



details

AKTUELL

AUS DEN FACHBEREICHEN VON LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

SEPTEMBER 2008

FACHBEREICH ARBEITSRECHT

- 3** EDITORIAL
- 4** DAS NEUE PFLEGEZEITGESETZ UND FOLGEN FÜR DIE PRAXIS
- 12** „WHISTLEBLOWING“ – VORSCHLAG FÜR EINE GESETZLICHE
REGELUNG ZUM INFORMANTENSCHUTZ FÜR ARBEITNEHMER
- 16** DIE EINFÜHRUNG STAATLICHER MINDESTARBEITSBEDINGUNGEN

AUTOREN DIESER AUSGABE

Dr. Detlef Grimm
Telefon +49 (0)221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
Telefon +49 (0)221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Dr. Norbert Windeln, LL.M.
Telefon +49 (0)221 650 65-129
norbert.windeln@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
Telefon +49 (0)221 650 65-129
sebastian.pelzer@loschelder.de



EDITORIAL

Abgesehen von der europarechtlich erzwungenen Verabschiedung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), gab es in dieser Legislaturperiode bislang nur wenige neue arbeitsrechtliche Gesetze. Das ändert sich; es gibt eine Reihe neuer Gesetze und Gesetzgebungsvorhaben. Wir möchten Ihnen diese in diesem Heft näher vorstellen.

Bereits geltendes Recht ist das neue Pflegezeitgesetz (PflegeZG), das wichtige arbeitsrechtliche Regelungen enthält. Kritisch ist vor allem ein weitgehender Ausschluss der ordentlichen Kündigung nach dem Vorbild des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes (BEEG) für Personen, die Pflegezeit beantragt haben; dieser wird – bislang beispiellos – sogar auf arbeitnehmerähnliche Selbstständige, die sonst gar keinen Kündigungsschutz genießen, ausgedehnt. Das Gesetz eröffnet Arbeitnehmern zahlreiche Missbrauchsmöglichkeiten zur Erlangung des Kündigungsschutzes.

Rechtssicherheit für sog. „Whistleblower“, die Rechtsverstöße bei ihrem Arbeitgeber anzeigen, soll ein geplanter neuer § 612a des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) enthalten. Anders als angekündigt, beschränkt sich der Entwurf nicht nur auf eine Kodifizierung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG).

Nach der Koalitionseinigung über die Einführung von Mindestarbeitsbedingungen hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales zügig entsprechende Gesetzentwürfe vorgelegt. Die geplante Neufassung des Arbeitnehmerentsendegesetzes (AEntG) ist grundsätzlich zu begrüßen, da sie das Gesetz in eine besser verständliche Fassung bringt und aktuelle Streitfragen zu lösen versucht.

Brisanter ist die geplante Neufassung des Mindestarbeitsbedingungengesetzes (MindArbG). Dieses Gesetz aus dem Jahr 1952, das bislang noch nicht angewandt wurde, soll so reformiert werden, dass es zum wirksamen Mittel der fast flächendeckenden Einführung von branchenbezogenen Mindestlöhnen werden kann.

Hier sind im Gesetzgebungsprozess noch Änderungen zu erwarten; auch nach dessen Abschluss wird die sich bereits deutlich abzeichnende verfassungsrechtliche Bedenklichkeit des Gesetzes das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) beschäftigen. Die Grundzüge der geplanten Neuregelungen stellen wir Ihnen vor.

DAS NEUE PFLEGEZEITGESETZ UND FOLGEN FÜR DIE PRAXIS

AM 01.07.2008 IST DAS GESETZ ÜBER DIE PFLEGEZEIT (PFLEGEZG) IN KRAFT GETRETEN. ZIEL DES GESETZES IST ES, BESCHÄFTIGTEN (= ARBEITNEHMERN) DURCH EINE ZEITWEISE FREISTELLUNG VON DER ARBEIT ZU ERMÖGLICHEN, PFLEGEBEDÜRFTIGE NAHE ANGEHÖRIGE IN HÄUSLICHER UMGEBUNG ZU PFLEGEN UND DAMIT DIE VEREINBARKEIT VON BERUF UND FAMILIÄRER PFLEGE ZU VERBESSERN.



I. ÜBERBLICK ÜBER DIE RECHTE DER ARBEITNEHMER

1. WESENTLICHER INHALT DES PFLEGEZG

Das PflegeZG basiert auf zwei Säulen: Einmal wird bei einer akut aufgetretenen Pflegesituation Beschäftigten das Recht eingeräumt, bis zu 10 Arbeitstage von der Arbeit fernzubleiben, um eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren bzw. die sofortige pflegerische Versorgung des betroffenen Angehörigen in dieser Zeit sicherzustellen (§ 2 PflegeZG, dazu unter II.). Zum anderen gibt § 3 PflegeZG einen eigenen Rechtsanspruch auf vollständige oder teilweise Freistellung von der Arbeitsleistung zur Pflege eines nahen Angehörigen (sog. Pflegezeit). Die Pflegezeit beträgt für jeden nahen Angehörigen längstens sechs Monate (§ 3 PflegeZG, dazu unter II.).

Das PflegeZG regelt ferner einen umfassenden Sonderkündigungsschutz pflegender Angehöriger (§ 5 PflegeZG, dazu unter IV.) sowie den erleichterten Ersatz des in der Pflegezeit befindlichen Arbeitnehmers durch befristete Verträge (§ 6 PflegeZG, dazu unter V.). Von den Bestimmungen des Gesetzes kann weder durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung noch durch den Arbeitsvertrag zu Ungunsten der Beschäftigten abgewichen werden (§ 8 PflegeZG).

2. GESCHÜTZTER PERSONENKREIS

Geschützt sind „Beschäftigte“, § 7 PflegeZG. Dies sind Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die zur Berufsbildung Beschäftigten (also nicht nur Auszubildende, sondern auch Volontäre und Praktikanten). Daneben gilt es auch für „arbeitnehmerähnliche“ Selbstständige, also solche Selbstständige, die wirtschaftlich von einem Auftraggeber besonders abhängig sind.

II. ANSPRUCH AUF FREISTELLUNG BEI AKUTER PFLEGEBEDÜRFTIGKEIT EINES NAHEN ANGEHÖRIGEN

1. ANSPRUCHSUMFANG

Beschäftigte können an bis zu 10 Arbeitstagen eine vollständige oder teilweise Freistellung von der Arbeit beanspruchen (§ 2 Abs. 1 PflegeZG).

Der Anspruch auf Arbeitsbefreiung hängt nicht von einer bestimmten Betriebsgröße ab. Er kann daher auch in Kleinbetrieben geltend gemacht werden. Auch hängt der Anspruch nicht von einer bestimmten Dauer des Bestehens des Arbeitsverhältnisses ab. Damit kann er auch kurz nach Antritt des neuen Arbeitsverhältnisses (z.B. am ersten Tag der Arbeitsaufnahme) geltend gemacht werden.

2. ARBEITSBEFREIUNG WEGEN AKUTER PFLEGEBEDÜRFTIGKEIT ERFORDERLICH

Wer naher Angehöriger ist, definiert § 7 Abs. 3 PflegeZG. Nahe Angehörige sind Großeltern, Eltern, Schwiegereltern, Ehegatten, Lebenspartner, Partner einer eheähnlichen Gemeinschaft, Geschwister, Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder, die Kinder, Adoptiv- oder Pflegekinder des Ehegatten oder Lebenspartners, Schwiegerkinder und Enkelkinder. Die Kinder, Adoptiv- bzw. Pflegekinder des Partners einer eheähnlichen Gemeinschaft sind keine nahen Angehörigen i.S.d. PflegeZG.



Pflegebedürftig ist ein naher Angehöriger bei Erfüllung der Voraussetzungen der §§ 14, 15 Sozialgesetzbuch (SGB) IX, wenn er also wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen oder regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, in erheblichem oder höherem Maße der Hilfe bedarf. Die Voraussetzungen liegen bei allen Personen mit mindestens Pflegestufe I vor (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IX).

Die Pflegebedürftigkeit muss „akut“, d.h. plötzlich und unerwartet sein. Dies liegt dann vor, wenn die Pflegebedürftigkeit auf nicht rechtzeitig vorhersehbaren Umständen beruht, wie beispielsweise bei plötzlichen Erkrankungen oder auch bei der vorzeitigen Rückkehr eines nahen Angehörigen von einem stationären Krankenhausaufenthalt mit dem sich daraus ergebenden Erfordernis der Organisation der Pflege.

Anspruch auf Arbeitsbefreiung besteht nur – und das ist in der Praxis besonders bedeutsam –, soweit dies „erforderlich“ ist. Dies ist nicht der Fall, wenn bereits eine andere Person eine bedarfsgerechte Pflege organisieren oder eine pflegerische Versorgung sicherstellen kann. Voraussetzung ist aber, dass der Dritte nicht nur verfügbar ist, sondern auch subjektiv bereit zur Pflege und objektiv pflegefähig ist. Auch sind vom Pflegebedürftigen geäußerte anderweitige Pflegewünsche zu berücksichtigen, so dass auch dies zum Ausschluss des Dritten und damit zur Begründung der Erforderlichkeit führen kann. Die Erforderlichkeit ist

schließlich zeitlich begrenzt. Benötigt der Beschäftigte z.B. drei Arbeitstage, um die Pflege zu organisieren, besteht der Anspruch nur für diese drei Tage.

Auf der anderen Seite hängt der Freistellungsanspruch nicht von einer Zustimmung des Arbeitgebers, sondern lediglich von der Erforderlichkeit bzw. Notwendigkeit ab. Dies gilt auch bei Auftragsspitzen oder sonstigen betrieblichen Belastungen. Hat der Beschäftigte die Arbeitsverhinderung und deren voraussichtliche Dauer ordnungsgemäß angezeigt, kann der Arbeitgeber die Arbeitsbefreiung nicht wirksam verhindern und auch nicht zum Anlass einer Sanktion (Abmahnung usw.) machen.

3. ANZEIGE- UND NACHWEISPFlicht

Beschäftigte sind gem. § 2 Abs. 2 Satz 1 PflegeZG verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsverhinderung und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich nach deren Beginn mitzuteilen. Dabei sind sämtliche modernen Kommunikationsmittel wie beispielsweise Email oder Handy zu nutzen. Die Arbeitsverhinderung muss

somit nicht vor ihrem Beginn angezeigt werden, was die Disposition für Arbeitgeber erschwert. Inhalt der Anzeige ist ferner, dass der Beschäftigte den Namen des pflegebedürftigen Angehörigen benennt und auf den Verhinderungsgrund (Pflege oder Organisation der Pflege) hinweist. Dies auch deshalb, damit der Arbeitgeber seine Rechte aus § 2 Abs. 2 Satz 2 PflegeZG wahrnehmen kann.

Auf Verlangen des Arbeitgebers muss der Beschäftigte die Bescheinigung eines approbierten Arztes über die Pflegebedürftigkeit des namentlich benannten nahen Angehörigen und die Erforderlichkeit der Arbeitsbefreiung nach § 2 Abs. 1 PflegeZG vorlegen (§ 2 Abs. 2 Satz 2 PflegeZG). Ein Grund für die Pflegebedürftigkeit muss nicht angegeben werden, weshalb eine Bestätigung über die „Akutheit“ der Pflegebedürftigkeit nicht verlangt werden kann. Angaben zur voraussichtlichen Dauer der Pflegebedürftigkeit können nicht verlangt werden, weil dies vom Gesetz nicht vorgesehen ist (anders als in § 5 Abs. 1 Satz 2 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG), wo die voraussichtliche Dauer der Krankheit angesprochen ist). Hierdurch werden die Prüfmöglichkeiten des Arbeitgebers eingegrenzt.

Für den Beweiswert der Bescheinigung gelten die zur Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung entwickelten Grundsätze entsprechend. Insbesondere ist daran zu denken, dass auffallend häufig eine Pflegebedürftigkeit attestiert wird oder diese auffallend häufig von ein und dem selben Arzt attestiert wird (vgl. § 275 Abs. 1 a SGB V).

Unmittelbare Folgen hat die Nichteinhaltung der Anzeigepflicht nicht, da sie nicht Tatbestandsvoraussetzung des Arbeitsbefreiungsanspruchs ist. Nur theoretisch denkbar sind Schadensersatzansprüche wegen einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers aus § 280 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (z.B. Nichtdurchführung eines Kundenbesuches mit ansonsten sicherem Auftrag, weil keine Ersatzkraft für den pflegenden Außendienstmitarbeiter gestellt werden konnte). Auch eine Abmahnung kann ausgesprochen werden, wobei sehr zweifelhaft ist, ob die Verletzung einer solchen Nebenpflicht zur Kündigung berechtigt. Liegen die Voraussetzungen des Pflegeanspruchs, wie z.B. die Erforderlichkeit der Pflege, nicht vor, hat sich der Arbeitnehmer arbeitsvertragswidrig zu Unrecht einseitig suspendiert. In diesem Fall ist nach Abmahnung entsprechend den allgemeinen Grundsätzen eine verhaltensbedingte Kündigung denkbar.

Erst mit Zugang einer ordnungsgemäßen Anzeige nach § 2 Abs. 2 Satz 1 PflegeZG hat der pflegende Beschäftigte Sonderkündigungsschutz (dazu nachfolgend unter IV.)

4. ENTGELTFORTZAHLUNG NACH § 616 BGB

Grundsätzlich entfällt der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers (§ 2 Abs. 3 PflegeZG). Ein Entgeltfortzahlungsanspruch kann sich aber aus § 616 BGB oder einer tarifvertraglichen Norm (vgl. im öffentlichen Dienst § 29 Abs. 1 Satz 1 e) aa) TVöD/TV-L) ergeben.

Nach § 616 BGB geht ein Arbeitnehmer seines Vergütungsanspruchs nicht verlustig, wenn er durch eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Arbeitsleistung verhindert wird. Systematisch knüpft § 2 PflegeZG mit der Wortwahl „Arbeitsverhinderung“ hieran an. Fraglich ist jedoch, ob die Dauer von 10 Arbeitstagen noch als verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit gelten kann. Die Rechtsprechung hat solche Entgeltfortzahlungsansprüche in anderen Fällen zumindest zu großen Teilen schon bejaht. Aus diesem Grunde ist es wichtig, die Regelung des § 616 BGB im Arbeitsvertrag abzubedingen (vgl. dazu unser Vorschlag unter VI.).

5. SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE FRAGEN

Während der Freistellung nach § 2 PflegeZG bleiben Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung bestehen. Lediglich die Beitragspflicht setzt aus. Eine Meldepflicht für den Arbeitgeber besteht grundsätzlich nicht.

6. PFLEGE KRANKER KINDER

Für die Pflege kranker Kinder gilt weiterhin § 45 SGB V. Diese Regelung wird nicht verdrängt.



III. ANSPRUCH AUF PFLEGEZEIT (§§ 3, 4 PFLEGEZG)

1. ART UND UMFANG DES ANSPRUCHS

Beschäftigte haben nach § 3 Abs. 1 Satz 1 PflegeZG einen Anspruch auf Freistellung zur Pflege eines nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung bis zur Dauer von sechs Monaten. Dabei können sie zwischen einer vollständigen oder teilweisen Freistellung wählen.

Der Sache nach handelt es sich bei der Pflegezeit um einen gesetzlich geregelten unbezahlten Sonderurlaub ähnlich der Elternzeit nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG). Der Anspruch besteht nur gegenüber Arbeitgebern mit „in der Regel“ mindestens 16 Beschäftigten. Der Arbeitgeber kann dem Anspruch keine (dringenden) betrieblichen Interessen entgegenhalten; letzteres ist nur möglich, wenn der Arbeitnehmer eine teilweise Freistellung (dazu unten bei 6.) beantragt.

2. VORAUSSETZUNGEN

Anders als bei der kurzzeitigen Arbeitsbefreiung nach § 2 PflegeZG muss die Pflegenotwendigkeit nicht „voraussichtlich zu erwarten“ sein, sondern bereits bestehen.

Ein Anspruch auf Pflegezeit setzt ferner voraus, dass der Beschäftigte den pflegebedürftigen Familienangehörigen zum Zeitpunkt der Ankündigung (dazu unter 3.) tatsächlich selbst pflegt. Es genügt eine ab diesem Zeitpunkt bestehende ernsthafte Pflegeabsicht und das tatsächliche Erbringen der Pflegeleistung. Die Pflege muss nicht in dem eigenen Haushalt des Pflegebedürftigen durchgeführt werden. Nach den Gesetzesmaterialien genügt es, dass die Pflege „durch vertraute Angehörige in gewohnter Umgebung“ erfolgt. Häusliche Umgebung ist damit außer dem eigenen Haushalt des Pflegebedürftigen auch ein anderer Haushalt, in dem der Pflegebedürftige aufgenommen wurde (insbesondere der Haushalt einer Pflegeperson).

3. ANKÜNDIGUNG UND NACHWEIS

a) Inhalt und Form der Ankündigungserklärung

Die Erklärung zur Inanspruchnahme der Pflegezeit hat 10 Arbeitstage vor dem angekündigten Beginn der Pflegezeit dem Arbeitgeber zuzugehen. Dabei muss der Beschäftigte erklären, für welchen Zeitraum und in welchem Umfang die Freistellung von der Arbeitsleistung in Anspruch genommen werden soll. Wird nur eine teilweise Freistellung in Anspruch genommen, ist auch die gewünschte Verteilung der Arbeitszeit anzugeben. Ist die Form nicht eingehalten, ist die Pflegezeit nicht wirksam geltend gemacht und die Rechtsfolgen der §§ 3 ff. PflegeZG werden nicht ausgelöst. Der Beschäftigte bleibt dann unberechtigt der Arbeit fern. Bis zur ordnungsgemäßen Nachholung der Anzeige besteht kein Kündigungsschutz gem. § 5 PflegeZG.

Wird lediglich die Ankündigungsfrist versäumt, führt dies zu einem entsprechenden Verschieben des Beginns der Pflegezeit entsprechend dem beantragten Umfang der Pflegezeit. Besonderes gilt bei einem Antrag auf teilweise Freistellung (dazu unter 6.).

b) Nachweis der Pflegebedürftigkeit

Die Pflegebedürftigkeit des nahen Angehörigen ist durch eine Bescheinigung der Pflegekasse oder des medizinischen Dienstes der Krankenkasse (MDK) nachzuweisen (§ 3 Abs. 2 Satz 1 PflegeZG). Der Nachweis kann noch nach Inanspruchnahme der Pflegezeit vorgelegt werden, weil das Gesetz einen Zeitpunkt für den Nachweis nicht angegeben hat. Inhaltlich genügt die Tatsache der Pflegebedürftigkeit des namentlich benannten Angehörigen. Eine Angabe über die „voraussichtliche Dauer“ der Pflegezeit ist nicht notwendig, weil keine dem § 5 Abs. 1 Satz 4 EFZG entsprechende Regelung getroffen wurde. Bei privat versicherten pflegebedürftigen Angehörigen ist „ein entsprechender Nachweis“ zu erbringen.





4. DAUER UND BEGINN DER PFLEGEZEIT

Die maximale Dauer der Pflegezeit beläuft sich für jeden nahen Angehörigen auf sechs Monate. Ein Beschäftigter, der mehrere nahe Angehörige in häuslicher Umgebung pflegt, kann daher für jeden pflegebedürftigen Familienangehörigen eine Pflegezeit (und alle Pflegezeiten nacheinander) in Anspruch nehmen. Da jeder Pflegebedürftige von mehreren Angehörigen gepflegt werden kann (eine Konkurrenzregelung fehlt im Gesetz), kann somit die Inanspruchnahme der Pflegezeit ausgeweitet werden, was insbesondere mit Blick auf den Sonderkündigungsschutz gem. § 5 PflegeZG Gestaltungsspielräume für Arbeitnehmer eröffnet.

Möglich ist auch, eine zunächst für einen kürzeren Zeitraum in Anspruch genommene Pflegezeit bis zur Höchstgrenze zu verlängern, wenn der Arbeitgeber zustimmt (§ 4 Abs. 1 Satz 2 PflegeZG), was dieser frei entscheiden kann. Ein Anspruch auf Verlängerung der Pflegezeit besteht nur ausnahmsweise, wenn ein geplanter Wechsel in der Person des Pflegenden aus wichtigem Grund nicht erfolgen kann (§ 4 Abs. 1 Satz 3 PflegeZG). Mit dem Erfordernis des wichtigen Grundes sollen die Arbeitgeber vor beliebigen Überlegungen geschützt werden. Was ein wichtiger Grund ist, kann aus den zu § 16 Abs. 3 Satz 4 BEEG entwickelten Grundsätzen abgeleitet werden. Ein solcher liegt z.B. vor, wenn der für die Pflege vorgesehene Angehörige selbst erkrankt ist oder den eigenen Familienunterhalt wegen veränderter Umstände – z.B. nicht vorhersehbarer Eintritt einer Arbeitslosigkeit beim Ehepartner – bestreiten muss.

Der Beginn der Pflegezeit richtet sich nach dem Zeitpunkt des Zugangs einer form- und fristgerechten Ankündigung nach § 3 Abs. 3 PflegeZG. Ist die Frist nicht eingehalten, beginnt die Pflegezeit 10 Tage nach dem Zugang der Ankündigung.

5. ENDE UND VORZEITIGE BEENDIGUNG DER PFLEGEZEIT

Die Pflegezeit endet spätestens mit Ablauf der sechsmonatigen Höchstdauer, sonst mit dem Ende des Zeitraums, für den der Beschäftigte Pflegezeit beansprucht hat. Falls keine veränderten Umstände vorliegen, kann die Pflegezeit vorzeitig nur beendet werden, wenn der Arbeitgeber zustimmt (§ 4 Abs. 2 Satz 3 PflegeZG). Die Ablehnung eines Abkürzungswunsches bedarf keiner Rechtfertigung oder Begründung durch den Arbeitgeber.

Kraft Gesetzes endet die Pflegezeit, wenn die häusliche Pflege des Familienangehörigen unmöglich geworden ist (z.B. durch Aufnahme in eine stationäre Pflegeeinrichtung oder durch Tod) oder wenn sie für den Pflegenden unzumutbar geworden ist, wenn z.B. „aufgrund unvorhergesehener persönlicher Umstände die Finanzierung der Pflegezeit nicht mehr gesichert und der Beschäftigte auf die regelmäßige Arbeitsvergütung angewiesen ist“ (so die Begründung der Bundesregierung). Nach § 4 Abs. 2 Satz 2 PflegeZG ist der Arbeitgeber unverzüglich über die veränderten Umstände zu unterrichten. Erfolgt dies nicht, drohen dem Beschäftigten bei schuldhafter Verletzung auch Schadensersatzansprüche, etwa weil eine Ersatzkraft erst zu einem späteren Zeitpunkt gekündigt werden kann (zu denken ist an das Sonderkündigungsrecht gem. § 6 Abs. 3 Satz 1 PflegeZG).

6. TEILWEISE FREISTELLUNG BEI PFLEGE DURCH MEHRERE BESCHÄFTIGTE

Werden pflegebedürftige Menschen durch mehrere Beschäftigte gepflegt, so kann unter bestimmten Umständen eine teilweise Freistellung vereinbart werden, § 3 Abs. 4 PflegeZG. Im Unterschied zur vollständigen Freistellung kann der Arbeitgeber dem Beschäftigten dabei seine „dringenden“ betrieblichen Gründe entgegensetzen, wobei er jedoch primär den Wünschen des Beschäftigten zu entsprechen hat.



Der Gesetzgeber geht in der ersten Stufe davon aus, dass Arbeitgeber und Beschäftigter über die Verringerung und die Verteilung der Arbeitszeit eine schriftliche Vereinbarung treffen. Reagiert der Arbeitgeber nicht auf ein entsprechendes Angebot bis zur Inanspruchnahme der Pflegezeit, ist von einem stillschweigenden Einverständnis des Arbeitgebers auszugehen, da der Arbeitgeber zur Abgabe der entsprechenden Erklärung verpflichtet ist. Hat der Arbeitnehmer länger als 10 Tage vor dem beabsichtigten Beginn der Pflegezeit den Antrag gestellt, muss der Arbeitgeber innerhalb von 10 Arbeitstagen reagieren. Dann ist zu prüfen, ob einer angekündigten teilweisen Reduzierung der Arbeitsleistung dringende betriebliche Gründe entgegenstehen. Es sind weiter die notwendigen organisatorischen Maßnahmen zu prüfen und einzuleiten.

Entgegenstehende betriebliche Gründe müssen so „gewichtig“ sein, dass sie „Vorrang vor den Interessen an der häuslichen Pflege verdienen“. Im Bereich der Elternzeit wird dies z.B. dann angenommen, wenn der Arbeitsplatz nicht teilbar ist oder aber der Beschäftigte mit der gewünschten Reduzierung bzw. Verteilung der Arbeitszeit nicht sinnvoll eingeplant werden kann (BAG, 05.06.2007 – 9 AZR 82/07). Der Arbeitgeber muss aber die Einstellung von Ersatzkräften bzw. den Einsatz von Leiharbeitnehmern soweit als möglich versuchen, z.B. durch Anfrage bei der Agentur für Arbeit. Lehnt der Arbeitgeber die teilweise Freistellung ab, besteht kein Selbstbefreiungsrecht. Der Beschäftigte muss eine gerichtliche Klärung dann ggfls. im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes herbeiführen.

7. VERLÄNGERUNG DES BERUFSAUSBILDUNGS- VERHÄLTNISSES

Nimmt ein Auszubildender Pflegezeit in Anspruch, verlängert sich das Ausbildungsverhältnis um die in Anspruch genommene Pflegezeit, vgl. § 4 Abs. 1 Satz 4 PflegeZG.

8. FOLGEN FÜR ENTGELTZAHLUNG UND SOZIAL- VERSICHERUNG

Die Inanspruchnahme von Pflegezeit führt zum Wegfall des Vergütungsanspruches. Möglicherweise besteht Anspruch auf Leistungen aus der Pflegeversicherung. Bei einer vollständigen Inanspruchnahme endet die Versicherungspflicht zum letzten Tag der Entgeltzahlung. In der Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung sind Pflegendе bei mindestens 14 Stunden/Woche durchgeführter Pflege versicherungspflichtig. Zeiten des verminderten Entgeltes werden bei der Ermittlung des Bemessungszeitraums für die Berechnung des Arbeitslosengeldes im übrigen außer Betracht gelassen (§ 130 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a SGB III). Bei teilweiser Inanspruchnahme von Pflegezeit liegt eine versicherungsfreie Beschäftigung vor, wenn das

reduzierte Arbeitsentgelt die Geringfügigkeitsgrenze von monatlich 400,00 Euro nicht übersteigt. Sonst gilt die Gleitzone regelung zwischen 400,01 Euro und 800,00 Euro.

IV. SONDERKÜNDIGUNGSSCHUTZ

Mit dem Zugang einer Anzeige nach § 2 Abs. 2 Satz 1 PflegeZG (im Falle der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung) oder einer Ankündigung der Pflegezeit nach § 3 Abs. 3 PflegeZG kann der Arbeitnehmer bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung oder der Pflegezeit nicht ordentlich gekündigt werden. Dieser Sonderkündigungsschutz ist in vielerlei Hinsicht bemerkenswert: Er ist unabhängig von der Betriebsgröße, gilt also auch im Klein(st)betrieb. Er ist unabhängig auch von der Dauer des Arbeitsverhältnisses, d.h. er kann ab dem ersten Tag des Bestands des Arbeitsverhältnisses bestehen und setzt keine Wartefrist (wie im Falle des Kündigungsschutzgesetzes von sechs Monaten) voraus.

Der Sonderkündigungsschutz beginnt schon mit dem Zeitpunkt der bloßen Geltendmachung der Freistellung bei kurzzeitiger Arbeitsverhinderung oder der Pflegezeit. Die angekündigte Pflegezeit kann erst Wochen oder Monate später beginnen. Das eröffnet dem Rechtsmissbrauch Tür und Tor. Dazu tritt der Umstand, dass ein Arbeitnehmer für jeden pflegebedürftigen Angehörigen Pflegezeit beantragen und damit mehrfach in Folge Sonderkündigungsschutz in Anspruch nehmen kann. Da eine zeitliche Begrenzung des Sonderkündigungsschutzes bei frühzeitiger Antragstellung (wie in § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG) fehlt, wird man abwarten müssen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Arbeitsgerichte Rechtsmissbrauch annehmen und den Sonderkündigungsschutz verweigern.

Eine trotzdem ausgesprochene Kündigung ist nichtig (§ 5 Abs. 1 PflegeZG i.V.m. § 134 BGB). Nur ausnahmsweise kann die zuständige Behörde eine Kündigung für zulässig erklären, etwa bei einer Betriebsschließung oder in den Fällen, in denen sonst eine fristlose Kündigung erteilt würde. Die Zustimmung ist vor Ausspruch der Kündigung einzuholen (§ 5 Abs. 2 Satz 1 PflegeZG).

V. ERSATZ DES IN PFLEGEZEIT BEFINDLICHEN ARBEITNEHMERS DURCH BEFRISTETE VERTRÄGE

Wenn zur Vertretung eines Arbeitnehmers für die Dauer der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 PflegeZG oder der Pflegezeit nach § 3 PflegeZG ein Arbeitnehmer eingestellt wird, liegt hierin ein sachlicher Grund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses i.S.d. § 14 Abs. 1 Satz 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG). Daneben kann die Befristung um die für die Einarbeitung notwendige Zeit verlängert werden, also über die Vertretung hinaus (§ 6 Abs. 1 Satz 2 PflegeZG).

Die Befristung bedarf der Schriftform und muss kalendermäßig bestimmt oder bestimmbar oder dem Vertretungszweck zu entnehmen sein.

Beispiel: Die Parteien vereinbaren ein befristetes Arbeitsverhältnis, beginnend am 1. Juli 2008 bis zur Wiederaufnahme der Arbeit durch die derzeit pflegezeitbedingt verhinderte Arbeitnehmerin XY, längstens jedoch bis zum 31.12.2008.

Der befristete Arbeitsvertrag kann mit einer Frist von zwei Wochen gegenüber der Ersatzkraft gekündigt werden, wenn die Pflegezeit nach § 4 Abs. 2 Satz 1 PflegeZG (dazu oben III.5.) endet. Das Kündigungsschutzgesetz findet in diesem Falle keine Anwendung, so dass sich die befristet eingestellte Ersatzkraft nicht auf Kündigungsschutz berufen kann. Das Kündigungsrecht kann vertraglich ausgeschlossen werden, was aus Arbeitgebersicht jedoch nicht zu empfehlen ist.

Schließlich ist klargestellt, dass Vertretungskräfte im Sinne des § 6 Abs. 1 PflegeZG nicht in anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen mitgezählt werden. Dies entspricht § 21 Abs. 7 BEEG für Vertretungskräfte während der Elternzeit.



VI. VERTRAGSGESTALTUNG ZUR ENTGELTFORTZAHLUNG BEI KURZZEITIGER ARBEITSVERHINDERUNG

In den Fällen kurzzeitiger Arbeitsverhinderung besteht nach dem PflegeZG keine Entgeltfortzahlungspflicht (vgl. § 2 Abs. 3 PflegeZG). Eine solche Pflicht kann sich aber aus § 616 BGB ergeben. Danach ist der Arbeitgeber zur Entgeltfortzahlung bei einer nur vorübergehenden Verhinderung des Arbeitnehmers verpflichtet. Bei der Pflege erkrankter Angehöriger hat man in der Vergangenheit eine Obergrenze von fünf Tagen für die Entgeltfortzahlungspflicht angenommen. § 616 BGB ist nicht zwingend, sondern im Arbeitsvertrag abdingbar.

Eine einzelvertragliche Klausel, nach der nur die tatsächlich geleistete Arbeit bezahlt wird, ist nicht zu beanstanden. Seit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform (01.01.2002) werden vom Arbeitgeber gestellte Arbeitsverträge daraufhin kontrolliert, ob sie gegen wesentliche Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung verstoßen (§ 307 BGB). Eine verbreitete Auffassung in der Literatur lässt deshalb einen Ausschluss der Entgeltfortzahlung bei kurzfristiger Verhinderung nicht mehr zu, weil dies der Regelung des § 616 BGB widerspreche. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat sich im Jahr 2007 (BAG, 07.02.2007 - 5 AZR 270/06) für einen Spezialfall großzügiger geäußert. Jedenfalls der generelle Ausschluss aller Ansprüche aus § 616 BGB dürfte nun nur noch schwer möglich sein. Punktuelle Einschränkungen sind denkbar, in ihrer Wirksamkeit aber nicht sicher prognostizierbar. Angesichts dessen kann im Arbeitsvertrag unter der Rubrik Entgeltfortzahlung wie folgt formuliert werden:

„In Fällen der Pflege naher Angehöriger besteht kein Anspruch auf Vergütungsfortzahlung nach § 616 BGB. Für die Pflege erkrankter Kinder gilt § 45 SGB V.“

Da Tarifverträge gemäß § 310 Abs. 4 BGB nicht der Inhaltskontrolle unterliegen, ist eine Abbedingung in einem Tarifvertrag – auch Haustarifvertrag – möglich.



„WHISTLEBLOWING“ – VORSCHLAG FÜR EINE GESETZLICHE REGELUNG ZUM

ALS „WHISTLEBLOWER“ WERDEN IN DER ARBEITSRECHTSPRAXIS ARBEITNEHMER BEZEICHNET, DIE RECHTSVERSTÖSSE, DIE IN IHREN BETRIEBEN ODER IM RAHMEN DER BETRIEBLICHEN TÄTIGKEIT AUFTRETEN, ANZEIGEN. HÄUFIG REAGIERT DER ARBEITGEBER AUF EIN SOLCHES VERHALTEN MIT SANKTIONEN – DIE ARBEITNEHMER WEDEN GEKÜNDIGT, ZUMINDEST ABER ABGEMAHT. MEDIENWIRKSAM ZU BEOBACHTEN WAR DAS PHÄNOMEN DES „WHISTLEBLOWING“ ZULETZT BEI DEN GAMMELFLEISCHKANDALEN SOWIE IM ZUSAMMENHANG MIT DER VERDECKTEN VIDEOÜBERWACHUNG VON MITARBEITERN EINES LEBENSMITTELDISCOUNTERS.

I. GEPLANTE GESETZLICHE REGELUNG

Als Reaktion auf diese und andere Fälle haben sich die Bundesministerien für Arbeit und Soziales, für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz sowie das Bundesjustizministerium am 30.04.2008 auf einen gemeinsamen Vorschlag für eine gesetzliche Regelung zum Informantenschutz für Arbeitnehmer verständigt.

FOLGENDE VORSCHRIFT SOLL INS BÜRGERLICHE GESETZBUCH (BGB) EINGEFÜGT WERDEN:

§ 612a BGB Anzeigerecht

(1) Ist ein Arbeitnehmer auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung, dass im Betrieb oder bei der betrieblichen Tätigkeit gesetzliche Pflichten verletzt werden, kann er sich an den Arbeitgeber oder eine zur innerbetrieblichen Klärung zuständige Stelle wenden und Abhilfe verlangen. Kommt der Arbeitgeber dem Verlangen nach Abhilfe nicht oder nicht ausreichend nach, hat der Arbeitnehmer das Recht, sich an eine zuständige außerbetriebliche Stelle zu wenden.

(2) Ein vorheriges Verlangen nach Abhilfe ist nicht erforderlich, wenn dies dem Arbeitnehmer nicht zumutbar ist. Unzumutbar ist ein solches Verlangen stets, wenn der Arbeitnehmer auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung ist, dass

aus dem Betrieb eine unmittelbare Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt droht;

der Arbeitgeber oder ein anderer Arbeitnehmer eine Straftat begangen hat;

eine Straftat geplant ist, durch deren Nichtanzeige er sich selbst der Strafverfolgung aussetzen würde;

eine innerbetriebliche Abhilfe nicht oder nicht ausreichend erfolgen wird.

(3) Von den Absätzen 1 und 2 kann nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.

(4) Beschwerderechte des Arbeitnehmers nach anderen Rechtsvorschriften und die Rechte der Arbeitnehmervertretungen bleiben unberührt.

Aus dem bisherigen § 612a BGB (Maßregelungsverbot) soll § 612b BGB werden. Nimmt der Arbeitnehmer sein Anzeigerecht aus § 612a BGB wahr, so schützt § 612b BGB ihn vor Benachteiligungen durch den Arbeitgeber.



INFORMANTENSCHUTZ FÜR ARBEITNEHMER

II. DEUTLICHE AUSWEITUNG DES INFORMANTENSCHUTZES

In ihrer Begründung für die vorgeschlagene Regelung führen die beteiligten Bundesministerien aus, dass hierdurch „im Wesentlichen“ die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und des Bundesarbeitsgerichts (BAG) auf eine klare und für die Arbeitnehmer und Arbeitgeber verlässliche Rechtsgrundlage gestellt wird. Tatsächlich beschränkt sich die Vorlage jedoch nicht auf eine Kodifizierung der bislang von der Rechtsprechung aufgestellten Leitlinien, sondern weitet den Informantenschutz deutlich aus.

Ausgangspunkt der Rechtsprechung ist der Umstand, dass das Erstellen von Anzeigen ein staatsbürgerliches und vom Grundgesetz gewährleitetes Recht ist, welches auch den Arbeitnehmern zusteht. Einschränkungen ergeben sich allerdings aus der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht, der Pflicht zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie der Verpflichtung des Arbeitnehmers, den Arbeitgeber über alle wesentlichen Vorkommnisse im Betrieb in Kenntnis zu setzen, um ihn so vor Schäden zu bewahren.

Stellt sich danach die Anzeige des Arbeitnehmers als eine unverhältnismäßige Reaktion auf den Rechtsverstoß des Arbeitgebers oder dessen gesetzlichen Vertreters dar, so kann der Arbeitgeber ein solches Verhalten sanktionieren. Dabei können als Indizien für eine unverhältnismäßige Reaktion des anzeigenden Arbeitnehmers sowohl die Berechtigung der Anzeige als auch die Motivation des Anzeigenden oder ein fehlender innerbetrieblicher Hinweis auf die angezeigten Missstände sprechen.

Durch die geplante gesetzliche Regelung wird an zwei Stellen entscheidend von diesen Leitlinien der Rechtsprechung abgewichen:

1. MOTIVATION DES ANZEIGENDEN

Die Rechtsprechung berücksichtigt die Motivation des Anzeigenden. Erfolgt die Anzeige allein deshalb, um den Arbeitgeber zu schädigen bzw. „fertig zu machen“, so verhält sich der Arbeitnehmer rechtsmissbräuchlich. Der Arbeitgeber kann eine solche Anzeige sanktionieren.

Abweichend von dieser Rechtsprechung nimmt der Vorschlag zu § 612a BGB nicht auf die Motivation des Arbeitnehmers für die Anzeige Bezug. Grundsätzlich



genießen damit auch Arbeitnehmer Schutz, die Anzeigen in Schädigungsabsicht oder aus anderen unlauteren Motiven erstatten. Lediglich in den Fällen, in denen die Drohung mit einer Anzeige als Nötigungs- bzw. Erpressungsmittel des Arbeitnehmers dient – etwa im Rahmen von Abfindungsverhandlungen – kann nach den allgemeinen strafrechtlichen Wertungen der §§ 240 Abs. 2, 253 Abs. 2 Strafgesetzbuch (StGB) weiterhin von der Rechtswidrigkeit ausgegangen werden.

2. VORRANG DER INNERBETRIEBLICHEN KLÄRUNG

Nach der Rechtsprechung hat der Arbeitnehmer grundsätzlich zunächst eine innerbetriebliche Klärung zu versuchen. Einer solchen bedarf es ausnahmsweise dann nicht, wenn der Arbeitnehmer Kenntnis von Straftaten erhält, durch deren Nichtanzeige er sich selbst der Strafverfolgung aussetzen würde. Entsprechendes gilt bei schwerwiegenden Straftaten oder vom Arbeitgeber selbst begangenen Straftaten. Hier tritt regelmäßig die Pflicht des Arbeitnehmers zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers zurück. Den anzeigenden Arbeitnehmer trifft auch keine Pflicht zur innerbetrieblichen Meldung und Klärung, wenn Abhilfe berechtigterweise nicht zu erwarten ist.

Durch § 612a Abs. 2 Nr. 2 BGB im vorliegenden Entwurf wird der von der Rechtsprechung geforderte Vorrang der innerbetrieblichen Klärung geradezu in das Gegenteil verkehrt: Hiernach soll dem Arbeitnehmer eine vorherige innerbetriebliche Anzeige unabhängig von den Umständen des Einzelfalles stets bereits dann unzumutbar sein, wenn der Arbeitgeber oder ein anderer Arbeitnehmer eine Straftat begangen hat, und zwar unabhängig von dem betroffenen Schutzgut, dem Grad des Verschuldens und davon, ob der Arbeitgeber Kenntnis von der Begehung der Straftat hat.

Das BAG hat zuletzt in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 betont, dass der Arbeitnehmer bei Straftaten eines anderen Arbeitnehmers grundsätzlich verpflichtet ist, zunächst den Arbeitgeber einzuschalten. Diese Rechtsprechung trägt vor allem dem Umstand Rechnung, dass der Arbeitgeber regelmäßig ein berechtigtes Interesse haben wird, zunächst selbst von dem strafbaren Verhalten des Arbeitskollegen Kenntnis zu erlangen, um entsprechende Gegenmaßnahmen ergreifen und den Arbeitnehmer selbst bei der zuständigen Behörde anzeigen zu können; dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um ein strafbares Verhalten handelt, welches – auch – den Arbeitgeber schädigt. Der Entwurf zu § 612a Abs. 2 Nr. 2 BGB lässt dieses Interesse des Arbeitgebers unberücksichtigt.

III. AUSBLICK

Die Neuregelung soll zusammen mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches sowie anderer Vorschriften“ durch den Bundestag verabschiedet werden. Ein fester Zeitplan für dieses Gesetzgebungsverfahren besteht nicht.

Im Rahmen einer Expertenanhörung des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz am 04.06.2008 wurde zum Teil heftige Kritik an der geplanten Regelung des § 612a BGB geübt. Es bleibt abzuwarten, ob vor diesem Hintergrund der Vorschlag der Bundesministerin noch einmal überarbeitet wird. Zu wünschen ist es.



DIE EINFÜHRUNG STAATLICHER MINDESTARBEITSBEDINGUNGEN

DIE GESETZESENTWÜRFE DES MINISTERIUMS FÜR ARBEIT UND SOZIALES ZUR ÄNDERUNG DES ARBEITNEHMERENTSENDEGESETZES UND DES MINDESTARBEITSBEDINGUNGENSESETZES

NACHDEM IM KOALITIONSAUSSCHUSS DIE POLITISCHE ENTSCHEIDUNG GEFALLEN WAR, GESETZLICHE REGELUNGEN ZUR EINFÜHRUNG VON MINDESTLÖHNEN ZU SCHAFFEN, HAT DAS BUNDESMINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALES (BMAS) EILIG REAGIERT UND ENTSPRECHENDE GESETZESENTWÜRFE VORGELEGT. DIE MINDESTLÖHNE SOLLEN ERMÖGLICHT WERDEN DURCH DIE NOVELLIERUNG ZWEIER BEREITS BESTEHENDER GESETZE, DES ARBEITNEHMERENTSENDEGESETZES (AENTG) UND DES GESETZES ÜBER MINDESTARBEITSBEDINGUNGEN (MINDARBG).

Das AEntG wird redaktionell vollständig neu gefasst, die inhaltlichen Änderungen bleiben jedoch gering und beschränken sich im Wesentlichen auf Regelungen, die Zweifel an der Rechtmäßigkeit der gesetzlichen Regelung beheben sollen. Von größerer Brisanz ist die Neufassung des MindArbG. Das Gesetz ist seit 1952 in Kraft, wurde bislang allerdings noch nie angewandt. Die Änderungen zielen darauf ab, das Gesetz in eine Grundlage für die Festlegung von Mindestlöhnen umzubauen.

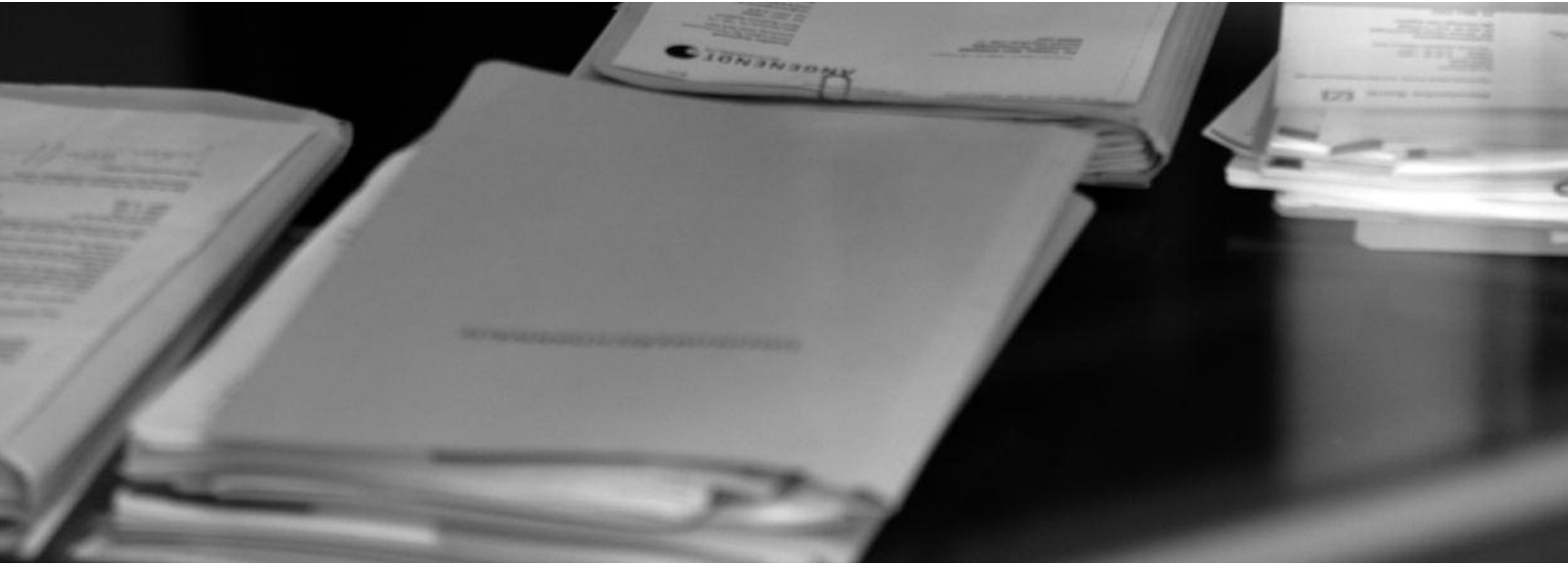
I. ANWENDUNGSBEREICH DER GESETZE

Die Regelungen des AEntG zur Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen sind weiterhin nur in den drei im Gesetz genannten Branchen Bauleistungen, Gebäudereinigerhandwerk und Briefdienstleistungen anwendbar. Weitere Voraussetzung für die Anwendung des AEntG ist, dass in der betreffenden Branche die tarifgebundenen Arbeitgeber mehr als 50 % der Arbeitnehmer beschäftigen. Die politisch in die Wege geleitete Ergänzung des Gesetzes um weitere Branchen – erhebliche Bedeutung hätte hier die Aufnahme der Zeitarbeitsbranche – ist im Entwurf noch nicht berücksichtigt.

Einen deutlich weiteren Anwendungsbereich soll das MindArbG haben: Es bezieht sich auf alle Branchen. Voraussetzung für die Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen ist lediglich, dass eine Tarifabdeckung von weniger als 50 % gegeben ist. Die bisherige Voraussetzung, dass „die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen zur Befriedigung der notwendigen sozialen und wirtschaftlichen Bedürfnisse der Arbeitnehmer erforderlich erscheint“, wird gestrichen.

Für die Anwendbarkeit des Gesetzes soll es damit schon ausreichen, dass die Mehrheit der Arbeitnehmer in der Branche bei Arbeitgebern tätig ist, die nicht an einen Tarifvertrag gebunden sind. Das ist bundesweit in den meisten Branchen der Fall. Der Anwendungs-





bereich des Gesetzes wird massiv ausgedehnt. Anders als das AEntG beschränkt sich das MindArbG allerdings auf die Festlegung eines Mindestentgelts; weitere Beschäftigungsbedingungen können nicht festgelegt werden.

II. FESTSETZUNG DER ENTGELTE

Keine Änderungen gibt es im AEntG im Verfahren zur Festsetzung der Entgelte: Für alle Arbeitgeber verbindliche Mindestentgelte können sich ergeben aus den Normen eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrages bzw. aus einer Rechtsverordnung des BMAS, die einen Tarifvertrag für allgemein anwendbar erklärt. Die größere praktische Bedeutung hat die Festlegung von Arbeitsbedingungen durch Rechtsverordnung. Die „klassische“ Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen gemäß § 5 TVG scheitert regelmäßig am Widerstand der Arbeitgeber im paritätisch besetzten Tarifausschuss, der zwingend zustimmen muss.

Die Möglichkeit, Arbeitsbedingungen eines Tarifvertrages auf alle Arbeitgeber durch Rechtsverordnung auszuweiten, wurde gerade geschaffen, um dieses Erfordernis zu umgehen. Vor Erlass einer solchen Rechtsverordnung sind zwar Arbeitgeber und Arbeitnehmer der beteiligten Wirtschaftszweige anzuhören; diese haben aber grundsätzlich keine Möglichkeit, den Erlass einer Rechtsverordnung zu verhindern.

Anders geregelt ist das Verfahren zur Festsetzung von Entgelten beim MindArbG: Erforderlich ist hier ein Beschluss der Bundesregierung auf Vorschlag des BMAS, der in zwei Ausschüssen vorbereitet wird. Ein Hauptausschuss stellt fest, ob es in einer Branche soziale Verwerfungen gibt und ein Mindestentgelt erforderlich ist, dessen Höhe sodann in einem branchenspezifisch besetzten Fachausschuss bestimmt wird. Die Zusammensetzung von Haupt- und Fachausschuss sichert einen maßgeblichen Einfluss des BMAS auf die Entscheidungen: Der Vorsitzende und, im Falle des Hauptausschusses, auch ein Teil der Beisitzer werden direkt vom Ministerium benannt, ansonsten benennen die Spitzenorganisationen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber jeweils die gleiche Anzahl von Beisitzern. Damit kann im Zusammenwirken von Arbeitnehmervertretern und BMAS eine Entgeltregelung auch gegen den Willen der Arbeitgeberseite durchgesetzt werden.

Entscheidend für die Anwendung des Gesetzes wird es sein, unter welchen Voraussetzungen Mindestlohnverordnungen ergehen können. Der Gesetzestext bleibt hier mit einer Fülle unbestimmter Rechtsbegriffe offen und die Regelung insgesamt unbestimmt: Voraussetzung für die Festlegung ist, dass der Hauptausschuss „unter umfassender Berücksichtigung der sozialen und ökonomischen

Auswirkungen feststellt“, dass in einem Wirtschaftszweig „soziale Verwerfungen“ vorliegen. Diese wertungsoffenen Begriffe sollen dem Ausschuss wohl einen weiten, der gerichtlichen Kontrolle entzogenen Beurteilungsspielraum geben. Es ist aber noch keineswegs sicher, dass die Verwaltungsgerichte diesen akzeptieren werden. Ebenso gut ist es möglich, dass diese den Tatbestand der sozialen Verwerfung umfassend der gerichtlichen Rechtskontrolle unterwerfen.

III. VERDRÄNGUNG VON TARIFVERTRÄGEN

Die staatliche Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen soll dadurch abgesichert werden, dass Tarifverträge, die geringere Entgelte vorsehen, verdrängt werden – ein angesichts des umfassenden grundrechtlichen Schutzes der den Tarifverträgen zugrunde liegenden Tarifautonomie gem. Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz (GG) rechtlich hochsensibles Unterfangen.

Deutlich wurde das angesichts der Verordnung zu Mindestarbeitsbedingungen bei Briefdienstleistungen, die vorsah, dass auch niedrigere Tarifentgelte verdrängt werden. Das betraf einige mit der Deutschen Post konkurrierende Unternehmen, die mit einer neu gegründeten Gewerkschaft Tarifverträge abgeschlossen hatten, deren Einstiegsgehälter unter den Vorgaben der Verordnung lagen; die Unternehmen hätten höhere Entgelte zahlen müssen als in den Tarifverträgen vorgesehen. Dies wurde vom Verwaltungsgericht (VG) Berlin für rechtswidrig erklärt: Die Verdrängung der Tarifentgelte durch die Verordnung sei ein Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG. Ein so schwerwiegender Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Koalitionsfreiheit könne schon aus formellen Gründen aufgrund einer Rechtsverordnung auf Grundlage des in dieser Frage nicht eindeutigen AEntG nicht vorgenommen werden.

Zusätzlich kompliziert wird die Rechtslage allerdings durch die europarechtliche Dienstleistungsfreiheit, die gerade das verlangt, was das Grundgesetz ausschließen möchte: Europäischer Gerichtshof (EuGH) und Bundesarbeitsgericht (BAG) fordern übereinstimmend, dass Mindestentgelte auch für deutsche Arbeitgeber zwingend gelten und nicht durch deutsche Tarifverträge unterlaufen werden können. Sonst würden ausländische Arbeitgeber benachteiligt und deren europarechtliche Dienstleistungsfreiheit verletzt. Wenn eine Öffnung für Tarifverträge erfolgt, müsste diese nicht nur für deutsche, sondern auch für ausländische Tarifverträge gelten – im Hinblick auf das niedrigere Entgelt-niveau der Mitgliedsstaaten der EU in Mittel- und Osteuropa würde das jedoch gegen die Intention der Gesetze zu einer weiteren Senkung der real gezahlten Entgelte führen.

Die Neuregelungen des AEntG versuchen, die verfassungsrechtlichen Bedenken auszuräumen, indem erstmals ausdrücklich klargestellt wird, dass abweichende Tarifverträge verdrängt werden. Für den Fall mehrerer konkurrierender Tarifverträge in einer Branche werden klare Abgrenzungskriterien vorgegeben.

Die Neuregelung des AEntG zeigt damit – der Not gehorchend – zumindest koalitionsrechtliche Sensibilität. Erstaunlich ist, dass diese im MindArbG verloren ging. Zum Verhältnis staatlich festgesetzter Mindestentgelte zu Tarifverträgen enthält das Gesetz in § 8 Abs. 2 lediglich eine Übergangsregelung für am 16.07.2008 bereits bestehende Tarifverträge und deren Nachfolgetarifverträge, die den Mindestarbeitsbedingungen weiterhin vorgehen. Ansonsten beruft sich der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung schlicht darauf, die Rechtsverordnung gehe den Tarifverträgen als höherrangige Rechtsquelle vor: Neu abgeschlossene Tarifverträge werden durch günstigere Mindestarbeitsbedingungen verdrängt.

Das wird der rechtlichen Brisanz der Regelung nicht gerecht. Wegen des unbedingten Schutzes der Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie in Art. 9 Abs. 3 GG sind staatliche Eingriffe, auch durch Mindestlöhne, kritisch. Grundsätzlich geht man hinsichtlich der Arbeitsbedingungen von der so genannten Normsetzungsprerogative der Tarifvertragsparteien aus. Diesem Grundsatz wurde bislang in § 8 Abs. 2 MindArbG dadurch Rechnung getragen, dass tarifliche Bestimmungen den Mindestarbeitsbedingungen vorgehen. Diese Regelung wird nun in ihr voraussichtlich verfassungswidriges Gegenteil verkehrt.





IV. DURCHSETZUNG DER MINDESTENTGELTE

Um die zivilrechtliche Durchsetzung der Mindestentgelte zu erleichtern, sehen beide Gesetze vor, dass ein Verzicht lediglich in einem gerichtlichen Vergleich zulässig ist. Die Verwirkung der Mindestentgelte wird ausdrücklich ausgeschlossen, die Vereinbarung von Ausschlussfristen für die Geltendmachung des Anspruchs auf die Mindestarbeitsbedingungen ist unzulässig.

Beide Gesetze sehen weitere Möglichkeiten vor, die Zahlung der Mindestentgelte tatsächlich durchzusetzen: Das AEntG enthält umfangreiche Prüfrechte der Zollverwaltung. Für den Fall, dass die Mindestentgelte und -arbeitsbedingungen nicht gewährt werden, können hohe Bußgelder bis zu 500.000 Euro verhängt werden. Den betroffenen Arbeitgebern droht ab einer Geldbuße von 2.500 Euro der Ausschluss von öffentlichen Ausschreibungen.

Das MindArbG sieht keine Bußgelder vor. Die obersten Landesbehörden für Arbeitsschutz haben Prüfrechte und das Recht, den Arbeitgeber aufzufordern, die Entgelte zu zahlen. § 14 des Gesetzes sieht allerdings ein Recht der obersten Landesbehörden vor, den Anspruch von Arbeitnehmern auf Mindestarbeitsbedingungen im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen. Es besteht damit die Möglichkeit der Behörden, gegen den Arbeitgeber auf Zahlung der Mindestentgelte an die Arbeitnehmer zu klagen. Das Urteil entfaltet Wirkung für und gegen die Arbeitnehmer. Dieses Relikt des ursprünglichen Gesetzes von 1952 passt mit der heutigen Rechtswirklichkeit kaum mehr zusammen.

V. AUSBLICK

Die Neufassung des AEntG ist zu begrüßen. Insbesondere hat die redaktionelle Neufassung das zuletzt durch zahlreiche Ergänzungen fast unlesbar und unverständlich gewordene Gesetz in eine nachvollziehbare Regelung umgesetzt. Ob der Versuch der Neufassung, die gegen die Verfassungsmäßigkeit der aktuellen Fassung bestehenden Bedenken auszuräumen, tatsächlich gelungen ist, wird sich erst noch zeigen müssen.

Spekuliert werden kann derzeit nur über die künftige Bedeutung des MindArbG. Dieses gibt vorerst nur einen Rahmen für die Festlegung von Mindestarbeitsentgelten vor, der durch entsprechende Verordnungen mit Leben gefüllt werden müsste. Es wird damit von den zukünftigen politischen Kräfteverhältnissen abhängen, ob das Gesetz weiterhin zur Wirkungslosigkeit verdammt bleibt, auf Einzelfälle beschränkt bleibt oder Grundlage für eine fast flächendeckende Einführung von Mindestarbeitsentgelten wird. Falls das Gesetz tatsächlich durch Rechtsverordnungen umgesetzt werden sollte, wird die Frage der zweifelhaften Verfassungsmäßigkeit geklärt werden müssen.

DETAILS AKTUELL

Die Publikation Details Aktuell aus dem Fachbereich Arbeitsrecht ist eine unregelmäßig erscheinende Veröffentlichung von Loschelder Rechtsanwälte und beinhaltet keinen konkreten Rechtsrat und keine Rechtsbewertung zu einem speziellen Sachverhalt.

Die veröffentlichten Artikel sind allgemeine Zusammenfassungen zu rechtlichen Fragen der Personalarbeit, zu gesetzgeberischen Entwicklungen und zu Veränderungen aufgrund aktueller Entscheidungen.

Wir empfehlen deshalb dringend, bei konkreten Rechtsfragen einen Arbeitsrechtler unserer Sozietät zu konsultieren. Dieser wird Ihre speziellen rechtlichen Fragen unter Berücksichtigung Ihres konkreten Sachverhaltes gerne beantworten.

Diese Veröffentlichung kann auf unserer Internet-Homepage unter www.loschelder.de aufgerufen werden. Dort finden Sie weitere interessante Veröffentlichungen unserer Sozietät.

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Konrad-Adenauer-Ufer 11
50668 Köln

Telefon +49 (0) 221 650 65-0
Telefax +49 (0) 221 650 65-110

www.loschelder.de

