

Newsletter

Personal und Arbeit

AUSGABE 02 | 2014

VORWORT

Einleitend beschäftigen wir uns mit aktuellen Fragen der Massentlassung. Schon die Planung eines größeren Personalabbaus kann Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats auslösen, die unbedingt zu beachten sind. Auch zahlreiche Formalitäten sind zu berücksichtigen, so dass eine sorgfältige Vorbereitung unabdingbar ist.

Ein weiterer Beitrag beschäftigt sich mit Torcontrollen und deren Zulässigkeit insbesondere aus datenschutzrechtlicher Sicht. Hier hatte das Bundesarbeitsgericht zuletzt neue Akzente gesetzt.

Anschließend widmen wir unsere Aufmerksamkeit zwei Urteilen des Europäischen Gerichtshofs, die Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht haben. Zum einen sind Fragen der Berechnung des Urlaubsgeldes unter Einbeziehung von Provisionen und zum anderen Fragen der Arbeitnehmerüberlassung Gegenstand der höchsten europäischen Rechtsprechung.



Besonderheiten und Fallstricke bei sogenannten Massenentlassungen



Bereits der rechtswirksame Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung nach Maßgabe des Kündigungsschutzgesetzes stellt den Arbeitgeber nicht selten vor große Probleme. Noch komplexer werden die Anforderungen an das rechtmäßige Handeln, wenn eine Massenentlassung geplant ist, also einer im Verhältnis zur Betriebsgröße bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern gleichzeitig oder in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang gekündigt werden soll. Besondere Mitteilungs-, Beratungs- und Anzeigepflichten können die Vorbereitung und Durchführung derartiger Kündigungen erschweren und teils deutlich in die Länge ziehen.

Interessenausgleich

Wurde in dem Betrieb, in welchem die Massenentlassung stattfinden soll, ein Betriebsrat gebildet, so kann die Pflicht bestehen, vor dem Ausspruch von Kündi-

gungen mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich abzuschließen. Voraussetzung ist, dass eine Betriebsänderung (§ 111 BetrVG) vorliegt. Eine solche kann ein reiner Personalabbau darstellen, wenn eine bestimmte Anzahl an Kündigungen in Bezug auf die Gesamtgröße des Betriebs erreicht wird. Maßgeblich sind hierbei die Schwellenwerte des § 17 Abs. 1 KSchG, wonach eine Massenentlassung (und damit eine Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG) bei Erreichen einer der folgenden Grenzen gegeben ist:

- in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als 5 Kündigungen,
- in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10 % der Arbeitnehmer oder mehr als 25 Kündigungen,
- in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Kündigungen.

Hinzu kommt die von dem Bundesarbeitsgericht statuierte zusätzliche Einschränkung, dass bei Betrieben mit mindestens 500 Arbeitnehmern Kündigungen gegenüber mindestens 5 % der gesamten Belegschaft des Betriebs ausgesprochen werden (vgl. BAG, Beschluss v. 28.03.2006 – 1 ABR 5/05, NZA 2006, 932). Sind die Schwellenwerte erreicht, muss der Arbeitgeber den Abschluss eines Interessenausgleichs mit dem Betriebsrat wenigstens ernsthaft versuchen, um sich nicht Nachteilsausgleichsansprüchen gemäß § 113 BetrVG ausgesetzt zu sehen. Ein ernsthafter Versuch des Arbeitgebers liegt indes nur dann vor, wenn er bei nicht erfolgreichen Verhandlungen mit dem Betriebsrat die Einigungsstelle nach § 76 BetrVG anruft und diese – soweit die Verhandlungen weiterhin nicht erfolgreich sind – das Scheitern der Verhandlungen feststellt.

Sozialplan

Neben der Frage des aus Arbeitgebersicht notwendigen Interessenausgleichsverfahrens wird, insbesondere von Betriebsratsseite, stets der Wunsch nach Abschluss eines Sozialplans zum Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile bestehen. Rechtlich erzwingbar (durch Anrufung der Einigungsstelle) ist ein solcher Sozialplan im Fall des Personalabbaus indes nur dann, wenn die Zahlenwerte des § 112a Abs. 1 BetrVG erreicht werden, die deutlich über denjenigen des § 17 KSchG (s.o.) liegen. Hiernach kann der Betriebsrat einen Sozialplan nur dann erzwingen, wenn

- in Betrieben mit in der Regel weniger als 60 Arbeitnehmern 20 %, aber mindestens 6 Arbeitnehmer,
- in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 250 Arbeitnehmern mindestens 20 % oder 37 Arbeitnehmer,
- in Betrieben mit in der Regel mindestens 250 und weniger als 500 Arbeitnehmern mindestens 15 % oder 60 Arbeitnehmer oder
- in Betrieben mit in der Regel mindestens 500 Arbeitnehmern mindestens 10 % oder 60 Arbeitnehmer

gekündigt werden sollen. In den ersten 4 Jahren nach Gründung eines Unternehmens ist ein Sozialplan im Fall des Personalabbaus nach § 112a Abs. 2 Satz 1 BetrVG nicht erzwingbar. Neben der rechtlichen Erzwingbarkeit steht indes die faktische Verhandlungsmacht des Betriebsrats. Häufig verknüpft dieser seine Zustimmung zum Abschluss des aus Arbeitgebersicht bedeutsamen Interessenausgleichs (s.o.) mit der Einigung über einen Sozialplan, selbst wenn dieser nicht rechtlich erzwingbar sein sollte.

Massenentlassungsanzeige

Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber bei Erreichen bestimmter Schwellenwerte (s.o. zu Ziffer 1) vor Ausspruch der Kündigungen gemäß § 17 KSchG eine Massenentlassungsanzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit erstatten muss. Unterlässt er dies oder ist die Anzeige unvollständig, sind die Kündigungen formal unwirksam. Hierbei ist darauf zu achten, dass vor Erstattung der Massenentlassungsanzeige weitere Verfahrensschritte einzuleiten sind, sofern in dem Betrieb ein Betriebsrat besteht. Insbesondere hat der Arbeitgeber den Betriebsrat im Rahmen des Konsultationsverfahrens nach § 17 Abs. 2 KSchG über die Umstände der geplanten Massenentlassung zu unterrichten.

Das Konsultationsverfahren verdient insoweit besondere Beachtung, als dessen ordnungsgemäße Durchführung unabdingbare Wirksamkeitsvoraussetzung der Massenentlassungsanzeige und damit auch der jeweiligen Kündigungen selbst ist. Soweit der Betriebsrat nicht bereit ist, einen Interessenausgleich abzuschließen oder hierin eine Stellungnahme nach § 17 Abs. 2 KSchG abzugeben, müssen zwischen der Unterrichtung des Betriebsrats und der eigentlichen Erstattung der Anzeige mindestens 2 Wochen liegen (§ 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG).

Es empfiehlt sich hierbei, die Antragsformulare der Arbeitsagentur zur Massenentlassungsanzeige vorläufig auszufüllen und dem Betriebsrat parallel zu den Interessenausgleichsverhandlungen zu Konsultationszwecken zu übersenden, da hierin die notwendigen Informationen enthalten sind.

Die Kündigung

Soweit ein Betriebsrat nicht gebildet ist, erfordert der Ausspruch der Kündigungen regelmäßig keinen weiteren Verfahrensschritt. Zu beachten sind lediglich die Schriftform der Kündigung nach § 623 BGB, die fristgerechte (und im Zweifel nachweisbare) Zustellung sowie ggf. die zutreffende Berechnung der Kündigungsfrist, die allerdings nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung ist. Kommt es zum Gerichtsverfahren, hat der Arbeitgeber sämtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen der Kündigung darzulegen und im Bestreitensfalle zu beweisen, insbesondere das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG) sowie die ordnungsgemäße Durchführung der Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG).

Besteht ein Betriebsrat, so ist er vor jeder Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG zu unterrichten. Erst nachdem der Betriebsrat zu der beabsichtigten Kündigung Stellung genommen hat (eine Zustimmung ist nicht erforderlich) oder seit der Unterrichtung eine Woche vergangen ist, kann die Kündigung wirksam ausgesprochen werden. Bei der Anhörung des Betriebsrats kann in Bezug auf den Kündigungsgrund teilweise auf den Interessenausgleich verwiesen werden, wenn hierin der Stellenwegfall hinreichend präzisiert ist. Enthält der Interessenausgleich eine Namensliste (also eine Liste mit den Namen der zu kündigenden Arbeitnehmer), so wird das Vorliegen eines betriebsbedingten Kündigungsgrundes im Gerichtsverfahren gemäß § 1 Abs. 5 KSchG vermutet. Ebenso kann die vorgenommene Sozialauswahl dann nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Betriebsräte stimmen einer solchen Namensliste allerdings nur selten zu.

Unabhängig vom Bestehen eines Betriebsrats muss der Arbeitgeber in bestimmten Fällen den Sonderkündigungsschutz von Arbeitnehmern beachten, die etwa schwerbehindert sind oder sich in Elternzeit bzw. Mutterschutz befinden. Diese Arbeitnehmer dürfen nur mit vorheriger behördlicher Zustimmung gekündigt werden. Sofern die Voraussetzungen der behördlichen Zustimmung vorliegen, kann das Zustimmungsverfahren parallel zu der Unterrichtung des Betriebsrats stattfinden. Zu beachten ist ferner, dass auch Mitglieder des Betriebsrats Sonderkündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 KSchG genießen.

Besteht ein Betriebsrat, so ist er vor jeder Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG zu unterrichten.

Zusammenfassung/Checkliste

Aus den dargestellten Anforderungen ergibt sich eine gewisse logistische Herausforderung gerade für Arbeitgeber mit Betriebsräten im Falle einer Massentlassung, die darin besteht, die einzelnen Verfahrensschritte und Beteiligungsgebote in eine richtige und effiziente Reihenfolge zu bringen. Die nachfolgende „Checkliste“ unterstellt hierbei, dass die Anzahl der geplanten Kündigungen im Rahmen des Personalabbaus sowohl die Voraussetzungen einer Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG

als auch einer Massentlassung i.S.d. § 17 KSchG erfüllen.

In diesem Fall kann der Arbeitgeber wie folgt vorgehen:

1. Unterrichtung des Betriebsrats über den geplanten Personalabbau und Aufforderung zur Aufnahme von Verhandlungen über einen Interessenausgleich und ggf. Sozialplan.
2. Vorläufige Erstellung der Unterlagen über die Massentlassungsanzeige und Übersendung an den Betriebsrat unter Hinweis auf die Durchführung des Konsultationsverfahrens nach § 17 Abs. 2 KSchG.
3. Zuleitung des Schreibens nach Ziffer 2 („gleichzeitig“) an die zuständige Arbeitsagentur zur Kenntnis.
4. Abschluss der Verhandlungen über Interessenausgleich einschließlich Stellungnahme des Betriebsrats zur Konsultation nach § 17 Abs. 2 KSchG.
5. Anhörung des Betriebsrats zu den nach dem Interessenausgleich geplanten Kündigungen nach § 102 BetrVG.
6. Erstattung der Massentlassungsanzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit.
7. Ausspruch der Kündigungen.

Die dargestellte stellt eine zulässige und effiziente Vorgehensweise des Arbeitgebers im Fall des umfangreichen Personalabbaus dar. Sollte ein Betriebsrat nicht gebildet sein, vereinfacht sich die Reihenfolge auf die Punkte 6 und 7.



RA Felix R. W. Pott

Torkontrolle: besondere Verhältnismäßigkeit bei Betriebsvereinbarungen betreffend Persönlichkeitsrechte von Mitarbeitern [BAG 1 ABR 2/13 (A)]

Leitsatz

Eine Betriebsvereinbarung, die Mitarbeiter in ihrem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, muss verhältnismäßig sein. Dies ist der Fall, wenn eine Betriebsvereinbarung Taschenkontrollen (auch von Mantel- und Jackentaschen) am Betriebstor vorsieht, um den Diebstahl kleinräumiger Produktionsgegenstände zu verhindern, vor Inkrafttreten der Betriebsvereinbarung innerhalb eines Jahres ein Schaden durch entwendete Gegenstände i. H. v. ca. EUR 250.000,00 entstanden war und die Auswahl der – an 30 Tagen im Jahr kontrollierten – Mitarbeiter (hier: 86) durch einen Zufallsgenerator erfolgt.

Sachverhalt

Ein Gemeinschaftsunternehmen von mehreren Arbeitgebern (im Folgenden vereinfachend „Arbeitgeber“) schloss im Jahr 2009 mit dem zuständigen Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über die Durchführung von Torkontrollen ab. In dieser Betriebsvereinbarung war unter anderem geregelt, dass, gerade im Hinblick auf § 32 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), die Durchführung von Torkontrollen erlaubt war. Diese Torkontrollen erstreckten sich auf von Arbeitnehmern mitgeführte Behältnisse, aber auch auf deren Kleidung, insbesondere Jacken- und Manteltaschen.

Die Auswahl der zu kontrollierenden Arbeitnehmer fand mittels eines Zufallsgenerators statt. Im Falle des Diebstahlverdachts konnten nach Informationen des Betriebsrats zusätzliche Kontrollen angeordnet werden. Die Ergebnisse der Kontrollen wurden elektronisch gespeichert. In der Zeit zwischen Oktober 2009 und Sep-

tember 2010 wurden bei dem Arbeitgeber Waren im Wert von insgesamt etwa EUR 250.000,00 entwendet. Auf der Grundlage der dargestellten Betriebsvereinbarung kam es im Zeitraum von einem Jahr an 30 Tagen zu einer Torkontrolle; insgesamt wurden 86 Personen kontrolliert. In mehreren Fällen wurden dabei gestohlene Waren gefunden und Strafanzeige erstattet. Später erklärte der Betriebsrat (aufgrund inzwischen geänderter Zusammensetzung) die außerordentliche Kündigung der dargestellten Betriebsvereinbarung.

Entscheidung

Das Bundesarbeitsgericht stellte fest, dass die dargestellte Betriebsvereinbarung nicht außerordentlich gekündigt werden konnte, weil sie den gesetzlichen Vorgaben des § 75 Abs. 2 Satz 1 BetrVG entsprach. Eine ordentliche Kündigung war zum fraglichen Zeitpunkt wegen der in der Betriebsvereinbarung vereinbarten Kündigungsfristen nicht möglich.

Das Bundesarbeitsgericht bekräftigte zunächst seine bisherige Rechtsprechung, wonach die Betriebsparteien beim Abschluss von Betriebsvereinbarungen das aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht zu beachten haben. Daraus leitet das Bundesarbeitsgericht ab, dass jegliche Betriebsvereinbarung, die in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreift, in besonderem Maße verhältnismäßig sein muss. Dies verlangt eine Regelung, die geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der Rechte des Arbeitnehmers angemessen ist, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Insbesondere dürfen den Betriebsparteien zur Zielerreichung keine anderen, gleich wirk-

samen und das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer weniger einschränkende Mittel zur Verfügung stehen. Im engeren Sinne ist eine Betriebsvereinbarung verhältnismäßig, wenn die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der rechtfertigenden Gründe steht.

Im Rahmen einer sehr umfangreichen und detaillierten Abwägung kommt das Bundesarbeitsgericht dann zu dem Ergebnis, dass die Regelungen zur Kontrolle von Kleidung und Taschen im vorliegenden Fall verhältnismäßig waren. Weil die Betriebsvereinbarung auch die Protokollierung der Ergebnisse einer Kontrolle vorsah, prüft das Bundesarbeitsgericht darüber hinaus, ob



die Betriebsvereinbarung mit § 32 BDSG vereinbar ist. Wäre nur § 32 BDSG Prüfungsmaßstab gewesen, so hätte das Bundesarbeitsgericht eine ganze Reihe von Streitfragen (beispielsweise zur Zulässigkeit von präventiven oder repressiven Maßnahmen) klären müssen. So entschied das Bundesarbeitsgericht jedoch, dass die Betriebsvereinbarung eine Rechtsvorschrift im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG sei. Diese sei daher als verhältnismäßige Regelung zum Schutz des Persönlichkeitsrechts vorrangig gegenüber einer Prüfung des § 32 BDSG.

Anmerkung

Das Bundesarbeitsgericht hat mit dieser Entscheidung noch einmal bekräftigt, dass es Betriebsvereinbarungen für eine Rechtsvorschrift im Sinne des § 4 Abs. 1 BDSG hält. Das bedeutet, dass für in der Betriebsvereinbarung geregelte Datenverarbeitungsvorgänge weder die Einwilligung des Arbeitnehmers noch ein Rückgriff auf die gesetzlichen Regelungen des BDSG, insbesondere den § 32 BDSG, nötig sind. Dies ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil dies in der Literatur immer wieder diskutiert wird (vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 11. Auflage 2012, § 4 Rn. 10 mwN). Der Entwurf eines Beschäftigten-datenschutzgesetzes sah sogar vor, dass von den Vorgaben für den beschäftigten Datenschutz nicht durch eine Betriebsvereinbarung abgewichen werden kann. Da derzeit mit einer „Wiederaufnahme“ der Bemühungen um die Regelung der offenen Fragen des Datenschutzes Beschäftigter nicht zu rechnen ist, dürfte die Betriebsvereinbarung für absehbare Zeit eine Möglichkeit sein, wie die Betriebsparteien den Datenschutz eigenverantwortlich regeln können.

Sowohl mit Blick auf die hier dargestellte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts als auch mit Blick auf eine weitere Entscheidung (BAG, 2 AZR 546/12 vom 20. Juni 2013) ist zu beachten, dass die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bei Betriebsvereinbarungen betreffend den Datenschutz besonders hohe Anforderungen stellt.

Wie die in beiden Fällen detailliert vorgenommene Prüfung des Bundesarbeitsgerichts zeigt, müssen nicht nur unterschiedliche Eingriffsmaßnahmen hinsichtlich ihrer Eingriffsintensität miteinander abgewogen werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Einzelfallregelungen Anlass und Intensität eines Eingriffs in den Datenschutz miteinander ins Verhältnis bringen. Eine unverhältnismäßige Betriebsvereinbarung stellt keine Grundlage für einen Eingriff des Arbeitgebers in das Persönlichkeitsrecht und die Datenschutzrechte des Mitarbeiters dar; so gewonnene Beweise können vor Gericht nicht verwertet werden. Vor dem Hintergrund dieser neuen, sehr strengen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Verhältnismäßigkeit von Betriebsvereinbarungen wird man sich auch auf bereits geschlossene Betriebsvereinbarungen nicht mehr ohne weiteres verlassen können.

Dr. Jochen Lehmann

Eine unverhältnismäßige Betriebsvereinbarung stellt keine Grundlage für einen Eingriff des Arbeitgebers in das Persönlichkeitsrecht und die Datenschutzrechte des Mitarbeiters dar.

EuGH: Einbeziehung von Provisionen in das Urlaubsentgelt?

Leitsatz

Bezieht ein Verkaufsberater neben seinem Grundgehalt eine Provision, deren Höhe sich nach der Zahl der aufgrund seiner persönlichen Tätigkeit zustande gekommenen Verkaufsabschlüsse bemisst, muss diese Provision bei der Berechnung des während des bezahlten Jahresurlaubs zu leistenden Urlaubsentgelts berücksichtigt werden. Das Urlaubsentgelt darf in solchen Fällen nicht auf das Grundgehalt beschränkt sein, selbst wenn die Verringerung der Vergütung tatsächlich erst nach dem Jahresurlaub eintritt.

(EuGH, Urteil vom 22. Mai 2014 – C-539/12)

Sachverhalt

Der britische Kläger des Ausgangsverfahrens ist seit dem Jahr 2010 bei „British Gas“ im Innendienst als Verkaufsberater in der Energiesparte beschäftigt. Seine Aufgabe ist es, Geschäftskunden zum Erwerb der Energieprodukte seines Arbeitgebers zu gewinnen. Dabei setzt sich sein Arbeitsentgelt aus zwei Hauptkomponenten zusammen: Neben einem monatlichen Grundgehalt von zur maßgeblichen Zeit GBP 1.222,50 wird dem Kläger monatlich eine variable Provision ausbezahlt, die sich nach den tatsächlich erzielten Verkäufen bemisst und somit nicht von der aufgewendeten Arbeitszeit, sondern vielmehr von dem Ergebnis seiner Beratungsarbeit in Form von neu geschlossenen Verträgen abhängt. Dabei wird die Provision stets rückwirkend mehrere Wochen oder Monate nach Abschluss des jeweiligen Kaufvertrags zwischen „British Gas“ und dem Kunden ausgekehrt. Im Jahr 2011 bezog der Kläger auf diese Weise eine monatliche Provision in Höhe von durchschnittlich GBP 1.912,67.

In der Zeit vom 19. Dezember 2011 bis zum 03. Januar 2012 befand sich der Kläger in bezahltem Jahresurlaub. Da er in diesem Zeitraum von ca. zwei Wochen keine Arbeit verrichtete, konnte er weder neue Verkäufe tätigen noch mögliche Verkäufe weiterverfolgen, so dass er keine Provision verdienen konnte. Dies wirkte sich dementsprechend nachteilig auf die Gehälter der Folge Monate aus, in denen der Kläger im Wesentlichen nur ein auf sein Grundgehalt reduziertes Arbeitsentgelt erhielt. Da der Kläger diesen Umstand nicht hinnehmen wollte, erhob er vor einem britischen Arbeitsgericht Klage auf Nachzahlung des Entgelts für bezahlten Jahresurlaub („holiday pay“), der ihm seines Erachtens für die Zeit vom 19. Dezember 2011 bis zum 03. Januar 2012 zustand. Das angerufene Gericht setzte daraufhin das Verfahren aus, rief den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren an und fragte, ob und inwiefern unter den Umständen des vorliegenden Falles die Provision, die ein Arbeitnehmer während seines Jahresurlaubs verdient hätte, bei der Berechnung des Urlaubsentgelts berücksichtigt werden müsse.

Entscheidung

Der EuGH hat diese Frage bejaht. Bei der Inanspruchnahme bezahlten Jahresurlaubs müsse gewährleistet sein, dass das Arbeitsentgelt für die Dauer des Urlaubs weitergewährt werde, der Arbeitnehmer mithin für diese Ruhezeit das **gewöhnliche Arbeitsentgelt** erhalte. Durch die Zahlung des Urlaubsentgelts solle der Arbeitnehmer schließlich während des Jahresurlaubs in eine Lage versetzt werden, die in Bezug auf das Entgelt mit den Zeiten geleisteter Arbeit vergleichbar sei. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass der Arbeitnehmer aufgrund der finanzi-

ellen Nachteile, die er infolge des Jahresurlaubs erleiden würde, davon absehe, seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub tatsächlich geltend zu machen.

Diesen Grundsätzen widerspreche es, so der EuGH in seiner Begründung, wenn ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt sich – wie im Ausgangsfall – aus einem Grundgehalt und einer erfolgsabhängigen Provision zusammensetze, hinsichtlich seines bezahlten Jahresurlaubs nur Anspruch auf ein Arbeitsentgelt habe, das ausschließlich aus seinem Grundgehalt bestehe. Zwar habe der Kläger des zugrunde liegenden Verfahrens für die Zeit seines Jahresurlaubs aufgrund der zuvor herbeigeführten Vertragsschlüsse noch ein Entgelt erhalten, welches dem in den Zeiten, in denen er arbeitete, vergleichbar sei.

Die tatsächlichen finanziellen Einbußen infolge des Jahresurlaubs seien jedoch in der Folgezeit eingetreten. Dieser Umstand der hinausgeschobenen Verringerung des Arbeitsentgelts führe aber ebenso zu einer unangemessenen Benachteiligung wie Reduzierungen unmittelbar im Zeitraum des Jahresurlaubs. Daher dürfe auch in dieser Konstellation das Urlaubsentgelt nicht auf das Grundgehalt beschränkt sein.

Ob im Einzelfall die Einbeziehung der Provision in angemessener Weise von Seiten des Arbeitgebers bei der Bemessung des Urlaubsentgelts erfolgt sei, sei von den nationalen Gerichten unter Beachtung der Rechtsprechung des EuGH zu prüfen.

Anmerkung

Der EuGH stärkt mit diesem Urteil die Rechte von Arbeitnehmern, die einen erheblichen Teil ihres Monatsgehalts über Provisionen für die Vermittlung erfolgreicher Vertragsschlüsse beziehen. Dem liegt zu Recht die Vermutung zugrunde, dass solche Arbeitnehmer gegebenenfalls auf ihren Urlaubsanspruch verzichten würden, wenn sie in der Zeit während des Urlaubs erhebliche finanzielle Einbußen hinzunehmen hätten. Daher muss der Arbeitnehmer auch in diesem Zeitraum Anspruch auf Provisionszahlung haben, wobei die Entscheidung über deren Höhe Sache des Arbeitgebers bzw. – im Streitfall – des nationalen Gerichts ist.

Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG bemisst sich die Höhe des Urlaubsentgelts nach dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst der letzten 13 Wochen vor Urlaubsbeginn. Als „Arbeitsverdienst“ in diesem Sinne gelten alle Vergütungsbestandteile, die der Arbeitnehmer im Referenzzeitraum als Gegenleistung für seine Tätigkeit in den maßgeblichen Abrechnungszeiträumen erhalten hat (BAG, Urteil vom 17. Januar 1991 – 8 AZR 644/89, NZA 1991, 778). Nach der Rechtsprechung des BAG kann Provisionen, die für von dem Arbeitnehmer getätigte Abschlüsse gezahlt werden, kein Zweifel bestehen, dass diese zu den während des Urlaubs weiter zu zahlenden Entgeltbestandteilen i.S.d. § 11 Abs. 1 Satz 1 BUrlG zählen (BAG, Urteil vom 19. September 1985 – 6 AZR 460/83, NZA 1986, 471). Diese sollen mithin im Gegensatz zu einmaligen Prämien bei der Berechnung des Urlaubsentgelts berücksichtigt werden. Dementsprechend bestärkt das Urteil des EuGH die ohnehin schon ständige höchstgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland.

Bei der Berechnung des Urlaubsentgelts ist in diesen Fällen danach zu fragen, welche provisionspflichtigen Geschäfte der Arbeitnehmer in der Zeit seiner Urlaubsabwesenheit hätte abschließen können bzw. welche zeitlichen Verzögerungen bei den Abschlüssen urlaubsbedingt eingetreten sind. Der Arbeitgeber wird in diesem Zusammenhang nach Maßgabe der in der Vergangenheit erzielten Provisionen die Höhe der neben dem Fixum anfallenden regelmäßig wiederkehrenden Vergütungen schätzen müssen. Hierbei muss er den Durchschnittsverdienst in einem längeren Referenzzeitraum ermitteln, der gegebenenfalls länger als 13 Wochen zu bemessen ist.

RA Patrick Klinkhammer, LL.M.

Finnische Vorlage an den EuGH: Wackelt das Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG?

Überblick über die Rechtslage und bisherige Rechtsprechung

Bis zum Erlass der Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit (im Folgenden Leiharbeitsrichtlinie) war es in Deutschland zulässig, Leiharbeitnehmer dauerhaft und damit ohne zeitliche Höchstgrenze zu überlassen und zu entleihen (vgl. BAG, Urteil v. 25.1.2005 – 1 ABR 61/03). Nach der herrschenden Meinung im arbeitsrechtlichen Schrifttum verstößt eine solche dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung jedoch gegen die Leiharbeitsrichtlinie, die bis zum 05. Dezember 2011 umzusetzen war.

Zur Umsetzung der Richtlinie hat der deutsche Gesetzgeber daher im Dezember 2011 § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG eingeführt, wonach die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher „vorübergehend“ erfolgt. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts hat § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nicht lediglich einen klarstellenden Charakter, sondern enthält ein ausdrückliches Verbot einer mehr als nur vorübergehenden Überlassung von Arbeitnehmern (BAG, Urteil v. 10.7.2013 – 7 ABR 91/11; bestätigt durch BAG,

Urteil v. 10.12.2013 – 9 AZR 51/13). Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 10. Juli 2013 dahinstehen lassen, ob die Einführung dieses Verbots aufgrund der Leiharbeitsrichtlinie tatsächlich erforderlich war. Eine Konkretisierung des Begriffs der vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung wurde ebenfalls nicht vorgenommen. Wie das Bundesarbeitsgericht in einem weiteren Urteil vom 10. Dezember 2013 (9 AZR 51/13) klargestellt hat, folgt aus einer nicht nur vorübergehenden Überlassung jedoch nicht, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher entsteht (vgl. hierzu unseren Newsletter 1/2014, S. 4 f).

Die Kritiker der herrschenden Meinung und dieser Rechtsprechung gehen hingegen nicht nur davon aus, dass die Leiharbeitsrichtlinie kein Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung enthält. Sie sehen in einem solchen Verbot durch § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG vielmehr einen – vom Bundesarbeitsgericht nicht thematisierten – Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie, wonach Verbote oder Einschränkungen von Leiharbeit nur aus Gründen des Allgemeininteresses zulässig sind.



Die finnische Vorlage an den EuGH vom 09. Oktober 2013 (C-533/13)

Genau dieses Spannungsfeld betrifft die derzeit anhängige Vorlage des finnischen Työtuomioistuin (Arbeitsgerichts) an den Europäischen Gerichtshof vom 09. Oktober 2013 (C-533/13). Anlass der Vorlage ist eine finnische Regelung, wonach der Einsatz von Leiharbeitnehmern nur zulässig ist, wenn er zum Ausgleich von Auftragspitzen oder für Arbeiten erfolgt, die aufgrund zeitlicher oder qualitativer Vorgaben (infolge der Dringlichkeit, der erforderlichen Ausrüstung oder ähnlicher Gründe) nicht durch die Stammarbeitnehmer des Entleihers erledigt werden können.

Aufgrund dieser Norm hält das vorliegende Arbeitsgericht es nach finnischem Recht für unzulässig, Leiharbeitnehmer längerfristig neben den eigenen Arbeitnehmern im Rahmen der gewöhnlichen Arbeitsaufgaben des Unternehmens einzusetzen.

Das finnische Arbeitsgericht hat dem Europäischen Gerichtshof daher u.a. die folgenden Fragen vorgelegt:

„Ist Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach der Einsatz von Leiharbeitnehmern nur in den eigens aufgeführten Fällen wie dem Ausgleich von Arbeitsspitzen oder bei Arbeiten, die nicht durch eigene Arbeitnehmer eines Unternehmens erledigt werden können, zulässig ist? Kann der längerfristige Einsatz von Leiharbeitnehmern neben den eigenen Arbeitnehmern eines Unternehmens im Rahmen der gewöhnlichen Arbeitsaufgaben des Unternehmens als verbotener Einsatz von Leiharbeitskräften eingestuft werden?“

Anmerkung

Es bleibt zwar abzuwarten, ob der Europäische Gerichtshof diese Vorlagefragen zum Anlass nehmen wird, sich – was wünschenswert wäre – generell zur Frage der Zulässigkeit dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung zu äußern. In jedem Fall dürften aus der zu erwartenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs wichtige Erkenntnisse zur Auslegung der Leiharbeitsrichtlinie und insbesondere zur Zulässigkeit des Verbots einer mehr als nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG gewonnen werden können. Dies dürfte auch Auswirkungen auf die rechtliche Bewertung der aktuellen Pläne der Großen Koalition haben, die nach dem Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode eine Höchstdauer von 18 Monaten für die Überlassung von Leiharbeitnehmern einführen will. Eine solche Überlassungshöchstdauer wäre ebenfalls an Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie zu messen. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs Rückschlüsse für die Beantwortung der ebenfalls umstrittenen Frage gezogen werden können, was unter einer „vorübergehenden“ Arbeitnehmerüberlassung zu verstehen ist. Hierzu werden derzeit unterschiedlichste Ansichten vertreten, wobei auch anlassbezogene Beschränkungen des Einsatzes von Leiharbeitnehmern vorgeschlagen werden, wie sie Gegenstand der finnischen Vorlage sind. Es bleibt also weiterhin spannend im Recht der Arbeitnehmerüberlassung! Bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs sollten Arbeitgeber aufgrund der möglichen Rechtsfolgen eines Verstoßes (vgl. hierzu bereits unseren Newsletter 1/2014, S. 4 f.) ihr Augenmerk allerdings weiterhin auf § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG richten.

RA Dr. Piero Sansone

Inhaltsverzeichnis

- 2 Besonderheiten und Fallstricke bei sogenannten Massenentlassungen
- 6 Torkontrolle: besondere Verhältnismäßigkeit bei Betriebsvereinbarungen betreffend Persönlichkeitsrechte von Mitarbeitern [BAG 1 ABR 2/13 (A)]
- 9 EuGH: Einbeziehung von Provisionen in das Urlaubsentgelt?
- 12 Finnische Vorlage an den EuGH: Wackelt das Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG?

Hinweis

Dieser Newsletter wurde nach bestem Wissen und Gewissen, jedoch als generelle Leitlinie erstellt und kann nicht die Beratung im Einzelfall ersetzen. Eine Haftung kann daher nicht übernommen werden. Sollten Sie den Bezug dieses Newsletters nicht mehr wünschen, bitten wir um entsprechende Mitteilung per E-Mail an jmoeltgen@goerg.de.

Bildnachweis

Bildagentur Fotolia:

Seite 1: © FotoKachna. Seite 2: © DOC RABE Media. Seite 7: © Dron. Seite 5: © Melpomene. Seite 12: © fotogestoeber

Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

BERLIN

Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

ESSEN

Alfredstraße 220, 45131 Essen
Tel. +49 201 38444-0, Fax +49 201 38444-20

FRANKFURT AM MAIN

Neue Mainzer Straße 69 – 75, 60311 Frankfurt am Main
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

HAMBURG

Dammtorstraße 12, 20354 Hamburg
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90