

DER PARITÄTISCHE GESAMTVERBAND | Oranienburger Str. 13-14 | 10178 Berlin

Bundesministerium
für Arbeit und Soziales
Herrn Staatssekretär
Thorben Albrecht
Wilhelmstraße 49
10117 Berlin

Telefon: 030 / 24636 – 315
Telefax: 030 / 24636 – 120
E-Mail: arbeitsrecht@paritaet.org

Unser Zeichen: hss/tac

Datum: 01. September 2015

Beseitigung der Rechtsunsicherheiten bei der Anwendung des Mindestlohngesetzes im Bereich von Bereitschaftsdiensten – Regelungsvorschlag im Arbeitszeitgesetz

Sehr geehrter Herr Staatssekretär,

wir bedanken uns für die von Ihrer persönlichen Referentin heute anvisierte Möglichkeit, mit Ihnen alsbald im Gespräch die nach wie vor bestehende Problemlage und Lösungsmöglichkeiten erörtern zu dürfen.

In Vorbereitung auf das Gespräch stellen wir Ihnen nachfolgend unsere Überlegungen und einen Lösungsvorschlag, angesiedelt im Arbeitszeitgesetz (ArbZG) zur Verfügung (Anlage). Eine Änderung im Mindestlohngesetz halten wir nicht für erforderlich.

Nach wie vor treten sowohl in rechtlicher wie auch finanzieller Hinsicht für viele unserer Mitgliedseinrichtungen schwierige Umsetzungsfragen auf, die bisher nicht durch einfache Auslegung oder untergesetzliche Maßnahmen gelöst werden konnten. Sie bedürfen nach wie vor dringend einer gesetzlichen Klarstellung.

Betroffen sind in der Freien Wohlfahrtspflege alle stationären Einrichtungen der Eingliederungshilfe (ca. 5000), der Kinder- und Jugendhilfe (ca. 3.200), sowie der Hilfe für Personen in besonderen sozialen Situationen, insb. Wohnungslosenhilfe (ca. 800), auch Gemeinschaftseinrichtungen der Flüchtlingshilfe (Gesamtstatistik 2012 der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege e. V.).

In diesen Einrichtungen finden überwiegend Nachtbereitschaftsdienste statt, in denen die Inanspruchnahme zur Arbeitsleistung regelmäßig unter 25 % der gesamten Bereitschaftsdienstzeit liegt. Oft erfolgt auch gar keine Heranziehung zur Arbeit, weil sowohl die Betreuten wie auch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter schlafen.

Fast ausnahmslos wird diese besondere Form der Arbeit mit 25 % des Vertragsstundenlohns auf der Basis von Arbeitsverträgen, Betriebsvereinbarungen, Tarifverträgen (z. B. auch mit ver.di) sowie kircheneigenen Arbeitsrechtsregelungen bezahlt. Dabei wird die gesamte Zeit des Bereitschaftsdienstes, auch die überwiegenden Zeiten ohne Arbeitsleistung mit 25 % des Vertragslohns bezahlt. Eingesetzt werden im Bereitschaftsdienst Vollzeitkräfte oder Teilzeitkräfte, Fachkräfte oder Hilfskräfte.

Nach Auffassung Ihres Hauses ist nach dem Mindestlohngesetz im Bereitschaftsdienst jede angeordnete Bereitschaftsdienststunde mindestens mit dem Mindestlohn zu belegen, während in Literatur und Rechtsprechung auch differenzierende Betrachtungsweisen zu finden sind. So wird z.B. die Auffassung vertreten, dass Zeiten der „Bereitschaftsruhe“ oder des „Bereithaltens“ im Bereitschaftsdienst nicht mindestlohnpflichtig sind. Es bestehe nur für diejenigen Zeitanteile ein gesetzlicher Anspruch auf den Mindestlohn, in denen die vertragliche Arbeitsleistung des Arbeitnehmers tatsächlich abgerufen werde (Riechert/Nimmerjahn, Mindestlohngesetz, 1. Auflage 2015, § 1 RN. 66-69).

Eine rechtssichere Auslegung der Vorschriften ist derzeit leider nicht erkennbar.

Zudem ist die Refinanzierung bereits entstandener und laufend entstehender, erheblicher und unerwarteter Mehrkosten bis heute nicht geklärt. Die verantwortlichen öffentlichen Kostenträger zeigen sich nicht bereit, mit den Einrichtungen Vereinbarungen zu treffen, die sicherstellen, dass der Mehraufwand erstattet wird. Vielmehr wird abwartend auf die unsichere Rechtslage verwiesen. Alle Einrichtungen, welcher Auffassung sie auch folgen, gehen in der Umsetzung erhebliche rechtliche und finanzielle Risiken ein.

Mit einer zeitnahen gesetzlichen Klarstellung können diese Rechtsunsicherheiten beseitigt und hohe Kostenfolgen für die Kostenträger bzw. drohende Leistungseinschränkungen zu Lasten der Nutzer der Einrichtungen, aber auch zu erwartende stärkere arbeitszeitliche Belastungen von vollzeitnah Beschäftigten oder Vollzeitbeschäftigten vermieden werden.

Wir möchten Sie dringend bitten, sich dafür einzusetzen, dass diese Schieflage noch im Rahmen anstehender Gesetzgebungsvorhaben korrigiert wird.

Mit freundlichen Grüßen



Werner Hesse
Geschäftsführer

Anlage
Lösungsvorschlag

**Anlage zum Schreiben vom 01. September 2015 an Herrn Staatssekretär
Thorben Albrecht**

Lösungsvorschlag zur Beseitigung der Rechtsunsicherheiten bei der Anwendung des Mindestlohngesetzes im Bereich von Bereitschaftsdiensten

Aus Sicht des Paritätischen ist eine gesetzliche Klarstellung im Arbeitszeitgesetz (ArbZG) erforderlich,

- die den Bereitschaftsdienst definiert,
- dass dieser angemessen zu vergüten ist,
- dass die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit zu Vergütungszwecken pauschaliert werden darf,
- die sicherstellt, dass die erfahrungsgemäß durchschnittlich anfallende Arbeitsleistung als zu vergütende Arbeitszeit gewertet wird und mindestens mit dem Mindestlohn zu vergüten ist.

Folgende Rechtänderungen werden vorgeschlagen.

1. In § 2 ArbZG wird folgender neuer Absatz 6 angefügt:

(6) Bereitschaftsdienst im Sinne dieses Gesetzes ist die Zeit, in der sich der Arbeitnehmer auf Anordnung des Arbeitgebers außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit an einem vom Arbeitgeber bestimmten Ort aufhält, um im Bedarfsfall die Arbeit aufzunehmen. Bereitschaftsdienst darf nur angeordnet werden, wenn erfahrungsgemäß die Zeit ohne Arbeitsleistung überwiegt.

2. § 6 ArbZG wird wie folgt geändert:

- a) Absatz 5 wird gestrichen
- b) Absatz 6 wird Absatz 5

3. Nach § 6 ArbZG wird § 6a neu eingefügt:

§ 6a Ausgleich für Nachtarbeit und Bereitschaftsdienst

(1) Soweit keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen, hat der Arbeitgeber dem Nachtarbeitnehmer für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren.

(2) Bereitschaftsdienst ist angemessen zu vergüten. Zum Zwecke der Entgeltberechnung kann die Vergütung für die Zeit des Bereitschaftsdienstes einschließlich der geleisteten Arbeit auf der Grundlage einer kollektivrechtlichen oder einer schriftlichen einzelvertraglichen Regelung pauschaliert werden. Dabei ist zu gewährleisten, dass die erfahrungsgemäß durchschnittlich anfallende Arbeitsleistung als zu vergütende Arbeitszeit bewertet und mit dem hierfür zustehenden Bruttoarbeitsentgelt, mindestens in Höhe des Mindestlohns, vergütet wird.

Begründung:

Als Regelungsort halten wir das Arbeitszeitgesetz für am besten geeignet. Mit den vorgeschlagenen Änderungen des ArbZG würde die bisherige Rechtsprechung zur differenzierenden vergütungsrechtlichen Bewertung des Bereitschaftsdienstes verankert. Eine Änderung des Mindestlohngesetzes ist nicht erforderlich.

Die Definition des Bereitschaftsdienstes im vorgeschlagenen neuen § 2 Abs. 6 ArbZG folgt der Definition des Bundesarbeitsgerichtes. Der neue § 6a ArbZG „Ausgleich für Nachtarbeit und Bereitschaftsdienst“ nimmt in Abs. 1 die bisherige Ausgleichsregelung für Nachtarbeit (bisher § 6 Abs. 5) auf und regelt in Abs. 2 den finanziellen Ausgleich für Bereitschaftsdienst.

§ 6a enthält eine ausschließlich vergütungsrechtliche Regelung. Die arbeitszeitrechtliche Dimension ist unionsrechtlich zwingend vorgegeben. Sie wird durch die Neuregelung nicht berührt.

§ 6a knüpft für die Sonderform der Arbeit an die bereits bestehende gesetzliche Vorschrift des § 6 Abs. 5 ArbZG a.F., jetzt § 6a Abs. 1 ArbZG an und behandelt den Bereitschaftsdienst entsprechend, indem er eine angemessene Vergütung bestimmt. Zugleich wird der bisherigen Handhabung und den Bedürfnissen der Praxis einerseits sowie der mit dem Bereitschaftsdienst verbundenen Belastung andererseits durch eine pauschalierte Bereitschaftsdienstvergütung Rechnung getragen. Der Vorschlag knüpft an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts an und stellt sie auf eine gesetzliche Grundlage. Die Zeiten tatsächlicher Arbeitsleistung sind vergütungspflichtige Arbeitszeit. Sie werden mit dem vertraglich vereinbarten Arbeitsentgelt vergütet. Staatlich festgelegte Lohnuntergrenzen sind bezogen auf die zu vergütende Arbeitszeit einzuhalten.

Die nahezu flächendeckenden arbeitsrechtlichen und kollektivrechtlichen Regelungen zur pauschalierten vergütungsrechtlichen Bewertung der Bereitschaftsdienste könnten bestehen bleiben. Regelungen dieser Art haben bei allen Wohlfahrtsverbänden eine lange Tradition und sind bewährte mitbestimmte Praxis.

Bereitschaftsdienst unterscheidet sich seinem Wesen nach von der vollen Arbeitstätigkeit, die vom Arbeitnehmer eine ständige Aufmerksamkeit und Arbeitsleistung verlangt, deutlich. Im Bereitschaftsdienst hat der Arbeitnehmer sich an einem von Arbeitgeber vorgegebenen Ort aufzuhalten, und im Bedarfsfalle die Arbeit aufzunehmen. Maßstab für die Feststellung der Angemessenheit der Höhe der Vergütungspauschale ist vorrangig die erfahrungsgemäß durchschnittlich anfallende Arbeitsleistung während des Bereitschaftsdienstes.

Zur Ermittlung der durchschnittlich anfallenden Arbeitsleistungen werden Aufzeichnungen über einen längeren Zeitraum von in der Regel sechs Monaten herangezogen. Dadurch ist gewährleistet, dass der Arbeitnehmer entsprechend seiner Belastung vergütet wird. Im Rahmen der Pauschalierung wird auch die sog. „inaktive“ Zeit im Bereitschaftsdienst berücksichtigt, in der oder die Arbeitnehmer/in nicht über seinen Aufenthaltsort frei entscheiden kann.

In den betroffenen stationären Einrichtungen der Eingliederungshilfe (ca. 5000), der Kinder- und Jugendhilfe (ca. 3.200) sowie der Hilfe für Personen in besonderen sozialen Situationen, insb. Wohnungslosenhilfe (ca. 800), aber auch Gemeinschaftseinrichtungen der Flüchtlingshilfe finden überwiegend Nachtbereitschaftsdienste statt, in denen die Inanspruchnahme zur Arbeitsleistung regelmäßig unter 25 % der gesamten Bereitschaftsdienstzeit liegt. Oft erfolgt auch gar keine Heranziehung zur Arbeit, weil sowohl die Betreuten wie auch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter schlafen. Fast ausnahmslos wird diese besondere Form der Arbeit mit 25 % des Vertragsstundenlohns auf der Basis von Arbeitsverträgen, Betriebsvereinbarungen, Tarifverträgen sowie kircheneigenen Arbeitsrechtsregelungen bezahlt. Eingesetzt werden im Bereitschaftsdienst Vollzeitkräfte oder Teilzeitkräfte, Fachkräfte oder Hilfskräfte.

Die vorgeschlagene pauschalierte vergütungsrechtliche Bewertung der Bereitschaftsdienstzeit einschließlich der geleisteten Arbeit würde in allen Organisationsformen (ob Vollzeit oder Teilzeit) in der Wertigkeit für jeden einzelnen Mitarbeiter und jede Mitarbeiterin identisch sein. Bei der derzeit vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales unterstützten Methode der Kontrollberechnung (basierend auf der vertraglichen Arbeitszeit und den angeordneten Zeiten des Bereitschaftsdienstes), ob der Mindestlohn eingehalten wird, ergeben sich bei Vollzeit- oder Teilzeitkräften oder bei Arbeitnehmern oder Arbeitnehmerinnen, die ausschließlich Bereitschaftsdienste verrichten, im Ergebnis sehr unterschiedliche Stundensätze. Mitarbeiter/-innen, die einen Anspruch auf die gleiche vertragliche Stundenlohnvergütung haben, werden dabei je nachdem ob sie in Teilzeit oder in Vollzeit im Bereitschaftsdienst eingesetzt werden, einmal als unterhalb des Mindestlohns liegend, einmal als darüber liegend eingestuft. Außerdem sind Ausweichmechanismen zu befürchten, indem Bereitschaftsdienste stärker in den Vollzeitbereich verlagert werden, weil dort das Risiko einer Unterschreitung des Mindestlohns geringer ist als im Teilzeitbereich. Eine entsprechende Empfehlung wurde bereits von einem hessischen Kostenträger in der Eingliederungshilfe abgegeben. Als Folge werden die Vollzeitkräfte stärker arbeitszeitlich belastet. Beide Auswirkungen führen zu Verwerfungen in den Einrichtungen. Das kann nicht in der Intention des Mindestlohngesetzes liegen.

Die Bereitschaftsdienste in stationären Einrichtungen der Behinderten- und Jugendhilfe (u. a.) sind nach Art und Weise der Durchführung den Bereitschaftsdiensten in der Pflege vergleichbar. Die Umsetzung der 2. Pflegearbeitsbedingungenverordnung läuft nach Wahrnehmung des Paritätischen nahezu problemlos. Die Verordnung knüpft an die beschriebene Praxis an. Für die nicht unter die Verordnung fallenden Einrichtungen, wie z. B. der Behinderten- und Jugendhilfe, ist nicht nachvollziehbar, warum der Bereitschaftsdienst völlig anders bewertet werden soll.

Der Paritätische bittet dringend darum, diese Schieflage im Rahmen anstehender Gesetzgebungsverfahren umgehend zu korrigieren und damit Rechtssicherheit zu schaffen.

Berlin, 01. September 2015