



## Inhalte des Newsletters

### ↓ Aktuelles

↓ Arbeitsrecht im Koalitionsvertrag

### ↓ Was Arbeitgeber wissen müssen - Rechtsprechung

- ↓ Keine Geschlechtsdiskriminierung bei Unkenntnis von Schwangerschaft
- ↓ Probezeitkündigung wegen Zigaretteruchs unwirksam
- ↓ Beharrliche Arbeitsverweigerung wegen zu niedrigen Lohns
- ↓ Verwirkung des Widerspruchsrechts nach Betriebsübergang
- ↓ Verrechnet um einen Tag
- ↓ Nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung
- ↓ Immer arbeitsfrei „zwischen den Jahren“
- ↓ Sachgrundlose Befristung – Vorbeschäftigung bleibt riskant

### ↓ Fragen und Antworten

↓ Besonderer Kündigungsschutz bestimmter Arbeitnehmergruppen

### ↓ Tipps zum Schluss

- ↓ Broschüren rund um Diversity
- ↓ HK Hamburg "Psychische Belastungen bei der Arbeit"

## Aktuelles

### Arbeitsrecht im Koalitionsvertrag

Der Koalitionsvertrag enthält etliche Vorhaben im Bereich des Arbeitsrechts, die an dieser Stelle kurz bewertet werden sollen.

Vorbemerkung: Die Große Koalition will sich daran messen lassen, ob es den Menschen in Deutschland in vier Jahren besser geht. Damit ist die Latte hoch gelegt. Neben dem Finanzierungsvorbehalt fordert der DIHK deshalb dringend auch einen Beschäftigungsvorbehalt für alle Maßnahmen.

Die Koalitionsvereinbarung von Union und SPD enthält zwar glücklicherweise keine Steuererhöhungen mehr, dennoch wird der Arbeitsmarkt erheblich unter Druck geraten: Der geplante Mindestlohn von 8,50 Euro gefährdet gerade in Ostdeutschland viele Arbeitsplätze und verschlechtert die Beschäftigungschancen von Geringqualifizierten. Zudem bietet ein solcher Mindestlohn Anreize für Schulabgänger, einen Job anzunehmen, statt eine duale Ausbildung zu machen. Letztlich drohen weniger Fachkräfte und höhere Jugendarbeitslosigkeit. Mit Regulierungen und Bürokratie am Arbeitsmarkt nimmt die Politik den Unternehmen Flexibilität, die zu unserem aktuellen Beschäftigungsrekord entscheidend beigetragen hat.

### 1. Allgemeine gesetzliche Mindestlohnregelung

#### Formulierung im Koalitionsvertrag (KV) S. 67

„Zum 1. Januar 2015 wird ein flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn von 8,50 Euro brutto je Zeitstunde für das ganze Bundesgebiet gesetzlich eingeführt. Von dieser Regelung unberührt bleiben nur Mindestlöhne nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (EntG). Tarifliche Abweichungen sind unter den folgenden Bedingungen möglich:

- Abweichungen für maximal zwei Jahre bis 31. Dezember 2016 durch Tarifverträge repräsentativer Tarifpartner auf Branchenebene
- Ab 1. Januar 2017 gilt das bundesweite gesetzliche Mindestlohnniveau uneingeschränkt.

- Zum Zeitpunkt des Abschlusses der Koalitionsverhandlungen geltende Tarifverträge, in denen spätestens bis zum 31. Dezember 2016 das dann geltende Mindestlohnniveau erreicht wird, gelten fort.
- Für Tarifverträge, bei denen bis 31. Dezember 2016 das Mindestlohnniveau nicht erreicht wird, gilt ab 1. Januar 2017 das bundesweite gesetzliche Mindestlohnniveau.
- Um fortgeltende oder befristete neu abgeschlossene Tarifverträge, in denen das geltende Mindestlohnniveau bis spätestens zum 1. Januar 2017 erreicht wird, europarechtlich abzusichern, muss die Aufnahme in das Arbeitnehmerentsendegesetz (AentG) bis zum Abschluss der Laufzeit erfolgen.

Die Höhe des Mindestlohns wird in regelmäßigen Abständen – erstmals zum 10. Juni 2017 mit Wirkung zum 1. Januar 2018 – von einer Kommission der Tarifpartner überprüft, gegebenenfalls angepasst und anschließend über eine Rechtsverordnung staatlich erstreckt und damit allgemein verbindlich. Das Gesetz soll im Dialog mit Arbeitgebern und Arbeitnehmern aller Branchen, in denen der Mindestlohn wirksam wird, erarbeitet werden und mögliche Probleme, z. B. bei der Saisonarbeit, sollen bei der Umsetzung berücksichtigt werden. Für ehrenamtliche Tätigkeiten, die im Rahmen der Minijobregelung vergütet werden, soll die Mindestlohnregelung nicht einschlägig sein.“

**DIHK-Bewertung:** Ein Mindestlohn von 8,50 Euro gefährdet Beschäftigungspotenziale insbesondere von Geringqualifizierten, Langzeitarbeitslosen und Berufseinsteigern. Gerade in Ostdeutschland wären viele Arbeitnehmer betroffen – dort würden mehr als ein Viertel der Beschäftigten den Mindestlohn erhalten. Mindestlohn gefährdet zudem duale Ausbildung, weil Anreize für Schulabgänger gesetzt werden, einen Mindestlohnjob (rd. 1.400 Euro monatlich) anzunehmen, statt eine Ausbildung (rd. 740 bzw. 670 Euro West/Ost) zu absolvieren. Dies widerspricht der Aussage an anderer Stelle, die duale Ausbildung stärken zu wollen. Selbst das BMF schätzt einen Verlust von 600.000 Arbeitsplätzen durch Mindestlohn. Zumindest innerhalb der ersten zwei Jahre können abweichende tarifvertragliche Regelungen auf Branchenebene vereinbart werden – damit ließen sich ggf. sofortige Belastungen und Jobverluste dort begrenzen. Wie die erwähnten "Probleme" z. B. mit Blick auf Auswirkungen für junge Menschen berücksichtigt werden sollen, ist unklar.

## 2. Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen verhindern

### Formulierung im KV S. 69

„Die Kontrollen durch die Prüfinstanzen bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (Arbeitseinheit des Zolls) sollen verstärkt werden. Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats sollen sichergestellt und konkretisiert werden.“

**DIHK-Bewertung:** Werkverträge sind in einer arbeitsteiligen Wirtschaft üblich, um Leistungen extern zu beziehen. Der Missbrauch von Werkverträgen (Scheinwerkverträge) ist bereits jetzt verboten, wenn also z. B. der Werkvertragspartner nur zum Schein selbständig ist, faktisch aber den Weisungen eines Arbeitgebers untersteht. Zusätzliche Regelungen verursachen zusätzliche Bürokratie. Es gehört zudem zum Kernbereich der unternehmerischen Selbstbestimmung, eine Arbeit als Werkvertrag an Externe zu vergeben. Eine Ausweitung des Informations- und Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats auf Werkverträge lehnt der DIHK daher als ungerechtfertigten Eingriff in die Unternehmerentscheidung ab.

## 3. Arbeitnehmerüberlassung weiterentwickeln (Zeitarbeit)

### Formulierung im KV S. 69

„Es wird eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten gesetzlich festgelegt. Durch Tarifvertrag sollen unter Berücksichtigung der Interessen der Stammbeslegschaften abweichende Lösungen vereinbart werden können. Zeitarbeitnehmer sollen künftig spätestens nach 9 Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitnehmern gleichgestellt werden.“

**DIHK-Bewertung:** Zeitarbeit ist für die Unternehmen ein wichtiges Flexibilisierungsinstrument, um auf Auftragsschwankungen zu reagieren. Für Arbeitslose und Geringqualifizierte bietet die Zeitarbeit Chancen zum Einstieg in Arbeit – rd. 2/3 der Zeitarbeiter waren vorher arbeitslos. Es wurden Branchenzuschläge tariflich vereinbart, um die Entlohnung sukzessive an die der Stammbeschäftigten anzupassen. Weitere gesetzliche Regulierungen sind aus DIHK-Sicht nicht nötig, weil sie grundsätzlich diese Beschäftigungsform gefährden. Die Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten dürfte die Mehrzahl der Zeitarbeitnehmer nicht betreffen, da die Zeiten in der Regel kürzer sind. Gleiche Entlohnung nach 9 Monaten steigert die Kosten und mindert die Attraktivität der Zeitarbeit dort, wo nicht von einer gleichen Produktivität von langjährigen Stammbeschäftigten und Zeitarbeitnehmern ausgegangen werden kann.

## 4. Beschäftigtendatenschutz gesetzlich regeln

### Formulierung im KV S. 70

„Die Verhandlungen zur Europäischen Datenschutzgrundverordnung verfolgen wir mit dem Ziel, unser nationales Datenschutzniveau ... zu erhalten und über das Europäische Niveau hinausgehende Standards zu ermöglichen. ... wollen wir hiernach eine nationale Regelung zum Beschäftigtendatenschutz schaffen.“

**DIHK-Bewertung:** Die Unternehmen brauchen mehr Rechtssicherheit im Beschäftigtendatenschutz als sie bisher haben. Dabei müssen die Interessen der Arbeitgeber und

Arbeitnehmer gegeneinander abgewogen werden.

## 5. Weiterentwicklung des Teilzeitrechts (S. 70)

### Formulierung im KV S. 70

„Anspruch auf befristete Teilzeitarbeit (Rückkehrrecht zur vorherigen Arbeitszeit – z. B. wenn wegen Kindererziehung und Pflege auf Teilzeit reduziert wird). Für bestehende Teilzeitarbeitsverhältnisse soll zudem die „Darlegungslast“ im Teilzeit- und Befristungsgesetz auf den Arbeitgeber übertragen werden. Bestehende Nachteile für Teilzeitbeschäftigte sollen beseitigt werden.“

**DIHK-Bewertung:** Die bisherigen Regelungen sind ausreichend: Teilzeitbeschäftigte müssen bereits heute vorrangig bei der Besetzung von Vollzeitstellen berücksichtigt werden. Im Rahmen der Elternzeit besteht ohnehin Anspruch auf Rückkehr in die ursprüngliche Arbeitszeit. Schon jetzt ist es faktisch unmöglich für Arbeitgeber, Teilzeitbegehren abzulehnen, da die Anforderungen an die betrieblichen Gründe so hoch sind. Zusätzliche Verschärfungen der Beweislast für Arbeitgeber lehnt der DIHK daher ab. Der geplante Anspruch auf Rückkehr schafft zusätzliche Planungsunsicherheit für Unternehmen und stellt damit insbesondere KMU vor Probleme. Der Bedarf an befristeter Beschäftigung oder Zeitarbeit wird zunehmen, um die vorübergehende Teilzeit auszugleichen.

## 6. Entgeltgleichheit

### Formulierung im KV S. 103

„Die bestehende Lohndifferenz zwischen Männern und Frauen soll abgebaut werden durch eine Neubewertung von Berufsfeldern (z. B. Pflege und Kinderbetreuung) und Kompetenzen, Transparenzpflichten (Stellungnahme zu Frauenförderung und Entgeltgleichheit im Lagebericht nach HGB) in Unternehmen ab 500 Beschäftigten sowie darauf aufbauend einen individuellen Auskunftsanspruch. Außerdem verbindliche Verfahren zur Beseitigung erwiesener Entgeltdiskriminierung unter Beteiligung von Beschäftigten und Interessenvertretern im Betrieb.“

**DIHK-Bewertung:** Eine unterschiedliche Bezahlung aufgrund des Geschlechts ist schon jetzt verboten. Verdienstunterschiede beruhen nicht auf Diskriminierung. Unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Einbindung von Männern und Frauen am Arbeitsmarkt (Erwerbsunterbrechungen, Teilzeit, spezifische Berufswahl, weniger Frauen in Führungspositionen etc.) schließt sich die vermeintliche Entgeltlücke. Auskunfts-, Dokumentations-, und Verfahrenspflichten bringen nur zusätzliche Bürokratie. Sinnvoller ist eine bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf und Schüler/-innen für Karrierechancen in zukunftsträchtigen Berufen zu sensibilisieren. Außerdem: Wenn das Lohnniveau in Berufsfeldern wie in der Pflege und Betreuung, die vorrangig von Frauen ausgeübt werden, pauschal angehoben werden soll, wird das für die Öffentliche Hand und den Steuerzahler teuer.

Hildegard Reppelmund/Dr. Stefan Hardege/Stefanie Koenig, DIHK

## Was Arbeitgeber wissen müssen - Rechtsprechung

### Keine Geschlechtsdiskriminierung bei Unkenntnis von Schwangerschaft

BAG, Urteil vom 17. Oktober 2013, Az.: 8 AZR 742/12

Wird einer Arbeitnehmerin gekündigt, ohne dass der Arbeitgeber von ihrer Schwangerschaft weiß, stellt es auch dann keine Diskriminierung wegen des Geschlechts dar, wenn er von der Schwangerschaft später erfährt und dann an der Kündigung festhält.

In dem von dem Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall war einer Arbeitnehmerin fristgemäß in der Probezeit gekündigt worden. Die Arbeitnehmerin wies innerhalb einer Woche durch ärztliches Attest nach, dass sie im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung schwanger war und forderte den Arbeitgeber auf, binnen einer weiteren Woche zu erklären, dass er an der Kündigung „nicht festhalte“. Dem kam der Arbeitgeber zunächst nicht nach. Vielmehr erklärte er nach Wochen eine „Rücknahme“ der Kündigung.

Das Arbeitsgericht erklärte die Kündigung für unwirksam. Die Arbeitnehmerin klagte aber zudem auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe von drei Monatsgehältern mit der Begründung, sie sei wegen ihres Geschlechts benachteiligt worden.

Das BAG lehnte einen solchen Entschädigungsanspruch ab. Der Arbeitgeber habe bei Ausspruch der Kündigung keine Information über das Vorliegen einer Schwangerschaft gehabt. Eine einseitige „Rücknahme“ der Kündigung sei rechtlich nicht möglich gewesen. Auch der Streit über die Zahlung von Mutterschaftslohn nach dem Mutterschaftsgesetz sei keine Diskriminierung wegen des Geschlechts gewesen, da ein solcher Anspruch nur durch Frauen geltend gemacht werden könne.

Susanne Wollenweber, IHK Köln

## Probezeitkündigung wegen Zigarettengeruchs unwirksam

Arbeitsgericht Saarlouis, Urteil vom 28.05.2013, Az.: 1 Ca 375/12

Die Kündigung einer Arbeitnehmerin in der Probezeit nach zwei Stunden am ersten Arbeitstag im Unternehmen, weil sie kurz vor Arbeitsbeginn eine Zigarette geraucht hat und deshalb nach Rauch riecht, ist treuwidrig und damit unwirksam. Dies hat das Arbeitsgericht Saarlouis entschieden.

Die Klägerin hatte sich auf eine Stelle als Bürokraft bei der Beklagten beworben und zunächst einen halben Tag zur Probe gearbeitet. Anschließend fand ein Gespräch statt, im Rahmen dessen die Parteien sich auf einen Arbeitsvertrag über 30 Stunden einigten. Die Klägerin wurde bei dem Gespräch darauf hingewiesen, dass am Arbeitsplatz ein absolutes Rauchverbot bestehe. Die Klägerin akzeptierte dies, da es für sie kein Problem sei, mehrere Stunden ohne Zigaretten auszukommen.

Nachdem die Klägerin an ihrem ersten Arbeitstag zwei Stunden lang gearbeitet hatte, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit der Begründung, dass die Klägerin gravierend nach Rauch gerochen habe, weil sie unmittelbar vor Arbeitsbeginn eine Zigarette geraucht habe. Die Klägerin sei nicht in der Lage und nicht willens gewesen, den mit starkem Nikotingenuss verbundenen Körper-, Mund-, und Kleidergeruch zu unterbinden bzw. auf ein Minimum zu reduzieren. Mitarbeiterinnen und Kundinnen des Bekleidungsgeschäfts hätten sich über den starken Rauchgeruch beschwert. Die Klägerin bestritt die angeblichen massiven Geruchsbelästigungen. Sie hielt die Kündigung außerdem für unwirksam, weil sie bereits zwei Stunden nach Arbeitsantritt ausgesprochen worden sei.

Die Klage hatte Erfolg. Das Gericht betonte, dass die Kündigung gegen Treu und Glauben verstoße, da eine Kündigung zwei Stunden nach Aufnahme des Arbeitsverhältnisses aufgrund dieses Sachverhalts gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoße.

Zwar habe die Beklagte das Recht, während der Probezeit zu entscheiden, dass die Klägerin –sei es aufgrund ihrer Arbeitsweise, sei es aufgrund des Verhältnisses zu ihren Kolleginnen, sei es aufgrund anderer Spannungen, – nicht zu dem Betrieb passt. Allerdings verlange Artikel 12 des Grundgesetzes (GG), dass ein Arbeitsverhältnis, das bereits begründet worden ist, mit dem ernsthaften Willen der Zusammenarbeit geführt werde. Es sei willkürlich, einer Arbeitnehmerin an ihrem ersten Arbeitstag zu kündigen, ohne ihr Gelegenheit zu geben, das beanstandete Verhalten zu ändern. Die Klägerin habe nicht gegen das betriebliche Rauchverbot verstoßen. Das Rauchen einer Zigarette vor Arbeitsantritt gehöre zur Privatsphäre und sei durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Artikel 2 Abs. 1 GG geschützt, das auch im Arbeitsverhältnis zu berücksichtigen sei.

### Rechtstipp:

Aufgrund der Hochwertigkeit der verkauften Bekleidungsstücke können hohe Anforderungen an die Hygiene und das Vermeiden von Rauchgeruch gestellt werden. Ein Verstoß gegen die Vorschriften kann ein Grund sein, in der Probezeit das Arbeitsverhältnis zu beenden. Es ist allerdings zu akzeptieren, dass die Klägerin raucht und die Grenzen ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit im Betrieb beachtet. Die Klägerin hat keine Chance erhalten, ihr Verhalten an die Anforderungen anzupassen.

Heiko Lenz, IHK Pfalz

## Beharrliche Arbeitsverweigerung wegen zu niedrigen Lohns

LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 17.10.2013, Az.: 5 Sa 111/13

Wenn ein Arbeitnehmer seine Entlohnung für zu niedrig hält, darf er dennoch seine Arbeit nicht zurückhalten. Verweigert er dennoch die Arbeitsleistung beharrlich, ist eine fristlose Kündigung gerechtfertigt. Ein Irrtum über das vermeintlich bestehende Zurückbehaltungsrecht geht zu Lasten des Arbeitnehmers.

In dem Fall, den das LAG Schleswig-Holstein zu entscheiden hatte, ging es um einen Bodenleger. Für bestimmte Bodenverlegearbeiten war ein Akkordsatz vereinbart, ansonsten ein Stundenlohn von 12 EUR. Die ihm zugewiesenen Arbeiten in 40 Häusern sollte er im Akkord erledigen. Als der Arbeitnehmer nach zwei Tagen Arbeit feststellte, dass er nur auf einen Stundenlohn von 7,86 EUR brutto kam, forderte er einen adäquaten Stundenlohn für diese Baustellen oder einen anderen Einsatzort. Beides lehnte der Arbeitgeber ab und forderte den Arbeitnehmer in mehreren Gesprächen auf, die ihm zugewiesenen Arbeiten auszuführen. Er drohte ihm andernfalls die fristlose Kündigung an. Der Arbeitnehmer verweigerte aber weiterhin die Arbeit und wurde daraufhin fristlos gekündigt.

Entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung hielt das LAG die Kündigung für rechtmäßig. Der Arbeitnehmer hätte nicht die Arbeit verweigern dürfen. Auch eine möglicherweise unzureichende Vergütungsabrede ändere daran nichts, da diese vertragliche Vereinbarung wirksam gewesen sei. Den Streit um die Vergütung hätte der Arbeitnehmer später – nach Erhalt der Abrechnung – führen müssen. Die Arbeitsverweigerung sei unzulässig gewesen, da kein Zurückbehaltungsrecht bestanden habe. Der Irrtum hierüber sei unbeachtlich, das Risiko des Irrtums trage der Arbeitnehmer. Wegen der Beharrlichkeit der Arbeitsverweigerung sei die fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen.

Hildegard Reppelmund, DIHK

---

## Verwirkung des Widerspruchsrechts nach Betriebsübergang

### BAG, Urteil vom 17.10.2013, Az.: 8 AZR 974/12

Bei einem Betriebsübergang ist der Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 5 BGB umfassend über den Vorgang zu informieren. Ab Zugang dieser Information hat der Arbeitnehmer gemäß § 613a Abs. 6 BGB einen Monat Zeit, um Widerspruch zu erheben. Nach der Entscheidung des BAG kann dieses Widerspruchsrecht aber verwirken.

Kläger war der Leiter einer Kantine, die durch Betriebsübergang auf einen neuen Inhaber übertragen wurde. Der neue Betreiber bestritt den Betriebsübergang, weshalb ihn der Kläger auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses verklagte. In diesem Prozess schlossen die Parteien einen gerichtlichen Vergleich. Teil der Einigung war die Verpflichtung des neuen Betreibers zur Zahlung von 45.000,00 EUR an den Kläger, die aber nicht als Abfindung bezeichnet wurde. Im Folgenden erklärte der Kläger gegenüber dem alten Betreiber der Kantine, dass er dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den neuen Betreiber widerspreche. Er verklagte den alten Inhaber auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses und auf Zahlung von laufendem Arbeitslohn.

Das BAG ging hier von einer Verwirkung des Widerspruchsrechts aus dem Prinzip von Treu und Glauben aus. Der Arbeitnehmer hatte zunächst das Bestehen seines Arbeitsverhältnisses bei dem neuen Betreiber der Kantine gerichtlich geltend gemacht und mit diesem eine vergleichsweise Regelung getroffen. Da der Betriebsübergang stattgefunden habe und das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers tatsächlich auf den zunächst verklagten Betriebserwerber übergegangen sei, sei in einem solchen Fall das Widerspruchsrecht verwirkt. Der Bestand des Arbeitsverhältnisses sei durch die vergleichsweise Einigung mit dem Betriebserwerber abschließend geregelt. Der Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Übergang beim alten Betreiber gehe daher „ins Leere“.

Hildegard Reppelmund/Kristina Ritzheimer, DIHK

---

## Verrechnet um einen Tag

### LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 17.04.2013, Az.: 2 Sa 237/12

Eine Befristung ohne Sachgrund ist nach § 14 Abs. 2 TzBfG bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Nach der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Mecklenburg-Vorpommern besteht auch dann eine unwirksame Befristung und damit ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, wenn sich der Arbeitgeber bei der Befristung nur um einen Tag verrechnet hat. Der Arbeitgeber kann den Vertrag nicht anfechten.

Das Gericht hatte über einen Fall zu entscheiden, in welchem die Klägerin zunächst für den Zeitraum vom 30.7.2010 bis 29.07.2011 einen befristeten Arbeitsvertrag erhalten hatte. Ein Sachgrund für die Befristung lag nicht vor. Der Vertrag wurde vorzeitig für den Zeitraum vom 01.07.2011 bis 30.07.2012 verlängert. Der Vertrag lief also vom 30.07.2010 bis zum 30.07.2012 und damit genau 2 Jahre und einen Tag. Die Parteien stritten darüber, ob das Arbeitsverhältnis wirksam mit Ablauf des 30.07.2012, also mit Ablauf der vereinbarten Frist, beendet worden war. Die Arbeitnehmerin ging vom unbefristeten Fortbestand ihres Arbeitsverhältnisses wegen Überschreitung der 2-Jahres-Frist aus. Die Arbeitgeberin trug einen Inhaltsirrtum vor, erklärte die Anfechtung und vorsorglich die Kündigung des Arbeitsvertrags.

Das LAG Mecklenburg-Vorpommern entschied, dass die Befristung unwirksam war und ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vorlag. Die Anforderungen des § 14 Abs. 2 TzBfG seien nicht erfüllt, da bei der letzten Befristung (zum 30.07.2012) der Zwei-Jahres-Zeitraum um einen Tag überschritten worden war. Eine Anfechtung scheidet schon mangels Anfechtungsgrundes aus. Es handele sich um einen „schlichten Rechenfehler“, da das falsche Datum handschriftlich eingefügt worden war. Ein Inhaltsirrtum durch ein Vertippen lag damit gerade nicht vor. Die Arbeitgeberin hatte genau die Erklärung abgegeben, die sie auch abgeben wollte. Auch die Anforderungen an

eine Kündigung seien nicht erfüllt.

#### **Praxistipp:**

In der Praxis fordert das Befristungsrecht von Arbeitgebern eine besondere Sorgfalt. Bei der Berechnung des Zwei-Jahres-Zeitraumes nach § 14 Abs. 2 TzBfG sollten unbedingt die gesetzlichen Vorschriften zur Fristberechnung (§§ 187 ff. BGB) beachtet werden.

Hildegard Reppelmund/Kristina Ritzheimer, DIHK

#### **Nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung**

BAG, Urteil vom 10.12.2013, Az.: 9 AZR 51/13

Das Bundesarbeitsgericht hat sich zwar nicht dazu geäußert, ab wann eine Arbeitnehmerüberlassung „nicht nur vorübergehend“ ist. Es hat aber festgestellt, dass jedenfalls dann kein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher zu Stande kommt, wenn der Verleiher die nach § 1 Abs. 1 S1 AÜG erforderliche Überlassungserlaubnis hat.

Im konkreten Fall war das Zeitarbeitsunternehmen eine 100%ige Tochter des Entleihers, eines Krankenhausbetreibers. Das Zeitarbeitsunternehmen hatte den Kläger als IT-Sachbearbeiter eingestellt und diesen über mehrere Jahre ausschließlich bei dem Krankenhausbetreiber eingesetzt. Der Kläger hat auf Feststellung geklagt, dass zwischen ihm und dem Entleiher ein Arbeitsverhältnis besteht, da er nicht nur vorübergehend überlassen worden sei. Dadurch sei zwischen ihm und dem Entleiher ein Arbeitsverhältnis zu Stande gekommen.

Das BAG sieht das anders: Der Gesetzgeber habe bei einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung bewusst nicht die Rechtsfolge angeordnet, dass hierdurch ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher begründet werde. Auch aus dem Unionsrecht ergebe sich eine derartige Rechtsfolge nicht – dieses lasse eine Vielzahl verschiedener Sanktionen offen. Eine solche gesetzliche Regelungslücke könne nur durch den Gesetzgeber selbst, nicht aber durch die Rechtsprechung geschlossen werden.

#### **Praxisfolge:**

Dieses Urteil hat eine große Bedeutung für die Praxis und schafft vorübergehend Rechtssicherheit. Hätte das BAG anders entschieden, hätten Entleiher auf einen Schlag eine Vielzahl von eigenen Arbeitnehmern erhalten. Wegen des Risikos der Beurteilung, was noch „vorübergehend“ ist und was nicht, wäre dies ein Damoklesschwert bei jedem eingesetzten Leiharbeiter gewesen. Richtig ist, dass der Gesetzgeber aufgefordert ist, eindeutige Gesetze zu schaffen und dann, wenn eine Sanktion gewollt ist, diese auch selbst festzulegen. Über eine geplante Sanktion sagt der Koalitionsvertrag nichts aus, wohl aber, dass eine Konkretisierung geplant sei, was unter „vorübergehend“ zu verstehen sein soll. Hier soll eine zeitliche Grenze von 18 Monaten für die Arbeitnehmerüberlassung eingeführt werden.

Hildegard Reppelmund, DIHK

#### **Immer arbeitsfrei „zwischen den Jahren“**

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 11.06.2013, Az. 9 AZR 786/11

Ein Arbeitnehmer hat zwar – bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen – einen Anspruch auf Teilzeit. Er hat aber keinen Anspruch darauf, dass seine Arbeitszeit in der Form reduziert wird, dass er blockweise jedes Jahr „zwischen den Jahren“ freigestellt wird. Dies ist rechtsmissbräuchlich, da der Arbeitnehmer hierdurch seine Rechte aus dem TzBfG zweckwidrig ausnutzt.

Geklagt hatte ein Flugzeugkapitän, der bei einem Luftfahrtunternehmen beschäftigt ist. Er verlangte von seiner Arbeitgeberin unter Bezugnahme auf das TzBfG, seine regelmäßige Arbeitszeit um 3,29 % zu verringern. Die reduzierte Arbeitszeit sollte so verteilt sein, dass er jeweils vom 22.12. eines Jahres bis zum 02.01. des Folgejahres frei hätte. Die Arbeitgeberin lehnte dies als rechtsmissbräuchlich ab.

Das BAG folgte im Ergebnis der Argumentation der Arbeitgeberin. Zwar sei eine nur geringe Arbeitszeitreduzierung nicht per se rechtsmissbräuchlich. Wenn aber im Einzelfall besondere Umstände hinzukommen, die darauf schließen lassen, dass der Arbeitnehmer den Teilzeitananspruch zweckwidrig dazu nutzt, eine bestimmte Verteilung der Arbeitszeit zu erreichen, auf die er ohne Arbeitszeitreduzierung keinen Anspruch hätte, kann das die Annahme von Rechtsmissbrauch rechtfertigen. Letztlich ging es dem Arbeitnehmer bei der begehrten Freistellung „zwischen den Jahren“ darum, in dieser sehr begehrten Urlaubszeit immer frei zu haben, ohne das Risiko, dass sein – andernfalls notwendiger – Urlaubsantrag wegen

entgegenstehender Urlaubswünsche von Kollegen abgelehnt werden könnte. Hierfür nahm er in Kauf, dass er wegen der geringfügigen Arbeitszeitreduzierung auch ein geringfügig geringeres Arbeitsentgelt erhalten würde. Dies wurde vom Gericht als eine Zweck-Mittel-Relation eingeordnet, die rechtsmissbräuchlich ist. Der Kläger habe eine formale Rechtsposition genutzt, um einen Anspruch geltend zu machen, an der er isoliert betrachtet kein erkennbares Interesse hatte (Reduzierung um 3,29 %). Gleichzeitig habe er diesen Anspruch aber genutzt, um eine – unabhängig vom Arbeitszeitvolumen – in seinem Interesse liegende Arbeitszeitgestaltung zu erreichen, auf die er sonst keinen Anspruch gehabt hätte.

Hildegard Reppelmund, DIHK

---

## Sachgrundlose Befristung – Vorbeschäftigung bleibt riskant

LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 26.09.2013, Az. 6 Sa 28/13

Eine sachgrundlose Befristung nach § 14 Abs. 2 ist unzulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Dieses sog. Vorbeschäftigungsverbot hat das BAG so ausgelegt, dass es nur für die letzten drei Jahre gilt (BAG, Urteil vom 06.04.2011, Az.: 7 AZR 716/09). Der Normzweck, Befristungsketten zu verhindern, erfordere kein zeitlich unbefristetes Vorbeschäftigungsverbot. Vielmehr sei darin ein Einstellungshemmnis zu Lasten des arbeitssuchenden Arbeitnehmers zu sehen, das gegen Art. 12 GG verstoße. Von dieser BAG-Rechtsprechung weicht das LAG Baden-Württemberg nun ab und kehrt zu der früheren Sichtweise zurück. Danach bedeute „bereits zuvor“ jegliche Vorbeschäftigung. Der Wortlaut sei eindeutig. Auch nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift sei eine Begrenzung auf drei Jahre nicht zwingend. Man müsse allenfalls nach Art und Umstand der Vorbeschäftigung differenzieren.

### Praxistipp:

Nach dem BAG-Urteil war zunächst die Freude auf Arbeitgeberseite groß, dass die Unsicherheit wegen gegebenenfalls sehr lang zurückliegender Arbeitsverhältnisse, z. T. mit Namenswechsel oder nach Unternehmensübernahmen, verringert und die „Prüfpflicht“ auf die letzten drei Jahre begrenzt worden war. Darauf kann man sich nun nicht mehr verlassen. Angesichts der widersprüchlichen Rechtsprechung ist Arbeitgebern zu empfehlen, keinen sachgrundlos befristeten Vertrag abzuschließen, wenn mit dem Arbeitnehmer jemals zuvor ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Hildegard Reppelmund, DIHK

## Fragen und Antworten

### Besonderer Kündigungsschutz bestimmter Arbeitnehmergruppen

#### I. Allgemeines

Diese Zusammenstellung soll Arbeitgebern einen allgemeinen Überblick darüber geben, wer einen besonderen Kündigungsschutz hat und was bei einer etwaigen Kündigung dieser Personen zu beachten ist.

Der **besondere Kündigungsschutz** wird nur bestimmten Personengruppen durch den Gesetzgeber zugesprochen. Er geht daher über den **allgemeinen Kündigungsschutz** nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) hinaus. Die Folge ist, dass Arbeitnehmern mit besonderem Kündigungsschutz, wenn überhaupt, nur unter besonders strengen Voraussetzungen und bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gekündigt werden kann. Grob lassen sich die Personen mit besonderem Kündigungsschutz in zwei Gruppen unterteilen. Unter die erste Gruppe fallen die **Mandatsträger** (vgl. unter II.), also Personen, denen kraft Ernennung ein bestimmtes Amt innerhalb oder außerhalb des Betriebs übertragen worden ist. Die zweite Gruppe umfasst **bestimmte Arbeitnehmergruppen** (vgl. unter III.), welche in einer bestimmten Lebenssituation sind.

#### II. Mandatsträger

##### **1. Funktionsträger der Betriebsverfassung**

Eine ordentliche Kündigung eines Funktionsträgers nach dem Betriebsverfassungsgesetz ist unwirksam. Der Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder gilt bis zu einem Jahr nach Beendigung der Amtszeit. Zu beachten ist, dass der besondere Kündigungsschutz neben den Mitgliedern des Betriebsrats auch die Initiatoren von Betriebswahlen, den Wahlvorstand, die Wahlbewerber und die Jugend- und Auszubildendenvertretung umfasst (§ 15 Abs. 1 und 3 KSchG).

##### **2. Betriebsbeauftragte**

Betriebsbeauftragte haben innerhalb eines Unternehmens die Funktion, die Fremdüberwachung

der Behörden durch eine vom Arbeitgeber eingerichtete Form der Eigenüberwachung zu ergänzen. Auch soll so die betriebliche Eigeninitiative gestärkt werden.

#### **a) Datenschutzbeauftragte, Störfallbeauftragte, Immissionsschutzbeauftragte, Abfallbeauftragte und Gewässerschutzbeauftragte**

Die Kündigung eines **Datenschutzbeauftragten** ist unzulässig, es sei denn, es liegen Tatsachen vor, die für die Annahme eines wichtigen Grundes einer außerordentlichen Kündigung ausreichen. Nach Abberufung des Datenschutzbeauftragten ist die Kündigung innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Bestellung unwirksam (§ 4f Abs. 3 BDSG). Zu beachten ist, dass die Anerkennung des besonderen Kündigungsschutzes für den Datenschutzbeauftragten vergleichsweise neu ist. Er wurde erst zum 01.09.2009 ins Gesetz aufgenommen.

Bis ein Jahr nach Ende der Beauftragung eines **Störfallbeauftragten** (§ 58d BImSchG), **Immissionsschutzbeauftragten** (§ 58 BImSchG), **Abfallbeauftragten** (§ 55 KrW-/AbfG i.V.m. § 58 BImSchG), oder **Gewässerschutzbeauftragten** (§ 66 WHG i.V.m. § 58 BImSchG) ist keine ordentliche Kündigung möglich. Nur die außerordentliche Kündigung aus einem wichtigen Grund ist möglich.

**Beachte:** Es bedarf für das Bestehen des Kündigungsschutzes einer wirksamen Bestellung. Diese hat nicht nur einseitig durch den Arbeitgeber, sondern auch mit Zustimmung des Arbeitnehmers zu erfolgen. Weiter ist die Schriftform der Bestellung zu beachten.

#### **b) Andere Betriebsbeauftragte**

Alle weiteren Betriebsbeauftragten, insbesondere der neu geschaffene **Geldwäschebeauftragte**, haben keinen besonderen Kündigungsschutz.

### **3. Volksvertreter**

Die Kündigung von **Abgeordneten des Bundestages, des Landtages** und des **Europaparlaments** aufgrund der Ausübung ihres Mandats ist nicht möglich, wenn diese im Zusammenhang mit der Mandatsausübung steht (Art. 48 GG, § 2 AbgG, Landesabgeordnetengesetze, z. B. § 2 HessAbgG). Je nach Landesregelung besteht ggf. zusätzlich ein weitergehender Kündigungsschutz für **Gemeindevertreter** und **Kreisabgeordnete** (z. B. Hessen: § 35a HGO und § 28a HKO), wonach nur eine außerordentliche Kündigung möglich ist. Der Kündigungsschutz beginnt mit der Wahl zum Volksvertreter und endet mit der Beendigung des Mandats. Es ist auch zu beachten, dass in Hessen der **ehrenamtlichen Bürgermeister** (§ 39 Abs. 3 HGO), die **Beigeordneten** (§ 39 a Abs. 2 i. V. m. § 39 Abs. 3 HGO) und die **Orts- und Ausländerbeiräte** besonders geschützt sind (§§ 86 Abs. 5, 82 Abs. 2 HGO).

### **4. Schwerbehindertenvertretung und deren Vertrauenspersonen**

Ein besonderer Kündigungsschutz wird auch der Schwerbehindertenvertretung und deren Vertrauenspersonen gewährt (§ 96 Abs. 3 SGB IX). Dieser entspricht inhaltlich dem oben unter II. 2 dargestellten Kündigungsschutz des Betriebsbeauftragten.

## **III. Arbeitnehmergruppen**

Auch bestimmte Arbeitnehmergruppen besitzen einen besonderen Kündigungsschutz aufgrund ihrer **besonderen Lebenssituation**.

### **1. Schwangere, Mütter, Elternzeitler**

Bei **Schwangeren** und **Müttern** besteht ein absolutes Kündigungsverbot. Der Kündigungsschutz für Schwangere besteht bis 4 Monate nach der Entbindung, wenn dem Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Kündigung die Schwangerschaft bekannt war (§ 9 Abs. 1 MuSchG). In Ausnahmefällen kann die zuständige Aufsichtsbehörde für Arbeitsschutz eine Kündigung für zulässig erklären, wenn diese nicht mit dem Zustand der Frau oder ihrer Lage in Zusammenhang steht (§ 9 Abs. 3 MuSchG).

**Elternzeitler** darf der Arbeitgeber ab dem Zeitpunkt, an dem die Elternzeit beantragt wurde, höchstens aber 8 Wochen vor Beginn und bis zum Ende der Elternzeit nicht ordentlich kündigen (§ 18 Abs. 1 BEEG).

### **2. Schwerbehinderte**

Für die Kündigung von **Schwerbehinderten** bedarf es sowohl für die außerordentliche als auch die ordentliche Kündigung der Zustimmung des Integrationsamtes (§ 85 SGB IX). Die Kündigungsfrist beträgt mindestens 4 Wochen (§§ 85, 86 SGB IX).

### **3. Freiwilliger Wehrdienst und Bundesfreiwilligendienst**

Beim **Freiwilligen Wehrdienst** besteht die Möglichkeit, 6 Monate als Probezeit und 17 Monate als zusätzlichen Wehrdienst abzuleisten (§ 54 WpflG). Ab dem Zeitpunkt des Einberufungsbescheids bis zur Beendigung des Wehrdienstes ist eine ordentliche Kündigung nicht möglich (§ 2 Abs. 1 WpflG i. V. m. § 16 Abs. 7 ArbPISchG).

Ein besonderer Kündigungsschutz für den neu geschaffenen **Bundesfreiwilligendienst (Bfudj)** ist derzeit wohl nicht anerkannt, da § 13 des Bundesfreiwilligendienstgesetzes (BfDG) nicht auf das Arbeitsplatzschutzgesetz verweist.

#### 4. Auszubildende

Eine ordentliche Kündigung eines **Auszubildenden** nach der Probezeit durch den Arbeitgeber ist unzulässig (§ 22 BBiG). Eine außerordentliche Kündigung bleibt aber weiterhin möglich (§ 22 Abs. 2 BBiG).

#### 5. Arbeitnehmer in Pflegezeit oder Familienpflegezeit

Bei einer akut aufgetretenen Pflegesituation kann der Arbeitnehmer **Pflegezeit** in Anspruch nehmen. Diese Personen dürfen vom Zeitpunkt der Ankündigung bis zur Beendigung der Pflegezeit nur nach Zustimmung der obersten Behörde für Arbeitsschutz gekündigt werden (§ 5 PflegeZG). Gleiches gilt für Personen, die im Rahmen der **Familienpflegezeit** eine Verringerung der Arbeitszeit für höchstens 24 Monate wahrnehmen, wenn ein enger Familienangehöriger in häuslicher Umgebung gepflegt werden muss (§ 2 Abs. 1 FPfZG).

Dennis Ritter/Martin Bonelli, IHK Darmstadt

### Tipps zum Schluss

#### Broschüren rund um Diversity

##### 1. Antidiskriminierungsstelle des Bundes: Rechtsprechungsübersicht zum AGG und Good Practice

Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes berät und informiert rund um das Thema Antidiskriminierung. Im Rahmen ihres Informationsauftrages gibt sie regelmäßig Broschüren heraus. Dabei sind unter anderem eine Rechtsprechungsübersicht von Juni 2013 sowie eine systematische Darstellung von ausgewählten Beispielen guter Praxis, wobei jeweils auf Zielsetzung, Zielgruppen, Umsetzung und Ergebnisse der Maßnahmen eingegangen wird. Diese finden Sie hier.

##### 2. idm - international society for diversity management e. V.: "Vorteil Vielfalt! Neue Ansätze in der Personalarbeit von kleinen und mittleren Unternehmen".

Die Broschüre fasst zentrale Arbeitsergebnisse einer Veranstaltung von idm im Juni 2013 zusammen, die gemeinsam mit der IQ-Fachstelle Diversity Management und unterstützt durch die Ernst & Young GmbH im Rahmen des 1. Deutschen Diversity-Tags durchgeführt wurde. Vorträge, Diskussionsergebnisse und Resultate der Workshops werden darin aufbereitet und am Schluss einige zusammenfassende Handlungsempfehlungen gegeben. Es geht insbesondere darum, dafür zu sensibilisieren, dass Diversity nicht nur ein Thema für große Unternehmen ist, sondern dass auch in kleinen und mittleren Unternehmen Positives daraus entstehen kann.

Die Broschüre können Sie hier herunterladen.

Hildegard Reppelmund, DIHK

#### HK Hamburg "Psychische Belastungen bei der Arbeit"

Belastungen und Stress bei der Arbeit können dazu beitragen, dass Mitarbeiter psychisch oder psychosomatisch erkranken. Die Handelskammer Hamburg hat eine Broschüre mit Informationen für Unternehmen erstellt, wie das Arbeitsumfeld gestaltet werden kann, um die Mitarbeiter vor arbeitsbedingtem Stress zu schützen.

Die meisten Menschen sind im Arbeitsalltag einer Vielzahl an Belastungen ausgesetzt. Diese können zu Beanspruchung und Stress führen. Bei anhaltender Stressbelastung besteht die Gefahr, dass die Leistungsfähigkeit bei der Arbeit sinkt und es zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen kommt. In Deutschland wird mittlerweile jeder dritte Mensch einmal im Leben psychisch krank. Psychische Erkrankungen sind mittlerweile die zweithäufigste Ursache für Ausfälle im Arbeitsleben.

Die Broschüre "Psychische Belastungen bei der Arbeit" informiert darüber, wo Unternehmen ansetzen können, um psychische Belastungen bei ihren Mitarbeitern zu reduzieren. Eine Linksammlung bietet weiterführende Informationen. Darüber hinaus hilft eine Linkliste.

Beide Dokumente stehen auf der Internetseite der Handelskammer Hamburg zum Download bereit.

Hildegard Reppelmund, DIHK

