

ARBEITSRECHT NEWS

VERSETZUNG – JETZT MIT SOZIALAUSWAHL?

von **Georg Mikes**

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

Dass es bei einer betriebsbedingten Kündigung der korrekten Bildung von Sozialauswahlkreisen bedarf, um nur den „richtigen“ Arbeitnehmern zu kündigen, dürfte hinlänglich bekannt sein. Ein neues Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) verdeutlicht aber, dass ähnliche Überlegungen auch bei einer Versetzung angebracht sein können. Das Urteil bietet zudem eine gute Gelegenheit, sich generell mit der aktuellen Rechtsprechung zur Versetzung zu befassen.

■ DAS WESEN DER VERSETZUNG

In Arbeitsverträgen können nicht alle Details der Arbeitsausführung geregelt werden. Der Arbeitgeber hat deshalb zur Konkretisierung der Arbeit ein *Weisungsrecht* gegenüber dem Arbeitnehmer nach § 106 Gewerbeordnung (GewO). Dieser besagt, dass vorbehaltlich anderer Bestimmungen im Arbeitsvertrag, in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen der Arbeitgeber *Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen bestimmen* kann. Dies bildet auch die Rechtsgrundlage für die Versetzung. Mit anderen Worten: die Versetzung ist ein Anwendungsfall der Ausübung des Direktionsrechts. Für den Bereich des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) ist ferner eine gesetzliche Definition vorhanden. Nach § 95 BetrVG ist eine Versetzung die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs, die voraussichtlich die Dauer eines Monats überschreiten wird oder die mit einer erheblichen Änderung

INHALT

Versetzung – Jetzt mit Sozialauswahl?	1
Arbeitsverhältnis mit Auslandsbezug: Besonderheiten beim Kündigungsschutz	4
Kapitalanlagegesellschaften: Neue Unterrichtungspflichten gegenüber dem Betriebsrat – Umsetzung der AIFM-Richtlinie in deutsches Recht	6
„Unbegrenzt“ ist nicht „vorübergehend“	7
Verweigerung der Betriebsrentenanpassung – Voraussetzungen und Konsequenzen	8



der Umstände verbunden ist, unter denen die Arbeit zu leisten ist.

■ DIE VERSETZUNG ALS TEIL DES ARBEITSVERHÄLTNISSSES

Nach dem Vorstehenden ist es für eine Versetzung nicht erforderlich, dass sich hierzu Regelungen im Arbeitsvertrag finden. Dennoch sind solche Regelungen recht häufig: Hinsichtlich des *Inhalts* der Arbeitsleistung etwa wird häufig bestimmt, dass neben der ursprünglich oder hauptsächlich vereinbarten Tätigkeit auch „andere, den Kenntnissen und der Vorbildung des Arbeitnehmers entsprechende Tätigkeiten“ zugewiesen werden können. Auch Regelungen hinsichtlich des *Ortes* der Arbeitsleistung sind nicht unüblich, etwa dahingehend, dass die Arbeit „auch an einem anderen Ort innerhalb Deutschlands“ zu erbringen ist. Bestimmungen solcher Art werden teilweise als Klarstellung des Weisungsrechtes, teilweise auch als dessen Einschränkung auf bestimmte ermessenskonforme Weisungen angesehen.

Die Feststellung dessen, was der Arbeitgeber im Rahmen des billigen Ermessens anordnen darf, ist oft von erheblicher praktischer Bedeutung. Denn was nicht mehr vom billigen

Ermessen gedeckt ist, kann nur im Wege der einvernehmlichen Änderung mit dem Arbeitnehmer vereinbart werden oder gegebenenfalls über eine Änderungskündigung durch den Arbeitgeber erzwungen werden. Sowohl einvernehmliche Änderung als auch Änderungskündigung sind aber nicht mehr Anwendungsfälle der Versetzung. Da allerdings im Einzelfall zweifelhaft sein kann, ob noch das Weisungsrecht greift oder schon eine Änderungskündigung erforderlich ist, wird der Arbeitgeber, wenn er nicht ohnehin Einvernehmen mit dem Arbeitnehmer erzielen kann, mit einer vorsorglichen Änderungskündigung meist besser bedient sein. Denn oft wird der Arbeitnehmer das in der Änderungskündigung liegende Änderungsangebot zumindest unter Vorbehalt annehmen und gegebenenfalls gegen die Änderung im Übrigen Feststellungsklage auf Unwirksamkeit erheben. Sollte das Gericht zu der Auffassung gelangen, dass schon die bloße Weisung möglich gewesen wäre, wird die Rechtsfigur der „überflüssigen Änderungskündigung“ vorliegen, von der das BAG zuletzt in seinem Urteil vom 19. Juli 2012 (2 AZR 25/11) gesprochen hat. Die Änderungsschutzklage des Arbeitnehmers ist dann als unbegründet abzuweisen (BAG, Urteil vom 16. Januar 2012, 2 AZR 102/11).

Im zuletzt genannten Urteil hatte der Arbeitsvertrag der Parteien vorgesehen, dass die Arbeitnehmerin „deutschlandweit“ versetzt werden kann. Der Arbeitgeber nahm dann jedoch eine Änderungskündigung vor, um die Arbeitnehmerin an einem anderen Standort in Deutschland zu beschäftigen. Das BAG kam zu dem Ergebnis, dass die Befugnis des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer einen anderen Arbeitsort einseitig zuzuweisen, um so weiter geht, je allgemeiner der Ort der Arbeitsleistung im Arbeitsvertrag festgelegt sei – und dass es vorliegend einer Änderungskündigung nicht bedurfte; „die vermeintlich erst herbeizuführenden Vertragsbedingungen gelten bereits“. Daher war die Klage unbegründet.

Außer durch das billige Ermessen können sich bei Versetzungsklauseln unter einem anderen Aspekt Einschränkungen ergeben. Versetzungsklauseln sind regelmäßig als Klauseln anzusehen, die *Allgemeine Geschäftsbedingungen* (AGB) darstellen. Sie unterliegen damit den Bestimmungen der §§ 305 ff des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). Dieses ermöglicht prinzipiell eine gerichtliche Angemessenheitskontrolle (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) und eine Transparenzkontrolle (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Ist allerdings ein bestimmter Arbeitsort festgelegt, gilt dies schlicht als Bestimmung der Hauptpflicht des Arbeitnehmers; einer Angemessenheitskontrolle ist dies nicht unterworfen. Selbiges gilt auch, wenn ein Tätigkeitsort angegeben ist und zusätzlich eine Versetzungsklausel besteht, diese in der Sache aber nur der ohnehin geltenden Bestimmung des § 106 GewO zum Weisungsrecht entspricht. Auch in diesem Fall hat sich der Arbeitgeber nur die Konkretisierung des vertraglich vereinbarten Tätigkeitsinhalts vorbehalten, nicht aber eine Änderung des Vertragsinhalts. Deshalb bedarf es keiner Angemessenheitskontrolle, sondern nur einer Transparenzkontrolle dahingehend, ob die gewählte Regelung verständlich ist. Die gerichtliche Angemessenheitskontrolle ist erst eröffnet, wenn die Auslegung der Klausel ergibt, dass sich der Arbeitgeber ein Recht zur Vertragsänderung vorbehalten hat (BAG, Urteil vom 16. Januar 2012, 2 AZR 102/11). Käme man dabei zum Ergebnis, dass die Versetzungsklausel unwirksam ist – etwa weil sie völlig überzogen ist – würde sie das Gericht nicht etwa auf das angemessene Maß zurückstutzen (sog. „geltungserhaltende Reduktion“), sondern gänzlich unberücksichtigt lassen und stattdessen § 106 GewO anwenden. Im Hinblick auf den ursprünglich vereinbarten Arbeitsort würde dies aber gerade bedeuten, dass keine Versetzung an einen anderen Ort mehr möglich wäre.

■ AUSWAHLENTSCHEIDUNG BEI VERSETZUNGEN

Die Versetzungs-Rechtsprechung wurde zuletzt durch das Urteil des BAG vom 10. Juli 2013 (10 AZR 915/12; Pressemitteilung Nr. 45/13) um ein weiteres Mosaiksteinchen zur Billigkeitsentscheidung ergänzt. Dem lag ein Fall zugrunde, in dem die Klägerin bei der Bundesanstalt für Arbeit zunächst mit befristetem Vertrag beschäftigt war. Wegen einer Rechtsprechungsänderung hat die Bundesanstalt den Arbeitsvertrag der Klägerin und weiterer befristeter Beschäftigter „entfristet“, also als unbefristeten Vertrag anerkannt. Dadurch entstand jedoch ein Personalüberhang, den die Bundesanstalt durch Versetzungen an andere Standorte zu lösen versuchte. Die Klägerin hielt die Versetzung „aufgrund ihrer persönlichen Lebensumstände“ für unbillig und im Übrigen die Auswahlentscheidung für falsch. Mit Erfolg wehrte sie sich dagegen, dass die Versetzungen nur gegenüber den Personen ausgesprochen wurden, die zuvor befristete Verträge hatten, während Arbeitnehmer, die von vornherein unbefristet auf einer Planstelle eingestellt worden waren, nicht einbezogen wurden. Nach BAG widersprach dies dem billigen Ermessen, so dass die Versetzung der Klägerin unwirksam war.

Die Entscheidung bedeutet im Ergebnis, dass die Arbeitgeberseite bei der Prüfung des billigen Ermessens nicht nur den gegebenenfalls zu versetzenden einzelnen Arbeitnehmer betrachten muss, sondern auch die Relation zu anderen Arbeitnehmern betrachten muss. Letztlich geht es um die Herstellung einer Auswahlgruppe, in die auch die gehören, die gewissermaßen alternativ ebenfalls hätten versetzt werden können. Die für den Arbeitgeber daraus entstehende Notwendigkeit zur Betrachtung einer „korrekten“ Auswahlgruppe erinnert stark an die – allzu oft sehr schwer zu erfüllende – Notwendigkeit der Bildung einer korrekten Sozialauswahlgruppe bei betriebsbedingten Entlassungen. Für letztere besteht allerdings eine klarere gesetzliche Grundlage. Zudem war vorliegend der Arbeitgeberseite gewiss keine Willkür vorzuwerfen, denn immerhin entstand der Personalüberhang durch eine Rechtsprechungsänderung, und es wurde versucht, den Überhang dort abzubauen, wo er auftrat, nämlich bei den Personen, für die es eigentlich keine Planstelle gab. Nach der BAG-Entscheidung hingegen müsste sich die Versetzungsnotwendigkeit nun auch bei Personen auswirken, die mit der zugehörigen Ursache gar nichts zu tun haben und vermutlich ebenfalls nicht versetzt werden wollen. Die genaue Grenzziehung indessen bleibt unklar. Daher ist

die vorliegende Entscheidung durchaus kritisch zu sehen. Der sozialauswahlähnliche Ansatz des BAG macht jedenfalls rechtssichere vorherige Abschätzung des billigen Ermessens künftig noch schwerer.

ARBEITSVERHÄLTNIS MIT AUSLANDSBEZUG: BESONDERHEITEN BEIM KÜNDIGUNGSSCHUTZ

von **Julia Zange**

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

Die Globalisierung macht vor dem Arbeitsleben nicht Halt. Auch bei Arbeitsverhältnissen nach deutschem Recht kann der Auslandsbezug kündigungsschutzrechtlich zu besonderen Fragestellungen führen.

Dies betrifft typischerweise folgende Konstellationen:

- Das Unternehmen mit Sitz im Ausland beschäftigt weltweit mehrere Tausend Arbeitnehmer und unterhält in Deutschland nur ein kleines Vertriebsbüro mit weniger als 10 Arbeitnehmern. Ist das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) anwendbar?
- Offshoring: Das in Deutschland ansässige Unternehmen verlagert etwa die Produktion oder auch Verwaltung in das (grenznahe) Ausland und unterhält im Ausland eine Betriebsstätte bzw. Niederlassung, in der es freie Arbeitsplätze gibt. Den Arbeitnehmern in Deutschland wird betriebsbedingt gekündigt, weil hier keine Einsatzmöglichkeiten mehr bestehen. Ist der Arbeitgeber dann im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung verpflichtet, dem Arbeitnehmer als „milderes Mittel“ eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem ausländischen Betrieb anzubieten bzw. vorrangig eine Änderungskündigung dorthin auszusprechen?

■ BETRIEBLICHE GELTUNG DES KÜNDIGUNGSSCHUTZ- GESETZES: BETRIEB IN DEUTSCHLAND

Nach § 23 KSchG gelten die Vorschriften des allgemeinen Kündigungsschutzes nur für Betriebe, in denen in der Regel mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts (BAG) sind bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt nur die in Deutschland tätigen Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Maßgebend für die Auslösung des Kündigungsschutzes ist also die

Anzahl der Arbeitnehmer des in Deutschland gelegenen Betriebs (siehe dazu: BAG, Urteil vom 17. Januar 2008, 2 AZR 902/06). In dem Fall ging es um ein Unternehmen mit Sitz in Belgien, das dort 25 Arbeitnehmer und in Deutschland 3 Außendienstmitarbeiter beschäftigte. Für die Arbeitnehmer in Deutschland war ausdrücklich die Anwendbarkeit deutschen (Arbeits-) Rechts vereinbart. Das Unternehmen kündigte die Arbeitsverhältnisse aus betriebsbedingten Gründen. Das KSchG fand mangels des Erreichens des Schwellenwertes von 10 Arbeitnehmern keine Anwendung. Für die Ermittlung des Schwellenwertes nach § 23 KSchG können nur die in Deutschland regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer berücksichtigt werden. Die Mitarbeiter in Belgien waren demnach nicht hinzuzurechnen. Der räumliche Geltungsbereich des KSchG ist demnach auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt.

Die Verfassungsbeschwerde des Arbeitnehmers gegen dieses Urteil des BAG wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen (Entscheidung vom 12. März 2009, 1 BvR 1250/08).

Zur Ermittlung der maßgeblichen Arbeitnehmerzahl und ob etwa die deutsche Niederlassung eines ausländischen Unternehmens die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 KSchG erfüllt, kommt es also weiterhin nur auf die in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer an; die in einem außerhalb Deutschlands gelegenen Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer werden grundsätzlich nicht mitgezählt. Dies kann ausnahmsweise dann anders sein, wenn der außerhalb Deutschlands tätige Arbeitnehmer vom deutschen Betrieb nur vorübergehend in das Ausland entsandt wurde.

■ 6-MONATIGE WARTEZEIT BEI ARBEITSVERTRAG NACH AUSLÄNDISCHEM RECHT?

Der allgemeine Kündigungsschutz setzt erst dann ein, wenn das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als 6 Monate bestanden hat, § 1 KSchG. Für den Lauf der Wartezeit ist es unschädlich, wenn innerhalb des Sechsmonatszeitraums mehrere Arbeitsverhältnisse mit dem Arbeitgeber vorliegen, die jeweils ohne zeitliche Unterbrechung unmittelbar aufeinanderfolgen; dann ist typischerweise von einem „ununterbrochenen“ Arbeitsverhältnis auszugehen. Dies soll auch dann gelten, wenn das vorherige Vertragsverhältnis mit demselben Arbeitgeber im Ausland geführt wurde und nicht deutschem, sondern ausländischem Arbeitsvertragsstatut unterlag. So im Fall, der dem Urteil des BAG vom 7. Juli 2011 (2 AZR 12/10)

zugrunde lag: Es ging um die P-Bank, die eine der größten Banken des Baltikums mit Sitz in der lettischen Hauptstadt Riga war und zur P-Group gehörte, einem Finanzdienstleister. Sie eröffnete eine Niederlassung in Berlin und eine in München. Der Arbeitnehmer schloss zunächst einen in lettischer Sprache abgefassten Arbeitsvertrag nach lettischem Recht. Nach Einarbeitung in Lettland wurde er nach ca. einem Monat in Deutschland eingesetzt; die Parteien schlossen dann einen neuen Arbeitsvertrag, nach deutschem Recht. Die Bank kündigte das Arbeitsverhältnis und die Parteien streiten darüber, ob die Beschäftigungszeiten aus den beiden Arbeitsverhältnissen zusammenzurechnen sind, so dass die Wartezeit zur Anwendung des KSchG erfüllt wäre. Dies bejahte das BAG. Die unter Geltung des – nach lettischem Recht geschlossenen – Arbeitsvertrags zurückgelegten Beschäftigungszeiten waren trotz zwischenzeitlicher Vertragsänderungen zu berücksichtigen.

■ PRÜFUNG DER WEITERBESCHÄFTIGUNGSMÖGLICHKEIT IN EINEM AUSLÄNDISCHEN BETRIEB

Im Fall einer betriebsbedingten Kündigung soll der Arbeitgeber nicht verpflichtet sein, eine bestehende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem ausländischen Betrieb anzubieten bzw. vorrangig eine Änderungskündigung dorthin auszusprechen.

Das hat nun – nach divergierenden Entscheidungen der Instanzgerichte (Landesarbeitsgericht Hamburg vom 22. März 2011 vs. Landesarbeitsgericht Düsseldorf vom 5. Juli 2012 und Landesarbeitsgericht Berlin vom 5. Mai 2011) das BAG entschieden (BAG vom 29. August 2013, 2 AZR 809/12 – bislang nur als Pressemitteilung).

Die Arbeitnehmerin war in einem Unternehmen beschäftigt, das einen Betrieb in Deutschland sowie einen in der Tschechischen Republik betreibt. Die Unternehmensleitung hat die unternehmerische Entscheidung getroffen, den deutschen Betrieb stillzulegen und zukünftig nur noch von Tschechien aus zu produzieren. Die Arbeitnehmerin erhält eine betriebsbedingte Kündigung; das Unternehmen hatte ihr keine Tätigkeit im tschechischen Betrieb des Unternehmens angeboten.

Schon die Vorinstanz (Landesarbeitsgericht Düsseldorf) war der Ansicht, dass die Kündigung wirksam sei. Der Arbeitgeber musste der Arbeitnehmerin keinen freien Arbeitsplatz in der Tschechischen Republik anbieten. Als Betrieb bzw. Unternehmen i.S.d. KSchG, innerhalb dessen – als milderer



Mittel zur Beendigungskündigung – freie Arbeitsplätze angeboten werden müssen, könnten nur in Deutschland liegende organisatorische Einheiten bzw. Teile eines Unternehmens angesehen werden.

Das LAG Hamburg hatte diese Frage zuvor anders beurteilt und entschieden, dass auch freie Arbeitsplätze in einem ausländischen Betrieb einem dringenden betrieblichen Erfordernis i.S.d. § 1 KSchG entgegenstehen können.

Die aktuelle Entscheidung des BAG hat für die Praxis hohe Relevanz, da zunehmend grenzüberschreitend Betriebsstätten betrieben werden und damit Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nicht nur im Geltungsgebiet des KSchG liegen können. Die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber ggf. im Wege einer Änderungskündigung durchsetzen müsste, hätte weitreichende rechtliche Folgen, da der Arbeitnehmer durch die Änderungskündigung das Anwendungsgebiet deutschen Rechts verlassen würde. Im Streitfall hätte die Arbeitnehmerin daher zukünftig nach tschechischem Arbeits- und Sozialrecht weiterarbeiten müssen, was wiederum im Rahmen der Zumutbarkeitskontrolle einer Änderungskündigung nach § 2 KSchG von einem deutschen Gericht zu überprüfen gewesen wäre. Darüber hinaus wären betroffene Arbeitnehmer nach Ablauf der Änderungskündigungsfrist verpflichtet, bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung zu den veränderten Arbeitsbedingungen im Ausland zu arbeiten und somit ggf. gegen ihren Willen das für sie anwendbare Sozialsystem zu verlassen.

KAPITALANLAGEGESELLSCHAFTEN: NEUE UNTERRICHTUNGSPFLICHTEN GEGENÜBER DEM BETRIEBSRAT – UMSETZUNG DER AIFM-RICHTLINIE IN DEUTSCHES RECHT

von **Julia Zange**

Frankfurt

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Maitre en droit

jzange@jonesday.com

++49.69.9726.3939

Bis zum 22. Juli 2013 musste die Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds (sog. AIFM-Richtlinie) in nationales Recht umgesetzt werden. Die Richtlinie hat das Ziel, gemeinsame Anforderungen für die Zulassung von und die Aufsicht über Verwalter alternativer Investmentfonds (sog. „AIF“) festzulegen, um Risiken für Anleger und Märkte in der Union zu begrenzen. AIF meint einen „Organismus für gemeinsame Anlagen einschließlich seiner Anlagezweige, der von einer Gruppe von Anlegern Kapital einsammelt, um es gemäß einer festgelegten Anlagestrategie zum Nutzen der betreffenden Anleger zu investieren“. Die zu regulierende Einheit sind die Verwalter alternativer Investmentfonds: dies sind juristische

Personen, deren Aufgabe die Verwaltung von Alternativen Investmentfonds ist. Sie werden als Alternative Investment Fund Manager (AIFM) bezeichnet.

Deutschland hat mit dem Gesetz zur Umsetzung der AIFM-Richtlinie, das am 22. Juli 2013 in Kraft getreten ist (AIFM-Umsetzungsgesetz), verschiedene Neuregulungen geschaffen: Alle Fonds unterliegen nun der Aufsicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Privatanleger können keine Anteile mehr an Hedgefonds erwerben. Kleinanleger sollen auf diese Weise künftig besser vor risikoreichen Anlagen geschützt werden. Art. 1 des AIFM-Umsetzungsgesetzes hat das Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) geschaffen, welches u.a. besondere Unterrichtungspflichten der AIFM enthält.

■ UNTERRICHTUNGSPFLICHTEN NACH KAGB BEI UNTERNEHMENSÜBERNAHMEN

Das KAGB enthält in §§ 287-292 besondere Vorschriften im Zusammenhang mit Unternehmensübernahmen durch AIF, also für AIF, die die Kontrolle über nicht börsennotierte Unternehmen und Emittenten erlangen. AIFMs sind zu Transparenz und zur rechtzeitigen Unterrichtung und Information der Anteilseigner sowie der Beschäftigten der



Unternehmen verpflichtet. Entsprechende Regeln gelten für die Erlangung der Kontrolle in Bezug auf einen Emittenten.

■ IM EINZELNEN:

Erlangt ein AIF (allein oder gemeinsam mit anderen AIF) die Kontrolle über ein nicht börsennotiertes Unternehmen, dann hat der AIFM das Unternehmen, die Anteilseigner und die BaFin über den Kontrollerwerb zu informieren, und hat dann den Vorstand des Unternehmens zu ersuchen, die Arbeitnehmervertreter (also: den Betriebsrat) oder, falls es keine Arbeitnehmervertretung gibt, die Arbeitnehmer selbst zu informieren und nach besten Kräften sicherzustellen, dass diese Information erfolgt (§ 289 KAGB).

§ 290 KAGB bestimmt den Inhalt dessen, was bei Erlangen der Kontrolle offenzulegen ist. Danach hat der AIFM folgende Informationen vorzulegen:

- die Identität der AIFM;
- die Grundsätze zur Vermeidung und Steuerung von Interessenkonflikten, insbesondere zwischen der AIFM, dem AIF und dem Unternehmen, einschließlich Informationen zu Sicherheitsmaßnahmen, die getroffen wurden, um sicherzustellen, dass Vereinbarungen zwischen AIFM/AIF und dem Unternehmen wie zwischen voneinander unabhängigen Geschäftspartnern geschlossen werden, und
- die Grundsätze für die externe und interne Kommunikation in Bezug auf das Unternehmen, insbesondere gegenüber den Arbeitnehmern;
- die Absichten des AIF hinsichtlich der zukünftigen Geschäftsentwicklung;
- die voraussichtlichen Auswirkungen auf die Beschäftigung, einschließlich wesentlicher Änderungen der Arbeitsbedingungen.

§ 291 KAGB enthält besondere Vorschriften hinsichtlich der Information über Jahresabschlüsse und Lagebericht bei Kontrollerwerb. Der AIFM ist verpflichtet, nach besten Kräften sicherzustellen, dass der Jahresabschluss innerhalb der gesetzlichen Frist erstellt und den Arbeitnehmervertretern zur Verfügung gestellt wird. Der Bericht soll folgende Informationen enthalten:

- Ereignisse von besonderer Bedeutung, die nach Abschluss des Geschäftsjahres eingetreten sind,
- die voraussichtliche Entwicklung des Unternehmens und
- Angaben über den Erwerb eigener Aktien.

■ SANKTIONEN

Wer entgegen § 289 KAGB eine Unterrichtung, Information oder Mitteilung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig vornimmt oder entgegen § 290 KAGB eine dort genannte Information oder Angabe nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig vorlegt, handelt ordnungswidrig; die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu EUR 100.000 geahndet werden.



„UNBEGRENZT“ IST NICHT „VORÜBERGEHEND“

von **Dr. Markus Kappenhagen**

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

Seit der gesetzlichen Neufassung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) Ende 2011 dürfen Arbeitgeber Leiharbeiter nur noch „vorübergehend“ einsetzen. Was das konkret heißt, ließ der Gesetzgeber jedoch unklar. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) urteilte nun, dass hinter dem Begriff jedenfalls mehr steckt als ein folgenloser Programmsatz. Unternehmen werden aber andere Wege finden, um eine unbefristete Einstellung zu vermeiden, etwa Outsourcing und Werkverträge.

Wie lange „vorübergehend“ ist, hat das BAG nicht entschieden. Die Erfurter Richter stellten aber klar, dass dem Merkmal mehr als eine bloße programmatische Bedeutung zukommt. Es ging um die Überlassung von Leiharbeitern gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG, die nach der seit 1. Dezember 2011 geltenden Neufassung nur noch „vorübergehend“ sein darf.

Ein Einsatz von Leiharbeitern ohne jede zeitliche Begrenzung ist unzulässig, entschied das BAG am 10. Juli 2013. Der Betriebsrat ist daher berechtigt, seine Zustimmung

zur Einstellung eines Leiharbeitnehmers nach § 99 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zu verweigern, wenn der Arbeitgeber die geplante Beschäftigung als dauerhaft deklariert (Urteil vom 10. Juli 2013, 7 ABR 91/11).

Das Urteil dürfte vielen Arbeitgebern ungelegen kommen, die mit einer Leiharbeiter-Personalreserve flexibel auf einen ungewissen Bedarf an zusätzlichen Mitarbeitern reagieren wollten.

■ „VORÜBERGEHEND IST NUR, WAS ZEITLICH BEGRENZT IST“

Die Bedeutung des vom Gesetzgeber Ende 2011 eingefügten Begriffs „vorübergehend“ war umstritten. Manche sahen darin einen bloßen Programmsatz, weil im Gesetzgebungsverfahren bewusst keine Rechtsfolgen an eine nicht nur vorübergehende Überlassung geknüpft worden waren. Andere hielten das Merkmal nur dann für erfüllt, wenn ein Sachgrund für eine Befristung entsprechend dem Teilzeit- und Befristungsgesetz bejaht werden konnte.

In dem aktuellen Fall hatte der Arbeitgeber ausdrücklich geäußert, er beabsichtige, die Leiharbeiterin ohne jegliche zeitliche Begrenzung anstelle einer Stammkraft einzusetzen. Daher konnte es sich das BAG leicht machen: Was zeitlich unbegrenzt ist, kann nicht „vorübergehend“ sein. Das Merkmal diene dem Schutz der Leiharbeiter und solle eine Aufspaltung der Belegschaft des Entleihers in eine Stammbeslegschaft und eine entliehene Belegschaft verhindern.

Die Praxis hat damit allerdings noch immer keine Wegweisung, wie lange „vorübergehend“ sein kann. Klar ist nur, dass es eine zeitliche Begrenzung geben muss.

■ NEUE WEGE: BEFRISTUNG, OUTSOURCING, WERKVERTRÄGE

Den Fehler, die zu besetzende Stelle als Dauerarbeitsplatz zu bezeichnen, werden Arbeitgeber nach diesem Urteil vermutlich nicht mehr machen. Es darf nur nicht ein und derselbe Leiharbeiter unbegrenzt für einen bestimmten Arbeitsplatz eingesetzt werden.

Zuweilen behelfen sich Unternehmen mit der quartalsweisen Einstellung von Leiharbeitern oder verlängern deren Verträge. Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung dazu, klagen sie vor dem Arbeitsgericht, um zu erreichen,

dass dieses die Zustimmung des Betriebsrats nach § 99, 100 BetrVG ersetzt. Sie begründen ihre Anträge damit, dass die Beschäftigung „aus sachlichen Gründen dringend erforderlich“ sei, z. B. wegen vorübergehenden Auftragsspitzen. Sobald der Antrag bei Gericht vorliegt, kann die Einstellung der Leiharbeiter erfolgen, also schon vor der gerichtlichen Entscheidung. Je nach Belastung der Gerichte ist das Quartal schon vorüber und der Arbeitgeber kann den Antrag auf Ersetzung der Zustimmung damit sogar zurücknehmen, bevor das Gericht eine Entscheidung fällt. Die Zeit spielt hier für den Arbeitgeber. Vielleicht werden die Betriebsräte und Arbeitsgerichte versuchen, dieses Vorgehen zu unterbinden. Generell ist jedenfalls eine deutliche Tendenz der Arbeitsgerichte festzustellen, die Vorschriften des AÜG restriktiv anzuwenden.

Angesichts des strikten Kündigungsschutzes in Deutschland werden die Unternehmen daher voraussichtlich nach anderen Wegen suchen, um unbefristete Einstellungen zu vermeiden. Das können befristete Einstellungen sein, die ohne Sachgrund für bis zu zwei Jahre zulässig sind, das Outsourcing ganzer Produktionsschritte oder auch die umstrittenen Werkverträge.

VERWEIGERUNG DER BETRIEBSRENTENANPASSUNG – VORAUSSETZUNGEN UND KONSEQUENZEN

von **Franka Thomas**

Düsseldorf
Rechtsanwältin
fthomas@jonesday.com
++49.211.5406.5509

Der Arbeitgeber muss gemäß § 16 des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) alle drei Jahre eine Anpassung der laufenden Leistungen der betrieblichen Altersversorgung prüfen und hierüber nach billigem Ermessen entscheiden. Bei der Prüfung sind insbesondere die Belange des Versorgungsempfängers und die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Kaum ein anderer Paragraph des Betriebsrentengesetzes hat dem Arbeitgeber weitergehende unkalkulierbare finanzielle Belastungen auferlegt und für Rechtsunsicherheit gesorgt, da der Gesetzgeber keine konkreten Kriterien für die Prüfung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers aufgestellt, sondern es bei einer abstrakten Formulierung belassen hat. Erst



die Rechtsprechung hat dies konkretisiert und Grundsätze geschaffen. Bis heute geben die Arbeitsgerichte die Orientierung für die Anpassungsprüfungspflicht.

Der folgende Beitrag erörtert die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber eine Anpassung der Betriebsrenten ganz oder teilweise ablehnen kann.

■ UNTERLASSEN DER ANPASSUNG AUFGRUND DER WIRTSCHAFTLICHEN LAGE DES ARBEITGEBERS

Zunächst muss der Arbeitgeber prüfen, ob ein Anpassungsbedarf besteht. Ist dies der Fall, kann er eine Unterlassung der Leistungsanpassung rechtswirksam nur mit einer nachweislichen und dokumentierten Gefährdung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens begründen.

Die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers rechtfertigt nicht erst dann die *Ablehnung einer Anpassung*, wenn die Mehrbelastung einen Zusammenbruch des Unternehmens verursachen könnte. Andererseits genügt zur Begründung der Anpassungsverpflichtung nicht schon die Feststellung, das Unternehmen werde die zu erwartenden Mehrkosten irgendwie aus der betrieblichen Substanz decken können.

Das versorgungspflichtige Unternehmen soll vielmehr langfristig nicht so geschwächt werden, dass es ausgezehrt wird oder durch die Anpassungsbelastung Arbeitsplätze gefährdet sind. Die Kosten einer Anpassung müssten daher aus den Erträgen eines Unternehmens und dessen Wertzuwachs finanzierbar sein.

In seiner laufenden Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) stets eine Anpassung der betrieblichen Versorgungsverpflichtungen als Regelfall definiert und eine Nichtanpassung betrieblicher Altersversorgungsleistungen nur im Ausnahmefall zugelassen. Beruft sich nun ein Arbeitgeber auf eine Nichtanpassung aufgrund der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens, ist vorrangig auf die Erhaltung des Betriebes und der Arbeitsplätze abzustellen. Das Unternehmen muss also eine gesunde wirtschaftliche Entwicklung aufweisen können. Daher muss der Arbeitgeber die Betriebsrenten nur dann erhöhen, wenn die Anpassung aus künftigen Erträgen und einem Wertzuwachs des Unternehmens nachhaltig gesichert ist.

Grundlage hierfür bildet eine angemessene Eigenkapitalverzinsung; diese wird vom BAG unterstellt, wenn die

Verzinsung des Eigenkapitals mindestens dem Zinssatz für langfristige Umlaufrenditen von öffentlichen Anleihen plus einem Risikozuschlag von 2 % entspricht. Wenn das Eigenkapital entweder aufgezehrt ist oder aber diese Mindesteigenkapitalrendite nicht erwirtschaftet wird, ist keine Anpassung vorzunehmen. Allerdings genügt es noch nicht, allein und pauschal auf die unzureichende Eigenkapitalverzinsung abzustellen. Vielmehr ist für die vergangenen drei Jahre eine rückbetrachtende Beurteilung sowie für die zukünftigen drei Jahre eine Prognose für das Unternehmen abzugeben. Einen kürzeren Betrachtungszeitraum hält das BAG für nicht repräsentativ.

Als Beurteilungsgrundlage, ob die oben genannten Kriterien im jeweiligen Unternehmen vorliegen, zieht das BAG handelsrechtliche Jahresabschlüsse in Form von Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen sowie Geschäftsberichten einen heran. Insoweit genügen aber nicht isolierte Aussagen über die Entwicklung der Auftragslage, die Rentabilität, den Investitionsbedarf oder den handelsrechtlichen Gewinn bzw. Steuerbilanzgewinn. Verlangt wird eine vollständige und lückenlose Darstellung der wirtschaftlichen Situation eines Unternehmens. Insoweit obliegt dem Arbeitgeber die volle Darlegungs- und Beweislast. Sofern er dieser Darlegungslast in einem eventuellen Gerichtsverfahren nur durch die Veröffentlichung betrieblicher Interna oder Geschäftsgeheimnisse genügen kann, ist er vom Gericht mit den Mitteln des Prozessrechts vor nachteiligen Auswirkungen zu schützen (z. B. Ausschluss der Öffentlichkeit). Das Unternehmen unterliegt also umfangreichen Erläuterungs- und Offenlegungspflichten, diese bestätigen die Grundeinstellung des BAG, wonach ein Unterbleiben der Rentenanpassung die Ausnahme darstellen soll.

■ SONDERFALL: HAFTUNG IM KONZERN

Wenn die wirtschaftliche Situation des Arbeitgeberunternehmens selbst schlecht ist, wird der Betriebsrentenempfänger möglicherweise versuchen, mit dem Aspekt der „wohlhabenden Muttergesellschaft“ zu argumentieren. In diesen Fällen stellt sich die Frage, inwieweit im Rahmen der Anpassungsentscheidung ein Durchgriff auf den Konzern möglich ist.

A. Grundsatz: Wirtschaftliche Lage Der Konzerngesellschaft Ist Entscheidend

Zunächst gilt der Grundsatz, dass die Anpassungspflicht grundsätzlich dasjenige Unternehmen trifft, welches als Arbeitgeber die entsprechende Versorgungszusage

erteilt oder im Wege der Rechtsnachfolge erworben hat. Hiervon ist nicht bereits allein deshalb abzuweichen, weil der Arbeitgeber in einen Konzern eingebunden ist. Arbeitgeber ist regelmäßig nur das Unternehmen, mit dem der Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag geschlossen hat, und nicht die Konzernmutter. Die Konzernverbindung allein ändert weder etwas an der Selbstständigkeit der beteiligten juristischen Personen noch an der Trennung der jeweiligen Vermögensmassen. Demnach kann auch nicht allgemein auf den Konzern, sondern allenfalls auf die *Konzernmutter*, abgestellt werden. Aber auch insoweit gilt, dass es bei der Anpassungsentscheidung grundsätzlich nicht auf deren wirtschaftliche Lage ankommen kann.

B. Ausnahme: Berechnungsdurchgriff Auf Die Konzernmutter

Ausnahmsweise schlägt aber die wirtschaftliche Lage der Konzernmutter bei der Berechnung der wirtschaftlichen Lage durch (sog. Berechnungsdurchgriff).

Der Berechnungsdurchgriff setzt einen Gleichlauf von Zurechnung einerseits und Innenhaftung andererseits im Sinne einer Einstandspflicht/Haftung des anderen Konzernunternehmens gegenüber dem Versorgungsschuldner voraus. Wird der Versorgungsschuldner auf Betriebsrentenanpassung in Anspruch genommen, weil ihm die günstige wirtschaftliche Lage eines anderen Konzernunternehmens oder der Konzernmutter zugerechnet wird, so muss er auch die Möglichkeit haben, diese höhere Belastung an das andere Unternehmen weiterzugeben, sich also bei diesem zu refinanzieren.

Eine solche enge wirtschaftliche Verknüpfung zwischen Konzernmutter und Konzerngesellschaft ist regelmäßig dann gegeben, wenn zwischen den Unternehmen ein *Beherrschungsvertrag* besteht. *Ob dies auch bei einem Ergebnisabführungsvertrag ohne weiteres der Fall ist, hat das BAG noch nicht entschieden.* Die enge wirtschaftliche Verknüpfung liegt auch dann vor, wenn es sich um einen qualifiziert faktischen Konzern handelt. Ein solcher ist anzunehmen, wenn das herrschende Unternehmen die Geschäfte des beherrschten Unternehmens dauernd und umfassend geführt hat. Jedoch reicht eine enge wirtschaftliche Verknüpfung alleine nicht aus, um auf die Leistungsfähigkeit der Konzernmutter abstellen zu können. Es kommt darauf an, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens durch Entwicklungen des Konzerns, dem es angehört, maßgeblich

bestimmt werden kann. Wenn die fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers darauf beruht, dass die Konzernmuttergesellschaft ihre Leitungsmacht ohne angemessene Rücksicht auf die Belange der abhängigen Gesellschaft (Versorgungsschuldnerin) ausgeübt hat, soll es laut dem BAG zu einem Berechnungsdurchgriff kommen, so dass die wirtschaftliche Lage der Konzernmutter entscheidend ist.

■ **UNTERRICHTUNG DER MITARBEITER BEI UNTERLASSENER ANPASSUNG**

Sofern nach oben Gesagtem eine Anpassung tatsächlich zu Recht unterlassen werden kann und soll, muss der Arbeitgeber dem Versorgungsempfänger die wirtschaftliche Lage des Unternehmens in einem sog. „Unterrichtungsschreiben“ darlegen. Bei der Formulierung des Schreibens ist besonderer Wert auf Vollständigkeit und Wahrheit zu legen.

Hat der Arbeitgeber dem Versorgungsempfänger die wirtschaftliche Lage auf diese Weise unter Hinweis auf die Folgen eines nicht fristgemäßen Widerspruchs gegen die getroffene Anpassungsentscheidung schriftlich dargelegt und der Versorgungsempfänger nicht binnen 3 Kalendermonaten nach Zugang der Mitteilung schriftlich widersprochen, gilt die Anpassung als zu Recht unterblieben (§ 16 Abs. 4 S. 2 BetrAVG). Hierdurch wird der Versorgungsschuldner von der früher vom BAG bejahten „nachholenden Anpassung“ befreit. Macht ein Versorgungsempfänger von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch, muss im Zweifel das Ende einer gerichtlichen Überprüfung der Anpassungsentscheidung abgewartet werden, bis feststeht, ob die Anpassung zu Recht unterblieben ist. Es empfiehlt sich darum in jedem Fall, die Anpassungsprüfung und ihre Ergebnisse genauestens zu dokumentieren (ggf. sollte man ein entsprechendes Gutachten vorhalten), um vor Gericht den Nachweis der schlechten wirtschaftlichen Lage erbringen zu können.

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.