

## Newsflash Arbeitsrecht IV 2009

### Aktuelle Rechtsprechung

#### Betriebsübergang – „BenQ“

Ein arbeitsrechtlicher „Dauerbrenner“ ist das Rechtsgebiet des Betriebsübergangs nach § 613a BGB. Der Europäische Gerichtshof und das Bundesarbeitsgericht produzieren wichtige Entscheidungen nahezu am laufenden Band. Dabei geht es nicht nur um die Frage, in welcher Konstellation ein Betriebsübergang vorliegt, sondern auch darum, ob der Arbeitgeber die Belegschaft richtig informiert hat und wie lange die Mitarbeiter bei einer fehlerhaften Unterrichtung widersprechen dürfen. Die mit Spannung erwartete Sichtweise des Bundesarbeitsgerichts zu den nachträglichen Widersprüchen der vom Verkauf der Siemens Mobilfunksparte an BenQ betroffenen Mitarbeiter liegt seit dem 23. Juli 2009 nunmehr vor.

Der Gesetzgeber schreibt in § 613a Absatz 5 BGB zwingend vor, dass der bisherige Arbeitgeber oder der neue Inhaber des Betriebs die von einem Übergang betroffenen Arbeitnehmer vor dem Übergang über den Zeitpunkt oder den geplanten Zeitpunkt des Übergangs, den Grund für den Übergang, die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen des Übergangs und die hinsichtlich der Arbeitnehmer in Aussicht genommenen Maßnahmen zu unterrichten hat. Nach der Unterrichtung kann der Arbeitnehmer einen Monat lang dem Übergang schriftlich widersprechen. Bei unterbliebener oder fehlerhafter Unterrichtung läuft diese Frist nicht. Das hat das Bundesarbeitsgericht in dem vorliegenden Urteil bestätigt. Bei der Siemens-BenQ-Transaktion war die Unterrichtung fehlerhaft. Das höchste deutsche Arbeitsgericht ist der Ansicht, dass die Mitarbeiter nicht sorgfältig genug aufgeklärt wurden. Die Kläger hatten u. a. geltend gemacht, dass Informationen darüber fehlten, dass die Erwerberin des Betriebs ein neu gegründetes Unternehmen war, das nur über ein sehr geringes Haftungskapital verfügte (EUR 50.000). Zudem seien sie nicht darüber informiert worden, dass faktisch kein Kaufpreis gezahlt wurde, sondern Siemens einen „negativen Kaufpreis“ an das taiwanesisches Unternehmen übergab. Hätten die Arbeitnehmer dies gewusst, so die Argumentation der Mitarbeiter, hätten sie sich ein zutreffendes Bild über die Situation machen und auf besserer Grundlage entscheiden können, ob sie aus einem finanzkräftigen Großkonzern ausscheiden und in die neue Erwerbengesellschaft wechseln möchten.

Mangels korrekter Unterrichtung lief die Widerspruchsfrist von einem Monat somit nicht. In fünf Verfahren hat das Gericht entschieden, dass der Widerspruch auch noch nach Ablauf der Monatsfrist wirksam war und eine Weiterbeschäftigung bei dem Veräußerer erfolgen muss (8 AZR 538/08, 8 AZR 539/08, 8 AZR 540/08, 8 AZR 541/08, 8 AZR 558/08). Lediglich in einem Verfahren hatte der Mitarbeiter sein Recht auf Widerspruch „verwirkt“ (8 AZR 357/08). Von Verwirkung spricht man, wenn trotz fehlender konkreter Zeitgrenze ein Recht nicht mehr ausgeübt werden darf. Eine Verwirkung setzt voraus, dass bereits eine gewisse Zeit nach dem eigentlich vorgesehenen Fristablauf vergangen ist und dass besondere Umstände im Verhalten der Parteien vorliegen, die es rechtfertigen, die späte Geltendmachung des Rechts als mit Treu und Glauben unvereinbar und für die belastete Seite als unzumutbar anzusehen. In dem Verfahren, in dem die Verwirkung bejaht wurde, hatte der ehemalige Siemens-Mitarbeiter mit dem Betriebserwerber einen Aufhebungsvertrag



Sehr geehrte Leserin,  
sehr geehrter Leser,

der vorliegende arbeitsrechtliche Newsflash gibt Ihnen einen kurzen Überblick über die aktuellen Entwicklungen im Arbeitsrecht.

Wir wünschen Ihnen eine informative Lektüre, für weitergehende Informationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr Arbeitsrechts-Team  
von White & Case LLP

#### Ansprechpartner

##### Berlin

Klaus Sturm  
Tel.: +49 30 880911 0  
[ksturm@whitecase.com](mailto:ksturm@whitecase.com)

##### Düsseldorf

Karl-Dietmar Cohnen  
Tel.: +49 211 49195 291  
[kdcohen@whitecase.com](mailto:kdcohen@whitecase.com)

##### Frankfurt

Frank-Karl Heuchemer  
Tel.: +49 69 29994 0  
[fheuchemer@whitecase.com](mailto:fheuchemer@whitecase.com)

##### Hamburg

Karl-Dietmar Cohnen  
Tel.: +49 40 35005 396  
[kdcohen@whitecase.com](mailto:kdcohen@whitecase.com)

Dr. Holger Meyer  
Tel.: +49 40 35005 396  
[hmeyer@whitecase.com](mailto:hmeyer@whitecase.com)

##### München

Björn Theis  
Tel.: +49 89 206043 740  
[btweis@whitecase.com](mailto:btweis@whitecase.com)

abgeschlossen, bevor er – fast eineinhalb Jahre nach dem Betriebsübergang – den Widerspruch einlegte. Hierdurch hatte er nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts über sein Arbeitsverhältnis disponiert. Die abgelaufene Zeitspanne und der Umstand des Aufhebungsvertrags rechtfertigten die Annahme der Verwirkung.

#### **Fazit:**

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zeigt wieder einmal, wie wichtig und potenziell fehlerträchtig die Unterrichtung im Rahmen des § 613a BGB ist. Auch wirtschaftliche Aussagen zu den Vermögensverhältnissen des Erwerbers müssen ggf. berücksichtigt werden, falls dessen Vermögenslage wesentlich schlechter ist als die des bisherigen Arbeitgebers. Mehr Klarheit bringt die Entscheidung hinsichtlich der Frage der Verwirkung. Wer bei dem neuen Arbeitgeber nach einiger Zeit einen Aufhebungsvertrag schließt, wird damit rechnen müssen, dass ein danach erhobener Widerspruch nicht mehr greift.

Bundesarbeitsgericht: Urteil vom 23.07.2009 – 8 AZR 357/08 –

### **Nachbindung an einen Tarifvertrag**

---

Die Bindung an einen Tarifvertrag stellt gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten ein Hindernis für Arbeitgeber dar, das dringend notwendige Anpassungen der Arbeitsverträge blockiert. Viele Arbeitgeber erwägen daher einen Verbandsaustritt. Damit, so die Hoffnung, möchten sie sich von zwingenden Klauseln des Tarifvertrags befreien. Doch so einfach ist das nicht, wie eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 1. Juli 2009 zeigt.

Die Frage der Geltung von Tarifverträgen bei Verbandsaustritt wird im Wesentlichen von zwei Vorschriften bestimmt. Gemäß § 3 Absatz 3 Tarifvertragsgesetz bleibt die Bindung an einen Tarifvertrag bestehen, bis der Tarifvertrag endet, so genannte „Nachbindung“. § 4 Absatz 5 Tarifvertragsgesetz schreibt vor, dass die Normen eines ausgelaufenen Tarifvertrags solange weitergelten, bis sie durch eine „andere Abmachung“ ersetzt werden, so genannte „Fortwirkung“.

Zu entscheiden hatte das Bundesarbeitsgericht in dem vorliegenden Urteil über zwei Fragen: Zunächst musste geklärt werden, wie lange die Nachbindung des § 3 Absatz 3 Tarifvertragsgesetz andauert. Sodann galt es zu klären, was eine „andere Abmachung“ im Sinne des § 4 Absatz 5 Tarifvertragsgesetz darstellt.

Im entschiedenen Fall trat der Arbeitgeber im September 2004 aus dem Arbeitgeberverband aus. Noch während der Laufzeit des zum Zeitpunkt seines Austritts geltenden Tarifvertrags verschlechterte er im Februar 2005 die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer durch eine Änderungsvereinbarung mit den Mitarbeitern. Die Arbeitszeit wurde ohne Entgeltausgleich angehoben. Ab Januar 2006 hatten die noch im Arbeitgeberverband verbliebenen Arbeitgeber die Möglichkeit, den Tarifvertrag zu wechseln. Es wurde ein neuer Manteltarifvertrag geschlossen, dessen unmittelbare Wirkung anstelle des bisherigen Tarifvertrags eintreten sollte, sobald in dem entsprechenden Betrieb das tarifliche Entgeltabkommen (ERA) eingeführt wird. Im Oktober 2007 schloss der aus dem Verband ausgetretene Arbeitgeber mit der Gewerkschaft einen Haustarifvertrag, der die abgeänderten Arbeitsbedingungen im Wesentlichen übernahm.

Der klagende Arbeitnehmer machte geltend, für ihn habe der ursprüngliche Tarifvertrag zumindest bis zum Abschluss des Haustarifvertrags weitergegolten. Die individualrechtlich vereinbarte Verschlechterung seiner Arbeitsbedingungen gelte nicht. Diese Auffassung teilten die Richter des Bundesarbeitsgerichts. Das Gericht entschied, dass der ursprüngliche Tarifvertrag im Sinne einer Nachbindung bis zum Januar 2006 weitergegolten hat. Die verschlechternde Abmachung im Februar 2005 konnte die zwingende Nachbindung nicht aufheben. Erst mit der Möglichkeit des Tarifvertragswechsels im Januar 2006 – vom bisherigen Tarifvertrag in den neu abgeschlossenen Manteltarifvertrag – hatte, so das Erfurter Gericht, der einstige Tarifvertrag seine Nachbindung verloren und die Fortwirkungsphase des § 4 Absatz 5 Tarifvertragsgesetz setzte ein. Die verschlechternde Abmachung im Februar 2005 konnte vor diesem Hintergrund aber nicht als „andere Abmachung“ angesehen werden. Eine andere Abmachung sei laut Bundesarbeitsgericht nur dann zu bejahen, wenn aus dieser ersichtlich sei, dass sie gerade deswegen abgeschlossen wurde, um die Fortwirkung auszuschließen. Das hatten die Parteien vorliegend aber nicht vorgesehen.

#### **Hinweis**

White & Case LLP ist eine in den USA nach dem Recht des Staates New York gegründete Limited Liability Partnership. Nach dem Recht des Staates New York ist die persönliche Haftung der einzelnen Partner beschränkt.

Der Newsflash Arbeitsrecht ist ein reines Informationsschreiben und dient der allgemeinen Unterrichtung unserer Mandanten und anderer interessierter Personen. Der Newsflash Arbeitsrecht kann eine rechtliche Beratung im Einzelfall nicht ersetzen. Gerne stehen wir Ihnen für weiterführende Informationen oder konkrete Anfragen zur Verfügung.

[www.whitecase.de](http://www.whitecase.de)

**Fazit:**

Die Entscheidung verdeutlicht, dass ein Arbeitgeber auch nach einem Verbandsaustritt nicht völlig frei Arbeitsverträge ändern kann. Während der Nachbindungsfrist können nur Änderungen vorgenommen werden, die den Arbeitnehmer begünstigen. Sofern eine die Fortwirkung eines Tarifvertrags beseitigende Regelung getroffen werden soll, sollte dies vorsorglich ausdrücklich erwähnt werden.

Bundesarbeitsgericht: Urteil vom 01.07.2009 – 4 AZR 261/08 –

## Gesetzgebung

### Bundestag verabschiedet Vorstandsvergütungsgesetz (VorstAG)

Das nach langen Diskussionen über die Höhe der Managergehälter entwickelte Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) ist am 5. August 2009 in Kraft getreten. Der wesentliche Inhalt des VorstAG wird nachfolgend dargestellt.

**Womit befasst sich das VorstAG?**

Das Gesetz zielt ausweislich des Gesetzesentwurfs darauf ab, die Anreize in der Vergütungsstruktur für Vorstandsmitglieder in Richtung einer nachhaltigen und auf Langfristigkeit ausgerichteten Unternehmensführung zu stärken. Ferner soll die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für die Ausgestaltung der Vorstandsvergütung gestärkt und konkretisiert werden sowie die Transparenz der Vorstandsvergütung gegenüber den Aktionären und der Öffentlichkeit verbessert werden.

**Welche Regelungen bringt das VorstAG im Einzelnen?**

Zur Erreichung der vorgenannten Ziele sieht das VorstAG folgende Regelungen vor, die das AktG und das HGB betreffen:

**Aufsichtsratsplenum zuständig für Entscheidung über Vorstandsvergütung**

Das VorstAG sieht vor, dass die Entscheidung über die Vergütung des Vorstands künftig nicht mehr an einen Ausschuss delegiert werden darf, wie es bislang üblich war, sondern vom Plenum des Aufsichtsrats getroffen werden muss. Hierdurch soll die Festsetzung der Vergütung transparenter werden. Ein etwaiger Personalausschuss hat dann insoweit nur noch vorbereitende Funktion.

**Vergütung: Konkretisierung der Angemessenheitsvorgabe**

Die Vergütung des Vorstands einer Aktiengesellschaft muss künftig in einem angemessenen Verhältnis nicht nur zur Lage der Gesellschaft und zu den Aufgaben, sondern auch zu den Leistungen des Vorstandsmitglieds stehen. Ferner dürfen die Gesamtbezüge die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe übersteigen. Die Vergütungsstruktur ist bei börsennotierten Gesellschaften auf eine nachhaltige Unternehmensentwicklung auszurichten. Variable Vergütungsbestandteile sollen daher eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben; für außerordentliche Entwicklungen soll der Aufsichtsrat eine Begrenzungsmöglichkeit (Cap) – etwa in Form einer festen höhenmäßigen Begrenzung – vereinbaren. Die Neuregelung der Vorstandsvergütung ist ausweislich der Begründung der Beschlussempfehlung nicht auf Altverträge anzuwenden.

**Verschärfte Haftung des Aufsichtsrats**

Weiterhin sieht das Gesetz eine verschärfte Haftung des Aufsichtsrats vor. Der Aufsichtsrat macht sich schadensersatzpflichtig, wenn er die Vergütung unangemessen festsetzt. Durch die Neuregelung soll klargestellt werden, dass die angemessene Vergütungsfestsetzung zu den wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats gehört und er für Pflichtverstöße persönlich haftet.

**Nachträgliche Herabsetzung der Vorstandsbezüge**

Die bestehende Regelung zur nachträglichen Reduzierung der Vorstandsvergütung durch den Aufsichtsrat oder auf dessen Antrag durch das Gericht wird klarer und schärfer gefasst. Verschlechtert sich die Lage der Gesellschaft so, dass die Weitergewährung der Bezüge unbillig für die Gesellschaft wäre, soll eine Herabsetzung auf die angemessene Höhe erfolgen. Die Herabsetzung von Ruhegehältern, Hinterbliebenenbezügen und Leistungen verwandter Art ist auf die ersten drei Jahre nach dem Ausscheiden des betroffenen Vorstandsmitglieds aus der Gesellschaft befristet.

### **Verlängerung der Wartezeit für die Ausübung von Aktienoptionen**

Die Wartezeit für die erstmalige Ausübung von Aktienoptionen wird von zwei Jahren auf vier Jahre verlängert. Auch ist davon auszugehen, dass sich Phantom Stocks und ähnliche schuldrechtliche Instrumente über das Kriterium der langfristigen Verhaltensanreize ebenfalls an der Vier-Jahresfrist zu orientieren haben. Durch eine Übergangsregelung ist sichergestellt, dass vor Inkrafttreten des VorstAG gefasste Beschlüsse über Aktienoptionsprogramme nicht unwirksam werden.

### **Zwingender D&O-Selbstbehalt**

Bei Abschluss einer sogenannten „Directors and Officers Liability- Versicherung“ (D&O-Versicherung) ist künftig zwingend ein Selbstbehalt von mindestens 10 % des Schadens (prozentuale Quote je Schadensfall) bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der jährlichen Festvergütung des Vorstandsmitglieds (absolute Obergrenze pro Jahr) vorzusehen. Je nach Änderung der Festvergütung ist die Versicherung jährlich anzupassen. Die Regelung ist ab dem 1. Juli 2010 auch auf Versicherungsverträge anzuwenden, die vor dem Inkrafttreten des VorstAG geschlossen wurden. Ist die Gesellschaft dem Vorstand gegenüber aus einer vor diesem Datum geschlossenen Vereinbarung zur Gewährung einer Versicherung ohne Selbstbehalt verpflichtet, so darf sie diese Verpflichtung bis zum Ablauf des Vorstandsvertrags erfüllen. Eine generelle Pflicht zum Abschluss einer D&O-Versicherung ist mit der Neuregelung nicht verbunden. Es ist damit zu rechnen, dass Vorstandsmitglieder in Zukunft einen solchen Selbstbehalt verstärkt über eine Zusatzversicherung auf eigene Kosten versichern werden.

### **Erweiterte Offenlegung der Vergütung**

Bei den Pflichtangaben im Anhang zum Jahresabschluss sowie im Konzernanhang sind nunmehr detaillierte Angaben zu den Leistungen sowohl für den Fall einer vorzeitigen als auch einer regulären Beendigung der Vorstandstätigkeit einschließlich etwaiger Änderungen dieser Zusagen zu machen. Dies gilt erstmals für die Jahres- und Konzernabschlüsse der Geschäftsjahre, die nach dem 31. Dezember 2009 beginnen.

### **Zweijährige Karenzzeit vor Wechsel in Aufsichtsrat**

Um Interessenkonflikte zu vermeiden, dürfen bei börsennotierten Gesellschaften ehemalige Vorstandsmitglieder während einer zweijährigen Karenzzeit nach ihrem Ausscheiden nicht Mitglieder des Aufsichtsrats werden. Eine Ausnahme ist jedoch für den Fall vorgesehen, dass die Wahl in den Aufsichtsrat auf Vorschlag von Aktionären erfolgt, die mehr als 25 % der Stimmrechte an der Gesellschaft halten. Diese Regelung ist nicht auf Aufsichtsratsmitglieder anzuwenden, die ihr Mandat bei Inkrafttreten des VorstAG bereits inne hatten. Die Mandatsinhaber können gemäß der Begründung der Beschlussempfehlung nach Ende der Laufzeit auch dann wiedergewählt werden, wenn die Karenzzeit noch nicht abgelaufen ist.

### **Votum der Hauptversammlung zum System der Vorstandsvergütung**

Bei börsennotierten Gesellschaften kann die Hauptversammlung künftig ein unverbindliches Votum zum System der Vorstandsvergütung abgeben, mit dem sie ihre Billigung oder Missbilligung aussprechen kann; der Beschluss ist nicht anfechtbar. Wann tritt das Gesetz in Kraft und ab wann gelten die Änderungen? Das vom Bundestag beschlossene Gesetz muss zunächst noch den Bundesrat passieren. Es ist jedoch nicht zustimmungspflichtig und wird am Tag nach der Verkündung in Kraft treten. Ein Verkündungstermin steht noch nicht fest. Sofern das Gesetz Übergangsvorschriften für bestimmte Neuregelungen vorsieht, wurden diese zuvor im Rahmen der Übersicht über den Gesetzesinhalt dargestellt.

## **Praktischer Hinweis**

### **Formulieren einer Bestandsklausel in einer Zielvereinbarung**

Viele Unternehmen bieten ihren Mitarbeitern eine variable Vergütung auf Basis einer Zielvereinbarung an. Arbeitgeber und Arbeitnehmer legen zu Beginn eines Kalender- oder Geschäftsjahres verbindliche Zielkriterien fest, die nach Ablauf des Jahres ausgewertet werden. Der korrespondierende Bonusbetrag wird, sofern die Ziele erfüllt sind, an den Mitarbeiter ausgezahlt. Ein Problemfall tritt ein, wenn der Arbeitnehmer unterjährig ausscheidet. Muss der Bonus dann zeitanteilig gezahlt werden oder kann er komplett entfallen? Das Bundesarbeitsgericht hat nunmehr eine Klausel genehmigt, die den kompletten Wegfall des Bonus ermöglicht.

In dem entschiedenen Fall war folgende Regelung in der Bonusvereinbarung enthalten: „Voraussetzung für die Auszahlung des Bonus ist ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis zum Abschluss des Geschäftsjahres.“ Das Bundesarbeitsgericht hat zwar bemängelt, dass das Adjektiv „ungekündigt“ in der Klausel nicht gerechtfertigt ist. Die Regelung differenziert nicht zwischen einer vom Arbeitgeber und einer vom Arbeitnehmer ausgesprochenen Kündigung. Wenn beispielsweise der Arbeitnehmer aufgrund einer betriebsbedingten Kündigung seinen Arbeitsplatz verliert, scheint es aus Sicht des Gerichts kaum interessengerecht, ihm einen ganz wesentlichen Teil seiner Vergütung vorzuenthalten. Von einem „wesentlichen Teil“ ist auszugehen, wenn die Sonderzahlung mindestens 25 % der Gesamtvergütung ausmacht.

Dennoch war die vereinbarte Klausel in den Augen des Gerichts nicht komplett unwirksam. Das Wort „ungekündigt“ konnte man streichen, ohne dass der Rest der Klausel seinen Sinn verliert („Voraussetzung für die Auszahlung des Bonus ist ein Arbeitsverhältnis zum Abschluss des Geschäftsjahres.“). Die Klausel ist somit sprachlich teilbar und der übrig gebliebene Teil ist wirksam. Die Regelung verursacht insbesondere keine unangemessene Benachteiligung für den Arbeitnehmer im Sinne der AGB-Kontrolle. Durch die Bindung des Anspruchs auf die Bonuszahlung an das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im gesamten Geschäftsjahr werden Arbeitnehmer nach Ansicht des Gerichts weder in unzulässiger Weise in ihrer Berufsfreiheit behindert noch im Sinne der AGB-Kontrolle (§ 307 BGB) unangemessen benachteiligt. Der Wille der Parteien, für den Anspruch auf den Bonus Jahresziele und nicht Tages-, Wochen- oder Monatsziele gemeinsam festzulegen, ist zu achten.

Die genannte Klausel könnte daher in die entsprechenden Zielvereinbarungen aufgenommen werden und zwar sowohl mit als auch ohne das Wort „ungekündigt“. Dieses wird, wie das Bundesarbeitsgericht demonstriert hat, im Streitfall von einem Gericht gestrichen. Achten sollte man darauf, dass in der Zielvereinbarung tatsächlich Jahresziele festgelegt sind, die auch erst nach Ablauf der Zielperiode gemessen werden können. Zu empfehlen ist ferner, die Höhe des Bonus auch vom Geschäftsergebnis abhängig zu machen, das erst nach Ablauf des Geschäftsjahres ermittelt werden kann. Das Bundesarbeitsgericht führte diese beiden Argumente ausdrücklich als Begründung für die Wirksamkeit der Klausel an.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 06.05.2009 – 10 AZR 443/08 –