IB Arbeitsrecht

Infobrief Arbeitsrecht

Kurznachrichten für Praktiker

3. Jahrgang
DEZ 2020

10

Editorial

Herausgeber:
michels.pmks Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, Köln

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

liebe Leserinnen und Leser,

kurz vor den Weihnachtstagen ereilt uns nun doch noch der „harte Lockdown", den die Verantwortlichen eigentlich vermeiden wollten, der in Anbetracht der exorbitant gestiegenen Infektionszahlen jedoch nicht mehr zu verhindern war. Die ab dem 16.12.2020 geltenden Maßnahmen gehen einher mit einem Appell an die Arbeitgeber, zur Vermeidung von Kontakten Arbeiten im Home Office zu ermöglichen, wo immer dies geht (vgl. § 1 Abs. 4 der Corona-Schutzverordnung NRW v. 16.12.2020). Passend hierzu beschäftigt sich Dr. Tilmann Isenhardt im „Thema des Monats" mit den arbeitsrechtlichen Facetten einer Tätigkeit im Homeoffice.

In den Entscheidungsbesprechungen befassen wir uns mit einem zunächst etwas sperrig anmutenden Beschluss des BAG zu sogenannten „aut-aut-Fällen" (Beschl. v. 3.11.2020 – 9 AZB 47/20). Inhaltlich geht es hierbei um die Frage, unter welchen Umständen bei bestrittener Arbeitnehmereigenschaft die Zuständigkeit vorab durch das Gericht geklärt werden muss. Mit der spannenden Frage, wann der Einsatz von Leiharbeitnehmern betriebsbedingten Kündigungen entgegensteht, befasst sich das besprochene Urteil des LAG Köln v. 2.9.2020 – 5 Sa 14/20. Schließlich beschäftigen wir uns mit dem Urteil des ArbG Emden v. 24.9.2020 und der höchst praxisrelevanten Frage, unter welchen Voraussetzungen Arbeitnehmer mit „Vertrauensarbeitszeit" Überstundenvergütung verlangen und dies prozessual durchsetzen können.

michels.pmks und der Deutsche Anwaltverlag wünschen Ihnen eine spannende Lektüre sowie eine erholsame Weihnachtszeit!

Ulrich Kortmann, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

Partner michels.pmks

Inhalt

Editorial

Thema des Monats

Arbeit im Homeoffice 2

Rechtsprechung

BAG: Rechtsweg – Anforderungen an den Klägervortrag in sog. aut-aut-Fällen 6

LAG Köln: Betriebsbedingte Kündigung bei fortlaufend beschäftigten Leiharbeitnehmern 8

ArbG Emden: Mehrarbeitsvergütung auch bei Duldung von Überstunden ohne positive Kenntnis 9

Terminvorschau BAG

Neue anhängige Rechtsfragen 12

michels.pmks
Fachanwälte

DeutscherAnwaltVerlag

Arbeit im Homeoffice

Arbeit im Homeoffice spielt nicht erst seit der Corona-Pandemie eine zunehmend größere Rolle im Arbeitsleben. Während sich viele Arbeitnehmer größere Flexibilität mit Blick auf den Ort ihrer Arbeitsleistung wünschen, haben gerade in diesem Jahr auch viele Unternehmen das Homeoffice für sich entdeckt, um die Zahl der gleichzeitig im Betrieb anwesenden Mitarbeiter zu reduzieren und die Einhaltung der während der Corona-Pandemie geltenden Hygieneregeln zu unterstützen. Da aber weiterhin verbindliche rechtliche Regelungen zur Einrichtung und Ausgestaltung eines Arbeitsplatzes im Homeoffice fehlen, sollen in diesem Beitrag die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen für einen Arbeitsplatz im Homeoffice zusammengefasst und erläutert werden.

I. Anspruch auf Einrichtung eines Arbeitsplatzes im Homeoffice

Es gibt auch anlässlich der Corona-Pandemie keinen gesetzlichen Anspruch auf Einrichtung eines Arbeitsplatzes im Homeoffice

Ein gesetzlicher Anspruch auf Einrichtung eines häuslichen Arbeitsplatzes existiert auch im Rahmen der Corona-Pandemie im deutschen Recht nicht (LAG Rheinland-Pfalz v. 18.12.2014 – 5 Sa 378/14; ArbG Augsburg v. 7.5.2020 – 3 Ga 9/20). Der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales „Mobile Arbeit Gesetz" wurde (vorerst) vom Bundeskanzleramt gestoppt. Sofern sich kein Anspruch auf Einrichtung eines Homeofficeplatzes aus einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung ableiten lässt, hat ein Arbeitnehmer, der im Homeoffice arbeiten möchte, deshalb lediglich einen Anspruch nach § 241 Abs. 2 BGB auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung. Dies bedeutet, dass der Wunsch des Arbeitnehmers, z.B. aus familiären Gründen (Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG) im Homeoffice arbeiten zu dürfen, gegen die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers (Art. 12, 14, 2 Abs. 1 GG) abzuwägen ist. Zur unternehmerischen Freiheit gehört dabei auch die Entscheidung, an welchem Ort welche Arbeiten verrichtet werden (BAG v. 27.9.2001 – 2 AZR 246/00; LAG Rheinland-Pfalz v. 18.12.2014 – 5 Sa 378/14). Daher ist eine Verdichtung der ermessensfehlerfreien Entscheidung zu einem Anspruch auf Einrichtung eines häuslichen Arbeitsplatzes in der Regel ausgeschlossen. Das gegenläufige Interesse des Arbeitnehmers, zu Hause arbeiten zu dürfen, kann nur ausnahmsweise nach Lage des Einzelfalls schwerwiegender sein.

II. Verpflichtung zur Arbeit im Homeoffice

Eine rechtliche Verpflichtung, im Homeoffice zu arbeiten, besteht nicht

Arbeit im Homeoffice zeichnet sich dadurch aus, dass der Arbeitnehmer die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung vollständig oder teilweise von seiner Wohnung aus erbringt. Ort der Arbeitsleistung ist somit die Wohnung des Arbeitnehmers. Obwohl der Ort der Arbeitsleistung vom Arbeitgeber gemäß § 106 S. 1 GewO einseitig festgelegt werden kann, ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, eine Tätigkeit im Homeoffice gegen den Willen des Arbeitnehmers einseitig anzuordnen. Eine Anordnung, im Homeoffice arbeiten zu müssen, greift in den von Art. 13 GG garantierten Schutz der Wohnung des Arbeitnehmers ein, ohne dass dem ein schwerwiegenderes Grundrecht des Arbeitgebers gegenübersteht. Der Arbeitgeber kann sich in der Regel lediglich auf seine unternehmerische Freiheit berufen, die einen Eingriff in die Wohnung des Arbeitnehmers nicht rechtfertigt (LAG Berlin-Brandenburg v. 14.11.2018 – 17 Sa 562/18). Ob der Schutz der Gesundheit aller im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer angesichts der Corona-Pandemie zu einer anderen Wertung zwingt, wurde – soweit ersichtlich – bislang nicht entschieden.

III. Beendigung der Arbeit im Homeoffice

Da gesetzliche Regelungen zum Homeoffice fehlen, sollten die Arbeitsvertragsparteien die Konditionen der Arbeit im Homeoffice einvernehmlich festlegen. Haben die Arbeitsvertragsparteien die Tätigkeit des Arbeitnehmers im Homeoffice nicht vertraglich vorbehaltlos zugesagt und das Direktionsrecht des Arbeitgebers vertraglich somit nicht eingeschränkt, ist die Beendigung der Tätigkeit im Homeoffice an dem Maßstab des § 106 S. 1 GewO zu messen (LAG Düsseldorf v. 10.9.2014 – 12 Sa 505/14). Macht der Arbeitgeber von seinem Direktionsrecht Gebrauch und bittet den Arbeitnehmer, seine Arbeit (wieder) im Betrieb zu erbringen, muss diese Versetzung an einen anderen Arbeitsort daher lediglich billigem Ermessen entsprechen. Hierfür ist das Interesse des Arbeitnehmers, die Tätigkeit im Homeoffice fortsetzen zu können, gegen das in der Regel überwiegende Interesse des Arbeitgebers, die Tätigkeit im Homeoffice zu beenden, gegeneinander abzuwägen.

Fehlt eine vorbehaltlose Zusage, im Homeoffice arbeiten zu dürfen, handelt es sich bei der Beendigung der Arbeit im Homeoffice um die Zuweisung eines neuen Arbeitsortes

Nur wenn das Homeoffice vorbehaltlos als Arbeitsort im Arbeitsvertrag festgelegt wurde, kommt eine Beendigung der Tätigkeit des Arbeitnehmers im Homeoffice nur durch Ausspruch einer an dem Maßstab der §§ 2, 1 Abs. 2 KSchG zu messenden Änderungskündigung in Betracht. Nach §§ 2, 1 Abs. 2 KSchG kann die Änderungskündigung dann nur wirksam sein, wenn die Beendigung der Tätigkeit im Homeoffice durch personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Gründe sozial gerechtfertigt und dem Mitarbeiter die Fortsetzung seiner Tätigkeit ohne Homeoffice zumutbar ist.

Nur bei einer vorbehaltlosen Zusage, im Homeoffice arbeiten zu dürfen, ist eine Änderungskündigung erforderlich

IV. Ausgestaltung Homeoffice

1. Kosten

Fehlt eine abweichende vertragliche Regelung, trägt der Arbeitgeber alle Kosten für die Einrichtung und den Unterhalt des Homeoffice. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Übernahme der Kosten umfasst dann die Anschaffung der erforderlichen Büroeinrichtung (Schreibtisch, -stuhl, -lampe, Aktenschrank, etc.) und der technischen Arbeitsmittel (Notebook, Drucker, Fax, Telefon, etc.) sowie die häuslichen Betriebskosten (Miete, Heizung, Strom). Ohne abweichende vertragliche Regelungen muss der Arbeitgeber auch die durch Fahrten zum Betrieb entstehenden Kosten tragen und die Fahrtzeiten vergüten. Arbeitet der Arbeitnehmer an verschiedenen Arbeitsorten – zum Beispiel zwei Tage in der Woche im Homeoffice und drei Tage in der Woche im Betrieb – existieren mehrere Orte, an denen die Arbeitsleistung zu erbringen ist, sodass der Arbeitnehmer die Fahrtkosten zum Betrieb in diesem Fall aber sogar dann selbst tragen muss, wenn eine abweichende vertragliche Regelung fehlt. Zudem sind die Fahrtzeiten dann als Wegezeit zur Arbeit nicht zu vergüten.

Fehlt eine vertragliche Vereinbarung trägt der Arbeitgeber die Kosten für die Einrichtung und den Unterhalt des Homeoffice

2. Arbeitsschutz

Arbeitsschutzrechte gelten natürlich auch im Homeoffice. Deshalb ist der Arbeitgeber nach der Generalklausel des § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG verpflichtet, auch im Homeoffice alle erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu treffen. Insofern hat der Arbeitgeber nach § 4 Nr. 1 ArbSchG die Arbeit unter anderem so zu gestalten, dass eine Gefährdung für das Leben sowie die physische und psychische Gesundheit möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst gering gehalten wird. Neben diesem allgemeinen arbeitsschutzrechtlichen Grundsatz muss der Arbeitgeber insbesondere auch die Vorgaben der Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Verwendung von Arbeitsmitteln und der Arbeitsstättenverordnung einhalten. Zur Ermittlung der Gefährdungen am häuslichen Arbeitsplatz und der Festlegung der erforderlichen Schutzmaßnahmen muss der Arbeitgeber gemäß § 5 ArbSchG auch im Homeoffice eine Gefährdungsbeurteilung durchführen. Im Rahmen

Alle Arbeitsschutzrechte gelten auch im Homeoffice

der Gefährdungsbeurteilung kann der Arbeitgeber sein Informationsdefizit hinsichtlich der Situation am häuslichen Arbeitsplatz auf zwei Arten ausgleichen. Entweder stimmt der Arbeitnehmer einer Besichtigung des häuslichen Arbeitsplatzes zu oder er stellt dem Arbeitgeber im Rahmen seiner Unterstützungspflicht gemäß § 16 Abs. 2 S. 1 ArbSchG auf konkrete Nachfrage des Arbeitgebers alle erforderlichen Informationen zur Verfügung. Auf die Richtigkeit dieser Informationen darf der Arbeitgeber vertrauen, sofern sie nicht offensichtlich unrichtig oder widersprüchlich sind. Die Ergebnisse der regelmäßig zu aktualisierenden Gefährdungsbeurteilung hat dann der Mitarbeiter nach den Weisungen des Arbeitgebers gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 ArbSchG umzusetzen. Hat der Arbeitgeber die nötigen Anweisungen erteilt, darf er davon ausgehen, dass der Arbeitsschutz am häuslichen Arbeitsplatz gewährleistet ist, sodass grundsätzlich keine mit Blick auf Art. 13 GG ohnehin kritisch zu bewertende Kontrollpflicht vor Ort besteht.

Die Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes sind auch im Homeoffice zu beachten

Neben den Bestimmungen des technischen Arbeitsschutzes muss auch dem gesetzlichen Arbeitszeitschutz Rechnung getragen werden. Insbesondere müssen die Höchstgrenzen des § 3 ArbZG, die Pausen nach § 4 ArbZG, die Ruhezeiten nach § 5 ArbZG und die Sonn- und Feiertagsruhe gemäß § 9 ArbZG beachtet werden. Darüber hinaus ist der Arbeitgeber nach weiterhin aktueller Rechtslage verpflichtet, die über die werktägliche Arbeitszeit des § 3 Abs. 1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit gemäß § 16 Abs. 2 ArbZG aufzuzeichnen. Will oder kann der Arbeitgeber am häuslichen Arbeitsplatz kein Zeiterfassungsgerät einrichten, kann er diese Aufzeichnungspflicht nach umstrittener, aber weiterhin zutreffender Auffassung auf den Arbeitnehmer delegieren.

3. Datenschutz

Datenschutzrechtliche Vorgaben müssen auch im Homeoffice eingehalten

Die Bestimmungen des europäischen und nationalen Datenschutzrechts sind auch im Homeoffice zu beachten. Bearbeitet der Arbeitnehmer am häuslichen Arbeitsplatz personenbezogene Daten, handelt es sich jedoch um eine interne Datenverarbeitung, für die keine besonderen Erlaubnistatbestände erforderlich sind, wenn die Datenverarbeitung für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke des Unternehmens gemäß § 23 BDSG gestattet ist. Allerdings ist der Arbeitgeber gemäß Art. 24, 25, 32 DSGVO verpflichtet, technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen, um die Datensicherheit zu gewährleisten. Infolgedessen muss beispielsweise durch eine Verschlüsselung oder einen Passwortschutz verhindert werden, dass Unbefugte – zum Beispiel Familienmitglieder – auf personenbezogene Daten zugreifen können. Des Weiteren genießt der Arbeitnehmer im Homeoffice selbstverständlich selbst Datenschutz. Die Kontrolle des Rechners im Homeoffice zur berechtigten Überwachung von Arbeitszeit und Arbeitsleistung ist nur unter Berücksichtigung der datenschutzrechtlichen Vorschriften – insbesondere § 26 BDSG – zulässig.

V. Mitbestimmung Betriebsrat

Der Arbeitsplatz im Homeoffice gehört zum Betrieb, sodass die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten sind

Der häusliche Arbeitsplatz gehört grundsätzlich zum Betrieb, weil der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff nicht nur räumlich, sondern auch funktional zu verstehen ist (BAG v. 29.1.1992 – 7 ABR 27/91). Somit unterliegt die Gestaltung der Arbeit im Homeoffice grundsätzlich der vollen sozialen, personellen und wirtschaftlichen Mitbestimmung des Betriebsrats. Arbeit im Homeoffice beeinflusst die Arbeitsplätze, den Arbeitsablauf und die Arbeitsumgebung. Deshalb sind bei der Einführung von häuslicher Arbeit die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats nach §§ 90, 91 BetrVG zu beachten.

Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten muss berücksichtigt werden

Im Rahmen der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten können sich zahlreiche Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats ergeben. So sind Regelungen zur privaten Nutzung von Telefon, Internet und E-Mail-System nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Dabei erstreckt sich das Mitbestimmungsrecht nicht auf die Frage, ob der Arbeitgeber die Privatnutzung gestatten muss („Ob"), sondern nur auf die Ausgestaltung der vom Arbeitgeber erlaubten privaten Nutzung („Wie"). Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats hinsichtlich Beginn und Ende der Arbeitszeit gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG und bei einer vorübergehenden Verlängerung und Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sind selbstverständlich auch bei Arbeit im Homeoffice zu beachten. Da der Rechner unabhängig von einer Kontrollabsicht des Arbeitgebers geeignet ist, Arbeitszeit und Arbeitsleistung am häuslichen Arbeitsplatz zu überwachen, greift das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Des Weiteren besteht bei Umsetzung der Rahmenbestimmungen des technischen Arbeitsschutzes gemäß §§ 3, 4 ArbSchG ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Schließlich sind auch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 und Nr. 11 BetrVG bei der Gestaltung der Vergütung von Arbeit im Homeoffice zu berücksichtigen. Da Aufwandsentschädigungen und Auslagenersatz keine Vergütungsbestandteile sind, sind Regelungen über die Höhe des Aufwendungsersatzes für die Ausstattung des häuslichen Arbeitsplatzes allerdings nicht mitbestimmungspflichtig. Etwas anderes gilt nur, wenn Beträge gezahlt werden, die nicht den Zweck haben, entstandene Unkosten in pauschalierter Form abzugelten. Solche betrieblichen Leistungen sind im Zweifel Vergütungsbestandteil, deren Regelung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig ist.

Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen bleibt unberührt

Auch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen bleiben bei Arbeit im Homeoffice unberührt. Bei der Begründung und der Beendigung der Arbeit im Homeoffice handelt es sich jedenfalls aufgrund der Änderung des Arbeitsortes und ggf. auch aufgrund der Veränderung der Arbeitsumstände um eine nach §§ 99 Abs. 1, 95 Abs. 3 BetrVG mitbestimmungspflichtige Versetzung. Erbringt der Arbeitnehmer seine Arbeitsleitung allerdings nur gelegentlich im Homeoffice, ist dagegen nicht jeder – ggf. tägliche – Wechsel vom Arbeitsplatz im Betrieb zum Arbeitsplatz im Homeoffice mitbestimmungspflichtig. Zum einen greift dann im Hinblick auf den Arbeitsort die Ausnahmeregelung des § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG, nach der die Bestimmung des jeweiligen Arbeitsplatzes nicht als Versetzung gilt, wenn Arbeitnehmer nach der Eigenart ihres Arbeitsverhältnisses üblicherweise nicht ständig an einem bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt werden. Zum anderen fehlen die Übertragung eines anderen Arbeitsbereichs und die erhebliche Änderung der Arbeitsumstände, wenn der Wechsel vom Arbeitsplatz im Betrieb zum häuslichen Arbeitsplatz typisch für das Arbeitsverhältnis ist.

VI. Fazit

Zusammengefasst lässt sich somit festhalten, dass bei der Einrichtung und Ausgestaltung von Arbeitsplätzen im Homeoffice zwar zahlreiche arbeitsrechtliche Aspekte zu beachten sind, alle Probleme aber praxisnah gelöst werden können.

Dr. Tilman Isenhardt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

BAG: Rechtsweg – Anforderungen an den Klägervortrag in sog. aut-aut-Fällen

1. Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis fallen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3a ArbGG in die ausschließliche Entscheidungszuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen.

2. In einem sog. aut-aut-Fall, in dem der Kläger die Klageforderung aus einem Rechtsverhältnis herleitet, das er für ein Arbeitsverhältnis, die Beklagte dagegen für das Rechtsverhältnis eines weisungsfrei tätigen Dienstleisters hält, ist für die Beurteilung, ob der Rechtsstreit in die Zuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen fällt, nicht allein auf das Klägervorbringen abzustellen. Bestreitet der Beklagte tatsächliche Umstände, die für die rechtliche Einordnung des Rechtsverhältnisses von Bedeutung sind, hat das zur Entscheidung berufene Gericht die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen gegebenenfalls im Wege der Beweisaufnahme festzustellen.

3. Die Zuständigkeitsordnung des ArbGG ist – von dem in § 2 Abs. 4 ArbGG geregelten Sonderfall abgesehen – zwingendes Gesetzesrecht und steht daher nicht zur Disposition der Parteien.

4. Handelsvertreter gelten nur dann als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Personen i.S.d. § 5 Abs. 1 ArbGG, wenn sie die in § 5 Abs. 3 S. 1 ArbGG genannten Voraussetzungen erfüllen. Für die Annahme, ein Handelsvertreter sei als sog. Einfirmenvertreter kraft Vertrags i.S.d. HGB § 92a Abs. 1 S. 1 1. Alt. HGB tätig, reicht es nicht aus, dass er durch ein branchenbezogenes Konkurrenzverbot in seiner Tätigkeit beschränkt ist.

[Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG]

BAG, Beschluss v. 3.11.2020 – 9 AZB 47/20

I. Der Fall

Handelsvertretervertrag

Die Parteien streiten über Zahlungsansprüche des Klägers aus einem als „Handelsvertretervertrag" überschriebenen Vertragstext. Neben der Feststellung, dass der Kläger als „selbstständiger Handelsvertreter gemäß §§ 84, 87 Abs. 1 HGB" tätig wird, hält der Vertrag u.a. fest, dass der Kläger während des Vertragsverhältnisses nicht für andere Unternehmen tätig sein darf, die im Wettbewerb zur Beklagten stehen.

abweichende Praxis

Der Kläger behauptet, entgegen der vertraglichen Festlegungen habe die Beklagte Vorgaben zu Ort und Zeit der Arbeitstätigkeit gemacht. Darüber hinaus sei ihm Urlaub wie in einem Arbeitsverhältnis gewährt worden. Er sei verpflichtet gewesen, Arbeitsunfähigkeitszeiten anzuzeigen. Im Übrigen sei ihm die Tätigkeit für andere Auftraggeber untersagt worden, weshalb er als Einfirmenvertreter einzustufen sei. Seine Tätigkeit als Handelsvertreter sei als Arbeitsverhältnis zu werten, sodass der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet sei.

Bestreiten der Beklagten

Die Beklagte ist den Behauptungen des Klägers entgegengetreten. Sie hat dargelegt, dass der Kläger frei und eigenständig entscheiden könne, zu welchen Zeiten er arbeite, welche Kunden er besuche und in welchem Umfang er Verträge vermittele.

Verfahrensgang

Das angerufene Arbeitsgericht hat durch Beschluss die Rüge der Beklagten, der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten sei nicht eröffnet, zurückgewiesen (ArbG Mannheim, Urt. v. 7.11.2019 – 8 Ca 148/19). Die hiergegen gerichtete sofortige

Beschwerde hat das Landesarbeitsgericht für unbegründet erachtet und zurückgewiesen (LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 5.5.2020 – 22 Ta 28/20). Die Rechtsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht wurde zugelassen.

II. Die Entscheidung

kein „sic-non-Fall"

Auf die Rechtsbeschwerde der Beklagten hat das BAG die Entscheidung des LAG aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass es sich bei dem hier zu entscheidenden Sachverhalt nicht um einen sogenannten „sic-non-Fall" handele. Hiervon war auch das LAG ausgegangen. Anders als das LAG hält das BAG fest, dass es allerdings nur dann, wenn die für die Bestimmung des Rechtswegs maßgeblichen Tatsachen gleichzeitig zur Begründetheit der Klage führen, wie dies für „sic-non-Fälle" gelte, allein auf die Darlegungen des Klägers zur Bestimmung des Rechtswegs ankommen könne.

„aut-aut-Fall"

Sofern für den geltend gemachten Anspruch hingegen Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen, die sowohl arbeitsrechtlicher als auch bürgerlich-rechtlicher Natur sein könnten, sei allein der klägerische Vortrag nicht geeignet über die Rechtswegzuständigkeit zu entscheiden. So liege der Fall hier. Der von dem Kläger geltend gemachte Provisionsanspruch sei gerade nicht davon abhängig, ob das Rechtsverhältnis der Parteien als Arbeitsvertrag oder als freier Dienstvertrag zu werten sei.

Beweisaufnahme erforderlich

Sofern keine Ausnahme im Sinne eines „sic-non-Fall" vorliege sei es für die Feststellung des Rechtsweges notwendig, ggf. auch im Rahmen einer Beweisaufnahme festzustellen, welche zuständigkeitsbegründenden Tatsachen zutreffend seien. Die durch das ArbGG verankerte Zuständigkeitsordnung stehe als zwingendes Gesetzesrecht nicht zur Disposition der Parteien. Nur in den Fällen, in denen sich die besondere Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes aufgrund der größeren Sachnähe ergebe, wie dies der Gesetzgeber zugrunde gelegt habe, sei der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet. Sei das nicht der Fall, müsse der Rechtsstreit in der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit entschieden werden.

arbeitnehmerähnliche Person

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der vertraglichen Regelung nach der dem Kläger untersagt gewesen sei, für Unternehmen, die in Konkurrenz zur Beklagten stünden, tätig zu werden. Dem Kläger sei damit nicht jede anderweitige Tätigkeit untersagt. § 5 Abs. 3 S. 1 ArbGG stelle im Übrigen eine vorgreifliche Sonderregelung gegenüber § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG dar. Ein Handelsvertreter könne deshalb nur unter den dort genannten Voraussetzungen als arbeitnehmerähnliche Person gelten.

III. Der Praxistipp

Arbeitsgerichte nicht für allzuständig für Vergütungsansprüche

Das Bundesarbeitsgericht schiebt mit seiner aktuellen Entscheidung einer immer wieder zu beobachtende Tendenz, Streitigkeiten über Vergütungsansprüche vor den Arbeitsgerichten auszutragen, einen Riegel vor. Das ist nicht zu kritisieren. Gerade im Bereich des Handelsrechtes dürfte in der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit die größere Sachnähe für die zu entscheidenden Sachverhalte zu finden sein.

Markus Pillok, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

LAG Köln: Betriebsbedingte Kündigung bei fortlaufend beschäftigten Leiharbeitnehmern

Sofern der Arbeitgeber mit Leiharbeitnehmern ein ständig vorhandenes Zeitarbeitszeitvolumen abdeckt, ist die betriebsbedingte Kündigung wegen anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten unwirksam.

LAG Köln, Urt. v. 2.9.2020 – 5 Sa 14/20

I. Der Fall

Streitgegenstand: betriebsbedingte Kündigung

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung. Die Beklagte ist ein Automobilzulieferer. Sie beschäftigt 106 Arbeitnehmer und acht Leiharbeitnehmer. Der im Jahr 1991 geborene Kläger war bei der Beklagten als Fertigungsmitarbeiter tätig. Die Beklagte kündigte das bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich betriebsbedingt.

Personalüberhang

Da der Auftraggeber der Beklagten das Auftragsvolumen reduzierte, benötigte die Beklagte für ihre Produktion täglich nur noch 66 anstelle der bisherigen 74 Arbeitnehmer. Die Beklagte hat vorgetragen, dass sie zum Abbau dieses Personalüberhangs in Abstimmung mit dem Betriebsrat sechs Stammarbeitskräfte gekündigt habe. Die Leiharbeitnehmer sollen zur Personalreserve in Vertretungsfällen (z.B. Krankheit) weiterbeschäftigt werden.

Leiharbeitnehmer zum Zwecke der Vertretung

Die Beklagte trug in erster Instanz vor, dass die Kündigung aus betriebsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt sei. Der Einsatz der Leiharbeitnehmer stünde der ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung nicht entgegen, da die Leiharbeitnehmer ausweislich einer zu den Gerichtakten gereichten Liste nur als Vertretung für Stammarbeitnehmer eingesetzt würden.

Einwand des dauerhaften Einsatzes

Der Kläger indes vertrat die Auffassung, dass die Leiharbeitnehmer im Ergebnis aufgrund zahlreicher sich aneinanderreihender Vertretungsfälle dauerhaft eingesetzt würden.

Verfahrensgang

Das Arbeitsgericht Köln hat der Klage stattgegeben und in seinem Urt. v. 29.11.2019 – 1 Ca 4153/19 festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht beendet wird. Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten.

II. Die Entscheidung

Berufung zurückgewiesen

Die 5. Kammer des LAG hat in seinem Urt. v. 2.9.2020 die Berufung zurückgewiesen. In den Entscheidungsgründen führt es aus, dass das BAG die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern nicht als anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG ansehe, sofern die Leiharbeitnehmer lediglich zur Abdeckung von Auftragsspitzen eingesetzt würden. Sofern die Arbeitnehmer indes ein ständig vorhandenes „Sockelarbeitsvolumen" abdecken, sei eine alternative Beschäftigungsmöglichkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG gegeben.

Übertragung der Rechtsprechung des BAG zur Befristung

In dem hier vorliegenden Fall ging die erkennende 5. Kammer des LAG davon aus, dass ein Sockelarbeitsbedarf abgedeckt werde. Der für das Befristungsrecht zuständige 7. Senat des BAG habe nämlich für den Sachgrund der Vertretung erkannt, dass sich der Arbeitgeber nicht auf den Sachgrund der Vertretung berufen könne, wenn die fortlaufende befristete Beschäftigung des Arbeitnehmers den Schluss auf einen dauerhaften Bedarf an dessen Beschäftigung zulassen. So verhalte es sich, wenn der Arbeitgeber den befristet beschäftigten Arbeitnehmer über Jahre hinweg im Ergebnis als Personalreserve für unterschiedliche Vertretungsfälle einsetze. Diese Rechtspre-

chung sei – so die 5. Kammer des LAG auf die Frage, ob ein Leiharbeitnehmer zur Abdeckung des Sockelarbeitsvolumens oder der Auslastungsspitzen herangezogen werde, zu übertragen. Unter Anwendung dieser Parameter sei vorliegend jedenfalls davon auszugehen, dass eine Befristung nicht mehr zu rechtfertigen gewesen wäre. Aus diesem Grunde gehe die 5. Kammer des LAG Köln auch davon aus, dass keine Auslastungsspitzen abzudecken gewesen seien. Die Kündigung sei deshalb unwirksam.

III. Der Praxistipp

vorsichtige Personalplanung

Die Entscheidung der 5. Kammer des LAG Köln verdient uneingeschränkt Zustimmung. Der Arbeitgeber ist gut beraten, bei seiner Personalbedarfsplanung vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung den Personalbedarf unter Berücksichtigung vorhersehbarer Ausfallzeiten (Urlaube, Betriebsratstätigkeiten, Erkrankungen etc.) zu planen. Sofern die Addition dieser Zeiten darauf hinauslaufen, dass ein Arbeitnehmer dauerhaft als Personalreserve eingesetzt werden kann, können die Vertretungsfälle nicht als Auslastungsspitzen angesehen werden. Es handelt sich um einen Sockelbedarf an Arbeitsleistung. Betriebsbedingte Kündigungen, die den Sockelbedarf an Arbeitsleistung betreffen, sind rechtsunwirksam, sofern Leiharbeitnehmer beschäftigt werden

Dr. Marcus Michels, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

ArbG Emden: Mehrarbeitsvergütung auch bei Duldung von Überstunden ohne positive Kenntnis

1. Es bedarf keiner positiven Kenntnis als Voraussetzung für eine „Duldung" der Leistung etwaiger Überstunden und damit für eine Zurechenbarkeit bzw. arbeitgeberseitige Veranlassung, wenn der sich die Kenntnis der Arbeitszeiten des Arbeitnehmers durch Einsichtnahme in die Arbeitszeiterfassung, zu deren Einführung, Überwachung und Kontrolle er verpflichtet ist, hätte verschaffen können.

2. Aus § 618 Abs. 1 BGB – hilfsweise aus § 241 Abs. 2 BGB – folgt (in europarechtskonformer Auslegung) eine arbeitgeberseitige Verpflichtung zur Messung, Aufzeichnung und Kontrolle der Arbeitszeiten der Arbeitnehmer.

3. Die Vereinbarung sogenannter „Vertrauensarbeitszeit" schließt die arbeitgeberseitige „Veranlassung" in Form einer „Duldung" von Überstunden ebenso wenig aus wie die vertraglich vorgesehene Abgeltung von Überstunden.

[Redaktionelle Leitsätze]

ArbG Emden, Urt. v. 24.9.2020 – 2 Ca 144/20

I. Der Fall

Streitgegenstand: Vergütung von Mehrarbeit

Die Parteien streiten um die Vergütung von Mehrarbeit.

Die Klägerin war in der Zeit vom 2.1.2017 bis zum 31.12.2019 bei der Beklagten, einem Speditions-, Transport- und Logistikunternehmen, als Speditionskauffrau tätig. Ausweislich des Arbeitsvertrages vom 6.12.2016 belief sich ihre Arbeitszeit auf durchschnittlich 40 Stunden pro Woche. Samstagsarbeit erfolgt nach Absprache alle zwei bis drei Wochen und wird zusätzlich vergütet. Ihr Gehalt belief sich auf monat-

lich 3.500,– EUR brutto, wobei für jeden Samstagseinsatz ein pauschaler Zuschlag von 50,– EUR brutto vergütet wurde. Der Arbeitsvertrag sah zudem vor, dass mit dem vereinbarten Gehalt die geleistete Arbeitszeit einschließlich etwaiger Mehrarbeit und Mehrarbeitszuschläge sowie der Zuschläge für die Sonntags-, Feiertagsarbeit und nachts geleistete Arbeit abgegolten sei.

Klageforderung: Überstundenvergütung i.H.v. 20.235,16 EUR

Nach Ausspruch einer Eigenkündigung begehrt die Klägerin nunmehr die Vergütung von Überstunden im Umfang von insgesamt 1.001 Stunden und 9 Minuten, was ausgehend von dem von ihr Ansatz gebrachten Stundensatz einer Klageforderung in Höhe von 20.235,16 EUR entspricht.

Einwände der Beklagten

Die Beklagte hält dem entgegen, die für die Arbeit an Samstagen geforderte Überstundenvergütung (202 Stunden und 13 Minuten) könne vor dem Hintergrund der pauschalen Vergütung für Samstagsarbeit nicht verlangt werden. Zudem fehle es an einer Anordnung der Überstunden, da die in Vertrauensarbeitszeit beschäftigte Klägerin versäumt habe, etwaige Mehrarbeit durch entsprechende selbstgenommene Ausgleichszeiten wieder zu egalisieren und die Beklagte zu keinem Zeitpunkt auf die vermeintlichen Überstunden hingewiesen habe. Schließlich sei der Stundenansatz zu hoch und die Berechnung auch sonst teilweise fehlerbehaftet.

Verfahrensgang

Das ArbG Emden hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben und der Klägerin gemäß § 612 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Zahlung von Überstundenvergütung in Höhe von 20.213,22 EUR brutto für die Leistung von 1.001,15 Überstunden zu 20,19 EUR je Stunde zugesprochen; wegen des darüber hinausgehenden Anspruchs die Klage wegen des von Klägerin in Ansatz gebrachten zu hohen Stundensatzes indes abgewiesen.

II. Die Entscheidung

übliche Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB

Der Anspruch folge aus § 612 Abs. 1 BGB, wonach mangels Bestimmung der Höhe der Vergütung die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist. Diese Vorschrift sei nach der Rechtsprechung des BAG entsprechend anzuwenden, wenn eine in bestimmter Höhe gewährte Arbeitsvergütung nicht den vollen Gegenwert für die erbrachte Dienstleistung darstelle, also (insbesondere) Überstunden oder Mehrarbeit auf diese Weise vergütet werden sollen

Pauschalabgeltungsklausel intransparent

Die arbeitsvertragliche Klausel, nach welcher eine Pauschabgeltung von „Mehrarbeit und Mehrarbeitszuschlägen sowie der Zuschläge für die Sonntags-, Feiertagsarbeit und nachts geleistete Arbeit" vorgesehen ist, sei eine Allgemeine Geschäftsbedingung und daher mangels hinreichender Transparenz gemäß § 307 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2 BGB unwirksam.

vereinbarte Vergütung unzureichend

Der Anspruch der Klägerin auf Überstundenvergütung sei auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil es insoweit an einer berechtigten so genannten „objektiven Vergütungserwartung", geleistete Überstunden würden vergütet, gefehlt hätte. Infolge der Intransparenz der pauschalen Abgeltungsklausel liege die vereinbarte Vergütung in Höhe von monatlich 3.500,– EUR brutto auch unter Berücksichtigung der vereinbarten Samstagszuschläge sowie einer, „jederzeit widerruflichen" „freiwilligen" Zulage, ganz erheblich unter der Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung (ab der das BAG eine pauschale Abgeltung für zulässig erachtet (BAG, Urt. v. 16.5.2012 – 5 AZR 347/11).

Nachweis der Überstunden erbracht

Die Klägerin habe den Nachweis erbracht, im streitgegenständlichen Zeitraum bisher von der Beklagten nicht vergütete Überstunden im Umfang von 1.001 Stunden und 9 Minuten geleistet zu haben.

abgestufte Darlegungs- und Beweislast

Auf der Grundlage der Rechtsprechung des BAG gelte eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast. Der Arbeitnehmer genüge auf der ersten Stufe der Vortragslast, indem er vortrage, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten habe. Auf diesen Vortrag müsse der Arbeitgeber substantiiert erwidern und im Einzelnen vortragen, welche Arbeiten er dem Arbeitnehmer zugewiesen hat und an welchen Tagen dieser von wann bis wann diesen Weisungen - nicht - nachgekommen sei. Auf der zweiten Stufe der Prüfung, ob arbeitnehmerseitig geltend gemachte Überstunden von der Arbeitgeberin zu bezahlen sind, sei sodann zu erörtern, ob der Arbeitgeber etwaige Überstunden zurechenbar bzw. von ihm veranlasst (worden) sind.

Modifizierung der Darlegungs- und Beweislast

Das Bestreiten einer arbeitgeberseitigen „Veranlassung" der streitgegenständlichen Überstunden durch die Beklagte sei vorliegend nicht hinreichend erfolgt. Durch das Urteil des EuGH (v. 14.5.2019 – Rs. C-55/18 [CCOO]) werde die Darlegungslast im Überstundenprozess insoweit modifiziert. Die vom BAG bislang (BAG, Urt. v. 10.4.2013 – 5 AZR 122/12) geforderte – positive – Kenntnis als Voraussetzung für eine „Duldung" der Leistung etwaiger Überstunden und damit für eine Zurechenbarkeit bzw. arbeitgeberseitige Veranlassung sei jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn die Arbeitgeberin sich die Kenntnis der Arbeitszeiten der Arbeitnehmerin durch Einsichtnahme in die Arbeitszeiterfassung, zu deren Einführung, Überwachung und Kontrolle die Arbeitgeberin verpflichtet ist, hätte verschaffen können. Während die Klägerin der ihr obliegenden Darlegungslast sowohl auf der ersten als auch auf der zweiten Stufe in ausreichendem Maße nachgekommen sei, sei die Beklagte dem auf beiden Prüfungsstufen somit nicht hinreichend entgegengetreten mit der Folge, dass dieser Vortrag als gemäß § 138 Abs. 3 ZPO zugestanden zu gelten habe.

III. Der Praxistipp

ArbG Emden, 2.02.2020 – 2 Ca 94/19

Bereits mit – einem ebenfalls Aufsehen erregenden – Urteil vom 20.2.2020 hatte dieselbe Kammer des ArbG Emden entschieden, dass sich die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einrichtung eines objektiven, verlässlichen und zugänglichen Systems zur Arbeitszeiterfassung aus einer unmittelbaren Anwendung von Art. 31 Abs. 2 EU-Grundrechte-Charta, ohne dass es hierzu einer Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber oder einer richtlinienkonformen Auslegung des § 16 Abs. 2 ArbZG bedürfte (ArbG Emden, 20.2.2020 – 2 Ca 94/19).

erweitert Vergütungspflicht von Überstunden durch Duldung

Nun weitet das ArbG Emden auf der Grundlage dieses Verständnisses dies noch aus, indem es die vom BAG bisher geforderte positive Kenntnis als Voraussetzung für eine „Duldung" der Leistung etwaiger Überstunden und damit für eine Zurechenbarkeit für nicht erforderlich erachtet, wenn der Arbeitgeber sich die Kenntnis der Arbeitszeiten des Arbeitnehmers durch Einsichtnahme in die Arbeitszeiterfasung hätte verschaffen können, dies aber nicht getan hat oder nicht (mehr) kann.

mögliche prozessuale Auswirkungen

Auf der Grundlage dieses Verständnisses können sich beachtliche zivilprozessuale Konsequenzen ergeben. Das ArbG Emden vertrat davon ausgehend, dass es sich bei der Verletzung dieser Verpflichtung um eine Nebenpflichtverletzung gemäß § 241 Abs. 2 BGB handele, nämlich die Auffassung, dass dann der unter Vorlage von Eigenaufzeichnungen geleistete Vortrag des Arbeitnehmers, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten habe, regelmäßig gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden zu gelten habe.

singuläre Auffassung

Auch wenn es sich nach dem Urteil des EuGH (v. 14.5.2019 – Rs. C-55/18 [CCOO]) bereits um das zweite Urteil (allerdings desselben Gerichts und derselben Kammer)

handelt, welches die Auffassung vertritt, Art. 31 Abs. 2 EU-Grundrechte-Charta sei unmittelbar anwendbar, ohne dass es hierzu einer Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber oder einer richtlinienkonformen Auslegung des § 16 Abs. 2 ArbZG bedürfte, handelt es sich um eine vereinzelte Auffassung. Mehrheitlich wird davon ausgegangen, dass die EU-Grundrechte-Charta nicht unmittelbar anwendbar sei und die arbeitszeitgesetzlichen Regelungen keiner richtlinienkonformen Auslegung zugänglich seien und daher zunächst der EuGH-Rechtsprechung angepasst werden müssten. Dies ist richtig, da sich weder aus § 618 BGB noch aus § 241 BGB eine über die im Arbeitszeitgesetz vorgesehenen Verpflichtungen hinausgehende Dokumentationspflicht begründen lässt. Auch die Modifizierung der Darlegungs- und Beweislast im Überstundenprozess dahingehend, dass bei bloßer Duldung etwaiger Überstunden auch ohne Kenntnis des Arbeitgebers der Darlegungs- und Beweislast des Arbeitnehmers genügte getan sein soll, geht zu weit. Das ArbG Emden schießt mit seinem Urteil nicht nur mit 17 Leitsätzen und 201 Randziffern deutlich über das Ziel hinaus.

weitere Entwicklung

Es bleibt abzuwarten, ob sich die vom ArbG Emden nunmehr schon wiederholt vertretene Auffassung auf der Grundlage des geltenden Rechts durchsetzen wird. Ebenso bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber noch aktiv wird. Obwohl bereits im Frühjahr zwei Gutachten hierzu bekannt geworden ist, ist insoweit bislang jedenfalls kein Gesetzgebungsvorhaben publik geworden. Es ist daher fraglich, ob dies überhaupt noch in der laufenden Legislaturperiode erfolgen wird oder ob der Gesetzgeber der Auffassung ist, dass kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe. Letztlich ist damit zu rechnen, dass einige der insoweit relevanten Fragen beim EuGH „landen werden"; die Klärung der aus dem CCOO-Urteil folgenden Fragen dürfte daher wohl noch einige Jahre in Anspruch nehmen. In der Zwischenzeit empfiehlt es sich, im Rahmen der Arbeitszeiterfassung eine vorsorgliche Überprüfung dahingehend vorzunehmen, ob sie den Anforderungen des EuGH hinreichend Rechnung trägt.

Dr. Gunther Mävers, Maître en Droit, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln

Terminvorschau BAG

Neue anhängige Rechtsfragen

– BAG 5 AZR 143/19 –

Vergütungsansprüche wegen Equal Pay / AÜG

Vergütungsansprüche wegen des Gleichstellungsgrundsatzes nach dem AÜG (Equal Pay)

Die Parteien streiten über Differenzvergütung unter dem Gesichtspunkt des Equal Pay.

Die Klägerin war vom 4.4.2016 bis zum 4.4.2017 bei der Beklagten als Hilfsarbeiterin beschäftigt. Sie ist Mitglied der Gewerkschaft ver.di, die Beklagte ist Mitglied im Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V. (IGZ).

Der zwischen den Parteien abgeschlossene Arbeitsvertrag enthält eine Bezugnahmeklausel auf Tarifverträge in ihrer jeweils gültigen Fassung, die der IGZ mit einer oder mehreren im Einzelnen aufgezählten Gewerkschaften geschlossen hat oder schließen wird, sowie Regelungen dazu, nach welchen Kriterien der konkret anzuwendende Tarifvertrag bei mehreren in Betracht kommenden Tarifverträgen zu verschiedenen Zeitpunkten zu ermitteln ist.

Vom 1.1. bis zum 26.1.und vom 30.1. bis zum 4.4.2017 war die Klägerin zur Arbeitsleistung an die H. L. AB & Co. KG zur Arbeitsleistung überlassen. Für Januar und

Februar zahlte die Beklagte einen Lohn iHv. 9,– EUR brutto, im März und April i.H.v. 9,23 EUR brutto pro Stunde.

Mit ihrer Klage macht die Klägerin Differenzvergütungsansprüche zwischen dem erhaltenen und dem in dem Entleiherbetrieb für einen vergleichbaren Arbeitnehmer gezahlten Entgelt für den Zeitraum Januar bis April 2017 i.H.v. insgesamt 1.296,72 EUR geltend. Sie ist der Auffassung, im Arbeitsvertrag sei nicht wirksam auf die Anwendung der DGB/IGZ-Tarifverträge verwiesen worden. Das Gestaltungsmittel der Verweisung auf einen Tarifvertrag sei zudem nicht durch die Richtlinie 2008/104/EG gedeckt, was sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte sowie dem Sinn und Zweck von deren Art. 5 Abs. 3 sowie den dort normierten Ausnahmen ergebe. Die Tarifdispositivität von § 9 Nr. 2 AÜG aF bzgl. Equal Pay und Equal Treatment gehe nur so weit, dass der tarifliche Schutz insgesamt gleichwertig sein bzw. die Grundstruktur der Regelung, von der abgewichen werde, erhalten bleiben müsse. Die Richtlinie 2008/104/EG sehe einen Gesamtschutz des Leiharbeitnehmers vor, der nicht mehr gewahrt sei, wenn die Tarifverträge ausschließlich zulasten der Leiharbeitnehmer vom Gleichstellungsgrundsatz oder von sonstigen gesetzlichen Regelungen abwichen.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Vorinstanz: LAG Nürnberg, Urt. v. 7.3.2019 – 5 Sa 230/18

Termin der Entscheidung: 16.12.2020, 10:45 Uhr

Zuständig: Fünfter Senat

– BAG 8 AZR 488/19 –

Differenzvergütung wegen geschlechtsdiskriminierender Vergütung

Differenzvergütung (§ 7 EntgTranspG)

Die Parteien streiten darüber, ob die Beklagte wegen geschlechtsdiskriminierender Vergütung ein höheres Entgelt schuldet.

Die Klägerin, die bereits von 1998 bis 2011 bei der Beklagten beschäftigt war, ist seit Dezember 2017 als Abteilungsleiterin bei der Beklagten tätig. Zwischen 2011 und 2017 war sie bei einem anderen Versicherungsunternehmen – seit 2012 als Abteilungsleiterin – beschäftigt. Bis zum 31. Januar 2019 erhielt die Klägerin eine Vergütung i.H.v. 5.385,40 EUR brutto monatlich zuzüglich einer übertariflichen Zulage i.H.v. 500,– EUR brutto.

Im Juli und August 2018 erteilte die Beklagte der Klägerin auf deren Auskunftsantrag nach dem Entgelttransparenzgesetz zwei Auskünfte. In der Auskunft vom Juli 2018 bezifferte sie den Median des Grundentgelts der männlichen Abteilungsleiter, die – wie die Klägerin – seit 2012 eine Führungsaufgabe ausübten, mit 5.595,– EUR, den Median der übertariflichen Zulage mit 550,– EUR. Mit weiterer Auskunft vom August 2018 gab die Beklagte u.a. den Median aller männlichen Abteilungsleiter „in der VGH" mit 6.292,– EUR an, den Median der Zulage mit 600,– EUR.

Die Abteilungsleiter und Abteilungsleiterinnen der Beklagten unterscheiden sich hinsichtlich der Dauer der Betriebszugehörigkeit, der Dauer der Funktionsausübung, etwaiger früherer Tarifgruppen und früherer Arbeitgeber. Das Durchschnittsgehalt der vergleichbar beschäftigten männlichen Abteilungsleiter liegt um 8 % höher als das der weiblichen Abteilungsleiter. Unter den Abteilungsleitern/Abteilungsleiterinnen ist die am besten bezahlte Person eine Frau.

Terminvorschau BAG

Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin – soweit für die Revision von Bedeutung – für den Zeitraum von August 2018 bis Januar 2019 die Zahlung von Vergütungsdifferenzen zwischen ihrem Entgelt und dem Vergleichsentgelt aller männlichen Abteilungsleiter. Die Klägerin ist der Auffassung, durch die Auskunft der Beklagten sei eine erhebliche Gehaltsungleichheit zwischen den weiblichen und männlichen Abteilungsleitern belegt.

Das Arbeitsgericht hat dem Zahlungsantrag stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision begehrt die Klägerin weiterhin die Zahlung der eingeklagten Vergütungsdifferenzen.

Vorinstanz: LAG Niedersachsen, Urt. v. 1.8.2019 – 5 Sa 196/19

Termin der Entscheidung: 21.1.2020, 11:00 Uhr

Zuständig: Achter Senat

Impressum

Herausgeber:
michels.pmks Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Hohenstaufenring 57
50674 Köln
Tel.: +49-221-50003-5
Fax: +49-221-50003-636

Über die Kanzlei:
michels.pmks Rechtsanwälte ist eine Boutique mit Schwerpunkten auf dem Arbeitsrecht sowie dem Gesundheitsrecht. Mit acht Rechtsanwälten beraten wir vom Standort Köln aus bundesweit zu allen Fragen des Arbeitsrechts.

Erscheinungsweise:
10x jährlich, nur als PDF, nicht im Print.

Bestellungen:
Über den Verlag unter
https://kostenlos.anwaltverlag.de/fachgebiete/arbeitsrecht.

DeutscherAnwaltVerlag

Rochusstraße 2–4 · 53123 Bonn
Tel.: 02 28-9 19 11-52 · Fax: 02 28-9 19 11-23

Ansprechpartnerin im Verlag: Anne Krauss

Hinweis:
Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Infobrief enthaltenen Ausführungen.

Hinweise zum Urheberrecht:
Die Inhalte dieses Infobriefs wurden mit erheblichem Aufwand recherchiert und bearbeitet. Sie sind für den Abonnenten zur ausschließlichen Verwendung zu internen Zwecken bestimmt. Dementsprechend gilt Folgendes:

- Die schriftliche Verbreitung oder Veröffentlichung (auch in elektronischer Form) der Informationen aus diesem Infobrief darf nur unter vorheriger schriftlicher Zustimmung durch die Deutscher Anwaltverlag & Institut der Anwaltschaft GmbH erfolgen. In einem solchen Fall ist der Deutsche Anwaltverlag als Quelle zu benennen.
- Unter „Informationen" sind alle inhaltlichen Informationen sowie bildliche oder tabellarische Darstellungen von Informationen aus diesem Infobrief zu verstehen.
- Jegliche Vervielfältigung der mit dem Infobrief überlassenen Daten, insbesondere das Kopieren auf Datenträger sowie das Bereitstellen und/oder Übertragen per Datenfernübertragung ist untersagt. Ausgenommen hiervon sind die mit der Nutzung einhergehenden, unabdingbaren flüchtigen Vervielfältigungen sowie das Herunterladen oder Ausdrucken der Daten zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch. Vom Vervielfältigungsverbot ausgenommen ist ferner die Erstellung einer Sicherheitskopie, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzungen des Infobriefs zum vertraglich vorausgesetzten, ausschließlich persönlichen Gebrauch notwendig ist. Sicherungskopien dürfen nur als eine solche verwendet werden.
- Es ist nicht gestattet den Infobrief im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit Dritten zur Verfügung zu stellen, sonst zugänglich zu machen, zu verbreiten und/oder öffentlich wiederzugeben.