

*Sehr geehrte Damen und Herren,
heute wenden wir uns wieder dem Arbeitsrecht zu.*

Die beiden ersten Beiträge sollen der Vorsorge und Vorbeugung dienen. Durch entsprechende vertragliche Gestaltung kann verhindert werden, dass eine weitere Entscheidung des EuGH zusätzliche finanzielle Belastungen für die Arbeitgeber begründet. Im Zusammenhang mit der betrieblichen Übung gilt es zu vermeiden, dass gutgemeinte Wohltaten des Arbeitgebers ungewollt zu Pflichten werden.

Der Impuls zu den Beiträgen über Rahmenbedingungen für die wechselseitige Haftung von Arbeitnehmer und Arbeitgeber heißt „FAQ“.

Mit großer Freude dürfen wir ankündigen, dass unsere allseits geschätzte Kollegin Beate Carroccia nach der Geburt ihrer Tochter Paula und einer einjährigen Elternzeit in Kürze ihre aktive Tätigkeit in unserer Kanzlei wieder aufnehmen wird.

Mit freundlichen Grüßen



Detlef Thiery



JR Gertrud Thiery



Beate Carroccia



Kristin Haas



*Detlef Thiery
Rechtsanwalt*



*Justizrätin Gertrud Thiery
Fachanwältin für Arbeitsrecht*



*Beate Carroccia
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Fachanwältin für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht*



*Kristin Haas M.A.
Rechtsanwältin, M.A.*



Provisionsanspruch während des Urlaubs



Viele Arbeitnehmer erhalten neben ihrem Festgehalt erfolgsabhängige Verkaufs-, Abschluss- oder Umsatzprovisionen als Teil ihres laufenden Gehaltes. Machen solche Arbeitnehmer Urlaub, hat ihre Urlaubsabwesenheit meistens zunächst einmal keine Auswirkungen auf die Vergütung, wohl aber einige Zeit später, weil sie während ihres Urlaubs keine provisionspflichtigen Geschäfte abschließen und deshalb keine nachzuzahlenden Provisionsansprüche erwerben können.

Dies ist jedoch mit den Vorgaben des Europarechtes nicht vereinbar, so der Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) in einem aktuellen Gutachten (Schlussanträge des Generalanwaltes beim EuGH vom 05.12.2013, Rs.C-539/12 Lock vs. British Gas).

Was hat bisher gegolten?

Die während des Urlaubs zu zahlende Vergütung (Urlaubsentgelt) bemisst sich gem. § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG nach dem Verdienst, welches der Arbeitnehmer in den letzten 13 Wochen vor Beginn des Urlaubs erhalten hat. Zu diesem Verdienst gehören nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte auch Verkaufs-, Abschluss- oder Umsatzprovisionen, wenn sie als Teil des regulären Gehaltes laufend abgerechnet und ausbezahlt werden.

Das klingt zunächst einmal logisch und gerecht.

Wie kam es zu dem Verfahren vor dem EuGH?

Ein britischer Arbeitnehmer, der mit einem Festgehalt und einer regelmäßigen Provision vergütet wird, erhob Klage gegen seinen Arbeitgeber, mit welcher er weiteres Urlaubsgeld beansprucht. Seine Argumentation war: *weiter auf S. 2*

(Fortsetzung von Seite 1)

Während seines Urlaubs hat er keine Arbeit verrichtet und deshalb für diese Zeit keine Provisionsansprüche begründen können. Die während des Urlaubs gezahlte Provision sei in Wirklichkeit kein Urlaubsentgelt, weil er diese ja bereits vor dem Urlaub erarbeitet, d. h. verdient habe.

Das englische Arbeitsgericht konnte sich dieser Argumentation nicht verschließen und legte den Vorgang dem EuGH zur Prüfung nach Gemeinschaftsrecht vor.

Wie wird es weitergehen?

In dem Verfahren vor dem EuGH hat der Generalanwalt am 05.12.2013 seine Schlussanträge gestellt mit dem Ergebnis, dass die Berechnung des Urlaubsentgeltes durch den Arbeitgeber unzureichend war. Festgemacht wurden diese Schlussanträge jedoch nicht (nur) an tatsächlichen und fiktiven Berechnungen verdienter und versäumter Provisionsansprüche. Das entscheidende Argument war, dass Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG jeden finanziellen Anreiz verhindern will, der Arbeitnehmer vom Urlaub abhalten könnte. Da aber der im Streitfall offensichtliche finanzielle Folgeschaden des Urlaubs ein Anreiz für den Arbeitnehmer sein könnte, auf seinen Urlaub zu verzichten, muss es einen finanziellen Ausgleich für die während des Urlaubs entgangenen provisionspflichtigen Geschäftsabschlüsse geben.

Da der EuGH in den meisten Fällen den Entscheidungsvorschlägen der Generalanwälte folgt, ist zu erwarten, dass der Gerichtshof die Benachteiligung von provisionsberechtigten Arbeitnehmern durch den Ausfall neuer provisionspflichtiger Geschäfte während des Urlaubs demnächst in Form eines Urteils als Verstoß gegen Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG bewerten wird.

Vor diesem Hintergrund ist § 11 Abs. 1 S. 1 BURlG künftig richtlinienkonform so auszulegen und anzuwenden, dass provisionsberechtigte Arbeitnehmer einen Ausgleich für urlaubsbedingte wegfallende Provision erhalten müssen. Es wird dann Aufgabe der Rechtsprechung sein, diesen Gedanken weiter zu entwickeln und herauszuarbeiten, auf welche Weise den provisionsberechtigten Arbeitnehmern ein finanzieller Ausgleich beschafft wird.

Für neu abzuschließende Arbeitsverträge mit Provisionsvergütung empfiehlt es sich schon vorbeugend hierfür eine Regelung aufzunehmen. Dem in der juristischen Literatur bereits angedachten Weg, den Referenzzeitraum über 13 Wochen hinaus auf sechs oder zwölf Monate zu erstrecken, halten wir für ungeeignet, weil auf diese Weise die während des Urlaubs entstehende „Provisionslücke“ nicht geschlossen werden kann.

Der kommt den Göttern am nächsten, der auch dann schweigen kann, wenn er im Recht ist.
(Marcus Portius Cato)

Die betriebliche Übung

Rechte und Pflichten in einem Arbeitsverhältnis entstehen hauptsächlich durch Gesetz, Vertrag und Tarifvertrag. Daneben gibt es auch die sog. betriebliche Übung, welche in gleicher Weise Rechte und Ansprüche begründen kann.

Unter einer betrieblichen Übung versteht man die regelmäßige Wiederholung bestimmter gleichförmiger Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aufgrund deren die Arbeitnehmer darauf vertrauen können, dass ihnen eine bestimmte Vergünstigung auf Dauer gewährt werden soll.

Eine betriebliche Übung ergänzt den individuellen (schriftlichen oder mündlichen) Arbeitsvertrag. Aus ihr können alle Arbeitnehmerrechte und –ansprüche folgen, welche Gegenstand eines Arbeitsverhältnisses sein können. Zumeist sind dies Zahlungsansprüche oder sonstige Ansprüche auf geldwerte Vorteile.

Ein gutes Beispiel für eine betriebliche Übung ist eine über mehrere Jahre hinweg in der gleichen Höhe oder auf Grundlage der gleichen Berechnung vom Arbeitgeber bewilligte jährliche Sonderzahlung, auf die die begünstigten Arbeitnehmer an sich keinen arbeitsvertraglichen oder aus Tarifvertrag folgenden Anspruch haben. Die Leistung wird also „einfach so“, d. h. ohne diesbezügliche Vereinbarung gewährt.



Andere Beispiele für betriebliche Übungen sind die Anwendung bestimmter Tarifverträge zugunsten der Arbeitnehmer, die Gewährung von Jubiläumsgeld oder von Essensgeld – oder Fahrtkostenzuschüssen, die Übernahme von Fortbildungskosten oder auch die Bereitstellung eines Parkplatzes. Sogar wirtschaftlich sehr bedeutsame Dinge wie die Zusage von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung können auf einer betrieblichen Übung beruhen.

Hier nimmt die Rechtsprechung an, dass nach einer über mindestens drei Jahre währenden Zahlung in gleichförmiger Weise eine betriebliche Übung entstanden ist. Das bedeutet für die hiervon begünstigten Arbeitnehmer, dass sie ab dem vierten Jahr eine den vorherigen Zahlungen entsprechende Leistung rechtlich beanspruchen können. Die betriebliche Übung hat das Entstehen eines Rechtsanspruchs auf die Leistung zur Folge.

Kann der Arbeitgeber das Entstehen einer betrieblichen Übung verhindern?

Ja und zwar auf verschiedenen Wegen:

Entweder achtet er darauf, dass die von ihm ohne vertragliche Grundlage gewährten Vergünstigungen nicht regelmäßig und nicht immer in derselben Höhe bzw. auf Grundlage derselben Berechnung erbracht werden. Dann fehlt es an der notwendigen „Gleichförmigkeit“ der Vergünstigung. Eine andere Möglichkeit ist die mit der Leistung verbundene ausdrückliche Erklärung, dass die Leistung „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ erfolge bzw. „keinen Rechtsanspruch für die Zukunft begründen“ solle.



Kann eine einmal entstandene betriebliche Übung wieder beseitigt werden?

Eine einseitige Beseitigung einer einmal entstandenen betrieblichen Übung ist kaum möglich. Der Arbeitgeber muss entweder auf eine einvernehmliche Aufhebung der betrieblichen Übung hinwirken oder notfalls – wenn die Voraussetzungen hierfür gegeben sind – eine Änderungskündigung aussprechen.

Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes gab es die Möglichkeit der negativen bzw. gegenläufigen Betriebsübung. Diese lag dann vor, wenn der Arbeitgeber nach einem bestimmten Turnus die Leistung mit dem Hinweis verbindet, dass er die bisher bestehende Betriebsübung ändern bzw. den daraus folgenden Rechtsanspruch beseitigen will. Nach drei Jahren war dann die Betriebsübung beendet. Diese Rechtsprechung hat das BAG jedoch im Jahre 2009 ausdrücklich aufgegeben.

Eine Beseitigung durch Widerruf ist seitdem nur dann möglich, wenn der Arbeitgeber sich diesen ausdrücklich und unmissverständlich vorbehalten hat.

Noch nicht einmal durch eine Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat kann eine betriebliche Übung aus der Welt geschafft werden, weil die Rechte aus betrieblichen Übungen Bestandteil des individuellen Arbeitsvertrages werden und der Betriebsrat nicht die Rechtsmacht hat, in Einzelverträge zugunsten der Arbeitnehmer einzugreifen.

Bei freiwilligen Leistungen sollte der Arbeitgeber deshalb unbedingt seine eigenen Interessen im Auge behalten und durch entsprechende Formulierung in Arbeitsverträgen bzw. durch entsprechende Erklärungen das Entstehen von betrieblichen Übungen von vornherein vermeiden.

Die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber

Hier gelten zunächst die allgemeinen Grundsätze des BGB. Voraussetzung für eine Schadensersatzpflicht ist es,

- dass der Arbeitnehmer gegen rechtliche Pflichten verstoßen hat,
- dass dadurch ein Schaden verursacht wurde und
- dass der Pflichtverstoß schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) begangen wurde.

Die erste Haftungsvoraussetzung ist in den meisten Schadensfällen gegeben, weil die arbeitsvertraglichen Pflichten eines Arbeitnehmers weit gespannt sind. Auch Übermüdung, Arbeitsüberlastung etc. ändern in der Regel erst einmal nichts daran, dass praktisch jeder schadenstiftende Fehler, der einem Arbeitnehmer unterlaufen kann, zugleich eine Verletzung rechtlicher Pflichten darstellt.

Mit dieser durchaus beängstigenden Ausgangslage lässt die Rechtsprechung die Arbeitnehmer aber nicht alleine stehen. Für Schäden, die ein Arbeitnehmer durch eine betrieblich veranlasste Tätigkeit verursacht, unterscheidet die Rechtsprechung zunächst einmal nach dem Grad des Verschuldens zwischen

- Vorsatz
- grober Fahrlässigkeit
- mittlerer Fahrlässigkeit und
- leichteste Fahrlässigkeit

um dann noch die besonderen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Dies besagt:

Bei Vorsatz haftet der Arbeitnehmer in vollem Umfang ohne jede Möglichkeit der Haftungserleichterung.

Grobe Fahrlässigkeit besagt, dass der Arbeitnehmer naheliegende Sorgfaltsregeln außer Acht gelassen hat. Man muss förmlich die Hände über dem Kopf zusammenschlagen, wenn man von dem Schadensereignis und seinen Umständen erfährt.

Hier ist eine Haftung in hohem Maße und grundsätzlich ebenfalls in vollem Umfang gegeben. Die Rechtsprechung lässt aber zwei Ausnahmen gelten: Zum einen, wenn der Schaden außer Verhältnis zu dem Arbeitsverdienst steht und der Arbeitnehmer gewissermaßen sein Leben lang mit der Ersatzpflicht belastet wäre, und zum anderen, wenn der Arbeitgeber selbst etwas zur Schadenshöhe beigetragen hat z. B. indem er es unterlassen hat durch eine wirtschaftlich zumutbare Versicherung vorzubeugen. Diese Ausnahmefälle können ggf. zu einer erheblichen Haftungsbeschränkung führen.

Die weitere Abstufung der Fahrlässigkeitsgrade ist schwierig, aber von erheblicher Bedeutung, weil im Falle leichtester Fahrlässigkeit jede Haftung des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist.

weiter auf S. 4

(Fortsetzung von Seite 3) Von mittlerer Fahrlässigkeit ist die Rede, wenn der Arbeitnehmer die übliche Sorgfalt, die jeder andere normalerweise an den Tag legen würde, außer Acht lässt, also nicht nur – wie im Falle der leichtesten Fahrlässigkeit, ein ganz geringes Verschulden vorzuwerfen ist. Bei mittlerer Fahrlässigkeit findet eine Aufteilung des Schadens zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer statt. Kriterien hierfür sind z. B.

- die objektive Gefährlichkeit der Arbeit (Gefahrengeignetheit),
- die Höhe des Schadens,
- die Vergütung des Arbeitnehmers,
- die Stellung des Arbeitnehmers in der Betriebs-hierarchie,
- die Möglichkeit des Arbeitgebers, dem Schaden durch eine Versicherung vorzubeugen,
- der bisherige Verlauf des Arbeitsverhältnisses.

All diese und noch weitere Umstände können jeder für sich oder in der Summe zu einer Herabsetzung der Arbeitnehmerhaftung führen, im Extremfall sogar soweit, dass der Arbeitnehmer gänzlich entlastet wird.

In der Praxis sind die Fälle des Vorsatzes und der leichtesten Fahrlässigkeit eher selten. Die Rechtsprechung hat sich dementsprechend zumeist mit Fragen zur groben und mehr noch zur mittleren Fahrlässigkeit zu befassen.

Sowohl bei der Abgrenzung zwischen diesen Fahrlässigkeitsgraden als auch bei der Wertung der in diesem Rahmen festzustellenden Fahrlässigkeitsstufe spielen die besonderen Umstände des einzelnen Falles die entscheidende Rolle.

Zur Evaluierung eines Schadensfalles kann deshalb nur auf Einzelfallentscheidungen zurückgegriffen werden. Allgemein verbindliche Richtlinien über die vorstehenden Ausführungen hinaus sind nicht gegeben.

Umso mehr lohnt sich die anwaltliche Beratung im Schadensfall.

Haftungsausschluss

Der Inhalt unseres Newsletters ist nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt worden. Die Komplexität und der ständige Wandel der Rechtsmaterie machen es notwendig, Haftung und Gewähr auszuschließen. Der Newsletter ersetzt nicht die individuelle persönliche Beratung.

Impressum:

Herausgeber: Rechtsanwälte Thiery & Thiery
Bahnhofstraße 1 · D-66111 Saarbrücken
Telefon: 0681-958 15 0 · Telefax: 0681-958 15 19
E-mail: thiery@rathieri.de · www.rathieri.de
Fotos: Archiv Demetz, Photolia.de, Photocase.de
Produktion: Druckerei Demetz, St. Ingbert, demetz.de

Das Gegenstück:

Die Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer:

Auch hier gelten die im vorangegangenen Beitrag aufgezeigten allgemeinen Voraussetzungen für eine Schadensersatzpflicht.

Zugunsten des Arbeitgebers ist jedoch der weitgreifende Haftungsausschluss des § 104 Abs. 1. S. 1 SGB VII zu berücksichtigen. Danach haftet der Arbeitgeber nicht (auch nicht für Schmerzensgeld), wenn der Schaden

- in einem Personenschaden besteht,
- auf einen Versicherungsfall im Sinne des gesetzlichen Unfallversicherungsrechts zurückzuführen ist und
- der Arbeitgeber diesen Personenschaden oder Versicherungsfall nicht vorsätzlich herbeigeführt hat.

Der Grund für diesen gesetzlichen Haftungsausschluss liegt darin, dass der Arbeitnehmer in diesen Fällen durch die gesetzliche (und möglicherweise auch zusätzlich abgeschlossene privatwirtschaftliche) Unfallversicherung entschädigt wird. Der Haftungsausschluss ist das Gegenstück dazu, dass der Arbeitgeber die Beiträge zur Unfallversicherung finanziert.

Nicht erfasst werden jedoch Sach- und Vermögensschäden des Arbeitnehmers. Hier bleibt es bei der Haftung des Arbeitgebers, wobei eine Mithaftung des Arbeitnehmers schadensmindernd in Betracht kommen kann.

Zu ergänzen wäre, dass der Arbeitgeber (als Einzelperson oder als juristische Person) nicht nur für eigene Pflichtverletzungen oder die seiner gesetzlichen Vertreter, sondern auch für schuldhaftige Handlungen und Unterlassungen seiner sog. Erfüllungsgehilfen haftet. Hierzu gehören andere Arbeitnehmer, freie Mitarbeiter, externe Dienstleister etc.

Anders als der Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber auch zum Schadensersatz verpflichtet sein, wenn ihm keinerlei Verschulden vorzuwerfen ist. Dies gilt z. B. wenn ein betriebsfremder Dritter dem Arbeitnehmer während der vertraglichen Arbeitstätigkeit einen Schaden zufügt. Ein Beispiel hierfür wäre z. B. die Beschädigung eines dienstlich genutzten Pkw des Arbeitnehmers.

Von der Haftung im letzteren und in vergleichbaren Beispielen ist der Arbeitgeber nur dann befreit, wenn das Risiko des Arbeitnehmers durch Zahlung einer entsprechenden Zulage bereits abgedeckt ist. Im Übrigen kann sich auch hier die Frage des Mitverschuldens auf Seiten des Arbeitnehmers stellen mit der Folge der Haftungs-erleichterung des Arbeitgebers bis hin zur Haftungs-befreiung.