

Olaf Deinert  
Michael Kittner

# Arbeits- und Sozialrecht

Rückblick 2017  
Ausblick 2018



[www.mein-kittner.de](http://www.mein-kittner.de)

# Exklusiv-Report

# Superhelden der Betriebsratsarbeit

Im Einsatz für die Guten



Kittner  
**Arbeits- und Sozialordnung**  
Gesetze/Verordnungen · Einleitungen ·  
Checklisten/Übersichten · Rechtsprechung  
43., aktualisierte Auflage  
2018. 1.987 Seiten, kartoniert  
€ 29,90  
ISBN 978-3-7663-6549-1



Schoof  
**Betriebsratspraxis von A bis Z**  
Das Lexikon für die betriebliche  
Interessenvertretung  
13., aktualisierte Auflage  
2018. Ca. 2.300 S., geb. inkl. Online-Ausgabe  
€ 56,- | ISBN 978-3-7663-6704-4  
Erscheint März 2018



Klebe / Ratayczak / Heilmann / Spoo  
**Betriebsverfassungsgesetz**  
Basiskommentar mit Wahlordnung  
20., aktualisierte Auflage  
2018. Ca. 1.000 Seiten, kartoniert  
€ 39,90  
ISBN 978-3-7663-6703-7  
Erscheint April 2018

Zum Erscheinen der neuen, 43. Auflage der »Arbeits- und Sozialordnung« präsentieren Michael Kittner und Olaf Deinert hier einen Überblick über die darin enthaltenen Neuerungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung (Stand: 1.1.2018) und geben einen Ausblick auf die laufenden Gesetzgebungsvorhaben.

#### Näheres | Ganz aktuell

Alle Verweise im Text beziehen sich auf die aktuelle, 43. Auflage 2018 der »Arbeits- und Sozialordnung«.



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



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

# Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2017, Ausblick 2018

Exklusiv-Report von Olaf Deinert und Michael Kittner

## Hier erfahren Sie mehr

- über die Gesetzesänderungen im Jahr 2017
- die Entwicklungslinien in der Rechtsprechung 2017
- über Gesetzesvorhaben in 2018

## I. Einführung

Im Jahr 2017 ist im Arbeitsrecht einiges passiert, sodass wieder eine ganze Reihe neuer Regelungen zur Anwendung kommen. Im Vordergrund stehen natürlich die Reformen bei Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträgen (II. 1.). Wesentliche Teile des Bundesteilhabegesetzes sind in Kraft getreten (II. 6.). Das Mutterschutzgesetz wurde reformiert (II. 5.). Nach der Neuregelung des Datenschutzrechts wird im Laufe des Jahres ein neues Bundesdatenschutzgesetz in Kraft treten (II. 3.). Ein weiteres Highlight ist das Betriebsrentenstärkungsgesetz (II. 4.). Aber auch die Rechtsprechung hat einiges an Bewegung gebracht (III.).

## II. Aktuelle Gesetzgebung

### 1. Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge

Erinnert sei noch einmal daran, dass das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze<sup>1</sup> mit Wirkung ab 1.4.2017 in Kraft getreten ist. Wesentliche Maßnahmen waren in dem Zusammenhang:

- Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung sowie bei Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer,
- Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers gegen ein fingiertes Arbeitsverhältnis zum Entleiher,

<sup>1</sup> Vom 21.2.2017, BGBl. I 258; Dazu Absenger, WSI-Mitt. 2017, 70 ff.; Deinert, RdA 2017, 65 ff.; Henssler, RdA 2017, 83 ff.; Lembke, NZA 2017, 1 ff.; Ulber, AiB 1/2017, 27 ff.; ders., AuR 2017, 238 ff.; Wank, RdA 2017, 100 ff.; ders., AuR 2017, 140 ff.; Richardi, NZA 2017, 36 ff.; Entwurf: BT-Drs. 18/9232.

- Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten beim Entleiher mit Abweichungsmöglichkeit nur in tarifgebundenen Betrieben; in nicht tarifgebundenen Betrieben nur durch Bezugnahme auf Tarifvertrag in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung,
  - endgültige Gleichstellung von Leiharbeitern mit Stammbeschäftigten nach neun Monaten mit Abweichungsmöglichkeiten durch Branchenzuschlagstarifverträge um weitere sechs Monate,
  - Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher,
  - Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten der Mitbestimmungsgesetze und
  - Klarstellung des Informationsrechts des Betriebsrats in Bezug auf Fremdfirmenpersonal sowie
  - Definition des Arbeitnehmerbegriffs in § 611a BGB.
- Das Gesetz wurde bereits im Bericht des Vorjahres vorgestellt.<sup>2</sup>

## 2. Entgelttransparenzgesetz

Da Frauen ungeachtet des Verbots der Diskriminierung wegen des Geschlechts oftmals immer noch weniger Entgelt für ihre Arbeit erhalten als Männer, wurden entsprechende Diskriminierungsverbote des AGG durch weitere Regelungen im Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) ergänzt.<sup>3</sup> Das Gesetz fasst das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts beim Entgelt zusammen in § 3. Vereinbarungen, die gegen das Entgeltgleichheitsgebot verstoßen, sind nach § 8 Abs. 1 EntgTranspG unwirksam. Aus der Bestimmung des § 3 wird abgeleitet, dass bei unzulässiger Diskriminierung ein Anspruch auf Gleichbehandlung besteht.<sup>4</sup> Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche aus § 15 AGG können daneben treten.

Arbeitgeber müssen gem. § 4 Abs. 4 EntgTranspG Entgeltsysteme diskriminierungsfrei ausgestalten. Insoweit wird bei tariflichen und gesetzlichen Systemen vermutet, dass unterschiedliche Entgeltgruppen nicht gleichwertige Tätigkeiten betreffen, sodass eine Vermutung besteht, dass keine Benachteiligung vorliegt.

Kern des Gesetzes ist ein individueller Auskunftsanspruch der Arbeitnehmer in Betrieben mit mind. 200 Beschäftigten über Verfahren der Entgeltfindung sowie die Vergleichsentgelte. Diese Vergleichsentgelte sind als statistischer Median gem. §§ 10 ff. EntgTranspG auszuweisen. Dabei erfolgt die Information durch den Betriebsrat, wenn dieser nicht seinerseits eine Information unmittelbar durch den Arbeitgeber verlangt. Der Arbeitgeber kann im Übrigen bei tarifvertraglichen Entgeltfindungsverfahren auf den Tarifvertrag verweisen. Der Anspruch auf Auskunft entsteht

gem. § 10 Abs. 2 EntgTranspG frühestens nach zwei Jahren erneut.

Fraglich ist allerdings, wofür die Information über den Vergleichsmedian relevant ist. Denn ein Vergleichsmedian sagt nichts darüber aus, ob ein Geschlecht diskriminiert wird und kann daher kein Indiz für eine Diskriminierung i.S.d. § 22 AGG sein. Allerdings kann der Vergleichsmedian zusammen mit weiteren Umständen Grundlage für eine Beweislastumkehr nach § 22 AGG sein.<sup>5</sup> Eine weitere Beweiserleichterung für Arbeitnehmer ergibt sich daraus, dass nicht tarifgebundene und auch nicht den Tarifvertrag anwendende Arbeitgeber, die den Anspruch nicht erfüllen, gem. § 15 Abs. 5 EntgTranspG im Streitfall beweisen müssen, dass das Entgeltgleichheitsgebot nicht verletzt wurde. Die Regelung gilt für tarifenwendende Arbeitgeber nicht, hier bleibt dem Arbeitnehmer nur die Möglichkeit, auf Auskunft zu klagen.<sup>6</sup>

Eine regelmäßige Überprüfungspflicht zur Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots sieht das Gesetz in §§ 17 ff. EntgTranspG für Unternehmen mit mehr als 500 Beschäftigten vor. Die Beschäftigten sind über die Ergebnisse nach § 20 Abs. 2 EntgTranspG zu informieren, was wiederum Grundlage für eine auf Indizien nach § 22 AGG gestützte Klage wegen Entgeltdiskriminierung sein kann. Nach § 20 EntgTranspG hat der Betriebsrat in dem Zusammenhang nur ein Unterrichtsrecht. Nach § 289a HGB müssen lageberichtspflichtige Unternehmen einen Bericht zur Gleichstellung und Entgeltgleichheit im Bundesanzeiger nach § 21 EntgTranspG veröffentlichen.

Das Gesetz muss gem. § 23 EntgTranspG ab dem Jahr 2019 alle vier Jahre evaluiert werden.

### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 2a.

## 3. Arbeitnehmerdatenschutz

Bereits im Vorjahr wurde darüber berichtet, dass ab dem 25.5.2018 die sogenannte Datenschutz-Grundverordnung (EU) 2016/679<sup>7</sup> unmittelbar anwendbar sein wird.<sup>8</sup> Die Datenschutz-Grundverordnung gestattet nach ihrem Art. 88 Abs. 1 mitgliedstaatliche spezifischere Regelungen zum Datenschutz im Arbeitsverhältnis. Dies erlaubt eine Konkretisierung der Grundsätze des Datenschutzes für das Arbeitsverhältnis. Eine solche ist nun durch das DSAnpUG-EU erfolgt.<sup>9</sup> Herzstück des Beschäftigtendatenschutzes ist danach § 26 des neuen BDSG. Dabei greift der Beschäftigtendatenschutz weit über den Bereich des Arbeitsrechts

<sup>5</sup> Franzen, NZA 2017, 814, 816 f.

<sup>6</sup> Franzen, NZA 2017, 814, 819.

<sup>7</sup> ABl. L 119/1.

<sup>8</sup> Deinert/Kittner, Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2016, Ausblick 2017, S. 5 f.

<sup>9</sup> Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU-DSAnpUG-EU), BGBl. I 2017, 1081 ff.; dazu Däubler, CuA 9/2017, 28; Düwell/Brink, NZA 2017, 1081 ff.; Gola, BB 2017, 1462 ff.; Wybitul, NZA 2017, 413 ff.; Entwurf: BT-Drs. 18/11325.

<sup>2</sup> Deinert/Kittner, Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2016, Ausblick 2017, S. 3 f.

<sup>3</sup> Gesetz zur Förderung der Transparenz von Entgeltstrukturen vom 30.6.2017, BGBl. I 2142; dazu Bauer/Günther/Romero, NZA 2017, 809 ff.; Franzen, NZA 2017, 814 ff.; Kuhn/Schwindling, DB 2017, 785 ff.; Oberthür, NJW 2017, 2228 ff.; Entwurf: BT-Drs. 18/11133.

<sup>4</sup> Oberthür, NJW 2017, 2228, 2230.

hinaus. Denn § 26 Abs. 8 BDSG enthält eine Definition des Beschäftigtenbegriffs, die über den Anwendungsbereich entscheidet und im Wesentlichen § 3 Abs. 11 BDSG a.F. entspricht. Der Beschäftigtenbegriff umfasst damit neben Arbeitnehmern auch Beamte, Richter, Soldaten, Auszubildende, arbeitnehmerähnliche Personen sowie Bewerber. Hinzu kommen Leiharbeiter in ihrem Verhältnis zum Entleiher.

Die Datenverarbeitung im Arbeitsverhältnis ist nach § 26 Abs. 1 BDSG gestattet im Falle der Erforderlichkeit für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung für dessen Durchführung oder Beendigung. Zulässig ist die Datenverarbeitung auch dann, wenn sie der Ausübung des Direktionsrechts oder der Kontrolle der Leistung des Arbeitnehmers dient. Nach § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG ist die Datenverarbeitung auch zur Aufdeckung von Straftaten bei begründetem Verdacht nach einer Interessenabwägung zulässig. Im Übrigen ist die Konkretisierung der Voraussetzungen der Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses nach § 26 Abs. 4 BDSG durch Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen möglich. Die Sozialpartner sind dabei aber auf Art. 88 Abs. 2 der Datenschutz-Grundverordnung verpflichtet. Das bedeutet, dass sie Maßnahmen zum Schutz berechtigter Interessen und der Grundrechte, insbesondere der Menschenwürde, ergreifen müssen.

Unabhängig von der Erforderlichkeit für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses kann die Datenverarbeitung durch eine Einwilligung des Arbeitnehmers nach § 26 Abs. 2 BDSG gerechtfertigt sein. Notwendig ist die Freiwilligkeit der Einwilligung. Für die Beurteilung der Freiwilligkeit sind die dem Arbeitsverhältnis typischerweise innewohnenden Abhängigkeiten sowie die Umstände der Erteilung der Einwilligung im Einzelfall zu berücksichtigen. Die Einwilligung muss schriftlich erfolgen und setzt eine Belehrung über ihre Widerruflichkeit nach Art. 7 Abs. 3 der Datenschutz-Grundverordnung voraus. Bei besonders sensiblen Daten (Art. 9 Datenschutz-Grundverordnung) muss die Einwilligung sich nach § 26 Abs. 3 Satz 2 BDSG ausdrücklich auch auf diese Daten beziehen. Ebenso wie der alte § 32 Abs. 2 BDSG a.F. regelt nun § 26 Abs. 7 BDSG n.F., dass der Arbeitnehmerdatenschutz auch dann greift, wenn Daten außerhalb automatisierter Dateien verarbeitet werden.

Eine Spezialregelung zur Videoüberwachung öffentlich zugänglicher Räume enthält § 4 BDSG. Voraussetzung ist ein berechtigtes Interesse für konkret festgelegte Zwecke, die Wahrnehmung des Hausrechts oder die Aufgabenerfüllung öffentlicher Stellen. § 4 Abs. 2 BDSG verlangt, dass die Videoüberwachung offen erfolgt. Was für sonstige Fälle der Videoüberwachung gilt, bleibt offen. Insoweit muss es bei der bisherigen Rechtsprechung zur verdeckten Videoüberwachung zur Aufdeckung von Straftaten bleiben. Sie ist dann zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer schweren Verfehlung besteht und andere Aufdeckungsmöglichkeiten

nicht zur Verfügung stehen, sie muss sich auf einen räumlich und fachlich abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern beziehen und darf nicht unverhältnismäßig sein.<sup>10</sup>

Der deutsche Gesetzgeber hat auch von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Voraussetzungen für die Benennung eines Datenschutzbeauftragten abzusenken (Art. 37 Abs. 4 Datenschutz-Grundverordnung). Nach § 38 BDSG müssen private Stellen einen Datenschutzbeauftragten u.a. dann benennen, wenn mindestens zehn Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind. Der Sonderkündigungsschutz des Datenschutzbeauftragten greift allerdings kraft einer Verweisung in § 38 Abs. 2 BDSG nur dann, wenn die Benennung eines Datenschutzbeauftragten nach der Datenschutz-Grundverordnung verpflichtend ist.<sup>11</sup>

Auch der Sozialdatenschutz wurde infolge der Neuregelungen durch die Datenschutz-Grundverordnung in §§ 67 ff. SGB X vollständig neu geregelt.<sup>12</sup>

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ist in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 15 abgedruckt, die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GV) unter Nr. 15a.

#### 4. Betriebsrentenstärkungsgesetz

Nach der gesetzlichen Konzeption ist die gesetzliche Rentenversicherung des SGB VI kein alleiniger Garant für die Einkommenssicherung im Alter mehr. Daneben sollen private Vorsorge und betriebliche Altersversorgung treten. Dennoch ist zu konstatieren, dass Letzteres nicht in genügendem Maße geschieht. Ziel der Koalitionsfraktionen war es daher, Anreiz für eine zunehmende Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung zu schaffen. Dem dient das Betriebsrentenstärkungsgesetz.<sup>13</sup> Im Zuge des Gesetzes wurde die sogenannte reine Beitragszusage in § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG eingeführt. Bei ihr gibt es keine Mindest- oder Garantieleistungen, den Arbeitgeber trifft keine Garantierhaftung und auch die Insolvenzsicherung durch den Pensionssicherungsverein entfällt (»pay and forget«). Außerdem wurde die Möglichkeit eingeführt, durch Tarifvertrag eine automatische Entgeltumwandlung vorzusehen. Es bleibt aber eine sogenannte Opt-out-Lösung für die Arbeitnehmer. Die automatische Entgeltumwandlung kann auch beim nicht tarifgebundenen Arbeitgeber gem. § 20 Abs. 2 BetrAVG zur Anwendung gebracht werden.

<sup>10</sup> BAG 22.9.2016 – 2 AZR 848/15, NZA 2017, 112, Rn. 28 ff.

<sup>11</sup> BT-Drs. 18/11325, S. 107.

<sup>12</sup> Art. 24 des Gesetzes zur Änderung des Bundesversorgungsgesetzes und anderer Vorschriften vom 17.7.2017, BGBl. I 2541; dazu *Dahl/Schmitz*, NJW 2017, 1505 ff.; *Thole*, ZIP 2017, 401 ff.

<sup>13</sup> Gesetz zur Stärkung der betrieblichen Altersversorgung und zur Änderung anderer Gesetze (Betriebsrentenstärkungsgesetz) vom 17.8.2017, BGBl. I 3214; dazu *Dünn*, RVaktuell 5+6/2017, 144 ff.; *Friedrich*, BetrAV 2017, 469 ff.; *Rolfs*, NZA 2017, 1225 ff.; *Kerschbaumer/Reuter*, SozSich 2017, 389; *Reinecke*, AuR 2017, 432; *Wallrabenstein*, SGB 2017, 485 ff.; krit. zum Vorhaben *Schmitz*, SozSich 2017, 56 ff.; positiv: *Kiesewetter/Grom/Menzel*, *Tschinkel*, BetrAV 2016, 650 ff.



Der Arbeitgeber ist, allerdings tarifdispositiv, verpflichtet, zum Ausgleich reduzierter Sozialversicherungsbeiträge einen pauschalen Zuschuss im Umfang von 15% des Umwandlungsbetrages bei der Entgeltumwandlung zu leisten.<sup>14</sup> Das gilt nach § 26a BetrAVG aber nur für Verträge ab 1.1.2019, für ältere Verträge gilt dies erst ab 1.1.2022. Für Geringverdiener bis € 2.200,- monatlich ist ein Förderbetrag i.H.v. 30% des Jahresbeitrags zwischen € 240,- und € 480,- gem. § 100 EStG vorgesehen. Des Weiteren wurde bei der Grundsicherung im Alter für die zusätzliche Altersversorgung ein Freibetrag in § 82 Abs. 4 SGB XII eingeführt. Außerdem wurde die Doppelverbeitragung von Riester-Verträgen in der Kranken- (und Pflege-) Versicherung in § 229 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 SGB V beseitigt und die steuerliche Förderung durch Anhebung des Grenzbetrages von vier auf acht Prozent gesteigert gem. § 3 Nr. 63 EStG.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 11.

### 5. Mutterschutz

Das Mutterschutzgesetz wurde vollständig neugefasst.<sup>15</sup> Das Gesetz zielt künftig auf Gesundheitsschutz von Mutter und Kind einerseits und andererseits Schutz der Teilhabe der Mutter am Berufsleben und Schutz vor Benachteiligungen während Schwangerschaft, Entbindung und Stillzeit (§ 1 Abs. 1 MuSchG). Die Regelungen der bisherigen Mutterschutz-Arbeitsverordnung wurden durch Aufnahme in §§ 9 ff. MuSchG aufgewertet, insoweit sie nun eine gesetzliche Regelung gefunden haben. Der Anwendungsbereich des Mutterschutzgesetzes wurde erheblich ausgeweitet, insoweit u.a. in § 1 Abs. 2 Nr. 7 und 8 MuSchG auch arbeitnehmerähnliche Personen (außer Regelungen zum Mutterschutzlohn und zum Zuschuss zum Mutterschaftsgeld) und Schülerinnen (ohne Kündigungsschutz und Mutterschaftsleistungen) einbezogen sind. Der Sonderkündigungsschutz nach § 17 MuSchG ist nunmehr auch auf Fehlgeburten erstreckt. Stillzeiten werden gem. § 7 Abs. 2 MuSchG auf das erste Lebensjahr des Kindes beschränkt. Bei Geburt eines behinderten Kindes wird die nachgeburtliche Schutzfrist gem. § 3 Abs. 2 Nr. 3 MuSchG auf zwölf Wochen verlängert. Weiterhin greifen Schutzfristen nach § 3 MuSchG in den ersten sechs Wochen vor und in den acht Wochen nach der Entbindung. Ferner wurde durch die Neuregelung der Entscheidungsspielraum für Schwangere und Wöchnerinnen bei unzulässigen Beschäftigungen erweitert bzw. ein Entscheidungsspielraum eingeräumt. Die Schwangere kann sich während der Schutzfrist ausdrücklich zur Arbeit bereiterklären, wobei diese Erklärung widerruflich ist. Ebenso kann sich

die Schwangere bei Beschäftigungsverboten an Sonn- und Feiertagen (§ 6 MuSchG) zur Arbeit bereit erklären. Weiterhin unzulässig ist die Beschäftigung von Schwangeren und stillenden Frauen in Nachtarbeit (§ 5 MuSchG). Der Arbeitgeber muss gem. § 10 Abs. 1 MuSchG i.V.m. § 5 ArbSchG eine abstrakte Gefährdungsbeurteilung unter Einbeziehung der Gefahren für Schwangere und junge Mütter vornehmen. Bei Beschäftigung der geschützten Personengruppe sind nach § 10 Satz 2 MuSchG die erforderlichen Schutzmaßnahmen zu ergreifen, bis dahin darf der Arbeitgeber die Frau gem. § 10 Abs. 3 MuSchG nicht beschäftigen. Im Übrigen muss der Arbeitgeber gem. § 9 MuSchG die nach der Gefährdungsbeurteilung notwendigen Schutzmaßnahmen ergreifen. Dazu bestimmen §§ 11 und 12 MuSchG unzulässige Arbeiten im Hinblick auf unverantwortbare Gefährdungen. Dies läuft aber nicht zwingend auf ein Beschäftigungsverbot hinaus. Vorrangig sind gem. § 13 MuSchG die Umgestaltung der Arbeitsbedingungen oder die Versetzung. Das Beschäftigungsverbot bleibt ultima ratio. Daneben bleibt nach § 16 MuSchG die Anordnung eines ärztlichen Beschäftigungsverbots möglich.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Mutterschutzgesetz (MuSchG) hat in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« die Nr. 28.

### 6. Bundesteilhabegesetz

Erinnert sei noch einmal an das Bundesteilhabegesetz<sup>16</sup>, auf das bereits im letzten Exklusiv-Report hingewiesen worden war.<sup>17</sup> Dieses war bereits unmittelbar nach der Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt in seinen arbeitsrechtlichen Teilen<sup>18</sup> in Kraft getreten. Zum 1.1.2018 sind nun auch die wesentlichen sozialrechtlichen Regelungen in Kraft getreten. Die Neuregelungen seien hier im Überblick in Erinnerung gerufen:

- Neuer Behinderungsbegriff in § 2 SGB IX, der internationalen Standards entspricht;
- Erbringung von Leistungen aus einer Hand, insbesondere durch das verbindliche Teilhabeplanverfahren in § 19 SGB IX;
- Stärkung der Position behinderter Menschen durch unabhängige Teilhabeberatung nach § 32 SGB IX;
- Einführung eines Budgets für Arbeit nach § 61 SGB IX;
- Schaffung des Leistungstatbestandes der Assistenzleistungen in § 78 SGB IX;
- Einführung der neuen Leistungsgruppe der Leistungen zur Teilhabe an Bildung nach § 75 SGB IX;
- Berücksichtigung individueller persönlicher Wünsche bei Lebensplanung und -gestaltung unter Berücksichtigung des Sozialraums sowie
- Verbesserung der Zusammenarbeit der Reha-Träger und Transparenz des Reha-Geschehens.

<sup>14</sup> Dazu Langohr-Plato, BetrAV 2017, 465 ff.

<sup>15</sup> Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts vom 23.5.2017, BGBl. I 1228; dazu: Bayreuther, NZA 2017, 1145 ff.; Reuhl/Weg, GuteArbeit 6/2017, 23 ff.; Benkert, NJW-Spezial 2017, 562 f.; Blattner, DB 2017, 1031 f. Gesetzentwurf: BT-Drs. 18/8963; dazu: Nebe, Juris PR-ArbR 28/16, Anmerkung 1.

<sup>16</sup> Vom 23.12.2016, BGBl. I 3234; dazu Schneider, WzS 2017, 67 ff.; Entwurf: BT-Drs. 18/9522.

<sup>17</sup> Deinert/Kittner, Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2016, Ausblick 2017, S. 6 f.  
<sup>18</sup> Boecken, VSSR 2017, 69 ff.; Kleinebrink, DB 2017, 126 ff.; Mühlmann, NZA 2017, 884 ff.; Sachadae, AiB 5/2017, 27 ff.; Schmitt, BB 2017, 2293 ff.; Schnelle, NZA 2017, 880 ff.

Durch die zum 1.1.2018 in Kraft getretenen Neuregelungen des SGB IX ist es auch zu einer Änderung der Paragraphenzählung gekommen. Die Regelungen des bisherigen Teil 2 SGB IX (§§ 68 ff. SGB IX a.F.) befinden sich nunmehr im Teil 3 mit den §§ 151 ff. SGB IX n.F. Die Regelungen des Teils 2 über die Eingliederungshilfe treten allerdings erst zum 1.1.2020 in Kraft. Bis dahin bleibt es übergangsweise beim Eingreifen von Regelungen zur Eingliederungshilfe in §§ 53 ff. SGB XII.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch IX (SGB IX) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 30 IX.

### 7. Insolvenzrecht

Durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen<sup>19</sup> wurden wichtige Ergänzungen in Bezug auf die Anfechtung von Arbeitsentgeltzahlungen durch den Insolvenzverwalter eingefügt. Das betrifft zunächst das sogenannte Bargeschäftsprivileg gem. § 142 InsO. Bei Bargeschäften kommt eine Anfechtung nur in Betracht, wenn der Arbeitnehmer die Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit hat. Dabei ging das BAG davon aus, dass ein Bargeschäft auch dann noch vorliegen könne, wenn der Arbeitnehmer das Entgelt für Arbeitsleistungen aus den letzten drei Monaten erhält.<sup>20</sup> Demgegenüber ging der BGH davon aus, dass dies nur möglich sei in Bezug auf Zahlungen, die sich auf Arbeitsleistungen der letzten 30 Tage beziehen.<sup>21</sup> Durch die Neuregelung wird nunmehr gesetzlich auf den Dreimonatszeitraum abgestellt. Im Übrigen greift das Bargeschäftsprivileg nach § 142 Abs. 2 Satz 3 InsO auch bei Zahlungen durch Dritte, allerdings nur, wenn sie für den Arbeitnehmer als solche nicht erkennbar sind.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Die Insolvenzordnung (InsO) ist in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 23 abgedruckt.

### 8. Aufenthaltsrecht

Die Richtlinie 2014/36/EU über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Beschäftigung als Saisonarbeitnehmer<sup>22</sup> enthält aufenthaltsrechtliche Vorgaben sowie das Gebot der arbeitsrechtlichen Gleichbehandlung drittstaatlicher Saisonarbeitnehmer. Die Richtlinie 2014/66/EU<sup>23</sup> regelt Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Rahmen unternehmensinterner

Transfers. Beide Richtlinien wurden im Wesentlichen im Aufenthaltsgesetz in §§ 19b ff. sowie 39 umgesetzt.<sup>24</sup>

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Aufenthaltsgesetz (AufenthG) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 9.

### 9. Sozialkassensicherung

Das BAG hatte in mehreren Entscheidungen angenommen, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG a.F. aus der Zeit vor Inkrafttreten des Tarifautonomiestärkungsgesetzes<sup>25</sup> im Hinblick auf das so genannte 50%-Quorum der Feststellung bedürfe, dass dieses durch die Zahl der Tarifgebundenen erfüllt wird und Einschränkungen der Allgemeinverbindlicherklärung daran nichts ändern.<sup>26</sup> Zugleich hat es angenommen, dass die Allgemeinverbindlicherklärung einer Legitimation durch die zuständige Ministerin oder ihres Staatssekretärs bedürfe. Dadurch drohte verschiedenen Sozialkassen die Finanzierungsgrundlage wegzubrechen, weil mangels Allgemeinverbindlicherklärung Außenseiter nicht an dem Sozialkassenverfahren teilnehmen. Der Gesetzgeber hat durch rückwirkende Verbindlichmachung der maßgeblichen Tarifverträge diese Entscheidung korrigiert.<sup>27</sup> In dem zweiten Gesetz zur Sicherung der tarifvertraglichen Sozialkassenverfahren wurde auch § 98 ArbGG um einen Absatz 6 erweitert. Dieser erlaubt die Verurteilung zur vorläufigen Leistung bei Streitigkeiten mit einer gemeinsamen Einrichtung im Falle von Zweifeln an der Wirksamkeit der Erstreckung der Zahlungspflicht auf Außenseiter.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Tarifvertragsgesetz (TVG) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 31. Das Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) hat die Nr. 5.

### 10. Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft

Das GSA Fleisch<sup>28</sup> soll die Arbeitnehmerrechte in der Fleischwirtschaft sichern und Umgehungen der Sozialversicherungsbeitragspflicht durch Beauftragung von Nachunternehmern in der Fleischwirtschaft begegnen. Dazu ist u.a. eine Nachunternehmerhaftung auf die Sozialversicherungsbeiträge vorgesehen. Klargestellt wird, dass der Arbeitgeber die persönliche Schutzkleidung und persönliche Schutzausrüstung unentgeltlich zur Verfügung stellen muss und eine Pflicht des Arbeitnehmers zur Beschaffung auf eigene Kosten

19 Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vom 29.3.2017, BGBl. I 864.

20 BAG 6.10.2011 – 6 AZR 262/10, DB 2011, 2779.

21 BGH 10.7.2014 – IX ZR 192/13, NJW 2014, 2579.

22 ABl. 2014 L 94/375.

23 ABl. 2014 L 157/1.

24 Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union zur Arbeitsmigration vom 12.5.2017, BGBl. I 1106.

25 Vom 11.08.2014, BGBl. I 1348.

26 BAG 21.09.2016 – 10 ABR 33/15, NZA Beilage 1/2017, 12; BAG 25.01.2017 – 10 ABR 43/15, NZA 2017, 731.

27 Gesetz zur Sicherung der Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (Sozialkassenverfahrenssicherungsgesetz – SoKaSiG) vom 16.5.2017, BGBl. I 1210; Gesetz zur Sicherung der tarifvertraglichen Sozialkassenverfahren und zur Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes vom 1.9.2017, BGBl. I 3356; dazu: *Biedermann*, BB 2017, 1333 ff.; *Ulber*, NZA 2017, 1104 ff.

28 Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch) vom 17.7.2017, BGBl. I 2541, 2572.

nicht wirksam vereinbart werden kann. Gem. § 5 Abs. 1 ist das Arbeitsentgelt in Euro zu berechnen und auszuzahlen, Aufrechnungen sind nach Abs. 2 nur in Höhe des pfändbaren Teils des Arbeitsentgelts zulässig. Im Übrigen bestehen besondere Dokumentationspflichten gem. § 6.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft (GSA Fleisch) ist in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Fußnote zu § 28e SGB IV unter Nr. 30 IV abgedruckt.

### 11. Arbeitsförderungsrecht

Träger sind künftig nach § 185 SGB III auf die Zahlung von vergabespezifischen Mindestentgelten für Aus- und Weiterbildungseinrichtungen verpflichtet.<sup>29</sup>

Die Einstiegsqualifizierung und die Berufsausbildungsbeihilfe ist nach §§ 54a, 57 SGB III künftig auch für eine berufliche Ausbildung in der Pflege vorgesehen.<sup>30</sup>

Schließlich wurde § 29 Abs. 2 SGB III im Zuge des Entg-TranspG<sup>31</sup> dahingehend ergänzt, dass die Arbeitsagenturen künftig geschlechtersensibel beraten müssen und insbesondere auf eine Erweiterung des Berufswahlspektrums von Frauen und Männern hinwirken müssen. Auf diese Weise soll die Existenz tradierter Männer- und Frauenberufe überwunden werden.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch III (SGB III) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 30 III.

### 12. Rentenversicherung

Durch das Renten-Überleitungsgesetz<sup>32</sup> hatte der Gesetzgeber die Alterssicherung der DDR in das westdeutsche Rentensystem überführt und damit ein unterschiedliches Rentenniveau infolge der unterschiedlichen Einkommensverhältnisse eingeführt, das der allmählichen Angleichung der Einkommensverhältnisse entsprechend zu einer Angleichung der Rentenverhältnisse führen sollte. Auch 25 Jahre nach der Deutschen Einheit war diese komplette Rentenangleichung noch nicht erreicht. Die Angleichung soll nunmehr auf gesetzlicher Grundlage erfolgen. Das Rentenüberleitungs-Abschlussgesetz<sup>33</sup> sieht vor, dass die Beitragsbemessungsgrenze und der Rentenwert für Ostdeutschland bis zum Jahr 2025 schrittweise und allmählich an das Niveau West angepasst werden. 35 Jahre nach der Einheit wird es dann ein einheitliches Rentenrecht in ganz Deutschland geben.

Der Problematik, dass Erwerbsminderungsrentner i.S.d. § 43 SGB VI nur eine geringe oder gar keine Rente erhalten

und damit auf Leistungen nach dem SGB XII angewiesen sind, soll das Erwerbsminderungsrenten-Leistungsverbesserungsgesetz<sup>34</sup> entgegenwirken, indem die sogenannte Zurechnungszeit schrittweise auf das 65. Lebensjahr verlängert wird und Erwerbsminderungsrentner auf diese Weise leistungsmäßig so behandelt werden, als ob sie drei Jahre länger als bisher gearbeitet hätten.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch VI (SGB VI) hat in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« die Nr. 30 VI.

### 13. Weiteres

Zur Umsetzung der Vorgaben aus der Seeleute-Richtlinie (EU) 2015/1794<sup>35</sup> wurde eine Regelung zur Ermöglichung von Gremienbeteiligungen von Seeleuten in § 41a EBRG im Zuge des Erwerbsminderungsrenten-Leistungsverbesserungsgesetzes<sup>36</sup> eingefügt.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Gesetz über Europäische Betriebsräte (EBRG) ist in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 13 abgedruckt.

Darüber hinaus wurde der Schutz vor Massenentlassungen durch Neuregelungen in §§ 23 Abs. 2 Satz 2, 24 Abs. 5 KSchG eingeführt.

Der Gesetzgeber hat in Art. 8 EGBGB eine neue Regelung über das anwendbare Recht bei gewillkürter Stellvertretung geschaffen.<sup>37</sup> Diese Regelung ist auch im Arbeitsrecht relevant. Das anwendbare Recht kann nach Abs. 1 der Bestimmung gewählt werden. Im Übrigen ist bei der Bevollmächtigung eines Arbeitnehmers gem. Abs. 3 mangels Rechtswahl das Recht des Sitzstaates des Arbeitgebers anwendbar. Das GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz<sup>38</sup> hat die Informations- und Kontrollrechte der Mitglieder der Selbstverwaltungsgremien erweitert, um Kontrolle und Transparenz für verschiedene Gremien auf Bundesebene zu verbessern. Änderungen bei der Berechnung des Mutterschaftsgeldes nach § 24i SGB V sowie Regelungen zur Höhe des Mutterschaftsgeldes (in Höhe des Krankengeldes) bei spezifischen Konstellationen, in denen keine Beschäftigung vorliegt, wurden durch das Gesetz zur Neuregelung des Mutterschaftsrechts eingeführt.<sup>39</sup>

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch V (SGB V) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 30 V.

<sup>29</sup> Gesetz zur Änderung des Bundesversorgungsgesetzes und anderer Vorschriften vom 17.7.2017, BGBl. I 2541.

<sup>30</sup> Gesetz zur Reform der Pflegeberufe vom 17.7.2017, BGBl. I 2581.

<sup>31</sup> Siehe oben Fn. 3.

<sup>32</sup> Gesetz zur Herstellung der Rechtseinheit in der gesetzlichen Renten- und Unfallversicherung vom 25.7.1991, BGBl. I 1606.

<sup>33</sup> Gesetz über den Abschluss der Rentenüberleitung vom 17.7.2017, BGBl. I 2575.

<sup>34</sup> Gesetz zur Verbesserung der Leistungen bei Renten wegen verminderter Erwerbsfähigkeit und zur Änderung anderer Gesetze vom 21.7.2017, BGBl. I 2509.

<sup>35</sup> ABl. L 263/1.

<sup>36</sup> Vom 17.7.2017, BGBl. I 2509.

<sup>37</sup> Art. 5 des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften im Bereich des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts vom 11.6.2017, BGBl. I 1607.

<sup>38</sup> Gesetz zur Stärkung der Handlungsfähigkeit der Selbstverwaltung der Spitzenorganisationen in der GKV sowie zur Stärkung der über sie geführten Aufsicht vom 21.2.2017, BGBl. I 265.

<sup>39</sup> Siehe oben Fn. 15.



Die Pfändungsfreigrenzen nach § 850c ZPO haben sich zum 1.7.2017 erhöht.<sup>40</sup> Der pfändungsfreie Grundbetrag beträgt nunmehr € 1.133,80 monatlich.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Die Zivilprozessordnung (ZPO) hat in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« die Nr. 35.

Nach der Neufassung der Regelbedarfsstufenfortschreibungsverordnung 2018<sup>41</sup> wurden neue Regelbedarfe im Rahmen der Grundsicherung sowie der Sozialhilfe festgesetzt. Die Regelbedarfsstufe 1, die den Bedarf einer erwachsenen Person ohne Kosten der Unterkunft und Heizung abbildet, beläuft sich nunmehr auf einen Monatsbetrag von € 416,-.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Sozialgesetzbuch II (SGB II) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 30 II, das Sozialgesetzbuch XII (SGB XII) unter Nr. 30 XII.

### III. Rechtsprechung

Aus der Rechtsprechung des Jahres 2017 gab es einige berichtenswerte Entwicklungen, die wir nachfolgend zusammenfassen.

#### 1. Weisungsrecht

Das BAG hat entschieden, dass ein Arbeitnehmer, der arbeitsunfähig erkrankt ist, nur ganz ausnahmsweise zu einem Personalgespräch im Betrieb beordert werden kann. Voraussetzung ist ein dringender betrieblicher Anlass, der einen Aufschub bis zur Beendigung der Arbeitsunfähigkeit nicht gestattet und die persönliche Anwesenheit des Arbeitnehmers im Betrieb dringend erforderlich macht.<sup>42</sup> Außerdem muss dies dem Arbeitnehmer zumutbar sein. Einen Arbeitnehmer zur Klärung der weiteren Beschäftigungsmöglichkeiten während des Arbeitsunfähigkeitszeitraums in den Betrieb zu »laden«, gibt es daher in der Regel keinen Anlass. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO besteht nur im Rahmen billigen Ermessens. Problematisch war aber bislang die Frage, ob eine unbillige Weisung gleichwohl für den Arbeitnehmer verbindlich ist, bis ein Gericht die Unwirksamkeit der Weisung festgestellt hat. Das BAG hatte in früherer Rechtsprechung eine solche vorläufige Bindung des Arbeitnehmers angenommen.<sup>43</sup> Nunmehr ist der Zehnte Senat des BAG der Ansicht, dass ein Arbeitnehmer an eine unbillige Weisung grundsätzlich nicht gebunden ist.<sup>44</sup> Er hat an den Fünften Senat die Frage gerichtet, ob dieser an der bisherigen Entscheidung zur vorläufigen

Bindung festhält. Der Fünfte Senat hat dies verneint,<sup>45</sup> so dass der Zehnte Senat nunmehr i.S.d. Unverbindlichkeit unbilliger Weisungen entschieden hat.<sup>46</sup>

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zum Weisungsrecht finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zur Gewerbeordnung (GewO) unter Nr. 19.

#### 2. Arbeitszeit

Da das Umkleiden zum Anlegen von Arbeitskleidung regelmäßig in den privaten Bereich gehört, sind die dafür aufzuwendenden Zeiten nicht zu vergüten. Anders ist es, wenn der Arbeitgeber das Tragen bestimmter Kleidung verlangt und das Umkleiden im Betrieb erfolgt.<sup>47</sup> Das BAG hat nun allerdings entschieden, dass eine unterschiedliche Vergütung für normale Arbeitstätigkeiten und für Umkleidezeiten möglich ist. Sogar den vollständigen Ausschluss einer Vergütung hält das Gericht für zulässig, obwohl das Umkleiden zur Arbeit gehört.<sup>48</sup>

Erhebliche Probleme bereitet immer wieder, wie der Arbeitnehmer das Erbringen von vergütungspflichtigen Arbeitsleistungen bzw. Arbeitszeiten beweisen kann. Dazu hat das BAG entschieden, dass der Arbeitnehmer zunächst darlegen muss, an welchen Tagen er von wann bis wann Arbeit geleistet hat oder sich auf Weisung des Arbeitgebers zur Arbeit bereitgehalten hat. Der Arbeitgeber muss dazu dann konkret erwidern.<sup>49</sup> Geschieht dies, bleibt es aber dabei, dass den Arbeitnehmer letztlich die Beweislast in dem Sinne trifft, dass die Unerweislichkeit zu seinen Lasten geht. Für Umkleide- und Wegezeiten hat das BAG entschieden, dass dann, wenn klar ist, dass diese auf Veranlassung des Arbeitgebers entstanden sind, der Arbeitnehmer seiner Darlegungs- und Beweislast für den zeitlichen Umfang aber nicht in jeder Hinsicht genügen kann, das Gericht nach § 287 ZPO den erforderlichen Umfang der Zeiten schätzen kann.<sup>50</sup> Häufig ist streitig, in welchem Umfang der Arbeitnehmer überhaupt Arbeitsleistungen schuldet, wenn dies nicht ausdrücklich im Vertrag festgehalten ist. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass ein Blick auf die bisherige Vertragspraxis ein wichtiger Anhaltspunkt dafür ist, was die Vertragsparteien wirklich gewollt haben. Hieraus kann auf den vereinbarten Umfang der Arbeitszeit geschlossen werden.<sup>51</sup>

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zur Arbeitszeit finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Arbeitszeitgesetz (ArbZG) unter Nr. 8.

40 Bekanntmachung zu den §§ 850c und 850f der Zivilprozessordnung (Pfändungsfreigrenzenbekanntmachung 2017) vom 28.3.2017, BGBl. I 750.

41 RBSFV 2018 vom 18.11.2017, BGBl. I 3767.

42 BAG 2.11.2016 – 10 AZR 596/15, NZA 2017, 183.

43 BAG 22.2.2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2012, 858.

44 BAG 14.6.2017 – 10 AZR 330/16 (A), NZA 2017, 1185.

45 BAG 14.9.2017 – 5 AS 7/17, NZA 2017, 1452.

46 BAG 14.6.2017 – 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1452.

47 BAG 19.9.2012 – 5 AZR 678/11, NZA-RR 2013, 63; BAG 26.10.2016 – 5 AZR 168/16, NZA 2017, 323.

48 BAG 13.12.2016 – 9 AZR 574/15, NZA 2017, 459.

49 BAG 21.12.2016 – 5 AZR 362/16, NZA-RR 2017, 233.

50 BAG 26.10.2016 – 5 AZR 168/16, NZA 2017, 323.

51 BAG 2.11.2016 – 10 AZR 419/15, NZA 2017, 187.

### 3. Urlaubsrecht

Das Urlaubsrecht ist weiterhin in Bewegung. Grundsätzlich verfällt Urlaub am Ende des Kalenderjahres gem. § 7 Abs. 3 BUrlG. Die Übertragung ins nächste Kalenderjahr kommt nur in Betracht, wenn dringende betriebliche oder in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe dies rechtfertigen. Ob der Urlaub damit bereits dann mangels betrieblicher oder persönlicher Gründe am Jahresende verfällt, wenn der Arbeitnehmer ihn nicht genommen hat oder ob der Arbeitgeber vielmehr verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer notfalls gegen seinen Willen, den Urlaub zu gewähren, mit der Folge, dass der Urlaub mangels Gewährung durch den Arbeitgeber ins Folgejahr zu übertragen ist, ist eine Frage, die das BAG dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens vorgelegt hat.<sup>52</sup>

Anerkannt ist inzwischen, dass der Abgeltungsanspruch vererblich ist.<sup>53</sup> Allerdings ist damit noch nicht geklärt, dass mit dem Tod des Arbeitnehmers automatisch ein Abgeltungsanspruch entsteht, der vererbt werden könnte. Das BAG geht insofern davon aus, dass das deutsche Erbrecht dem entgegenstehe. Es hat dem EuGH, dessen Rechtsprechung keinen Untergang des Abgeltungsanspruchs mit Tod des Arbeitnehmers vorsieht,<sup>54</sup> die Frage vorgelegt, ob ein Abgeltungsanspruch für die Erben ausscheidet, weil es letztlich die EuGH-Rechtsprechung für falsch hält.<sup>55</sup> In der Sache ist dies freilich überhaupt nicht richtig. Das deutsche Erbrecht steht dem keineswegs entgegen. Vielmehr muss das Arbeitsrecht entscheiden, ob es einen Abgeltungsanspruch vorsieht. Das Erbrecht wäre allenfalls dazu berufen, darüber zu entscheiden, wem dieser Abgeltungsanspruch zusteht, wenn er nicht dem Arbeitnehmer zustehen kann, weil dieser nicht mehr lebt.

Ein weiteres Problem betrifft den Fall, dass der Arbeitgeber schuldhaft dem Arbeitnehmer keinen Urlaub gewährt und der Urlaub dann verfällt. In diesem Falle hat der Arbeitnehmer einen Schadensersatzanspruch, der auf Ersatzurlaub gerichtet ist. Dazu hat das BAG nun klargestellt, dass dieser Ersatzurlaub grundsätzlich durch Freistellung von der Arbeitspflicht zu gewähren ist und nicht durch Zahlung von Geld.<sup>56</sup>

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zum Urlaubsrecht finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) unter Nr. 17.

### 4. Entlohnung

Eine der Hauptaufgaben, die die Rechtsprechung in Bezug auf das MiLoG zu klären hat, ist die Frage, welche Leistungen des Arbeitgebers als mindestlohnwirksam in der Weise anzusehen sind, dass sie zur Erfüllung des Anspruchs auf

den gesetzlichen Mindestlohn von derzeit 8,84 € taugen. Das BAG geht davon aus, dass jede Leistung, die im Austauschverhältnis mit der Arbeitsleistung steht, in diesem Sinne mindestlohnwirksam ist und nur Ansprüche, die unabhängig von einer Arbeitsleistung bestehen oder für die eine besondere gesetzliche Zwecksetzung eingreift, wie etwa ein Anspruch auf Zuschlag zur Nachtarbeit gem. § 6 Abs. 5 AZG, nicht angerechnet werden können. In diesem Sinne hat das BAG etwa Ansprüche auf Wechselschichtzulagen ebenso wie eine allgemeine Leistungszulage auf den Mindestlohn angerechnet.<sup>57</sup> Ebenso hat das Gericht für Sonn- und Feiertagszuschläge<sup>58</sup> sowie – in Bezug auf einen Branchenmindestlohn nach dem AEntG – für eine sogenannte Treueprämie<sup>59</sup> entschieden.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zur Mindestlohnwirksamkeit von Zahlungen sind in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Mindestlohngesetz (MiLoG) unter Nr. 31b abgedruckt.

Ob Teilzeitbeschäftigte entgegen § 4 Abs. 1 TzBfG wegen der Teilzeitarbeit benachteiligt werden, wenn sie Überstundenzuschläge erst ab Überschreiten der betrieblichen Vollarbeitszeit erhalten, hängt davon ab, welchem Zweck die Überstundenzuschläge dienen sollen. Insoweit kommt in Betracht, dass es sich um einen Ausgleich dafür handeln soll, dass der Arbeitnehmer über die individuell geschuldete Arbeitsleistung hinaus Freizeit opfern muss. Denkbar ist aber auch, dass es um ein zusätzliches Entgelt für die besondere Arbeitsbelastung durch Überschreiten der Vollarbeitszeit geht. Letzteres nimmt das BAG im Zweifel bei tariflichen Regelungen über Mehrarbeitszuschläge an, die allein davon abhängig gemacht werden, dass über ein bestimmtes Tages- oder Wochenarbeitsvolumen oder das Monatslohn hinaus gearbeitet wird.<sup>60</sup>

Grundsätzlich schuldet der Arbeitgeber den Bruttolohn. Er führt aber Einkommensteuer und Sozialversicherungsbeiträge ab, die vom Arbeitnehmer zu tragen sind (§ 38 Abs. 2 EStG und § 28g SGB IV). Das hat das BAG nochmals klargestellt. Anlass war ein Fall, in dem der Arbeitgeber zur Zahlung einer Bruttovergütung verurteilt worden war. Er hatte die Arbeitnehmeranteile irrtümlich an den Arbeitnehmer überwiesen. Der Arbeitnehmer, der auf Rückzahlung in Anspruch genommen worden war, stellte sich auf den Standpunkt, ihm stehe das volle Bruttoentgelt zu. Diese Ansicht teilte das BAG nicht, vielmehr sei mit der Verurteilung zur Bruttozahlung lediglich das geschehen, was gesetzlich ohnehin vorgesehen sei. Der Arbeitnehmer habe mithin Steuer- und Sozialversicherungsanteile zu tragen.<sup>61</sup>

52 BAG 13.12.2016 – 9 AZR 541/15(A), NZA 2017, 271.

53 BAG 22.9.2015 – 9 AZR 170/14, NZA 2016, 37.

54 EuGH 12.6.2014 – C-118/13, NZA 2014, 651 – Bollacke.

55 BAG 18.10.2016 – 9 AZR 196/16(A), NZA 2017, 207.

56 BAG 16.5.2017 – 9 AZR 572/16, NZA 2017, 1056.

57 BAG 21.12.2016 – 5 AZR 374/16, NZA 2017, 378; vgl. auch BAG 6.9.2017 – 5 AZR 317/16, NZA 2017, 1463.

58 BAG 24.5.2017 – 5 AZR 431/16, DB 2017, 2492.

59 BAG 22.3.2017 – 5 AZR 424/16, NZA 2017, 1073.

60 BAG 26.4.2017 – 10 AZR 589/15, NZA 2017, 1069.

61 BAG 21.12.2016 – 5 AZR 273/16, NZA 2017, 449.

## 5. Werk- und Dienstverträge

Für die Einstellungsmitbestimmung nach § 99 BetrVG hat das BAG nochmals betont, dass eine Einstellung davon abhängt, ob der Beschäftigte so in die betriebliche Organisation integriert wird, dass der Arbeitgeber über Inhalt, Ort und Zeit der Tätigkeit Entscheidungen trifft. Klargestellt hat das BAG, dass es dafür noch nicht genügt, wenn Arbeitnehmer im Betrieb des Auftraggebers tätig werden und ihre Arbeiten in betrieblichen Prozessen eingeplant und detailliert beschrieben sind.<sup>62</sup> Dadurch erlangt der Arbeitgeber noch keine Personalhoheit.

## 6. Arbeitnehmerüberlassungsrecht

Der EuGH<sup>63</sup> hatte bereits im Vorjahr auf Vorlage des BAG<sup>64</sup> entschieden, dass auch Personalgestellungen im Rahmen der Tätigkeit von Vereinsmitgliedern, wie sie namentlich im Hinblick auf Rote-Kreuz-Schwestern vorkommen, in den Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie fallen, wenn die Mitglieder nach innerstaatlichem Recht aufgrund dieser Arbeitsleistung geschützt werden. Im Nachgang hatte das BAG nun konkret darüber zu entscheiden, ob die Gestellung von Rote-Kreuz-Schwestern unter das AÜG fällt. Das Gericht hat einen entsprechenden Schutz bejaht und entschieden, dass in solchen Fällen Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. § 1 Abs. 1 AÜG vorliege.<sup>65</sup>

Für fingierte Arbeitsverhältnisse nach § 10 AÜG hat das BSG entschieden, dass in diesem Falle auch aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht eine entgeltliche Beschäftigung i.S.d. § 7 SGB IV zum Entleiher bestehe.<sup>66</sup>

### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« unter Nr. 4.

## 7. Heimarbeitsrecht

Wahrscheinlich weitreichende Folgen hat eine Entscheidung des BAG zum Heimarbeitsrecht. Ein ehemaliger Arbeitnehmer war zunächst als Bauingenieur/Programmierer mit der Pflege und Weiterentwicklung von Statiksoftware befasst. Später arbeitete er als Selbstständiger von zuhause aus. Das BAG hat dazu klargestellt, dass auch bei qualifizierten Angestelltentätigkeiten Heimarbeit i.S.v. § 2 Abs. 1 Satz 1 HAG gegeben sein kann. Heimarbeit sei nicht auf gewerbliche oder vergleichbare Tätigkeiten beschränkt. Die landläufige Vorstellung davon, dass Heimarbeit auf Hut- und Bürstenmacher etc. beschränkt sei, ist damit gegenstandslos. Angesichts zunehmender Möglichkeiten zur selbstbestimmten Arbeit mittels Telekommunikationsmedien eröffnet die Entscheidung voraussichtlich für einen großen und immer größer werdenden Kreis Solo-

selbstständiger einen gewissen arbeitsrechtlichen Schutz über das HAG.<sup>67</sup>

### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zur Heimarbeit sind in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Heimarbeitsgesetz (HAG) unter Nr. 22 abgedruckt.

## 8. Schwerbehindertenrecht

Die Pflicht öffentlicher Arbeitgeber nach § 165 Satz 3 SGB IX, schwerbehinderte Menschen, die sich auf eine Stelle beworben haben, zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen, führt im Falle ihrer Verletzung zum Indiz einer Diskriminierung wegen der Behinderung, das eine Beweislastumkehr nach § 22 AGG bewirkt.<sup>68</sup> Zwar ist bei offensichtlichem Fehlen der fachlichen Eignung eine Einladung entbehrlich. Das BAG erweitert diesen Ausnahmetatbestand in seiner neuesten Rechtsprechung, indem eine Einladung auch dann entbehrlich sein soll, wenn der Bewerber keine ausreichenden Angaben gemacht hat, damit der Arbeitgeber die Eignung prüfen kann.<sup>69</sup> Das lässt sich mit dem Gesetz nicht vereinbaren. Einem Arbeitnehmer, dessen Eignung dem Arbeitgeber nicht bekannt ist, fehlt es keineswegs offensichtlich an der Eignung.

Zum Beweis eines Indizes für eine Diskriminierung, das gem. § 22 AGG zur Beweislastumkehr zulasten des Arbeitgebers führt, kann auch herangezogen werden, dass der Arbeitgeber den umfassenden Informationsanspruch der Schwerbehindertenvertretung hinsichtlich sämtlicher Angelegenheiten, die sich spezifisch auf schwerbehinderte Menschen auswirken (§ 178 SGB IX), missachtet.<sup>70</sup>

## 9. Diskriminierungsverbote

In zwei Entscheidungen hat sich der Europäische Gerichtshof mit islamischen Kopftüchern befasst.<sup>71</sup> Im einen Fall ging es um eine Arbeitnehmerin, der der Arbeitgeber im Hinblick auf das Verlangen eines Kunden, die Arbeitnehmerin abzugeben, gekündigt hatte. Hier hat der EuGH klargestellt, dass der Kundenwunsch eine Ungleichbehandlung wegen der Religion nicht rechtfertigen könne.<sup>72</sup> Demgegenüber hat der EuGH ein generelles Verbot am Arbeitsplatz jedwede politische, philosophische oder religiöse Zeichen zu tragen, als Ausdruck der unternehmerischen Entscheidung für eine Neutralitätspolitik gebilligt.<sup>73</sup>

Im Hinblick auf die Beweislastumkehr nach § 22 AGG hat das BAG klargestellt, dass eine diskriminierende Stellenausschreibung entgegen § 11 AGG das erforderliche Benachteiligungsindiz liefern kann. Voraussetzung ist, dass in der Stellenausschreibung das Fehlen oder Vorliegen be-

<sup>67</sup> Dazu *Preis*, SR 2017, 173 ff.

<sup>68</sup> BAG 24.1.2013 – 8 AZR 188/12, NZA 2013, 896.

<sup>69</sup> BAG 11.8.2017 – 8 AZR 375/15, NZA 2017, 43.

<sup>70</sup> BAG 26.1.2017 – 8 AZR 736/15, NZA 2017, 854.

<sup>71</sup> *Preis/Morgenbrodt*, ZESAR 2017, 309 ff.; *Sagan*, EuZW 2017, 457 ff.

<sup>72</sup> EuGH 14.3.2017 – C-188/15, NZA 2017, 375 – Bougnaoui.

<sup>73</sup> EuGH 14.3.2017 – C-157/15 – Achbita.

<sup>62</sup> BAG 8.11.2016 – 1 ABR 57/14, NZA-RR 2017, 134.

<sup>63</sup> EuGH 17.11.2016 – C-216/15, NZA 2017, 41 – Ruhrlandklinik.

<sup>64</sup> BAG 17.3.2015 – 1 ABR 62/12 (A), BAGE 151, 131.

<sup>65</sup> BAG 21.2.2017 – 1 ABR 62/12, NZA 2017, 662.

<sup>66</sup> BSG 29.6.2016 – B 12 R 8/14 R, NZS 2017, 237.

stimmter Merkmale verlangt wird, ohne dass dies i.S.d. §§ 8 ff. AGG gerechtfertigt werden könnte.<sup>74</sup>

Nachdem der EuGH bereits im letzten Jahr entschieden hatte, dass derjenige, der sich nicht ernsthaft auf eine Stelle beworben hat, sondern nur um eine eventuelle Entschädigung wegen Diskriminierung einfordern zu können, nicht in den Anwendungsbereich des Antidiskriminierungsrechts falle und rechtsmissbräuchlich handle,<sup>75</sup> hat das BAG nunmehr entschieden, dass derartige Bewerber, die lediglich die Voraussetzungen für einen Entschädigungsanspruch schaffen wollten, nicht aber die ausgeschriebene Stelle erlangen wollten, rechtsmissbräuchlich handeln und daher keine Ansprüche geltend machen können.<sup>76</sup>

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zum Antidiskriminierungsrecht finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) unter Nr. 2.

### 10. Datenschutzrecht

Das BAG hat entschieden, dass im Falle einer zulässigen verdeckten Videoüberwachung (s. dazu o. bei II. 3.) auch ein sogenannter Zufallsfund u.U. im Kündigungsrechtsstreit verwertet werden kann. Insgesamt geht die Rechtsprechung davon aus, dass es kein allgemeines Verwertungsverbot für Tatsachen oder Beweismittel gibt, auch dann nicht, wenn gegen die Grundsätze des Datenschutzrechts verstoßen wurde. Vielmehr stellt das Gericht darauf ab, ob die Verwertung der Tatsachen oder Beweismittel durch das Gericht im Einzelfall zu einer (erneuten) Verletzung des Persönlichkeitsrechts führt.<sup>77</sup> Freilich nimmt sie an, dass eine solche erneute Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorläge, wenn Informationen verwendet würden, die der Arbeitgeber unter Verletzung des Datenschutzrechts gewonnen hat, sofern er nicht weitere Gesichtspunkte als das bloße Interesse an der Beweisbarkeit bestimmter Umstände ins Feld führen kann.<sup>78</sup> Andererseits führt nach dieser Rechtsprechung auch die Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats nicht automatisch zu einem Verwertungsverbot.<sup>79</sup>

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zum Datenschutz nach DS-GV und BDSG finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) unter Nr. 15.

### 11. Betriebsübergang

Nachdem der EuGH entschieden hatte, dass eine dauerhafte Bindung des Betriebserwerbers durch dynamische Bezugnahmen von Arbeitsverträgen auf Tarifverträge dessen unternehmerische Freiheit beeinträchtigt, war das bisherige Verständnis des § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB infrage gestellt. Denn danach geht der Arbeitsvertrag so über, wie er beim Betriebserwerber bestand. Im Falle einer dynamischen Verweisung auf einen Tarifvertrag bedeutet dies, dass auch der Erwerber dynamisch an den Tarifvertrag gebunden ist.<sup>80</sup> Das BAG hat vor diesem Hintergrund den EuGH um Vorabentscheidung der Frage ersucht, ob es an seiner bisherigen Rechtsprechung in europarechtlich zulässiger Weise festhalten könne.<sup>81</sup> Der EuGH hat daraufhin nun klargestellt, dass die unternehmerische Freiheit verlange, dass der Erwerber die Möglichkeit haben müsse, in einem zum Vertragsschluss führenden Verfahren seine Interessen im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen wirksam geltend machen zu können. Daraus folgt aber nicht, dass in jedem Fall die Möglichkeit zur Lösung aus der Dynamik der Verträge gegeben sein muss.<sup>82</sup> Da die Möglichkeit zum Abschluss von Änderungsverträgen ebenso wie die Möglichkeit einer betriebsbedingten Änderungskündigung grundsätzlich gegeben sind, kann das BAG künftig an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalten.

In einer weiteren Entscheidung hat der EuGH klargestellt, dass das Arbeitsverhältnis so auf den Erwerber übergeht, wie es beim Veräußerer bestand, sodass Arbeitsbedingungen, die nicht nachträglich geändert wurden, bewirken, dass Betriebszugehörigkeitszeiten beim Veräußerer auch für die Geltendmachung von Rechten beim Erwerber berücksichtigt werden müssen.<sup>83</sup>

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zum Betriebsübergang finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung II 4 zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) unter Nr. 14.

### 12. Kündigungsrecht

Das BAG hat hinsichtlich der Sozialauswahl in Bezug auf das Auswahlkriterium Lebensalter entschieden, dass Arbeitnehmer, die berechtigt sind, eine Regelaltersrente in Anspruch zu nehmen, mit Blick auf das Kriterium Lebensalter deutlich weniger schutzbedürftig seien als Arbeitnehmer, bei denen dies nicht der Fall ist.<sup>84</sup> Damit trägt das Gericht dem Umstand Rechnung, dass das Lebensalter nicht an sich ein Schutzbedürfnis auslöst, sondern ein Maßstab für die Vermittlungschancen des Arbeitnehmers auf dem Arbeitsmarkt ist. Altersrentenberechtigte Arbeitnehmer sind

74 BAG 15.12.2016 – 8 AZR 454/15, BB 2017, 953.

75 EuGH 28.7.2016 – C-423/15, NZA 2016, 1014 – Kratzer.

76 BAG 11.8.2016 – 8 AZR 4/15, NZA 2017, 310.

77 BAG 22.9.2016 – 2 AZR 848/15, NZA 2017, 112.

78 BAG 27.7.2017 – 2 AZR 681/16, DB 2017, 2488.

79 BAG, ebd. Rn. 44.

80 EuGH 18.7.2013 – C-426/11, NZA 2013, 835 – Alemo-Herron u.a.

81 BAG 17.6.2015 – 4 AZR 61/14, NZA 2016, 373; dazu Hanau, AuR 2016, 159 ff.; Klein, NZA 2016, 410 ff.; ZESAR 2016, 116 ff.

82 EuGH 27.4.2014 – C-680/15 u.a., NZA 2017, 571 – Asklepios; dazu Bayreuther, NJW 2017, 2158 ff.

83 EuGH 6.4.2017 – C-336/15, NZA 2017, 585 – ISS.

84 BAG 27.4.2017 – 2 AZR 67/16, NZA 2017, 902.



in diesem Sinne nicht mehr so sehr auf einen Arbeitsplatz angewiesen wie andere Arbeitnehmer.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zum Kündigungsschutzrecht sind in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Kündigungsschutzgesetz (KSchG) unter Nr. 25 abgedruckt.

### 13. Befristung

Während der EuGH zunächst davon ausgegangen war, dass auch mehrere aufeinanderfolgende Vertretungsbefristungen jeweils für sich sachlich gerechtfertigt sein können und der Arbeitgeber nicht verpflichtet sei, mit Rücksicht auf die Struktur seiner Belegschaft eine Personalreserve vorzuhalten,<sup>85</sup> geht der EuGH nach einer neueren Entscheidung davon aus, dass bei einem strukturellen Mangel an Planstellen, der auf einen dauerhaften Bedarf an Vertretungskräften hinausläuft, ein unzulässiger Missbrauch der Befristungsmöglichkeiten gegeben sein kann.<sup>86</sup>

Im Übrigen hat der EuGH in der Entscheidung Kücük<sup>87</sup> bereits darauf hingewiesen, dass alle mit einer Vertragsverlängerung verbundenen Umstände zu berücksichtigen seien, um zu prüfen, ob Hinweise auf einen Missbrauch der Befristungsmöglichkeiten vorliegen. Dem trägt das BAG Rechnung, indem es, ausgehend von bestimmten Verhältnissen von Anzahl der Vertretungen und Gesamtvertragsdauer der Verträge, unter gewissen Voraussetzungen eine Missbrauchskontrolle als naheliegend betrachtet oder sogar den Missbrauch als indiziert ansieht.<sup>88</sup>

Zur Befristung wegen vorübergehenden Bedarfs hat das BAG nun klargestellt, was an sich ohnehin einleuchten sollte: Wenn der Arbeitgeber mehr Arbeitnehmer eingestellt hat, als er für den prognostizierten Bedarf benötigt, kann eine Befristung dadurch nicht gerechtfertigt sein.<sup>89</sup>

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zum Befristungsrecht finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) unter Nr. 32.

### 14. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote

§ 74 Abs. 2 HGB, der über § 110 GewO für alle Arbeitnehmer zur Anwendung kommt, regelt, dass ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot ohne das Vorsehen einer Karenzentschädigung nichtig ist. Daran kann auch eine salvatorische Klausel nichts ändern. Eine salvatorische Klausel zielt darauf, nichtige Vertragsteile in den Grenzen des rechtlich Zulässigen zu retten. Das BAG geht davon aus, dass ein Wettbewerbsverbot auf diese Weise nicht gerettet werden könne, weil es an der notwendig eindeutigen Zusage ei-

ner Karenzentschädigung fehlt.<sup>90</sup> Der Arbeitnehmer hat auch kein Wahlrecht zwischen Einhaltung des Wettbewerbsverbots mit der Folge, dass er einen Anspruch auf Karenzentschädigung hätte, und Unbeachtlichkeit des Wettbewerbsverbots.<sup>91</sup> Der Arbeitnehmer ist damit schlechterdings nicht an das nachvertragliche Wettbewerbsverbot gebunden, hat andererseits aber auch keinerlei Ansprüche.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zu Wettbewerbsverboten finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Handelsgesetzbuch (HGB) unter Nr. 21.

### 15. Betriebsrentenrecht

Eine sogenannte Spätehenklausel, nach der eine Hinterbliebenenversorgung ausscheidet, wenn die Ehe nach der Vollendung des 60. Lebensjahrs des Arbeitnehmers geschlossen wurde, stellt nach der Rechtsprechung des EuGH keine unzulässige Diskriminierung wegen des Alters dar.<sup>92</sup> Das zwingt das BAG allerdings nicht, seine entgegen gesetzte Rechtsprechung, wonach es sich um eine unzulässige Benachteiligung wegen des Alters handelt,<sup>93</sup> aufzugeben.<sup>94</sup>

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zum Betriebsrentenrecht finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Betriebsrentengesetz (BetrAVG) unter Nr. 11.

### 16. Internationales Privatrecht

Ein neues Kapitel im Bereich des internationalen Privatrechts hat die Rechtsprechung zu den Arbeitsbedingungen von Lehrern an griechischen Privatschulen in Deutschland geschrieben. Es ging um die Frage, ob der Arbeitnehmer eine Verschlechterung seiner vertraglichen Situation durch die griechische Spargesetzgebung im Nachgang zur Finanz- und Wirtschaftskrise hinzunehmen hat. Nachdem der EuGH bereits im Vorjahr entschieden hatte, dass die griechischen Normen als drittstaatliches Recht nicht unmittelbar Anwendung finden können, es aber möglich sei, sie auf sachrechtlicher Ebene, d.h. im Fall auf Ebene des anzuwendenden deutschen Rechts, zu berücksichtigen,<sup>95</sup> hat das BAG nun klargestellt, dass auf sachrechtlicher Ebene ein fremdes Recht als faktischer Umstand Berücksichtigung verlangen kann. Für die griechischen Spargesetze hat es einen solchen faktischen Zwang allerdings verneint.<sup>96</sup>

Interessant ist in dem Zusammenhang im Übrigen eine Entscheidung des österreichischen OGH.<sup>97</sup> Hier ging es um

85 EuGH 26.1.2012 – C-586/10, NZA 2012, 135 – Kücük.

86 EuGH 14.9.2016 – C-16/15, NZA 2016, 1265 – Pérez López.

87 S. Fn. 85.

88 Lesenswert insoweit: BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15, NZA 2017, 382.

89 BAG 14.12.2016 – 7 AZR 688/14, NZA 2017, 411.

90 BAG 22.3.2017 – 10 AZR 448/15, NZA 2017, 845.

91 BAG 22.3.2017 – 10 AZR 448/15, NZA 2017, 845, Rn. 23.

92 EuGH 24.11.2016 – C-443/15, DB 2017, 912 – Parris.

93 BAG 4.8.2015 – 3 AZR 137/13, NZA 2015, 1447.

94 A.A. wohl Wilhelm/Angel, DB 2017, 912.

95 EuGH 8.10.2016 – C-135/15, NZA 2016, 1389 – Nikiforidis.

96 BAG 26.4.2017 – 5 AZR 962/13, RIW 2017, 611.

97 OGH 29.11.2016 – 9 ObA 53/16h, NZA-RR 2017, 180.



einen Salzburger Kraftfahrer, der gelegentlich Fluggäste vom Münchener Flughafen abholt. Der OGH hat entschieden, dass (anders als nach deutschem Recht), das MiLoG aus österreichischer Perspektive für Fälle gelegentlicher Arbeit in Deutschland keine Anwendung finde.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zum Internationalen Privatrecht finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zur Rom I-VO unter Nr. 14a.

### 17. Tarifvertragsrecht

Das Tarifeinheitsgesetz,<sup>98</sup> über das wir bereits in einem früheren Exklusiv-Report berichtet haben,<sup>99</sup> bewirkt durch die Regelung in § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG eine Verdrängung des Minderheitstarifvertrags durch den Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft nach dem betrieblichen Mehrheitsprinzip. Das kann tarifpolitische Bedeutung haben und den Bestand der Minderheitsgewerkschaft gefährden. Das Bundesverfassungsgericht hält das Gesetz gleichwohl im Wesentlichen für verfassungsgemäß.<sup>100</sup> Es hält das Gesetz aber insoweit für verfassungswidrig, als keine ausreichenden Vorkehrungen dafür geschaffen wurden, dass die Interessen von Berufsgruppen, deren Tarifvertrag verdrängt wird, in dem verdrängenden Tarifvertrag eine ausreichende Berücksichtigung finden. Das Nachzeichnungsrecht gem. § 4a Abs. 4 TVG kann eine solche unzureichende Berücksichtigung ihrer Interessen nicht ausgleichen, da auch im nachgezeichneten Tarifvertrag deren Interessen nicht abgebildet sind. Auch das Anhörungsrecht nach § 4a Abs. 5 TVG genügt dem Gericht nicht zur Gewährleistung einer hinreichenden Berücksichtigung der Minderheitsinteressen.

Das BVerfG hat dem Gesetzgeber eine Frist bis Ende 2018 für eine Neuregelung gesetzt. Bis dahin ist eine Verdrängung des Minderheitstarifvertrags nach § 4a Abs. 2 Satz 2 TVG bei einer Berufsgruppengewerkschaft nur möglich, wenn eine entsprechende Berücksichtigung der Minderheitsinteressen plausibel dargelegt wird. Dass dies zu einer praktischen Anwendung kommen wird, ist nicht zu erwarten. Im Übrigen hat das BVerfG in dieser Entscheidung klargestellt, dass das Tarifeinheitsgesetz (entgegen der ausdrücklichen Erwartung des Gesetzgebers)<sup>101</sup> keine mittelbaren arbeitskampfrechtlichen Folgen nach sich zieht. Die Kollisionsregelung setze als solche, ebenso wie ein mögliches Nachzeichnungsrecht der Minderheitsgewerkschaft, voraus, dass es einen zweiten Tarifvertrag gibt.<sup>102</sup> Ein solcher Tarifvertrag muss, damit es ein Tarifvertrag ist, auch erstreikbar sein.

98 Gesetz zur Tarifeinheit (Tarifeinheitsgesetz) vom 3.7.2015, BGBl. I 1130.

99 *Deinert/Kittner*, Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2015, Ausblick 2016, S. 3 ff.

100 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915, mit abw. Meinung der Richter Paulus und Baer; dazu: *Bepler*, AuR 2017, 380 ff.; *Franzen*, ZTR 2017, 571 ff.; *Rieble*, NZA 2017, 1157 ff.

101 BT-Drs. 18/4062, S. 12.

102 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915, Rn. 138 ff.

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zum Tarifvertragsrecht sind in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Tarifvertragsgesetz (TVG) unter Nr. 31 abgedruckt.

### 18. Mitbestimmung

Das BAG hat entschieden, dass, wenn der Arbeitgeber eine Facebook-Seite betreibt, die es Nutzern ermöglicht, Besucherbeiträge zu Verhalten und Leistung der Arbeitnehmer zu posten, ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG besteht, weil es sich insoweit um eine technische Überwachungseinrichtung handelt.<sup>103</sup>

Auf Vorlage des KG<sup>104</sup> hat der EuGH nunmehr entschieden, dass in dem Umstand, dass ausländische Belegschaften an der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht beteiligt sind, kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV liegt und auch keine Verletzung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer gegeben ist.<sup>105</sup>

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zur betrieblichen Mitbestimmung finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) unter Nr. 12. Erläuterungen zur Mitbestimmung durch Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten finden Sie in der Einleitung zum Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) unter Nr. 26.

### 19. Grundsicherung

Das BSG hat nunmehr klargestellt, dass in einer sogenannten Eingliederungsvereinbarung, die durch das Jobcenter letztlich erzwungen werden kann, gem. § 15 Abs. 2 SGB II nicht nur einseitig Pflichten des Hilfebedürftigen festgeschrieben werden können. Werden Eigenbemühungen des Leistungsberechtigten gefordert, müssen auch konkrete und bestimmte Unterstützungsleistungen des Jobcenters vorgesehen sein. Ansonsten ist die Eingliederungsvereinbarung unwirksam.<sup>106</sup>

#### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zur Grundsicherung für Arbeitsuchende sind in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Sozialgesetzbuch II (SGB II) unter Nr. 30 II abgedruckt.

103 BAG 13.12.2016 – 1 ABR 7/15, NZR 2017, 657.

104 KG 16.10.2015 – 14 W 89/15, NZA-RR 2015, 661; dazu *Heuschmid/Videbaek*, EuZW 2017, 419 ff.; *Rödl*, JZ 2016, 980 ff.

105 EuGH 18.7.2017 – C-566/15, NZA 2017, 1000 (= JZ 2017, 1001, m. Anm. *Krause*) – *Erzberger*.

106 BSG 23.6.2016 – B 14 AS30/15 R, SGB 2017, 415.

## 20. Arbeitsförderungsrecht

Ebenso wie im Rahmen der Grundsicherung bedarf auch eine Eingliederungsvereinbarung im Arbeitsförderungsrecht zur Wirksamkeit eine Gegenleistung durch die Arbeitsagentur. Die Verletzung von Pflichten des Arbeitsuchenden aus der Eingliederungsvereinbarung kann ansonsten keine Sperrzeit nach § 159 SGB III nach sich ziehen.<sup>107</sup>

### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zur Arbeitsförderung finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Sozialgesetzbuch III (SGB III) unter Nr. 30 III.

## 21. Krankenversicherung

Das BSG hat entschieden, dass »Kassenärzte« i.S.d. §§ 72 ff. SGB V nicht berechtigt sind, ihre Leistungen, die in Gestalt der Behandlung Versicherter erfolgen, zurückzuhalten und auf diese Weise zu streiken. Das Gericht sah ein Streikrecht ausgeschlossen durch die spezifischen Regelungen des Vertragsarztrechts.<sup>108</sup>

### Näheres in der Arbeits- und Sozialordnung

Erläuterungen zum Krankenversicherungsrecht finden Sie in der aktuellen »Arbeits- und Sozialordnung« in der Einleitung zum Sozialgesetzbuch V (SGB V) unter Nr. 30 V.

## IV. Rechtspolitischer Ausblick

### 1. Europarechtliche Impulse

Die Kommission hat im Rahmen der Überlegungen zur Bewältigung der politischen Krise in der Folge des »Brexit« u.a. den Entwurf einer europäischen Säule sozialer Rechte vorgelegt.<sup>109</sup> Dieser soll nach öffentlicher Diskussion in ein endgültiges Instrument überführt werden, dessen Rechtscharakter allerdings noch nicht feststeht. Einerseits geht es bei der europäischen Säule sozialer Rechte um eine Zusammenfassung des sozialen Besitzstandes des Unionsrechts. Andererseits sollen neuen sozialen Herausforderungen, wie etwa Digitalisierung oder demokratischer Wandel, Antworten entgegeng gehalten werden. Die künftige Bedeutung der europäischen Säule sozialer Rechte lässt sich nur schwer prognostizieren, insbesondere weil auch ihr Rechtscharakter noch offen ist. Aktuell ist es eine Ansammlung sozialer Grundrechte wie sie u.a. in der Grundrechte-Charta und in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte zusammengefasst sind, ergänzt um weitere politische Forderungen, die ihrerseits in der Form von Grundrechten formuliert sind. Thematisch reicht der Bogen von einem Recht auf lebenslanges Lernen, über ein Mindesteinkommen, die Vereinbarkeit von Berufs- und Privatleben bis hin zum Recht auf Gesundheitsversorgung und hochwertige Langzeitpflege.

Nachdem Bemühungen der Kommission zu einer Reform der Mutterschutzrichtlinie zunächst gescheitert waren,<sup>110</sup> hat die Kommission nunmehr den Vorschlag für eine Richtlinie mit weitergehendem und umfassenderem Ansatz vorgelegt. Es geht um eine Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige.<sup>111</sup> Der Richtlinienvorschlag zielt insbesondere darauf, die Benachteiligung von Frauen im Hinblick auf ihre Arbeitsmarktchancen durch die unterschiedliche Beanspruchung bei Verbindung von Familie und Erwerbsarbeit zu beseitigen. Vorgesehen sind dazu individuelle Ansprüche aller Arbeitnehmer auf vier Monate bezahlter Elternzeit. Im Falle der Möglichkeit einer Übertragung von Elternzeit auf den anderen Elternteil müssen mindestens vier Monate für jeden Elternteil verbleiben. Jeder Arbeitnehmer soll außerdem Anspruch auf jährlich fünf bezahlte Arbeitstage Freistellung zur Pflege naher Angehöriger erhalten. Das bedeutet, dass dieser Anspruch jedes Jahr erneut geltend gemacht werden könnte, wenn Angehörige gepflegt werden. Schließlich ist auch für Väter bei Geburt eines Kindes ein sogenannter Vaterschaftsurlaub von mindestens zehn bezahlten Arbeitstagen vorgesehen. Der Richtlinienvorschlag sieht darüber hinaus die Möglichkeit vor, flexible Arbeitszeiten mit einem Rückkehrrecht zur bisherigen Arbeitszeit zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf zu beantragen. Ferner soll eine Kündigung aufgrund der Inanspruchnahme der Rechte aus der Richtlinie ausgeschlossen werden.

Auf der Agenda der Kommission steht weiterhin die Revision der Entsenderichtlinie. Wesentlich sind die Vorstellungen zur Ausweitung auf sämtliche Branchen für tarifvertragliche Mindestbedingungen und nicht nur in der Baubranche, die Anwendung auf zwingende Entlohnungen, die nicht nur Mindestlöhne sind, die Anwendung der Leiharbeitsvorschriften des Aufnahmestaates und schließlich die vollständige Anwendung des Arbeitsrechts des Aufnahmestaates nach einer Entsendedauer von 24 Monaten.<sup>112</sup> Weiterhin plant die EU-Kommission das neue Blue-Card-Konzept.<sup>113</sup> Dieses soll ein abschließendes europäisches System des Arbeitsmarktzugangs regeln. Nach drei Jahren soll der Inhaber einer Blauen Karte daueraufenthaltsberechtigt sein.

### 2. Innerstaatliche Rechtspolitik

Was die Regierungsbildung nach der letzten Bundestagswahl bringt, bleibt abzuwarten. Nach dem Scheitern der Sondierungen mit Blick auf eine sog. Jamaika-Koalition scheint nun doch eine große Koalition möglich. Die letzte große Koalition 2013 bis 2017 hat ihre sozialpolitische Agenda aus dem Koalitionsvertrag weitestgehend abgearbeitet.<sup>114</sup> Schuldig geblieben war man im Wesentlichen noch die Regelung des Teilzeitanpruchs mit Rückkehrrecht.

<sup>107</sup> BSG 4.4.2017 – B 11 AL 5/16 R, NZS 2017, 707.

<sup>108</sup> BSG 30.11.2016 – B 6 KA 38/15 R, NZS 2017, 539.

<sup>109</sup> Dazu Lörcher, AuR 2017, 387 ff.

<sup>110</sup> Deinert/Kittner, Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2015, Ausblick 2016, S. 19.

<sup>111</sup> KOM (2017) 253 endg.

<sup>112</sup> Dazu bereits Deinert/Kittner, Arbeits- und Sozialrecht: Rückblick 2016, Ausblick 2017, S. 17.

<sup>113</sup> KOM (2016) 378 endg.

<sup>114</sup> Dazu ausführlich: Deinert/Kittner, RdA 2017, 342 ff.



# VERLOREN IM PARAGRAFEN-DSCHUNGEL? KITTNER.

Nur die aktuelle  
Ausgabe des Kittner  
ist rechtssicher!



**NEU 2018**

„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

## JETZT BESTELLEN:

[www.mein-kittner.de](http://www.mein-kittner.de) · [kontakt@bund-verlag.de](mailto:kontakt@bund-verlag.de)

Bestellhotline 069/79501020

  
**BUND  
VERLAG**