

Human Resources Update 2/2008

Teil I: Das laufende Arbeitsverhältnis

- 3 BAG: AGG findet auf Kündigungen Anwendung
- 4 BAG: Bislang übliche doppelte Schriftformklauseln in Standardarbeitsverträgen sind unwirksam
- 6 Das neue Pflegezeitgesetz
- 7 Mitbestimmung des Betriebsrates bei der Einführung von Ethik-Richtlinien
- 8 Neues zu Wertguthaben: Flexi II-Gesetz und Verfügung der Oberfinanzdirektion (OFD) Hannover zur nachgelagerten Besteuerung von Wertguthaben
- 11 BGH: Die Bildung oder Fortführung schwarzer Kassen erfüllt den Straftatbestand der Untreue zu Lasten des Unternehmens

Teil II: Beendigung von Arbeitsverhältnissen

- 13 Betriebsbedingte Kündigung wegen des Wegfalls einer Hierarchie-Ebene

Teil III: Betriebliche Altersversorgung

- 14 Versorgungsordnungen in der Diskriminierungsfalle
- 16 Auswirkungen der Reform des Versorgungsausgleichsrechts auf die betriebliche Altersversorgung – Was ist neu?

Teil IV: Unternehmensmitbestimmung

- 17 Zur Eintragungsfähigkeit von Vorratsgesellschaften in der Rechtsform der SE

Teil I: Das laufende Arbeitsverhältnis

BAG: AGG FINDET AUF KÜNDIGUNGEN ANWENDUNG

§ 2 Abs. 4 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) sieht vor, dass das AGG nicht für Kündigungen gelten soll. Vielmehr sollen „ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz“ zur Anwendung kommen. Diese Bereichsausnahme für Kündigungen war seit Inkrafttreten des AGG im August 2006 umstritten, da die EU-Richtlinien, die der deutsche Gesetzgeber durch das AGG umgesetzt hat, ausdrücklich vorsahen, dass die Benachteiligungsverbote auch für die Beendigung von Beschäftigungsverhältnissen gelten sollen.

In einer Pressemitteilung zu einer Entscheidung vom 06. November 2008 (Az. 2 AZR 710/07) hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) nun klargestellt, dass die Diskriminierungsverbote in §§ 1 bis 10 AGG auch im Rahmen des Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz Anwendung finden. Eine Kündigung, die ein Diskriminierungsverbot verletzt, kann daher sozialwidrig und damit unwirksam sein (§ 1 KSchG).

Trotz der Anwendbarkeit des AGG steht das Verbot der Altersdiskriminierung (§§ 1, 10 AGG) laut BAG der Berücksichtigung des Lebensalters im Rahmen der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG) nicht entgegen. Auch die Bildung von Altersgruppen bei der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG) ist nach dem AGG zulässig.

Die Beklagte, ein Unternehmen der Automobilzulieferindustrie mit ursprünglich mehr als 5.000 Arbeitnehmern, hatte seit dem Jahr 2004 wegen Auftragsmangels mehrere Entlassungswellen durchgeführt. Der 51jährige Kläger war bei der Beklagten seit 1974 als Karosseriefacharbeiter beschäftigt. Ende 2006 schloss die Beklagte mit

ihrem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste ab, wonach 619 namentlich benannte Arbeitnehmer entlassen werden sollten, unter ihnen auch der Kläger. Der Auswahl der zu kündigenden Mitarbeiter lag eine Punktetabelle zugrunde, die u. a. Sozialpunkte für das Lebensalter vorsah. Die Auswahl erfolgte sodann nicht unter allen vergleichbaren Arbeitnehmern, sondern proportional nach Altersgruppen, die jeweils bis zu zehn Jahrgänge umfassten (bis zum 25., 35., 45. und ab dem 55. Lebensjahr). Der Kläger berief sich auf das Verbot der Altersdiskriminierung nach dem AGG und hielt die Kündigung für unwirksam.

Die Klage hatte keinen Erfolg. In der Zuteilung von Sozialpunkten nach dem Lebensalter und in der Altersgruppenbildung lag zwar eine an das Alter anknüpfende unterschiedliche Behandlung. Diese war aber nach Auffassung des BAG gemäß § 10 Satz 1 AGG gerechtfertigt. Die Zuteilung von Alterspunkten führe mit einer hinnehmbaren Unschärfe zur Berücksichtigung von Chancen auf dem Arbeitsmarkt und im Zusammenspiel mit den übrigen sozialen Gesichtspunkten (Betriebszugehörigkeit, Unterhalt, Schwerbehinderung) nicht zu einer Überbewertung des Lebensalters. Die Bildung von Altersgruppen wirke der Überalterung des Betriebs entgegen und relativiere damit zugleich die Bevorzugung älterer Arbeitnehmer.

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis
Arbeitgeber müssen nunmehr davon ausgehen, dass das AGG auch auf Kündigungen Anwendung findet. Nach dem BAG strahlt das AGG in das KSchG aus und führt mittelbar, nämlich über die mangelnde soziale Rechtfertigung nach § 1 KSchG, zur Unwirksamkeit der Kündigung. Eine Anknüpfung an das Alter des Arbeitnehmers bei der Sozialauswahl oder bei der Bildung von Altersgruppen in einem Interessenausgleich ist jedoch nach wie vor zulässig.

Die Entscheidung des BAG lässt allerdings – soweit aus der Pressemitteilung ersichtlich – offen, ob und wie das AGG eingreift, falls das KSchG auf das gekündigte Arbeitsverhältnis nicht anwendbar ist, etwa weil der Arbeitnehmer noch keine sechs Monate beschäftigt ist oder weil es sich um einen Kleinbetrieb handelt. Es ist jedoch zu erwarten, dass das BAG den Arbeitnehmer auch hier nicht schutzlos stellen wird. Wir werden Sie über die Entwicklungen in diesem Bereich auf dem Laufenden halten.

(Björn Vollmuth,
bvollmuth@mayerbrown.com)

BAG: BISLANG ÜBLICHE DOPPELTE SCHRIFTFORMKLAUSELN IN STANDARDARBEITSVERTRÄGEN SIND UNWIRKSAM

Arbeitsverträge enthalten regelmäßig eine Schriftformklausel. Mit Hilfe solcher Klauseln möchten Arbeitgeber sicherstellen, dass der Inhalt des Arbeitsvertrages nur dann wirksam abgeändert werden kann, wenn eine schriftliche Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen wird. Auf diese Weise soll insbesondere die Entstehung einer betrieblichen Übung verhindert werden. Darunter versteht man ein regelmäßig wiederkehrendes, nicht geschuldetes Verhalten des Arbeitgebers (z. B. freiwillige Gewährung von Weihnachtsgeld oder Bonuszahlungen), das bei dem Arbeitnehmer das berechtigte Vertrauen begründet, der Arbeitgeber werde sich auch in Zukunft entsprechend verhalten. Dadurch wird der Arbeitsvertrag stillschweigend dahingehend abgeändert, dass der Arbeitnehmer künftig einen Anspruch auf die von dem Arbeitgeber gewährte Leistung hat.

So genannte einfache Schriftformklauseln („*Änderungen und Ergänzungen des Vertrages bedürfen der Schriftform.*“) können die Entstehung einer solchen betrieblichen Übung nach der Rechtsprechung nicht verhindern. Das BAG hat hierzu wiederholt ausgeführt, dass eine solche einfache Schriftformklausel jederzeit mündlich oder auch stillschweigend von den Parteien abbedungen

werden könne. Gewährt der Arbeitgeber also wiederholt eine Leistung, die er dem Arbeitnehmer nicht schuldet, und akzeptiert der Arbeitnehmer diese Leistung, wurde das Schriftformerfordernis durch schlüssiges Verhalten der Parteien insoweit aufgehoben und der Vertrag geändert.

Um dies zu vermeiden, bedienen sich Arbeitgeber in der Regel so genannter doppelter Schriftformklauseln („*Änderungen und Ergänzungen des Vertrages bedürfen der Schriftform. Dies gilt auch für die Aufhebung dieses Schriftformerfordernisses.*“). Diese doppelten Schriftformklauseln sind nach der Rechtsprechung des BAG grundsätzlich geeignet, die Entstehung einer betrieblichen Übung zu verhindern. Durch die gewählte Formulierung machten die Parteien gerade deutlich, dass sie auf die Wirksamkeit ihrer Schriftformklausel besonderen Wert legten und das Schriftformerfordernis daher nicht mündlich oder gar stillschweigend aufgehoben werden solle. Daran hält das BAG auch in seiner jüngsten Entscheidung zu Schriftformklauseln (Urteil vom 20. Mai 2008, Az. 9 AZR 382/07) fest.

Dennoch erachtete das BAG die streitgegenständliche doppelte Schriftformklausel für unwirksam und sprach dem Kläger einen Anspruch aus betrieblicher Übung zu. Dies begründete das BAG wie folgt: Da der Arbeitsvertrag (wie in der Mehrzahl der Fälle) von dem Arbeitgeber vorformuliert war, handelte es sich bei der Schriftformklausel um Allgemeine Geschäftsbedingungen, die am Maßstab der §§ 305 ff. BGB zu messen sind. Nach § 307 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen jedoch unwirksam, falls sie den Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Dies sei bei der bisher standardmäßig verwendeten doppelten Schriftformklausel der Fall. Eine vom Arbeitgeber im Arbeitsvertrag als Allgemeine Geschäftsbedingung aufgestellte doppelte Schriftformklausel könne beim Arbeitnehmer

den Eindruck erwecken, jede spätere vom Vertrag abweichende mündliche Abrede sei wegen Verstoßes gegen das Schriftform-erfordernis nichtig. Dies entspreche jedoch nicht der wahren Rechtslage. Denn gemäß § 305b BGB komme individuellen Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu. Dieses Prinzip des Vorrangs (mündlicher) individueller Vertragsabreden setze sich auch gegenüber doppelten Schriftformklauseln durch. Eine zu weit gefasste doppelte Schriftformklausel sei daher irreführend und benachteilige den Arbeitnehmer unangemessen.

Nun handelte es sich bei der strittigen betrieblichen Übung nach Auffassung des BAG zwar nicht um eine Individualvereinbarung im Sinne von § 305b BGB. Eine Individualvereinbarung zeichne sich nämlich dadurch aus, dass sie individuell, also zwischen den Arbeitsvertragsparteien, ausgehandelt werde. Eine betriebliche Übung entstehe demgegenüber durch ein einseitiges Verhalten des Arbeitgebers zugunsten einer Vielzahl von Arbeitnehmern. Es fehle also an einer individuell ausgehandelten Verpflichtung. Allerdings wird eine zu weit gefasste Schriftformklausel wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion (§ 306 Abs. 2 BGB) nicht auf das richtige, also gerade noch zulässige Maß zurückgeführt, sondern muss nach dem BAG insgesamt als unwirksam angesehen werden.

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis

Nach der Entscheidung des BAG steht fest, dass doppelte Schriftformklauseln grundsätzlich wirksam vereinbart werden können und auch geeignet sind, das Entstehen einer betrieblichen Übung zu verhindern. Unklar ist allerdings, wie eine doppelte Schriftformklausel nunmehr formuliert werden muss, um einerseits nicht zu weit gefasst und damit als insgesamt unwirksam angesehen zu werden, und andererseits dem Transparenzgebot zu genügen. Hier dürfte es ratsam sein klarzustellen, dass das Schriftformerfordernis nicht für Änderungen gelten soll, die auf einer ausdrücklichen oder individuell ausgehandelten Abrede beruhen. Aus Gründen der Vorsicht könnte eine noch weiter gehende Einschränkung darin bestehen, alleine betriebliche Übungen auszuschließen (z. B. *„Auch die wiederholte Gewährung von Leistungen oder Vergünstigungen begründet keinen Anspruch auf die fraglichen Leistungen oder Vergünstigungen in der Zukunft“*).

Wegen der gegenwärtigen Unsicherheit hinsichtlich der Ausgestaltung doppelter Schriftformklauseln ist Arbeitgebern außerdem zu raten, bei der Gewährung freiwilliger Leistungen in jedem Falle ausdrücklich auf die Freiwilligkeit hinzuweisen und klarzustellen, dass auch bei wiederholter Gewährung der Leistung kein Rechtsanspruch auf die Leistung für die Zukunft begründet werden soll.

*(Björn Vollmuth,
bvollmuth@mayerbrown.com)*

DAS NEUE PFLEGEZEITGESETZ

Am 01. Juli 2008 ist das Gesetz über die Pflegezeit (Pflegezeitgesetz – PflegeZG) in Kraft getreten. Dem Gesetz liegt der Gedanke zugrunde, dass die überwiegende Zahl pflegebedürftiger Menschen so lange wie möglich durch vertraute Angehörige in gewohnter Umgebung, zumindest aber ambulant und nicht in einem Pflegeheim, versorgt werden möchten. Mit der Verabschiedung des Pflegezeitgesetzes wollte der Gesetzgeber diesen Bedürfnissen Rechnung tragen. Das Pflegezeitgesetz eröffnet Arbeitnehmern die Möglichkeit, zur Pflege naher Angehöriger einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen.

Das Pflegezeitgesetz sieht zwei Formen der Freistellung vor: die kurzzeitige Arbeitsverhinderung (§ 2 PflegeZG) und die Pflegezeit (§ 3 PflegeZG). In beiden Fällen erfolgt die Freistellung unentgeltlich.

Im Rahmen der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung haben Arbeitnehmer das Recht, bis zu zehn Arbeitstage der Arbeit fernzubleiben, wenn dies erforderlich ist, um für einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in einer akuten Pflegesituation eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung in dieser Zeit sicher zu stellen. Dieser Freistellungsanspruch besteht unabhängig von der Größe des Betriebs. Möchte der Arbeitnehmer eine kurzzeitige Pflegezeit in Anspruch nehmen, ist er verpflichtet, seinem Arbeitgeber die Arbeitsverhinderung sowie deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Der Arbeitgeber kann die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über die Pflegebedürftigkeit des Angehörigen verlangen.

Nach § 6 PflegeZG steht Arbeitnehmern darüber hinaus das Recht zu, sich für die Dauer von bis zu sechs Monaten ganz oder teilweise von der Arbeit freistellen zu lassen, wenn sie einen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung pflegen wollen. Dieser Anspruch

besteht allerdings nur in Betrieben mit 15 oder mehr Beschäftigten. Die Inanspruchnahme der Pflegezeit ist dem Arbeitgeber spätestens zehn Tage vor Beginn der Pflegezeit schriftlich anzukündigen. Gleichzeitig muss der Arbeitnehmer mitteilen, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang die Freistellung begehrt wird. Auch hat er die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen durch eine entsprechende ärztliche Bescheinigung nachzuweisen.

Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich die Wahl, ob er vollständig oder nur teilweise freigestellt werden möchte. Entscheidet sich der Arbeitnehmer für eine teilweise Freistellung, hat er mit seinem Arbeitgeber eine schriftliche Vereinbarung hinsichtlich Umfang und Lage der Arbeitszeit zu treffen. Hierbei ist der Arbeitgeber grundsätzlich an die Wünsche des Arbeitnehmers gebunden. Ein Widerspruchsrecht steht dem Arbeitgeber nur bei entgegenstehenden dringenden betrieblichen Gründen zu.

Die Pflegezeit endet in der Regel mit Zeitablauf. Sie endet ebenfalls, wenn die häusliche Pflege nicht mehr erforderlich oder möglich ist, vier Wochen nach Eintritt der veränderten Umstände. Eine Verlängerung der Pflegezeit bis zur Höchstdauer von sechs Monaten ist nach vorangegangener kürzerer Inanspruchnahme nur noch mit Zustimmung des Arbeitgebers möglich.

Sowohl bei der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung als auch bei der Pflegezeit genießt der pflegende Arbeitnehmer von der Ankündigung bis zum Ende der Freistellung Kündigungsschutz (§ 5 PflegeZG). Eine Kündigung ist nur in Ausnahmefällen zulässig. Erforderlich ist dann die Zustimmung der für den Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde.

Um die Härten des kurzfristigen Ausfalles eines Arbeitnehmers besser auffangen zu können, wurde für den Arbeitgeber die Möglichkeit, befristet eine Vertretung einzustellen, erleichtert (§ 6 PflegeZG). Die Einstellung als Vertretung für einen pflegebedingt verhinderten Arbeitnehmer stellt einen die Vorschrift des § 14 Abs. 1 TzBfG ergänzenden Sachgrund für die Befristung von Arbeitsverhältnissen dar.

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis

Die Rechte, die den Arbeitnehmern nach dem Pflegezeitgesetz eingeräumt werden, können weitreichend in die Arbeitsabläufe der Unternehmen eingreifen. Insbesondere die kurze Ankündigungsfrist kann zu Engpässen im Personalbereich für die Unternehmen führen. Den Unternehmen ist daher zu raten, die Regelungen des Pflegezeitgesetzes bei ihrer Personalplanung zu berücksichtigen, um kurzfristige personelle Ausfälle besser auffangen zu können.

Andere Möglichkeiten, auf die neue Gesetzeslage zu reagieren, bleiben den Unternehmen kaum. Denn von den Regelungen des Pflegezeitgesetzes darf nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden. Wird dennoch eine abweichende Regelung vereinbart, so ist diese unwirksam.

Allerdings bleibt abzuwarten, ob und in welchem Umfang die Arbeitnehmer die Möglichkeit der Pflegezeit tatsächlich in Anspruch nehmen und inwieweit die Unternehmen durch die gesetzliche Neuregelung belastet werden. Hier darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Arbeitnehmer während der Pflegezeit keine Entlohnung erhalten, da das PflegeZG nur Anspruch auf eine unbezahlte Freistellung gibt.

*(Nadine Hesser,
nhesser@mayerbrown.com)*

MITBESTIMMUNG DES BETRIEBSRATES BEI DER EINFÜHRUNG VON ETHIK-RICHTLINIEN

In seinem Beschluss vom 22. Juli 2008 (Az. 1 ABR 40/07) hat das BAG die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates hinsichtlich der Einführung weltweit gültiger Ethik-Richtlinien auf die Teile beschränkt, die gemäß § 87 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind. Für die übrigen Teile hat das BAG festgestellt, dass diese auch ohne Zustimmung des Betriebsrates eingeführt werden können.

Wie auch in dem vom BAG entschiedenen Fall gibt es eine Vielzahl von Unternehmen, die nicht zuletzt aufgrund US-amerikanischer Bestimmungen dazu verpflichtet sind, weltweit einheitliche Ethik-Richtlinien (Code of Conduct) einzuführen. In Deutschland wie auch in anderen europäischen Ländern ist diese Einführung häufig problematisch und scheitert an der fehlenden Zustimmung des Betriebsrats. Viele Teile dieser Ethik-Richtlinien unterliegen der zwingenden Mitbestimmung nach § 87 BetrVG. Fraglich war bislang, ob die oftmals viele Seiten umfassenden Ethik-Richtlinien damit vollständig der zwingenden Mitbestimmung durch den Betriebsrat unterliegen.

So hatte auch noch die Vorinstanz (Hessisches Landesarbeitsgericht, Beschluss vom 18. Januar 2007 – Az. 5 TABV 31/06) die Einführung einer Ethik-Richtlinie bei der Fa. Honeywell in Offenbach am Main abgelehnt, weil diese u. a. eine so genannte „Whistle-Blowing-Klausel“ enthält, wonach Mitarbeiter verpflichtet sind, Verstöße gegen die Ethik-Richtlinie einer bestimmten Kommission zu melden. Diese Meldepflichtung unterliege dem zwingenden Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gemäß § 87 BetrVG. Nach dem Hessischen Landesarbeitsgericht führe die fehlende Zustimmung des Betriebsrates dazu, dass die gesamten Ethik-Richtlinien nicht eingeführt werden können. In seinem Beschluss vom 22. Juli 2008 hat das

BAG nun klargestellt, dass zwar Teile dieser Ethik-Richtlinie der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrates gemäß § 87 BetrVG unterliegen (z. B. die „Whistle-Blowing-Klausel“). Dies hindere den Arbeitgeber jedoch nicht daran, diejenigen Teile der Ethik-Richtlinie, die nicht der zwingenden Mitbestimmung durch den Betriebsrat unterliegen, separat und ohne Mitwirkung des Betriebsrates einzuführen.

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis

Mit seinem Beschluss hat das BAG zwar die Beteiligungsrechte des Betriebsrates nicht geschmälert, aber die Einführung weltweiter Ethik-Richtlinien auch für deutsche Gesellschaften erheblich erleichtert. Bislang befanden sich deutsche Tochtergesellschaften US-amerikanischer Unternehmen häufig in der Zwangslage, dass sie nach internen Regeln verpflichtet waren, bestimmte Ethik-Richtlinien ohne jegliche Änderung weltweit einzuführen, was jedoch vielfach am Widerstand des Betriebsrates scheitert. Insbesondere die Whistle-Blowing-Klauseln führen in einer Vielzahl der Fälle zu Konflikten mit dem Betriebsrat. Durch die Möglichkeit, die Ethik-Richtlinien jedenfalls insoweit einseitig einzuführen, als sie nicht der zwingenden Mitbestimmung durch den Betriebsrat unterliegen, können Betriebsräte zukünftig jedenfalls die Einführung von Ethik-Richtlinien nicht mehr vollständig verhindern.

*(Annette Knoth,
aknoth@mayerbrown.com)*

NEUES ZU WERTGUTHABEN: FLEXI II-GESETZ UND VERFÜGUNG DER OBERFINANZDIREKTION (OFD) HANNOVER ZUR NACHGELAGERTEN BESTEUERUNG VON WERTGUTHABEN

Flexible Arbeitszeitregelungen durch Wertkontenmodelle erfreuen sich unverändert steigender Beliebtheit. Das Bundeskabinett hat nunmehr einen „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen“ verabschiedet, das so genannte Flexi II-Gesetz. Das Gesetz soll Langzeitkonten für Arbeitgeber und Arbeitnehmer attraktiver machen und Rechtsunsicherheiten beseitigen, um hierdurch den Verbreitungsgrad von Wertkontenmodellen noch zusätzlich zu erhöhen. Der Gesetzesentwurf definiert Insolvenzschutz und Portabilität bei Zeitwertkonten neu und sieht empfindliche Beschränkungen der Anlagemöglichkeiten vor. Die Änderungen im Flexi-Gesetz sollen bereits am 01. Januar 2009 in Kraft treten.

Neues zu Wertkontenmodellen ergibt sich außerdem aus einer Verfügung der OFD Hannover (2333 - 217 - StO 217 vom 09. Juli 2008), in der festgestellt wurde, dass bereits das Einbringen von Gehaltsbestandteilen in das Wertguthaben zum Zufluss von Arbeitslohn führt, also vorgelagerte Lohnsteuerpflicht ausgelöst wird, wenn es zu einem Totalverlust des Wertguthabens kommen kann und der Arbeitnehmer ein Mitspracherecht hinsichtlich der Kapitalanlage hat.

Die Ziele des Flexi II-Gesetzesentwurfs

Der jetzt verabschiedete Gesetzesentwurf basiert auf zwei vorherigen Entwürfen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (wir berichteten bereits in unserem Update Nr. 03/2007). Der Gesetzesentwurf verfolgt insbesondere die folgenden Ziele:

- Es sollen gesetzliche Vorgaben für Wertguthabenvereinbarungen geschaffen werden.
- Der Insolvenzschutz für Wertkontenguthaben soll effektiver ausgestaltet werden.
- Arbeitnehmer sollen ihre Wertguthaben beim Arbeitgeberwechsel leichter mitnehmen können.

Der wesentliche Inhalt des Flexi II-Gesetzesentwurfs

Definition des „Wertguthabens“

Der Entwurf des Flexi II-Gesetzes enthält eine über die bisherige Definition (§ 7 Abs. 1 a SGB IV) hinausgehende Bestimmung des Begriffs „Wertguthaben“. Hierdurch wird weitere Rechtsklarheit hinsichtlich der Frage geschaffen, welche Formen von Arbeitszeitguthaben von den neuen Regelungen erfasst werden.

Nach dem Gesetzesentwurf werden zukünftig nur noch solche Arbeitszeitvereinbarungen als Wertguthabenvereinbarungen anerkannt, die nicht das Ziel der flexiblen Gestaltung der werktäglichen oder wöchentlichen Arbeitszeit oder den Ausgleich von Produktions- und Arbeitszyklen zum Inhalt haben. Wertguthabenvereinbarungen müssen also von vornherein auf eine längerfristige Freistellung von der Arbeitsleistung gegen Zahlung von Arbeitsentgelt aus dem Wertguthaben ausgerichtet sein. Kurzzeit- und Gleitzeitkonten können also zukünftig nicht (mehr) als Wertguthaben behandelt werden.

Ein weiterer wichtiger Aspekt der beabsichtigten Neuregelungen ist, dass nach dem Gesetzesentwurf jedes Wertguthaben in Geld geführt werden muss. Die in der Praxis häufig zu findende Gestaltungsmöglichkeit, Wertguthaben (auch) in Zeit zu führen, scheidet damit nach dem Gesetzesentwurf aus. Hier- von ist nicht die Einbringung von Arbeitszeit in das Wertguthaben betroffen. Dies ist unverändert möglich.

Regelungen zum Insolvenzschutz

Der Gesetzesentwurf enthält ferner Regelungen, die einen verpflichtenden Insolvenzschutz für Wertguthaben vorsehen. Diese Regelungen sind im Wesentlichen dem § 8 a Altersteilzeitgesetz nachgebildet und sollen die Qualität und Nachhaltigkeit der Insolvenzsicherung sicherstellen. Eine ordnungsgemäß aufgesetzte Treuhandkonstruktion (Contractual Trust Arrangement – CTA) kann die neuen, strengen Insolvenzschutzpflichten des Arbeitgebers erfüllen.

Klassische interne Insolvenzschutzmodelle, wie beispielsweise eine Konzernbürgschaft, werden ausdrücklich als untauglich qualifiziert. Die Insolvenzschutzpflicht ist eine echte Rechtspflicht des Arbeitgebers.

Verletzt er sie, macht er sich folgerichtig gegenüber den Arbeitnehmern schadensersatzpflichtig. Der Arbeitgeber trägt mithin das Risiko, die Wirksamkeit bzw. Insolvenzfestigkeit des vereinbarten Insolvenzschutzes im Vorfeld der Wertguthabenvereinbarung zu prüfen und ihre Insolvenzfestigkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit sicherzustellen. Tritt infolge der (unzureichenden) Sicherung ein Verlust im Wertguthaben des Beschäftigten ein, hat der Arbeitgeber bzw. der auf Seiten des Arbeitgebers persönlich haftende Geschäftsführer oder Vorstand hierfür Ersatz zu leisten, es sei denn, ihn trifft ausnahmsweise kein Verschulden.

Restriktive Anlagemöglichkeiten, keine nachgelagerte Besteuerung sog. Partizipationsmodelle

Ein umfassender Insolvenzschutz von Wertguthaben erfordert nach Auffassung des Gesetzgebers einen Schutz von Wertguthaben gegen Kapitalmarktrisiken. Daher wird für die Anlage von Wertguthaben vorgegeben, dass diese in entsprechender Anwendung den restriktiven Vermögensanlagevorschriften für die Sozialversicherungsträger unterfallen und der Grundsatz der Sicherheit der Anlage auf die Anlage von Wertguthaben Anwendung findet.

Da Wertguthaben typischerweise eine längere Anlagezeit aufweisen, wird in Abweichung von den Anlagevorschriften für Sozialversicherungsträger eine auf 20 Prozent begrenzte Anlage in Aktien und Aktienfonds zugelassen. Der Bestand muss aber soweit vor Verlusten geschützt werden, dass ein Rückfluss zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Wertguthabens mindestens in Höhe des angelegten Betrags gewährleistet ist.

Der Gesetzesentwurf lässt nur zwei Ausnahmen von diesen Beschränkungen zu, nämlich

- falls ein höherer Anlageanteil in Aktien oder Aktienfonds in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung vereinbart ist oder
- falls das Wertguthaben nach der Wertguthabenvereinbarung ausschließlich für Freistellungen in Anspruch genommen werden kann, die unmittelbar vor dem Zeitpunkt liegen, zu dem der Beschäftigte eine Rente wegen Alters in Anspruch nehmen kann (sog. Lebenszyklusmodelle).

Diese Anlagerestriktionen stehen im Einklang mit der Verfügung der OFD Hannover vom 09. Juli 2008. Hiernach sollen Modelle, bei denen es zu einem Totalverlust des Wertguthabens kommen kann und bei denen der Arbeitnehmer ein Mitspracherecht hinsichtlich der Kapitalanlage hat, steuerrechtlich keine Zeitwertkonten, sondern eine reine Vermögensanlage darstellen. Dies führt dazu, dass bereits das Einbringen von Gehaltsbestandteilen in das Wertguthaben zum Zufluss von Arbeitslohn führt, also eine vorgelagerte Lohnsteuerpflicht ausgelöst wird. Die in der Praxis weit verbreiteten, so genannten „Partizipationsmodelle“, bei welchen das Wertguthaben einem Investmentfonds zugeführt und vereinbart wird, dass der gesamte Ertrag aus der externen Kapitalanlage dem Arbeitnehmer zugute kommen, dieser jedoch auch das Risiko einer negativen Wertentwicklung tragen soll, sind damit bereits heute steuerlich nicht mehr als Wertguthaben anerkannt.

Portabilität von Wertguthaben

Der Gesetzesentwurf enthält ferner Regelungen zur Übertragung von Wertguthaben (Portabilität), die für Arbeitnehmer erstmals die Möglichkeit eröffnen, bei Beendigung einer Beschäftigung ein im vorangegangenen Beschäftigungsverhältnis aufgebautes Wertguthaben zu erhalten und nicht als Störfall auflösen zu müssen.

Hierfür sieht der Gesetzesentwurf zwei Möglichkeiten vor:

- Eine Übertragung auf den neuen Arbeitgeber, falls dieser der Übertragung zustimmt
- Eine unumkehrbare (!) Übertragung auf die Deutsche Rentenversicherung Bund auf einem bestimmten Übertragungswert.

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis

Der Gesetzesentwurf enthält einige Ansatzpunkte, die Wertguthaben als Mittel einer flexiblen Arbeitszeitgestaltung noch attraktiver machen dürften. Die Änderungen des Flexi-Gesetzes schaffen ein neues Fundament für die Rechtsgrundlagen für Wertguthaben. Arbeitgeber, die bereits Wertkontenmodelle anbieten, sollten prüfen, inwiefern ihr Modell mit den neuen gesetzlichen Vorgaben – und nicht zuletzt auch mit den Vorgaben der Verfügung der OFD Hannover – in Einklang stehen und gegebenenfalls die erforderlichen Änderungen vornehmen.

Arbeitgeber und Finanzinstitute sollten vor dem Hintergrund der restriktiveren Anlagemöglichkeiten für Wertguthaben frühzeitig über geänderte Anlagestrategien nachdenken, soweit dies im Einzelfall erforderlich ist.

Der Gesetzesentwurf ist insgesamt sehr restriktiv und lässt auch einige Fragen offen, die in dem weiteren Gesetzgebungsverfahren hoffentlich noch adressiert werden.

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

BGH: DIE BILDUNG ODER FORTFÜHRUNG SCHWARZER KASSEN ERFÜLLT DEN STRAF-TATBESTAND DER UNTREUE ZU LASTEN DES UNTERNEHMENS

Unternehmen müssen sich auf eine verschärfte Rechtsprechung zur Bildung bzw. zur Fortführung schwarzer Kassen einstellen. Bereits wenn den zuständigen Organen die Zugriffsmöglichkeit auf Unternehmensvermögen genommen wird, etwa durch die Unterhaltung von dem Rechnungswesen unbekanntem Konten, ist dies gemäß § 266 StGB als Untreue strafbar. Für Unternehmen empfiehlt es sich dringend, umgehend auf die veränderte Rechtslage zu reagieren.

Das höchste deutsche Strafgericht hat am 29. August 2009 (Az. 2 StR 587/07) erstmals ein Urteil in der Siemens-Korruptionsaffäre gesprochen. Die Angeklagten hatten im Jahr 2000 zwei Manager des italienischen Enel-Konzerns bestochen, um die Vergabe von Aufträgen in Höhe von insgesamt 338 Millionen Euro an die Siemens AG zu erreichen. Die Schmiergeldzahlungen in Millionenhöhe bestritten die Angeklagten aus so genannten schwarzen Kassen. Zur Durchführung und Verschleierung dieser Zahlungen bedienten sich die Angeklagten eines Geflechts aus liechtensteinischen Konten von Briefkastenfirmen.

Der BGH sah hierin eine Untreue zum Nachteil der Siemens AG. Die Verurteilungen wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr hoben die Richter dagegen auf. Bestechungshandlungen im ausländischen Wettbewerb stehen erst seit dem Jahr 2000 unter Strafe. Zur Tatzeit erfasste § 299 StGB nur Bestechungen zum Nachteil deutscher Mitbewerber.

Bereits durch das Führen oder Unterhalten einer schwarzen Kasse werde dem Unternehmen Vermögen entzogen, urteilte der BGH. Wenn durch ein solches Verhalten dem ursprünglich berechtigten Unternehmen faktisch die Verfügungsmacht über das ihm zustehende Vermögen entzogen wird, erfüllt dies nach der Rechtsprechung den Treubruchstatbestand des § 266 StGB. Es komme nicht darauf an, ob die Angeklagten die Gelder zu Gunsten des Unternehmens haben einsetzen wollen. Da es allein auf die Bildung oder auch nur die Unterhaltung schwarzer Kassen ankomme, könne eine Untreue auch dann vorliegen, wenn die Unternehmensführung dies dulde. Konkrete Bestechungszahlungen seien nicht notwendig, um den Tatbestand zu erfüllen.

Bereits 2006 hatten die Karlsruher Richter im so genannten CDU-Spendenskandal die Verurteilung des ehemaligen Landesvorsitzenden der CDU Hessen Manfred Kanther wegen Untreue durch die Unterhaltung einer schwarzen Kasse bestätigt. Damals bewertete der BGH das Verschleiern von Parteivermögen, dessen Verfügungsgewalt eigentlich dem Landesverband der CDU Hessen zustand, als strafbar. Das Urteil in der Siemens-Affäre geht noch einen Schritt weiter. Der BGH erstreckt seine Rechtsprechung nun auch auf schwarze Kassen innerhalb von Unternehmen. Die daraus folgenden Strafbarkeitsrisiken werden noch dadurch verschärft, dass der BGH eine Untreue nicht erst beim Eintritt eines konkreten Vermögensschadens, sondern bereits bei einer so genannten schadensgleichen Vermögensgefährdung annimmt.

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis

Auf Unternehmen kommen neue Anforderungen im Bereich der Korruptionsbekämpfung zu. Bislang war nicht abschließend entschieden, ob bereits die Bildung schwarzer Kassen zu Bestechungszwecken oder erst die Zahlung von Schmiergeldern an Dritte den Tatbestand der Untreue verwirklicht. Auch die Unterhaltung von dem Rechnungswesen verborgenen Sondervermögen wird in der Regel eine Untreue durch Unterlassen darstellen. Den Beteiligten drohen erhebliche Strafbarkeitsrisiken, den betroffenen Unternehmen der Verfall von Gewinnen zu Gunsten der Staatskasse. Oft geht es hier um Millionenbeträge. Daher ist im Rahmen des Risikomanagements beziehungsweise der Compliance sicher zu stellen, dass die Bildung oder Unterhaltung schwarzer Kassen effektiv vermieden werden. Falls bereits schwarze Kassen vorhanden sind, kann nur die sofortige Rückführung der Gelder strafrechtliche Konsequenzen verhindern. Das Beispiel der Siemens AG zeigt, dass hier bei Unternehmen erheblicher Handlungsbedarf bestehen kann. In vielen Fällen wird der notwendige erste Schritt in der Prüfung liegen, ob auch im eigenen Unternehmen schwarze Kassen existieren. Grundsätzlich können so genannte Compliance Audits das Risiko späterer Vorwürfe und Ermittlungen bereits im Vorfeld stark verringern.

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

Teil II: Beendigung von Arbeitsverhältnissen

BETRIEBSBEDINGTE KÜNDIGUNG WEGEN DES WEGFALLS EINER HIERARCHIE-EBENE

In einer Entscheidung vom 13. Februar 2008 (Az. 2 AZR 1041/06) hat das BAG Kriterien klar gestellt, dass die unternehmerische Entscheidung, eine Hierarchie-Ebene zu streichen, eine betriebsbedingte Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 KSchG rechtfertigen kann. In der Praxis stellt sich häufig das Problem, dass durch eine unternehmerische Entscheidung Kosten gespart werden sollen, indem eine Hierarchie-Ebene vollständig gestrichen wird. Problematisch sind derartige Entscheidungen immer vor dem Hintergrund, dass das Kündigungsschutzgesetz verlangt, dass durch die unternehmerische Entscheidung der konkrete Beschäftigungsbedarf für einen oder mehrere Mitarbeiter wegfällt. Wird eine Hierarchie-Ebene gestrichen, stellt sich die Frage, wie die vorhandene Arbeit auf die verbleibenden Mitarbeiter (ggf. durch Umorganisation) umverteilt werden kann.

Vor diesem Hintergrund hat das BAG in seiner Entscheidung vom 13. Februar 2008 dem Arbeitgeber eine (wieder einmal) gesteigerte Darlegungs- und Beweislast auferlegt. Hierfür hat das BAG konkrete Punkte benannt, die den Arbeitgeber berechtigen, eine Hierarchie-Ebene zu streichen. Danach muss der Arbeitgeber konkret darlegen:

- Umfang des Wegfalls der bisher ausgeübten Tätigkeiten,
- Darstellung der zukünftigen Entwicklung der Arbeitsmenge anhand einer näher konkretisierten Prognose, und
- wie die Tätigkeiten von dem verbleibenden Personal ohne überobligationsmäßige Leistung erledigt werden können.

Auch wenn sämtliche Unternehmerentscheidungen vom Arbeitsgericht nur auf Willkür überprüfbar sind, fordert das BAG demnach im Falle eines Wegfalles einer Hierarchie-Ebene, dass der Arbeitgeber darlegt, welche Aufgaben der/die gekündigten Arbeitnehmer tatsächlich verrichtet haben und wer diese Aufgaben in Zukunft erledigen wird. Dabei geht das BAG davon aus, dass die gekündigten Arbeitnehmer nicht beschäftigungslos waren und ihre Aufgaben entsprechend verteilt werden müssen, ohne dass die verbleibenden Mitarbeiter unverhältnismäßig viele Überstunden machen müssen (so genannte überobligationsmäßige Beschäftigung).

Zwar wurde damit die Darlegungs- und Beweislast für den Arbeitgeber erneut erhöht. Das BAG hat in dieser Entscheidung jedoch auch klar gestellt, dass sich ein Arbeitgeber entscheiden kann, allein zur Kostenreduzierung eine Hierarchie-Ebene zu streichen. Der Arbeitgeber muss nur in der Lage sein darzulegen, dass er seinen Betrieb und den normalen Arbeitsablauf ohne die entsprechenden Mitarbeiter organisieren kann.

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis

Arbeitgebern ist daher dringend zu raten, im Vorfeld einer Kündigungsentscheidung, die sich auf den Wegfall einer Hierarchie-Ebene stützt, genau zu überlegen, wer von den verbleibenden Mitarbeitern welche Aufgaben der/des zu kündigenden Mitarbeiters übernehmen kann und welche Aufgaben gegebenenfalls zukünftig überhaupt nicht mehr anfallen. Es ist daher ratsam, neben einer grafischen Darstellung der alten und neuen Organisationsstruktur in Form eines Organigramms auch die entsprechende Aufgabenverteilung vor und nach der Umsetzung der Unternehmerentscheidung (Streichung der Hierarchie-Ebene) darzustellen.

*(Annette Knoth,
aknoth@mayerbrown.com)*

Teil III: Betriebliche Altersversorgung

VERSORGUNGSORDNUNGEN IN DER DISKRIMINIERUNGSFALLE

Nicht erst seitdem das BAG in seiner Entscheidung vom 11. Dezember 2007 (3 AZR 249/06) klargestellt hat, dass das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) auch auf die betriebliche Altersversorgung Anwendung findet, soweit das Betriebsrentengesetz keine spezielleren Vorschriften enthält, ist das Thema der Gleichbehandlungspflicht bzw. des Benachteiligungsverbots für die betriebliche Altersversorgung von höchster Brisanz.

In nahezu allen Versorgungsordnungen deutscher Unternehmen finden sich Regelungen, deren Wirksamkeit vor dem Hintergrund des AGG zumindest bezweifelt werden darf. Der EuGH hat sich jüngst mit zwei Fällen beschäftigt, in denen dieser Themenkomplex im Mittelpunkt stand. Beide Fälle haben ihren Ursprung in Deutschland.

EuGH vom 01.04.2008 – Rs C 267/06 (Maruko)

In der Rechtssache Maruko stand die Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften im Mittelpunkt. Der EuGH musste über die Frage des Anspruchs eines gleichgeschlechtlichen Lebenspartners auf Hinterbliebenenversorgung entscheiden. Der Kläger Maruko begehrte Witwerrente von dem Versorgungsträger, die ihm verweigert wurde, weil die Satzung des Versorgungsträgers nur Ansprüche eines Ehemanns respektive einer Ehefrau regelte und gleichgeschlechtliche Partnerschaften vom Wortlaut der entsprechenden Regelung nicht erfasst wurden. Herr Maruko vertrat unter anderem die Auffassung, dass diese Regelung gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoße. Eine Nichtgewährung von Hinterbliebenenversorgung stelle eine unmittelbare Diskriminierung wegen seiner sexuellen Orientierung dar.

Der EuGH gab dem Kläger im Grundsatz recht. Nach Auffassung des EuGH stellt eine Bestimmung in einer Versorgungsordnung, die ausschließlich einem überlebenden Ehegatten Hinterbliebenenversorgung gewährt, eine unmittelbare Benachteiligung gleichgeschlechtlicher Lebenspartner wegen der sexuellen Orientierung dar, wenn nach nationalem Recht eine vergleichbare Situation für gleichgeschlechtliche Lebenspartner und Eheleute besteht.

Damit hat der EuGH zwar den deutschen Gerichten die letzte Entscheidung zur Frage der Wirksamkeit der typischen Klauseln zur Witwen- und Witwerrente überlassen; er gibt jedoch zu erkennen, dass durch die Einführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes und die schrittweise Anpassung und Änderungen im SGB VI eine Vergleichbarkeit zwischen Ehe und gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft anzunehmen ist. Es ist deshalb wahrscheinlich, dass der in Deutschland für die Entscheidung in der Sache zuständige Bayerische Verwaltungsgerichtshof eine Vergleichbarkeit zwischen Ehe und gleichgeschlechtlicher Partnerschaft und damit einen Anspruch auf Hinterbliebenenrente auch für gleichgeschlechtliche Lebenspartner bejahen wird. Der BGH hat einen solchen Anspruch zuletzt noch in seiner Entscheidung vom 14. Februar 2008 – Az. IV ZR 267/04 für die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder abgelehnt.

Zudem hat der EuGH klar gestellt, dass seine Entscheidung volle Rückwirkung entfaltet. Der EuGH sieht keinen Anlass für eine Einschränkung einer solchen Rückwirkung, da kein entsprechender Vertrauensschutz zu gewährleisten sei. Da die Grundsätze der Entscheidung damit auch bereits abgeschlossene Rechtsverhältnisse erfassen, kann die Entscheidung unabsehbare wirtschaftliche Auswirkungen für Versorgungsschuldner haben.

EuGH – Rs C 427/06 (Bartsch)

In der vom EuGH am 24. September 2008 entschiedenen Rechtssache Bartsch stand ebenfalls eine Diskriminierungsfrage im Mittelpunkt.

Kern des Streits war eine typische Altersabstandsklausel für Witwen- und Witwerrenten, wie sie sich in hunderten deutscher Versorgungsordnungen findet. Die fragliche Versorgungsordnung sieht vor, dass Leistungen der Witwen- und Witwerrente ausscheiden sollen, wenn die Witwe/der Witwer über 15 Jahre jünger ist als der verstorbene versorgungsberechtigte Ehepartner.

Der EuGH musste in der Sache nicht entscheiden, da der Fall keinen gemeinschaftsrechtlichen Bezug aufwies. Generalanwältin Sharpston stellte in ihrem Schlussantrag aber sehr deutlich klar, dass nach ihrer Auffassung eine solche Altersabstandsklausel unwirksam sei; insbesondere rechtfertige das Ziel einer Begrenzung der wirtschaftlichen Belastung allein keinen generellen Leistungsausschluss. Ein solcher vollständiger Ausschluss sei unverhältnismäßig. Zulässig sei allenfalls, hinterbliebene Ehegatten, die erheblich jünger als der verstorbene Arbeitnehmer sind, mit einer gewissen Zeitverzögerung oder nur anteilig zu versorgen, anstatt sie von vornherein von jeder Leistungsberechtigung auszuschließen. Generalanwältin Sharpston kam weiter zu dem Ergebnis, dass diese Auffassung unbegrenzt, also auch für den Zeitraum vor dem Ende der Umsetzungsfrist der Anti-Diskriminierungs-Richtlinie im Dezember 2006 gelten müsse.

Es ist nur eine Frage der Zeit, bis sich auch deutsche Gerichte mit der Wirksamkeit von Altersabstandsklauseln beschäftigen müssen. Diese werden dann an den Maßstäben des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) zu messen sein. Das BAG hat am 11. November 2007 (Az. 3 AZR 249/06) entschieden, dass auch Regelungen der betrieblichen Altersversorgung grundsätzlich

am Maßstab des AGG zu prüfen sind.

Eine Altersabstandsklausel, die undifferenziert einen Wegfall sämtlicher Ansprüche ab einer bestimmten Altersdifferenz vorsieht, dürfte mit den Regeln des AGG unvereinbar sein. Wird dies vom BAG entschieden, können zu Unrecht diskriminierte Ehepartner Hinterbliebenenrente nach Maßgabe der jeweiligen Versorgungsregelung verlangen. Dies gilt mit einiger Sicherheit für alle Fälle, in denen der Versorgungsfall nach dem Inkrafttreten des AGG am 17. August 2006 eingetreten ist oder eintreten wird.

Auch wenn die Bartsch-Entscheidung nicht die von vielen erhofften Antworten enthält, birgt sie dennoch eine wichtige Aussage: Der EuGH stellt nämlich klar, dass das Gemeinschaftsrecht kein allgemeines Verbot der Diskriminierung wegen des Alters enthält – ein Rechtssatz, den der EuGH noch in der viel diskutierten Rechtssache Mangold (C-144/04) anders gesehen hatte. Der EuGH führt so die im Oktober 2007 mit der Palacios-Entscheidung (C-411/05) eingeleitete erfreuliche Korrektur der Aussagen seiner Mangold-Entscheidung fort. Dies ist deshalb wichtig, weil ein allgemeines Verbot der Diskriminierung auch alle bereits vor dem AGG abgeschlossenen Sachverhalte erfassen würde.

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis

Beide Entscheidungen zeigen deutlich, dass Diskriminierungsverbote endgültig Einzug in das Recht der betrieblichen Altersversorgung gehalten haben. Da hierdurch neue Risiken kalkuliert und finanziert werden müssen, müssen Beiträge oder Leistungen entsprechend angepasst werden. Es empfiehlt sich insbesondere eine rechtzeitige Anpassung des Inhalts der zugrunde liegenden Versorgungsordnungen, um Unklarheiten und daraus resultierende Risiken zu vermeiden.

Es ist ferner zu erwarten, dass sich diese Tendenz nicht nur für die betriebliche Altersversorgung, sondern für sämtliche Leistungen von Arbeitgebern auswirken wird. Bekommen beispielsweise Ehegatten zur Hochzeit zwei freie Tage, dann ist zu erwarten, dass auch Lebenspartnern in Zukunft die gleiche Leistung zusteht.

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

AUSWIRKUNGEN DER REFORM DES VERSORGUNGSAusGLEICHSRECHTS AUF DIE BETRIEBLICHE ALTERSVERSORGUNG – WAS IST NEU?

Ende Mai 2008 hat das Bundesministerium der Justiz den Regierungsentwurf zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs vorgelegt. Das Reformkonzept hat enorme Auswirkungen auf die betriebliche Altersversorgung bei internen und externen Versorgungsträgern.

Bisherige Situation

Bislang richtet sich der Versorgungsausgleich nach dem so genannten „Halbteilungsgrundsatz“. Hiernach werden die von jedem Ehegatten erworbenen Anwartschaften aufgelistet und addiert. Die Differenz der beidseits erworbenen Versorgungsansprüche wird hälftig zugunsten desjenigen Ehegatten ausgeglichen, der insgesamt die geringeren Versorgungsansprüche aufweist. Die Saldierung, Bewertung und Vergleichbarkeit der verschiedenen Versorgungsanswartschaften bereitet hierbei in der Praxis oft Probleme.

Der Gesetzgeber will diesen praktischen Schwierigkeiten begegnen und die Regelungen zum Versorgungsausgleich in einem neuen einheitlichen Gesetz, dem so genannten Versorgungsausgleichsgesetz, neu fassen. Die Halbteilung soll zwar als Grundsatz bestehen bleiben, für den Berechnungsansatz gibt es aber neue Regeln.

Das Versorgungsausgleichsgesetz – Erhöhte Pflichten für Versorgungsträger

Die Neuregelung sieht vor, dass zunächst ein systeminterner Ausgleich durchzuführen ist. Jeder Ehegatte erhält einen auf das Ende der Ehezeit berechneten hälftigen Anteil an jedem einzelnen Versorgungsposten des anderen Ehegatten und wird in das jeweilige Versorgungssystem mit allen hiermit verbundenen Chancen und Risiken integriert.

Die bislang erforderliche Saldierung von Versorgungsansprüchen findet nur noch dort statt, wo beide Ehegatten Ansprüche gleicher Art gegen denselben Versorgungsträger haben, in der Regel also in der gesetzlichen Rentenversicherung, oder wenn zwar verschiedene Versorgungsschuldner bestehen, diese aber untereinander eine Verrechnungsvereinbarung getroffen haben.

Jeder Ausgleichsberechtigte erhält damit einen eigenen Anspruch gegen den Versorgungsträger. Durch die interne Teilung erlangt der Berechtigte hinsichtlich seiner Versorgungsansprüche eine fiktive Rechtsstellung eines ausgeschiedenen Arbeitnehmers. Er hat damit Anspruch auf Anpassung, Portabilität oder gegebenenfalls Fortführung der Versorgung mit eigenen Beiträgen.

Dies bedeutet, dass betriebsfremde Personen in betriebliche Versorgungswerke aufzunehmen sind, was zu einem erheblichen Verwaltungsaufwand für Unternehmen führen dürfte. Der Versorgungsträger darf die ihm durch die interne Teilung entstehenden laufenden Verwaltungskosten auf die Eheleute verlagern. Es darf indes bezweifelt werden, dass diese Regelung zu einer vollen Kostendeckung für die Versorgungsträger führen wird. In jedem Fall liegt sie nicht im Interesse der Versorgungsberechtigten, die hierdurch mit zusätzlich gekürzten Versorgungsleistungen rechnen müssen.

Nur ausnahmsweise ist eine externe Teilung, also die Begründung eines Anrechts zulasten der Versorgung des Ausgleichsverpflichteten für den Berechtigten bei einem anderen Versorgungsträger, möglich. Diese Möglichkeit besteht, wenn der Ausgleichsberechtigte und der Versorgungsträger einen Transfer in ein externes Versorgungssystem vereinbaren. Sind nur Kleinstbeträge auszugleichen, kann der Versorgungsträger zur Vermeidung unnötiger Kosten einen entsprechenden Transfer auch einseitig vornehmen. Die hierfür erforderliche Einmalzahlung an den externen Versorgungsträger soll für den Ausgleichsberechtigten von der Einkommensteuer ausgenommen werden.

Neu ist auch, dass sich die Auskunftspflicht des Versorgungsträgers gegenüber dem Gericht, durch die das gerichtliche Versorgungsausgleichsverfahren vorzubereiten ist, nicht mehr – wie bislang – nur auf die Grunddaten des Versorgungsrechts bezieht, sondern nunmehr auch der auszugleichende Ehezeitanteil zu ermitteln und mitzuteilen ist. Dieser ist auf den Stichtag des Endes der Ehezeit zu berechnen. Der Versorgungsträger soll typischerweise den Übertragungswert gem. § 4 Abs. 5 BetrAVG mitteilen.

Schließlich soll ein Bagatellausgleich bei geringen Anrechten oder geringem Unterschied zwischen beiderseitigen Anrechten (bis zu ca. 25 Euro monatliche Rente bzw. bis zu ca. 1.000 Euro Kapitalwert) ausscheiden.

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis

Der Versorgungsträger, im Falle von Direktzusagen also der Arbeitgeber, hat nach dem internen Ausgleich nunmehr Versorgungspflichten gegenüber zwei unterschiedlichen Anspruchsberechtigten. Für die Durchführung des Ausgleichs trägt er die Verantwortung, was einen hohen administrativen Aufwand zur Folge haben kann. Zur Vermeidung dieser Kosten kann sich die Übertragung der Versorgung auf einen externen Versorgungsträger anbieten.

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

Teil IV: Unternehmensmitbestimmung

ZUR EINTRAGUNGSFÄHIGKEIT VON VORRATSGESELLSCHAFTEN IN DER RECHTSFORM DER SE

Seit dem 08. Oktober 2004 können in allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union und des Europäischen Wirtschaftsraums Gesellschaften in der Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea – SE) gegründet werden. Als große Vorteile der SE werden oft die Flexibilität der Mitbestimmung in Unternehmen dieser Rechtsform sowie die Möglichkeit des „Einfrierens“ der Unternehmensmitbestimmung genannt.

Eintragungsfähigkeit trotz fehlender Verhandlungen über eine Beteiligungsvereinbarung

Die Flexibilität der Unternehmensmitbestimmung wird durch ein gesetzlich vorgeschriebenes Verhandlungsverfahren erreicht, an dessen Ende im Idealfall eine Vereinbarung zwischen den Arbeitnehmern und der an der SE-Gründung beteiligten Gesellschaft steht, in der festgeschrieben wird, wie die Mitbestimmungsrechte in der SE aussehen sollen. Art. 12 Abs. 2 SE-VO und mit ihm die entsprechenden deutschen Regelungen sehen eine Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung oder einen Nichtverhandlungsbeschluss als zwingende Eintragungsvoraussetzung vor.

In Umstrukturierungsszenarien werden aber häufig sog. Vorratsgesellschaften verwendet, die bereits von einem Dritten gegründet wurden, aber frei von Altlasten sind. Auf diese Weise sparen sich die an der Umstrukturierung beteiligten Gesellschaften den zeitlichen und finanziellen Aufwand einer Neugründung. Vorratsgesellschaften beschäftigen keine Arbeitnehmer.

Vor diesem Hintergrund war lange umstritten, ob die Gründung einer Vorratsgesellschaft in der Rechtsform einer SE überhaupt möglich ist. Das AG Hamburg und das LG Hamburg hatten in viel beachteten Entscheidungen im

Jahre 2005 die Eintragung einer arbeitnehmerlosen SE abgelehnt, weil keine Verhandlungen über die Beteiligung der Arbeitnehmer geführt worden waren. Diese Entscheidungen – vor dem Hintergrund des Wortlauts des Art. 12 SE-VO nur folgerichtig – haben zu einiger Unsicherheit bei der Verwendung von Vorrats-SE geführt.

Mittlerweile liegen eine Reihe weiterer Gerichtsentscheidungen, unter anderem des AG Düsseldorf und des AG München, vor, die die Eintragungsfähigkeit der arbeitnehmerlosen SE bejahen. Der entscheidende Unterschied im Hamburger Fall war, dass zwar die SE arbeitnehmerlos war, ihre Gründungsgesellschaften jedoch nicht. Sind aber sowohl die SE als auch die an ihrer Gründung beteiligten Gesellschaften arbeitnehmerlos – wie typischerweise bei einer Vorrats-SE – ist eine Verhandlung mit Arbeitnehmern nicht möglich und kann damit auch nicht Eintragungsvoraussetzung sein.

Rechtslage nach der Aktivierung der Vorratsgesellschaft

Zwar scheint die Frage der Eintragungsfähigkeit der arbeitnehmerlosen SE mittlerweile positiv beantwortet zu sein. Unklar ist aber weiterhin die Rechtslage hinsichtlich der Mitbestimmung nach der Aktivierung der Vorratsgesellschaft. Es sollte stets der Einzelfall genau geprüft werden.

Entscheidende Faktoren können die Dauer zwischen Gründung und Aktivierung der SE (wegen des Missbrauchsverbots gem. § 43 SEBG sollte dazwischen immer zumindest ein Jahr liegen) sowie insbesondere die genaue Art der Verwendung der SE nach ihrer Aktivierung sein. Zumindest bei einer dauerhaft arbeitnehmerlosen SE, die reine Holdingfunktionen wahrnehmen soll, spricht vieles dafür, dass sie dauerhaft mitbestimmungsfrei bleibt.

Auswirkungen auf die betriebliche Praxis

Die Verwendung einer Vorrats-SE kann eine interessante Alternative in Umstrukturierungsprozessen sein. Nachdem nunmehr davon ausgegangen werden kann, dass eine Vorrats-SE wirksam gegründet werden kann, sollte diese Möglichkeit bei passenden Gegebenheiten geprüft werden.

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

Sollten Sie zu dieser Publikation noch mehr Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an folgenden Ansprechpartner:

Dr. Guido Zeppenfeld, LL.M.

Partner, Frankfurt

T: +49 69 79 41 2241

gzeppenfeld@mayerbrown.com

Mit rund 1.800 Anwälten an 21 Standorten in Nord- und Südamerika, Europa und Asien gehört Mayer Brown zu den führenden internationalen Wirtschaftssozietäten weltweit. Im Januar 2008 hat die Kanzlei durch den Zusammenschluss mit JSM, einer der größten und ältesten asiatischen Wirtschaftskanzleien, die Präsenz in Asien ausgebaut. In den deutschen Büros in Frankfurt am Main, Köln und Berlin beraten mehr als 110 Anwälte deutsche und internationale Mandanten in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts.

STANDORTE NORD- UND SÜDAMERIKA: Charlotte, Chicago, Houston, Los Angeles, New York, Palo Alto, São Paulo, Washington D.C.
ASIEN: Bangkok, Guangzhou, Hanoi, Ho Chi Minh Stadt, Hongkong, Peking, Schanghai
EUROPA: Berlin, Brüssel, Frankfurt, Köln, London, Paris

ALLIANZEN Italien und Ost-Europa (Tonucci & Partners), Mexiko (Jáuregui, Navarrete y Nader), Spanien (Ramón & Cajal)

Weitere Informationen zu Mayer Brown finden Sie auf unserer Website.

www.mayerbrown.com

© 2008 Mayer Brown LLP, Mayer Brown International LLP and/or JSM. Diese Mayer Brown Publikation weist Mandanten und Leser auf neue Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung hin, die für die betriebliche Praxis relevant sein können. Die Publikation beinhaltet jedoch keine umfassende Darstellung der Rechtslage und stellt keine Rechtsberatung dar. Der Leser sollte individuellen Rechtsrat einholen, bevor er in einem der behandelten Gebiete tätig wird.

Mayer Brown LLP ist eine Partnerschaft mit beschränkter Haftung nach dem Recht des Staates Illinois, U.S.A.