf sechs Monate begrenzt. Nur bei außergewöhnlichen Verhältnissen auf dem gesamten Arbeitsmarkt kann die Bezugsdauer gemäß § 182 Abs. 3 Nr. 3b SGB III durch Rechtsverordnung auf bis zu 24 Monate verlängert werden. Von dieser Ermächtigung hat der Gesetzgeber Gebrauch gemacht und die Bezugsdauer des Kurzarbeitergeldes von zunächst 18 auf nunmehr 24 Monate für alle Beschäftigten verlängert, die bis zum 31. Dezember 2009 in Kurzarbeit gehen.

Zur stärkeren Entlastung der Arbeitgeber wurden zudem die Regelungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge verändert. Während der Arbeitgeber grundsätzlich während der Bezugsfrist von Kurzarbeitergeld die Sozialversicherungsbeiträge für die Ausfallzeiten allein trägt, übernimmt die Bundesagentur für Arbeit seit Februar 2009 die Hälfte, bei Qualifizierungsmaßnahmen während der Kurzarbeit sogar die gesamten Beiträge. Aufgrund der jüngsten Änderung im Juni 2009 soll die Bundesagentur dem Arbeitgeber auf Antrag künftig nach sechs Monaten Kurzarbeit die Sozialversicherungsbeiträge auch ohne Qualifizierungsmaßnahmen voll erstatten (Kurzarbeitergeld plus). Berücksichtigt werden dabei bereits Bezugszeiträume seit dem 1. Januar 2009, so dass eine volle Erstattung bei Vorliegen der Voraussetzungen ab Juli 2009 möglich ist. Sie gilt dann nicht nur in dem Betrieb, in dem schon seit sechs Monaten kurzgearbeitet wird, sondern in allen Betrieben des Arbeitgebers. Die Änderungen zur Sozialversicherungsbeitragspflicht sind ebenfalls befristet bis zum 31. Dezember 2010.

Im Zusammenhang mit der Einführung des Kurzarbeitergeldes plus wurde außerdem geregelt, dass auf Antrag des Arbeitgebers bei einer Unterbrechung der Kurzarbeit von drei Monaten und mehr innerhalb der Bezugsfrist keine neue Anzeige des Arbeitsausfalls bei der Agentur für Arbeit erforderlich ist. Zeiträume, in denen Kurzarbeitergeld nicht geleistet wird, werden dann nicht als Unterbrechung gewertet, so dass die Bezugsfrist in diesen Fällen für den gesamten bewilligten Bezugszeitraum weiterläuft.

Die Höhe des Kurzarbeitergeldes richtet sich unverändert gemäß §§ 178, 179 SGB III nach der pauschalierten Nettoentgeltdifferenz im Kalendermonat. Das ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Sollentgelt (Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer ohne den Arbeitsausfall im Kalendermonat erzielt hätte) und dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem Istentgelt (Bruttoarbeitsentgelt, das der Arbeitnehmer im jeweiligen Kalendermonat beitragspflichtig erzielt hat). Das Kurzarbeitergeld beträgt 60 Prozent bzw. bei Arbeitnehmern mit mindestens einem Kind 67 Prozent der errechneten Nettoentgeltdifferenz im Kalendermonat.

#### *Auswirkungen auf die betriebliche Praxis*

Mit dem Kurzarbeitergeld plus, das 24 Monate bezogen werden kann und den Arbeitgebern ab dem siebten Monat die Erstattung der vollen Beiträge zur Sozialversicherung ermöglicht, hat der Gesetzgeber die Kurzarbeit für Unternehmen noch attraktiver gemacht. Der Arbeitgeber wird in Krisenzeiten finanziell entlastet, ohne sich von seinen Beschäftigten trennen zu müssen. Verbessert sich die Auftragslage, kann die Arbeitszeit kurzfristig wieder erhöht werden, ohne dass Aufwendungen für Wiedereinstellungen und Einarbeitung aufgebracht werden müssten.

Unternehmen sollten jedoch beachten, dass die verlängerte Bezugsfrist und die Entlastungen im Hinblick auf die Sozialversicherungsbeiträge nicht für das sogenannte Transferkurzarbeitergeld gelten. Dieses wird gezahlt, wenn der Arbeitsausfall dauerhaft ist und die betroffenen Arbeitnehmer in eine sogenannte Transfergesellschaft überwechseln. Der alte Arbeitsplatz ist in diesem Fall weggefallen. Das von der Regierung vorrangig verfolgte Ziel, mit dem

Kurzarbeitergeld plus Entlassungen zu vermeiden, kann mit Transferkurzarbeitergeld gerade nicht erreicht werden. Es ist deshalb von den erweiterten Entlastungen ausgenommen.

*Anna Baumeister,  
abaumeister@mayerbrown.com*

#### **DAS GESETZ ZUR ANGEMESSENHEIT DER VORSTANDSVERGÜTUNG**

Am 18. Juni 2009 hat der Bundestag das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) beschlossen. Es ist am 5. August 2009 in Kraft getreten.

Nach Auffassung des Gesetzgebers boten die bisherigen Regelungen über Vorstandsvergütungen falsche Verhaltensanreize; das nachhaltige Wachstum von Unternehmen geriet aus dem Blick (BT-Drs. 16/12278). Die neuen Regelungen zielen explizit auf eine nachhaltige und langfristige Unternehmensführung ab. Die Neuerungen befassen sich insbesondere mit den Verantwortlichkeiten und der Haftung des Aufsichtsrats, der die Vorstandsvergütung festsetzt.

Die neuen Regelungen betreffen vornehmlich Aktiengesellschaften. Für börsennotierte Aktiengesellschaften gelten einige Besonderheiten. Ferner finden die Regelungen teilweise auf sonstige Kapitalgesellschaften Anwendung, die in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 Drittelbeteiligungsgesetz) oder in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer (§ 25 Abs. 1 Nr. 2 Mitbestimmungsgesetz) beschäftigen und in denen die Arbeitnehmer daher ein Mitbestimmungsrecht haben.

#### *Public Corporate Governance Kodex*

Am 1. Juli 2009 hat die Bundesregierung die Grundsätze guter Unternehmens- und Beteiligungsführung für den Bereich des Bundes beschlossen. Ein wesentlicher Bestandteil dieser Grundsätze ist der Public Corporate Governance Kodex des Bundes (PCGK). Die Länder werden solche Regelungen noch treffen. Eines der Ziele des PCGK ist es, die Unternehmensführung und -überwachung transparenter zu machen. Gleichzeitig soll der PCGK das Bewusstsein für eine gute Unternehmensführung erhöhen. Zu diesem Zweck spiegelt er im Wesentlichen die Änderungen durch das VorstAG wider.

Der PCGK ist für Unternehmen in privater Rechtsform mit mehrheitlicher Beteiligung des Bundes verbindlich. Lediglich empfohlen wird die Anwendung des PCGK für Unternehmen, an denen der Bund eine Minderheitsbeteiligung hält, sowie für juristische Personen öffentlichen Rechts. Für börsennotierte Unternehmen gilt der PCGK nicht.

#### *Neuerungen im VorstAG*

Das VorstAG ändert die Regelungen des Aktienrechts über

- die Angemessenheit der Vorstandsvergütung einschließlich der Ausübungsfristen für Aktienoptionen des Vorstands,
- die Zuständigkeit bei der Festlegung der Vorstandsvergütung und
- die Haftungsregelungen des Aufsichtsrats.

Ferner ändert das VorstAG die Regelungen des Handelsgesetzbuches über die Offenlegung von Vergütungen.

Bisher musste der Aufsichtsrat die Vorstandsvergütung so festlegen, dass sie in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft stand. Nach der Neuregelung muss zusätzlich ein angemessenes Verhältnis zu den Leistungen des Vorstandsmitglieds und zu der üblichen Vergütung der Gesellschaft gegeben sein. Falls es sich um eine börsennotierte Aktiengesellschaft handelt, ist die Vergütungsstruktur auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten.

Das „Leistungskriterium“ bei der Festsetzung der Vorstandsbezüge stellt die künftige, persönliche Leistung eines Vorstandsmitglieds stärker als bisher in den Vordergrund.

Geblichen ist die Möglichkeit des Aufsichtsrats, die Vorstandsvergütung bei bestimmten negativen Entwicklungen der Gesellschaft angemessen herabzusetzen. Es genügt dabei nach der Neuregelung, wenn sich die Lage der Gesellschaft nach der Festsetzung der Vergütung so verschlechtert, dass die Weitergewährung in bisheriger Höhe unbillig wäre. Nach Auffassung des Gesetzgebers verschlechtert sich die Lage der Gesellschaft nicht erst mit der Insolvenz oder

einer unmittelbaren Krise, sondern bereits dann, wenn die Gesellschaft beispielsweise Entlassungen oder Lohnkürzungen vornehmen muss und keine Gewinne mehr ausschütten kann. Neu ist außerdem, dass Aufsichtsratsmitglieder für die Festsetzung einer unangemessenen Vergütung persönlich haften. Das ist explizit in § 116 Satz 3 Aktiengesetz geregelt.

Eine detaillierte Darstellung der neuen Regelungen und ihrer Konsequenzen finden Sie in unserer [Publikation zum VorstAG](#).

*Uta Brambosch,*

*ubrambosch@mayerbrown.com*

#### **DAS NEUE BUNDESDATENSCHUTZGESETZ: NEUE REGELN FÜR DEN UMGANG MIT ARBEITNEHMERDATEN**

Am 3. Juli 2009 hat der Bundestag eine Verschärfung des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) beschlossen. Der Bundesrat hat dem Gesetzesentwurf am 10. Juli 2009 zugestimmt. Das Gesetz tritt in weiten Teilen am 21. September 2009 in Kraft. Der Gesetzgeber reagiert damit auf die sogenannten Spitzelaffären in deutschen Großunternehmen, wie etwa Lidl, Deutsche Telekom, Deutsche Bahn und Deutsche Bank.

Bereits nach dem alten Datenschutzrecht war es für Unternehmen schwer, mit Arbeitnehmerdaten stets nur in zulässiger Weise umzugehen. Kontrollen des Verhaltens oder der Leistung einzelner Arbeitnehmer, konzernweite Personaldatenbanken im Ausland, Customer Relation Management-Systeme (CRM), Videoüberwachung gefährdeter Areale, Einführung und Betrieb von Compliance-Programmen, interne Ermittlungen (etwa zur Korruptionsbekämpfung) und die Weitergabe von Mitarbeiterdaten im Vorfeld von Outsourcings oder Unternehmenskäufen sind nur einige Beispiele. Fachleute nennen das alte Datenschutzrecht unübersichtlich und kaum verständlich und selbst Spezialisten können sich auf die Auslegung einzelner Regelungen nicht einigen. Das erschwert es Managern ganz erheblich, belastbare Entscheidungen über den Arbeitnehmerdatenschutz im Rahmen von Compliance-Maßnahmen in ihrem Unternehmen zu treffen.

Diese Unklarheiten bei der Planung des Umgangs mit Mitarbeiterdaten werden durch das neue Datenschutzrecht nicht beseitigt. Bedauerlicherweise hat es der Gesetzgeber weitgehend versäumt, Unternehmen klare Richtlinien an die Hand zu geben.

Einen Überblick über die neuen Voraussetzungen und eine Einschätzung, welche Anforderungen die Neuerungen an Unternehmen stellen, finden Sie in unserer [Publikation zum neuen BDSG](#).

Das neue BDSG lässt viele Fragen offen. Es ist zu hoffen, dass die neuen Regelungen möglichst bald durch ein gründlicher konzipiertes Arbeitnehmerschutzgesetz abgelöst werden, das auch die Bedürfnisse von Unternehmen in angemessener Weise berücksichtigt.

*Tim Wybitul,*  
*twybitul@mayerbrown.com*

#### **DAS NEUE RECHT DES VERSORGUNGSAusGLEICHS UND SEINE AUSWIRKUNGEN AUF DIE BETRIEBLICHE ALTERSVERSORGUNG**

Bereits in der letzten Ausgabe dieser Publikation haben wir über den Regierungsentwurf zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs berichtet. Das Gesetz ist mittlerweile am 4. April 2009 verabschiedet worden und tritt am 1. September 2009 in Kraft. Ergänzt wird es durch das am 21. Juli 2009 verkündete „Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch zur Errichtung einer Versorgungsausgleichskasse und anderer Gesetze“, durch das eine kapitalgedeckte Versorgungsausgleichskasse geschaffen wird.

#### *Sinn und Zweck der Reform des Versorgungsausgleichs*

Die Reform des Versorgungsausgleichs soll gewährleisten, dass in der Ehe erworbenes Vorsorgevermögen nach einer Scheidung zwischen den Ehegatten gerechter verteilt wird. Nach der zum 1. September 2009 in Kraft tretenden Neukonzeption erwirbt die ausgleichsberechtigte Person ein Anrecht im Versorgungssystem der ausgleichspflichtigen Person und nimmt gleichberechtigt an deren Chancen und Risiken teil.

#### *Grundsatz der „internen Teilung“*

Der ausgleichsberechtigte Ehegatte erhält also einen eigenen Anspruch auf Versorgung gegen den Versorgungsträger des jeweils ausgleichspflichtigen Ehegatten in Höhe des hälftigen ehezeitlichen Ausgleichswertes. Der dargestellte Grundsatz der Teilung des Versorgungsanspruchs innerhalb des gleichen Versorgungssystems gilt für Anrechte auf Leistungen der betrieblichen Altersversorgung unabhängig von ihrem Durchführungsweg, der Finanzierungsform und davon, ob es sich um eine unverfallbare Anwartschaft oder um bereits laufende Versorgungsleistungen handelt. Als Folge dieses Grundsatzes der „internen Teilung“ werden alle Versorgungsträger materiell am Versorgungsausgleichsverfahren beteiligt.

#### *Die Versorgungsausgleichskasse (Förderung der „externen Teilung“)*

Die Neuregelung erlaubt zwar auch die externe Teilung des Versorgungsrechts, also die Übertragung des Anrechts der ausgleichsberechtigten Person auf einen anderen Versorgungsträger als denjenigen, bei dem das Anrecht der ausgleichspflichtigen Person besteht. Diese Lösung dürfte in der Praxis aber die Ausnahme bleiben. Der Gesetzgeber hat dennoch kurz vor Inkrafttreten des neuen Versorgungsausgleichsrechts die Möglichkeit der externen Teilung gefördert, indem er die Gründung einer Versorgungsausgleichskasse beschlossen hat.

Die Versorgungsausgleichskasse ist eine Pensionskasse in der Rechtsform eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (VVaG). Als solcher unterliegt sie den Bestimmungen des Versicherungsaufsichtsgesetzes. Die Versorgungsausgleichskasse führt die Versorgung der ausgleichsberechtigten Person im Falle der externen Teilung durch, wenn die ausgleichsberechtigte Person es unterlässt, ihr Wahlrecht, ob ein für sie bestehendes Anrecht ausgebaut oder ein neues Anrecht begründet werden soll, auszuüben. Macht die ausgleichsberechtigte Person von diesem Wahlrecht keinen Gebrauch, erwirbt sie ein Anrecht bei der kapitalgedeckten Versorgungsausgleichskasse. Die externe Teilung erfolgt steuerneutral, weil die Zahlung des Kapitalbetrags an die Versorgungsausgleichskasse kein steuerpflichtiges Einkommen darstellt.

### *Auswirkungen auf die betriebliche Praxis*

Es ist zu erwarten, dass durch die Reform des Versorgungsausgleichsrechts enorme Mehrbelastungen auf Arbeitgeber zukommen, die betriebliche Altersversorgung im Wege der Direktzusage durchzuführen. Im Falle einer internen Teilung der Versorgungsrechte – die nach der gesetzlichen Konzeption die Regel ist – müssen diese Arbeitgeber die ausgleichsberechtigten Personen (die geschiedenen Ehepartner) als neue Versorgungsgläubiger in ihr Versorgungswerk aufnehmen. Das erhöht zwangsläufig den Administrationsaufwand für das Versorgungswerk.

Auch gegenüber dem Familiengericht entstehen neue Aufgaben für den Arbeitgeber. Er muss im Falle eines Scheidungsverfahrens den Ehezeitanteil der Versorgung mitteilen, einen hiermit korrespondierenden Ausgleichswert vorschlagen und erläutern, sowie im Falle einer internen Teilung die hiermit einhergehenden Kosten mitteilen. Allein die Abwicklung dieser Aufgaben dürfte in größeren Betrieben zu erheblichem Mehraufwand führen.

Jeder Arbeitgeber, der betriebliche Altersversorgung im Wege einer Direktzusage durchführt, sollte sich frühzeitig auf diese Pflichten vorbereiten und gegebenenfalls interne Richtlinien zur Handhabung der neuen Aufgaben erlassen.

*Dr. Nicolas Rößler,  
nroessler@mayerbrown.com*

### **DIE ANPASSUNG LAUFENDER LEISTUNGEN DER BETRIEBLICHEN ALTERSVERSORGUNG IN DER WIRTSCHAFTSKRISE**

Im gegenwärtigen wirtschaftlichen Umfeld suchen viele Unternehmen nach Möglichkeiten, ihre Personalkosten zu reduzieren. Neben Personalanpassungsmaßnahmen, Kurzarbeit und Gehaltsreduzierung kann auch ein Verzicht auf die Anpassung laufender Leistungen der betrieblichen Altersversorgung eine geeignete Maßnahme zur Schonung der Liquidität und zur Kostensenkung sein. Im Gegensatz zur Abänderung eines Versorgungswerks, deren wirtschaftliche Folgen meist erst langfristig eintreten, hat diese Maßnahme den Charme, dass sie kurzfristig wirkt.

### *Die Anpassungsregelung des § 16 Betriebsrentengesetz (BetrAVG)*

Leistungen der betrieblichen Altersversorgung unterliegen dem gesamtwirtschaftlich bedingten Wertverfall des Geldes. Der reale Wert der Rentenleistung verringert sich bei nominell gleichbleibenden Auszahlungsbeträgen. Das während des Arbeitslebens erarbeitete Ruhegeld verliert hierdurch im Zeitablauf an Wert, ohne dass der Betriebsrentner entgegenwirken kann. Das Betriebsrentengesetz (BetrAVG) schränkt deshalb den währungsrechtlichen Grundsatz des Nominalismus (die Höhe einer Schuld bleibt von der Inflation unberührt) ein, um die Kaufkraft der Betriebsrenten zu bewahren.

Ruhegeldleistungen sind aber nicht automatisch an die Geldwertentwicklung anzupassen. Stattdessen hat der Arbeitgeber die Notwendigkeit einer Anpassung der Rentenhöhe in regelmäßigen Abständen zu prüfen und auf Grund der Ergebnisse seiner Prüfung über die Anpassung zu entscheiden. Bei dieser Entscheidung kann der Arbeitgeber die wirtschaftlichen Auswirkungen der Anpassung auf sein Unternehmen berücksichtigen und sich gegebenenfalls gegen eine Anpassung entscheiden. Der volle Ausgleich des Wertverlustes der Betriebsrenten ist somit nur grundsätzliches, nicht aber ausschließliches Ziel der gesetzlichen Anpassungsregelungen.

Wichtig ist, dass der Arbeitgeber, der von einer Anpassung absieht, seine Entscheidung nachvollziehbar und anhand bestimmter, von dem BAG entwickelter Kriterien darlegen kann. Andernfalls muss er die ausgebliebene Anpassung nachholen.

### *Die entscheidungsrelevanten Kriterien für den Arbeitgeber – die „wirtschaftliche Lage“*

Das gesetzliche Merkmal, das der Arbeitgeber im Rahmen der Anpassungsentscheidung in die Waagschale wirft, bezeichnet das BetrAVG als „wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers“. Diesen wenig greifbaren Begriff hat das BAG dahingehend konkretisiert, dass der Arbeitgeber eine Betriebsrentenanpassung ablehnen darf, wenn ihn die Anpassung übermäßig belasten würde.

Bislang hat das BAG keinen abschließenden Prüfkatalog für die Frage aufgestellt, wann die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers im Sinne des § 16 Abs. 1 BetrAVG eine solche übermäßige Belastung annehmen lässt. Es hat jedoch zwei grundlegende Elemente für die Beurteilung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers herausgearbeitet:

- Die wirtschaftliche Lage muss mittels einer Prognose, also zukunftsgerichtet, beurteilt werden und
- durch die Folgen der Anpassungsentscheidung darf die Substanz des Arbeitgeberunternehmens nicht beeinträchtigt werden.

Der Arbeitgeber darf demnach von einer Anpassung absehen, wenn er die aus der Anpassung resultierenden Mehrkosten voraussichtlich nicht aus den Erträgen des Unternehmens und dessen Wertzuwachs in der Zeit nach dem Anpassungstichtag finanzieren kann. Die Erhaltung der Unternehmenssubstanz und der Arbeitsplätze der aktiven Belegschaft hat Vorrang vor dem Anpassungsbegehren der Betriebsrentner.

#### *Auswirkungen auf die betriebliche Praxis*

Die zukunftsgerichtete Betrachtung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers kann für Arbeitgeber, die die Auswirkungen der Wirtschaftskrise spüren und einer unsicheren Zukunft entgegensteuern, die Chance bieten, von der Anpassung der laufenden Leistungen der betrieblichen Altersversorgung abzusehen.

Ehe vorschnell zusätzliche Kosten durch eine möglicherweise nicht zwingend erforderliche Maßnahme erzeugt werden, empfiehlt es sich, die Notwendigkeit der Anpassung genau prüfen zu lassen.

*Dr. Nicolas Rößler,*

*nroessler@mayerbrown.com*

## Rechtsprechung

### **EUGH: URLAUB VERFÄLLT TROTZ**

### **LANGER KRANKHEIT NICHT**

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mit seiner Entscheidung vom 20. Januar 2009 (C-350/06) die bis dato geltende Rechtslage zum Urlaubsrecht und die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf den Kopf gestellt.

Gemäß § 7 Abs. 3 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) muss der Jahresurlaub grundsätzlich im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden. Nur in Ausnahmefällen ist eine Übertragung des Urlaubs in das erste Quartal des Folgejahres möglich. Grundlage des BUrlG ist die europäische Arbeitszeitrichtlinie (2003/88/EG), die einen bezahlten Mindesturlaub von vier Wochen festlegt, der grundsätzlich nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden darf.

Wurde der Urlaub bis zum Ende des ersten Quartals des Folgejahres nicht genommen, verfiel der Anspruch auf die ungenutzten Urlaubstage bislang ersatzlos. Ein finanzieller Ausgleich ist gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG nur vorgesehen, wenn der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden konnte. Erkrankte Arbeitnehmer, die aufgrund ihrer Arbeitsunfähigkeit nicht in der Lage waren, ihren Urlaub rechtzeitig zu nehmen, hatten nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG weder einen Anspruch auf spätere Gewährung noch auf finanzielle Abgeltung des Urlaubs.

Dieser jahrelangen Rechtsprechungspraxis hat der EuGH nun eine Absage erteilt. Im zugrunde liegenden Fall hatte ein Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber auf Abgeltung seines restlichen Urlaubs verklagt. Er hatte ihn nicht nehmen können, weil er lange arbeitsunfähig war und schließlich frühverrentet wurde.

Der EuGH bestätigte den Anspruch auf Urlaubsabgeltung. Die Vorschriften des BUrlG seien zwar grundsätzlich mit europäischem Recht vereinbar. Sie dürften jedoch dann nicht zum ersatzlosen Verlust des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub führen, wenn der betroffene Arbeitnehmer wegen Krankheit gar nicht die Möglichkeit hatte, seinen Urlaubsanspruch auszuüben. Ist ein Arbeitnehmer – wie im zu entscheidenden Fall – während des gesamten

Bezugszeitraums und über den Übertragungszeitraum hinaus krankgeschrieben, hat er keine Möglichkeit, in den Genuss seines bezahlten Jahresurlaubs zu kommen. Ist wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Übertragung des Urlaubs in das nächste Jahr nicht möglich, hat der betroffene Arbeitnehmer nach der Entscheidung des EuGH Anspruch auf Abgeltung seines Urlaubs. Der Abgeltungsbetrag ist auf der Grundlage des gewöhnlichen Arbeitsentgelts des Arbeitnehmers zu berechnen.

#### *Auswirkungen auf die betriebliche Praxis*

Die Änderung der Rechtsprechung zum Urlaubsrecht kann für Unternehmen erhebliche finanzielle Auswirkungen haben. Haben Arbeitnehmer bis zur Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses aufgrund einer Erkrankung nicht die Möglichkeit, ihren Jahresurlaub zu nehmen, ist der Arbeitgeber verpflichtet, diesen abzugelten.

Darüber hinaus müssen sich Arbeitgeber zukünftig darauf einstellen, dass der Jahresurlaub, den ein Arbeitnehmer wegen einer Erkrankung am Jahresende bzw. im Übertragungszeitraum nicht nehmen konnte, nun über diese Zeiträume hinaus in das nächste Jahr übertragen und zu dem Jahresurlaub des neuen Jahres hinzugerechnet wird. Bei Langzeiterkrankungen können sich auf diese Weise erhebliche Urlaubsansprüche ansammeln, die dem Arbeitnehmer nach dessen Genesung vollständig gewährt werden müssen.

Da die Entscheidung des EuGH aber im Hinblick auf die europäische Arbeitszeitrichtlinie ergangen ist, auf der auch das BUrlG beruht, dürfte sie folgerichtig nur den darin festgelegten Mindesturlaub von vier Wochen betreffen. Sofern einem Arbeitnehmer vertraglich mehr Urlaub zusteht, dürfte sein Anspruch auf Urlaubsabgeltung oder Übertragung des Urlaubs in das nächste Jahr auch nach der EuGH-Entscheidung nur in Höhe des gesetzlichen Mindesturlaubs bestehen. Darüber hinausgehende vertragliche Urlaubsansprüche sollten nach wie vor am Ende des Jahres bzw. des Übertragungszeitraums verfallen. Vorsorglich sollte in den Arbeitsverträgen eine Bestimmung aufgenommen werden, die das Erlöschen des übergesetzlichen Urlaubs regelt.

*Björn Vollmuth,*

*bvollmuth@mayerbrown.com*

#### **BETRIEBSÜBERGANG TROTZ EINGLIEDERUNG IN DIE ORGANISATION DES ERWERBERS**

Nach einer Entscheidung des EuGH vom 12. Februar 2009 (C-466/07 Klarenberg ./ Ferrotron) kann ein Betriebs(teil)übergang gemäß § 613a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nunmehr entgegen der bisherigen Praxis selbst dann vorliegen, wenn der übertragene Betrieb oder Betriebsteil seine organisatorische Selbstständigkeit nicht bewahrt, sondern in die Organisation des Erwerbers eingegliedert wird. Nach der zitierten Entscheidung reicht für die Annahme eines identitätswahrenden Betriebs(teil)übergangs aus, dass „die funktionelle Verknüpfung zwischen den Produktionsfaktoren beibehalten wird und sie es dem Erwerber erlaubt, diese Faktoren zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen“.

Dem Urteil des EuGH liegt ein beim Landesarbeitsgericht (LAG) Düsseldorf anhängiges Berufungsverfahren zugrunde, in dem der Kläger im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang einen Weiterbeschäftigungsanspruch gegen den Betriebserwerber geltend macht.

Im November 2005 verkaufte die bisherige Arbeitgeberin des Klägers aus der Abteilung, die der Kläger leitete, Entwicklungs-Hardware und Inventar für verschiedene Produktlinien sowie die für den Vertrieb notwendigen Kunden- und Lieferantenlisten an die Beklagte. Die Beklagte übernahm weiterhin den stellvertretenden Abteilungsleiter sowie drei Ingenieure der fraglichen Abteilung. Diese Arbeitnehmer gliederte die Beklagte in unterschiedliche Abteilungen ein und übertrug ihnen Aufgaben, die sich neben den erworbenen Produkten auch auf die bereits von der Beklagten geführten Produkte erstreckten. Der Kläger begehrt Weiterbeschäftigung bei der Beklagten, da sein Arbeitsverhältnis gemäß § 613a BGB übergegangen sei.



Das LAG Düsseldorf kam zu dem Ergebnis, dass es sich bei der durch den Kläger geführten Abteilung um einen Betriebsteil im Sinne von § 613a BGB handele. Fraglich war jedoch, ob ein Betriebsteilübergang im Sinne von Art. 1 Abs. 1a) und b) der Richtlinie 2001/23/EG, auf der § 613a BGB basiert, angenommen werden kann, obwohl der Betriebsteil bei dem Erwerber nicht als organisatorisch selbständig fortgeführt wird. Das BAG ging nämlich bislang in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass in solchen Fällen die Identität des Betriebs(teils) beim Erwerber verloren gehe und ein Betriebs(teil)übergang somit ausscheide. Diese Frage legte das LAG dem EuGH vor.

Der EuGH bejahte dies. Er begründet seine Entscheidung zum einen mit dem Schutzzweck der Richtlinie. Dieser bestehe darin, die Kontinuität von Arbeitsverhältnissen ungeachtet eines Wechsels des Betriebs(teil)inhabers zu gewährleisten und die Rechte der betroffenen Arbeitnehmer zu schützen. Daher sei ein Übergang im Sinne der Richtlinie auch dann anzunehmen, wenn die wirtschaftliche Einheit im Zusammenhang mit der Übernahme der Produktionsfaktoren nicht gewahrt bleibe. Würde man die Anwendung der Richtlinie von strukturellen Eingliederungsmaßnahmen des Erwerbers abhängig machen, hätte es der Erwerber in der Hand, die Arbeitnehmer von diesem Schutz auszuschließen. Dadurch würde der Richtlinie ein Teil ihrer praktischen Wirksamkeit genommen.

Zum anderen beruft sich der EuGH auf den Wortlaut des Art. 1 Abs. 1b) der Richtlinie, wonach eine wirtschaftliche Einheit als „organisierte Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“ definiert ist. Diese Begriffserläuterung zeige, dass für das Vorliegen eines Betriebs(teil)übergangs nicht allein auf das Merkmal der Organisation der übertragenen Betriebseinheit abzustellen sei, sondern vielmehr auch der Verfolgung einer wirtschaftlichen Tätigkeit besonderes Gewicht zukomme. Die Richtlinie sei folgerichtig dahingehend auszulegen, dass zur Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit bereits die Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung zwischen den übertragenen Produktionsfaktoren ausreiche. Denn die Beibehaltung dieser Verknüpfung erlaube dem Erwerber, die Produktionsfaktoren,

selbst wenn sie nach der Übertragung in eine neue, andere Organisationsstruktur eingegliedert werden, zu nutzen, um derselben oder einer gleichartigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachzugehen.

Es sei Aufgabe der nationalen Gerichte, im Wege einer Gesamtwürdigung aller Umstände zu beurteilen, ob nach diesen Kriterien ein Betriebsübergang vorliege.

#### *Auswirkungen auf die betriebliche Praxis*

Bisher lehnte das BAG einen Betriebs(teil)übergang ab, sofern der Betrieb bzw. Betriebsteil vom Erwerber vollständig in dessen Organisationsstruktur eingegliedert wurde. Der Erwerber mache sich in diesen Fällen nicht die beim Veräußerer vorhandene Organisation zunutze, er lege sich nicht „ins gemachte Bett“. Dies ermöglichte eine greifbare Abgrenzung des Betriebs(teil)übergangs von der bloßen Betriebsmittelübertragung. Das BAG wird diese Rechtsprechung angesichts der Entscheidung des EuGH nicht aufrechterhalten können. Allein durch die Eingliederung in die vorhandene Betriebsorganisation kann ein Betriebsübergang künftig nicht mehr rechtssicher vermieden werden. Die Praxis verliert damit eine bislang einigermaßen zuverlässige Gestaltungsmöglichkeit.

Das vom EuGH herangezogene Merkmal der „Beibehaltung der funktionellen Verknüpfung der übertragenen Produktionsfaktoren“ führt aufgrund seiner Ungenauigkeit zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Die Frage, was unter einer solchen funktionellen Verknüpfung zu verstehen ist, lässt das Urteil offen. Der EuGH überlässt die Klärung den nationalen Gerichten. Bis zu einer solchen Klärung kann dieser Unsicherheit in der Praxis nur dadurch begegnet werden, dass bei jeder größeren Betriebsmittelübertragung zwischen den Parteien vorsorglich Regelungen getroffen werden für den Fall, dass die Transaktion einen Betriebs(teil)übergang darstellt.

Bei der Prüfung, ob ein Betriebs(teil)übergang vorliegt, wird künftig besonderes Augenmerk darauf zu legen sein, ob es sich bei den zu veräußernden Betriebsmitteln bereits bei dem Veräußerer um eine wirtschaftliche Einheit im Sinne der Richtlinie handelt, also eine organisierte Zusammenfassung von

Ressourcen. Denn die Richtlinie kommt jedenfalls dann nicht zur Anwendung, wenn lediglich Betriebsmittel übertragen werden, die nicht organisatorisch miteinander verknüpft sind.

*Björn Vollmuth,  
bvollmuth@mayerbrown.com*

#### **BAG: LEBENSPARTNER HABEN RENTENANSPRUCH**

Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft haben ebenso Anspruch auf betriebliche Hinterbliebenenrente wie Ehegatten. Das hat das BAG am 14. Januar 2009 entschieden (Az.: 3 AZR 20/07). Die Arbeitsrechtler widersprachen damit dem Bundesgerichtshof (BGH). Der hatte am 14. Februar 2007 (Az.: IV ZR 267/04) eine Bevorzugung heterosexueller Partnerschaften bei der Hinterbliebenenversorgung im öffentlichen Dienst „im Hinblick auf die Fortpflanzung und die Erziehung des eigenen Nachwuchses“ gestattet.

Geklagt hatte ein seit 2001 eingetragener Lebenspartner eines Mannes, der noch im selben Jahr verstorben war. Nach der Versorgungsordnung des Arbeitgebers des Verstorbenen konnten Witwen oder Witwer Hinterbliebenenrente beanspruchen, zu gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften fehlte eine Regelung.

Am 1. Januar 2005 trat ein Gesetz in Kraft, das gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern Zugang zur Hinterbliebenenversorgung in der gesetzlichen Rentenversicherung eröffnete. Daraufhin verlangte der Kläger betriebliche Hinterbliebenenrente vom ehemaligen Arbeitgeber seines verstorbenen Partners. Das Unternehmen lehnte ab, da der Kläger kein Witwer sei. Der Kläger berief sich darauf, er sei als Partner in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft wie ein Ehegatte zu behandeln. Der Ausschluss von der Rente diskriminiere ihn unzulässig wegen seiner sexuellen Orientierung.

Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos. Die Erfurter Richter wiesen sie aber nur deshalb ab, weil der Partner des Klägers 2001 starb, bevor hetero- und homosexuelle Paare in der gesetzlichen Rentenversicherung gleichgestellt waren.

Obwohl er die Klage im Ergebnis abweist, stellt der Ruhegeldsenat des BAG ausdrücklich klar, dass Hinterbliebene einer eingetragenen Lebenspartnerschaft Anspruch auf betriebliche Rente haben, wenn für Ehegatten eine entsprechende Regelung vorgesehen ist. Voraussetzung soll aber sein, dass nach dem Jahr 2004 ein „Rechtsverhältnis“ mit dem Versorgungsschuldner, also dem Arbeitgeber, bestand. Unklar bleibt, ob es ausreicht, dass der Arbeitnehmer am 1. Januar 2005 noch gelebt hat, oder ob er noch für den Versorgungsschuldner gearbeitet haben muss.

#### *Auswirkungen auf die betriebliche Praxis*

Die Entscheidung des BAG führt die jüngste Entwicklung der europäischen Rechtsprechung fort. Der EuGH hatte in der Rechtssache Maruko (Az.: C-267/07, HR-Update 2/2008) geurteilt, dass eingetragene Lebenspartner bei betrieblichen Renten mit Ehegatten gleichzustellen sind, wenn sie nach nationalem Recht mit Ehegatten vergleichbar sind. Wie von den meisten Experten erwartet, haben die obersten Arbeitsrichter dies jetzt ebenfalls entsprechend festgestellt.

Der BGH dürfte es angesichts dieser Entscheidung des BAG schwer haben, bei seiner Auffassung zu bleiben. Für Arbeitgeber, die ihren Arbeitnehmern und deren Hinterbliebenen Betriebsrente gewähren, bedeutet die Entscheidung des BAG, dass sie sich in Zukunft auf eine größere Anzahl an Versorgungsberechtigten einstellen müssen. Sie sollten – soweit noch nicht geschehen – bestehende Versorgungswerke um Regelungen zur gleichgeschlechtlichen Partnerschaft ergänzen. Interessant dürfte auch sein, wie sich die neuen Versorgungsberechtigten auf die Höhe des versicherungsmathematisch kalkulierten Verpflichtungsvolumens aus den Versorgungszusagen auswirken, da es hierfür bislang noch keine Rechnungsgrundlagen gibt.

*Dr. Nicolas Rössler,  
nroessler@mayerbrown.com*

#### **BGH: ZUM UMFANG DER HAFTUNG DES BISHERIGEN INHABERS FÜR BETRIEBLICHE VERSORGUNGSANWARTSCHAFTEN NACH EINEM BETRIEBSÜBERGANG**

Der BGH hatte sich im März dieses Jahres mit der Frage zu beschäftigen, welche Auswirkungen ein Betriebsübergang nach § 613a BGB auf die Haftung des Veräußerers für die Versorgungsanwartschaften der übergehenden Arbeitnehmer hat. Er hat hier die anerkannte Rechtslage bestätigt.

Geklagt hatte eine Reederei, die ab 1. Januar 2006 im Auftrag einer Universität die Bereederung eines Forschungsschiffes von der Beklagten übernommen hatte. In dem der Neubereederung vorausgegangen, europaweit durchgeführten Ausschreibungsverfahren, an dem sich Kläger und Beklagte beteiligt hatten, hatte die Universität darauf hingewiesen, dass im Wechsel des Bereeders ein Betriebsübergang nach § 613a BGB gesehen werden könne. Sie forderte die Bieter auf, bei ihrem Angebot alternativ zwei Angebote zu machen, wobei bei einem die Anwendung des § 613a BGB in der Kalkulation zu berücksichtigen sei. Die Klägerin bekam den Zuschlag und verlangte anschließend von der Beklagten, sie (die Klägerin) von den Verpflichtungen aus den Altersversorgungszusagen für die Zeit vor dem Betriebsübergang freizustellen.

Der BGH wies die Klage als unzulässig zurück, da die Frage, wer für Versorgungsanwartschaften im Rahmen eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB haftet, wenn dieser im Wege der Auftragsnachfolge nach Ausschreibung erfolgt, nicht klärungsbedürftig sei.

In der Rechtsprechung des BAG sei geklärt, dass der frühere Betriebsinhaber, wenn vor dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs für Arbeitnehmer Versorgungsanwartschaften begründet worden sind, nach § 613a Abs. 2 Satz 1 BGB nur für die Betriebsrentenansprüche haftet, die innerhalb eines Jahres nach dem Betriebsübergang fällig werden. Um derartige Ansprüche ging es vorliegend aber nicht. Der Kläger blieb also in der Haftung.

#### *Auswirkungen auf die betriebliche Praxis*

Die Entscheidung ist ein schönes Beispiel dafür, dass Versorgungsanwartschaften in Betriebsübergangsszenarien stets im Auge behalten werden müssen. Aus den gesetzlichen Folgen des § 613a BGB ergibt sich nämlich nicht nur eine Haftung des Erwerbers für den zukünftig zu erwerbenden Teil der Versorgung (sogenannter future service), sondern für die gesamte Anwartschaft aus der Versorgungszusage, einschließlich des bereits in der Vergangenheit erdienten Teils, des sogenannten past service. Da dies – wie vorliegend – häufig nicht im wirtschaftlichen Interesse des Käufers ist, müssen diese Folgen vertraglich aufgefangen werden.

In diesem Zusammenhang ist auch eine Entscheidung des BAG vom 9. Dezember 2008 interessant, in der das BAG erneut klargestellt hat, dass auch die Insolvenz des Betriebsveräußerers und damit der Übergang der past service Verpflichtungen auf den Pensionssicherungsverein nichts am Eintritt des Erwerbers in die Versorgungszusagen ändert.

*Dr. Nicolas Rößler,  
nroessler@mayerbrown.com*

## Aktuelle Fragen

### KEINE PAUSCHALE KAPPUNG VON MANAGERGEHÄLTERN: WELCHE RECHTLICHEN AUSWIRKUNGEN HAT DIE INANSPRUCHNAHME DES STAATLICHEN FINANZMARKTRETTUNGSPAKETS AUF DIE VERGÜTUNGSSYSTEME DER BANK- UND FINANZINSTITUTE?

Als Reaktion auf die Finanzmarktkrise hat der Gesetzgeber im Eilverfahren den historisch dimensionierten Finanzmarktstabilisierungsfonds errichtet. Unternehmen des Finanzsektors können eine Reihe von Hilfsmaßnahmen aus den Mitteln des Fonds beantragen. Ein Rechtsanspruch auf diese Hilfen besteht nicht. Vielmehr kann und soll ihre Gewährung von Auflagen und Bedingungen abhängig gemacht werden. Einzelheiten ergeben sich aus der von der Bundesregierung am 20. Oktober 2008 erlassenen Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung (FMStFV). Bereits im Vorfeld hat die Politik besonders betont, dass das staatliche Rettungspaket nur solchen Unternehmen zugute kommen solle, in deren Führungsetagen „Gehaltsexzesse“ und Vergütungspakete in „obszöner“ Höhe ausgeschlossen sind. Für Unternehmen, die an Stabilisierungsmaßnahmen aus dem Hilfsfonds interessiert sind, empfiehlt sich eine differenzierte Betrachtung.

Zunächst ist festzustellen, dass die sich auf die Managervergütung beziehenden Vorgaben der FMStFV nicht für die gesamte Palette der Hilfsmaßnahmen gelten. Soweit es etwa um eine Hilfsmaßnahme in Form einer Kapitalbeteiligung geht, soll dem beantragenden Unternehmen lediglich eine Überprüfung der Nachhaltigkeit seiner Geschäftspolitik aufgegeben werden. Zwar können weitere Auflagen und Bedingungen durch die Finanzmarktstabilisierungsanstalt im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens aufgestellt werden.

Doch ist eine Überprüfung oder gar Anpassung der Managervergütung im Zusammenhang mit der Gewährung einer solchen Rekapitalisierungsmaßnahme nicht vorgegeben.

Geht es den Hilfe suchenden Unternehmen dagegen um Garantie- oder Risikoübernahmen durch den Fonds, wird dies von der Überprüfung und gegebenenfalls Anpassung des Vergütungssystems und der Vergütungsbestandteile abhängig gemacht. Die Anforderungen, die das Unternehmen insoweit erfüllen muss, können durch öffentlich-rechtlichen Vertrag, durch eine Selbstverpflichtung des Unternehmens oder durch Verwaltungsakt festgelegt werden. Inhaltlich sind dabei allerdings Grenzen gesetzt. Zum einen müssen die Bedingungen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Zum anderen kann von dem Unternehmen eine eventuelle Revision der Managervergütung nur im Rahmen der allgemeinen zivilrechtlichen Möglichkeiten gefordert werden. Diese werden durch die neuen Regelungen nicht erweitert.

#### *Auswirkungen auf die betriebliche Praxis*

Um die nach der FMStFV vorgegebene Auflage zur Begrenzung der Vergütungshöhe auf ein angemessenes Maß zu erfüllen, müssen die rechtlichen Möglichkeiten im Einzelfall geprüft werden. Erhält beispielsweise ein Vorstandsmitglied ein Gehalt, das die in der Verordnung als Angemessenheitsschwelle genannten EUR 500.000 im Jahr übersteigt, muss überlegt werden, welche Kappungsmöglichkeiten bestehen. Immer möglich ist selbstverständlich eine Reduzierung der Bezüge durch Einigung mit dem Vorstandsmitglied. Weigert sich das Vorstandsmitglied, der Herabsetzung seiner Vergütung zuzustimmen, wird dies eine außerordentliche Kündigung nur in Ausnahmefällen rechtfertigen. Ein dafür erforderlicher wichtiger Grund setzt voraus, dass dem Unternehmen die Fortsetzung des Anstellungsvertrags zu den alten Bedingungen unter Abwägung der relevanten Interessen unzumutbar ist. Hier ist zu bedenken, dass das Unternehmen gemäß § 87 Abs. 2 AktG zur Herabsetzung der Vorstandsbezüge berechtigt ist, wenn die Weitergewährung sich aufgrund einer nachträglichen Verschlechterung der Verhältnisse der Gesellschaft als schwere Unbilligkeit darstellen würde. Die Anforderungen an einen solchen Befund sind hoch und in jedem Einzelfall zu prüfen. Zudem wird man nach den

Vorgaben der FMStFV nicht davon auszugehen haben, dass die Weigerung des Vorstandsmitglieds zur einvernehmlichen Herabsetzung seiner Vergütung zwingend zum Ausschluss von den staatlichen Hilfsmitteln führt. Auch hinsichtlich freiwilliger Boni, erfolgsabhängiger Vergütungsbestandteile, Abfindungen oder der Anreizwirkungen des Vergütungssystems insgesamt, sind auf der Grundlage der Verordnung keine Auflagen zu erwarten, die über das Maß dessen hinaus gehen, was von verantwortungsvollem Management in einer Krisensituation ohnehin zu erwarten wäre.

*Dr. Guido Zeppenfeld,  
gzeppenfeld@mayerbrown.com*

#### **WAS IST EIGENTLICH: DAS DRITTELBETEILIGUNGSGESETZ?**

Das Drittelbeteiligungsgesetz ist das in Deutschland am häufigsten anwendbare Gesetz zur Unternehmensmitbestimmung, also zur Beteiligung von Arbeitnehmern an unternehmerischen Entscheidungen. Das Gesetz gilt für Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit sowie Genossenschaften, sofern diese Gesellschaften in der Regel 500 bis 2.000 Arbeitnehmer beschäftigen. In sehr wenigen im Gesetz aufgezählten Fällen erfasst das Drittelbeteiligungsgesetz auch Unternehmen mit weniger als 500 Arbeitnehmern. Entscheidend ist also in aller Regel die Richtgröße von 500 Arbeitnehmern.

Wächst eine GmbH über diese Größe, muss ein Aufsichtsrat gebildet werden bzw. die Sitzverteilung im Aufsichtsrat geändert werden. Dieser Aufsichtsrat muss zu einem Drittel von Arbeitnehmervertretern besetzt werden. Die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder muss in einem solchen Fall also stets durch drei teilbar sein. Die Aufgaben des Aufsichtsrats entsprechen im Wesentlichen den Aufgaben eines Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft. Eine wichtige Ausnahme hiervon besteht aber: Die Kompetenz zur Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers und zum Abschluss und zur Auflösung von dessen Anstellungsvertrag verbleibt bei der Gesellschafterversammlung.

Oft wollen Unternehmen die Arbeitnehmer auf mehrere Konzerngesellschaften aufteilen, um die Anwendung des Drittelbeteiligungsgesetzes zu vermeiden. Dies hilft nicht immer. Im Konzernverbund können Arbeitnehmer von abhängigen Unternehmen nämlich für die Zwecke der Anwendbarkeit des Drittelbeteiligungsgesetzes dem herrschenden Unternehmen zuzurechnen sein. Ist dies der Fall und haben das abhängige und das beherrschte Unternehmen gemeinsam mehr als 500 Arbeitnehmer, findet das Drittelbeteiligungsgesetz bei dem herrschenden Unternehmen Anwendung. Voraussetzung hierfür ist aber, – anders als beispielweise für die Zurechnung aufgrund des Mitbestimmungsgesetzes – dass zwischen Ober- und Untergesellschaft ein Beherrschungsvertrag besteht oder das abhängige Unternehmen in das herrschende Unternehmen im Sinne des § 319 AktG eingegliedert ist.

*Dr. Nicolas Rößler,  
nroessler@mayerbrown.com*

Ihre Ansprechpartner in der Praxisgruppe Human Resources/Employment Benefits:



**Dr. Guido Zeppenfeld, LL.M.\***  
**Partner**

T: +49 69 79 41 1701  
gzeppenfeld@mayerbrown.com



**Anna Baumeister**  
**Associate**

T: +49 221 57 71 2231  
abaumeister@mayerbrown.com



**Annette Knoth, MBA\***  
**Counsel**

T: +49 69 79 41 2231  
aknoth@mayerbrown.com



**Uta Brambosch**  
**Associate**

T: +49 69 79 41 2241  
ubrambosch@mayerbrown.com



**Dr. Nicolas Rößler, LL.M.**  
**Associate**

T: +49 69 79 41 2241  
nroessler@mayerbrown.com



**Björn Vollmuth\***  
**Associate**

T: +49 69 79 41 2231  
bvollmuth@mayerbrown.com



**Tim Wybitul\***  
**Associate**

T: +49 69 79 41 2231  
twybitul@mayerbrown.com

\* auch Fachanwalt für Arbeitsrecht

## About Mayer Brown

Mayer Brown is a leading global law firm with offices in major cities across the Americas, Asia and Europe. We have approximately 1,000 lawyers in the Americas, 300 in Asia and 500 in Europe. Our presence in the world's leading markets enables us to offer clients access to local market knowledge combined with global reach.

We are noted for our commitment to client service and our ability to assist clients with their most complex and demanding legal and business challenges worldwide. We serve many of the world's largest companies, including a significant proportion of the Fortune 100, FTSE 100, DAX and Hang Seng Index companies and more than half of the world's largest investment banks. We provide legal services in areas such as Supreme Court and appellate; litigation; corporate and securities; finance; real estate; tax; intellectual property; government and global trade; restructuring, bankruptcy and insolvency; and environmental.

### OFFICE LOCATIONS

#### AMERICAS

- Charlotte
- Chicago
- Houston
- Los Angeles
- New York
- Palo Alto
- São Paulo
- Washington

#### ASIA

- Bangkok
- Beijing
- Guangzhou
- Hanoi
- Ho Chi Minh City
- Hong Kong
- Shanghai

#### EUROPE

- Berlin
- Brussels
- Cologne
- Frankfurt
- London
- Paris

#### ALLIANCE LAW FIRMS

- Mexico, Jáuregui, Navarrete y Nader
- Spain, Ramón & Cajal
- Italy and Eastern Europe, Tonucci & Partners

Please visit [www.mayerbrown.com](http://www.mayerbrown.com) for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices.

© 2009. Mayer Brown LLP, Mayer Brown International LLP, and/or JSM. All rights reserved.

Mayer Brown LLP is a limited liability partnership established under the laws of the State of Illinois, U.S.A.

This Mayer Brown LLP publication provides information and comments on legal issues and developments of interest to our clients and friends. The foregoing is not a comprehensive treatment of the subject matter covered and is not intended to provide legal advice. Readers should seek specific legal advice before taking any action with respect to the matters discussed herein.