3. QUARTAL 2012

ARBEITSRECHT NEWS

INHALT

Mindestlöhne in Deutschland	1
Betriebsübergang durch Übernahme von Personal?	3
Tarifnormen nach Betriebsübergang	4
Neuere steuerrechtliche Entwicklungen bei Pensionszusagen	5
Erleichterung der Zuwanderung ausländischer Fachkräfte – die Blaue Karte EU	8
Neuere Entwicklungen im Urlaubsrecht	9

MINDESTLÖHNE IN DEUTSCHLAND

von ***Friederike Göbbels***

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

Das Streitthema „Mindestlohn“ findet keine Ruhe. Aktuell gibt es gleich zwei Anknüpfungspunkte: Erstens ist am 1. September 2012 das Bremer Landesmindestlohngesetz in Kraft getreten. Zweitens hat der Bundesrat durch Beschluss vom 21. September 2012 dem Bundestag einen Entwurf für ein bundesweit ausgestaltetes Mindestlohngesetz zugeleitet.

STATUS

Deutschland übt Zurückhaltung was die Einführung von Mindestlöhnen angeht; dies gilt insbesondere im Vergleich zu den anderen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Das Statistische Bundesamt Deutschland berichtete für das Jahr 2011 von 20 Mitgliedsstaaten, in denen ein gesetzlicher monatlicher Mindestlohn einschlägig gewesen ist, selbstverständlich mit erheblich differierenden Beträgen. Die Spanne erstreckte sich von EUR 123 in Bulgarien bis zu EUR 1.758 in Luxemburg.

In Deutschland wird die Einführung eines generell einschlägigen gesetzlichen Mindestlohnes im Grundsatz aus verfassungsrechtlichen Gründen abgelehnt. Das Grundgesetz schützt die Koalitionsfreiheit, die u.a. beinhaltet, dass die Festlegung von Arbeitsentgelt und anderen Arbeitsbedingungen den Tarifparteien vorbehalten

bleibt. In den vergangenen Jahren ist jedoch der fehlende Mindestlohn in Deutschland mehr und mehr in die Kritik geraten. Zahlreiche Gesetzesinitiativen waren die Folge, von denen die meisten gescheitert sind.

Durchgesetzt hat sich allerdings auf Grund des Mindestarbeitsbedingungengesetzes, dass seit jüngster Zeit für bestimmte Branchen bundesweit verbindlich Mindestarbeitsentgelte eingeführt worden sind. Unterschieden wird dabei noch immer zwischen neuen und alten Bundesländern, wobei Berlin grundsätzlich – d.h. bis auf wenige Ausnahmen - zu den neuen Bundesländern zählt. Das Niveau der neuen Bundesländer liegt in der Regel um ca. einen Euro niedriger als in den alten. Folgende Wirtschaftsgruppen sind von einem festgelegten Mindestlohn erfasst und unterliegen in den alten Bundesländern mit Wirkung zum 1. August 2012 folgenden Stundensätzen in Eurobeträgen:

Abfallwirtschaft	8,33
Bauhauptgewerbe (Werker, Maschinenwerker)	11,05
Bauhauptgewerbe (Fachwerker, Maschinisten, Kraftfahrer)	13,40
Bergbauspezialarbeiten (Werker, Hauer)	11,53
Bergbauspezialarbeiten (Hauer, Facharbeiter mit Spezialwissen)	12,81
Berufliche Aus- und Weiterbildung	12,60
Dachdecker	11,00
Elektrohandwerk	9,80
Gebäudereinigung (Innen- u. Unterhaltungsreinigung)	8,82
Gebäudereinigung (u.a. Glas- und Fassadenreinigung)	11,33
Maler/Lackierer (ungelernte Arbeitnehmer)	9,75
Maler/Lackierer (gelernte Arbeiter, Gesellen)	12,00
Pflegebranche	8,75
Sicherheitsdienstleistungen (je nach Bundesland)	7,00 bis 8,75
Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft	8,00
Zeitarbeit	7,89

In diesen Branchen ist es daher unerheblich, ob der Arbeitgeber Mitglied in einem Arbeitgeberverband ist. Die Mindestlöhne gelten automatisch und der Arbeitnehmer kann die Differenz zu einem individuell geringer vereinbarten Gehalt auf Basis des gesetzlichen Anspruchs vor den Arbeitsgerichten durchsetzen.

BREMER LANDESMINDESTLOHNGESETZ

Mit dem am 1. September 2012 in Kraft getretenen Bremer Landesmindestlohngesetz soll sichergestellt werden, dass die Beschäftigten von öffentlichen oder öffentlich finanzierten oder unterstützten Unternehmen einen Mindestlohn erhalten, der derzeit mit EUR 8,50 pro Stunde festgelegt ist. Der Deutsche Gewerkschaftsbund hat gefordert, dass ein entsprechendes Gesetz auch für Niedersachsen eingeführt werden solle. Erwähnenswert ist, dass es bereits in vielen Bundesländern Mindestlohnregelungen im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge gibt; in anderen sind sie in Planung. Lediglich die Länder Bayern, Hessen und Sachsen zeigen sich diesbezüglich bisher ungerührt.

ENTWURF EINES BUNDESWEITEN MINDESTLOHNGESETZES

Ziel des Gesetzentwurfs des Bundesrats (Bundesrat Drucksache 542/12) ist es, durch einen bundeseinheitlichen Mindestlohn sicherzustellen, dass mit einer Vollzeitbeschäftigung ein die Existenz sicherndes Einkommen verbunden ist. Die Höhe des Mindestlohns soll durch eine unabhängige Kommission sichergestellt und jährlich von dieser überprüft werden. Der Eingriff in das bereits erwähnte Grundrecht der Koalitionsfreiheit ist nach Auffassung des Gesetzentwurfs durch überwiegende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt. Es ist fraglich, ob sich diese Meinung irgendwann durchsetzen können wird. Zwar ist nicht damit zu rechnen, dass der Gesetzentwurf oder dessen Idee im Bundestag auf Zustimmung stoßen wird. Aber eine andere parteiliche Zusammensetzung könnte in Zukunft durchaus auch zu anderen Entscheidungen führen.

BETRIEBSÜBERGANG DURCH ÜBERNAHME VON PERSONAL?

von ***Dr. Markus Kappenhagen***

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

Der klassische Fall eines Betriebsübergangs ist der, dass der Erwerber die wesentlichen Betriebsmittel vom bisherigen Betriebsinhaber übernimmt und als Folge die dazugehörigen Arbeitnehmer auf den Erwerber übergehen. Entscheidend ist, dass der neue Rechtsträger eine wirtschaftliche Einheit übernimmt und unter Wahrung der Identität fortführt.

Die Arbeitsgerichte haben jedoch mehrfach entschieden, dass schon die Einstellung der Hauptbelegschaft eines Betriebes, ja zum Teil auch nur die Übernahme der "qualitativ" wesentlichen Leistungsträger ("kritische Masse") einen Übergang des Betriebes darstellen kann. Dies bedeutet, dass ein Unternehmen unter Umständen nur Schlüsselmitarbeiter eines Konkurrenten anwirbt, damit aber zusätzliche solche Arbeitnehmer "erhält", denen zwar kein Angebot gemacht wurde, die sich aber mit dem Argument des Betriebsübergangs einklagen.

NEUERE URTEILE DES BAG

Der Übernahme des Personals kommt demnach ein gleichwertiger Rang neben den anderen möglichen Kriterien eines Betriebsübergangs zu. In Branchen, in denen es im Wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, kann eine Gesamtheit von Arbeitnehmern, die durch ihre gemeinsame Tätigkeit dauerhaft verbunden ist, eine wirtschaftliche Einheit darstellen. Diese wirtschaftliche Einheit bewahrt ihre Identität, wenn der Erwerber die betreffende Tätigkeit weiterführt und einen nach Zahl und Sachkunde wesentlichen Teil des Personals, also die Hauptbelegschaft, übernimmt. Es hängt von der Struktur eines Betriebs oder Betriebsteils ab, welcher nach Zahl und Sachkunde zu bestimmende Teil der Belegschaft übernommen werden muss, damit die Übernahme einer bestehenden Arbeitsorganisation angenommen werden kann (muss). Basierend auf dem Gedanken, dass Arbeitnehmer auf Arbeitsplätzen mit geringen Anforderungen an den Qualifikationsgrad leichter austauschbar sind und die Arbeitsorganisation weniger prägen als höher qualifizierte und schwer ersetzbare Arbeitnehmer, hat das BAG den Grundsatz aufgestellt, dass der Anteil an den übernommenen Arbeitnehmern umso höher sein muss, je geringer die erforderliche Qualifikation ist. Umgekehrt kann die Übernahme einer geringen Anzahl von Arbeitnehmern neben anderen Kriterien für einen Betriebsübergang sprechen, wenn für die Tätigkeit eine hohe Qualifikation erforderlich ist und entsprechendes Spezialwissen besteht.

Eine Auswertung der Rechtsprechung zeigt, dass die Frage, wie viele Arbeitnehmer übernommen werden müssen, um von einem Betriebsübergang ausgehen zu können, bislang nicht einheitlich beurteilt wird. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Annahme eines Betriebsübergangs in hohem Maße einzelfallabhängig und stets Ergebnis einer Gesamtabwägung ist. Es lässt sich jedoch festhalten, dass das BAG bei Arbeitsplätzen, die keine hohen Anforderungen an die Qualifikation der Arbeitnehmer stellen, nahezu die vollständige Übernahme der Belegschaft verlangt. Ein Anteil von 75% der früheren Beschäftigten genügt nicht. Die Landesarbeitsgerichte beurteilen dies mitunter durchaus anders, d. h. sie lassen z. T. schon eine geringere Zahl von Arbeitnehmern für einen Betriebsübergang genügen. Hingegen liegt in betriebsmittelgeprägten Betrieben ein Betriebsübergang auch ohne Übernahme von Personal vor, wenn ansonsten die wesentlichen Betriebsmittel übernommen werden.

ZUSAMMENFASSUNG DER GRUNDSÄTZE

Die Grundsätze der beiden jüngsten Entscheidungen des BAG können wie folgt zusammengefasst werden:

1. AG, Urteil vom 15. Dezember 2011 – 8 AZR 197/11 (Bewachungsgewerbe):
   - Die bloße Auftrags- oder Funktionsnachfolge (hier: die Übernahme eines Bewachungsauftrags) stellt noch keinen Betriebsübergang dar.
   - Etwas anderes ist anzunehmen, wenn wesentliche Betriebsmittel übernommen werden.
   - Auch die Übernahme der Hauptbelegschaft kann für die Annahme eines Betriebsübergangs sprechen, da es sich bei Bewachungsunternehmen um "betriebsmittelarme" Betriebe handelt.
   - Hierzu bedarf es einer Betrachtung in quantitativer und qualitativer Hinsicht.
   - Bei gering qualifizierten Tätigkeiten kann eine größere Anzahl von Arbeitnehmern übernommen werden, ohne dass ein Betriebsübergang ausgelöst wird (Beispiel: Reinigungsarbeiten: bis zu 60%; Bewachungsauftrag: bis zu 61%; Hol- und Bringdienste: bis zu 75% der alten Belegschaft).
   - Im vorliegenden Fall übernahm der "Erwerber" nur 57% der in dem betreffenden Objekt eingesetzten Wachleute, so dass das BAG einen Betriebsübergang verneinte. Hinzu kam, dass der Erwerber keinen der Objektverantwortlichen (Vorgesetzten) übernommen hatte, was vom BAG unter Umständen als Übernahme von den betriebsprägenden (weil "qualitativ identitätsprägenden") Arbeitnehmern angesehen worden wäre.

2. BAG, Urteil vom 21. Juni 2012 - 8 AZR 181/11 (IT-Serviceunternehmen)
   - Ein IT-Servicebetrieb ist besonders durch die Spezialkenntnisse und Qualifikationen seiner Mitarbeiter geprägt.
   - Wird in einem solchen Betrieb ein hohes Qualifikationsniveau der Mitarbeiter vorausgesetzt, genügt die Übernahme von "weit mehr als der Hälfte" dieser Mitarbeiter (hier: 57,5%), um eine Identitätswahrung und damit einen Betriebsübergang anzunehmen.
   - Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Erwerber außerdem noch den Lagerbestand, die Kundenkarteien und die Service-Wartungsverträge übernimmt sowie darüber hinaus den Geschäftsführer und die Führungskräfte einstellt.
   - Demgegenüber ist es unerheblich, wenn der Erwerber eigene Marketing- und Vertriebsstrukturen neu schafft und nunmehr direkte Vertragsbeziehungen zu Endkunden unterhält. Ferner kommt es nicht darauf an, ob er die PCs, Telefonanlagen und sämtliche Büroräume und den Firmennamen übernimmt. Auch der Umstand, dass die Leistungen zum Teil aus anderen Räumlichkeiten erbracht werden, hindert die Annahme eines Betriebsübergangs nicht.

TARIFNORMEN NACH BETRIEBSÜBERGANG

von ***Julia Zange***

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

Geht ein Arbeitsverhältnis im Zuge eines Betriebsübergangs auf einen neuen Arbeitgeber über, so tritt dieser in alle Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein.

TRANSFORMATION

Nach § 613a Abs. 1 S. 2 BGB werden die Normen eines beim ehemaligen Betriebsinhaber angewendeten Tarifvertrages Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und dem neuen Arbeitgeber, *es sei denn*, dort gilt bereits ein anderer Tarifvertrag über die betreffenden Rechte und Pflichten. Die Normen werden transformiert, also zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber (§ 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB). Dies gilt sowohl bei einem Verbandstarifvertrag (zwischen Gewerkschaft und Arbeitgeberverband) als auch bei einem Firmentarifvertrag.

Bei dem Verbandstarifvertrag tritt der Erwerber nicht in die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband ein, sondern „nur" in die Bindung an die Verbandstarifverträge, wie sie im Zeitpunkt der Übernahme bestehen. Die Bindung an die Verbandstarifverträge gilt auch dann, wenn der Betrieb im Zuge des Übergangs aus dem fachlichen Geltungsbereich herausfällt. Beispiel: Outsourcing der Kantine eines metallverarbeitenden Unternehmens (Metallverband) auf eine eigene Kantinen-GmbH (Gaststättengewerbe). Nach Übergang finden die Metalltarifverträge auf den Betrieb im Gaststättengewerbe zunächst weiter Anwendung.

DYNAMIK

Die Tarifnormen gelten statisch weiter, d.h. sie werden auf die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs geltende Fassung eingefroren. Spätere Änderungen im Tarifvertrag,

etwa Tariferhöhungen, entfalten für den übergegangenen Arbeitnehmer grundsätzlich keine Wirkung mehr.

Anders nur, wenn im Tarifvertrag eine Dynamik mit unmittelbarer und zwingender Wirkung angelegt ist. Die Dynamik ist dann für sich gesehen transformationsfähiger Inhalt gemäß § 613 a Abs. 1 S. 2 BGB und bleibt auch nach dem Übergang erhalten und der Erwerber ist an die Dynamik gebunden. Typischer Fall ist der Stufentarifvertrag, in dem bestimmte Regelungen (etwa Verkürzung der Arbeitszeit, Erhöhung der Vergütung) stufenweise eingeführt werden. Die späteren stufenweisen Veränderungen sind bereits unbedingt vereinbart und gehören im Zeitpunkt des Übergangs mit zum Bestand an fortgeltenden Tarifverträgen. Der neue Arbeitgeber hat nach Erwerb die stufenweisen Änderungen anzuwenden.

IN-KRAFT-TRETEN ALS VORAUSSETZUNG

Voraussetzung für die Weitergeltung von Tarifregelungen ist aber stets, dass der Tarifvertrag zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits in Kraft getreten und wirksam ist. Die bloße Unterzeichnung, also der Abschluss, reicht nicht. Ist der Tarifvertrag zwar unterzeichnet, aber noch nicht in Kraft getreten, dann gehören die Tarifnormen noch nicht zu den Rechten und Pflichten, die der Arbeitnehmer „mitnehmen“ kann. Das hat das BAG mit Urteilen vom 16. Mai 2012 (4 AZR 320/10, 4 AZR 321/10) entschieden.

DER FALL

Das Unternehmen und die Gewerkschaft ver.di schließen im Jahr 2004 zwei Tarifverträge: (i) einen Sanierungstarifvertrag, der das Aussetzen von Tariflohnerhöhungen und Wegfall der jährlichen Sonderzahlung für die Jahre 2005 bis 2007 vorsieht, sowie (ii) einen Tarifvertrag über eine Zusatzzahlung, nach dem die Arbeitnehmer zum Ausgleich für die Sanierungsbeiträge ab 2008 eine jährliche Zusatzleistung in Höhe von knapp EUR 1,500.- erhalten. Der Tarifvertrag Zusatzzahlung wird zwar schon unterzeichnet, soll aber erst im Jahr 2008 in Kraft treten.

Im Zuge eines Betriebsübergangs gehen die Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber als neuen Arbeitgeber über. Die Arbeitnehmer verlangen im Jahr 2008 vom Erwerber die tarifliche Sonderzahlung. Der Anspruch sei gemäß § 613 a Abs. 1 Satz 2 BGB Inhalt des Arbeitsvertrages geworden. Dem stehe nicht entgegen, dass der Tarifvertrag erst nach dem Betriebsübergang in Kraft getreten sei, da er zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bereits unterzeichnet war. Der Erwerber lehnt die Zahlung ab.

DIE ENTSCHEIDUNG DES BAG

Das BAG gibt dem Erwerber Recht und verneint den Anspruch der Arbeitnehmer auf die tarifliche Zusatzzahlung. Die Ansprüche aus dem TV Zusatzzahlung gehörten im Zeitpunkt des Betriebsübergangs noch nicht zu den bestehenden bzw. angelegten Rechten und Pflichten des Arbeitsverhältnisses und konnten deshalb auch nicht in das Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber transferiert werden. Dass der Tarifvertrag zum Zeitpunkt des Übergangs bereits unterzeichnet und vereinbart war, ändere daran nichts, denn es komme alleine auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens an.

PRAXISHINWEIS

Bei einem Betriebsübergang werden ausschließlich die Kollektivrechte statisch eingefroren, die im Zeitpunkt des Übergangs tarifrechtlich bereits unmittelbar und zwingend gelten. Der Tarifvertrag muss bereits in Kraft getreten sein; der bloße Abschluss eines Tarifvertrages genügt nicht. Der Erwerber eines Betriebes wird im Rahmen einer Due Diligence auf den genauen Zeitpunkt des Inkrafttretens der Tarifverträge achten müssen, um die auf die übergehenden Arbeitnehmer anwendbaren Regelungen festzustellen.

NEUERE STEUERRECHTLICHE ENTWICKLUNGEN BEI PENSIONSZUSAGEN

von ***Andreas Köster-Böckenförde***

Frankfurt
Rechtsanwalt, Steuerberater
akboeckenfoerde@jonesday.com
++49 69 9726 3968

Innerhalb der letzten Monate hatte der Bundesfinanzhof (BFH) mehrfach Gelegenheit, zu Einzelfragen im Zusammenhang mit der Bilanzierung von Rückstellungen Stellung zu nehmen. Aus Sicht des übertragenden Unternehmens eröffnet diese Rechtsprechung interessante Gestaltungsmöglichkeiten. So können durch Übertragungen innerhalb eines Konzerns steuerliche Effekte geplant und umgesetzt werden, die es ermöglichen, einmalige Erträge durch einmalige Aufwendungen zu neutralisieren.

In einem ersten Fallkomplex ging es um die Frage, mit welchem Wert ein Unternehmenskäufer eine übernommene

Jubiläumsrückstellung bzw. Drohverlustrückstellung zu bilanzieren hat (BFH, Urteil vom 14. Dezember 2011 – I R 72 / 10; Urteil vom 16. Dezember 2009 – I R 102 / 08). In einem weiteren Fallkomplex ging es um die Frage, ob der ursprünglich verpflichtete Arbeitgeber nach vertraglicher Erfüllungsübernahme einer Pensionsverpflichtung durch einen Dritten diese weiterhin zu passivieren hat (BFH, Urteil vom 26. April 2012 – IV R 43 / 09).

BEHANDLUNG BEI EINEM ÜBERNEHMER

Die Problematik der ersten Fallgruppe beruht darauf, dass bestimmte Rückstellungen, z.B. Drohverlust-, Jubiläums- und Pensionsrückstellungen zwar nach Handelsrecht zu bilden sind, diese sind steuerrechtlich aber unbeachtlich bzw. werden niedriger als handelsrechtlich bewertet. Letztlich ergibt sich daraus eine Periodenverschiebung; steuerrechtlich werden Gewinne eher besteuert, als sie handelsrechtlich entstehen. Die Kläger der Verfahren hatten die jeweilige Verpflichtung im Rahmen eines Unternehmenskaufs (als asset deal) vertraglich übernommen. Im speziellen Fall von Pensionsrückstellungen wären die Verpflichtungen gegenüber ausgeschiedenen ehemaligen Mitarbeitern nicht übergegangen. Da die wirkliche handelsrechtliche Belastung größer war als die steuerrechtlich ausgewiesene, erwarb der Unternehmenskäufer sogenannte stille Lasten. Fraglich war, mit welchem steuerlichen Wert die übernommene Verpflichtung den Kaufpreis gemindert hatte bzw. mit welchem Wert sie zu bilanzieren war.

1. In den Entscheidungen zur Bilanzierung von übernommenen Rückstellungen beim Unternehmenskäufer entschied der damit befasste erste Senat, dass die Verbindlichkeiten mit dem für die Übernahme der Verpflichtung erhaltenen Entgelt, als quasi passivistische Anschaffungskosten, zu bewerten sind. Die allgemeinen Bilanzierungsregeln seien insoweit vorrangig. Damit war der BFH zum Ergebnis gekommen, dass die Rückstellungen mit den anteiligen Anschaffungskosten im Rahmen der Gesamttransaktion, also nicht den steuerlichen Werten, anzusetzen sind.

2. Daraus ergab sich die weitere Frage, wie diese Passivpositionen weiterzuentwickeln sind. Die Finanzämter und das Finanzministerium (BMF) vertraten die Ansicht, daß die steuerrechtlichen Regelungen zur Bewertung von Rückstellungen am nächsten Bilanzstichtag Anwendung finden (BMF, Schreiben vom 24.06.2011, BStBl I 2011, 627). Diese Ansicht bedeutet, dass der Unternehmenskäufer die Rückstellungen zum nächsten Bilanzstichtag ganz oder teilweise auflösen muss. Die Folge ist ein steuerpflichtiger Ertrag. Der BFH folgte dem nicht, weil dies seiner Ansicht nach zur Folge hätte, dass Anschaffungsvorgänge letztendlich ertragswirksam seien. Dies widerspräche den grundlegenden Bilanzierungsregeln. Im Weiteren sind die übernommenen Rückstellungen nicht schon am nächsten, also der Übernahme folgenden Bilanzstichtag mit dem

steuerbilanziellen Wert zu erfassen, sondern diese sind so lange mit den fortgeführten „Anschaffungskosten“ anzusetzen, bis der steuerbilanzielle Wert erreicht ist. Dadurch entsteht kein sofortiger Ertrag auf Ebene des Unternehmenskäufers.

BEHANDLUNG BEI DEM URSPRÜNGLICH VERPFLICHTETEN UNTERNEHMEN

In dem zweiten Komplex war die Frage der Bilanzierung bei dem entlasteten Unternehmen strittig.

1. Das Finanzamt und das BMF vertraten die Auffassung, dass das Unternehmen eine Pensionsrückstellung wie bisher zu bilanzieren habe, weil weiterhin eine Verpflichtung gegenüber den Arbeitnehmern bestehe. Das an den Übernehmer der Verpflichtungen entrichtete Entgelt sei als Forderung zu aktivieren (so auch BMF-Schreiben vom 16.12.2005, BStBl I 2005, 1052). Der Vorgang sei damit ergebnisneutral.

   Der damit befasste Vierte Senat des BFH entschied zugunsten des Steuerpflichtigen, dass dieser keine Rückstellungen für Pensionszusagen gegenüber seinen Arbeitnehmern bilanzieren müsse, wenn ein Dritter, also ein Übernehmer, im Wege eines Schuldbeitritts mit (interner) Erfüllungsübernahme die Verpflichtungen übernommen hat. Dabei unterscheidet der BFH danach, ob der Übernehmer nur gegenüber dem Pensionsverpflichteten (also das entlastete Unternehmen) die Erfüllung der Pensionen zugesagt habe, der Arbeitnehmer diese aber nicht vom Dritten selbst fordern könne, oder ob der Dritte auch der Schuld beigetreten sei und damit der Arbeitnehmer die Pensionen auch direkt vom Dritten selbst fordern könne. Nur im letzteren Fall besteht nach Ansicht des BFH nicht die Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme des ursprünglich Verpflichteten. Damit wendet der BFH grundlegende Bilanzierungsprinzipien an. Danach sind Rückstellungen nur dann und insoweit zu bilden, als eine zukünftige Inanspruchnahme wahrscheinlich ist.

   Die Anwendung dieses Prinzips bedeutet auch, dass das entlastete Unternehmen zu prüfen hat, ob der beitretende Dritte seine Verpflichtungen zukünftig erfüllen wird. Bestehen daran Zweifel, so hat das ursprünglich entlastete Unternehmen wieder Rückstellungen zu bilden. Dann können sich wieder Unterschiede nach Handels- und Steuerrecht ergeben.

2. Der BFH wendete sich auch dagegen, dass das entrichtete Entgelt als Forderung gegenüber dem Übernehmer zu aktivieren und über die Laufzeit der Pensionen aufzulösen ist. Da steuerliche Pensionsrückstellungen niedriger als die tatsächlich zu erwartenden Belastungen ausgewiesen werden, übersteigt das an den Dritten zu entrichtende Entgelt den Betrag der steuerlichen Pensionsrückstellung. Der sich daraus ergebende Differenzbetrag stellt sofortigen steuerlich abzugsfähigen Aufwand dar. Für das entlastete Unternehmen hat dies zur Folge, dass es den steuerlich wirksamen Aufwand für künftige Pensionszahlungen vorziehen kann.

ZUSAMMENFASSUNG

Auch wenn die Rechtsprechung wegen ihrer Begründungen im Detail nicht leicht nachvollziehbar und in der Literatur auf Kritik gestoßen ist (Bareis, FR 2012, S. 385; Siegel, FR 2012, S. 388; M. Prinz, FR 2012, S. 409), ist sie im Ergebnis zu begrüßen. Im Zusammenhang mit einem Unternehmenserwerb stehende steuerpflichtige Erträge werden vermieden. Aus Sicht der Käufer werden damit asset deals steuerlicherseits risikoloser.

ERLEICHTERUNG DER ZUWANDERUNG AUSLÄNDISCHER FACHKRÄFTE – DIE BLAUE KARTE EU

von ***Franka Thomas***

Düsseldorf
Rechtsanwältin
fthomas@jonesday.com
++49 211 54065 509

Am 1. August 2012 ist in Deutschland das Gesetz zur Umsetzung der Hochqualifizierten-Richtlinie der Europäischen Union in Kraft getreten. Es bringt viele Erleichterungen für die Zuwanderung ausländischer Fachkräfte und leistet so einen wichtigen Beitrag zur Sicherung des Fachkräftebedarfs in Deutschland. Kernbestimmung der Umsetzung ist die Einführung der Blauen Karte EU, die als zentraler befristeter Aufenthaltstitel neben die nationale Regelung zur unbefristeten Niederlassungserlaubnis tritt.

VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE ERTEILUNG

In dem Bemühen, ausländische Fachkräfte zu gewinnen, hat Deutschland mit Einführung der Blauen Karte EU viele bislang bestehende Zuwanderungshürden beachtlich reduziert.

Das aufwendige Punkteverfahren wurde durch zwei Voraussetzungen ersetzt:

1. Der Antragsteller muss ein *abgeschlossenes Hochschulstudium* oder eine vergleichbare Qualifikation nachweisen.

   Von dem Gesetz profitieren damit in erster Linie ausländische Akademikerinnen und Akademiker, die in Deutschland ihren Beruf ausüben wollen.

2. Der Antragsteller muss einen *Arbeitsvertrag mit einem jährlichen Bruttogehalt in Höhe von mindestens 44.800* Euro nachweisen.

   Damit wurde die bisherige Gehaltsschwelle von 66.000 Euro deutlich gesenkt. Für so genannte Mangelberufe ist die Gehaltsgrenze sogar noch niedriger: für Naturwissenschaftler, Mathematiker, Ingenieure, Ärzte und IT-Fachkräfte beträgt sie 34.944 Euro pro Jahr.

KEINE VORRANGPRÜFUNG

Die bisher vorgesehene aufwendige Prüfung, ob deutsche Arbeitnehmer für die Besetzung des Arbeitsplatzes in Frage kommen, findet bei Überschreiten der Gehaltsmindestgrenzen nicht mehr statt.

AUFENTHALTSTITEL ZUNÄCHST NUR FÜR VIER JAHRE

Die Blaue Karte EU wird bei erstmaliger Erteilung auf die Laufzeit des Arbeitsvertrages zuzüglich dreier Monate, höchstens jedoch auf vier Jahre befristet. Bei 3-jährigem Fortbestand des Arbeitsvertrages – bei guten Deutschkenntnissen bereits nach zwei Jahren – erhalten die Inhaber der Blauen Karte EU eine unbefristete Niederlassungserlaubnis. Hat sich der Ausländer mit der Blauen Karte EU bereits in anderen EU-Mitgliedsstaaten aufgehalten, so werden diese Zeiten in der Berechnung berücksichtigt.

„WEITERWANDERUNG“ IN ANDERE MITGLIEDSSTAATEN DER EU

Die Blaue Karte EU eröffnet nach 18 Monaten die Möglichkeit, in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union umzuziehen und dort zu arbeiten. Bei dieser Weiterwanderung ist in den meisten EU-Mitgliedsstaaten kein Visum mehr notwendig. Dies ist ein deutlicher Vorteil gegenüber nationalen Aufenthaltstiteln. Ein Wechsel des Arbeitsplatzes innerhalb der ersten zwei Jahre nach Erhalt der Blauen Karte EU ist jedoch genehmigungspflichtig.

BEANTRAGUNG DER DEUTSCHEN STAATSBÜRGERSCHAFT

Nach 8 Jahren des gewöhnlichen und rechtmäßigen Aufenthaltes in Deutschland mit der Blauen Karte EU besteht für den Inhaber die Möglichkeit, die deutsche Staatsangehörigkeit zu erhalten (§ 10 Staatsangehörigkeitsgesetz).

FAMILIENANGEHÖRIGE UND EHEGATTEN

Ehegatten, Lebenspartner und Kinder von Inhabern der Blauen Karte EU dürfen mit nach Deutschland einreisen bzw. nachziehen. Der Nachweis von Deutschkenntnissen ist nicht erforderlich. Ehegatten und Lebenspartner dürfen darüber hinaus unmittelbar nach ihrer Einreise eine Erwerbstätigkeit in Deutschland ausüben.

VISUM ZUR ARBEITSPLATZSUCHE

Für ausländische Hochschulabsolventen besteht die Möglichkeit, auch ohne Nachweis eines konkreten Arbeitsplatzangebots ein Visum zur Arbeitsplatzsuche zu erhalten, das zu einem Aufenthalt von bis zu sechs Monaten zur Arbeitsplatzsuche in Deutschland berechtigt. Findet der Absolvent innerhalb dieses Zeitraums einen Arbeitgeber, muss er nicht wieder ausreisen, sondern kann die Blaue Karte EU direkt in Deutschland beantragen. Ausländische Absolventen deutscher Hochschulen dürfen zudem künftig 18 Monate – 6 Monate länger als zuvor – in Deutschland nach einer Beschäftigung suchen.

NEUERE ENTWICKLUNGEN IM URLAUBSRECHT

von ***Georg Mikes***

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

Urlaub stellt einen wichtigen Teilaspekt im laufenden Arbeitsverhältnis dar. Besondere Probleme in diesem Zusammenhang treten vor allem dann auf, wenn das laufende Arbeitsverhältnis nicht mehr ungestört fortgesetzt wird – etwa durch eine Langzeiterkrankung, eine Kündigung, oder den Tod des Arbeitnehmers. Hierauf bezieht sich der Großteil der neueren Entscheidungen.

URLAUBSABGELTUNG – AUFGABE DER „SURROGATSTHEORIE“

Das Bundesurlaubsgesetz („BUrlG“) geht vom Grundsatz aus, dass Urlaub jeweils im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen werden muss und andernfalls verfällt. Als Ausnahme davon ist eine Übertragung in das nächste Quartal möglich, wenn „dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen“ (§ 7 Abs. 3 S. 2 BUrlG). Gründe in der Person des Arbeitnehmers sind regelmäßig Krankheiten. Spätestens nach dem dreimonatigen Übertragungszeitraum verfällt der Urlaub, es sei denn, es träte eine weitere Ausnahme ein, nämlich eine über den Übertragungszeitraum hinaus vorliegende Arbeitsunfähigkeit. Die Berücksichtigung dieser Ausnahme war wegen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes geboten.

Ferner gilt, dass dann, wenn der Urlaub wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr genommen werden kann, eine finanzielle Abgeltung des Anspruchs vorzunehmen ist (§ 7 Abs. 4 BUrlG). Hierbei hatte das BAG bislang die Abgeltung als ein „Surrogat“ der eigentlichen Urlaubsgewährung behandelt und sein Verfallen deshalb an dieselben Fristen gemessen, die für das Verfallen des eigentlichen Urlaubsanspruchs gelten. Nachdem sich eine Aufgabe dieser Rechtsprechung bereits in einem früheren Urteil (vom 4. Mai 2010, 9 AZR 183/09) angedeutet hatte, hat das BAG nunmehr ausdrücklich die Surrogatstheorie aufgegeben. Im Urteil vom 19. Juni 2012 (9 AZR 652/10, Pressemitteilung 43/12) hat es den gesetzlichen Urlaubsabgeltungsanspruch als „reinen Geldanspruch“ bezeichnet, der „nicht dem Fristenregime“ des BUrlG unterliegt. Im Gegensatz zum Urteil von 2010 ist mittlerweile auch ganz ausdrücklich bestätigt, dass es dabei auf Arbeitsunfähigkeit nicht ankommt. Für Arbeitgeber bedeutet dies, dass Urlaub, der als solcher nicht verfallen ist, aber wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommen werden kann, regelmäßig abzugelten sein wird, und dass Arbeitnehmer den Abgeltungsanspruch auch nach dem 31. Dezember des Urlaubsjahres bzw. 31. März des Folgejahres geltend machen können. Der Abgeltungsanspruch unterliegt lediglich der dreijährigen Verjährungsfrist (§ 199 BGB) oder

einer eventuell vorher eingreifenden tariflichen oder vertraglichen Ausschlussfrist.

ALTERSABHÄNGIGE STAFFELUNG DER URLAUBSDAUER

Mit Urteil vom 20. März 2012 (9 AZR 529/10, Pressemitteilung 22/12) hat das BAG entschieden, dass es altersdiskriminierend ist, wenn ältere Arbeitnehmer mehr Urlaub erhalten als jüngere. Hier wäre also ausnahmsweise eine Diskriminierung der Jüngeren gegeben. Hintergrund des Falles war ein Sachverhalt, in dem ein Arbeitgeber bis zum 30. Lebensjahr des Arbeitnehmers 26 Tage Urlaub gewährte, bis zum 40. Lebensjahr 29 Tage, und nach dem 40. Lebensjahr 30 Tage. Geklagt hatte eine Arbeitnehmerin, die ihrem Alter entsprechend bereits Anspruch auf 29 Urlaubstage hatte, aber auch den 30. Tag verlangte. Das legitime Ziel, einem gesteigerten Erholungsbedürfnis älterer Beschäftigten zu entsprechen und daher die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, hat das BAG hier nicht anerkannt, weil es sich bei Beschäftigten bereits ab dem 30. bzw. 40. Lebensjahr „kaum begründen" lässt. Damit ist zwar nicht gesagt, dass in einem höheren Alter nicht doch ein rechtfertigendes gesteigertes Erholungsbedürfnis gesehen werden würde, doch kann Arbeitgebern kaum angeraten werden, hierauf zu setzen. Für Arbeitgeber besteht in diesen Fällen stets die Gefahr, dass – wie im entschiedenen Fall – eine Beseitigung der Diskriminierung durch Anpassung „nach oben" vorgenommen wird.

FREISTELLUNG UNTER ANRECHNUNG AUF DEN URLAUB

Häufig kommt es im Zusammenhang mit Kündigungen vor, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist von der Erbringung der Arbeitsleistung freistellen will. Regelmäßig ist dies mit dem Wunsch verbunden, hierbei eine Anrechnung des Urlaubs auf die Freistellungszeit vorzunehmen. Aus dem Urteil des BAG vom 17. Mai 2011 (9 AZR 189/10, Pressemitteilung 37/11) ergibt sich, dass der Arbeitgeber diese Freistellung sogar im Vorgriff auf das kommende Urlaubsjahr machen kann; dies wird relevant, wenn die Kündigungsfrist über ein Jahresende hinausgeht und die Freistellung im Januar fortgesetzt und auf den Urlaub des neuen Jahres erstreckt werden soll. Allerdings ist dem Urteil vor allem zu entnehmen, dass der Arbeitgeber sehr klar ausdrücken muss, ob sich die Anrechnung auf *Teilurlaub* bezieht oder der Anspruch auf *Vollurlaub* erfüllt werden soll. Das Risiko unklarer Erklärungen trägt der Arbeitgeber. Im entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber nämlich nur erklärt, der Arbeitnehmer werde ab sofort unter Anrechnung auf seine Urlaubstage unter Fortzahlung der Bezüge freigestellt. Diese Erklärung erfolgte im Zusammenhang mit

einer Kündigung, die sich später als unwirksam erwies. Der Arbeitnehmer nahm jedoch erst deutlich nach dem vorgesehenen Kündigungstermin seine Arbeit wieder auf. Wäre die Kündigung wirksam gewesen, wäre der Arbeitnehmer im Folgejahr nach Kündigungsausspruch so frühzeitig (erste Jahreshälfte) ausgeschieden, dass er in diesem Jahr nur einen Anspruch auf Teilurlaub gehabt hätte (gem. § 5 Abs. 1 c.) BUrlG). Es kam später zum Streit darüber, wie viel vom Urlaubsanspruch dieses Folgejahres bereits gewährt worden ist. Das BAG stellte sich auf die Seite des Arbeitnehmers. Es führte aus, dass die Erklärung des Arbeitgebers unklar war, zumal der Arbeitgeber angesichts der Kündigung davon ausging, es würde im Folgejahr nur ein Teilurlaubsanspruch entstehen, und dass der Arbeitgeber auch nur diesen Teilurlaubsanspruch erfüllen wollte. Es spricht viel dafür, dass dem Arbeitgeber die Notwendigkeit einer Gewährung oder Abgeltung weiteren Urlaubs im betreffenden Jahr erspart geblieben wäre, wenn er erklärt hätte, die Freistellung solle sich auf *jeglichen* Urlaub erstrecken.

VERFALLEN VON URLAUBSANSPRÜCHEN

Wie oben dargestellt, kommt Urlaubsabgeltung überhaupt nur dann in Betracht, wenn der Urlaub nicht verfallen ist. Wann ein Verfallen in Betracht kommt, wird im Urteil vom 9. August 2011 (9 AZR 425/10; Pressemitteilung Nr. 64/11) näher beleuchtet. Der klagende Arbeitnehmer war im Wesentlichen in den Jahren 2005 bis ca. Mitte 2008 durchgehend arbeitsunfähig krank und nahm dann seine Arbeit wieder auf. Im weiteren Verlauf des Jahres 2008 wurden ihm 30 Tage Urlaub gewährt. Er begehrte jedoch die Feststellung, dass ihm weitere 90 Tage Urlaub für die Jahre 2005 bis 2007 zustünden. Dies verweigerte ihm das BAG mit der Begründung, dass übertragene Urlaubsansprüche verfallen sind. Es führte hierzu aus, dass bei einem Arbeitnehmer, der so rechtzeitig wieder gesundet, dass er im Kalenderjahr einschließlich des Übertragungszeitraums in der verbleibenden Zeit den übertragenen Urlaub nehmen könne, an dieselben Verfallfristen gebunden sei wie sie für den Urlaub des betreffenden Kalenderjahres gelten. Für den Kläger bedeutete dies, dass eventuelle alte Urlaubsansprüche mit Ablauf des 31. Dezember 2008 verfielen. Von eventuellen alten Urlaubsansprüchen muss vorliegend deshalb gesprochen werden, weil es das BAG hier offen lassen konnte, ob und in welchem Umfang überhaupt die Ansprüche mehrerer Jahre angesammelt werden konnten. Zu dieser Fragestellung gibt es jedoch mittlerweile richtungweisende Entscheidungen des EuGH. Nachdem Rechtsprechung zeitweilig darauf hinzudeuten schien, dass arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer gewissermaßen unbegrenzt Urlaubsansprüche ansammeln könnten, änderte sich die Rechtsprechung. Mit Urteil vom 22. November 2011 (Rs. C-214/10) hat der EuGH eine tarifliche Übertragungsfrist von 15 Monaten nicht beanstandet. Viel spricht dafür, dass die vom EuGH gewählte Begründung auch auf den gesetzlichen Urlaub nach dem BUrlG anzuwenden wäre. Ein Ansammeln von Urlaub aus drei Kalenderjahren dürfte somit nicht mehr zu befürchten sein.

VERERBLICHKEIT

Nicht zuletzt hat sich das BAG auch mit der Frage der Vererblichkeit von Urlaubsabgeltungsansprüchen befasst. Dass ein verstorbener Mitarbeiter keinen Urlaub als solchen mehr antreten kann, versteht sich von selbst. Hingegen kann sehr wohl die Frage auftauchen, ob die Erben hieraus einen monetären Anspruch gegen den Arbeitgeber haben können. Der Streit hierüber kam auf, weil der verstorbene Mitarbeiter vor seinem Tod unter anderem in den Jahren 2008 und 2009 zwar formal beschäftigt, aber langfristig erkrankt war. Er konnte seinen Urlaub also nicht nehmen. Die Erben forderten deshalb Urlaubsabgeltung vom Arbeitgeber, und selbst das Landesarbeitsgericht hatte diesen noch zugesprochen. Anders jedoch das BAG: Es ging davon aus, dass der Urlaubsanspruch mit dem Tod des Arbeitnehmers erlischt und sich nicht nach § 7 Abs. 4 BUrlG in einen Abgeltungsanspruch umwandelt (Urteil vom 20. September 2011, 9 AZR 416/10, Pressemitteilung 72/11).

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.

© 2012 Jones Day. All rights reserved. Printed in the U.S.A.