

# ARBEITSRECHT NEWS

## DIE FINANZKRISE—KOSTENSENKUNG OHNE KÜNDIGUNGEN

von **Jan Hufen**

München  
Rechtsanwalt  
jahufen@jonesday.com  
++49 89 20 60 42 200

Die derzeitige Finanzkrise zwingt immer mehr Firmen zu drastischen Sparmassnahmen und rückt somit auch die Lohnkosten der Belegschaft in den Fokus der Unternehmen. Lohnkosten können jedoch auf verschiedenem Wege gesenkt werden, ohne dass auf Kündigungen zurückgegriffen werden muss. Im folgenden Beitrag werden die Unterschiede zwischen der Anordnung von Freizeit und Betriebsferien, von Freistellungen und Kurzarbeit aufgezeigt.

### ■ GEWÄHRUNG UND ANORDNUNG VON FREIZEIT

Der Abbau von Überstunden, die sich auf Arbeitszeitkonten angesammelt haben, stellt für Arbeitgeber zwar keine unmittelbare Einsparung dar, auslastungsschwache Zeiten können jedoch dazu benutzt werden, Arbeitnehmern Freizeit zu gewähren, die in diesem Zeitraum ohnehin mangels Aufträgen nichts hätten erwirtschaften können.

Enthält das Arbeitszeitmodell keine Regelung zum Abbau von Zeitgutschriften, kann der Arbeitgeber nach billigem Ermessen seine Weisungsbefugnis ausüben. Auch wenn das Arbeitszeitmodell Regelungen für derlei Anordnungen enthält, kann der Arbeitgeber typischerweise deutlich leichter einseitig den Abbau anordnen, als dies bei Urlaub der Fall wäre. Zu beachten ist allerdings, dass selbst wenn

### INHALT

Die Finanzkrise— Kostensenkung ohne Kündigungen	1
Neuere Rechtsprechung zum Thema Kündigungsrecht	4
AGG-Altersdiskriminierung im Fokus der Rechtsprechung	6
Vom Land der unbegrenzten Möglichkeiten ins Land der (un-) begrenzten Bürokratie— Amerikanische Arbeitnehmer in Deutschland	9
Überblick über das Gesetz zur steuerlichen Förderung der Mitarbeiterkapitalbeteiligung	11



das Arbeitszeitkonto auf diese Weise ins Minus rutscht, die Urlaubsansprüche davon nicht betroffen sind; diese bleiben in vollem Umfang erhalten.

#### ■ ANORDNUNG VON URLAUB

Durch die Gewährung von Urlaub stehen die Arbeitnehmer zumindest in besseren Zeiten vollzählig zur Arbeit zur Verfügung. Die Festlegung von Betriebsferien lässt zusätzliche Kosten sinken. In betriebsratslosen Betrieben ist eine einseitige Festlegung von Betriebsferien nur in Fällen dringender betrieblicher Erfordernisse und nach Durchführung einer Interessenabwägung mit den Urlaubswünschen der Arbeitnehmer möglich. Die Entscheidung des Arbeitgebers als solche, den Betrieb vorübergehend einzustellen, ist in diesem Zusammenhang nicht ausreichend. Die ernsthafte finanzielle Schieflage des Unternehmens könnte aber, je nach Lage des Falles, genügen.

Bei der Festlegung von Betriebsferien stellt sich die Existenz eines Betriebsrates unter Umständen als vorteilhaft

dar. Der Betriebsrat hat ein Mitbestimmungsrecht bei der zeitlichen Festlegung der Betriebsferien nach § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG. Einigen sich Arbeitgeber und Betriebsrat, kommt es auf die individuellen Urlaubswünsche der Arbeitnehmer nicht mehr an, das Kriterium der dringenden betrieblichen Belange entfällt. Das BAG hat eine Festlegung von 3/5 des Jahresurlaubs als Betriebsurlaub bereits als zulässig erachtet, wobei dieser Urlaub aber nicht schlechthin zur Winterzeit und nur außerhalb der Saison bestimmt werden darf.

#### ■ FREISTELLUNGEN

Einseitige Freistellungen im laufenden Arbeitsverhältnis erfordern zwar die Durchführung einer Interessenabwägung, diese dürfte im Falle fehlender Aufträge jedoch zugunsten des Arbeitgebers ausfallen. Während der Freistellungsphase ist der Arbeitgeber zur Zahlung des Verzugslohnes verpflichtet. Mitbestimmungsrechte bestehen bei Freistellungen nicht.

## ■ KURZARBEIT

Unter Kurzarbeit versteht man eine vorübergehende Reduzierung der regelmäßigen Arbeitszeit unter entsprechender Minderung der Entgeltansprüche der Arbeitnehmer. §§ 169 ff SGB III ermöglichen den zusätzlichen Bezug von Kurzarbeitergeld seitens betroffener Arbeitnehmer. Das Kurzarbeitergeld beträgt 60 % (67 % bei Arbeitnehmern mit unterhaltsberechtigten Kindern) der Nettoentgeltdifferenz (§ 179 SGB III) des Arbeitnehmers.

Die Einführung von Kurzarbeit ist eine Abweichung vom Prinzip der Tragung des Betriebsrisikos durch den Arbeitgeber und des damit verbundenen Verzugslohnanspruches des Arbeitnehmers bei Nichtbeschäftigung (§ 615 BGB). Ihre Einführung setzt deshalb eine besondere Rechtsgrundlage voraus. Mögliche Grundlagen bilden die Zustimmung durch die einzelnen Arbeitnehmer, Ermächtigungen durch die Bundesagentur für Arbeit, sowie tarifliche und betriebliche Vereinbarungen.

Die Ermächtigung durch die Bundesagentur kann nur in Fällen erfolgen, in denen die Bundesagentur Masseneinlassungen nicht zum geplanten Termin gestattet. Sofern kein einschlägiger Tarifvertrag entsprechende Möglichkeiten vorsieht, stellt der Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung die wichtigste Variante zur Einführung von Kurzarbeit dar. Der Betriebsrat hat gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht über Dauer und Umfang der Kurzarbeit, eine Betriebsvereinbarung über Kurzarbeit wirkt zwingend gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern. Trotz Finanzkrise werden Betriebsräte regelmäßig nur dann zu Zugeständnissen bereit sein, wenn die Situation zu einem Anspruch auf Kurzarbeitergeld seitens der Arbeitnehmer führt. Dessen Voraussetzungen sind deshalb im Auge zu behalten.

Das Verfahren im Hinblick auf die Kurzarbeit und das Kurzarbeitergeld ist zweistufig. Im ersten Schritt sind der Arbeitsausfall und die betrieblichen Voraussetzungen durch Arbeitgeber oder Betriebsrat bei der Agentur für Arbeit schriftlich anzuzeigen und glaubhaft zu machen. Die Anzeige muss eine Stellungnahme des Betriebsrates enthalten. Die Agentur für Arbeit entscheidet daraufhin unverzüglich per schriftlichem Bescheid, ob die Voraussetzungen erfüllt sind. Erst im zweiten Schritt ist ein Antrag auf

Gewährung des Kurzarbeitergeldes zu stellen. Obwohl der einzelne Arbeitnehmer Inhaber des Anspruchs ist, sind nur Arbeitgeber und Betriebsrat antragsberechtigt. Es ist also letztlich vor allem Sache des Arbeitgebers, darauf zu achten, dass der Anspruch für die betroffenen Arbeitnehmer geltend gemacht wird.

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Gewährung von Kurzarbeitergeld, wenn vorab eine ordnungsgemäße Anzeige bei der Agentur für Arbeit erstattet wird, in dem Betrieb oder Betriebsteil mindestens ein Arbeitnehmer beschäftigt ist, der konkrete Arbeitnehmer die persönlichen Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitergeld erfüllt und ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt. Der Arbeitsausfall muss dabei auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruhen, vorübergehend und nicht vermeidbar gewesen sein und muss dazu führen, dass im jeweiligen Bezugsmonat das Bruttogehalt von mindestens einem Drittel der beschäftigten Arbeitnehmer um mindestens 10 % absinkt.

Das Sozialgesetzbuch III (Arbeitsförderung) begrenzt den Bezugszeitraum von Kurzarbeitergeld auf bis zu sechs Monate. Allerdings kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales diese Bezugsfrist durch Rechtsverordnung verlängern. Aktuell gilt auf Basis einer solchen Verordnung der zulässige Höchstbezugszeitraum von zwölf Monaten. Durch Mitte November gefassten Kabinettsbeschluss wurde in der neuen, ab dem 1. Januar 2009 geltenden Verordnung als Teil des so genannten Konjunkturpakets festgelegt, dass Kurzarbeitergeld künftig sogar bis zu 18 Monate bezogen werden kann, wenn der Anspruch im Kalenderjahr 2009 entsteht. Nach drei bezugsfreien Monaten beginnt im Übrigen eine neue Bezugsfrist.

## ■ FAZIT

Die aktuelle Ankündigung des Bundesarbeitsministeriums, die maximalen Bezugszeiträume für Kurzarbeitergeld zu verlängern, verdeutlicht die Hoffnungen, die die Politik in die Kurzarbeit setzt. Die geschickte Kombination von Kurzarbeit, Betriebsferien und Anordnung von Freizeit ermöglichen Arbeitgebern massive Kosteneinsparungen, ohne gleich ganze Scharen von Arbeitnehmern zu entlassen, die in besseren Zeiten wieder gebraucht werden.



## NEUERE RECHTSPRECHUNG ZUM THEMA KÜNDIGUNGSRECHT

von **Georg Mikes**

Frankfurt  
Rechtsanwalt/Fachanwalt f. Arbeitsrecht  
gmikes@jonesday.com  
++49 69 9726 3939

Auf Grund der globalen Finanzkrise steht trotz aller denkbaren Kurzarbeit usw. Kündigungsrecht bei vielen Unternehmen notgedrungen wieder auf der Tagesordnung. Die nachfolgenden Urteile sollen einen Überblick über ausgewählte Urteile zu diesem Themenkomplex geben.

### ■ KÜNDIGUNG UND UNTERNEHMERENTSCHEIDUNG

Viele Arbeitgeber haben in der Vergangenheit schlechte Erfahrungen mit der Flexibilität der Stammebelegschaft gemacht, zumal auch beispielsweise die vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit der Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG unterliegt. Ausweichstrategien der Arbeitgeber beinhalten Leiharbeit, wovon nicht zuletzt die Zeitarbeitsindustrie profitierte, sowie Einsatz freier Mitarbeiter.

In diesem Zusammenhang von Interesse ist eine Entscheidung des BAG vom 13. März 2008 (2 AZR 1037/06). Dabei ging es um die Frage, ob und inwieweit die Absicht des Arbeitgebers, bestimmte Arbeiten künftig nicht mehr von Stammebelegschaft erledigen zu lassen, sondern von freien Mitarbeitern, ein dringendes betriebliches Bedürfnis zur Kündigung von Arbeitnehmern darstellt. Zweifel können sich insbesondere deshalb ergeben, weil ja eindeutig kein Wegfall der Tätigkeiten an sich eintrat. Das BAG wertete jedoch die Entscheidung des Arbeitgebers, Tätigkeiten künftig von Dritten ausführen zu lassen, als *Unternehmerentscheidung*. Dies sind Entscheidungen, die von der grundgesetzlich geschützten wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit gedeckt sind und daher von den Gerichten nur sehr eingeschränkt, nämlich im Hinblick auf Willkür und offensichtliche Unsachlichkeit, überprüft werden können. Im entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber deshalb bei ihm als Plakatanschläger (sog. Moskito-Anschläger) beschäftigte Arbeitnehmer kündigen können, weil er ohne jede Willkür diese Arbeiten an freie Mitarbeiter vergeben wollte.

Dem Aspekt der Unternehmerentscheidung kam auch in einem anderen Fall besondere Bedeutung zu. In dem genannten Fall hatte der Arbeitgeber sich entschieden, eine Hierarchieebene abzubauen. Die von den betroffenen Arbeitnehmern bislang ausgeübte Tätigkeit sollte auf andere Hierarchieebenen neu verteilt werden. Zu einer solchen Gestaltung hat sich das BAG mit Urteil vom 13. Februar 2008 (2 AZR 1041/06) in zweierlei Hinsicht geäußert: Wenn sich die Unternehmerentscheidung lediglich in der Streichung einer Hierarchieebene erschöpft, sollen einerseits—dann doch—gesteigerte Anforderungen an die Darlegungslast zu stellen sein. Andererseits hat der Arbeitgeber im Rechtsstreit vorzutragen, in welchem Umfang die

bisher ausgeübten Tätigkeiten entfallen bzw. inwieweit im Sinne einer Prognose die Arbeiten vom verbliebenen Personal ohne sog. überobligationsmäßige Leistungen erledigt werden können. Dieses Urteil ist sicherlich nicht als generelle Aufweichung des Grundsatzes zu verstehen, dass Unternehmerentscheidungen nur sehr eingeschränkt auf Willkür hin zu überprüfen sind. Allerdings will das BAG sicherstellen, dass es sich nicht nur um eine vorgeschobene Behauptung der Eliminierung einer Hierarchieebene handelt, während in Wirklichkeit die Umsetzung faktisch gar nicht möglich ist, weil sich die Arbeiten gar nicht so wie behauptet umverteilen lassen oder sie anderen Arbeitnehmern aufgebürdet würden, die sie gar nicht bewältigen können.

#### ■ VORTRAG BEI KÜNDIGUNGSSCHUTZKLAGE UND FORMGESICHTSPUNKTE

Nach heutiger Rechtslage müssen Arbeitnehmer alle Unwirksamkeitsgründe, die sie gegen eine Kündigung vorbringen wollen, binnen einer Frist von 3 Wochen nach Zugang der Kündigung klageweise bei Gericht geltend machen. Von der Härte dieser Bestimmung wurde ein Kläger unliebsam überrascht, der sich auf tarifliche Unkündbarkeit berufen wollte. Er hatte zwar fristgemäß neben dem üblichen Bestreiten der Sozialwidrigkeit der Kündigung auch die Anwendbarkeit des Tarifvertrages vorgebracht. Spezifisch die ordentliche Unkündbarkeit, die sich daraus ergibt, hat er jedoch erst in der Revisionsinstanz (d.h. vor dem BAG) vorgebracht. Zu spät, befand das BAG in seinem Urteil vom 8. November 2007 (2 AZR 314/06) und lehnte es ab, über die Auslegung und Wirksamkeit der tariflichen Regeln über den Sonderkündigungsschutz zu entscheiden.

Umgekehrt musste ein Arbeitgeber unliebsam erfahren, dass die gesetzlich geforderte Schriftform der Kündigung (§ 623 BGB) sich nicht allein in der Ausstellung und Übergabe eines Kündigungsschreibens erschöpft, das paraphiert ist. Das BAG sah ein Kündigungsschreiben als unwirksam an, in dem die erforderliche Unterschrift lediglich aus einem Namenskürzel bestand. In seinem Urteil vom 24. Januar 2008 (6 AZR 519/07) urteilte es dahingehend, dass dem äußeren Erscheinungsbild nach erkennbar sein müsse, dass der Unterzeichner seinen vollen Namen niederschreiben wollte. Allerdings ist ein großzügiger Maßstab

anzulegen, namentlich ist Lesbarkeit nicht erforderlich. Demnach kann Arbeitgebern nur angeraten werden, auch die Unterschrift mit einem Mindestmaß an Ausführlichkeit auszuführen, denn die Grenze zwischen einer Paraphe und einer vollwertigen Unterschrift ist sicherlich oft fließend.

#### ■ NAMENSLISTE ZUM INTERESSENAUSGLEICH

Bei größeren Entlassungsmaßnahmen liegt—betriebsverfassungsrechtlich gesprochen—schnell eine Betriebsänderung vor. Dann muss regelmäßig mit dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich und einen Sozialplan verhandelt werden, auch wenn außer dem Abbau von Personal keine organisatorischen Änderungen vorgenommen werden sollen. Innerhalb der Verhandlungen des Interessenausgleichs kann es für den Arbeitgeber von großer Bedeutung sein, ob es ihm gelingt, mit dem Betriebsrat eine sog. „Namensliste“ zu vereinbaren. Bedeutung erhält die Namensliste vor allem deshalb, weil die betriebsbedingte Kündigung der dort aufgeführten Arbeitnehmer von den Arbeitsgerichten nur vergleichsweise oberflächlich auf Fehler hin untersucht werden kann. § 1 Abs. 5 des Kündigungsschutzgesetzes bestimmt nämlich, dass bei Namensliste gegenüber den genannten Arbeitnehmern das *Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse vermutet* wird und die *soziale Auswahl nur auf grobe Fehler* überprüft werden kann. Wie bedeutsam diese Regelung ist, unterstreicht ein Urteil des BAG vom 3. April 2008 (2 AZR 789/06). Das Gericht verdeutlichte, dass der Maßstab der Untersuchung auf bloße Fehlerhaftigkeit nicht nur hinsichtlich der *Auswahlgesichtspunkte* und ihrer *Gewichtung* gilt, sondern auch für die Entscheidung, *welche Personen überhaupt in die Sozialauswahl mit einzubeziehen* sind. Sogar wenn der auswahlrelevante Personenkreis fehlerhaft auf eine bestimmte Arbeitsstätte (statt des ganzen Betriebes) beschränkt wurde, soll dies noch nicht automatisch zur groben Fehlerhaftigkeit der Auswahl führen. Die Entscheidung ist bemerkenswert, weil im konkreten Fall fehlerhaft ausschließlich Mitarbeiter einer bestimmten Filiale gekündigt wurden, obwohl ohne Namensliste eine korrekte Sozialauswahl nur dann vorgelegen hätte, wenn die Auswahl auf alle vergleichbaren Arbeitnehmer auch der anderen Filialen erstreckt worden wäre. Dies trägt dem Interesse vieler Arbeitgeber Rechnung, da es mitunter schwierig bis unmöglich ist, rechtssicher zu bestimmen, wie der Auswahlkreis für die Sozialauswahl zu ziehen ist.



### EIN BLICK ZURÜCK (2008)

Georg Mikes trug als einer von mehreren europäischen Jones-Day-Arbeitsrechtlern den Deutschland betreffenden Teil eines längeren Artikels bei, der sich dem Thema der Betriebsrenten bei europäischen Mergers & Acquisitions widmet und der im April in PLC Cross-Border Quarterly veröffentlicht wurde.

Er hielt ferner als einer von mehreren internationalen Sprechern am 7. Oktober eine Präsentation zu deutschem Betriebsrentenrecht in London.

### EIN BLICK IN DIE ZUKUNFT (2009)

Georg Mikes wird am 4. März 2009 in Frankfurt ein eintägiges Seminar zum Thema „Arbeitsrechtliche Aspekte der betrieblichen Altersversorgung“ für das Forum Institut für Management abhalten.

Ein weiterer Vortrag von Georg Mikes zu diesem Thema wird am 25./26. Mai 2009 in London im Rahmen einer Konferenz von IPEBLA (International Pension and Employee Benefits Lawyers Association) erfolgen.

## AGG-ALTERSDISKRIMINIERUNG IM FOKUS DER RECHTSPRECHUNG

von **Friederike Göbbels**

München  
Rechtsanwältin/Fachanwältin f. Arbeitsrecht  
fgoebbels@jonesday.com  
++49 89 2060 42 200

Wie von Experten mit Inkrafttreten des AGG bereits vermutet, hat sich das Thema „Altersdiskriminierung“ zu einem Dauerbrenner in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung entwickelt. Besonders interessante Entscheidungen werden mit nachfolgender Übersicht kurz dargestellt:

- **Mindestalter bei der Berechnung von Kündigungsfristen:** § 622 Abs. 2 BGB regelt, dass die Betriebszugehörigkeit eines Arbeitnehmers bei der Berechnung der verlängerten Mindestkündigungsfrist erst ab Vollendung dessen 25. Lebensjahres zu berücksichtigen ist. Das LAG Berlin-Brandenburg hatte in dieser Regelung einen klaren Verstoß gegen das Diskriminierungsverbots wegen Alters erkannt und sie deshalb für nicht anwendbar erklärt (vgl. Arbeitsrechts News 4. Quartal 2007, Urteil v. 27. Juli 2007, 7 Ca 561/07). Das LAG Düsseldorf hält es demgegenüber für notwendig, die Frage auf europäischer Ebene klären zu lassen. Dementsprechend erließ es am 21. November 2007 einen Beschluss (12 Sa 1311/07) zur Vorlage an den EuGH. Geklärt werden soll, ob eine unzulässige Alterdiskriminierung vorliegt oder ob der personalwirtschaftliche Flexibilitätsbedarf von Arbeitgebern die Regelung rechtfertigt. Die EuGH-Entscheidung steht noch aus. Das LAG Schleswig-Holstein hat am 28. Mai 2008 wiederum im Sinne des LAG Berlin-Brandenburg entschieden. Es sah keine Notwendigkeit einer Vorlage zum EuGH. Mit umfangreicher Begründung wird in dem Urteil (3 Sa 31/08) die Unwirksamkeit der Mindestaltersregelung des § 622 Abs. 2 BGB festgestellt und die daraus resultierende Unanwendbarkeit der Altersdifferenzierung.
- **Mindestalter im Betriebsrentengesetz:** Bereits in unserem Heft zum 2. Quartal 2008 haben wir die Entscheidung des LAG Köln vom 18. Januar 2008 (11 Sa 1077/07) besprochen, die bestätigt hat, dass die Altersgrenzenregelung im Betriebsrentengesetz eine gerechtfertigte Differenzierung darstellt. Eine



unverfallbare Anwartschaft kann nämlich erst ab einem gewissen Mindestalter entstehen (früher 35 Jahre, seit dem 1.1.2001: 30 Jahre, ab dem 1.1.2009 nur noch 25 Jahre). Die Rechtfertigung wird in dem legitimen Ziel gesehen, Arbeitgeber nicht gänzlich von der Gewährung einer betrieblichen Altersversorgung abzuhalten sowie in der Anwendung eines verhältnismäßigen Mittels, da jüngere Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, die Altersvorsorge noch anderweitig aufzubauen.

- **Vergütung nach Lebensalterstufen:** Der Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) staffelt sein Vergütungssystem nach Lebensalter, d.h. je älter der Arbeitnehmer ist, desto mehr Gehalt bekommt er, völlig unabhängig von der Betriebszugehörigkeit. Das LAG Berlin-Brandenburg hat mit Urteil vom 11. September 2008 (20 Sa 2244/07) entschieden, dass die nach Lebensalterstufen gestaffelte Vergütung nach dem BAT eine unzulässige Altersdiskriminierung zu Lasten der jüngeren Arbeitnehmer darstellt. Auf Basis dieser Bewertung wurde dem 39 Jahre alten Kläger in dem entschiedenen Fall die

Grundvergütung nach Maßgabe der höchsten Lebensalterstufe (47 Jahre) zugesprochen. Das Urteil ist noch nicht abgesetzt. Es ist jedoch zu erwarten, dass Revision eingelegt wird; dies insbesondere wegen der Präzedenzfallwirkung und den folgeschweren finanziellen Konsequenzen.

- **Gekürzte Sozialplanabfindung für ältere Arbeitnehmer:** Das LAG Düsseldorf hat mit Urteil vom 22. August 2008 (10 Sa 573/08) entschieden, dass keine Altersdiskriminierung vorliegt, wenn der Abfindungsanspruch gemäß einer Sozialplanregelung ab dem 60. Lebensjahr kontinuierlich um einen ansteigenden Betrag gekürzt wird. In diesem Zusammenhang wurde der umstrittene Rechtfertigungstatbestand, der in § 10 S. 3 Nr. 6 AGG geregelt ist, als zulässige Altersdifferenzierung bewertet. Danach sollen Arbeitnehmer sogar gänzlich von Leistungen aus einem Sozialplan ausgenommen werden können, wenn sie wirtschaftlich durch den Bezug von Altersrente im Anschluss an die Arbeitslosigkeit abgesichert sind. In Anwendung auf den entschiedenen Fall liegt nach Auffassung des LAG das legitime Ziel darin,

ein begrenztes Sozialplanvolumen möglichst gerecht in Überbrückungshilfen aufzuteilen. Sofern eine rentenrechtliche Absicherung besteht, wird eine Überbrückungshilfe als entbehrlich und damit die Reduzierung des Abfindungsanspruchs als angemessenes Mittel angesehen.

- **Altersgruppen bei Sozialauswahl:** Das BAG hat mit Urteil vom 6. November 2008 (2 AZR 701/07) festgestellt, dass bei der Durchführung der Sozialauswahl im Rahmen von betriebsbedingten Kündigungen die Bildung von Altersgruppen keine Altersdiskriminierung verwirklicht. Im entschiedenen Fall erfolgte die Sozialauswahl nicht unter allen vergleichbaren Arbeitnehmern, sondern proportional in sechs Altersgruppen, die jeweils zehn Lebensjahre umfassten (Achtung: Anforderungen zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur im Sinne von § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG sind hierfür zu beachten). Eine solche Ungleichbehandlung wegen Alters hat das BAG als gerechtfertigt angesehen, weil die Altersgruppenbildung in zulässiger Weise der Überalterung des Betriebes entgegenwirkte. Gleichzeitig werde dadurch die „Bevorzugung“ älterer Arbeitnehmer bei der Vergabe von Sozialpunkten nach Alter relativiert. Die Zuteilung solcher Alterspunkte ist wiederum als zulässig beurteilt worden, weil ältere Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt schlechtere Chancen haben und die Alterspunkte im Übrigen nicht alleine, sondern im Zusammenspiel mit Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung nicht überbewertet wurden.
- **Altersabstandsklauseln bei betrieblichen Altersversorgungsmodellen:** Es geht um die Frage, ob eine Regelung in einer Versorgungsrichtlinie unzulässig ist, die vorsieht, dass kein Anspruch des Witwers/der Witwe besteht, wenn er/sie wesentlich jünger ist (z.B. über 15 Jahre) als der verstorbene Mitarbeiter. Gemäß dem EuGH Urteil vom 23. September 2008 (C-427/06) und den entsprechenden Schlussanträgen der zuständigen Generalanwältin ist davon auszugehen, dass mit Inkrafttreten des AGG, d.h. am 14. August 2006 bzw. spätestens mit Ablauf der Umsetzungsfrist der zu Grunde liegenden Rahmen-EG-Richtlinie (2000/78/EG v. 27. November 2000) im Hinblick auf Altersdiskriminierung, d.h. am 2. Dezember 2006, eine zeitliche Zäsur zu beachten ist, die rechtlich unterschiedliche

Ergebnisse und teilweise auch finanzielle Belastungen zur Folge hat. Wenn der Arbeitnehmer vor der Zeitzäsur verstarb, ist von der Wirksamkeit einer Altersabstandsklausel auszugehen, so dass der Witwer/die Witwe keinen Leistungsanspruch auf Pensionszahlung geltend machen kann. Sofern jedoch der Todesfall nach der Zeitzäsur eingetreten ist bzw. in Zukunft eintritt, wird voraussichtlich der EuGH die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geltende Altersabstandsklausel und den völligen Ausschluss des jüngeren Ehepartners von jeglichen Versorgungsleistungen als Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht wegen Altersdiskriminierung bewerten. Eine weniger einschneidende Maßnahme kann dagegen zur Verfolgung des legitimen Ziels der Kostenreduktion betrieblicher Versorgungssysteme wirksam sein. Eine solche Maßnahme könnte z.B. sein, dass der Hinterbliebene den Leistungsanspruch nur in reduzierter Form erhält. Nach momentanem Stand ist davon auszugehen, dass sich die deutsche Arbeitsgerichtsbarkeit an dieser Leitlinie orientieren wird, sofern weitere Streitfälle anstehen sollten.

#### **EIN BLICK ZURÜCK (2008)**

Die Februar 2008-Ausgabe des Fachmagazins *Arbeit und Arbeitsrecht* beinhaltet einen Artikel von Friederike Göbbels, in dem sie das Buch *Nutzung betrieblicher E-Mail- und Intranet-Systeme für gewerkschaftliche Zwecke* rezensierte. Das Buch gibt u.a. praktische Ratschläge an Arbeitgeber zum Schutz vor Gewerkschaftsmaßnahmen im Zusammenhang mit den elektronischen Kommunikationssystemen eines Unternehmens.

Sie hielt ferner als einer von mehreren internationalen Sprechern am 7. Oktober eine Präsentation zu deutschem Betriebsrentenrecht in London.

#### **EIN BLICK IN DIE ZUKUNFT (2009)**

Die Zeitschrift „Capital“ hat Friederike Göbbels zur Angemessenheit von Managervergütungen und Möglichkeiten der Reduzierung in Zeiten der Finanzkrise interviewt. Der entsprechende Artikel wird demnächst erscheinen.





## VOM LAND DER UNBEGRENZTEN MÖGLICHKEITEN INS LAND DER (UN-) BEGRENZTEN BÜROKRATIE—AMERIKANISCHE ARBEITNEHMER IN DEUTSCHLAND

von **Jörg Rehder**

Frankfurt  
Rechtsanwalt; Attorney at Law (Maryland und Minnesota); Solicitor  
(England und Wales)  
jrehder@jonesday.com  
++49 69 9726 3122

Man stelle sich folgende Situation vor: Ein US-Unternehmen hat gerade in Deutschland eine Akquisition ab- oder ein Joint Venture geschlossen. Auch vorstellbar wäre, dass ein US-Unternehmen bisher lediglich durch Handelsvertreter oder Vertriebshändler auf dem deutschen Markt tätig war, sich aber nun entschließt, mit einer eigenen Tochtergesellschaft auf dem deutschen Markt Geschäfte zu machen. Um die bevorstehenden Aufgaben und Probleme einer solchen wirtschaftlichen Expansion zu bewältigen, versetzt die US-Muttergesellschaft typischerweise bewährte Mitarbeiter zu der deutschen Tochtergesellschaft.

Dieser Beitrag soll einen kurzen Überblick über die Voraussetzungen bieten, die ein US-amerikanischer Arbeitnehmer erfüllen muss, um in Deutschland zu arbeiten. Außerdem soll kurz darauf eingegangen werden, inwieweit amerikanische Führerscheine in Deutschland gelten.

### ■ MELDEPFLICHT

Nach der Ankunft muss sich der amerikanische Staatsbürger selbstverständlich, wie jeder andere Bürger auch, unter Vorlage seines Ausweises beim zuständigen Einwohnermeldeamt registrieren lassen. Damit ist gleichzeitig auch der erste Schritt zur Erlangung einer Arbeitserlaubnis getan.

### ■ AUFENTHALTSGENEHMIGUNG/ARBEITSERLAUBNIS

Nicht-EU-Bürger benötigen eine Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigung, um in Deutschland arbeiten zu können. Die gleiche Verpflichtung trifft die überwiegende Zahl von Bürgern aus Staaten, die im Rahmen der EU-Osterweiterung in den Jahren 2004 bzw. 2007 in die EU aufgenommen wurden (z.B.: Bulgarien, Litauen, Polen, Rumänien und Ungarn) und für die nach wie vor gewisse Beschränkungen bestehen.

Ein Privileg wird jedoch vor allem Staatsangehörigen der USA, Kanadas, Japans und Australiens gewährt. Diesen ist es gestattet, sowohl die Aufenthalts- als auch die Arbeitsgenehmigung erst *im Anschluss* an die Einreise nach Deutschland zu beantragen. Zu beachten ist allerdings, dass die Arbeit erst nach Erhalt der Arbeitsgenehmigung aufgenommen werden darf. Die Staatsangehörigen nicht privilegierter Staaten müssen die Anträge *vor* der Einreise nach Deutschland in der deutschen Botschaft ihres jeweiligen Heimatlandes stellen.

Für das Arbeitsleben sind zwei Arten von Arbeitsgenehmigungen zu unterscheiden, nämlich die Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung und die Niederlassungserlaubnis.

### ■ AUFENTHALTSERLAUBNIS ZUR AUSÜBUNG EINER BESCHÄFTIGUNG

Eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung stellt eine zeitlich begrenzte, d.h. üblicherweise eine auf ein bis drei Jahre beschränkte Erlaubnis dar, die unter Umständen verlängert werden kann. Diese Erlaubnis wird durch die Zusammenarbeit der Ausländerbehörde mit dem örtlichen Arbeitsamt gewährt. Grundsätzlich werden deutsche und europäische Arbeitnehmer auf dem deutschen Arbeitsmarkt bevorzugt behandelt. Deshalb prüft das örtliche Arbeitsamt, ob der Arbeitsplatz, der mit dem US-amerikanischen Antragssteller besetzt werden soll, nicht durch einen deutschen oder europäischen Arbeitnehmer

besetzt werden könnte. Der beantragende Arbeitgeber ist verpflichtet, das lokale Arbeitsamt mit Informationen bezüglich der Arbeitsstelle, des vorgesehenen Gehalts und den gesamten Arbeitsbedingungen auszustatten. Kommt das Arbeitsamt zu dem Ergebnis, dass der amerikanische Antragsteller eine Stelle besetzen möchte, die auch durch einen Europäer besetzt werden könnte, kann die Behörde den Antrag auf Erteilung der Arbeitsgenehmigung zurückweisen.

In der Regel benötigt das Arbeitsamt für die Suche nach einem qualifizierten europäischen Arbeitnehmer, der den Arbeitsplatz besetzen könnte, zwischen sechs Wochen und drei Monaten. Während dieses Zeitraums wird der Antrag des US-Amerikaners zurückgestellt. Ein amerikanischer Staatsbürger, der in Deutschland tätig werden möchte, sollte mit dem Ziel der Verkürzung der Bearbeitungszeit nachweisen, dass er für die angestrebte Position qualifiziert ist und ausführen, dass er aufgrund seiner Tätigkeit für die Muttergesellschaft in den USA mit den Vorgängen in der Gesellschaft vertraut ist. Das letztere Kriterium ist vor allem bei kürzeren Aufenthalten in Deutschland entscheidend, denn wenn ein EU-Bürger nicht ähnliche Qualifikationen und interne Kenntnisse besitzt, wäre in einem solchen Falle die Einarbeitungszeit im Verhältnis zu dem amerikanischen Antragsteller unverhältnismäßig lange.

#### ■ NIEDERLASSUNGSERLAUBNIS

Die Niederlassungserlaubnis ist eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis. Deshalb sind die Anforderungen, die an einen Antragsteller gestellt werden, höher, als bei der Aufenthaltsgenehmigung zur Ausübung der Beschäftigung. Hierzu muss der Antragsteller nachweisen, dass er entweder ein Wissenschaftler mit besonderen fachlichen Kenntnissen, eine Lehrperson bzw. ein wissenschaftlicher Mitarbeiter in herausgehobener Funktion, oder ein Spezialist oder leitender Angestellter mit besonderer Berufserfahrung ist, der wenigstens das Doppelte der Beitragsbemessungsgrenze zur gesetzlichen Krankenversicherung verdient (entspricht insgesamt Euro 88.000). Dieser Schwellenwert für Spezialisten und leitende Angestellte soll durch einen bereits vom Bundestag beschlossenen Gesetzesentwurf („Arbeitsmigrationssteuerungsgesetz“) im Jahr 2009 auf die einfache Beitragsbemessungsgrenze der allgemeinen Rentenversicherung (entspricht Euro 64.800) reduziert werden.

Bei Spezialisten und leitenden Angestellten fordert die Ausländerbehörde Beweise dafür, dass die oben beschriebene Gehaltsgrenze überschritten wird. Dies kann durch Vorlage des Arbeitsvertrages oder eine schriftliche Bestätigung des Arbeitgebers erfolgen. Zusätzlich ist es erforderlich, die Spezialisierung nachzuweisen. In diesem Zusammenhang ist es wichtig, einen Lebenslauf des Antragstellers beizubringen, in dem die Ausbildung, die Erfahrung und der Grund für die Übersendung nach Deutschland beschrieben werden. Entscheidend ist, auf welcher Hierarchieebene die Anstellung erfolgen soll, inwieweit der Betreffende in personeller und finanzieller Hinsicht Entscheidungen selbständig treffen darf, ob ihm andere Mitarbeiter unterstehen, ob er maßgeblichen Anteil an Entscheidungsprozessen im Unternehmen hat und ob er unterschriftsberechtigt ist oder ob ihm Prokura erteilt werden soll. Die Beantwortung dieser Fragen sowie die Höhe des Gehalts sind entscheidend dafür, ob dem Antragsteller die Niederlassungserlaubnis erteilt wird. Üblicherweise benötigt die Ausländerbehörde ein bis zwei Monate, um eine Entscheidung zu fällen.

#### ■ FÜHRERSCHEIN

Amerikanische Staatsbürger dürfen bis zu einem Jahr mit ihrem amerikanischen Führerschein in Deutschland Auto fahren. Ist allerdings von vornherein ein Aufenthalt von mehr als einem Jahr geplant, ist der Erwerb eines deutschen Führerscheins innerhalb der ersten sechs Monate des Aufenthalts erforderlich. Dieser Erwerb kann auf zwei Wegen stattfinden. Entweder, der amerikanische Staatsbürger muss in Deutschland eine Führerscheinprüfung ablegen, oder der amerikanische Führerschein wird ganz oder teilweise anerkannt und in einen deutschen Führerschein umgeschrieben. Ob der amerikanische Führerschein anerkannt und in einen deutschen Führerschein umgeschrieben werden kann, hängt davon ab, in welchem US-Staat er erworben wurde und in welchem deutschen Bundesland die Niederlassung geplant ist. Durch die erfolgreiche Lobbyarbeit der amerikanischen Handelskammer in Deutschland ist eine Umschreibung zunehmend möglich. Details zu der Handhabung im Hinblick auf die einzelnen Bundesstaaten können bei der amerikanischen Handelskammer unter [http://www.amcham.de/fileadmin/templates/main/pdf/EU\\_Vergleichsstudie\\_30.10.2008.pdf](http://www.amcham.de/fileadmin/templates/main/pdf/EU_Vergleichsstudie_30.10.2008.pdf) eingesehen werden.

### **EIN BLICK ZURÜCK (2008)**

Im Mai 2008 hat Jörg Rehder an der Fachhochschule Würzburg-Schweinfurt den Kurs "Private Equity und Mergers & Acquisitions in Deutschland" unterrichtet. Der Schwerpunkt seiner Vorträge lag auf den arbeitsrechtlichen Aspekten von Transaktionen.

Jörg Rehder hat einen Artikel mit dem Titel "Business Visas for the United States" im Jahrbuch 2009 der American Chamber of Commerce in Deutschland veröffentlicht. Das Jahrbuch wurde im November 2008 veröffentlicht.

## **ÜBERBLICK ÜBER DAS GESETZ ZUR STEUERLICHEN FÖRDERUNG DER MITARBEITERKAPITALBETEILIGUNG**

von **Alexa Clauss**

Frankfurt  
++49 69 9726 3939  
aclauss@jonesday.com

Zum Ausbau der Mitarbeiterkapitalbeteiligung plant der Gesetzgeber zum 1. April 2009 folgende Änderungen:

Der Fördersatz für in Beteiligungen angelegte vermögenswirksame Leistungen (Arbeitnehmersparzulage) wird von 18 % auf 20 % der Beteiligung erhöht. Gleichzeitig werden die Einkommensgrenzen von 17.900 bzw. 35.800 Euro (Zusammenveranlagung) auf 20.000 bzw. 40.000 Euro angehoben (§ 13 Entwurf des Fünften Vermögensbildungsgesetzes).

Der steuer- und sozialversicherungsfreie Höchstbetrag für die Überlassung von Mitarbeiterbeteiligungen wird von 135 Euro auf 360 Euro heraufgesetzt. Die Begrenzung auf den halben Wert der Beteiligung wird gestrichen (§ 3 Nr. 39 Entwurf EStG). Die Altregelung aus § 19a EStG bleibt auf laufende Beteiligungen für eine Übergangszeit bis 2015 anwendbar (§ 52 Abs. 35 Entwurf EStG).

Durch eine Änderung im Investmentgesetz besteht auch für Beteiligungen, die über einen Mitarbeiterbeteiligungsfonds gehalten werden, eine Fördermöglichkeit. Die den Fonds betreuende Kapitalanlagegesellschaft darf insbesondere Beteiligungen nicht börsennotierter Unternehmen einschließlich stiller Beteiligungen und unverbriefte Darlehensforderungen gegen derartige Unternehmen erwerben. Förderungswürdig sind ausschließlich Fonds, bei denen ein Rückfluss in die beteiligten Unternehmen in Höhe von 75 % garantiert ist. Dahinter steht die Vorstellung des Gesetzgebers, auch Mitarbeitern kleiner und mittlerer Unternehmen eine Kapitalbeteiligung zu ermöglichen. Die Rücknahme der Anteile erfolgt höchstens halbjährlich, mindestens einmal jährlich zu bestimmten Rücknahmetermen, in besonderen Ausnahmefällen vier Jahre nach dem Rücknahmetermin.

## IHRE ANSPRECHPARTNER

---

### FRANKFURT

Hochhaus am Park  
Grüneburgweg 102  
60323 Frankfurt am Main  
Tel.: ++49 69 9726 3939  
Fax: ++49 69 9726 3993

Georg Mikes  
Rechtsanwalt/Fachanwalt  
für Arbeitsrecht  
gmikes@jonesday.com

### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 11  
80538 München  
Tel.: ++49 89 2060 42 200  
Fax: ++49 89 2060 42 293

Friederike Göbbels  
Rechtsanwältin/Fachanwältin  
für Arbeitsrecht  
fgoebbels@jonesday.com

## JONES DAY BÜROS WELTWEIT

---

ATLANTA  
BEIJING  
BRÜSSEL  
CHICAGO  
CLEVELAND  
COLUMBUS  
DALLAS  
FRANKFURT

HONG KONG  
HOUSTON  
IRVINE  
LONDON  
LOS ANGELES  
MADRID  
MAILAND  
MOSKAU

MÜNCHEN  
NEU DELHI  
NEW YORK  
PARIS  
PITTSBURGH  
SAN DIEGO  
SAN FRANCISCO  
SHANGHAI

SILICON VALLEY  
SINGAPUR  
SYDNEY  
TAIPEH  
TOKYO  
WASHINGTON

*Die hier dargebotenen Informationen, Meinungen und Rechtsansichten sind nicht als fallspezifische juristische Beratung gedacht und erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Jones Day haftet nicht für die Richtigkeit des Inhalts.*