

Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

in der Juli-Ausgabe unseres Newsletters finden Sie eine weitere Zwischenmeldung zum Stand des Gesetzgebungsverfahrens in Sachen Managervergütung: Das „Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)“ steht vor dem Abschluss, nachdem der Rechtsausschuss nun am 17.06.2009 seine Beschlussempfehlung vorgestellt hat. Die jetzt vorliegende Endfassung des Gesetzes ist in vielen Hinsichten sehr „weich“ gefasst, so dass sie wird möglicherweise keine greifbaren Auswirkungen auf die Praxis der Vergütung von AG-Vorstandsmitgliedern haben wird.

Aus dem Bereich des Europäischen Rechts kommentieren wir einen Vorlagebeschluss des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 17.06.2009 (7 AZR 112/08 (A)), mit dem dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt wurde, ob die Zwangspensionierung von Piloten mit 60 Jahren mit dem Verbot der Altersdiskriminierung (Richtlinie 2000/78/EG) vereinbar ist. Hier fragt sich, wie weit die von der Richtlinie ebenso wie von § 10 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) genannten Rechtfertigungsgründe für altersbedingte Ungleichbehandlungen tragen. In dem hier ausgesetzten Streitfall ging es im wesentlichen um das Argument des Luftverkehrsunternehmens, der Deutschen Lufthansa, eine längere Beschäftigung führe aufgrund der altersbedingten Minderung der Leistungsfähigkeit zu Gefahren für die Luftsicherheit.

Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) haben wir gleich vier Urteile ausgewählt. Eines von ihnen betrifft Lohnwucherfälle und erleichtert betroffenen Arbeitnehmern die Klage auf Zahlung des Differenzlohns (Urteil vom 22.04.2009, 5 AZR 436/08), ein anderes die nunmehr endgültig aufgegebene Rechtsprechung zur sog. gegenläufigen Betriebsübung (Urteil vom 18.03.2009, 10 AZR 281/08). Darüber hinaus besprechen wir kurz ein Urteil des Landesarbeitsgerichts (LAG) Niedersachsen, mit dem das Gericht eine von Arbeitgeber und Betriebsrat ausgehandelte Unkündbarkeitsregelung als rechtswidrig beurteilte, da sie nur solchen Arbeitnehmern gewährt wurde, die sich mit einer vom Arbeitgeber kurz zuvor verlangten, sehr erheblichen Absenkung der Vergütung einverstanden erklärten. Einem solchen „Sonderkündigungsschutz für Duckmäuser“ erteilte das LAG Niedersachsen eine Absage.

Im Abspann finden Sie einen kurzen Kommentar zu der Entscheidung der Bundesagentur für Arbeit, die einer Eishockeymannschaft, nämlich den Kölner Haien, die Gewährung von Kurzarbeitergeld versagte.

Auch diesmal viel Spaß bei der Lektüre,

Ihr Redaktionsteam

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

GESETZGEBUNG

- Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) steht vor dem Abschluss.

EUROPÄISCHES RECHT

- Ist die Zwangsverrentung von Piloten mit 60 Jahren doch europarechtswidrig? BAG, Beschluss vom 17.06.2009, 7 AZR 112/08 (A)

RECHTSPRECHUNG

- Ausschlussfristen und Regressforderungen: BAG, Urteil vom 25.06.2009, 8 AZR 236/08
- Keine Vereinbarung zulasten des Arbeitnehmers vor Ablauf des Tarifvertrages: BAG, Urteil vom 20.05.2009, 4 AZR 230/08
- Lohnwucher auch dann, wenn sich ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung erst im Laufe der Vertragsdurchführung ergibt: BAG, Urteil vom 22.04.2009, 5 AZR 436/08
- Änderung der Rechtsprechung des BAG zur gegenläufigen betrieblichen Übung: BAG, Urteil vom 18.03.2009, 10 AZR 281/08
- Kein betrieblicher Sonderkündigungsschutz im Austausch gegen Lohnverzicht: LAG Niedersachsen, Urteil vom 17.04.2009, 12 Sa 1553/08

SONSTIGES

- Kurzarbeitergeld für die Kölner Haie?

IMPRESSUM

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

GESETZGEBUNG

Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) steht vor dem Abschluss.

von Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche, Fachanwalt für Arbeitsrecht, und Rechtsreferendar Sebastian Kreuziger, Berlin

Das Gesetzgebungsverfahren zum "Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG)" nähert sich nach drei Monaten seinem Ende. Am 20.03.2009 wurde der Gesetzesentwurf der Großen Koalition nach erster Verhandlung im Bundestag zur weiteren Beratung in die Ausschüsse unter Federführung des Rechtsausschusses überwiesen. Parallel zu den Diskussionen in den Ausschüssen verhandelte die Koalitions-Arbeitsgruppe Managergehälter Ende März abschließend über weitere Änderungen des Gesetzesentwurfes (wir berichteten in [Arbeitsrecht aktuell 09/087](#)).

Am 17.06.2009 teilte der Rechtsausschuss dem Bundestag nunmehr seine Beschlussempfehlung mit und erstattete Bericht ([BT-Drucks. 16/13433](#)). Die damit vorliegende, voraussichtlich vom Bundestag demnächst beschlossene Gesetzesfassung wird im folgenden kurz besprochen.

Nach dem ursprünglichen Entwurf sollte der Aufsichtsrat bei der Festsetzung der Vorstandsvergütung dafür sorgen, dass diese "in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des Vorstandsmitgliedes, zur Lage der Gesellschaft und der üblichen Vergütung" steht. Diese etwas unklaren Formulierungen versuchte man zu präzisieren. Die neue Formulierung in § 87 Abs.1 besagt, dass "die übliche Vergütung nicht ohne besondere Gründe" überstiegen werden darf. Aufmerksamkeit verdient dabei das Hintertürchen "besonderen Gründe". Welche Gründe eine Abweichung von der "üblichen Vergütung" rechtfertigen sollen, wird in

der Begründung der Beschlussempfehlung mit keinem Wort erwähnt. Auch was eine "übliche Vergütung" ausmacht, wird nur unwesentlich genauer ausführt als in der ursprünglichen Begründung des Gesetzesentwurfes. Anscheinend soll

- ein Vergleich mit anderen, ähnlich großen und komplexen Unternehmen derselben Branche vorgenommen,
- das allgemein (in Deutschland?) übliche Niveau der Vorstandsvergütung beachtet und
- die unternehmensinterne Lohn- und Gehaltsstruktur berücksichtigt werden.

Ob mit derart schwammigen Kriterien - samt Hintertürchen - Aufschaukelungseffekte vermieden werden können, ist zu bezweifeln. Keine wirkliche Umsetzungschance dürfte auch der Vorschlag der Partei DIE LINKE haben, dass Aufsichtsräte das Zwanzigfache des Arbeitsentgeltes eines Arbeitnehmers der untersten Lohngruppe als Maßstab nehmen sollten.

Der ursprünglich für Vorstände aller Aktiengesellschaften angedachte Ansatz, durch die Vergütung "langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung" zu setzen, wurde vom Rechtsausschuss auf börsennotierte Gesellschaften beschränkt. Anscheinend will man auf diese Weise schwierige Fragen zum Verhältnis nichtbörsennotierter Aktiengesellschaften zur GmbH und zu Personengesellschaften vermeiden.

Aus den langfristigen Verhaltensanreizen wurde die rechtliche Vorgabe, dass variable Vergütungsbestandteile "eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben" sollen. Dazu gibt es laut Begründung zahlreiche Vertragsgestaltungen wie Bonus-Malus-Systeme und die Performancebetrachtung über die Gesamtlaufzeit. Aus der Vorgabe der "Mehrjährigkeit" folgt laut Gesetzesbegründung, "dass nicht nur die Auszahlung hinausgeschoben sein darf, vielmehr müssen die variablen Bestandteile auch an ne-

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

gativen Entwicklungen im gesamten Bemessungsbereich teilnehmen".

Ob die Rechtsprechung das so umsetzt, bleibt abzuwarten. Unklar ist auch, was "mehrjährig" bedeutet. Dem Wortlaut nach würde wohl schon ein Zwei-Jahres-Zeitraum genügen.

Der Effektivität der neuen Regelungen nicht zuträglich ist die Formulierung, dass variable Vergütungsbestandteile eine mehrjährige Bemessungsgrundlage haben "sollen". Schließlich heißt das, dass je nach Lage des Falles Abweichungen von der Regel zulässig sind. Letztlich wurde damit die ursprünglich geplante Verpflichtung des Aufsichtsrats, bei der Vorstandsvergütung langfristige Verhaltensanreize zu setzen, erheblich aufgeweicht.

Neu ist gegenüber dem bisherigen Entwurf die Vorgabe, dass der Aufsichtsrat "für außerordentliche Entwicklungen" eine „Begrenzungsmöglichkeit“ vereinbaren „soll“. Als außerordentliche Entwicklungen betrachtet der Ausschuss u.a. Unternehmensübernahmen, die Veräußerung von Unternehmensteilen, die Hebung stiller Reserven und "externe Einflüsse". Die Ausgestaltung und damit auch den Umfang einer Begrenzungsmöglichkeit überlässt das Gesetz auch hier dem Aufsichtsrat.

Nach dem Wortlaut bezieht sich die neue Regelung nicht auf Altverträge. Bei ihnen bleibt also so oder so alles beim Alten.

Das unscheinbare aber folgenschwere Wörtchen "soll" hat noch einen weiteren Auftritt. Während der Aufsichtsrat nach geltender Gesetzeslage dazu berechtigt ist, die Bezüge des Vorstandes auf ein angemessenes Maß herabzusetzen, wenn sich die Lage der Gesellschaft nach der Festsetzung erheblich verschlechtert, ist nunmehr eine entsprechende Verpflichtung geplant. Allerdings gilt die den Aufsichtsrat betreffende Kürzungspflicht nach dem aktuellen Gesetzesentwurf nur noch im Regelfall. Welche besonderen Umstände eine Ausnahme begründen könnten, geht aus der Gesetzesbegründung nicht hervor. Zudem wird die Möglichkeit der

Herabsetzung von Ruhegehältern, Hinterbliebenenbezügen und Leistungen verwandter Art zeitlich begrenzt. Sie ist jetzt nur noch in den ersten drei Jahren nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft möglich.

In der politischen Diskussion besonders wichtig war die geplante Selbstbeteiligung von Vorständen bei Manager-Haftpflichtversicherungen ("Directors-&Officers"-Versicherungen = D&O-Versicherungen). Im Rechtsausschuss wurde hieraus folgende Neufassung von § 93 Abs.2 Satz 3 Aktiengesetz (AktG): Wenn eine Gesellschaft eine Versicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft abschließt (was freiwillig ist und bleibt), dann muss sie dabei zwei Werte festsetzen: Einerseits einen Selbstbehalt von mindestens 10 Prozent pro Schadensfall und andererseits eine absolute Obergrenze, die für alle Schadensfälle in einem Jahr zusammen gilt, jedoch bei größeren Schäden auch schon bei einem einzigen Schadensfall erreicht werden kann. Sie beträgt mindestens das Eineinhalbfache der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds.

Interessanterweise wird den Managern nicht verboten, sich von dem gesetzlich vorgeschriebenen Selbstbehalt durch Abschluss einer weiteren Versicherung zu entlasten.

Für die Neuregelungen sieht der Ausschussentwurf eine Übergangsfrist bis zum 01.07.2010 vor. Danach gelten sie auch für Altverträge, so dass spätestens dann Vertragsanpassungen notwendig werden. D&O-Versicherungen zugunsten von Aufsichtsratsmitgliedern können auch weiterhin ohne Selbstbehalt abgeschlossen werden.

Die Karenzzeit für den Wechsel eines Managers vom Vorstand in den Aufsichtsrat wurde wie geplant auf zwei Jahre festgelegt. Sie gilt nicht, wenn das Aufsichtsratsmitglied aufgrund eines Aktionärsvorschlages mit einem Quorum von 25 % der Stimmrechte der Gesellschaft gewählt wird. Auf diese Weise sollen Familienunterneh-

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

Hensche Rechtsanwälte Büro Köln

Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

Hensche Rechtsanwälte Büro München

Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

Hensche Rechtsanwälte Büro Nürnberg

Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

men und Stiftungen privilegiert werden. Die Karenzzeit für den Wechsel von Vorstand in einen Prüfungsausschuss des Aufsichtsrates wurde bei dieser Gelegenheit komplett fallen gelassen. Bereits als Aufsichtsräte amtierende Ex-Vorstände müssen allerdings nichts befürchten: Eine Übergangsregelung nimmt sie von der Karenzzeit aus und stellt sicher, dass bestehende Mandate fortgeführt werden können. Der Bestellungsbeschluss bedarf im Übrigen weiterhin der einfachen Mehrheit.

Wie von der Koalitions-Arbeitsgruppe "Managergehälter" vereinbart, erhält die Versammlung der Aktionäre, die sog. Hauptversammlung, bei börsennotierten Aktiengesellschaften das Recht, das System zur Vergütung der Vorstandsmitglieder per Beschluss zu billigen. Rechtlich bindend ist ein solcher Beschluss zwar nicht, doch weist der Ausschuss zurecht darauf hin, dass er eine gewisse Öffentlichkeitswirkung erzeugen kann. Andererseits muss bezweifelt werden, dass sich die Hauptversammlung selbst schadet, indem sie per Beschluss die Vergütung der Vorstände als überzogen rügt und damit am Ende schlechte Publicity und fallende Aktienkurse bewirkt.

Gänzlich untergegangen ist in dem vorliegenden Entwurf die Forderung, die Zahl der möglichen Aufsichtsratsmandate pro Person "in Richtung fünf" und die Größe der Aufsichtsräte im Allgemeinen zu reduzieren.

Unverändert bleiben die erweiterten Pflichten für die Erstellung von Jahres- und Konzernabschlüssen sowie die Verlängerung der Haltefrist für Aktienoptionen von zwei auf vier Jahren.

Alles in allem ist auch der jetzige Entwurf des VorstAG eine Ansammlung von unbestimmten Rechtsbegriffen, juristischen Hintertürchen und Relativierungen. Politische Bewertungen, die den Tod der freien Unternehmensführung oder die Einführung sozialistischer Festgehälter heraufbeschwören, sind daher fehl am Platz. Umgekehrt: Ob das Gesetz überhaupt nennenswerte tatsächliche Auswirkungen auf

die Praxis der Vergütung von AG-Vorständen haben wird, ist fraglich.

So oder so dürfte das Gesetz in seiner jetzigen Form mit hoher Wahrscheinlichkeit in Kraft treten. Am 18.06.2009 nahm es der Bundestag in dritter Lesung in der Ausschussfassung an ([BT-Plenarprotokoll 16/227, S. 25127D - 25144C](#)) und leitete es - wie vom Grundgesetz (GG) vorgesehen - an den Bundesrat weiter ([BT-Drucksache 592/09](#)).

Ein Einspruch des Bundesrates ist unwahrscheinlich. Nachdem der Gesetzesentwurf den Bundestag und den Bundesrat passiert hat, muss er zwar weitere Stationen durchlaufen, um als Gesetz in Kraft zu treten. Dabei handelt es sich jedoch eher um Formalitäten. Mit einer Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt ist daher in Kürze zu rechnen.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 17.06.2009, BT-Drucksache 16/13433](#)
- [Unterrichtung des Bundesrates über den Gesetzesbeschluss des Bundestages vom 19.06.2009, BR-Drucksache 592/09](#)
- [Arbeitsrecht aktuell: 09/087 Verschärfung der Managerhaftung](#)

EUROPÄISCHES RECHT

Ist die Zwangsverrentung von Piloten mit 60 Jahren doch europarechtswidrig? BAG, Beschluss vom 17.06.2009, 7 AZR 112/08 (A)

von Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Die [Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen](#)

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78/EG) verbietet Diskriminierungen von Erwerbstätigen, insbesondere von Arbeitnehmern, wegen bestimmter persönlicher Merkmale wie etwa des Geschlechts, der religiösen Überzeugung oder der Herkunft. Neu ist das Verbot der Schlechterstellung wegen des (geringen oder hohen) Alters.

Diese Vorgaben und damit das neue Verbot der Altersdiskriminierung wurden durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) mit Wirkung vom 18.08.2006 in das deutsche Recht übernommen. Seitdem sind sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligungen von Arbeitnehmern wegen ihres Alters verboten.

Sowohl die Richtlinie 2000/78/EG (Art.6 Abs.1 der Richtlinie) als auch das AGG (§ 10 AGG) erlauben jedoch Ungleichbehandlungen wegen des Alters, wenn sie „objektiv und angemessen“ sind und durch ein „legitimes Ziel“ wie etwa die Beschäftigungsförderung, gerechtfertigt sind. Zudem müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels „angemessen und erforderlich“ sein.

Seit Jahren heftig umstritten ist die Wirksamkeit einer in Tarif- und/oder Arbeitsverträgen oft enthaltenen auflösenden Bedingung, der zufolge das Arbeitsverhältnis automatisch mit Erreichen des Rentenalters beendet werden soll. Nach einem grundlegenden Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 16.10.2007 (C-411/05 - Palacios de la Villa, vgl. dazu Arbeitsrecht aktuell 07/77) besteht aus Arbeitnehmersicht nur noch wenig Hoffnung, sich unter Berufung auf das Verbot der Altersdiskriminierung gegen solche Zwangspensionierungen wehren zu können.

Entsprechend diesem Trend hat das Hessische Landesarbeitsgericht (LAG) in einem Urteil vom 15.10.2007 (17 Sa 809/07) die Klage dreier Piloten der Lufthansa abgewiesen, die gegen die tariflich festgelegte Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse mit dem Erreichen des 60. Lebensjahres geklagt hatten (wir berichteten

darüber in Arbeitsrecht aktuell 07/79 Altersgrenze von 60 Jahren bei Lufthansapiloten ist rechtens). Auch das in erster Instanz zuständige Arbeitsgericht Frankfurt hatte die Klage der Piloten abgewiesen.

Nunmehr hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Beschluss vom 17.06.2009 (7 AZR 112/08 (A)) über die Revision der in den Vorinstanzen unterlegenen Piloten entschieden. Der Beschluss liegt derzeit nur in Gestalt einer Pressemitteilung des BAG (PM 61/09) vor.

Welcher Sachverhalt lag dem Beschluss des BAG zugrunde?

Drei angestellte Piloten der Deutschen Lufthansa im Alter von knapp über 60 Jahren erhielten von ihrem Arbeitgeber die Mitteilung, dass ihr Arbeitsverhältnis altersbedingt mit Ablauf des Monats, in dem sie das sechzigste Lebensjahres erreichten, sein Ende finde. Dabei verwies die Lufthansa auf eine tarifvertragliche Altersgrenze, die auf die Arbeitsverhältnisse der drei Piloten Anwendung findet.

Die tarifliche Beendigungsvorschrift ist in § 19 Abs.1 des Manteltarifvertrags Nr.5a für das Cockpitpersonal bei der Lufthansa AG enthalten.

Die Piloten sahen sich durch die tarifliche Altersgrenzenregelung wegen ihres Alters diskriminiert. Im wesentlichen lautete ihr Argument, dass man auch mit über 60 Jahren noch ein guter Pilot sein könne. Das Argument der Lufthansa, mit zunehmendem Alter komme es häufiger zu Fehlleistungen und damit zu einer Gefahr für die Luftsicherheit, ließen die Piloten nicht gelten, wobei sie darauf verwiesen, dass andere Luftverkehrsgesellschaften ihre Piloten erst mit 65 in die Rente schicken würden. Sogar im Konzern der Lufthansa gebe es Bereiche, in denen Piloten noch bis zum 65. Lebensjahr eingesetzt würden.

Die drei Piloten erhoben daher gegen die Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse im Rahmen

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

eines gemeinsam geführten Verfahrens (AZ: 6 Ca 7405/06) Klage vor dem Arbeitsgericht Frankfurt am Main. Sie beantragten die Feststellung, dass ihre Arbeitsverhältnisse nicht aufgrund der o.g. tariflichen Beendigungsvorschrift geendet haben. Das Arbeitsgericht Frankfurt am Main wies die Klage mit Urteil vom 14.03.2007 zurück. Auch vor dem Hessischen LAG hatten die Piloten wie erwähnt keinen Erfolg ([Urteil vom 15.10.2007, 17 Sa 809/07](#)).

Wie hat das BAG entschieden?

Das BAG hat den Rechtsstreit ausgesetzt und den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) um eine Vorabentscheidung gebeten. Die Vorlagefragen sind derzeit noch nicht bekannt. Der Pressemitteilung des BAG ist aber zu entnehmen, dass es um die Frage geht, ob tarifliche Regelungen über eine Altersgrenze von 60 Jahren für Piloten mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts vereinbar sind.

Zwar hat das BAG in bisheriger Rechtsprechung tarifliche Altersgrenzen von 60 Jahren für Piloten für wirksam gehalten. Nach Inkrafttreten des AGG am 18.08.2006 und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH zu dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des Verbots der Altersdiskriminierung hatte das BAG jedoch Zweifel an der Richtigkeit dieser Rechtsprechung. Nach seiner Ansicht hängt es von der Auslegung von Art. 2 Abs. 5, Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG ab, ob die bisherige Rechtsprechung aufrechterhalten werden kann.

Das BAG hat daher das Verfahren zusammen mit einigen Parallelverfahren bis zur Entscheidung des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren ausgesetzt. Die Entscheidung des BAG ist auf den ersten Blick überraschend, hatte der siebte Senat doch vor fast genau einem Jahr im gegenteiligen Sinne entschieden, indem er die Zwangspensionierung einer angestellten Reinigungskraft aufgrund einer tariflichen Beendigungsvorschrift für zulässig hielt und hier auch

keine europarechtlichen Bedenken äußerte ([BAG, Urteil vom 18.06.2008, 7 AZR 116/07](#) – wir berichteten darüber in [Arbeitsrecht aktuell: 08/077 Tarifliche Auflösung von Arbeitsverhältnissen mit Erreichen des Rentenalters ist rech-](#)
[tens.](#)). Allerdings trat die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in dem damals entschiedenen Fall erst mit dem 65. Lebensjahr ein, wohingegen es die Piloten härter trifft, da sie schon fünf Jahre früher ausscheiden sollen.

Darüber hinaus zeichnet sich in der aktuellen Rechtsprechung deutlich die Tendenz ab, bei der Frage des diskriminierenden Charakters altersabhängiger Auflösungsklauseln nach Branchen bzw. Berufen zu unterscheiden, da je nach Branche bzw. Beruf verschiedene Zwecke hinter der Zwangsverrentung stehen können. Das für die Lufthansa zentrale Argument pro Zwangsverrentung, nämlich die altersbedingt abnehmende Leistungsfähigkeit von Piloten und die daraus (angeblich) folgende Gefährdung der Flugsicherheit durch den Einsatz zu alter Piloten, spielt bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit anderer Zwangsverrentungen keine Rolle, etwa im Falle der [Flugbegleiter](#).

Fazit: Es ist nach wie vor weitgehend offen, ob vom Alter oder der Rentenberechtigung abhängige Auflösungsklauseln rechters sind. Für die Betroffenen lohnt sich daher auf jeden Fall eine arbeitsgerichtliche Überprüfung der altersbedingten Auflösung ihrer Arbeitsverhältnisse.

Nähere Informationen finden Sie hier

- [Hessisches Landesarbeitsgericht, Urteil vom 15.10.2007, 17 Sa 809/07](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Diskriminierung](#)
- [Arbeitsrecht aktuell: 09/094 Sind Zwangspensionierungen doch europarechtswidrig?](#)
- [Arbeitsrecht aktuell: 08/077 Tarifliche Auflösung von Arbeitsverhältnissen mit Erreichen des Rentenalters ist rechters.](#)
- [Arbeitsrecht aktuell 07/79 Altersgrenze von 60 Jahren bei Lufthansapiloten ist rechters](#)

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

RECHTSPRECHUNG

Ausschlussfristen und Regressforderungen: BAG, Urteil vom 25.06.2009, 8 AZR 236/08

von Rechtsanwältin Svenja Sottorf, Berlin

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Schädigt ein Arbeitnehmer bei der Ausübung seines Dienstes vorsätzlich oder fahrlässig eine nicht zum Betrieb gehörende Person (einen „Dritten“), muss er dieser Person Schadensersatz und gegebenenfalls Schmerzensgeld leisten. Führt daher z.B. ein angestellter Kraftfahrer während einer Dienstfahrt einen Radfahrer um, führt dies zur Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Radfahrer.

Da man somit als Arbeitnehmer, jedenfalls bei „gefährlichen“ Arbeiten, immer mit einem Bein in der zivilrechtlichen Haftung steht, kann man vom Arbeitgeber nach der Rechtsprechung in den meisten Fällen „Freistellung“ von der Ersatzpflicht verlangen. Diesen gesetzlich nicht geregelten Anspruch begründet die Rechtsprechung damit, dass es Sache des Arbeitgebers ist, die Arbeiten so zu organisieren, dass Gefahren möglichst gering gehalten werden; außerdem kann sich der Arbeitgeber gegen Schadensersatzansprüche Dritter versichern. Daher muss der Arbeitgeber in aller Regel einen Teil des vom Arbeitnehmer verursachten Schadens tragen. Wie hoch der Arbeitgeberanteil ist, hängt vom Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers ab. Nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit müssen Arbeitnehmer den Schaden allein tragen.

In vielen Arbeitsverträgen und Tarifverträgen finden sich allerdings Ausschlussfristen. Danach müssen beide Vertragsparteien Ansprüche innerhalb einer oft sehr kurzen Frist gegenüber der anderen Partei geltend machen, wobei meist schriftliche Geltendmachung vorgeschrieben ist. Wer die Ausschlussfrist nicht einhält,

wird mit dem Untergang seines Anspruchs bestraft. Für den Beginn dieser Frist wird normalerweise auf die Fälligkeit des Anspruches abgestellt, d.h. auf den Zeitpunkt, in dem der Anspruch erstmals geltend gemacht werden kann. Ausschlussfristen erfassen auch Ansprüche des Arbeitnehmers auf Freistellung von der Haftung gegenüber Dritten.

Im Einzelfall kann man darüber streiten, wann ein Anspruch fällig wird und wann daher die Ausschlussfrist zu laufen beginnt. Mit dieser Frage befasst sich ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 25.06.2009 (8 AZR 236/08), das wieder einmal die erheblichen Auswirkungen von Ausschlussfristen verdeutlicht.

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des BAG zugrunde?

Der klagende Arbeitnehmer war als leitender Arzt in einer Frauenklinik angestellt. Die Parteien hatten vereinbart, dass der Arzt über die nach der Rechtsprechung anerkannten Grundsätze der Schadensteilung hinaus auch bei grobfahrlässig verursachten Schadensfällen in vollem Umfang Freistellung verlangen kann. Außerdem galt eine vertragliche Ausschlussfrist, nach der Ansprüche innerhalb von sechs Monaten nach Fälligkeit gegenüber der anderen Vertragspartei schriftlich geltend zu machen sind.

Aufgrund eines schwerwiegenden Fehlers bei der Entbindung kam es zur Geburt eines schwerstbehinderten Kindes. Die Mutter des Kindes zog daraufhin vor Gericht und belangte den Arzt und die Frauenklinik auf Schadensersatz und Schmerzensgeld. Das Oberlandesgericht (OLG) als letzte Instanz bewertete das Geschehen als fahrlässigen Behandlungsfehler und verurteilte Arzt und Klinik zur Zahlung einer erheblichen Geldsumme. Arzt und Frauenklinik wurden dabei als „Gesamtschuldner“ verurteilt. In einem solchen Fall kann sich der Anspruchsinhaber aussuchen, von wem er das Geld fordern möchte. Die Revision hatte das OLG nicht zugelassen. Die gesetzliche Frist für

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

eine hiergegen mögliche Nichtzulassungsbeschwerde ließ der Arzt verstreichen, so dass das Urteil rechtskräftig wurde.

Sieben Monate später forderte der Rechtsanwalt des Arztes die Klinik auf, den Arzt vollständig von den Schadensersatzforderungen, zu denen er verurteilt worden war, freizustellen. Dies verweigerte der Arbeitgeber, so dass der Arzt erneut vor Gericht stand, und zwar diesmal als Kläger vor dem Arbeitsgericht.

Das Arbeitsgericht wies die Klage des Arztes ab, weil er die Freistellung von den Regressforderungen nach Ablauf der Ausschlussfrist gestellt hatte. Dies sah das Landesarbeitsgericht (LAG) Bremen ([Urteil vom 07.11.2007, 2 Sa 29/06](#)) anders. Der Anspruch auf Schadensersatz der Patientin, so das LAG, war noch gar nicht fällig. Denn auch wenn das Urteil des Oberlandesgerichts sieben Monate vorher rechtskräftig geworden war, stand noch nicht fest, ob die geschädigte Patientin den Arzt oder die Klinik in Anspruch nehmen würde. Nur dann, wenn die Patientin den Arzt „in Anspruch nimmt“, hat er einen Anspruch auf Freistellung, vorher tritt also auch keine Fälligkeit ein. So jedenfalls die Argumentation des LAG Bremen.

Wie hat das BAG entschieden?

Das Bundesarbeitsgericht war anderer Ansicht und entschied gegen den klagenden Arzt. Nach seiner Auffassung wurde der Anspruch auf Freistellung nämlich bereits mit Rechtskraft des OLG-Urteils fällig, weil zu diesem Zeitpunkt verbindlich feststand, dass die Patientin den Arzt in Anspruch nehmen konnte. Damit war die sechsmonatige Ausschlussfrist schon verstrichen, als der Rechtsanwalt des Arztes die Freistellung gegenüber der Frauenklinik forderte.

Fazit: Ausschlussfristen werden von Arbeitnehmern (und auch von Rechtsanwälten) oft übersehen. Diese Gefahr besteht um so mehr, wenn Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Schadensfall als gemeinsam Verklagte zunächst auf derselben Seite stehen. Dann gerät leicht in Verges-

senheit, dass jeder Schadensfall nicht nur Haftungsansprüchen im Außenverhältnis zum geschädigten Dritten auslöst, sondern auch arbeitsrechtliche Ansprüche zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, nämlich den Anspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung.

Geht dieser Anspruch durch eine Ausschlussfrist unter, besteht für Kulanz des Arbeitgebers in der Regel kein Spielraum, da dieser zumeist eine GmbH oder Aktiengesellschaft ist und die Leitungsorgane daher zur Wahrung der Rechte der von ihnen vertretenen Gesellschaft gesetzlich verpflichtet sind. Letztlich ist im vorliegenden Fall der Rechtsanwalt hier der „Dumme“, d.h. er wird den Geldbeutel aufmachen müssen.

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 25.06.2009, 8 AZR 236/08 \(PM 65/09\)](#)
- [Landesarbeitsgericht Bremen, Urteil vom 07.11.2007, 2 Sa 29/06](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Ausschlussfristen](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Haftung des Arbeitnehmers](#)

Keine Vereinbarung zulasten des Arbeitnehmers vor Ablauf des Tarifvertrages: BAG, Urteil vom 20.05.2009, 4 AZR 230/08

von Rechtsanwältin Svenja Sottorf, Berlin

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

[Tarifverträge](#) bzw. die in ihnen enthaltenen Inhaltsnormen (Löhne, Arbeitszeiten) gelten unmittelbar und zwingend für Arbeitsverhältnisse, wenn der Arbeitgeber entweder selbst den Tarifvertrag abgeschlossen hat oder Mitglied des den Tarifvertrag abschließenden Arbeitgeberverbandes ist, und wenn der Arbeitnehmer gleichzeitig Mitglied der Gewerkschaft ist, die den Tarifvertrag abgeschlossen hat.

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Solange ein Tarifvertrag unmittelbar gilt, darf von seinen Regelungen nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (Günstigkeitsprinzip), selbst wenn der Arbeitnehmer hiermit einverstanden ist ([§ 4 Abs. 3 Tarifvertragsgesetz - TVG](#)). Etwas anderes gilt nur dann, wenn eine Abweichung zulasten des Arbeitnehmers ausdrücklich in dem Tarifvertrag zugelassen wird.

Wird der Tarifvertrag gekündigt oder ist er von vornherein nur befristet abgeschlossen worden, enden seine Regelungen nicht abrupt. Vielmehr bestimmt [§ 4 Abs. 5 TVG](#), dass die Regelungen solange weiter gelten, bis sie durch eine „andere Abmachung“ ersetzt werden (so genannte Nachwirkung).

Als andere Abmachungen gelten etwa ein neuer Tarifvertrag, Betriebsvereinbarungen oder arbeitsvertragliche Regelungen. In diesem Fall gilt das Günstigkeitsprinzip nicht. Das heißt: Wirkt der Tarifvertrag nur noch nach, dürfen auch Regelungen getroffen werden, die den Arbeitnehmer schlechter stellen als die tariflichen Regelungen.

Dabei ist es nach der Rechtsprechung nicht unbedingt nötig, dass die „andere Abmachung“ erst im Nachwirkungszeitraum des Tarifvertrages geschlossen wird. Möglich ist es auch, schon vorher entsprechende Regelungen zu treffen, solange sie im Hinblick auf die Nachwirkung des Tarifvertrages, d.h. im Hinblick auf den Wegfall seiner normativen Wirkung vereinbart wurden.

Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen eine Vereinbarung im Hinblick auf die Nachwirkungszeit des Tarifvertrages abgeschlossen wird (und daher zuungunsten des Arbeitnehmers zulässig ist). Fraglich ist auch, was mit einer dem Arbeitnehmer ungünstigen Regelung geschieht, die nicht im Hinblick auf die Nachwirkungszeit des Tarifvertrages geschlossen worden ist, sondern z.B. unabhängig davon: Ist eine solche vertragliche Regelung wirksam, falls der Tarifvertrag später tatsächlich abläuft?

Mit diesen Fragen beschäftigt sich eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 20.05.2009 (4 AZR 230/08), die bisher nur als Pressemitteilung ([PM 48/09](#)) vorliegt.

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des BAG zugrunde?

Auf das Arbeitsverhältnis der klagenden Arbeitnehmerin fand ein Manteltarifvertrag (MTV) Anwendung, da die Arbeitnehmerin Mitglied der entsprechenden Gewerkschaft und der Arbeitgeber Mitglied im Arbeitgeberverband war. Der Arbeitgeber wechselte später in eine Mitgliedschaft ohne Tarifbindung (OT-Mitgliedschaft). Der MTV galt aber weiter.

Im März 2005 vereinbarten die Arbeitsvertragsparteien für die Zeit ab April 2005 eine Verlängerung der im MTV vorgesehenen Arbeitszeit ohne Lohnausgleich und eine Verkürzung des Urlaubs um zwei Tage. Im Oktober 2005 wurde der Tarifvertrag gekündigt, und zwar mit Wirkung zum 31.03.2006. Mit ihrer Klage begehrt die Arbeitnehmerin unter anderem Zahlung der über die tarifliche Arbeitszeit hinausgehenden Arbeitszeit und Nachgewährung der zwei Urlaubstage.

Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht (LAG) Hamm wiesen die Klage der Arbeitnehmerin ab ([LAG Hamm, Urteil vom 07.11.2007, 18 Sa 507/07](#)).

Ebenso wie in der Parallelentscheidung des LAG Hamm (Urteil vom 07.11.2007, 18 Sa 507/07) kam das LAG zu dem Ergebnis, dass eine vom Tarif zulasten der Arbeitnehmerin abweichende arbeitsvertragliche Regelung getroffen worden war, und zwar nicht im Hinblick auf den Ablauf des Tarifvertrages.

Dies hatte aber nach Ansicht des LAG nur die Folge, dass die arbeitsvertragliche Vereinbarung solange vom Tarif verdrängt wird, wie dieser zwingend galt. Nach seinem Ablauf lebte daher die arbeitsvertragliche Regelung wieder auf.

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Wie hat das BAG entschieden?

Das Bundesarbeitsgericht war anderer Auffassung als die Vorinstanzen und gab der klagenden Arbeitnehmerin recht.

In der Pressemitteilung heißt es dazu, dass die vom Tarif zulasten der Arbeitnehmerin abweichenden arbeitsvertraglichen Vereinbarungen keine „andere Abmachung“ darstellen, die den abgelaufenen Tarifvertrag ersetzt. Denn werden Regelungen vor Ablauf des Tarifvertrages geschlossen, so das BAG, ersetzen sie den Tarifvertrag nur dann, wenn sie konkret und zeitnah vor dem bevorstehenden Ablauf getroffen werden und die Situation regeln sollen, die sich aufgrund der Nachwirkung ergibt.

Im vorliegenden Fall war die arbeitsvertragliche Vereinbarung aber schon ein Jahr vor Ablauf des Tarifvertrages getroffen worden und damit zu einem Zeitpunkt, als dessen Kündigung noch gar nicht abzusehen war. In diesem Punkt stimmt das BAG mit der Bewertung des LAG überein.

Das BAG kommt darüber hinaus zu dem Ergebnis, dass die zuungunsten der Arbeitnehmerin getroffenen arbeitsvertraglichen Regelungen unwirksam sind und deshalb auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufleben.

Fazit: OT-Mitgliedschaften in Arbeitgeberverbänden sind in den letzten Jahren auf dem Vormarsch. Die vorliegende Entscheidung des BAG erschwert die Entscheidung eines Arbeitgebers für diese Form der Verbandsmitgliedschaft. Immerhin muss er künftig zeitnah vor dem Hintergrund des Wegfalls der normativen Wirkung des Tarifvertrags mit den betroffenen Arbeitnehmern Absprachen treffen, die sich sehr bald und konkret zu ihren Lasten auswirken werden.

Die „smarte“ Vorgehensweise, sich gleichsam auf Vorrat tarifwidrige Arbeitsvertragsklauseln abzeichnen zu lassen, um sie bei Bedarf zu aktivieren, ist auf der Grundlage dieses Urteils

nicht möglich. Dies hat das BAG vor einigen Tagen nochmals bestätigt ([BAG, Urteil vom 01.07.2009, 4 AZR 250/08](#)).

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 20.05.2009, 4 AZR 230/08, PM 48/09](#)
- [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 01.07.2009, 4 AZR 250/08](#)
- [Landesarbeitsgericht Hamm, Urteil vom 07.11.2007, 18 Sa 507/07](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Tarifvertrag](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Lohn und Gehalt](#)

Lohnwucher auch dann, wenn sich ein Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung erst im Laufe der Vertragsdurchführung ergibt: BAG, Urteil vom 22.04.2009, 5 AZR 436/08

von Rechtsanwältin Nina Lüking Hannover

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Viele Arbeitnehmer können mangels vertraglicher Bezugnahme auf einen [Tarifvertrag](#) keinen Tariflohn verlangen, da sie keiner Gewerkschaft angehören oder ihr Arbeitgeber nicht tarifgebunden ist, d.h. weder Mitglied eines Arbeitgeberverbandes ist noch selbst mit einer Gewerkschaft einen Tarifvertrag abgeschlossen hat. Falls es unter solchen Umständen keinen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag gibt, der fachlich und räumlich einschlägig ist, können Löhne zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Prinzip „frei“ ausgehandelt werden.

Diese Freiheit hat allerdings Grenzen, und zwar nach unten hin. Unterschreitet nämlich die von den Arbeitsvertragsparteien ausgehandelte Bezahlung einen räumlich und fachlich einschlägigen Lohntarifvertrag um mehr als ein Drittel,

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

Hensche Rechtsanwälte Büro Köln

Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

Hensche Rechtsanwälte Büro München

Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

Hensche Rechtsanwälte Büro Nürnberg

Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

liegt nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ein Anhaltspunkt für Lohnwucher im Sinne von [§ 138 Abs.1 Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#) vor. Der Tariflohn ist dann die Messlatte für die Beantwortung der Frage, ob Leistung (Arbeit) und Gegenleistung (Lohn) möglicherweise in einem so unangemessenen Verhältnis stehen, dass die Vergütungsvereinbarung als „sittenwidrig“ im Sinne von [§ 138 Abs. 1 BGB](#) anzusehen ist.

Liegt Lohnwucher vor, führt dies nicht etwa zur Unwirksamkeit des gesamten Arbeitsvertrags, sondern nur zur Nichtigkeit der „sittenwidrigen“ Lohnvereinbarung. Diese wird, da es keine geltende vertragliche Vergütungsregelung mehr gibt, gemäß [§ 612 Abs.2 BGB](#) durch den Tariflohn oder, falls ein einschlägiger Tarifvertrag nicht vorhanden ist, durch die ortsübliche Vergütung ersetzt.

Bislang nicht klar entschieden war in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG), ob eine Vergütungsvereinbarung, die zum Zeitpunkt ihrer Vereinbarung bzw. beim Abschluss des Arbeitsvertrags nicht als wucherisch zu bewerten ist, aufgrund von Tariflohnerhöhungen im Laufe der Zeit wucherisch werden kann. Anders gesagt: Kommt es für die Beurteilung, ob eine Vergütung mehr als zwei Drittel unter dem Tariflohn liegt, (nur) auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses an oder (auch) auf die weitere Zeit des Leistungsaustausches bzw. der Vertragsdurchführung?

Zu dieser Frage hat das BAG mit Urteil vom 22.04.2009 (5 AZR 436/08) Stellung genommen.

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des BAG zugrunde?

Die aus Portugal stammende und der deutschen Sprache nicht oder nicht gut mächtige Klägerin war seit 1992 in dem Gartenbaubetrieb des beklagten Arbeitgebers in Hamburg Stapelfeld als ungelernte Hilfskraft beschäftigt. Der vereinbarten Stundenlohn der Klägerin betrug 6,00

DM netto, ab dem 01.01.2002 3,25 Euro netto. Beide Parteien des Arbeitsvertrags sind nicht tarifgebunden. Die Klägerin hatte je nach saisonalem Bedarf teilweise erheblich über den gesetzlichen Grenzen der zulässigen Arbeitszeit hinausgehende Arbeitszeiten zu bewältigen. Teilweise arbeitete sie monatlich bis zu 352 Stunden.

Sie und ihr ebenfalls aus Portugal stammender Mann und ihre zwei minderjährigen Kinder lebten auf dem Grundstück der Gärtnerei in einem abgetrennten Teil eines Gewächshauses, den sie unentgeltlich nutzen konnten. Die Nutzungsmöglichkeit erstreckte sich auch auf ein Stück Gartenfläche zum Eigenanbau von Gemüse.

Mit ihrer vor dem Arbeitsgericht Hamburg erhobenen Klage verlangt die Klägerin für die Zeit von Dezember 1999 bis Mai 2002 eine Nachzahlung von knapp 37.000,00 EUR. Zur Begründung meint die Klägerin, die ihr gewährte Vergütung sei wucherisch gering, wobei sie sich zum Vergleich auf die tarifliche Vergütung bezieht. Das Arbeitsgericht Hamburg wies die Klage ab (Urteil vom 04.05.2007, 26 Ca 241/02).

Auch das Landesarbeitsgericht (LAG) Hamburg gab dem Arbeitgeber recht, d.h. es wies die Berufung der Klägerin ab ([Urteil vom 17.04.2008, 1 Sa 10/07](#)). Zur Begründung wertet das LAG die an die Klägerin gezahlte Monatsvergütung und die dafür geleisteten Arbeitsstunden aus und errechnet so einen Stundenlohn im Umfang von etwa 63 bis über 70 Prozent des Tariflohns. Zu der Vergütung kommt nach Ansicht des LAG der Wert der der Klägerin ohne Bezahlung zur Verfügung gestellten Wohnung.

Da der vereinbarte Lohn nach Ansicht des LAG zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht sittenwidrig gering war, prüft das Gericht im weiteren, ob der beklagte Arbeitgeber im weiteren Verlauf gegen eine etwaige Pflicht zur Lohnanpassung entsprechend der Tariflohnentwicklung verstoßen haben könnte.

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Hintergrund dieser Fragestellung ist die Rechtsauffassung des LAG, dass es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit allein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankomme. In der nachfolgenden Zeit der Vertragsdurchführung muss die Sittenwidrigkeitsgrenze daher nach Ansicht des LAG offensichtlich unterschritten werden, da der Arbeitgeber ja nur in einem solchen Fall einen ausreichenden Anhaltspunkt für eine Pflicht zur Vertragsanpassung hat.

Im Ergebnis wies das LAG die Klage daher unter Berücksichtigung der der Klägerin eingeräumten Sachleistungen, insbesondere einer Wohngelegenheit auf dem Betriebsgelände, ab.

Wie hat das BAG entschieden?

Das BAG hob das Urteil des LAG Hamburg auf und verwies den Rechtsstreit zur weiteren Aufklärung des Sachverhaltes an das LAG zurück.

Auch unter Einbeziehung der Sachbezüge betrug die der Klägerin gezahlte Stundenvergütung im Klagezeitraum nach Ansicht des BAG weniger als 2/3 der tariflichen Stundenvergütung. Da die Urteilsgründe noch nicht vorliegen, sind die vom BAG hierzu angestellten Überlegungen bzw. Berechnung des BAG, die von denen des LAG Hamburg abweichen, derzeit nicht recht nachvollziehbar. Nach Ansicht des BAG verdeutlichten die „Gesamtumstände“ des vorliegenden Falls, namentlich die gesetzwidrig hohen und unregelmäßigen Arbeitszeiten die Ausbeutung der Klägerin.

Maßgebend für die Feststellung der Sittenwidrigkeit der Vergütung ist nach Ansicht des BAG der Vergleich mit der tariflichen Stunden- oder Monatsvergütung ohne Zulagen und Zuschläge, wobei die besonderen Umstände des Falles zu berücksichtigen sind. Eine bei Abschluss des Arbeitsvertrags auf dieser Bewertungsgrundlage nicht zu beanstandende Vergütung kann, so das BAG, durch die Entwicklung des Tariflohns wucherisch werden. Infolgedessen trifft den Arbeitgeber die Obliegenheit, die Tarifentwick-

lung bzw. die Entwicklung des ortsüblichen Vergleichslohns zu beobachten.

Festzuhalten ist damit, dass es nach Ansicht des BAG nicht nur auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ankommt, sondern auch die nachfolgende Zeit der Vertragsdurchführung.

Für die erneute Verhandlung der Angelegenheit gab das BAG dem LAG mit auf den Weg, die Üblichkeit des Lohns in den Gartenbaubetrieben der Region zu ermitteln und festzustellen, ob der Beklagte das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung gekannt hatte.

Fazit: Auf das Argument der Sittenwidrigkeit gestützte Lohndifferenzklagen sind auch künftig aus Arbeitnehmersicht keine leichte Aufgabe, da der Vergleich zwischen der gezahlten Vergütung und dem Tariflohn, wie das BAG nochmals betont hat, allein nicht ausreicht, sondern zusätzlich darzulegen ist, dass der Tariflohn in der jeweiligen Branche und Region auch gezahlt wird, d.h. eine tatsächliche „gelebte“ Bedeutung hat und daher als Vergleichsmaßstab herangezogen werden kann. Mit einer bloßen Tarifrecherche und anschließender Betätigung eines Taschenrechners ist es also nicht getan.

Immerhin ist künftig klar, dass es auf den Leistungsaustausch während der gesamten Zeit einer sittenwidrig geringen Vergütung des Arbeitnehmers ankommt und nicht etwa nur auf den möglicherweise schon Jahr und Tag zurückliegenden Zeitpunkt der Vergütungsvereinbarung.

In rechtlicher Hinsicht ist interessant, wie das BAG diese Auffassung begründen wird. Die Argumente, die das LAG Hamburg für die Maßgeblichkeit des Vertragsabschlusses anführt, sind nicht ganz von der Hand zu weisen. Immerhin geht es bei § 138 BGB um die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts, d.h. im Falle des Lohnwuchers um die Sittenwidrigkeit der Vergütungsvereinbarung.

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

Hensche Rechtsanwälte Büro Köln

Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

Hensche Rechtsanwälte Büro München

Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

Hensche Rechtsanwälte Büro Nürnberg

Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Nähere Informationen finden Sie hier

- [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 22.04.2009, 5 AZR 436/08 \(Pressemitteilung 38/09\)](#)
- [Landesarbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 17.04.2008, 1 Sa 10/07](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Lohn und Gehalt](#)

Änderung der Rechtsprechung des BAG zur gegenläufigen betrieblichen Übung: BAG, Urteil vom 18.03.2009, 10 AZR 281/08

von Rechtsanwältin Eva-Maria Reuter, Stuttgart

Über welche Rechtsfrage hat das BAG entschieden?

Gratifikationenansprüche (Sonderzuwendungen), wie z. B. die Zahlung von Weihnachtsgeld können neben einer schriftlichen oder mündlichen Vereinbarung auch im Wege einer betrieblichen Übung begründet werden. Darunter versteht man eine regelmäßige und gleichförmige Wiederholung von bestimmten Verhaltensweisen des Arbeitgebers, die bei den Arbeitnehmern den Schluss zu lassen, dass ihnen eine bestimmte Leistung oder Vergünstigung auf Dauer gewährt werden soll.

Ein Anspruch aus betrieblicher Übung entsteht schon dann, wenn der Arbeitgeber die Leistung dreimal hintereinander in gleichförmiger Weise erbringt.

Bisher war das Bundesarbeitsgericht (BAG) allerdings der Ansicht, dass ein durch Betriebsübung entstandener Gratifikationsanspruch durch eine „gegenläufige“ oder negative betriebliche Übung wieder beseitigt werden kann. Voraussetzung hierfür ist, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unmissverständlich erklärt, dass die Gratifikationszahlung künftig nur noch als freiwillige Leistung gewährt werden soll und somit die in der Vergangenheit begründete betriebliche Übung beendet wird. Der Arbeitgeber muss demnach das Bestehen der betrieblichen

Übung anerkennen. Darüber hinaus muss der Arbeitnehmer diese geänderte Sichtweise über einen Zeitraum von drei Jahren widerspruchslos hinnehmen (BAG, Urteil vom 04.05.1999, 10 AZR 290/98)

Diese Rechtsprechung des BAG ist überwiegend kritisiert worden. Eingewandt wurde in letzter Zeit vor allem, dass die Rechtsfigur der negativen Betriebsübung mit den seit 2002 auch im Arbeitsrecht zu beachtenden Vorschriften über die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) nicht zu vereinbaren sei.

Mit Urteil vom 18.03.2009 hatte das BAG (10 AZR 281/08) die Möglichkeit, seine Rechtsprechung zur gegenläufigen betrieblichen Übung zu überprüfen.

Welcher Sachverhalt lag der Entscheidung des BAG zugrunde?

Der klagende Arbeitnehmer ist seit dem Jahre 1971 bei der Beklagten, die nicht tarifgebunden ist, beschäftigt.

Die Arbeitgeberin zahlte an den Kläger seit Beginn des Arbeitsverhältnisses bis zum Jahre 2005 ein Weihnachtsgeld. Bis zum Jahre 2001 erfolgte die Leistung durch eine Einmalzahlung zum Jahresende.

Ab dem Jahre 2002 dagegen in drei Raten, wobei mit Ausnahme der Lohnabrechnungen für November 2002 und November 2003 sämtliche Lohnabrechnungen, in denen die Weihnachtsgeldraten ausgewiesen waren, nachfolgenden handschriftlichen Vermerk enthielten: „Die Zahlung des Weihnachtsgeldes ist eine freiwillige Leistung und begründet keinen Rechtsanspruch!“ Streitig blieb zwischen den Parteien, ob der Kläger dem vorgenannten Freiwilligkeitsvorbehalt ausdrücklich widersprochen hatte.

Aufgrund der Nichtgewährung des Weihnachtsgeldes im Jahr 2006 zog der Kläger vor Gericht und verlangte entsprechende Zahlung – mit

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Erfolg. Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht (LAG) Köln ([Urteil vom 22.01.2008, 9 Sa 1184/07](#)) begründeten den Anspruch des Klägers mit dem Bestehen einer betrieblichen Übung.

Wie hat das BAG entschieden?

Auch das BAG entschied zugunsten des Arbeitnehmers.

In den Urteilsgründen heißt es, dass an der bisherigen Rechtsprechung zur gegenläufigen betrieblichen Übung aufgrund des seit 2002 auch im Arbeitsrecht geltenden [§ 308 Nr. 5 Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#) nicht mehr festgehalten werden könne.

Diese Vorschrift verbietet Klauseln in AGB, wonach das Schweigen des Vertragspartners des Verwenders (d.h. des Arbeitnehmers) als Erklärung mit einem bestimmten Inhalt anzusehen ist. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG tritt aber gerade eine solche gesetzlich unzulässige Rechtsfolge ein, da das Schweigen des Arbeitnehmers auf den vom Arbeitgeber erklärten [Freiwilligkeitsvorbehalt](#) als Annahme ausgelegt und damit der Anspruch aus Betriebsübung beseitigt wird.

Obwohl das Arbeitsverhältnis der Parteien bereits vor der Einführung der Schuldrechtsreform begründet wurde und daher keiner AGB-Kontrolle unterfiel, konnte sich die Beklagte nicht mit Erfolg auf die bisherige Rechtsprechung zur gegenläufigen betrieblichen Übung berufen, denn auch danach genügte alleine der Hinweis auf den [Freiwilligkeitsvorbehalt](#) nicht. Erforderlich war vielmehr auch ein ausdrücklicher Hinweis auf die bisherige betriebliche Übung und ein diesbezügliches Annerkennnis.

Ein solches Anerkenntnis war den Erklärungen des Arbeitgebers nicht zu entnehmen. Demnach kam es auf die zwischen den Parteien streitige Frage, ob der Kläger dem Freiwilligkeitvorbehalt widersprochen hatte oder nicht, letztlich nicht an.

Im Ergebnis kann damit festgehalten werden: Nach der geänderten Rechtsprechung des BAG genügt die dreimalige widerspruchslose Hin-nahme einer Leistung unter Freiwilligkeitsvor-behalt nicht mehr, um einen aufgrund betrieblicher Übung entstandenen Anspruch des Arbeitnehmers wieder zu beseitigen.

Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber bei der Leistungsgewährung ausdrücklich erklärt, die dreimalige widerspruchslose Annahme der unter Freiwilligkeitsvorbehalt geleisteten Zah-lung werde zum Verlust des Anspruchs führen. Dies folgt aus dem Grundsatz, dass der Arbeit-geber nicht darüber bestimmen kann, welchen Erklärungsinhalt das Schweigen seines Ver-tragspartners, des Arbeitnehmers, haben soll. Auf den Inhalt von Erklärungen, die der Arbeit-geber bei einer Abweichung von seiner bisheri-gen betrieblichen Übung abgibt, kommt es daher künftig nicht mehr an, es sei denn, der Arbeitnehmer hat sein Einverständnis mit die-sen Erklärungen zum Ausdruck gebracht, d.h. nicht lediglich geschwiegen.

Im Ergebnis ist dem BAG zuzustimmen. Ein im Wege der betrieblichen Übung begründeter ver-traglicher Anspruch ist kein Anspruch zweiter Klasse. Soll er daher wieder beseitigt werden, ist das nur im Wege einer Vertragsänderung mög-lich. Hat der Arbeitgeber mit seinen Argumen-ten keinen Erfolg, muss er letztlich eine [Änderungskündigung](#) aussprechen. Diese ist aber, wenn der Arbeitnehmer [Kündigungsschutz](#) genießt, nur unter engen Voraussetzungen zu-lässig.

Darüber hinaus können bestehende Ungerech-tigkeiten bei der Gewährung von Gratifikationen mit Hilfe einer „verbösernden“ Betriebsverein-barung korrigiert werden. Dies setzt nach der Rechtsprechung aber voraus, dass die in der Vergangenheit gewährten Gesamtaufwendun-gen des Arbeitgebers der Höhe nach nicht an-getastet werden. Nach unten korrigiert werden können daher die an einen einzelnen Arbeit-nehmer zu erbringenden Leistungen nur, wenn andere Arbeitnehmer mehr bekommen.

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 18.03.2009, 10 AZR 281/08](#)
- [Landesarbeitsgericht Köln, Urteil vom 22.01.2008, 9 Sa 1184/07](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Betriebliche Übung](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Freiwilligkeitsvorbehalt](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Gratifikation](#)

Kein betrieblicher Sonderkündigungsschutz im Austausch gegen Lohnverzicht: LAG Niedersachsen, Urteil vom 17.04.2009, 12 Sa 1553/08

von Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Berlin

Über welche Rechtsfrage hat das LAG Niedersachsen entschieden?

Will der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, der allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) genießt, aus betriebsbedingten Gründen kündigen, muss er dem Gericht im Falle einer Kündigungsschutzklage erklären, aufgrund welcher Änderungen betrieblicher Abläufe der Bedarf für die Arbeitsleistung des gekündigten Arbeitnehmers weggefallen ist und warum der Arbeitnehmer, falls es mehr „Kündigungskandidaten“ als Kündigungen gab, unter sozialen Gesichtspunkten weniger schutzbedürftig als andere, nicht gekündigte Arbeitnehmer ist (Sozialauswahl).

Diese Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit einer betriebsbedingten Kündigung sind oft schwer durchzubuchstabieren, d.h. der Arbeitgeber scheitert in Kündigungsschutzverfahren oft an dieser Darlegungslast. Eine in der Praxis oft genutzte Erleichterung ist ein mit dem Betriebsrat vereinbarter Interessenausgleich über die geplanten Entlassungen, dem eine Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer beige-

fügt ist. In einem solchen Fall wird nämlich gemäß § 1 Abs.5 KSchG vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist; außerdem kann die Sozialauswahl nur auf „grobe Fehlerhaftigkeit“ hin überprüft werden.

Mit einer Namensliste in der Hand hat der Arbeitgeber daher, jedenfalls nach bisheriger Handhabung von § 1 Abs.5 Satz 1 und 2 KSchG, erhebliche bessere Chancen, einen Kündigungsschutzprozess gegen einen auf der Namensliste stehenden Arbeitnehmer zu gewinnen. Für eine solche Namensliste lässt sich der Betriebsrat in aller Regel zusätzliche Sozialplanleistungen versprechen, d.h. eine Namensliste gibt es bei Verhandlungen über einen Interessenausgleich und Sozialplan nicht umsonst.

Fraglich ist, ob Arbeitgeber und Betriebsrat bei der Entscheidung darüber, wer in die Namensliste aufgenommen werden soll und wer nicht, das arbeitsvertragliche „Wohlverhalten“ der Arbeitnehmer berücksichtigen dürfen. Oft sind angeblich „betriebsbedingte“ Kündigungen ja gar nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne von § 1 Abs. 1 KSchG bedingt, sondern vielmehr allein durch finanzielle Probleme des Arbeitgebers, der das bisherige Lohnniveau nicht mehr durchhalten kann (oder will). Stimmen die andernfalls zu kündigenden Arbeitnehmer daher einer Lohnabsenkung zu, ist aus Sicht des Arbeitgebers die Welt wieder in Ordnung.

Können Arbeitgeber und Betriebsrat in einem solchen Fall per Betriebsvereinbarung festlegen, dass die Arbeitnehmer, die einer Lohnsenkung zugestimmt haben, dafür durch eine Unkündbarkeitsregelung belohnt werden, und dass im nächsten Schritt, wenn „betriebsbedingte“ Kündigungen anstehen, die Nein-Sager in eine Namensliste aufgenommen werden?

Darüber hatte das Landesarbeitsgericht (LAG) Niedersachsen kürzlich zu entscheiden (Urteil vom 17.04.2009, 12 Sa 1553/08).

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

Welcher Sachverhalt lag dem Urteil des LAG Niedersachsen zugrunde?

Die klagende Arbeitnehmerin war bei einem Druckzentrum als Versandhelferin zu einem Stundenlohn von 13,50 EUR vollzeitlich beschäftigt. Der Arbeitgeber plante Investitionen, wollte diese Entscheidung aber von der Bereitschaft der Arbeitnehmer zu einer Lohnabsenkung abhängig machen.

Er unterbreitete daher den im Versand tätigen Arbeitnehmern im Juli 2007 mir kurzer Annahmefrist das Angebot, das Arbeitsverhältnis mit einer Vergütung von 8,50 EUR pro Stunde fortzusetzen. Die Klägerin nahm das Vertragsangebot, ebenso die Mehrzahl der Arbeitnehmer, nicht an. Mit der Lohnabsenkung erklärte sich lediglich eine Minderheit von zwölf Arbeitnehmern einverstanden.

Unmittelbar nach Ablauf der Annahmefrist vereinbarten Arbeitgeber und Betriebsrat einen „Interessenausgleich/Sozialplan bezüglich der Änderung der materiellen Arbeitsbedingungen“ und einen weiteren „Interessenausgleich/Sozialplan bezüglich Kündigungen“.

In der erstgenannten Vereinbarung wurde den mit der Lohnabsenkung einverstandenem Arbeitnehmern ein besonderer Kündigungsschutz gewährt, indem der Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung für eine bestimmte Zeit ausgeschlossen wurde.

In der anderen Vereinbarung einigten sich Arbeitgeber und Betriebsrat darauf, dass eine größerer Zahl betriebsbedingter Kündigungen ausgesprochen werden sollte, wobei die Ja-Sager aufgrund ihrer derzeit bestehende Unkündbarkeit aus der Sozialauswahl herausgenommen wurden.

Die Nein-Sager dagegen, unter ihnen die Klägerin, fanden ihren Namen auf einer Namensliste gemäß § 1 Abs.5 KSchG wieder. In bezug auf diese Arbeitnehmer hatten sich die Betriebspar-

teien somit darauf verständigt, dass sie betriebsbedingt gekündigt werden sollen.

Als die Klägerin nach etwa sechs Monaten die betriebsbedingte Kündigung erhielt, erhob sie vor dem Arbeitsgericht Osnabrück Kündigungsschutzklage und unterlag dort in erster Instanz (Urteil vom 25.08.2008, 6 Ca 85/08).

Wie hat das LAG Niedersachsen entschieden?

Das LAG Niedersachsen entschied dagegen zugunsten der Klägerin, d.h. es stellte fest, dass ihr Arbeitsverhältnis durch die streitige Kündigung nicht aufgelöst wurde.

In den Urteilsgründen meint das LAG zwar, aufgrund des hier abgeschlossenen Interessenausgleichs mit Namensliste sei zu vermuten, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist; auch konnte die Sozialauswahl nach Ansicht des Gerichts nur auf grobe Fehlerhaftigkeit hin überprüft werden. Damit geht das LAG davon aus, dass die dem Arbeitnehmer ungünstigen rechtlichen Wirkungen einer Namensliste gemäß § 1 Abs.5 Satz 1, 2 KSchG hier eingreifen.

Allerdings nutzte das dem Arbeitgeber im Ergebnis nichts, da sich das LAG aufgrund des unstrittigen Sachverhaltes über die Vermutungswirkung hinwegsetzte. Es kam nämlich unter Berücksichtigung der Besonderheiten dieses Falls zu dem Ergebnis, dass die Kündigung nicht als betrieblich bedingt angesehen werden kann. Darüber hinaus bewertete es auch die Sozialauswahl als „grob fehlerhaft“.

Zur Begründung für die fehlende Betriebsbedingtheit der Kündigung heißt es in dem Urteil, der Arbeitgeber hätte trotz der von der Klägerin im Juli 2007 erklärten Ablehnung des Angebotes einer Lohnabsenkung von 13,50 EUR auf 8,50 EUR dieses Angebot im Rahmen einer Änderungskündigung erneut unterbreiten müssen. Immerhin kündigte der Arbeitgeber erst gut ein

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

halbes Jahr nach den Verhandlungen über die Lohnabsenkung, nämlich Ende Januar 2008.

Die Sozialauswahl bewertete das Gericht als grob fehlerhaft. Nach § 75 Abs. 1 BetrVG müssen Arbeitgeber und Betriebsrat die Betriebsangehörigen nach „Recht und Billigkeit“ behandeln und den Gleichbehandlungsgrundsatz beachten. Das LAG sah hier einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da der Verzicht auf etwa 1/3 des Lohns „ohne erkennbare Sanierungsnotlage“ kein ausreichender Grund für eine Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer sei. Die Ausübung der Vertragsfreiheit durch Zurückweisung des Lohnsenkungsangebots darf nach Meinung des LAG nicht bestraft werden, indem dem betroffenen Arbeitnehmer der anderen Arbeitnehmern gewährte betriebliche Sonderkündigungsschutz vorenthalten und durch Aufnahme in die Namensliste der Kündigungsschutz faktisch entzogen wird.

Dem Urteil des LAG ist im Ergebnis zuzustimmen, nicht aber in der Begründung. Aufgrund der Tatsache, dass es dem Arbeitgeber von vornherein allein um die Absenkung der Vergütung ging, war das Fehlen eines betrieblichen Erfordernisses für die Kündigung offensichtlich und die Vermutung des § 1 Abs.5 Satz 1 KSchG daher bereits aus diesem Grunde widerlegt. Warum der Arbeitgeber eine Änderungskündigung hätte aussprechen sollen, ist unverständlich, da auch eine solche - mangels betrieblicher Gründe für die Lohnsenkung - sozial nicht gerechtfertigt gewesen wäre.

Die Ausführungen zur Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl werfen die Frage nach der Regelungsbefugnis betrieblicher „Bündnisse für Arbeit“ auf. Das LAG meint zwar, es sei zulässig, Kündigungsschutzregelungen in Betriebsvereinbarungen aufzunehmen und davon abhängig zu machen, dass die Arbeitnehmer auf bestimmte Vergütungsbestandteile verzichten. Allerdings sind die Betriebspartner hier nach Ansicht des Gerichts zu weit gegangen, da keine „Sanierungsnotlage“ erkennbar war. Richtiger Ansicht nach dürfen die Betriebspartner

aufgrund der hohen Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Prinzips der Sozialauswahl gar keinen Druck auf den einzelnen Arbeitnehmer ausüben, um ihn zum Austausch von Gehaltsansprüchen gegen eine Verstärkung seines Kündigungsschutzes zu bewegen.

Nähere Informationen finden Sie hier

- [Landesarbeitsgericht Niedersachsen, Urteil vom 17.04.2009, 12 Sa 1553/08](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Betriebsänderung](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Interessenausgleich](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Kündigung - Betriebsbedingte Kündigung](#)
- [Handbuch Arbeitsrecht: Sozialauswahl](#)

SONSTIGES

Kurzarbeitergeld für die Kölner Haie?

von Rechtsanwältin Svenja Sottorf, Berlin

Gerät ein Unternehmen in eine wirtschaftlich schwierige Lage, erwägen Arbeitgeber oft [betriebsbedingte Kündigungen](#). Falls die wirtschaftliche Krise aber nur vorübergehend ist, kann das Unternehmen möglicherweise mit Zustimmung des [Betriebsrates](#) bzw. der Arbeitnehmer Kurzarbeit einführen, bei der Arbeitsagentur Kurzarbeitergeld beantragen und so Entlassungen vermeiden.

Dies setzt einen nur vorübergehenden erheblichen und unvermeidbaren Arbeitsausfall voraus, der mindestens ein Drittel der Belegschaft mit jeweils mindestens 10 Prozent des Bruttoentgelts betrifft ([§ 170 Drittes Sozialgesetzbuch – SGB III](#)).

Gewährt die Arbeitsagentur auf die Anzeige des Arbeitgebers hin Kurzarbeitergeld, hat dies für Arbeitgeber und Arbeitnehmer Vorteile: Der Arbeitgeber zahlt den Beschäftigten nur noch die Vergütung für die reduzierte Arbeitszeit, die

Hensche Rechtsanwälte Büro Berlin

Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

Hensche Rechtsanwälte Büro Frankfurt am Main

Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

Hensche Rechtsanwälte Büro Hamburg

Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

Hensche Rechtsanwälte Büro Hannover

Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

Hensche Rechtsanwälte Büro Köln

Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

Hensche Rechtsanwälte Büro München

Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

Hensche Rechtsanwälte Büro Nürnberg

Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

Hensche Rechtsanwälte Büro Stuttgart

Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796

auch auf Null reduziert werden kann. Die Leistungen der Bundesagentur gleichen 60 bis 67 Prozent des Lohnausfalls aus. Die auf diesen Betrag zu zahlenden Sozialabgaben werden dem Arbeitgeber zudem zur Hälfte, ab dem siebten Monat der Kurzarbeit sogar insgesamt ersetzt.

Nicht jede finanzielle Notlage eines Unternehmens erfüllt jedoch die Kriterien für Kurzarbeit. Wirtschaftliche Gründe im Sinne des Gesetzes liegen nämlich nur vor, wenn der Arbeitsausfall durch betriebliche Umstrukturierungen verursacht wird, die auf die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung zurückzuführen ist (§ 170 Abs. 2 SGB III). Branchenübliche, saisonbedingte oder betriebsübliche Gründe werden dagegen ausgenommen. Diese im Prinzip vorhersehbaren Gründe für finanzielle oder betriebliche Probleme fallen in den Risikobereich des Arbeitgebers.

Die Vorteile des Kurzarbeitergeldes wollte auch die Eishockeymannschaft „Kölner Haie“ nutzen. Sie waren wegen hoher Altschulden in finanzielle Schwierigkeiten geraten. Zu allem Übel verpassten sie dann noch - erstmalig seit 28 Jahren - die Playoffs. Das hatte nicht nur sportliche sondern auch finanzielle Folgen, da die Playoffs den Haien normalerweise erhebliche Einnahmen bescheren und für höhere Zuschauerzahlen sorgen.

Die Haie beantragten dafür für die Monate März und April 2009 Kurzarbeitergeld. Denn ohne Teilnahme an den Playoffs, so das Argument, fallen zwei Monate Arbeit weg. Aus Sicht der Haie ist das letztlich auch auf die Finanzkrise zurückzuführen. Denn deshalb seien Zuschauer weggeblieben und den Kölner Haien fehle so das Geld, um gute Spieler zu kaufen. Darauf sei letztlich auch das Scheitern bei den Playoffs zurückzuführen.

Dieser Argumentation schloss sich die Arbeitsagentur nicht an. Sie kam zu dem Ergebnis, dass der sportliche Misserfolg der Kölner Haie keine Folge des Konjunkturreinbruchs ist.

Für den Haie-Geschäftsführers Thomas Eichin ist das eine Ungerechtigkeit: „Die Automobilhersteller bekommen Hilfe, die mittelständischen Unternehmen müssen sehen, wo sie bleiben. Oder besser: Bei den Großen kommt der Bundesadler, bei den Kleinen der Pleitegeier. Das kann es doch nicht sein.“

Nähere Informationen finden Sie hier:

- [Kölner Express online, 29.04.2009, „Haie beteln beim Arbeitsamt“](#)

IMPRESSUM

v.i.S.d.P. für den gesamten Inhalt dieses Newsletters ist
Rechtsanwalt Dr. Martin Hensche
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Lützowstraße 32, 10785 Berlin
Telefon: 030 / 26 39 62 0;
Telefax: 030 / 26 39 62 499

E-mail: kanzlei@hensche.de

[Berlin](#) [Frankfurt](#) [Hamburg](#) [Hannover](#)
[Köln](#) [München](#) [Nürnberg](#) [Stuttgart](#)

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Berlin**
Lützowstraße 32
10785 Berlin
Tel.: 030 – 26 39 62 0
Fax: 030 – 26 39 62 499

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Frankfurt am Main**
Gutleutstraße 169 - 171
60327 Frankfurt am Main
Tel.: 069 – 21 08 97 00
Fax: 069 – 21 65 59 00

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hamburg**
Maria-Louisen-Straße 102
22301 Hamburg
Tel.: 040 - 69 20 68 04
Fax: 040 - 69 20 68 08

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Hannover**
Georgstraße 38
30159 Hannover
Tel.: 0511 - 899 77 01
Fax: 0511 - 899 77 02

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Köln**
Hansaring 43
50670 Köln
Tel.: 0221 - 70 90 718
Fax: 0221 - 70 90 731

**Hensche Rechtsanwälte
Büro München**
Pilotystraße 4
80538 München
Tel.: 089 - 21 56 88 63
Fax: 089 - 21 56 88 67

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Nürnberg**
Ostendstraße 196
90482 Nürnberg
Tel.: 0911 - 95 33 207
Fax: 0911 - 95 33 208

**Hensche Rechtsanwälte
Büro Stuttgart**
Königstraße 26
70173 Stuttgart
Tel.: 0711 – 47 09 710
Fax: 0711 – 47 09 796