

ARBEITSRECHT NEWS

KRANKHEITSBEDINGTE KÜNDIGUNG – STOLPERFALLE BETRIEBSRATSANHÖRUNG

von **Franka Thomas**

Düsseldorf
Rechtsanwältin
fthomas@jonesday.com
++49.211.5406.5500

Die krankheitsbedingte Kündigung eines Arbeitnehmers erfordert eine sorgfältige Vorbereitung und die Beachtung verschiedener Formalitäten, wenn der Arbeitgeber im Fall einer Kündigungsschutzklage vor Gericht Erfolg haben will. In Betrieben, die über einen Betriebsrat verfügen, ist dessen Anhörung vor Ausspruch der Kündigung nach § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG vorgeschrieben. Diese Anhörung geschieht häufig unvollständig oder fehlerhaft, was zur Folge hat, dass die ausgesprochene Kündigung bereits aus diesem Grund unwirksam ist und der gekündigte Arbeitnehmer einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung hat.

Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die notwendigen Bestandteile der Anhörung des Betriebsrats.

■ ZEITPUNKT DER ANHÖRUNG

Einerseits muss die Anhörung vor dem Ausspruch der Kündigung erfolgen. Anders als bei anderen Willenserklärungen kommt es bei der Kündigung nicht auf den Zugang beim Kündigungsempfänger an, sondern die Kündigung gilt bereits dann als ausgesprochen, wenn das Kündigungsschreiben den Machtbereich des Arbeitgebers verlassen hat. Eine nach diesem Zeitpunkt erfolgte Anhörung des

INHALT

Krankheitsbedingte Kündigung – Stolperfälle Betriebsratsanhörung	1
Mehr Kündigungsschutz in Kleinbetrieben	3
Betriebsbedingte Kündigung, Sozialauswahl und Altersgruppen	5
Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten bei der Besteuerung von „Stock Options“	7
Die Verdachtskündigung	9

Betriebsrats führt zur Unwirksamkeit der Kündigung, § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG.

Andererseits muss der Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Anhörung seinen Kündigungsentschluss bereits getroffen haben. Es reicht nicht aus, wenn der Arbeitgeber die Kündigung nur erwägt. Daher ist bspw. die Anhörung zur Kündigung bei einer angekündigten, aber noch nicht eingetretenen Arbeitsunfähigkeit unzureichend, da sich in diesem Fall der zur Kündigung berechtigte Sachverhalt noch nicht ereignet hat.

■ FORM DER ANHÖRUNG

Eine besondere Form der Anhörung schreibt das Gesetz nicht vor. Allerdings empfiehlt sich zu Beweis Zwecken eine schriftliche Anhörung. Der Erhalt des Anhörungsschreibens sollte von dem Vorsitzenden des Betriebsrats zudem schriftlich bestätigt werden, da nur auf diese Weise der für die ordnungsgemäße Anhörung beweispflichtige Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess die Anhörung und den Ablauf der Anhörungsfrist dokumentieren kann.

■ INHALT DER ANHÖRUNG

§ 102 BetrVG schreibt vor, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Person des Arbeitnehmers und die Kündigungsgründe informiert.

Die Gerichte haben diese Anforderungen konkretisiert. Zur Person des Arbeitnehmers sind dem Betriebsrat hiernach folgende Sozialdaten mitzuteilen: Name, Geburtsdatum, Lebensalter, Betriebszugehörigkeit, Familienstand und Unterhaltspflichten, soweit bekannt, Staatsangehörigkeit, in



größeren Betrieben Personalnummer und Arbeitsbereich, Schwerbehinderung oder Gleichstellung, soweit bekannt.

Zentraler Aspekt ist der Kündigungsgrund. Hierzu reicht die pauschale Aussage, dass die Kündigung aufgrund der krankheitsbedingten Fehlzeiten erfolgen soll, nicht aus. Vielmehr muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat zusätzlich alle Tatsachen mitteilen, auf die er die Kündigung stützen will:

Bei dauerhaft erkrankten Arbeitnehmern, bei denen feststeht, dass sie nicht mehr arbeitsfähig werden, reicht die Beifügung eines diesbezüglichen ärztlichen Attests oder Feststellungsbescheides des Sozialversicherungsträgers aus.

Bei Arbeitnehmern, die nicht dauerhaft erkrankt sind, muss der Arbeitgeber neben der Berechnung der bis dato angefallenen Fehltag ausführen, warum er davon ausgeht, dass auch in Zukunft mit Erkrankungen zu rechnen ist (negative Prognose).

Im Falle der Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen müssen darüber hinaus sämtliche nach den Jahreszeiträumen aufgeschlüsselte Fehltag seit Beschäftigungsbeginn sowie die zugrunde liegenden Krankheiten, soweit bekannt, dargelegt werden. Daneben muss der Arbeitgeber erläutern, inwieweit es durch die häufigen Kurzerkrankungen des Arbeitnehmers zu betrieblichen Ablaufstörungen kommt. Hier ist ein konkreter Vortrag notwendig, der es sinnvoll erscheinen lässt, langfristig im Vorfeld der Kündigung zu dokumentieren, wann es zu Mehrkosten aufgrund Vertretungen für den Arbeitnehmer oder Überstunden der Kollegen wegen der Fehlzeiten kam. Wenn die Kündigung auf Lohnfortzahlungskosten gestützt werden soll, ist die Darlegung dieser Kosten notwendig.

Weiterhin muss die Anhörung die Angabe enthalten, ob eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung ausgesprochen werden soll und zu welcher Frist diese wirksam wird.

Nach dem sogenannten Grundsatz der subjektiven Determination reicht es aus, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Gründe offen legt, die aus seiner Sicht die Grundlage der Kündigung darstellen. Es ist nicht entscheidend, ob diese Gründe letztlich objektiv die Kündigung tragen. Nur bewusst unvollständige oder unrichtige Darstellungen führen zur Unwirksamkeit der Anhörung (und damit der Kündigung). Gleiches gilt für das bewusste Verschweigen von Umständen, die

den Arbeitnehmer entlasten, z. B. ein ärztliches Attest, das die alsbaldige Gesundung prognostiziert.

Wenn der betroffene Arbeitnehmer einem Sonderkündigungsschutz gemäß § 15 des Kündigungsschutzgesetzes unterliegt (z. B. bei außerordentlicher Kündigung eines Betriebsratsmitglieds), ist überdies zu beachten, dass der Betriebsrat nicht lediglich angehört werden, sondern der Kündigung ausdrücklich zustimmen muss (Verfahren nach § 103 BetrVG). Falls der Betriebsrat diese Zustimmung nicht erteilt, besteht jedoch die Möglichkeit, diese gerichtlich ersetzen zu lassen.

■ FRIST ZUR STELLUNGNAHME

Die Frist zur Stellungnahme des Betriebsrats bei der ordentlichen Kündigung beträgt gemäß § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG eine Woche nach Zugang der Anhörung. Eine Aufforderung zur Stellungnahme hingegen ist nicht notwendig. Wenn der Arbeitgeber innerhalb dieser Frist sein Vorbringen wesentlich ergänzt, beginnt die Frist neu zu laufen. Wenn der Betriebsrat vor Ablauf der Frist abschließend Stellung zur beabsichtigten Kündigung nimmt, endet die Frist zu diesem Zeitpunkt. Um von einer derartigen abschließenden Stellungnahme ausgehen zu können, muss sich aus der Mitteilung des Betriebsrats eindeutig ergeben, dass dieser eine weitere Erörterung des Falles nicht mehr wünscht. Im Zweifel sollte der Arbeitgeber den Ablauf der Wochenfrist abwarten.

■ REAKTION DES BETRIEBSRATS

Der Betriebsrat kann gegenüber dem Arbeitgeber die Zustimmung zur beabsichtigten Kündigung ausdrücklich erklären. Ist dies der Fall, gilt das Anhörungsverfahren auch vor Ablauf der Frist des § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG als beendet.

Der Betriebsrat kann auch zu der Anhörung schweigen. In diesem Fall ist das Anhörungsverfahren erst nach Ablauf der gesetzlichen Ausschlussfrist beendet. Der Arbeitgeber kann in diesem Fall erst nach Ablauf dieser Frist die Kündigung aussprechen. Die Zustimmung zur Kündigung gilt nach Ablauf der Frist als erteilt, soweit es sich um eine ordentliche Kündigung handelt, § 102 Abs. 2 S. 2 BetrVG.

Der Betriebsrat kann förmlich mitteilen, dass er von einer Stellungnahme zu der beabsichtigten Kündigung absieht. In diesem Fall tritt im Fall der ordentlichen Kündigung die Zustimmungsfiktion mit dieser Mitteilung ein. Das Verfahren ist dann abgeschlossen und der Arbeitgeber kann nach

Erhalt der Mitteilung, also auch vor Ablauf der Wochenfrist, kündigen.

Gemäß § 102 Abs. 2 S. 1 BetrVG kann der Betriebsrat gegen die Kündigung Bedenken äußern. Diese Äußerung verbessert – im Gegensatz zum förmlichen Widerspruch des Betriebsrats – nicht die Stellung des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess. Vielmehr handelt es sich lediglich um eine Anregung, die vom Betriebsrat ausgeführten Gründe für die Bedenken in den Entscheidungsprozess des Arbeitgebers einfließen zu lassen. Wenn es sich bei der Äußerung der Bedenken um eine abschließende Stellungnahme handelt, ist das Verfahren abgeschlossen und der Arbeitgeber kann die Kündigung aussprechen.

Schließlich kann der Betriebsrat der Kündigung widersprechen, § 102 Abs. 3 BetrVG. Der Widerspruch muss nicht als solcher bezeichnet sein. Ausreichend ist, wenn aus der Mitteilung des Betriebsrats unmissverständlich hervorgeht, dass er die Kündigung ablehnt. Der Widerspruch muss auf einen der in § 102 Abs. 3 BetrVG genannten Gründe gestützt sein. Im Falle des Widerspruchs hat der Arbeitnehmer, wenn er Kündigungsschutzklage erhebt, einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung im Betrieb bis zu einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung über die Klage, § 102 Abs. 5 BetrVG. Diesem Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber dann nur mit dem Verfahren nach § 105 Abs. 1 S. 2 (Antrag auf einstweilige Verfügung bei Gericht) unter den dort genannten (strengen) Voraussetzungen entgegnet werden.

MEHR KÜNDIGUNGSSCHUTZ IN KLEINBETRIEBEN

von *Dr. Markus Kappenhagen*

Düsseldorf
Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht
mkappenhagen@jonesday.com
++49.211.5406.5500

■ DER KÜNDIGUNGSSCHUTZ FÜR ARBEITNEHMER GILT KÜNFTIG IN MEHR KLEINBETRIEBEN ALS BISHER. DAS FOLGT AUS EINEM JÜNGST ERGANGENEN URTEIL DES BUNDESARBEITSGERICHTS

Das Bundesarbeitsgericht (Urteil vom 24. Januar 2013, Az. 2 AZR 140/12 – bislang liegt nur die Presseerklärung des BAG vor, nicht die Urteilsgründe) hat den Begriff des



„Kleinbetriebs“, in dem nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG kein Kündigungsgrund erforderlich ist, neu definiert. Damit könnten viele bislang „kündigungsschutzfreie“ Kleinbetriebe in den Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes geraten. In Betrieben mit zehn oder weniger Mitarbeitern durfte der Arbeitgeber bislang ohne Gründe (von Ausnahmen in Sonderfällen abgesehen) kündigen. Der Grund: die oft persönliche Zusammenarbeit mit dem Chef und die i. d. R. geringe Finanz- und Verwaltungsausstattung in Kleinbetrieben. Künftig soll es nicht mehr nur auf die „eigenen“ Arbeitnehmer ankommen, sondern es sind auch längerfristig eingesetzte Leiharbeiter mitzuzählen.

Der beklagte Obsthändler beschäftigte zehn Arbeitnehmer und lag damit exakt unterhalb der Grenze, ab der das Gesetz eine Begründung (soziale Rechtfertigung) für eine Kündigung fordert. Der Obsthändler setzte jedoch darüber hinaus noch eine Leiharbeiterin ein. Diese Leiharbeiterin bezog das BAG nun überraschend in die Gesamtzahl der im Betrieb „beschäftigten Arbeitnehmer“ ein. Es komme nicht auf die Zahl der in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehenden Mitarbeiter an, sondern auf „die den Betrieb kennzeichnende regelmäßige Personalstärke“. Es dürfe nicht zwischen eigenen und entliehenen Arbeitnehmer unterschieden werden.

■ ZÄHLEN JETZT AUCH FREIE MITARBEITER MIT?

Dieses Urteil könnte weitreichende Konsequenzen haben. Nach Untersuchungen der gewerkschaftsnahen Hans-Böckler-Stiftung sind die Personalbewegungen in Kleinbetrieben

am höchsten; dort werden mehr Arbeitgeberkündigungen ausgesprochen als in großen Betrieben. Dies wird mit dem neuen Urteil nun erschwert: Das Bundesarbeitsgericht ersetzt den klaren Gesetzestatbestand „Arbeitnehmer“ durch den diffusen Begriff einer regelmäßigen „Personalstärke“. Inhaber von Kleinbetrieben müssen künftig vor Kündigungen genau zählen, wie viele Angestellte und längerfristig beschäftigte Leiharbeiter sie im Betrieb einsetzen. Letztere sind nun bei der Mindestzahl der „Arbeitnehmer“ hinzuzurechnen.

Angesichts der Weite des Merkmals „Personalstärke“ muss man aber auch fragen, ob künftig Handelsvertreter, längere Zeit im Betrieb tätige Software-Entwickler und andere freie Mitarbeiter ebenfalls als „Personal“ angesehen werden müssen. Das durchaus legitime unternehmerische Konzept, nur eine schlanke personelle Struktur bis unterhalb der Grenze zum Kündigungsschutz zu unterhalten, wird durch diese Rechtsprechung zunichte gemacht.

■ ZEITARBEITER WERDEN DER STAMMBELEGSCHAFT ANGENÄHERT

Das Urteil ist also durchaus kritikwürdig. Noch vor einigen Jahren hatte das BAG detailliert begründet, weshalb Leiharbeiter keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes sind (Urt. v. 22.10.2003, 7 ABR 3/03). Sie seien deshalb nicht mitzuzählen, wenn es um die Zahl der nach dem BetrVG zu wählenden oder von der Arbeit freizustellenden Betriebsratsmitglieder geht (§ 9, § 38 Abs. 1 BetrVG). Die Landesarbeitsgerichte zählten Leiharbeiter im Rahmen des § 23 KSchG ebenfalls nicht mit.

Offenbar sieht das BAG die Dinge nun anders. Das Urteil liegt aber auf einer Linie mit einer in Gesetzgebung und Rechtsprechung zu beobachtenden Tendenz: die Rechtstellung von Leiharbeitnehmern wird der von Stamm-Mitarbeitern angenähert, sofern es sich um längerfristige Einsätze handelt. 2001 wurde das BetrVG dahingehend geändert, dass für den Betriebsrat im Entleiherbetrieb auch Leiharbeiter wahlberechtigt sind, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden (§ 7 S. 2 BetrVG). Eine weitere Einbeziehung von längerfristig eingesetzten Leiharbeitnehmern in die Stammbeslegschaft erfolgte mit Urteil des BAG vom 18. Oktober 2011 (1 AZR 335/10): Seitdem müssen Arbeitgeber bei geplanten Betriebsänderungen das oft zeitraubende Interessenausgleichs- und Sozialplanverfahren durchführen, wenn sie zwar nicht mehr als 20 „eigene“ Arbeitnehmer haben, aber darüber hinaus Leiharbeiter einsetzen, die länger als drei Monate bei ihnen tätig sind.

Auch die Neuformulierung von § 1 I AÜG im Jahr 2011, wonach Arbeitnehmerüberlassung „vorübergehend“ erfolgt, dürfte die gleiche Stoßrichtung haben.

■ WEITERE KONSEQUENZEN?

Folge des aktuellen Urteils ist zunächst, dass in den betreffenden Betrieben für jede Kündigung der „eigenen“ Arbeitnehmer eine Begründung nach dem Kündigungsschutz erforderlich ist. Ob die „ehemaligen“ Kleinbetriebe das Risiko von Kündigungsschutzprozessen nun eher scheuen und auf Kündigungen verzichten werden, muss sich zeigen.

Die Wirkungen des Urteils können aber noch weitergehen: Auch bei anderen Schwellenwerten kann die Einbeziehung von Leiharbeitnehmern entscheidend werden, so z. B. beim Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit. Nach § 8 Abs.

7 Teilzeit- und Befristungsgesetz besteht ein Anspruch auf Arbeitszeitvergütung, wenn der Arbeitgeber mehr als 15 „Arbeitnehmer“ beschäftigt. Wenn hier „regelmäßig beschäftigte“ Leiharbeitnehmer mitzuzählen sind, ergeben sich für Kleinbetriebe unter Umständen erhebliche organisatorische Probleme, z. B. wenn mehrere (Stamm-) Mitarbeiter zeitgleich eine Herabsetzung ihrer Arbeitszeit wünschen. Ähnliches gilt für die Grenze von 20 Arbeitnehmern, ab der 5 % der Arbeitsplätze für Schwerbehinderte bereitgestellt werden müssen. Ab einer Arbeitnehmerzahl von 21 ist die Arbeitsagentur vorab zu unterrichten, wenn der Arbeitgeber mehr als fünf Arbeitnehmer entlassen will.

Das Urteil weist den Weg zu vielen betrieblichen Auseinandersetzungen.

BETRIEBSBEDINGTE KÜNDIGUNG, SOZIALAUSWAHL UND ALTERSGRUPPEN

von **Julia Zange**

Frankfurt
Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Maitre en droit
jzange@jonesday.com
++49.69.9726.3939



Nach dem Kündigungsschutzgesetz ist eine Kündigung u. a. dann sozial gerechtfertigt und wirksam, wenn sie durch „dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in dem Betrieb entgegenstehen“, bedingt ist (sog. betriebsbedingte Kündigung).

Voraussetzung ist, dass der Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers ersatzlos entfallen und kein passender freier Arbeitsplatz im Unternehmen verfügbar ist, auf dem er weiterbeschäftigt werden könnte. Der Arbeitgeber muss schließlich die soziale Situation des Arbeitnehmers bei seiner Auswahl zur Kündigung ausreichend berücksichtigt haben (sog. Sozialauswahl). Die Sozialauswahl, die nur bei betriebsbedingten Kündigungen Anwendung findet, ist in der Praxis eine häufige Fehlerquelle.

■ SOZIALAUSWAHL

Regelmäßig kommen mehrere Arbeitnehmer für eine Kündigung in Betracht. Die Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers hat dann nach definierten sozialen Gesichtspunkten zu erfolgen: Dauer der Betriebszugehörigkeit, Alter, Unterhaltungspflichten und eine Schwerbehinderung des Arbeitnehmers. Andere Faktoren – etwa Leistung, Leistungsbereitschaft, Erfolge, Beliebtheit, Teamfähigkeit und andere „Soft Skills“ – können grundsätzlich nicht berücksichtigt werden.

Mit der Sozialauswahl soll sichergestellt werden, dass die Kündigung denjenigen Arbeitnehmer trifft, der auf Grund der Sozialdaten am wenigsten auf die Fortführung des Arbeitsverhältnisses angewiesen ist. Das bedeutet zugleich, dass

die Kündigung nicht unbedingt denjenigen trifft, der bislang auf dem konkret wegfallenden Arbeitsplatz beschäftigt war (der Arbeitsplatz entfällt, nicht der Arbeitnehmer).

■ DURCHFÜHRUNG DER SOZIALAUSWAHL

Die Sozialauswahl bezieht sich auf alle vergleichbaren Arbeitnehmer des Betriebs.

Die in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer müssen nach ihrem Arbeitsvertragsinhalt vergleichbar, d. h. austauschbar sein, sog. *horizontale Vergleichbarkeit*. Der Arbeitgeber muss den Arbeitsplatz des jeweils anderen im Weg des Weisungsrechts zuweisen können (arbeitsplatzbezogene Austauschbarkeit).

Die Vergleichbarkeit bezieht sich grundsätzlich nur auf dieselbe Ebene der Betriebshierarchie. Es gibt keine vertikale Vergleichbarkeit, weder nach oben noch nach unten.

Steht der Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer fest, hat der Arbeitgeber die Sozialdaten ausreichend gegeneinander abzuwägen. Er kann als Hilfsmittel von einem eigenen Punkteschema ausgehen. Eine lineare Berücksichtigung des Lebensalters im Rahmen einer Punktetabelle bleibt trotz des Verbots der Altersdiskriminierung möglich, wenn dies durch legitime Zwecke gerechtfertigt ist.

Bei der Gewichtung der Sozialdaten hat der Arbeitgeber einen Beurteilungs- und Wertungsspielraum, der gerichtlich nur dahingehend zu überprüfen ist, ob alle Sozialfaktoren ausreichend berücksichtigt wurden.

■ AUSNAHMEN VON DER SOZIALAUSWAHL

Das Gesetz erlaubt enge Ausnahmen von der zwingenden Sozialauswahl. Arbeitnehmer, deren Weiterbeschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse liegt – insbesondere zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs (Stichwort: Altersgruppen) – können aus der Sozialauswahl herausgenommen werden. Das betriebliche Interesse muss also dergestalt sein, dass es ausnahmsweise das Interesse des sozial schutzbedürftigen Arbeitnehmers überwiegt. Dies erfordert eine intensive Interessenabwägung.

■ AUSGEWOGENE PERSONALSTRUKTUR

Die Personalstruktur erfasst zum einen die Altersstruktur: eine Ausgewogenheit der Altersstruktur setzt etwa voraus,

dass nicht nur älteren und umgekehrt nicht nur jüngeren Arbeitnehmern gekündigt wird.

Der Arbeitgeber kann Altersgruppen bilden und dann anteilmäßig aus den jeweiligen Altersgruppen kündigen. Beispiel: Altersgruppe 1 (bis 31 Jahre), Altersgruppe 2 (31 bis 40 Jahre), Altersgruppe 3 (41 bis 50 Jahre), Altersgruppe 4 (51 bis 60 Jahre), und Altersgruppe 5 (61 Jahre und älter).

Das Bundesarbeitsgericht sieht in der Bildung von Altersgruppen bislang keinen Verstoß gegen das Verbot der Altersdiskriminierung (siehe BAG v. 15. Dezember 2011, 2 AZR 42/10). Durch die Altersgruppen wird letztlich die stärkere Betroffenheit jüngerer Arbeitnehmer (kürzere Betriebszugehörigkeit und geringeres Alter als Nachteil bei der Sozialauswahl) ausgeglichen, somit hat die Bildung von Altersgruppen sogar einen antidiskriminierenden Effekt.

Eine Altersgruppenbildung ist zur Erhaltung der Altersstruktur der Belegschaft aber nur geeignet, wenn sie dazu führt, dass die bestehende Struktur gewahrt bleibt.

Sind mehrere Gruppen vergleichbarer Arbeitnehmer von den Entlassungen betroffen, muss eine proportionale Berücksichtigung aller Altersgruppen auch innerhalb der jeweiligen Vergleichsgruppen möglich sein (BAG v. 19. Juli 2012, Az. 2 AZR 352/11).

Ist etwa in einer Vergleichsgruppe eine proportionale Beteiligung aller Altersgruppen nicht möglich, weil bei drei Altersgruppen nur zwei Arbeitnehmer zur Kündigung anstehen, ist diese Altersgruppenbildung nicht zur Erhaltung der Altersstruktur der Belegschaft geeignet. Die Sozialauswahl hat dann innerhalb einer solch „reduzierten“ Vergleichsgruppe ohne Rücksicht auf Altersgruppen zu erfolgen. Damit ist die Bildung von Altersgruppen im Rahmen einer Sozialauswahl faktisch nur für größere Betriebe eine Option, wenn innerhalb der Altersgruppen die „Kündigungsquote“ tatsächlich angewendet werden kann.

Außerdem muss der Arbeitgeber innerhalb der einzelnen Vergleichsgruppen eine Sicherung der Altersstruktur durch die Bildung geeigneter Altersgruppen anstreben; das Ziel der Sicherung einer Altersstruktur auf Betriebsebene reicht nicht aus, um die Rechtmäßigkeit der gebildeten Altersgruppen anzunehmen.

STEUERLICHE GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN BEI DER BESTEUERUNG VON „STOCK OPTIONS“

von **Dr. Martin Bünning** und **Nikolaj Kubik**

Frankfurt
Rechtsanwalt, Steuerberater
mbuenning@jonesday.com
++49.69.9726.3939

Frankfurt
Rechtsanwalt
nkubik@jonesday.com
++49.69.9726.3939

■ BESTEUERUNG VON MITARBEITERAKTIONSOPTIONEN

Aktionsoptionsrechte gehören heutzutage zum Standardrepertoire in der Vergütungspraxis größerer Unternehmen und spielen gerade in Geschäftsführer- und Vorstandsverträgen sowie bei sonstigen leitenden Angestellten eine wichtige Rolle. Der Mitarbeiter erhält durch sie das Recht, nach Ablauf einer Sperrfrist eine bestimmte Anzahl von Unternehmensaktien zu einem vorher festgelegten Preis (Ankaufspreis) zu erwerben.

Aufgrund entsprechender Vereinbarungen gewährte Aktionsoptionsrechte können grundsätzlich zu Arbeitslohn führen, der vom Arbeitnehmer zu versteuern ist. Der Arbeitslohn fließt dabei nicht bereits mit der Gewährung der Aktienoption, sondern regelmäßig erst mit Ausübung der Option und Einbuchung der Aktien in das Depot des

Arbeitnehmers zu (Zuflusszeitpunkt). Die Höhe des zu versteuernden Einkommens bestimmt sich aus der Differenz von Kurswert im Zuflusszeitpunkt und dem im Optionsvertrag vereinbarten Ankaufspreis.

Je nach Entwicklung des Aktienkurses kann sich bis zum Ausübungszeitpunkt eine erhebliche Wertsteigerung ergeben, mit der Folge einer entsprechenden Steuerbelastung. Es stellt sich für den Mitarbeiter die Frage, ob sich durch eine entsprechende Gestaltung die Steuerlast minimieren lässt, indem beispielsweise der steuerlich relevante Zufluss auf einen Zeitpunkt vorgezogen werden kann, zu dem der Wert der Aktienoption noch gering ist und die eigentliche Wertsteigerung der Aktien bis zum Ausübungszeitpunkt steuerlich nicht mehr von der Einkommensteuer bzw. der Lohnsteuer des Mitarbeiters erfasst wird.

■ VORGEZOGENER ZUFLUSSZEITPUNKT

Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Urteil vom 18. September 2012 (Az. VI R 90/10) entschieden, dass der geldwerte Vorteil einer Aktienoption dem Mitarbeiter auch bei einer Übertragung auf eine ihm gehörige Kapitalgesellschaft zufließt und zwar auch dann, wenn keine angemessene Gegenleistung vereinbart wird (sog. verdeckte Einlage). Entscheidend für den Zeitpunkt des Zuflusses ist, dass



der Mitarbeiter den vom Arbeitgeber zugewendeten Vorteil „verwertet“, d.h. ihn sich wirtschaftlich einverleibt.

Übt der Mitarbeiter – wie im Regelfall – das Optionsrecht selbst aus, fließt der geldwerte Vorteil im Zeitpunkt der Einbuchung der Aktien in das Depot zu. Dies gilt jedoch nicht, soweit der Mitarbeiter bereits vorher über das Optionsrecht verfügt hat.

Nach Auffassung des BFH ist dies der Fall, wenn der Mitarbeiter die Optionsrechte im Wege der verdeckten Einlage auf „seine“ GmbH überträgt. Der Zufluss des geldwerten Vorteils wird also in diesem Fall auf den Zeitpunkt der Übertragung der Optionsrechte vorgezogen. Dem Mitarbeiter fließt daher auch nur der Wert der Option bzw. der Aktie zu diesem Zeitpunkt zu. Ergibt sich nach dieser verdeckten Einlage eine weitere Wertsteigerung der Aktie und übt die Kapitalgesellschaft die Option zum Ausübungszeitpunkt aus, bleibt die weitere Wertsteigerung zunächst unbesteuerter. Zu einer Besteuerung der stillen Reserven kommt es erst bei der Veräußerung der Aktien durch die Kapitalgesellschaft. Derartige Veräußerungsgewinne (und Dividenden) sind bei Kapitalgesellschaften grundsätzlich i.H.v. 95 % von der Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer befreit. Unter Berücksichtigung der Steuerbefreiung fallen daher Steuern i.H.v. ca. 1,6 % des Veräußerungsgewinns an. Schüttet die Kapitalgesellschaft den Veräußerungsgewinn an den Gesellschafter/ Mitarbeiter aus, fällt im Privatvermögen Abgeltungssteuer in Höhe von 25 % zuzüglich Solidaritätszuschlag und gegebenenfalls Kirchensteuer an. Selbst bei einer Vollausschüttung beträgt die Gesamtsteuerbelastung mithin weniger als 30 % auf den Gewinn aus der Aktienoption, während bei unmittelbarer Ausübung durch den Mitarbeiter Einkommensteuer (gegebenenfalls Reichensteuer) von bis zu 45 % zuzüglich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer angefallen wäre.

Nach Ansicht des BFH liegt bei derartigen Steuergestaltungen grundsätzlich kein Gestaltungsmissbrauch vor, auch wenn die Gestaltung zu geringeren steuerlichen Belastungen führt.

■ STEUERPLANUNG IM ZUSAMMENHANG MIT MITARBEITERAKTIONEN

Das Urteil des BFH lässt Raum für individuelle Steuerplanung im Zusammenhang mit Mitarbeiteraktienoptionen insbesondere bei Geschäftsführern, Vorständen und weiteren leitenden Angestellten mit relativ hohen Einkommen und

einem hohen Anteil an variablen Vergütungen in Form von Aktienoptionen.

Denkbar ist beispielsweise die nachstehende Gestaltung:

Der Geschäftsführer A gründet eine GmbH zur privaten Vermögensverwaltung. A ist Begünstigter eines Stock Option Plans seines Arbeitgebers und erhält im Mai 2013 die (übertragbare) Option zum Erwerb von 1.000 Aktien des amerikanischen Mutterunternehmens zu einem Ausübungspreis von € 10/ Aktie. Bei der Einräumung der Option beträgt der Börsenkurs € 18/ Aktie. Der früheste Ausübungszeitpunkt ist der 31. Mai 2015.

A überträgt seine Optionen auf seine GmbH im Wege der verdeckten Einlage am 15. August 2013. An diesem Tag notiert die Aktie des Mutterunternehmens mit € 16. Am 31. Mai 2015 hat sich der Börsenkurs der Aktie auf € 32 erhöht. Die GmbH erwirbt 1.000 Aktien zum Ausübungspreis von € 10.

Lösung:

Dem A sollte im Zeitpunkt der Übertragung der Aktienoption ein geldwerter Vorteil in Höhe von € 6.000 zufließen (€ 16.000 Börsenkurs der Aktien ./. € 10.000 Ausübungspreis), der zu versteuern ist.

Im Zeitpunkt der Ausübung der Option durch die GmbH fließt dem A kein (weiterer) geldwerter Vorteil mehr zu. Bei der GmbH liegt ein erfolgsneutraler Anschaffungsvorgang vor. Spätere Dividendeneinkünfte oder Veräußerungsgewinne sollten bei der GmbH zu 95 % steuerfrei sein.

Bei der Gestaltung ist neben den Gegebenheiten jedes Einzelfalls zu berücksichtigen, dass Veräußerungsgewinne und Dividenden bei der GmbH derzeit nicht von der Besteuerung zu 95 % freigestellt wären, sofern die Aktien von der Kapitalgesellschaft mit dem Ziel erworben wurden, diese kurzfristig weiter zu veräußern. Mit dem Jahressteuergesetz 2013 sollte diese Regelung auf Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute beschränkt werden. Aufgrund der derzeitigen politischen Konstellation hat der Bundestag das Gesetz jedoch noch nicht verabschiedet, obwohl diese spezielle Gesetzesänderung zwischen den politischen Lagern nicht umstritten war.

DIE VERDACHTSKÜNDIGUNG

von **Georg Mikes**

Frankfurt
Rechtsanwalt/Fachanwalt für Arbeitsrecht
gmikes@jonesday.com
++49.69.9726.3939

In den vergangenen Jahren hat sich die Rechtsprechung verstärkt mit einer besonderen Form der Kündigung befasst, die in der breiteren Öffentlichkeit weitgehend unbekannt ist und auch bei Personalabteilungen eher selten ins Blickfeld rückt: die Rede ist von der sogenannten Verdachtskündigung.

■ DAS WESEN DER VERDACHTSKÜNDIGUNG

In der Sache geht es darum, dass ein Arbeitnehmer (oder auch ein Organmitglied wie etwa ein Geschäftsführer oder Vorstand) mit der Begründung gekündigt wird, es bestehe gegen ihn der *Verdacht* einer schwerwiegenden Pflichtverletzung. Die Kündigung wegen eines bloßen Verdachts mutet vielfach etwas seltsam an, denn unbestritten kann die Verdachtskündigung dazu führen, dass der Arbeitnehmer die Pflichtverletzung gar nicht begangen hat und dennoch wirksam gekündigt wird. Kündigungsgrund ist eben nicht die erwiesene *Tat*, sondern „nur“ das Bestehen des *Verdachts*. Dennoch steht der Kündigungsgrund des Verdachts an sich gleichrangig neben dem der erwiesenen *Tat*. Dies führt bereits zur Kernproblematik der Verdachtskündigung, nämlich den Arbeitnehmer vor unberechtigter Anschuldigung und Kündigung zu schützen. Allerdings geht es aus der Sicht des Arbeitgebers eben auch darum, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu ermöglichen, wenn der Arbeitgeber wegen der Art und Schwere des Verdachts kein Vertrauen mehr zu dem betreffenden Arbeitnehmer haben kann, mag auch die theoretische Möglichkeit bestehen, dass der Arbeitnehmer in Wirklichkeit unschuldig ist. Dies verdeutlicht bereits, dass es um die nahezu philosophische Frage geht, wie in einem solchen Fall Gerechtigkeit herzustellen ist.

Klar ist immerhin eines: Es geht um eine besondere Form der *verhaltensbedingten Kündigung*. Sie wird meist in Form der außerordentlichen Kündigung vorliegen, aber dies ist nicht zwingend. Meist wird ein strafrechtlich relevanter Vorwurf vorliegen. Das BAG betont aber, dass es nicht entscheidend ist, dass ein Straftatbestand zu Grunde liegt. Wesentlich ist vielmehr eine arbeitsrechtliche Betrachtung, wonach es um einen Verstoß gegen eine „vertragliche Haupt- oder Nebenpflicht“ geht (BAG, Urteil vom 21. Juni 2012, 2 AZR



694/11; in dem betreffenden Fall ging es gleichwohl um eine Bestechung, also einen Straftatbestand).

■ BESONDERHEITEN DER VERDACHTSKÜNDIGUNG

Um den Arbeitnehmer vor leichtfertiger Verdächtigung zu schützen, muss der Verdacht *dringend* sein. Dieses schwer fassbare Kriterium, für das der Arbeitgeber die volle Beweislast trägt, bereitet in der Praxis oft Auslegungsschwierigkeiten, denn wenn der Arbeitgeber Gewissheit hätte, müsste er sich nicht mit der Verdachtskündigung befassen, sondern würde gleich eine *Tatkündigung* aussprechen. Die Umstände, die den dringenden Verdacht begründen, dürfen nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht ebenso gut durch ein Geschehen zu erklären sein, das eine außerordentliche Kündigung nicht zu rechtfertigen vermag (BAG, Urteil vom 21. Juni 2012, 2 AZR 694/11). Argumentative Ansatzpunkte für den Arbeitgeber sind insbesondere eine eventuelle Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft oder die Eröffnung eines strafrechtlichen Hauptverfahrens bzw. auch und erst recht eine mögliche strafrechtliche Verurteilung. Zumindest bei Letzterer kann aber ebenso gut bereits eine *Tatkündigung* ausgesprochen werden, selbst wenn es sich um eine Verurteilung im Indizienprozess gehandelt haben sollte.

Anders als eine *Tatkündigung* setzt eine Verdachtskündigung zwingend eine vorherige *Anhörung* des betroffenen Arbeitnehmers voraus. Bei der *Anhörung* ist es wichtig, dass der Arbeitnehmer in substantiiertem Maße mit dem Tatvorwurf konfrontiert wird, denn er muss sich seinerseits substantiiert äußern können. Die Konfrontation mit Wertungen oder

allzu allgemein gehaltenen Vorwürfen genügt daher nicht. Hingegen ist die Vorlage von Beweismitteln oder die Konfrontation mit Belastungszeugen zumindest nach bisheriger Rechtsprechung nicht verlangt worden. Bestimmte formelle Kriterien hat die Rechtsprechung hierbei nicht aufgestellt. So ließ es beispielsweise das BAG genügen, dass der Arbeitnehmer sich hätte mündlich äußern können und der Arbeitgeber eben nicht vorab einen Fragenkatalog übersandte und auch keine einwöchige Stellungnahmefrist setzte (BAG, Urteil vom 24. Mai 2012, 2 AZR 206/11). Nicht einmal der Hinweis auf die Kündigungsabsicht wurde vom BAG verlangt, allerdings wurde vorausgesetzt, dass eine Bestandsgefährdung des Arbeitsverhältnisses erkennbar war.

Für den Arbeitnehmer wiederum gilt, dass er sich zwar nicht äußern muss. Tut er dies jedoch nicht, oder äußert er sich nur pauschal (etwa durch kategorisches Zurückweisen des Vorwurfs ohne weitere Einzelheiten), obwohl er mit substantiierten Tatsachen konfrontiert ist und auf diese auch substantiierter eingehen könnte, darf der Arbeitgeber dies regelmäßig als Verdachtsverstärkung werten.

■ DER BEGINN DER KÜNDIGUNGSFRIST

Erwägt der Arbeitgeber eine außerordentliche Verdachtskündigung, gelten an sich genau dieselben Fristbestimmungen wie auch für eine Tat Kündigung: Sie ist innerhalb von zwei Wochen seit Kenntnis von den maßgebenden Tatsachen vorzunehmen (§ 626 Abs. 2 BGB). Hier gesteht die Rechtsprechung dem Arbeitgeber einen nicht unerheblichen Beurteilungsspielraum zu. Solange er nur jeweils die Zweiwochenfrist beachtet, kann er beispielsweise nach dem Ergebnis der Anhörung kündigen, die meist die eigenen Ermittlungen des Arbeitgebers abschließt (und hierbei selbst festlegen, wann er hinreichende Gewissheit von der Dringlichkeit des Verdachts hat), oder das Ergebnis eventueller staatsanwaltlicher Ermittlungen abwarten, die Anklageerhebung vor dem Strafgericht, oder gar die Eröffnung des Hauptverfahrens. Nach der Rechtsprechung kann es demnach sogar mehrere Zeitpunkte geben, an denen eine entsprechende Frist beginnt, und es wird dem Arbeitgeber auch zugestanden, vor diesem Hintergrund nochmals zu kündigen, weil etwa die Erhebung der öffentlichen Klage als „verdachtsverstärkender“ Gesichtspunkt anerkannt ist (BAG, Urteil vom 27. Januar 2011, 2 AZR 825/09).

■ PROZESSTAKTISCHE ÜBERLEGUNGEN

Nach dem Vorstehenden wird es vielfach für den Arbeitgeber sinnvoll sein, von der Möglichkeit der erneuten Kündigung Gebrauch zu machen. Ferner kann es Fälle geben, in denen er die Tatbegehung eigentlich als erwiesen ansieht, sicherheitshalber jedoch auch eine Verdachtskündigung aussprechen will. Dies ist prinzipiell möglich und sinnvoll, kann aber zusätzliche Herausforderungen mit sich bringen, denn Tat- und Verdachtskündigung gelten formal als unterschiedliche Kündigungsgründe. Deshalb ist in diesen Fällen ein gegebenenfalls vorhandener Betriebsrat sowohl zur Tat Kündigung als auch zur Verdachtskündigung anzuhören. Zudem ist hinsichtlich der Verdachtskündigung dem Betriebsrat auch mitzuteilen, wie sich der Arbeitnehmer bei seiner Anhörung geäußert hat. Es laufen daher unter Umständen gänzlich unterschiedliche Fristen, die es sorgsam zu koordinieren und jeweils separat einzuhalten gilt. Je nach den genauen Umständen kann dem Arbeitgeber manchmal auch helfen, dass er hinsichtlich der denkbaren Tat Kündigung den Arbeitnehmer immerhin auch anhören darf, so dass sich ein Gleichlauf von Tat- und Verdachtskündigung herstellen lässt. Eine Sorge brauchen Arbeitgeber immerhin nicht zu haben, nämlich dass bei praktisch feststehender Tatbegehung durch den Arbeitnehmer die bloße Verdachtskündigung die falsche Wahl gewesen sein könnte. Denn die Rechtsprechung geht davon aus, dass beide Kündigungsvarianten nicht zusammenhanglos nebeneinander stehen. Ist das Gericht von der Tatbegehung überzeugt, wird es auch die bloße Verdachtskündigung als wirksam ansehen. Allerdings müssen deren weitere Voraussetzungen vorliegen. Demnach wäre es beispielsweise fatal für den Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer die Tat zwar begangen hat und das Gericht davon auch überzeugt ist, die Kündigung aber erkennbar als alleinige Verdachtskündigung ausgesprochen wurde, ohne dass zuvor der Arbeitnehmer angehört wurde.

2013 ANNUAL EUROPEAN LABOR & EMPLOYMENT CONFERENCE

EUROPEAN UNION LABOR REFORMS REAL CHANGE OR POLITICAL WINDOW DRESSING?

Venue

Jones Day
2 rue Saint-Florentin
75001 Paris

Thursday, 18 April 2013

12.00	Registration
12.30	Buffet Lunch & Keynote Speaker
14.00	Workshop
17.30	Cocktail Reception

TOPICS TO BE DISCUSSED, INCLUDING:

Managing a Global Workforce in the Face of EU Labor Reforms

- A review of the impact of the 2012 overhaul of the unfair dismissal legislation in the **UK**.
- Considering the impact of the **Italian** comprehensive 2012 labor law reform on collective dismissals.
- The newly executed (January 2013) **French** inter-professional collective national bargaining agreement.

The European Restructuring Landscape in 2013

- Will the proposed changes to the **UK** collective consultation regime and the significant reform of transfer of undertakings law change the landscape?
- An update on the 2012 **Spanish** urgent measures for reform of the labor market, including authorisation for collective dismissals and the requirement for an out-placement plan.
- How the **German** labor market resisted the European economic crisis: short-time work, “transfer companies” and other governmental tools.

The Electronic Jungle—Managing Social Media Issues in the EU Workplace

- Can a global employer have consistent policies in the EU, bearing in mind the recent reforms in **Spain** on the monitoring of employees?
- The **French** approach to an employee's right to privacy and potential harassment by employers.
- Update on **Belgian** case law, the use of social media, and its influences on labor and employment with respect to social media use during working hours and potential exposure of employees in a social media forum.

Shifting Sands on Data Privacy

- **EU** reforms: An update on the EU Commission's support for enhanced EU data protection rules—increasingly tighter laws on employee data legislation and data export.
- **US** litigation and discovery of documents: A transatlantic conflict with EU data protection law.

OUR SPEAKERS AND PANELLISTS:

Our speakers include experienced members of the Jones Day Labor & Employment team from the US, the UK, France, Germany, Spain, Italy and Belgium.

We will also be joined by the following panellists, who will share their wealth of global experience.

WHO SHOULD ATTEND:

The session is intended for senior managers, HR professionals, in-house counsel and board members who have responsibility for managing a global workforce.

RSVP:

Please RSVP to jdparis@jonesday.com if you would like to attend this conference.

Instructions on how to obtain CLE credit will be provided at the conference.

WEBINAR:

A webinar will be available for participation. For further information and to register, please contact James O'Shea at joshea@jonesday.com.

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

Königsallee 61
40215 Düsseldorf
Tel.: ++49.211.5406.5500
Fax: ++49.211.5406.5501

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
AMSTERDAM
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.