

# ARBEITSRECHT NEWS

## INTERESSENAUSGLEICH MIT NAMENSLISTE

von **Dr. Markus Kappenhagen**

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

In Betrieben mit Betriebsrat muss der Unternehmer, wenn er insgesamt mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt, vor einem größeren Personalabbau einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat verhandeln. Lässt sich der Betriebsrat auf einen „Interessenausgleich mit Namensliste“ ein, bietet dies für den Arbeitgeber erhebliche Vorteile. Dies hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in einem kürzlich veröffentlichten Urteil vom 27. September 2012 (2 AZR 516/11) noch einmal bekräftigt.

Der Abschluss des Interessenausgleichs schützt den Arbeitgeber nicht davor, dass einzelne Arbeitnehmer gegen die Kündigung klagen, z. B. mit dem Argument, die Sozialauswahl sei unrichtig vorgenommen worden. In diesem Prozess kann der Arbeitnehmer schlicht die betriebsbedingten Gründe bestreiten. Der Arbeitgeber muss sodann beweisen, dass die Kündigung „durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt“ ist (§ 1 Abs. 2 Kündigungsschutzgesetz, (KSchG)). Dies ist in der Praxis oft nicht einfach, Kündigungsschutzprozesse sind für Arbeitgeber nicht leicht zu gewinnen. Der zuvor mit dem Betriebsrat geschlossene Interessenausgleich über den Personalabbau nützt dem Unternehmer in diesem Kündigungsschutzprozess nicht viel.

### INHALT

Interessenausgleich mit Namensliste	1
Kostenfaktor Betriebsrente – Neues zur Rentenanpassungsprüfung	4
„Es wird Sommer“ oder „Die Regelungen des Bundesurlaubsgesetzes“	6
Betriebsverfassungsrechtliche Fragen beim Betriebsübergang	9



Eine deutlich bessere Ausgangsposition hat der Arbeitgeber, wenn er mit dem Betriebsrat die Arbeitnehmer, denen wegen der Betriebsänderung gekündigt werden soll, im Interessenausgleich namentlich bezeichnet hat (§ 1 Abs. 5 KSchG). Dann ist es der klagende Arbeitnehmer, der im Prozess darlegen und beweisen muss, weshalb sein Arbeitsplatz trotz der Betriebsänderung noch vorhanden ist oder wo im Betrieb oder Unternehmen er weiter beschäftigt werden kann. Es kommt also zu einer Umkehr der sog. „Beweislast“. Dies erhöht die Chancen des Arbeitgebers beträchtlich, den Kündigungsschutzprozess zu gewinnen.

Wegen dieser weitreichenden Folgen für die Mitarbeiter sind manche Betriebsräte schon grundsätzlich nicht bereit, eine solche Namensliste zu vereinbaren. Andere verlangen eine besser dotierte Abfindungsformel im Sozialplan. Arbeitgeber sollten jeweils sorgfältig prüfen, ob es sinnvoll ist, eine Namensliste anzustreben. Bei Komplettschließungen wird dies in der Regel nicht notwendig sein, weil der Arbeitgeber in einer solchen Konstellation ohnehin

eine gute Ausgangsposition für Kündigungsschutzprozesse hat. Geht es jedoch nur um eine Personalreduktion, bietet ein Interessenausgleich mit Namensliste erhebliche Vorteile.

#### ■ VORAUSSETZUNGEN EINER WIRKSAMEN NAMENSLISTE

Die Anforderungen an die Namensliste sind wie folgt:

Zunächst muss eine interessenausgleichspflichtige Betriebsänderung zugrunde liegen. Ein „freiwilliger“ Interessenausgleich reicht laut BAG nicht aus. Die Namensliste muss vollständig sein, eine „Teil-Namensliste“, bei der sich Arbeitgeber und Betriebsrat nicht auf alle zu kündigenden Arbeitnehmer einigen, genügt ebenfalls nicht. Die Namensliste muss die Arbeitnehmer (mit Vornamen, Nachnamen, ggf. Personalnummer) so zweifelsfrei bezeichnen, dass keine Verwechslungen möglich sind. Die Liste muss entweder Teil des Interessenausgleichs-Textes oder aber mit diesem fest verbunden sein. Aus Gründen der Vorsicht empfiehlt es sich,



die Namensliste noch einmal gesondert zu unterzeichnen und darin auf den Interessenausgleich Bezug zu nehmen.

Diese tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG muss der Arbeitgeber vortragen und beweisen.

#### ■ PROZESSUALE VORTEILE DES INTERESSENAUSGLEICHS MIT NAMENSLISTE

Ist dies geschehen, greift die gesetzliche Vermutungswirkung ein.

Das Gericht geht also zunächst davon aus, dass der Arbeitsplatz in Folge einer unternehmerischen Entscheidung weggefallen ist und dass andere vergleichbare Arbeitsplätze nicht bestehen, auf denen der Arbeitnehmer hätte weiterbeschäftigt werden können. Ferner wird vermutet, dass der Arbeitgeber den Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer bei der Sozialauswahl zutreffend gezogen hat. Auch wird die Sozialauswahl nur auf „grobe Fehlerhaftigkeit“ überprüft.

Damit steht den Betriebsparteien ein gewisser Spielraum zu, auf welche Weise sie die Sozialauswahlkriterien (Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltsverpflichtungen, Schwerbehinderung) gewichten. Die Grenze zur groben Fehlerhaftigkeit ist nicht überschritten, solange „gut nachvollziehbare und ersichtlich nicht auf Missbrauch zielende Überlegungen für die getroffene Eingrenzung des auswahlrelevanten Personenkreises sprechen“ (BAG vom 3. April 2008, 2 AZR 879/06).

An dieser Stelle wird es für den klagenden Arbeitnehmer im Prozess unter Umständen schwierig. Will er die gesetzliche Vermutung widerlegen, muss er den Beweis des Gegenteils führen (§ 292 ZPO).

Eine bloße Erschütterung der Vermutung – das wurde durch die Entscheidung des BAG vom 27. September 2012 noch einmal bestätigt – reicht nicht aus, den Beweis für die Unwirksamkeit der Kündigung zu führen. Der klagende Arbeitnehmer muss substantiiert Tatsachen vortragen, die die betriebsbedingten Gründe nicht nur in Zweifel ziehen, sondern ausschließen. Er muss darlegen, weshalb sein Arbeitsplatz trotz der Betriebsänderung noch vorhanden ist bzw. auf welchem freien Arbeitsplatz er weiter beschäftigt werden könnte. Beschränkt sich der Arbeitnehmer – wie im normalen Kündigungsschutzprozess – auf einfaches Bestreiten, muss der Arbeitgeber – so das BAG – nicht etwa erläutern, wie sein der Kündigung zugrundeliegendes Konzept aussieht und inwieweit dies zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger führt. Vielmehr werden die „dringenden betrieblichen Erfordernisse“ ohne weiteren Vortrag des Arbeitgebers vermutet. Das BAG legt dem Arbeitgeber allerdings die Pflicht auf, die im Interessenausgleich beschriebene Betriebsänderung soweit gegenüber dem Gericht zu verdeutlichen, dass der Arbeitnehmer in die Lage versetzt wird, seiner Darlegungs- und Beweislast nachzukommen. Der Arbeitnehmer muss seinerseits die ihm zur Verfügung stehenden Informationsmöglichkeiten, zu denen auch eine Nachfrage beim Betriebsrat gehören kann, ausschöpfen und entsprechend im Prozess vortragen.

#### ■ FAZIT

Ein Interessenausgleich mit Namensliste bringt üblicherweise einen „teureren“ Sozialplan mit sich. Diese Mehrkosten können sich aber lohnen, wenn der Arbeitgeber mit Kündigungsschutzprozessen rechnen muss.





## KOSTENFAKTOR BETRIEBSRENTE – NEUES ZUR RENTENANPASSUNGSPRÜFUNG

von **Georg Mikes**

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

Großzügig bemessene Pensionszusagen aus vergangenen Zeiten stellen für zahlreiche Unternehmen heute eine erhebliche Last und manchmal sogar eine wirtschaftliche Gefährdung dar. Zugleich haben Arbeitgeber bislang praktisch keine Möglichkeit, sich von Pensionslasten gegenüber heutigen Rentenbeziehern zu befreien, selbst wenn auch deshalb die aktive Belegschaft um so weniger vorteilhafte Betriebsrenten genießt. Vor diesem Hintergrund kann eine jüngst ergangene Entscheidung des BAG ein gewisses Licht am Ende des Tunnels darstellen, eine andere immerhin punktuelle Klarheit schaffen.

### ■ URTEIL VOM 18. SEPTEMBER 2012

Der Sachverhalt dieser Entscheidung (3 AZR 431/10) ist im Wesentlichen davon geprägt, dass dem später klagenden Betriebsrentner im Jahre 1972 eine Pensionszusage gemacht wurde, die eine Gesamtversorgung zum Inhalt hatte. Es wurde also ein bestimmtes Ruhestands-Rentenniveau versprochen, in dem die betriebliche Leistung nicht zuletzt auch von der Höhe der staatlichen Rente abhing. Ferner nahm die Betriebsrentenzusage Bezug auf die „für die Werksangehörigen jeweils geltenden Richtlinien“ (sogenannte Jeweiligkeitsklausel). Zum Zeitpunkt der individuellen Pensionszusage galten Pensionsrichtlinien aus dem Jahr 1966, die keine Anpassungsregeln für die Rentenbezugsphase vorsahen. Teils vor und teils nach dem

Eintritt des Klägers in den Ruhestand im Jahre 1991 gab es im Konzern diverse Änderungen des Betriebsrentensystems durch entsprechende Vereinbarungen mit dem Betriebsrat. Ab dem Jahr 2008 gab es einen Rechtsstreit mit dem Kläger über Fragen, die vor allem mit der Art und Höhe der Betriebsrentenanpassungen zu tun hatten. Der Rechtsstreit gab dem BAG Gelegenheit, einige Feststellungen zu treffen, die teilweise auch über das Betriebsrentenrecht hinaus von Interesse sind.

Zum einen wurde eingegangen auf die bisherige ständige Rechtsprechung, wonach Betriebsrat und Management *nicht* berechtigt sind, für *ausgeschiedene* Arbeitnehmer Rechte zu begründen oder sie einzuschränken. Hauptargument der Rechtsprechung ist, dass es dem Betriebsrat am entsprechenden Mandat gegenüber ausgeschiedenen Mitarbeitern fehlt. Diese bisherige Rechtsprechung bewirkt, dass es vor allem bei kollektiv zugesagten Renten regelmäßig schon an einem geeigneten *Instrument* für eventuelle Renten Anpassungen gegenüber Betriebsrentnern fehlt, selbst wenn ein abänderungswilliger Betriebsrat zur Verfügung stünde (was etwa bei wirtschaftlicher Schieflage des Unternehmens durchaus der Fall sein kann). Beachtlich ist nun an der Entscheidung vom 18. September 2012, dass diese Rechtsprechung nicht bestätigt wurde. Vielmehr hat das BAG ausdrücklich *offen gelassen*, „*ob an dieser im Schrifttum zunehmend kritisierten Rechtsprechung ... festzuhalten ist*“. Äußerungen dieser Art deuten zuweilen beabsichtigte Rechtsprechungsänderungen oder zumindest Aufweichungen an. Es besteht also die vage Hoffnung, dass künftig mehr Flexibilität zur Anwendung kommt, indem Betriebsvereinbarungen als Abänderungsinstrument auch gegenüber Betriebsrentnern in Betracht kommen. Noch ist es jedoch nicht so weit.

Der Grund dafür, dass das BAG die Frage der Abänderungsmöglichkeit durch Betriebsvereinbarung offen lassen konnte, liegt in einer anderen bedeutsamen Feststellung. Das BAG kam zum Ergebnis, dass die Jeweiligkeitsklausel im Arbeitsvertrag eine *dynamische Verweisung* darstellt und diese Verweisung sich nicht nur auf die Zeit der Betriebszugehörigkeit erstreckt (Anwartschaftsphase), sondern *auch auf die Rentenbezugsphase*. Im Ergebnis bedeutet dies, dass aufgrund der Jeweiligkeitsklausel die abändernden Betriebsvereinbarungen eben doch eine Auswirkung auf die Betriebsrentner hatten, soweit sie Renten Anpassungen in der Bezugsphase regelten.



Allerdings kann selbstverständlich auch dann, wenn eine abändernde Betriebsvereinbarung als Instrument zur Verfügung steht, nicht beliebig in Versorgungsanwartschaften oder gar in laufende Renten eingegriffen werden. Dem stehen vielmehr Interessen des Rentenberechtigten entgegen, gegen die abzuwägen ist. Insoweit kann zusammenfassend von *Vertrauensschutzgesichtspunkten* gesprochen werden. Für entsprechende Einschnitte in Versorgungsrechte hat das BAG in längerjähriger Rechtsprechung ein dreistufiges Schema entwickelt. Diese Dreistufentheorie als Sonderform des Vertrauensschutzes geht prinzipiell davon aus, dass die Rechtfertigung für die betreffenden Einschnitte umso erheblicher sein muss, je stärker der Eingriff ist. Es bedarf also für den Eingriff - mit aufsteigender Intensität aufgezählt - sachlicher Gründe, triftiger Gründe, oder gar zwingender Gründe. Die nächste wichtige Erkenntnis, die sich aus dem Urteil ziehen lässt, besteht nun aber gerade darin, dass das dreistufige Schema *nicht* zur Anwendung kommt, wenn es um *Eingriffe in laufende Leistungen oder Anpassungsregelungen* geht. Im Übrigen bleibt es aber bei den Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes. Diese Erkenntnis ist zu begrüßen, denn die Besonderheiten der Dreistufentheorie wollten nicht so

recht passen für Eingriffe in bereits laufende Renten, doch war nicht klar, ob man sie wirklich außer Acht lassen kann. Wenig überraschend ist demnach auch, dass das BAG den im entschiedenen Fall konkret zu beurteilenden Eingriff billigte. Es ging um die Inflationsanpassung der laufenden Betriebsrente, also einen relativ milden Eingriff ohne Eingriff in die Substanz. Für die Inflationsanpassung wurden nach der Neuregelung nicht mehr die volle prozentuale Steigerung der tariflichen Beschäftigtenvergütung angesetzt (wie ursprünglich zugesagt), sondern nur noch 85 % davon. Hätte man hingegen die Dreistufentheorie anwenden müssen, wären nach deren Regeln auch für die bloße Reduktion des Steigerungsbetrages zwingende Gründe erforderlich gewesen. Diese höchste Rechtfertigungsstufe läge aber nur dann vor, wenn das zur Zahlung verpflichtete Unternehmen kurz vor der Insolvenz steht.

Zusammenfassend ist das Urteil daher positiv zu bewerten. Es lässt Hoffnung aufkeimen, dass künftig die abändernde Betriebsvereinbarung auch gegenüber Rentnern ein Gestaltungsinstrument darstellen kann und stellt klar, dass dynamische Verweisungen in Rentenzusagen das Ausscheiden des Arbeitnehmers überdauern. Ferner wurden

die Grenzen des starren Korsetts der Dreistufentheorie aufgezeigt.

#### ■ BESCHLUSS VOM 21. AUGUST 2012

Ebenfalls mit Fragen der Anpassungsprüfung der Betriebsrente befasst sich dieser Beschluss (3 ABR 20/10). Bei den meisten Varianten der Betriebsrente hat der Arbeitgeber als Inflationsausgleich nach § 16 des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG) grundsätzlich alle drei Jahre eine Anpassung der laufenden Betriebsrentenleistungen zu prüfen und hierüber nach billigem Ermessen zu entscheiden. In diesem Zusammenhang wurden nun Bestätigungen bisheriger Rechtsprechung, aber auch wichtige Klarstellungen vorgenommen.

Eine Rentenanpassung kann rechtlich zulässig unterbleiben, wenn das Unternehmen hierdurch übermäßig belastet und seine Wettbewerbsfähigkeit gefährdet würde. Wesentliche Gesichtspunkte hierfür sind wiederum die Entwicklung der Eigenkapitalverzinsung und der Eigenkapitalausstattung. Die angemessene Eigenkapitalverzinsung besteht aus einem Basiszins, welcher der Umlaufrendite öffentlicher Anleihen entspricht, und einem Risikoaufschlag, der das unternehmerische Risiko ausgleichen soll. Nach ständiger Rechtsprechung ist dieser Risikoaufschlag für alle Unternehmen einheitlich mit 2 % anzusetzen.

Das Neue an der Entscheidung ist, dass in ihr erstmals klar festgelegt wurde, wonach die Eigenkapitalverzinsung zu bestimmen ist – nämlich nach den *handelsrechtlichen Jahresabschlüssen*, d. h. nach deutschem Handelsgesetzbuch (HGB). Eine unmissverständliche Absage erteilt wurde damit einer Heranziehung internationaler Rechnungslegungsvorschriften wie namentlich IFRS (International Financial Reporting Standards). Zur Begründung führte das BAG mehrere Gründe an. Zum einen sieht es eine Notwendigkeit, Maßstäbe zu wählen, die für alle Arbeitgeber einheitlich sind – Berechnungen nach internationalen Rechnungslegungsbestimmungen liegen nämlich im Gegensatz zur Berechnung nach HGB nicht für alle Arbeitgeber vor. Zudem ist das HGB am Gläubigerschutz orientiert, während IFRS aus Sicht des BAG primär kapitalmarktorientierte Informationen für Investoren und Anteilseigner liefert.

Das BAG hebt aber hervor, dass gewisse betriebswirtschaftlich gebotene Korrekturen vorzunehmen sind, so insbesondere die Herausrechnung außerordentlicher Erträge und außerordentlicher Verluste.

Ausgehend hiervon ist die voraussichtliche Entwicklung der Eigenkapitalverzinsung und Eigenkapitalausstattung des Unternehmens bis zum nächsten Anpassungsstichtag zu bestimmen. Ein Teuerungsausgleich durch Rentenerhöhung darf unterbleiben, wenn es mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nicht möglich sein wird, ihn aus den Wertzuwächsen des Unternehmensvermögens aufzubringen.

Die vorliegende Entscheidung ist jedenfalls aus Gründen der Klarstellung zum HGB zu begrüßen, allerdings ist der sich aus der Entscheidung ergebende und neuerlich bestätigte Berechnungsansatz für die „angemessene Eigenkapitalverzinsung“ wegen der derzeitigen Finanzkrise kaum als wirklich angemessen anzusehen.



## „ES WIRD SOMMER“ ODER „DIE REGELUNGEN DES BUNDESURLAUBSGESETZES“

von **Franka Thomas**

Düsseldorf  
Rechtsanwältin  
fthomas@jonesday.com  
++49.211.5406.5509

Der Urlaubsanspruch ist für Arbeitnehmer im Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) geregelt. Aufgrund der Vielzahl der im Gesetz verwendeten Begrifflichkeiten und der komplexen Regelungsmaterie kommt es oft zu Unklarheiten in der praktischen Anwendung. Der folgende Beitrag soll einen Überblick über das sehr praxisrelevante Gebiet der Ansprüche des Urlaubsrechts geben.

#### ■ URLAUBSANSPRUCH

Der gesetzliche Urlaubsanspruch ist in § 3 Abs. 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) geregelt. Nach dieser Vorschrift beträgt



der gesetzliche Urlaubsanspruch mindestens 24 Werktage pro Kalenderjahr. Da der Gesetzgeber von einer Sechs-Tage-Woche (Montag bis Samstag) ausgegangen ist, beläuft sich der Anspruch bei einer Fünf-Tage-Woche auf 20 Werktage pro Kalenderjahr (in der Praxis: oft bis zu 30 Tage aufgrund von Tarifverträgen oder des Arbeitsvertrages).

Der gesetzliche Urlaubsanspruch entsteht erstmalig nach dem Ablauf der Wartezeit von sechs Monaten (§ 4 BUrlG). Danach entsteht der Jahresurlaub in den folgenden Jahren jeweils mit dem ersten Tag eines Kalenderjahres in voller Höhe und ist zu diesem Zeitpunkt auch fällig, das heißt, der Arbeitnehmer kann diesen Urlaub bereits zu Beginn des Jahres nehmen. Scheidet der Arbeitnehmer vor oder mit dem Ablauf der Wartezeit aus dem Arbeitsverhältnis aus, reicht dies für das Entstehen eines Vollurlaubsanspruchs nicht aus; er hat jedoch Anspruch auf Teilurlaub nach Maßgabe von § 5 BUrlG.

Der Urlaubsanspruch ist auf das Kalenderjahr (§ 1 BUrlG) oder, wenn die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, auf den Übertragungszeitraum (§ 7 Abs. 3 BUrlG) befristet. Er erlischt daher entweder mit dem Jahresende oder dem Ende des Übertragungszeitraums am 31. März des folgenden Kalenderjahres, sofern der Arbeitgeber nicht durch eine dauerhafte Erkrankung daran gehindert war, den Urlaub zu nehmen (siehe dazu unten).

Der Urlaubsanspruch ist unverzichtbar. Regelungen in einem Arbeitsvertrag, die einen geringeren Urlaubsanspruch als den gesetzlich statuierten vorsehen, sind daher unwirksam.

Der Arbeitnehmer muss vor Urlaubsantritt die Genehmigung des Arbeitgebers einholen. Lehnt der Arbeitgeber den Urlaubsantrag ab, besteht kein Recht auf Selbstbeurlaubung, und zwar auch nicht dann, wenn das Ende des Kalenderjahres vergeht oder das Ende des Übertragungszeitraums bevor-



steht. Der Arbeitnehmer muss in diesem Fall seinen Urlaub entweder im Wege der Leistungsklage oder der einstweiligen Verfügung durchsetzen.

### ■ URLAUBSENTGELTANSPRUCH

Beim Urlaubsentgeltanspruch handelt es sich um die Fortzahlung des Arbeitsentgelts während der Urlaubszeit, die gesetzlich verpflichtend vom Arbeitgeber zu leisten ist. In § 1 BUrlG ist für den gesetzlichen Mindesturlaub geregelt, dass das dem Arbeitnehmer zustehende Entgelt trotz Nichtleistung der Arbeit während des Urlaubs fortzuzahlen ist.

Das Urlaubsentgelt bemisst sich nach dem Durchschnittsverdienst der letzten 13 Wochen ohne Überstundenvergütung und ist vor Antritt des Urlaubs auszuführen (§ 11 BUrlG).

Zur Berechnung der Höhe des Urlaubsentgeltes wird zunächst, je nach Einzelfall auf Basis einer Fünf- oder Sechstage-Woche, das Urlaubsentgelt pro Tag mit Hilfe der folgenden Formel errechnet:

Gesamtarbeitsverdienst der letzten 13 Wochen  
vor Urlaubsbeginn (abzüglich Mehrarbeitsvergütung)

dividiert durch

78 Arbeitstage (Sechs-Tage-Woche)  
bzw. 65 Arbeitstage (Fünf-Tage-Woche)

Im nächsten Schritt wird das Ergebnis mit der Anzahl der Urlaubstage multipliziert. Daraus ergibt sich das insgesamt zu zahlende Urlaubsentgelt.

Zu berücksichtigen ist die gesamte Vergütung der letzten 13 Wochen inklusive der Lohnbestandteile, die dem Arbeitnehmer mit Bezug zum Umfang der tatsächlich erbrachten Arbeitsleistung gezahlt werden. Hiernach zählen zum Arbeitsverdienst *Zulagen* (z. B. Schmutz-, Gefahren-, Nacht- und Auslandszulagen), *Vergütungen für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft*, Sachbezüge (Beispiel: Firmenwagen/ Mobiltelefon zur Privatnutzung), soweit sie nicht während des Urlaubs weitergewährt werden, und *erfolgsabhängige Vergütungen* (Akkord, Prämien, Provisionen), soweit sie von tatsächlicher Arbeitsleistung abhängig sind. Hingegen bleiben Lohnbestandteile, die dem Arbeitnehmer zwar aufgrund seines Arbeitsvertrages zustehen, mit denen aber nicht die

Arbeitsleistung im Berechnungszeitraum abgegolten wird, unberücksichtigt. *Nicht zum Arbeitsverdienst* zählen Vergütungsbestandteile ohne Bezug zur Arbeitsleistung wie *Gewinn- und Umsatzbeteiligungen* und sonstige *Gratifikationen*, die für das gesamte Jahr gezahlt werden, *Weihnachtsgeld*, *13. Monatsgehalt*, *Treueprämie*, *Jubiläumsgeld*, *vermögenswirksame Leistungen* und *Aufwandsentschädigungen*.

### ■ EXKURS: URLAUBSGELD

Das Urlaubsgeld ist kein gesetzlicher Anspruch und aus diesem Grund auch nicht im BUrlG geregelt. Es handelt sich um eine zusätzliche Leistung, die manche Arbeitgeber aufgrund tarifvertraglicher Verpflichtung oder auch freiwillig zum Urlaubsentgelt bezahlen. Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses soll der Urlaub möglichst bis zum Ende der Kündigungsfrist genommen werden.

### ■ URLAUBSABGELTUNGSANSPRUCH

Der Urlaubsabgeltungsanspruch ist auf Auszahlung des Entgelts für nicht genommenen Urlaub gerichtet und entsteht erst mit Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, wenn der Urlaub aufgrund des Ausscheidens des Arbeitnehmers aus dem Unternehmen nicht mehr genommen werden kann. Um die Erholungsfunktion des Urlaubs zu sichern, muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, wenn dieser noch offene Urlaubsansprüche hat, diese verbleibenden Urlaubsansprüche ausbezahlen (§ 7 Abs. 4 BUrlG).

Der *Urlaubsabgeltungsanspruch* umfasst nicht nur den gesetzlichen Mindesturlaub, sondern auch eventuell darüber hinausgehende vertragliche Urlaubsansprüche. Die Berechnung der Abgeltung erfolgt nach den Regeln der Berechnung des Urlaubsentgeltes (siehe oben).

Im Falle dauerhafter Erkrankung eines Arbeitnehmers besteht das Problem, dass sich der Urlaubsanspruch während der Dauer der Erkrankung ansammelt. Nach europäischem Recht ist nämlich der Urlaub auch dann abzugelten, wenn der Arbeitnehmer diesen wegen Krankheit nicht nehmen kann. Der Urlaubsanspruch verfällt allerdings 15 Monate nach Ende des Übertragungszeitraumes. Ob diese Regel auch für über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehende vertragliche Urlaubsansprüche gilt, hängt von der Formulierung im Arbeitsvertrag ab. Hier lohnt sich im Einzelfall die Inanspruchnahme einer anwaltlichen Beratung.





## BETRIEBSVERFASSUNGSRECHTLICHE FRAGEN BEIM BETRIEBSÜBERGANG

von **Julia Zange**

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

### ■ BETRIEBSÜBERGANG UND KONTINUITÄT DES BETRIEBSRATS

Ein Betriebsübergang führt nicht zur Beendigung der Amtszeit des Betriebsrates, wenn die Identität des Betriebes erhalten bleibt. Der bisherige Betriebsrat bleibt dann im Amt (*Kontinuität des Betriebsrats*), und der Erwerber tritt in die betriebsverfassungsrechtliche Rechtsposition des bisherigen Betriebsinhabers ein und haftet für Ansprüche des Betriebsrats, etwa Freistellung von Honoraransprüchen von Beratern.

Der Betriebsrat bleibt auch dann im Amt, wenn nach dem Übergang eines Betriebsteils auf einen neuen Inhaber der

Betrieb als *gemeinsamer Betrieb* von bisherigem und neuem Arbeitgeber ohne strukturelle Änderung fortgeführt wird.

Führt der Betriebsübergang zu einer *Organisationsänderung* des Betriebs und geht die Betriebsidentität verloren (typisch: Spaltung des Betriebes, Betriebsstilllegung), wird die Kontinuität des Betriebsrats unterbrochen. Es kommt dann aber möglicherweise zu einem Übergangs- oder Restmandat.

Die gesetzliche Anordnung von Übergangs- und Restmandat soll Arbeitnehmer in der kritischen Phase nach einer betrieblichen Umstrukturierung vor dem Verlust der Beteiligungsrechte schützen, und bei betrieblichen Organisationsänderungen sollen in der Übergangsphase keine betriebsratslosen Zeiten entstehen.

### ■ ÜBERGANGSMANDAT

Das Übergangsmandat des Betriebsrats ist vor allem im Falle einer Betriebsspaltung und Zusammenlegung von Betrieben/Betriebsteilen einschlägig, unabhängig davon, ob die betriebliche Umstrukturierung im Zusammenhang

mit einem Betriebsübergang oder ausschließlich auf Grund von Änderungen der Betriebsorganisation innerhalb des Unternehmens erfolgt.

Das Übergangsmandat ist ein zeitlich befristetes Vollmandat. Der Betriebsrat bleibt während der Dauer des Übergangsmandats in seiner bisherigen personellen Zusammensetzung bestehen und ist verpflichtet, unverzüglich Neuwahlen einzuleiten. Das Übergangsmandat beginnt mit dem Übergang der Leitungsmacht auf den Inhaber der neuen organisatorischen Einheit und endet mit der Bekanntgabe des Ergebnisses des neu gewählten Betriebsrats, spätestens jedoch nach 6 bzw. bei Vereinbarung nach 12 Monaten. Die Kosten des Übergangsmandats tragen der Arbeitgeber der neuen Einheit bzw. mehrere Arbeitgeber als Gesamtschuldner.

Ein Übergangsmandat für den übergehenden Betriebsteil scheidet aus, wenn der übergehende Betriebsteil in einen Betrieb mit bestehendem Betriebsrat eingegliedert wird. Dann werden die Rechte aus dem Betriebsverfassungsgesetz von diesem (neuen) Betriebsrat wahrgenommen.

#### ■ RESTMANDAT

Das Restmandat beinhaltet die Fortführung des Betriebsratsamts im Falle eines Untergangs des Betriebs durch Stilllegung, Spaltung oder Zusammenlegung. Bei dem Restmandat handelt es sich um ein nur nachwirkendes Mandat, das inhaltlich auf die mit dem Untergang des Betriebs im Zusammenhang stehenden Mitwirkungsrechte begrenzt ist. Das Restmandat besteht nach dem Untergang des Betriebes solange, wie Mitwirkungsrechte noch in Betracht kommen und Betriebsratsmitglieder bereit sind, das Mandat auszuüben. Der Arbeitgeber des untergegangenen Betriebes trägt die Kosten der Betriebsratsstätigkeit. Die Mitglieder des Betriebsrats haben gegen ihn einen Anspruch auf Erstattung ihrer Auslagen und auf Bereitstellung der erforderlichen Sachmittel.

#### ■ BETRIEBSÄNDERUNG IM ZUSAMMENHANG MIT BETRIEBSÜBERGANG

Die Mitwirkungspflichten des Betriebsrats nach den §§ 111, 112 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) werden nicht allein durch den Übergang eines Betriebes/Betriebsteils aufgelöst, denn der Betriebs(teil)übergang für sich allein stellt keine „Betriebsänderung“ dar. Der Betriebsübergang kann aber Anlass für eine beteiligungspflichtige Betriebsänderung sein, wenn mit dem Übergang weitere Maßnahmen auf

Erwerber- oder Veräußererseite verbunden sind, die für sich den Tatbestand des § 111 BetrVG erfüllen.

- Die Veräußerung eines Betriebsteils kann, wenn die beiden Betriebe nicht als gemeinsamer Betrieb weitergeführt werden, eine Betriebsänderung darstellen, und zwar in Form einer Betriebsspaltung (§ 111 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG).
- Eine Betriebsänderung durch Personalabbau – Einschränkung von wesentlichen Betriebsteilen – kommt in Betracht, wenn der Betriebsveräußerer auf Grund eines Sanierungskonzepts, welches mit dem Erwerber abgesprochen ist, Kündigungen ausspricht oder aber der Erwerber nach erfolgtem Betriebsübergang einen Personalabbau durchführt. Wenn in diesen Fällen die Zahlengrenzen des § 112 a Abs. 1 BetrVG erreicht sind (je nach Fall 20%, 15% bzw. 10% der Belegschaft), tritt Sozialplanpflicht ein. Arbeitnehmer, die dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses auf den Betriebsteilerwerber widersprechen und denen danach gekündigt wird, weil in dem Restbetrieb keine Beschäftigungsmöglichkeit besteht, sind bei der Ermittlung der Entlassungszahlen nach § 112 a Abs. 1 BetrVG mitzuzählen.
- Im Falle des Verkaufs nur eines Betriebsteils ist zur Schaffung des „Kaufsubstrats“ vor Betriebsübergang ein Interessenausgleich über eine Abspaltung nach § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG zu versuchen. Ob „Bagatell-Ausgründungen“ verhandlungspflichtig sind, ist nach wie vor umstritten. Um vertraglich zugesicherte Stichtage gegenüber dem Erwerber nicht zu gefährden, ist bei Bagatell-Ausgründungen vorsorglich eine Negativ-Einigung mit dem Betriebsrat herbeizuführen, wonach überstimmend das Vorliegen einer Betriebsänderung verneint wird und Einigkeit darüber besteht, dass Verhandlungen nicht geführt werden sollen/müssen.
- Plant der neue Arbeitgeber seinerseits nach dem Betriebsübergang betriebliche Umstrukturierungen gem. § 111 BetrVG, so ist für die Verhandlung eines Interessenausgleichs nach § 112 Absatz 1 BetrVG der bei ihm gebildete Betriebsrat zuständig.
- Wenn der zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs zu bildende Teilbetrieb sogleich in einen Betrieb des neuen Arbeitgebers eingegliedert wird und auch dort eine betriebliche Umstrukturierung geplant ist, haben sowohl der bisherige als auch der neue Betriebsinhaber nach § 112 BetrVG einen Interessenausgleich zu versuchen. Aus Gründen der Praktikabilität können gemeinsame Verhandlungen geführt werden (4 Parteien: Veräußerer und Erwerber sowie der jeweilige Betriebsrat). Anders

hinsichtlich des Sozialplans, da es dort maßgeblich auf die Wirtschaftskraft des jeweiligen Arbeitgebers ankommt.

#### ■ **UNTERRICHTUNGSPFLICHTEN GEGENÜBER DEM BETRIEBSRAT?**

§ 613a BGB sieht eine umfassende Unterrichtung der einzelnen Arbeitnehmer vor, und zwar als Individualunterrichtung. Die Vorschrift geht damit über die Vorgaben der Betriebsübergangsrichtlinie (RL 2001/23/EG) hinaus, die eine Information der einzelnen Arbeitnehmer über den Betriebsübergang nur verlangt, wenn es keine Arbeitnehmervertretung gibt.

Jedoch ergeben sich darüber hinaus Unterrichtungspflichten gegenüber dem Wirtschaftsausschuss bzw. Betriebsrat aus dem BetrVG.

Bei Bestehen eines Wirtschaftsausschusses hat der Betriebsveräußerer diesen rechtzeitig und umfassend über die geplante Betriebsübertragung zu unterrichten, da der mit dem Betriebsübergang verbundene Arbeitgeberwechsel den Tatbestand des § 106 Abs. 3 Nr. 10 BetrVG erfüllt („sonstige Vorgänge, welche die Interessen der Arbeitnehmer wesentlich berühren können“).

Der Betriebsveräußerer hat den Betriebsrat auch dann über den geplanten Betriebsübergang zu informieren, wenn kein Wirtschaftsausschuss besteht. Dies ergibt sich aus den allgemeinen Vorschriften des §§ 2 Abs. 1, 74 Abs. 1 BetrVG (vertrauensvolle Zusammenarbeit, Pflicht der monatlichen Besprechung) und gegebenenfalls auch aus § 92 BetrVG (Personalplanung).

Auch dem Erwerber kann eine Unterrichtung gegenüber dem Wirtschaftsausschuss und eine Informationspflicht gegenüber dem Betriebsrat obliegen, etwa wenn ein Betrieb/ Betriebsteil in einen vorhandenen Betrieb eingegliedert wird oder auch selbstständig daneben fortgeführt wird, wegen der damit verbundenen betriebsverfassungsrechtlichen Auswirkungen (etwa: Bildung eines Gesamtbetriebsrats, mögliche Neuwahl).



## 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  
INDIEN  
IRVINE

JEDDAH  
LONDON  
LOS ANGELES  
MADRID  
MAILAND  
MEXIKO-STADT  
MIAMI  
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.*