

Liebe Leserinnen und Leser,

in der letzten Ausgabe der PA in diesem Jahr stelle ich Ihnen zwei interessante Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vor.

Ihr Rechtsanwalt Stefan von Zduowski, Fachanwalt für Arbeitsrecht

## 1 Zählen Leiharbeiter bei der Berechnung der Arbeitnehmerzahl für Massenentlassung?

BAG, Beschluss vom 16.11.2017 (2 AZR 90/17 (A)), Pressemitteilung Nr. 51/17

Die Frage ist durchaus sehr praxisrelevant, denn es kann nicht nur die ganz großen Unternehmen treffen, wie das Wort "Massenentlassung" zunächst vermuten lassen würde. Bereits in Betrieben mit mehr als 20 und weniger als 60 Mitarbeitern ist nach § 17 Abs. 1 KSchG eine Massenentlassungsanzeige zu erstatten, wenn mehr als 5 Arbeitnehmer innerhalb von 30 Kalendertagen gekündigt werden. Ab z. B. 60 Mitarbeitern und weniger als 250 Mitarbeitern ist die Anzeigepflicht ausgelöst, wenn 10% der Arbeitnehmer in dieser Zeitspanne entlassen werden. Fraglich ist nun, ob die im Betrieb eingesetzten Leiharbeiter zu der Gesamtanzahl der Mitarbeiter hinzugezählt werden. Wichtig ist dies deshalb, weil ohne Massenentlassungsanzeige ausgesprochene Kündigungen unwirksam sind.

Im vorliegenden Fall hat die beklagte Arbeitnehmerin 120 festangestellte Mitarbeiter beschäftigt und 12 Mitarbeiter entlassen. Der entlassene Kläger meint daher, dass 10% der Arbeitnehmer betroffen waren und somit die Verpflichtung zur Massenentlassungsanzeige ausgelöst war. Die Beklagte ist der Ansicht, dass die vier von ihr eingesetzten Leiharbeiter

zur Gesamtmitarbeiteranzahl hinzugechnet werden müssten, so dass die 10%-Grenze bei 124 Mitarbeitern noch nicht erreicht war. Das Arbeitsgericht folgte noch der Argumentation der Arbeitgeberin, was das LAG Düsseldorf allerdings anders sah.

Das BAG sah sich außerstande, diese Frage selbst zu entscheiden, weil die gesetzliche Regelung in § 17 KSchG auf der Umsetzung einer EG-Richtlinie beruht. Es hat die Frage daher dem EuGH im Wege des Vorabentscheidungsersuchens vorgelegt. In der Pressemitteilung heißt es dazu:

*"... Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts hat mit Beschluss vom heutigen Tage entschieden, den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV um die Beantwortung von Fragen zur Auslegung von Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 Buchst. a der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen zu ersuchen. Für den Senat ist entscheidungserheblich, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen Leiharbeiter bei der Bestimmung der Zahl der in einem Betrieb be-*

*schäftigten Arbeitnehmer iSd. § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KSchG zu berücksichtigen sind.\* Für die Beantwortung der Fragen ist der Gerichtshof der Europäischen Union zuständig. Die Regelung in § 17 KSchG über anzeigepflichtige Massenentlassungen dient der Umsetzung der Richtlinie 98/59/EG."*

Man kann gespannt sein, wie sich der EuGH zu dieser Frage stellen wird. Ich vermute, dass die Leiharbeiter hinzuzuzählen sein werden.

Wenn der EuGH aber die Ansicht vertreten sollte, dass die Leiharbeiter nicht hinzuzuzählen sind, würde dies für den Arbeitgeber in diesem Fall bedeuten, dass die zwölf ausgesprochenen Kündigungen unwirksam wären. Nach dem Aktenzeichen des LAG zu urteilen, stammen die Kündigungen aus dem Jahr 2014 oder 2015, so dass zwischenzeitlich erhebliche Annahmeverzugslohnansprüche der Arbeitnehmer angewachsen sind. Allerdings ist mir nicht bekannt, ob außer dem Kläger sich noch weitere Mitarbeiter gegen ihre Kündigungen gewandt hatten und diese Verfahren noch offen sind.

## 2 Verdeckte Ermittlung gegen Arbeitnehmer nicht nur zur Aufklärung einer Straftat zulässig

BAG, Urteil vom 29.06.2017 (2 AZR 597/16)

Dieses bereits aus Juni 2017 stammende und sorgfältig begründete Urteil ist eine der wenigen Entscheidungen, die sich mit den Auswirkungen des Bundesdatenschutzgesetzes befassen und ist deswegen interessant, weil das BAG eine – in diesem Fall detektivische – Überwachung eines Arbeitnehmers nicht nur zur Aufklärung einer Straftat, sondern auch einer schwerwiegenden arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung für zulässig erachtet. Der Leitsatz der Entscheidung lautet:

*"Eine vom Arbeitgeber veranlasste verdeckte Überwachungsmaßnahme zur Aufdeckung eines auf Tatsachen gegründeten konkreten Verdachts einer schwerwiegenden Pflichtverletzung des Arbeitnehmers kann nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG zulässig sein."*

Das LAG Baden-Württemberg hatte zuvor noch einen Verstoß gegen das BDSG gesehen:

*"... Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, den von der Beklagten behaupteten Erkenntnissen aus den Beobachtungen des Detektivs dürfe nicht über eine Beweiserhebung nachgegangen werden. Die Detektivermittlungen seien weder nach § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG noch nach Satz 2 der Bestimmung zulässig gewesen. Unter § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG fielen nur solche Maßnahmen, die nicht auf die Entdeckung konkret Verdächtiger gerichtet seien. Hier seien die Beobachtungen jedoch zielgerichtet nur gegen den Kläger wegen eines bereits bestehenden konkreten Verdachts erfolgt. Die Maßnahme habe deshalb den Voraussetzungen gem. § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG genügen müssen. Daran fehle es. Die Datenerhebung sei nicht aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte erfolgt, die den Verdacht einer im Beschäftigungsverhältnis begangenen Straftat begründeten. ..."*

Das ließ das BAG indes nicht gelten:

*... Unzutreffend ist allerdings die Annahme des Landesarbeitsgerichts, eine anlassbezogene Datenerhebung durch den Arbeitgeber könne ausschließlich nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG zulässig sein ... Danach kommt im Streitfall, selbst wenn nicht die Aufdeckung einer im Beschäftigungsverhältnis begangenen Straftat iSd. § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG in Rede gestanden haben sollte, entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts eine Rechtfertigung der durch die Beklagte veranlassten Überwachungsmaßnahme zu Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses iSd. § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG in Betracht. ..."*

### IMPRESSUM

Herausgeber und Bearbeiter:  
Rechtsanwalt Stefan von Zduowski  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Ludwigkirchplatz 2  
10719 Berlin-Wilmersdorf  
www.praxiswissen-arbeitsrecht.de