

# ARBEITSRECHT NEWS

## HARTE BANDAGEN DURCH AGB-KONTROLLE

von **Friederike Göbbels**

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

Seit 2002 unterliegen die von Arbeitgebern formulierten Regelungen in Arbeitsverträgen der gesetzlichen Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB-Kontrolle). Seitdem ergehen immer wieder folgenschwere Gerichtsentscheidungen. Die Feststellung einer unwirksamen Bestimmung kann zu gravierenden Folgen mit meist nicht kalkulierten finanziellen Belastungen des Unternehmens führen. Nachfolgend werden zwei aktuelle Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zur AGB-Kontrolle vorgestellt.

### INHALT

Harte Bandagen durch AGB-Kontrolle	1
Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Arbeitgebers: Kann ein Arbeitnehmer in seinem nächsten Job hiervon Gebrauch machen?	3
Europarechtliche Neubewertung des Sozialplanrechts zur Vermeidung von Altersdiskriminierung?	6
Mediation als Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung	8

### ■ ÜBERSTUNDENPAUSCHALE

Das BAG hat mit Urteil vom 1. September 2010 (5 AZR 517/09) eine Arbeitsvertragsklausel für unwirksam befunden, die vorsah, dass geleistete Überstunden pauschal durch das vereinbarte Gehalt abgegolten sein sollten. Wie so häufig entstand der Streit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitnehmer verwies auf 102 dokumentierte Mehrarbeitsstunden und klagte auf Vergütung der geleisteten Arbeitszeit. Der Arbeitgeber weigerte sich zu zahlen und verwies auf die vereinbarte arbeitsvertragliche Regelung mit folgendem Wortlaut: „Mit der vorstehenden Vergütung sind erforderliche Überstunden des Arbeitnehmers abgegolten.“



Der Arbeitgeber hat in allen drei Instanzen verloren. Er wurde zur Zahlung der eingeklagten Überstundenvergütung verurteilt, weil die oben zitierte pauschale Überstundenabgeltungsklausel als unwirksam beurteilt wurde. Sie genügt nicht den Anforderungen der AGB-Vorschriften (§§ 305 ff BGB) an eine transparente Regelung. Gemäß diesem Transparenzgebot muss der Arbeitnehmer seine Rechte und Pflichten klar und präzise bei Abschluss der Vereinbarung erkennen können. Unklarheiten und Beurteilungsspielräume gehen zu Lasten des Arbeitgebers, der die Klausel verwenden möchte.

Gemäß der Wertung des BAG ist eine Klausel zur pauschalen Vergütung von Mehrarbeit nur dann klar und verständlich, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, welche Arbeitsleistungen davon erfasst sein sollen. Der Arbeitnehmer muss bereits bei Vertragsschluss erkennen können, was unter Umständen auf ihn zukommt, d.h. welche Arbeitsleistung er maximal für die vereinbarte

Vergütung erbringen muss. Es ist deswegen notwendig, dass eine klare Begrenzung der Höchstarbeitszeit für den Arbeitnehmer erkennbar ist, die von ihm erbracht werden muss. Insoweit sollte wenigstens ein Verweis auf die zulässige Höchstarbeitszeit in der Klausel enthalten sein, was im entschiedenen Fall nicht gegeben war. Letztlich geht es darum, dass der Arbeitnehmer die Möglichkeit haben muss, zu verstehen, wie viel Arbeitsleistung er maximal für welchen umgerechneten Stundenlohn erbringen muss.

Wegen der nach wie vor unsicheren Rechtslage bezüglich der Anforderungen an eine hinreichend transparente Überstundenabgeltungsklausel ist als sicherer Weg als nur der bloßen Verweisung auf die zulässige Höchstarbeitszeit eine separierte Regelung zu raten, in der konkret festgelegt wird, wie viele Überstunden der Arbeitnehmer pro Tag, Woche und Monat höchstens zu leisten hat und welchen pauschalen Überstundenbetrag er neben dem vereinbarten Fixgehalt monatlich erhält.

## ■ VORBEHALTSKLAUSEL ZUM WEIHNACHTSGELD

Typischer Weise will sich der Arbeitgeber durch arbeitsvertragliche Klauseln eine gewissen Flexibilität bezüglich gewährter Sonderzahlungen vorbehalten, um diese—zum Beispiel in schlechten Zeiten—aussetzen zu können. Solche Klauseln sind natürlich sinnvoll, allerdings streng kontrolliert und nur in sehr begrenztem Umfang zulässig.

In dem aktuell vom BAG mit Urteil vom 8. Dezember 2010 (10 AZR 671/09) entschiedenen Fall hat sich die ungenaue und doppelt gewählte Formulierung einer Vorbehaltsklausel als grober Fehler herausgestellt mit der Folge, dass der verklagte Arbeitgeber trotz seiner Entscheidung, im Rahmen der Wirtschaftskrise kein Weihnachtsgeld zahlen zu wollen, die entsprechende Leistung nun erbringen muss.

Die Arbeitsvertragsklausel lautete wie folgt: „Soweit der Arbeitgeber gesetzlich oder durch Tarifvertrag nicht vorgeschriebene Leistungen, wie Prämien, Zulagen, Urlaubsgeld, Gratifikationen, Weihnachtsgatifikationen gewährt, erfolgen sie freiwillig und ohne jede rechtliche Verpflichtung. Sie sind daher jederzeit ohne Wahrung einer besonderen Frist widerrufbar.“

Der Arbeitgeber hatte über Jahre hinweg Weihnachtsgeld gezahlt, ohne auf den freiwilligen Charakter der Leistung nochmals hinzuweisen. Der Arbeitnehmer durfte daher wegen der mehrmaligen vorbehaltlosen Leistungsgewährung darauf vertrauen, dass er das Weihnachtsgeld auch in Zukunft erhalten würde. Das BAG hat festgestellt, dass die arbeitsvertragliche Klausel nicht geeignet gewesen ist, dieses Vertrauen auszuschließen. Zwar kann ein klar und eindeutig formulierter Freiwilligkeitsvorbehalt im Arbeitsvertrag das Entstehen eines Leistungsanspruchs für die Zukunft verhindern. Die verwendete Klausel war jedoch unklar und nicht eindeutig.

Das große Manko der kassierten Klausel war, dass mehrere Vorbehalte nebeneinander gemacht wurden, die rechtlich unterschiedliche Anforderungen auslösen und daher nicht kombiniert werden können. Eine freiwillige Leistung lässt einen Anspruch für die Zukunft erst gar nicht entstehen. Es ist daher in diesen Fällen kein Widerruf erforderlich bzw. rechtlich gar nicht möglich. Der Widerruf stellt auf eine arbeitgeberseitige Entziehung des Anspruchs ab, der dem Arbeitnehmer eigentlich zusteht, aber im Rahmen einer Ermessenentscheidung wieder genommen werden soll. Die Ermessensentscheidung ist bezüglich der angemessenen

Ausübung und Interessenabwägung gerichtlich überprüfbar. Diese unterschiedlichen Rechtscharakter von freiwilliger und widerruflicher Leistung führen dazu, dass man sie auf keinen Fall in einer Vorbehaltsklausel kombinieren sollte.

Für die Praxis ist zu empfehlen, klar und deutlich die Freiwilligkeit einer konkret bestimmten Leistung (d.h. nicht pauschal auf alle sonstigen Leistungen bezogen) zu vereinbaren mit dem Hinweis, dass darauf auch bei mehrmaliger Zahlung für die Zukunft kein Rechtsanspruch erwächst. Am besten ist, wenn dieser Vorbehalt bei jeder Gewährung im Rahmen eines erläuterndes Schreibens nochmals hervorgehoben wird.

## BETRIEBS- UND GESCHÄFTSGEHEIMNISSE DES ARBEITGEBERS: KANN EIN ARBEITNEHMER IN SEINEM NÄCHSTEN JOB HIERVON GEBRAUCH MACHEN?

von **Jörg Rehder**

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

Folgende Situation kommt nur allzu häufig vor: Ein Arbeitnehmer erhält von einem Konkurrenzunternehmen ein lukratives Jobangebot. Die Möglichkeit, dass der Arbeitnehmer Informationen aus seiner Tätigkeit beim ehemaligen Arbeitgeber mitbringen könnte (beispielsweise Kundendaten, Lieferantenlisten, Lieferbedingungen, technische Daten, kurz- oder langfristige Strategiepläne etc.), macht ihn als neuen Mitarbeiter umso attraktiver. Es stellt sich jedoch die Frage, ob der neue Arbeitgeber überhaupt ein Recht dazu hat, diese Art von Informationen zu nutzen.

## ■ WAS SIND ÜBERHAUPT BETRIEBS- UND GESCHÄFTSGEHEIMNISSE?

Im Jahr 2006 entschied der Bundesgerichtshof, dass ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis jede im Zusammenhang mit einem Betrieb stehende Tatsache sei, die nicht offenkundig, sondern nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt ist und nach dem geäußerten, auf wirtschaftlichen Interessen beruhenden Willen des Betriebinhabers geheim gehalten werden soll. Der Begriff des „Geschäftsgeheimnisses“ erfasst die Geheimnisse des kaufmännischen Bereiches des Unternehmens, wie



z.B. Kundenlisten, Lieferanteninformationen und Handelsverträge, während unter dem Begriff des „Betriebsgeheimnisses“ die Tatsachen gefasst werden, welche die technische Seite des Unternehmens betreffen, wie z.B. Zeichnungen und Designs, Produktionsmethoden und Verfahrensabläufe.

In einem konkreten Fall aus dem Jahre 2006 hatten zwei Mitarbeiter eines britischen Unternehmens beschlossen, sich selbständig zu machen und ihrem ehemaligen Arbeitgeber, einem Vertrieb für Leiterplatten, auf demselben Gebiete Konkurrenz zu machen. Sie siedelten sich mit ihrem eigenen Unternehmen sogar im selben Gebäude an. Dieser Umstand hat wohl gerade dazu geführt, dass eines Tages

der frühere Arbeitgeber versehentlich eine Telefonrechnung seiner neuen Konkurrenten in der Post hatte und dabei entdeckte, dass seine Wettbewerber 44 Faxe an Kunden aus seiner eigenen Kundendatei versandt hatten.

Das britische Unternehmen klagte wegen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses. Fertigt ein ausscheidender Mitarbeiter Abschriften von Namen und Kontaktdaten der Kunden, bevor er die Firma verlässt (was vermutlich im vorliegenden Fall geschah), so ist es ihm nicht gestattet, diese Informationen in seinem neuen Beschäftigungsverhältnis zu nutzen, urteilte daraufhin das Gericht. Das Recht, erworbene Kenntnisse nach Beendigung des Dienstverhältnisses auch zum Nachteil des früheren Dienstherrn einzusetzen, beziehe sich lediglich auf Informationen, die der frühere Mitarbeiter in seinem Gedächtnis bewahren konnte, ohne dafür auf schriftliche Unterlagen zurückgreifen zu müssen (siehe im Folgenden).

#### ■ ABWÄGUNG ZWISCHEN DEM ARBEITGEBER- UND DEM ARBEITNEHMERINTERESSE

Um festzustellen, ob ein Arbeitnehmer die während seiner Beschäftigungszeit erworbenen Kenntnisse auch später uneingeschränkt verwenden darf, muss zwischen dem durch das Grundgesetz garantierten Recht auf Eigentum des Arbeitgebers und dem Recht des Arbeitnehmers auf Berufsfreiheit abgewogen werden. Art. 14 Grundgesetz regelt, dass das Eigentum garantiert wird; Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse sind das Eigentum des Arbeitgebers. Gemäß Art. 12 des deutschen Grundgesetzes haben „alle Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen“. Sobald ein Arbeitnehmer in der Nutzung von Kenntnissen beschränkt wird, die er in seinem früheren Beschäftigungsverhältnis erworben hat, kann dies folglich eine Verletzung seines verfassungsrechtlich garantierten Rechts auf freie Berufswahl darstellen.

Im Rahmen der Güterabwägung spielt nicht nur die Bedeutung des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses für den Arbeitgeber eine Rolle und inwieweit der Arbeitnehmer durch eine Schweigepflicht an seinem beruflichen Fortkommen gehindert wird, sondern daneben auch weitere Umstände, wie z.B. die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses, der Beendigungsgrund des Arbeitsverhältnisses, auf welche Art und Weise der Arbeitnehmer Kenntnis von dem Geheimnis erlangt hat und so weiter.

Sollte ein Arbeitnehmer (bzw. ein ehemaliger Arbeitnehmer) auf unerlaubte Weise Kenntnis von einem Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis erlangt haben, so kann der Arbeitgeber unter gewissen Umständen zur Kündigung dieses Arbeitnehmers berechtigt sein. Zudem kann der Arbeitgeber versuchen, Schadensersatzansprüche gegen den Arbeitnehmer geltend zu machen oder eine Vertragsstrafe durchzusetzen. Letztlich kann der Arbeitgeber gegen den Arbeitnehmer strafrechtlich auf Basis des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vorgehen.

#### ■ WETTBEWERBSVERBOT

Ein Arbeitnehmer in Deutschland unterliegt grundsätzlich einer Treuepflicht gegenüber seinem Arbeitgeber *während* des bestehenden Arbeitsverhältnisses. Teil dieser Treuepflicht ist es, während des bestehenden Anstellungsvertrages nicht mit dem Arbeitgeber in Wettbewerb zu treten. Diese Pflicht verbietet es dem Arbeitnehmer, Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse während des bestehenden Arbeitsverhältnisses offen zu legen.

Darf ein Arbeitnehmer in Wettbewerb zu seinem früheren Arbeitgeber treten, *nachdem* das Arbeitsverhältnis beendet wurde? Die Antwort auf diese Frage hängt zum größten Teil davon ab, ob mit dem Arbeitnehmer ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart wurde oder nicht. Wurde hierzu eine wirksame Vereinbarung getroffen, so ist der Arbeitnehmer nicht berechtigt, Geschäftsgeheimnisse während der Laufzeit dieses Wettbewerbsverbotes weiterzugeben oder zu nutzen.

Haben die Arbeitsvertragsparteien jedoch kein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart, vertreten deutsche Gerichte die Ansicht, dass der ehemalige Mitarbeiter tatsächlich frei in der Nutzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen seines früheren Arbeitgebers ist. Dieses Recht erfährt jedoch eine Begrenzung dahingehend, dass der ehemalige Arbeitnehmer zu einer Nutzung dieser betrieblichen Geheimnisse nur berechtigt ist, wenn die Nutzung verhältnismäßig und für das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers notwendig ist. Diese unscharfen Kriterien machen die Entscheidung, ob ein früherer Mitarbeiter die Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse tatsächlich zur Förderung seiner Karriere nutzt oder davon nur in unberechtigter Art und Weise Gebrauch macht, äußerst schwierig.



## ■ WHISTLE-BLOWING

Auch wenn es sich langsam ändert, so ist *whistle-blowing* (abgeleitet vom Englischen „to blow the whistle“, auf Deutsch wörtlich etwa „die Pfeife blasen“ - also ein Hinweisen auf Missstände) in Deutschland noch immer ein relativ neues Konzept. Es wurde in der Öffentlichkeit erstmals vor rund fünf Jahren bekannt, als aufgedeckt wurde, dass Fleischverarbeiter verdorbenes Fleisch in den Handel brachten. Viele Verbraucher erkrankten ernsthaft an Lebensmittelvergiftung, und gegen zahlreiche Zerlegebetriebe wurden Verfahren wegen der Verletzung von Lebensmittel- und Hygienegesetzen eingeleitet.

Als Konsequenz auf die Tatsache, dass Angestellte dieser Zerlegeunternehmen, durch ihre Kenntnis der internen Vorgänge theoretisch die Möglichkeit gehabt hätten, als *whistle-blowers* rechtzeitig auf diese Missstände hinzuweisen, hat der deutsche Gesetzgeber in Betracht gezogen, die bestehenden gesetzlichen Regelungen anzupassen. Der Gedanke war, dass es Arbeitnehmern erlaubt sein soll, kriminelle Machenschaften ihres Arbeitgebers zu melden für den Fall, dass die Missstände geeignet wären, Erkrankungen bei Verbrauchern hervorzurufen oder gar lebensbedrohende Konsequenzen haben könnten oder wenn in einem Unternehmen illegale Umweltverschmutzung vorkommt.

Dies würde natürlich die Weitergabe von internen Unternehmensinformationen durch Arbeitnehmer mit sich bringen. Derartige Informationen stellen aber keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse dar, da der Arbeitgeber kein schützenswertes Interesse daran hat, dass „illegale“ Informationen vertraulich behandelt werden.

Dies wäre das erste Mal, dass deutsche Gesetze eine spezielle *whistle-blower*-Regelung enthalten würden. Letztlich hat die deutsche Regierungskoalition den Gesetzesvorschlag jedoch nicht weiterverfolgt, da sie zum einen fürchtete, Arbeitnehmer wären in der Praxis zu vorsichtig, sich gegen ihren Arbeitgeber wenden, zum anderen, weil ein zentraler Aspekt des *whistle-blowings* ist, dass Arbeitnehmer dabei anonym bleiben können und dies unter Datenschutzgesichtspunkten problematisch ist; der Beschuldigte wäre nicht in der Lage, der Anschuldigung bzw. dem Ankläger gegenüberzutreten, was ein fundamentales Grundprinzip des Bundesdatenschutzgesetzes ist.

## EUROPARECHTLICHE NEUBEWERTUNG DES SOZIALPLANRECHTS ZUR VERMEIDUNG VON ALTERSDISKRIMINIERUNG?

von **Georg Mikes**

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

### ■ GERINGERE SOZIALPLANABFINDUNG—EIN FALL VON ALTERSDISKRIMINIERUNG?

Normalerweise verliert niemand gerne den Arbeitsplatz. Das Ausmaß der persönlichen Betroffenheit eines Arbeitsplatzverlusts kann jedoch erheblich variieren. Wer in sehr absehbarer Zeit nach dem Jobverlust in Rente gehen kann, ist unter sozialen Gesichtspunkten weniger schwer betroffen als derjenige, der seinen Lebensunterhalt noch über Jahre hinweg durch Erwerbsarbeit bestreiten muss. Natürlich ist dies eine pauschalisierende Aussage, die nicht für alle Einzelfälle zutreffen muss. Sie ist aber in ihrer Allgemeinheit weithin anerkannt und der Grund dafür, dass in deutschen Sozialplänen regelmäßig für rentennahe Arbeitnehmer geringere Abfindungszahlungen vorgesehen werden als für andere zwar ältere, aber nicht so rentennahe Jahrgänge von entlassenen Arbeitnehmern.

Die Praxis, rentennahen Jahrgängen geringere oder keine Abfindungen zukommen zu lassen, existiert schon seit Jahrzehnten. Zunächst musste sie sich nur an generellen Gleichbehandlungsüberlegungen des deutschen Rechts messen lassen, bestand diese Prüfung aber problemlos. Die Einführung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), das eigentlich Benachteiligung aus Gründen des Alters verbietet, hat sie nicht nur ebenfalls überstanden, sondern erfuhr darin sogar gesetzliche Anerkennung. In § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG ist niedergelegt, dass wirtschaftliche Absicherung des Betroffenen, beispielsweise durch Rentenberechtigung, sogar den Ausschluss von Leistungen in Sozialplänen rechtfertigen kann. Mittlerweile kommt sogar noch hinzu, dass das Bundesarbeitsgericht die Regelung mehrfach ausdrücklich als europarechtskonform angesehen hat (so etwa BAG, Urteil vom 26. Mai 2009, 1 AZR 198/08, Leitsatz 1 und Pressemitteilung 50/09). Man könnte also meinen: Bei Fortführung der gängigen Praxis und Beachtung einiger Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte von Altersdiskriminierung keine Spur. Doch leider sind die Dinge seit dem 12. Oktober 2010 etwas komplizierter.

## ■ NEUE ENTSCHEIDUNGEN DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFES

Letztverbindlich kann über die Konformität eines nationalen Gesetzes mit Europarecht nur der EuGH entscheiden. An jenem 12. Oktober 2010 hat der Europäische Gerichtshof gleich zwei Entscheidungen getroffen, die Fragen der Auslegung der Antidiskriminierungsrichtlinie unter Gesichtspunkten der Altersdiskriminierung betreffen. Leider sind die Aussagen der beiden Urteile schwer auf einen Nenner zu bringen, und jedenfalls eine davon lässt Zweifel aufkommen, ob § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG tatsächlich europarechtskonform ist.

Die *Rosenblatt*-Entscheidung (Rs C-45/09) nahm ihren Anfang in Deutschland. Frau Rosenblatt war bei einem Gebäudereinigungsunternehmen beschäftigt. Für sie galt ein Tarifvertrag, der vorsah, dass das Arbeitsverhältnis automatisch u.a. mit Ablauf des Monats endet, in dem das 65. Lebensjahr vollendet wird. Gestützt darauf teilte das Reinigungsunternehmen Frau Rosenblatt mit, dass ihr Arbeitsverhältnis bald enden würde. Diese wollte jedoch weiterhin arbeiten. Das von ihr angerufene Arbeitsgericht Hamburg legte dem EuGH im Wesentlichen die Frage nach der Europarechtskonformität der Tarifregelung vor.

Der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass die Tarifregelung richtlinien- und damit europarechtskonform ist, ebenso wie die zugrunde liegende nationale Bestimmung in § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG, nach der eine Vereinbarung getroffen werden kann, wonach das Arbeitsverhältnis (automatisch) endet, wenn der Beschäftigte eine Rente wegen Alters beantragen kann. Der EuGH hob hervor, dass es in Deutschland langjähriger politischer und sozialer Konsens sei, dass ein Arbeitsverhältnis mit Erreichen des Rentenalters enden kann. Zudem verfügen die Mitgliedsstaaten und ggf. die Sozialpartner über einen weiten Spielraum bei der Festlegung von Zielen der Arbeits- und Sozialpolitik. Auch sei keine übermäßige Beeinträchtigung der Interessen der Arbeitnehmer gegeben, zumal die Arbeitnehmer einen Einkommensersatz in Gestalt einer Altersrente bekommen. Damit stelle die Regelung nicht nur auf ein bestimmtes Alter ab.

Erstaunlicherweise klingt die Beurteilung ähnlicher Thematiken im *Andersen*-Urteil (Rs C-499/08) ganz anders. Herr Andersen war bei einer dänischen Gebietskörperschaft beschäftigt, bis ihm gekündigt wurde. Die Kündigung erwies sich in einem Schiedsverfahren als ungerechtfertigt, was aber nach dänischem Recht dennoch nicht zur Fortführung

des Arbeitsverhältnisses führt. Als damals 63-Jähriger entschied sich Herr Andersen daraufhin, nicht von der Möglichkeit des Bezugs einer arbeitgeberfinanzierten Rente Gebrauch zu machen, sondern meldete sich arbeitslos. Zugleich verlangte er von seinem Arbeitgeber die Zahlung einer Entlassungsabfindung. Auf diese besteht nach dänischem Recht unter bestimmten Umständen ein Anspruch, doch entfällt dieser Anspruch, wenn der Arbeitnehmer die



Möglichkeit hat, eine arbeitgeberfinanzierte Altersrente zu beziehen. Genau in dieser Situation befand sich Herr Andersen, als das dänische Gericht den EuGH anrief, um die Europarechtskonformität des Ausschlusses von der Abfindung prüfen zu lassen.

In diesem Fall kam der EuGH zwar ebenfalls zu dem Ergebnis, dass ein Ausschluss von der Abfindung der Regelung arbeits- und sozialpolitischer Zwecke dienen kann, die die Ungleichbehandlung rechtfertigen, und dass die Sozialpartner hierbei einen weiten Spielraum haben. Allerdings erörterte der EuGH im Fall *Andersen*, ob der Ausschluss nicht womöglich zu weit geht und das Diskriminierungsverbot aus Gründen des Alters aushöhlt. In diesem Zusammenhang störte sich der EuGH daran, dass unter Umständen bei gleicher Betriebszugehörigkeit die einen Arbeitnehmer eine Abfindung erhalten, andere—rentenberechtigte—hingegen nicht. Dies wertete der EuGH für Letztere als eine Erschwerung des Rechts, weiter zu arbeiten. Er stellte abschließend fest, dass die auf Alter gestützte Ungleichbehandlung wegen übermäßiger Beeinträchtigung der Arbeitnehmerinteressen nicht gerechtfertigt und damit europarechtswidrig ist. Das Überraschende: Anders als im *Rosenblatt*-Urteil ging der EuGH auf den Aspekt eines möglicherweise auch hier vorliegenden „sozialen Konsenses“ nicht ein, und hier soll, anders als bei *Rosenblatt*, der Möglichkeit des Rentenbezugs keine rechtfertigende Rolle für die Ungleichbehandlung zukommen, wenn der Arbeitnehmer weiterarbeiten will.

#### ■ FOLGERUNGEN FÜR DIE DEUTSCHE PRAXIS

Für das deutsche Recht werfen die EuGH-Urteile mehr Fragen auf als sie Antworten geben. Etwas überspitzt und polemisch formuliert ist nämlich nun zu fragen: Inwieweit ist eine „Zwangsverrentung“ entsprechend § 10 Satz 3 Nr. 5 AGG zwar zulässig, zugleich aber entgegen § 10 Satz 3 Nr. 6 AGG durch ungeschmälerte Abfindung zu versüßen, wenn andernfalls womöglich dem faktisch Zwangsverrenteten das Recht zur weiteren Teilnahme am Erwerbsleben erschwert würde? Die Diskussion um die Auswirkungen der EuGH-Feststellungen haben eben erst begonnen. Vieles ist einstweilen unklar, und vermutlich wird erst eine künftige weitere Entscheidung des EuGH Klarheit bringen. Eine gewisse Hoffnung dahingehend, dass die bisherige deutsche Sozialplanpraxis vom EuGH gebilligt würde, besteht in folgendem Unterschied zum Fall *Andersen*: Es könnte als zusätzliches rechtfertigendes Element zugunsten deutscher Sozialpläne anerkannt werden, dass das Sozialplanvolumen

regelmäßig begrenzt ist: Würde künftig auch Älteren eine Abfindung ausgezahlt werden müssen, bekämen die pauschalisiert betrachtet „bedürftigeren“ Jüngeren weniger aus dem Sozialplankopf. Ob das zur Rechtfertigung reicht, wird sich zeigen. Im Übrigen kann gegebenenfalls in einzelnen Fällen Risikoreduzierung betrieben werden, wenn man beachtet, dass es vermutlich weniger problematisch sein wird, Arbeitnehmer abfindungslos auf eine ungekürzte denn eine gekürzte Rente zu verweisen. Rechtssicherheit ist in diesem Bereich jedoch derzeit nicht zu erzielen, es sei denn, man gewährt eben auch rentennahen Jahrgängen ungekürzte Sozialplanleistungen.

## MEDIATION ALS MÖGLICHKEIT DER AUSSERGERICHTLICHEN KONFLIKTBEILEGUNG

von **Claudia Röthlingshöfer**

München  
Rechtsanwältin; Mediatorin  
croethlingshoefer@jonesday.com  
++49 89 2060 42 200

Die Mediation etabliert sich in Deutschland zunehmend als Mittel zur Regelung von Konflikten aller Art; immer mehr Parteien—Privatpersonen aber auch Unternehmen—greifen immer häufiger auf dieses Mittel der konsensualen Streitbeilegung zurück.

Bislang war die Mediation gesetzlich nicht geregelt. Viele Mediatoren richteten sich daher nach Methoden und Regeln, die durch Fachverbände vorgeschlagen wurden. Die Funktionsfähigkeit des Mediationswesens wurde hierdurch nicht beeinträchtigt. Gleichwohl hat sich die Bundesregierung nach Vorgabe des europäischen Gesetzgebers entschlossen, dieses Gebiet der Konfliktbeilegung auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen.

Am 12. Januar 2011 hat die Bundesregierung das *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung* beschlossen. Der Staat gibt damit erstmals einen gesetzlichen Rahmen für die Mediation vor. Zurückhaltend geregelt bleiben dabei die Zulassungsvoraussetzungen für eine Mediatorentätigkeit.

#### ■ WAS IST MEDIATION?

Mediation bezeichnet die außergerichtliche Streitbeilegung zwischen widerstreitenden Parteien durch Vermittlung eines neutralen Dritten ohne Entscheidungsbefugnis, des





so genannten Mediators. Mediation ist ein vertrauliches Konfliktregelungsverfahren, bei dem streitende Parteien freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Lösung anstreben.

Die Mediation hat im Vergleich zu einem Gerichtsverfahren zahlreiche Vorteile: Einen Verlierer gibt es in einem Mediationsverfahren nicht. Eine Lösung ist nur möglich, wenn beide Streitparteien mit dem zuvor selbst entwickelten Ergebnis einverstanden sind. Da am Ende einer Mediation kein „Richterspruch“ eines Dritten steht, gibt es für die Parteien keine bösen Überraschungen—sie halten vielmehr zu jeder Zeit das Verfahren selbst in der Hand.

Diese Art der Konfliktlösung bietet Raum für kreative Lösungen. So ist es nicht ungewöhnlich, dass zerstrittene Parteien nach einer Mediation weiter zusammenarbeiten können und wollen, da die Motive des Gegners verstanden und Vorbehalte geklärt werden konnten.

Für viele Unternehmen ist ein entscheidender Vorteil der Mediation jedoch die Vertraulichkeit. Ein Gerichtsverfahren ist öffentlich. Eine mögliche Medienaufmerksamkeit wird unter Umständen von einer der Parteien instrumentalisiert oder ist schlichtweg unerwünscht. Die Vertraulichkeit eines Mediationsverfahrens eröffnet nicht nur die Möglichkeit, offener zu agieren, sondern schützt auch davor, dass ausdrückliche Einzelfallentscheidungen publik werden.

Viele Unternehmen nutzen bereits die Mediation. Die Erfahrung zeigt, dass Vorbehalte gegenüber nicht-gerichtlicher Streitbeilegung aber durchaus noch vorhanden sind. Nachdem Parteien das Verfahren kennengelernt haben, wird diese Möglichkeit der Konfliktlösung jedoch nahezu ausnahmslos geschätzt.

Die Erfolgsquote der Mediation ist sehr hoch. Weit mehr als die Hälfte der Konfliktparteien kommen nach einer Mediation zu einem tragfähigen Konsens—manche Statistiken sprechen sogar von einer Quote von bis zu 90 %.

In Deutschland haben sich unterschiedliche Formen der Mediation entwickelt: neben der außergerichtlichen Mediation, gibt es die gerichtsnahe und die gerichtsinterne Mediation. Die gerichtsinterne Mediation genießt hierbei noch das größte Vertrauen. Wesentliches Ziel des Gesetzes zur Förderung der Mediation ist es, die Mediation und andere Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung zu fördern.

#### ■ WAS BRINGT DAS NEUE GESETZ?

Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger erklärte zu dem am 12. Januar 2011 beschlossenen Gesetz: *„Erstmals wird die außergerichtliche und gerichtliche Mediation in Deutschland auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Die erstmalige gesetzliche Normierung der Mediation wird zu einer Verbesserung der Streitkultur in Deutschland beitragen, weil sie mehr Chancen für einvernehmlich ausgehandelte Lösungen bietet. Gerichtsverfahren, die viel Zeit, Geld und Nerven kosten, können so vermieden werden. Künftig wird es in der Justiz mehr Eigenverantwortung geben. Justitia wird immer noch eine Waage in der Hand halten, aber immer öfter ohne Schwert auftreten.“*

Das Gesetz stärkt die Mediation, indem die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens durch eine Verschwiegenheitspflicht von Mediatoren gesetzlich verankert und die Vollstreckbarkeit von in einer Mediation geschlossenen Vereinbarungen erleichtert wird. Zudem werden bestimmte Mindestanforderungen an Mediatoren geregelt. Schließlich wird die Möglichkeit einer Verweisung aus dem gerichtlichen Verfahren in die Mediation oder in ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung erweitert und die richterliche Mediation in der Zivilprozessordnung und unter anderem auch das Arbeitsgerichtsgesetz ausdrücklich auf eine rechtliche Grundlage gestellt. Dies bedeutet insgesamt eine deutliche Aufwertung der Mediation.

#### ■ HAT DAS ARBEITSRECHT AUF DIE MEDIATION GEWARTET?

Braucht das Arbeitsrecht eine Mediation überhaupt? Bietet nicht schon der Gütetermin vor dem Arbeitsgericht genug Möglichkeiten, eine Einigung zu finden?

Die außergerichtliche Mediation ist in jedem Rechtsgebiet eine wertvolle Alternative zu einem Gerichtsverfahren. Gerade im Arbeitsalltag müssen unterschiedliche Charaktere miteinander auskommen. Persönliche Vorstellungen

müssen in Einklang mit den unternehmerischen und wirtschaftlichen Vorgaben des Unternehmens gebracht werden. Konflikte sind hier unvermeidbar. Verhärteten sich solche Auseinandersetzungen, wird es für beide Seiten häufig unangenehm. Ein gerichtliches Verfahren bringt hier selten eine schnelle Lösung und bindet zudem wertvolle Ressourcen. Eine daran anschließende, friedliche Zusammenarbeit gibt es kaum.

Eine Mediation bietet hier entscheidende Vorteile. Sie stellt ein Forum zur Verfügung, in dem die Interessen herausgearbeitet werden, die hinter den Verhandlungspositionen stehen. Dies ermöglicht und erleichtert es den Beteiligten, Verständnis für die Motivationslage des jeweils anderen zu entwickeln. Eine Mediation ist schnell, kostengünstig und liefert individuelle Ergebnisse. Die Parteien entwickeln eine gemeinsame Lösung und bleiben dabei immer die „Herren Ihres Verfahrens“. Der Inhalt und das Ergebnis der Mediation bleibt vertraulich. All diese Vorteile führen zu dem Ergebnis, dass die Parteien einen deutlich höheren Grad an Zufriedenheit und Befriedung erfahren, als dies bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung der Fall wäre.

#### ■ AUSBLICK

Über die Qualität und Regelungsbereiche des *Gesetzes zur Förderung der Mediation* lässt sich sicherlich streiten. Diverse Berufsverbände haben hierzu bereits ihre Stellungnahme abgegeben; letztlich wird erst die Erprobung in der Praxis zeigen, wo das Gesetz Verbesserungen bringt und an welchen Stellen Bedarf für Nachbesserungen besteht. Einen Vorteil hat das Gesetz schon jetzt gebracht: die Mediation wurde in den Fokus gerückt. Es bleibt abzuwarten, ob das neue Gesetz das Vertrauen in dieses spannende und sinnvolle Verfahren bei Privatpersonen wie Unternehmen stärken kann.

Jones Day bietet Mediation—nicht nur für arbeitsrechtliche Streitigkeiten—an. Wir geben Ihnen hierzu gerne weitergehende Informationen.

## 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

BOSTON

BEIJING

BRÜSSEL

CHICAGO

CLEVELAND

COLUMBUS

DALLAS

DUBAI

FRANKFURT

HONG KONG

HOUSTON

IRVINE

LONDON

LOS ANGELES

MADRID

MAILAND

MEXIKO-STADT

MOSKAU

MÜNCHEN

NEU DELHI

NEW YORK

PARIS

PITTSBURGH

RIAD

SAN DIEGO

SAN FRANCISCO

SHANGHAI

SILICON VALLEY

SINGAPUR

SYDNEY

TAIPEH

TOKIO

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.*