

Zu den Modalitäten der Führung und Aufbewahrung der Personalunterlagen

[71] Die belgischen Rechtsvorschriften über die Modalitäten der Führung und Aufbewahrung der Unterlagen durch einen in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Arbeitgeber weisen drei Aspekte auf. Erstens müssen danach die Personalunterlagen, wenn der Arbeitgeber Arbeitnehmer in Belgien beschäftigt, entweder an einem der Arbeitsorte oder am belgischen Wohnsitz einer natürlichen Person geführt werden, die diese Unterlagen als Bevollmächtigter oder Aufsichtsperson des Arbeitgebers führt.

[72] Zweitens müssen die Personalunterlagen, wenn der Arbeitgeber keine Arbeitnehmer mehr in Belgien beschäftigt, im Original oder in reproduzierter Form fünf Jahre lang am belgischen Wohnsitz des Bevollmächtigten oder der Aufsichtsperson aufbewahrt werden.

[73] Schließlich ist den nationalen Behörden die Identität des Bevollmächtigten oder der Aufsichtsperson vorab mitzuteilen, gleichgültig, ob der Betreffende für die Führung oder für die Aufbewahrung der Unterlagen bestimmt ist.

[74] Aus den bereits in den Tz. 61 bis 63 des vorliegenden Urteils angegebenen Gründen können es die Erfordernisse einer effektiven Kontrolle durch die Behörden des Aufnahmemitgliedstaats rechtfertigen, dass ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiger Arbeitgeber, der Dienstleistungen im Aufnahmemitgliedstaat erbringt, verpflichtet wird, bestimmte Unterlagen auf der Baustelle oder zumindest an einem zugänglichen und klar bezeichneten Ort im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats für diese Behörden bereitzuhalten.

[75] Das nationale Gericht hat unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, für welche Unterlagen eine solche Verpflichtung gelten muss.

[76] Handelt es sich wie im vorliegenden Fall um eine Verpflichtung, bestimmte Unterlagen am Wohnsitz einer im Aufnahmemitgliedstaat wohnenden natürlichen Person bereitzuhalten und aufzubewahren, die diese Unterlagen als vom Arbeitgeber bestimmter Bevollmächtigter oder von ihm bestimmte Aufsichtsperson führt, auch nachdem der Arbeitgeber die Beschäftigung von Arbeitnehmern in diesem Staat eingestellt hat, so genügt es zur Rechtfertigung einer solchen Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht, dass das Vorhandensein derartiger Unterlagen im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats geeignet ist, die Erfüllung der Überwachungsaufgabe der Behörden dieses Staates im Allgemeinen zu erleichtern. Es ist außerdem erforderlich, dass diese Behörden ihre Überwachungsaufgabe nicht wirksam erfüllen können, ohne dass das Unternehmen in diesem Mitgliedstaat über einen Bevollmächtigten oder eine Aufsichtsperson verfügt, die die betreffenden Unterlagen aufbewahrt (in diesem Sinne EuGH, Urt. v. 4.12.1986 in der Rs. 205/84, Slg. 1986, 3755, Tz. 54 – Kommission/Deutschland).

[77] Was insbesondere die Verpflichtungen angeht, die Personalunterlagen fünf Jahre lang im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats sowie am Wohnsitz einer natürlichen Person unter Ausschluss juristischer Personen aufzubewahren, so können derartige Erfordernisse jedenfalls nicht gerechtfertigt sein.

[78] Die Kontrolle der Beachtung der mit dem sozialen Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes zusammenhängenden Regelungen kann nämlich durch weniger einschränkende Maßnahmen sichergestellt werden. Wie der Generalanwalt in Nr. 88 seiner Schlussanträge festgestellt hat, können, wenn der in einem anderen Mitgliedstaat ansässige Arbeitgeber keine Arbeitnehmer mehr in Belgien beschäftigt, die Personalunterlagen mit den Personalregistern und persönlichen Konten oder die gleichwertigen Unterlagen, die das Unternehmen nach den Rechtsvorschriften des Niederlassungsmitgliedstaats erstellen muss, oder eine Kopie dieser Unterlagen den nationalen Behörden zugesandt werden, die sie kontrollieren und gegebenenfalls aufbewahren könnten.

[79] Im Übrigen wird das organisierte System der Zusammenarbeit oder des Informationsaustausches zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 4 der Richtlinie 96/71/EG es demnächst überflüssig machen, die Unterlagen im Aufnahmemitgliedstaat aufzubewahren, nachdem der Arbeitgeber dort keine Arbeitnehmer mehr beschäftigt.

Anmerkung:

1. In der vorstehend abgedruckten Entscheidung hatte sich der EuGH erneut mit der Entsendeproblematik zu befassen. Das Urteil bezieht sich ausschließlich auf primäres Gemeinschaftsrecht; die Entsenderichtlinie 96/71/EG v. 16.12.1996 (ABl. 1997 Nr. L 18/1) war nicht einschlägig, da es um Vorgänge aus den Jahren 1991 bis 1993 ging. Durch die Aussagen des Gerichtshofs werden jedoch wichtige „Markierungspunkte“ gesetzt, die nicht zuletzt auch für das vom ArbG Wiesbaden (NZA-RR 1998, 217) eingeleitete Vorabentscheidungsverfahren von Bedeutung sind, in dem es unter anderem um die Vereinbarkeit der Entsenderichtlinie und des deutschen Entsendegesetzes mit der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff. EGV (ehemals Art. 59 ff.) geht.

2. Der EuGH definiert in Tz. 33 zunächst den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit. In Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung sieht er in dieser kein reines Diskriminierungs-, sondern darüber hinaus ein Beschränkungsverbot. Dieses besitzt allerdings keinen generellen Charakter, etwa im Sinne einer gemeinschaftsrechtlichen Gewerbefreiheit. Vielmehr erfassen die Art. 49 ff. EGV nur solche Beschränkungen, die „geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen“ (Tz. 33). Nicht jede nationale Regelung ist daher am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zu überprüfen, sondern nur eine solche, die die beschriebene „Schlagseite“ besitzt.

Liegt ein „Eingriff“ in diesem Sinne vor, so stellt sich das Problem seiner eventuellen Rechtfertigung. Der EuGH entwickelt dazu bestimmte Grundsätze, die man in Deutschland als „Schrankensystematik“ bezeichnen würde. Elementare Voraussetzung ist, dass es sich um eine generelle Regelung handelt, die für alle im Aufnahmemitgliedstaat tätigen Personen oder Unternehmen gilt (Tz. 34). Alles andere wäre Diskriminierung. Notwendig ist weiter, dass „zwingende Gründe des

Allgemeininteresses“ für die Regelung sprechen. Dazu gehört – wie der EuGH unter Zitiierung seiner früheren Rechtsprechung betont (Tz. 36) – auch der Schutz der Arbeitnehmer, insbesondere der im Baugewerbe Tätigen. Die Eingriffsnorm muss weiter verhältnismäßig in dem Sinne sein, dass sie zur Zielverwirklichung „geeignet“ ist und nicht über das hinausgeht, „was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist“ (Tz. 35). Ob das Schutzbedürfnis der betroffenen Arbeitnehmer die Intensität des Eingriffs rechtfertigt (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn), wird als Kriterium nicht genannt; insofern dürfte der nationale wie der europäische Gesetzgeber in seiner Einschätzung frei sein. An der Erforderlichkeit fehlt es, wenn das in Frage stehende Interesse bereits durch die Vorschriften geschützt ist, die im Heimatstaat des Dienstleistungserbringers gelten (Tz. 34). Auch reichen rein administrative Erwägungen, etwa solche, die die Überprüfung für die Behörden des Einsatzstaates bequemer machen, nicht aus (Tz. 37), doch dürfen selbstredend Kontrollmaßnahmen vorgesehen werden, die der wirksamen Umsetzung der im Allgemeininteresse liegenden Normen dienen (Tz. 38).

Die dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende belgische Regelung wird nun Schritt für Schritt diesem „Prüfprogramm“ unterworfen.

3. Was das wichtige Thema der auch für entsandte Arbeitskräfte geltenden Mindestlöhne betrifft, so verweist der EuGH auf seine bisherige Rechtsprechung: Das Gemeinschaftsrecht verwehre es den Mitgliedstaaten nicht, „ihre Rechtsvorschriften oder die von den Sozialpartnern geschlossenen Tarifverträge über Mindestlöhne unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen zu erstrecken, die in ihrem Hoheitsgebiet, und sei es auch nur vorübergehend, eine unselbstständige Erwerbstätigkeit ausüben“ (Tz. 41). Soweit bei Verstößen eine Strafverfolgung vorgesehen ist, müssen allerdings die zu beachtenden Rechtsvorschriften hinreichend genau und zugänglich sein; dem einzelnen Arbeitgeber darf die Feststellung seiner Verpflichtungen nicht unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden (Tz. 43).

Bemerkenswert ist weniger das Ergebnis als solches als vielmehr die Einordnung in das „Prüfprogramm“: Die Erstreckung von Mindestarbeitsbedingungen auf alle wird nicht am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit gemessen, sondern als „selbstverständlich“ vorausgesetzt. Dass es sich dabei nicht um ein (redaktionelles) Versehen handelt, wird daran deutlich, dass die Pflicht zur Bezahlung für Treue- und Schlechtwettermarken ausdrücklich als Eingriff qualifiziert und auf seine Rechtfertigung untersucht wird. Inhaltlich kann sich der Gerichtshof auf den Schlusssatz von Art. 50 EGV (bisher: Art. 60) stützen, wonach die Dienstleistungen unter den Voraussetzungen erbracht werden dürfen, welche der Einsatzstaat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt. Dies scheint für den EuGH so selbstverständlich zu sein, dass er die rechtliche Basis nicht ausdrücklich erwähnt. Die im jeweiligen Land geltenden Mindestarbeitsbedingungen gehören gewissermaßen zu den natürlichen Standortfaktoren wie das Klima oder die üblicherweise gesprochene Sprache; dass diese gegebenenfalls Anbieter aus bestimmten anderen Mitgliedstaaten mit niedri-

gem Lohnniveau faktisch benachteiligen, ist vom EG-Vertrag offensichtlich in Kauf genommen worden.

Die im Schlusssatz des Art. 50 EGV getroffene Entscheidung stimmt inhaltlich mit der des Art. 39 Abs. 2 EGV (bisher: Art. 48 Abs. 2) überein. Danach ist es unzulässig, Wanderarbeitnehmern schlechtere Arbeitsbedingungen als eigenen Staatsangehörigen zu gewähren, obwohl sie unter Umständen sogar den Wunsch haben könnten, 20% unter dem deutschen (und dafür 50% über dem portugiesischen) Lohn tätig zu sein. Diese vom Vertrag festgeschriebene Inländergleichbehandlung könnte fast beliebig unterlaufen werden, müsste man ausländischen Unternehmen gestatten, ihre Arbeitskräfte zu Heimatstaatbedingungen im Inland einzusetzen. Der EG-Vertrag geht ersichtlich nicht vom Sozialkostenwettbewerb aus (*Deinert*, RdA 1996, 339, 349); er will den Wettbewerb der besseren Leistung, nicht den der billigsten Arbeitskräfte (*Hanau*, in: Festschrift Everling, 1995, Bd. I, S. 415). In der Literatur angestellte Überlegungen, die allgemeine Geltung von Mindestarbeitsbedingungen greife ihrer abschottenden Wirkung oder der protektionistischen Absicht wegen in unzulässiger Weise in die Dienstleistungsfreiheit ein (vgl. etwa *Steck*, EuZW 1994, 140, 141; *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370, 2373), sind damit der Sache nach überholt.

Ergänzend (und den EuGH unterstützend) kann man darauf hinweisen, dass jede andere Herangehensweise auch Grundsätze des traditionellen Kollisionsrechts über den Haufen werfen würde. Wollte man Mindestarbeitsbedingungen generell am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit überprüfen, müsste dies auch für alle jene öffentlich-rechtlichen Bestimmungen gelten, die wie das Mutterschutz-, das Feiertags- oder das Arbeitsschutzrecht dem sog. Territorialitätsprinzip unterliegen (Einzelheiten bei *Däubler*, *Industrial Law Journal* 1998, 264). Sollte wirklich der Schwerbehindertenschutz im Land A deshalb in Frage gestellt sein, weil das Land B nichts Vergleichbares kennt und deshalb die von dort kommenden Anbieter durch ihre obligatorische Einbeziehung zu weniger billigen Angeboten und damit zu einem wettbewerbswidrigen Verhalten gezwungen wären?

4. Was die Arbeitgeberbeiträge für die Schlechtwetter- und Treuemarkensysteme betrifft, so ging es nach der Annahme des vorlegenden Gerichts um eine Doppelbelastung des Arbeitgebers, der in seinem Heimatstaat Frankreich bereits Beiträge für dieselben Arbeitnehmer und denselben Zeitraum abgeführt hatte. Wegen der „zusätzlichen“ administrativen und wirtschaftlichen Kosten liegt insoweit, anders als beim Normalfall der Mindestarbeitsbedingungen, ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit vor. Er lässt sich jedoch insbesondere im Bausektor mit einem „zwingenden Grund des Allgemeininteresses“ rechtfertigen (Tz. 51). Allerdings scheidet die Berufung darauf (wohl mangels Erforderlichkeit) aus, wenn die Arbeitnehmer auf Grund von Beiträgen des Arbeitgebers im Entsendestaat einen „im Wesentlichen vergleichbaren“ Schutz genießen. Nur dann, wenn dem Arbeitnehmer ein „tatsächlicher zusätzlicher Schutz“ gewährt werde, komme ein anderes Resultat in Betracht (Tz. 54). Auch scheidet eine Beitragspflicht des Arbeitgebers aus, wenn gleichwohl für die Arbeitnehmer keine Ansprüche entstehen würden (Tz. 52).

Inhaltlich ist dem EuGH zuzustimmen, wenngleich die praktische Umsetzung einige Schwierigkeiten bereitet. Ob der durch einen ausländischen Fonds gewährte Schutz „im Wesentlichen“ mit dem durch Gemeinsame Einrichtungen, zum Beispiel des Baugewerbes, vergleichbar ist, wird man nach dem abgedeckten Risiko und dem Umfang der dem Arbeitnehmer zustehenden Leistung beurteilen. Gibt es in einem anderen Mitgliedstaat keine Urlaubskasse, wird die im Entsendegesetz vorgesehene Einbeziehung in die deutsche Regelung unbedenklich sein, sofern die bezahlten Beiträge nicht verloren gehen. Schwieriger ist es dann, wenn die nach ausländischem Recht bestehenden Ansprüche klar hinter dem deutschen Recht zurückbleiben, also keinen „vergleichbaren“ Schutz gewähren. Zwar wird man auch hier die Einbeziehung rechtfertigen können, doch ist eine Doppelbelastung nur dann vermieden, wenn von der Beitrags- wie von der Leistungsseite her lediglich eine „Aufstockung“ erfolgt. Dies setzt voraus, dass die Satzungen der Gemeinsamen Einrichtungen Spezialregelungen in Bezug auf alle jene Staaten vorsehen, in denen dasselbe „Risiko“ durch den Staat, einen Fonds oder eine Einrichtung der Tarifparteien abgedeckt ist.

5. Der dritte Schwerpunkt der Entscheidung lag auf der Pflicht des Arbeitgebers zur Dokumentation des Arbeitseinsatzes. Da das Recht des Entsendestaates (Frankreich) bereits entsprechende Pflichten enthielt, lag hier gleichfalls ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit vor. Dieser lässt sich – wie der Gerichtshof mit Recht betont – insoweit rechtfertigen, als es ein wirksamer Arbeitnehmerschutz erforderlich machen kann, bestimmte Unterlagen auf der Baustelle oder zumindest an einem zugänglichen oder klar bezeichneten Ort im Aufenthaltsstaat bereitzuhalten (Tz. 61). Dabei ist dann allerdings das Erforderlichkeitsprinzip zu beachten, das die Prüfung gebietet, ob nicht die Bereithaltung oder die Vorlage entsprechender Bescheinigungen aus dem Heimatstaat dem Arbeitnehmerschutz genügen würde (Tz. 65). Dem lässt sich vorbehaltlos zustimmen, wobei der nationale Gesetzgeber lediglich das Problem zu regeln hätte, ob er eine (beglaubigte) Übersetzung in die Landessprache verlangen will oder ob er auf die Sprachkenntnisse seiner Beamten vertrauen kann. Im vorliegenden Fall, wo ein französisches Unternehmen seine Leute vorübergehend in Belgien eingesetzt hatte, stellte sich dieses Problem naturgemäß nicht.

6. Die vorliegende Entscheidung bringt einen weiteren Baustein für eine europäische Sozialordnung. Dass der Einsatz von Arbeitskräften und der Arbeitsmarkt spezifischen Grundsätzen unterliegen, ist in den zwei Monate früher ergangenen Urteilen Albany, Brentjens und Bokken (EuGH, Urt. v. 21. 9. 1999 – Rs. C-67/96, Rs. C-115 bis 117/97 und Rs. C-219/97; das Urteil in der Rechtssache Albany wird demnächst veröffentlicht in der ZIP mit Anm. *Büdenbender*; zu diesen Urteilen siehe auch *Lörcher*, EuroAS 1999, 194) nachhaltig verdeutlicht worden. Die Tätigkeit der Gemeinschaft umfasse nicht nur „ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“; vielmehr habe sie auch die sozialpolitische Aufgabe, „eine harmonische und ausgewogene Entwicklung des Wirtschaftslebens“, „ein hohes Beschäftigungsniveau“ und „ein hohes Maß an sozialem Schutz“

zu fördern (EuGH, Urt. v. 21. 9. 1999 – Rs. C-219/97, Tz. 41). Tarifverträge und ihre Allgemeinverbindlicherklärung seien daher – da unmittelbar der Verbesserung der Arbeitsbedingungen dienend – vom Wettbewerbsprinzip des Art. 81 EGV (bisher: Art. 85) ausgenommen. Der Sozialkostenwettbewerb mag zwar innerhalb bestimmter Grenzen toleriert werden; wie nicht zuletzt das hier besprochene Urteil deutlich macht, kann er aber jederzeit durch Schaffung sozialpolitischer Mindeststandards beschränkt oder ausgeschlossen werden. Zusätzliche Marktanteile kann dann nur noch derjenige gewinnen, der ersichtlich die bessere Leistung erbringt.

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

KSchG §23 Abs. 1

Kein Berechnungsdurchgriff im Konzern bei der Bestimmung der Arbeitnehmerzahl

BAG, Urt. v. 29. 4. 1999 – 2 AZR 352/98 (LAG Köln)

Leitsätze des Gerichts:

1. Ein gemeinschaftlicher Betrieb zwischen einer Konzernholding und einer Tochtergesellschaft liegt nicht bereits dann vor, wenn die Holding auf Grund ihrer konzernrechtlichen Leitungsmacht gegenüber dem Vorstand der Tochter-AG anordnet, die Tochter solle bestimmte Arbeiten (z.B. Schreibarbeiten) für die Holding miterledigen.
2. Besteht kein Gemeinschaftsbetrieb zwischen Holding und Tochter, so genießt ein Arbeitnehmer der Holding nur dann Kündigungsschutz, wenn die Holding ihrerseits dem Kündigungsschutzgesetz unterliegt, insbesondere die erforderliche Anzahl von Arbeitnehmern beschäftigt.

Tatbestand:

Der Kläger war seit 4. Januar 1988 Geschäftsführer der beiden Druckereibetriebe C.-GmbH in T. und S.-GmbH in M. Später war er ausschließlich Geschäftsführer der S.-GmbH. Beworben hatte sich der Kläger auf Grund einer Zeitungsanzeige bei der Beklagten zu 1), der Holding-Gesellschaft einer Unternehmensgruppe, zu der neben den genannten Druckereibetrieben die mit der Schokoladenherstellung befasste S.-AG und einige weitere Schokoladenfabriken, darüber hinaus aber auch eine „S.-Schinken- und Wurstwaren GmbH“, eine H.-Service GmbH, eine W.-Dienst GmbH und eine Spedition gehören. Das Anstellungsschreiben vom 16. November 1987 war durch den Beklagten zu 2), der zugleich Geschäftsführer der Beklagten zu 1) und Vorsitzender der S.-AG ist, unter der Bezeichnung „K. I., Vorsitzender des Aufsichtsrates der S.-AG“ unterzeichnet. Nachträge zu dem Anstellungsvertrag hat der Kläger ausdrücklich mit der Beklagten zu 1) abgeschlossen. Mit Schreiben vom 27. September 1996 kündigte die Beklagte zu 1) dem Kläger zum 31. Dezember 1996.

Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam. Er hat die Auffassung vertreten, er stehe zu beiden Beklagten in einem Arbeitsverhältnis. Das mit dem Beklagten zu 2) bestehende Beschäftigungsverhältnis sei ungekündigt, die Kündigung der Beklagten zu 1) sei rechtsunwirksam. Eine Kündigung sei frühestens zum 31. Dezember 1997 möglich gewesen. Es sei eine Vereinbarung über einen Drei-Jahres-Vertrag mit einer Laufzeit von Anfang 1995 bis Ende 1997 zustande gekommen. Dieser Vertrag habe zwar seitens der Beklagten zu 1) nicht unterschrieben werden können, weil keiner der Vertretungsbefugten bei Vertragsschluss anwesend gewesen sei. Auch ohne Unterschrift sei dieser Vertrag jedoch gültig. Jedenfalls sei das Kündigungsschutzgesetz anzu-