



Employment & Benefits

Entwicklungen und Entscheidungen

- 2 **Gesetzesvorhaben**
- 2 Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes
- 4 Neue Vergütungsregeln für Banken und Versicherungen

- 8 **Rechtsprechung**
- 8 BAG: Nichteinhaltung der Kündigungsfrist und Klagefrist nach dem Kündigungsschutzgesetz
- 9 BAG: Ende der Tarifeinheit
- 10 BAG: Anpassung laufender Leistungen der betrieblichen Altersversorgung im Konzern
- 12 BAG: Statistik als Indiz für Diskriminierung
- 13 Kündigungen wegen zu Lasten des Arbeitgebers begangener Vermögensdelikte – die Rechtsprechung des BAG im Fall „Emmely“ und ihre Auswirkungen

- 15 **Aktuelle Frage:**
Möglichkeiten des Arbeitgebers zur Entgeltflexibilisierung

- 18 **Was sind eigentlich ...**
... „personenbezogene Daten“?



Dr. Guido Zeppenfeld, LL.M.
Partner
T: +49 69 79 41 1701
gzeppenfeld@mayerbrown.com



Dr. Nicolas Rößler, LL.M.
Partner
T: +49 69 79 41 2241
nroessler@mayerbrown.com



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



Boris A. Blunck
Associate
T: +49 69 79 41 2231
bblunck@mayerbrown.com

Gesetzesvorhaben

ENTWURF EINES GESETZES ZUR REGELUNG DES BESCHÄFTIGTEN- DATENSCHUTZES

Inhalt des Gesetzes

Am 25. August 2010 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Gesetzes zum Beschäftigtendatenschutz vorgestellt. Dieser sieht vor, dass der erst vor einem Jahr hastig eingeführte § 32 BDSG, der derzeit die zentrale Norm des Arbeitnehmerdatenschutzes ist, durch die neuen §§ 32, 32a – 32l BDSG ersetzt bzw. ergänzt werden soll. Das Kabinett hat sich dabei zum Ziel gesetzt, die typischerweise in der beruflichen Praxis vorkommenden Fragen einer Lösung zuzuführen und vorhandene Schutzlücken zu schließen. Gleichzeitig soll das Gesetz einen angemessenen Ausgleich schaffen zwischen den Interessen der Arbeitnehmer am Schutz ihrer personenbezogenen Daten und dem Interesse der Arbeitgeber an einer effektiven Compliance-Organisation.

Die zentralen Punkte der geplanten Neuregelung des Beschäftigtendatenschutzes sind:

Datenerhebung vor Begründung des Beschäftigungsverhältnisses

Das Fragerecht des Arbeitgebers, zu dem es umfangreiche Kasuistik gibt, soll nunmehr gesetzlich geregelt werden. Der Arbeitgeber darf danach von dem Bewerber neben den Kontaktdaten (Name, Anschrift, Telefonnummer, E-Mail-Adresse) nur noch diejenigen Angaben in Erfahrung bringen, die nötig sind, um die Eignung des Bewerbers für die fragliche Tätigkeit zu ermitteln.

Angesichts der Skandale um Facebook und StudiVZ in der jüngeren Vergangenheit schlägt das Kabinett auch eine Regelung zu Internetrecherchen des

Arbeitgebers vor. Danach darf sich der Arbeitgeber im Internet anhand öffentlich zugänglicher Informationen über den Bewerber informieren, sofern er ihn im Vorfeld hierüber informiert. Auf soziale Netzwerke darf er jedoch nur zugreifen, sofern diese gerade der Darstellung der beruflichen Qualifikationen dienen (z. B. Xing, Linked In). Steht bei dem Netzwerk hingegen der private, kommunikative Aspekt im Vordergrund, ist es für Arbeitgeber tabu.

Anfragen zu einem Bewerber bei einem Dritten, etwa dem früheren Arbeitgeber, sollen künftig nur noch mit der Einwilligung des Bewerbers möglich sein. Dem liegt die Forderung zugrunde, dass Daten vorrangig bei dem Betroffenen selbst zu erheben sind.

Gesundheitsprüfungen vor der Einstellung sind zulässig, falls die Erfüllung bestimmter gesundheitlicher Voraussetzungen wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt und der Bewerber in die Untersuchung einwilligt. Die Untersuchung muss von einem Arzt durchgeführt werden. Dieser darf dem Arbeitgeber nur mitteilen, ob der Bewerber geeignet ist oder nicht; die detaillierte Diagnose darf er nicht offenlegen.

Datenerhebung im laufenden Beschäftigungsverhältnis

Im laufenden Beschäftigungsverhältnis gilt der Grundsatz, dass eine Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung nur erfolgen darf, falls und soweit dies zur Durchführung, Beendigung oder Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist und keine Sonderregelungen bestehen. Eine Datenerhebung zu Zwecken der Leistungs- und Verhaltenskontrolle wird dabei ausdrücklich als erforderlich anerkannt.

Bekämpfung von Straftaten und sonstigen

Pflichtverletzungen

Um Straftaten oder schwerwiegende Pflichtverletzungen aufzudecken, soll ein automatisierter Abgleich von Beschäftigtendaten in anonymisierter oder pseudonymisierter Form zulässig sein. Nur wenn sich auf diese Weise ein konkreter Verdacht ergibt, dürfen die Daten personalisiert, also bestimmten Personen zugeordnet werden. Der Arbeitgeber muss die Umstände eines solchen Datenabgleichs dokumentieren. Ferner muss er die betroffenen Personen nach dem Abgleich darüber informieren.

Ohne Kenntnis des Betroffenen darf der Arbeitgeber Beschäftigtendaten im Übrigen nur erheben, wenn ein konkreter Verdacht besteht, dass der Beschäftigte im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat oder andere schwerwiegende Pflichtverletzung begangen hat. Die Erhebung der Daten muss erforderlich sein, um die Taten aufzudecken oder weitere damit zusammenhängende Taten zu verhindern. Unzulässig ist jedoch eine planmäßig angelegte Überwachung, die länger als 24 Stunden ohne Unterbrechung oder an mehr als vier Tagen stattfinden soll, oder bei der technische Mittel zum Abhören oder Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes oder sonstige besondere technische Observationsmittel eingesetzt werden (ausgenommen sind Ferngläser und Fotoapparate).

Daten aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung (z. B. der Privatwohnung) dürfen in keinem Fall erhoben, verwendet oder genutzt werden.

Videoüberwachung

Eine heimliche Videoüberwachung ist ausdrücklich verboten. Vielmehr hat der Arbeitgeber den Umstand der Videoüberwachung durch geeignete Maßnahmen kenntlich zu machen. Unter der Voraussetzung, dass keine schutzwürdigen Interessen der Betroffenen entgegenstehen, soll eine offene Videoüberwachung insbesondere aus Gründen der Zutrittskontrolle, zum Schutz des Eigentums, zur Sicherheit der Beschäftigten und zur Qualitätskontrolle zulässig sein. Ausgeschlossen ist die Überwachung von Räumen, die überwiegend der privaten Lebensgestaltung der Beschäftigten dienen, wie Umkleide- und Schlafräume.

Ortungssysteme

Die Erhebung von Beschäftigtendaten durch Ortungssysteme wie etwa GPS ist nur während der Arbeits- und Bereitschaftszeiten zur Sicherheit des Beschäftigten oder zur Koordinierung des Einsatzes des Beschäftigten zulässig. Ferner muss der Arbeitgeber den Einsatz eines solchen Systems für den Beschäftigten erkennbar machen und der Verwendung dürfen keine überwiegenden schutzwürdigen Interessen des Beschäftigten entgegenstehen.

Überwachung der Telefon-, E-Mail- und Internetnutzung

Der Arbeitgeber darf zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen technischen Betriebs, zu Abrechnungszwecken sowie zu Zwecken der Leistungs- und Verhaltenskontrolle die Nutzung von Telekommunikationsdiensten am Arbeitsplatz im erforderlichen Maß kontrollieren, sofern die Dienste ausschließlich zu beruflichen Zwecken genutzt werden dürfen. Die Inhalte von Telefonaten sollen jedoch einem besonderen Schutz unterliegen.

Der Gesetzesentwurf enthält keine Regelung für den in der Praxis so häufigen Fall, dass die private Nutzung von Telekommunikationsdiensten am Arbeitsplatz erlaubt oder zumindest geduldet ist. Es bleibt insofern bei der geltenden, für Arbeitgeber ungünstigen Rechtslage nach dem Telekommunikationsgesetz.

Betriebsvereinbarungen, Einwilligung des Betroffenen

Der Gesetzesentwurf stellt klar, dass Betriebsvereinbarungen als „andere Rechtsvorschriften“ im Sinne des § 4 BDSG grundsätzlich eine Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten rechtfertigen können. Allerdings darf in Betriebsvereinbarungen nach dem Willen des Kabinetts nicht zuungunsten der Beschäftigten von den Vorschriften des Beschäftigtendatenschutzes abgewichen werden.

Die Wirksamkeit einer Einwilligung eines Arbeitnehmers in die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung seiner personenbezogenen Daten wird vielfach in Frage gestellt, da angesichts des Subordinationsverhältnisses gegenüber dem Arbeitgeber nicht von der Freiwilligkeit einer solchen Einwilligung auszugehen sei. Diese Bedenken hat das Kabinett aufgegriffen. Es will die Einwilligung von Arbeitnehmern abweichend von § 4 BDSG künftig nur noch in ausdrücklich geregelten Einzelfällen zulassen (z. B. für die Durchführung ärztlicher Untersuchungen).

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis

Der Gesetzesentwurf lässt an vielen Stellen eine Besinnung auf die Grundsätze erkennen, die ohnehin im Datenschutzrecht verankert sind. So wird nunmehr auch für den Beschäftigtendatenschutz ausdrücklich hervorgehoben, dass die Erhebung der Daten unmittelbar bei dem Betroffenen zu erfolgen hat, dass so wenig personenbezogene Daten wie möglich erhoben, verarbeitet oder genutzt werden sollen (Datenvermeidung und Datensparsamkeit), und dass nicht mehr benötigte Daten unverzüglich zu löschen sind. Dabei wurde in weiten Teilen die bisherige Rechtsprechung oder die vorherrschende Auffassung in der juristischen Literatur in Gesetzesform gegossen. Gleichwohl geht der Gesetzesentwurf teilweise über die bestehende Rechtslage hinaus und die sich daraus für die betriebliche Praxis ergebenden Risiken für Arbeitgeber sind größer als bisher. Die Forderung nach mehr Transparenz für die Beschäftigten führt im Ergebnis zu einem erhöhten administrativen Aufwand auf Seiten der Arbeitgeber. So sieht der Gesetzesentwurf 18 neue Informationspflichten gegenüber den Beschäftigten vor. Hinzu kommt, dass der Gesetzesentwurf im Gegensatz zum derzeitigen § 32 BDSG zwar eine größere Detailtiefe aufweist und damit potenziell anwenderfreundlicher ist. Aufgrund der unsystematischen Struktur, der zahlreichen Querverweise und der häufigen Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sind in der betrieblichen Praxis jedoch Schwierigkeiten vorprogrammiert.

Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften sowie der Hauptverband des deutschen Einzelhandels kritisieren den Entwurf gleichermaßen, wenngleich naturgemäß aus unterschiedlichen Blickwinkeln. Größter Streitpunkt ist dabei die Videoüberwachung. Gewerkschaften und Linkspartei befürchten eine permanente Überwachung unter dem Vorwand der Qualitätssicherung. Den Arbeitgeberverbänden sind die Voraussetzungen für eine Videoüberwachung dagegen zu streng. Die Bekämpfung von Korruption und sonstigen Straftaten werde unangemessen erschwert.

Am 5. November 2010 nahm der Bundesrat zu dem Gesetzesentwurf des Beschäftigtendatenschutzgesetz Stellung. Dabei kritisierte er insbesondere die Unverständlichkeit der Bestimmungen für einen juristischen Laien. Aber auch inhaltlich sieht der Bundesrat Verbesserungsbedarf. So muss aus seiner Sicht klar geregelt sein, dass auch die Überwachung von

Pausen- und Ruheräumen unzulässig ist. Zudem solle festgelegt werden, dass der Arbeitgeber personenbezogene Daten, welche er im Rahmen von anderen mit seinen Arbeitnehmern geschlossenen Verträgen (Kaufverträge, Darlehen) erhebt, nicht für Zwecke des Arbeitsverhältnisses verarbeitet und genutzt werden. Außerdem forderte der Bundesrat die Bundesregierung auf, die Datenschutzregeln mit bankenaufsichtsrechtlichen Vorschriften in Einklang zu bringen und Fragen des Konzerndatenschutzes auf EU-Ebene zu regeln. Angesichts dessen ist davon auszugehen, dass der Gesetzesentwurf Änderungen erfahren wird.

Björn Vollmuth

NEUE VERGÜTUNGSREGELN FÜR BANKEN UND VERSICHERUNGEN

Einführung

Vergütungssysteme von Kreditinstituten, die falsche Anreize gesetzt haben, gelten landläufig als eine der Hauptursachen der Finanz- und Wirtschaftskrise. Im Rahmen der allgemeinen Bankenregulierung hat der Gesetzgeber deshalb nach dem Gesetz zur Angemessenheit von Vorstandsvergütungen, das bereits im September 2009 in Kraft getreten ist, nunmehr ein weiteres Regelwerk erlassen, das sicherstellen soll, dass die Vergütung in Kreditinstituten künftig angemessen ist.

Das Gesetz und die Verordnungen

Das „Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen“ (VergAnfG) ist am 27. Juli 2010 in Kraft getreten. Es wird ergänzt durch die „Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten (Instituts-Vergütungsverordnung)“, die am 12. Oktober 2010 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde und die am 6. Oktober 2010 verkündete „Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme im Versicherungsbereich“. Beide Verordnungen sind am Tag nach der Verkündung in Kraft getreten.

Der Wortlaut der Verordnungen ist auf der Webseite der BaFin einsehbar.

Die neuen Vergütungsregeln für Banken und Versicherungen sollen Geschäftsleiter (§ 1 Abs. 2 KWG) und Mitarbeiter im Finanzsektor sowie Aufsichtsratsmitglieder von Versicherungsunternehmen hinsichtlich ihrer Vergütung neuen Regeln unterwerfen. Der Gesetzgeber setzt hiermit die vereinbarten Prinzipien und Standards des FSB (Financial Stability Board) aus 2009 um.

Das Gesetz ändert die Regeln des Risikomanagements von Banken und Versicherungen, nämlich § 25a KWG und § 64b VAG. Vergütungssysteme von Banken und Versicherungen, die in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, müssen (i) transparent, (ii) angemessen und (iii) auf eine nachhaltige Entwicklung des Unternehmens ausgerichtet sein. Einzelheiten werden in den zuvor genannten Verordnungen geregelt, die vom Bundesministerium der Finanzen erlassen worden sind.

Anwendungsbereich: von bedeutenden Instituten und anderen

Die neuen Regelungen gelten für die Vergütung von Geschäftsleitern von Kreditinstituten und Finanzdienstleistungsinstituten im Sinne des § 1 Abs. 1b KWG. Erfasst sind zudem Versicherungsunternehmen im Sinne des § 1 VAG und hier neben den Geschäftsleitern und Mitarbeitern auch Aufsichtsratsmitglieder. Die Neuregelungen gelten auch für Vergütungsansprüche aus Verträgen, die vor Inkrafttreten des VergAnfG geschlossen worden sind.

Einzelne Regelungen der Instituts-Vergütungsverordnung (§§ 5 bis 7) und der Versicherungs-Vergütungsverordnung (§ 4) gelten jedoch nur für Geschäftsleiter und Mitarbeiter sogenannter bedeutender Institute bzw. Versicherungsunternehmen, die hohe Risiken begründen können.

Bedeutend ist ein Institut im Sinne des KWG, wenn es in den letzten drei Geschäftsjahren im Durchschnitt eine Bilanzsumme von 10 Milliarden Euro oder mehr aufweist und eine eigenverantwortliche Risikoanalyse ergibt, dass das Institut nach Größe, Vergütungsstrukturen und Komplexität der Geschäftsaktivitäten bedeutend ist. Bei einer Bilanzsumme von 40 Milliarden Euro oder mehr wird vermutet, dass das Institut bedeutend ist.

Ob ein Versicherungsunternehmen ein „bedeutendes Unternehmen“ ist, richtet sich nach den folgenden Maßstäben:

- Unternehmen mit einer Bilanzsumme von mindestens 45 Milliarden Euro und Versicherungsunternehmen, die einer Versicherungsgruppe oder einem nach § 104o VAG festgestellten Finanzkonglomerat mit einer Bilanzsumme von mindestens 45 Milliarden Euro angehören, haben auf der Grundlage einer Risikoanalyse eigenverantwortlich festzustellen, ob sie bedeutend sind. Bei der Risikoanalyse sind insbesondere die Größe und Vergütungsstruktur sowie Art, Umfang, Komplexität, Risikogehalt und Internationalität der Geschäftstätigkeit zu beachten. Unternehmen, die einer Versicherungsgruppe oder einem nach § 104o VAG festgestellten Finanzkonglomerat angehören, haben bei der Analyse auch die Größe sowie Art, Umfang, Komplexität, Risikogehalt und Internationalität der Geschäftstätigkeit der Gruppe oder des Konglomerats zu beachten.
- Unternehmen mit einer Bilanzsumme von mindestens 90 Milliarden Euro und Unternehmen, die einer Versicherungsgruppe oder einem nach § 104o VAG festgestellten Finanzkonglomerat mit einer Bilanzsumme von mindestens 90 Milliarden Euro angehören, sind in der Regel als bedeutend anzusehen.
- Unternehmen mit einer Bilanzsumme von weniger als 45 Milliarden Euro und Unternehmen, die einer Versicherungsgruppe oder einem nach § 104o des Versicherungsaufsichtsgesetzes festgestellten Finanzkonglomerat mit einer Bilanzsumme von weniger als 45 Milliarden Euro angehören, gelten als nicht bedeutend.

Die Verordnungen sind nicht auf Vergütungen anzuwenden, die (i) durch Tarifvertrag oder (ii) im tariflichen Geltungsbereich durch Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien über die Anwendung der tarifvertraglichen Regelungen oder (iii) aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung vereinbart sind.

Wesentlicher Inhalt der Neuregelungen

Der wesentliche Inhalt der Neuregelungen lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Angemessenheit der Vergütung

Unter dem Begriff der Vergütung verstehen die Verordnungen *„sämtliche finanzielle Leistungen und Sachbezüge, gleich welcher Art, sowie Leistungen von Dritten, die ein Geschäftsleiter, eine Geschäftsleiterin, ein Mitarbeiter oder eine Mitarbeiterin im Hinblick auf seine oder ihre berufliche Tätigkeit bei dem Unternehmen erhält. Nicht als Vergütung gelten finanzielle Leistungen oder Sachbezüge, die von dem Unternehmen kraft einer allgemeinen, ermessensunabhängigen Regelung gewährt werden und keine Anreizwirkung zur Eingehung von Risiken entfalten, insbesondere Rabatte, betriebliche Versicherungs- und Sozialleistungen sowie bei Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung im Sinne des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch und zur betrieblichen Altersversorgung im Sinne des Betriebsrentengesetzes“*.

Ein Vergütungssystem ist danach *„eine unternehmensinterne Regelung zur Vergütung sowie deren tatsächliche Umsetzung und Anwendung durch das Unternehmen“*.

Vergütungssysteme sind angemessen auszugestalten (§ 25a Abs. 1 S. 1 KWG bzw. § 64b Abs. 1 VAG). Das ist nach den neuen Regeln dann der Fall, wenn die Ausgestaltung des Vergütungssystems Anreize zur Eingehung unverhältnismäßige Risiken vermeidet. Das wird dann angenommen, wenn eine signifikante Abhängigkeit des Mitarbeiters von der variablen Vergütung besteht. Ist der feste Bestandteil der Vergütung hoch genug, um den Mitarbeiter angemessen zu vergüten, dürfte eine solche Abhängigkeit abzulehnen sein.

Erweiterter Anwendungsbereich des § 87 AktG

Künftig müssen alle Kreditinstitute unabhängig von ihrer Rechtsform bei der Ausgestaltung der Vergütung für die Geschäftsleitung die in § 87 AktG geregelten Grundsätze für die Bezüge von Vorstandsmitgliedern beachten. Insbesondere müssen also variable Vergütungsbestandteile eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben; für außerordentliche Entwicklungen soll eine Begrenzungsmöglichkeit vereinbart werden.

Wahrung der Überwachungsfunktion

Nach § 3 Abs. 3, 2. Hs. der Instituts-Versorgungsverordnung sind Vergütungssysteme angemessen ausgestaltet, wenn sie der Überwachungsfunktion der Kontrolleinheiten nicht zuwiderlaufen. Hiermit sind Abteilungen wie die interne Revision, ein Risikocontrolling oder Compliance-Einheiten gemeint.

Die variable Vergütung der Arbeitnehmer in diesen Abteilungen muss sich nach anderen Parametern bemessen als die variable Vergütung der Arbeitnehmer in den überwachten operativen Bereichen. Eine erfolgreiche Kontrolle kann nicht gleichbedeutend mit einem erfolgreichen operativen Ergebnis sein.

Formvorschriften für Vergütungssysteme in Versicherungsunternehmen

Die Vergütung, die Geschäftsleiter und Geschäftsleiterinnen für ihre berufliche Tätigkeit bei einem Versicherungsunternehmen erhalten, muss abschließend im Anstellungsvertrag festgelegt werden. Der Anstellungsvertrag und spätere Änderungen bedürfen der Schriftform.

Die Vergütung für die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied muss abschließend durch Satzung oder durch Beschluss der Hauptversammlung beziehungsweise der obersten Vertretung festgelegt sein.

Sicherung der Eigenkapitalausstattung der Institute

Gemäß § 4 der Instituts-Versorgungsverordnung darf der Gesamtbetrag der variablen Vergütung von Geschäftsleitern, Geschäftsleiterinnen, Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen nicht die Fähigkeit des Instituts einschränken, eine angemessene Eigenmittelausstattung dauerhaft aufrechtzuerhalten oder wieder herzustellen. Eng hiermit verknüpft ist die neue und erweiterte Befugnis der BaFin, die Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile zu begrenzen oder ganz zu untersagen.

Die Vorschrift des § 45 Abs. 1a KWG regelt, dass die Institute diese Untersagungs- bzw. Beschränkungsbezugnis der BaFin in den Anstellungsverträgen abbilden müssen. Diese Vorgaben, die auch bereits bestehende Verträge erfassen, führen in der Praxis zu erheblichen Umsetzungsschwierigkeiten.

Vergütungssysteme bedeutender Institute und bedeutender Unternehmen

Wie zuvor unter „Anwendungsbereich“ dargestellt, finden bestimmte Regelungen der Verordnungen nur Anwendung auf Vergütungssysteme bedeutender Institute und bedeutender Unternehmen.

Vergütungssysteme für Geschäftsleiter und Geschäftsleiterinnen bedeutender Institute und Vergütungssysteme dieser Institute für solche Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, deren Tätigkeiten einen wesentlichen Einfluss auf das Gesamtrisikoprofil haben,

- dürfen keine garantierten Bonuszahlungen vorsehen,
- müssen einen Einbehalt von wenigstens 40 Prozent der variablen Vergütung und dessen Auszahlung über wenigsten drei Jahre vorsehen, wobei die Hälfte des verzögert ausgezahlten Bestandteils von der nachhaltigen Entwicklung des Instituts abhängen muss,
- müssen den Gesamterfolg des Instituts, den Erfolgsbeitrag der entsprechenden Organisationseinheit und den individuellen Erfolgsbeitrag berücksichtigen.

Für die variable Vergütung von Geschäftsleitern und Geschäftsleiterinnen bedeutender Versicherungsunternehmen und für die variable Vergütung von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen dieser Unternehmen, deren Tätigkeiten einen wesentlichen Einfluss auf das Gesamtrisikoprofil hat, gilt:

- Neben dem Gesamterfolg des Unternehmens bzw. der Gruppe und dem Erfolgsbeitrag der Organisationseinheit ist auch der individuelle Erfolgsbeitrag zu berücksichtigen.
- Es sind solche unternehmensbezogenen Vergütungsparameter zu verwenden, die dem Ziel eines nachhaltigen Erfolgs Rechnung tragen.
- Es ist sicherzustellen, dass mindestens 40 Prozent nicht vor dem Ablauf eines Zurückbehaltungszeitraums von drei Jahren ausbezahlt werden.

Haftung der Geschäftsleiter und Aufsichtsorgane

Nach § 3 beider Verordnungen ist die Geschäftsleitung für die angemessene Ausgestaltung der Vergütungssysteme der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen verantwortlich. Das bedeutet, dass die Geschäftsleiter gegenüber dem Institut bzw. dem Versicherungsunternehmen persönlich haften, falls durch ein unangemessenes Vergütungssystem ein Schaden entsteht. Spiegelbildlich gilt dies für die Haftung der Mitglieder der Verwaltungs- und Aufsichtsorgane, die für die Ausgestaltung der Vergütungssysteme der Geschäftsleitung verantwortlich sind.

Arbeitsrechtliche Umsetzung der Änderungen

Der Arbeitgeber muss die Voraussetzungen an die Vergütungssysteme umsetzen, um seiner Pflicht aus dem KWG oder VAG nachzukommen. Diese Umsetzung geschieht nicht durch Gesetz, so dass eine Vertragsänderung einvernehmlich vorgenommen oder notfalls erzwungen werden muss.

Strebt das Institut keine Vertragsänderung an, so ist die BaFin zur Untersagung der Auszahlung bestimmter Vergütungsbestandteile oder Beschränkung auf einen bestimmten Anteil befugt. Eine tarifliche Vergütung bleibt jedoch unantastbar und kann nicht durch die BaFin beschränkt werden. Außerdem muss das Institut dem Eingriffsrecht der BaFin Rechnung tragen und künftig entsprechende Änderungsvorbehalte in die Anstellungsverträge aufnehmen sowie bestehende Verträge anpassen.

Gelingt die Anpassung nicht, was ohne weiteres denkbar ist, kann aus der vertraglichen Regelung gleichwohl kein Anspruch geltend gemacht werden. Das bedeutet jedoch nicht, dass das Institut keine Vertragsänderung anstreben muss. Der Versuch der Vertragsanpassung und die Information des Angestellten über die bestehenden Eingriffsbefugnisse der Aufsichtsbehörde sollten in jedem Falle dokumentiert werden.

Dr. Guido Zeppenfeld, Dr. Nicolas Rößler

Rechtsprechung

BAG: NICHEINHALTUNG DER KÜNDIGUNGSFRIST UND KLAGEFRIST NACH DEM KÜNDIGUNGSSCHUTZGESETZ

Inhalt der Entscheidung

Der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts (BAG) hat durch Urteil vom 1. September 2010 (5 AZR 700/09) entschieden, dass im Falle einer arbeitgeberseitig erklärten ordentlichen Kündigung der betroffene Arbeitnehmer auch die Nichteinhaltung der objektiven Kündigungsfrist innerhalb der dreiwöchigen Klagfrist des § 4 Satz 1 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) geltend machen muss, wenn sich die mit zu kurzer Frist ausgesprochene Kündigung nicht als solche mit der rechtlich gebotenen Frist auslegen lässt.

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall war das seit 1. August 1995 bestehende Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 22. April 2008 von der beklagten Arbeitgeberin zum 31. Juli 2008 gekündigt worden. Im November 2008 erhob der Kläger Klage auf Zahlung von Verzugslohn für die Monate August und September 2008. Zur Begründung führte er aus, dass die Kündigungsfrist aus verschiedenen Gründen falsch berechnet worden und sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht bereits zum 31. Juli 2008 beendet worden sei. Nachdem das erstinstanzlich mit der Sache befasste Arbeitsgericht Stralsund die Klage abgewiesen hatte, war die hiergegen eingelegte Berufung des Klägers vor dem Landesarbeitsgericht (LAG) Mecklenburg-Vorpommern erfolgreich. Die Entscheidung des LAG Mecklenburg-Vorpommern wurde nun allerdings aufgrund der Revision der Beklagten vom BAG aufgehoben.

Das der Klage stattgebende LAG Mecklenburg-Vorpommern hatte zwar richtig erkannt, dass die für den Kläger geltende Kündigungsfrist von der Beklagten falsch berechnet worden war, da diese tatsächlich vier Monate zum Monatsende betrug und somit die Kündigung zum 31. August 2008 hätte erfolgen müssen. Nach Auffassung des BAG war die Klage dennoch abzuweisen, weil der Kläger die Frist des § 4 Satz 1 KSchG nicht eingehalten hatte.

Nach dieser Vorschrift hat die Geltendmachung der fehlenden sozialen Rechtfertigung einer Kündigung oder ihrer Rechtsunwirksamkeit aus anderen Gründen innerhalb einer Frist von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung durch Klageerhebung zu erfolgen. Wird diese Frist versäumt, gilt die Kündigung gemäß § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam.

Nach der Rechtsprechung des 2. und des 6. Senats des BAG kommt es im Falle einer Kündigung mit falsch berechneter Kündigungsfrist auf die Einhaltung der Frist des § 4 Satz 1 KSchG grundsätzlich nicht an, weil eine mit zu kurzer Frist ausgesprochene Kündigung im absoluten Regelfall dahingehend auszulegen sei, dass die Kündigung zum nächstmöglichen Termin beabsichtigt sei.

In dem aktuellen Urteil des 5. Senats des BAG wurde die Möglichkeit einer solchen Auslegung jedoch verneint. Die Beklagte habe ausdrücklich zum 31. Juli 2008 gekündigt. Auch eine Umdeutung im Sinne des § 140 BGB sei nicht möglich: Diese erfordere ein nichtiges Rechtsgeschäft, was in diesem Falle nur die Kündigung sein könne. Diese sei aber wegen der Fiktionswirkung des § 7 KSchG nicht nichtig, sondern vielmehr als von Anfang an wirksam anzusehen. Daher sei das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 31. Juli 2008 beendet worden, weswegen dem Kläger kein Anspruch auf Verzugslohn für die Monate August und September 2008 zustehe.

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis

Das Urteil des 5. Senats des BAG erscheint etwas überraschend. Es erschließt sich trotz der vorgenommenen Begründung nicht eindeutig, warum gerade in diesem Fall die Kündigung zum 31. Juli 2008 nicht als eine solche zum rechtlich gebotenen Termin, also dem 31. August 2008, ausgelegt werden können soll. Nach der Rechtsprechung der anderen mit dieser Thematik befassten Senate des BAG war dies grundsätzlich problemlos möglich.

Dass der 5. Senat die Möglichkeit einer der Auslegung nachrangigen Umdeutung verneint, ist allerdings konsequent, weil tatsächlich aufgrund der Wirkung des § 7 KSchG kein nichtiges Rechtsgeschäft im Sinne des § 140 BGB vorlag.

Allerdings wirft diese Entscheidung erneut eine bislang nicht abschließend geklärte Frage auf: Hätte der Kläger im vorliegenden Fall die falsche Kündigungsfrist innerhalb der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG angegriffen, und hätte das BAG wie geschehen die Auslegungsmöglichkeit verneint – wäre die Kündigung dann insgesamt unwirksam? Dies erscheint insofern sinnwidrig, als die Kündigungsfrist lediglich die Frage des Auslaufens eines Arbeitsverhältnisses aufgrund einer vorherigen – wirksamen – Kündigung regelt. Greift ein Arbeitnehmer die in seinen Augen falsch berechnete Kündigungsfrist an, so setzt er gerade das Vorhandensein einer wirksamen Kündigung voraus. § 4 Satz 1 KSchG soll jedoch seinem Wortlaut nach nur dann gelten, wenn es um die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung geht.

Daher sollte die Geltendmachung einer zu kurz bemessenen Kündigungsfrist auch außerhalb der Frist des § 4 Satz 1 KSchG möglich sein.

Für den Arbeitgeber empfiehlt es sich jedoch bis zu einer abschließenden Klärung dieser Thematik durch die Rechtsprechung, in Kündigungsschreiben solche Formulierungen zu verwenden, die auf jeden Fall einer Auslegung zugänglich sind, beispielsweise:

„Hiermit kündigen wir das zwischen Ihnen und uns bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich zum nächstmöglichen Zeitpunkt. Dies ist nach unseren Berechnungen der ...“

Boris Alexander Blunck

BAG: ENDE DER TARIFEINHEIT

Inhalt der Entscheidung

Der 10. Senat des BAG hat durch seinen Beschluss vom 23. Juni 2010 (10 AS 3/10) den jahrzehntelang vorherrschenden Grundsatz der Tarifeinheit gekippt. Bislang galt, dass in einem Betrieb nur ein Tarifvertrag Anwendung finden könne. Sollten doch mehrere Tarifabschlüsse in einem Betrieb vorhanden sein, verdränge der speziellste Tarifvertrag alle anderen.

Nunmehr können innerhalb desselben Betriebs verschiedene Tarifverträge gelten. Dass das BAG seine entgegenstehende Rechtsprechung aufgegeben hat, ist nicht allzu verwunderlich: Immerhin stand sie im Widerspruch zu einer fundamentalen Bestimmung des Grundgesetzes, der in Artikel 9 Abs. 3 GG veran-

kerten Koalitionsfreiheit. Gerade kleinere Gewerkschaften hatten in der Vergangenheit unter der mit dem Grundsatz der Tarifeinheit einhergehenden Verletzung dieses Grundrechts zu leiden. Zwar war es ihnen möglich, für ihre Mitglieder Tarifverträge auszuhandeln, jedoch führte das Prinzip der Tarifeinheit in aller Regel dazu, dass diese verdrängt wurden und unanwendbar waren.

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis

Die Konsequenzen dieser Rechtsprechungsänderung sollten nicht unterschätzt werden. So ist es beispielsweise in Zukunft möglich, dass innerhalb eines Betriebes für die selbe Arbeit aufgrund verschiedener Tarifabschlüsse unterschiedliche Löhne gezahlt werden. Dass dies nicht unbedingt positive Auswirkungen auf das Betriebsklima haben wird, liegt auf der Hand.

Aber auch rein praktische Probleme könnten auftauchen: Tarifverträge enthalten Abmachungen über Arbeitszeiten, Pausen und Urlaubsansprüche. Bestehen mehrere Tarifverträge innerhalb eines Betriebes, kann dies zu erheblichen Problemen bei den Produktionsabläufen führen.

Auch im Bereich des Arbeitskampfes sind für Arbeitgeber nachteilige Auswirkungen zu befürchten. Denn mit der Tarifpluralität geht auch die Gewerkschaftspluralität einher. Es besteht daher die Gefahr, dass sich Arbeitgeber häufiger Streiks der in verschiedenen Gewerkschaften organisierten Arbeitnehmer ausgesetzt sehen. Denn es steht zu befürchten, dass sich konkurrierende Gewerkschaften einer Berufsgruppe einen Wettbewerb um Mitglieder liefern werden, der dann in einem „Lohnüberbietungswettkampf“ endet. Der Arbeitgeber steht dann vor der Notwendigkeit, bereits vereinbarte Tariflöhne nachträglich erhöhen zu müssen, um zu verhindern, dass eine der Gewerkschaften dies gegebenenfalls per Streik durchsetzt. Das gilt in besonderem Maße für die sogenannten „Funktionseliten“, also solche Arbeitnehmer, die nur einen geringen Anteil der Belegschaft ausmachen, für den Betrieb aber unverzichtbar sind (etwa Piloten, Lokomotivführer, Ärzte). Wenn diese Arbeitnehmer verschiedenen Gewerkschaften angehören und jede für sich einen Tarifvertrag abschließt, kann bei aufeinanderfolgenden Streiks dieser Berufsgruppen-gewerkschaften, von denen bereits jede einzelne ein hohes Destruktionspotential besitzt, ein Unternehmen schnell in finanzielle Schieflage geraten.

Schließlich werden aus der Tarifpluralität auch Probleme hinsichtlich des Umfangs des Fragerechts eines Arbeitgebers resultieren. Denn in den Arbeitsverträgen mit den einzelnen Arbeitnehmern wird sich in aller Regel eine Bezugnahme auf den jeweils geltenden Tarifvertrag finden. Deren Ausgestaltung hängt naturgemäß von der Gewerkschaftszugehörigkeit des jeweiligen Arbeitnehmers ab – der Arbeitgeber muss also wissen, ob, und wenn ja, in welcher Gewerkschaft der Arbeitnehmer organisiert ist. Genau diese Frage darf jedoch von Arbeitgebern – zumindest bei Einstellungsgesprächen – nach bisher herrschender Meinung in Rechtsprechung und Fachliteratur nicht gestellt werden.

Selbst wenn der Arbeitnehmer seine Gewerkschaftszugehörigkeit „freiwillig“ preisgibt, sind eventuelle Diskriminierungsklagen vorhersehbar, wenn etwa der Arbeitnehmer Mitglied einer beim Arbeitgeber besonders unbeliebten Gewerkschaft ist und geltend macht, aus diesem Grunde benachteiligt worden zu sein.

Aufgrund der Vielzahl von Unwägbarkeiten, welche die (aus verfassungsrechtlicher Perspektive überfällige) Aufgabe des Grundsatzes der Tarifeinheit mit sich bringt, ist der Gesetzgeber gehalten, für Klärung zu sorgen. Bis dahin ist zu befürchten, dass Arbeitgebern unruhige Zeiten ins Haus stehen.

Boris Alexander Blunck

BAG: ANPASSUNG LAUFENDER LEISTUNGEN DER BETRIEBLICHEN ALTERSVERSORGUNG IM KONZERN

In dieser Entscheidung vom 10. Februar 2009 (3 AZR 727/07) hat der für Betriebsrentenfragen zuständige 3. Senat des BAG entschieden, dass für die Entscheidung des Arbeitgebers, ob laufende Leistungen der betrieblichen Altersversorgung gemäß § 16 BetrAVG an die Geldwertentwicklung anzupassen sind, in Sonderkonstellationen die wirtschaftliche Lage des Konzerns zu dem der Arbeitgeber gehört, zu berücksichtigen sein kann.

Rechtliches Umfeld der Entscheidung

Laufende Leistungen der betrieblichen Altersversorgung unterliegen dem gesamtwirtschaftlich bedingten Wertverfall des Geldes. Nominell gleichbleibende Rentenleistungen führen deshalb zu einer Verringerung des realen Wertes dieser Zahlungen. Die Betriebsrente, die ein Arbeitnehmer im Laufe seines Arbeitslebens erdient, verliert hierdurch mit fortlaufender Dauer des Ruhestands an Wert, ohne dass der Betriebsrentner diesem Wertverlust entgegenwirken kann.

Um die Folgen der Geldentwertung für die Betriebsrentner abzuschwächen, begründet § 16 BetrAVG eine Pflicht des Arbeitgebers, die Notwendigkeit einer Anpassung in regelmäßigen Abständen (alle drei Jahre) zu prüfen und im Anschluss an diese Prüfung über die Anpassung zu entscheiden. In der Regel soll das Ergebnis dieser Prüfung die Erhöhung der Leistungen der betrieblichen Altersversorgung sein. Der Versorgungsschuldner ist aber dennoch von einer starren Pflicht zum vollen Inflationsausgleich befreit.

Die Anpassung der laufenden Leistungen der betrieblichen Altersversorgung ist „von dem Arbeitgeber“ zu prüfen. Ein Versorgungsempfänger hat jedoch keinen Arbeitgeber im Sinne eines Arbeitsvertragspartners mehr. Sein Arbeitsverhältnis ist beendet. § 16 BetrAVG bezieht sich deshalb auf den ehemaligen Arbeitgeber des Versorgungsempfängers, der die Versorgungszusage erteilt hat, auf derer nunmehr die Versorgung gezahlt wird.

Auch im Konzernverbund ist das Unternehmen, das die Zusage erteilt hat und zu dem der Betriebsrentner in einem Arbeitsverhältnis stand, zur Anpassungsprüfung verpflichtet. Ein Konzern besteht aus rechtlich unabhängigen Unternehmen unter einheitlicher Leitung. Als reine Unternehmensverbindung kann er kein selbständiges Rechtssubjekt sein.

Nach § 16 Abs. 1 BetrAVG muss der Arbeitgeber bei seiner Anpassungsentscheidung insbesondere die Belange des Versorgungsempfängers, also das Interesse an vollwertigem Kaufkraftausgleich, auf der einen und seine wirtschaftliche Lage auf der anderen Seite berücksichtigen.

Die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers ist gleichbedeutend mit seiner wirtschaftlichen Belastbarkeit in der auf den Anpassungsstichtag folgenden Zeit. Auf eine Anpassung darf dann verzichtet werden, wenn das Unternehmen in der Zukunft voraussichtlich nur wenig belastbar, die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers mithin schlecht ist. Der Arbeitgeber kann die Anpassung der laufenden Leistungen rechtmäßig unterlassen, wenn es ihm nach einer am Anpassungsstichtag zu erstellenden Prognose mit einiger Wahrscheinlichkeit unmöglich ist, die für den Teuerungsausgleich erforderlichen Mittel aus dem Wertzuwachs des Unternehmens und dessen Erträgen in der Zeit nach dem Anpassungsstichtag aufzubringen.

Inhalt der Entscheidung

In dem entschiedenen Fall gehörte der beklagte Arbeitgeber einem Konzern an, an dessen Spitze eine in Großbritannien ansässige Limited stand. Die Leitungsmacht über die Beklagte wurde innerhalb einer doppelstöckigen Holdingstruktur von einer deutschen Holding-Gesellschaft ausgeübt. Die Erträge dieser Holding ergaben sich im Wesentlichen „aus Ausleihungen von Finanzanlagevermögen an verbundene Unternehmen, aus konzerninternen Gewinnabführungsverträgen sowie aus Zinsen und ähnlichen Erträgen“.

Die Beklagte zahlte an den Kläger eine monatliche Betriebsrente in Höhe von ca. 8.500 Euro. Die Anpassung dieser Betriebsrente stand am 1. Januar 2006 an. Die Beklagte wies diese Anpassung zurück. Bei der Beklagten sei am Anpassungsstichtag ausreichend Potential für eine Vollanpassung vorhanden gewesen, wenn „*bei der Anpassungsentscheidung auf die wirtschaftliche Lage der Tochtergesellschaften abgestellt*“ werde, und „*man davon ausgeht, dass sich in den Jahren 2006 bis 2008 keine wesentlichen Verschlechterungen der wirtschaftlichen Situation und insbesondere der Ertragslage dieser Gesellschaften ergeben werden.*“ Bei Zugrundelegung eines Berechnungsdurchgriffs auf die Obergesellschaft könne die Anpassung indes nicht aus den Jahresergebnissen der Gesellschaft bzw. des Konzerns geleistet werden. Vorausgesetzt werde dabei, „*dass in den Jahren 2006 bis 2008 keine wesentlichen Verbesserungen der wirtschaftlichen Lage zu erwarten seien*“.

Das BAG stellt zunächst klar, dass für die Anpassungsentscheidung die Verhältnisse im Unternehmen des versorgungspflichtigen Arbeitgebers entscheidend sind. Die Anpassungsprüfung werde von dem „Arbeitgeber“ geschuldet. Dementsprechend komme es auf die wirtschaftliche Lage im Unternehmen der Beklagten an. Die Einbindung der Beklagten in einen Konzern ändere hieran nichts.

Es sei aber zu berücksichtigen, dass sich finanzielle, technische, organisatorische oder sonstige Verflechtungen eines Unternehmens auf dessen wirtschaftliche Lage auswirken. Jedes Unternehmen könne infolge Abhängigkeiten den Auswirkungen externer Krisen ausgesetzt sein. Der Effekt externer Entwicklungen auf dessen wirtschaftliche Lage hänge von zwei Faktoren ab:

- Zum einen davon, in welchem Umfang das Unternehmen derartigen Einflüssen ausgesetzt ist;
- zum anderen davon, wie rasch und effektiv das Unternehmen auf negative Entwicklungen außerhalb seines Unternehmens reagieren kann.

Diese Überlegungen gälten auch für Abhängigkeiten in einem Konzern.

Wolle sich der Arbeitgeber auf die schlechte wirtschaftliche Lage des Konzerns berufen, dann müsse sich bereits am Anpassungsstichtag konkret abzeichnen, dass wegen der bestehenden konzerninternen Abhängigkeiten die wirtschaftliche Krise des Konzerns auf das Unternehmen der Beklagten „durchschlagen“ wird, und zwar in einem solchen Umfang, dass dieses Unternehmen durch eine Anpassung der Betriebsrenten überfordert würde.

Nicht ausreichend sei, dass sich andere Konzernunternehmen oder der Gesamtkonzern am Anpassungsstichtag in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befänden. Es müsse vielmehr am Anpassungsstichtag die große Gefahr bestehen, dass die Konzernkrise auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens der Beklagten beeinträchtigt.

Bewertung

Der Arbeitgeber soll sich nach den Kernaussagen der Entscheidung seiner grundsätzlich bestehenden Anpassungspflicht dann entziehen können, wenn eine sogenannte „Schicksalsgemeinschaft“ besteht, die zum aktuellen Anpassungsstichtag bereits eine begründete konkrete Gefährdung des Arbeitgebers belegt.

Diese Aussagen des BAG sind konsequent und können an sich wenig überraschen. Die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers im Sinne des § 16 Abs. 1 BetrAVG ist durch eine umfassende Würdigung aller zur Verfügung stehenden Daten zu bestimmen. Zugrunde zu legen ist stets eine Gesamtschau der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens (so bereits BAG 23. April 1985 - 3 AZR 548/82 - AP BetrAVG § 16 Nr. 16 unter II. 2. der Gründe).

Es ist daher nicht nachvollziehbar, wieso einzelne, zum Anpassungsstichtag bereits mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststehende künftige Entwicklungen bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Lage unberücksichtigt bleiben sollen. Wird die wirtschaftliche Situation des Unternehmens durch die Konzerneinbindung nachhaltig geprägt, dann müssen auch die zu erwartenden Folgen dieser Konzerneinbindung Berücksichtigung finden.

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis

Das BAG eröffnet in dieser Entscheidung soweit ersichtlich erstmals ausdrücklich die Möglichkeit, Konzernsachverhalte im Rahmen der Anpassungsentscheidung nach § 16 Abs. 1 BetrAVG zu berücksichtigen.

Für Arbeitgeber, die nicht von den alternativen Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch machen, die § 16 BetrAVG eröffnet, können sich hieraus – insbesondere im Lichte nachhaltiger negativer Folgen der Finanz- und Wirtschaftskrise – Chancen ergeben, auf die Anpassung laufender Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu verzichten. Grundsätzlich sollte jede Anpassung einer eingehenden Prüfung anhand der von dem BAG entwickelten Parameter unterzogen werden bevor die endgültige Entscheidung getroffen wird. Detaillierte Ausführungen zur Anpassungsprüfungspflicht finden Sie in dem Aufsatz von Rößler, NZA-RR 2007, 1 ff.

Dr. Nicolas Rößler

BAG: STATISTIK ALS INDIZ FÜR DISKRIMINIERUNG

Inhalt der Entscheidung

Das BAG hat durch Urteil vom 22. Juli 2010 (8 AZR 1012/08) eine mit Spannung erwartete Entscheidung gefällt. Die Richter hatten darüber zu befinden, ob durch eine Statistik eine Beweislastumkehr für den Nachweis einer verbotenen Diskriminierung im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) herbeigeführt werden kann.

Geklagt hatte eine Abteilungsleiterin im Personalwesen, die sich bei der Besetzung einer freien Stelle als Personaldirektor übergangen fühlte. Diese Stelle war ohne gesonderte Ausschreibung oder Erstellung eines Anforderungsprofils von einem männlichen Kollegen der Klägerin besetzt worden. Die Klägerin brachte vor, dass in der Führungsriege des Unternehmens ein weit unterdurchschnittlicher Frauenanteil vorherrsche. Als Beleg hierfür legte sie eine Statistik vor, aus der sich entnehmen ließ, dass die Belegschaft des beklagten Unternehmens zu ca. zwei Dritteln aus Frauen bestand, die Führungspositionen jedoch komplett von männlichen Kollegen besetzt waren.

Das in der Vorinstanz zuständige LAG Berlin-Brandenburg sah diese Statistik als ausreichend an, um eine Beweislastumkehr gemäß § 22 AGG herbeizuführen. Nach dieser Vorschrift obliegt es dem Arbeitgeber, das Nichtvorliegen einer nach dem AGG verbotenen Diskriminierung zu beweisen, wenn der Arbeitnehmer Tatsachen anführen kann, die das Vorliegen einer solchen Diskriminierung indizieren. Da dies der Klägerin im vorliegenden Fall nach Auffassung des LAG gelungen war, sprach das Gericht der Klägerin eine Entschädigung in Höhe von 20.000 Euro sowie die Zahlung der Differenz zu dem Gehalt, das die Klägerin im Falle der Beförderung erhalten hätte, zu.

Das BAG ist dem nun entgegengetreten. Nach Ansicht der Bundesrichter stellte die von der Klägerin vorgelegte Statistik zwar ein Indiz für eine Diskriminierung dar, allerdings nicht von einer zur Herbeiführung der Beweislastumkehr ausreichenden Qualität. Es hat das Urteil des LAG aufgehoben und den Rechtsstreit zur erneuten Entscheidung an das LAG zurückverwiesen.

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis

Durch das Urteil des BAG ist höchstrichterlich festgestellt worden, dass eine Statistik, die eine Unterrepräsentation von Frauen in Führungsetagen ausweist, alleine nicht für eine Beweislastumkehr zuungunsten des Arbeitgebers ausreicht. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, die auf eine Diskriminierung schließen lassen.

Dies dürfte für die meisten Unternehmen Grund zur Erleichterung sein. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Führungspositionen von in Deutschland ansässigen Unternehmen überwiegend von Männern besetzt sind. Hätte das BAG anders entschieden, wäre eine Flut von Diskriminierungsklagen zu erwarten gewesen, in denen die betroffenen Unternehmen stets den Nachweis hätten führen müssen, dass keine verbotene Benachteiligung vorliegt – was erfahrungsgemäß keine leichte Aufgabe darstellt.

Boris Alexander Blunck

KÜNDIGUNGEN WEGEN ZU LASTEN DES ARBEITGEBERS BEGANGENER VERMÖGENSDELIKTE – DIE RECHTSPRECHUNG DES BAG IM FALL „EMMELY“ UND IHRE AUSWIRKUNGEN

Problemaufriss

Der bundesweit beachtete Fall „Emmely“ hat durch die höchstrichterliche Entscheidung des BAG im Sommer dieses Jahres seinen Abschluss gefunden. Das BAG hat in seiner Entscheidung Grundsätze aufgestellt, die ihren Niederschlag in einem ähnlich gelagerten Fall, den das LAG Berlin-Brandenburg – eben jenes Gericht, dessen Entscheidung im Fall „Emmely“ vom BAG aufgehoben wurde – im September 2010 zu entscheiden hatte. Im Folgenden sollen beide Entscheidungen und die (zu befürchtenden) Auswirkungen dargestellt werden.

BAG, Urteil vom 10. Juni 2010 (2 AZR 541/09) – Fall „Emmely“

Selten hat eine Kündigung für so viel Aufsehen gesorgt. Als Anfang 2008 der Kassierer eines Einzelhandelsunternehmens wegen des unberechtigten Einlösen zweier Leergut-Bons im Gesamtwert von 1,30 Euro die fristlose Kündigung erklärt und diese sowohl in erster als auch in zweiter Instanz für rechtmäßig befunden wurde, ging ein Aufschrei durch die Republik. Der Fall wurde zu einem regelrechten

Dauerbrenner in den Medien und veranlasste auch politische Würdenträger zu drastischen Kommentaren. So wird etwa der Bundestagsvizepräsident Dr. Wolfgang Thierse mit der Aussage zitiert, es handle sich um „ein barbarisches Urteil von asozialer Qualität“.

Das BAG hat nun letztinstanzlich entschieden, dass der gegen die Kündigung gerichteten Klage stattzugeben ist. Die Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung liegen nach Ansicht der Richter nicht vor.

Zum besseren Verständnis sei der Sachverhalt nochmals kurz zusammengefasst:

Die Klägerin war seit 1977 bei dem beklagten Einzelhandelsbetrieb beschäftigt. Im Januar 2008 wurden in der Filiale, in der die Klägerin tätig war, zwei Leergut-Bons im Wert von 48 und 82 Cent aufgefunden. Der Filialleiter übergab der Klägerin die beiden Bons zur Aufbewahrung im Kassenbüro der Filiale, falls sich der Kunde, der die Bons offensichtlich verloren hatte, noch melden sollte. Die Bons wurden in dem Büro sichtbar und für das Personal zugänglich gelagert. Einige Tage später kaufte die Klägerin in der Filiale privat ein und legte an der Kasse zwei Leergut-Bons im Wert und 48 bzw. 82 Cent vor. Ihr Einkauf wurde daher um 1,30 Euro reduziert. Die kassierende Kollegin der Klägerin nahm die Bons entgegen, obwohl diese entgegen einer innerbetrieblichen Anweisung das Einlösen von Leergut durch Mitarbeiter betreffend nicht vom Filialleiter abgezeichnet worden waren. Als der Arbeitgeber der Klägerin darauf aufmerksam wurde und der Klägerin vorwarf, ihr nicht gehörende Leergut-Bons zu ihrem eigenen Vorteil eingelöst zu haben, bestritt die Klägerin zunächst, dass es sich um die ihr zuvor zur Aufbewahrung übergebenen Bons handele. Im Rahmen weiterer zur Klärung des Sachverhalts anberaumter Gespräche gab die Klägerin an, dass ihr die Bons von ihrer Tochter oder einer Kollegin ins Portemonnaie gesteckt worden sein könnten. Da der Arbeitgeber hierdurch den Verdacht einer Straftat nicht ausgeräumt sah, kündigte er der Klägerin fristlos.

Während des Verfahrensganges kam das in der zweiten Instanz zuständige Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg zu der Feststellung, dass die Klägerin die ihr vorgeworfenen Handlungen tatsächlich begangen habe. Auf Grundlage dieser Tatsachen liege, so die Richter, eine so schwerwiegende

Vertragsverletzung vor, dass die außerordentliche Kündigung berechtigt gewesen sei.

Das BAG, das an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden war, hat in seiner Entscheidung klargestellt, dass durch die Verfehlung der Klägerin zwar der Kernbereich der Aufgaben einer Kassiererin berührt und das Vertrauensverhältnis zwischen Klägerin und Arbeitgeber trotz des geringen Wertes der Bons erheblich belastet worden sei. Doch letztlich würden die mit einer Kündigung verbundenen Einbußen schwerer wiegen, so dass die stets vorzunehmende Interessenabwägung zu Gunsten der Klägerin ausgehe.

Im vorliegenden Fall gehörte die Klägerin seit über drei Jahrzehnten zum Betrieb. Während dieser Zeit hatten sich keine relevanten Störungen des Arbeitsverhältnisses offenbart, so dass sich die Klägerin ein hohes Maß an Vertrauen erworben hatte. Aus Sicht des BAG konnte dieses Vertrauen durch die Unterschlagung der Leergut-Bons im Wert von 1,30 Euro nicht vollständig zerstört werden. Außerdem sei auch aufgrund der vergleichsweise geringfügigen Schädigung des Arbeitgebers eine Abmahnung als milderes Mittel angemessener und ausreichend gewesen.

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. September 2010, (2 Sa 509/10)

In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte eine Arbeitnehmerin einen Betrug zu Lasten ihrer Arbeitgeberin begangen. Bei der beklagten Arbeitgeberin bestand eine Regelung, wonach Arbeitnehmern aus Anlass des 40-jährigen Dienstjubiläums nachgewiesene Bewirtungskosten bis zu einer Höhe von 250 Euro erstattet werden.

Die Klägerin hatte ihrer Arbeitgeberin, nachdem sie ihr 40-jähriges Dienstjubiläum im Kollegenkreis gefeiert hatte, eine von der Cateringfirma erhaltene „Gefälligkeits“-Quittung über Bewirtungskosten in Höhe von 250 Euro vorgelegt, obwohl die tatsächlichen Bewirtungskosten sich lediglich auf 90 Euro beliefen. Die beklagte Arbeitgeberin kündigte der – tarifvertraglich nicht mehr ordentlich kündbaren – Klägerin wegen dieses Betruges fristlos. Die hiergegen gerichtete Klage hatte in der zweiten Instanz vor dem LAG Berlin-Brandenburg Erfolg.

Nach Auffassung des Gerichts lagen die für eine außerordentliche Kündigung erforderlichen Voraussetzungen des § 626 Abs. 1 BGB nicht vor. Zwar habe die Klägerin einen Betrug und damit eine Straftat zu Lasten der Beklagten begangen, was „an sich“ geeignet sei, um einen sogenannten „wichtigen Grund“ für eine Kündigung nach § 626 BGB darzustellen. Jedoch müsse die gebotene Interessenabwägung im Einzelfall hier zugunsten der Klägerin ausgehen. Denn auch hier habe sich die Klägerin durch ihre 40-jährige beanstandungsfreie Beschäftigungszeit ein hohes Maß an „Vertrauenkapital“ erworben, das durch die einmalige Verfehlung nicht ohne Weiteres vollständig zerstört werden könne. Ferner sei zugunsten der Klägerin zu berücksichtigen, dass – anders als im Fall „Emmely“ – der Umgang mit Geld nicht zu den Kernbereichen ihrer Tätigkeit gehörte.

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis

Die Entscheidung des BAG im Fall „Emmely“ enthält im Grundsatz keine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des Gerichts. Seit jeher fordert das BAG im Zusammenhang mit einer außerordentlichen Kündigung eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls. Dieser Linie ist es auch in seiner aktuellen Entscheidung im Fall „Emmely“ treu geblieben. Eine „Geringfügigkeitsgrenze“ für zum Nachteil des Arbeitgebers begangene Vermögensdelikte lässt sich auch nach dem Urteil des BAG nicht festlegen.

Was das Urteil jedoch für Auswirkungen hat, wird an der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg deutlich: Danach soll auch ein Betrug zu Lasten des Arbeitgebers mit einem Vermögensschaden in Höhe von 160 Euro (!) nicht ausreichen, um eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, wenn der sich rechtswidrig verhaltende Arbeitnehmer lange Zeit über beanstandungslos für den Arbeitgeber tätig war.

Der Arbeitgeber sieht sich daher stets vor die Frage gestellt, ob er nach einem zu seinen Lasten begangenen Vermögensdelikt eine außerordentliche Kündigung wirksam aussprechen kann oder nicht. Nach den Entscheidungen der beiden Gerichte zeichnet sich ein Trend zu einem hohen Maß von Toleranz, dass Arbeitgebern abverlangt wird, ab. Aufgrund dieser Unsicherheit sollte der Arbeitgeber zuerst zur Abmahnung greifen, bevor er kündigt – zumindest dann, wenn der Schaden nicht allzu hoch ist und der

betreffende Mitarbeiter eine lange und beanstandungslose Betriebszugehörigkeit aufweisen kann. Es besteht auch die Möglichkeit, Mitarbeiter durch gegenzeichnende Schreiben darauf hinzuweisen, dass gegen das Vermögen des Arbeitgebers gerichtete Straftaten unabhängig von dem erlittenen Vermögensschaden nicht toleriert werden und arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Urteile des BAG und des LAG Berlin-Brandenburg keine Abkehr von der bisherigen gefestigten Rechtsprechung darstellen, sondern „nur“ das Verhältnis-mäßigkeitsprinzip betonen und in den beiden Einzelfällen die Kündigung als unangemessen angesehen haben. Das Signal, das von diesen Entscheidungen ausgeht, darf jedoch nicht falsch verstanden werden: Arbeitnehmer sollten die Bedeutung eines zum Nachteil ihres Arbeitgebers begangenen Delikts nicht verkennen und keinesfalls annehmen, dass ihnen im Bereich der Bagatellkriminalität keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen drohen. Ein gegenüber dem Arbeitgeber begangenes Vermögensdelikt, sei der Schaden auch noch so gering, stellt in jedem Falle einen wichtigen Grund dar, der an sich geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Ob dieser Grund auch im konkreten Einzelfall eine außerordentliche Kündigung zu tragen vermag, wird, wie bereits erwähnt, anhand einer umfassenden Abwägung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer beurteilt. Hätten sich die Klägerinnen in den dargestellten Fällen nicht über mehr als 30 bzw. 40 Jahre tadellos verhalten, wären die Urteile eventuell anders ausgefallen.

Boris Alexander Blunck

Aktuelle Frage:

MÖGLICHKEITEN DES ARBEITGEBERS ZUR ENTGELTFLEXIBILISIERUNG

Problemaufriss

Das Instrument der Entgeltflexibilisierung ermöglicht es Arbeitgebern, den Arbeitslohn und sonstige Lohnbestandteile anpassungsfähig zu gestalten. Dies kann insbesondere in Zeiten schwacher Konjunktur zur Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit attraktiv, schlimmstenfalls sogar notwendig sein.

Als Mittel zur Flexibilisierung des Arbeitslohnes kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht. Zum einen kann der Arbeitgeber Entgeltbestandteile unter gewissen Voraussetzungen widerrufen, zum anderen können Lohnbestandteile als freiwillige Leistung, auf die von vornherein kein Rechtsanspruch besteht, gewährt werden.

Die Vereinbarung der Flexibilisierung des Entgeltes wird in aller Regel in formularmäßigen Arbeitsverträgen niedergelegt sein und muss sich daher an den in §§ 305 ff. BGB verankerten Regeln über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) messen lassen.

Das BAG differenziert hinsichtlich der Entgeltflexibilisierung zwischen den sogenannten Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalten einerseits und zwischen laufend gezahltem Entgelt und sonstigen Lohnbestandteilen (Sondervergütungen) andererseits.

Entgeltflexibilisierung bei laufendem Arbeitsentgelt

Hinsichtlich der Wirksamkeit von bei laufendem Arbeitsentgelt vereinbarten Widerrufs- und Freiwilligkeitsvorbehalten bestehen große Unterschiede. Dies lässt sich am besten anhand zweier Beispielfälle illustrieren:

Ausgangsfall

Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren in einem standardmäßig verwendeten Formulararbeitsvertrag Folgendes:

„Als monatliches Arbeitsentgelt erhält der Arbeitnehmer eine feststehende Vergütung in Höhe von 2.700 Euro sowie eine übertarifliche Zulage in Höhe von 300 Euro. Der Arbeitgeber hat das Recht, den übertariflichen Lohnbestandteil zu widerrufen, falls die Zielvorgabe des Unternehmens nicht erreicht wird.“

Als aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten die rechtmäßige Zielvorgabe für das Jahr 2009 nicht erreicht wird, stellt der Arbeitgeber die Zahlung der übertariflichen Zulage im Jahre 2010 ein.

Die übertarifliche Zulage stellt aufgrund ihrer regelmäßigen Ausschüttung keine Sonderzahlung, sondern einen Bestandteil der monatlichen Vergütung dar. Die Wirksamkeit ihres Widerrufs ist an AGB-Recht zu messen, da hier eine von gesetzlichen

Vorschriften abweichende Regelung vorliegt, wie es § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB als Voraussetzung für eine AGB-Kontrolle erfordert: Nach dem Gesetz ist ein Vertrag bindend („pacta sunt servanda“) und grundsätzlich nicht widerruflich.

Das BAG stellt an die Zulässigkeit einer solchen Abweichung folgende Anforderungen:

Zunächst darf der Widerruf nicht grundlos erfolgen. Der Arbeitnehmer muss aus der Formulierung der entsprechenden arbeitsvertraglichen Regelung eindeutig entnehmen können, unter welchen Umständen ein etwaiger Widerruf erfolgen wird. Ferner muss er erkennen können, in welcher Höhe die Leistung widerruflich sein soll.

Darüber hinaus muss darauf geachtet werden, dass das Risiko der ungewissen wirtschaftlichen Entwicklung nicht in unzulässiger Weise auf den Arbeitnehmer abgewälzt wird. Dies soll nach Ansicht des BAG dann nicht der Fall sein, wenn der widerrufliche Teil nicht mehr als 25 – 30 Prozent des Gesamtverdienstes des betroffenen Arbeitnehmers ausmacht und der Tariflohn nicht unterschritten wird (sofern die Parteien tarifgebunden sind).

Beide Voraussetzungen sind in dem geschilderten Sachverhalt erfüllt. Die Widerruflichkeit war an das Nichterreichen einer rechtmäßigen Zielvorgabe geknüpft, so dass der Arbeitnehmer frühzeitig wusste, was auf ihn zukommen kann. Der widerrufliche Teil lag bei lediglich 10 Prozent des Gesamtlohns.

Abwandlung

In dem standardmäßig verwendeten Formulararbeitsvertrag wird Folgendes vereinbart:

„Als monatliches Arbeitsentgelt erhält der Arbeitnehmer eine feststehende Vergütung in Höhe von 2.700 Euro sowie eine übertarifliche Zulage in Höhe von 300 Euro. Die übertarifliche Zulage ist eine freiwillige Leistung, auf die der Arbeitnehmer auch bei wiederholter Zahlung keinen Rechtsanspruch hat.“

In diesem Falle ist die getroffene Vereinbarung zur Entgeltflexibilisierung unwirksam. Denn das laufende Arbeitsentgelt, das regelmäßig monatlich ausgezahlt wird, ist die Gegenleistung des Arbeitgebers für die vom Arbeitnehmer erbrachte Arbeitsleistung. Der

Ausschluss eines Rechtsanspruches auf diese Gegenleistung widerspricht dem Zweck eines Arbeitsvertrages und weicht damit von dem wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes ab. Diese Abweichung benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen und hat die Unwirksamkeit der Vereinbarung zur Folge (§ 307 Abs. 2 Nr.1 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 BGB).

Außerdem verweist das BAG darauf, dass dem nachvollziehbaren Interesse des Arbeitgebers an der Möglichkeit zur Flexibilisierung des laufenden Arbeitsentgeltes durch die Vereinbarung von Widerrufsvorhalten Rechnung getragen werden könne. Die hierzu von der Rechtsprechung auf- und zuvor dargestellten Grundsätze würden unterlaufen, wenn die Vereinbarung eines Freiwilligkeitsvorbehalts möglich wäre. Auf den Umfang der unter einem Freiwilligkeitsvorbehalt zugesagten Leistungen soll es für die Beurteilung der Wirksamkeit laut BAG nicht ankommen.

Entgeltflexibilisierung bei Sonderzahlungen

Sonderzahlungen werden nicht Monat für Monat, sondern einmalig zu bestimmten Anlässen ausgezahlt. Daher handelt es sich nicht um die eigentliche Arbeitsvergütung, sondern um Entgelt im weiteren Sinne. Dieser grundlegende Unterschied rechtfertigt es, andere Maßstäbe zur Beurteilung der Möglichkeiten zur Entgeltflexibilisierung anzulegen.

So ist etwa, anders als bei laufendem Arbeitsentgelt, der Ausschluss eines Rechtsanspruches auf eine Sonderzahlung durch einen Freiwilligkeitsvorbehalt grundsätzlich möglich. Allerdings stellt das BAG an die Formulierung solcher Vorbehalte hohe Anforderungen. Auch hier soll die Problematik zum besseren Verständnis anhand eines Beispielfalls dargestellt werden:

Beispielfall

Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren in einem standardmäßig verwendeten Formulararbeitsvertrag Folgendes:

„Der Arbeitnehmer erhält eine Weihnachtsgratifikation in Höhe eines Bruttomonatsgehalts. Ein Rechtsanspruch auf eine Weihnachtsgratifikation besteht nicht. Falls eine solche Gratifikation gewährt werden sollte, stellt sie eine freiwillige, stets widerrufliche Leistung des Arbeitgebers dar.“

Der in dieser Klausel vereinbarte Freiwilligkeitsvorbehalt ist unwirksam. Zwar wird durch einen Freiwilligkeitsvorbehalt bei Sonderzahlungen nicht von dem Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung abgewichen; insbesondere liegt kein Widerspruch mit dem Sinn eines Arbeitsvertrages vor, da hier eine zusätzlich zu der monatlichen Vergütung erbrachte Leistung des Arbeitgebers in Rede steht. Das Gesetz kennt keine solche Pflicht des Arbeitgebers zur Erbringung einer zusätzlichen Leistung. Darüber hinaus ist das Instrument eines wirksamen Freiwilligkeitsvorbehalts bei Sonderzahlungen erforderlich, um das Entstehen einer sogenannten betrieblichen Übung, aufgrund derer der betroffene Arbeitnehmer nach dreimaliger Zahlung der Gratifikation einen Rechtsanspruch auf weitere Zahlungen erwirbt, verhindern zu können.

Die Unwirksamkeit dieses Freiwilligkeitsvorbehalts ergibt sich vielmehr aus seiner widersprüchlichen Formulierung, die sich auf den ersten Blick nicht sofort erschließen mag. Bei genauerem Hinsehen ist jedoch festzustellen, dass der zweite Satz der Abrede mit dem Inhalt des ersten in Widerspruch steht. Zunächst wird dem Arbeitnehmer eine Zusatzleistung versprochen, dann aber festgelegt, dass er doch keinen Anspruch auf diese Leistung haben soll. Ferner spricht der Wortlaut des Freiwilligkeitsvorbehalts von einer „Widerruflichkeit“ der Gratifikation. Die Widerruflichkeit einer Leistung setzt aber stets einen Anspruch auf selbige voraus. Daher lässt sich die getroffene Abrede nur dahingehend verstehen, dass der Arbeitnehmer sehr wohl einen Anspruch auf die Weihnachtsgatifikation haben soll. Diese Intransparenz stellt gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers dar und führt nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Unwirksamkeit der getroffenen Regelung.

Der Freiwilligkeitsvorbehalt in der zuvor dargestellten Form vermag also die Entstehung eines Anspruches auf die Sonderzahlung nicht zu verhindern, sondern begründet vielmehr einen solchen.

Formulierungsbeispiele

Folgende Freiwilligkeitsvorbehalte wurden vom BAG als wirksam eingestuft:

„Der Arbeitnehmer erhält ein monatliches Gehalt von 3.250 DM brutto. Die Vergütung wird dem Arbeitnehmer jeweils bis zum 5. des Folgemonats ausbezahlt. Die Gewährung sonstiger Leistungen (z. B. Weihnachts- und Urlaubsgeld, 13. Gehalt etc.) durch den Arbeitgeber erfolgt freiwillig und mit der Maßgabe, dass auch mit einer wiederholten Zahlung kein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet wird.“ (BAG, Urteil vom 21. Januar 2009 – 10 AZR 219/08)

„Wir freuen uns, Ihnen für das Jahr 2008 eine Sonderzahlung in Höhe von 25.500 € zukommen zu lassen. Die Auszahlung erfolgt mit dem Gehalt für April 2009. Diese Zahlung ist einmalig und schließt zukünftige Ansprüche aus.“ (BAG, Urteil vom 18. März 2009 – 10 AZR 289/08)

Auswirkungen und Tipps für die betriebliche Praxis

Die Darstellung macht deutlich, dass die Rechtsprechung das Interesse eines Arbeitgebers an der Flexibilisierung von Entgelt grundsätzlich anerkennt und die Aufnahme entsprechender Klauseln in Formulararbeitsverträge nicht per se für unzulässig hält.

Jedoch sind Arbeitgeber gehalten, genauestens die vom BAG aufgestellten Anforderungen zu beachten, da sich ansonsten das angestrebte Vorhaben schnell ins Gegenteil verkehrt. Das BAG hat in einem aktuellen Urteil vom 8. Dezember 2010 (10 AZR 671/09) die Notwendigkeit einer unmissverständlichen Formulierung von Freiwilligkeitsvorbehalten nochmals betont und damit seine zuvor dargestellte Rechtsprechung bestätigt. Daher sollte insbesondere bei der Formulierung von entsprechenden Klauseln in Formulararbeitsverträgen stets juristischer Rat eingeholt werden. Der Übersicht halber seien die Grundsätze der Rechtsprechung nochmals kurz zusammengefasst:

Laufendes Arbeitsentgelt

- **Freiwilligkeitsvorbehalt:** Grundsätzlich unzulässig
- **Widerrufsvorbehalt:** Wirksam, wenn widerruflicher Teil lediglich 25 – 30 Prozent der Gesamtvergütung ausmacht, der Tariflohn nicht unterschritten wird und die Gründe für den Widerruf transparent und deutlich im Arbeitsvertrag festgelegt werden

Sonderzahlungen:

- **Freiwilligkeitsvorbehalt:** Grundsätzlich zulässig, jedoch hohe Anforderungen an Transparenz und Verständlichkeit
- **Widerrufsvorbehalt:** s. o.

Boris Alexander Blunck

Was sind eigentlich ...

... „personenbezogene Daten“?

Der Begriff der personenbezogenen Daten ist im deutschen Datenschutzrecht ein Schlüsselbegriff. Es ist für den Arbeitgeber wichtig – auch angesichts der immer größer werdenden Datenmengen – sich bewusst zu machen, was alles von diesem Begriff erfasst ist, da Verstöße gegen das BDSG unter anderem einen Schadensersatzanspruch begründen sowie gegebenenfalls Bußgeld- oder Strafvorschriften verletzen.

Eine Legaldefinition des Begriffs der personenbezogenen Daten findet sich in § 3 Abs. 1 BDSG. Hiernach sind personenbezogene Daten Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person (Betroffener).

Einzelangaben sind Informationen, die sich auf eine bestimmte – einzelne – natürliche Person beziehen oder geeignet sind, einen Bezug zu ihr herzustellen. Eine Person ist somit bestimmbar, wenn sie direkt oder indirekt identifiziert werden kann, wobei dies weit auszulegen ist. Es muss kein direkter Personenbezug bestehen, sondern es genügt, wenn dieser, unter Umständen mit mehreren Zwischenschritten, hergestellt werden kann. Entscheidend ist allein, dass es gelingen kann, die Daten mit vertretbarem Aufwand einer bestimmten Person zuzuordnen. Die Bestimmbarkeit ist ausschließlich objektiv zu beurteilen; sie ist unabhängig von Identität und Intention der verantwortlichen Stellen. Erfasst werden hierbei

Fakten ebenso wie Werturteile, völlig unabhängig von ihrer rechtlichen Relevanz. Auch eine wertneutrale Wiedergabe stellt einen Personenbezug her, selbst wenn eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts nicht vorliegt.

Eine eindeutige Unterscheidung zwischen persönlichen und sachlichen Verhältnissen, welche beide in § 3 Abs. 1 BDSG genannt sind, ist nicht möglich, aber auch nicht nötig, da das Gesetz insoweit keine differenzierenden Vorgaben enthält. Angaben über persönliche Verhältnisse umfassen Identifikationsmerkmale (wie Name, Anschrift und Geburtsdatum), äußere Merkmale (wie Geschlecht, Augenfarbe, Größe und Gewicht), aber auch innere Zustände (wie Meinungen, Motive, Wünsche, Überzeugungen und Werturteile). Angaben über sachliche Verhältnisse betreffen etwa Vermögens- und Eigentumsverhältnisse, Kommunikations- und Vertragsbeziehungen und alle sonstigen Beziehungen zu Dritten und zur Umwelt. All diese Daten stellen personenbezogene Daten dar und unterfallen folglich dem Schutzbereich des BDSG.

Von dem BDSG sind nach seiner Begriffsbestimmung nur natürliche Personen als Grundrechtsträger erfasst. Der Betroffene kann über seine Daten verfügen, auch gegenüber Dritten durch Einwilligung; er hat Ansprüche auf Auskunft, Datenkorrektur, Benachrichtigung, Folgenbeseitigung, Schadensersatz oder das Recht zur Anrufung der Datenschutzkontrollinstanz.

Marie-Sophie Höferlin

About Mayer Brown

Mayer Brown is a leading global law firm with offices in major cities across the Americas, Asia and 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 portion 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 DC

ASIA

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

EUROPE

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

TAUIL & CHEQUER ADVOGADOS

in association with Mayer Brown LLP

- São Paulo
- Rio de Janeiro

ALLIANCE LAW FIRMS

- Spain, Ramón & Cajal
- Italy and Eastern Europe, Tonucci & Partners

Please visit www.mayerbrown.com for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices.

© 2010. Mayer Brown LLP, Mayer Brown International LLP, Mayer Brown JSM and/or Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. 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.