

Entscheidungen kommentiert

Mehrurlaub – unmittelbare Wirkung der Grundrechts-Charta

Art. 7 RL 2003/88/EG; Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union

Die Voraussetzungen für den Anspruch auf über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden Urlaub und dessen Gewährung sind im nationalen Recht zu regeln, soweit dadurch der europarechtliche Mindestschutz nicht beeinträchtigt wird.

(Leitsatz des Bearbeiters)

EuGH, Urteil vom 19.11.2019 – C-609/17 und C-610/19

PROBLEMPUNKT

Die Kläger aus den zwei verbundenen Vorlageverfahren waren während ihres Jahresurlaubs arbeitsunfähig erkrankt. Nach den einschlägigen finnischen tariflichen und gesetzlichen Regelungen entfiel damit der Urlaubsanspruch, soweit der gesetzliche Mindesturlaub von vier Wochen überschritten war. Die klagenden Gewerkschaften hielten die Regelung für nicht mit Europarecht vereinbar.

ENTSCHEIDUNG

Der EuGH bestätigte die nationalen Vorschriften. Art. 7 der RL 2003/88/EG sieht einen Mindestjahresurlaub von vier Wochen vor. Nach Art. 1 der RL regelt diese Mindestvorschriften bei der Arbeitszeitgestaltung. Die Mitgliedstaaten können günstigere nationale Vorschriften vorsehen. Gewähren die Mitgliedstaaten Mehrurlaub, können sie auch die Bedingungen für die Gewährung sowie für das Entfallen der zusätzlichen Urlaubstage frei festlegen, soweit dadurch der unionsrechtliche Mindestschutz nicht beeinträchtigt wird. Mitgliedstaatliche Regelungen können daher auch vorsehen, dass Mehrurlaub entfällt, wenn der Arbeitnehmer während des Urlaubs erkrankt.



© P&G/stock.adobe.com

Insbesondere sah das Gericht darin auch keinen Verstoß gegen Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Charta). Der Anwendungsbereich der Charta ist bereits nicht eröffnet, da es nicht um die Durchführung des Rechts der Union geht (Art. 51 Abs. 1 Charta). Die RL 2003/88 enthält Mindestvorschriften bei der Arbeitszeitgestaltung. Treffen die Mitgliedstaaten darüber hinausgehende Regelungen, handeln sie kraft eigener Rechtssetzungskompetenz, so dass die Charta keine Anwendung findet.

KONSEQUENZEN

Die Entscheidung bestätigt die bestehende nationale und europarechtliche Rechtsprechung. Art. 7 RL 2003/88/EG und § 13 BUrlG gelten danach nur für den Anspruch des Arbeitnehmers auf den gesetzlichen Mindestjahresurlaub, nicht aber für den arbeitsvertraglichen und tariflichen Mehrurlaub und dessen Abgeltung. Das BAG wendet die für den Mindesturlaub geltenden Prinzipien allerdings auch auf einen etwaigen gesetzlichen Zusatzmindesturlaub an, wie ihn etwa § 125 SchwBG für schwerbehinderte Menschen vorsieht (BAG, Urt. v. 16.10.2012 – 9 AZR 63/11, AuA 8/13, S. 487). Die Arbeits- und Tarifvertrags-

parteien können das Schicksal von Mehrurlaubs- und Mehrurlaubsabgeltungsansprüchen frei regeln und etwa tarifliche Ausschlussfristen vereinbaren (BAG, Urt. v. 9.8.2011 – 9 AZR 365/10) und einen von ihnen geregelten Urlaubsanspruch eigenen Regeln über Verfall und Abgeltung unterwerfen (BAG, Urt. v. 12.4.2011 – 9 AZR 80/10, AuA 2/12, S. 118; EuGH, Urt. v. 20.7.2016 – C-341/15, AuA 9/18, S. 549). Ebenso kann vereinbart werden, dass – anders als für den Mindesturlaub – den Arbeitgeber für den Mehrurlaub keine Mitwirkungsobliegenheit trifft (BAG, Urt. v. 19.2.2019 – 9 AZR 321/16).

Wollen die Vertragsparteien Mehrurlaub anders behandeln, dann müssen sie eine ausdrückliche Regelung dazu treffen oder aber es müssen deutliche Anhaltspunkte für eine Unterscheidung zwischen gesetzlichem und übergesetzlichem Urlaub vorliegen (BAG, Urt. v. 14.2.2017 – 9 AZR 386/16). Fehlt es daran, gelten die Prinzipien für den Mindesturlaub auch für den vertraglichen oder tariflichen Mehrurlaub, sog. Gleichlauf (BAG, Urt. v. 19.2.2019 – 9 AZR 321/16).

Eine EU-Richtlinie kann nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH nicht selbst Verpflichtungen im Verhältnis zwischen privaten Dritten begründen, selbst wenn sie klar, genau und nicht von Bedingungen abhängig ist (vgl. etwa EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-684/16). Allerdings kann die unmittelbare Wirkung gegenüber Dritten aus der Charta folgen. So geht der EuGH grundsätzlich davon aus, dass Art. 31 Abs. 2 Charta, nach dem jeder Arbeitnehmer ein Recht auf bezahlten Jahresurlaub hat, eine solche unmittelbare Wirkung im Verhältnis Dritter zukommt (EuGH, Urt. v. 6.11.2018 – C-684/16 sowie C-569/16). Der Anwendungsbereich der Charta ist in deren Art. 51 Abs. 1 festgelegt. Danach gilt die Charta für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechtes der Union. Sehen Richtlinien wie die Urlaubsrichtlinie 2003/88 lediglich Mindestvorschriften vor, und gehen die Mitgliedstaaten darüber hinaus, handeln die Mitgliedstaaten kraft eigener Befugnis. Es handelt sich damit nicht um die Durchführung von Unionsrecht i. S. d. Art. 51 Abs. 1 der Charta.

PRAXISTIPP

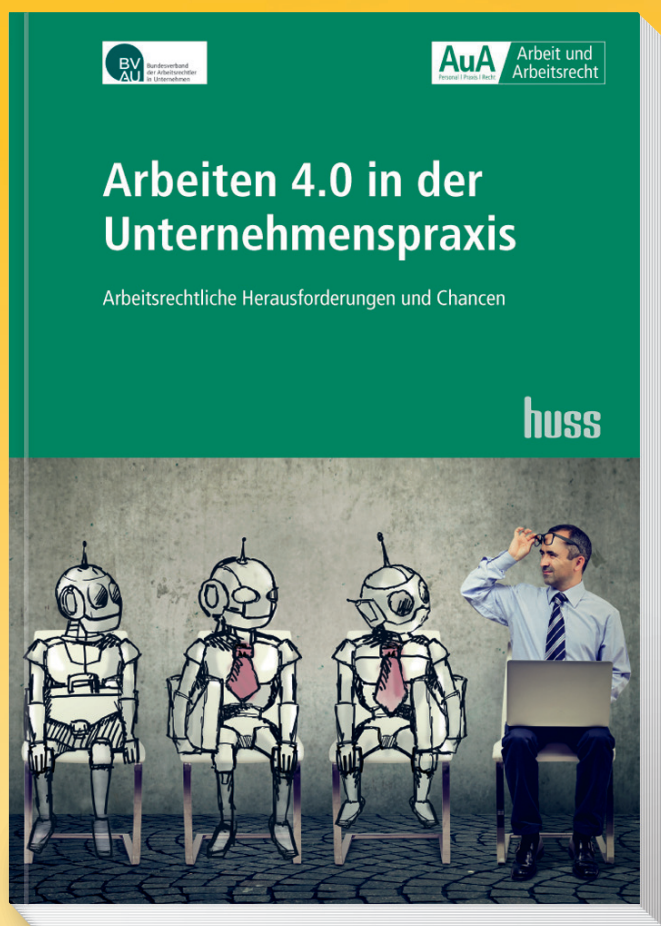
Typischerweise vereinbaren die Tarifparteien bzw. die Arbeitsvertragsparteien einen über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehenden Urlaubsanspruch. Wollen die Parteien diesen Mehrurlaub anders behandeln als den gesetzlichen Mindesturlaub, sollten sie dies ausdrücklich regeln.

*Dr. Ingo Plesterninks,
VP HR Mauser International Packaging
Solutions, Brühl, Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn*

DIE ZUKUNFT der Arbeit

NEU

Agilität, Digitalisierung, Flexibilisierung



Arbeiten 4.0 umschreibt, wie wir in der nächsten Zeit arbeiten werden, welche Herausforderungen uns neue industrielle (meist IT- und dienstleistungsgeprägt) Möglichkeiten der Arbeit und Zusammenarbeit ermöglichen.

Traditionelle Arbeits-, Rollen- und Wertevorstellungen werden in Frage gestellt, neue Techniken erlauben, anders zu arbeiten und die Marktherausforderungen wie auch die Demographie erfordern ein Umdenken.

Was können Sie als Arbeitgeber – in einer Zeit der dramatischen arbeitstechnischen Änderungen – im War for Talents tun?

Das Buch ist Ihr Ratgeber für die Umsetzung und soll Sie zum Nachdenken und Suchen gesetzgeberischer Lösungen auffordern.

Aus dem Inhalt

- ▶ Flexibilisierung der Arbeitsorganisation
- ▶ Flexibilisierung der Arbeitszeit
- ▶ Arbeitsplatz 4.0
- ▶ Vergütung in der Arbeitswelt 4.0
- ▶ Individuelles Arbeitsrecht in der neuen Arbeitswelt
- ▶ Kollektives Arbeitsrecht in der neuen Arbeitswelt

Herausgeber:

BVAU/Redaktion AuA, ca. 280 S., Broschur,
1. Auflage Februar 2020, Artikel-Nr.: 3349011791
Preis: 79,00 €

shop
huss

HUSS-MEDIEN GmbH

10400 Berlin · Direkt-Bestell-Service:
Tel. 030 42151-325 · Fax 030 42151-232

E-Mail: leserservice@hussmedien.de
www.arbeit-und-arbeitsrecht.de/shop



Keine Bürgenhaftung des Bauherrn

§ 14 AEntG; § 1a AEntG a. F.

1. Die verschuldensunabhängige Bürgenhaftung nach § 14 Satz 1 AEntG erfordert eine besondere Verantwortungsbeziehung zwischen Auftraggeber und Nachunternehmer.

2. Erteilt ein Bauherr einen Auftrag zur Errichtung eines Gebäudes an einen Generalunternehmer, um das zu errichtende Gebäude anschließend zu vermieten und zu verwalten, liegt keine besondere Verantwortungsbeziehung vor.

3. Ein Bauherr unterfällt demnach regelmäßig nicht der Bürgenhaftung nach dem AEntG.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 16.10.2019 – 5 AZR 241/18

PROBLEMPUNKT

Im Zeitraum zwischen 2011 bis 2014 hatte die Beklagte, deren Geschäftszweck die Verwaltung und Vermietung von Gebäuden ist, ein Einkaufszentrum in Berlin errichten lassen. Hierfür wurde eine aus zwei rechtlich selbstständigen Bauunternehmen bestehende Arbeitsgemeinschaft beauftragt. Nach der Insolvenz eines der beteiligten Unternehmen wurde der Bau des Einkaufszentrums gleichwohl durch das verbliebene Bauunternehmen als alleinigem Generalunternehmer fortgesetzt. Nunmehr wurden durch den Generalunternehmer zahlreiche Nachunternehmer für die Ausführung sowie Erbringung von verschiedenen einzelnen (Teil-)Bauleistungen beauftragt. Die Errichtung des Einkaufszentrums schien indes gesamthaft unter keinem besonders guten Stern zu stehen – im weiteren Verlauf ging wiederum auch der alleinige Generalunternehmer insolvent.

Der Kläger war Arbeitnehmer eines im Rahmen des Bauvorhabens tätig gewordenen Nachunternehmers. Eine Vergütung für die erbrachte Arbeitsleistung erhielt der Kläger – ungeachtet eines in einem separat geführten Verfahren rechtskräftig ergangenen Urteils gegen den Vertragsarbeitgeber – faktisch weitestgehend nicht. Daher nahm der Kläger nunmehr die hiesige Beklagte als Bauherrin des Einkaufszentrums auf Zahlung von Nettoentgelt nach Maßgabe der in § 14 Satz 1 AEntG gesetzlich angeordneten Bürgenhaftung gerichtlich in Anspruch.

ENTSCHEIDUNG

Mit seiner Entscheidung bestätigte das BAG die für den Kläger nachteilhaften Entscheidungen der beiden Vorinstanzen. Nach Auffassung des erkennenden Senats unterfallen Bauherren regelmäßig nicht dem in § 14 Satz 1 AEntG enthaltenen Begriff „Unternehmer“ – die erhobene Klage auf Zahlung von Nettoentgelt blieb daher erfolglos.

Inhaltlich bleibt das BAG seiner bisherigen Linie – übereinstimmend mit der zur Vorgängerregelung des § 1a AEntG a. F. ergangenen Rechtsprechung – treu (vgl. etwa BAG, Urte. v. 16. 5.2012 – 10 AZR 190/11). Die Vorschrift des § 14 Satz 1 AEntG enthält zwar keine eigenständige Legaldefinition von „Unternehmer“; eine Auslegung des Begriffs erfolgt daher nach der gemeinhin anerkannten juristischen Methodik, d. h. unter Berücksichtigung des Wortlauts der Norm, der Systematik, Sinn und Zweck sowie anhand von Gesetzesmaterialien und Entstehungsgeschichte (vgl. BAG, Urte. v. 7.2.2019 – 6 AZR 75/18, AuA 10/19, S. 616).

Nach der gesetzgeberischen Konzeption normiert § 14 Satz 1 AEntG eine verschuldensunabhängige Haftung von Unternehmern, welche sich gegenüber einem Dritten zur Erbringung einer Werk- oder Dienstleistung verpflichtet haben und diese nicht mit eigenen Beschäftigten erbringen, sondern sich zu deren Erfüllung eines oder gar mehrerer Nachunternehmer bedienen. Diesen Unternehmern soll es verwehrt bleiben, sich mittels der Beauftragung von Nachunternehmern eigener Verpflichtungen zu „entledigen“. Demgegenüber beauftragt ein Bauherr einen Generalunternehmer zur Errichtung eines Gebäudes – hierbei mangelt es zumindest auf Seiten des Bauherrn an der Weitergabe von eigenen Leistungspflichten, zu deren Erfüllung nunmehr Nachunternehmer beauftragt werden. Für eine Anwendbarkeit der gesetzlich angeordneten Bürgenhaftung fehlt es daher an einer besonderen Verantwortungsbeziehung zwischen Bauherr und dem jeweiligen Nachunternehmer bzw. zu dessen Nichtbeachtung zwingender Mindestarbeitsbedingungen als insoweit haftungsauslösendem Sachverhalt.

KONSEQUENZEN

Die Bedeutung der höchstrichterlichen Entscheidung geht deutlich über eine rechtsdogmatisch zutreffende Feststellung einer restriktiv vorzunehmenden Auslegung von dem Begriff „Unternehmer“ in § 14 Satz 1 AEntG hinaus – recht plakativ wird vielmehr der „lange Arm“ der gesetzlich angeordneten Bürgenhaftung illustriert. Im Ergebnis dürfte die verschuldensunabhängige Generalunternehmerhaftung nach § 14 Satz 1 AEntG zumindest für Bauherren auch weiterhin

wohl kaum gesteigert (haftungs-)relevant werden – etwas anderes gilt indes für Bauträger sowie Generalunternehmer an der Spitze von oftmals weitreichenden Nachunternehmerketten bzw. generell für Unternehmen mit beauftragten Nach- bzw. Subunternehmern.

Mittelbar unterstreicht die Entscheidung des BAG zudem die gemeinhin anerkannte Bedeutung von Geschäftspartner-Compliance als zentralem Bestandteil eines wirksamen Compliance-Management-Systems. Anders formuliert: Allein eine eigene Rechts- bzw. Regeltreue ist regelmäßig dann nicht (mehr) ausreichend, wenn Verstöße durch etwaige Geschäftspartner erfolgen und ggf. das redlich handelnde Unternehmen hierfür haftet oder weiteren nicht-finanziellen Risiken (z. B. Ausschluss von öffentlichen Vergabeverfahren bzw. nicht quantifizierbare Reputationsschäden) ausgesetzt ist. Die gesetzlich angeordnete Bürgenhaftung erfordert indes zwar kein eigenes Verschulden beim (General-)Unternehmer als jeweiligem Auftraggeber von Nachunternehmern – implementierte Maßnahmen zur Geschäftspartner-Compliance (z. B. regelmäßige Überprüfung eingesetzter Nachunternehmer) können jedoch eine bußgeldmindernde Wirkung in etwaigen Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen den Auftraggeber wegen Verstößen von beauftragten Nachunternehmern entfalten.

PRAXISTIPP

Unternehmen sollten diese Entscheidung idealerweise zum Anlass nehmen, sich elaboriert dem oftmals nur stiefmütterlich behandelten Thema der Geschäftspartnerprüfung bzw. einer Geschäftspartner-Compliance zu widmen. Nach einer sorgfältigen Risikoanalyse unter Berücksichtigung des konkreten Unternehmensprofils sowie weiterer einzelfallbezogener Umstände ist dabei eine maßgeschneiderte Ausgestaltung und Implementierung dezidierter Maßnahmen zur Geschäftspartner-Compliance vorzunehmen sowie ggf. regelmäßig zu aktualisieren. Von standardisierten „One-size-fits-all“-Lösungen ist hingegen abzuraten – diese vermitteln ein trügerisches und haftungssträchtiges Gefühl von (vermeintlicher) Sicherheit.

David Johnson LL.M. (Stellenbosch), Rechtsanwalt, Compliance Officer (Univ.), Pinsent Masons Germany LLP, München

Schriftformerfordernis der Betriebsvereinbarung

§§ 76 Abs. 3, 77 Abs. 2 BetrVG

1. Betriebsvereinbarungen müssen von den berechtigten Vertretern der Betriebsparteien eigenhändig und im Original unterschrieben werden (§ 77 Abs. 2, Satz 2 BetrVG). Andernfalls sind sie unwirksam.

2. Das Schriftformerfordernis gilt auch für die Anlagen zu einer Betriebsvereinbarung. Sie müssen endgültig und zweifelsfrei feststehen und vorliegen.

3. Sind die von der Einigungsstelle durch Spruch getroffenen Regelungen in mehreren Schriftstücken niedergelegt, erfordert § 76 Abs. 3 Satz 4 BetrVG, dass beiden Betriebsparteien jeweils alle Bestandteile des Spruchs zugeleitet werden. Fehlt es hieran, ist der Einigungsstellenspruch unwirksam.

(Leitsätze 1 und 2 des Bearbeiters)

BAG, Beschluss vom 13.8.2019 – 1 ABR 6/18

PROBLEMPUNKT

Die Arbeitgeberin stellt Bremsbeläge her. Antragsteller ist der im Betrieb G gebildete Betriebsrat. In einem Interessenausgleich vereinbarte man im April 2008 die Bildung einer Einigungsstelle zur Durchführung von Gefährdungsbeurteilungen an den Arbeitsplätzen der im Interessenausgleich aufgeführten Pilotprojekte. Die im Dezember 2008 errichtete Einigungsstelle beschloss nach 16 Sitzungen am 8.9.2016 eine Betriebsvereinbarung „Gefährdungsbeurteilung“ (BV). Der vom Vorsitzenden unterzeichnete Einigungsstellenspruch wurde dem Betriebsrat am 12.10.2016 ohne die fünf im Spruch genannten Anlagen zugestellt. Im Januar 2017 übersandte der Einigungsstellenvorsitzende den Beteiligten den unterschriebenen Spruch einschließlich der – nunmehr mittels Heftklammern miteinander verbundenen – Anlagen erneut zu.

Der Betriebsrat meint, die BV sei rechtsfehlerhaft und begehrt die Feststellung der Unwirksamkeit. Für die in Nr. 3.1 BV aufgeführten Arbeitsplätze bestünden keine gleichartigen Arbeitsbedingungen, die Arbeitsbedingungen seien weder arbeitsplatzbezogen erfasst noch die möglichen Gefährdungen auf den einzelnen Arbeitsplätzen und die Kriterien für die Beurteilung der zu überprüfenden Arbeitsbedingungen hinreichend konkretisiert. Die Arbeitgeberin hält den Spruch für formell und materiell wirksam.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG stellte fest, dass die BV durch Einigungsstellenspruch vom 8.9.2016 formell und materiell unwirksam ist. Der Spruch genügt nicht dem gesetzlichen Schriftformgebot. Nach § 76 Abs. 3 Satz 4 BetrVG sind die Beschlüsse der Einigungsstelle schriftlich niederzulegen, vom Vorsitzenden zu unterschreiben und Arbeitgeber und Betriebsrat zuzuleiten. Das Schriftformgebot in § 76 Abs. 3 Satz 4 BetrVG dient vorrangig der Rechtssicherheit. Die Einhaltung der gesetzlichen Schriftform ist Wirksamkeitsvoraussetzung eines Einigungsstellenspruchs. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem der Einigungsstellenvorsitzende den Betriebsparteien den Spruch mit der Absicht der Zuleitung i. S. d. § 76 Abs. 3 Satz 4 BetrVG übermittelt (BAG, Beschl. v. 10.12.2013 – 1 ABR 45/12, NZA 2014, S. 862). Für das Schriftformgebot des § 76 Abs. 3 Satz 4 BetrVG gelten die Anforderungen des § 77 Abs. 2 Satz 2 BetrVG. Dementsprechend ist dem Schriftformerfordernis auch genügt, wenn im Einigungsstellenspruch klar und zweifelsfrei auf – nicht vom Einigungsstellenvorsitzenden unterzeichnete – Schriftstücke verwiesen wird, selbst wenn diese nicht körperlich mit der Urkunde verbunden sind. Fehlt es sowohl an einer körperlichen Verbindung (z. B. durch Heftklammer) als auch an einer Unterzeichnung oder Paraphierung einer Anlage, verlangt die Wahrung der Schriftform zudem, dass zweifelsfrei nur eine Fassung der in Bezug genommenen, eindeutig bezeichneten Anlage existiert. Andernfalls lässt sich nicht zuverlässig feststellen, welche Normen im Betrieb gelten sollen (zu § 1 Abs. 2 TVG: BAG, Beschl. v. 21.9.2011 – 7 ABR 54/10, NZA-RR 2012, S. 186).

Der den Betriebsparteien am 12.10.2016 zugeleitete Spruch genügt nicht dem Schriftformgebot: Keine der genannten Anlagen ist – etwa durch die Angabe eines bestimmten Datums oder einer bestimmten Fassung des Schriftstücks – in dem im Spruch enthaltenen Verweis konkreter bezeichnet. Die überwiegend mehrseitigen Schriftstücke enthalten ihrerseits auch weder einen inhaltlichen Rückverweis auf die BV noch anderweitige Erkennungsmerkmale, etwa durch Paraphierung des Einigungsstellenvorsitzenden oder eine fortlaufende Paginierung, die unzweifelhaft den Schluss darauf zulassen, dass es sich hierbei um die jeweils im Spruch in Bezug genommenen Anlagen handelt. Beim Inhalt der Anlagen 2 und 5 ist außerdem zweifelhaft, ob sie ausschließlich in einer Fassung existieren.

Die BV ist auch deshalb unwirksam, weil der Spruch entgegen den Vorgaben des § 76 Abs. 3 Satz 4 BetrVG am 12.10.2016 nicht beiden Beteiligten vollständig vom Vorsitzenden zugeleitet wurde. Werden den Betriebsparteien nicht alle Bestandteile des von der Einigungsstelle getroffenen Spruchs zugeleitet, ist dieser mangels ord-

nungsgemäßer Zuleitung nach § 76 Abs. 3 Satz 4 BetrVG unwirksam. Die in Nr. 3.1, Nr. 4.1, Nr. 4.2 und Nr. 4.5 BV genannten Anlagen 1 bis 5 waren dem Spruch bei Zuleitung an den Betriebsrat nicht beigelegt. Diesen Mangel konnte der Vorsitzende nicht durch eine erneute Zuleitung des Spruchs mit Anlagen im Januar 2017 heilen, denn das Einigungsstellenverfahren ist mit Zugang des mit Zuleitungswillen den Betriebsparteien übermittelten Einigungsstellenspruchs abgeschlossen.

Das BAG hielt die BV auch für materiell unwirksam. Die Einigungsstelle hatte ihren Regelungsauftrag teilweise überschritten. Soweit sie sich innerhalb desselben gehalten hatte, hat sie ihn zum Teil mangels konkreter Regelungen nicht erfüllt oder die Grenzen des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG missachtet.

KONSEQUENZEN

Die Entscheidung hat hohe praktische Bedeutung für Abschluss und Änderung von Betriebsvereinbarungen: Wenn die Anlage A zur Betriebsvereinbarung XY durch die Anlage B ersetzt wird, findet eine Änderung der Betriebsvereinbarung XY statt. Rechtlich ist das mit dem Neuabschluss einer Betriebsvereinbarung gleichzusetzen. Also müssen die Betriebsparteien schriftlich vereinbaren, dass die Betriebsvereinbarung XY ab dem TT.MM.JJJJ mit der Anlage B anstelle der aufgehobenen und ersetzten Anlage A gilt.

Sind Betriebsvereinbarungen unwirksam, so gilt dies unmittelbar und absolut. Es ist weder eine Kündigungsfrist einzuhalten noch können Gerichte den Mangel heilen. Es bleibt nur die Möglichkeit eines formwirksamen Neuabschlusses der Betriebsvereinbarung mit identischem Inhalt. Bis dahin kann der Betriebsrat Unterlassung mitbestimmungswidriger einseitiger Arbeitgeberanordnungen verlangen und sind diese im Verhältnis zu den Beschäftigten unwirksam. Sie können nicht sanktioniert werden bzw. Nachteile entfalten (Fitting, § 87 BetrVG Rdnr. 599 ff.).

PRAXISTIPP

Es ist zu empfehlen, es nicht bei einer Durchnummerierung und Inbezugnahme der Anlagen zur Betriebsvereinbarung zu belassen, sondern jede einzelne Anlage mit Handzeichen und Unterschriften der Vertreter der Betriebsparteien bzw. des Einigungsstellenvorsitzenden zu versehen.

Volker Stück,
Rechtsanwalt, Bonn

Keine Mitbestimmung bei Zusatzentgelten im Arbeitgeberermessen

§ 99 BetrVG

1. Das Mitbeurteilungsrecht des Betriebsrats bei der Ein- oder Umgruppierung von Arbeitnehmern soll die zutreffende Rechtsanwendung in Gestalt der richtigen Einreihung in ein Entgeltschema sicherstellen.
2. Vom Mitbeurteilungsrecht nicht erfasst ist eine Rechtsgestaltung, die der anzuwendende Tarifvertrag als Vorweggewährung von Stufen innerhalb der Entgeltgruppe oder als Zulage in das Ermessen des Arbeitgebers stellt.
(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Beschluss vom 12.6.2019 – 1 ABR 30/18

PROBLEMPUNKT

Die Arbeitgeberin ist tarifgebundene Trägerin eines Krankenhauses und wendet den TV-Ärzte/VKA an. Dieser Tarifvertrag sieht für die beschäftigten Ärzte mehrere Entgeltgruppen mit jeweils mehreren Erfahrungsstufen vor. Zur Personalgewinnung oder -bindung stellt es der Tarifvertrag außerdem in das Ermessen des Arbeitgebers, ob er im Einzelfall einen Arzt höher als eigentlich vorgesehen einstuft (sog. Vorweggewährung von Stufen) oder ihm, wenn er die Endstufe der Entgeltgruppe erreicht hat, eine Zulage von bis zu 20 % zahlt. Der Betriebsrat meinte, er habe über die Zusatzentgelte mitzubestimmen, da sie Teil der Ein- bzw. Umgruppierung i. S. d. § 99 BetrVG seien. Deshalb hat er die gerichtliche Feststellung dieses Mitbestimmungsrechts beantragt.

ENTSCHEIDUNG

Nach einem stattgebenden Beschluss des ArbG haben LAG und BAG den Antrag des Betriebsrats zurückgewiesen. Zuletzt war der zulässige Feststellungsantrag nach Ansicht des BAG unbegründet, da der Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht bei der Gestaltungsentscheidung der Arbeitgeberin hat.

Eine Eingruppierung i. S. d. § 99 BetrVG ist die erstmalige oder erneute Einreihung in ein Entgeltschema, eine Umgruppierung jede Änderung dieser Einreihung. In beiden Fällen, die der Mitbestimmung des Betriebsrats in Form der Mitbeurteilung der Rechtslage unterliegen, hat der Arbeitgeber aus dem im Betrieb geltenden Entgeltschema die richtige Einreihung des einzelnen Arbeitnehmers abzuleiten. Es handelt sich deshalb jeweils um eine Maßnahme der Rechtsanwendung, nicht der Rechtsgestaltung.

Anders verhält es sich, wenn der Arbeitgeber sich im Einzelfall für die Vorweggewährung einer höheren Stufe oder die Gewährung einer Zulage entscheidet. Damit äußert der Arbeitgeber nämlich keine vom Betriebsrat überprüfbare Rechtsansicht, sondern nimmt einen konstitutiv-gestaltenden Akt vor. Das gilt auch, wenn der Tarifvertrag dem Arbeitgeber die Gestaltungsmöglichkeit nur unter bestimmten Voraussetzungen eröffnet und ihm ein Leistungsbestimmungsrecht nach seinem Ermessen einräumt.

Für die Nichtanwendbarkeit von § 99 BetrVG und das Fehlen eines Mitbestimmungsrechts kommt es nach der Auffassung des BAG auch nicht darauf an, ob dem Arbeitgeber durch den Tarifvertrag ein freies oder gebundenes Ermessen eingeräumt ist (vgl. BAG, Urt. v. 31.7.2014 – 6 AZR 822/12, DB 2015, S. 76) oder ob es sich um einen dauerhaft wirksamen sonstigen Entgeltbestandteil neben dem zwingenden Tarifentgelt oder um eine befristete bzw. abbaubare Zulage handelt.

KONSEQUENZEN

Mit seinem hier besprochenen Beschluss setzt das BAG der Mitbeurteilung nach § 99 BetrVG klare Grenzen, so dass eine übermäßige Einflussnahme des Betriebsrats auf personalpolitische Entscheidungen im Einzelfall ausgeschlossen ist. Hätte das BAG anders entschieden, hätte es nicht nur seinem arbeitnehmervertretungsrechtlichen Partnergericht widersprochen (BVerwG, Beschl. v. 13.10.2009 – BVerwG 6 P 15.08, DÖV 2010, S. 447), sondern es wäre auch kaum mehr eine Trennung zwischen dem beurteilenden Mitbestimmungsrecht im Einzelfall aus § 99 BetrVG und dem gestaltenden Mitbestimmungsrecht zu kollektiven Entlohnungsgrundsätzen aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG verblieben.

PRAXISTIPP

Nach dem jüngsten Beschluss des BAG zu § 99 BetrVG bleibt es dabei, dass der Arbeitgeber über die Gewährung oder Nichtgewährung von zusätzlichem Entgelt auch dann allein entscheidet, wenn seine Gestaltungsinstrumente im Tarifvertrag vorgezeichnet sind. Nur wenn er sich für eine systematische Stufenvorweggewährung oder Zulagen-gewährung entscheiden wollte, wäre der Betriebsrat zur kollektiven Entgeltgestaltung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mit im Boot (BAG, Beschl. v. 18.10.1994 – 1 ABR 17/94, DB 1995, S. 832; zur teilweisen Anrechnung von Tarifierhöhungen: BAG, Beschl. v. 24.1.2017 – 1 ABR 6/15, DB 2017, S. 1916). Auch im öffentlichen Dienst gilt nichts anderes für einen Personalrat (BVerwG v. 13.10.2009, a. a. O.).

*Dr. Markus Sprenger,
Rechtsanwalt, Geschäftsführer des
KAV Rheinland-Pfalz e. V., Mainz*



Beschäftigungsanspruch eines schwerbehinderten Menschen

§ 164 SGB IX

Im bestehenden Arbeitsverhältnis können Schwerbehinderte nach § 164 Abs. 4 SGB IX (§ 81 Abs. 4 SGB IX a. F.) von ihrem Arbeitgeber bis zur Grenze der Zumutbarkeit die Durchführung des Arbeitsverhältnisses entsprechend ihrer gesundheitlichen Situation verlangen. Der Arbeitgeber kann jedoch eine unternehmerische Entscheidung treffen, welche den bisherigen Arbeitsplatz des Schwerbehinderten durch eine Organisationsänderung entfallen lässt. Dessen besonderer Beschäftigungsanspruch ist dann erst bei der Prüfung etwaiger Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf einem anderen freien Arbeitsplatz zu berücksichtigen.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Urteil vom 16.5.2019 – 6 AZR 329/18

PROBLEMPUNKT

Der schwerbehinderte Kläger war langjährig für die Durchführung verschiedener Hilfstätigkeiten bei der nunmehr insolventen Arbeitgeberin zuständig. Der auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Tarifvertrag sah einen Sonderkündigungsschutz vor. Das Insolvenzverfahren wurde zunächst in Eigenverwaltung geführt. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt, nachdem sie mit dem Betriebsrat einen Interessensausgleich mit Namensliste i. S. d. § 125 Abs. 1 InsO geschlossen hatte. Die Namensliste enthält auch den Namen des Klägers. Dessen Arbeitsplatz muss wegen einer Umverteilung der noch verbliebenen Aufgaben nicht mehr besetzt werden. Die zuvor durch den Kläger verrichteten Hilfstätigkeiten werden nunmehr von den verbliebenen Fachkräften miterledigt. Andere Tätigkeiten kann der Kläger nicht ausüben. Dieser hält die Kündigung für unwirksam. Er beruft sich auf den tariflichen Sonderkündigungsschutz sowie den Beschäftigungsanspruch für schwerbehinderte Arbeitnehmer aus § 81 Abs. 4 SGB IX a. F.

ENTSCHEIDUNG

Das BAG hat das klageabweisende Berufungsurteil bestätigt. Die streitgegenständliche Kündigung hat das Arbeitsverhältnis beendet. Der tarifliche Sonderkündigungsschutz würde zwar

als solcher bestehen, kann vorliegend jedoch keine Anwendung finden. Dies folgt aus § 113 Satz 1 InsO, wonach aufgrund der bestehenden Insolvenz eine tarifliche Kündigungsschutzregel keine Anwendung findet.

Die Regelung des § 113 InsO ist verfassungsrechtlich auch nicht zu beanstanden, da sie in keinerlei Bezug zu einer Schwerbehinderung oder anderen Differenzierungsmerkmalen steht. Der Beschäftigungsanspruch aus § 81 Abs. 4 SGB IX a. F. kann mangels einer geeigneten Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht zum Tragen kommen. Die Arbeitgeberin ist nicht verpflichtet gewesen, für den Kläger einen Arbeitsplatz zu schaffen oder zu erhalten, den sie nach ihrem Organisationskonzept gerade nicht mehr benötigt.

KONSEQUENZEN

Aufgrund der nach wie vor bestehenden Nachteile schwerbehinderter Menschen im Hinblick auf die Begründung und den Erhalt eines Arbeitsverhältnisses hat der Gesetzgeber die bestehenden Regelungen zum Beschäftigungsanspruch und Kündigungsschutz im Zuge der Neuordnung des SGB IX übernommen und teilweise sogar erweitert. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang nur die Aufwertung der Rechtsstellung der Schwerbehindertenvertretung.

Hinsichtlich des Beschäftigungsanspruchs haben sich keine Änderungen ergeben. Dieser besteht unverändert in § 164 SGB IX fort. Ziel ist es, Kündigungen schwerbehinderter Arbeitnehmer bereits zu vermeiden. Arbeitgebern wird hierdurch eine umfassende Verpflichtung auferlegt, nach Beschäftigungsmöglichkeiten ihrer schwerbehinderten Mitarbeiter zu suchen und solche ggf. durch geeignete Hilfsmittel o. Ä. zu schaffen. Die Hürden für die Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers sind daher unter ergänzender Berücksichtigung des weiterführenden (Sonder-)Kündigungsschutzrechts richtigerweise hoch angelegt.

Dies gibt schwerbehinderten Menschen jedoch keine Beschäftigungsgarantie. Wie sich aus dem vorliegenden Urteil ergibt, kann die unternehmerische Organisationsfreiheit höher zu gewichten sein. Dies gilt insbesondere im Falle der Insolvenz eines Arbeitgebers, da § 113 InsO Kündigungsfristen und vereinbarte Kündigungsbeschränkungen erheblich einschränkt.

Trifft der Arbeitgeber in der Insolvenz organisatorische Entscheidungen, die zu einer erheblichen Veränderung des Personalbedarfs führen, unterliegt das nur eingeschränkt der richterlichen Kontrolle. Fällt dadurch der Arbeitsplatz eines schwerbehinderten Arbeitnehmers weg, steht dem der Beschäftigungsanspruch auf dieser Betrachtungsebene auch nicht entgegen. Andernfalls wäre es

dem Arbeitgeber schlechterdings unmöglich, einen mit einem schwerbehinderten Arbeitnehmer besetzten Arbeitsplatz wegfallen zu lassen. Diese Folge hat der Gesetzgeber aber weder ausdrücklich normiert noch ist der Gesetzeszweck des Beschäftigungsanspruchs so weitgehend zu bestimmen.

Entfällt der Arbeitsplatz des schwerbehinderten Arbeitnehmers, ist umfassend nach einer anderen Beschäftigungsmöglichkeit zu suchen. Hierzu muss das Unternehmen umfassend darlegen, dass sich keinerlei anderweitige Beschäftigung finden lässt. In der Praxis folgt daraus eine erhebliche Schwierigkeit für den Arbeitgeber. Genau das ist aber gesetzgeberisch auch gewollt. Er wird mit einer umfassenden Verpflichtung belegt, eine Beschäftigungsmöglichkeit für den schwerbehinderten Arbeitnehmer zu sichern.

Im Falle der Insolvenz des Unternehmens und einer daraus resultierenden Personalreduzierung aufgrund einer veränderten Organisationsstruktur kann das jedoch auch zum Ergebnis führen, dass der betroffene Arbeitsplatz vollständig entfällt und sich keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr für die vertraglich geschuldete Tätigkeit bietet. In einer solchen Konstellation kann der schwerbehinderte Beschäftigte wirksam gekündigt werden.

PRAXISTIPP

Arbeitgeber wie Insolvenzverwalter sollten beachten, dass es sich um eine im Tatsächlichen schwierig darzulegende Fallgestaltung handeln dürfte. Im Grundsatz bleibt es deshalb dabei: Für die Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers sind und bleiben die Hürden hoch.

*Prof. Dr. Tim Jesgarzewski,
Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Arbeitsrecht, FOM Hochschule Bremen,
Direktor Kompetenzzentrum für
Wirtschaftsrecht, Hamburg*

Mitbestimmung bei Einsatz von Standardsoftware MS Excel

§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Auch die Einführung von Standardsoftware aus dem Microsoft-Office-Paket, hier MS Excel, unterfällt der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Auf eine „Geringfügigkeitsschwelle“ bzw. eine „Erheblichkeits- oder Üblichkeitsschwelle“ kommt es nicht an.

(Leitsätze des Bearbeiters)

BAG, Beschluss vom 23.10.2018 – 1 ABN 36/18

PROBLEMPUNKT

Die Beteiligten haben über das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts bei der Verwendung von MS Excel zur Erfassung von Anwesenheitszeiten der Mitarbeiter, welche zuvor händisch erfasst worden sind, gestritten. Der Arbeitgeber meinte, die händisch bereits mögliche Auswertung würde hierdurch lediglich erleichtert und es würden schlichte Additionsvorgänge durch eine Standardsoftware automatisiert.

Das ArbG Detmold hatte dem Antrag des Betriebsrats, die Arbeitgeberin zu verpflichten, es zu unterlassen, ohne Zustimmung des Betriebsrats oder diese ersetzenden Spruch der Einigungsstelle in einer näher bezeichneten Excel-Tabelle näher bezeichnete Einträge mit näher bezeichneten Kürzeln vorzunehmen, stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Arbeitgeberin wies das LAG Hamm (Beschl. v. 10.4.2018 – 7 TaBV 113/16) zurück und ließ die Rechtsbeschwerde nicht zu. Hiergegen wandte sich die Arbeitgeberin mit ihrer auf die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtsfrage gestützten Nichtzulassungsbeschwerde.

ENTSCHEIDUNG

Die Nichtzulassungsbeschwerde hatte beim BAG keinen Erfolg. Nach § 92a Satz 1 i. V. m. § 92 Abs. 1 Satz 2, § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG kann eine Nichtzulassungsbeschwerde darauf gestützt werden, dass eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat. Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage, wenn sie höchst richterlich noch nicht entschieden und ihre Beantwortung nicht offenkundig ist (BAG, Beschl. v. 14.4.2005 – 1 AZN 840/04, NZA 2005, S. 708). Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat der Betriebsrat u. a. mitzubestimmen bei der Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt

sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Ein datenverarbeitendes System ist zur Überwachung von Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer bestimmt, wenn es individualisierte oder individualisierbare Verhaltens- oder Leistungsdaten selbst erhebt und aufzeichnet, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber die erfassten und festgehaltenen Verhaltens- oder Leistungsdaten auch auswerten oder zu Reaktionen auf festgestellte Verhaltens- oder Leistungsweisen verwenden will. Überwachung in diesem Sinne ist sowohl das Sammeln von Informationen als auch das Auswerten bereits vorliegender Informationen. In diesem Zusammenhang ist geklärt, dass etwa die Nutzung und der Einsatz des Datenverarbeitungssystems SAP ERP zur Personalverwaltung der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG unterliegt (BAG, Beschl. v. 25.9.2012 – 1 ABR 45/11, NZA 2013, S. 275).

Dass es sich bei Excel um eine „alltägliche Standardsoftware“ handelt, ist nicht entscheidend. Ebenso wenig kommt es auf eine „Geringfügigkeitsschwelle“ bzw. eine „Erheblichkeits- oder Üblichkeitsschwelle“ an. Die auf technischem Wege erfolgende Ermittlung und Aufzeichnung von Informationen über Arbeitnehmer bei der Erbringung ihrer Arbeitsleistung bergen die Gefahr in sich, dass sie zum Objekt einer Überwachungstechnik gemacht werden, die anonym personen- oder leistungsbezogene Informationen erhebt, speichert, verknüpft und sichtbar macht. Den davon ausgehenden Gefährdungen für das Persönlichkeitsrecht von Arbeitnehmern soll das Mitbestimmungsrecht entgegenwirken (BAG, Beschl. v. 13.12.2016 – 1 ABR 7/15, AuA 6/17, S. 374; Facebook-Seite; LAG Hamburg, Beschl. v. 13.9.2018 – 2 TaBV 5/18; Twitter-Account, Rev. anhängig unter Az. BAG 1 ABR 40/18).

KONSEQUENZEN

Die Entscheidung bestätigt die bisherige Rechtsprechung. Kritisch sehen kann man die ständige Rechtsprechung des BAG, wonach es allein ausreicht, dass eine technische Einrichtung zur Überwachung objektiv geeignet ist – es also nicht darauf ankommen soll, ob derlei überhaupt beabsichtigt ist und sie dazu, so der Wortlaut, bestimmt ist. Konsequenz: Digitalisierung liegt in den Händen des Betriebsrats.

Das BVerfG hat jetzt aber in seinen Entscheidungen vom 6.6.2018 (1 BvL 7/14 und 1 BvR 1375/14, AuA 8/18, S. 487) zur Auslegung des Vorbeschäftigungsverbots in § 14 Abs. 2 TzBfG ausdrücklich darauf abgestellt, dass die Rechtsprechung den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers zu beachten hat. Deshalb wäre es wünschenswert, wenn Gesetzgeber oder Rechtsprechung über die Auslegung des Begriffs „zur Überwachung bestimmt“ nochmals nachdenken würden.

PRAXISTIPP

Will der Arbeitgeber Verhandlung und Abschluss einer Betriebsvereinbarung – notfalls über eine zeitaufwendige und teure Einigungsstelle – vermeiden, um mit Excel (z. B. Anwesenheitszeiten, andere Leistungsparameter) leichter zu addieren und so eine Form von Überwachung durchführen, muss er eine mitbestimmungsfreie händische Auswertung vornehmen.

„Blankozustimmungen“ in generell-abstrakten IT-Rahmenvereinbarungen dürften unwirksam sein, so dass nach der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung eine auf mitbestimmungswidrig gestützte Maßnahmen erfolgte Abmahnung ebenfalls unwirksam wäre (LAG Nürnberg, Urt. v. 21.2.2017 – 7 Sa 441/16, NZA-RR 2017, S. 302; Weigerung, Outlook-Kalender freizugeben).

Volker Stück,
Rechtsanwalt, Bonn

Stufenzuordnung und Arbeitnehmerfreizügigkeit

§ 16 Abs. 2 TV-L; Art. 45 Abs. 2 AEUV

Der Gerichtshof der Europäischen Union wird gemäß Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) um die Beantwortung der folgenden Frage ersucht: Sind Art. 45 Abs. 2 AEUV und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 des europäischen Parlamentes und des Rates vom 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union dahingehend auszulegen, dass sie einer Regelung wie der in § 16 Abs. 2 TV-L getroffenen entgegenstehen, wonach die bei dem bisherigen Arbeitgeber erworbene einschlägige Berufserfahrung bei der Zuordnung zu den Stufen eines tariflichen Entgeltsystems nach der Wiedereinstellung privilegiert wird, indem diese Berufserfahrung gemäß § 16 Abs. 2 Satz 2 TV-L uneingeschränkt anerkannt wird, während die bei anderen Arbeitgebern erworbene einschlägige Berufserfahrung gemäß § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L nur mit höchstens 3 Jahren berücksichtigt wird, wenn diese Privilegierung durch § 4 Nr. 4 der am 18.3.1999 geschlossenen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, die im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28.6.1999 zu der EGB-UNICE-

CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge enthalten ist, unionsrechtlich geboten ist?

BAG, Urteil vom 18.10.2018 – 6 AZR 232/17 (A)

PROBLEMPUNKT

Die Klägerin war am 8.9.2014 als Lehrerin in den Schuldienst des beklagten Landes eingetreten. Zuvor war sie zwischen 1997 und 2014 ununterbrochen an Schulen in Frankreich als Lehrerin tätig. Auf das Arbeitsverhältnis findet der TV-L Anwendung. Das beklagte Land erkannte die in Frankreich erworbene Berufserfahrung als einschlägig an und gruppierte die Klägerin ab dem Tag ihrer Einstellung nach Entgeltgruppe 11, Stufe 3 TV-L ein. Die Klägerin war der Auffassung, ihre in Frankreich erworbene Berufserfahrung hätte vollständig anerkannt werden müssen. § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L, der eine nur eingeschränkte Anerkennung der bei einem anderen Arbeitgeber erworbenen Berufserkennung vorsehe, sei europarechtswidrig.

ENTSCHEIDUNG

Nach dem BAG war die Klägerin zutreffend eingruppiert. Ihre mehr als 10-jährige Berufserfahrung in Frankreich war für die Stufenzuordnung nicht zu berücksichtigen. Zwar handele es sich um einschlägige Berufserfahrung, diese sei aber nicht bei demselben Arbeitgeber erworben worden. Die Stufenzuordnung erfolge daher nach § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L unter nur eingeschränkter Berücksichtigung ihrer bei einem anderen Arbeitgeber erworbenen einschlägigen Berufserfahrung.

§ 16 Abs. 2 unterscheidet in den Sätzen 2 und 3 TV-L bei der Berücksichtigung der Berufserfahrung zwischen Arbeitnehmern, die ein neues Arbeitsverhältnis zum selben Arbeitgeber begründen und solchen Arbeitnehmern, die wie die Klägerin von einem anderen Arbeitgeber in das Arbeitsverhältnis zum beklagten Land gewechselt sind. Darin liegt allerdings nach Einschätzung des Gerichts kein Verstoß gegen die in Art. 45 Abs. 2 AEUV und Art. 7 Abs. 1 VO (EU) Nr. 492/2011 (Freizügigkeitsverordnung) geregelte Arbeitnehmerfreizügigkeit. Denn zwar sei der Anwendungsbereich der Vorschriften eröffnet, da die Klägerin Berufserfahrung in einem anderen Mitgliedstaat erworben hatte. Auch liege in der Regelung des TV-L eine mittelbare Diskriminierung der Klägerin wegen ihrer Staatsangehörigkeit. Denn die Voraussetzung einer Vollbeschäftigung bei demselben Bundesland können inländische Arbeitnehmer mit deutscher Staatsangehörigkeit typischerweise leichter erfüllen als Arbeitnehmer deutscher oder anderer

Staatsangehörigkeit, die in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt werden. Als Ziel für eine Rechtfertigung der Diskriminierung reicht insoweit die bloße Belohnung der Betriebstreue nicht aus. Die Vorschriften des TV-L zur Stufenzuordnung dienen aber dem nach § 4 Nr. 4 der Rahmenvereinbarung unionsrechtlich gebotenen Schutz befristet beschäftigter Arbeitnehmer. § 16 Abs. 2 Satz 2 TV-L sei gerade auf den Fall der Wiedereinstellung von zuvor befristet Beschäftigten zugeschnitten. Werden zuvor befristet beschäftigte Arbeitnehmer von einem Bundesland für dieselbe oder eine gleichwertige Tätigkeit wieder eingestellt, ist bei der Stufenzuordnung die erworbene einschlägige Berufserfahrung uneingeschränkt zu berücksichtigen. Die Frage, ob der Zweck des Schutzes befristet Beschäftigter indes auch die Beeinträchtigung der europarechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit rechtfertigen könne, sei unionsrechtlich nicht hinreichend geklärt, so dass ein Vorabentscheidungsersuchen geboten war.

KONSEQUENZEN

Die Ermittlung der zutreffenden Stufe einer Entgeltgruppe im öffentlichen Dienst, auch Stufenzuordnung genannt, ist abhängig von der bereits zurückgelegten Beschäftigungszeit. § 16 Abs. 2 TV-L differenziert dabei danach, bei welchem Arbeitgeber die Vorbeschäftigungszeiten zurückgelegt wurden und privilegiert einschlägige Beschäftigungszeit beim selben Arbeitgeber. Insbesondere dann, wenn wie im vorliegenden Sachverhalt die Vorbeschäftigungszeiten bei einem Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union zurückgelegt oder Qualifikationen dort erlangt wurden, stellt sich daher die Frage einer mittelbaren Diskriminierung.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind nationale Vergütungsregelungen wegen Verstoßes gegen die Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit unwirksam, wenn bei anderen Arbeitgebern absolvierte Beschäftigungszeiten nicht gleichermaßen angerechnet werden wie einschlägige Berufserfahrung beim selben Arbeitgeber. In diesem Zusammenhang hatte das Landesgericht Salzburg dem EuGH die Frage vorgelegt, ob Vorschriften des Landesvertragsbedienstetengesetzes des österreichischen Bundeslandes Salzburg der unionsrechtlichen Freizügigkeitsgarantie aus Art. 45 AEUV und Art. 7 Freizügigkeitsverordnung entgegenstehen, wenn die Regelungen die beim selben Arbeitgeber zurückgelegten Dienstzeiten für die Ermittlung eines Stichtags für die Vorrückung in höhere Entgeltstufen vollständig, die bei anderen öffentlichen oder privaten Arbeitgebern zurückgelegten Zeiten aber nur teilweise pauschal ab einem bestimmten Lebensjahr berücksichtigen (EuGH, Urt. v. 5.12.2013 – C-514/12). Nach dem EuGH stellt die unterschiedliche Berücksichtigung von Dienst-

zeiten eine mittelbare Diskriminierung von grenzüberschreitend Beschäftigten dar.

Auch das BAG bejaht in seiner Vorlage eine mittelbare Benachteiligung der Klägerin aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit. Diese Diskriminierung sei aber gerechtfertigt, da die Vorschrift des § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L dem Schutz befristet beschäftigter Arbeitnehmer diene. Ob die Regelung tatsächlich geeignet bzw. erforderlich ist, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen, mit dem Ziel, den Schutz gerade befristet beschäftigter Arbeitnehmer zu garantieren, erscheint problematisch. Denn § 16 Abs. 2 Satz 2 TV-L ist gerade nicht nur auf befristete Arbeitnehmer anwendbar, sondern erfasst ebenso zuvor unbefristet Beschäftigte, die etwa durch Eigenkündigung ausscheiden und später vom bisherigen Arbeitgeber wiedereingestellt werden. Sollte der EuGH daher zu dem Ergebnis kommen, dass § 16 Abs. 2 Satz 2 TV-L europarechtswidrig ist, wäre bei Sachverhalten mit Auslandsbezug die bei anderen Arbeitgebern erworbene Berufserfahrung voll anrechenbar. Da das BAG bislang eine Diskriminierung bei Sachverhalten mit reinem Inlandsbezug verneint, würde dies zu einer „umgekehrten Diskriminierung“ von Inländern führen, die ihre Berufserfahrung bei rein deutschen Arbeitgebern erworben haben. Dieses Ergebnis wäre offensichtlich bedenklich. Ob das BAG in diesem Fall dann doch noch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Vergleich zu Wanderarbeitnehmern annimmt oder die Inländerdiskriminierung mit Bezug auf das Wanderarbeitnehmern zustehende Recht auf Freizügigkeit weiterhin für sachlich gerechtfertigt hält, ist offen.

PRAXISTIPP

Die Frage, ob § 16 Abs. 2 Satz 3 TV-L mit der Arbeitnehmerfreizügigkeit vereinbar ist, liegt nunmehr dem EuGH zur Klärung vor. Entscheidet der Gerichtshof auf Europarechtswidrigkeit, sind jedenfalls bei Sachverhalten mit Auslandsbezug auch bei anderen Arbeitgebern erworbene einschlägige Berufserfahrungen auf die Stufenzuordnung anzurechnen. Ähnliche Fragen zur Vereinbarkeit mit Europarecht stellen sich etwa für § 16 Abs. 2 Satz 4 TVöD (Bund). Auch hier wird bei der Stufenzuordnung zwischen Arbeitnehmern differenziert, die ihre einschlägige Berufserfahrung bei demselben Arbeitgeber erworben haben, und solchen, die ihre Berufserfahrung anderweitig erlangt haben.

*Dr. Ingo Plesterninks,
VP HR Mauser International Packaging
Solutions, Brühl, Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn*

Kündigung eines Geschäftsführers wegen Compliance-Verstoß

§§ 314, 626 BGB

- 1. Ein Geschäftsführer, der eine Zahlung freigibt und weiß, dass deren Rechtsgrund vorgeschoben wurde, um einen Verstoß gegen unternehmensinterne Compliance-Vorschriften zu verschleiern, begeht eine Pflichtverletzung, die einen wichtigen Grund zur Kündigung des Anstellungsvertrags darstellt.**
- 2. Die Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers wegen gravierender Compliance-Verstöße setzt keine Abmahnung voraus.**
- 3. Die Durchführung pflichtgemäßer Ermittlungen über zehn Wochen stellt keine unangemessene Verzögerung dar, wenn sich diese wegen der Einarbeitungszeit sowie Urlaubs und dienstlicher Abwesenheiten der zu befragenden Personen verzögert.**

(Leitsätze des Bearbeiters)

OLG Hamm, Urteil vom 29.5.2019 – 8 U 146/18

PROBLEMPUNKT

Der Kläger war GmbH-Geschäftsführer in einer Konzerngesellschaft und wendet sich gegen die außerordentliche Kündigung seines Anstellungsvertrags. Nach den Compliance-Richtlinien war für die Vereinbarung von Provisionen über 3 % des Nettoauftragsvolumens die vorherige Zustimmung des Bereichsvorstands erforderlich. Mitarbeiter aus dem Verantwortungsbereich des Klägers hatten einem Zwischenhändler und Vermittler von Rohstoffen eine Provision von 4,1 % zugesagt. Um eine Zustimmung zu umgehen, hatten sie jedoch nur 2,9 % schriftlich fixiert, und sich später darauf verständigt, den noch offenen Betrag mittels einer Gutschrift für eine fingierte Reklamationsforderung eines Endkunden gegenüber dem Vermittler zu begleichen. Dieser stellte hierzu falsche Dokumente bereit.

Der Kläger wusste dies und zeichnete die von den Kollegen vorbereitete Gutschrift – in Vertretung seines Mitgeschäftsführers – frei. Dieser meldete den Vorfall am 14.7.2015 dem Bereichsvorstand, der sofort die Compliance-Abteilung einschaltete. Die interne Untersuchung verzögerte sich wegen Urlaub und Dienstreisen zu befragender Mitarbeiter. Die Gesellschafterversammlung beschloss am 25.9.2015 die außerordentliche Kündigung, die noch am selben Tag zugestellt wurde.

Das LG Essen hatte der Klage zunächst stattgegeben unter Würdigung der Einlassungen des Klägers, u. a. dass er mangels entgegenstehender Hinweise davon ausgehen durfte, der an sich zuständige Mitgeschäftsführer habe das Vorgehen gebilligt, die Unterschriftenmappe sei ihm untergeschoben worden und er habe die Dokumente nicht genau angesehen.

ENTSCHEIDUNG

Das OLG Hamm wies die Klage vollumfänglich ab, u. a. mit folgender Begründung: Durch die Unterschrift autorisierte der Kläger die Auszahlung einer nicht bestehenden Forderung und verletzte hiermit seine Interessenwahrungs- und Vermögensbetreuungspflicht in grober Weise. Darüber hinaus diene die Gutschrift der Umgehung interner Compliance-Regeln über zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte, was dem Kläger bekannt war.

Nach zweckgerichteter Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der Compliance-Regelung liegt in der Genehmigung der Gutschrift selbst ein Compliance-Verstoß, der eine schwerwiegende Pflichtverletzung darstellt. Durch sein Mitwirken hat der Kläger zudem seine Vorbildfunktion untergraben und die Compliance-Regeln infrage gestellt, wodurch diese ihre Autorität gegenüber den Mitarbeitern verlieren. Die Unterschrift unter nicht sorgfältig gelesene Unterlagen wäre ebenso eine grobe Pflichtverletzung, zumal wenn diese in Vertretung unterschrieben werden; die angenommene Billigung bzw. Genehmigung des Vorgehens der Mitarbeiter durch den zuständigen Mitgeschäftsführer wäre ebenfalls pflichtwidrig, da die verletzten Regelungen nicht zu dessen Disposition stehen.

Eine Abmahnung war nicht erforderlich, deren sozialer Schutzzweck beansprucht bei Leitungsorganen von Kapitalgesellschaften keine Geltung. Von diesen ist vielmehr schon normativ zu verlangen, dass sie ihre Pflichten kennen und sich über die Tragweite von Pflichtverletzungen im Klaren sind. Denn „wer die Compliance-Regeln seines eigenen Unternehmens und die Sanktionen, mit denen sie bewehrt sind, nicht kennt, ist von vornherein ungeeignet, dieses zu führen.“ Bei der Interessenabwägung war zu berücksichtigen, dass der Kläger erst wenige Monate zuvor wegen einer Mehrzahl von Compliance-Verstößen belehrt und ermahnt wurde.

Schließlich erfolgte die Kündigung noch innerhalb der Zweiwochenfrist (§ 626 Abs. 2 BGB). Diese beginnt mit Kenntnis der maßgebenden Tatsachen durch den Kündigungsberechtigten (hier: Gesellschafterversammlung), ggf. nach deren Ermittlung aufgrund pflichtgemäßen Ermessens. Zwar hat es hier Verzögerungen gege-

ben, vor allem durch Abwesenheiten von relevanten Mitarbeitern und das Ziel, potenzielle Tatbeteiligte am selben Tag zu befragen. Dieses Vorgehen stellt sich jedoch nicht als unangemessene Verzögerung, sondern als planvolle, zielgerichtete und schlüssige Sachverhaltsaufklärung dar. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, im Nachhinein eine optimale Ermittlungsstrategie festzulegen.

KONSEQUENZEN

Das Urteil unterstreicht die herausragende Bedeutung von Compliance für Führungskräfte. In begrüßenswerter Klarheit bejaht das Gericht für den konkreten Fall, dass die Verletzung von internen Compliance-Vorgaben durch den Geschäftsführer die außerordentliche Kündigung seines Anstellungsvertrags aus wichtigem Grund rechtfertigt. Regelungen über Provisionszahlungen an Dritte gehören zum Kernbereich der Compliance-Bemühungen vieler Unternehmen im Bereich Anti-Korruption. Wer als Geschäftsführer seinen Mitarbeitern sehenden Auges bei deren Umgehung hilft, kommt seiner Vorbildfunktion in keiner Weise nach und konterkariert den für eine wirksame Compliance wichtigen „Tone from the Middle“.

Zudem verschafft das Urteil den Unternehmen zu Recht etwas Luft für – vernünftige – interne Untersuchungen. Aufgrund deren Dauer verlieren sie nicht selten den Kündigungsschutzprozess. Dabei ist die wirksame Sanktionierung der Delinquenten ein wichtiger Baustein effektiver Compliance, insbesondere im Falle von Führungskräften mit Vorbildfunktion.

PRAXISTIPP

Führungskräfte haben eine besondere Verpflichtung und Vorbildfunktion in Sachen Regeltreue, sowohl hinsichtlich gesetzlicher als auch interner Compliance-Vorgaben. Fehlverhalten in dieser Hinsicht ist schon wegen etwaiger Kündigungsfristen zeitnah aufzuklären. Hierbei ist dennoch kein hektischer Aktionismus angezeigt. Eine zielgerichtete Untersuchung sollte planvoll vorgehen und gut dokumentiert werden.

*Dr. Eike W. Grunert,
Rechtsanwalt, Partner, Head of German
Compliance, Pinsent Masons Germany LLP,
München*