

**Blick ins Arbeitsrecht**  
**Oktober 2013**

**(Arbeits-)Rechtspolitik, neue Entwicklungen**

Nachdem die Regierung aus CDU/CSU/FDP zuletzt nicht durch große arbeitsrechtliche Umwälzungen von sich Reden gemacht hat, wurden nun natürlich die arbeitsrechtlichen Ergebnisse der Koalitionsverhandlungen mit großer Spannung erwartet, stand doch in Form des Mindestlohns zumindest ein arbeitsrechtlich spannendes Thema sogar im Vordergrund der Gegenseite. Angesichts langer Koalitionsverhandlungen kann es zurzeit natürlich noch keine neuen arbeitsrechtlichen Gesetze geben. Allerdings gibt der zwischenzeitlich bekannt gewordene Koalitionsvertrag sehr interessante Hinweise auf zukünftige auch arbeitsrechtliche Schwerpunkte der neuen Regierung, die hier dargestellt und erläutert werden sollen.

**I.**

**Gesetzgebung**

Grundlegend ist festzustellen, dass Tarifverträge eine wesentlich größere Bedeutung bekommen sollen, als dies bisher der Fall ist. Darüber hinaus nimmt die Reglementierung erheblich zu.

Nahezu bei allen Regelungen wird die Handschrift der SPD besonders deutlich. Nicht zu erkennen ist, wo sich ggf. die CDU hat durchsetzen können. Um in gängigen Muster zu bleiben: Für die Arbeitgeber hat sich offensichtlich niemand so richtig zuständig gefühlt. Für Arbeitnehmer ändert sich viel zum Positiven, für Arbeitgeber eher nicht. Flexible Vertragsgestaltungen sollen in Zukunft verhindert werden. Der angekündigte Mindestlohn wird kommen.

Im Einzelnen:

**1.**

Im Vordergrund stehen zunächst arbeitsmarktpolitische Steuerungen, die insbesondere Langzeitarbeitslose sowie junge Arbeitslose beim Übergang zwischen Schule bzw. Ausbildung einerseits und Beruf andererseits unterstützen sollen. Hierzu sollen sogenannte Jugendberufsagenturen für unter 25-Jährige eingerichtet werden. Ferner sollen junge Arbeitslose ohne Berufsabschluss nachqualifiziert werden.

**2.**

Die Koalitionsparteien sind sich einig, bei einer Krise wie in den Jahren 2009 / 2010 wieder zeitlich befristete Sonderregelungen im Bereich der Kurzarbeit einführen zu wollen.

**3.**

Für Kreative und Kulturschaffende soll die notwendige Anwartschaft für den Bezug von Arbeitslosengeld leichter erreichbar werden. So ist vorgesehen, die Rahmenfrist, innerhalb derer die Anwartschaftszeit erfüllt werden muss, von zwei auf drei Jahre zu verlängern. Damit sollen Menschen mit kurzfristigen Beschäftigungsverhältnissen leichter in den Genuss von Arbeitslosengeld kommen können.

**4.**

Das Arbeitnehmerentsendegesetz, das tariflich vereinbarte Branchenmindestlöhne vorsieht, soll für alle Branchen geöffnet werden.

**5.**

Allgemeinverbindlicheerklärungen von Tarifverträgen sollen erleichtert werden.

Allgemeinverbindlicheerklärungen finden sich bislang nur in Branchen, in denen die tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens 50 % der im Geltungsbereich des Tarifvertrages tätigen Arbeitnehmer beschäftigen. Diese Voraussetzung soll zukünftig entfallen.

Mit der Allgemeinverbindlicheerklärung sollen Tarifverträge, die regulär nur zwischen tarifvertraglich gebundenen Parteien bestehen, für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer einer Branche und eines Gebietes verbindlich werden.

Regulär greifen tarifvertragliche Regelungen nur ein, wenn entweder beide Arbeitsvertragsparteien der jeweils tarifschließenden Gruppierung (Arbeitgeberverband, Gewerkschaft) angehören oder beide Arbeitsvertragsparteien die Geltung von Tarifverträgen arbeitsvertraglich vereinbart haben. Die Allgemeinverbindlicheerklärung als dritte Möglichkeit zur Anwendung von Tarifverträgen war bislang immer die Ausnahme, um Arbeitnehmer in Branchen zu unterstützen, die in der Regel durch einen geringen Organisationsgrad und regelungsbedürftige Arbeitsbedingungen auffallen.

Die Allgemeinverbindlicheerklärung stellt einen erheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit sowohl von Arbeitgebern als auch von Arbeitnehmern dar.

Die Voraussetzungen, die zukünftig für eine Allgemeinverbindlicheerklärung gelten sollen, sind noch etwas nebulös. Ausreichend soll es sein, wenn ein besonderes öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlicheerklärung besteht. Dies sei insbesondere dann gegeben sein, wenn alternativ entweder die Funktionsfähigkeit von gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (z.B. Sozialkassen) gesichert werden soll, oder die Allgemeinverbindlicheerklärung die „Effektivität der tarifvertraglichen Normsetzung und gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklung sichern“ soll oder die Tarifvertragsparteien eine Tarifbindung von mindestens 50 % glaubhaft darlegen.

Bei der ersten Alternative geht es darum, beispielsweise soziale Einrichtungen der Tarifvertragsparteien zu sichern, indem alle Arbeitgeber und alle Arbeitnehmer einer Branche in einem bestimmten Gebiet verpflichtet werden, diese Einrichtungen zu finanzieren. Es besteht daher insoweit keine Wahlmöglichkeit mehr für Arbeitnehmer und Arbeitgeber, wie sie beispielsweise bestimmte soziale Absicherungen vornehmen möchten. Hier können also seitens der Tarifvertragsparteien Verträge zu Lasten Dritter geschlossen werden. Es ist denkbar, dass gemeinsame Einrichtungen beschlossen werden, die von vorneherein darauf angelegt sind, nur dann zu „funktionieren“, wenn sie im Rahmen der Allgemeinverbindlicheerklärung von allen bedient werden.

Was darunter zu verstehen ist, dass eine Allgemeinverbindlicheerklärung die Effektivität der tarifvertraglichen Normsetzung gegen Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen sichern soll,

erschließt sich nicht aus dem Koalitionsvertrag. Hier ist offensichtlich für Willkür ausreichend Raum.

Schließlich soll es ausreichen, dass mindestens 50 % der Arbeitnehmer in einer bestimmten Branche in einem bestimmten Gebiet tarifgebunden sind, um über eine Allgemeinverbindlicheerklärung dafür Sorge zu tragen, dass auch alle anderen Arbeitsvertragspartner unter einen Tarifvertrag gezwungen werden, indem dieser allgemeinverbindlich erklärt wird.

Soweit bislang die Allgemeinverbindlicheerklärung in bestimmten Sonderfällen die Ausnahme blieb, dürfte es in Zukunft in sehr vielen Fällen möglich sein, einen Tarifvertrag für allgemeinverbindlich zu erklären. Zumindest sind die Kriterien im Koalitionsvertrag so gefasst, dass eine Abgrenzung kaum möglich sein wird. Hier wird abzuwarten bleiben, wie die endgültige Formulierung im Gesetz gefasst werden wird.

Ich sehe vorliegend die Gefahr, dass die Allgemeinverbindlicheerklärung nach den vorgesehenen neuen Regeln gegen Art. 9 Grundgesetz (GG) verstößt. Dort wird die Koalitionsfreiheit geregelt. Art. 9 GG zählt zu den sogenannten Grundrechten, also den essentialia des Grundgesetzes.

Geschützt ist nicht nur die Freiheit, sich beispielsweise in Arbeitgeberverbänden oder Gewerkschaften zu organisieren und diesen beizutreten. Geschützt wird umgekehrt genauso auch die Freiheit, den Tarifvertragsparteien nicht beizutreten. Gegen diese Freiheit, sich gerade keiner Tarifbindung zu unterwerfen, verstößt aber eine gesetzliche Regelung, die eine Allgemeinverbindlicheerklärung von Tarifverträgen nicht nur in Ausnahmefällen, sondern in praktisch jedem Fall zulässt.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die sich gegen einen Beitritt zu Arbeitgeberverbänden bzw. Gewerkschaften entscheiden und dann doch in den nicht gewollten Genuss von Tarifverträgen kommen, haben sogar gegenüber denjenigen, die sich für die Mitgliedschaft entscheiden, noch einen erheblichen Nachteil: Nur Mitglieder des Arbeitgeberverbandes bzw. der Gewerkschaft können im Rahmen der Gremienarbeit (mit-)entscheiden, ob bestimmte Tarifverträge abgeschlossen werden oder nicht. Diese Möglichkeit der Mitsprache steht Nichtmitgliedern nicht zu.

Diese verfassungsrechtlichen Bedenken werden noch verstärkt durch den Wunsch der Koalitionäre, den Tarifvertragsparteien den Zugang zu den Beratungen und Entscheidungen des Tarifausschusses zu ermöglichen, der über die Allgemeinverbindlicheerklärung entscheidet.

Auch wenn Allgemeinverbindlicheerklärungen in der Regel von den Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften nicht ausdrücklich gewünscht werden, könnten sie auf diese Weise erreichen, dass die Tarifverträge quasi Gesetzeskraft erlangen.

## 6.

Im besonderen Fokus steht natürlich der Mindestlohn, der ab 01. Januar 2015 flächendeckend € 8,50 je Zeitstunde für das gesamte Bundesgebiet betragen wird. Unberührt bleiben lediglich die Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz. Sonderregelungen gelten für bereits bisher bestehende Tarifverträge, die bis einschließlich 31. Dezember 2016 weiter gelten können, um nicht durch eine gesetzliche Mindestlohnregelung in bestehende Tarifverträge einzugreifen.

Ab 01. Januar 2017 soll dann aber das bundesweite gesetzliche Mindestlohniveau von € 8,50 fast ausnahmslos und uneingeschränkt gelten, und zwar auch dort, wo Tarifverträge mit längerer Laufzeit abgeschlossen worden sind.

Die Höhe des allgemein verbindlichen Mindestlohns soll in regelmäßigen Abständen von einer Kommission der Tarifpartner überprüft werden und dann ggf. im Wege der Rechtsverordnung angepasst werden. Erstmals soll eine solche Überprüfung zum 10. Juni 2017 mit Wirkung zum 01. Januar 2018 erfolgen.

Die Kommission, die das Mindestlohniveau überprüfen soll, setzt sich aus drei Vertretern der Arbeitgeber und drei Vertretern der Gewerkschaften zusammen. Hinzu soll wohl ein Vorsitzender der Kommission kommen. Ggf. kann „wissenschaftlicher Sachverstand“ von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite mit jeweils einer Person vorgeschlagen werden, allerdings ohne Stimmrecht.

Nicht ganz nachzuvollziehen ist der Hinweis, dass der Vorsitz alternierend (wohl zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite) übernommen werden soll, obgleich zuvor die Größe der Kommission mit „3:3 + Vorsitz“ angegeben wurde. Dies klingt eher nach einem zusätzlichen (neutralen?) Vorsitzenden und nicht nach einem alternierenden Vorsitz.

Im Ergebnis bestimmen also auch hier wieder die Tarifvertragspartner den gesetzlichen Mindestlohn für Deutschland.

Die Mindestlohndebatte wird in Deutschland schon seit vielen Jahren geführt. Ich persönlich halte einerseits einen solchen Eingriff in die Tarifautonomie, die die Koalition gerade stärken will, für einen Fehler. Dies gilt insbesondere deshalb, da der Mindestlohn nicht differenziert, wo sich der Arbeitsplatz befindet und welche produktive Leistung er erbringt. Meines Erachtens müsste der Mindestlohn, wenn er denn überhaupt eingeführt wird, auch die Lebenshaltungskosten, die sich sehr unterschiedlich gestalten, berücksichtigen. Ebenfalls müsste geprüft werden, ob ein Lohn von € 8,50 überhaupt erwirtschaftet werden kann. Zwar steht im Koalitionsvertrag ausdrücklich, dass Produktivität und Lohn korrespondieren müssen. Gleichwohl wird unabhängig von der Produktivität ein einheitliches Mindestlohniveau festgelegt. Dies ist ein Widerspruch in sich.

Andererseits stellt jeder Mindestlohn auch einen Eingriff in die Vertragsfreiheit ein und unterläuft auch die negative Koalitionsfreiheit von nicht in Arbeitgeberverbänden organisierten Unternehmen, da letztlich wieder die Tarifvertragspartner die Höhe des Mindestlohns festlegen.

Es wird abzuwarten bleiben, ob wenigstens das Gesetz, das hierzu vorgesehen ist, eine Differenzierung erlauben wird. Sollen in Zukunft beispielsweise auch Aushilfsjobs von Schülern mit einem Mindestlohn vergütet werden? Gilt der Mindestlohn auch für das Rasenmähen eines Jugendlichen beim Nachbarn? Wie viele Arbeitsplätze werden aufgrund des nicht mehr durch die Produktivität gedeckten Lohnes ins Ausland abwandern? All diese Fragen sind zurzeit noch offen und es fehlen auch Anhaltspunkte, wie insoweit eine gesetzliche Regelung gestaltet wird.

Der Koalitionsvertrag selbst sieht Ausnahmen von der Mindestvergütung nur für ehrenamtliche Tätigkeiten vor, die im Rahmen der Mini-Job-Regelung vergütet werden. Hier fehlt es in aller Regel am Charakter abhängiger weisungsgebundener Beschäftigung.

## 7.

Mit dem Ziel, Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen zu verhindern, soll die Prüftätigkeit der Kontroll- und Prüfinstanzen bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit konzentriert werden, um organisatorisch effektiver zu arbeiten. Mit dem gleichen Ziel sollen Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats sichergestellt und konkretisiert, sowie verdeckte Arbeitnehmerüberlassung sanktioniert werden. Der vermeintliche Werkunternehmer und sein Auftraggeber sollen auch bei Vorlage einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nicht besser gestellt

sein als derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Der gesetzliche Arbeitsschutz für „Werkvertragsarbeitnehmer“ soll sichergestellt werden.

Zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden sollen die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen einer ordnungsgemäßen Gestaltung von Werkverträgen und einem missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt werden.

Die Ausführungen des Koalitionsvertrages beschränken sich letztlich auf stärkere Informationsrechte und bessere Kontrollmöglichkeiten, ohne aber bereits inhaltliche Änderungen vorzusehen. Offensichtlich soll es bei den bisher im Wesentlichen von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien bleiben.

## 8.

Der Bereich der Arbeitnehmerüberlassung soll weiterentwickelt werden. Dazu soll eine Festlegung des Begriffs „vorübergehende“ Überlassung auf eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten erfolgen. Durch einen Tarifvertrag sollen abweichende Lösungen vereinbart werden können. Wichtig ist allerdings hier, dass damit nicht ein Tarifvertrag auf Ebene der Zeitarbeitsunternehmen gemeint ist, sondern ein Tarifvertrag der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche. Hierdurch soll dann ein Schutz auch der „berechtigten Interessen der Stammebeschäftigten“ gewährleistet werden.

Dort wo es tarifvertragliche Verlängerungen der 18-Monatsfrist gibt, sollen entsprechende Lösungen auch auf betrieblicher Ebene durch Betriebsvereinbarungen bzw. Dienstvereinbarungen ermöglicht werden.

Entscheidend ist hier die Begrenzung der Überlassungsdauer auf 18 Monate. Dadurch soll laut Koalitionsvertrag die Leiharbeit auf ihre Kernfunktion beschränkt werden, nämlich auf den Ausgleich von Arbeitsspitzen.

Parallel soll auch das Arbeitnehmerentsendungsgesetz an die dann neuen Entwicklungen angepasst werden:

Weitere geplante Maßnahmen in diesem Zusammenhang sind:

- Leiharbeitnehmer sollen zukünftig spätestens nach 9 Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitnehmern gleichgestellt werden.
- Leiharbeitnehmer sollen zukünftig nicht als Streikbrecher eingesetzt werden dürfen.
- Zur Erleichterung der Arbeit der Betriebsräte soll klargestellt werden, dass Leiharbeitnehmer bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten grundsätzlich zu berücksichtigen sind, „soweit dies der Zielrichtung der jeweiligen Norm nicht widerspricht“ (was immer das Letztgenannte heißen mag).

## 9.

Der Zwang in den Tarif geht noch weiter: Auch auf Bundesebene soll es in Zukunft Vergabegesetze geben, die die Vergabe öffentlicher Aufträge von der Einhaltung allgemeinverbindlicher Tarifverträge abhängig macht. Diese Formulierung im Koalitionsvertrag ist ein Widerspruch an sich: Wenn ein Tarifvertrag allgemeinverbindlich ist, gilt er ohnehin für alle Arbeitgeber und alle Arbeitnehmer, so dass es keine Arbeitsvertragsparteien mehr geben kann, die nicht dem Tarifvertrag unterliegen. Dann kann insoweit aber nicht in einem Vergabegesetz differenziert werden.

Vergabegesetze sind vielmehr nur dort anzuwenden, wo zwar Tarifverträge aber keine allgemeinverbindlichen Tarifverträge bestehen. Auch hier sollen die Arbeitgeber in den Tarif gezwungen werden, da sie andernfalls keine Chance mehr auf Aufträge seitens der öffentlichen Hand haben. Hier soll laut Koalitionsvertrag insbesondere eine europarechtliche Absicherung erfolgen.

## 10.

Etwas zwiespältig ist die Formulierung zum Thema Tarifeinheit. Diese soll gesetzlich geregelt werden, um „den Koalitions- und Tarifpluralismus in geordnete Bahnen zu lenken“. Insoweit soll der Grundsatz der Tarifeinheit nach dem betriebsbezogenen Mehrheitsprinzip unter Einbindung der Spitzenorganisationen auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite festgeschrieben werden. Gemeint ist damit Folgendes: Zunächst soll für ein Unternehmen bzw. einen Betrieb festgestellt werden, zu welcher Gewerkschaft die Mehrheit der Beschäftigten gehört. Dann soll nur noch diese Gewerkschaft berechtigt sein, mit dem Arbeitgeber Tarifver-



tragsverhandlungen zu führen. Gedacht ist offensichtlich an Fälle bei der Bahn oder bei der Lufthansa, wo sich mehrere kleinere Gewerkschaften gebildet haben, die aber letztlich Arbeitnehmer mit Schlüsselpulpositionen vertreten und dadurch bei der Verhandlung eigener Tarifverträge eine recht starke Position haben.

Grundsätzlich ist eine entsprechende Vereinheitlichung wünschenswert, damit ein Arbeitgeber nicht mit einer Vielzahl von Gewerkschaften zu unterschiedlichen Zeitpunkten unterschiedliche Tarifverträge verhandeln und Arbeitskämpfe durchstehen muss.

Andererseits stellt sich aber auch an dieser Stelle die Frage nach der Koalitionsfreiheit des Art. 9 GG. Das Bundesarbeitsgericht hat in den letzten Jahren besonders viel Wert darauf gelegt, auch den kleineren Gewerkschaften ihre Arbeit zu ermöglichen und keinen Zwang zur Großgewerkschaft bzw. Mehrheitsgewerkschaft zuzulassen.

#### 11.

In der kommenden Legislaturperiode soll das bereits mehrfach angekündigte Beschäftigten-datenschutzgesetz endlich verwirklicht werden. Allerdings sollen hier zunächst die Verhandlungen zur europäischen Datenschutzgrundverordnung abgewartet werden, um dann ggf. auch über das europäische Niveau hinausgehende nationale Regelungen zu treffen. Nähere Einzelheiten finden sich im Koalitionsvertrag nicht.

#### 12.

Zum Thema „Informantenschutz im Arbeitsverhältnis“ findet sich nur ein lapidarer Satz, wonach beim Schutz von Hinweisgebern (sogenannten Whistleblowers) geprüft werden soll, ob „die internationalen Vorgaben hinreichend umgesetzt sind“. Offen bleibt, welche internationalen Vorgaben hier gemeint sind. Es ist ausdrücklich nicht von europäischen Vorgaben die Rede.

Hier steht zu befürchten, dass die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zugunsten von „Hinweisgebern“ und zu Lasten von Arbeitgebern aufgegeben werden sollen.

#### 13.

Das Teilzeitrecht soll „weiterentwickelt“ werden. So sollen Arbeitnehmer, die sich z.B. wegen der Kindererziehung oder der Pflege von Angehörigen zu einer zeitlich befristeten Teilzeitbe-

schäftigung entschieden haben, die Möglichkeit erhalten, dass sie wieder zur früheren Arbeitszeit zurückkehren können. Dies ist auch nach dem geltenden Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) möglich. Solche Mitarbeiter haben sogar Vorrang vor externen Einstellungen, allerdings nur dann, wenn beim Arbeitgeber eine entsprechende Stelle frei ist. Unter anderem soll hier ein Anspruch auf befristete Teilzeitarbeit geschaffen werden.

Auch eine solche Regelung würde die Arbeitgeber weiter erheblich benachteiligen.

Wenn es bereits bisher bei einem Teilzeitwunsch für den Arbeitgeber äußerst schwierig war, diesen abzulehnen, obgleich für die frei werdende Arbeitszeit kaum qualifizierte Mitarbeiter gewonnen werden konnten, wird es jetzt praktisch unmöglich, eine Vertretung für möglicherweise nur wenige Stunden in der Woche zu erhalten und dann auch noch im Rahmen eines befristeten Vertrages.

Weiter ist für bestehende Teilzeitarbeitsverhältnisse vorgesehen, die „Darlegungslast im Teilzeit- und Befristungsgesetz auf den Arbeitgeber zu übertragen“. Die Bedeutung dieser Formulierung im Koalitionsvertrag ist rätselhaft, zumal bereits bisher der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür hatte, dass eine vom Arbeitnehmer gewünschte Teilzeitregelung die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht, was allein eine Ablehnung rechtfertigen würde.

Rätselhaft bleibt darüber hinaus auch die Bedeutung des Satzes, wonach „bestehende Nachteile für Teilzeitbeschäftigte beseitigt“ werden sollen. Auch hier sieht das TzBfG bereits in der bisher geltenden Fassung (§ 4 TzBfG) vor, dass u.a. teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden dürfen, als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, es würden sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.

#### **14.**

Unter der Überschrift eines „ganzheitlichen Arbeitsschutzes“ will sich die neue Regierung auch der „drastischen Zunahme psychischer Erkrankungen“ widmen. Der Arbeitsschutz soll auch auf psychische Belastungen ausgedehnt werden. Da sich psychische Krankheiten in der Praxis nur schwer nachweisen lassen, bleibt abzuwarten, was diese Formulierung letztlich für Unternehmen bedeutet.

Darüber hinaus soll das betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM) gestärkt und mit „mehr Verbindlichkeit“ versehen werden. Dies lässt darauf schließen, dass möglicherweise ein solches Eingliederungsmanagement für den Ausspruch einer personenbedingten Kündigung erforderlich werden könnte, was bisher nicht der Fall war.

**15.**

Bei der Elternzeit sollen Vater und Mutter die Möglichkeit haben, zukünftig zwei Jahre statt bisher ein Jahr der Elternzeit zwischen dem dritten und achten Lebensjahr des Kindes in Anspruch zu nehmen. Dies wird die Planbarkeit von Elternzeit für Arbeitgeber weiter einschränken.

**16.**

Aus dem Bereich der sozialen Sicherheit soll hier nur die Möglichkeit einer vorgezogenen Altersrente erwähnt werden. Seit 2012 können langjährig Beschäftigte nach 45 Beitragsjahren mit Erreichen des 65. Lebensjahres, also vor Eintritt der Regelaltersgrenze mit 67 Jahren, ohne Abschläge in Rente gehen. Dies soll zukünftig bereits ab dem 63. Lebensjahr möglich sein, wobei die Absenkung stufenweise erfolgen soll. Bei den Beitragsjahren sollen auch Zeiten der Arbeitslosigkeit berücksichtigt werden, was allerdings wiederum einen Widerspruch bedeutet, da darauf abgestellt wird, dass Versicherte mit 45 Beitragsjahren ihren Beitrag zur Stabilisierung der Rentenversicherung erbracht hätten.

**17.**

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Koalitionsvertrag für Arbeitgeber mehr Pflichten, mehr Kosten aber ein erhebliches „Weniger“ an Rechten und insbesondere Freiheitsrechten mit sich bringt. Inwieweit insbesondere die negative Koalitionsfreiheit, nämlich die Freiheit, sich nicht tariflichen Zwängen unterwerfen zu müssen, durch die geplanten Neuregelungen beeinträchtigt wird, werden erst die zur Umsetzung des Koalitionsvertrages erforderlichen Gesetze zeigen.

Arbeitgeber, die bisher aus guten Gründen eine Tarifbindung abgelehnt haben, werden es in Zukunft wesentlich schwerer haben. Unterstützung dürfen Sie insoweit kaum noch erwarten: Die Koalition hat sich hier auf die SPD-Linie zur Stärkung der Gewerkschaften geeinigt. Eine Tarifbindung liegt auch im Interesse der Arbeitgeberverbände als weitere Tarifpartner. Die

FDP, die sich bisher noch für die unternehmerische Freiheit bzw. für betriebliche Lösungen eingesetzt hatte, ist nicht mehr im Bundestag vertreten.

Die Wahrnehmung unternehmerischer Freiheits- und Unabhängigkeitsrechte wird also schwerer denn je.

## II. Rechtsprechung

### 1. Diskriminierung bei Kündigung einer Schwangeren?

BAG, Urteil vom 07. Oktober 2013, 8 AZR 742/12

Im vorliegenden Fall hatte eine Arbeitnehmerin nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ihren Arbeitgeber auf Zahlung einer Diskriminierungsentschädigung verklagt. Hintergrund war eine vom Arbeitgeber innerhalb der Probezeit ausgesprochene Kündigung, wobei er die Schwangerschaft der Mitarbeiterin damals nicht kannte. Innerhalb Wochenfrist legte diese dann aber eine ärztliche Bescheinigung vor und forderte den Arbeitgeber auf, die Kündigung „zurückzunehmen“. Dies geschah jedoch erst, als eine Überprüfung durch den Betriebsarzt die Schwangerschaft – und ein damals angeordnetes Beschäftigungsverbot – bestätigt hatte. Die Arbeitnehmerin sah sich durch die Kündigung einerseits und durch das zunächst erfolgte Aufrechterhalten der Kündigung trotz Übersendung der ärztlichen Schwangerschaftsbestätigung andererseits diskriminiert und hat auf eine Entschädigung geklagt. Diese Klage wurde aber nunmehr in dritter Instanz vom Bundesarbeitsgericht abgewiesen. Die Kündigung konnte schon deshalb nicht zu einem Entschädigungsanspruch führen, da der Arbeitgeber zum damaligen Zeitpunkt von der Schwangerschaft noch gar nichts wusste. Die von der Arbeitnehmerin dann verlangte „Rücknahme der Kündigung“ ist rechtstechnisch überhaupt nicht möglich. In Betracht kommt allenfalls eine Klarstellung, dass die Kündigung wegen Verstoßes gegen den gesetzlichen Kündigungsschutz einer Schwangeren keine Wirkung entfalte.

Ein weiter zwischen den Parteien bestehender Streit, ob die Voraussetzungen für den Mutterschutz schon während des Beschäftigungsverbotes vorlagen, stellt ebenfalls keine Diskriminierung dar. Zum einen ist es dem Arbeitgeber unbenommen, hier einen Vortrag der Arbeitnehmerin in Zweifel zu ziehen und ggf. überprüfen zu lassen. Zum anderen konnte hierin schon deshalb keine Diskriminierung liegen, da nur Frauen diesen besonderen An-

spruch haben, so dass eine unterschiedliche Behandlung von Männern einerseits und Frauen andererseits, was als Diskriminierung hätte gewertet werden können, grundsätzlich nicht möglich war.

Praxistipp:

Für den Arbeitgeber ist nicht bekannt, dass der besondere Kündigungsschutz von Schwangeren auch bereits während der Probezeit besteht. Der Arbeitgeber kann seine Interessen zum einen durch Abschluss eines befristeten Vertrages wahren, der auch dann das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Befristung beendet, wenn die Arbeitnehmerin schwanger ist. Zum anderen besteht bei kleineren Betrieben die Möglichkeit der Teilnahme an der Umlage U2, die die Krankenkassen anbieten.

## **2. Verwirkung des Rechts zum Widerspruch nach vorangegangenem Betriebsübergang gemäß § 613 a BGB**

BAG, Urteil vom 17. Oktober 2013, 8 AZR 974/12

Kommt es zu einem Betriebsübergang, geht das Arbeitsverhältnis der betroffenen Mitarbeiter automatisch auf den Betriebserwerber, den neuen Arbeitgeber, über. Dies verhindert, dass Arbeitnehmer bei einem Betriebsübergang ihren Arbeitsplatz verlieren.

Allerdings haben betroffene Mitarbeiter die Möglichkeit, diesem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den neuen Arbeitgeber zu widersprechen. Ein solcher Widerspruch ist notwendig, um Arbeitnehmern nicht eventuell gegen ihren Willen einen neuen Vertragspartner „aufzuzwingen“.

Widerspricht der Arbeitnehmer, bleibt das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber bestehen, allerdings mit dem Risiko, dass diese nach Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit (Betriebsübergang) eine betriebsbedingte Kündigung ausspricht.

Der Arbeitgeber muss die betroffenen Arbeitnehmer über alle Aspekte des Betriebsübergangs ausreichend informieren. Ist dies geschehen, hat der Arbeitnehmer nur innerhalb eines Monats das Recht auf Widerspruch, um allen Vertragsparteien Rechtssicherheit zu geben. Fehlt eine ordnungsgemäße Belehrung des Arbeitnehmers, beginnt diese Widerspruchsfrist allerdings nicht zu laufen und der Arbeitnehmer kann den Widerspruch auch noch später aussprechen, um einen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit dem bisherigen Arbeitgeber zu erreichen.

Hiervon gibt es jedoch Ausnahmen, und zwar insbesondere dann, wenn der Arbeitnehmer sein Recht zum Widerspruch verwirkt hat. Die Frage wann dies geschieht, ist in der Rechtsprechung und in der arbeitsrechtlichen Literatur umstritten. In einem Fall hat das Bundesarbeitsgericht nunmehr für Klarheit gesorgt: Hier hatte der Arbeitnehmer zunächst gegen den Übernehmer auf Feststellung geklagt, dass dort aufgrund des Betriebsübergangs ein Arbeitsverhältnis bestehe. Es kam zu einem Vergleich, in dem einerseits zwischen dem Arbeitnehmer und dem Übernehmer festgestellt wurde, dass angeblich kein Betriebsübergang stattgefunden habe und andererseits dem Arbeitnehmer vom Übernehmer eine „Abfindung“ in Höhe von € 45.000,00 zugesprochen worden ist.

Nach Abschluss dieses Vergleichs hat der Arbeitnehmer dann den bisherigen Arbeitnehmer auf Feststellung verklagt, dass das alte Arbeitsverhältnis noch bestehe. Dem hat das BAG widersprochen: Wenn der Arbeitnehmer zunächst gerichtlich beim Erwerber das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses geltend macht und sich mit diesem dann im Rahmen eines Vergleichs auf eine Zahlung einigt, hat er damit das Recht verwirkt, dem Betriebsübergang noch zu widersprechen. Zum einen haben es Arbeitnehmer und Erwerber nicht in der Hand zu entscheiden, ob ein Betriebsübergang stattgefunden hat oder nicht. Zum anderen können diese beiden Parteien keinen Vertrag zu Lasten des bisherigen Arbeitgebers schließen, noch dazu, wenn der Arbeitnehmer eine sogenannte „Rosinenpickerei“ betreibt. Vom Übernehmer erhält er eine großzügige Abfindung und will gleichzeitig den bisherigen Arbeitsplatz behalten.

#### Praxistipp:

Die gesetzlich geregelte Informationspflicht beim Betriebsübergang betrifft sowohl den Übergeber als auch den Übernehmer. Da bei unzureichender Information die Widerspruchsfrist nicht zu laufen beginnt und Arbeitnehmer deshalb möglicherweise auch noch nach längerer Zeit - zum Missfallen von Übergeber und/oder Übernehmer - dem Übergang widersprechen kann, sollte die Information fachanwaltlich ausgearbeitet bzw. überprüft werden.

### **3. Strenge Voraussetzungen bei befristetem Arbeitsvertrag zur Vertretung eines abgeordneten Stammmitarbeiters**

**BAG, Urteil vom 16. Januar 2013, 7 AZR 662/11**

Im vorliegenden Fall hatte der Arbeitgeber einen sachgrundbefristeten Vertrag mit einem Arbeitnehmer geschlossen. Grund für die Befristung war die Abordnung eines Stammmitar-

beiters. Hier stellte sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Abordnung eines Arbeitnehmers den Abschluss eines befristeten Vertrages rechtfertigen kann.

Das BAG hat zunächst festgestellt, dass auch die Abordnung eines Arbeitnehmers einen Sachgrund für die Beschäftigung eines Vertreters darstellen kann. Dies ist insoweit nicht ganz selbstverständlich gewesen, da, anders als bei Urlaub, Krankheit o.ä. die Abordnung ja allein von der Entscheidung des Arbeitgebers abhängt, er also letztlich den Vertretungsfall selbst veranlassen kann.

Dies rechtfertigt auch eine Einschränkung: Der befristet eingestellte Arbeitnehmer muss direkt als Vertretung des abgeordneten Stammmitarbeiters tätig werden, diesen also direkt vertreten und weitgehend dessen Tätigkeit übernehmen.

Diese Handhabung ist wesentlich strenger als beispielsweise bei einer Vertretung, die der Arbeitgeber nicht selbst steuern kann, etwa bei Krankheit oder Urlaub eines Stammmitarbeiters: Dort ist es auch zulässig, dass lediglich eine mittelbare Vertretung vorliegt. Der Vertreter muss nicht exakt die Aufgaben wahrnehmen, die der zu Vertretene bisher ausgeübt hat. Es ist auch denkbar, dass zunächst intern Verschiebungen der Arbeitsaufgaben erfolgen mit der Folge, dass der Vertreter letztlich Aufgaben wahrnehmen kann, die ein interner Vertreter des abwesenden Stammmitarbeiters ausgeübt hat und aufgrund dieser Vertretungstätigkeit jetzt nicht mehr ausüben kann.

#### **4. Kündigungsschutz für Ersatzmitglieder des Betriebsrats nur bei tatsächlicher Aufgabenwahrnehmung**

**BAG, Urteil vom 19. April 2012, 2 AZR 233/11**

Betriebsratsmitglieder genießen gemäß § 15 Abs. 1 KSchG einen Sonderkündigungsschutz. Eine ordentliche Kündigung ist hier unter anderem ausgeschlossen. Dieser Sonderkündigungsschutz gilt unter bestimmten Umständen auch für Ersatzmitglieder. Hier gibt es aber oft Streit. Unter anderem gibt es Fälle, in denen ordentliche Betriebsratsmitglieder geplant Urlaub nehmen, um Ersatzmitglieder in die Betriebsratstätigkeit zu berufen und Ihnen damit - für ein Jahr! - Kündigungsschutz zukommen zu lassen. Hier ist allerdings auf die richtige Reihenfolge der Ersatzmitglieder zu achten, in der diese tätig werden.

Im vorliegenden Fall war das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber gekündigt worden. Dieser berief sich darauf, die Kündigung sei unwirksam, da er als Ersatzmit-

glied des Betriebsrats nach einer Betriebsratstätigkeit noch nachwirkenden Kündigungsschutz genieße.

Dem hat das Bundearbeitsgericht widersprochen. Der nachwirkende Kündigungsschutz trete nur ein, wenn das Ersatzmitglied in der Vertretungszeit konkrete Betriebsratsaufgaben tatsächlich wahrgenommen habe. Zwar war der Arbeitnehmer etwa einen Monat als erstes Ersatzmitglied für ein verhindertes reguläres Betriebsratsmitglied als Nachrücker benannt worden. Er hat allerdings nicht an den in dieser Zeit stattfindenden Betriebsratssitzungen teilgenommen. Hier kommt es auch nicht auf den Grund für diese Nichtteilnahme an. Im Ergebnis sei für den Kündigungsschutz und dann auch für den nachwirkenden Kündigungsschutz allein entscheidend, ob in der fraglichen Zeit eine tatsächliche Betriebsratstätigkeit entfaltet worden ist.

Ohne eine solche Tätigkeit, entsteht kein gesonderter Kündigungsschutz gemäß § 15 KSchG und auch kein nachwirkender Kündigungsschutz.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

[eckert@edk.de](mailto:eckert@edk.de) | [www.edk.de](http://www.edk.de)