

---

Newsletter, 1. Quartal 2009

---

# Arbeitsrecht

---

<b>Kurzarbeit – Sicherung der Stammebelegschaft in der Krise</b>	Seite 2
<b>Sozialauswahl: Welche Punkteschemata sind noch AGG-konform?</b>	Seite 4
<b>Kostensenkung durch Flucht aus dem Tarifvertrag</b>	Seite 5
<b>Anrechnung übertariflicher Zulagen</b> (BAG vom 27. August 2008 – 5 AZR 820/07)	Seite 6
<b>Abberufung und Kündigung eines GmbH Geschäftsführers</b> (BAG vom 5. Juni 2008 – 2 AZR 754/06)	Seite 8
<b>Videoüberwachung im Betrieb</b> (BAG vom 26. August 2008 – 1 ABR 16/07)	Seite 9
<b>Mitbestimmung bei Ethik-Richtlinien</b> (BAG vom 22. Juli 2008 – 1 ABR 40/07)	Seite 10
<b>Geringere Sozialplanleistungen für rentennahe Arbeitnehmer zulässig</b> (BAG vom 11. November 2008 – 1 AZR 475/07)	Seite 11
<b>Aktuelle Veranstaltungen</b>	Seite 13



# Kurzarbeit – Sicherung der Stammbeslegschaft in der Krise

Die Finanz- und Wirtschaftskrise, die im letzten Jahr einsetzte, zwingt viele Unternehmen zu Kosteneinsparungen. Bei diesem Schritt rücken regelmäßig schnell auch die Personalkosten ins Licht, insbesondere nach Umsatzrückgängen und fehlender Auslastung der Betriebe. Personalmaßnahmen zur Kosteneinsparung sollten jedoch nur mit Bedacht angegangen werden: Das Unternehmen kann sich mit etwaigen Entlassungen für Wachstumszeiten nach der Krise schwächen. Entlassungen haben regelmäßig auch negative Auswirkungen auf das Firmenimage, von der Wahrnehmung an der Börse abgesehen. Es gibt zudem Alternativen, die den Betriebsfrieden weniger gefährden. In diesem Sinne werden in vielen Unternehmen Arbeitszeitverkürzungen und als staatlich unterstützte Variante die Kurzarbeit wieder stärker in den Blickpunkt gerückt – Mittel zur Reduzierung der Lohnkosten bei gleichzeitigem Erhalt der Arbeitsplätze. Das Unternehmen kann qualifizierte Fachkräfte und gut eingearbeitete Arbeitnehmer an sich binden, bis die Krise überwunden ist. Angesichts der sich abzeichnenden Demographie kann das ein großer Wettbewerbsvorteil werden.

Die Politik hat die Kurzarbeit ebenfalls wieder entdeckt: „Mein Appell geht an die Unternehmen: Haltet an Euren Mitarbeitern fest. Ihr werdet sie brauchen, wenn die Konjunktur wieder anzieht“ – so Bundesarbeitsminister Olaf Scholz. Im Zuge dieses Appells werden gegenwärtig als Teil des Konjunkturpakets Verbesserungen der Kurzarbeit diskutiert, dazu sogleich genauer.

## Was ist Kurzarbeit?

Kennzeichen der Kurzarbeit ist, dass die Arbeitszeit der betroffenen Mitarbeiter vorübergehend verkürzt und der dadurch entstehende Verdienstaufschlag durch das staatliche Kurzarbeitergeld (Kug) gemindert wird. Das Kug wird durch die Bundesagentur für Arbeit erbracht.

## Voraussetzungen des Kug

Kug wird als Ergänzung zum Arbeitsentgelt nur unter folgenden Voraussetzungen der §§ 169, 170 SGB III gewährt:

In dem Unternehmen findet **Kurzarbeit in erheblichem Umfang** statt, es fallen für die betroffenen Mitarbeiter also sowohl Arbeit als auch Entgelt weg. In einem Kalendermonat muss mindestens ein Drittel der in dem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von mehr als

10% ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen sein. Geringerer Anpassungsbedarf muss mit anderen Mitteln geleistet werden.

Der Arbeitsausfall muss **auf wirtschaftlichen Gründen** beruhen oder einem unabwendbaren Ereignis. Wirtschaftliche Gründe müssen sich unmittelbar oder mittelbar aus dem wirtschaftlichen Ablauf ergeben. Das ist der Fall bei Absatzmängeln und daraus folgenden Überproduktionen, die sich aus der aktuellen Konjunkturkrise ergeben. Auch betriebliche Strukturveränderungen erfüllen die Voraussetzungen (z. B. Umstellung auf neue Produkte, neue Fertigungsverfahren, Einschränkungen der Produktion). Managementfehler oder wirtschaftliche Fehleinschätzungen sind hingegen keine wirtschaftlichen Gründe. Sie werden allerdings wohl auch eher selten alleinige Ursache für eine wirtschaftliche Schieflage eines Unternehmens sein.

Die **Kurzarbeit muss unvermeidbar** sein. Der Arbeitgeber muss vergeblich versucht haben, sie abzuwenden oder einzuschränken. Vor Einführung der Kurzarbeit muss der Arbeitgeber beispielsweise prüfen:

- Versetzungen,
- Vorziehen von anderen, später fällig werdenden Arbeiten,
- grundsätzlich auch Abbau von Arbeitszeitguthaben,
- Unterschreiten von Sollzeiten im Rahmen von Gleitzeitkonten,
- Abbau von Überstunden,
- Abbau von Leiharbeit oder
- Gewährung bezahlten Erholungsurlaubs (in Form von Betriebs- oder Abteilungsferien). Besteht ein Betriebsrat, kann und muss der Arbeitgeber mit diesem nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG den Urlaub festlegen; wenn nicht, kann der Arbeitgeber Betriebsferien allerdings nur bei dringenden betrieblichen Belangen und nach einer Interessenabwägung mit den Urlaubswünschen der Mitarbeiter einseitig anordnen.

Der **Arbeitsausfall ist nur vorübergehend**. Es muss in absehbarer Zeit wieder mit dem Übergang zur Vollzeitarbeit zu rechnen sein. Außerdem muss prognostiziert werden können, dass die finanzielle Lage des Unternehmens die wirtschaftliche Überbrückung des Kurzarbeitszeitraums zulässt.

Anspruch auf Kug haben nur Arbeitnehmer in einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung (nicht: geringfügige

Beschäftigung oder (Voll-)Rentner). Die Betroffenen dürfen ferner nicht vom Bezug des Kug ausgeschlossen sein (keine Weiterbildung, Krankengeld, Sperrzeit, Ruhen).

### Wie wird Kurzarbeit eingeführt?

Bei der Einführung von Kurzarbeit kann das Bestehen eines Betriebsrates von Vorteil sein. Die Einführung von Kurzarbeit ist dann zwar mitbestimmungspflichtig (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG), eine Betriebsvereinbarung über den Umfang und die Verteilung der Kurzarbeit auf die betroffenen Arbeitnehmer ist aber für die Mitarbeiter verbindlich.

Besteht kein Betriebsrat, kann der Arbeitgeber nicht etwa einseitig Kurzarbeit einführen. Er benötigt das Einverständnis jedes einzelnen Arbeitnehmers zur zeitweisen Verkürzung der vertraglichen Arbeitszeit. Änderungskündigungen werden selten ein probates Mittel zur schnellen Einführung von Kurzarbeit sein. Allerdings können in Tarifverträgen Besonderheiten geregelt sein, seltener auch in Einzelarbeitsverträgen.

Besteht im Betrieb ein Wirtschaftsausschuss, so ist dieser über die Kurzarbeit und ihre Gründe zu unterrichten.

Schließlich muss der Arbeitsausfall der Bundesagentur für Arbeit schriftlich angezeigt werden. Die genannten Voraussetzungen des Kurzarbeitergeldes sind dabei vom Arbeitgeber glaubhaft zu machen und die notwendigen Unterlagen vorzulegen. Die Anzeige steuert auch den Beginn der Zahlungen von Kug und damit mittelbar der Kurzarbeit: Kug wird frühestens von dem Kalendermonat an geleistet, in dem die Anzeige des Arbeitsausfalls bei der Arbeitsagentur eingegangen ist.

### Umfang des Kug

Die Höhe des Kug berechnet sich nach der Differenz zwischen dem Nettoentgelt, das der Arbeitnehmer ohne Arbeitsausfall erzielt hätte, und demjenigen, das er tatsächlich erzielt hat. Gegenüber Kindern unterhaltspflichtige Arbeitnehmer erhalten wie beim Arbeitslosengeld 67 % der Nettoentgeltdifferenz, die übrigen 60 %. Betriebsräte und Gewerkschaften verlangen in Verhandlungen über Vereinbarungen zur Kurzarbeit regelmäßig einen Zuschuss des Arbeitgebers zum Kug. Ein Rechtsanspruch darauf besteht jedoch nicht. Solche Zuschüsse werden bei der Berechnung des Entgeltausfalls und der Gewährung des Kug nicht berücksichtigt.

Das Kug wird ab dem Kalendermonat der Anzeige des Arbeitsausfalls bei der Arbeitsagentur grundsätzlich für die Dauer von längstens sechs Monaten gewährt. Diese Bezugsfrist hat das Bundesarbeitsministerium aktuell durch

Rechtsverordnung seit dem 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2009 auf 18 Monate verlängert.

Wermutstropfen des Kug ist, dass der Arbeitgeber die auf das Kug entfallenden Sozialabgaben alleine zu tragen hat einschließlich des Arbeitnehmeranteils an der Sozialversicherung. Die Lohnnebenkosten für Kurzarbeiter erhöhen sich damit überproportional und zehren die möglichen Einsparungen des Arbeitgebers teilweise wieder auf. Gegenwärtig diskutiert die Politik allerdings auch insofern Erleichterungen der Kurzarbeit, die bei Drucklegung dieses Newsletters noch nicht endgültig beschlossen waren: So wird erwogen, dass die für das Kurzarbeitergeld fälligen Sozialabgaben von der Staatskasse oder der Bundesagentur übernommen werden.

### Alternativen

Die Kurzarbeit ist wie beschrieben auch mit Kostennachteilen verbunden. Daher sind auch die alternativen Maßnahmen zu erwägen, wenn Kosten zu senken sind. Einige sind oben bereits aufgezählt worden.

Darüber hinaus sehen Tarifverträge einiger Branchen Möglichkeiten zur Arbeitszeitverringerung vor, die jedenfalls den administrativen Aufwand gegenüber der Arbeitsagentur vermeiden und außerdem nicht zur Steigerung der Lohnnebenkosten führen. Teilweise – so z.B. im Bereich der Metallindustrie – wird den Betriebsparteien die Regelungsbefugnis zur Absenkung der tariflichen Vollzeit auf bis zu mindestens 29 bis 33 Stunden je Tarifgebiet übertragen; in solchen Fällen hat der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat neben der Einführung von Kurzarbeit eine zweite Alternative zur Hand. In der Metallindustrie ist diese Betriebsvereinbarung regelmäßig mit dem Verbot betriebsbedingter Kündigungen für die Laufzeit der Betriebsvereinbarung verbunden.

Einige Tarifverträge sehen ferner Beschäftigungssicherungs- und -förderungsmaßnahmen vor (so z.B. das sogenannte Pforzheimer Abkommen der Metalltarifparteien). Durch Abschluss von Ergänzungstarifverträgen können für einzelne Unternehmen auf diesem Weg die Standards der Flächentarifverträge unterschritten werden (z. B. durch Kürzung von Sonderzahlungen, Stundung von Ansprüchen, Erhöhung oder Absenkung der Arbeitszeit). Als Gegenleistung wird der Arbeitgeber regelmäßig auf betriebsbedingte Kündigungen verzichten müssen.

### Fazit

Personalkosten können nicht nur durch Kündigungen reduziert werden. Das gilt besonders, wenn es um kurzfristige Absicherung in einer Konjunkturkrise wie zur Zeit geht. Das Instrumentarium findet sich außerdem immer wieder im Wandel. Bei der Kurzarbeit gilt das nicht nur für die Rah-

menbedingungen, sondern auch für die Verknüpfung mit Förderungsinstrumenten. So erwägt der Bundesarbeitsminister, den von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmern mittels Verordnung die Chance auf Weiterbildung während der Kurzarbeit zu eröffnen. Auf diese Weise „kämen sie mit mehr Wissen aus der Krise zurück in den Job“, so Scholz.

---

**Dietmar Heise**  
**dietmar.heise@luther-lawfirm.com**  
**Telefon: +49 (711) 9338 12894**

---

## Sozialauswahl: Welche Punkteschemata sind noch AGG-konform?

Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG sind im Rahmen der Sozialauswahl die Kriterien Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderteneigenschaft „ausreichend“ zu berücksichtigen. In Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG hat der deutsche Gesetzgeber das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verabschiedet. Danach sind unter anderem Diskriminierungen aus Gründen einer Behinderung und des Alters unzulässig. Es ist nunmehr unklar, ob und inwieweit die Kriterien bei der Sozialauswahl weiterhin zu berücksichtigen sind. Das BAG hat sich mit dieser Frage bezüglich des Lebensalters erstmalig in seinem Urteil vom 6. November 2008 (Az.: 2 AZR 701/07) auseinandergesetzt. Diese Entscheidung liegt bislang nur als Pressemitteilung vor. Danach hat das BAG entschieden, dass die Diskriminierungsverbote des AGG im Rahmen des Kündigungsschutzes nach dem KSchG Anwendung finden. Eine Kündigung, die ein Diskriminierungsverbot verletzt, könne sozialwidrig und damit unwirksam sein. Unter Berücksichtigung dieser Leitsätze des BAG und des Meinungsstandes in der Literatur können folgende Leitlinien aufgestellt werden:

### Lebensalter

Die lineare Berücksichtigung des Lebensalters ist grundsätzlich weiterhin zulässig. Hierin liegt zwar eine an das Alter anknüpfende unterschiedliche Behandlung vor; diese ist aber i.S.d. § 10 Satz 1 AGG gerechtfertigt. Nach Ansicht des BAG verfolgt die lineare Berücksichtigung des Alters legitime Ziele, weil sie mit einer „hinnehmbaren Unschärfe“ zur Berücksichtigung der individuellen Arbeitsmarktchancen führe, ohne dass das Alter allein die Auswahl beeinflussen würde. Im Zusammenspiel mit den übrigen Sozialkriterien komme es nicht zu einer Überbewertung des Lebensalters. Abgesehen werden sollte jedoch von Regelungen, nach denen das Lebensalter erst ab Erreichen eines bestimmten Mindestalters, das nach dem Berufseintritt liegen kann (z.B. ab 25

Jahren), zu berücksichtigen ist. Besondere Vorsicht ist auch bei Altershöchstgrenzen (z.B. 55 Jahren) geboten. Die Bildung von Altersgruppen zur Sicherung einer ausgewogenen Sozialauswahl ist nach Auffassung des BAG auch weiterhin zulässig.

### Dauer der Betriebszugehörigkeit

Im Rahmen der Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit wird eine mittelbare Diskriminierung von Frauen problematisiert, da Frauen im Durchschnitt häufig über eine kürzere Betriebszugehörigkeit als Männer verfügen. Eine Diskriminierung liegt richtigerweise jedoch nicht vor, da die Berücksichtigung des selbst erarbeiteten Besitzstandes sachlich gerechtfertigt ist. Wichtig ist, dass der Arbeitgeber die Dauer der Betriebszugehörigkeit durchgängig, insbesondere auch Abwesenheitszeiten im Rahmen von Mutterschutzzeiten oder einer Elternzeit, berücksichtigt. Es mag für den Arbeitgeber zudem zweckmäßig sein, die Betriebszugehörigkeit signifikant stärker als das Lebensalter zu berücksichtigen, um damit das Sozialkriterium Lebensalter zu relativieren.

### Unterhaltspflichten

Die Berücksichtigung der Unterhaltspflichten ist weiterhin AGG-konform, wenngleich hiervon maßgeblich jüngere Arbeitnehmer profitieren. Denn diese erhalten im Rahmen der Punktevergabe für die Betriebszugehörigkeit und die Lebensjahre oft weniger Punkte, obwohl sie aufgrund ihrer Unterhaltspflichten ihrer Familie gegenüber in besonderem Maße auf ein Erwerbseinkommen angewiesen sind. Zu beachten dürften die Wertungen des Familienrechts sein, wonach die Unterhaltspflichten gegenüber Kindern den Unterhaltspflichten gegenüber Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern vorgehen. Die Unterhaltspflichten gegenüber Kindern sollten bei der Punktebewertung daher stärkere Berücksichtigung finden.

### Schwerbehinderung

Eine Schwerbehinderung muss berücksichtigt werden, da diese ein besonderes Erschwernis für den Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt darstellt. Der Diskriminierungsschutz aus dem AGG tritt hierbei neben den besonderen Kündigungsschutz aus dem SGB IX.

### Ausblick

Die Berücksichtigung der vier im KSchG genannten Kriterien für die soziale Auswahl ist weiterhin zulässig. Besondere Vorsicht ist dennoch bei der Punktevergabe für das Lebensalter geboten. Die Aussagen des BAG im Urteil vom 6. November 2008 sind zwar zunächst beruhigend, da danach sowohl die lineare Berücksichtigung des Lebensalters als auch die Bildung von Altersgruppen im Rahmen von Punkteschemata weiterhin zulässig sind. Es bleibt dennoch

mit Spannung abzuwarten, ob ein Arbeitsgericht demnächst europarechtliche Zweifel an dieser Rechtsprechung äußern und die Rechtsfragen zur Klärung dem EuGH vorlegen wird. Es ist daher weiterhin sorgfältig zu überlegen, wie viele Punkte für die jeweiligen Sozialkriterien angesetzt werden.

---

**Inga Schwaiger**

[inga.schwaiger@luther-lawfirm.com](mailto:inga.schwaiger@luther-lawfirm.com)

Telefon +49 (40) 18067 12195

---

## Kostensenkung durch Flucht aus dem Tarifvertrag

Das Thema Gehaltskostensenkung durch Flucht aus dem Tarifvertrag ist derzeit in aller Munde. Nicht jedes aus Sicht des Unternehmens wünschenswerte Mittel ist hierbei auch rechtlich vorteilhaft.

Allein der Austritt aus dem Arbeitgeberverband oder der Wechsel in eine OT-Mitgliedschaft (Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband „ohne Tarifbindung“) führt bei tarifgebundenen Unternehmen nicht unmittelbar zu Einsparungen bei der Vergütung der gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer. (Verbands-) Tarifverträge gelten trotz Verbandsaustritt/Wechsel in die OT-Mitgliedschaft bis zu deren Ende gemäß § 3 Absatz 3 TVG zwingend fort. Zudem entfalten die Rechtsnormen des Tarifvertrages „Nachwirkung“, d.h. sie gelten auch nach Ablauf des Tarifvertrages insoweit fort, als sie nicht durch eine andere Vereinbarung im Nachhinein ersetzt werden, § 4 Absatz 5 TVG. Weder der Verbandsaustritt, der Wechsel in die OT-Mitgliedschaft noch das Ende des Tarifvertrages führen damit zu einem automatischen Wiederaufleben der gegebenenfalls „schlechteren“ Arbeitsbedingungen der Arbeitsverträge.

Als echten Weg aus dem (Verbands-) Tarifvertrag bietet sich der Abschluss eines Haustarifvertrages an. Dieser verdrängt als speziellerer Tarifvertrag den Verbandstarifvertrag. Vorteil

dieser Maßnahme ist, dass eine Nachbindung gemäß § 3 Absatz 3 sowie § 4 Absatz 5 TVG vermieden wird und damit unmittelbar eine Gehaltskostensenkung herbeigeführt werden kann.

Außerdem ist eine Flucht aus dem Tarifvertrag durch eine Ausgründung bzw. einen Betriebsübergang auf ein nicht tarifgebundenes Unternehmen denkbar. Der bisher für das Arbeitsverhältnis bestehende Tarifvertrag gilt nämlich nur dann fort, wenn nach Ausgründung bzw. Betriebsübergang erneut beide Parteien tarifgebunden sind, andernfalls kommt § 613a BGB zur Anwendung. Gemäß § 613a Absatz 1 BGB werden die vorher tarifvertraglich geregelten Arbeitsbedingungen zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Sie dürfen zum Nachteil des Arbeitnehmers nicht vor Ablauf eines Jahres geändert werden. Vor Ablauf der Jahresfrist des § 613a Absatz 1 S. 2 BGB ist die Änderung der Arbeitsbedingungen nur zulässig, wenn der Tarifvertrag nicht mehr gilt oder die Geltung eines anderen Tarifvertrages vereinbart wird, § 613a Absatz 1 S. 4 BGB. Im Vergleich zum Verbandsaustritt und der „zwingenden Nachwirkung“ gem. § 3 Absatz 3 TVG ergibt sich der Vorteil, dass eine feste Bindungsdauer von maximal einem Jahr besteht und nach Ablauf der Jahresfrist die Inhalte selbst durch eine arbeitsvertragliche Vereinbarung verändert werden können.

Im Zusammenhang mit der Flucht aus dem Tarifvertrag dürfen letztlich auch die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer nicht außer Acht gelassen werden. In vielen Arbeitsverträgen finden sich sogenannte dynamische Verweisungsklauseln, mit denen die Anwendbarkeit der Bestimmungen des jeweils geltenden Tarifvertrages vereinbart wird. Frühere Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts sahen in dieser Bezugnahmeklausel eine Gleichstellungsabrede mit tarifgebundenen Arbeitnehmern (BAG vom 26. September 2001 – 4 AZR 544/00). Sobald die Tarifbindung endete, insbesondere das Unternehmen aus dem Arbeitgeberverband austrat, wandelte sich die Bezugnahmeklausel in eine statische Verweisung, d.h. es galten die Arbeitsbedingungen der zum Zeitpunkt des Verbandsaustritts anwendbaren Tarifverträge. Neue Tarifabschlüsse wurden von dieser Verweisung nicht mehr erfasst. Die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG vom 14. Dezember 2005 – 4 AZR 536/04) legt jedoch solche Bezugnahmeklauseln dahin aus, dass sie im Zweifel auch künftige Änderungen des Tarifvertrages mit einbeziehen, auch wenn das Unternehmen selbst nicht mehr tarifgebunden ist. Die Konsequenz daraus ist, dass Bezugnahmeklauseln, die nicht ausdrücklich auf zeitlich bestimmte Fassungen der Tarifverträge Bezug nehmen und nicht ausdrücklich an das Ende der arbeitgeberseitigen Tarifbindung anknüpfen, im Zweifel auch zeitlich nachfolgende Tarifverträge erfassen. Denkbare Möglichkeiten, dies zu vermeiden, sind nach Ablauf der Wirkung des § 3 Absatz 3 TVG eine einvernehmliche kollektive oder individualrechtliche Regelung bzw. eine Änderungskündigung mit dem Ziel des „Einfrierens des Status Quo“.

Erfolgversprechend, wenn auch nur in bestimmten Konstellationen denkbar, ist es, Betriebe oder Betriebsteile auf ein anderes konzernangehöriges – eventuell auch erst neu gegründetes – Unternehmen im Wege des Betriebsübergangs

nach § 613a BGB zu übertragen mit dem Ziel, die dort geltenden kollektiven Arbeitsbedingungen auch für die übertragenen Arbeitnehmer gelten zu lassen. Dies ist insbesondere dann zweckdienlich, wenn für sämtliche beteiligten Betriebe und Arbeitnehmer dieselbe Gewerkschaft zuständig ist. Die Tarifbindung bleibt somit unverändert, wenn auch die einschlägigen Tarifverträge „ausgetauscht“ werden. Dadurch kann es zu zwingenden Lohnsenkungen kommen. Besonders der breite Zuständigkeitsbereich von ver.di eröffnet hier eine Reihe von Gestaltungsmöglichkeiten.

Im Ergebnis führt nicht jedes aus Sicht des Unternehmens wünschenswerte Mittel zum angestrebten Effekt einer (sofortigen) Gehaltskostensenkung. Zudem birgt die „unerlaubte Verkürzung“ der Gehälter Haftungsrisiken sowohl für das Unternehmen als auch die Geschäftsleiter in sich. Denkbare Haftungstatbestände sind das nicht rechtzeitige Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen sowie die Haftung für zu gering abgeführte Lohnsteuer. Vorschnelles Handeln sollte daher vermieden und die zu ergreifenden Maßnahmen im Einzelnen geprüft werden.

---

**Dr. Marko Loose**  
[marko.loose@luther-lawfirm.com](mailto:marko.loose@luther-lawfirm.com)  
**Telefon +49 (89) 23714 24736**

---

## Anrechnung übertariflicher Zulagen

(BAG vom 27. August 2008 – 5 AZR 820/07)

### Der Fall

Der Arbeitnehmer war als Vorarbeiter zu einem Bruttomonatsgehalt von rund 2.200,00 Euro beschäftigt. Daneben erhielt er eine freiwillige übertarifliche Zulage i.H.v. 65,39 Euro pro Monat. Der Arbeitsvertrag enthielt keine Regelung dazu.

Im April 2006 schlossen die Tarifvertragsparteien ein Lohnabkommen, das eine Steigerung des Monatsgrundlohnes ab dem 1. Juni 2006 um 3% vorsah. Für die Monate März, April und Mai sollten zwar die bisherigen Lohntabellen weiter gelten, aber den Arbeitnehmern mit der Ab-



rechnung im Mai eine Einmalzahlung von 310,00 Euro gewährt werden.

Der Arbeitgeber informierte die Belegschaft über die Tariflohnerhöhung und teilte mit der Abrechnung im Mai mit, dass die vorgenannte Tariflohnerhöhung auf die übertariflichen Verdienstbestandteile vollständig angerechnet werde. Außerdem verrechnete der Arbeitgeber die freiwillige übertarifliche Zulage der letzten drei Monate rückwirkend mit der Einmalzahlung.

Der Arbeitnehmer erhob Klage und verlangte die Auszahlung der vollen 310,00 Euro und der übertariflichen Zulage. Er war der Ansicht, eine solche Verrechnung sei nicht zulässig.

### Die Entscheidung

Das BAG wies die Klage ebenso wie die Vorinstanzen ab. Die Verrechnung der Einmalzahlung mit den in den Monaten März bis Mai 2006 geleisteten übertariflichen Zulagen sei zulässig.

Die übertarifliche Zulage sei dem Arbeitnehmer nicht als selbständiger Lohnbestandteil gewährt worden. Allein in der tatsächlichen Zahlung – auch über einen längeren Zeitraum – liege keine vertragliche Abrede, dass die Zahlung als Vergütungsbestandteil neben dem Tariflohn erfolge. Mit der übertariflichen Zulage werde kein besonderer Zweck (wie z.B. Belohnung für Betriebstreue oder gute Leistung) verfolgt. Sie solle lediglich künftigen Tariflohnerhöhungen vorgreifen. Der Arbeitgeber könne regelmäßig nicht absehen, ob er bei künftigen Tariflohnerhöhungen in der Lage sein werde, eine Zulage in unveränderter Höhe fortzuzahlen.

Die Anrechnung könne auch rückwirkend vorgenommen werden. Die Tilgungsbestimmung der übertariflichen Zulage werde zunächst offen gehalten und dem Arbeitgeber vorbehalten. Nachträglich könne er dann bestimmen, dass die Zahlungen auf die Tariflohnerhöhung geleistet worden seien.

Für die Anrechnung müsse keine Anrechnungsklausel vereinbart werden. Der durchschnittlich verständige Arbeitnehmer müsse davon ausgehen, dass er auch nach einer Tariflohnerhöhung nur den insgesamt vereinbarten Lohn verlangen könne, sofern dieser weiterhin mindestens dem Tariflohn entspreche. Dieser Vertragsinhalt sei nicht ungewöhnlich. Vielmehr müsse der Arbeitnehmer mit einer Anrechnung ohne weitere Begründung durch den Arbeitgeber rechnen. Es sei ausreichend, wenn die Zulage als „übertariflich“ bezeichnet werde, ohne dass Anrechnungsgründe näher bestimmt seien.

### Unser Kommentar

Dies ist eine äußerst arbeitgeberfreundliche Entscheidung. Eine Verrechnung ist problemlos möglich, wenn die übertarifliche Zulage keinem besonderen Leistungszweck dient und kein Ausschluss der Anrechenbarkeit vereinbart wurde. Dies gilt sogar dann, wenn hierzu keine Anrechnungsklausel im Vertrag vorhanden ist.

Diese Entscheidung widerspricht jedoch den grundsätzlichen Entwicklungen der Rechtsprechung des BAG in den letzten Jahren mit Bezug auf die gesetzlichen Regelungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB). In einer vielbeachteten Entscheidung änderte das BAG seine Rechtsprechung zu Bezugnahmeklauseln auf Tarifverträge (BAG, Urteil vom 14. Dezember 2005 – 4 AZR 536/04). Darin stellte das BAG einen neuen Grundsatz auf: Es gilt – kurz gesagt – das, was im Arbeitsvertrag steht. Transparenz ist das oberste Gebot. Nimmt der Arbeitsvertrag auf ein bestimmtes Tarifwerk in seiner jeweils aktuellen Fassung Bezug, dann gelten nach der neuen Rechtsprechung Tarifänderungen für den Arbeitnehmer auch dann noch, wenn zwischenzeitlich eine Betriebsänderung, Betriebszweckänderung oder ein Verbandsaustritt stattgefunden haben.

Die Bezugnahmeklausel-Entscheidung wurde vom 4. Senat des BAG gefällt; das vorliegende Urteil stammt aus der Feder des 5. Senats. Sollte sich der 4. Senat mit seinem wortwörtlichen Verständnis von Arbeitsverträgen durchsetzen, könnte in Zukunft trotz des aktuellen Urteils gelten, dass eine Anrechnung nur noch dann möglich ist, wenn der Arbeitsvertrag eine Anrechnungsklausel enthält. Es empfiehlt sich deshalb in jedem Fall und um Risiken auszuschließen, eine Klausel in den Arbeitsvertrag aufzunehmen, nach der die Anrechnung einer übertariflichen Zulage auf künftige Tariflohnerhöhungen zulässig sein soll.

---

**Erika Stander**  
[erika.stander@luther-lawfirm.com](mailto:erika.stander@luther-lawfirm.com)  
**Telefon +49 (711) 9338 24741**

---

# Abberufung und Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers

(BAG vom 5. Juni 2008 – 2 AZR 754/06)

## Der Fall

Der Kläger war zunächst aufgrund eines Arbeitsvertrages beschäftigt. Am 3. Juli 1995 schlossen die Parteien einen Geschäftsführerdienstvertrag für die Zeit vom 1. Juli 1995 bis 30. Juni 2005. Am 25. Juni 2004 widerrief die Beklagte die Bestellung zum Geschäftsführer mit sofortiger Wirkung. Mit Schreiben vom 13. Juli 2004, unterzeichnet vom zweiten, alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer, wurde das „Anstellungsverhältnis“ fristlos, hilfsweise fristgemäß gekündigt. Der Kläger wies die Kündigung wegen fehlender Vorlage einer Vollmachtsurkunde zurück. Später erklärte die Beklagte noch weitere fristlose Kündigungen, die wie die erste auf die (angebliche) unbefugte private Internetnutzung des Klägers während seiner Dienstzeit als Geschäftsführer gestützt wurden. Der Kläger bestritt den Vorwurf der privaten Internetnutzung und rügte die Nichteinhaltung der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB; außerdem seien den Kündigungen keine Originalvollmachten beigelegt gewesen.

## Die Entscheidung

Nach Auffassung des BAG ist für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Kündigung u. a. entscheidend, ob das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis als Geschäftsführer-Anstellungsvertrag oder als Arbeitsvertrag einzuordnen ist. Die Vorinstanzen hatten es als Arbeitsverhältnis qualifiziert und die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt. Das BAG hob diese Entscheidung auf und verwies die Sache zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zurück.

Anhand der bisherigen Tatsachenbasis könne nicht davon ausgegangen werden, dass ein „Arbeitsverhältnis der Parteien“ gekündigt wurde. Insbesondere fehle eine tragfähige rechtliche Begründung dafür, dass nach der Abberufung des Klägers als Geschäftsführer ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, obwohl die Parteien keine neue Vereinbarung getroffen haben. Weder sei dargelegt, dass aufgrund der realen Weiterbeschäftigung des Klägers ein Arbeitsverhältnis entstanden sei, noch sei klar, ob das bisherige Geschäftsführerdienstverhältnis beendet und durch ein anderes Vertragsverhältnis ausdrücklich oder konkludent ersetzt worden ist. Nach ständiger Rechtsprechung – so der Hinweis des BAG – endet mit dem Abschluss des Geschäftsführerdienstvertrages das zuvor bestehende Arbeitsverhältnis. Dieses wirksam aufgehobene Arbeitsverhältnis lebe durch den Verlust der Organstellung auch nicht – jedenfalls nicht ohne Weiteres – wieder

auf, dazu bedürfe es vielmehr konkreter rechtsgeschäftliche Erklärungen der Parteien.

## Unser Kommentar

Das BAG führt mit diesem Urteil seine Rechtsprechung fort, wonach bei Fehlen anderweitiger Parteivereinbarungen im Fall der Berufung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer und Abschluss eines Geschäftsführer-Anstellungsvertrages alle arbeitsrechtlichen Vereinbarungen endgültig erlöschen. Gleichzeitig nimmt es dazu Stellung, dass der Arbeitsvertrag im Falle der späteren Abberufung des Geschäftsführers nicht ohne Weiteres wieder auflebt.

Da konkludente Vereinbarungen für eine abweichende Beurteilung genügen und darüber gegebenenfalls Streit entstehen kann, ist bei Geschäftsführerbestellungen dringend ein ausdrücklicher Aufhebungsvertrag hinsichtlich des früheren Arbeitsvertrages zu empfehlen. Ähnlich eindeutig sollte das Verhältnis der Parteien nach Abberufung von der Organstellung geregelt werden. Entweder der ehemalige Geschäftsführer wird sofort bis zum Ablauf der Kündigungsfrist freigestellt oder aber es sollte eindeutig schriftlich geregelt werden, dass die Weiterbeschäftigung auf dem (gekündigten) Geschäftsführer-Anstellungsvertrags basiert. Andernfalls besteht das Risiko, dass diese Weiterbeschäftigung als konkludente Einigung hinsichtlich eines (neuen) Arbeitsvertrages gewertet wird.

Das Urteil setzt sich nicht mit den vom Kläger angeführten Unwirksamkeitsgründen auseinander. Insbesondere musste das BAG nicht dazu Stellung nehmen, ob die Kündigung z. B. aus formalen Gesichtspunkten unwirksam war, etwa weil ein dazu nicht berechtigtes Organ die Kündigung ausgesprochen hat. Zwar ist es höchstrichterlich noch nicht geklärt, gleichwohl aber herrschende Meinung in der Literatur, dass (nur) die Gesellschafter nach § 46 Nr. 5 GmbHG im Wege einer Annexkompetenz befugt sind, den mit dem Geschäftsführer geschlossenen Anstellungsvertrag zu beenden.

---

**Diana Illing**  
[diana.illing@luther-lawfirm.com](mailto:diana.illing@luther-lawfirm.com)  
Telefon +49 (89) 23714 15608

---



# Videoüberwachung im Betrieb

(BAG vom 26. August 2008 – 1 ABR 16/07)

## Der Fall

Arbeitgeberin und Betriebsrat streiten über die Wirksamkeit eines Einigungsstellenspruches zur Einführung einer Videoüberwachung. Die Arbeitgeberin betreibt ein Briefverteilzentrum, in welchem überwiegend mit Handsortierung gearbeitet wird. Um die Verluste von Briefsendungen zu verringern, beabsichtigte die Arbeitgeberin die dauerhafte Installation einer stationären Videoüberwachungsanlage. Die Verhandlungen mit dem Betriebsrat hierüber blieben erfolglos. Die daraufhin angerufene Einigungsstelle hat die streitgegenständliche Betriebsvereinbarung zur Einführung einer Videoüberwachung beschlossen. Die Betriebsvereinbarung sieht unter bestimmten – näher geregelten – Voraussetzungen die Möglichkeit der Videoüberwachung im Innen- und Außenbereich des Briefverteilzentrums vor. Die Videoanlage soll ausschließlich zur Aufklärung von Straftaten sowie zur Vorbeugung von weiteren Straftaten betrieben werden. Der Betriebsrat beantragt Feststellung, dass der Spruch der Einigungsstelle unwirksam ist.

## Die Entscheidung

Das BAG gibt dem Antrag des Betriebsrates nur teilweise statt und hält im entschiedenen Fall die Regelungen der Betriebsvereinbarung zur Videoüberwachung im Innenbereich zu erheblichen Teilen und die Regelungen zur Überwachung im Außenbereich insgesamt für zulässig. Es führt zur Begründung aus, dass die Betriebsparteien grundsätzlich befugt seien, eine Videoüberwachung im Betrieb einzuführen. Die Regelungen der Betriebsparteien müssten jedoch mit höherrangigem Recht, insbesondere dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, welches u. a. das Recht am eigenen Bild umfasst, vereinbar sein. Das BAG prüft sodann die Verhältnismäßigkeit der einzelnen Regelungen. Nach Auffassung des BAG sind die Regelungen zur Videoüberwachung im Innenbereich verhältnismäßig, soweit sie vom Vorliegen eines konkreten auf Personen bezogenen Verdachts abhängig und räumlich und zeitlich beschränkt sind. Eine verdachtsunabhängige, rein präventive Videoüberwachung sei dadurch ausgeschlossen. Zudem würden die inhaltlichen Vorgaben und Beschränkungen des Betriebes der Überwachungsanlage maßgeblich durch verfahrensrechtliche Sicherungen, insbesondere ein Zwei-Schlüssel-System und die Pflicht zur Löschung der Aufzeichnungen ergänzt. Die Regelung der Betriebsvereinbarung zur Ausdehnung der Überwachung im Innenbereich auf weitere Bereiche oder

gegebenenfalls den gesamten Betrieb ist nach Auffassung des BAG nicht angemessen und somit unwirksam, da durch sie ein weit größerer Kreis „unschuldiger“ Arbeitnehmer in die Überwachung einbezogen wird. Die Videoüberwachung des Außenbereichs hält das BAG zur Wahrnehmung des Hausrechts des Arbeitgebers als auch zur Wahrnehmung berechtigter Interessen des Arbeitgebers für konkret festgelegte Zwecke i. S. v. § 6b Abs.1 Nr. 3 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) für erforderlich.

## Unser Kommentar

Die Frage der Zulässigkeit und Grenzen einer Videoüberwachung ist von praktischer Relevanz, da insbesondere die verdeckte Videoüberwachung häufig die einzige Möglichkeit des Arbeitgebers ist, Diebstähle und Unterschlagungen im Betrieb aufzudecken. Auch wenn die Betriebsparteien grundsätzlich befugt sind, eine Videoüberwachung im Betrieb einzuführen, so unterliegt diese jedoch, auch je nach Art der Überwachung – ob offen oder verdeckt – strengen Voraussetzungen und Beschränkungen. Insbesondere der zeitliche, räumliche und personelle Rahmen der Videoüberwachung ist von den Betriebsparteien im Einzelfall genau abzuwägen und festzulegen, da die Regelung andernfalls unverhältnismäßig und somit unwirksam ist. Dies hätte zur Folge, dass aufgrund der unwirksamen Regelung gewonnene Beweismittel nicht verwertet werden können. Die Entscheidung des BAG enthält hierzu auch über den entschiedenen Einzelfall hinausgehende Festlegungen hinsichtlich der rechtlichen Grenzen einer Videoüberwachung. Sie ist daher für die Gestaltung von Regelungen zur Videoüberwachung von praktischer Bedeutung.

---

**Achim Braner**  
[achim.braner@luther-lawfirm.com](mailto:achim.braner@luther-lawfirm.com)  
Telefon +49 (6196) 592 23839

---

# Mitbestimmung bei Ethik-Richtlinien

(BAG vom 22. Juli 2008 – 1 ABR 40/07)

## Der Fall

Ein US-Konzern hatte einen Verhaltenskodex aufgestellt, der weltweit einheitlich für alle Konzernunternehmen eingeführt werden sollte. Der Kodex beinhaltete zahlreiche Verhaltensregelungen für die Mitarbeiter. Zur Gewährleistung der Einhaltung der Verhaltensregelungen sah der Verhaltenskodex auch eine sogenannte „Whistleblower-Klausel“ vor. Danach waren alle Mitarbeiter verpflichtet „diesen Verhaltenskodex sowie die Grundsätze und Verfahren genau (zu) befolgen und mutmaßliche Verstöße umgehend (zu) melden“. Verstöße gegen diese Meldepflicht waren mit Sanktionen bis hin zur Kündigung bedroht. Der Konzernbetriebsrat (KBR) tolerierte zunächst die vorübergehende Einführung des Verhaltenskodex ohne Aufgabe seiner Rechtsposition im Hinblick auf seine Mitbestimmungsrechte und machte im Beschlussverfahren sein Mitbestimmungsrecht geltend. Der KBR vertrat die Auffassung, dass ihm bezüglich der Verhaltensregelungen ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zustehe, welches dazu führe, dass der gesamte Verhaltenskodex mitbestimmungspflichtig sei. Hilfsweise beantragte er die Feststellung eines erzwingbaren Mitbestimmungsrechts hinsichtlich einzelner Regelungen (z. B. der Whistleblower-Klausel).

Das Arbeitsgericht hatte lediglich einzelnen Hilfsanträgen entsprochen. Dagegen vertrat das Hessische LAG die Auffassung, dass im Falle einer in der Whistleblower-Klausel enthaltenen Meldepflicht für Verstöße gegen den Verhaltenskodex das gesamte Regelwerk dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliege. Auch soweit der Verhaltenskodex (nur) das Arbeitsverhalten betreffe oder lediglich gesetzlich ohnehin bestehende Verpflichtungen wiederhole, werde durch die Verpflichtung zur Meldung entsprechender Verstöße das Ordnungsverhalten der Mitarbeiter geregelt und damit ein Mitbestimmungsrecht für den gesamten Verhaltenskodex ausgelöst.

## Die Entscheidung

Das BAG hob die Entscheidung des Hessischen LAG insoweit wieder auf, als es den Antrag des KBR abwies, der ein Mitbestimmungsrecht für den gesamten Verhaltenskodex festgestellt wissen wollte. Trotz Whistleblower-Klausel besteht nach Auffassung des BAG kein Mitbestimmungsrecht bei Regelungen, mit denen lediglich die geschuldete Arbeitsleistung konkretisiert werden soll und bei Angelegenheiten,

die gesetzlich abschließend geregelt sind. Dabei schließen ausländische gesetzliche Regelungen, die für börsennotierte Unternehmen die Einführung von Ethik-Richtlinien oder Verhaltenskodizes vorsehen, die Mitbestimmungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz nicht aus. Bei einem Gesamtwerk von Verhaltensrichtlinien ist je nach den konkreten Inhalten zwischen mitbestimmungspflichtigen und mitbestimmungsfreien Einzelregelungen zu differenzieren. Soweit ein Verhaltenskodex sowohl mitbestimmungspflichtige als auch mitbestimmungsfreie Teile enthält, begründet das Mitbestimmungsrecht in einzelnen Regelungen nicht notwendig ein Mitbestimmungsrecht für das gesamte Regelwerk. Das BAG lehnt ausdrücklich ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich des gesamten Verhaltenskodex auch dann ab, wenn in einer Whistleblower-Klausel die Pflicht begründet wird, jegliche Verstöße gegen den Verhaltenskodex oder nur Verdachtsfälle in einem vorgesehenen Meldeverfahren anzuzeigen. Nach Ansicht des BAG begründet allein die Meldepflicht bezüglich eines Tatbestandes, der dem mitbestimmungsfreien Arbeitsverhalten zuzuordnen ist, nicht die Mitbestimmungspflicht an diesem mitbestimmungsfreien Arbeitsverhalten.

Das BAG stellte auf entsprechende Hilfsanträge des KBR jedoch auch fest, dass die Verpflichtung, Interessenkonflikte zu melden, mitbestimmungspflichtig ist und der Betriebsrat deshalb an der Ausgestaltung des Meldeverfahrens zu beteiligen ist.

## Unser Kommentar

Die Entscheidung des BAG bringt für die Praxis die erfreuliche Klarheit hinsichtlich der Fortführung der bisherigen Rechtsprechung zur Differenzierung zwischen mitbestimmungspflichtigen und mitbestimmungsfreien Regelungen im Rahmen eines Gesamtregelungswerkes. Wenn die einzelnen Regelungen nicht unauflösbar miteinander verknüpft sind, sodass ein Mitbestimmungsrecht bei einzelnen Maßnahmen unweigerlich ein Mitbestimmungsrecht am Gesamtwerk nach sich ziehe, ist hinsichtlich des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates wie bisher zu differenzieren. Grundsätzlich mitbestimmungsfreies Arbeitsverhalten kann auch nicht über den „Umweg“ von Meldepflichten als „Ordnungsverhalten“ der Mitbestimmung unterworfen werden.

Das BAG hat auch klargestellt, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates angesichts ausländischer gesetzlicher

Regelungen i. S. von § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG nicht ausgeschlossen ist. Ausländische gesetzliche Regelungen, die in Deutschland tätige Unternehmen zu bestimmten Handlungen zwingen, sind keine Gesetze i. S. des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG. Nach dem Territorialitätsprinzip gelten auch in Betrieben ausländischer Konzerne in Deutschland die Vorgaben des deutschen Mitbestimmungsrechts. Damit ist es international tätigen Konzernen nicht ohne Weiteres möglich, weltweit einheitliche Verhaltenskodizes zu implementieren, da sie bei einer Einführung in Deutschland mit modifizierten Teilregelungen (z. B. zum Meldeverfahren) rechnen müssen. Das BAG konnte allerdings die Frage offen

lassen, ob und inwieweit die Betriebsparteien die Vorgaben ausländischer Vorschriften als betriebliche Belange zu berücksichtigen haben. Unmittelbare Vorgaben für die Betriebsparteien können aus den ausländischen Rechtsvorschriften allerdings nicht abgeleitet oder begründet werden.

---

**Dr. Karsten Umnuß**

**karsten.umnuß@luther-lawfirm.com**

**Telefon +49 (89) 23714 17385**

---

## Geringere Sozialplanleistungen für rentennahe Arbeitnehmer zulässig

(BAG vom 11. November 2008 – 1 AZR 475/07)

### Der Fall

Der am 23. November 1945 geborene und schwerbehinderte Arbeitnehmer war seit dem 1. Oktober 1979 als Baumaschinenführer beschäftigt. Er beehrte vom Arbeitgeber nach betriebsbedingter Kündigung eine höhere Sozialplanabfindung. Der Sozialplan sah für Beendigung des Arbeitsverhältnisses rentennaher Arbeitnehmer folgende Regelung vor:

1. Bei Anspruch auf ungeminderte Altersrente findet der Sozialplan keine Anwendung.
2. Bei unmittelbarem Anschluss von zunächst Arbeitslosengeld und dann Altersrente können Arbeitnehmer 50 % der Regelabfindung und eine Pauschale zum Ausgleich von Rentenabschlägen von 160,00 Euro für jeden Monat der vorzeitigen Inanspruchnahme der Altersrente beanspruchen.
3. Bei unmittelbarem Anspruch auf vorgezogene Altersrente (mit Abschlägen) erhalten Arbeitnehmer nur diesen Pauschalbetrag für jeden Monat der vorzeitigen Rentenbeanspruchung. Der Kläger bezog nach seinem Ausscheiden zum 31. Dezember 2005 bis zum 31. Juli 2006 Arbeitslosengeld und im Anschluss hieran eine vorgezogene Altersrente bis zum 30. November 2008. Am 1. Dezember 2008 begann der Anspruch auf ungeminderte Altersrente.

Die Beklagte zahlte nach Maßgabe des Sozialplanes für die 35 Monate zwischen Ausscheiden und Beginn der ungeminderten Altersrente den Pauschalbetrag von 160,00 Euro monatlich, mithin 5.600,00 Euro. Der Kläger verlangte demgegenüber erstinstanzlich zunächst die volle, in der Berufungsinstanz noch die 50 % ige Regelabfindung.

### Die Entscheidung

Das BAG hat, ebenso wie die Vorinstanzen, die Klage abgewiesen. Nach der Pressemitteilung (die vollständige Entscheidung war bei Redaktionsschluss noch nicht veröffentlicht) dürfen die Betriebsparteien in Sozialplänen für Arbeitnehmer, die Anspruch auf vorgezogene Altersrente haben, geringere Abfindungsansprüche vorsehen. Dies gilt auch, wenn der Rentenbezug mit Abschlägen verbunden ist. Da Sozialplanabfindungen eine zukunftsbezogene Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion haben, können bei Beurteilung des Umfangs der voraussichtlichen Nachteile die Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung berücksichtigt werden. Die Anknüpfung der Sozialplanleistungen an Lebensalter, Geschlecht oder Schwerbehinderung verstößt weder gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 75 BetrVG noch gegen das Verbot des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), Personen wegen dieser Merkmale zu benachteiligen.

### Unser Kommentar

Das BAG setzt mit dieser Entscheidung die bisherige Rechtsprechung auch unter der Geltung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) fort. Der Gesetzgeber hat in § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG entsprechende Differenzierungen ausdrücklich für zulässig erklärt. Da es das BAG offensichtlich nicht für erforderlich hält, die Einschätzung des Europäischen Gerichtshofs einzuholen, geht es von der Vereinbarkeit von § 10 Abs. 3 Nr. 6 AGG mit den zugrundeliegenden europäischen Richtlinien aus. Damit dürften Sozialpläne mit Sonderregelungen für rentennahe Jahrgänge zunächst wirksam bleiben. Gerade in Zeiten wirtschaftlicher und finanzieller Unsicherheiten wird es vielen Arbeitgebern ein Bedürfnis sein, Kürzungspotenzial bei der Aufstellung und Verhandlung von Sozialplänen so weit wie möglich zu nutzen. Das Volumen des Sozialplanes sowie das Risiko späterer Klagen von Arbeitnehmern kann deutlich verringert werden,

wenn der Sozialplan wohlformulierte und ausgefeilte Differenzierungen der Anspruchsberechtigungen enthält. Je deutlicher aus den betreffenden Sozialplanregelungen die Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion hervorgeht, desto eher wird eine sachliche Rechtfertigung geringerer Sozialplanleistungen für rentennahe Arbeitnehmer anzunehmen sein. Man wird somit auch in Zukunft nicht umhin kommen, die Sozialplanregelungen für rentennahe Jahrgänge sorgfältig zu formulieren, um nicht doch im Einzelfall Argumente für eine angebliche Altersdiskriminierung zu schaffen.

---

**Daniel Zintl**

**[daniel.zintl@luther-lawfirm.com](mailto:daniel.zintl@luther-lawfirm.com)**

**Telefon +49 (341) 5299 18840**

---

---

### Impressum

**Verleger:** Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 (221) 9937 0, Telefax +49 (221) 9937 110, [contact@luther-lawfirm.com](mailto:contact@luther-lawfirm.com)

**V.i.S.d.P.:** Dr. Roman Frik, LL.M., Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Augustenstraße 7, 70178 Stuttgart, Telefon +49 (711) 9338 12894, Telefax +49 (711) 9338 110, [roman.frik@luther-lawfirm.com](mailto:roman.frik@luther-lawfirm.com)

**Grafische Gestaltung/Art Direction:** Vischer & Bernet GmbH, Agentur für Marketing und Werbung, Mittelstraße 11/1, 70180 Stuttgart, Telefon +49 (711) 23960 0, Telefax +49 (711) 23960 49, [contact@vischer-bernet.de](mailto:contact@vischer-bernet.de)

**Druck:** Zarbock GmbH & Co. KG, Sontraer Straße 6, 60386 Frankfurt a. M., Telefon +49 (69) 420903 0, Telefax +49 (69) 420903 50, [team@zarbock.de](mailto:team@zarbock.de)

**Copyright:** Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

---

### Haftungsausschluss

Ogbleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

## Aktuelle Veranstaltungen

Termin	Thema/Referent	Veranstalter/Ort
27.02.2009	Aktuelle Änderungen und Rechtsprechung im Arbeitsrecht (Dr. Roman Frik)	DGFP Stuttgart
03.03.2009	Aktuelle Änderungen und Rechtsprechung im Arbeitsrecht (Dr. Volker Schneider)	DGFP Hamburg
04.03.2009	Rechte und Pflichten des Prokuristen (Dagmar Stabernack)	WSF Wirtschaftsseminare Leipzig
12.03.2009	Flexibilitätsspielräume in Arbeitsverträgen (Dr. Karsten Umnuß)	DGFP München
18./19.03.2009	Arbeitskreis Personal Nord Compliance und Whistleblowing (Sebastian Fedder, Dr. Sigrid Anschütz, Dr. Henning-Alexander Seel)	Luther/von Rundstedt Hannover
26.03.2009	Mitarbeiterentsendung ins Ausland (Dr. Karsten Umnuß)	IHK Augsburg
31.03.2009	Der Prokurist: Rechte, Pflichten, Haftungsfragen (Martina Buhr)	ConVent Seminare Düsseldorf
01.04.2009	Aktuelle Änderungen und Rechtsprechung im Arbeitsrecht (Dr. Karsten Umnuß)	DGFP München
02.04.2009	Rechte und Pflichten des Prokuristen (Dr. Volker Schneider)	WSF Wirtschaftsseminare Hamburg

## Ansprechpartner

### Berlin

Dr. Robert von Steinau-Steinrück  
robert.steinrueck@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (30) 52133 0

### Düsseldorf

Hans-Christian Ackermann  
hans-christian.ackermann@  
luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (211) 5660 0

### Eschborn/Frankfurt a. M.

Dr. Thomas Thees  
thomas.thees@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (6196) 592 0

### Essen

Stefanie Prehm  
stefanie.prehm@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (201) 9220 0

### Hamburg

Dr. Volker Schneider  
volker.schneider@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (40) 18067 0

### Hannover

Sebastian Fedder  
sebastian.fedder@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (511) 5458 0

### Köln

Axel Braun  
axel.braun@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (221) 9937 0

### Leipzig/Dresden

Dagmar Stabernack  
dagmar.stabernack@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (341) 5299 0

### München/Nürnberg

Christian Dworschak  
christian.dworschak@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (89) 23714 0

### Stuttgart/Mannheim

Dietmar Heise  
dietmar.heise@luther-lawfirm.com  
Telefon +49 (711) 9338 0

Als zentraler Ansprechpartner für allgemeine Anfragen zum Arbeitsrecht steht Ihnen Axel Braun, Telefon +49 (221) 9937 25744, zur Verfügung.

[www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com)

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH beschäftigt in Deutschland rund 280 Rechtsanwälte und Steuerberater und berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther unterhält Büros an 13 deutschen Standorten sowie in Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai und Singapur und gehört dem internationalen Kanzleiverbund PMLG sowie Taxand, dem weltweiten Netzwerk unabhängiger Steuerberatungspraxen, an.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Nürnberg, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai, Singapur

