

ARBEITSRECHT NEWS

PRIVATE DIENSTWAGENNUTZUNG BEI ARBEITSUNFÄHIGKEIT

von *Claudia Röthlingshöfer*

München
 Rechtsanwältin/Mediatorin
 croethlingshoefer@jonesday.com
 ++49 89 20 60 42 200

Wird einem Arbeitnehmer ein Dienstwagen überlassen, stellt sich immer wieder die Frage, unter welchen Voraussetzungen dieser wieder entzogen werden darf und welche vertraglichen Regelungen möglich sind. Dieser Beitrag soll die Gesichtspunkte rund um diesen Themenkomplex näher beleuchten und besondere Problemfelder aufzeigen.

INHALT

Private Dienstwagennutzung bei Arbeitsunfähigkeit	1
Betriebsrentenrecht	4
Jones Day Arbeitsrechtsseminar	6
Fragen des Arbeitgebers zur Schwerbehinderung	7
BGH: Diskriminierungsvorschriften gelten auch zugunsten von Geschäftsführern	9
Beteiligung des Betriebsrats bei Massenentlassungen	9

■ VERTRAGLICHE GRUNDLAGEN

Wird dem Arbeitnehmer ein Dienstwagen überlassen, so ist dringend zu empfehlen, dies unter Beachtung der folgenden Punkte vertraglich zu regeln.

■ SOLL DIE PRIVATE NUTZUNG GESTATTET WERDEN?

Ob dem Arbeitnehmer der Dienstwagen auch zur privaten Nutzung überlassen werden soll, ist die wichtigste und grundsätzliche Entscheidung in diesem Zusammenhang. Entscheidet sich der Arbeitgeber dafür, die private Nutzung zu gestatten, so handelt es sich damit um eine echte Sachleistung und somit eine Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung. Nur wenn das Fahrzeug ausschließlich zur dienstlichen Nutzung überlassen wird, hat die Überlassung keinen Vergütungscharakter. Die Folgen hieraus sind weitreichend: ist die private Nutzung nicht gestattet, so kann der Arbeitgeber die Herausgabe des Dienstwagens



jederzeit verlangen. Es handelt sich dann um ein Arbeitsmittel, an dem der Arbeitnehmer kein Recht zum Besitz hat. Die Herausgabe zu verlangen ist im Falle einer privaten Nutzung nicht bzw. nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich.

Im Folgenden soll das Thema Widerrufsvorbehalt in einem Dienstwagenüberlassungsvertrag sowie sonstige Rückgabepflichten – insbesondere bei Arbeitsunfähigkeit – näher beleuchtet werden.

■ FORMULIERUNG EINES WIDERRUFSVORBEHALTES

Für die Vereinbarung des Widerrufs der Privatnutzung in einem Formulararbeitsvertrag müssen nicht nur konkrete Widerrufsründe im Vertrag selbst angegeben sein, die Gründe müssen auch sachlich gerechtfertigt sein. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts muss dieser sachliche Grund in der arbeitsvertraglichen Klausel in einer Weise konkretisiert sein, die für den Arbeitnehmer deutlich macht, was ggf. auf ihn zukommt. Der Arbeitnehmer muss

erkennen können, unter welchen Voraussetzungen er mit einem Widerruf rechnen muss.

Dementsprechend kann als sachlicher Grund z.B. eine vertragswidrige Nutzung des Dienstwagens oder der Rückgang des handelsbilanziellen Jahresergebnisses des Unternehmens um einen konkreten Prozentsatz gegenüber dem vorausgegangenen Geschäftsjahr vereinbart werden. Hier wird hinreichend konkret dargestellt, unter welchen Bedingungen eine Rückgabe des Dienstwagens zu erwarten ist.

Dagegen hält eine in einem Formulararbeitsvertrag enthaltene Klausel, die eine jederzeitige Widerrufbarkeit der Privatnutzung vorsieht, einer Inhaltskontrolle nach den Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht stand. Sie benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen, weil hier das Widerrufsrecht an keinen Sachgrund gebunden ist. Gleiches gilt für einen Widerrufsvorbehalt, der daran anknüpft, dass die Überlassung des Kfz zur

privaten Nutzung unter „Markt- und wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht mehr sinnvoll“ erscheint.

Doch auch ein an ausreichende Gründe geknüpfter Widerrufsvorbehalt hält einer Inhaltskontrolle dann nicht stand, wenn der geldwerte Vorteil mehr als 25% des Gesamtverdienstes ausmacht.

■ IST EIN (TEMPORÄRER) ENTZUG DES DIENSTWAGENS BEI ARBEITSUNFÄHIGKEIT MÖGLICH?

Unter bestimmten Voraussetzungen darf der Arbeitgeber den zur privaten Nutzung überlassenen Dienstwagen herausverlangen. Grundsätzlich gilt: endet die Entgeltfortzahlungspflicht, so endet auch das Nutzungsrecht des Arbeitnehmers.

Aus dem Arbeitsentgeltcharakter folgt, dass der Dienstwagen dem Arbeitnehmer auch während Krankheitszeiten zur Verfügung steht – allerdings nur so lange, wie der Arbeitgeber zur Entgeltfortzahlung verpflichtet ist. Dieser Anspruch besteht – vorbehaltlich eines längeren Fortzahlungszeitraumes nach dem Arbeits- oder Tarifvertrag – bis zur Dauer von sechs Wochen (§ 3 Absatz 1 Entgeltfortzahlungsgesetz EFZG). Nach dem Ende des Entgeltfortzahlungszeitraums erlischt das Recht des Arbeitnehmers zur privaten Nutzung des Fahrzeugs bis zu seiner Genesung. Ab diesem Zeitpunkt kann der Arbeitgeber den Dienstwagen herausverlangen, es sei denn, dass sich aus den vertraglichen Vereinbarungen etwas anderes ergibt.

Die Überlassung eines Dienstwagens ist folglich nur so lange geschuldet, wie der Arbeitgeber überhaupt Arbeitsentgelt leisten muss und sei es – wie im Falle der Entgeltfortzahlung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit – ohne Erhalt einer Gegenleistung.

Gleiches gilt übrigens für Elternzeit und sonstige Freistellungen, in denen eine Vergütungspflicht nicht besteht. Während dieser Zeit ruht der Anspruch auf eine private Nutzung des Dienstwagens.

Aus der Treuepflicht kann sich außerdem für den Arbeitnehmer die Verpflichtung ergeben, bei Krankheit den Dienstwagen umgehend an seinen Arbeitgeber zurückzugeben, wenn der Dienstwagen etwa von einer Ersatzkraft dienstlich benötigt wird. In diesem Fall ist dem Arbeitnehmer aber Wertersatz zu leisten. Entsprechendes gilt für den



Urlaubszeitraum, für die Mutterschutzfristen sowie für freigestellte Betriebsratsmitglieder

■ ANKÜNDIGUNGSFRIST FÜR DIE HERAUSGABE?

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts muss keine Frist für die Wirkung des Widerrufs in den Vorbehalt aufgenommen werden. Allerdings entschied das LAG Niedersachsen kürzlich, dass eine Vertragsklausel, die nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses und Freistellung von der Arbeitsleistung die sofortige entschädigungslose Rückgabe des Dienstwagens anordnet, eine Ankündigungsfrist von mindestens vier Wochen vorsehen müsse. Eine solche Ankündigungsfrist sei unter Abwägung der Interessen erforderlich, weil der Arbeitgeber unmittelbar nach Kündigung und Freistellung typischerweise noch keine Neueinstellung vorgenommen habe, für die er den Dienstwagen benötige, wohingegen der Arbeitnehmer oftmals für die Suche nach einer neuen Arbeitsstelle und Fahrten zu Behörden auf das Fahrzeug angewiesen sei. Der Arbeitgeber hat gegen diese Entscheidung Revision

zum Bundesarbeitsgericht eingelegt; eine Entscheidung steht noch aus. Es bleibt insbesondere abzuwarten, ob das Gericht sich auch dazu äußern wird, ob eine Ankündigungsfrist auch im Falle einer Rückgabe wegen Arbeitsunfähigkeit beachtet werden muss.

■ FOLGEN BEI UNRECHTMÄSSIGEM ENTZUG DES DIENSTWAGENS

Entzieht der Arbeitgeber den Dienstwagen rechtswidrig und schuldhaft, ist er dem Arbeitnehmer zum Schadensersatz verpflichtet. Die Berechnung einer Nutzungsentschädigung ist umstritten. Das Bundesarbeitsgericht geht jedoch davon aus, dass der Arbeitnehmer seinen Schaden abstrakt berechnen darf, die konkrete Schadensberechnung allerdings Vorrang hat. Wenn der Arbeitnehmer einen gleichwertigen privaten PKW nutzt, soll sich der Nutzungsausfallanspruch auf die konkret hierfür aufgewendeten Kosten (Wertverlust, Steuern, Versicherung, Kosten notwendiger und nützlicher Reparaturen und Wartungsarbeiten, Treibstoff) beschränken.

■ ENDE DES ÜBERLASSUNGSANSPRUCHES

Das Recht zur Benutzung des Dienstwagens endet mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses. Danach hat der Arbeitnehmer das Fahrzeug herauszugeben. War dem Arbeitnehmer die Privatnutzung gestattet, so muss er das Fahrzeug im Falle einer Kündigung grundsätzlich erst nach Ablauf der Kündigungsfrist herausgeben. Dies gilt selbst dann, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses streitig ist und der Arbeitnehmer beispielsweise die Kündigung durch eine Kündigungsschutzklage angefochten hat. Etwas anderes gilt nach einem Urteil des LAG Hamm aus dem Jahr 2012 allenfalls dann, wenn die Kündigung offensichtlich unwirksam ist.

Auch hier gilt wieder: war die private Nutzung nicht gestattet, so hat der Arbeitgeber jederzeit das Recht, den Dienstwagen herauszuverlangen – folglich auch mit Beginn einer Freistellungsphase.

■ FAZIT

Bereits bei der Formulierung von arbeitsvertraglichen Klauseln zur Dienstwagenüberlassung ist Umsicht geboten. Aber auch im Konfliktfall, wenn dem Arbeitnehmer der Dienstwagen trotz des bestehenden Arbeitsverhältnisses entzogen werden soll, ist eine vorherige Prüfung der Rechtslage zu empfehlen – andernfalls drohen dem

Arbeitgeber Schadensersatzforderungen. Sprechen Sie uns an, wir helfen Ihnen gerne, eine passende Lösung zu erarbeiten.

BETRIEBSRENTENRECHT

von **Georg Mikes**

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

Angesichts der demografischen Entwicklung und der immer größeren „Rentenlücke“ bei der staatlichen Rente spielen Betriebsrenten eine zunehmend wichtige Rolle. Beachtung verdient daher eine neue Entscheidung des BAG vom 15. Mai 2012 (3 AZR 11/10), der über den entschiedenen Einzelfall hinaus Klärung wichtiger bisheriger Unklarheiten zu verdanken ist. Zugleich eignet sich der Fall zur Darstellung aktueller Rechtsprechung zu Betriebsrentenanpassungen.

■ DEMOGRAFISCHE GESICHTSPUNKTE

Die staatliche Rentenversicherung befindet sich derzeit in einer Übergangsphase, in der schrittweise das gesetzliche Regelalter für den Ruhestand von 65 auf 67 Jahre angehoben wird. Dies ist eine Folge des sog. „RV-Altersgrenzenanpassungsgesetzes“. Die Anhebung der Altersgrenze in der gesetzlichen Rente kann nicht ohne Auswirkungen auf betriebliche Versorgungssysteme bleiben. In der Vergangenheit wurde oft in Betriebsrentenplänen eine Rente ab dem 65. Lebensjahr zugesagt, eben weil dies bezüglich des Alters der staatlichen Rente entsprach. Folgerichtig stellt sich ab Erhöhung des gesetzlichen Rentenalters die Frage, ob der Anspruch auf ungekürzte Betriebsrente weiterhin ab dem festgelegten 65. Lebensjahr gegeben sein soll, oder ob auch die Betriebsrente – dann allerdings gegen den Wortlaut des Rentenplans – erst ab dem entsprechenden höheren Alter gewährt werden soll. Das BAG urteilte im letzteren Sinne; auch die Betriebsrente wird also erst ab dem erhöhten Rentenalter fällig. Begründet wird diese Entscheidung nicht zuletzt damit, dass das gesetzliche Rentenalter seit dem Jahre 1916 durchgehend bei 65 Jahren lag und es bei der Abfassung von Versorgungsordnungen daher keine Veranlassung zu abweichenden Formulierungen gab, wenn man an die in der Sozialversicherung geltende Altersgrenze anknüpfte.

Zu beachten ist bei dieser auf Auslegung beruhenden Entscheidung, dass sie nur für Rentenpläne gelten kann, die vor dem RV-Altersgrenzenanpassungsgesetz entstanden sind. Gegenwärtige praktische Relevanz hat die Entscheidung vor allem bei der Berechnung von anteiligen Anwartschaften bei vorzeitigem Ausscheiden aus dem Unternehmen. Relevanz entsteht künftig auch für Arbeitnehmer, für die bereits eine höhere gesetzliche Altersgrenze gilt, deren Betriebsrentenplan aber das 65. Lebensjahr vorsieht und die sich unter Inkaufnahme von Abschlägen bei der gesetzlichen Rente schon ab 65 Jahren vom Berufsleben zurückziehen wollen. Ihnen sollte klar sein, dass dieses Vorgehen wohl trotz Erreichung der im Betriebsrentenplan ausdrücklich genannten Altersgrenze als *vorzeitiger* Ruhestand gewertet werden wird – wobei sich allerdings auch gleich die Frage stellt, ob und ab wann der Rentenplan vorzeitiges Ausscheiden gegen Reduzierung von Bezügen überhaupt zulässt. Abschläge drohen dann nach gängiger Rechtsprechung jedenfalls sogar unter zwei Gesichtspunkten: einmal, weil durch das anzunehmende vorzeitige Ausscheiden kürzer zum Unternehmenserfolg beigetragen wird, zum anderen, weil nach statistischer Erwartung die Betriebsrente insgesamt länger bezogen wird.

■ **ÄNDERUNG VON BETRIEBSRENTENZUSAGEN**

Das genannte Urteil befasst sich ferner mit der Thematik der Änderung von Rentenplänen, hier in der Sonderform der Planänderung in Form einer Ersetzung der ursprünglich vorgesehenen laufenden Rentenleistung durch die Zahlung einer Kapitalleistung. Beachtlich ist hierbei die Feststellung des BAG, dass eine einmalige Kapitalleistung „nicht dieselbe Wertigkeit“ wie laufende Rentenleistungen habe. Diese Aussage ist ersichtlich auch für Fälle getroffen, in denen versicherungsmathematisch Wertgleichheit besteht. Hierbei zieht das BAG auch in Betracht, dass Kapitalleistung wegen der Steuerprogression zu einer höheren Steuerbelastung des Versorgungsberechtigten führen könne. Noch bedeutsamer ist aber der Umstand, dass aus dem Abfindungsverbot nach § 3 des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG) abgeleitet wird, dem Versorgungsempfänger solle die Rentenzusage nicht zur Vermögensbildung oder gar zum Konsum zur Verfügung stehen, sondern der Versorgungsgedanke solle aufrecht erhalten werden. Konsequenterweise kommt das BAG daher auch zum Ergebnis, dass die Veränderung an der bestehenden Rechtsprechung zur nachteilig ändernden Rentenzusage zu messen ist.

Diese Rechtsprechung besteht im Wesentlichen aus einer neuerlich bestätigten Drei-Stufen-Theorie, nach der die Veränderungen durch umso gewichtigere Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt sein müssen, je wesentlicher in vertrauensgeschützte Anwartschaften eingegriffen wird. Dies bedeutet, dass (etwas plakativ gesprochen und keineswegs immer klar kategorisierbar) die höchste Stufe der Eingriffsintensität – das Eingreifen in den bereits durch Betriebstreue „*erdienten*“ Teil der Anwartschaft - *zwingende* Gründe voraussetzen würde. Das Gegenteil auf der geringsten Stufe ist das Eingreifen in die bloße Möglichkeit, durch weitere künftige Dienstjahre die spätere Betriebsrente zu steigern. Da es sich hierbei um noch nicht erdiente Anwartschaftsgesichtspunkte handelt, ist das Vertrauen auf diese Möglichkeit vergleichsweise wenig geschützt, so dass bereits *sachliche* Gründe genügen sollen. Ein typischer Anwendungsfall auf dieser Stufe wäre das „Einfrieren“ der Betriebszugehörigkeitszeiten für Betriebsrentenzwecke. Zwischen den vorgenannten beiden Stufen anzusiedeln ist der Schutz der sog. *zeitanteilig erdienten* Dynamik. Unter diesen wenig nachvollziehbaren Begriff fallen vereinfachend ausgedrückt vorrangig solche Rentensteigerungen,



die bei endgehaltsbezogenen Rentenplänen im Laufe der Beschäftigung durch die Steigerung von Bezügen ausgelöst werden. Für Eingriffe auf der Ebene der zeitan- teilig erdienten Dynamik bedarf es zur Rechtfertigung *triftiger* Gründe. In aufsteigender Reihenfolge der Eingriffs- intensitäten geht es also um das Vorliegen sachlicher, trif- tiger oder gar zwingender Gründe. Die Kasuistik hierzu ist jedoch verwirrend und nach hiesiger Ansicht nicht widerspruchsfrei.

Definitiv zu kritisieren ist vorliegend, dass das BAG in dem neuen Urteil eine bisherige Rechtsprechung bestä- tigt hat, die den Rechtsanwender meist ratlos zurück- lässt. Es hat nämlich neuerlich ausgesprochen, dass bei Rentenplanveränderungen die Frage nach dem Eingreifen in die Anwartschafts-Besitzstände und die Anwendbarkeit des dreistufigen Prüfungsschemas nur im Einzelfall und auf das Einzelfallergebnis bezogen festgestellt wer- den kann. Deshalb könne „bei endgehaltsbezogenen Versorgungszusagen regelmäßig *erst beim Ausscheiden* aus dem Arbeitsverhältnis festgestellt werden, ob mit der ablösenden Neuregelung in bestehende Besitzstände ein- gegriffen wird.“ Praktisch bedeutet dies, dass bei aktuel- ler Vornahme einer Änderung nicht nur die unbestimmten Rechtsbegriffe wie etwa „sachliche Gründe“ Probleme bereiten. Vielmehr wird zusätzlich bis zum Ausscheiden eines Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis – also oft erst viele Jahre später - keine endgültige Klarheit besteh- en, ob die Abänderung als solche wirksam war. Zudem kann die Beurteilung theoretisch bei verschiedenen

Arbeitnehmern unterschiedlich ausfallen, ebenso wie sie theoretisch auch bei ein und demselben Arbeitnehmer je nach früherem oder späterem Ausscheidensdatum unter- schiedlich ausfallen könnte.

■ WERTUNG

Einzelne Feststellungen des Urteils sind zu begrüßen, auch wenn man sich an anderen Stellen zusätzliche Klarheit gewünscht hätte. Festzuhalten bleibt, dass das gesetzliche Rentenalter meist synchron sein wird mit demjenigen unter Rentenplänen, auch wenn diese vom Alter 65 sprechen, und dass Wertgleichheit bei Betriebsrentenänderungen noch nicht bedeutet, dass die Änderung keiner Rechtfertigung im Sinne der Drei-Stufen-Theorie bedürfte. Ob die erforderlichen Rechtfertigungsgründe für eine Planänderung tatsächlich vorliegen, kann bei Vornahme der Änderung nicht mit abschließender Sicherheit bestimmt werden, weil das BAG den Beurteilungszeitpunkt ganz non- chalant in die Zukunft verlegt. Diesbezüglich vorhandene Kasuistik kann aber Hinweise geben. Sollten Arbeitgeber einen Rentenplan neu einführen, bietet es sich an, das ein- schlägige Rentenalter für die Betriebsrente ausdrücklich an das jeweilige gesetzliche Regelalter zu koppeln statt ein bestimmtes Alter zu nennen. Schließlich kann niemand ausschließen, dass das gesetzliche Rentenalter weiter angehoben wird. Und da diese Möglichkeit längst nicht so unwahrscheinlich ist wie bei der gegenwärtig umgesetzten Erhöhung, ist auch kein Verlass darauf, dass notfalls das BAG neuerlich per Auslegung einen Gleichlauf der gesetzli- chen und der betrieblichen Rente annehmen würde.

JONES DAY ARBEITSRECHTSSEMINAR

„European Labor & Employment Related Compliance Issues“

Am 21. Juni haben wir sowohl vor Ort in Paris als auch als Webinar ein Mandanten-Seminar veranstaltet, in dem wir aus Sicht verschiedener europäischer Jurisdiktionen (Deutschland, Frankreich, Belgien, England, Spanien, Italien) Compliance-Angelegenheiten mit arbeitsrechtlichen Bezugspunkten genauer unter die Lupe genommen haben. Dabei haben wir sowohl den Einfluss von EU-Regelungen berücksichtigt als auch die Sichtweise der USA, vor allem unter Berücksichtigung von international beeinflussenden Gesetzen wie dem Sarbanes-Oxley-Act oder dem Foreign Corrupt Practices Act. Unser Arbeitsrechtsteam hat eine umfangreiche Seminarunterlage erstellt. Sofern Sie an dem Seminar nicht teilnehmen konnten (wir hoffen, dass Sie die Einladung hierzu erhalten haben), jedoch an den Seminarmaterialien Interesse haben, lassen Sie uns dies bitte wissen und wir werden sie Ihnen gerne in Papier- oder in elektronischer Form zukommen lassen.



FRAGEN DES ARBEITGEBERS ZUR SCHWERBEHINDERUNG

von **Friederike Göbbels**

München
Rechtsanwältin/Fachanwältin für Arbeitsrecht
fgoebbels@jonesday.com
++49 89 20 60 42 200

■ FRAGE BEI EINSTELLUNG

Früher war es anerkannt, dass der Arbeitgeber im Einstellungsprozess den Bewerber dazu befragen durfte, ob eine Schwerbehinderung vorliegt. Dies wurde damit gerechtfertigt, dass der Arbeitgeber verschiedene Pflichten im Zusammenhang mit der Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen zu erfüllen hat, wie z.B. die gesetzliche Quote von in der Regel 5% schwerbehinderten Mitarbeitern im Verhältnis zur Gesamtbelegschaft oder die Ausgleichsabgaben bei Nichterfüllung. Das daraus erwachsende besondere Interesse des Arbeitgebers, zu wissen, ob der Bewerber schwerbehindert oder gleichgestellt

ist, wurde als hinreichender Grund für die berechtigte Fragestellung im Einstellungsprozess anerkannt.

Seit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes („AGG“) im Jahre 2006 ist die „Behinderung“ ein Merkmal, das einen gesetzlichen Schutz gegen Diskriminierungen auslöst. Vor diesem Hintergrund ist es inzwischen umstritten, ob es unter normalen Umständen noch zulässig ist, einen Bewerber nach einer Schwerbehinderteneigenschaft oder einer Gleichstellung zu fragen. Die überwiegende Meinung in Kommentierungen verneint dies. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn das Fehlen der Behinderung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung ist, um die Tätigkeit der angebotenen Stelle erfüllen zu können. Eine höchstrichterliche Bestätigung des generellen Verbots der Frage nach einer Behinderung im Einstellungsprozess liegt noch nicht vor. Das BAG konnte diese Frage in seiner Entscheidung vom 7. Juli 2011 (2 AZR 396/10) bedauerlicherweise dahingestellt sein lassen. Klarheit in diesem Punkt gibt es daher noch nicht.

Bis dahin ist es empfehlenswert, auf eine Schwerbehinderung bezogene Fragen im Einstellungsprozess möglichst zu vermeiden.

■ FRAGE NACH SECHSMONATIGEM BESTAND DES ARBEITSVERHÄLTNISSES

Eine aktuelle Entscheidung des BAG (Urteil vom 16.02.2012 – 6 AZR 553/10) beschäftigt sich mit Fragen zur Schwerbehinderung im bestehenden Arbeitsverhältnis. Im entschiedenen Fall waren betriebsbedingte Kündigungen unausweichlich. Die Schwerbehinderung eines Arbeitnehmers ist dabei zwingend als eines von vier Sozialauswahlkriterien zu berücksichtigen. Der Arbeitgeber wollte sicher gehen, dass ihm die relevanten Sozialdaten vorliegen. Daher gab er an alle Arbeitnehmer Fragebögen aus, die dazu dienen, Auskünfte zum Geburtsdatum, dem Familienstand, zur Anzahl der unterhaltsberechtigten Kinder und zum Vorliegen einer Schwerbehinderung oder Gleichstellung zu erhalten. Der Kläger antwortete wahrheitswidrig, dass keine Schwerbehinderung oder Gleichstellung vorläge. Entsprechend dem Ergebnis der Sozialauswahl wurde er sodann betriebsbedingt ohne vorherige Beteiligung des Integrationsamtes entlassen. In dem Kündigungsschutzverfahren berief sich der Kläger erfolglos auf seine Schwerbehinderteneigenschaft, die er im Rahmen der Fragebogenaktion nicht angegeben hatte.

Das BAG hat ausgeführt, dass in der gegebenen Situation für die Frage nach der Schwerbehinderung ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers vorgelegen hatte, da diese im Rahmen der Sozialauswahl zwingend zu berücksichtigen gewesen ist und weil der Sonderkündigungsschutz gemäß §§ 85 ff SGB IX zu beachten war, der ein behördliches Verfahren vor Ausspruch der Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Menschen erfordert.

Interessanterweise hat das BAG aber über die konkrete Fallkonstellation hinaus ein generelles Statement dahingehend abgegeben, dass die Frage nach einer Schwerbehinderung allgemein zumindest nach sechsmonatigem Bestand des Arbeitsverhältnisses – erst dann tritt nämlich der besondere Kündigungsschutz für Schwerbehinderte und Gleichgestellte in Kraft – als zulässig zu betrachten ist. Dies ist nach Auffassung des BAG notwendig, um dem Arbeitgeber ein rechtstreu Verhalten zu ermöglichen, da zahlreiche gesetzliche Pflichten im Zusammenhang mit der Beschäftigung eines schwerbehinderten Menschen oder

eines Gleichgestellten zu berücksichtigen sind, wie z.B. die Pflichten im Zusammenhang mit der Neubesetzung einer Stelle, die oben schon erwähnte Mindestquote, die Gewährung von Zusatzurlaub sowie die Berücksichtigung im Rahmen der Sozialauswahl in Vorbereitung betriebsbedingter Kündigungen.

Diesem Ergebnis stehen nach Einschätzung des BAG keine datenschutzrechtlichen Belange entgegen. Zwar handelt es sich um sensitive Daten, die besonderem Schutz unterliegen. Aber auch solche Daten sind nicht generell von der Erhebung und Verarbeitung ausgenommen, sondern zulässig, wenn eine besondere Rechtfertigung hierfür vorliegt. Dies soll mit der „Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche“ im Sinne des § 28 VI Nr. 3 Bundesdatenschutzgesetz gegeben sein, wozu auch die Pflichten des Arbeitgebers im Hinblick auf den Schwerbehindertenschutz gehören. Die Rechtfertigung über das Bundesdatenschutzgesetz führt nach Auffassung des BAG auch dazu, dass keine Verletzung des Grundrechts des Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung vorliegt.

Die vom Kläger auf Basis des AGG geltend gemachte Diskriminierung wegen Behinderung, die durch den Fragebogen ausgelöst worden sein soll, wurde vom BAG klar verneint. Die Frage diene eindeutig zur „Wahrung der Rechte und Interessen des Schwerbehinderten, nicht aber dazu, ihn gegenüber nicht behinderten Arbeitnehmern zurückzusetzen.“

■ FAZIT

Ob die Frage nach einer Schwerbehinderung oder Gleichstellung im Rahmen des Einstellungsprozesses gestellt werden darf, bleibt unentschieden. Die überwiegende Meinung lehnt dieses Fragerecht des Arbeitgebers ab, wenn keine besonderen Anforderungen der Tätigkeit vorliegen, die ausnahmsweise das Informationsinteresse des Arbeitgebers rechtfertigen.

Um dem Arbeitgeber ein rechtstreu Verhalten zu ermöglichen, ist ihm nach sechsmonatigem Bestand des Arbeitsverhältnisses die Frage nach einer Schwerbehinderung bzw. Gleichstellung grundsätzlich gestattet. Die Frage muss dabei nicht mit einem konkreten Anlass verbunden sein, d.h. dem Arbeitnehmer muss der Grund für die Frage nicht mitgeteilt werden.



BGH: DISKRIMINIERUNGSVORSCHRIFTEN GELTEN AUCH ZUGUNSTEN VON GESCHÄFTSFÜHRERN

von **Dr. Markus Kappenhagen**

Düsseldorf
Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht
mkappenhagen@jonesday.com
++49 211 42471 286

Erstmals hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Antidiskriminierungsregeln des AGG auch für Geschäftsführer gelten. Der BGH (Urteil vom 23. April 2012, II ZR 163/10) sprach einem 62-jährigen Geschäftsführer Schadensersatz zu.

Der 5-Jahres-Vertrag des Geschäftsführers lief aus. Während er über eine Verlängerung verhandeln wollte, lehnte sein Arbeitgeber dies ab und stellte stattdessen einen 41-Jährigen ein. Der Aufsichtsratsvorsitzende begründete dies in der Lokalpresse damit, dass die Gesellschaft in Führungspositionen eine Altersgrenze von 65 Jahren anstrebe. Man habe deshalb einen Bewerber gewählt, der das Unternehmen „langfristig in den Wind stellen“ könne. Diese Äußerung war – so der BGH – ein Indiz für eine Altersdiskriminierung und damit eine rechtswidrige

Benachteiligung. Daher habe der Kläger Anspruch auf Schadensersatz. Der BGH befand die von der Vorinstanz zugesprochenen zwei Monatsgehälter als zu gering und verwies die Sache daher insoweit zurück an das Oberlandesgericht.

Für die Praxis sollte dieses Urteil nicht überbewertet werden. Keinesfalls steht zu befürchten, dass die Freiheit der Gesellschafter beschränkt wird, Geschäftsführer zu bestellen, abzurufen und Verträge mit ihnen auslaufen zu lassen. Zum Verhängnis wurden dem Unternehmen jedoch die Verlautbarungen seines Aufsichtsratsvorsitzenden. Unternehmen sollten daher aus der Entscheidung die Lehre ziehen, dass künftig nicht nur Absagen gegenüber Stellenbewerbern, sondern auch die Nichtverlängerung von Anstellungsverträgen einer sorgfältigen Begründung bedürfen.

BETEILIGUNG DES BETRIEBSRATS BEI MASSENENTLASSUNGEN

von **Julia Zange**

Frankfurt
Rechtsanwältin/Fachanwältin für Arbeitsrecht/Maitre en droit
jzange@jonesday.com
++49 69 9726 3939

Will der Arbeitgeber eine Massenentlassung vornehmen, bestehen besondere Unterrichts- und Beratungspflichten gegenüber dem Betriebsrat. Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat rechtzeitig die zweckdienlichen Auskünfte zu erteilen und ihn schriftlich über die Gründe für die geplanten Entlassungen, die Zahl und Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer, den Zeitpunkt der Entlassungen sowie die Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer zu unterrichten. Zudem hat der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat Möglichkeiten zu beraten, wie Kündigungen vermieden und ihre Folgen gemildert werden können. Die Stellungnahme des Betriebsrats ist der Massenentlassungsanzeige an die Arbeitsagentur beizufügen. Beteiligt der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht, nicht rechtzeitig oder fehlerhaft, kann er die Massenentlassung grundsätzlich nicht wirksam anzeigen und folglich keine Kündigungen aussprechen. Schon deshalb ist auf die ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats bei Massenentlassungen größte Sorgfalt zu verwenden.



■ INTERESSENAUSGLEICH STATT STELLUNGNAHME DES BETRIEBSRATS?

Die Beratungspflicht ist grundsätzlich dann erfüllt, wenn Betriebsrat und Arbeitgeber einen Interessenausgleich mit Namensliste abschließen. Dieser ersetzt die Stellungnahme des Betriebsrats zur Massenentlassung und wird statt einer Stellungnahme der Massenentlassungsanzeige an die Arbeitsagentur beigelegt, so die ausdrückliche Regelung im Kündigungsschutzgesetz (§ 1 Abs. 5 Satz 4 KSchG).

Das Bundesarbeitsgericht hat vor kurzem klargestellt, dass die zwingend erforderliche Stellungnahme des Betriebsrats auch in einem Interessenausgleich *ohne* Namensliste enthalten sein kann (BAG, Urteil vom 21. März 2012, 6 AZR 596/10 und 6 AZR 606/10).

■ DER FALL

Der Insolvenzverwalter informierte den Betriebsrat über eine geplante Massenentlassung und schloss mit diesem einen Interessenausgleich ohne Namensliste ab. Im Interessenausgleich hieß es: „(...) Der Betriebsrat sieht abschließend keine Möglichkeiten, die beabsichtigten

Massenentlassungen zu vermeiden. Das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. (2) KSchG ist somit abgeschlossen.“ Anschließend erstattete der Insolvenzverwalter gegenüber der zuständigen Arbeitsagentur Massenentlassungsanzeige und fügte den Interessenausgleich bei. Einzelne Arbeitnehmer erhoben Kündigungsschutzklage und meinten, ihre Kündigung sei formal unwirksam, da der Massenentlassungsanzeige keine Stellungnahme des Betriebsrats zur Massenentlassung beigelegt gewesen sei. Der Interessenausgleich (ohne Namensliste) genüge nicht. Die erste und zweite Instanz hielten die Kündigung tatsächlich für unwirksam.

■ DIE ENTSCHEIDUNG

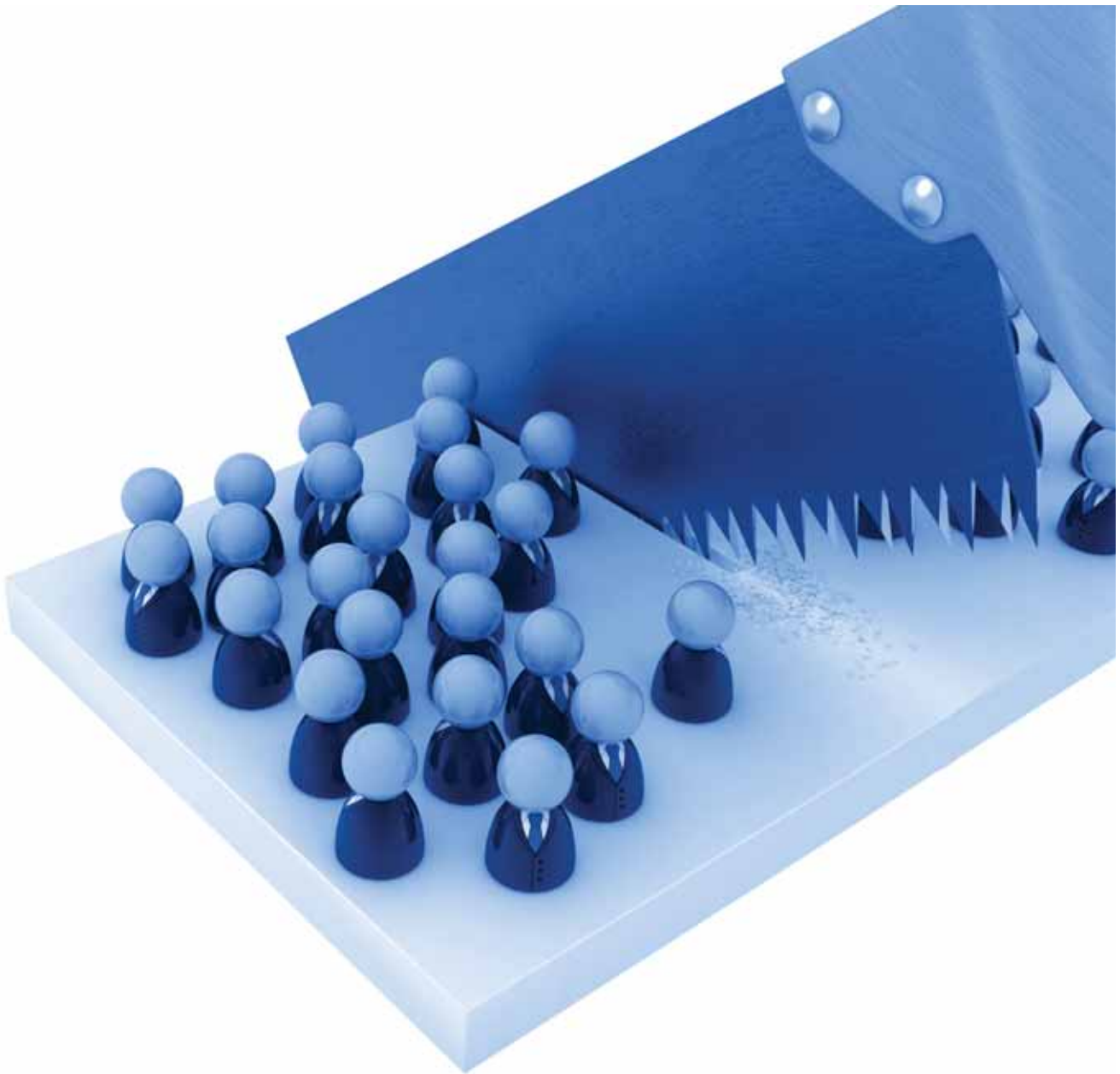
Erst das BAG gab dem Insolvenzverwalter recht. Zwar *ersetze* der Interessenausgleich ohne Namensliste die Stellungnahme des Betriebsrats zur Massenentlassung nicht, doch könne die Stellungnahme dort *enthalten* sein. Zweck der Stellungnahme des Betriebsrats zur Massenentlassung sei es, gegenüber der Arbeitsagentur zu belegen, ob und welche Möglichkeiten der Betriebsrat sieht, die Kündigungen zu vermeiden. Diesen Zweck kann auch eine Stellungnahme im Interessenausgleich erfüllen, wenn sie sich auf die angezeigten Kündigungen bezieht. Die Kündigungen wurden für wirksam erachtet.

Die Entscheidung ist zu begrüßen. Hat der Betriebsrat im Rahmen der Interessenausgleichsverhandlungen bereits eine Stellungnahme zu den Massenentlassungen abgegeben, wäre es reiner Formalismus, darüber hinaus eine weitere Erklärung zu verlangen. Dies gilt umso mehr, als das Verfahren nach § 17 KSchG ohnehin sehr formalistisch ist.

Im Übrigen besteht kein Zwang zur Einigung im Interessenausgleich. Mit der Konsultationspflicht nach § 17 Abs. 2 KSchG ist keine Pflicht zur Verständigung über Umfang und Folgen der Massenentlassung verbunden.

■ WEITERE MITWIRKUNGSRECHTE DES BETRIEBSRATS

Andere Mitwirkungsrechte des Betriebsrats bestehen unverändert fort, etwa: Unterrichtung über Personalplanung nach § 92 BetrVG, Unterrichtung über die Einschränkung des Betriebes gemäß § 106 Abs. 3 Nr. 6, 109a BetrVG, sowie Verhandlungen über Interessenausgleich und Sozialplan wegen der Einschränkung des Betriebes nach §§ 111, 112 BetrVG. Zudem ist, trotz vorheriger Massenentlassungsanzeige und Beratung zu den geplanten Massenentlassungen und/oder Namensliste, der



Betriebsrat vor Ausspruch der konkreten Kündigungen nach § 102 BetrVG anzuhören.

Obwohl unterschiedliche Mitwirkungsrechte bestehen, müssen nicht formell völlig getrennte Verfahren durchgeführt werden. Es können einheitliche Verfahren stattfinden, jedoch ist unbedingt darauf zu achten, dass der Betriebsrat klar erkennbar mit den einzelnen Komplexen seiner Zuständigkeit befasst wird und ihm die jeweils dafür notwendigen Tatsachen mitgeteilt werden.

Zur Vermeidung von Unklarheiten ist gegenüber dem Betriebsrat stets zu verdeutlichen, welche Beteiligungspflichten jeweils erfüllt werden.

Hinweis: Die Auskunfts-, Beratungs- und Anzeigepflichten gelten auch dann, wenn der Arbeitgeber in einem Konzernverbund steht und das herrschende Unternehmen die maßgebenden Entscheidungen trifft.

IHRE ANSPRECHPARTNER

FRANKFURT

NEXTOWER

Thurn-und-Taxis-Platz 6

60313 Frankfurt

Tel.: ++49 69 9726 3939

Fax: ++49 69 9726 3993

Georg Mikes

Rechtsanwalt/Fachanwalt

für Arbeitsrecht

gmikes@jonesday.com

DÜSSELDORF

EBC

Königsallee 61

40215 Düsseldorf

Tel.: ++49 211 42471 286

Fax: ++49 211 42471 279

Dr. Markus Kappenhagen

Rechtsanwalt/Fachanwalt

für Arbeitsrecht

mkappenhagen@jonesday.com

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 11

80538 München

Tel.: ++49 89 20 60 42 200

Fax: ++49 89 20 60 42 293

Friederike Göbbels

Rechtsanwältin/Fachanwältin

für Arbeitsrecht

fgoebbels@jonesday.com

JONES DAY BÜROS WELTWEIT

ALKHOBAR

ATLANTA

BOSTON

BRÜSSEL

CHICAGO

CLEVELAND

COLUMBUS

DALLAS

DUBAI

DÜSSELDORF

FRANKFURT

HONGKONG

HOUSTON

IRVINE

JEDDAH

LONDON

LOS ANGELES

MADRID

MAILAND

MEXIKO-STADT

MOSKAU

MÜNCHEN

NEW YORK

PARIS

PEKING

PITTSBURGH

RIAD

SAN DIEGO

SAN FRANCISCO

SÃO PAULO

SCHANGHAI

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.