

Olaf Deinert
Michael Kittner

Arbeits- und Sozial- recht

Rückblick 2010
Ausblick 2011



Exklusiv-Report

Der Neue muss her.



Michael Kittner
Arbeits- und Sozialordnung
 Gesetzestexte · Einleitungen · Anwendungshilfen
 36., aktualisierte Auflage
 2011. 1.685 Seiten, kartoniert
 Einzelbezug: € 26,90
ISBN 978-3-7663-6074-8
 Fortsetzungsbezug
 (erscheint jährlich)
ISBN 978-3-7663-7777-7

Wer mit dem neuesten »Kittner« arbeitet, ist immer auf der sicheren Seite. Die Erfolgsformel der jährlich neu aufgelegten »Arbeits- und Sozialordnung« heißt: Gesetze plus Information auf dem neuesten Stand. Die solide Grundlage bilden **über 100** für die Unternehmenspraxis relevanten **Gesetze und Verordnungen** im Wortlaut oder in wichtigen Teilen. Das Besondere: Der »Kittner« bietet **zusätzlich viele wertvolle Inhalte**:

- Eine **allgemeine Einführung ins Arbeits- und Sozialrecht** sorgt von Anfang an für guten Überblick
- **Einleitungen**, mit denen Michael Kittner und Olaf Deinert die einzelnen Gesetzestexte erläutern, informieren über deren Entstehung und Entwicklung, über Gesetzesinhalt und Rechtspraxis sowie über weiterführende Literatur
- Über **80 Checklisten, Übersichten und Grafiken** ergänzen die Texte
- Bei wichtigen Gesetzen komprimieren nützliche Übersichten die seit der letzten Auflage ergangenen **höchstrichterlichen Entscheidungen** – mit Verweis auf eine ausführliche Fundstelle
- **Kostenloser Online-Zugriff** auf rund 900 höchstrichterliche Entscheidungen der Ausgaben 2009, 2010 und 2011 auf www.der-kittner.de

Die 36. Auflage enthält zentrale arbeits- und sozialrechtliche Neuerungen, darunter:

- Gesetz für bessere Beschäftigungschancen am Arbeitsmarkt (Beschäftigungschancengesetz) mit Regelungen zur Kurzarbeit im SGB III
- Änderungen des Leiharbeitsrechts
- Die neue Arbeitsschutzverordnung zu künstlicher optischer Strahlung
- Die ELENA-DatensatzVO
- Änderung der Rechtsprechung zur Tarifeinheit

Ja, ich bestelle:

Expl.:	ISBN	Autor / Kurztitel:	€ / Preis
	6074-8	Michael Kittner Arbeits- und Sozialordnung	€ 26,90
	7777-7	Michael Kittner Arbeits- und Sozialordnung (Fortsetzungsbezug)	€ 26,90

Schnell-Fax: 0 69 / 79 50 10 - 11*

Name / Vorname: _____

Firma: _____

Straße / Nr.: _____

PLZ / Ort: _____

Datum / 1. Unterschrift: _____
 Ihre Vertrauensgarantie: Sie haben das Recht, diese Bestellung innerhalb von 14 Tagen beim Bund-Verlag, Postfach, 60424 Frankfurt am Main, schriftlich zu widerrufen. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs.

Datum / 2. Unterschrift: _____
 Bitte vollständige Anschrift angeben. Absenderadresse gilt als Rechnungsadresse.

ASR 03 11 037

* Ihre Bestellung wird durch eine Partnerbuchhandlung mit Lieferservice ausgeführt.



NEU auf

www.der-kittner.de

»Ich empfehle Ihnen den neuen Info-Service **»Kittner aktuell«**: Hier erhalten Sie ganz aktuelle Informationen rund um das Arbeits- und Sozialrecht. Gesetzesänderungen und neue Urteile, aber auch wichtige Hintergrundinformationen – so bleiben Sie stets auf dem neuesten Stand.«

Prof. Dr. Michael Kittner

Hinweis:

»Jedes Betriebsratsmitglied hat ein Recht auf sein eigenes Exemplar in der neuesten Auflage.«

(LAG Schleswig-Holstein v. 11.4.1995 – 1 TaBV 4/95, bestätigt durch BAG v. 24.1.1996 - 7 ABR 22/95)



Postfach
 60424 Frankfurt am Main
 Infotelefon:
 0 69 / 79 50 10-20
 Fax:
 0 69 / 79 50 10-11
 Internet:
www.bund-verlag.de
 E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

Soeben ist die neue, 36. Auflage der »Arbeits- und Sozialordnung« erschienen. Aus diesem Anlass präsentieren ihre Autoren hier einen Überblick über die darin enthaltenen Neuerungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung und geben einen Ausblick auf die laufenden Gesetzgebungsvorhaben.

Dr. Olaf Deinert, Professor für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Göttingen, ehrenamtlicher Richter am Bundesarbeitsgericht.

Dr. Michael Kittner, Professor em. für Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Kassel, langjähriger Justitiar der IG Metall.



Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2010, Ausblick 2011

Exklusiv-Report von Olaf Deinert und Michael Kittner

Hier erfahren Sie mehr

- über die Gesetzesänderungen im Jahr 2010
- über die Entwicklungslinien in der Rechtsprechung 2009 und 2010
- über Gesetzesvorhaben in 2011

I. Einführung

Die Große Koalition konnte in der vergangenen Legislaturperiode kaum arbeitsrechtliche Akzente setzen.¹ Ihre Gesetzgebung beschränkte sich auf Regelungen, die durch Urteile des EuGH und des BVerfG erzwungen waren, weil verschiedene deutsche Regelungen mit dem EU-Recht beziehungsweise dem Verfassungsrecht unvereinbar waren, sowie die Umsetzung europäischer Vorgaben, insbesondere im AGG. Einziges großes eigenständiges Projekt der Koalition war die branchenbezogene Mindestlohngesetzgebung durch das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) und das Mindestarbeitsbedingungengesetz (MiArbG). Im Übrigen gab es arbeitsrechtliche Regelungen vor allem als Annex zu

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 31a, das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG) unter Nr. 31b.

Bestimmungen auf anderen Feldern, etwa auf dem Gebiet des Kapitalmarktrechts oder der Gendiagnostik.

Blickt man auf die Agenda der schwarz-gelben Koalition, soweit sie für das vergangene gute erste Jahr der Koalition Relevanz hat, so fällt der Befund nicht wesentlich anders aus. So gab es Bedarf für »Reparaturgesetze« insbesondere im SGB II. Ein gewisser Umsetzungsdruck entsteht durch die Leiharbeitsrichtli-

¹ Ausführlich dazu *Deinert/Kittner, RdA 2009, 265.*

nie 2008/104/EG² mit einer Umsetzungsfrist bis zum 5.12.2011 (s.u. IV. 1.). Große Ziele hatte sich die Koalition in Bezug auf den Arbeitnehmerdatenschutz gesetzt (s.u. IV. 2.). Ferner sieht der Koalitionsvertrag vor, dass das »Gesundheitswesen innovativ, leistungsgerecht und demographiefest« gestaltet werden soll (s.u. II. 6.). Eine weitere politische Entscheidung, die keine gesetzgeberischen Aktivitäten bedurfte, war, die Förderung der Altersteilzeit des ATZG nicht zu verlängern (dazu II. 3.). Immerhin hat die Koalition hier einen Akzent gesetzt, ohne etwas zu tun. Offen ist noch, wie die schwarz-gelbe Mehrheit mit der Forderung von BDA und DGB nach einer gesetzlichen Regelung der Tarifeinheit (s.u. III. 7.) umgehen wird.

II. Neue Regelungen seit 2010

1. Beschäftigungschancengesetz

Grundsätzlich kann ein Leiharbeiter für Zeiten, in denen der Verleiher ihn nicht an einen Entleiher verleihen kann, Annahmeverzugslohn gemäß § 615 BGB verlangen. Diese Risikoverteilung ist nach der gesetzlichen Regelung des § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG nicht abdingbar. Freilich droht dem Leiharbeiter in einem solchen Fall dann langfristig die Kündigung. Eine Abfederung dieses Risikos durch die Möglichkeit der Kurzarbeit ist wegen der zwingenden Ansprüche des Arbeitnehmers grundsätzlich ausgeschlossen.³ Im Gefolge der Finanz- und Wirtschaftskrise hat der Gesetzgeber durch Art. 16 des Beschäftigungssicherungs- und Stabilitätsgesetzes⁴ diese Regelung vorübergehend ergänzt. Danach ist die Vereinbarung von Kurzarbeit für die Zeit des Kurzarbeitergeldbezuges nach dem SGB III bis längstens 31.12.2010 zulässig. Diese Regelung öffnet den Weg zu Kurzarbeit für Leiharbeiter. Durch das Beschäftigungschancengesetz vom 24.10.2010⁵ wurde sie bis zum 31.3.2012 verlängert. Verlängert bis zu diesem Zeitpunkt wurden dadurch ebenfalls einige Regelungen in § 421t SGB III zur Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen bei Kurzarbeit an den Arbeitgeber, die ebenfalls im Gefolge der Finanz- und Wirtschaftskrise eingeführt worden waren.⁶ Lediglich das Mehrbetriebsprivileg nach § 421t Abs. 1 Nr. 3 SGB III wurde nicht weiter verlängert. Schließlich wurde im Zuge des Beschäftigungschancengesetzes die Möglichkeit der freiwilligen Arbeitslosenversicherung für bestimmte Existenzgründer nach § 28a SGB III entfristet.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Näheres hierzu finden Sie in der 36. Auflage der »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum SGB III (Nr. 30 III) unter II. 2. b.

² Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit, ABl. Nr. L 327/9.

³ BSG, NZA-RR 2010, 216.

⁴ Gesetz zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 2.3.2009, BGBl. I 416.

⁵ BGBl. I 1417; dazu *Knuth*, SozSich 2010, 300 ff.; zum Gesetzentwurf *Nakielski*, AiB 2010, 358 ff.

⁶ Art. 2b Nr. 10 des Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch, zur Errichtung einer Versorgungsausgleichskasse und anderer Gesetze vom 15.7.2009, BGBl. I 1939.



Michael Kittner

Arbeits- und Sozialordnung

Gesetzestexte · Einleitungen · Anwendungshilfen

36., aktualisierte Auflage

Bearbeitet von Michael Kittner und Olaf Deinert

2011. 1.685 Seiten, kartoniert

Bund-Verlag

€ 26,90

ISBN 978-3-7663-6074-8

2. Kontopfändungsschutz

Zur Sicherung einer ausreichenden Existenzgrundlage des Arbeitnehmers können seine Gläubiger dessen Lohnanspruch nur eingeschränkt pfänden. Der Pfändungsschutz ist in §§ 850 ff. ZPO geregelt. Dieser Schutz wäre aber unvollkommen, wenn die Gläubiger stattdessen nicht den Anspruch auf Arbeitslohn gegen den Arbeitgeber pfänden, sondern das Guthaben auf einem Konto, das in rechtlicher Hinsicht ein Anspruch des Arbeitnehmers gegen die kontoführende Bank auf Auszahlung des Guthabens ist. Deshalb sieht § 850k ZPO einen Kontopfändungsschutz vor, der gewährleistet soll, dass der Arbeitnehmer den für seine Existenzgrundlage notwendigen Freibetrag erhält. Nach der früheren Regelung war es so, dass die Pfändung durch den Gläubiger zunächst zu einer Sperrung des Kontos führte. Der Arbeitnehmer musste dann einen Antrag beim Vollstreckungsgericht stellen, damit die Pfändung durch Beschluss des Gerichts wieder aufgehoben wird. Dies war nicht nur mühsam für den Arbeitnehmer, sondern auch für die Bank, was oftmals dazu führte, dass die kontoführende Bank das Konto kündigte. Um das zu vermeiden, wurde das Verfahren durch das Gesetz zur Reform des Kontopfändungsschutzes von 7.7.2009⁷ erheblich erleichtert.⁸ Dieses Gesetz, das noch von der Großen Koalition stammt, ist zum 1.7.2010 in Kraft getreten.

⁷ BGBl. I 1707.

⁸ Dazu *Graf-Schlicker/Linder*, ZIP 2009, 989 ff.; *Ahrens*, NJW 2010, 2001 ff.

Nach der neuen Regelung kann der Arbeitnehmer gemäß § 850k ZPO von seiner Bank die Umwandlung des normalen Girokontos in ein so genanntes P-Konto verlangen. Das hat zur Folge, dass in Höhe des Pfändungsfreibetrages über das Guthaben verfügt werden kann; bei einem bereits gepfändeten Konto kann dieser Antrag innerhalb von vier Wochen mit der Folge gestellt werden, dass die Pfändung in Höhe des Pfändungsfreibetrages unwirksam wird. Verfügt der Arbeitnehmer allerdings über das Arbeitsentgelt, das sich auf dem P-Konto befindet, nicht bis zum Ablauf des Folgemonats, ist es wieder pfändbar (§ 850k Abs. 1 Satz 2 ZPO).

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Ausführlich hierzu Einleitung und Gesetzestext der ZPO (Nr. 35) in der »Arbeits- und Sozialordnung 2011«.

3. Auslaufende Förderung der Altersteilzeit

Nach § 16 ATZG können Aufstockungsleistungen bei Altersteilzeit nur noch erbracht werden, wenn die Voraussetzungen für die Förderung erstmals vor dem 1.1.2010 vorgelegen haben. Gewerkschaften und SPD haben zwar versucht, eine Fortführung zu erreichen. Sie sind aber gescheitert, nachdem die CDU/CSU und die FDP dieses im Koalitionsvertrag kategorisch ausgeschlossen haben. Damit ist die Finanzierung von Teilzeitarbeit auf die Beschäftigten bzw. ihre Arbeitgeber verlagert. Dies führte dazu, dass in der Chemieindustrie und im Metallbereich neue Tarifwerke geschaffen wurden,⁹ ebenso im öffentlichen Dienst.¹⁰

Das ATZG bleibt freilich in Kraft, lediglich die staatliche Förderung läuft aus. Wichtig bleibt beispielsweise die Insolvenzsicherungspflicht gemäß § 8a ATZG. Auch außerhalb des ATZG sind die betreffenden Regelungen in Kraft geblieben, etwa die Regelungen zur Steuerfreiheit (§ 3 Nr. 28 EStG) und zur Beitragsfreiheit in der Sozialversicherung (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 SVEV).

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Altersteilzeitgesetz (ATZG) ist in der 36. Auflage der »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 30 VI a abgedruckt.

4. Arbeitsschutz

Mit Wirkung ab 1.12.2010 wurde eine neue Gefahrstoffverordnung (GefStoffV) in Kraft gesetzt.¹¹ Im Zuge der Umsetzung der Richtlinie wurde die Verordnung über künstliche optische Strahlungen (OStrV) erlassen und die ArbStättenV um eine ergänzende Regelung zur Gefährdungsbeurteilung (§ 3 n.F.) erweitert.¹²

Ganz aktuell:

Die Verordnung über künstliche optische Strahlungen finden Sie in der »Arbeits- und Sozialordnung« ab dieser Auflage unter der Nr. 7j. Die neu gefasste Gefahrstoffverordnung ist als Nr. 7c abgedruckt. Beachten Sie auch die Übersichten und Checklisten zum Thema »Arbeitsschutz«.

5. Reform der Grundsicherung (»Hartz IV«)

Gleich zweimal hatte das Bundesverfassungsgericht Regelungen des SGB II zur Grundsicherung für Arbeitsuchende für verfassungswidrig erklärt. Das betrifft zum einen die Organisation der Grundsicherung (s.u. a), zum anderen die so genannte Regelleistung (b). Unabhängig davon wird rechtspolitisch über die Schlussfolgerungen aus der massiven Kritik des Bundesrechnungshofs am Einsatz der sog. 1 Euro-Jobs zu diskutieren sein. Der Rechnungshof hatte insbesondere kritisiert, dass diese Jobs kaum geeignet seien, Langzeitarbeitslosen Beschäftigung zu verschaffen. Zudem könnten sie reguläre Beschäftigung verdrängen.¹³ Das Bundesarbeitsministerium hat bereits eine Überprüfung angekündigt.¹⁴ Geplant ist schließlich eine Verbesserung der Hinzuverdienstregelungen ab Jahresmitte.¹⁵

a) Organisation der Grundsicherung

Die neue Konzeption der Grundsicherung nach Zusammenlegung von Arbeitslosen- und Sozialhilfe basierte unter anderem auf einer Zusammenarbeit von Kommunen und Arbeitsagenturen bei der Verwaltung von Entgeltersatzleistungen. Außerdem versuchte man damit, Arbeitsuchende wieder in Arbeit zu bringen. Die bisherige Regelung sah nur ausnahmsweise die Möglichkeit der Kommunen vor, statt dieser Zusammenarbeit für die Durchführung der Grundsicherung in eigener Regie zu optieren. Der danach verbleibende Zwang zur Bildung von Arbeitsgemeinschaften stellte allerdings nach der Rechtsprechung des BVerfG einen verfassungswidrigen Eingriff in die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung dar.¹⁶ Die schwarzgelbe Koalition hatte ursprünglich noch den Plan, eine SGB II-Strukturreform »ohne Änderung des Grundgesetzes durchzuführen«. Es stellte sich jedoch bald heraus, dass dies nicht möglich war, nachdem man die früheren »Argen« (Arbeitsgemeinschaften) als eine an sich positive Konzeption betrachtete.¹⁷ Deshalb ebnete man den Weg zur Fortführung der Zusammenarbeit zunächst durch eine Änderung des Grundgesetzes.¹⁸ Im Anschluss daran wurde das Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisation der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 3.8.2010 verabschiedet.¹⁹ Die Regel ist danach die Durchführung der Grundsicherung in »Gemeinsamen Einrichtungen« gemäß 44b SGB II, die vom Gesetz in § 6d SGB II als »Jobcen-

⁹ Vgl. iwD 13/10, S. 4; Bericht in AuR 2010, 29.

¹⁰ Dazu Klapproth/Hock, ZTR 2010, 278 ff.

¹¹ Verordnung zum Schutz vor Gefahrstoffen (Gefahrstoffverordnung – GefStoffV) vom 26.11.2010, BGBl. I 1643.

¹² Verordnung zur Umsetzung der Richtlinie 2006/25/EG zum Schutz der Arbeitnehmer vor Gefährdungen durch künstliche optische Strahlung und zur Änderung von Arbeitsschutzverordnungen (OStrVEV) vom 19.7.2010, BGBl. I 960.

¹³ Vgl. Rechnungshof kritisiert Ein-Euro-Jobs, SZ vom 17.11.2010, S. 17.

¹⁴ Vgl. Regierung stellt Ein-Euro-Jobs in Frage, SZ vom 16.11.2010, S. 5.

¹⁵ Vgl. Bericht in AuR 2010, S. 464.

¹⁶ BVerfG, NZS 2008, 198; dazu Wenner, SozSich 2008, 34.

¹⁷ RegBegr., BR-Drucks. 226/10.

¹⁸ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 91e) vom 21.7.2010, BGBl. I 944.

¹⁹ BGBl. I 1112.

ter« bezeichnet werden. Es gibt weiterhin die Möglichkeit der so genannten Optionskommunen. Deren Anzahl ist aber nach § 6a SGB II vereinfacht gesagt auf ein Viertel begrenzt.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Die §§ 6d und 44b SGB II sind in der aktuellen Fassung der »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 30 II abgedruckt.

b) Regelleistungen

Mit Urteil vom 9.2.2010 hatte das BVerfG nach Vorlagen des Hessischen LSG²⁰ und des BSG²¹ die Regelungen des Grundsicherungsrechts in Bezug auf die Regelleistungen für verfassungswidrig erklärt.²² Im Ausgangspunkt nahm das Gericht an, dass es einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG gebe.²³ Dieser Anspruch sei durch den Gesetzgeber mit einem gewissen Gestaltungsspielraum auszugestalten. Erforderlich seien aber eine Realitätsorientierung, die in eine Kontrolle darauf münde, ob die Regelleistungen evident ungenügend seien, sowie eine Transparenzobliegenheit, aus der sich ergebe, wie die Regelleistungen ermittelt worden sind. Evident unzureichende Regelleistungen konnte das BVerfG nicht erkennen. Allerdings hielt das Gericht die Ermittlung der Regelleistungen für Alleinstehende für intransparent. Das gelte dann auch bei den Regelleistungen für Partner und Kinder, die als Prozentsatz der Regelleistung für Alleinstehende ausgeworfen worden waren. Zudem hielt das BVerfG die Orientierung des Sozialgeldes für Kinder mit 60 Prozent der Regelleistung für Alleinstehende für empirisch nicht fundiert. Insbesondere wurde kritisiert, dass Bildungskosten nicht genügend berücksichtigt seien.

Das BVerfG erteilte dem Gesetzgeber damit einen Neuregelungsauftrag bis zum 31.12.2010 mit der Maßgabe, dass bei Versäumung dieser Frist eine Neufestsetzung mit Rückwirkung geboten sei.

Darüber hinaus genügte die Regelung insofern nicht verfassungsrechtlichen Anforderungen, als unabweisbare laufende atypische Bedarfslagen nicht genügend durch die Regelleistungen abgedeckt waren, weil Grundsicherungsempfänger, die einen derartigen laufenden höheren Bedarf haben, diesen mit der Regelleistung nicht decken können. Hinsichtlich solcher Bedarfslagen erkannte das Gericht mit sofortiger Wirkung einen verfassungsunmittelbaren Anspruch der Betroffenen zulasten des Bundes. Rückwirkende Ansprüche konnten daraus aber nicht hergeleitet werden.²⁴ Letzteres wurde kurzfristig auf einfachgesetzli-

cher Grundlage in § 21 Abs. 6 SGB II umgesetzt.²⁵ Zu diesen Bedarfslagen gibt es inzwischen bereits reichhaltige Rechtsprechung.²⁶ Als möglicher unabweisbarer atypischer laufender Bedarf kommen beispielsweise Kosten infolge der Lese-Rechtschreib-Schwäche eines Kindes infrage²⁷ oder die Kosten der Ausübung des Umgangsrechtes mit einem Kind.²⁸ Nicht als unabweisbarer atypischer laufender Bedarf anerkannt wurde der wachstums- und verschleißbedingte Kleidungsaufwand für Kinder,²⁹ der Aufwand aufgrund einer Gehbehinderung,³⁰ Stromkosten,³¹ Kosten für freiwillige Impfungen,³² Erst- oder Ersatzbeschaffungen von Bett und Matratze³³ sowie Schulbuchkosten.³⁴

Dem Neuregelungsbedarf in Bezug auf die Ermittlung der Regelleistung konnte der Gesetzgeber zum Ende des Jahres 2010 nicht mehr nachkommen, da der Bundesrat in seiner Sitzung am 17.12.2010 dem im Bundestag beschlossenen Gesetzentwurf zur Reform des SGB II nicht zugestimmt hat. Nun wird das Vermittlungsverfahren eingeleitet, um im Februar 2011 einen Kompromiss zu beschließen. Der Gesetzentwurf enthält in Art. 1 das Regelbedarfsermittlungsgesetz (RBEG), das einheitlich für Grundsicherung und Sozialhilfe die Ermittlung des Regelbedarfs normiert. Der Regelbedarf soll auf 365 Euro festgesetzt werden (§ 20 Abs. 1 SGB II) und ist jährlich anzupassen (§ 20 Abs. 5 SGB II). Kritik am Gesetzentwurf wurde vor allem in Bezug auf die Einzelheiten der Bedarfsermittlung geübt.³⁵ Angesichts der Äußerungen aus dem politischen Raum kurz nach Verkündung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts liegt der Verdacht nicht allzu fern, dass der Umstand, dass die Neuberechnung gerade auf 5 Euro über den bisherigen Bedarf (359 Euro bundeseinheitlich³⁶) hinauslief, auf ein gezieltes Rechnen vom Ergebnis her schließen ließ. Neben der Bedarfsberechnung sind folgende Neuerungen geplant: eine Ermächtigung in Bezug auf Leistungen für Unterkunft und Heizung (§ 22a SGB II) und eine besondere Regelung zu Bedarfen für Bildung und Teilhabe von Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen (§§ 28 ff. SGB II) mit der besonders umstrittenen Regelung zu den so genannten Bildungsgutscheinen (§ 29 SGB II).

Für die Neuregelungen hat die Bundesregierung Mehrkosten von jährlich mehr als 1 Milliarde Euro prognostiziert.³⁷ Das ist freilich nur ein Bruchteil der erwarteten Einsparungen aus dem Sparpaket (sogleich u. c) von rund 4 Milliarden Euro.

20 Hessisches LSG, ZfSH/SGB 2009, 100.

21 BSG, NZS 2010, 53 (LS).

22 BVerfG, NJW 2010, 505.

23 Dazu Schnath, NZS 2010, 297 ff.; Seiler, JZ 2010, 500 ff.

24 BVerfG, FamRZ 2010, 716.

25 Art. 3 Nr. 2 des Gesetzes zur Abschaffung des Finanzplanungsrates und zur Übertragung der fortführenden Aufgaben auf den Stabilitätsrat sowie zur Änderung weiterer Gesetze vom 27. 5. 2010, BGBl. I 671.

26 Überblick bei Klerks, info also 2010, 205 ff.

27 LSG Sachsen-Anhalt, NZS 2010, 578 (LS).

28 Bayerisches LSG 25.6.2010 – L 7 AS 404/10 B ER; LSG Baden-Württemberg 3.8.2010 – L 13 AS 3318/10.

29 BSG, FamRZ 2010, 1660.

30 BSG, SozR 4-1100 Art. 1 Nr. 7.

31 LSG Nordrhein-Westfalen, 26.4.2010 – L 19 AS 10/09.

32 Bayerisches LSG 23.2.2010 – L 7 AS 793/09 NZB.

33 Bayerisches LSG 23.2.2010 – L 7 AS 794/09 NZB.

34 BSG, SGB 2010, 590.

35 Vgl. Böckler impuls 15/2010, S. 6; ferner Böckler impuls 16/2010, S. 4 f., unter Bezugnahme auf Lenze, WSI-Mitt. 2010, 523 ff.

36 Bekanntmachung vom 7.10.2010, BGBl. I 820.

37 BR-Drucks. 661/10, S. 80 ff.

c) Änderungen durch das Haushaltsbegleitgesetz 2011

Durch das Haushaltsbegleitgesetz 2011 wurde das so genannte Sparpaket³⁸ umgesetzt. Der befristete Zuschlag zum Arbeitslosengeld II nach dem Bezug von Arbeitslosengeld (§ 24 SGB II a.F.) wurde gestrichen. Darüber hinaus wurde eine Anrechnung von Elterngeld bei der Einkommensermittlung geregelt (§ 10 Abs. 5 BEEG n.F.). Im Zuge dessen wurde übrigens auch das Elterngeld etwas begrenzt (§ 2 Abs. 2 Satz 2 BEEG n.F.). Schließlich ist die Rentenversicherungspflicht für Arbeitslosengeld II-Bezieher (§ 3 Satz 1 Nr. 3a SGB VI a.F.) entfallen.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Die Änderungen durch das Haushaltsbegleitgesetz finden sich in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« im Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz unter der Nr. 16 und im SGB VI unter der Nr. 30 VI.

6. GKV-Finanzierung

Die Kosten des Gesundheitssystems sind schon seit langem Gegenstand intensiver politischer Auseinandersetzungen. Zuletzt hatte der Gesetzgeber sich mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 26.3.2007³⁹ an dieser Aufgabe versucht und den so genannten kassenindividuellen Zusatzbeitrag als Option bei nicht genügender Deckung des Finanzbedarfs einer Kasse in § 242 SGB V eingeführt. Verschiedene Kassen hatten davon im Jahr 2010 Gebrauch gemacht. Die schwarz-gelbe Koalition hatte es sich zur Aufgabe gemacht, das »Gesundheitswesen innovationsfreundlich, leistungsgerecht und demographiefest« zu gestalten. Das zum 1.1.2011 in Kraft getretene GKV-FinG⁴⁰ sieht dazu verschiedene Instrumente der Ausgabenbegrenzung verbunden mit einer Neustrukturierung der Beitragsfinanzierung vor. Der bisher nahezu hälftige Arbeitgeberbeitrag zur Krankenversicherung wird bei 7,3 Prozent eingefroren. Die Beschäftigten tragen ebenfalls 7,3 Prozent der Beitragslast zuzüglich des Beitragszuschusses von 0,9 Prozent (§§ 249 Abs. 1 Satz 1, 241a SGB V). Hinzu kommt nunmehr ein »einkommensunabhängiger kassenindividueller Zusatzbeitrag« nach § 242 SGB V. Über diesen sollen letztlich alle Ausgabensteigerungen finanziert werden, was wiederum dem Wettbewerb unter den Kassen zuträglich sein soll. Eine Beitragsverringerung in Form eines so genannten Sozialausgleichs gemäß § 242b SGB V greift bei Überschreiten einer Belastungsgrenze von 2 Prozent. Auf diese Weise wird die paritätische Finanzierung der Krankenversicherung verlassen.⁴¹ Von gewerkschaftlicher Seite wird diese Finanzierungsreform als verkappte unsolidarische Einführung einer »Kopfpauschale« abgelehnt.⁴²

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Die Änderungen durch das Gesetz zur nachhaltigen und sozial ausgewogenen Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Finanzierungsgesetz) finden sich in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« im SGB V (Nr. 30 V).

III. Entwicklungslinien der Rechtsprechung

1. Antidiskriminierungsrecht

Nachdem der Europäische Gerichtshof⁴³ in der Rechtssache Mangold die alte Regelung des § 14 Abs. 3 Satz 4 TzBfG über die erleichterte Befristung von Arbeitsverträgen mit älteren Arbeitnehmern als nicht zu rechtfertigende Altersdiskriminierung für unvereinbar mit dem Unionsrecht gehalten und das BAG⁴⁴ auf dieser Grundlage die Bestimmung unangewendet gelassen hatte, hat der betroffene Arbeitgeber hiergegen Verfassungsbeschwerde erhoben. Diese blieb am Ende erfolglos. Das BVerfG⁴⁵ hob hervor, dass es sich bei der Entscheidung des EuGH um keinen unverbindlichen Rechtsakt der Union gehandelt habe, denn ein solcher komme nur in Betracht, wenn offensichtlich und in erheblichem Maße die Kompetenzen der Union überschritten wurden. Das aber sei bei der Mangold-Entscheidung nicht der Fall gewesen. Auch habe das BAG den Arbeitgeber nicht in seinem Vertrauen auf die Wirksamkeit der unionsrechtswidrigen Regelung schützen müssen.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Ausführungen zur Mangold-Entscheidung finden Sie in der »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum AEUV (Nr. 20a) unter II. 2. b.

Damit hat auch die – ebenso wie die Mangold-Entscheidung – auf das primärrechtlich garantierte Verbot der Altersdiskriminierung gestützte Entscheidung des EuGH in der Sache Küçükdeveci letztlich eine Absegnung erfahren. Darin hatte der EuGH entschieden, dass die Bestimmung des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach bei der zur Kündigungsfristberechnung erforderlichen Bestimmung der Beschäftigungsdauer Zeiten vor vollendetem 25. Lebensjahr nicht berücksichtigt werden, nicht mehr angewendet werden dürfe.⁴⁶ Das BAG ist dem auch gefolgt, verlangt allerdings, dass die fehlerhafte Kündigungsfrist u. U. im Wege der Kündigungsschutzklage wegen §§ 4, 7 KSchG geltend gemacht wird.⁴⁷ Auch ein weiterer erwarteter Paukenschlag der Rechtsprechung ist ausgeblieben. Das BAG hatte auch unter dem neuen Antidiskriminierungsrecht an seiner alten Rechtsprechung festgehalten, wonach tarifvertragliche Altersgrenzen für den Fall der Regelaltersrente wirksam sind und sich insoweit an

38 Zur Kritik daran seitens des DGB s. SoSi plus 6-7/2010, S. 1.

39 BGBl. I 378; dazu Sodan, NJW 2007, 1313.

40 BGBl. I 2309.

41 Ausführliche Kritik bei Urban, SozSich 2010, 285 ff.

42 Vgl. Böckler impuls 14/2010, S. 1; einblick 15/2010, S. 5.

43 EuGH, NJW 2005, 3695 – Mangold.

44 BAG, NZA 2006, 1162.

45 BVerfG, NZA 2010, 995 – Honeywell.

46 EuGH, NZA 2010, 85 – Küçükdeveci.

47 BAG, DB 2010, 2620.

einer Entscheidung des EuGH⁴⁸ orientiert.⁴⁹ Demgegenüber hatte das Arbeitsgericht Hamburg die Problematik dem EuGH vorgelegt.⁵⁰ Dazu hat der EuGH nunmehr in der Rechtssache Rosenblatt entschieden, dass der Gesetzgeber grundsätzlich befugt sei, den Tarifvertragsparteien zu gestatten, mit Hilfe von Altersgrenzen einen Ausgleich zwischen den Generationen durch Altersgrenzen zu schaffen, zumal die Betroffenen eine Altersrente beziehen könnten.⁵¹ Dabei komme den Tarifvertragsparteien im Hinblick auf ihre Kollektivautonomie ein gewisser Gestaltungsspielraum zu, ob sie Altersgrenzen in Hinblick auf das verfolgte Ziel für erforderlich hielten. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass eine Altersgrenze nicht ausschließe, dass Rentner sich eine neue Beschäftigung suchen.

Die Reichweite der Tarifautonomie wurde vom BAG auch zum Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens zum EuGH gemacht. Dabei ging es zunächst um die Frage, ob die alte Vergütung nach Lebensalterstufen im BAT eine Diskriminierung wegen des Alters darstellt. Wichtiger noch ist dann aber die Folgefrage, ob die mit der Beseitigung der Benachteiligung durch Übergang in den TVöD verbundene vorübergehende Besitzstandssicherung ihrerseits als Benachteiligung im Rahmen der Tarifautonomie gerechtfertigt sein könnte und ob anderenfalls den Tarifvertragsparteien eine Frist einzuräumen ist, um die Benachteiligung in autonomer Verhandlung zu beseitigen.⁵²

Eine Ungleichbehandlung kann namentlich dann gerechtfertigt sein, wenn ein bestimmtes Merkmal, z.B. das Geschlecht, unverzichtbare Voraussetzung für eine Tätigkeit ist. Dazu hat das BAG klargestellt, dass die Unverzichtbarkeit sich nicht auf sämtliche Aufgaben beziehen muss, die in der betreffenden Beschäftigung anfallen. Vielmehr genügt es schon, wenn das Merkmal nur für einen Teil der Aufgaben unverzichtbar ist, wie es das BAG im Fall einer Gleichstellungsbeauftragten angenommen hat, zu deren Tätigkeit auch die Integrationsarbeit mit zugewanderten muslimischen Frauen zählt.⁵³

Klärung hat das BAG für die Frage gebracht, welche Voraussetzungen ein Bewerber mit sich bringen muss, um Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach § 15 AGG verlangen zu können. Nicht jeder Bewerber kommt insoweit als potenzieller Anspruchsinhaber in Betracht. Erforderlich ist jedenfalls eine subjektiv ernsthafte Bewerbung.⁵⁴ Demgegenüber verlangt das BAG keine objektive Eignung des Bewerbers für die in Aussicht genommene Stelle. Allerdings soll es bei Fehlen der objektiven Eignung schon an einer Benachteiligung fehlen, weil die von § 3 AGG geforderte vergleichbare Situation nicht vorliege.⁵⁵ Insoweit ist hinsicht-

lich der Eignung allerdings nicht auf sämtliche Fähigkeiten des Bewerbers abzustellen, sondern nur auf das Anforderungsprofil der Stellenausschreibung.⁵⁶

Die zweimonatige Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 AGG für Diskriminierungsansprüche hält der EuGH im Prinzip für mit dem Unionsrecht vereinbar.⁵⁷

Beweist ein Beschäftigter Indizien, die auf eine Diskriminierung schließen lassen, kehrt sich die Beweislast nach § 22 AGG um. Allerdings ist der Umstand, dass auf den Betroffenen ein bestimmtes Merkmal zutrifft, noch kein Indiz dafür, dass er wegen dieses Merkmals benachteiligt wurde. Im Hinblick darauf, dass ein Stellenbewerber oftmals keine näheren Kenntnisse darüber hat, ob und warum ein anderer Bewerber eingestellt wurde, läuft die Beweislastverteilung oftmals ins Leere. Das BAG hat aber ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet, ob aus der in der zugrundeliegenden RL 2006/54/EG⁵⁸ vorgesehenen Beweislastregel ein entsprechender Auskunftsanspruch abgeleitet werden muss und die Beweislast schon bei Verweigerung der Auskunft umgekehrt werden muss.⁵⁹

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Eine Übersicht der zitierten Entscheidungen zum Antidiskriminierungsrecht ist der Einleitung zum AGG (Nr. 1) vorangestellt. Den Volltext der zitierten Entscheidungen können Sie kostenlos in der Rechtsprechungsdatenbank unter www.der-kittner.de aufrufen.

2. Urlaubsrecht

Nachdem der EuGH entschieden hatte, dass es mit der Arbeitszeitrichtlinie RL 2003/88/EG⁶⁰ unvereinbar sei, wenn ein Urlaubsanspruch verfallende, weil der Arbeitnehmer während des Urlaubsjahres und bis zum Ende des Übertragungszeitraums krank gewesen sei,⁶¹ sah das BAG die Grundlage seiner bisherigen Rechtsprechung entfallen und hat die Aufrechterhaltung des Urlaubsanspruchs und einen möglichen Abgeltungsanspruch anerkannt.⁶² Für den Zusatzurlaub eines schwerbehinderten Menschen nach § 125 SGB IX hat das Gericht nun entsprechend erkannt.⁶³ Für zusätzlichen tariflichen Urlaub kommt es für die Maßgeblichkeit dieser Grundsätze darauf an, ob dieser inhaltlich in Abhängigkeit vom gesetzlichen Urlaub ausgestaltet wurde.⁶⁴ Das Gleiche gilt bei einem vertraglichen Anspruch.⁶⁵

48 EuGH, NZA 2007, 1219 – Palacios de la Villa.

49 BAG, NZA 2008, 1302.

50 ArbG Hamburg 20.1.2009 – 21 Ca 235/08.

51 EuGH, NZA 2010, 1167, 1171 – Rosenblatt.

52 BAG, NZA 2010, 768.

53 BAG, NZA 2010, 872.

54 Schlachter, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 11. Aufl. 2011, § 6 AGG Rn. 3 m.w.N., offen gelassen von BAG, NZA 2010, 872, 873.

55 BAG, NZA 2010, 872.

56 BAG, NZA 2010, 383, 384.

57 EuGH, NZA 2010, 869 – Bulicke.

58 Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. L 204/23.

59 BAG, NZA 2010, 1006.

60 Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. L 299/9.

61 EuGH, DB 2009, 234 – Schultz-Hoff.

62 BAG, DB 2009, 538.

63 BAG, NZA 2010, 810.

64 BAG, NZA 2010, 810.

65 BAG, NZA 2010, 1011, 1013.

Übrigens: Das BAG hat die Möglichkeit erwogen, Vertrauensschutz in die bisherige Rechtsprechung zu gewähren, dies aber letztlich unter Hinweis darauf zurückgewiesen, dass seit 1996 ein europarechtlicher Unterbau maßgeblich war, der die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in die frühere Rechtsprechung infrage stellte.⁶⁶

Volltext auf www.der-kittner.de

Die zitierten Entscheidungen finden Sie in der Rechtsprechungsübersicht vor der Einleitung zum Bundesurlaubsgesetz (Nr. 17), den Volltext unter www.der-kittner.de.

3. Kündigungsschutzrecht

Intensiv diskutiert wurden seit der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg⁶⁷ im sog. Emmely-Fall sowohl die Fragwürdigkeit der Zulassung der sog. Verdachtskündigung⁶⁸ als auch die Problematik, ob auch der Diebstahl geringwertiger Sachen ohne Abmahnung zur Kündigung führen kann bzw. muss. Dass der Diebstahl geringwertiger Sachen eine fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung rechtfertigen kann, hat die Rechtsprechung schon lange anerkannt, etwa beim Verzehr eines Stücks Bienenstich⁶⁹ oder beim Mitgehenlassen eines Lippenstifts.⁷⁰ Und auch die Verdachtskündigung ist durch die Rechtsprechung »abgesegnet«, und zwar schon seit Zeiten des Reichsarbeitsgerichts.⁷¹ Da das LAG in dem in breiter Öffentlichkeit diskutierten Fall allerdings auch das Prozessverhalten der Klägerin und damit Umstände, die erst nach Zugang der Kündigung eintraten, zur Bewertung herangezogen hatte, wurde die Revision zugelassen,⁷² über die das BAG am 10.6.2010 entschieden hatte.⁷³

Volltext auf www.der-kittner.de

Die Entscheidung finden Sie in der Rechtsprechungsübersicht vor der Einleitung zum Kündigungsschutzgesetz (Nr. 25), im Volltext unter www.der-kittner.de.

Das BAG hat den offenbar nicht nachhaltig genug zu betonenden Grundsatz der abschließenden Interessenabwägung unterstrichen, der es ausschließt, absolute Kündigungsgründe gleich welcher Art, bei der die Umstände des Einzelfalles unerheblich wären, anzuerkennen. Aus diesem Grund kann eine Kündigung auch im Fall des Diebstahls unwirksam sein, wenn die Tat ein über viele Jahre aufgebautes Vertrauen nicht restlos zerstören konnte. Klar ist damit, dass

es keine Bagatellgrenzen für Kündigungen gibt. Umgekehrt ist auch bei Diebstahl geringwertiger Sachen nicht immer eine Abmahnung erforderlich, wie dies bisweilen rechtspolitisch gefordert worden war. »Ein mal frei« gibt es damit nicht. Was die angesprochene Frage einer Berücksichtigung des Prozessverhaltens des Arbeitnehmers angeht, hat das Gericht klargestellt, dass dieses eine Kündigung, die bereits in der Welt ist, nicht nachträglich rechtfertigen kann. Es kann aber als Grundlage für einen Auflösungsantrag im Prozess nach § 9 KSchG oder für eine erneute Kündigung erhalten. Dabei hat das Gericht aber auch hervorgehoben, dass allein der Umstand, dass das Gericht im Rahmen der prozessualen Beweiswürdigung von einem anderen Sachverhalt als dem vom Arbeitnehmer dargestellten ausgegangen ist, noch kein Beweis für eine prozessuale Lüge sei, die als Verletzung der arbeitsrechtlichen Nebenpflichten eine Kündigung rechtfertigen könnte.

4. Kirchliches Arbeitsrecht

Das BVerfG gestand bislang den Kirchen eine weitgehende Autonomie zu, die auch gestattete, von den Beschäftigten erhebliche Loyalitätspflichten abzuverlangen, ohne dass dies letztlich durch die Arbeitsgerichte kontrollierbar war.⁷⁴ Ob dies mit dem Unionsrecht vereinbar ist, ist schon seit geraumer Zeit zweifelhaft.⁷⁵ Eine Wende kommt in dieser Angelegenheit aber überraschend nicht vom EuGH, sondern vom EGMR.⁷⁶ Der Gerichtshof hat der Kirchenautonomie nämlich das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens entgegengehalten. Dieser könne durch die Loyalitätspflicht zwar in gewisser Weise eingeschränkt sein, sei aber nicht als Verzicht auf eine neue Beziehung im Falle von Trennung oder Scheidung zu verstehen. Im Einzelfall verlangte der Gerichtshof eine Abwägung der beiderseitigen Rechte, bei der insbesondere auf den drohenden Glaubwürdigkeitsverlust der Kirche angesichts der Stellung des Arbeitnehmers und andererseits auf die Möglichkeit des Arbeitnehmers, einen anderweitigen Arbeitsplatz zu finden, abzustellen sei. Der Sache nach ist die Kirchenautonomie einem Tendenzschutz angenähert. In der Konsequenz wird sich der Umfang der Loyalitätspflichten kirchlicher Arbeitnehmer wieder mehr nach der Nähe der Aufgabe zum Auftrag der Kirche richten müssen, wie dies auch in der früheren Rechtsprechung des BAG praktiziert worden war.⁷⁷

5. Betriebsübergang

Bei einem Betriebsübergang gehen gemäß § 613a BGB die Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber über. Soweit dieser nicht ohnehin an dieselben Tarifverträge wie der Veräußerer gebunden ist, wird er über § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB mit

66 BAG, NZA 2010, 810, 819 ff.

67 LAG Berlin-Brandenburg, DB 2009, 625.

68 Vgl. zur Kritik *Deinert*, AuR 2005, 285 ff.

69 BAG, AP Nr. 14 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung.

70 BAG, AP Nr. 18 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung; BAG, DB 2008, 1633.

71 RAG, ARS 36, 260, 262 f.; BAG, AP Nr. 1 zu § 626 BGB – Verdacht strafbarer Handlung; BAG, AP Nr. 39 zu § 1 KSchG; BAG, AP Nr. 13 zu § 626 BGB – Verdacht strafbarer Handlung; BAG, AP Nr. 24 zu § 626 BGB – Verdacht strafbarer Handlung.

72 BAG, NZA 2009, 859.

73 BAG, DB 2010, 2395.

74 BVerfGE 70, 138.

75 *Deinert*, EuZA 2009, 332 ff.

76 EGMR, EuGRZ 2010, 560.

77 BAG vom 30.6.1983 – 2 AZR 524/81, NJW 1984, 1917, 1918.

einer einjährigen Veränderungssperre belegt. An künftige Änderungen des Tarifvertrages ist er nicht gebunden. Anders verhält es sich, wenn der Arbeitsvertrag eine Bezugnahme Klausel enthielt. Diese und damit der vertraglich in Bezug genommene Tarifvertrag gehen als vertragliche Verpflichtung nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Erwerber über. Der EuGH hat zwar entschieden, dass die Betriebsübergangsrichtlinie RL 2001/23/EG⁷⁸ im Hinblick auf die negative Koalitionsfreiheit keine dynamische Bindung erzwingt, bei der der Betriebserwerber auch an künftige Tarifänderungen gebunden werde. Das BAG hat das aber nun zurechtgerückt: Der EuGH habe gemeint, dass das Europarecht im Hinblick auf die negative Koalitionsfreiheit keine dynamische Bindung des Erwerbers an Tarifverträge vorsehe, die von Parteien geschlossen würden, deren Mitglied er nicht sei. Etwas anderes könne sich aber aus der privatautonomen Entscheidung ergeben, die in der Bezugnahme Klausel liege und die der Erwerber auch gegen sich gelten lassen müsse. Entscheidend sei insoweit, ob Arbeitnehmer und Veräußerer eine dynamische Bezugnahme vereinbart haben.⁷⁹

Volltext auf www.der-kittner.de

Die Entscheidung finden Sie in der Rechtsprechungsübersicht zum BGB (Nr. 14). Den Volltext dieser Entscheidung können Sie unter www.der-kittner.de aufrufen.

Eine wichtige sozialgerichtliche Entscheidung betrifft den Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber gemäß § 613a Abs. 6 BGB. Das BSG hat dazu klargestellt, dass dieser auch dann keine Lösung des Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des § 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III bedeute, wenn der Betriebsveräußerer mangels Beschäftigungsbedarfs in der (folgerichtigen) Konsequenz kündigt; vielmehr wolle der Arbeitnehmer ja gerade an seinem Arbeitsverhältnis festhalten.⁸⁰

6. Altersteilzeit

Ebenfalls zum Sperrzeitrecht hatte das BSG in Bezug auf eine Altersteilzeitvereinbarung zu entscheiden. Da die Blockaltersteilzeit auf Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis am Ende der Freistellungsphase gerichtet ist, ist sie normalerweise mit der Umwandlung eines unbefristeten in ein befristetes Arbeitsverhältnis verbunden, was dann typischerweise eine Lösung des Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB III darstellt. Allerdings erkennt das BSG einen die Sperrzeit hindernden wichtigen Grund an, wenn der Arbeitnehmer bei Abschluss der Vereinbarung davon ausging, er werde nach Ende der Freistel-

lungsphase in den Ruhestand eintreten, sofern diese Annahme auch prognostisch gerechtfertigt war.⁸¹

Da Altersteilzeit regelmäßig im Rahmen der Ansparphase eine Kreditgewährung des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber bedeutet, insofern dieser zunächst mehr erarbeitet als ihm bezahlt wird, verlangt § 8a ATZG vom Arbeitgeber eine Insolvenzversicherung. Wird diese Pflicht verletzt und fällt der Arbeitnehmer in der Insolvenz mit seinen Ansprüchen aus, stellt sich die Frage, ob er insoweit Ersatz verlangen kann. Das Insolvenzausfallgeld nach §§ 183 ff. SGB III wird dazu in der Regel nicht genügen. War der Arbeitgeber eine natürliche Person, nützen ihm Schadensersatzansprüche auch nichts, da der Schuldner dieser Ansprüche je gerade der insolvente Arbeitgeber ist. Umso dringlicher stellt sich aber bei einer Gesellschaft oder einem Verein die Frage nach einer Haftung der Organe, etwa eines Geschäftsführers. Das BAG hat dies im Hinblick auf die im Allgemeinen ausgeschlossene Eigenhaftung der Organe verneint. Auch haftete der organschaftliche Vertreter nicht wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Die gesetzlichen Vertreter seien anders als die Gesellschaft, die die Arbeitgeberin ist, keine Normadressaten.⁸² Insoweit kann Arbeitnehmern nur dringend angeraten werden, bei Zeiten von den Rechten nach § 8a Abs. 4 ATZG Gebrauch zu machen.

Volltext auf www.der-kittner.de

Die zitierten Entscheidungen zur Altersteilzeit finden Sie in der Rechtsprechungsübersicht zum SGB VI (Nr. 30 VI), den Volltext unter www.der-kittner.de.

7. Tarifpluralität

Eine Tarifpluralität ist gegeben, wenn in einem Betrieb mehrere Tarifverträge anwendbar sind, ohne dass im selben Arbeitsverhältnis mehrere Tarifverträge anwendbar sein müssten. Das kann etwa geschehen, wenn der Arbeitgeber Mitglied eines Arbeitgeberverbandes ist, der mit zwei Gewerkschaften Tarifverträge geschlossen hat, und im Betrieb Arbeitnehmer beschäftigt sind, die teils in der einen, teils in der anderen Gewerkschaft organisiert sind. Das BAG⁸³ hielt die Tarifpluralität aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für auflösungsbedürftig, und zwar nach Spezialitätsgesichtspunkten. Dass auf diese Weise einzelne Arbeitnehmer durch Verlust der Tarifwirkung schutzlos gestellt würden, sei hinzunehmen, sie könnten sich den Schutz des anderen Tarifvertrages ja ganz leicht durch Beitritt sichern.

⁷⁸ Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. 82/16.

⁷⁹ BAG, NZA 2010, 513, 516 ff.

⁸⁰ BSG, SGB 2010, 365, m. Anm. *Deinert*.

⁸¹ BSG, NZA-RR 2010, 323.

⁸² BAG, AP Nr. 6 zu § 8a ATZG.

⁸³ BAG, AP Nr. 20 zu § 4 TVG – Tarifkonkurrenz; dazu insg. *Bepler*, NZA Beilage 3/2010, S. 99 ff.

Dies wurde in der Instanzgerichtsbarkeit⁸⁴ und in der Literatur⁸⁵ massiv kritisiert, und zwar

- wegen des Fehlens einer für die Rechtsfortbildung erforderlichen Regelungslücke, insoweit § 4 Abs. 1 TVG eine Lösung regelt,
- wegen des Verstoßes gegen rechtsgeschäftliche Auslegungsgrundsätze, weil der Arbeitsvertrag kein Mittel zur Unterwerfung unter die jeweils im Betrieb geltende Kollektivordnung ist und
- wegen Verstoßes gegen die individuelle Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers, dessen Tarifvertrag verdrängt wird, sowie gegen die kollektive Koalitionsfreiheit seines Verbandes.

Das BAG hat dem teilweise Rechnung getragen. Das TVG sei insoweit nicht lückenhaft. Vielmehr spreche § 3 Abs. 2 TVG umgekehrt sogar dafür, dass jedenfalls für Individualnormen eine Tarifpluralität eintreten könne. Auch im Falle des § 613a Abs. 1 BGB könne es zu Tarifpluralitäten kommen, die der Gesetzgeber hingenommen habe. Praktische Schwierigkeiten der Rechtsanwendung rechtfertigten eine Abwendung vom Gesetz im Wege der Rechtsfortbildung nicht und eventuelle arbeitskampfrechtliche Probleme, die sich aus einer Tarifmehrheit ergäben, seien arbeitskampfrechtlich zu lösen. Schließlich sei die Tarifpluralität ein Eingriff in die individuelle und kollektive Koalitionsfreiheit. Dieser sei nicht im Interesse der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gerechtfertigt, vielmehr sei die Tarifmehrheit im Interesse der Betätigungsfreiheit in einem verfassungsrechtlich gewährleisteten Koalitions Wettbewerb von Verfassungen wegen gefordert. Mit dieser Argumentation richtete der 4. Senat einen Anfragebeschluss mit der Absicht einer teilweisen Aufgabe der Tarifeinheitslehre nach § 45 Abs. 3 Satz 1 ArbGG an den 10. Senat des BAG,⁸⁶ der der Rechtsprechungsänderung zustimmte,⁸⁷ die der 4. Senat sodann mit entsprechender Begründung vollzog.⁸⁸ Das gilt aber nur für eine Pluralität von Abschluss-, Inhalts- oder Beendigungsnormen im Betrieb, die jeweils kraft beiderseitiger Tarifgebundenheit greifen. Nichts gesagt ist damit zur Bedeutung für andere Normtypen, namentlich Normen über gemeinsame Einrichtungen und für andere Geltungsgründe, wie die Allgemeinverbindlichkeit.

Für den Grundsatz der Tarifeinheit bei Normen über gemeinsame Einrichtungen spricht letztlich die Funktionsfähigkeit

der Tarifautonomie in Bezug auf diese Einrichtungen.⁸⁹ Demgegenüber dürfte bei der Allgemeinverbindlicherklärung nach vorstehenden Erwägungen ansonsten mehr für eine Tarifpluralität sprechen.

Für Betriebsnormen und betriebsverfassungsrechtliche Normen hat das BAG allerdings bereits anerkannt, dass es sich in Wirklichkeit um eine betriebsweit auftretende Tarifkonkurrenz handelt.⁹⁰ Sie ist demnach nach den Regeln der Tarifkonkurrenz aufzulösen. Konkurrierende Gewerkschaften sind in solchen Fällen auch nicht etwa verpflichtet, zwangsweise eine Tarifgemeinschaft zu bilden. Vielmehr ist jede Gewerkschaft zum Abschluss befugt und kann als Arbeitskämpfziel verfolgen, den Arbeitgeber zur Kündigung eines früheren Tarifvertrages mit einer anderen Gewerkschaft zu veranlassen.⁹¹ Offen geblieben ist aber, ob insoweit weiterhin der speziellere Tarifvertrag Vorrang haben soll. In diesem Fall spricht mehr dafür, dem Tarifvertrag den Vorzug zu geben, der durch mehr tarifgebundene Mitglieder repräsentativer ist.⁹²

Für den Tarifvorrang des § 87 Abs. 1 BetrVG bedarf es einer Auflösung der Tarifpluralität. Hier spricht ebenfalls viel dafür, dem Tarifvertrag Vorrang zu geben, an den die meisten Arbeitnehmer des Betriebes gebunden sind.⁹³ Demgegenüber muss für den Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG bereits jeder von mehreren Tarifverträgen die Sperrwirkung auslösen, so dass die Tarifpluralität insoweit keiner Auflösung bedarf.

Eine dynamische Bezugnahme, mit der im Arbeitsvertrag der jeweils einschlägige Tarifvertrag in Bezug genommen wird, muss dahin ausgelegt werden, dass der Tarifvertrag gemeint ist, an den die Mehrheit der Arbeitnehmer im Betrieb gebunden ist.⁹⁴ Wenn dem Arbeitgeber allerdings schon bei Abfassung der Bezugnahme Klausel die Organisationszugehörigkeit des Arbeitnehmers bekannt war, meint die Bezugnahme hingegen den Tarifvertrag, an den der Arbeitnehmer auch kollektivrechtlich gebunden ist.⁹⁵

BDA und DGB haben aber nunmehr einen Gesetzgebungsvorschlag zur Einführung der Tarifeinheit im Betrieb nach dem Mehrheitsprinzip entwickelt.⁹⁶ Darüber hinaus hat sich eine Gruppe von Professoren interessiert gezeigt und einen

84 LAG Sachsen, NZA 2008, 59, 64 ff.

85 Bayreuther, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, 2005, S. 370 ff.; Däubler-Zwanziger, TVG, 2. Aufl. 2006, § 4 Rn. 947; Kempen/Zachert-Wendeling-Schröder, 4. Aufl. 2006, § 4 Rn. 156 ff.; Franzen, ZfA 2009, 297, 302 ff.; Wiedemann-Wank, TVG, 7. Aufl. 2007, § 4 Rn. 287; Thüsing/v.Medem, ZIP 2007, 510, 511 ff.; Jacobs, NZA 2008, 325, 328 f.; Engels, RdA 2008, 331 ff.; insgesamt vgl. Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, § 17 III 3c (1) (c); Jacobs, in: Jacobs/Krause/Oetker, Tarifvertragsrecht, 2007, § 5 Rn. 231 ff., je m.w.N.; Deinert, NZA 2009, 1176, 1178; a.A. Buchner, ZfA 2004, 229, 246; Giesen, NZA 2009, 11, 14; Hromadka, GS Heinze, 2005, S. 383 ff.; ders., NZA 2008, 384 ff.; Kempen, FS Hromadka, 2008, S. 177 ff.

86 BAG, NZA 2010, 645.

87 BAG, NZA 2010, 778.

88 BAG, NZA 2010, 1068.

89 Deinert, in: Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg.), Handbuch Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2011, § 8 Rn. 285.

90 BAG, NZA 2009, 1424, 1429; BAG, NZA 2010, 712, 716 f.

91 BAG, NZA 2010, 712, 716 f.

92 Vgl. Kittner/Zwanziger/Deinert-Deinert (Fn. 89), § 8 Rn. 285; a.A. Däubler-Zwanziger (Fn. 85), TVG, § 4 Rn. 935; der spätere Tarifvertrag soll sich durchsetzen.

93 Kittner/Zwanziger/Deinert-Deinert (Fn. 89), § 8 Rn. 285; ähnlich Stein, FS Wendeling-Schröder, 2009, S. 35, 45 ff.; ähnlich auch, allerdings auf die Branche abstellend Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG, 12. Aufl. 2010, § 87 Rn. 30; a.A. (Vorrang des Tarifvertrages erst ab Eingreifen des Schutzes für alle tarifgebundenen Arbeitnehmer) Brecht-Heitzmann, GS Zachert, 2010, S. 502, 518.

94 Brecht-Heitzmann, GS Zachert, 2010, S. 502, 515; wohl ebenso Bayreuther, NZA 2009, 935, 936; für Spezialitätsprinzip Boemke, ZfA 2009, 131, 143 f.

95 Kittner/Zwanziger/Deinert-Deinert (Fn. 89), § 8 Rn. 345a; i.E. ebenso Brecht-Heitzmann, GS Zachert, 2010, S. 502, 515 f.

96 BDA/DGB, Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sichern – Tarifeinheit gesetzlich regeln, abgedruckt in RdA 2010, 315; krit. dazu Greiner, NZA 2010, 743; Konzen, JZ 2010, 1036.

Gesetzesvorschlag erarbeitet.⁹⁷ Ob die Politik dies umsetzt, bleibt abzuwarten. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung wird jedenfalls unterschiedlich beurteilt.⁹⁸

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Näheres zu dieser wichtigen Entscheidung in der aktuellen Arbeits- und Sozialordnung in der Einleitung zum Tarifvertragsgesetz (Nr. 31). Selbstverständlich sind sämtliche aktuellen Entscheidungen zu diesem Thema unter www.der-kittner.de im Volltext abrufbar.

8. Rechtsweg nach Insolvenzanfechtung

Für die Klage des Insolvenzverwalters gegen den Arbeitnehmer auf Erstattung angefochtener Lohnzahlungen ist nach einem Beschluss des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten eröffnet.⁹⁹ Die für die Berechtigung der Anfechtung erforderliche Kenntnis des Arbeitnehmers von der Zahlungsunfähigkeit seines Arbeitgebers folgt dabei aber nicht schon aus zögerlichen Lohnzahlungen.¹⁰⁰ Weitere hinzutretende Umstände können aber den Schluss auf eine solche Kenntnis rechtfertigen.¹⁰¹

Volltext auf www.der-kittner.de

Die zitierten Entscheidungen finden Sie in der Rechtsprechungsübersicht zur Insolvenzanfechtung (Nr. 23), den Volltext unter www.der-kittner.de.

Der BGH¹⁰² geht allerdings davon aus, dass die erforderliche Kenntnis des Arbeitnehmers von der Zahlungsunfähigkeit nicht schon dann in jedem Fall gegeben ist, wenn der Arbeitgeber nur zögerlich Löhne zahlt.¹⁰³ Weitere Umstände, die hinzutreten, können aber auf die Kenntnis des Arbeitnehmers schließen lassen.¹⁰⁴

9. Klagebefugnis gegen Allgemeinverbindlicherklärung

Das BVerwG hat entschieden, dass bei der Klage eines Arbeitgeberverbandes gegen die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages einer konkurrierenden Organisation die Klagebefugnis gegeben sei.¹⁰⁵ Eine Verletzung seiner Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG erscheine möglich. Beim Sozialkassen-VTV des Baugewerbes folge dies schon aus

der allgemein zwingenden Wirkung, die auch konkurrierende Tarifverträge verdränge (vgl. nunmehr § 8 Abs. 2 AEntG). Bei anderen Tarifverträgen komme es zumindest zu einer Erschwerung des tarifpolitischen Verhaltens. Dabei ist das Gericht allerdings noch von der inzwischen vom BAG aufgegebenen (s.o. 7.) Tarifeinheitslehre des BAG ausgegangen. Da in dem Verfahren noch über die Begründetheit zu entscheiden ist, ist das noch keine Entscheidung über die Wirksamkeit der Allgemeinverbindlicherklärungen der betreffenden Bautarifverträge. Zu welchem Ergebnis die Gerichte unter der Tarifrheit kommen, bleibt insoweit abzuwarten. Zumindest aber sind die Sozialkassentarifverträge des Baugewerbes insoweit einer gewissen Bedrohung ausgesetzt.

IV. Die Agenda – was wird kommen?

1. Arbeitnehmerüberlassung

Es ist überhaupt nicht mehr zu übersehen, dass der zweckwidrige Einsatz von Leiharbeitnehmern zum Abbau regulärer Beschäftigung führt und Leiharbeit zu prekärer Beschäftigung macht. So wurde 2008 berichtet, dass gut ein Drittel der Betriebe durch Leiharbeit reguläre Beschäftigung ersetzt habe.¹⁰⁶ Da sich dies nur dann für Arbeitgeber rechnet, wenn Leiharbeit-Verrechnungssätze hinter den Kosten regulärer Beschäftigung zurückbleiben, entsteht ein erheblicher Druck auf die Lohnkosten für Leiharbeiter. Umso bedauerlicher ist es, dass die Große Koalition ungeachtet einer entsprechenden Absichtserklärung keinen Mindestlohn für Leiharbeit installiert hat.¹⁰⁷ Weitergehend wird sogar eine Abwärtsspirale in Gang gesetzt, insoweit zwischenzeitlich berichtet wird, dass der Einsatz von Leiharbeitnehmern auch Druck auf die Arbeitsbedingungen von Stammbeschäftigten erzeuge.¹⁰⁸

Zwischenzeitlich ist Bewegung in die Diskussion gekommen. Ihren Ausgangspunkt hat sie in der EU-Leiharbeitsrichtlinie.¹⁰⁹ Diese bis 5.12.2011 umzusetzende Richtlinie sieht den Grundsatz der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern mit Beschäftigten des Entleiherbetriebes vor. Es besteht allerdings die Möglichkeit einer Abweichung durch Tarifvertrag. Demgegenüber kann die derzeit noch bestehende weitere Ausnahme für vorher arbeitslose Arbeitnehmer bis zu sechs Wochen keinen Bestand mehr haben. Beachtlich ist aber auch, dass die Leiharbeitsrichtlinie eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz durch Tarifvertrag nur dann zulässt, wenn dies unter Beachtung des Gesamtschutzes der Arbeitnehmer geschieht. Angesichts der bisherigen Erfahrungen mit der Möglichkeit abweichenden

97 Vgl. <http://www.cfvw.org/stiftung/projektentwicklung/zukunft-der-arbeit/initiative-tarifpluralitaet>.

98 Bejahend *Franzen*, ZfA 2009, 297, 312 ff.; *Bayreuther*, DB 2010, 2223 ff.; verneinend *Jacobs*, ZRP 2010, 199; zweifelnd auch *Konzen*, JZ 2010, 1036, 1040 ff.

99 GmS-OGB, DB 2010, 2722; zur Problematik der Rechtswegzuständigkeit vgl. *Wroblewski*, AuR 2010, 306.

100 BGH, BB 2009, 855.

101 BGH, NZA-RR 2010, 198.

102 BB 2009, 855.

103 Vgl. *Schulze/Weitz*, AiB 09, 255 ff.; zur Anfechtung von Zahlungen des Arbeitnehmeranteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag BGH, NZA 2010, 579.

104 Vgl. BGH, NZA-RR 2010, 198.

105 BVerwG, NZA 2010, 1137.

106 Vgl. *gute Arbeit* 5/2008, S. 12.

107 Vgl. *Deinert/Kittner*, RdA 2009, 265, 276.

108 Böckler impuls 5/2009, S. 7.

109 Richtlinie 2008/104/EG des Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit, ABL L 327/9; Überblick in: *gute Arbeit* 11/2008, S. 7 ff.; vgl. *Boemke*, RIW 2009, 177 ff.; *Ulber*, AuR 2010, 10 ff.; *Waas*, ZESAR 2009, 207 ff.

der tariflicher Regelungen¹¹⁰ ist dies aber zweifelhaft:¹¹¹ es hat sich hier ein wahrhafter Unterbietungswettbewerb für schlechte Arbeitsbedingungen entwickelt.¹¹² Die DGB-Gewerkschaften hatten dementsprechend Mühe, zuletzt einen Leiharbeitsarbeitsvertrag zu schließen, der weitgehend Stundenlöhne über 7,50 Euro vorsieht.¹¹³ Man kann sogar von einem Missbrauch tariflicher Normsetzungsbefugnisse sprechen.¹¹⁴ Insoweit ergeben sich europarechtliche Bedenken gegen die derzeitige deutsche Rechtslage.¹¹⁵ Ein Stück weit – wenn auch nicht vollständige¹¹⁶ – Entspannung ergibt sich, nachdem das BAG¹¹⁷ die Tarifunfähigkeit der CGZP festgestellt hat. Von gewerkschaftlicher Seite wurde inzwischen auf diese Lage reagiert, indem man die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch Druck auf die Entleiher durchzusetzen versucht.¹¹⁸

Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung¹¹⁹, der unter anderem der Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie dient, sieht in diesem Punkt allerdings offenbar gerade keinen Änderungsbedarf. Im Übrigen soll das Leiharbeitsverbot am Bau gemäß § 1b AÜG erhalten bleiben. Zur Umsetzung der Richtlinie sind weiterhin ein Informationsrecht über freie Arbeitsplätze und ein Zugangsrecht zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten beim Entleiher geplant (§§ 13a, 13b AÜG-E). Hingegen fehlt es an von Art. 6 Abs. 5 der Richtlinie geforderten Maßnahmen zum verbesserten Zugang zu Fort- und Weiterbildungsangeboten des Verleihers und des Entleihers.¹²⁰

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Einen Ausblick auf die zu erwartenden Änderungen im Bereich der Leiharbeit geben die Autoren der »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (Nr. 4).

Der missbräuchliche Einsatz von Leiharbeit durch Einschaltung konzerninterner Leiharbeitsunternehmen mit Beschäftigung von bisher in anderen Betrieben des Arbeitgebers angestellten Arbeitnehmern¹²¹ war ein weiterer Grund für die Initiative der Bundesregierung zur Änderung des AÜG. Mit dem Gesetzentwurf wurde der sog. Rückausleihe allerdings keineswegs vollständig entgegengetreten. Vielmehr sollen für diesen Fall keine Ausnahmen vom Gleichbehandlungs-

grundsatz bei Anwendung eines Leiharbeitsarbeitsvertrages zugelassen werden. Das ist freilich umgehungsanfällig und im Übrigen auch europarechtlich bedenklich, weil die Regelung im Umkehrschluss grundsätzlich die Ausgliederung mit Verleih gestattet.¹²²

Dritter Grund dafür, dass Bewegung in die Leiharbeit gerät, ist das Ende der Übergangsfrist für den Zugang von Beschäftigten der neuen osteuropäischen EU-Mitgliedstaaten zum deutschen Arbeitsmarkt und die Befürchtung, dass in Anwendung der Möglichkeit tarifvertraglicher Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz im großen Stil Lohndumping durch Arbeitnehmerüberlassung aus Osteuropa geschehen könnte. Nachdem in einem früheren Referentenentwurf eine Regelung zu einem Mindestlohn in der Leiharbeitsbranche enthalten war,¹²³ wurde dies wieder fallen gelassen. Anders als das CDU-geführte Arbeitsministerium will die FDP keinen Mindestlohn für die Leiharbeit einführen, sondern stattdessen auf die genannte Herausforderung mit Sonderregelungen in Bezug auf Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz reagieren.¹²⁴ Inzwischen wurde aber auch von der FDP-Fraktion Gesprächsbereitschaft über dieses Thema signalisiert.¹²⁵

2. Beschäftigtendatenschutz

Nach zahlreichen Skandalen der Verletzung des gesetzlichen Datenschutzes in deutschen Großunternehmen wurde noch in der Großen Koalition eine Regelung zum Beschäftigtendatenschutz im BDSG geschaffen, mit der die derzeitige Rechtslage konkret gesetzlich geregelt werden sollte.¹²⁶ Statt eines Arbeitnehmerdatenschutzgesetzes gab es nur die »kleine Münze« einer arbeitsrechtlichen Generalklausel in § 32 BDSG.¹²⁷ Diese Regelung sollte ein Arbeitnehmerdatenschutzgesetz weder indizieren noch entbehrlich machen.¹²⁸ Dieses Thema war vielmehr in die neue Legislaturperiode hinein vertagt worden und stand dementsprechend auf der Agenda der schwarz-gelben Regierungskoalition nach dem September 2009.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

§ 32 BDSG in der aktuellen Fassung finden Sie in der »Arbeits- und Sozialordnung« im Gesetzestext unter Nr. 15.

Unter Federführung des Bundesinnenministeriums wurde im September 2010 ein Regierungsentwurf für einen eigenständigen Abschnitt über den Arbeitnehmerdatenschutz

110 Vgl. insg. Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 36. Aufl. 2011, III. 3. zu Nr. 4 AÜG.

111 Fuchs, NZA 2009, 57, 61 ff.

112 Deinert, NZA 2009, 1176, 1177 m.w.N.

113 Vgl. IG Metall direkt 4/2010, S. 4.

114 Schüren, AuR 2008, 239.

115 Waltermann, NZA 2010, 482, 485; ausführlich zu den europarechtlichen Anforderungen Blanke, DB 2010, 1528 ff.

116 Insoweit die Voraussetzungen der Tariffähigkeit als Spitzenverband nach § 2 Abs. 3 TVG fehlen, kommt immer noch der Abschluss mit den Einzelgewerkschaften in Betracht, wie dies bereits in der Tarifrunde 2010 geschehen ist, vgl. Düwell/Dahl, DB 2010, 1759.

117 BAG vom 14.12.2010 – 1 ABR 19/10; zuvor bereits LAG Berlin-Brandenburg, AuR 2010, 172.

118 Vgl. »Erstmals gleicher Lohn für Leiharbeiter«, SZ vom 2.10.2010, S. 2.

119 Dazu Klebe, AiB 2010, 646 ff.; Ulber, AuR 2010, 412 ff.

120 Krit. insoweit Ulber, AuR 2010, 412, 415.

121 S. »Fall Schlecker beunruhigt Zeitarbeitsbranche«, FAZ vom 12.1.2010; dazu auch Böhm, DB 2010, 672 ff.

122 Ulber, AuR 2010, 412, 414.

123 Dazu Düwell/Dahl, DB 2010, 1759, 1762.

124 Vgl. »Leiharbeits-Mindestlohn wird wahrscheinlicher«, AuR 2010, 463 f.

125 Vgl. »Von der Leyen warnt vor Billigkonkurrenz«, SZ vom 26.11.2010, S. 6.

126 Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften vom 14.8.2009, BGBl. I 2814.

127 Dazu Erfurth, NJOZ 2009, 2914; Thüsing, NZA 2009, 865.

128 BT-Drucks. 16/13657, S. 20.

im BDSG vorgelegt.¹²⁹ Dieser soll einen Ausgleich von Datenschutzinteressen der Arbeitnehmer und Informationsinteressen der Arbeitgeber bewerkstelligen. Insbesondere soll dem Interesse der Arbeitgeber an der Durchführung so genannter Compliance-Maßnahmen, also Maßnahmen zur Gewährleistung, dass rechtliche Vorgaben eingehalten werden, Rechnung getragen werden. Zugleich sollen Arbeitnehmer vor unrechtmäßigen Bespitzelungen geschützt werden. Dazu enthält der Entwurf einzelne Regelungen zur Datenerhebung und zum weiteren Umgang mit den Daten, dies jeweils bezogen auf die Phase vor Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses und danach.

Vor der Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses ist eine eignungsbezogene Datenerhebung zulässig. Besonders sensible Daten werden geschützt. Kommt es nicht zu einer Einstellung, sind die Daten mangels anderweitiger Einwilligung zu löschen. Im bestehenden Beschäftigungsverhältnis richtet sich die Datenerhebung nach der Erforderlichkeit und schließt die Möglichkeit der Leistungs- und Verhaltenskontrolle ein. Die Datenverarbeitung und -nutzung im bestehenden Arbeitsverhältnis ist für Zwecke zulässig, zu denen die Erhebung erlaubt ist, sowie zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses und zur Aufdeckung schwerwiegender Pflichtverletzungen. Das schließt dann auch ein anonymisiertes oder pseudonymisiertes Datenscreening ein. Außer zur Aufdeckung schwerwiegender Pflichtverletzungen soll die Datenerhebung auch zu Präventionszwecken ohne Kenntnis des Beschäftigten (!) möglich sein. Darüber hinaus gibt es zahlreiche Einzelbestimmungen, etwa zu Einstellungsuntersuchungen, Videoüberwachung, Verwendung von Ortungssystemen, Verwendung biometrischer Verfahren sowie Nutzung von Telekommunikations-einrichtungen. Ein neuer § 32 Abs. 6 Satz 3 BDSG schließt die Datenerhebung aus sozialen Netzwerken grundsätzlich aus, soweit es sich nicht um Netzwerke zur Darstellung der beruflichen Qualifikation handelt. Auch soweit diese nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich sind, ist die Informationsbeschaffung des Arbeitgebers beschränkt. Wie schon nach aktueller Gesetzeslage gemäß § 32 Abs. 2 BDSG greifen diese Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz nicht nur bei der Erhebung und Nutzung von Daten im Rahmen automatisierter Verfahren, sondern auch außerhalb dieser, so dass beispielsweise das Fragerecht des Arbeitgebers bei der Vertragsanbahnung nunmehr von den Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz erfasst wird.¹³⁰

In rechtspolitischer Hinsicht ist der Entwurf sehr umstritten. Insbesondere ist fraglich, ob die Regelungen Aufklärungsinteressen des Arbeitgebers deutlich stärker berücksichtigen als den Schutz des Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers.

¹²⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes, BR-Drucks. 535/10; dazu *Beckschulze/Natzel*, BB 2010, 2368 ff.; *Forst*, NZA 2010, 1043.

¹³⁰ *Erfurth*, NJOZ 2009, 2914, 2917; vgl. auch *Gola/Klug*, NJW 2009, 2577, 2580.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Ausführungen zum Beschäftigtendatenschutz finden sich in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum BDSG (Nr. 15) unter IV.

Eine mit Blick auf den Sozialdatenschutz wichtige Regelung betrifft das Verfahren des elektronischen Entgeltnachweises (ELENA). Dieses Verfahren betrifft die zentrale Speicherung sozialleistungsrelevanter Daten, die ab 2012 (vgl. § 119 Abs. 1 SGB IV) anstelle von Nachweisen durch den Leistungsberechtigten einen Datenabruf durch Sozialleistungsträger ermöglicht. Es wurde durch das so genannte ELENA-Verfahrensgesetz vom 28.3.2009 eingeführt.¹³¹ Der Arbeitgeber muss die maßgeblichen Daten an eine Speicherstelle gemäß §§ 95 ff. SGB IV übermitteln. Rechtspolitisch umstritten war dabei, in welchem Umfang Daten vom Arbeitgeber an die zentrale Speicherstelle zu übermitteln sind. Ein gegenüber vorausgegangenen Überlegungen abgespeckter, dennoch stattlicher Katalog der zu übermittelnden Daten befindet sich nunmehr in § 4 der neuen ELENA-DV.¹³² Nach einer Gesetzesänderung¹³³ ist im Verfahren für die Meldung und Übermittlung der Datensätze nunmehr auch der DGB gemäß § 28b Abs. 6 SGB IV anzuhören.

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Neu: Die ELENA-DV finden Sie in der »Arbeits- und Sozialordnung« ab dieser Auflage unter der Nr. 30 IVa.

3. Weiteres

a) Familienpflegezeit

Bundesfamilienministerin Schröder plant derzeit die Einführung einer Familienpflegezeit zum Zweck der Pflege bei Arbeitgebern mit mehr als 15 Arbeitnehmern nach 6-monatigem Bestand des Arbeitsverhältnisses. Nach dem derzeitigen »Formulierungsvorschlag« soll die Arbeitszeit für bis zu zwei Jahre auf die Hälfte der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit herabgesetzt werden können und der Arbeitnehmer soll 75 Prozent der Vergütung erhalten. Soweit dies nicht aus einem Wertguthaben geschieht, soll der Arbeitgeber vorleisten und der Arbeitnehmer später nachleisten. Der Arbeitnehmer muss das Ausfallrisiko versichern. Arbeitgeber kritisieren vor allem, dass während der Abbauphase dem Arbeitgeber faktisch eine Trennung vom Arbeitnehmer unmöglich gemacht werde. Darüber hinaus könne er gleichwohl im Falle einer betriebsbedingten Kündigung gerade hierzu gezwungen werden, da eine Herausnahme aus der Sozialauswahl nicht vorgesehen ist.

¹³¹ BGBl. I 634.

¹³² Verordnung zur Übermittlung der Daten im Verfahren zur Erstellung und Verarbeitung des elektronischen Entgeltnachweises (ELENA-Datensatzverordnung - ELENA-DV) vom 22.2.2010, BGBl. I 131.

¹³³ Art. 1 Nr. 10 des Dritten Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 5.8.2010, BGBl. I 1127.

b) Befristung

Die Koalition hatte sich auf eine Änderung des Befristungsrechts verabredet. Nach einer Karenzzeit von zwölf Monaten soll eine erneute sachgrundlose Befristung wieder möglich sein.¹³⁴ Die Formulierung geht freilich über die identifizierten Bedürfnisfälle bei früherer Ausbildung, aber auch bei Schüler- oder Studentenjobs hinaus. Demgegenüber fordern die Oppositionsparteien umgekehrt eine Beseitigung der sachgrundlosen Befristungsmöglichkeiten gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG.¹³⁵

c) Anonymisierte Bewerbung

Derzeit läuft in einigen Unternehmen ein Pilotprojekt zur anonymisierten Bewerbung. Die erste Vorauswahl potentieller Bewerber soll in Unkenntnis denkbarer diskriminierungsverdächtiger Merkmale erfolgen. Auf diese Weise sollen diejenigen, bei denen unbewusst nach »verpönten« Merkmalen im Sinne des § 1 AGG zu ihrem Nachteil entschieden worden wäre, eine bessere Chance erhalten, weil Personalentscheider die betreffenden Eigenschaften erst erfahren, wenn sie wissen, dass sie die betreffenden Bewerber nach objektiven Gesichtspunkten in die engere Wahl genommen haben. Die BDA wehrt sich vehement gegen dieses Verfahren, weil angeblich arbeitgeberseitige Bemühungen um Vielfalt in den Belegschaften auf diese Weise unmöglich gemacht würden. Das ist der beste Beweis für das Erfordernis der anonymen Bewerbung, weil dies Ausdruck einer Einstellung ist, dass bei objektiver Auswahl nur junge heterosexuelle deutsche Männer weißer Hautfarbe eingestellt worden wären.¹³⁶

Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zur anonymisierten Bewerbung finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum AGG (Nr. 2).

d) Anhebung der Berufungssumme

Der Bundestag hat derzeit über einen Vorschlag eines Gesetzes zur Änderung der Zivilprozessordnung und des Arbeitsgerichtsgesetzes¹³⁷ zu entscheiden, nach dessen Art. 2 Nr. 1 die Berufungssumme im arbeitsgerichtlichen Verfahren von 600 auf 1000 Euro heraufgesetzt wird.

¹³⁴ Wachstum, Bildung, Zusammenhalt, Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und FDP, zu I. 3. 1.

¹³⁵ Vgl. Bericht in AuR 2010, 465 m.w.N.

¹³⁶ Vgl. m.w.N. *Deinert*, Standpunkt: Die anonymisierte Bewerbung, AiB plus 7/2010, S. 9.

¹³⁷ BT-Drucks. 17/2149.

e) Europäische Agenda

Die reformierte Elternurlaubsrichtlinie 2010/18/EU¹³⁸ ist bis zum 8.3.2012 umzusetzen. Der Umfang des Elternurlaubs bleibt danach allerdings hinter der Elternzeit nach dem BEEG zurück. Zurzeit läuft das europäische Gesetzgebungsverfahren in Bezug auf einen Kommissionsvorschlag¹³⁹ zur Änderung der Mutterschutzrichtlinie RL 92/85/EWG.¹⁴⁰ Darin ist ein Mutterschaftsurlaub von insgesamt 18 Wochen vorgesehen, von denen mindestens sechs Wochen obligatorischer Urlaub gegeben ist.

Die aktuelle Agenda der EU-Kommission enthält unter anderem das Ziel, für eine verbesserte Umsetzung der Entsenderichtlinie RL 97/17/EG¹⁴¹ zu sorgen. Im Arbeitsschutzrecht soll der Schutz des Arbeitnehmers vor Tabakrauch Gegenstand der Bemühungen werden. Außerdem ist die Reform der Arbeitszeitrichtlinie RL 93/104/EG,¹⁴² die im Jahre 2009 gescheitert war,¹⁴³ von Neuem mit Blick auf inaktive Zeiten des Bereitschaftsdienstes¹⁴⁴ im Fokus.

Derzeit erwägt die Kommission mögliche Änderungen des SE-Statuts¹⁴⁵, die 2012 in Vorschläge münden sollen, die auch mit Änderungen der SE-Richtlinie¹⁴⁶ verbunden sein könnten.¹⁴⁷

Hinweis des Verlags



Gesetze richtig einordnen, Zusammenhänge verstehen: Die Einleitungen und Übersichten in der »Arbeits- und Sozialordnung« erschließen die komplexe Materie auch Leserinnen und Lesern ohne juristische Ausbildung. Bestellen Sie sich Ihr Exemplar am besten jetzt gleich, auf www.der-kittner.de oder per E-Mail an kontakt@bund-verlag.de.

¹³⁸ Richtlinie 2010/18/EU des Rates vom 8.3.2010 zur Durchführung der von BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP und EGB geschlossenen überarbeiteten Rahmenvereinbarung über den Elternurlaub und zur Aufhebung der Richtlinie 96/34/EG.

¹³⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, KOM (2008) 637 endg.

¹⁴⁰ Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG), ABl. L 348/1.

¹⁴¹ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997 Nr. L 18/1.

¹⁴² Richtlinie 2003/88/EG vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. L 299/9

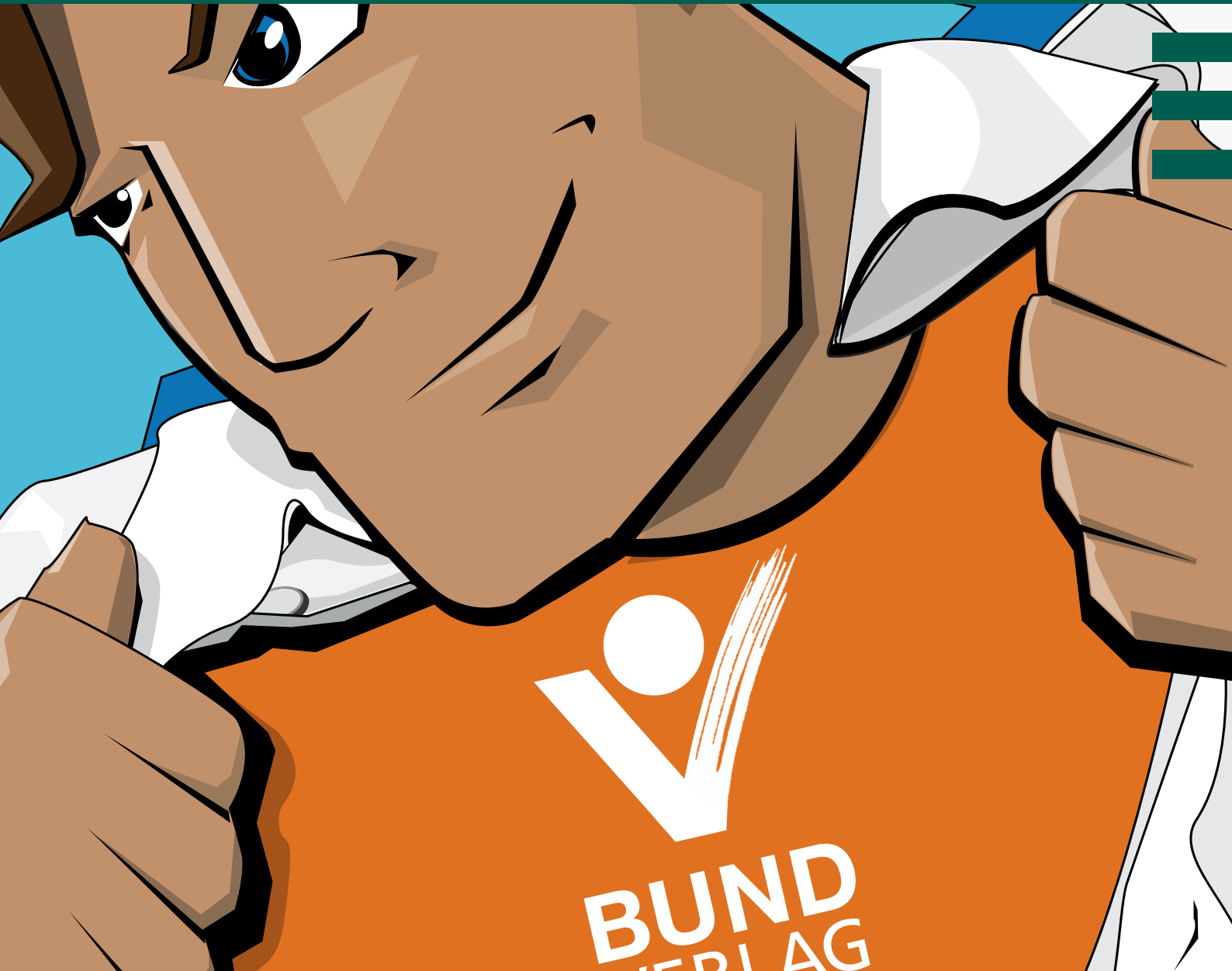
¹⁴³ Vgl. m.w.N. *Deinert/Kittner*, RdA 2009, 265, 277.

¹⁴⁴ Dazu EuGH, NZA 2000, 1227 – Simap; EuGH, BB 2003, 2063 – Jaeger.

¹⁴⁵ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. 294/1.

¹⁴⁶ Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. 294/22.

¹⁴⁷ Press Release vom 19.11.2010.



SUPERHELDEN DER BETRIEBSRATSARBEIT



SEIT GENERATIONEN IM EINSATZ FÜR DIE GUTEN.