

RA/FAArbR Prof. Dr. Bernd Schiefer / RA Hans-Wilhelm Köster, beide Düsseldorf

Umsetzung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorhaben der Großen Koalition – Bestandsaufnahme 2016

RA/FAArbR Prof. Dr. Bernd Schiefer und **RA Hans-Wilhelm Köster** sind Rechtsanwälte der Arbeitsrechtskanzlei Schiefer Rechtsanwälte in Düsseldorf und Geschäftsführer von unternehmer nrw. Prof. Dr. Schiefer lehrt Arbeitsrecht an der Fresenius Hochschule in Köln und ist Herausgeber der Düsseldorfer Schriftenreihe zum Arbeits- und Sozialrecht.
Kontakt: autor@der-betrieb.de

Die Umsetzung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorhaben auf Grundlage des aktuellen Koalitionsvertrags der Großen Koalition nähert sich dem Abschluss. Gegenwärtig stehen insb. der „Diskussionsentwurf zu Zeitarbeit und Werkverträgen“ und der Referentenentwurf „für mehr Lohngerechtigkeit zwischen Mann und Frau“ sowie ein Eckpunktepapier zur „Flexi-Rente“ im Fokus. Im Übrigen sind erste Rechtsfragen bereits umgesetzter Vorhaben durch die Gerichte beantwortet worden. Der Beitrag gibt insb. einen Überblick über die Rechtsprechung zum MiLoG sowie die vorliegenden Entwürfe zu Zeitarbeit, Lohngerechtigkeit etc. und nimmt hierzu kritisch Stellung.

I. Einleitung

Die Umsetzung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorhaben der Großen Koalition (2013-2017) schreitet weiter voran.¹ Außerdem sind erste Rechtsfragen bereits umgesetzter Gesetzesvorhaben bei den Arbeitsgerichten² und dem BVerfG³ „angekommen“ und beschäftigen die Praxis. Gegenwärtig erregen insb. der „Diskussionsentwurf“ zu Zeitarbeit und Werkverträgen⁴ sowie der RefE eines Gesetzes für mehr Lohngerechtigkeit zwischen Mann und Frau die Gemüter. Gleiches gilt für ein Eckpunktepapier einer Koalitionsarbeitsgruppe zur „Flexi-Rente“.⁵

II. Überblick

Ein Überblick zu den Vorhaben und deren Umsetzungsstand findet sich in den Tab. 1-3.

III. Erste Erfahrungen mit bereits in Kraft getretenen Gesetzen

Rechtliche und praktische Fragen werfen vor allem die Neuregelungen des Pflege- und Familienpflegezeitgesetzes (01.01.2015)⁶, des Elternzeitrechts⁷ sowie die „Frauenquote“ (01.05.2015)⁸ auf. Die Arbeitsgerichte mussten sich allerdings – soweit ersichtlich – bislang ausschließlich mit dem Mindestlohngesetz (MiLoG) befassen.

1 Siehe zur Entwicklung Schiefer/Pöttering, DB 2013 S. 2928; Schiefer/Köster/Pöttering, DB 2014 S. 2891 (2965); Schiefer, DB 2015 S. 1779.

2 Siehe hierzu unter III. 1.

3 Siehe unter III. 1. und 3.

4 Siehe unter IV. 1. und 5.

5 Vgl. Fn. 1.

6 Siehe hierzu Schiefer/Köster/Pöttering, DB 2014 S. 2891 (2965); i.E. Schiefer/Heitmann, Düsseldorf Schriftenreihe, März 2015, Krankheit im Arbeitsverhältnis, Rn. 486 ff.

7 Siehe hierzu Schiefer/Köster/Pöttering, DB 2014 S. 2891 (2965); Schiefer, DB 2015 S. 1781 und i.E. Sowka, Düsseldorf Schriftenreihe, 7. Aufl. 2015, Elternzeit.

8 Wasmann/Rothenburg, DB 2015 S. 291.

Tab. 1: Bereits umgesetzte Gesetze

Bereits umgesetzte Gesetze	Umsetzung
Abschlagsfreie Rente mit 63	in Kraft getreten am 01.07.2014
Verlängerung des Arbeitsverhältnisses über das Ende der Altersgrenze hinaus	in Kraft getreten am 01.07.2014
Erweiterung des Arbeitnehmerentsendegesetzes	geändert durch Art. 6 Tarifautonomiestärkungsgesetz vom 11.08.2014
Erleichterung von Allgemeinverbindlicherklärungen (AVE)	geändert durch Art. 5 Tarifautonomiestärkungsgesetz vom 11.08.2014
Gesetzlicher Mindestlohn	in Kraft getreten am 16.08.2014
Pflege- und Familienpflegezeit	Änderungen in Kraft getreten am 01.01.2015
Flexibilisierung der Elternzeit	in Kraft getreten am 01.01.2015
Einführung von ElterngeldPlus	in Kraft getreten am 01.01.2015
Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern in Führungspositionen	in Kraft getreten am 01.05.2015
Tarifeinheitsgesetz	in Kraft getreten am 10.07.2015
Diverse Gesetze „Gesundheit und Pflege“	in Kraft getreten am 01.07.2015

Tab. 2: Vorliegende Entwürfe

Bereich	Stand der Umsetzung
Gesetz zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze	16.11.2015
Eckpunktepapier „Flexi-Rente“	10.11.2015
Gesetz für mehr Lohngerechtigkeit zwischen Frauen und Männern	09.12.2015

Tab. 3: Weitere geplante Vorhaben

Bereich	Geplante Vorhaben
Daten- und Informationsschutz	Beschäftigtendatenschutz
	„Whistleblowing“
Arbeitszeit	Kurzarbeit
	Teilzeitarbeit
	Tariftreue im Vergaberecht
Sonstiges	Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM)
	Mutterschutz
	Schwerbehinderung

1. Mindestlohngesetz

Das MiLoG, dessen wirtschaftliche Auswirkungen nach wie vor umstritten sind, wird als „lernendes Gesetz – ohne Lehrer!“⁹ oder als „Arbeitsbeschaffungsmaßnahme mangels gesetzgeberischer Grundlagenarbeit“¹⁰ bezeichnet. Die Verfasser des Gesetzes vermischen selbst „erläuternde Hinweise des Gesetzgebers“.¹¹

Das Gesetz ist Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens der EU und hat auch schon das BVerfG in drei Verfahren beschäftigt.¹² Dass es „keinen Lehrer“ gibt, ist allerdings nicht ganz richtig. Dieser äußert sich jedoch nicht in Form eines Gesetzgebers, sondern auf Internetseiten. Derweil wird der Anwender mit Bußgeld, Ausschluss von öffentlichen Aufträgen, durch Auftraggeberhaftung etc. bedroht und muss letztlich darauf warten, wie die Arbeitsgerichtsbarkeit die durch den Gesetzgeber offen gelassenen bzw. unzureichend geregelten Fragen beantworten wird. Das ArbG Berlin hat Versäumnisse des Gesetzgebers deutlich kritisiert.¹³

Die Praxis streitet u.a. über den Mindestlohn im „Transitverkehr“, die Mindestlohnrelevanz einzelner Lohnbestandteile sowie die Reichweite der Auftraggeberhaftung gem. § 13 MiLoG.¹⁴ Die Arbeitsgerichte mussten sich bisher mit folgenden Fragen befassen:

a) Persönlicher Anwendungsbereich des MiLoG

Gem. § 22 Abs. 1 Satz 1 MiLoG gilt das Gesetz für Arbeitnehmer. Mangels Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis besteht für schwerbehinderte Menschen, die im Rahmen eines Werkstattverhältnisses tätig werden, kein Anspruch auf Mindestlohn.¹⁵

b) Zeitungszusteller

Die Ausnahmevorschrift zur Reduzierung des Mindestlohns bei Zeitungszustellern (§ 24 Abs. 2 MiLoG) ist nicht einschlägig, wenn diese neben den „klassischen“ Verteilungstätigkeiten Beilagen zu den zugestellten Presseerzeugnissen händisch einsortieren.¹⁶

c) Vergütungspflichtige Arbeitszeit

Offen ist, was unter „Zeitstunde“ (§ 1 Abs. 2 MiLoG) zu verstehen bzw. was als mindestlohnspflichtige Arbeitszeit anzusehen ist.¹⁷

Nach Entscheidung des BAG vom 19.11.2014¹⁸ zum Mindestlohn in der Pflegebranche – nicht zum MiLoG – ist das Mindestentgelt nicht nur für Vollarbeit, sondern auch für Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftsdienst zu zahlen. Diese generelle Gleichstellung von Bereitschaftsdienst mit vergü-

tungspflichtiger Arbeitszeit i.S.v. § 611 Abs. 1 BGB wird zu Recht kritisiert.¹⁹ Dennoch besteht die Befürchtung, dass die Rspr. auch auf das MiLoG übertragen wird.²⁰

Auch nach Inkrafttreten des MiLoG gibt es aber keinen über den tarifvertraglichen Vergütungsanspruch hinausgehenden zusätzlichen gesetzlichen Vergütungsanspruch für Bereitschaftszeiten im Rettungsdienst. Die tarifvertraglichen Vergütungsregelungen im TVöD-V zu Bereitschaftszeiten im Rettungsdienst sind auch nach Inkrafttreten des MiLoG weiterhin gesetzeskonform.²¹

d) Mindestlohnrelevante Vergütungsbestandteile

Entscheidungen des EuGH²² und BAG²³ bilden die Orientierungshilfe für Urteile zur „Mindestlohnrelevanz“. Mindestlohnwirksam sind danach²⁴ alle Zahlungen, die als Gegenleistung für die erbrachte Arbeitsleistung mit Entgeltcharakter gezahlt werden. Ein Leistungsbonus, der einen unmittelbaren Bezug zur Arbeitsleistung aufweist, stellt „Lohn im eigentlichen Sinne“ dar, der in die Mindestlohnberechnung einzubeziehen ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Leistungsbonus im gesetzlichen Fälligkeitszeitraum (§ 2 Abs. 1 MiLoG) gezahlt wird. Vermögenswirksame Leistungen können bei der Berechnung des Mindestlohns hingegen nicht berücksichtigt werden.

Zusätzliches Urlaubsgeld (zu unterscheiden vom Urlaubsentgelt gem. § 11 BUrlG) dient der Kompensation für zusätzliche Aufwendungen während des Erholungsurlaubs – und ist somit nicht auf den Mindestlohn anrechenbar (nicht funktional gleichwertige Leistung).²⁵ Anteilig umgelegte Sonderzahlungen (hier: bisherige Zahlung von Weihnachtsgeld) sind mindestlohnrelevant, wenn mit der Gehaltsumstrukturierung eine entsprechend höhere monatliche Grundvergütung beabsichtigt ist.²⁶

Der Mindestlohn ist grds. neutral im Hinblick auf Inhalt und Ort der Arbeitsleistung sowie die Lage der Arbeitszeit. Er sieht grds. jede Arbeitstätigkeit als Normaltätigkeit an. Etwas anderes gilt nur dann, wenn andere Gesetze einem Zuschlag oder einer Zulage einen besonderen Zweck verleihen, welcher der Anrechnung auf den Mindestlohn entgegensteht (z.B. § 5 Abs. 5 ArbZG im Hinblick auf Nachtzuschläge).²⁷

Stellt ein Tarifvertrag hinsichtlich eines zu gewährenden Nachtzuschlags auf den „Stundenverdienst“ ab, ist dieser auf der Grundlage des gesetzlichen Mindestlohns und nicht nach einer etwaig niedrigeren Grundvergütung zu berechnen.²⁸

Die Rspr. muss die sich aus dem bereits angesprochenen gesetzgeberischen Versäumnis entstehende „Sisyphosarbeit“ erledigen. Bis dahin besteht erhebliche Rechtsunsicherheit.

9 Falter, DB 2015 Heft 31 S. M5 = DB0702873.

10 Vgl. Fn. 9.

11 Riechert/Nimmerjahn, MiLoG, 2015, S. 64.

12 BVerfG vom 25.06.2015 – 1 BvR 37/15, Nichtannahmebeschluss: Subsidiarität einer unmittelbar gegen § 22 Abs. 2 MiLoG gerichteten Verfassungsbeschwerde; BAG vom 26.03.2015 – 2 AZR 783/13, RS1046876; BVerfG vom 25.06.2015 – 1 BvR 555/15, Nichtannahmebeschluss: unmittelbar gegen §§ 16, 17 Abs. 2, 20 MiLoG gerichtete Verfassungsbeschwerde; vom 25.06.2015 – 7 BvR 20/15, Nichtannahmebeschluss: unmittelbar gegen die Übergangsregelung für Zeitungszusteller (§ 24 Abs. 2 MiLoG) gerichtete Verfassungsbeschwerde; Wozalla, PuR 2015 S. 161.

13 ArbG Berlin vom 17.04.2015 – 28 Ca 2405/15, DB 2015 S. 1662.

14 Siehe bereits Schiefer, DB 2015 S. 1779 (1780).

15 ArbG Kiel vom 10.06.2015 – 2 Ca 165a/15, DB 2015 S. 2643; zustimmend Boemke, jurisPR-ArbR 52/2015 Anm. 2; Schmitz-Witte, AuA 2015 S. 136 (137).

16 ArbG Nienburg vom 13.08.2015 – 2 Ca 151/15, RS1162702.

17 Merz, PuR 2015 S. 152 (155); ArbG Aachen vom 25.08.2015 – 3 Ca 466/15; LAG Köln vom 15.10.2015 – 8 Sa 540/15, RS1165914.

18 BAG vom 19.11.2014 – 5 AZR 1101/12, DB 2015 S. 253.

19 Boemke, jurisPR-ArbR 7/2015 Anm. 2; Thüsing, NZA 2015 S. 970.

20 Holm, DB 2015 S. 441.

21 ArbG Aachen vom 21.04.2015 – 1 Ca 448/15, DB 2015 S. 1785 = ArbRB 2015 S. 162; s. hierzu Wozalla, PuR 2015 S. 165; s. hierzu auch ArbG Aachen vom 25.05.2015 – 3 Ca 466/15; LAG Köln vom 15.10.2015, a.a.O. (Fn. 17).

22 EuGH vom 07.11.2013 – Rs. C-522/12, DB 2013 S. 2804.

23 BAG vom 16.04.2014 – 4 AZR 802/11, DB 2014 S. 2659.

24 ArbG Düsseldorf vom 20.04.2015 – 5 Ca 1675/15, RS1113105 = ArbRB 2015 S. 162.

25 ArbG Berlin vom 04.03.2015 – 54 Ca 14420/14, BB 2015 S. 692; ArbG Bautzen vom 25.06.2015 – 1 Ca 1094/15, DB 2015 S. 1786; LAG Berlin-Brandenburg vom 02.10.2015 – 9 Sa 570/15, EzA-SD 01/2016 S. 5; s. auch ArbG Braunschweig vom 17.06.2015 – 7 Ca 75/15.

26 ArbG Herne vom 07.07.2015 – 3 Ca 684/15, RS1162701 = AuA 2015 S. 611.

27 LAG Sachsen vom 24.09.2015 – 8 Sa 153/15, 8 Sa 154/15.

28 ArbG Bautzen vom 25.06.2015, a.a.O. (Fn. 25); zur Mindestlohnrelevanz einer Treueprämie und einer Schichtzulage auf tarifvertraglichen Mindestlohn in der Fleischwirtschaft: Bissels/Falter, jurisPR-ArbR 34/2015 Anm. 4.

Der Arbeitgeber muss bis zum Ablauf der Verjährung – und damit über mehrere Jahre – damit rechnen, von Arbeitnehmern auf ergänzende Zahlungsansprüche in Anspruch genommen zu werden – von der etwaigen Verwirklichung von Bußgeldvorschriften ganz zu schweigen.²⁹

e) Änderungs-/Beendigungskündigung

aa) Änderungskündigung

Fehlt es an einer Anrechenbarkeit anderweitiger Vergütungsbestandteile auf den Mindestlohn, sind Handlungen (hier: Änderungskündigung), die darauf gerichtet sind, gleichwohl eine Anrechnung zu erreichen, objektiv als Umgehung des gesetzlichen Mindestlohnsanspruchs und damit als unzulässig anzusehen. Eine Änderungskündigung ist damit bereits aus diesem Grund unzulässig.³⁰

Sonderzuwendungen und nur im Fall der Urlaubsgewährung zusätzlich gezahltes Urlaubsgeld können aufgrund der Einführung des Mindestlohns nur „gestrichen“ werden, wenn die Voraussetzungen einer Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung vorliegen.³¹

Allein der Anspruch auf Mindestlohn rechtfertigt keine auf eine Reduzierung des Arbeitsbedarfs gerichtete Änderungskündigung. Eine Änderungskündigung, mit der nunmehr der Mindestlohn ohne zusätzliches Urlaubsgeld anstatt zuvor ein Stundenlohn unterhalb des Mindestlohns, dafür aber ein zusätzliches Urlaubsgeld gezahlt werden soll, ist unwirksam. Sollen diese Leistungen gestrichen werden, müssen die Voraussetzungen einer Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung vorliegen.³² Die Voraussetzungen einer sozial gerechtfertigten Änderungskündigung, die zur Entgeltabsenkung anlässlich der Einführung des Mindestlohns dient, werden nicht ausreichend durch die Behauptung eines Gewinnrückgangs dargelegt, der eintreten soll, wenn der Arbeitsvertrag nicht durch die Schaffung einer Anrechnungsmöglichkeit für Sonderzahlungen geändert wird.³³

bb) Beendigungskündigung

Eine Beendigungskündigung wegen Einforderung des gesetzlichen Mindestlohns verstößt i.d.R. gegen das Maßregelungsverbot (§ 612a BGB).³⁴ Eine andere Frage ist es, ob bei Anstieg der Lohnkosten infolge des gesetzlichen Mindestlohns ggf. betriebsbedingte Kündigungen in Betracht kommen können.³⁵ Lehnt ein Arbeitnehmer den Abschluss eines Änderungsvertrags ab, durch den die vormals vereinbarte Höhe des Entgelts an den gesetzlichen Mindestlohn angepasst werden soll, ist eine vom Arbeitgeber sodann ausgesprochene Beendigungskündigung als gegen das Maßregelungsverbot verstoßende Maßnahme unwirksam, wenn diese der Sanktionierung der Ablehnung des Angebots dient. Dies gilt insb. für den Fall, dass das arbeitgeberseitige Änderungsangebot in einer Art und Weise ausgestaltet ist, dass die Höhe des gesetzlich zwingend vorgesehenen Stundenentgelts i.H.v. 8,50 € brutto unterlaufen werden soll, z.B. durch die Ableis-

tung von mit der zugesagten Vergütung bereits abgeholten Überstunden.³⁶

f) Entgeltfortzahlungsanspruch an Feiertagen und bei Arbeitsunfähigkeit

Findet für tatsächlich geleistete Arbeitsstunden eine Mindestlohnregelung Anwendung (hier: TV Mindestlohn für pädagogisches Personal), ist diese für die Höhe der Entgeltfortzahlung an Feiertagen und bei Arbeitsunfähigkeit nach § 2 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 EFZG maßgeblich, wenn die Mindestlohnregelung selbst keine abweichenden Bestimmungen enthält.³⁷ Ob diese für eine tarifvertragliche Mindestlohnbestimmung geltende Rspr. auf den gesetzlichen Mindestlohn übertragbar ist, ist fraglich.³⁸

g) Kein Zustimmungsverweigerungsrecht

Der Betriebsrat kann seine Zustimmung zur Eingruppierung gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nicht wegen Unterschreitung des Mindestlohns verweigern. Gegenstand des Mitbestimmungsrechts bei einer Eingruppierung ist nur die Kontrolle einer Vertragsbedingung.³⁹ Der Zustimmungsverweigerungsgrund des § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG greift daher nur, wenn die Einstufung in eine durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung festgelegte Vergütungsgruppenregelung dem Tarifvertrag bzw. der Betriebsvereinbarung widerspricht.

Zwar ist die Eingruppierung nach einer unwirksamen Vergütungsordnung grundsätzlich als Gesetzesverstoß anzusehen. Die in Rede stehende Vergütungsordnung war jedoch nicht insgesamt unwirksam, da nach § 3 MiLoG Vereinbarungen nur „insoweit“ unwirksam sind, als sie den Anspruch auf Mindestlohn unterschreiten.

2. Tarifeinheitgesetz

Zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ist nach langer politischer Diskussion und unter lautstarker verfassungsrechtlicher Kritik das Gesetz zur Tarifeinheit in Kraft getreten.⁴⁰ Im Mittelpunkt steht § 4a Tarifvertragsgesetz (TVG).⁴¹ Neben Umsetzungsproblemen⁴² stehen verfassungsrechtliche Fragen im Mittelpunkt.⁴³ Das BVerfG⁴⁴ hat Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zu Recht zurückgewiesen, da ein zeitnahe Eintritt gravierender, irreversibler Nachteile, der Voraussetzung für eine einstweilige Aussetzung des Vollzugs eines Gesetzes wäre, nicht gegeben ist.

3. Gesundheit und Pflege

Zur Umsetzung der Vorgaben des Koalitionsvertrags zum Thema Gesundheit und Pflege ist über das federführende Bundesministerium für Gesundheit eine Vielzahl von Gesetzen verabschiedet worden. Namentlich genannt seien das Krankenhaus-Strukturgesetz, das Gesetz zur Stärkung der

29 Siehe hierzu Bissels/Falter, jurisPR-ArbR 34/2015 Anm. 4.

30 ArbG Berlin vom 04.03.2015, a.a.O. (Fn. 25).

31 LAG Berlin-Brandenburg vom 02.10.2015, a.a.O. (Fn. 25); zur Änderungskündigung und Entgeltreduzierung s. Schiefer/Conrad, Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Umstrukturierung, Düsseldorf Schriftenreihe, 3. Aufl., Checkliste 9.

32 LAG Berlin-Brandenburg vom 11.08.2015 – 19 Sa 819/15, BB 2015 S. 2612.

33 Düwell, jurisPR-ArbR 47/2015 Anm. 4.

34 ArbG Berlin vom 17.04.2015, a.a.O. (Fn. 13).

35 Siehe hierzu Wallenstein/Posienke, PuR 2014 S. 36.

36 LAG Sachsen vom 24.06.2015 – 2 Sa 156/15, RS1159824 = ArbU 2015 S. 417; s. hierzu Bissels/Falter, jurisPR-ArbR 41/2015 Anm. 2.

37 BAG vom 13.05.2015 – 10 AZR 495/14, RS1046894 = BB 2015 S. 1844.

38 In diesem Sinne Bayreuther, NZA 2015 S. 392.

39 ArbG Dessau vom 12.08.2015 – 10 BV 4/15.

40 Vielmeier, NZA 2015 S. 1294; Melot de Beauregard, DB 2015 S. 1525; Fischer, NZA 2015 S. 662; Löwisch, NZA 2015 S. 1369; Lehmann, BB 2015 S. 2229.

41 Siehe hierzu bereits Schiefer, DB 2015 S. 1779 (1783); Worzalla, PuR 2015 S. 161.

42 Siehe insb. Vielmeier, NZA 2015 S. 1294.

43 Siehe hierzu bereits Schiefer, DB 2015 S. 1779 (1783).

44 BVerfG vom 06.10.2015 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1582/15, 1 BvR 1588/15, RS1161500 = NZA 2015 S. 1271; Löwisch, NZA 2015 S. 1369.

Gesundheitsförderung und der Prävention, das Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung und das 2. Pflegestärkungsgesetz. Allen Gesetzen ist eins gemeinsam: Bei allen gut gemeinten Ansätzen kosten sie viel Geld; viele Krankenkassen müssen damit zum 01.01.2016 z.T. sehr spürbar den kassenindividuellen Zusatzbeitrag anheben. Die größte für die Allgemeinheit spürbare Veränderung bringt das 2. Pflegestärkungsgesetz mit sich, das zum 01.01.2017 einen neuen Pflegebedürftigkeitsbegriff einführt. Körperliche, kognitive und psychische Beeinträchtigungen werden dann bei der Beurteilung der Pflegestufen gleichgestellt; die bisherigen drei Pflegestufen werden durch fünf Pflegestufen abgelöst. Gleichzeitig wird der Beitragssatz zur Pflegeversicherung um weitere 0,2 Beitragspunkte angehoben.

Das Gesetz hat Folgen für die Pflegezeit und die Familienpflegezeit. Im neuen Pflegegrad 1 werden auch Personen als pflegebedürftig anerkannt, die nur geringe Beeinträchtigungen der Selbstständigkeit oder der Fähigkeiten aufweisen. Bisher setzte die Pflegebedürftigkeit eine erhebliche Beeinträchtigung voraus. Der im Pflegezeitgesetz enthaltene Verweis auf den Begriff der Pflegebedürftigkeit in §§ 14, 15 SGB XI (§ 7 Abs. 4 PflegeZG) bleibt unverändert. Dadurch werden Pflegezeiten für pflegebedürftige nahe Angehörige mit nur geringen Beeinträchtigungen möglich. Gleiches gilt für die Familienpflegezeit. Auch der Personenkreis der nahen Angehörigen, die Pflegefreistellungen beanspruchen können, wird – ab 01.01.2016 – ausgeweitet (§ 7 Abs. 3 PflegeZG).

IV. Entwürfe/Eckpunktepapier

1. „Zeitarbeit und Werkverträge“

Die vorgesehenen Änderungen beziehen sich insb. auf das AÜG, das BetrVG und das BGB (Einfügung eines neuen § 611a BGB). Die folgende Darstellung der angedachten Neuregelungen fällt an dieser Stelle – allein aus Platzgründen – ebenso kurz aus wie die dringend erforderliche Kritik.

a) Arbeitnehmerüberlassung

aa) Legaldefinition/Abgrenzung/Zulässigkeitsvoraussetzungen

Ein Arbeitnehmer wird überlassen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG), wenn er in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert wird und seinen Weisungen unterliegt. Dies ist nur zulässig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter ein Arbeitsverhältnis besteht (§ 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG). Die Überlassung darf nur „vorübergehend bis zu einer Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten“ erfolgen (§ 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG). Sie ist in dem Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen (§ 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG). Vor der Überlassung ist die Person des Leiharbeiters unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren (§ 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG: Offenlegungspflicht/Vermeidung verdeckter Arbeitnehmerüberlassung; kein Ketten-, Zwischen- oder Weiterverleih).

bb) „Höchstüberlassungsdauer“/tarifliche Verlängerungsmöglichkeit
Die Höchstüberlassungsdauer „desselben Leiharbeiters“ wird (§ 1 Abs. 1b AÜG) auf „18 aufeinanderfolgende Monate bei demselben“ Entleiher begrenzt.⁴⁵ Es ist also eine arbeitneh-

mer-, nicht arbeitsbezogene Betrachtung anzustellen. Dies bedeutet: Der Leiharbeiter muss ggf. nach 18 Monaten „ausgetauscht“ werden. Der Arbeitsplatz selbst kann weiterhin mit einem Leiharbeiter besetzt werden. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jew. nicht mehr als sechs Monate liegen (§ 1b Satz 2 AÜG: Vermeidung von „Umgehungsstrategien“). In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche oder einer aufgrund eines solchen Tarifvertrags getroffenen Betriebsvereinbarung kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden (§ 1b Satz 3 AÜG). Bei Nichteinhaltung der Überlassungshöchstdauer ist die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis oder ihre Verlängerung zu versagen (§ 3 Abs. 1 Satz 1 AÜG).

cc) Gleichstellungsgrundsatz/abweichende tarifliche Regelung

Der Verleiher ist verpflichtet, dem Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren (Gleichstellungsgrundsatz, § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG). Werden im Betrieb des Entleihers Sachbezüge gewährt, kann ein Wertausgleich in Euro erfolgen.

Ein Tarifvertrag kann vom Gleichstellungsgrundsatz abweichende Regelungen zulassen, soweit er nicht das in einer Rechtsverordnung nach § 3a Abs. 2 festgesetzte Mindeststundenentgelt unterschreitet (§ 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG). Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren (§ 8 Abs. 2 Satz 2 AÜG). Dies gilt nicht für Leiharbeiter, die in den letzten sechs Monaten vor Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern i.S.d. § 18 AktG bildet, ausgeschieden sind (§ 8 Abs. 3 AÜG: „Drehtürklausel“).

Leiharbeiter haben nach neun Monaten Anspruch auf das Arbeitsentgelt, das vergleichbare Stammarbeiter des Entleihers im Betrieb des Entleihers erhalten (Equal Pay-Gebot, 8 Abs. 4 AÜG). Abweichend hiervon gilt dies für die ersten zwölf Monate einer Überlassung an einen Entleiher, wenn ein im Arbeitsverhältnis geltender Tarifvertrag nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen hinsichtlich des Arbeitsentgelts eine stufenweise Heranführung an den Gleichstellungsgrundsatz vorsieht. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren (§ 8 Abs. 4 Satz 3 und 4 AÜG). Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jew. nicht mehr als sechs Monate liegen (§ 8 Abs. 4 Satz 4 AÜG).

dd) Unwirksamkeitsgründe/Widerspruchsrecht

§ 9 AÜG beschreibt z.T. neue Unwirksamkeitsgründe betreffend die Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leihararbeitern. Erfasst sind die sog. illegale Überlassung ohne Verleiherlaubnis, die sog. verdeckte Überlassung (§ 9 Nr. 1a AÜG) sowie die Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer (§ 9 Nr. 1b AÜG). Dabei wird

⁴⁵ Zum Terminus „vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung“ s. zuletzt BAG vom 10.07.2013 – 7 ABR 91/11, DB 2013 S. 2629; s. hierzu Schiefer, SAE 2015 S. 21.

dem Arbeitnehmer zur Vermeidung der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher (s. unter IV. 1. a) ee) jew. ein Widerspruchsrecht (Festhalten an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher) eingeräumt.

Zur Unwirksamkeit führt darüber hinaus eine für den Arbeitnehmer ungünstigere Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz – einschließlich des Arbeitsentgelts (§ 9 Abs. 2 AÜG).

ee) Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit

Nach bisheriger – unveränderter – Regelung gilt im Fall der Unwirksamkeit gem. § 9 AÜG nach § 10 AÜG Folgendes:

- Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher (Abs. 1);
- Schadensersatzanspruch (Abs. 2 und 3) wegen erlaubnisloser Überlassung.

Die vorgenannten Bestimmungen greifen gem. Entwurf künftig ebenso bei Unwirksamkeit wegen

- verdeckter Arbeitnehmerüberlassung und
- Überschreitens der Überlassungshöchstdauer.

Die Rechtsfolgen der §§ 9 und 10 AÜG können nicht dadurch umgangen werden, dass ein anderes Unternehmen ohne arbeitsvertragliche Beziehung zum Leiharbeitnehmer zwischengeschaltet wird.

ff) Information des Leiharbeitnehmers

Der Verleiher hat den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird (bußgeldbewehrte Informationspflicht als zusätzliche Vorkehrung – siehe oben unter IV. 1. a) – zur Vermeidung eines Missbrauchs).

gg) „Streikbrecher“

Verfassungsrechtlich höchst problematisch⁴⁶ ist vorgesehen (§ 11 Abs. 5 AÜG), dass der Entleiher den Leiharbeitnehmer nicht tätig werden lassen darf, soweit sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist (kein Einsatz als „Streikbrecher“). Das bedeutet: Es dürfen von einem Leiharbeitnehmer jedenfalls nicht – Verstöße sind bußgeldbewehrt – solche Verrichtungen gefordert werden, die bisher von den Streikenden erledigt wurden oder Verrichtungen, die bisher von nicht streikenden Arbeitnehmern erledigt wurden, welche nunmehr ihrerseits die Verrichtung von Streikenden übernehmen. Weder neu entlehene Leiharbeitnehmer noch Leiharbeitnehmer, die bei Beginn des Arbeitskampfs bereits bei dem Entleiher tätig waren, dürfen eingesetzt werden, soweit der Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist.

hh) Widerspruch zwischen Vertrag und Durchführung

Widersprechen sich Vertrag und seine tatsächliche Durchführung, ist für die rechtliche Einordnung des Vertrags die tatsächliche Durchführung maßgeblich (§ 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG). Verwiesen wird auf die Rspr. zur Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von Werk- und Dienstvertrag.⁴⁷

ii) Schwellenwerte

Leiharbeitnehmer sollen mit Ausnahme des § 112 BetrVG (Sozialplanpflicht) bei betriebsverfassungsrechtlichen

und den für die Unternehmensmitbestimmung geltenden Schwellenwerten auch im Entleiherbetrieb und Entleiherunternehmen mitzählen (§ 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG). Dies gilt für betriebsverfassungsrechtliche Schwellenwerte und Schwellenwerte in der Unternehmensmitbestimmung. Diese fragwürdige Gleichstellung hat die Rspr. allerdings zwischenzeitlich bereits weitestgehend vorweggenommen.⁴⁸

Unverändert bleiben Leiharbeitnehmer während ihrer Zeit der Arbeitsleistung beim Entleiher Angehörige des Verleiherbetriebs (§ 14 Abs. 1 AÜG). Sie sind bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat im Entleiherunternehmen und bei der Wahl der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmervertretungen im Entleiherbetrieb nicht wählbar (§ 14 Abs. 1 Satz 1 AÜG). Sie sind jedoch berechtigt, die Sprechstunden dieser Arbeitnehmervertretungen aufzusuchen und an den Betriebs- und Jugendversammlungen im Entleiherbetrieb teilzunehmen (§ 14 Abs. 1 Satz 3 AÜG). § 81 (Unterrichtungs- und Erörterungspflicht des Arbeitgebers), § 82 Abs. 1 (Anhörungs- und Erörterungsrecht des Arbeitnehmers), § 84 (Beschwerderecht), § 85 (Behandlung von Beschwerden durch den Betriebsrat) und § 86 (ergänzende Vereinbarung) BetrVG gelten im Entleiherbetrieb auch in Bezug auf die dort tätigen Leiharbeitnehmer (§ 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG). Nach wie vor ist vor der Übernahme eines Leiharbeitnehmers der Betriebsrat des Entleiherbetriebs nach § 99 BetrVG zu beteiligen (§ 14 Abs. 3 AÜG).

b) Betriebsverfassungsgesetz

Das Unterrichtsrecht des Betriebsrats über den Drittpersonaleinsatz soll künftig insb. auch den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben dieser Personen (§ 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG) umfassen. Zu den dem Betriebsrat vorzulegenden Unterlagen gehören auch die Verträge, die der Beschäftigung der in Satz 1 genannten Personen zugrunde liegen (§ 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG). § 92 BetrVG (Personalplanung) wird dahingehend ergänzt, dass über die geplante Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsplatz zum Arbeitgeber stehen, rechtzeitig und umfassend zu unterrichten ist.

c) BGB

Ein neuer § 611a BGB soll der Abgrenzung des Arbeitsvertrags von anderen Vertragsgestaltungen, insb. Werkvertrag (§ 631 BGB) oder selbstständiger Dienstvertrag (§ 611 BGB), dienen. Ein Arbeitsvertrag soll vorliegen, soweit es sich bei den aufgrund eines Vertrags zugesagten Leistungen um Arbeitsleistungen handelt (§ 611a Abs. 1 Satz 1 BGB). Arbeitsleistungen erbringt (§ 611a Abs. 1 Satz 2 BGB), wer Dienste erbringt und dabei in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt. Maßgeblich sind also die Eingliederung und die Unterwerfung unter ein Weisungsrecht. Widersprechen sich Vertrag und seine tatsächliche Durchführung, ist die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses zur Einordnung als Arbeitsvertrag maßgebend (§ 611a Abs. 1 Satz 3 BGB).

Die Feststellung der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und Unterwerfung unter ein Weisungsrecht soll im Wege einer Gesamtbetrachtung erfolgen (Gesamtprägung).

⁴⁶ Siehe i.E. Ueber/Löw, BB 2015 S. 3125.

⁴⁷ BAG vom 15.04.2014 – 3 AZR 395/11, RS0738695; s. hierzu Hamann, jurisPR ArbR 27/2014 Anm. 3.

⁴⁸ Siehe zuletzt BAG vom 04.11.2015 – 7 ABR 42/13 und 7 ABR 2/13.

Maßgeblich sind die folgenden Abgrenzungskriterien:

- Weisungsgebundenheit in zeitlicher, örtlicher und inhaltlicher Hinsicht;
- Arbeit überwiegend in fremden Räumen – regelmäßige Nutzung fremder Arbeitsmittel;
- Zusammenwirken mit Personen, die von einem anderen eingesetzt sind;
- ausschließliches und überwiegendes Tätigwerden für einen anderen;
- Fehlen einer eigenen betrieblichen Organisation;
- Herstellung und Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses oder Arbeitserfolgs;
- Gewährleistung.

Das Bestehen eines Arbeitsvertrags wird widerleglich vermutet, wenn die Deutsche Rentenversicherung Bund nach § 7a SGB IV insoweit das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses festgestellt hat (§ 611a Abs. 3 BGB).

Dass die angedachte Neuregelung nicht weiterführend und im Ergebnis schädlich ist, ist offensichtlich. Umso überraschender ist es, dass der Gesetzgeber in dieser Weise bzw. überhaupt den – untauglichen – Versuch unternimmt, den Arbeitnehmerbegriff zu definieren. Tatsächlich gibt es keine abstrakten, für alle Arten von Arbeitnehmern schlechthin geltenden Kriterien.⁴⁹ Die Abgrenzungskriterien stimmen allenfalls teilweise mit der Rspr. des BAG ein und berücksichtigen nicht die moderne Spezialisierung von Unternehmen. Z.T. sind sie schlicht widersinnig. Zu Recht weist *Thüsing*⁵⁰ darauf hin, dass bspw. ein Klempner ausschließlich in den Räumen eines anderen – z.B. dem Bad eines Kunden – seine Arbeitsleistung erbringen kann.

d) Ausblick/Kritik

Die in dem Gesetzentwurf – *Rieble* spricht von einer Reform des „Bundesgewerkschaftsministeriums“⁵¹ – vorgesehenen Regelungen zielen – entgegen den „Beteuerungen“ des Entwurfs – auf eine erhebliche Beschränkung der Zeitarbeit.⁵² Sie gehen z.T. deutlich über die Vorgaben des Koalitionsvertrags hinaus und stoßen z. T. auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Eine Ressortabstimmung ist allerdings bislang nicht erfolgt. Es besteht daher die Hoffnung, dass die schlimmsten „Giftzähne noch gezogen werden können“.⁵³

2. Lohngerechtigkeit zwischen Frauen und Männern.

Auch hier können die angedachten Neuregelungen aus Platzgründen nur cursorisch dargestellt werden. Gleiches gilt für die gebotene Kritik.

a) Entgeltgleichheitsgesetz

aa) Anwendungsbereich

Das auf die Förderung und Durchsetzung des Gebots des gleichen Entgelts für Frauen und Männer – bei gleicher oder

gleichwertiger Arbeit – zielende Gesetz soll grds. alle, auch die nur faktischen Beschäftigungsverhältnisse im Geltungsbereich dieses Gesetzes umfassen (§ 2 Abs. 1 EntgGleG).

Das AGG soll in seiner Geltung vom EntgGleG unberührt bleiben, soweit durch dieses nichts anderes bestimmt wird (§ 2 Abs. 2 EntgGleG). Für entgeltbezogene Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts geht das EntgGleG dem AGG insofern als *lex specialis* vor, soweit das Gesetz eine abschließende Regelung trifft. Auch sonstige Benachteiligungsverbote oder -gebote der Gleichbehandlung bleiben vom EntgGleG unberührt – z.B. § 4 TzBfG – (§ 2 Abs. 2 Satz 2 EntgGleG). Gleiches gilt für öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften (z.B. Mutterschutzvorschriften, § 2 Abs. 2 Satz 3 EntgGleG).

bb) Gleiche und gleichwertige Arbeit

In einem Beschäftigungsverhältnis darf allein aufgrund des Geschlechts für gleiche oder gleichwertige Arbeit kein geringeres Entgelt vereinbart (vertragliche Ebene) oder ausgezahlt (tatsächliche Ebene) werden als bei einem Beschäftigten des anderen Geschlechts (§ 3 Abs. 1 EntgGleG).

Entscheidend sind die Begriffe „gleiche oder gleichwertige“ Arbeit. Nur wenn eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit gegeben ist, kommt überhaupt eine Benachteiligung i.S.d. Gesetzes in Betracht. Unerheblich ist, ob die Leistung ohne vertragliche Grundlage gewährt wird, durch einen Arbeits- oder Kollektivvertrag oder unmittelbar durch Gesetz geregelt ist.

cc) Rechtfertigungsgründe

Eine unterschiedliche Entgeltbehandlung wegen des Geschlechts kann gerechtfertigt sein (§ 3 Abs. 3 EntgGleG, sachliche Rechtfertigung durch ein rechtmäßiges Ziel / angemessene und erforderliche Mittel zur Zweckerreichung). Auch arbeitsmarktbezogene Kriterien können ein unterschiedliches Entgelt rechtfertigen, soweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wurde.

Ein unterschiedlicher Beschäftigungsumfang ist bei der Bewertung gleicher oder gleichwertiger Tätigkeit allerdings außer Acht zu lassen (§ 4 TzBfG).

Inwiefern individuelle Entlohnungsvorstellungen im Zusammenhang mit Vertragsverhandlungen Entgeltunterschiede rechtfertigen können, ist im Einzelfall zu entscheiden.

dd) Aufgaben von Arbeitgebern, Tarifvertragsparteien und betrieblichen Interessenvertretungen

§ 6 EntgGleG bündelt verschiedene – auf die Durchsetzung des Ziels des Gesetzes gerichtete – Aufgaben von Arbeitgebern, Tarifvertragsparteien und betrieblichen Interessenvertretungen.

Der Betriebsrat kann – neues Initiativrecht – (§ 6 Abs. 4 EntgGleG) den Arbeitgeber zur Überprüfung der Eingruppierung eines Beschäftigten auffordern, wenn objektive Anhaltspunkte vorliegen, aufgrund derer ein Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot zu vermuten ist. Der Arbeitgeber hat das Ergebnis seiner Prüfung dem Betriebs- oder Personalrat innerhalb eines Monats nach Aufforderung mitzuteilen. Bei einem groben Verstoß gegen das EntgGleG greift § 23 Abs. 3 BetrVG (Unterlassungsanspruch etc.) (§ 6 Abs. 5 EntgGleG).

49 Vgl. BAG vom 15.03.1978 – 5 AZR 819/76, DB 1978 S. 1035.

50 Thüsing, PuR 2015 S. 230; zum „Versuch des Gesetzgebers zur Kennzeichnung von Arbeitnehmern“ s. auch Gaul/Hahne, BB 2016 S. 58.

51 Rieble, BB 2015 Heft 50 S. I; s. auch den Diskussionsbeitrag von Schüren/Fasholz, NZA 2015 S. 1473; zur „AÜG-Reform 2017“ s. auch Zimmermann, BB 2016 S. 53.

52 Melot de Beaugard, DB 2015 S. 2881.

53 Melot de Beaugard, DB 2015 S. 1525; zu den erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das vorgesehene Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher vgl. Ueber/Löw, BB 2015 S. 3125.

ee) Erfüllungsanspruch

Bei Verstoß gegen das Entgeltgleichheitsgebot soll der Beschäftigte einen Erfüllungsanspruch auf das Entgelt gegen den Arbeitgeber haben, das dieser dem bevorzugten Beschäftigten gewährt (§ 7 Abs. 1 EntgGleIG). Rechtsfolge ist mithin die Angleichung nach oben, zumindest für die Vergangenheit und solange keine diskriminierungsfreie Regelung in Kraft ist. Die Begründung verweist u.a. auf Entscheidungen des LAG Rheinland-Pfalz⁵⁴, des BAG⁵⁵ und des EuGH⁵⁶.

ff) Individueller Auskunftsanspruch

Von besonderer Bedeutung ist der – ausschließlich auf geschlechtsspezifische Entgeltunterschiede bei gleicher/gleichwertiger Arbeit – gerichtete Auskunftsanspruch, den Beschäftigte zur Überprüfung der Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots (grds.) alle zwei Jahre bezogen auf die folgenden Angaben geltend machen können:

- Kriterien und Verfahren für die Festlegung des eigenen Entgelts,
- Kriterien und Verfahren für die Festlegung des Entgelts einer gleichen Tätigkeit und der Entgeltgruppe oder einer gleichwertigen Tätigkeit, die überwiegend von Beschäftigten des jeweiligen anderen Geschlechts ausgeübt wird, und deren Entgeltgruppe,
- statistischer Median des monatlichen Entgelts einer Gruppe von mindestens fünf Beschäftigten des jew. anderen Geschlechts, die die gleiche/gleichwertige Tätigkeit ausüben.

Andere gesetzliche (z.B. § 82 Abs. 2 BetrVG), tarifliche oder betriebliche Auskunftsansprüche bleiben unberührt (§ 10 Abs. 3 EntgGleIG). Dies bedeutet: Das EntgGleIG stellt keine vollständige und abschließende Regelung von Auskunftsansprüchen im Hinblick auf das Entgelt der Beschäftigten dar.

gg) Auskunftspflicht des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber muss – unter Wahrung des Schutzes der persönlichen Daten der von der Anfrage betroffenen Beschäftigten (§ 10 Abs. 4 EntgGleIG) – die verlangten Auskünfte innerhalb eines Monats nach Zugang des Auskunftsverlangens mit dem in § 11 Abs. 2 EntgGleIG geregelten Umfang und in Textform erteilen.

Diese – höchstbürokratische und vermeintlich betrieblichen Unfrieden stiftende – Auskunftspflicht wird für die Angaben nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 EntgGleIG insofern erleichtert, als dass die Nennung der gesetzlichen oder tarifrechtlichen Entgeltregelungen der Auskunftspflicht genügt (§ 11 Abs. 3 EntgGleIG).

Beispiel:

Unterliegt ein Betrieb dem Entgeltrahmenabkommen (ERA) und wendet diesen unmittelbar an, kann der Arbeitgeber in seinem Auskunftsschreiben auf dieses verweisen und mitteilen, dass die Entgeltbestandteile durch ERA geregelt werden. Wird jedoch ein Entgeltbestandteil außerhalb des ERA geleistet, müssen hierzu die Kriterien und Verfahren für die Festlegung erläutert werden.

In Anlehnung an § 22 AGG (Vermutungsregelung)⁵⁷ wird eine Benachteiligung in Bezug auf das Entgelt vermutet, wenn der Arbeitgeber seiner Auskunftspflicht nicht oder offensichtlich unvollständig nachkommt (§ 11 Abs. 5 EntgGleIG). Er kann eine Auskunft ablehnen, wenn sich das Auskunftsverlangen des Beschäftigten offensichtlich nicht auf die Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots bezieht.

hh) Aufgaben der betrieblichen Interessenvertretungen

Der Beschäftigte kann jederzeit den Betriebsrat an seinem Auskunftsverlangen beteiligen (§ 12 Abs. 1 EntgGleIG). Der Arbeitgeber hat die Auskunft (s. oben) auch dem Betriebsrat zuzuleiten.

Sonstige gesetzliche oder kollektivrechtlich geregelte Beteiligungsrechte des Betriebsrats sollen nicht durch das EntgGleIG beschnitten werden. Der Beschäftigte kann sich beim Betriebsrat beschweren, wenn er die Auskunft des Arbeitgebers für fehlerhaft erachtet oder sich benachteiligt fühlt. Dieses Beschwerderecht orientiert sich an § 85 BetrVG.⁵⁸

ii) Betriebliches Verfahren zur Überprüfung und Herstellung von Entgeltgleichheit

Das Gesetz regelt betriebliche Verfahren zur Überprüfung und Herstellung von Entgeltgleichheit. Dazu zählt zum einen die Einführung einer Pflicht zur Anwendung betrieblicher Prüfverfahren für bestimmte Arbeitgeber. Zum anderen werden die Mindestvorgaben für die Zertifizierung der betrieblichen Prüfverfahren geregelt.

Unternehmen mit in der Regel mindestens 500 Beschäftigten sind dazu verpflichtet, ihre Entgeltbestandteile und -bedingungen auf die Einhaltung des Entgeltgleichheitsgebots i.S.d. § 3 EntgGleIG zu überprüfen. Die Begrenzung auf Unternehmen mit in der Regel mindestens 500 Beschäftigten soll sicherstellen, dass nur Unternehmen von der Prüfpflicht betroffen sind, die aufgrund ihrer technischen und personellen Organisation in der Lage sind, die erforderlichen Daten und Angaben mit vertretbarem Aufwand zu erfassen.

jj) Berichtspflichten für Unternehmen

Neue Berichtspflichten sollen Lohnstrukturen in Unternehmen transparent machen und Arbeitgebern, Beschäftigten sowie Interessenvertretungen helfen, Ansätze und Maßnahmen zur Durchsetzung der Gleichstellung von Frauen und Männern im Arbeitsleben sowie des Entgeltgleichheitsgebots festzulegen und durchzuführen.

b) Änderungen des Betriebsverfassungsgesetzes

Bereits nach aktueller Rechtslage wird dem Betriebsrat eine gleichstellungspolitische Verantwortung zugewiesen (§§ 43 Abs. 2, 45, 53 Nr. 2 sowie 80 Abs. 1 Nr. 2a und 92 Abs. 3 BetrVG). Durch entsprechende Änderungen des BetrVG sollen nunmehr die im EntgGleIG vorgesehenen Rechte und Pflichten der betrieblichen Interessenvertretung sowie der Grundsatz der sozialpartnerschaftlichen Verantwortung gestärkt werden.

54 LAG Rheinland-Pfalz vom 14.08.2014 – 5 Sa 511/13, RS0861833 = AE 2015 S.117.

55 BAG vom 30.11.2010 – 3 AZR 754/08, DB 2011 S. 1002.

56 EuGH vom 28.09.1994 – Rs. C-408/92, DB 1994 S. 2086.

57 Siehe i.E. Schiefer/Ettwig/Krych, AGG, Düsseldorf Schriftenreihe, Rn. 674 f.

58 Siehe i.E. Schiefer/Korte, BetrVG, Düsseldorf Schriftenreihe, 2. Aufl., Checkliste 16.

aa) Bericht des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber wird verpflichtet, in den regelmäßigen Abteilungs- und Betriebsversammlungen (§ 43 Abs. 2 BetrVG) über die Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern im Betrieb zu berichten. Er wird zudem verpflichtet, über die Durchführung und die Ergebnisse des betrieblichen Prüfverfahrens (s. oben) zu berichten und insb. die Ergebnisse betriebsöffentlich zu machen. Die Betriebsräte sollen einen solchen Bericht auch einfordern können.

Die in § 45 BetrVG beschriebenen Themen der Betriebs- und Abteilungsversammlungen werden durch Einfügung der Wörter „insb. zu Fragen der Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern“ ergänzt. Sie können daher als Angelegenheiten der Betriebs- und Abteilungsversammlungen behandelt werden.

bb) Aufgaben des Betriebsrats (§ 80 Abs. 1 BetrVG)

Der Aufgabenkatalog der Betriebsräte soll in § 80 Abs. 1 BetrVG durch eine neue Nr. 2b („auf die Entgeltgleichheit von Frauen und Männern bei gleicher und gleichwertiger Arbeit hinzuwirken“) ergänzt werden.

cc) Mitbestimmung (§ 87 BetrVG)

Zur Durchsetzung der tatsächlichen Entgeltgleichheit sieht eine neue Nr. 12 des § 87 Abs. 1 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht („soziale Angelegenheiten“) auch bei der Durchführung von Maßnahmen i.S.d. Nr. 10 und 11 (Fragen der betrieblichen Lohngestaltung – Festsetzung der Akkord- und Prämiensätze etc.) vor. Diese Maßnahmen sollen immer auch unter dem Aspekt des Entgeltgleichheitsgebots zu werten sein.

c) Ausblick/Kritik

Das EntgGleIG würde zu einer massiven Ausweitung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats führen, zu einer kaum vertretbaren Beweislastumkehr, zu einem nicht akzeptablen bürokratischen Aufwand, Unfrieden in den Betrieben etc. Die Regelungen gehen z.T. deutlich über den Koalitionsvertrag hinaus. Schließlich wird das Gesetz nicht durch den unterstellten 22%-igen Verdienstunterschied legitimiert. Der Verdienstunterschied reduziert sich merklich, wenn Faktoren wie Berufs- und Arbeitgeberwahl, Merkmale der Arbeitsplätze sowie Entscheidungen über den Umfang der Arbeitszeit und Erwerbspausen berücksichtigt werden.⁵⁹ Zudem sind Tarifverträge grds. geschlechtsneutral.

3. Eckpunktepapier zur „Flexi-Rente“

Eine Arbeitsgruppe, die zur Umsetzung von Vorgaben aus dem Koalitionsvertrag weiterführende Ideen zum flexiblen Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand entwickeln sollte, hat ein erstes Positionspapier (10.11.2015) vorgelegt. Ziel soll es sein, eine bessere Verknüpfung eines Altersrentenbezugs mit fortgesetzter – ggf. zeitreduzierter – Erwerbstätigkeit zu erreichen. So soll das bisherige System des Teilrentenbezugs einem einfacheren System weichen.

Bislang können vorgezogene Renten mit Hinzuverdienstgrenzen, die nach dem Entgeltpunktwert des einzelnen Beschäftigten in den letzten drei Jahren berechnet werden,

zu einem Drittel, zur Hälfte oder zu zwei Drittel in Anspruch genommen werden. Dies soll nach dem Eckpunktepapier der Koalitionsarbeitsgruppe einer „fließenden“ Anrechnungsregelung weichen: Bei einer vor dem Zeitpunkt der möglichen Regelaltersrente bezogenen Rente soll ein Mehrverdienst des Beschäftigten jenseits der für die Vollrente geltenden Hinzuverdienstgrenze von 450 € zu 40% auf die Rente angerechnet werden. Oberhalb einer Obergrenze, die dem höchsten Einkommen in den letzten 15 Kalenderjahren vor Rentenbeginn entsprechen soll, soll das Einkommen vollständig angerechnet werden.

Ob dies der „große Wurf“ wird, bleibt abzuwarten. Nach ersten Berechnungen wirkt sich die neue Anrechnungsregelung wohl negativer als das bisherige System auf die Rentenansprüche der Beschäftigten ab dem Zeitpunkt der Regelaltersrente aus. Hier gibt es sicherlich noch intensivere Überprüfungsarbeit.

Weiterhin soll nach dem Ergebnis des Eckpunktepapiers künftig der Arbeitgeberbeitrag zur Rentenversicherung bei Weiterbeschäftigung nach Erreichen der Regelaltersgrenze eine Erhöhung des Rentenanspruchs bewirken, wenn der Beschäftigte auch einen Arbeitnehmerbeitrag leistet. Der isolierte Arbeitgeberbeitrag zur Arbeitslosenversicherung bei Beschäftigung nach der Regelaltersgrenze soll befristet für fünf Jahre entfallen. Weiterhin soll mit einem Bündel von Maßnahmen nach dem Eckpunktepapier erreicht werden, den Eintritt in die Erwerbsminderungsrente durch den Einsatz von medizinischer und beruflicher Reha noch stärker als bisher zu vermeiden und einen möglichst langen Verbleib im Erwerbsleben sicherzustellen.

Zu dem Thema Flexi-Rente bleiben für eine dezidierte Bewertung die weiteren Entwicklungen und ein im Inhalt überprüfbarer Referentenentwurf abzuwarten.

V. Zusammenfassung

Das MiLoG hat gezeigt, wie sich gesetzgeberische Fehlleistungen auswirken können. Insb. der Gesetzentwurf zu Werkverträgen und Zeitarbeit verheißt insoweit nichts Gutes. Die Folgen wären allerdings in diesem Bereich ggf. weit gravierender. Aufgabenteilung, Spezialisierung und Flexibilität sind unverzichtbare Elemente einer funktionierenden Wirtschaft und eines funktionierenden Arbeitsmarkts. Hierfür bedarf es flexibler Beschäftigungsformen und insb. eines rechtssicheren Einsatzes von Zeitarbeit. All dies wird durch den Gesetzentwurf massiv gefährdet und mit unnötigen Rechtsunsicherheiten belastet. Die misslungene Neuregelung des § 611a BGB stellt eine folgenschwere politische Grundsatzentscheidung dar.⁶⁰ Insofern bleibt zu hoffen, dass es sich bei dem Entwurf allenfalls um eine „allererste Diskussionsgrundlage“ handelt und sich ggf. doch noch die Erkenntnis durchsetzt, dass es einer entsprechenden Neuregelung grds. nicht bedarf. „Wo es keines Gesetzes bedarf, darf es kein Gesetz geben – und lieber kein Gesetz als ein schlechtes.“⁶¹ Gleiches gilt aus den bereits genannten Gründen für das Entgeltgleichheitsgesetz, für das ebenso wie für das Gesetz zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze keine Notwendigkeit besteht.

59 Institut der deutschen Wirtschaft Köln vom 16.03.2015: „Äpfel-Birnen-Vergleich legitimiert kein Entgeltgesetz“.

60 Thüsing, PuR 2015 S. 230 (231).

61 Vgl. Fn. 60.