

NEWSLETTER

Ausgabe 4

Dezember 2016

Wir Privaten.
Ihre Pflegeprofis.

Inhalt

- 2 **Editorial**

- 3 **Titel**
Minimalkompromiss in letzter Minute - Angemessene Berücksichtigung des Unternehmerrisikos im PSG III durchgesetzt - NRW-Antrag: Private Träger sollen weiter schlechter gestellt werden

- 5 **Hintergrund**
Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen - Wer sie warum will
Die 40 €-Verzugspauschale im Arbeitsrecht

- 8 **Aktuelles**
Dringender Änderungsbedarf bei Schriftformklauseln im Arbeitsvertrag
Aktueller Stand des Gesetzgebungsverfahrens zur Neuregelung des Mutterschutzrechts
Gerichtshof der Europäischen Union soll über den Verfall von Urlaubsansprüchen entscheiden

- 10 **Aus der Arbeit des bpa Arbeitgeberverbands**
ver.di Forderungen auf „Cockpit“-Niveau

- 11 **Veranstaltungen und Veröffentlichungen**

- 12 **Auch das noch...**
Ein Arbeitszeugnis kann auch zu gut sein



Sehr geehrte Damen und Herren, liebe Mitglieder des bpa Arbeitgeberverbandes,

nach den ersten beiden Sitzungen der Pflegemindestlohnkommission bestätigt sich unser Eindruck, dass dies die angekündigt harten Verhandlungen werden. Die Gewerkschaft ver.di ist schon zu Beginn der Verhandlungen mit ihren Forderungen von 12,50 Euro/Std. für Pflegehilfskräfte und bis 16,50 Euro/Std. für Pflegefachkräfte auf den Markt gegangen. Von anderen Vertretern in der Kommission – auch vereinzelt auf Arbeitgeberseite – wird diese Position unterstützt. Hier wird ganz klar versucht, über die staatlich eingesetzte Kommission, die eine Lohnuntergrenze festlegen soll, Ersatztarifverhandlungen zu führen. Das wird ein harter Kampf, aber in Verhandlungen haben sich bisher nie Maximalforderungen durchgesetzt.

Einen harten Kampf haben der bpa und der bpa Arbeitgeberverband in den letzten Wochen auch um einen Änderungsantrag zum Pflegestärkungsgesetz III geführt. Während andere Verbände davon gar nichts mitbekommen haben, haben wir uns mit vereinten Kräften gegen drohendes Unheil zur Wehr gesetzt. In letzter Minute ist es uns gelungen, zumindest noch eine gesetzliche Verpflichtung zur angemessenen Berücksichtigung des Unternehmerrisikos durchzusetzen. bpa-Präsident Bernd Meurer erläutert in seinem Beitrag für diesen Newsletter die näheren Details.

Die Pflegelohnmindestlohnkommission und der Änderungsantrag zum Pflegestärkungsgesetz machen deutlich, wie dringend wir für wirtschafts- und mittelstandspolitischen Sachverstand in der Pflege- bzw. im Gesundheitsbereich werben müssen. Die Erfahrungen der letzten Wochen und Monate haben deutlich gemacht, dass wir für den „Jobmotor Pflege“ noch mehr Aufmerksamkeit bei Wirtschaftspolitikern und Wirtschaftsverbänden gewinnen müssen, damit sie in solch heiklen Fragen für uns - öffentlich und nicht-öffentlich - Partei ergreifen. Denn leider ist das Verständnis für die Sorgen und Nöte von Unternehmerinnen und Unternehmern, aber auch für die Rahmenbedingungen von Markt und Wettbewerb innerhalb der Sozialen Marktwirtschaft nur rudimentär bei Sozial- und Gesundheitspolitikern vorhanden. Das Bundestagswahljahr 2017 wollen wir offensiv nutzen, um weitere Verbündete für uns zu gewinnen. Denn ohne die privaten Anbieter werden die zukünftigen Herausforderungen in der Pflege nicht zu meistern sein.

Ich wünsche Ihnen, Ihren Familien und Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern frohe Weihnachten und persönlich alles Gute für 2017.

Ihr

Rainer Brüderle

Rainer Brüderle
Präsident

Minimalkompromiss in letzter Minute

Angemessene Berücksichtigung des Unternehmerrisikos im PSG III durchgesetzt

Von Bernd Meurer



„Was passiert, wenn der Gesetzgeber regelt, dass ein selbstständiger Handwerker seinen Kunden höchstens das in Rechnung stellen darf, was er, belegt durch Nachweise, tatsächlich ausgegeben hat? Die Antwort ist einfach: Der selbstständige Handwerker ist in kürzester Zeit pleite, die Leistung kann nicht mehr angeboten werden und die Mitarbeiter verlieren Arbeit und Brot.“

Wenn Sie dieses Beispiel für absurd halten, liegt das wohl daran, dass Ihnen nicht bekannt war, welche verheerenden Folgen momentan für die Pflegeheime drohen. Ein Änderungsantrag zur Pflegereform (PSG III) schreibt vor, „dass die vereinbarte Personalvergütung auch tatsächlich bei den Beschäftigten in vollem Umfang ankommt“, somit sämtliche Personalkosten zu durchlaufenden Haushaltsposten würden. Wir vereinbaren aber keine Vergütungstabellen für Mitarbei-

ter. Bisher vereinbaren wir – so will es das Gesetz – eine angemessene Vergütung für Pflege- und Betreuungsleistungen. Grundlage sind prospektive Personalkostenbudgets für bis zu zwei Jahre, aber keine Lohn- und Gehaltslisten. Und nun sollen wir exakt vorausahnen, welche Ausgaben in dieser Zeit auf Punkt und Komma tatsächlich anfallen werden? Den Unternehmen sollte das volle Risiko aufgebürdet, aber keinerlei Möglichkeit der Gewinnerzielung eingeräumt werden. Damit wäre sowohl einer wettbewerblichen Ausrichtung der Pflegeversicherung als auch jeder unternehmerischen Tätigkeit die Grundlage entzogen. Der Änderungsantrag versteigt sich sogar dahin, dass von Missbrauch gesprochen wird, wenn die kalkulierten Personalkosten nicht in voller Höhe bei den Beschäftigten ankommen. Dies soll völlig unabhängig davon gelten, ob die vereinbarte Pflege- und Betreuungsleistung angemessen erbracht wurde. Abstrus wird es, wenn dann ausgeführt wird, es handele sich nicht um die Rückkehr zum Selbstkostendeckungsprinzip. Dies ist sogar insoweit richtig, als den Pflegeheimen das volle Kostenrisiko bleibt.

Zwischen dem ursprünglichen Änderungsantrag und der am 1.12.2016 im Deutschen Bundestag verabschiedeten Fassung liegt nicht nur eine klarstellende gesetzliche Regelung, wonach das Unternehmerrisiko angemessen zu finanzieren ist, sondern auch zwei höchst anstrengende Wochen, in denen es durch die Beteiligung ausnahmslos aller gewählten Vorstände auf Bundes- und Landesebene im bpa und im bpa Arbeitgeberverband gelungen ist, zumindest den unmittelbar drohenden Schaden zu begrenzen. Wenn Sie sich nun fragen, ob es den Abgeordneten nur um eine Regelung zu

Gunsten der Mitarbeiter ging oder auch darum, nicht nur den privaten Trägern massiv zu schaden, müssen wir Ihnen die eindeutige Antwort schuldig bleiben.

In einer inhaltlich abgestimmten, konzertierten Aktion ist es uns gelungen, durchaus heftig auf die Bundestagsabgeordneten der wesentlichen Bundestagsausschüsse einzuwirken. Die eigene existenzielle Betroffenheit insbesondere der Vorstandskollegen ist Antrieb genug für die Auseinandersetzung mit den Abgeordneten. Dabei haben wir die akute Gefährdung der pflegerischen Versorgung genauso deutlich gemacht wie die wirtschaftliche Gefährdung der privatgewerblichen Anbieter.

Dies hat neben der Unterstützung durch Wirtschaftsverbände und Wirtschaftsinstitute deutliche Wirkung nicht nur bei den Abgeordneten, sondern auch bei den Fraktionsspitzen sowie im Bundesgesundheitsministerium gezeigt. Gegen die bereits breit abgestimmte Position der Regierungsfractionen, diese Reform für eine spürbare und überprüfbare Verbesserung der Einkommen der Mitarbeiter in der Pflege zu Lasten der Träger zu nutzen, konnte zumindest eine gesetzliche Verpflichtung zur angemessenen Berücksichtigung des Unternehmerrisikos durchgesetzt werden und das kurz vor der zweiten und dritten Lesung im Bundestag am 2.12.2016.

Dies war umso schwieriger, als die abschließende Beratung in den Ausschüssen des Deutschen Bundestages eine rein interne Beratung ist. Es gibt dann kein Anhörungsverfahren mehr und normalerweise auch nicht mehr die Möglichkeit, von außen einzuwirken. Dies erklärt auch, warum kleinere



Fotolia/fotohansel

Verbände von dieser Entwicklung entweder gar nichts wussten oder erst in den letzten beiden Novembertagen von den veränderten Änderungsanträgen erfuhren.

Erklärter Wille der verantwortlichen Politiker war die verbindliche Einführung der Nachweispflicht bezogen auf die Personalkosten und die gesetzliche Verpflichtung, dass verhandelte Personalkosten in vollem Umfang weitergegeben werden müssten. Dies entspricht keineswegs unseren Vorstellungen. Wir haben uns konsequent für eine wettbewerbliche Ausrichtung eingesetzt, die ihren Ausdruck in angemessenen Preisen für vereinbarte Leistungen findet. Dass die Abgeordneten letztlich für eine gesetzliche Regelung zur angemessenen Berücksichtigung des Unternehmerrisikos und eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung gewonnen werden konnten, stellt somit einen Minimalkompromiss in letzter Minute dar. Wenn wir auch mit der jetzigen Regelung keinesfalls einverstanden sind und diese stark kritisieren, muss festgestellt werden, dass mehr einfach nicht zu erreichen war. Andererseits stellt dieser Minimalkompromiss aber auch ein deutliches Zeichen der wirksamen Einflussnahme durch uns dar.

In einer so existenziell bedrohlichen Situation müssen wir auf unsere Aktionsfähigkeit mehr denn je achten. Wir brauchen weder die Ahnungslosen, die im Nachhinein die Welt verbessern wollen, noch Ratschläge und steile Vorschläge von denen, die ruhig geschlafen haben, als wir rund um die Uhr für eine

Gesetzesänderung gekämpft haben. Der bpa wird sehr gut vorbereitet in die kommenden Vergütungsverhandlungen gehen und die Rechte in den Ländern nicht nur einfordern, sondern – wenn es erforderlich sein wird – über Schiedsstellen und den Gerichtsweg auch durchsetzen.

Ein Gesetz geprägt von Misstrauen

Sehr deutlich fiel dann auch die öffentliche Positionierung des bpa aus:

„Der bpa sieht mit Sorge, dass ein erhebliches Misstrauen des Gesetzgebers gegenüber den Pflegeheimen deutlich wird. Nachdem mit Müh und Not verhindert werden konnte, dass per budgetneutraler Umstellung die Pflegeheime zu den Verlierern im PSG II wurden, erleben wir jetzt eine Ausweitung der Kontroll- und Nachweispflichten. Wo selbst tarifgebundene Pflegeheime ihre Tariftreue permanent nachweisen müssen, erfolgt nun eine weitgehende Abwendung von der wettbewerblichen Ausgestaltung der Pflegeversicherung.

Wir werden im nächsten Jahr sehr genau beobachten, ob die jetzt ins Gesetz aufgenommene zwingende Berücksichtigung der Unternehmerrisiken tatsächlich geeignet ist, die Existenz gerade der familiengeführten Einrichtungen und Dienste zu sichern und obendrein ausreichend Anreize liefert, in den dringend notwendigen Ausbau der pflegerischen Infrastruktur zu investieren. Wieder einmal ist zu erkennen, dass die Politik offenbar glaubt, dass Pflege lediglich aus einem Pflegebedürftigen und einer Pflegekraft besteht. Dass es hier auch noch Unternehmer geben muss, die das Ganze organisieren und verantworten, scheint nicht von Bedeutung zu sein.

Seitens der Kommunen wird bisher bestenfalls ein Verhinderungsinteresse deutlich, vornehm versteckt hinter einem schwammigen Quartiersgedanken. Geld in die Hand nehmen und pflegerische Infrastruktur finanzieren wollen weder Kommunen noch Bundesländer. Mit einer Destabilisierung der Träger von Pflegeeinrichtungen und hier insbesondere der privaten Anbieter steuert

der Gesetzgeber sehenden Auges in Versorgungsrisiken.“

Bundesrat beschließt PSG III
NRW-Antrag: Private Träger sollen weiter schlechter gestellt werden

Der Bundesrat hat das dritte Pflegestärkungsgesetz beschlossen. Wir haben Sie in den letzten Wochen intensiv mit den Inhalten vertraut gemacht. Für uns ist die Regelung zum Umgang mit den Personalkosten von zentraler Bedeutung. Einzig und allein dem konzentrierten und abgestimmten Einsatz des bpa ist es zu verdanken, dass in dieses PSG III eine Regelung aufgenommen wurde, die eine Berücksichtigung des Unternehmerrisikos in den Pflegesatzverhandlungen gesetzlich absichert. Ursprünglich geplant war bekanntlich etwas anderes: Personalkosten können künftig bis zur Tariffhöhe von jedem Träger geltend gemacht werden, müssen aber komplett nachgewiesen werden und drohten somit zum, durchlaufenden Posten zu werden. Die ruinösen Auswirkungen für private Betreiber konnten wir mit der entscheidenden Berücksichtigung des Unternehmerrisikos gerade noch abwenden, auch wenn dies kein Freifahrtschein für die Zukunft ist.

Allerdings blieb auch der heutige Tag im Bundesrat nicht ohne Überraschung. So wurde ein Antrag aus Nordrhein-Westfalen beschlossen, der davor warnte, dass nun die privaten Betreiber einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den Wohlfahrtsverbänden erhalten würden und künftig noch über den Tarifen der Wohlfahrtsverbände ihre Mitarbeiter bezahlen könnten. Diese recht absurde Entwicklung wollte Nordrhein-Westfalen auf jeden Fall verhindern und stellte sich damit erneut deutlich gegen die privaten Träger nach der Devise: Private Träger müssen in jedem Fall schlechter gestellt werden als Wohlfahrtsverbände. Man muss schon ziemlich verblendet sein, um das als Hoffnungszeichen für private Träger umzudeuten. Im Bundesrat fand dieser Antrag nur eine knappe Mehrheit.

Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen Wer sie warum will

Von Dr. Sven Halldorn

VERTRÄGE



S. Hofschläger / Pixelio.de

Allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge heben den persönlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrags auf und bedeuten, dass dieser für alle fachlich Betroffenen in einem bestimmten Raum gilt. Beispiel: Wenn die ver.di mit dem bayerischen Roten Kreuz einen Entgelttarifvertrag schließt und dieser für allgemeinverbindlich erklärt würde, dann gilt er nicht nur für Rot-Kreuz-Einrichtungen, sondern für alle Pflegeeinrichtungen in Bayern. D. h. dieser Tarifvertrag wirkt wie eine gesetzliche Regelung, an die sich alle halten müssen. Auch private Einrichtungen müssten dann einen Tarifvertrag anwenden, den sie nicht kennen, den sie nicht wollen und vor allem, den sie nicht mitverhandelt haben.

Die Begründung, warum Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden, ist stets, dass Löhne als Wettbewerbsfaktor ausgeschaltet werden sollen. Angeblich könne sich nur dann ein Qualitätswettbewerb entwickeln. Eine derartige Begründung widerspricht allerdings jeglicher marktwirtschaftlicher Vorstellung von souveränen Nachfragern. Diese werden ihre Qualitätsvorstellungen immer aus einer Kombination von Leistung und Preis ableiten. Und Preise werden natürlich auch über Kosten definiert. Da die Lohnkosten in der Pflege in aller Regel mindestens 70 Prozent der Gesamtkosten ausmachen, werden durch Einheitslöhne Preise zu Lasten der Nachfrager, in diesem Fall der Pflegebedürftigen und deren Angehöri-

gen, „manipuliert“. (Angesichts des besonderen Finanzierungssystems der Pflege gehen manipulierte Preise zudem insbesondere über nach oben getriebene Löhne zu Lasten von Beitrags- und Steuerzahlern.)

Auch ist im Pflegemarkt kein besonderes Schutzbedürfnis der Pflegekräfte erkennbar. Es gibt einerseits einen Pflegemindestlohn für ungelernete Kräfte. Dieser ist eine soziale Haltelinie nach unten und liegt im Übrigen deutlich über dem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn. Zum anderen stellt sogar die Bundesagentur für Arbeit fest, dass es im Pflegemarkt einen Fachkräftemangel in ganz Deutschland gibt. Auf 100 offene Stellen kommen lediglich 38 arbeitssuchende

examinierte Kräfte. Die Fachkräfte werden ihre Stellen natürlich nach Gehaltshöhe, aber möglicherweise auch nach Betriebsklima und sonstigen Arbeitsbedingungen (z.B. Urlaub, Fortbildungsmöglichkeiten) auswählen. Dass es hier einen Wettbewerb der Einrichtungen um die qualifizierten Kräfte gibt, ist aus deren Sicht positiv und wäre mit Einheitslöhnen nur sehr eingeschränkt möglich.

Eine ökonomische Notwendigkeit für Einheitslöhne, weil der Markt möglicherweise nicht funktioniert und die Beschäftigten sich eine ruinöse Konkurrenz mit fallenden Löhnen liefern, gibt es im Pflegemarkt nicht. Was bleibt, sind die Rufe von interessierten Gruppen nach allgemeinverbindlichen Tarifverträgen.

Da wäre zum einen die ver.di, die offenkundig zu schwach ist, um Tarifverhandlungen mit Tarifpartnern zu führen. Ihr Organisationsgrad in der privaten Pflege ist verschwindend gering. Sie versucht, ihre Macht und ihren Einfluss auf dem Pflegemarkt mit Hilfe der Politik und allgemeinverbindlicher Tarifverträge auszudehnen. Ob die Pflegekräfte einen stärkeren Einfluss der ver.di überhaupt wollen, spielt dabei keine Rolle.

Zum anderen sind es die Wohlfahrtskonzerne, die in den vergangenen Jahren zunehmend Marktanteile an die privaten Anbieter verloren haben. Sie scheinen ebenfalls zu glauben, dass sie über Einheitslöhne besser ihre staatlichen Förderungen und Steuervorteile zur Geltung bringen können. Offenkundig versprechen sich die freigemeinnützigen Sozialkonzerne über Einheitslöhne Kosten- bzw. Wettbewerbsvorteile gegenüber privaten Anbietern. Deshalb bearbeiten auch sie die Politik seit Jahren mit dem fadenscheinigen Argument, in der privaten Pflege würden Dumpinglöhne bezahlt. Daher brauche man Einheitslöhne über allgemeinverbindliche Tarifverträge. Ob die Wohlfahrt möglicherweise ihre Angebote nicht immer

nachfragegerecht zuschneidet und deshalb Marktanteile einbüßt, wird zumindest in der öffentlichen Debatte kaum thematisiert.

Letztlich sind Teile der Politik offenkundig bereit, ver.di und den Wohlfahrtskonzernen in ihrer Argumentation zu folgen. Immer mehr Landesregierungen (z.B. in Bremen, Niedersa-



chen, Berlin, Sachsen-Anhalt, Thüringen, Brandenburg) sind der Auffassung, über allgemeinverbindliche Tarifverträge vor allem etwas gegen den Fachkräftemangel in der Pflege tun zu können. Deshalb gibt es diverse regionale Initiativen – häufig unter Ausschluss des größten Marktteilnehmers, nämlich der privaten Anbieter – für Einheitslöhne. Es fällt dabei immer wieder auch eine politische Nähe der handelnden politischen Akteure zur Gewerkschaft und/oder zu den Wohlfahrtskonzernen auf (Mitgliedschaften, frühere Beschäftigung). Ohne diesen Zusammenhang bewerten zu wollen, bleibt festzuhalten, dass manche Landesregierung offenkundig weniger Wettbewerb in der Pflegebranche für einen Schlüssel zu mehr Fachkräften hält. Das ist erstaunlich, weil es wiederum allen ökonomischen Theorien, aber auch empirischen Beobachtungen widerspricht. Glauben etwa Politiker tatsächlich, dass Einheitslöhne in der Pflege zu einem massiven Zulauf von Fachkräften führen? Woher sollen diese denn kommen? Aus der Automobilindustrie oder

aus dem Handwerk etwa? Heute leiden Übrigens alle Einrichtungen gleichermaßen unter dem Fachkräftemangel, egal ob privat, freigemeinnützig oder öffentlich.

Es drängt sich bei dem politischen Einsatz für allgemeinverbindliche Tarifverträge eher der Eindruck auf, dass hier der Wettbewerb

zugunsten einzelner Interessengruppen ausgeschaltet werden soll. Das ist bedauerlich und geht an der Lösung der objektiv vorhandenen Probleme in der Pflege (schwierige Arbeitsbedingungen, Fachkräftemangel, ausreichendes Angebot an Pflegeeinrichtungen auch in Zukunft) vorbei.

Der bpa Arbeitgeberverband lehnt die Zwangsbeglückung seiner Mitglieder durch allgemeinverbindliche Tarifverträge ab. Die uns hier zur Verfügung stehenden Mittel werden wir - wie auch in der Vergangenheit (z.B. in Niedersachsen und Bremen) - nutzen, um diesen Irrweg zu verhindern. Wir sind überzeugt, dass wir mit marktwirtschaftlichen Anreizen die besten Ergebnisse für unsere Kunden und unsere Mitarbeiter erzielen. Der bpa Arbeitgeberverband setzt sich für Markt und Wettbewerb ein - auch bei Tarifverträgen.

Fotolia

Die 40 €-Verzugspauschale im Arbeitsrecht

Von Dr. Florian Bauckhage-Hoffer

Im Jahr 2014 erfolgte eine Gesetzesänderung im BGB, die selbst von der Fachöffentlichkeit weitgehend nicht bemerkt wurde. Im Rahmen dieser Gesetzesänderung wurde § 288 BGB um eine Neuregelung ergänzt, wonach ein Gläubiger beim Verzug des Schuldners, wenn dieser kein Verbraucher ist, neben seinen Schadensersatzforderungen nicht nur Verzugszinsen, sondern auch eine Pauschale von 40 € verlangen kann. Von Anfang an stand die Frage im Raum, ob auch ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber gegenüber diese Pauschale geltend machen kann, wenn der Arbeitgeber zum Beispiel mit Lohn- und Gehaltszahlungen in Verzug gerät. Anders gesagt, stand die Frage im Raum, ob diese Regelung auch im Arbeitsrecht Anwendung findet. Die Landesarbeitsgerichte Köln und Stuttgart haben dies in jüngster Zeit ausdrücklich bestätigt.

Die Regelung zur sog. Verzugspauschale findet sich in § 288 Abs. 5 BGB. Sie wurde durch das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr vom 22.07.2014 in das BGB eingefügt. Das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug seinerseits dient der Umsetzung der Richtlinie 2011/7/EU vom 16.02.2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr. Wie der Name schon sagt, sollte diese EU-Richtlinie im „Geschäftsverkehr“ der schleichenden Ausbreitung verspäteter Zahlungen entgegenwirken. Die Tatsache, dass zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer kein Geschäftsverhältnis besteht, spricht eigentlich für die Annahme, dass ein Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber gerade keinen Anspruch auf diese Verzugspauschale geltend machen kann. Der deutsche Gesetzgeber ist jedoch bei der Umsetzung der Richtlinie über deren Regelungsgehalt hinausgeschossen und hat bei der Pauschale sowohl auf ein Geschäftsverhältnis als auch auf ein Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis abgestellt. Lediglich in

den Fällen, in denen der Schuldner ein Verbraucher ist, kann die Pauschale nicht verlangt werden. Da ein Arbeitgeber in nahezu allen Fällen kein Verbraucher ist, ein Arbeitnehmer aber schon, muss § 288 Abs. 5 BGB auch für Arbeitsverhältnisse gelten, solange die Pauschale vom Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber geltend gemacht wird.

Bei genauerem Hingucken allerdings kommen wieder Zweifel im Hinblick auf die Anwendbarkeit dieser Regelung im Arbeitsrecht. In § 288 Abs. 5 BGB heißt es, dass die Pauschale auf einen geschuldeten Schadensersatz anzurechnen ist, soweit der Schaden lediglich die Kosten der Rechtsverfolgung betrifft. Mit andern Worten soll der Gläubiger, der wegen Verzugs gegen seinen Schuldner vorgeht, zwar als Verzugsschaden seine Rechtsanwaltskosten geltend machen können (soweit diese nach einem Gerichtsverfahren nicht sowieso von der unterliegenden Partei zu tragen sind). Er soll aber nicht noch die Pauschale „oben drauf“ erhalten, wenn die Rechtsanwaltskosten der einzige Verzugsschaden sind. Da es im Arbeitsrecht aber keinen Anspruch auf Erstattung außergerichtlicher Rechtsverfolgungskosten gibt, könnte man zumindest argumentieren, dass deswegen auch der Anspruch auf die Verzugspauschale wegfällt, da der Gesetzgeber offensichtlich eine Wechselwirkung zwischen Pauschale und den Kosten für die außergerichtliche Rechtsverfolgung schaffen wollte.

Das LAG Stuttgart ist mit seinem Urteil vom 13.10.2016 (3 Sa 34/16) dieser Argumentation entgegengetreten. Genauso hat am 22.11.2016 das LAG Köln entschieden (12 Sa 524/16). Nach Ansicht des LAG Stuttgart spricht vieles dafür, dass der Gesetzgeber mit der Übererfüllung der Zahlungsverzugsrichtlinie gezielt den Schutz von Arbeitnehmern im Blick hatte. Bei der Regelung der Verzugspau-

schale sei es sowohl dem europäischen als auch dem deutschen Gesetzgeber darum gegangen, dem Gläubiger einer Forderung eine pauschale Entschädigungsmöglichkeit für seine internen Beitreibungs- und Mahnkosten zur Verfügung zu stellen. Auch wenn ein Arbeitnehmer im erstinstanzlichen arbeitsgerichtlichen Verfahren grundsätzlich keine Erstattung seiner Rechtsverfolgungskosten verlangen kann, soll er, nach Ansicht des Gerichts, gemäß § 288 Abs. 5 BGB im Verzugsfall wenigstens eine geringere (pauschale) Entschädigung von seinem Arbeitgeber erhalten. Deshalb stellt sich das LAG Stuttgart auf den Standpunkt dass § 288 Abs. 5 BGB im Arbeitsrecht zugunsten von Arbeitnehmern Anwendung finden muss.

Sowohl das LAG Stuttgart als auch das LAG Köln haben die Revision zugelassen, ob das BAG anders entscheidet ist aber aufgrund der Einhelligkeit der bisher ergangenen Urteile und der veröffentlichten Beiträge in der Fachliteratur mehr als fraglich.

Für Arbeitgeber bedeutet dies, dass sie sich darauf einstellen müssen, zukünftig von ihren Arbeitnehmern zusätzlich mit der 40 €-Verzugspauschale in Anspruch genommen zu werden. Da die Pauschale grundsätzlich in allen Fällen Anwendung finden kann, in denen der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer Geldleistungen schuldet, kommt eine Vielzahl von möglichen Fällen in Frage, in denen die Arbeitnehmer die Pauschale in Höhe von 40 € geltend machen, sei es beim Einklagen ausstehender Lohnforderung, sei es bei strittigen Forderungen z.B. für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Arbeitgeber sollten also daran denken, dass sie zukünftig im Streitfall einer weiteren Forderung durch ihre Arbeitnehmer ausgesetzt sein können.

Es bleibt allerdings abzuwarten, bis diese Regelung auch allgemein bekannt wird.

Dringender Änderungsbedarf bei Schriftformklauseln im Arbeitsvertrag

Seit dem 1.10.2016 hat sich aufgrund einer Gesetzesänderung eine wichtige Neuerung ergeben, die Arbeitgeber unbedingt beachten sollten. Dies betrifft die sogenannten Verfallsklauseln, nach denen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb einer bestimmten Frist schriftlich geltend zu machen sind, da sie anderenfalls verfallen. Wir berichteten bereits in unserem Newsticker (Ausgabe 5/2016) hierüber.

Mit Wirkung zum 1.10.2016 hat der Gesetzgeber das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Recht) geändert. Bis dahin durfte in einem Formularvertrag kein strengeres Formerfordernis als die Schriftform vereinbart werden. Die vorgesehene Schriftform wurde nun durch die Änderung des § 309 Nr. 13 BGB durch das Erfordernis der Textform ersetzt. Die Schriftform ist nur gewahrt, wenn eigenhändig unterschriebene Dokumente vorliegen. Die Textform erfasst im Gegensatz dazu auch nicht eigenhändig unterschriebene Dokumente wie E-Mails und Faxe.

Dies betrifft auch die sogenannte Verfallsklausel (auch Ausschlussklausel genannt) in Arbeitsverträgen. Es ist daher dringend anzuraten, diese Klauseln mit Schriftformerfordernissen ab sofort anzupassen und das Schriftformerfordernis durch das Erfordernis der Textform zu ersetzen.

Eine geänderte Ausschlussklausel könnte dann folgendermaßen aussehen:

(1) Sämtliche Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, mit Ausnahme von Ansprüchen, die aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit sowie aus vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzungen resultieren, sind von beiden Vertragsparteien innerhalb einer Frist von 3 Monaten nach Fälligkeit der jeweils anderen Vertragspartei in Textform gegenüber der anderen Vertragspartei geltend zu machen. Erfolgt diese Geltendmachung nicht, gelten die Ansprüche als verfallen.

(2) Der Fristablauf beginnt, sobald der An-

spruch entstanden ist und der Anspruchsberechtigte von den dem Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

(3) Werden die nach Abs. 1 rechtzeitig geltend gemachten Ansprüche von der Gegenseite abgelehnt oder erklärt sich die Gegenseite nicht innerhalb von einem Monat nach der Geltendmachung, so verfallen diese, wenn sie nicht innerhalb von 3 Monaten nach der Ablehnung oder dem Fristablauf gerichtlich anhängig gemacht werden. Wird der Anspruch nicht formgemäß und innerhalb der Fristen geltend gemacht, führt dies zum Erlöschen des Anspruchs.

Der bpa Arbeitgeberverband hat seine Musterarbeitsverträge bereits im Oktober entsprechend angepasst und die geänderte Gesetzeslage aufgenommen. Aufgrund der Dringlichkeit der Änderungen weisen wir an dieser Stelle noch einmal ausdrücklich darauf hin. (in)

Aktueller Stand des Gesetzgebungsverfahrens zur Neuregelung des Mutterschutzrechts

Das Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts sollte ursprünglich zum 1.1.2017 in Kraft treten. Da sich die Fraktionen jedoch derzeit noch über das Gesetz beraten, konnte die zweite und dritte Lesung im Bundestag bisher nicht stattfinden.

Somit wird sich das Mutterschutzgesetz nicht wie geplant Anfang des kommenden Jahres ändern.

Sobald wir absehen können, wie das Gesetzgebungsverfahren weitergehen wird und wann Sie das neue Mutterschutzrecht zu beachten haben, werden wir Sie in Kenntnis setzen und Ihnen anhand einer Arbeitshilfe alle Neuregelungen erläutern. (in)



Fotolia

Gerichtshof der Europäischen Union soll über den Verfall von Urlaubsansprüchen entscheiden

Grundsätzlich verfällt der Urlaub, der nicht im laufenden Kalenderjahr gewährt und genommen wird, mit Ablauf des Jahres beziehungsweise spätestens nach den ersten drei Monaten des Folgejahres. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) möchte nun wissen, ob der nach deutschem Recht grundsätzlich vorgesehene Verfall des Urlaubs am Ende des Urlaubsjahres überhaupt mit europäischem Recht vereinbar ist. Mit Vorlagebeschluss vom 13.12. 2016 ent-

sprüche zum Ende des Jahres bestehen und muss er diesen dann entsprechend gewähren oder muss der Arbeitnehmer selber darauf achten, ob er noch Urlaub hat und diesen dann entsprechend einfordern?

Das BAG war in seiner Rechtsprechung bisher der Auffassung, dass der Arbeitnehmer selber darauf achten müsse, ob für ihn noch Urlaubsansprüche bestehen und es in seiner eigenen Verantwortung liege, den Antrag auf Urlaubsgewährung zu stellen beziehungsweise den Wunsch zu äußern, den restlichen Urlaub nehmen zu wollen. Unterlässt er dies, verfällt der noch bestehende Urlaub mit Ablauf des Kalenderjahres, spätestens jedoch mit Ablauf des 31. März des folgenden Jahres.

Inzwischen gibt es jedoch Entscheidungen anderer Arbeitsgerichte, die sich bewusst gegen die Rechtsprechung des BAG stellen. So entschied beispielsweise das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg, dass die Gewährung von Urlaub als Arbeitsschutzmaßnahme zu verstehen sei und der Arbeitgeber deswegen die Pflicht habe, diesen zu gewähren (Urteil vom 12.06.2014, Az.: 21 Sa 221/14). Auch wenn der Arbeitnehmer nicht um Freistellung bittet, ist der Arbeitgeber verpflichtet, rechtzeitig Urlaub zu gewähren beziehungsweise den Arbeitnehmer an den noch bestehenden Urlaubsanspruch zu erinnern. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach und ist der Urlaub wegen Ablauf des Urlaubsjahres beziehungsweise des Übertragungszeitraums verfallen, macht er sich schadensersatzpflichtig. Er muss dann Ersatzurlaub gewähren, der dem ursprünglichen noch bestehenden Urlaubsanspruch entspricht.

Dieser Ansicht war zuletzt auch das Arbeitsgericht Berlin (Urteil v. 12.08.16, Az.: 28 Ca 6951/16). Es gehöre zur Organisationslast des Arbeitgebers, auf die zeitgerechte Inanspruchnahme des Erholungsurlaubs seiner Beschäftigten hinzuwirken. Begründet wurde dies mit bestehenden Schutzpflichten dem Arbeitnehmer gegenüber. Zudem diene der

Urlaub dem Gesundheitsschutz berufstätiger Menschen und gehöre zum Arbeitsschutz, auf den der Arbeitgeber von sich aus zu achten habe.

In einem aktuellen Fall muss das BAG nun entscheiden, ob Urlaubsansprüche eines Arbeitnehmers verfallen sind, weil sie zu spät geltend gemacht wurden. Das höchste deutsche Arbeitsgericht ist nach wie vor der Auffassung, dass der Arbeitgeber nach nationalem Recht nicht verpflichtet sei, ohne Wunsch des Arbeitnehmers Urlaub zu gewähren und somit den Urlaub aufzuzwingen. Ob Unionsrecht dem entgegensteht, sei bisher vom EuGH noch nicht eindeutig beantwortet worden.

Wenn es vor einem Gericht eines Mitgliedstaates im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu einer Auslegungsfrage kommt, kann beziehungsweise muss dieses Gericht diese Frage dem EuGH zur Entscheidung vorlegen.

Das BAG hat daher den EuGH angerufen und die Frage zur Klärung vorgelegt, ob es europarechtlichen Regelungen entgegensteht, dass der Arbeitnehmer unter Angabe seiner Wünsche bezüglich der zeitlichen Festlegung des Urlaubs diesen beantragen muss, damit der Urlaubsanspruch am Ende des Bezugszeitraums nicht ersatzlos untergeht, und der Arbeitgeber somit nicht verpflichtet ist, von sich aus einseitig und für den Arbeitnehmer verbindlich die zeitliche Lage des Urlaubs innerhalb des Bezugszeitraums festzulegen.

Aufgrund der Tendenz der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ist es Ihnen als Arbeitgeber anzuraten, darauf zu achten, Ihre Beschäftigten rechtzeitig aufzufordern, den Urlaub zu nehmen oder sogar festzulegen, um sich nicht dem Risiko auszusetzen, zu einem späteren Zeitpunkt Ersatzurlaub gewähren zu müssen. Sobald der EuGH seine Entscheidung trifft, was einige Zeit in Anspruch nehmen wird, werden wir Sie selbstverständlich informieren. (in)



schieden die Erfurter Richter daher, dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) diese Frage zur Klärung vorzulegen (Az.: 9 AZR 541/15).

Nach § 7 Absatz 3 Bundesurlaubsgesetz (BurlG) muss Urlaub während des laufenden Kalenderjahres gewährt und genommen werden. Ausnahmsweise kann er in den ersten drei Monaten des Folgejahres gewährt werden, wenn es aus betrieblichen Gründen oder aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen (zum Beispiel aufgrund von Krankheit) nicht möglich war, diesen bis zum Ende des Jahres zu nehmen.

Immer wieder müssen Arbeitsgerichte aller Instanzen darüber entscheiden, ob Urlaubsansprüche verfallen sind oder vom Arbeitnehmer noch geltend gemacht werden können. In diesem Zusammenhang spielt besonders ein Aspekt eine wichtige Rolle: Ist der Arbeitgeber verpflichtet, seine Beschäftigten darauf hinzuweisen, dass noch Urlaubsan-

ver.di-Forderungen erreichen „Cockpit“-Niveau

Anlässlich der Erhöhung des Pflegemindestlohns zum 1.1. 2017 erklärt bpa Arbeitgeberpräsident Rainer Brüderle, der auch ordentliches Mitglied der seit Oktober tagenden dritten Pflegemindestlohnkommission ist:

„Zum 1.1.2017 steigt der Pflegemindestlohn turnusgemäß an. Er war und ist ausdrücklich als Haltelinie nach unten gedacht und soll dazu beitragen, soziale Verwerfungen

destlohn davon nicht völlig losgelöst betrachtet werden. Die Forderungen der Gewerkschaft ver.di für die Verhandlungsrunde der Dritten Pflegemindestlohnkommission folgen dieser, bisher auch von den Gewerkschaften in Tarifverhandlungen akzeptierten Logik überhaupt nicht.

Die von ver.di geplanten Steigerungen erreichen beinahe „Cockpit“-Niveau. So soll

keiner vernünftigen wirtschaftlichen Betrachtung folgen, sondern ist rein tarifpolitisch motiviert. Hier wird versucht unter dem Deckmantel einer staatlichen Kommission Ersatz-Tarifverhandlungen zu führen. Diese Vorgehensweise halten wir für unverantwortlich und setzen uns für moderate Schritte ein, die die Unternehmen auch verkraften können.“ (ob)



innerhalb der Pflegebranche zu verhindern. In diesem Sinne hat sich der Pflegemindestlohn bewährt.

Die Weiterentwicklung des Pflegemindestlohns darf nicht von der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung und auch nicht von der allgemeinen Lohnentwicklung abgekoppelt werden. Die Pflegebranche, die sich in den letzten Jahren zum Jobmotor Nummer eins in Deutschland entwickelt hat, kann auch im Hinblick auf den Pflegemin-

nach ihren Vorstellungen der Mindestlohn von 10,20 Euro auf 12,50 Euro/Std., im Osten sogar von 9,50 Euro auf 12,50 Euro/Std. ansteigen. Das wäre eine Erhöhung um 22,5 Prozent (31,5 Prozent im Osten). Vergleicht man den dann bestehenden Abstand zwischen dem allgemeinen Mindestlohn und dem Pflegemindestlohn, liegt dieser um über 41 Prozent höher.“

Der Vizepräsident des bpa Arbeitgeberverbands Bernd Meurer sagte dazu: „Das kann

Thorben Wengert / Pixelio.de

Info:

Der Pflegemindestlohn steigt zum 1.1.2017 von 9,75 Euro auf 10,20 Euro/Std. in Deutschland (West) und Berlin sowie von 9,00 Euro auf 9,50 Euro/Std. in Deutschland (Ost).

Die geltende Mindestlohn-Verordnung läuft am 31.10.2017 aus.



VERÖFFENTLICHUNGEN

bpa Arbeitgeberverband e.V.
[Arbeitshilfe zu krankheitsbedingten Kündigungen](#)
2. Auflage
erschienen im November 2016

bpa Arbeitgeberverband e.V.
[Arbeitshilfe zu verhaltensbedingten Kündigungen](#)
erschienen im November 2016

Dr. Florian Bauckhage-Hoffer
[Verfassungsrechtliche Fragen zur Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen in der Pflegebranche](#)
Zeitschrift Arbeitsrecht und Tarifpolitik
6/2016

VERANSTALTUNGEN

12. Januar 2017
Seminar Arbeitsrecht III
bpa Niedersachsen

17. Januar 2017
Arbeitsrechtsseminar
bpa Rheinland-Pfalz

17. Januar 2017
Mitgliederversammlung
der bpa Landesgruppe Sachsen
mit Beitrag des bpa Arbeitgeberverbands

24. – 25. Januar 2017
12. bpa Qualitätskonferenz der
bpa Landesgruppe
Mecklenburg-Vorpommern
mit Beitrag des bpa Arbeitgeberverbands

8. Februar 2017
Seminar Arbeitsrecht I
bpa Hessen

14. Februar 2017
Arbeitsrechtsseminar
bpa Niedersachsen

8. März 2017
Seminar Arbeitsrecht II
bpa Hessen

21. März 2017
Seminar Arbeitsrecht II
bpa Niedersachsen

29. März 2017
Arbeitsrechtsseminar für Kinder- und
Jugendhilfeeinrichtungen
bpa Hessen

IMPRESSUM

Herausgeber:

bpa Arbeitgeberverband e.V.
Friedrichstraße 147
10117 Berlin

Redaktion:

Dr. Florian Bauckhage-Hoffer (fbh),
Olaf Bentlage (ob),
Ines Neumann (in)

Layout:

Olaf Bentlage

Bilder:

pixelio.com, Fotolia oder Eigenerwerb

Abschlussredaktion und v.i.S.d.P.

Dr. Sven Halldorn, Geschäftsführer

Alle Rechte vorbehalten. Diese Publikation ist lediglich als allgemeine, unverbindliche Information gedacht und kann daher nicht als Ersatz für eine detaillierte und fachkundige Einzelfallberatung oder Auskunft dienen.

Ein Arbeitszeugnis kann auch zu gut sein



Rainer Sturm / pixelio.de

Am 14.11.2016 entschied das LAG Hamm (Az. 12 Ta 475/16) über einen eher untypischen Rechtsstreit, in dem es um ein „zu gutes“ Arbeitszeugnis ging. Das LAG entschied, dass der Zeugnisanspruch eines Arbeitnehmers auch dann nicht erfüllt ist, wenn der Zeugnisentwurf „nach oben“ abweicht und damit der Eindruck entsteht, dass die Bewertungen einen ironischen Charakter haben und damit nicht ernst gemeint sind.

Die Parteien hatten zuvor in einem anderen arbeitsgerichtlichen Verfahren einen Vergleich geschlossen, wonach der Kläger einen Zeugnisentwurf vorlegen sollte, von dem die Arbeitgeberin nur aus wichtigem Grund abweichen durfte. Im Anschluss an diesen Vergleich übernahm die Arbeitgeberin auch den Zeugnisentwurf des Arbeitnehmers, steigerte allerdings die ohnehin sehr guten

Bewertungen durch Hinzufügung von Begriffen wie „äußerst“, „extrem“ und „hervorragend“. Dies gipfelte darin, dass die Arbeitgeberin die Formulierung im Entwurf „Wir bewerten ihn mit sehr gut.“ durch die Formulierung „Wenn es bessere Noten als ‚sehr gut‘ geben würde, würden wir ihn damit beurteilen.“ ersetzte.

Dies wollte sich der Arbeitnehmer selbstverständlich nicht gefallen lassen und beantragte beim Arbeitsgericht die Festsetzung eines Zwangsgelds, weil er der Auffassung war, dass die Arbeitgeberin mit diesen neugefassten Formulierungen ein Zeugnis erstellt habe, das mit geltendem Recht nicht vereinbar ist. Das gesamte Zeugnis sei wertlos, weil der Zeugnistext bewusst ins Lächerliche gezogen werde. Damit habe die Arbeitgeberin gegen den Grundsatz der Zeugniswahrheit

verstoßen.

Sowohl das Arbeitsgericht als auch das Landesarbeitsgericht stellten sich hinter den Arbeitnehmer. Die bewusst vorgenommenen Bewertungssteigerungen führten nach Ansicht beider Gerichte zu einem Gesamteindruck, aus dem sich eine deutlich ironische Ausdrucksweise ergebe, sodass ein unbefangener Leser erkennen könne, dass die Bewertungen nicht ernst gemeint seien.

Es gibt eben doch einen Unterschied zwischen „Ironie“ und „feiner Ironie“. (fbh)