

# 04 arbeitsrecht AKTUELL

AKTUELLE JURISTISCHE INFORMATIONEN FÜR DIE PERSONALPRAXIS

- 2 EDITORIAL
- 3 AKTUELL:  
KEIN HITZEFREI FÜR ARBEITNEHMER
- 4 FLEXIBILISIERUNGSMÖGLICHKEITEN DURCH  
ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG
- 5 PRAXISRELEVANTE ÄNDERUNGEN IM  
KÜNDIGUNGSRECHT
- 10 DAS AUS FÜR DEN ABWICKLUNGSVERTRAG
- 12 AKTUELLE ENTSCHEIDUNGEN
- 14 NEUES VOM GESETZGEBER

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE  
HOHENSTAUFE NRING 30-32  
50674 KÖLN  
[WWW.LOSCHELDER.NET](http://WWW.LOSCHELDER.NET)

# EDITORIAL

Die teilweise hilflos anmutende Aktivität des Gesetzgebers zwingt uns dazu, Ihnen eine umfangreichere als ursprünglich geplante Ausgabe unserer Informationen zu übersenden.

Bedeutsam für Ihre Praxis sind die Änderungen zum Altersteilzeitgesetz, die zum 1. Juli 2004 wirksam werden. Hier möchten wir Ihr Augenmerk auf die obligatorische Insolvenzversicherung der Altersteilzeitguthaben richten. Bei den Neureglungen zum Kündigungsschutz- und Befristungsrecht zeichnen sich erste Konturen der praktischen Anwendung ab, über die wir berichten. Sie finden auch Formulierungsvorschläge zur neuen Regelung des Abfindungsangebots (§1 a KSchG). Leider wird die Personalpraxis bei Personalanpassungen durch eine neue Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, die dem Abwicklungsvertrag ein Ende bereitet, erschwert.

Aktuell sind unsere Informationen zur alljährlich im Sommer auftauchenden Frage hoher Temperaturen am Arbeitsplatz, zu den Flexibilisierungsmöglichkeiten durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern und zu der versteckt im Schwerbehindertenrecht untergebrachten Pflicht eines Eingliederungsmanagement für langzeiterkrankte Arbeitnehmer.

AUTOREN DIESER AUSGABE SIND

DR. DETLEF GRIMM  
[DETLEF.GRIMM@LOSCHELDER.NET](mailto:DETLEF.GRIMM@LOSCHELDER.NET)

DR. MARTIN BROCK  
[MARTIN.BROCK@LOSCHELDER.NET](mailto:MARTIN.BROCK@LOSCHELDER.NET)

DR. NORBERT WINDELN, LL.M.  
[NORBERT.WINDELN@LOSCHELDER.NET](mailto:NORBERT.WINDELN@LOSCHELDER.NET)

SEKRETARIAT: CLAUDIA MARX  
TELEFON: +49 (0)221 65065-129  
FAX: +49 (0)221 65065-260

# AKTUELL:

## KEIN HITZEFREI FÜR ARBEITNEHMER

In der heißen Jahreszeit stellt sich die Frage, welche rechtlichen Konsequenzen drohen, wenn es in Arbeitsräumen zu heiß wird.

### I. Was heißt überhaupt „zu heiß“?

Nach § 618 BGB ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Arbeitsräume so einzurichten, dass der Arbeitnehmer „gegen Gefahr für Leben und Gesundheit“ geschützt ist. Nach § 6 Abs. 1 Arbeitsstätten-Verordnung (ArbStättV) muss in Arbeitsräumen eine der jeweiligen Tätigkeit angemessene „gesundheitlich zuträgliche Raumtemperatur“ bestehen. Die Regelung wird durch die Arbeitsstätten-Richtlinie Raumtemperaturen (ASR 6) präzisiert. Deren Nr. 3.3 besagt:

„Die Lufttemperatur in Arbeitsräumen soll +26°C nicht überschreiten. Bei darüber liegender Außentemperatur darf in Ausnahmefällen die Lufttemperatur höher sein.“

Mittlerweile liegt ein Entwurf der Bundesregierung zur Novellierung der ArbStättV vor (mehr dazu auf Seite 19). Für eine gesundheitlich zuträgliche Temperatur ist danach auch in Pausen-, Bereitschafts-, Sanitär-, Kantinen- und Erste Hilfe-Räumen zu sorgen. Die präzisen Temperaturvorgaben der ASR 6 könnten in Regeln übernommen werden, die der nach § 7 des Entwurfs zu bildende Ausschuss für Arbeitsstätten zur Umsetzung der Verordnung ermitteln soll.

### II. Die rechtlichen Konsequenzen

Insbesondere mangels höchstrichterlicher Urteile sind die rechtlichen Konsequenzen einer Überschreitung der 26°C-Grenze unklar.

Entscheidend für die Praxis ist die Interpretation der Nr. 3.3 ASR 6. Bei Satz 1 handelt es sich lediglich um eine Soll-Vorschrift, deren Einhaltung nicht erzwungen werden kann. Die Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin und weite Teile des arbeitsrechtlichen Schrifttums sind im Übrigen der Auffassung, die 26°C-Grenze gelte nur für

Temperatureinflüsse durch Betriebsanlagen. Für höhere Innentemperaturen, die durch hohe Außentemperaturen bzw. das Wetter erzeugt würden, gelte der 2001 eingeführte Satz 2, der keine starre Grenze enthalte.

Das LG Bielefeld und das OLG Hamm nehmen dagegen in Urteilen zum Mietrecht an, die Einhaltung der Norm sei in der Regel zu gewährleisten. Ein Mieter von Gewerberäumen, der zugleich Arbeitgeber sei, könne wegen Gebrauchsuntauglichkeit des Mietobjekts vom Vermieter Nachrüstung verlangen, wenn bei einer Außentemperatur ab 32°C die Innentemperatur nicht wenigstens 6°C weniger betrage. In diesem Fall dürfe der Mieter seine Arbeitnehmer nämlich nicht beschäftigen. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf berechtigt eine dauernde und krasse Überschreitung der 26°C-Grenze zur fristlosen Kündigung des Mietvertrags, da eine Gesundheitsgefährdung der Personen bestehe, die sich länger in den Räumen aufhielten.

Die Entscheidungen sind auf das Arbeitsrecht nicht übertragbar. Ein hitzebedingtes Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers („Hitzefrei“) besteht nach allgemeiner Ansicht nicht. Etwas anderes kann aber (nur) dann der Fall sein, wenn konkrete Gesundheitsgefahren drohen. Ob der Betriebsrat bei der Durchführung von Maßnahmen zum Schutz gegen zu hohe Innentemperaturen nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitbestimmen oder sogar initiativ tätig werden kann, ist umstritten, aber wohl zu bejahen.

Letztlich liegt es jedoch im eigenen Interesse des Arbeitgebers, für ein gutes „Klima“ zu sorgen. Die negativen Folgen einer hohen Innentemperatur – nachlassende körperliche Leistungsfähigkeit, Gefährdung gesundheitlich angeschlagener Mitarbeiter, schlechte Stimmung – treffen wegen der Produktivitätsnachteile auch ihn selbst.

Als Maßnahmen kommen die Aufstellung von (mobilen) Klimaanlage oder Ventilatoren, vermehrte Arbeitspausen, Aufhebung eines Krawattenzwangs, die Nutzung der Nachtab-

kühlung (soweit versicherungsrechtlich zulässig), das Zurverfügungstellen von Getränken und Arbeitszeitverkürzungen oder -verschiebungen in Betracht. Denkbar ist auch

die Einführung von Kurzarbeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) und die Verlagerung der Arbeitszeit in kühlere Tageszeiten.

# FLEXIBILISIERUNGSMÖGLICHKEITEN DURCH ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG

## I. Grundzüge der neuen gesetzlichen Regelung

In der Hartz-Reform hat der Gesetzgeber das Recht der Arbeitnehmerüberlassung grundlegend überarbeitet. Die für den Entleiher wichtigste Änderung ist die Streichung der Überlassungshöchstdauer. Nachdem diese Zeitgrenze vom Gesetzgeber immer weiter verlängert worden war, zuletzt auf 24 Monate, ist sie nun vollständig gestrichen worden. Leiharbeiternehmer können damit dauerhaft auf Stammarbeitsplätzen eingesetzt werden.

Im Gegenzug hat der Gesetzgeber jedoch strenge Vorschriften über die Arbeitsbedingungen der Leiharbeiternehmer erlassen. Diese müssen gleichbehandelt werden mit vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleiherbetriebes. Die Mehrheit der Zeitarbeitsfirmen hat deshalb von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, durch Tarifverträge vom Gleichbehandlungsgrundsatz abzuweichen. Damit wird eine sonst entstehende Kostenerhöhung umgangen.

Weiterhin ist die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihers Voraussetzung für legale Arbeitnehmerüberlassung. Schwerwiegend sind auch die Folgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung. Neben empfindlichen Bußgeldern für Verleiher und Entleiher kommt es zu einem Übergang der Leiharbeiternehmer auf den Entleiher.

## II. Vorteile für den Arbeitgeber

### 1. Flexibilität

Ein wirklich flexibler Personaleinsatz ist nach dem deutschen Arbeitsrecht stark eingeschränkt. Insbesondere Kurzeinsätze von Ar-

beitnehmern, die unregelmäßig und bedarfs-gesteuert erfolgen sollen, sind nach geltendem Arbeitsrecht kaum möglich.

Diese Flexibilität lässt sich jedoch über den Einsatz von Leiharbeiternehmern erreichen. Deren Einsatzdauer unterliegt der freien Vereinbarung zwischen Verleiher und Entleiher. Leiharbeiternehmer können kurzfristig für Arbeitseinsätze angefordert werden. Zugleich kann auf diese Weise ein Pool von Leiharbeiternehmern gebildet werden, der es verhindert, dass regelmäßig neue Leiharbeiternehmer eingearbeitet werden müssen. Insbesondere stark schwankender Bedarf an Hilfskräften lässt sich mit Hilfe der Zeitarbeit gut decken.

### 2. Untertarifliche Entlohnung

Es kann für den Arbeitgeber auch attraktiv sein, Stammbesetzung dauerhaft durch Leiharbeiternehmer zu ersetzen. Diese Handlungsmöglichkeit wird insbesondere durch den Wegfall der Überlassungshöchstdauer eröffnet. Attraktiv ist diese Variante insbesondere in Branchen mit hohen Tariflöhnen. Die Tariflöhne der Zeitarbeitsbranche sind deutlich preiswerter, so dass die Kosten für den Entleih von Arbeitnehmern oftmals unter denen der direkten Beschäftigung von Tarifkräften liegen.

Bei den Kosten der Leiharbeit muss zudem berücksichtigt werden, dass es einen Kündigungsschutz, wie er vielfach die Anstellung von Stammarbeitnehmern verhindert, im Bereich der Leiharbeit nicht gibt. Es ist sowohl ein Austausch von Leiharbeiternehmern mit Führungs- bzw. Leistungsmängeln möglich als auch eine flexible Reaktion auf die Beschäftigungssituation.

### 3. Alternative zu Outsourcing

Ein Outsourcing (Fremdvergabe) ist immer verbunden mit der Delegation von Verantwortung auf den Drittunternehmer. Outsourcing ist damit ungeeignet, wenn das Unternehmen aus Qualitätssicherungs- oder anderen Gründen eine volle eigene Kontrolle behalten möchte. Hier bietet sich statt dessen der Einsatz von Leiharbeitnehmern an.

Die Fremdvergabe von Funktionen ermöglicht die betriebsbedingte Kündigung von Stammarbeitnehmern. Eine solche direkte Verringerung des Personalbestandes ist über die Leiharbeit nicht möglich. Der geplante Einsatz von Leiharbeitnehmern kann nach Ansicht des BAG die Kündigung von Stammarbeitnehmern nicht begründen. Hier ist der Arbeitgeber darauf angewiesen, die natürliche Fluktuation auszunutzen bzw. befristete Arbeitsverhältnisse auslaufen zu lassen.

### 4. Betriebsverfassung

Vorteile bietet die Leiharbeit insbesondere auch im Bereich der Betriebsverfassung. Leiharbeitnehmer sind zwar gemäß § 7 Satz 2 BetrVG im Entleiherbetrieb aktiv wahlberechtigt. Nach dem BAG sind sie jedoch bei Schwellenwerten des BetrVG nicht mitzuzählen. Dies ist z.B. für die Anzahl der Betriebsratsmitglieder (§ 9 BetrVG) und die Zahl der Freistellungen nach § 38 BetrVG von Bedeutung. Dies gilt auch für die Unternehmensmitbestimmung.

### III. Betriebliche Umsetzung

Bei der betrieblichen Besetzung sind die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu be-

achten. Ein generelles Mitbestimmungsrecht über die Entscheidung des Arbeitgebers, Leiharbeitnehmer einzusetzen, besteht jedoch nicht. Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat lediglich gemäß § 92 BetrVG über das Vorhaben in Kenntnis setzen und mit ihm gegebenenfalls über die geplante Einführung von Leiharbeit beraten. Mehr als eine solche Beratung kann der Betriebsrat nach § 92 BetrVG nicht verlangen.

Eine Betriebsänderung gemäß § 111 BetrVG stellt der geplante Einsatz von Leiharbeitnehmern nicht dar. Dies gilt grundsätzlich nach einer älteren, allerdings nicht unumstrittenen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts auch dann, wenn die Einführung der Leiharbeit verbunden ist mit einem Personalbau durch Ausnutzen der natürlichen Fluktuation bzw. durch Nichtverlängerung von befristeten Arbeitsverhältnissen. Kündigungen mit dem Zweck, Leiharbeit zu ermöglichen, sind, wie bereits ausgeführt, ohnehin nicht möglich.

Anders ist dies beim Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gemäß § 14 Abs. 3 AÜG in Verbindung mit § 99 BetrVG. Vor der Einstellung von Leiharbeitnehmern ist der Betriebsrat zu beteiligen wie vor der Einstellung von Arbeitnehmern. Allerdings bietet der Katalog der Zustimmungsverweigerungsgründe in § 99 Abs. 2 BetrVG dem Betriebsrat keine generelle Handhabe gegen den Einsatz von Leiharbeitnehmern. Diese Tatbestände kann der Betriebsrat in der Regel nicht darlegen.

## PRAXISRELEVANTE ÄNDERUNGEN IM KÜNDIGUNGSRECHT

5

Die Neuerungen im Kündigungs- und Befristungsrecht zum 01.01.2004 sind zu Recht als „Reförmchen“ kritisiert worden. Nachdem sich nun die ersten Konturen der praktischen

Handhabung durch die Arbeitsgerichte abzeichnen scheinen, möchten wir Ihnen einen Überblick über die aus unserer Sicht praxisrelevanten Änderungen geben.

0

## I. Neuer Schwellenwert

Die komplizierte Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG erhöht den Schwellenwert für die Geltung des Kündigungsschutzgesetzes (sog. Kleinbetriebsklausel) für Arbeitsverhältnisse, die ab dem 01.01.2004 begonnen haben, auf 10 Arbeitnehmer, wobei für die Berechnungsweise bei Teilzeitbeschäftigten die bisherige Regelung weiter gilt.

## II. Einheitliche Klagefrist von drei Wochen für alle Unwirksamkeitsgründe

Nach § 4 KSchG gilt endlich für alle gerügten Mängel einer ordentlichen Kündigung (und über § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG auch bei der außerordentlichen Kündigung) die dreiwöchige Klagefrist. Ausgenommen ist nur die Rüge des Schriftformerfordernisses für die Kündigung gem. § 623 BGB. Da der Arbeitgeber die Schriftform ohnehin einhalten muss, ist die Klagefrist also umfassend anwendbar.

## III. Änderungen im Bereich der Sozialauswahl

### 1. Auswahlkriterien für die Sozialauswahl

Die Auswahlkriterien für die Sozialauswahl in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG sind nun auf vier Kriterien begrenzt: Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung.

Nicht bekannte Daten (z.B. Unterhaltspflichten wegen fehlender Eintragung auf der Steuerkarte) müssen vom Arbeitgeber erfragt werden. Es kommt auf die objektive Rechtslage an. Es empfiehlt sich also vor größeren Personalmaßnahmen, die Arbeitnehmer aufzufordern, die entsprechenden Informationen mitzuteilen. Will man innerbetriebliches Aufsehen vermeiden, sollte man turnusgemäß (z.B. halbjährig) die Mitarbeiter um „Datenabgleich“ bitten.

Die Begrenzung der Auswahlkriterien auf vier im Gegensatz zur früheren Rechtslage, in der noch weitere Auswahlkriterien berücksichtigt werden sollten (Rechtsprechung und Literatur hatten hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten), verringert die Sozialauswahlrisiken. Jedem der Kriterien kommt grundsätzlich gleiches Gewicht zu. Nach Auffassung des BAG (Urteil vom 05.12.2002 – 2 AZR 549/01 –) muss die Auswahlentscheidung im Rahmen eines dem Arbeitgeber zuzubilligenden Ermessens nur vertretbar sein. Die Ent-

scheidung muss nicht der Entscheidung des Gerichtes entsprechen. Dies gibt der Praxis Gestaltungsraum.

### 2. Nichteinbeziehung von Arbeitnehmern in die Sozialauswahl

Die Nichteinbeziehung von Arbeitnehmern in die Sozialauswahl ist durch § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG erleichtert worden. Der bisherige Gesetzeswortlaut stellte auf ein berechtigtes betriebliches Bedürfnis ab und verwandte das Wort „bedingen“. Die Auslegung der Arbeitsgerichte war restriktiv.

Nun ist es gerechtfertigt, bestimmte Arbeitnehmer nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen, wenn deren Weiterbeschäftigung „insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes“ im „berechtigten betrieblichen Interesse“ liegt.

Ein berechtigtes betriebliches Interesse ist dann anzunehmen, wenn es für den Betrieb nachvollziehbar vorteilhaft ist, einen oder mehrere Arbeitnehmer auf jeden Fall unabhängig vom Ergebnis einer etwaigen Sozialauswahl weiter zu beschäftigen. Berechtigt ist das Interesse, wenn der Vorteil ein solches Gewicht hat, dass es gerechtfertigt ist, die Sozialauswahlregeln nicht anzuwenden.

Es findet somit eine generelle Abwägung der Interessen des sozialschwächeren Arbeitnehmers gegen das betriebliche Interesse an einer Herausnahme des Leistungsträgers statt. Eine Einzelfallabwägung findet nicht statt, herausgesiebt werden geringfügige Vorteile oder vage Zukunftserwartungen.

Soweit es um die „Sicherung“ einer ausgewogenen Personalstruktur geht, kann damit eine ausgewogene Personalstruktur nicht erst geschaffen werden (dies ist nur in der Insolvenz gem. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO möglich). Andererseits muss die bisherige Personalstruktur nicht bereits ausgewogen sein. Es genügt, die Personalstruktur so, wie sie ist, zu erhalten, sie also jedenfalls nicht (noch weiter) verschlechtern zu lassen.

Die Darlegungs- und Beweislast liegt – wie immer – beim Arbeitgeber, der sich nicht mit pauschalem, schlagwortartigem Vortrag begnügen darf. Auf die Herausnahme aus der Sozialauswahl darf sich nur der Arbeitgeber berufen, nicht etwa ein zu Unrecht nicht herausgenommener besser qualifizierter Arbeitnehmer.

### 3. Punkteschemata

Punkteschemata, die im Rahmen eines Tarifvertrages, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung festgelegt sind, können nach § 1 Abs. 4 KSchG in ihrer Bewertung nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden.

Grob fehlerhaft ist eine Gewichtung, die jede Ausgewogenheit vermissen lässt (z.B. weil ein Sozialkriterium ganz oder durch niedrigeren Punktwert praktisch unberücksichtigt bleibt). Wichtig ist, dass die Punkteschemata sämtliche vier Sozialkriterien angemessen bewerten. Beispiele für solche Punkte Regelungen existieren in vielfältiger Art und Weise. In der Praxis muss man ab dem 01.01.2004 darauf achten, dass zum alten Recht veröffentlichte Punktelisten um das Sozialauswahlkriterium „Schwerbehinderung“ ergänzt werden. Ein aktuelles Beispiel für eine vom BAG (Urteil vom 05.12.2002, – 2 AZR 697/01 –) gebilligte Punkteliste ist:

- Alter: 1 Punkt pro vollendetem Lebensjahr ab Vollendung des 35. Lebensjahres, maximal 35 Punkte;
- Betriebszugehörigkeit: 2 Punkte pro anerkanntem Jahr der Betriebszugehörigkeit, maximal 70 Punkte;
- Unterhaltungspflichten: 6 Punkte je unterhaltsberechtigter Person;
- und (ergänzt aus einer anderen Entscheidung des BAG) Schwerbehinderung: 5 Punkte für 50%, je 1 Punkt für weitere 10% der Schwerbehinderung.

Der Gesetzgeber hat leider nicht die Forderung der Praxis aufgenommen, die Richtigkeitsvermutung des § 1 Abs. 4 KSchG auch auf die Festlegung der Gruppen vergleichbarer Arbeitnehmer auszudehnen. Dies bedeutet, dass die für die Praxis oftmals sehr wichtige Definition der Vergleichbarkeit einzelner Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmergruppen auch dann voll überprüfbar ist, wenn die Gruppen des auswahlrelevanten Personenkreises (also der vergleichbaren Arbeitnehmer) unter Berücksichtigung der betriebsindividuellen Gegebenheiten durch Arbeitgeber und Betriebsrat gemeinsam in der Auswahlrichtlinie festgelegt werden. Leider nicht vom günstigen Prüfmaßstab grober Fehlerhaftigkeit erfasst ist auch die Herausnahme einzelner Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG wegen berechtigten betrieblichen Interesses.

### 4. Namentliche Bezeichnung des Arbeitnehmers im Interessenausgleich

Bei namentlicher Bezeichnung des Arbeitnehmers im Interessenausgleich wird nach § 1 Abs. 5 KSchG vermutet, dass die Kündigung durch berechtigte betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Auch die Sozialauswahl und die Frage der Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer und der Herausnahme einzelner Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG) kann hier nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden.

Der Arbeitgeber muss im Prozess (nur) darlegen und beweisen, dass ein Interessenausgleich nach § 112 Abs. 2 BetrVG vor der Kündigung wirksam zustande gekommen und Bestandteil dieses Interessenausgleichs eine Namensliste ist, in der der betroffene Arbeitnehmer in identifizierbarer Weise benannt ist. Der Arbeitnehmer hat dann den vollen Nachweis zu führen, dass die Kündigung nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, die seiner Weiterbeschäftigung entgegenstehen. Damit wird ein wesentlicher Teil des Prozessrisikos auf den Arbeitnehmer verlagert.

Anderes gilt nur bei einer wesentlichen Änderung der Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs. Von dieser muss man ausgehen, wenn die Betriebsänderung nicht mehr durchgeführt oder die Zahl der durchzuführenden Kündigungen sich wesentlich verändert (eine geringfügige Änderung genügt nach Auffassung des BAG nicht).

### IV. Vier Jahre sachgrundlose Befristung für Existenzgründer

Nach § 14 Abs. 2a TzBfG können in den ersten vier Jahren nach der Gründung eines neuen Unternehmens Arbeitnehmer ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von vier Jahren befristet beschäftigt werden, sofern es sich um eine echte Neugründung, nicht um eine solche im Zusammenhang mit der Umstrukturierung von Unternehmen und Konzernen handelt.

Die Gesetzesformulierung ist so gewählt, dass es genügt, am letzten Tag der Höchstdauer von vier Jahren nach Gründung des Unternehmens eine Befristung von vier Jahren zu begründen. Dies würde in der Praxis dazu führen, dass fast acht Jahre Befristung bei Existenzgründungen möglich wären. Von einer derartigen extensiven Ausnutzung der Norm raten wir mit Blick auf die vielfache

Kritik an dieser Auslegung jedoch zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch ab. Hier sollte die Entwicklung der Rechtsprechung abgewartet werden.

Innerhalb dieser vier Jahre nach Existenzgründung ist eine unbegrenzt häufige Verlängerung von Befristungen ohne Sachgrund möglich. Es kommt auf die Gesamtdauer an. (Hinweis: Achten Sie aber auf eingrenzende Tarifverträge).

Checkliste:

- Rechtlich nicht erforderlich ist, auf die Regelung hinzuweisen. Zweckmäßigerweise sollte auf die Existenzgründungsbefristung aber hingewiesen werden.
- Die erleichterte Befristung bei Existenzgründungen kann nur kalendermäßig erfolgen. Der Vertrag muss das datumsmäßige Ende genau (in der Praxis empfehlenswert) oder aber die genaue Dauer der Befristung schriftlich festlegen.
- Anknüpfungspunkt ist das existenzgegründete Unternehmen. Maßgeblich ist die Aufnahme einer nach § 138 AO anzeigepflichtigen Erwerbstätigkeit. Unerheblich ist der Zeitpunkt der Meldung an die Gemeinde oder das Finanzamt. Dies bedeutet, dass bei der Vorratsgesellschaft (GmbH) die Aufnahme der Unternehmenstätigkeit, nicht die rechtliche Gründung relevant ist.
- Das Anschlussverbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG gilt. Hat auch beim existenzgegründeten Unternehmen mit demselben Arbeitgeber zu irgendeinem Zeitpunkt schon einmal ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden, gilt ein unbefristeter Dienstvertrag als zustande gekommen. Der Bewerber sollte deshalb ausdrücklich nach der Vorbeschäftigung befragt werden.
- Die Koppelung mit der erleichterten Befristungsmöglichkeit des § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG für ältere Arbeitnehmer (bis 31.12.2006 52 Jahre oder älter, ab 01.01.2007 mindestens 58 Jahre und älter) ist möglich. Der einzustellende künftige Arbeitnehmer mit einem Alter von mindestens 48. Lebensjahren kann für vier Jahre bei existenzgegründeten Unternehmen ohne Sachgrund und danach als älterer Arbeitnehmer nach § 14 Abs. 3 Satz 1 TzBfG beschäftigt werden.

## V. Abfindungsangebot des Arbeitgebers bei betriebsbedingter Kündigung

### 1. § 1a KSchG

§ 1a KSchG gibt dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Abfindung bei betriebsbedingter Kündigung, wenn der Arbeitgeber in der Kündigungserklärung darauf hinweist, dass die Kündigung betriebsbedingt ist und dem Arbeitnehmer der zusätzliche Hinweis gegeben wird, dass er bei Verstreichen der (dreiwöchigen) Klagefrist die gesetzliche Abfindung verlangen kann. Eine weitere Begründung ist nicht erforderlich.

Will der Arbeitnehmer den gesetzlichen Abfindungsanspruch geltend machen, genügt es, keine Klage zu erheben. Eine Annahmeerklärung ist nicht notwendig. Die Höhe der Abfindung muss in dem Schriftstück (schriftliche Kündigungserklärung gem. § 623 BGB) nicht angegeben werden.

### 2. Die Höhe der Abfindung

Die Höhe der Abfindung ist in § 1a Abs. 2 KSchG geregelt und „beträgt 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses“.

Zur Berechnung wird § 10 KSchG herangezogen. Monatsverdienst ist der Bruttoverdienst. Maßgebend ist außerdem die regelmäßige Arbeitszeit, so daß z.B. Kurzarbeit oder unregelmäßig (!) anfallende Überstunden außer Betracht bleiben. Leistet dagegen der Arbeitnehmer während eines längeren Zeitraumes regelmäßig Überstunden, sind diese bei der Bestimmung des Monatsverdienstes zu berücksichtigen.

Geldbezüge anderer Art sind miteinzubeziehen. Dies bedeutet, daß neben den Grundvergütungen (Gehalt, Provision etc.) auch andere Zuwendungen mit Entgeltcharakter einzubeziehen sind. Dies sind z.B. ein 13. Monatsgehalt, Tantiemen, Umsatzbeteiligungen, Jahresabschlußvergütungen. Werden diese auf das ganze Jahr gezahlt, sind sie für den Monatsverdienst anteilig umzulegen. Zu berücksichtigen sind ferner regelmäßig zu zahlende Zulagen (Schichtzuschläge, Nachtarbeitszuschläge, Gefahrenzulagen u.ä.). Im Akkordlohn ist der Durchschnittsverdienst im Auflösungsmonat zu ermitteln. Dazu ist auf die Vergangenheit abzustellen und eine Durchschnittsbetrachtung aus einem normalen Bezugszeitraum zu ermitteln (z.B. aus ei-



nem Jahr). Sachbezüge sind mit ihrem Warenwert, nicht mit den Sätzen der Finanzverwaltung und der Sozialversicherungsträger (Sachbezugsverordnung nach § 17 SGB IV) zu berücksichtigen. Nicht zum Jahresverdienst zählen Zuwendungen mit Gratifikationscharakter, wie z.B. echte Weihnachtsgratifikationen oder Jubiläumszuwendungen. Nach unserer Einschätzung werden solche Zuwendungen mit Gratifikationscharakter in der Praxis selten vorliegen. Außer Betracht bleibt auch der Ersatz von Aufwendungen. Dazu gehören z.B. Spesen oder Schmutzzulagen.

Bruchteile von Jahren sind nicht zu ermitteln. Bis zu 6 Monate sind ab-, mehr als 6 Monate auf ein volles Jahr aufzurunden (§ 1a Abs. 2 Satz 3 KSchG). Beschäftigungszeiten bei einem anderen Unternehmen eines Konzerns werden nicht berücksichtigt. Rechtliche Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses lassen die Beschäftigungsdauer grundsätzlich neu beginnen. Ausnahmen bestehen, wenn die Anrechnung der Vordienstzeit gesetzlich vorgesehen (§ 6 Abs. 2 Satz 1 Arbeitsplatzschutzgesetz, § 10 Abs. 2 Satz 1 Mutterschutzgesetz), vertraglich vereinbart ist oder zwischen den beiden Arbeitsverhältnissen ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht. Ist eine – rechtlich nicht notwendige, aber praktisch zweckmäßige – Angabe eines Abfindungsbetrages falsch, wird das Abfindungsangebot dadurch nicht unwirksam. Der Arbeitnehmer kann das Angebot des höheren oder niedrigeren Abfindungsbetrages annehmen.

### 3. Hinweis nach § 37b SGB III

Zweckmäßigerweise wird der notwendige Hinweis aus § 37b SGB III einbezogen. Hiernach muss sich der Arbeitnehmer unverzüglich nach Erhalt der Kündigung bei der Agentur für Arbeit persönlich melden. Ein Unterlassen des Hinweises hat Schadensersatzansprüche für den Arbeitgeber zur Folge.

### 4. Sozialversicherungsrechtliche Folge

Eine Sperrzeit tritt nach § 144 SGB III dann nicht ein, wenn ein Arbeitnehmer eine Kündigung hinnimmt.

Eine Sperrfrist droht dann, wenn der Arbeitnehmer an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mitwirkt, insbesondere bei sog. „Vorfeldabsprachen“ (der Arbeitgeber spricht eine Kündigung aus, und der Arbeitnehmer erklärt von vornherein, gegen diese Kündigung nicht vorzugehen – mehr dazu im Bei-

trag über Abwicklungsverträge). Von der bloßen Hinnahme der Kündigung kann dann nicht mehr gesprochen werden, wenn der Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung erklärt hat, gegen die Kündigung keine Klage zu erheben. Spricht der Arbeitgeber eine Kündigung aus und bietet eine Abfindung an, bleibt es bei der einseitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung. Bei der Kündigung wirkt der Arbeitnehmer nicht mit, selbst wenn er durch Verstreichenlassen der Klagefrist in den Genuß der Abfindung kommt. Dies gilt in jedem Fall bei betriebsbedingten Kündigungen, für die § 1a KSchG in das Gesetz aufgenommen worden ist. Nach Auffassung der Literatur gilt dies auch bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen. Hier ist gegenwärtig noch Vorsicht geboten. Wir haben starke Zweifel, ob sich die letztgenannte Auffassung durchsetzen wird.

Für ältere Arbeitnehmer muss der Arbeitgeber das Arbeitslosengeld erstatten (§ 147a SGB III). Hier hilft § 1a KSchG nicht, den Ausnahmetatbestand der sozial gerechtfertigten Kündigung (§ 147a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB III) mit Bindungswirkung für die Bundesagentur für Arbeit festzustellen. Die Bundesagentur ist lediglich an eine rechtskräftige Entscheidung des Arbeitsgerichts gebunden. Ansonsten prüft sie das Vorliegen einer sozial gerechtfertigten Kündigung eigenständig.

### 5. Fazit

Arbeitgebern kann empfohlen werden, § 1a KSchG zu ignorieren, da ansonsten auf der Grundlage der gesetzlichen Regelung noch höhere Einigungen im Kündigungsschutzprozess angestrebt werden. Denkbar ist aber, im Zusammenhang mit der Kündigung ein Abfindungsangebot zu unterbreiten, das verhandlungstaktisch als angemessen und gerechtfertigt angesehen wird. Wir haben gute Erfahrungen mit Angeboten gemacht, die niedriger als in § 1a Abs. 2 KSchG vorausgesetzt sind. Dieses niedrigere Angebot sollte entsprechend den gesetzlichen Formulierungen ausgestaltet sein, also an die Bedingung der Nichterhebung der Kündigungsschutzklage geknüpft werden.

### 6. Musterformulierungen

„Sehr geehrte/r Frau/Herr .....,“

hiermit kündigen wir das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis fristgerecht wegen

dringender betrieblicher Erfordernisse zum [Kündigungsfrist].

Wir weisen Sie auf Ihre Pflicht zur frühzeitigen Arbeitssuche nach § 37b SGB III hin. Sie sind verpflichtet, sich unverzüglich nach Erhalt dieser Kündigung bei der Agentur für Arbeit persönlich arbeitssuchend zu melden. Die Pflicht zur Meldung besteht unabhängig davon, ob der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gerichtlich geltend gemacht wird. Weiterhin sind Sie verpflichtet, aktiv nach einer Beschäftigung zu suchen.

Wir sind bereit, Ihnen eine Abfindung nach § 1a KSchG zu bezahlen. Dies setzt aber voraus, daß Sie die Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG von drei

Wochen ab Zugang der Kündigung verstreichen lassen.

Die Höhe der Abfindung beträgt 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses, das heißt in diesem Fall [..... Euro]. Sie würde zum [Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses] ausbezahlt.“

Ergänzender Hinweis:

Will man ohne die Regelung des § 1a KSchG formulieren (s.o. bei 5.e)), sollte der Hinweis in Absatz 3 des Musters entfallen und zugleich in Absatz 4 Satz 1 zur Höhe der Abfindung lediglich der Betrag benannt werden: „Die Höhe der Abfindung beträgt ..... €“.

## NEUE SPIELREGELN FÜR DIE SPERRZEIT – DAS AUS FÜR DEN ABWICKLUNGSVERTRAG

Das Bundessozialgericht hat in einem Urteil vom 18.12.2003 (- B 11 AL 35/03 R -) entschieden, dass der Abschluss eines Abwicklungsvertrages nach einer Arbeitgeberkündigung zu einer Sperrzeit beim Arbeitslosengeld führen kann.

### I. Gesetzlicher Ausgangspunkt

Gesetzlicher Ausgangspunkt ist die Vorschrift des § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III. Hiernach erhält der Arbeitslose, der sein Beschäftigungsverhältnis „gelöst“ hat, beim Bezug von Arbeitslosengeld eine Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe von zwölf Wochen. Ein Anwendungsfall dieses Sperrzeitbestandes ist der Aufhebungsvertrag. Der Arbeitnehmer, der einen Aufhebungsvertrag schließt und dadurch seine Arbeitslosigkeit verschuldet, soll durch den Eintritt der Sperrzeit sanktioniert werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn dem Arbeitnehmer eine objektiv rechtmäßige Arbeitgeberkündigung droht und ihm ein Abwarten der Arbeitgeberkündigung nicht zumutbar ist. In dieser Konstellation kann sich der Arbeitnehmer auf einen

wichtigen Grund zum Abschluss des Aufhebungsvertrages berufen, eine Sperrzeit tritt nicht ein.

Beim Abwicklungsvertrag handelt es sich demgegenüber um eine Abrede zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, wonach der Arbeitnehmer nach Ausspruch einer (regelmäßig betriebsbedingten) Kündigung auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichtet und hierfür im Gegenzug eine Abfindung erhält. Derartige Verträge regeln also die Folgen einer Kündigung; das Arbeitsverhältnis wird „abgewickelt“. Bislang ging man davon aus, dass solche Verträge den Anspruch auf Arbeitslosengeld dann nicht beeinträchtigen, wenn sie erst nach Ausspruch der Kündigung verhandelt wurden.

### II. Die Entscheidung des Bundessozialgerichts

Das Bundessozialgericht hat nun anders entschieden. Nach Auffassung der Richter stellt der Abschluss eines Abwicklungsvertrages eine Lösung des Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III dar.

Dabei sei es gleichgültig, ob die Vereinbarung über die Hinnahme der Kündigung bereits vor oder erst nach deren Ausspruch zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer getroffen werde. In beiden Fällen leiste der Arbeitnehmer einen wesentlichen Beitrag zur Herbeiführung seiner Beschäftigungslosigkeit. Da es dem Zweck des § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III entspreche, den Arbeitnehmer davon abzuhalten, sich an der Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses aktiv zu beteiligen, sei die Verhängung einer Sperrzeit in beiden Fällen gleichermaßen gerechtfertigt.

Eine Ausnahme gilt dann, wenn der Arbeitnehmer sich beim Abschluss des Abwicklungsvertrages auf einen wichtigen Grund berufen kann. Entsprechend der Situation beim Aufhebungsvertrag liegt ein wichtiger Grund im Sinne von § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III vor, wenn die ausgesprochene Kündigung objektiv rechtmäßig war.

Die Entscheidung des Bundessozialgerichts ist von enormer Relevanz. Sie macht Abwicklungs- und Aufhebungsverträge für die Praxis weitgehend nutzlos. Voraussichtlich werden künftig nur noch wenige Arbeitnehmer, denen nach ihrem Ausscheiden die Arbeitslosigkeit droht, zum Abschluss einer solchen Vereinbarung bereit sein. Regelmäßig beziehen sich Abwicklungsverträge auf Kündigungen, deren Wirksamkeit zumindest zweifelhaft ist, so dass den Arbeitnehmern kein wichtiger Grund zur Seite steht und sie mit der Verhängung einer Sperrzeit rechnen müssen. Die Praxis wird zukünftig zunehmend den Weg des arbeitsgerichtlichen Vergleichs mit der damit einhergehenden Verkomplizierung wählen müssen.

### III. Die Durchführungsanweisung der Bundesagentur für Arbeit

Inhaltlich liegt die Entscheidung auf der Linie der aktuell von der Bundesagentur für Arbeit zu § 144 SGB III ausgegebenen Durchführungsanweisung. Die Anweisung richtet sich an die regionalen Arbeitsagenturen und gibt Leitlinien vor, wann die Verhängung einer Sperrzeit angezeigt ist. Dort heißt es (vgl. DA 144.20):

„Bei einer rechtswidrigen Kündigung mit finanzieller Vergünstigung kann eine Beteiligung des Arbeitnehmers an der Beendigung vorliegen, wenn der Arbeitnehmer die Rechtswidrigkeit erkannt hat oder die Rechtswidrigkeit für ihn offensichtlich war. Die Beteiligung kann durch

vorausgegangene Absprache oder nachträgliche Einigung (z.B. Abwicklungsvertrag) erfolgt sein.“

### IV. Welche Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben der Praxis?

In seiner Entscheidung hat das Bundessozialgericht neben der vorgenannten Ausnahme (objektive Wirksamkeit der Kündigung) des weiteren in Betracht gezogen, keine Sperrzeit für solche Vereinbarungen zu verhängen, die nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage (vgl. § 4 KSchG) getroffen werden, sofern sie lediglich Einzelheiten zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses regeln. Diese Ausnahmekonstellation dürfte jedoch kaum anzutreffen sein, da Abfindungsverträge in aller Regel einen Bezug auf die zuvor ausgesprochen Kündigung haben – was sie nach dem Urteil des Bundessozialgerichts aber gerade nicht dürfen.

Schließlich soll dann keine Sperrzeit eintreten, wenn vor einem Arbeitsgericht ohne vorherige Absprache ein Vergleich zustande kommt. Dieser Hinweis ist ein Zugeständnis an die Arbeitsgerichte, denn anderenfalls könnten dort kaum noch Vergleiche über Kündigungen geschlossen werden. Gab es allerdings vorherige Absprachen, so schützt unter Umständen auch ein arbeitsgerichtlicher Vergleich nicht. Die Bundesagentur für Arbeit bemerkt hierzu in ihrer Durchführungsanweisung (vgl. DA 144.27):

„Wurde der Weg über eine rechtswidrige Arbeitgeberkündigung mit anschließender Klage vor dem Arbeitsgericht einvernehmlich mit dem Ziel beschritten, durch einen arbeitsgerichtlichen Vergleich den Eintritt der Sperrzeit zu verhindern, handelt es sich um eine vorausgegangene Absprache.“

Nicht explizit angesprochen hat das Bundessozialgericht die Frage, ob eine Sperrzeit auch dann eintritt, wenn ein Arbeitnehmer eine (rechtswidrige) betriebsbedingte Kündigung hinnimmt, in der ihm ein Abfindungsangebot nach § 1a KSchG unterbreitet wird. Gegen die Verhängung einer Sperrzeit spricht der Umstand, dass der Arbeitnehmer die Kündigung lediglich passiv hinnimmt und sich nicht aktiv an der Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses beteiligt. Insoweit hatte das Bundessozialgericht schon in einer Entscheidung vom 25.04.2002 (– B 11 AL 89/01 R –) klargestellt, dass die bloße Hinnahme einer rechtswidrigen Kündigung im Hinblick auf eine zugesagte finanzielle Ver-

günstigung keinen Sperrzeitatbestand auslöse, da § 144 Abs. 1 Nr. 1 SGB III die aktive Mitwirkung an der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses und eine dadurch verursachte Arbeitslosigkeit voraussetze. Es bleibt

zu hoffen, dass das Bundessozialgericht diese Rechtsprechung in Bezug auf die Vorschrift des § 1a KSchG aufrecht erhält.

## AKTUELLE ENTSCHEIDUNGEN

### 1. Das BAG zur Kündigung leistungsschwacher Arbeitnehmer

Das BAG hat in einem Urteil vom 11.12.2003 (- 2 AZR 667/02 -) festgestellt, dass gegenüber leistungsschwachen Arbeitnehmern eine verhaltens- oder personenbedingte Kündigung in Betracht kommen kann.

Ein 55 Jahre alter Kommissionierer hatte über einen Zeitraum von mehr als einem Jahr einen vom Arbeitgeber aufgestellten Leistungsmittelwert um 40 bis 50% unterschritten und nach zwei Abmahnungen die Kündigung wegen „dauerhafter Minderleistung“ erhalten.

Nach dem BAG genügt der Arbeitnehmer grundsätzlich seinen Arbeitsvertragspflichten, wenn er unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeitet. Er sei nicht verpflichtet, eine vom Arbeitgeber gesetzte Norm oder die Durchschnittsleistung zu erreichen. Eine für eine verhaltensbedingte Kündigung notwendige Pflichtverletzung liege aber dann vor, wenn der Arbeitnehmer weniger arbeite, als er nach dem genannten Maßstab könnte. Hierfür kann nach dem BAG die längerfristige deutliche Unterschreitung des Leistungsdurchschnitts ein Anhaltspunkt sein. Legt der Arbeitgeber dies im Prozeß dar, müsse der Arbeitnehmer seinerseits erläutern, warum er trotz unterdurchschnittlicher Leistungen seine Leistungsfähigkeit ausschöpfe.

Eine personenbedingte Kündigung kommt dem BAG zufolge in Betracht, wenn bei einem über längere Zeit erheblich leistungsschwachen Arbeitnehmer auch für die Zukunft mit einer schweren Störung des Vertragsgleich-

gewichts zu rechnen ist. Mildere Mittel zur Wiederherstellung des Vertragsgleichgewichts, z.B. eine Versetzung, sind vor der Kündigung zu prüfen. Daneben sind die persönlichen Umstände des Arbeitnehmers (Alter, Beschäftigungsdauer, Krankheit etc.) zu berücksichtigen.

Die Frage, ob eine solche Kündigung begründet werden kann, lässt sich also nicht einfach mit „ja“ oder „nein“ beantworten. Alleine die Unterschreitung der Durchschnittsleistung aller Arbeitnehmer oder der vom Arbeitgeber gesetzten Norm begründet keinen Arbeitspflichtverstoß. Zu empfehlen ist, die Soll-Leistung quantitativ wie qualitativ rechtlich verbindlich zu fixieren, sofern dies praktisch möglich ist. Notwendig ist eine über einen aussagekräftigen Zeitraum (mindestens ein Jahr) reichende Dokumentation der Leistung. Im Hinblick auf zu erwartende Einlassungen sollte der Arbeitnehmer bereits vor der Kündigung zu den Gründen für die unterdurchschnittliche Leistungserbringung befragt werden. Vor der Kündigung muss schließlich ausreichend abgemahnt werden.

### 2. EuGH zur Auftragsnachfolge als Betriebsübergang (Abler-Entscheidung)

Erhebliches Aufsehen hat die Entscheidung des EuGH vom 20.11.2003 (Rs. C - 340/01 Abler) hervorgerufen: Das Urteil wurde teilweise so verstanden, als ob eine bloße Auftragsnachfolge einen Betriebsübergang auslösen könnte. Das ist zwar nicht richtig, aber die Konsequenzen der Entscheidung sind dennoch erheblich.

Der EuGH hatte über die Auftragsneuevergabe in einem Krankenhaus zu entscheiden. Der

Auftrag umfasste die komplette Versorgung der Patienten und des Personals durch Lieferung von Speisen und Getränken. Die Speisenproduktion hatte in den Betriebsräumen des Krankenhauses zu erfolgen. Das Krankenhaus kündigte dem alten Dienstleister und vergab den Auftrag neu. Der alte Dienstleister kündigte seinen Beschäftigten. Der Nachfolger übernahm weder Personal noch Know-How seines Vorgängers. Der EuGH nahm hier – für viele überraschend – einen Betriebsübergang an.

Der EuGH stützt sich in der Begründung auf seine ständige Rechtsprechung: Ob ein Betriebsübergang vorliegt, ist durch Gewichtung von sieben Kriterien zu entscheiden. Maßgeblich neu ist die Ansicht des EuGH, bei der Kantinenbewirtschaftung liege eine Tätigkeit des produzierenden Gewerbes, nicht aber eine Dienstleistung vor. Der entscheidende Gesichtspunkt liegt damit weniger auf der Übernahme von Personal und Know-How als auf der Übernahme der materiellen Betriebsmittel, hier also der Küche und der Kucheneinrichtung. Für den EuGH folgt hier aus der Übernahme der materiellen Betriebsmittel, dass ein Betriebsübergang vorliegt.

Die neue Entscheidung des EuGH bedeutet zugleich eine Absage an die bisherige Rechtsprechung des BAG. Das Bundesarbeitsgericht differenziert in vergleichbaren Fällen, ob die Tätigkeit eigenwirtschaftlich „mit“ den Betriebsmitteln vorgenommen wird – dann läge ein Betriebsübergang vor – oder lediglich eine Dienstleistung „an“ fremden Betriebsmitteln vorliegt, die nicht zu einem Betriebsübergang führt. Die Rechtsprechung des BAG eröffnete weite Spielräume der Gestaltung und zielgerichteten Lenkung von Betriebsübergängen. Diese wurden freilich durch die oftmals unsichere Abgrenzung zwischen Tätigkeiten „an“ und „mit“ den fremden Betriebsmitteln wieder eingeschränkt. Die Entscheidung des EuGH bedeutet damit für die Praxis eine wesentlich größere Rechtssicherheit.

Die bloße Auftragsnachfolge ist auch weiterhin kein Betriebsübergang. Das gilt weiterhin uneingeschränkt für betriebsmittelarme Dienstleistungen wie das Reinigungs- oder Bewachungsgewerbe. In anderen Branchen wird sich die neue, verstärkte Betonung der materiellen Betriebsmittel auswirken, so dass es dort leichter als bisher zu Betriebsübergängen kommen kann.

### 3. Verfassungswidrigkeit von § 15 Abs. 2 BetrVG? – Vorlagebeschluss an das Bundesverfassungsgericht

§ 15 Abs. 2 BetrVG befasst sich mit der Zusammensetzung des Betriebsrates und ordnet an, dass das Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigem Anteil im Betriebsrat vertreten sein muss, wenn dieser aus mindestens drei Mitgliedern besteht. In einem komplizierten Verfahren ordnet der § 15 Abs. 2 BetrVG ergänzende § 15 Wahlordnung (WahlO) an, dass notfalls eine Wählerstimme, die für Liste A abgegeben wurde, für Liste B gewertet wird, um sicherzustellen, dass genügend Betriebsratsitze auf das Minderheitengeschlecht entfallen. Übertragen auf die Bundestagswahl, wird durch den in § 15 WahlO angeordneten „Listensprung“ die Abstimmung für den Mann der CDU zum Erfolg für die Frau der SPD.

Das LAG Köln (Beschluss vom 13.10.2003 – 2 TaBV 1/03 –) hält die Vorschrift des § 15 Abs. 2 BetrVG für verfassungswidrig und hat das Bundesverfassungsgericht angerufen.

Das Gericht ist der Ansicht, dass durch § 15 Abs. 2 BetrVG die Grundsätze des Art. 38 Abs. 1 GG über die formale Wahlgleichheit verletzt werden, da der tatsächlich geäußerte Wählerwille nachträglich anhand der Geschlechterquote korrigiert werde. Die vom Gesetzgeber für Betriebsratswahlen vorgesehene Ungleichbehandlung von Kandidaten des Minderheitengeschlechts sei sachfremd und halte sich nicht an den Rahmen, der dem Gesetzgeber für sachlich erforderliche Ausnahmen von der Allgemeinheit und Gleichheit der Wahl eingeräumt ist. Insbesondere der Zweck des § 15 Abs. 2 BetrVG rechtfertige nicht ein Abgehen vom Grundsatz der formalen Wahlgleichheit, da wissenschaftlich nicht erwiesen sei, dass die Interessen des Minderheitengeschlechts im Betrieb nur von den Vertretern des gleichen Geschlechts wahrgenommen werden könnten. Es müsse dem Wähler vielmehr möglich sein, denjenigen Kandidaten zu wählen, den er für am besten geeignet hält. Dies seien aber nicht zwingend die Kandidaten, die auch das gleiche Geschlecht wie der Wähler haben. Die Verletzung der Wahlgleichheit beruhe auch unmittelbar auf § 15 Abs. 2 BetrVG und nicht erst auf der Ausgestaltung durch die Wahlordnung. Denn insoweit sei keine Umsetzung des Gesetzes denkbar, die nicht gleichzeitig die Gleichheit der Wahl verletzen würde.

Die Ansicht des LAG Köln von der Verfassungswidrigkeit des § 15 Abs. 2 BetrVG wird von zahlreichen Stimmen in der arbeitsrechtlichen Literatur geteilt.

Unabhängig von einer möglichen Verfassungswidrigkeit des § 15 Abs. 2 BetrVG hat die in dieser Vorschrift angeordnete zwingende Geschlechterquote zu einer erheblichen Verkomplizierung des Wahlverfahrens beigetragen. Schon aus diesem Grunde wäre eine Korrektur des § 15 Abs. 2 BetrVG (vor der Betriebsratswahlrunde 2006) erfreulich.

#### 4. Bestätigt durch BAG: Kein Widerrufsrecht für Aufhebungsverträge

Im letzten arbeitsrecht AKTUELL hatten wir über erst- und zweitinstanzliche Gerichtsentscheidungen berichtet, die sich mit der

Frage befassten, ob dem Arbeitnehmer nach der Schließung eines Aufhebungsvertrags in den Geschäftsräumen des Arbeitgebers ein Widerrufsrecht nach §§ 312, 355 BGB zustand.

Dazu hätte der Abschluss dieses Vertrages ein Haustürgeschäft im Sinne des § 312 BGB darstellen müssen. Das BAG (Urteil vom 27.11.2003 – 2 AZR 135/03 –; Vorinstanz war das von uns zitierte LAG Brandenburg) hat nun richtigerweise entschieden, dass dies nicht der Fall ist.

Nach zutreffender Auffassung des LAG Hamm (Urteil vom 09.10.2003, – 11 Sa 515/03 –) kann auch der in der Wohnung des Arbeitnehmers unterzeichnete Aufhebungsvertrag nicht widerrufen werden.

## NEUES VOM GESETZGEBER

### I. Neue Regeln für die Altersteilzeit

Durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt („Hartz III“) treten ab dem 01.07.2004 Änderungen bei der Altersteilzeit in Kraft. Die Neuregelungen gelten gemäß § 15g Altersteilzeitgesetz (ATG) für alle Altersteilzeitverhältnisse, die ab dem 01.07.2004 beginnen, das heißt, bei denen der Altersteilzeitarbeiter ab diesem Zeitpunkt in die aktive Arbeitsphase eintritt. Gleichgültig ist dabei, wann die Altersteilzeitverhältnisse vereinbart wurden. Für bereits bestehende Altersteilzeitverhältnisse gelten auch über den 01.07.2004 hinaus die bisherigen Regelungen. Allerdings erbringt die Bundesagentur für Arbeit auf Antrag des Arbeitgebers auch für bereits laufende Altersteilzeitverhältnisse Förderleistungen nach den neuen Regelungen.

#### 1. Neue Berechnung des Altersteilzeitentgelts

Während der Altersteilzeit erhält der Arbeitnehmer zusätzlich zu dem halbierten bishe-

rigen Bruttoentgelt einen steuerfreien Aufstockungsbeitrag. Darüber hinaus muss der Arbeitgeber einen zusätzlichen Rentenversicherungsbeitrag abführen, um Renten Nachteile auszugleichen, die den Arbeitnehmern dadurch entstehen, dass ihr bisheriges Arbeitsentgelt auf die Hälfte reduziert wird. Sowohl die Berechnung des Aufstockungsbeitrages als auch die Berechnung des zusätzlichen Rentenversicherungsbeitrages ist vom Gesetzgeber überarbeitet worden.

##### a) Regularbeitsentgelt

Beiden Leistungen, sowohl dem Aufstockungsbeitrag als auch dem zusätzlichen Rentenversicherungsbeitrag, liegt künftig das Regularbeitsentgelt als Berechnungsgröße zugrunde. Regularbeitsentgelt ist gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 ATG das vom Arbeitgeber während der Altersteilzeitarbeit monatlich regelmäßig zu zahlende sozialversicherungspflichtige Arbeitsentgelt, soweit es die Beitragsbemessungsgrenze des SGB III (gemäß § 341 Abs. 4 SGB III die der gesetzlichen Rentenversicherung) nicht übersteigt.

Berücksichtigt wird zukünftig nur noch das laufend zu zahlende Arbeitsentgelt einschließlich etwaiger Zulagen (z.B. vermögenswirksame Leistungen), Zuschläge (Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit) oder sonstiger geldwerter Vorteile. Nicht berücksichtigt werden gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 ATG Einmalzahlungen (z.B. Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld). Da das ATG nur Mindestregelungen für die Altersteilzeit normiert, bleibt es den Arbeitsvertragsparteien jedoch freigestellt, auch die vorgenannten Einmalzahlungen bei der Aufstockung zu berücksichtigen; die hierauf entfallenden Aufstockungsbeträge bleiben zwar steuerfrei, sind aber nicht förderfähig.

**Tipp:** Um die Aufstockungspflichtigkeit und damit die Förderfähigkeit der Aufstockung dieser Entgeltbestandteile zu erreichen, bietet es sich an, Einmalzahlungen – soweit arbeitsrechtlich zulässig – durch eine anteilige monatliche Auszahlung in laufendes Arbeitsentgelt umzuwandeln.

#### b) Berechnung des Aufstockungsbeitrages

Damit der Arbeitgeber die im ATG vorgesehene Förderleistung erhält, muss er das Regelarbeitsentgelt um mindestens 20% aufstocken. Die bisherige Regelung, wonach das so aufgestockte Arbeitsentgelt in der Altersteilzeit mindestens 70% des bisherigen Nettoeinkommens betragen musste, entfällt. Hierdurch wird die Berechnung des Aufstockungsbeitrages erheblich vereinfacht.

Häufig wird der Arbeitgeber an Tarifverträge zur Altersteilzeit gebunden sein, die sämtlich noch in Anlehnung an die bisherige Rechtslage die Absicherung eines gewissen anteiligen Nettoeinkommens vorsehen, mindestens 70%, teilweise aber auch 80% oder 85%. Solange diese Tarifverträge gültig sind, bleibt der Arbeitgeber hieran gebunden und damit weiterhin verpflichtet, die Mindestnettolohnberechnung durchzuführen. Es wird sich zeigen, wie schnell es den Tarifvertragsparteien gelingt, die gesetzliche Vereinfachung auch für die Anwendung in der Praxis nachzuzeichnen. Solange dies nicht geschieht, wirkt sich die neue Berechnung nur auf die Höhe einer möglichen Förderleistung aus.

#### c) Berechnung des zusätzlichen Rentenversicherungsbeitrages

Die Berechnung des zusätzlichen Rentenversicherungsbeitrages stellt ebenfalls auf das Regelarbeitsentgelt als Berechnungsgrundla-

ge ab. Zukünftig sind 80% des Regelarbeitsentgelts die Bemessungsgrundlage für den zusätzlich noch zu zahlenden Rentenversicherungsbeitrag.

Beibehalten wurde insoweit jedoch die Begrenzung auf den Differenzbetrag zwischen 90% der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung und dem Regelarbeitsentgelt.

**Beispiel:** Betrag des bisherigen Vollzeitarbeitsentgelts eines Arbeitnehmers 5.400 Euro, so beträgt sein Regelarbeitsentgelt in der Altersteilzeit 2.700 Euro. 80% hiervon sind 2.160 Euro. Die Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Rentenversicherung (West) liegt momentan bei 5.150 Euro, so dass sich ein Differenzbetrag von 1.935 Euro ( $90\% \times 5.150 = 4.635 - 2.700 = 1.935$ ) errechnet. Damit ist der niedrigere Betrag von 1.935 Euro Berechnungsgrundlage für den zusätzlich zu entrichtenden Rentenversicherungsbeitrag des Arbeitgebers.

**Merke:** Liegt das Regelarbeitsentgelt oberhalb von 50% der Beitragsbemessungsgrenze, so bildet der vorgenannte Differenzbetrag die Bemessungsgrundlage für den zusätzlich zu entrichtenden Rentenversicherungsbeitrag.

## 2. Bisherige Arbeitszeit

Die Definition der „bisherigen wöchentlichen Arbeitszeit“ in § 6 Abs. 2 ATG wird neu gefasst. Maßgeblich ist zwar weiterhin diejenige wöchentliche Arbeitszeit, die mit dem Arbeitnehmer vor dem Übergang in die Altersteilzeit vereinbart war. Die bislang vorgesehene Begrenzung der tatsächlich geleisteten wöchentlichen Arbeitszeit auf die tarifliche regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit entfällt jedoch.

Die Neuregelung vermeidet damit in der Vergangenheit aufgetretene Anwendungsprobleme im Zusammenhang mit tarifvertraglichen Quotenregelungen und ist als Vereinfachung zu begrüßen.

## 3. Förderung durch die Bundesagentur für Arbeit

### a) Befristung der Förderfähigkeit

Die Förderfähigkeit von Altersteilzeitverhältnissen ist in § 16 ATG befristet. Bislang sah die Regelung – aufgrund des Hinweises auf § 3 Abs. 1 Nr. 2 ATG – vor, dass

ein Altersteilzeitverhältnis nur dann förderungsfähig war, wenn unter anderem der Arbeitgeber spätestens am 31.12.2009 entweder einen arbeitslos gemeldeten Arbeitnehmer oder einen Arbeitnehmer nach Abschluss der Ausbildung auf den Altersteilzeitplatz eingesetzt hat. Diese Regelung hätte jedoch dazu geführt, dass bei dem in der Praxis regelmäßig anzutreffenden Blockmodell eine Förderungsfähigkeit nur dann gegeben wäre, wenn zum 31.12.2009 bereits die Freistellungsphase unter gleichzeitiger Besetzung des frei gewordenen Arbeitsplatzes begonnen hätte.

Mangels Förderungsfähigkeit hätte kein Arbeitnehmer mehr im Jahre 2009 eine Altersteilzeit im Blockmodell beginnen können.

Der Gesetzgeber hat diese Problematik erkannt und § 16 ATG nun dergestalt neu gefasst, dass die Förderungsfähigkeit für die Zeit ab dem 01.01.2010 auch dann erhalten bleibt, wenn sich der Arbeitnehmer beim Blockmodell spätestens am 31.12.2009 in der Arbeitsphase der Altersteilzeit befunden hat.

#### b) Wiederbesetzung im Blockmodell

Wird die Altersteilzeit – wie im Regelfall – in Form des Blockmodells ausgeübt, so tritt eine Förderung erst ein, wenn während der Freistellungsphase der frei gewordene Arbeitsplatz tatsächlich durch einen arbeitslos gemeldeten Arbeitnehmer oder einen Arbeitnehmer nach Abschluss der Ausbildung wiederbesetzt wurde. Nach bisheriger Rechtslage war anerkannt, dass die Einstellung des neuen Mitarbeiters auch vor Beginn der Freistellungsphase erfolgen konnte, um ihn einarbeiten zu können. Ausreichend war, dass die Einstellung in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit dem Eintritt des Altersteilzeitarbeitnehmers in die Freistellungsphase stand.

Durch die Streichung des Wortes „auch“ in § 3 Abs. 3 ATG soll nun klargestellt werden, dass eine rechtswirksame Wiederbesetzung im Blockmodell nur mit Beginn der Freistellungsphase erfolgen kann.

Inhaltlich stellt die redaktionelle Änderung klar, dass Leistungen der Bundesagentur für Arbeit frühestens ab Beginn der Freistellungsphase erbracht werden. Unabhängig davon bleibt es aber weiterhin zulässig, die Wiederbesetzung des frei werdenden Arbeitsplatzes bereits vorher wegen einer not-

wendigen Einarbeitung oder der Beendigung eines Ausbildungsverhältnisses vorzunehmen. Erforderlich ist lediglich, dass die Kausalität zwischen Altersteilzeit und Neueinstellung gewahrt bleibt. Eine „Punktlandung“ in dem Sinne, dass der Wiederbesetzer exakt zum Zeitpunkt des Beginns der Freistellungsphase des Altersteilzeitarbeitnehmers einzustellen ist, ist auch nach der neuen Gesetzesfassung – entgegen mancher Befürchtungen in der Literatur – nicht erforderlich.

#### c) Festlegung des Förderbetrages

Gemäß § 12 Abs. 2 ATG wird die Höhe des Förderbetrages, den die Bundesagentur für Arbeit erbringt und der bislang die vom Arbeitgeber zusätzlich zum Altersteilzeitbruttoentgelt (jetzt Regelarbeitsentgelt) zu erbringenden Leistungen abdeckte, von diesen entkoppelt. Die Höhe der Förderleistung wird zu Beginn des Erstattungsverfahrens in monatlichen Festbeträgen für die gesamte Erstattungsdauer festgelegt. Eine Anpassung dieser monatlichen Festbeträge soll nur dann erfolgen, wenn sich das berücksichtigungsfähige Regelarbeitsentgelt um mindestens 10 Euro „verringert“, was in der Praxis jedoch kaum vorstellbar ist.

Diese fehlende Dynamisierung der Zuschüsse ist besonders für tarifgebundene Arbeitgeber misslich. Findet auf das Altersteilzeitverhältnis ein Tarifvertrag Anwendung, so ist davon auszugehen, dass sich das Regelarbeitsentgelt während der Dauer der Altersteilzeit entsprechend den Tariflohnabschlüssen regelmäßig erhöht. Dies hat zur Folge, dass sich auch der vom Arbeitgeber zu zahlende Aufstockungsbetrag entsprechend erhöht. Nach bisheriger Rechtslage wurden die jeweils zu zahlenden Aufstockungsbeträge von der Bundesagentur für Arbeit erstattet, also auch deren zwischenzeitliche Erhöhung nachvollzogen. Nach neuer Rechtslage hat der Arbeitgeber eine Erhöhung des Aufstockungsbetrages in Folge einer Tariflohnerhöhung alleine zu tragen.

Die fehlende Dynamisierung der Förderleistung bewirkt damit eine schleichende Verteuerung der Altersteilzeit.

#### 4. Soziale Absicherung bei Langzeiterkrankung

Durch die Neufassung des § 10 Abs. 2 ATG hat der Gesetzgeber klargestellt, dass die Bundesagentur während einer Langzeiter-



krankung des Arbeitnehmers nur dann die Zahlung der Aufstockungsbeiträge übernimmt, wenn sich der Arbeitgeber hierzu nicht bereits unmittelbar (in der Regel durch Tarifvertrag) verpflichtet hat.

Sofern der Arbeitgeber nach bisheriger Rechtslage während des Krankengeldbezuges die Aufstockungsbeträge an den Mitarbeiter weiterzahlte, so ließ er sich im Gegenzug dessen Anspruch gegen die Bundesagentur für Arbeit aus § 10 Abs. 2 ATG abtreten. Nunmehr bedarf es einer solchen Abtretungserklärung nicht mehr, denn dem Arbeitnehmer steht – wie gezeigt – kein abtretbarer Anspruch nach § 10 Abs. 2 ATG zu. In der Praxis wird die Neuregelung dennoch keine Auswirkungen haben, da die Bundesagentur für Arbeit weiterhin die Förderleistung unter den Voraussetzungen des § 4 ATG an den Arbeitgeber erbringt, wenn dieser seinerseits während des Krankengeldbezuges die Aufstockungsbeträge an den Mitarbeiter weiterzahlt.

## 5. Insolvenzversicherung

Mit dem neu eingefügten § 8a ATG hat der Gesetzgeber die Insolvenzversicherung im Bereich der Altersteilzeit, welche bislang nur völlig unzureichend in der allgemeinen Vorschrift des § 7d SGB IV geregelt war, ganz erheblich verschärft.

Dabei gilt die Neuregelung kraft Gesetzes nur für solche Altersteilzeitverhältnisse, die nach dem 30.06.2004 begonnen haben. Ob es jedoch personalpolitisch durchsetzbar ist, die alten Altersteilzeitverhältnisse in der „weichen“ Insolvenzversicherung des § 7d SGB IV zu belassen, was gesetzlich zulässig wäre, bleibt abzuwarten.

### a) Voraussetzung der Insolvenzversicherungspflicht

Die Pflicht zur Insolvenzabsicherung besteht bei Altersteilzeitmodellen mit einer nicht kontinuierlichen Verteilung der Arbeitszeit, wenn die Vereinbarung dazu führt, dass ein Wertguthaben aufgebaut wird, das den Betrag des dreifachen Regelarbeitsentgelts einschließlich des Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag überschreitet. Dies ist nach sechs Monaten Altersteilzeit im Blockmodell der Fall.

Der Insolvenzschutz ist ab der ersten Gutschrift, also der Buchung eines Wertguthabens auf das Zeit- oder Geldkonto des Ar-

beitnehmers im ersten Monat der Arbeitsphase, zu gewähren.

### b) Formen der Insolvenzversicherung

§ 8a Abs. 1 Satz 2 ATG normiert einen Negativkatalog in Bezug auf die Formen der Insolvenzversicherung. Hiernach werden bilanzielle Rückstellungen sowie zwischen Konzernunternehmen begründete gegenseitige Einstandspflichten, insbesondere in Form von Bürgschaften, Patronatserklärungen oder Schuldbeitritten, ausdrücklich als nicht geeignete Sicherungsmittel definiert.

Damit stehen als zulässige Formen der Insolvenzversicherung zunächst die klassischen Sicherungsmittel (z.B. Bankbürgschaft, Verpfändung von Wertpapieren) zur Verfügung, welche jedoch häufig mit hohen Kosten verbunden sind. Schon eine ganze Reihe von Versicherungen bieten spezielle Produkte für die Insolvenzversicherung bei Altersteilzeitverhältnissen an. Darüber hinaus steht zu erwarten, dass auch die Tarifvertragsparteien gemeinsame Einrichtungen schaffen werden, um das Insolvenzrisiko bei Altersteilzeitvereinbarungen auffangen zu können.

### c) Höhe der Insolvenzversicherung

Der Arbeitgeber hat das Wertguthaben einschließlich des Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag gegen seine Zahlungsunfähigkeit abzusichern. Eine Anrechnung des von ihm gezahlten Aufstockungsbetrages sowie des zusätzlichen Rentenversicherungsbeitrages ist gemäß § 8a Abs. 2 ATG nicht zulässig.

### d) Verfahren und Durchsetzung der Insolvenzversicherung

§ 8a Abs. 3 ATG verpflichtet den Arbeitgeber dazu, gegenüber dem Arbeitnehmer erstmals mit der ersten Gutschrift und anschließend alle sechs Monate die zur Sicherung des Wertguthabens ergriffenen Maßnahmen in Textform nachzuweisen. Dazu muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auch geeignete Unterlagen zur Verfügung stellen, damit dieser die Richtigkeit der Angaben des Arbeitgebers überprüfen kann. Da diese individuelle Form des Nachweises mit einem hohen Verwaltungsaufwand auf Seiten des Arbeitgebers verbunden sein dürfte, sollte dieser versuchen, mit dem Betriebsrat eine andere gleichwertige Art und Form des Nachweises zu vereinbaren; hierdurch entfällt das Erfor-

dernis eines individuellen Nachweises. Durch eine solche Vereinbarung darf aber der Informationsanspruch des betroffenen Arbeitnehmers nicht verkürzt werden, vgl. § 8a Abs. 5 ATG.

Kommt der Arbeitgeber seiner Nachweispflicht nicht nach oder sind die nachgewiesenen Maßnahmen nicht geeignet, so hat er auf schriftliche Aufforderung des Arbeitnehmers innerhalb eines Monats eine geeignete Insolvenzversicherung in Textform zu dokumentieren. Kommt der Arbeitgeber dieser Aufforderung nicht nach, so kann der Arbeitnehmer gemäß § 8a Abs. 4 ATG verlangen, dass Sicherheit in Höhe des Wertguthabens geleistet wird. Dabei ordnet das Gesetz an, dass diese Sicherheitsleistung nur durch Stellung eines tauglichen Bürgen (in der Regel ein Kreditinstitut) oder durch Hinterlegung von Geld oder hierfür geeigneter Wertpapiere (vgl. § 234 Abs. 1 und Abs. 3 BGB) erfolgen kann; der Arbeitnehmer (!) hat insoweit ein Wahlrecht.

## 6. Fazit

Bei Altersteilzeitverhältnissen, die lediglich auf den gesetzlichen Vorschriften des ATG beruhen, stellen die Neuregelungen eine begrüßenswerte Vereinfachung dar. Beruhen die Altersteilzeitverhältnisse allerdings – wie in der Mehrzahl der Fälle – auf einem der derzeit gültigen Tarifverträge, so führen die Neuregelungen zu einer Verteuerung der Altersteilzeit für den Arbeitgeber. Die Förderleistungen reduzieren sich, ohne dass im Gegenzug auch die an die Arbeitnehmer zu erbringenden Leistungen abgesenkt werden können. Die verstärkte Insolvenzversicherung im Bereich der Altersteilzeit war sachlich notwendig. Es steht allerdings zu befürchten, dass Unternehmen, solange „preiswerte“ Möglichkeiten der Insolvenzversicherung nicht zur Verfügung stehen, zukünftig aus Kostengründen seltener einem Altersteilzeitvertrag zustimmen werden.

## II. Eingliederungsmanagement bei länger erkrankten Arbeitnehmern

Durch das Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 23.04.2004 (BGBl. Teil I, 2004, S. 608) wurde § 84 SGB IX mit Wirkung für alle Arbeitsverhältnisse geändert.

Nach § 84 Abs. 2 SGB IX hat nun ein „betriebliches Eingliederungsmanagement“

stattzufinden, wenn ein Beschäftigter – eine Behinderteneigenschaft des Arbeitnehmers ist nicht notwendig – innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig ist. Das Gesetz betrifft somit jeden Arbeitnehmer.

In diesem Fall klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 93 SGB IX (beispielsweise dem Betriebsrat bei nicht schwerbehinderten Arbeitnehmern, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung) die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann. Die betroffene Person hat diesem Verfahren zuzustimmen und ist an ihm zu beteiligen. Daneben ist – soweit erforderlich – der Werks- oder Betriebsarzt oder, wenn Leistungen nach dem SGB IX in Betracht kommen, die örtliche gemeinsame Servicestelle oder das Integrationsamt hinzuzuziehen.

Die zuständige Interessenvertretung im Sinne des § 93 SGB IX (Betriebsrat, bei schwerbehinderten Menschen außerdem die Schwerbehindertenvertretung) wacht darüber, dass der Arbeitgeber die ihm nach dieser Vorschrift obliegenden Verpflichtungen erfüllt. Nach § 84 Abs. 4 SGB IX können die Rehabilitationsträger und die Integrationsämter Arbeitgeber, die ein betriebliches Eingliederungsmanagement einführen, durch Prämien oder einen Bonus fördern.

Durch dieses frühzeitig greifende Eingliederungsmanagement soll verhindert werden, dass sich die Kündigungsfrage überhaupt stellt. Für den Arbeitgeber entstehen allerdings Kosten und organisatorische Probleme durch die Beteiligung der verschiedenen Institutionen. Fraglich ist auch, ob das SGB IX und dort das Schwerbehindertenrecht der geeignete Standort für eine Regelung ist, die für alle Beschäftigten gilt. Die Regelung wird viele Arbeitgeber überraschen und das Personalmanagement verkomplizieren.

Viele Betriebsräte haben in der Vergangenheit Maßnahmen des Arbeitgebers gegen krankheitsbedingte Fehlzeiten nur halbherzig oder gar nicht unterstützt, was wegen der Mitbestimmungspflicht z.B. von Krankrückkehrgesprächen oftmals deren „betriebliches Ende“ bedeutete. Angesichts des mit § 84 Abs. 2 SGB IX verbundenen Auftrages werden sich Betriebsräte solchen Maßnahmen

kaum noch mit guten Gründen verschließen können. Dies sollten sich Arbeitgeber, die den Krankenstand in ihren Unternehmen beklagen, zunutze machen.

### III. Drittelbeteiligungsgesetz löst BetrVG 1952 ab

Nachdem die Bundesregierung durch das „Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat“ bereits das Wahlverfahren erleichtert hatte, hat sie nun die Drittelbeteiligung für Gesellschaften zwischen 500 und 2000 Arbeitnehmern neu geregelt. Bislang galt das alte BetrVG 1952, das mit Inkrafttreten des DrittelbG am 01.07.2004 außer Kraft tritt.

Unverändert geblieben sind die inhaltlichen Regelungen des alten BetrVG 1952. Anwendung findet das Gesetz wie bisher auf die AG, die KGaA, die GmbH, den VVaG sowie die e.G.. Voraussetzung für die Mitbestimmung durch Arbeitnehmer im Aufsichtsrat ist eine Unternehmensgröße von mindestens 500 Arbeitnehmern und das fakultative oder obligatorische Bestehen eines Aufsichtsrats. Dieser Aufsichtsrat muss zu einem Drittel aus Arbeitnehmervertretern bestehen (§ 4 Abs. 1 DrittelbG). Erstmals werden in Übereinstimmung mit den Regeln des MitbestG in § 4 Abs. 3 DrittelbG die persönlichen Wählbarkeitsvoraussetzungen geregelt (der Arbeitnehmervertreter muss mindestens seit einem Jahr in dem Unternehmen oder in einem von diesem abhängigen Konzernunternehmen beschäftigt sein). Gewählt wird nach dem Grundsatz der Verhältniswahl in allgemeiner, geheimer, gleicher und unmittelbarer Wahl (§ 5 Abs. 1 DrittelbG), wie bisher auf der Grundlage von Wahlvorschlägen der Betriebsräte und Arbeitnehmer (§ 6 DrittelbG). Auch eine Regelung über die Wahl von Ersatzmitgliedern ist enthalten. Eine Wahlordnung wird zugleich mit dem DrittelbG am 01.07.2004 in Kraft treten.

Bedauerlicherweise ist die Vereinheitlichung des Konzernbegriffs in den Mitbestimmungsgesetzen, wie dies ursprünglicherweise mit der Neufassung des § 2 Abs. 1 DrittelbG unter Verweis auf § 5 MitbestG und § 54 BetrVG beabsichtigt war, nicht erreicht worden. Nach § 2 Abs. 2 DrittelbG bleiben Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen eines faktischen Unterordnungskonzerns weiterhin ausgeklammert, anders als dies in § 5 Abs. 1 MitbestG der Fall ist. Dagegen ist die Informationsversorgung des GmbH-

Aufsichtsrates gem. § 3 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG durch den zusätzlichen Verweis auf § 125 Abs. 4 und § 170 AktG erleichtert.

### IV. Flexibilisierung der Arbeitsstättenverordnung

Die Bundesregierung hat am 26.05.2004 eine neue Arbeitsstättenverordnung beschlossen, um die Betriebe von unnötigen bürokratischen Regelungen zu entlasten. Bislang enthielt die Arbeitsstättenverordnung eine Vielzahl sehr detaillierter Regelungen. Detailanforderungen (z.B. über Raumhöhen oder Grundflächen von Arbeitsräumen, Abmessungen von Pausen-, Bereitschafts- und Sanitärräumen, Zahlenangaben für lichte Höhe, Mindestgrundfläche und Mindestluftraum, Vorgaben zur Toilettengestaltung) wurden aus der Verordnung gestrichen. Statt für eine Sichtverbindung nach außen muss der Arbeitgeber nun für „möglichst ausreichend Tageslicht“ sorgen. Liegeräume für schwangere und stillende Frauen und Räume für körperliche Ausgleichsübungen entfallen.

Nunmehr sollen flexible Grundvorschriften den Betrieben ermöglichen, an ihre Situation angepasste Arbeitsschutzmaßnahmen zu ergreifen. Die neue Verordnung enthält daher Rahmenvorschriften, vor allem in § 3 Abs. 1 die allgemeine Schutzverpflichtung des Arbeitgebers entsprechend der EG-Arbeitsstättenrichtlinie. Konkrete Anforderungen sind nach dem Einleitungssatz des Anhangs aber ausschließlich in den Fällen gestellt, „in denen die Eigenschaften der Arbeitsstätte oder der Tätigkeit, die Umstände oder eine Gefahr dies erfordern.“ Außerdem sollen den Arbeitgebern betriebsnahe Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt werden. Präzisierende branchen- und tätigkeitsbezogene technische Regelungen sind außerhalb der Verordnung zu erstellen, und zwar gem. § 7 durch einen „Ausschuss für Arbeitsstätten“, dem Vertreter der betroffenen Fachkreise sowie die Sozialpartner angehören.

Arbeitsrecht Aktuell ist eine unregelmäßig erscheinende Veröffentlichung von Loschelder Rechtsanwälte und beinhaltet keinen konkreten Rechtsrat und keine Rechtsbewertung zu einem speziellen Sachverhalt. Die veröffentlichten Artikel sind allgemeine Zusammenfassungen zu rechtlichen Fragen der Personalarbeit, zu gesetzgeberischen Entwicklungen und zu Veränderungen aufgrund aktueller Entscheidungen.

Wir empfehlen deshalb dringend, bei konkreten Rechtsfragen einen Arbeitsrechtler unserer Sozietät zu konsultieren. Dieser wird Ihre speziellen rechtlichen Fragen unter Berücksichtigung Ihres konkreten Sachverhaltes gerne beantworten.

Diese Veröffentlichung kann auf unserer Internet-Homepage unter [www.loschelder.net](http://www.loschelder.net) aufgerufen werden. Dort finden Sie weitere interessante Veröffentlichungen unserer Sozietät.

---

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE  
HOHENSTAUFE NRING 30-32  
50674 KÖLN  
TELEFON 0049 (0)221 65065-0  
TELEFAX 0049 (0)221 65065-  
110  
WWW.LOSCHELDER.NET