

Soziales Recht



soziales-recht.eu

14. JAHRGANG
ISSN 2193-5157

SR | WISSENSCHAFTLICHE ZEITSCHRIFT
FÜR ARBEITS- UND SOZIALRECHT

Ausgabe 6
Dezember | 2024

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Prof. Dr. Manfred Walsler, LL.M.
Hochschule Mainz



HOCHSCHULE
MAINZ



IN ZUSAMMENARBEIT MIT

Dr. Ernesto Klengel
Dr. Amélie Sutterer-Kipping
Hugo Sinzheimer Institut

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

KARL-JÜRGEN BIEBACK

*Sozialrechtliche Regulierung der Löhne
von Dienstleistungserbringern*

Seite 189

STEFAN TREICHEL

*»Vereinbarkeitsdefizite« – Zur defizitären Umsetzung
der Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben*

Seite 202

CHRISTOPH WEBER

Rezension:

*Der portage salarial – eine neue Beschäftigungsform
für Solo-Selbständige?*

Seite 221

Soziales Recht
6/2024
ISSN 2193-5157
Dezember 2024, 14. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.
Hochschule Mainz

in Zusammenarbeit mit:

Dr. Ernesto Klengel
Dr. Amélie Sutterer-Kipping
Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht
(HSI) der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt/Main

Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.

Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen
Tel. 0551/39 – 279 48
Fax: 0551/39 – 272 45
E-Mail: sekretariat.deinert@jura.uni-goettingen.de

Verlag

Bund-Verlag GmbH
Geschäftsführer
Jürgen Scholl

Geschäftsbereich Zeitschriften

Irmgard Schmalix (Leitung)
Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH
Emil-von-Behring-Straße 14
60439 Frankfurt/Main
(ladungsfähige Anschrift)
Tel. 069/79 50 10-0
Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)
Heike Sandrock
Tel. 069/79 50 10-602
anzeigen@bund-verlag.de
Erscheint 6 x jährlich als Supplement
der Zeitschrift Arbeit und Recht.
Im Abonnementpreis der Zeitschrift
Arbeit und Recht enthalten.

Gestaltung

fsvk.design

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

DWS Marquart GmbH,
Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

Tel. 02776/92288-0 oder
bund-verlag@schaefermiedien.de

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,
Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt
die Meinung der Herausgeber, der Redaktion
oder des Verlages wieder.
Alle in diesem Supplement veröffentlichten Beiträge
und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der
vorherigen Zustimmung des Verlages.

Über »Soziales Recht«

»Soziales Recht« umfasst als klassifikatorischer Begriff in Anlehnung an *Hugo Sinzheimer* die Gesamtheit des staatlichen und autonom gesetzten Rechts, das sich auf das soziale Phänomen der abhängigen Arbeit bezieht. Formal relativiert das Konzept des Sozialen Rechts die vor allem in Deutschland traditionell betonte Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht. Inhaltlich greift es die Wechselbeziehungen des

Arbeitsverhältnisses mit den gesellschaftlichen Verhältnissen auf und steht für eine an der Würde, der Selbstbestimmung und der sozialen Sicherheit des arbeitenden Menschen orientierten rechtlichen Regulierung, die angesichts einer sich verändernden Arbeitswirklichkeit einer ständigen Weiterentwicklung bedarf, um diese Leitgedanken jeweils zu aktualisieren. *Hugo Sinzheimer* (1875-1945) selbst war Rechtswissenschaft-

ler, Rechtspraktiker, Rechtspolitiker sowie Rechtssoziologe und gilt als Vater des deutschen kollektiven Arbeitsrechts.

- Zum Begriff »Soziales Recht«: *Seifert*, SR 2011, 62–73 sowie *Eichenhofer*, SR 2012, 76–83 und SR 2022, 170–192.
- Zur früheren »Zeitschrift für soziales Recht«: *Kocher*, SR 2013, 53–63.

Sozialrechtliche Regulierung der Löhne von Dienstleistungserbringern

PROF. DR. KARL-JÜRGEN BIEBACK, UNIVERSITÄT HAMBURG¹

ZUSAMMENFASSUNG Viele gesetzliche Vorgaben an die Preisverhandlungen von Pflegeleistungen sollen das Lohnniveau in der Pflege erhöhen. Dabei werden die Löhne nach Tarifvertrag (TV) oder kirchlichen Arbeitsvertrags-Richtlinien (AVR) als Orientierung vorgeschrieben. Die Modelle werden dargestellt, ihre Spielräume, Wahlmöglichkeiten und Kontrollen sowie die diskriminierenden Wirkungen zwischen an TV/AVR gebundenen und nicht gebundenen Anbietern und die Grundrechtspositionen der Anbieter und der TV/AVR Gebundenen werden analysiert.

ABSTRACT Many legal requirements for the price negotiations of care services are intended to increase the wage level in the care sector. The wages according to collective agreements (CA) or labour contract guidelines of the Churches (LCG) are prescribed as orientation. The models are presented, their scope, options and controls as well as the discriminatory effects between providers bound by CA/LCG and those not bound by CA/LCG and the fundamental rights positions of the providers and those bound by CA/LCG are analysed.

Starke Eingriffe des Sozialrechts in die Lohnbildung für die Beschäftigten sozialer Dienstleistungsunternehmen wurden nötig, weil der Markt für soziale Dienstleistungen und das System der Preisverhandlungen zwischen den Dienstleistungsunternehmen und den Sozialleistungsträgern zwei Probleme nicht lösen konnten (dazu I.). Der Wettbewerb zwischen den Unternehmen und die starke Stellung der Sozialleistungsträger führten dazu, dass die durchschnittlich höheren Löhne gemäß Tarifvertrag (TV) oder kirchlichen Arbeitsvertrags-Richtlinien (AVR) gegenüber den Löhnen der anderen Anbieter als »unwirtschaftlich« galten und in den Preisverhandlungen zwischen Einrichtungen und Sozialleistungsträgern Gefahr liefen, nicht anerkannt zu werden. Zum anderen zwang die wachsende Personalknappheit von Fachkräften dazu, die Attraktivität dieser Berufe durch Lohnerhöhungen zu steigern.

Das führte in einem ersten Schritt 2009 dazu, dass kraft Gesetz TV-Löhne in den Preisverhandlungen als »wirtschaftlich« anzuerkennen waren, was 2014 dann auf AVR-Löhne ausgedehnt wurde (unten II. – »Grundmodell«). In einem zweiten Schritt, konnten ab 2016 die nicht-Tarif/AVR-gebundenen Dienstleistungsunternehmen ihre Löhne bis zum Niveau von TV/AVR anheben, was ebenfalls in den Preisverhandlungen als »wirtschaftlich« anzuerkennen war (»Standardmodell« im SGB VI, IX, XII, teilweise SGB XI, V, unten III.). Immer ist das SGB XI vorangegangen und hat 2021/22 noch weitergehend reguliert: Nunmehr lassen die Sozialleistungsträger Pflegeunternehmen nur noch zur Leistungserbringung zu, wenn diese Löhne nach TV/AVR oder einem TV/AVR basierten Lohndurch-

schnitt zahlen (unten IV.). Das legislative, sozial- und arbeitsrechtliche und sozialpolitische Umfeld gilt es im Folgenden zu analysieren. Diese Entwicklung ist Teil eines vielfältigen, meist bestärkenden Umgangs des Sozialrechts mit Tarifverträgen.² Aber das Modell 2021/22 im SGB XI gefährdet sie auch.

I. »Marktstrukturen« sozialer Pflege-, Integrations- und Reha-Dienstleistungen im SGB

Die Regulierung der Preise und Löhne vor allem im SGB XI ist ein Teil der »Gesamtregulierung« der Leistung. Man muss die besondere Marktsituation und ihre Gesamtregulierung beachten. Außerhalb der Sondersysteme ärztliche Versorgung und Krankenhäuser sind die wesentlichen Merkmale:

1. Zulassung zur Versorgung

Die Zulassung zur Versorgung ist mengenmäßig nicht begrenzt. Allerdings müssen die Unternehmen bestimmte, durchweg gesetzlich geregelte Anforderungen erfüllen. Das wird im Verfahren der Zulassung durch einen Zulassungsvertrag mit den Kostenträgern (zB. SGB XI) oder durch einen Verwaltungsakt geprüft und festgestellt. Nur im SGB XI wurde die Zulassung 2008 bis 2012³ und seit 2021/22 über die Zulassungsbedingungen an eine bestimmte Höhe der Lohnzahlung der Dienstleister gebunden (unten IV.).

2. Vertragsregime für die Regelung der Entgelte

Im SGB XI und teilweise auch im SGB XII bezahlen die Versicherten einen Teil der Leistung selbst, so dass der Wettbewerb um die »Kunden« über den Preis einen erheblichen Druck auf

¹ Professor aD. Universität Hamburg. Der Beitrag ist aus dem vom HSI geförderten Projekt »Sozialrechtliches Leistungserbringungsrecht und die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie« entstanden und wird in gekürzter Form publiziert werden in *Brockmann/Welti* (Hrsg.), Sozialrecht und Tarifbindung – Regulierung von Arbeitsbedingungen durch Leistungserbringungsrecht?, HSI-Schriftenreihe, Frankfurt a.M., im Erscheinen. Der Verfasser dankt allen Beteiligten des Projekts für die Diskussion im Projekt, Hinweisen und Anregungen.

² *Hlava*, SR 2021, 233 ff.

³ Zulassung gem. § 72 Abs. 3 Nr. 2 SGB XI nur, wenn der »ortsübliche Lohn« gezahlt wird, den wiederum TV/AVR bestimmen sollten (BT-Drs. 26/7439, S. 67). Kritik: *Hänlein*, Externer Vergleich und ortsübliche Vergütung, Freiburg im Breisgau 2010, S. 26 ff.

die Löhne ausübt (»Abwärtsspirale«). Denn sie machen bei diesen Dienstleistungen idR. 80 % und mehr der Kosten aus.

Gleichzeitig werden im SGB V, VI, VIII, IX, XI und XII die *Preise zwischen den Leistungsanbietern und den Sozialleistungsträgern ausgehandelt*. Sie gelten in der Pflege dann auch für den Vertrag zwischen den Versicherten und den Leistungsanbietern (§ 89 SGB XI, § 7 Abs. 2 S. 2, S. 3 und § 15 WVG). Kommt es zu keiner Einigung über die Entgelte, gibt es auf Antrag einer Partei durchweg eine »Zwangsschlichtung« (Schiedskommission oder Schiedsperson).⁴ Zudem gelten für alle Träger und Erbringer von Sozialleistungen das *Gebote der Wirtschaftlichkeit* (§ 69 SGB IV, § 70 SGB V, § 38 Abs. 3 SGB IX, § 72 Abs. 3 SGB XI etc.). Auch das führt tendenziell zu einer »Bevorzugung« der Einrichtungen mit den geringsten Kosten, also zu einem Druck auf die Personalkosten/Löhne.

3. Marktasymmetrien im Verhandlungssystem

Die schwache Verhandlungsposition der Pflegekräfte auf dem Arbeitsmarkt und die geringe Geltungsweite der TV sind an anderer Stelle intensiv erörtert worden:⁵ Niedriger gewerkschaftlicher Organisationsgrad⁶; keine Betriebsräte; der hohe Anteil an Teilzeitbeschäftigten⁷ schwächt die Durchsetzungskraft und den Durchsetzungswillen; privat-gewerbliche Arbeitgeber sind sehr heterogen und unter 1 % von ihnen sind tariflich gebunden,⁸ mehr Verbreitung haben die kollektiven Lohnregulierungen (Arbeitsvertragsrichtlinien AVR) der kirchennahen Einrichtungen.⁹ Zur Absicherung und gar Erhöhung des Lohnniveaus gibt es gerade in der Pflegebranche spezielle Varianten der klassischen arbeitsrechtlichen Instrumente: spezieller Mindestlohn für Pflegepersonal¹⁰ (§ 10–13 AEntG) und spezielle Regelungen der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen der Pflegebranche (§ 7a Abs. 1a, 12a AEntG¹¹). Die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrags zwischen ver.di und BVAP vom 1. Februar 2021,¹² war an der Vetoposition der kirchlichen Kommissionen gem. § 7a Abs. 1a S. 3–5 AEntG gescheitert¹³.

a) Der Wettbewerb auf dem Pflegemarkt konzentriert sich zunehmend mehr auf die Gewinnung von Personal. Denn die Nachfrage nach ambulanten und stationären Pflegeleistungen übersteigt das Angebot, das mangels Pflegepersonals aber nicht entsprechend wächst.¹⁴ Fehlen in

Heimen Fachkräfte, kann die notwendige Fachkraftquote nicht erfüllt werden, weshalb die Pflegeplätze verringert werden müssen, was die Gemeinkosten pro Platz steigen lässt und die Rentabilität gefährdet.¹⁵

b) Es gibt einen TVöD Pflege,¹⁶ der aber auf Krankenhäuser und Psychiatrien begrenzt ist. Mit der einheitlichen Pflege-Ausbildung wird die Konkurrenz zwischen dem besseren Arbeitsentgelte zahlenden Krankensektor und der Altenpflege um Pflegepersonal stärker werden.¹⁷

II. Grundmodell: Anerkennung der Tariflöhne als »wirtschaftlich«

Für das neue SGB XI sollte bei der Festlegung der Preise für Pflegeleistungen der Pflegeeinrichtungen nicht mehr das Selbstkostenerstattungsprinzip, sondern das Marktprinzip gelten.¹⁸ Folglich betonte das BSG 2000,¹⁹ der Wettbewerb bestimme die Preise, Quantität und Qualität der Leistungen; nur die unteren Preise am Markt genügen den Anforderungen der »Wirtschaftlichkeit« der Leistungserbringung. Höhere Lohnkosten der Tarif/AVR-gebundenen Einrichtungen als wirtschaftlich gerechtfertigt anzusehen, sei in einem Wettbewerbssystem nicht zu akzeptieren.²⁰

Aber so eindeutig, wie das BSG meinte, war das gesetzliche Konzept schon 1995 nicht;²¹ zusätzlich sahen ab 2001 §§ 84/85 SGB XI vor, dass die individuelle Kosten- und Leistungsstruktur der Leistungserbringer offen zu legen und in der Verhandlung zu berücksichtigen seien.

1. Entwicklung

Bei den »Lohnkosten« erfolgte die Abkehr vom Marktprinzip deutlich 2008,²² wonach Einrichtungen nur noch zuzulassen waren, die ihren Beschäftigten eine »ortsübliche Arbeitsvergütung« zahlten (§ 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XI) – ohne dass allerdings die Vorgaben für die Preisverhandlungen geändert wurden. Die Gesetzesbegründung²³ verwies »im Regelfall auf fachlich und räumlich einschlägige Tarifverträge«. Das stieß zwar als Zulassungsbedingung auf zahlreiche Vorbehalte.²⁴ Aber für die Preisverhandlungen stellte das BSG 2009, in Korrektur des Urteils von 2000, fest, TV-Löhne seien immer als wirtschaftlich anzusehen. Neben dem Verweis auf das Gesetz von 2008 und seine Motive begründete es diese Kehrtwende damit, es gelte zu verhindern über den externen Vergleich der Nicht-Tarif-Gebundenen mit den tarifgebundenen Einrichtungen

4 Ausführlicher *Bieback*, NZS 2024, 561.

5 Beiträge von *Schröder*; *Genster/Gruß*; *Evans-Borchers*, in: *Brockmann/Welti* (Fn. 1), im Erscheinen.

6 *Schröder ua.*, Kollektives Beschäftigtenhandeln in der Altenpflege, Studie der Hans-Böckler-Stiftung, Nr. 373, 2017, 103. *Schröder*, in: *Brockmann/Welti* (Fn. 1), im Erscheinen; *Genster/Gruß*, in: *Brockmann/Welti* (Fn. 1), im Erscheinen.

7 *Senghaas/Struck*, IAB-Forschungsbericht 08/2023.

8 *Lenzen/Evans-Borchers*, Tariffreie in der Altenpflege, IAT, 32/3, https://www.iat.eu/aktuell/veroeff/2024/Tariffreie_in_der_Altenpflege_Evans-Borchers_Lenzen.pdf (11.9.2024); *Lenzen/Evans-Borchers*, in: *Brockmann/Welti* (Fn. 1), im Erscheinen.

9 *Heger/Augurzyk/Kolodziej/Wuckel/Hollenbach*, Pflegeheim Rating Report 2022, S. 51 ff.

10 Grundsätzlich *Papperger*, Mindestlohn in der Pflege, 2016.

11 Gesetz vom 22.11.2019, BGBl. 2019 I, S. 1756.

12 *Genster/Gruß*, in: *Brockmann/Welti* (Fn. 1), im Erscheinen; dazu auch <https://gesundheits-soziales-bildung.verdi.de/tarifbereiche/altenpflege/++co+cb4d5a60-6467-11eb-ac5d-001a4a160100> (11.9.2024).

13 Zum Ganzen: *Genster/Gruß*, in: *Brockmann/Welti* (Fn. 1), im Erscheinen; *Liebscher/Rinckhoff*, 8AT 2021, 249, 250; *Theobald*, Sozialer Fortschritt 2022, 749, 762/3. Zur Ablehnung durch die Caritas: <http://www.caritas.de/fuerprofis/fachthemen/gesundheits-der-tarifvertrag-in-der-altenpflege-komm> (11.9.2024).

14 *Klie* in: *Storm* (Hrsg.), DAK Pflegereport 2024, Hamburg/Freiburg 2024, S. 1 ff. mwN.

15 Zu wachsenden Insolvenzen im stationären Pflegesektor Handelsblatt v. 5.9.2024: www.handelsblatt.com/politik/pflegekrise-diese-daten-zeigen-schliessungen-und-insolvenzen-der-pflegeheime/100065546.html (10.9.2024).

16 <https://jobs.springermedizin.de/pflege-karriere/gehalt/tvoed-pflege> (11.9.2024).

17 *Lenzen/Evans-Borchers*, Tarifgerechte Entlohnung in der Pflege im Spiegel der Attraktivität des Pflegeberufs, Gelsenkirchen 2024, S. 15 f.; *Genster/Gruß*, in: *Brockmann/Welti* (Fn. 1), im Erscheinen.

18 BT-Drs. 12/5262, S. 84 r. Sp. »Ein Selbstkostendeckungsprinzip nach dem Vorbild des Krankenhausfinanzierungsgesetzes ist nicht vorgesehen«. Ähnlich auch der Tenor anderer Gesetze dieser Zeit: BT-Drs. 12/3608, S. 130 ff. zum GSG und BT-Drs. 12/5510, S. 10 ff. zu § 93 BSHG. Zum Ganzen *Udsching*, SGB 2024, 125.

19 BSG, 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R – BSGE 87, 199, Rn. 23 f. mit Verweis auf Einschränkungen schon im SGB XII.

20 BSG, 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R – BSGE 87, 199, Rn. 26 die »nicht für alle Einrichtungsträger geltende Tarifbindungen [...] kann [...] nach der gesetzlichen Abkehr vom Kostenerstattungsprinzip grundsätzlich keine Berücksichtigung mehr finden«.

21 *Bieback*, FS Igl, 2017, S. 185–196.

22 PflegeWEG vom 28.5.2008, BGBl. 2008 I, S. 874.

23 BT-Drs. 26/7439, S. 67.

24 *Papperger*, Mindestlohn in der Pflege, Baden-Baden 2016, S. 308 f. mwN.

gen nur noch die Löhne der Nichtgebundenen als »wirtschaftlich angemessen« anzuerkennen, was »eine Vergütungsspirale nach unten [...] auf Kosten [...] der Arbeitsvergütung« in Gang setzen würde; lapidar wird bemerkt, das habe auch schon vorher gegolten.²⁵

Erst im Pflegestärkungsgesetz I von 2014²⁶ wurde auf Anregung des Bundesrats²⁷ im Bundestagsausschuss unter Verweis auf die Rechtsprechung des BSG²⁸ und – im Unterschied zum Bundesrat – jetzt *erweitert um die AVR* eingefügt:²⁹

- › *»Die Bezahlung tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden« (§ 84 Abs. 2 S. 5 und Abs. 7 sowie § 89 Abs. 1 S. 3–5 und Abs. 3 SGB XI; gleichzeitig auch § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX).*

Das sollte nach Ansicht des Bundesrats³⁰ die »Tarifvertragslohn-Anerkennung« sicherstellen und »ein deutliches Signal setzen, dass in der Pflege überall angemessene Löhne zu zahlen sind und eine Weitergabe des Kostendrucks an das Personal – gerade vor dem Hintergrund des Fachkräftemangels – nicht legitim ist«. Dies gilt und galt nur für pflegende Beschäftigte, nicht für Beschäftigte außerhalb der Pflege.

Zusätzlich konnten die Kostenträger kontrollieren, dass diese Löhne auch ausgezahlt werden (§ 84 Abs. 7 SGB XI nF):

- › *»Der Träger der Einrichtung ist verpflichtet, [...] die entsprechende Bezahlung der Beschäftigten jederzeit einzuhalten. Auf Verlangen einer Vertragspartei hat der Träger der Einrichtung dieses nachzuweisen.«*

Werden die Löhne nicht gezahlt, kann die gezahlte Vergütung von den Kostenträgern (Pflegekassen und Sozialhilfe) zurückgefordert werden (§ 115 Abs. 3 SGB XI).

2. Tarifvertragliche Probleme des Grundmodells

Gibt es – wie das BSG voraussetzte – einen Anspruch der tarifgebundenen Dienstleister gegen die Kostenträger, dass die tariflich bedingten Lohnkosten als wirtschaftlich anzuerkennen seien? War der Wandel des BSG von 2000 zu 2009 also geboten und gilt er nicht nur für das SGB XI?

Das BSG rechtfertigte seine Wendung 2009 zwar ohne empirischen Beleg damit, dass »Arbeitskräfte üblicherweise nur zu den tariflichen Lohnbedingungen am Arbeitsmarkt gewonnen werden können«.³¹ Das will deutlich machen: Hier geht es um »Marktlöhne«. Modifiziert man das zu einer nor-

mativen, nicht tatsächlichen Begründung, hieße es: TV-Löhne verdienen gem. Art. 9 Abs. 3 GG besonderen Schutz und besondere Anerkennung; sie sind der einzige Anhaltspunkt für sozialstaatskonforme und vertragsgerechte Löhne;³² eine »tarifvertragsfreundliche Interpretation« der Gebote der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit ist geboten. Ähnliche (Rechtfertigungs-) Argumente spielen bei der Durchsetzung der Tarif-»Treue« im Vergabeverfahren (§ 128 Abs. 1 und Abs. 2 GWB) eine Rolle.³³

Verstärkt wird diese Pflicht zur Anerkennung von Tariflöhnen durch die Pflicht der Sozialleistungsträger, eine ausreichende Anzahl von Dienstleistern zur Verfügung zu stellen (Struktursicherungsauftrag: § 70 Abs. 1 S. 1 SGB V, § 36 Abs. 1 SGB VI, § 35 Abs. 1 SGB IX, § 69 SGB XI).

III. Standardmodell im SGB XI, SGB V, SGB VIII, SGB IX, SGB XII

1. Ausweitung des Grundmodells auf nicht kollektiv gebundene Unternehmen

Erst im Ausschussbericht nach der Anhörung³⁴ verallgemeinerte das Pflegestärkungsgesetz III 2016, das Grundmodell. Auch nicht tarifgebundene Einrichtungen (*Tarifanwender*) können ihre Löhne *bis zum Tarif-/AVR-Niveau* bei den Verhandlungen mit den Kostenträgern als »wirtschaftlich angemessen« refinanziert bekommen:

- › *»Die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden.« (§ 84 Abs. 2 S. 5 SGB XI 2016).*

Übertarifliche Bezahlung ist allgemein nur noch dann als »wirtschaftlich« anzuerkennen, wenn es für sie einen »sachlichen Grund«³⁵ gibt. Und die Vorschriften über den Nachweis der Weitergabe der »bewilligten« Lohnkosten an die Beschäftigten (§ 84 Abs. 7 SGB XI) und Sanktionen und Rückzahlungspflichten bei Verstoß (§ 115 Abs. 3 SGB XI) galten auch für die Tarifanwender.

2. Verbreitung des Standardmodells

Dieses Modell wurde sodann auf das Vertragsrecht vieler Bücher des SGB übertragen und wird zum SGB-Standardmodell. Jedoch gilt es *außerhalb des SGB XI immer für das gesamte Personal*. Andererseits gibt es außerhalb des SGB XI nur die Pflicht die geltend gemachten Lohnkosten auf Verlangen der

25 BSG, 29.1.2009 – B 3 P 7/08 R – BSGE 102, 227, juris Rn. 35/6; BSG, 17.12.2009 – B 3 P 3/08 R – BSGE 105, 126, Rn. 56 und 63 und danach BSG, 16.5.2013 – B 3 P 2/12 R – BSGE 113, 258–270, Rn. 16 (Zitat)/17.

26 Forderung des Bundesrats BT-Drs. 18/2379, Nr. 14 S. 10 und einiger Verbände in der Anhörung: AWO Bundesverband, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18_14_0049-23, S. 13 und Caritasverband 18_14_0049-14, S. 22, mit der Forderung auch die Bindung an kircheneigene Regelungen einzubeziehen.

27 BT-Drs. 18/2379, S. 10 Nr. 14 zu Art. 1 Nr. 24a.

28 BT-Drs. 18/2379, S. 10 zu Nr. 14; BT-Drs. 18/2909, S. 44 zu Nr. 24a – neu und 26a – neu.

29 BT-Drs. 18/2909, S. 44, zu Nr. 24a – neu – (§ 84 Abs. 2 S. 5 und Abs. 7 SGB XI) und zu Nr. 26a – neu – (§ 89 Abs. 1 S. 3 bis 5 und Abs. 3 SGB XI).

30 Stellungnahme des Bundesrats BT-Drs. 18/2379, S. 10 zu Nr. 14 zum Entwurf 1. PflStG.

31 BSG, 29.1.2009 – B 3 P 7/08 R – BSGE 102, 227 = SozR 4-3300 § 85 Nr 1 Rn. 36; ebenso: BSG, 17.12.2009 – B 3 P 3/08 R – BSGE 105, 126, Rn. 56 und 63 und danach BSG, 16.5.2013 – B 3 P 2/12 R – BSGE 113, 258–270, Rn. 17.

32 Rödl, WSI Mitt 2023, 168, 172 f.; Klocke, Tarifautonomie und Außenseiter, Tübingen 2023 (zugl. Halle-Wittenberg, Univ., Diss. 2022) S. 252 ff., 281 f.; ausführlich auch zu den Grundlagen im internationale Recht Hlava, SR 2021, 233, 234–236.

33 BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – AP GG Art. 9 Nr. 129; EuGH, 17.11.2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155; Lakies/Rödl, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 5 Anhang 1 Rn. 54; Krause, AuR 2020, 152, 155.

34 Protokoll 18/90 des Gesundheitsausschusses S. 29/39, Wortprotokoll Anhörung 3. PSG 90_17-10-2016_psg-iii-data, mit Stellungnahmen für die Ausdehnung der Vertreter des Deutschen Pflegerats, des AOK Bundesverbands und des Bundesverbands privater Anbieter sozialer Dienste eV., bpa. Der Bundesrat befürwortete sie ebenfalls, BR-Drs. 720/16, S. 9.

35 BT-Drs. 18/10510, S. 116 nennt: besondere Leistungsverantwortung und Übernahme besonderer Aufgaben. Ganz anders und weiter jetzt: § 6 Abs. 6 Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 82c Abs. 4 SGB XI zum Verfahren nach § 82c Abs. 1 bis 3 und 5 SGB XI (Pflegevergütungs-Richtlinien) idF. vom 12.7.2023 unter: http://www.gkv-spitzenverband.de/pflegeversicherung/richtlinien_vereinbarungen_formulare/richtlinien_vereinbarungen_formulare.jsp, dort unter »Rahmenverträge...« (11.9.2024).

Kostenträger nachzuweisen; Sanktionen fehlen. Das Standardmodell findet sich jetzt in:

Norm mit Formel des Standardmodells	Nachweis der Entlohnung nach TV/AVR
SGB XI § 82c Abs. 2a (nicht-pflegendes Personal)	Schärfere Kontrolle, Sanktionen, Rückzahlung § 84 Abs. 7, § 115 Abs. 3 SGB XI
SGB IX § 38 Abs. 2 (restriktiver aber: § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX »tariflich vereinbarter«) ³⁶	Nur allg. Nachweisverpflichtung
SGB XII § 75 Abs. 2 S. 13	Eigene Regeln mit Sanktion Rückzahlung §§ 78, 79 SGB XII
SGB V § 111 Abs. 5 S. 3, § 111c Abs. 3 S. 3 Reha	Nur allg. Nachweisverpflichtung § 111c Abs. 3 S. 4
§ 132d SGB V iVm. § 16 Abs. 1 Rahmenvertrag (spezialisierte ambulante Palliativversorgung)	Nur allg. Nachweisverpflichtung § 16 Abs. 1 Rahmenvertrag
SGB V § 132 Abs. 1 S. 2 (Haushaltshilfe), 132a Abs. 4 S. 5–6 (häusliche Krankenpflege), § 132l Abs. 5 S. 2 und 3 (außerklinische Intensivpflege)	Da institutionell und personell eng mit Neuregelung im SGB XI verbunden ist letztlich Verfahren SGB XI entscheidend
§ 15 Abs. 3 S. 5 und Abs. 8 S. 2 Nr. 3 SGB VI Reha	Nur allg. Nachweisverpflichtung; noch im Werden

Die Vorgaben an die *RV-Träger* für die Regelung der Zulassung von Reha-Einrichtungen und die Entgelt-Verhandlungen folgen noch dem Grundmodell (§ 15 Abs. 3 S. 5 und Abs. 8 S. 2 Nr. 3 SGB VI).³⁷ Während das bisherige Vergütungssystem rein von den Maximen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit bestimmt wurde, heißt es nun: »Dabei hat sie tariflich vereinbarte Vergütungen sowie entsprechende Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen zu beachten«, in Abs. 8 S. 2 heißt es sogar »[...] besonders zu beachten«. Die Materialien³⁸ verweisen allerdings auf das weitergehende Standardmodell in § 38 Abs. 2 SGB IX als Vorbild. Daraus kann gefolgert werden, dass die nichtkollektivgebundenen Arbeitgeber auch Tarifgehälter zahlen können und dies von der GRV refinanziert werden muss.³⁹

3. Zentrale Vagheit: Was ist als Vergütung anzuerkennen? Maßgeblich sind die »Gehälter« – ein Begriff, der im SGB nicht definiert ist. Definiert ist das (beitragspflichtige) Arbeitsentgelt/Arbeitseinkommen (§14/15 SGB IV), was als »Einnahme« aus einem Arbeitsverhältnis verstanden wird,⁴⁰ weshalb

§ 1 SvEV⁴¹ einige Entgeltbestandteile ausschließt. Da es hier aber um die Refinanzierung von »Aufwendungen« geht (§ 84 Abs. 2 S. 3 SGB XI), liegt es nahe, zum »Gehalt« nicht nur den Monatslohn, sondern auch anderen »Personalaufwand« zu zählen (zB. die SV-Beiträge, Sonderzahlungen, betriebliche Alterssicherung).⁴² Die Grenze aber bleibt unklar.

2021/22⁴³ definierte das SGB XI nunmehr im neuen Modell (unten IV.1.a) präziser, welche Vergütungsbestandteile genau zum für Nicht-Tarif/AVR-Gebundene maßgeblichen Durchschnittsniveau zu zahlen sind (§ 72 Abs. 3b S. 2 SGB XI idF vom 28. Juni 2022). Dort wird dann auch bei der Anerkennung als »wirtschaftlich« zwischen den TV/AVR-Gebundenen (»Gehälter«) und den Nichtgebundenen (»Entlohnungsbestandteile«) unterschieden (§ 82c Abs. 1 und Abs. 2 SGB XI).

4. Tarifvertragliche und arbeitsrechtliche Probleme des Standardmodells

a) Ziele des Modells

(1) Verhinderung einer Lohnspirale nach unten und Steigerung der Löhne

Mit dem Standardmodell 2016 wollte der Gesetzgeber mit derselben Begründung wie 2014 zum Grundmodell »ein deutliches Signal setzen, dass in der Pflege überall angemessene Löhne zu zahlen sind und eine Weitergabe des Kostendrucks an das Personal – gerade vor dem Hintergrund des Fachkräftemangels – nicht legitim ist.«⁴⁴ Diese Ziele scheinen auch erreicht worden zu sein. In den Jahren 2012 bis 2019 sind die Löhne in der Altenpflege überdurchschnittlich, in der Krankenpflege dagegen nur durchschnittlich gestiegen.⁴⁵ Das fiel ab 2014 mit der Anerkennung der TV und ab 2016 mit der Einführung und Praktizierung des Standardmodells zusammen. Bei aller Schwierigkeit direkte Kausalitäten nachzuweisen, spricht das dafür, dass das Modell seine Ziele erreicht hat.⁴⁶

Beide Ziele, Verhinderung einer Lohnspirale nach unten und Steigerung der Löhne, sind vom Bundesverfassungsgericht⁴⁷ mehrfach – meist in Verbindung mit der Ausdehnung der Geltung von TV – als wichtige, eigenständige Ziele zur Regulierung des Arbeitsmarktes und der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit von Arbeitgebern anerkannt worden.⁴⁸ Die Freiheit der Arbeitgeber, jederzeit ihre Entgelte an die der Tarifverträge anzupassen, wird eher abgesichert, ein Zwang zur »Tariftreue« besteht nicht. Geht die Lohnzahlung über das Tarifniveau hinaus, wird sie allerdings bei *allen* Leistungsanbietern auf ihre

36 Diese Diskrepanz wurde in der Literatur nirgendwo diskutiert. Vgl. jetzt *Schaumberg*, in: *Brockmann/Welti* (Fn. 1), im Erscheinen.
 37 § 15 idF. Art. 3 Nr. 2 Gesetz vom 11.2.2021, BGBl I, S. 154 mWV. 1.7.2023.
 38 BT-Drs. 19/23550, zu Art. 3, S. 94, zu Nummer 2, Buchstabe b, zu Nummer 3 und S. 98 zu Abs. 8. Erst der BT-Ausschuss hat die jetzige Formulierung in Abs. 2 S. 1 Nr. 2 eingefügt, BT-Drs. 19/24487 (neu), S. 8, Nr. 5 zu Artikel 3, c, aa), bbb), S. 20 »Mindestkriterien an das zu entwickelnde Vergütungssystem«, S. 29 Orientierung an den tatsächlich gezahlten Vergütungen und Löhnen.
 39 *Kreikebohm*, NZS 2023, 361, 364; *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, Das neue System der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Rentenversicherung, Berlin 2024, S. 110–112.
 40 *Zieglmeier*, in: *Körner/Krasney/Mutschler/Rohlf*s (Hrsg.), *beck-online.GROSSKOMMENTAR SGB IV*, München 2024, § 14 SGB IV Rn. 5 ff.

41 BGBl. 2006 I, S. 3385.
 42 So auch *Schütze*, in: *Udsching/Schütze* (Hrsg.), SGB XI, 5. Aufl., München 2018, § 84 Rn. 32, wobei nicht jeder tariflich begründete Personalaufwand als »wirtschaftliche« zu akzeptieren sei.
 43 Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz vom 11.7.2021 (GVWG), BGBl. I, S. 2754.
 44 Bericht BT-Ausschuss zum PSG III BT-Drs. 18/10510, S. 27 und 115/116.
 45 *Carstensen/Seibert/Wiethölter*, Entgelte von Pflegekräften 2022, IAB, Nürnberg 2023.
 46 Diskussion bei *Lenzen/Evans-Borchers*, Tarifgerechte Entlohnung in der Pflege im Spiegel der Attraktivität des Pflegeberufs, Gelsenkirchen 2024, S. 5 f.
 47 Zuletzt BVerfGE, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202 (Tariftreue im Vergaberecht) Rn. 87 bis hin zu BVerfGE, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 – BVerfGE 55, 7, 23 f. Rn. 44 f. (AV TV II) und vor allem BVerfGE, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 342 (AV TV I) Rn. 57 f., 61; BVerfGE, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 – BVerfGE 77, 84, 107 (Verbot AN-Überlassung) Rn. 77.
 48 Umstritten, vgl. *Hänlein* (Fn. 2), S. 26 ff.; *Papperger*, Mindestlohn in der Pflege, Baden-Baden 2016, S. 308 f. mwN.

wirtschaftliche Angemessenheit geprüft. Zudem diene das Mittel auch noch dem Ziel, die Konkurrenz auf die vielfältigen Aspekte der Qualität der Dienstleistung zu verlagern.

(2) Gleiche Bedingungen für die Konkurrenz um Arbeitskräfte

Gerechtfertigt wurde die Ausweitung des Grundmodells auch damit, den nicht-kollektiv gebundenen Arbeitgebern zu ermöglichen, mit den TV/AVR-Gebundenen effektiv um Arbeitskräfte konkurrieren zu können.⁴⁹

b) Eingriff in Grundrechte der kollektiv gebundenen Arbeitgeber

(1) Schutz gegen Übernahme der eigenen TV

Es gibt keinen Schutz der TV-Parteien davor, dass die nicht-Tarif/AVR-gebundenen Arbeitgeber Löhne auf dem Niveau der Tarife zahlen (unten IV.5.a). Dass den Nicht-Tarifgebundenen die Zahlung von TV/AVR-Löhnen erleichtert wird, stärkt aber auch das TV/AVR-System (Verhinderung der Lohnspirale nach unten). Insoweit liegt kein Eingriff in die Koalitionsfreiheit der Tarifparteien vor.

(2) Ungleiche Durchsetzung der Tarif/AVR-Entgelte

Zwar sehen wie gezeigt (III.2.) alle Regelungen vor, dass die Kostenträger die Zahlung der geltend gemachten Tarif/AVR-Entgelte kontrollieren können. Aber nur das SGB XI und das SGB XII enthalten eigene Sanktionen. Und alles ist im Nachhinein und geschieht in komplizierten Verfahren. Aber diese speziellen sozialrechtlichen Regelungen sind in ganz unterschiedliche arbeitsrechtliche Systeme eingebettet, die insgesamt zu sehr unterschiedlichen Kontrollen führen.

- a) Die Ansprüche aus Tarifverträgen und AVR werden publiziert, die Beschäftigten kennen ihre Rechte und können sie individuell einklagen. Bei den Tarif/AVR-Anwendern gibt es keine Publizität für die Beschäftigten. Die Ankündigung welcher TV/AVR als Referenzgröße dient, geschieht nur gegenüber den Kostenträgern. Arbeitsrechtlich dürfte das Standardmodell keine Regelungen zu Gunsten der Beschäftigten sein.⁵⁰ Nichts spricht für eine automatische arbeitsrechtliche Inkorporation in den Arbeitsvertrag,⁵¹ etwa durch einen »Vertrag zu Gunsten Dritter«. Sozialrechtlich vorgeschrieben ist die Übernahme in die Arbeitsverträge aber nicht (zum neuen Modell von 2021/22 unten IV.5.a)(2)).⁵²
- b) Hinzu kommt, dass es im Gegensatz zu den wenigen TV-gebundenen und zu den ca. 20 % AVR-gebundenen Arbeitgebern bei den Nicht-Gebundenen so gut wie keine betrieblichen Interessenvertretungen gibt,⁵³ die die interne Kontrolle der Lohnzahlungen ausüben könnten.

Diese beiden Unterschiede sind gravierend. Aber sie sind »struktureller«, »systemischer« Natur. Deshalb ist es schwer zu begründen, dass das eine Diskriminierung nach Art. 3 GG sei, die individuell von Beschäftigten oder den TV/AVR-Parteien geltend gemacht werden kann.

c) Ungleichbehandlungen

(1) Differenzierung zwischen pflegenden und nichtpflegenden Beschäftigten

Gezielt⁵⁴ sollten im SGB XI die nichtpflegenden Beschäftigten gegenüber den pflegenden ungleich behandelt werden. Seit der Einführung des neuen Modells 2021/22 gilt dies nur für pflegende Beschäftigte, die Nichtpflegenden kommen nunmehr in den Genuss des Standardmodells (§ 82c Abs. 2a SGB XI),⁵⁵ das vorher für sie nicht galt. In allen anderen Zweigen des SGB gilt das Standardmodell dagegen für *alle* Beschäftigte.

Rechtfertigen lässt sich diese Ungleichbehandlung im SGB XI nur mit dem Ziel, gerade bei den Pflegekräften über Lohnsteigerung den Personalengpass abzumildern. Fehlt es einem Dienstleister an dem erforderlichen Fachpersonal (zB. gem. § 113c SGB XI), muss er seine Kapazitäten und damit auch die Beschäftigung der anderen Qualifikationen verringern. In den anderen Bereichen eines Pflegeunternehmens (Hotelbetrieb etc.) kann man auf den allgemeinen Arbeitsmarkt zurückgreifen. Das dürfte als Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ausreichen,⁵⁶ auch wenn die anderen Zweige des SGB, die ja genauso von diesem Personalmangel betroffen sind, ohne diese Differenzierung auskommen.

Bei immer noch bestehender Konkurrenz über den Preis um neue Kunden, ist der Vorteil der TV/AVR-Gebundenen, die Löhne des nichtpflegenden Personals nach dem im TV/AVR festgelegten Niveau refinanziert zu bekommen, kein Ansporn Tariflohn zu zahlen. Vielmehr beziehen die TV/AVR-gebundenen Arbeitgeber immer mehr hauswirtschaftlichen Leistungen von (unternehmenseigene) Servicegesellschaften, die außerhalb von TV/AVR stehen, um zumindest hier mit den nichtgebundenen Einrichtungen gleichziehen zu können.

(2) Selektive Weitergabe des Spielraums bei der Refinanzierung der Löhne

Für alle Einrichtungen war im SGB XI die übertarifliche Bezahlung allgemein in § 84 Abs. 2 S. 6 SGB XI (2016) geregelt: »Für eine darüber hinausgehende Bezahlung bedarf es eines sachlichen Grundes«. IdR. gibt es ähnliche Regeln auch in den anderen Büchern des SGB, wenn sie das Standardmodell übernehmen. Der Bundesrat⁵⁷ sah aber bei der Novellierung des SGB XI zu Recht die Gefahr, dass das Tarifsystem entwertet wird, indem die nichtgebundenen Arbeitgeber selektiv die besonders knappen Fachkräfte (Pflegedienstleitungen) nach dem höchsten Tarif/AVR (plus eventuell übertariflicher Zuschläge)

49 BT-Drs. 18/10510, S. 26, 116.

50 So für das Modell 2021/22 Richter, NZA 2023, 481, 482.

51 Andeutungsweise Harmann, RdA 2023, 90, 93 »Selbstverpflichtung auch den Beschäftigten gegenüber«.

52 Dazu Hinzpeter-Schmidt, ZAT 2022, 117, 120 f.

53 Vgl. Genster/Gruß, in: Brockmann/Welti (Fn. 1), im Erscheinen.

54 So auch Begründung Gesetz vom 19.6.2023 – BGBl. I 2023, Nr. 155, BT-Drs. 20/6544, S. 76/77, zu Nr. 30, zu Buchstabe a.

55 Richter, NZS 2023, 481, 482/3 über Verweis auf die alte Rspr. des BSG, 20.1.2009 – B 3P 7/08 R – NZS 2010, 35.

56 Bedenken ohne klares Urteil bei Hinzpeter-Schmidt, ZAT 2022, 117, 120 unter VIII. Wahrscheinlich noch auf dem alten Gesetzesstand bezieht Richter, NZS 2023, 481, 483 zu Recht das nichtpflegende Personal ein.

57 BR-Drs. 720/16, S. 8–10.

den anderen Beschäftigten aber niedrigere Löhne bezahlen und dadurch mit niedrigeren Preisen gegenüber den durchgängig Tarif/AVR-Gebundenen besser konkurrieren können. Diesen Bedenken ist nirgendwo explizit Rechnung getragen worden.

Diese Möglichkeit zur selektiven Übernahme der TV/AVR verstößt gegen das Ziel der Neuregelung, eine Wettbewerbsgleichheit herzustellen (oben III.4.a). Es würde auch zwischen den Tarif/AVR-Gebundenen, die alle Beschäftigten nach TV/AVR entlohnen müssen, und den Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen, denen damit eine größere Flexibilität eingeräumt wird, ungerechtfertigt zum Nachteil der Tarif/AVR-Gebundenen differenzieren und sie mittelbar auch in ihrer Koalitionsfreiheit verletzen (dazu unten IV.5.c).

Beides kann nur durch eine strikte Auslegung der Übernahmemöglichkeit und der Überschreitungsregelung im Standardmodell verhindert werden. Sie muss sich am Ziel des Gesetzes orientieren, Wettbewerbsgleichheit herzustellen. Übernommen werden können nur TV/AVR-Niveaus für *alle pflegende* Beschäftigte.⁵⁸ Damit ist ja auch weiterhin eine interne Differenzierung möglich, aber nur die, die kollektiv ausgehandelte und abgesicherte *übliche Lohndifferenzierung* der TV/AVR übernimmt.

(3) Arbeitsrechtliches Gleichbehandlungsgebot

Geht es beim Standardmodell sozialrechtlich um die Schaffung der Wettbewerbsgleichheit bei der Weitergabe der Refinanzierungsmöglichkeit der Löhne an die Beschäftigten, fehlt es arbeitsrechtlich bei der Anwendung des *arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots*⁵⁹ an einer solchen strikten Vorgabe.

Das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot setzt ein bestimmtes generalisiertes Prinzip voraus, dem der Arbeitgeber folgt und von dem er dem Inhalt, Ziel und Zweck nach dann nicht abweichen darf. Wird aber bei der Anwerbung für neue, rare Arbeitskräfte bis zur Höhe des TV/AVR-Lohnniveaus gegangen, während die anderen Fachkräfte im alten System bleiben, so wäre dies einmal eine Einzelentscheidung, die außerhalb der Reichweite des Gebots bliebe.⁶⁰ Zum anderen ließe sie sich auch durch die nach SGB XI und Heimrecht gebotene Ausstattung mit Fachkräften und zur Abwendung einer teilweisen Reduktion der Kapazitäten rechtfertigen.

Diese arbeitsrechtliche Möglichkeit des Arbeitgebers kann aber nicht die strikten Anforderungen des Sozialrechts außer Kraft setzen: Wenn der Arbeitgeber sich an den Lohnhöhen eines TV/AVR orientieren will, um in den Preisverhandlungen die sozialrechtlich normierte Anerkennung der Lohnhöhe als wirtschaftlich zu erreichen, muss er auch das gesamte System der sozialrechtlichen Marktregulierung beachten. Da die Marktregulierung des Sozialrechts vorrangig die Wahlfreiheit und Flexibilität der Arbeitgeber in den Verhandlungen mit den Kostenträgern um die Marktpreise stärkt, können sich die

Arbeitgeber gegenüber dieser sozialrechtlichen Regelung nicht auf ihre Vertragsfreiheit in der arbeitsvertraglichen Beziehung berufen.⁶¹ Denn es gibt ja im Standardmodell keinen (sozialrechtlichen) Zwang, höhere Löhne auf TV/AVR-Niveau zu zahlen. Das ist der Unterschied zum Ansatz im neuen Modell des SGB XI von 2021/22 (dort IV.1.b.(2) und IV.2.d(1)).

IV. Das neue Modell 2021/22 des SGB XI: Zwang zu Löhnen auf kollektivrechtlichem Niveau

1. Grundzüge des Modells

a) Anwendung eines TV/AVR oder Bindung an das regionale durchschnittliche TV/AVR-Entlohnungsniveau

Sehr spät wurde im Gesetzgebungsprozess des Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetzes vom 11. Juli 2021⁶², und den Änderungen durch das Pflegebonusgesetz vom 28. Juni 2022⁶³ und das Pflegeunterstützungs- und -entlastungsgesetz vom 19. März 2023 (PUEG)⁶⁴ für die *Nicht-Tarif/AVR-gebundenen Leistungserbringer* bei der Zulassung wie bei der Vereinbarung der Entgelte ein völlig neues System eingeführt.

(1) TV/AVR-orientierte Lohnzahlung wird strikte Zulassungsbedingung

Ab dem 1. September 2022 werden Leistungserbringer nur *zugelassen* (§ 72 Abs. 3a–3g SGB XI), wenn sie selbst TV/AVR-Gebunden sind oder als *Nichtgebundene* bei der »Entlohnung« des *Pflegepersonals*, dh. bei den meisten Entlohnungsbestandteilen

- die Regelungen eines Tarifvertrags (TV) oder der kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen (AVR) nicht unterschreiten, wobei die TV/AVR entweder generell fachlich, zeitlich und persönlich gelten müssen oder von einer anderen Pflegeeinrichtung zeitlich und persönlich angewandt werden (TV/AVR-Anwender) oder
- dem »regionalen üblichen Entlohnungsniveau«, dh. dem Durchschnitt der regionalen Kollektivregelungen, folgen, jeweils differenziert nach drei Qualifikationsgruppen (Durchschnittsanwender).

Schon zugelassene Einrichtungen mussten sich bis zum 1. September 2022 anpassen (§ 72 Abs. 3f SGB XI).

(2) Flexiblere Refinanzierung für die Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen

Ab dem 1. September 2022 werden die von den Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen gezahlten Löhne bei der Festsetzung der Preise für die Leistungen aber nur dann als »wirtschaftlich« anerkannt, und damit refinanziert, wenn sie das »regional[en] übliche[n] Entlohnungsniveau« plus 10 % nicht übersteigen (§ 82c Abs. 2 S. 1 SGB XI). Das gilt für die TV/AVR-Anwen-

58 So für TV/AVR-Anwender jetzt auch § 3 Abs. 4 Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 82c Abs. 4 SGB XI zum Verfahren nach § 82c Abs. 1 bis 3 und 5 SGB XI (Pflegevergütungs-Richtlinien) idF. vom 8.7.2022, www.gkv-spitzenverband.de/pflegeversicherung/richtlinien_vereinbarungen_formulare/richtlinien_vereinbarungen_formulare.jsp (11.9.2024).

59 Vgl. Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl., München 2024 (im Folgenden: ErfK), § 611a BGB Rn. 666 ff.

60 BAG, 3.6.2020 – 3 AZR 730/19 – NZA 2021, 347 Rn. 42; BAG, 6.7.2011 – 4 AZR 596/09 – NZA 2011, 1426 (generelle Übernahme); ErfK-Preis (Fn. 56), § 611a BGB Rn. 668.

61 So Di Fabio, Erstreckung von Tarifvertragsnormen in der Pflege, 2019, Gutachten für den bpa – im Netz nicht (mehr) erhältlich; weitergehend der Ansatz bei der »Tariftreue« Hartmann, RdA 2023, 90, 94 f.

62 GVWG, BGBl. I, S. 2754.

63 BGBl. I, 938.

64 BGBl. I, Nr. 155.

der wie für die Durchschnittsanwender. Dh. die Entgelte der »hochpreisigen« TV/AVR können nicht mehr übernommen werden und die Orientierung an den TV/AVR um den Durchschnitt herum wird gefährlich, da die nächste TV/AVR-Runde die Entlohnung über die 10 %-Marke heben kann. Das »regional übliche Entlohnungsniveau« hat der GKV-Spitzenverband⁶⁵ als einen regionalen TV-*AVR-Durchschnitt* bestimmt.

(3) Definition was gezahlt werden muss

Nunmehr wird auch leicht weitergehend als § 1 MiLoG und § 2 AEntG⁶⁶ definiert, welche Entgeltbestandteile in beiden Varianten (Tarifanwender und Durchschnittsanwender) als »Entlohnung« zu zahlen sind: 1. der Grundlohn, 2. regelmäßige Jahressonderzahlungen, 3. vermögenswirksame Leistungen, 4. pflegetypische Zulagen, 5. der Lohn für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft, 6. pflegetypische Zuschläge (für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit). Nicht dazu gehören zB. Urlaubslänge, zusätzliches Urlaubsgeld, sonstige Lohnnebenkosten und vor allem die betriebliche Altersvorsorge (bAV), Gutscheine, Leistungszulagen, Anwesenheitsprämien, Dienstwagen. Die bAV erreicht in einigen AVR 5–7 % der Bruttolohnkosten.⁶⁷

b) Kein allgemeines Niveau und große Spielräume für die Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen

(1) Wahl zwischen den TV/AVR Niveaus

Die Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen können einmal wählen zwischen unterschiedlichen TV/AVR unterhalb des regionalen Durchschnitts, sodann zwischen diesen TV/AVR und dem regionalen TV-*AVR-Durchschnitt*.

Entlohnen die Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen nach einem TV/AVR oder dem regionalen TV-*AVR-Durchschnitt*, können sie bei der Refinanzierung über den Preis ohne weiteren Grund noch jeweils »insgesamt« 10 % über dem Durchschnitt zahlen (§ 82c Abs. 2 S. 1 SGB XI). Die Durchschnitts-Anwender können mit diesem 10 %-Zuschlag über dem regionalen TV-*AVR-Durchschnitt* eventuell gar die Spitze aller gebundenen Einrichtungen in der Region erreichen/übertreffen, da gar nicht klar ist, wie viele TV/AVR-Gebundene mehr als 10 % über dem Durchschnitt entlohnen. Es verwundert deshalb nicht, dass die Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen überwiegend nach dem regionalen TV-*AVR-Durchschnitt* entlohnen.⁶⁸

Bei Tarif/AVR-Gebundenen wie den Anwendern ist danach erst die »*übertarifliche*« *Bezahlung* bei der Preisbildung nur als wirtschaftlich zu berücksichtigen, wenn für sie ein »sachlicher Grund« vorliegt (§ 82c Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 SGB XI⁶⁹).

(2) Unklare Flexibilität bei Bezahlung der Durchschnittsanwender innerhalb ihrer Qualifikationsgruppen

Zu dem schon im Standardmodell angelegten Problem, dass die Nicht-Tarif/AVR-gebundenen Arbeitgeber nicht alle, sondern nur bestimmte Beschäftigte bis zur Höhe des Entlohnungsniveaus der TV/AVR bezahlen (oben III.2.c), kommt hier noch ein weiteres hinzu: Die neuen Normierungen sind sehr viel offener und scheinen Anhaltspunkte zu geben, dass sozialrechtlich eine sehr selektive Weitergabe der refinanzierten Löhne möglich ist.

So heißt es zu den Lohnzahlungen durch die Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen in § 72 Abs. 3b S. 1 Nr. 4 »jeweils im Durchschnitt gezahlt werden« und in § 82c Abs. 2 S. 1 SGB XI »so weit diese insgesamt das regional übliche Entlohnungsniveau [...] übersteigt«. Es wird vertreten,⁷⁰ dass die Durchschnittsanwender innerhalb der jeweiligen Qualifikationsgruppe ihrer Beschäftigten die ausgewiesenen Entgelte nur »insgesamt«, dh. im Durchschnitt einhalten müssen, dh. zwischen den Beschäftigten ohne Angabe irgendeiner Grenze differenzieren können. Heißt das, dass Durchschnittsanwender zB. neu Eingestellten mehr als den bisherigen Beschäftigten zahlen können, sogar über die Spitzenlöhne des TV/AVR-Bereichs hinaus,⁷¹ während die Altbeschäftigten zT. nur den Mindestlohn-Pflege erhalten?

Diese offene, weite Interpretationsmöglichkeit ist aber nicht vom Wortlaut der § 72 Abs. 3b S. 1 Nr. 4 und § 82c Abs. 2 S. 1 SGB XI und dem Ziel der Neuregelung gedeckt. In § 72 Abs. 3b S. 1 wird als Zulassungsvoraussetzung für alle Gruppen der Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen vorweg im ersten Teil des Satzes verlangt, dass sie »ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern« – und nicht der jeweiligen Qualifikationsgruppe – in der Pflege »eine Entlohnung zahlen«, die bei den TV/AVR-Anwendern (Nr. 1–3) die »Höhe der Entlohnung« des jeweiligen TV/AVR nicht unterschreitet und die bei den Durchschnittsanwendern (Nr. 4) den Durchschnitt der Entlohnung *der* (nicht: in den) jeweiligen drei Qualifikationsgruppen »nicht unterschreitet«.

Auch die Ziele der Neuregelungen setzen hier Grenzen. Könnten die Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen beliebig innerhalb ihrer Belegschaft differenzieren, würde ihnen das einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gerade in der Anwerbung von neuen Arbeitskräften geben. Es ging und geht bei der Einbeziehung der Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen in das kollektiv ermittelte Lohnniveau immer auch um gleiche Bedingungen im Wettbewerb, nicht um die Begründung von Wettbewerbsvorteilen und die Anhebung des Lohnniveaus aller Pflegebeschäftigten (oben III.4.a) und unten IV.2.a). Hier gibt der Zuschlag von 10 % schon einen sehr starken, in dieser Form nicht mehr gerechtfertigten Spielraum. Er würde noch einmal gesteigert werden, wenn die Durchschnittsanwender beliebig die Löhne innerhalb einer Qualifikationsgruppe differenzieren könnten, solange sie

65 § 3 f. Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 82c Abs. 4 SGB XI zum Verfahren nach § 82c Abs. 1 bis 3 und 5 SGB XI (Pflegervergütungs-Richtlinien) idF. vom 8.7.2022, www.gkv-spitzenverband.de/pflegerversicherung/richtlinien_vereinbarungen_formulare/richtlinien_vereinbarungen_formulare.jsp, dort unter »Rahmenverträge...« (11.9.2024).

66 ErfK-Franzen (Fn. 56), § 1 MiLoG Rn. 11 ff.

67 So bei der Caritas 5,8 %: Faktenblatt Altersversorgung unter <http://www.caritas-dienstgeber.de> (11.9.2024).

68 Lenzen/Evans-Borchers, Tarifgerechte Entlohnung in der Pflege im Spiegel der Attraktivität des Pflegeberufs, IAT, Gelsenkirchen 2024, S. 14/15.

69 Art. 1 Nr. 30 Buchst. a Gesetz vom 19.6.2023 | Nr. 155 (Pflegeunterstützungs- und entlastungsgesetz) mWV. 1.7.2023.

70 So Udsching/Schütze/Schumann, SGB XI 6. Aufl. 2024, § 72 Rn. 7c; Richter, NZS 2023, 481, 486; GKV-Spitzenverband, Zulassungs-Richtlinien idF 8.7.2022, § 3 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 5 aktuell (Juli 2024) nicht mehr im Netz des GKV-Spitzenverband; GKV-Spitzenverband Fragen und Antworten zur Umsetzung der Zulassungs-Richtlinien nach § 72 Absatz 3c SGB XI und der Pflegervergütungs-Richtlinien nach § 82c Absatz 4 SGB XI, v. 20.1.2023 Frage Nr. 7, 18, 46 unter: http://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegerversicherung/gs_tarife/2023_01_20_Pflege_FAQ_Tarife-RL_5.0.pdf (15.7.2024; am 16.11.2024 nicht mehr auf der Homepage).

71 Das stellen Genster/Gruß, in: Brockmann/Welti (Fn. 1), im Erscheinen, auch in der Praxis fest.

nur den Durchschnitt innerhalb dieser Qualifikationsgruppe einhalten.

Deshalb ist eine interne Differenzierung möglich und auch nötig, aber nur eine, die sich *an die üblichen, allgemeinen Kategorien der Lohndifferenzierung* der TV/AVR hält. Das werden vor allem die Beschäftigungs-/Erfahrungsdauer und besondere Qualifikationen (zB. Pflegedienstleitung) sein. Eine solche Flexibilität ist aber auch notwendig. Denn die Durchschnittsbildung basiert auf den *tatsächlichen* Zahlungen der TV/AVR-Gebundenen in den jeweiligen Qualifikationsgruppen und bildet weder die interne Differenzierung nach Beschäftigungsdauer, Qualifikation noch die einzelnen Entlohnungsbestandteile ab (§ 72 Abs. 3e Nr. 2, § 82c Abs. 2 S. 3 SGB XI). Nun verlangen weder das Zulassungs- noch das Refinanzierungsrecht, dass die Nicht-Tarif/AVR-gebundenen Arbeitgeber auch alle Lohnbestandteile zahlen, sondern sie können zB. die Sonderzahlungen in das monatliche Grundgehalt einarbeiten.⁷² Das macht auch die (Ausnahme-)Vorschrift deutlich, dass (nur) die Durchschnittsanwender die pflegetypischen Zulagen besonders zahlen müssen (§ 72 Abs. 3b S. 4 SGB XI). Ebenfalls sind die Durchschnittsanwender nicht verpflichtet eine bestimmte interne Differenzierung der Löhne nach Qualifikation oder Beschäftigungszeit abzubilden, sie können es aber.

(3) Ergebnis: Große Varianz und Selektivität der Löhne bei den Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen

In der Praxis ist die Varianz der Löhne zwischen den einzelnen ungebundenen Unternehmen stark.⁷³ Ob das mit den Spielräumen der Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen zusammenhängt, wäre zu untersuchen, genauso, ob die Konkurrenz um neue Arbeitskräfte, zu einer stärkeren Spreizung innerhalb der Belegschaften führt.⁷⁴ Auf jeden Fall etabliert die Neuregelung *kein allgemeines Mindestlohn-Niveau*.

(4) Pauschale Obergrenze für alle Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen

Gleichzeitig wird bei aller Flexibilität normativ und faktisch für alle Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen eine pauschale Obergrenze durch die Bestimmungen der Refinanzierung in § 82c Abs. 2 SGB XI festgelegt. Dass die Ungebundenen nur Gehälter von 10 % über dem regional üblichen Entlohnungsniveau refinanzieren können, wird die Ungebundenen faktisch zwingen, wenn sie einen TV/AVR wählen, nur einen unterhalb des Durchschnitts zu wählen, allein schon um eine Sicherheitsmarge bei unvorhergesehenen TV/AVR-Erhöhungen zu haben. Näher liegt es, dass die Ungebundenen deshalb gleich das regional übliche Entlohnungsniveau mit dem Deckel von plus 10 % wählen.

c) Weitere Unklarheiten

Das »*regional übliche[n] Entlohnungsniveau*« ist gem. § 82c Abs. 3 SGB XI »*der Durchschnitt* [!] der Entlohnungsbestandteile [...] in der jeweiligen Region nach den jeweils angewendeten Tarifverträgen und kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen«. Das bleibt aber angesichts der fehlenden zwingenden Bindung der AVR problematisch.⁷⁵ Und »Durchschnitt« ist ein sehr vielfältiges statistisches Rechenmittel, das festzulegen Aufgabe der Richtlinie des GKV-Spitzenverbands ist.⁷⁶

2. Tarifvertragliche und arbeitsrechtliche Probleme des neuen Modells 2021/22

a) Ziele des neuen SGB XI Modells

Erstaunlich ist, dass die Gesetzesmaterialien von 2020 und 2022 keinen Aufschluss geben, warum das Standardmodell von 2016 grundlegend und mit welchem Ziel geändert wurde. Der Gesetzgeber bezieht sich 2020⁷⁷ zwar auf die Vorschläge der Konzentrierten Aktion Pflege (KAP). Die hatte aber nur die Verbesserung der Instrumente der Allgemeinverbindlichkeit vorgeschlagen (§ 7a AEntG, Pflegekommission).⁷⁸ Dem folgt aber die Neuregelung nicht und sie erreicht wie gezeigt auch nicht das mit den Instrumenten der Allgemeinverbindlichkeit angestrebte *allgemeine* hohe Niveau weder normativ noch in der Praxis.

Auch ohne dass man auf die vom BVerfG favorisierte objektive Auslegung des Gesetzes⁷⁹ abstellt, die unabhängig von expliziten Motiven des Gesetzgebers ist, gibt es genug valide Anhaltspunkte, um die Ziele der Neuregelung zu bestimmen, auch wenn die Materialien dazu direkt nichts vermelden. Dies sind traditionell: (1) Die Lohnhöhe aus der Konkurrenz um günstige Preise auf dem Pflegemarkt rauszunehmen, zu standardisieren und eine Lohnspirale nach unten zu verhindern; (2) Lohnerhöhungen durchzusetzen; (3) die Konkurrenz durch Unterbietung der TV/AVR-Löhne einzuschränken, was die kollektivrechtlichen Lohnregelungen stärkt.

(1) Erhöhung der Löhne im Sektor Altenpflege

Ein allgemeiner Trend zur Lohnerhöhung wird vor allem ausgelöst werden durch die Dynamik der unteren Hälfte der TV/AVR, die in der Lohnkonkurrenz um neue Arbeitskräfte nur »überleben« können, wenn sie nicht mehr in der unteren Hälfte stecken. Zudem muss die obere Hälfte der TV/AVR, die nie genau weiß, ob die Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen Unternehmen im Vorteil bei den Löhnen für Neueingestellte sind (oben IV.1.b)). Beides hebt das »*regional üblich Entlohnungsniveau*« an. Nach Einführung des neuen Modells sind die Löhne in der Pflege weiterhin gestiegen;⁸⁰ ob stärker als vorher, lässt sich noch nicht sagen.

72 Kaminski-Plantholz, in: Kraemer/Plantholz/Kuhn-Zuber (Hrsg.), SGB XI, 6. Aufl., Baden-Baden 2024 (im Folgenden: LPK-SGB XI), § 72 Rn. 35 und § 82c Rn. 6. Ebenso kann GKV-Spitzenverband, Zulassungs-Richtlinien idF. 8.7.2022, § 3 Abs. 7 verstanden werden, der die Weitergabe von Erhöhungen der Durchschnitte nicht an die Gesamtheit der Beschäftigten in einer Qualifikationsgruppe bindet.

73 Lenzen/Evans-Borchers, Tariftreue in der Altenpflege, IAT, Gelsenkirchen 2024, S. 65 ff.; etwas eingeschränkter Lenzen/Evans-Borchers, Tarifgerechte Entlohnung in der Pflege im Spiegel der Attraktivität des Pflegeberufs, IAT, Gelsenkirchen 2024, S. 12 f.

74 Vgl. zu beiden Fragestellungen Lenzen/Evans-Borchers, Tariftreue in der Altenpflege, IAT, Gelsenkirchen 2024, S. 77 f.

75 Reichold, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2 Individualarbeitsrecht, 5. Aufl., München 2021 (im Folgenden: MÜHdbArbR), § 161 Arbeitsrechtsregelungsrecht der Kirchen, Rn. 7–10.

76 § 3 f. Pflegevergütungs-Richtlinien.

77 BT-Drs. 19/30560, S. 80 (Verweis auf die KAP) und BT-Drs. 20/1909, S. 54 (»Optimierungs- und Klarstellungsbedarf«).

78 KAP, Vereinbarungen der Arbeitsgruppen 1 bis 5, BMG (Hrsg.), Berlin 2019, S. 158 ff., 170; zu ihrer Bedeutung Bieback, SGB 2023, 8, 11; Hänlein, SGB 2023, 201.

79 So seit BVerfGE 11, 126, 129f. Eher enger und stärker auf Wortlaut und subjektiven Gesetzeswillen konzentriert: BVerfG, 25.1.2011 – 1 BvR 918/10 – NJW 2011, 836 Rn. 51 f.

80 Lenzen/Evans-Borchers, Tarifgerechte Entlohnung in der Pflege im Spiegel der Attraktivität des Pflegeberufs, IAT, Gelsenkirchen 2024, S. 8 f.; Lenzen/Evans-Borchers, Tariftreue in der Altenpflege, IAT, Gelsenkirchen 2024, S. 93 f.

(2) Verbesserung der Arbeitskräfteversorgung durch Erhöhung der Löhne

Deutlich spielt das Ziel eine Rolle, mit höheren Löhnen den Pflegeberuf attraktiver zu machen und damit den *Personal-mangel zu beheben* (oben II.2. und unten IV.2.a)(1)).

(3) Preisdeckelung bei den Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen

Für den erst 2022 eingeführten regionalen TV-AVR-Durchschnitt mag es drei Gründe, geben, die bisher in der Entgeltregelung keine Rolle spielten. Er ist als genereller Wert leichter zu handhaben, erhöht (teilweise) die Wahlfreiheit der Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen und vor allem begrenzt er die Möglichkeit, dass die Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen durchweg TV/AVR aus dem oberen Segment wählen und diese Kosten zwingend bei der Preisfestsetzung refinanziert werden müssen. Das schützt die Finanzen der Pflegeversicherung und die Pflegebedürftigen. Es spricht allerdings einiges dafür, dass sich das TV/AVR-Niveau angleichen wird (gerade oben IV.2.a)(1) und unten IV.2.c)(3)i.) und Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen mit dem Plus von 10 % dann eventuell sogar an das höchste TV/AVR-Niveau heranreichen werden. Im gesetzgeberischen Spielraum (sogleich unten b)(1)i.) liegt es aber, davon auszugehen, dass das »regional üblich Entlohnungsniveau« geeignet ist, das Ziel der Deckelung zu erreichen. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtfertigung besteht aber ein »trade-off«: Wird dieses Ziel im Interesse der Pflegeversicherten und Pflegeversicherung erreicht, wird die Wahlfreiheit der Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen eher eingeschränkt und der Eingriff in Art. 12 GG insoweit verstärkt.

b) Verstoß gegen Grundrechte der nicht-Tarif/AVR-gebundenen Arbeitgeber

(1) Zulassungsvoraussetzung Entlohnung nach TV/AVR und Vertragsfreiheit (Art. 12 und 2 GG)

i. Stärke des Eingriffs

Da es 2021 ohne die Übernahme eines TV/AVR oder ab 2022 zumindest ohne die Orientierung an dem (durchschnittlichen) regional üblichen Entlohnungsniveau keine Zulassung gibt, reguliert die Neuregelung den Zugang der Unternehmen zum gesamten »Pflegermarkt«. Aber auch hier sind es keine unüberwindlichen objektiven Zulassungsschranken,⁸¹ sondern die verlangten Investitionen in höhere Löhne werden vollständig refinanziert, es gibt insoweit kein besonderes Risiko oder Belastungen. So ist die Eingriffsstärke eine völlig andere als bei der Tariftreueanforderung im Vergaberecht.⁸² Hier wird von jedem Marktteilnehmer verlangt, dass er Tariflöhne zahlt, ohne dass ihre Refinanzierung (durch spätere Aufträge der öffentlichen Hand) gesichert ist. Die von den Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen verlangte Investition in die Beschäftigten-Löhne zahlt sich also immer aus. Gemessen an der Zielrichtung und Eingriffsintensität handelt es sich eher um Regelungen der Berufsausübung.⁸³ Es wird die freie Gestaltung eines Parameters im Wettbewerb mit anderen Dienstleistern, die Bestimmung/Aushandlungsfrei-

heit des Lohns einer personalintensiven Dienstleistung, wesentlich eingeschränkt.

Schließlich bleibt den Unternehmen ein Spielraum. Einmal konnten sie 2021 unter den einschlägigen TV/AVR wählen. 2022 wurde das zwar auf die Wahl eines TV/AVR unterhalb des regionalen TV-AVR-Durchschnitts begrenzt, an die Seite trat aber die Alternative des regionalen TV-AVR-Durchschnitts plus 10 % mit erheblichen Spielräumen (oben IV.1.b). Der durchgehende Einwand von *Hartmann*,⁸⁴ es gäbe keine hinreichende Wahlfreiheit, bleibt Behauptung. Zumindest die AVR der kirchlich gebundenen Einrichtungen sind sehr vielfältig und in allen Regionen präsent.⁸⁵ Es geht auch nicht darum, dass sie – so *Hartmann* – in ihrer Spezifität übernommen werden und deshalb nicht passen, sondern nur, dass die in ihnen geregelten Lohnbestandteile in bestimmter Höhe übernommen werden. Ebenfalls ohne Begründung bleibt *Hartmanns* Argument, die Höhe von Geldzahlungen und die Bildung von qualifikationsorientierten Lohngruppen, die sich zB. im Bereich der Caritas sogar weitgehend am TVöD orientiert, »kirchenspezifisch« sein und nicht für »weltliche« Arbeitsverhältnisse passen soll.

ii. Rechtfertigende Ziele – Verhältnismäßigkeit einer Arbeitsmarktregulierung

Eine gegenüber dem Standardmodell noch stärkere Regulierung zu erlassen, lässt sich mit dem Prognose- und Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers rechtfertigen. Dieser Spielraum wird nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁸⁶ gerade für die Regulierung der wirtschaftlichen Freiheit der Arbeitgeber auf Arbeitsmärkten nur dann überschritten und die eingesetzten Mittel und ihre Wirkung sind nur dann unverhältnismäßig, insbesondere ungeeignet und nicht-erforderlich, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers »so offensichtlich fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können«. Und es reicht idR. der Vorwurf nicht aus, »der Gesetzgeber habe die Fakten nicht hinreichend ermittelt, auf die er seine Entscheidungen stütze.«⁸⁷

iii. Nicht/wenig geeignete Ziele

Angesichts der großen Wahlfreiheiten der Nichtgebundenen (oben IV.1.b) kann das neue Modell, wie gesagt, kaum durch das von der KAP angestrebte Ziel, ein *allgemeines* Lohnniveau oberhalb des Mindestlohns herzustellen, gerechtfertigt werden.

Zwar mag das Ziel erreicht werden und geeignet sein, mit dem »regional üblichen Entlohnungsniveau« die Preise insgesamt zu Gunsten der finanziellen Solidität der Pflegeversicherung zu deckeln (oben IV.2.a(4)). Aber damit wird die Wahlfreiheit der Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen eingeschränkt und die Eingriffsintensität erhöht.

⁸⁴ *Hartmann*, RdA 2023, 90, 99 f.

⁸⁵ *Lenzen/Evans-Borchers*, Tariftreue in der Altenpflege, Gelsenkirchen 2024, S. 33 f. und *Evans-Borchers*, in: Brockmann/Welti (Fn. 1), im Erscheinen.

⁸⁶ BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202, 225 (Tariftreue im Vergaberecht), Rn. 93 und 95; BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 – BVerfGE 77, 84 (Verbot AN-Überlassung), Rn. 75 (Zitat) mwN.

⁸⁷ BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 – BVerfGE 146, 71 (Tarifeinheit), Rn. 127 immerhin unter Verweis auf einige Ausnahmen.

⁸¹ So aber *Hartmann*, RdA 2023, 90, 99 f.

⁸² AA. eher stärker als im Fall des Vergaberechts: *Hänlein*, SGB 2023, 201, 207; *Hartmann*, RdA 2023, 90, 95.

⁸³ Vgl. *Hänlein*, SGB 2023, 201, 207; *Hartmann*, RdA 2023, 90, 95.

iv. Bekämpfung des Arbeitskräftemangels

Dieser Spielraum des Gesetzgebers wird relevant vor allem bei der Verfolgung des Ziels, die Arbeitskräfteversorgung in der Pflege zu verbessern. Zwar geht dieses Ziel bei abnehmender Zahl der Erwerbstätigen leicht zu Lasten anderer Bereiche personaler Dienstleistungen (Erziehung und Bildung, Sozialarbeit, Beratung), es sei denn, es könnten ausgeschiedene Pflegekräfte wieder gewonnen werden. Und ebenfalls sind für die Verbesserung der Arbeitskräfteversorgung auch die Verbesserung der Arbeitsbedingungen im umfassenden Sinne notwendig, wie bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf, passende Schichtmodelle, moderne Leitungsstrukturen etc. Aber zum anderen gehört dazu auch die Entlohnung.⁸⁸ Es ist vom gesetzgeberischen Spielraum gedeckt, das leicht zu regulierende und nicht »ganz untaugliche« und abwegige⁸⁹ Instrument einer Erhöhung der Löhne einzusetzen.

v. »Ordnungsfunktion« der kollektiven Lohnbestimmung

Das BVerfG⁹⁰ hat die Wichtigkeit der »Ordnungsfunktion« des *Tarifrechts* gerade im Zusammenhang mit dem Zwang betont, ein bestimmtes Tarifniveau einzuhalten. In Bezug auf die erste Fassung des Modells (irgend-)einen TV/AVR zu wählen, ließe sich dies rechtfertigen. Aber diese Ordnungsfunktion wird durch die Erweiterung 2022 um den regionalen TV/AVR-Durchschnitt nicht erreicht, sondern zerstört, vor allem, weil mit dieser Orientierung die Nicht-TV/AVR-Gebundenen die an TV/AVR gebundenen Unternehmen, die unter dem Durchschnitt liegen, mühelos übertreffen können (unten IV.2.c(3)). Die Ordnungsfunktion kollektiv ausgehandelter Entgelte dürfte also, wenn überhaupt, nur gering geschützt, eher sogar kräftig verletzt werden.⁹¹

vi. Erhöhung des Lohnniveaus auch der Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen

Schließlich wird das wichtige Ziel erreicht, die Entgelte der Nicht-Tarif/AVR-gebundenen Beschäftigten allgemein zu verbessern und damit gleichzeitig die Attraktivität des Berufs und das Beschäftigungsniveau insgesamt zu erhöhen. Hierzu ist das Modell auch besser geeignet als das Standardmodell. Denn das Standardmodell überlässt es den Arbeitgebern, ob und wie sie die Löhne verbessern.

vii. Fazit

Gemessen an der Intensität des Eingriffs in die Berufsfreiheit der Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen-Arbeitgeber ist das Modell 2021/22 zur Erreichung des Ziels, Lohnerhöhung allgemein für Fachkräfte der Altenpflege durchzusetzen und den Personalmangel zu beheben, erforderlich, geeignet und nicht übermäßig. Mit einer hinlänglich kritisierten⁹² Ausnahme: Ändern

sich die Referenzwerte der angewandten TV/AVR bzw. des regional üblichen Entlohnungsniveaus, dann haben die Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen nur zwei Monate Zeit, ihre Löhne anzupassen, ohne dass auch nur annähernd gesichert ist, dass sie diese Erhöhung der Kosten in den meist neu zu verhandelnden Preisen weitergeben können.

(2) Art. 9 Abs. 3 GG der Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen Arbeitgeber

Zwar enthält Art. 9 Abs. 3 GG nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts⁹³ auch das Recht, »einer Koalition fernzubleiben«. Dieses Recht sieht *Hartmann* als verletzt an.⁹⁴ Aber diese »negative Koalitionsfreiheit« schützt nicht davor, »dass der Gesetzgeber die Ergebnisse von Koalitionsvereinbarungen zum Anknüpfungspunkt gesetzlicher Regelungen nimmt«, wobei das Gericht auf die allgemein für verfassungsrechtlich zulässig angesehene Allgemeinverbindlicherklärung von TV verweist. Um einen solchen, aber viel offeneren Fall einer lockeren »Anknüpfung« geht es in den beiden Varianten des Modells 2021/22: Einmal besteht kein Beitrittszwang und zum anderen kann gewählt werden zwischen einem TV/AVR unterhalb des regionalen Durchschnitts plus 10 % oder einem vom Gesetzgeber neu geschaffenen allgemeinen Entgeltniveau, das sich nur im »Durchschnitt« an das Niveau *aller* einschlägigen TV/AVR orientiert. Das ist keine strikte Bindung an einen bestimmten TV/AVR.

Die Folge ist allein wettbewerbsrechtlich: Die Möglichkeit durch niedrige Löhne mit niedrigen Preisen im Wettbewerb um Kunden Erfolg zu haben, wird unterbunden. Das wiederum ist allein im Rahmen des Schutzes durch Art. 12 GG zu prüfen und wie gezeigt – bis auf eine kleine Nebenregelung – gerechtfertigt.

c) Art. 9 Abs. 3 GG der tarifgebundenen Arbeitgeber und Beschäftigten sowie der TV-Parteien

Das Modell 2021/22 beeinträchtigt auch die Koalitionsfreiheit der Tarif/AVR-Gebundenen (Arbeitgeber, Beschäftigte). Und dieser Eingriff ist eng mit den Benachteiligungen der TV/AVR-Gebundenen in der Refinanzierung der Lohnkosten (oben IV.1.b) verknüpft.

(1) Kein Schutz der TV/AVR-Partner vor Übernahme ihrer Lohnniveaus durch Nicht-Tarif/AVR-Gebundene

Wenn die nicht-Tarif/AVR-gebundenen Arbeitgeber das Lohnniveau eines TV wählen, machen sie von ihrem Recht auf freie Gestaltung ihrer Arbeitsverträge Gebrauch.⁹⁵ Ein »Gegenrecht« der Koalitionen, dass ihre TV nicht kopiert oder übernommen werden, gibt es nicht.⁹⁶

88 *Auffenberg/Becka/Evans/Kokott/Schleicher/Braun*, »Ich pflege wieder, wenn ...«, Bremen 2022; *Lenzen/Evans-Borchers*, Tarifgerechte Entlohnung in der Pflege im Spiegel der Attraktivität des Pflegeberufs, IAT, Gelsenkirchen 2024, S. 14 f. sowie *Schwierk/Schön/Klie*, in: Storm (Hrsg), DAK Pflegereport 2024, Hamburg/Freiburg 2024, S. 122 ff. und 215 ff. mwN. Insgesamt *Schöner* in diesem Band.

89 BVerfGE, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202, 225 (Tariftreue im Vergaberecht), Rn. 93 und 95; BVerfG, 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 – BVerfGE 77, 84 (Verbot AN-Überlassung), Rn. 75 (Zitat) mwN.

90 BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202 (Berliner VergabeG).

91 AA. *Hänlein*, SGB 2023, 201, 209 f., aber ohne genauere Analyse der Wirkungen.

92 Vgl. LPK-SGB XI-Kaminski-Plantholz (Fn. 72), § 72 Rn. 38f.; *Richter*, SGB 2023, 481, 485 f.; *Bieback*, SGB 2023, 8, 12.

93 BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202 (Berliner VergabeG) Rn. 66 und 68 mwN. Zum (un-)gleichen Gewicht der negativen zur positiven Koalitionsfreiheit *Klocke*, Tarifautonomie und Außenseiter, Tübingen 2023 (zugl. Halle-Wittenberg, Univ., Diss. 2022), S. 321–338.

94 *Hartmann*, RdA 2023, 90, 96 f.; allgemein *Hartmann*, ZfA 2023, 510.

95 BAG, 30.8.2017 – 4 AZR 443/15 – BAGE 160, 106; BAG, 16.10.1992 – 4 AZR 66/18 – BAGE 168, 96; *Eylert/Rinck*, RdA 2022, 146, 147 mwN.

96 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 – BVerfGE 146, 71 (Tarifeinheit), Rn. 131 f.; BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202, 225 (Tariftreue im Vergaberecht), Rn. 73 f. AA. *Hartmann*, ZfA 2023, 510, 547 ff.

(2) Negieren des Unterschieds zwischen TV und AVR

Seit 2016 werden TV und AVR gleichbehandelt, obwohl sie sich erheblich unterscheiden: Die AVR gelten nicht direkt normativ und begründen keine Ansprüche der Beschäftigten;⁹⁷ die Arbeitgeber müssen auf sie in den Arbeitsverträgen Bezug nehmen, wobei sie nach weltlichem Recht nicht gebunden sind, sondern große Spielräume haben. Aber es geht in dieser Gleichbehandlung von TV und AVR nur um das, was sie gleichermaßen sind: *Tatsächlich kollektiv ausgehandelte* Arbeits- und Entlohnungsbedingungen unter Beteiligung der Beschäftigten.⁹⁸ Bei der Bestimmung des Durchschnitts wird ein Arbeitgeber nur dann als durch AVR gebunden angesehen und »mitgezählt«, wenn er kraft Satzung Mitglied der Caritas oder der Diakonie ist⁹⁹ – allerdings eine »innerverbandliche« kirchenrechtliche Bindung, die von außen schwer zu kontrollieren ist.

(3) Schutz der Kollektivregelungen unterhalb des regionalen TV/AVR-Durchschnitts

Stark getroffen ist die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) der unter einen TV fallenden Einrichtungen, ihrer Beschäftigten und der TV-Parteien, deren vereinbartes Lohnniveau unterhalb des (durchschnittlichen) regional üblichen Entlohnungsniveaus liegt. Dabei kann die Betroffenheit schnell wechseln und ist schwer vorhersehbar. Denn immer, wenn das Durchschnittsniveau aller Tarife/AVR steigt, können bestimmte einzelne TV/AVR-Gebundenen neu unter den regionalen TV/AVR-Durchschnitt fallen und sich ua. ihre Position in der Konkurrenz um Fachkräfte verschlechtern.

i. Stärke des Eingriffs

Die Tarifparteien der »unterdurchschnittlichen« TV und ihre Mitglieder sind an ihre Tarife gebunden, eine Refinanzierung übertariflicher Entgelte über Tarif bedarf eines sachlichen Grundes. Der greift auch bei den nicht-Tarif/AVR-Gebundenen, aber erst dann, nachdem sie den regionalen TV/AVR-Durchschnitt um 10 % überstiegen haben. Diese sehr viel geringere Handlungsfreiheit und Benachteiligung der einen Hälfte der Tarif/AVR-Gebundenen greift immer, solange es eine Durchschnittsberechnung gibt. Die Unsicherheit und der Anpassungsdruck treffen alle TV/AVR-Gebundenen. Das Argument, in den »unterdurchschnittlichen« TV könnten – anders als bei den Ungebundenen – doch mehr und andere geldwerte Vorteile vereinbart werden, die auch refinanziert werden müssten (§ 82c Abs. 1 zu Abs. 2 SGB XI), zieht nicht. Denn die Attraktivität der verbliebenen wenigen Lohnbestandteile bei der Rekrutierung neuer Arbeitskräfte steht nicht fest; sie dürfte von eher geringer Bedeutung sein und sie ist zT. wegen der langfristigen Bindung wie bei der betrieblichen Altersvorsorge von den meist kleinen Arbeitgebern so nicht kalkulierbar (unten IV.2.d(1)).

Diese Abdrängung und Benachteiligung der unteren Hälfte der TV-Gebundenen ist auch kein Nebeneffekt des neuen Modells 2021/22, sondern mit dem regionalen TV/AVR-Durchschnitt notwendig so angelegt. Es mag sogar sein, dass sich das TV/AVR-Niveau insgesamt angleichen wird; dann aber liegt die den TV/AVR-Anwendern zugestandene Spanne von 10 % eventuell sogar über dem höchsten TV/AVR-Niveau. Die TV-gebundenen Arbeitgeber, deren Tarife unterhalb und leicht oberhalb des regional üblichen Entlohnungsniveaus liegen, gewinnen mehr Handlungsfreiheit, wenn sie aus dem Arbeitgeberverband austreten.¹⁰⁰ Denn dann haben sie die größeren Handlungsspielräume, die die Nicht-TV/AVR Gebundenen besitzen (oben IV.1.b). Wie stark dieser Druck ist, dürfte sich erst nach längerer Wirkung des Instruments »regional übliches Entlohnungsniveau« zeigen.

Das Bundesverfassungsgericht¹⁰¹ hat in seiner Entscheidung zur Tarifeinheit im Betrieb eine »Beeinflussung im Vorfeld« der Tarifverhandlungen und damit eine Beeinträchtigung der freien Grundrechtswahrnehmung darin gesehen, dass eine gesetzliche Regelung die Entscheidungen der Tarifvertragsparteien zur Änderung ihrer TV und zu neuen Verhandlungen nach deren Auslaufen stark beeinflusst und sie nicht mehr die Wirkung ihres TV im Verhältnis zu anderen TV (AVR), hier zudem auch zu Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen, übersehen können. Dadurch erleiden sie bei der Mitgliederwerbung und der Mobilisierung der Mitglieder Nachteile, vor denen sie nach Ansicht des BVerfG durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt sind. Ein solcher Eingriff in die Koalitionsfreiheit eines großen Teils der Tarifparteien im Pflegesektor liegt hier vor.

ii. Rechtfertigung des Eingriffs

Nun können Beeinträchtigungen des Art. 9 Abs. 3 GG zugunsten anderer Ziele mit Verfassungsrang gerechtfertigt werden, wenn sie die Grundrechte Dritter sowie sonstige wichtige Gemeinwohlbelange verfolgen und zur Zielerreichung geeignet und erforderlich sind.¹⁰²

Für die Einführung des regionalen TV/AVR-Durchschnitts gibt es mehrere Gründe. (1) Er erleichtert dem Spitzenverband der Pflegekassen die Umsetzung der neuen Regelung, weshalb er, in einer gewagten, erweiterten Auslegung seiner Befugnisse, diesen Durchschnitt auch schon selbst in den ersten Durchführungsrichtlinien entwickelt hatte.¹⁰³ (2) Es soll verhindern, dass die Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen durchweg TV/AVR aus dem oberen Segment wählen und diese Kosten zwingend bei der Preisfestsetzung beachtet werden müssen (IV.1.b)(4) und IV.2.a(3)). Dies schon die Pflegebedürftigen und stabilisiert die Pflegeversicherung.

Das erste Ziel hat wenig Gewicht. Das zweite wird von dem neuen Instrument nicht erreicht, wenn die Löhne der TV/AVR-Gebundenen enger zusammenrücken und selbst die »Hochlohn«-TV/AVR noch innerhalb der Spanne von 10 % über

97 BAG, 5.10.2023 – 6 AZR 308/22 – NZA 2024, 569, Rn. 17/8 (Wirkung wie AGB).

98 MÜHdbArbR-Reichold, (Fn. 75), § 161 Arbeitsrechtsregelungsrecht der Kirchen.

99 GKV-Spitzenverband Zulassungs-Richtlinien vom 24.1.2022 idF. vom 12.7.2023 § 2 Abs. 3, https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegeversicherung/gs_tarife/2024_01_30_Zulassungs-Richtlinien_nach_72_Abs.3c_SGB_XI_genehmigt.pdf (11.9.2024); 15.7.2024 nur allg. im Internet über Google, nicht mehr auf den Homepage des Spitzenverbands: http://www.gkv-spitzenverband.de/suche/suche?default=true&query=Zulassungs-Richtlinien_nach_72_Abs.3c_SGB_XI (11.9.2024; am 16.11.2024 nicht mehr auf der Homepage).

100 Vgl. die Beiträge von *Evans-Borchers, Schraml und Genster/Gruß*, in: Brockmann/Welti (Fn. 1), im Erscheinen.

101 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 – BVerfGE 146, 71 (Tarifeinheit), Rn. 140/1.

102 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 – BVerfGE 146, 71 (Tarifeinheit), Rn. 141–143 mwN.

103 So § 3 Abs. 3 Zulassung RL, Stand 24.1.2022. Nicht mehr im Netz, wohl aber die Pressemitteilung vom 28.1.2022, die diese Innovation verkündet: http://www.gkv-spitzenverband.de/gkv-spitzenverband/presse/pressemitteilungen_und_statements/pressemitteilung_1373056.jsp (11.9.2024).

dem Durchschnitt liegen, in der sich die Nicht-TV/AVR-Gebundenen ohne Probleme platzieren können. Es ist also nur sehr begrenzt zur Zielerreichung *geeignet*. Und es ist »*übermäßig*« und in sich widersprüchlich, die Refinanzierung der Löhne der Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen dadurch zu deckeln, dass man den Lohnfindungsprozess der Tarif/AVR-Gebundenen benachteiligt, obwohl deren Löhne an sich immer ohne Deckel voll refinanziert werden müssen.

Und das seit 2016 proklamierte Ziel, für die Nicht TV/AVR-Gebundene und die Gebundenen gleiche Wettbewerbsbedingungen um das knappe Fachpersonal herzustellen und die Tarifbindung zu verallgemeinern, indem alle Löhne bis zu den gesetzlich anerkannten Wirtschaftlichkeits-Maßstäben refinanziert werden (oben III.1 und III.4.a und IV.2.), wird zu Lasten der unteren Hälfte der TV/AVR-Gebundenen im zentralen Bereich der Entlohnung außer Kraft gesetzt. Erst recht würde das gelten, wenn die großen Spielräume in der Anwendung des regional üblichen Entlohnungsniveaus und seiner Überschreitung um 10 % nicht eingegrenzt wird (oben IV.1.b(2)).

Aber es gibt *weniger eingreifende* Mittel, um das Ziel einer allgemeinen Lohnerhöhung für das Pflegepersonal zu erreichen. Das Standardmodell ist weniger eingreifend, wird in den anderen Zweigen des SGB für ausreichend angesehen und erreicht auch das vorrangige Ziel, Lohnerhöhungen in der Pflege durchzusetzen. Die erste Fassung des neuen Modells von 2021 machte aus der Möglichkeit irgendeinen TV/AVR anzuwenden eine Pflicht, aber ohne den regionalen TV/AVR-Durchschnitt mit seiner Ausschlusswirkung und der Diskriminierung der TV/AVR unterhalb des Durchschnitts.

d) Ungleichbehandlungen

(1) Ungleichbehandlungen TV/AVR-Gebundene und TV/AVR-Anwender/Durchschnittsanwender

Den Durchschnittsanwendern wie den TV/AVR-Anwendern wird ermöglicht, den 10 % Zuschlag selektiv auf einige Beschäftigte zu konzentrieren, womit sie einen Wettbewerbsvorteil in der Konkurrenz um neue Arbeitskräfte erhalten (oben IV.1.b). Erst darauf sattelt für alle gleich das Erfordernis des sachlichen Grundes, wenn sie »*übertariflich*« bezahlen wollen. Hinzu kommt noch im Wettbewerb um Fachkräfte die nachteilige Regelung für die Hälfte der TV/AVR-Gebundenen, die unter dem »*regional üblichen Entlohnungsniveau*« liegen.

Bedenkt man, dass alle bisherigen Regelungen von Zielen gerechtfertigt werden, die (1) für *alle* Pflegekräfte eine Lohnerhöhung bringen, (2) das TV/AVR-Niveau der Löhne *verallgemeinern* und (3) im Wettbewerb um Fachkräfte alle Unternehmen möglichst *gleichstellen* sollen, dann gibt es für diese Ungleichbehandlung keinen rechtfertigenden Grund.

Der 10 % Zuschlag ist auch keine Kompensation für andere Vorteile der Tarif/AVR-Gebundenen. Dass sie neben den Lohnbestandteilen noch zusätzliche Attraktivitätsgewinne durch das erhalten, was ihnen im Gegensatz zu den Ungebundenen auch refinanziert wird (Gutscheine, betriebliche Altersversorgung (bAV), Anwesenheitsprämien und Dienstwagen), ist eher unwahrscheinlich. Denn transparent, klar und ökonomisch sofort sichtbar sind in der Konkurrenz um Perso-

nal die Lohnbestandteile. Zudem müssen diese alle auch durch TV/AVR geregelt werden und der Hauptposten, die bAV, ist nur bei einigen kirchlichen Trägern üblich. Für die untere Hälfte der TV/AVR-Arbeitgeber dürfte all das sowieso nicht zutreffen. Und im Verhältnis zur unteren Hälfte der TV/AVR-Gebundenen wäre das Argument eine Farce, die Ungebundenen müssten eine Kompensation dafür erhalten, dass ihre Refinanzierung auf den Durchschnitt plus 10 % gedeckelt ist. Vielmehr können die Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen »*Spitzengehälter*« zahlen in der Konkurrenz zu jenen TV/AVR-Gebundenen, die unterhalb des regional üblichen Entlohnungsniveaus liegen, und sogar noch zu einigen, die darüber liegen (IV.1.b).

Ließe man gar die oben (IV.1.b(2)) abgelehnte Interpretation zu, wonach die Durchschnittsanwender innerhalb der jeweiligen Qualifikationsgruppe ihrer Beschäftigten beliebig differenzieren könnten, wäre die Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG noch stärker und noch weniger zu rechtfertigen.

(2) Unterschiedliche Wirksamkeit und Kontrolle der Lohnzahlung

Der sehr starke Unterschied in der Wirksamkeit und Kontrolle zwischen den Lohnzahlungen der Tarif/AVR-Gebundenen und der Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen (oben III.2.a(2)) wird in der Überarbeitung des neuen Modells im Juni 2022 noch durch den 10 % Zuschlag und die Spielräume der Durchschnittsanwender erheblich gesteigert. Da der Durchschnitt von jedem Arbeitgeber nur im Durchschnitt seiner Beschäftigten eingehalten werden muss, wäre das Lohnkonto jedes/jeder Beschäftigten zu prüfen. Und die Beschäftigten selbst haben gar keine Orientierung und Vergleichsmöglichkeiten und sie verfügen nicht über klare Rechtspositionen.

Allerdings sehen die Nachweis-Richtlinien des GKV-Spitzenverbands für den Nachweis im Modell SGB XI 2021/22 die Vorlage der Arbeitsverträge vor, gehen also wohl von einer irgendwie schuldrechtlich verpflichtenden Übernahme des geltend gemachten und refinanzierten Lohns in die Arbeitsverträge aus. Was muss dann vorgelegt werden: Eine wirksame schuldrechtliche Bezugnahmeklausel in allen Arbeitsverträgen, einseitige Erklärungen des Arbeitgebers? Wenn es an einer verbindlichen arbeitsvertraglichen Inkorporation fehlt, reicht sozialrechtlich dann nicht die tatsächliche Zahlung der geltend gemachten Lohnkosten aus? Die Regelung in der Nachweis-Richtlinie hat also eher eine Be- und Nachweisfunktion. Arbeitgeber, die die arbeitsvertragliche Umsetzung nicht vorgenommen haben, müssen dann die einzelnen tatsächlichen Lohnzahlungen nachweisen. Ist das erfolgt, ist kein Raum für Sanktionen, nur weil die Arbeitsverträge selbst nicht geändert wurden.

3. Rechtstaatliche Mindestanforderungen an ein Verfahren zur Bestimmung eines allgemeinen verbindlichen Durchschnitts-Lohnniveaus

Das neue Modell wird durch zwei Ermächtigungen zum Erlass von Richtlinien durch den Spitzenverband Bund der Pflegekassen konkretisiert, die jeweils vom BMG im Einvernehmen mit dem BMAS *genehmigt* werden müssen.

a) Normative Wirkung

3. Einmal die Richtlinien, die das Zulassungsverfahren und die Beurteilung der sehr komplexen Voraussetzungen der Zulassung nach § 72 Abs. 3a ff. SGB XI regeln, zB. den Konflikt mit den unterschiedlichen Maßstäben in § 72 Abs. 3b S. 1 SGB XI. Diese Richtlinien sind gem. § 72 Abs. 3c S. 7 SGB XI »für die Pflegekassen und ihre Verbände sowie für die Pflegeeinrichtungen verbindlich«, haben also normative Wirkung.¹⁰⁴ Sie müssen vom BMG im Einvernehmen mit dem BMAS genehmigt werden.
4. Gem. § 82c Abs. 4 SGB XI regelt der Spitzenverband Bund der Pflegekassen unter Beteiligung der Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe und der Eingliederungshilfe ebenfalls in Richtlinien das Nähere zum Überprüfungsverfahren, ob die Gehälter sich an den TV/AVR bzw. dem regional üblichen Entlohnungsniveau orientieren sowie die Regelung zur übertariflichen Bezahlung einhalten sowie das Nähere zu den Informationspflichten der Einrichtungen (§ 82c Abs. 1–3, 5 SGB XI).

Die Bindung der Einrichtungen wird nicht erwähnt. Aber auch dieser Richtlinienotypus hat normative Wirkung. Würde man ihm nur eine interne Bindung der Pflegekassen und Sozialhilfeträger zuschreiben,¹⁰⁵ übersähe man, dass die Kontrolle der wichtigsten Zulassungsvoraussetzung geregelt wird. Das bindet auch die andere Partei des Zulassungsvertrags, die Einrichtung. Zumal die Richtlinie »Verwaltungsstrafen« vorsieht, Sanktionen von bis zu 15.000 Euro bei Verletzung der Mitteilungs- und Meldepflichten.¹⁰⁶

Beide Richtlinien haben zB. bei der Definition des »regional üblichen Entlohnungsniveaus« große, sehr relevante Spielräume. Offen bleiben zB. das Gewicht der einzelnen kollektivrechtlichen Regelungen,¹⁰⁷ wann eine Person Pflegetätigkeiten ausübt,¹⁰⁸ wie der Durchschnitt berechnet wird (als Medianwert oder als arithmetisches Mittel)¹⁰⁹ etc. Geradezu wagemutig führte die Zulassungsrichtlinie vom 24. Januar 2022 schon längst vor dem Gesetzgeber das »regional übliche Entlohnungsniveau« ein (s. sogleich b)).

b) Keine hinreichende demokratische und rechtsstaatliche Legitimation

Zu Recht verlangt *Hänlein*,¹¹⁰ dass hier die demokratische Legitimation zumindest auf das (abgemilderte) Niveau der gemeinsamen Selbstverwaltung¹¹¹ gehoben und die Vertreter der Einrichtungen in einem Vereinbarungsverfahren beteiligt werden. Die ministerielle Genehmigung allein, auch wenn sie Fachaufsicht ist, kann zB. die personell-demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung¹¹² stärken. Sie schließt aber

nicht die Lücke, dass die andere Seite der Betroffenen, die Unternehmen und die (Vertretungen der) Beschäftigten fehlen.¹¹³ Ein Muster der Beteiligung geben alle Regelungen zur Etablierung von Mindestlöhnen vor: Immer sind die Organisationen beider Seiten, Beschäftigte und Arbeitgeber, entscheidend zu beteiligen (§ 5 TVG, §§ 7a, 10 ff. AEntG). Weshalb hier darauf verzichtet und allein einer Seite, den Kostenträgern, Vorrang gegeben wurde, erschließt sich nicht – außer man wollte Zeit sparen.

Die absolut fehlende, rechtsstaatlich gebotene Publizität dieser Richtlinien ist ein Novum. So hatte die Zulassungsrichtlinie vom 24. Januar 2022¹¹⁴ in § 3 Abs. 3 und die Nachweisrichtlinie¹¹⁵ vom 24. Januar 2022 in § 3 Abs. 2 zu den bis dahin nur geregelten zwei Zulassungsvoraussetzungen schon eine dritte Alternative, die Erfüllung des regionalen Durchschnitts, eingeführt, ohne dass es dafür damals auch nur einen Anhaltspunkt in § 72 Abs. 3b und 82c SGB XI gab. Er wurde erst im neuen Bundestag im PflegebonusG vom 28. Juni 2022¹¹⁶ spät in das Gesetzgebungsverfahren auf Initiative des Bundestagsausschusses¹¹⁷ eingeführt und dann verabschiedet.

Die Orientierungslosigkeit der Pflegeunternehmen Anfang 2022 (bei gleichzeitig beginnender unerwarteter inflationärer Preisentwicklung) und die Defizite an rechtsstaatlicher Publizität waren (und sind) immens. Ein Beispiel aus der Praxis¹¹⁸: Bei den Verhandlungen um neue Entgelte hatte sich ein Pflegeunternehmen Anfang 2022 ua. an der Zulassungsrichtlinie des Spitzenverbands vom 24. Januar 2022 und deren Verweis auf den regionalen Durchschnitt orientiert. Im Mai 2022 ging das Verfahren in die Schiedsstelle, die für die Verhandlung Anfang Juli 2022 diese Richtlinien »offiziell« nicht mehr im Netz des GKV-Spitzenverband finden konnte – und sie sind seither auch nicht mehr auffindbar. Immerhin bewahrt der Spitzenverband seine Pressemitteilungen noch auf, und die vom 28. Januar 2022 verkündete ua. diese »Innovation« der Durchschnitte. Bei der ersten Abfassung dieses Beitrags war im Juli 2024 die aktuelle Zulassungsrichtlinie auf der Internetseite des GKV-Spitzenverbands ebenfalls nicht (mehr) einsehbar.

V. Ergebnisse

1. Die Anerkennung von Tariflöhnen als »wirtschaftlich« bei den Preisverhandlungen im SGB VI, IX, XI und XII ist vom sozialrechtlichen System der Verhandlungen iVm. Art. 9 Abs. 3 GG geboten.
2. Das Standardmodell und das neue Modell 2021/22 des SGB XI greifen in die Grundrechte der Dienstleistungs-

¹¹³ Modelle dafür *Felix*, Konfliktlösungsinstrumente bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen der Selbstverwaltung im System der gesetzlichen Krankenversicherung, Berlin/Münster 2018.

¹¹⁴ Pflegezulassungs-Richtlinie vom 24.1.2022 – nicht mehr auf der Homepage des Spitzenverbands, im Netz noch ua: *Der Paritätische*, Fachinformation zum GVWG: Zulassungs-Richtlinien des GKV Spitzenverbandes zu § 72 Absatz 3c SGB XI, 3.2.2022 Fachinfo, www.der-paritaetische.de/alle-meldungen/fachinformation-zum-gv-wg-zulassungs-richtlinien-des-gkv-spitzenverbandes-zu-72-absatz-3c-sgb-xi/ (11.9.2024).

¹¹⁵ Nicht mehr im Netz zu finden, § 3 Abs. 3 Zulassungs-RL, Stand 24.1.2022 verweist in Fn. 10 aber auf sie. Heute s. aber zB. die Archive mancher Berater wie kanzlei-kaelble.de/die-nachweis-richtlinien-gem-84-abs-7-sgb-xi-liegen-vor/ (11.9.2024) – dort in der rechten Leiste das Archiv (!) Februar 2022.

¹¹⁶ BGBl. I 2022, S. 938.

¹¹⁷ BT-Drs. 20/1909, S. 19, Art. 2 Nr. 2 b) und ff. und w3. Diese sehr detaillierte Neuerung wurde nicht begründet!

¹¹⁸ Der Verfasser war 2022 Vorsitzender zweier norddeutscher SGB XI-Schiedsstellen.

¹⁰⁴ Überzeugend *Hänlein*, SGB 2023, 201, 205.

¹⁰⁵ *Hinzpeter-Schmidt*, ZAT 2022, 117, 118; *Richter*, NZS 2023, 481, 482.

¹⁰⁶ § 9 Abs. 1 S. 2 GKV-Spitzenverband Zulassungs-Richtlinien.

¹⁰⁷ So sehr genau nach Anzahl der Beschäftigten, die unter die Regelung fallen: § 3 f.

GKV-Spitzenverband, Pflegevergütungs-Richtlinien

¹⁰⁸ So § 3 Abs. 4 GKV-Spitzenverband, Pflegevergütungs-Richtlinien.

¹⁰⁹ § 4 GKV-Spitzenverband, Pflegevergütungs-Richtlinien.

¹¹⁰ *Hänlein*, SGB 2023, 201, 205.

¹¹¹ BVerfG, 5.12.2002 – 2 BvL 6/98 – BVerfGE 107, 59.

¹¹² Er reicht gem. BVerfG, 5.12.2002 – 2 BvL 6/98 – BVerfGE 107, 59, 91.

- unternehmen (Art. 12, 2 und 9 Abs. 3 GG) ein, was aber gerechtfertigt ist.
3. Die Einführung des regionalen TV-AVR-Durchschnitts im neuen Modell 2021/22 des SGB XI greift unverhältnismäßig stark in die Koalitionsfreiheit jener TV-Gebundenen ein, die mit ihrem Lohnniveau unter dem Durchschnitt liegen.
 4. Es besteht eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung zwischen Tarif/AVR-Gebundenen und Nicht-Tarif/AVR-Gebundenen bei der Kontrolle der refinanzierten Lohnzahlung und bei der größeren Flexibilität der Durchschnittsanwender im Einsatz des Zuschlags von 10 % zum regional üblichen Entlohnungsniveau, dessen Umfang mit keinem der Gesetzesziele zu legitimieren ist.
 5. Insgesamt ist das außerhalb des SGB XI weit verbreitete, zurückhaltende Standardmodell von 2016 mit den arbeitsrechtlichen Regulierungen kompatibel und lässt hinreichend Wettbewerb zwischen den Pflegeunternehmen zu.
 6. Das neue Modell von 2021/22 im SGB XI erhöht, wahrscheinlich noch stärker als der Vorläufer im SGB XI, das Standardmodell, die Löhne der Pflegebeschäftigten. Aber zu welchen »Kosten«: (1) Dieses »rein sozialrechtliche« Modell der Arbeitsmarkt- und Lohnregulierung lässt eine starke Spreizung der Löhne zu und erreicht die verpflichtende Allgemeinheit eines Mindestlohns oder eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags nicht. (2) Es gibt den nicht-Tarif/AVR-gebundenen Arbeitgebern mehr Spielräume als den gebundenen. (3) Es beeinträchtigt mit dem regional üblichen Entlohnungsniveau als regionalem Durchschnitt aller gezahlten TV/AVR-Gehälter die Koalitionsfreiheit der unter diesem Durchschnitt liegenden TV/AVR-Parteien in nicht gerechtfertigter Weise. (4) Es gibt einer Seite des Verhandlungsprozesses der Preise, den Kostenträgern, ein einseitiges Recht, das Nähere der Bildung des regionalen Durchschnittsniveaus zu bestimmen, was für die Lohngestaltung und ihre Anerkennung in den Preisverhandlungen zentrale Bedeutung hat.

»Vereinbarkeitsdefizite« – Zur defizitären Umsetzung der Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben

PROF. DR. STEFAN TREICHEL, HOCHSCHULE EMDEN/LEER*

ZUSAMMENFASSUNG Wurde die Vereinbarkeitsrichtlinie 2019/1158 vom Gesetzgeber ausreichend umgesetzt? Oder können nun etwa Väter aufgrund der Richtlinie ein Recht auf »Vaterschaftsurlaub« geltend machen? Der Beitrag geht für den Bereich privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse den Fragen defizitärer Richtlinienumsetzung nach.

ABSTRACT Has the directive 2019/1158 been sufficiently implemented by the legislature? Or can fathers now claim a right to »paternity leave« based on the directive? The article examines the questions of deficient directive implementation in the area of private law employment relationships.

I. Einleitung

Bis zum 2. August 2022 hatte der Gesetzgeber die Richtlinie (EU) 2019/1158 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige (kurz: RL 2019/1158) umzusetzen. Mit Wirkung vom 24. Dezember 2022 trat dann das »Gesetz zur weiteren Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates« (VRUG) in Kraft.¹ Offenbar

ist der Gesetzgeber der Ansicht, damit den umfassenden Anforderungen der Vereinbarkeitsrichtlinie nachgekommen zu sein.² Insbesondere eine Freistellung für Väter bzw. gleichgestellte zweite Elternteile (»Vaterschaftsurlaub«) ließe sich keinesfalls zwingend aus der Richtlinie ableiten.³ Ein EU-Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV⁴ beeindruckte den Ge-

2 <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/familie/familienleistungen/elternzeit/vertragsverletzungsverfahren-zur-umsetzung-der-vereinbarkeitsrichtlinie--237698> (4.6.2024).

3 Ebd.

4 Vgl. den Beitrag »Regelung zum Vaterschaftsurlaub nicht umgesetzt: Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland«, Legal Tribune Online, 22.9.2022, https://www.lto.de/persistent/a_id/49705/ (3.9.2024); vgl. auch Bertram, Vater-in-waiting: Warum zehn arbeitsfreie Tage für den zweiten Elternteil ein unverhandelbares Minimum sind, VerfBlog, 2024/2/05, <https://verfassungsblog.de/vater-in-waiting/>, DOI: 10.59704/49869b75899fe379 (3.9.2024).

* Prof. Dr. Stefan Treichel lehrt Recht in den Sozial- und Gesundheitsberufen an der Hochschule Emden/Leer.

1 BGBl. 2022 I, S. 2510.

setzgeber nicht. Zunehmend dürfte daher nun die Arbeitsgerichtsbarkeit mit der Frage konfrontiert werden, ob sich aus der ggf. defizitären Richtlinienumsetzung konkrete Ansprüche von Arbeitnehmern⁵ ableiten lassen.⁶ Es stellt sich auch in Anbetracht weiterer, durch die Vereinbarkeitsrichtlinie klar geregelter Individualrechte die Frage, ob (1.) auf Grund defizitärer Vereinbarkeitsrichtlinienumsetzung sog. »Vereinbarkeitsdefizite« bestehen und wenn ja, ob (2.) sich aus diesen Vereinbarkeitsdefiziten konkrete, gerichtlich durchsetzbare Rechte von Arbeitnehmern ergeben. Der vorliegende Beitrag will diesen Fragen auf den Grund gehen.

II. Freistellung für Väter oder gleichgestellte zweite Elternteile

1. Individuelles Recht auf Freistellung

a) Vorgaben der Richtlinie

Nicht einfach zu beantworten ist bereits die Frage, ob die bisher unregelte Freistellung für Väter oder gleichgestellte zweite Elternteile nach der RL 2019/1158 überhaupt umzusetzen ist. Art. 1 S. 2 lit. a Var. 1 RL 2019/1158 statuiert iVm. Art. 3 Abs. 1 lit. a RL 2019/1158 ein individuelles Recht auf eine solche Freistellung, die gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 von den Mitgliedstaaten für zehn Tage sicherzustellen ist. Allerdings sieht Art. 20 Abs. 6 RL 2019/1158 vor, dass die Mitgliedstaaten jeden »Zeitraum [...] für Arbeitsfreistellung aus familiären Gründen, insbesondere Mutterschaftsurlaub, Vaterschaftsurlaub, Elternurlaub und Urlaub für pflegende Angehörige, der bzw. die auf nationaler Ebene vorgesehen ist und über den Mindeststandards gemäß dieser Richtlinie oder Richtlinie 92/85/EWG liegt« berücksichtigen können, »sofern die Mindestanforderungen für diesen Urlaub erfüllt sind und das allgemeine Niveau des Arbeitnehmerschutzes in den von den genannten Richtlinien erfassten Bereichen nicht abgesenkt wird.« Offenbar sieht sich der Gesetzgeber deshalb auch nicht aus der Vereinbarkeitsrichtlinie zur Umsetzung der Freistellung veranlasst.⁷ Liegt aber die Elternzeit, die der Vater bzw. der ihm nach deutschem Recht gleichgestellte zweite Elternteil (vgl. § 15 BEEG) für zehn Tage nach Geburt des Kindes und länger in Anspruch nehmen kann, über den Mindeststandards gemäß der Richtlinie 2019/1158, so dass die Mindestanforderungen der Freistellung nach Art. 4 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 gewahrt sind? Es gehört gerade zum Mindeststandard der RL 2019/1158, dass die Freistellung für Väter und gleichgestellte zweite Elternteile anlässlich der Geburt des Kindes des Arbeitnehmers genommen werden muss (Wortlaut Art. 4 Abs. 1 S. 1), um so die gleichmäßigere Aufteilung von Betreuungs- und Pflegeaufgaben zu fördern *und* die Bindung des Kindes an den zweiten Elternteil zu stärken – wie sich dem 19. Erwägungsgrund (EG) entnehmen lässt. Demgegenüber dient der Elternurlaub nach Art. 5 RL 2019/1158 der Wiedereingliederung

von Müttern in den Arbeitsmarkt (20. EG) und der gleichmäßigen Aufteilung von Care-Arbeit und Erwerbsarbeit unter den Elternteilen in möglichst flexiblen Formen (23. EG) über den zeitlichen Zusammenhang der Geburt hinaus bis zum 8. Lebensjahr des Kindes (Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158). Aber auch sonst lassen sich die Institute »Vaterschaftsurlaub« und »Elternurlaub« nach der RL 2019/1158 nicht vergleichen: Anders als der Elternurlaub (vgl. Art. 5 Abs. 4 S. 1 RL 2019/1158) darf der Vaterschaftsurlaub gerade nicht von einer Betriebszugehörigkeitsdauer abhängig gemacht werden, Art. 4 Abs. 2 RL 2019/1158. Insbesondere der 11. EG macht darauf aufmerksam, dass der im Zeitpunkt des Richtlinienerlasses vorhandene Rechtsrahmen, zu dem auch die RL 2010/18/EU nebst Rahmenvereinbarung gehörten, bisher nur wenige Anreize für Männer bot, um einen gleichwertigen Anteil der Sorgearbeit zu übernehmen. Insofern gehört es also gerade zu den Mindeststandards der Richtlinie, einen über den Elternurlaub hinausgehenden *Anreiz* zu schaffen, wobei freilich die genaue Aufteilung der Freistellungszeiten nach Art. 20 Abs. 6 RL 2019/1158 den Mitgliedstaaten überlassen werden sollte. Ausgehend von den Richtlinienvorgaben hat der Gesetzgeber also Art. 1 S. 2 lit. a Var. 1 iVm. Art. 4 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 umzusetzen. Dies hat er – auch in Anbetracht der Diskussionen um das Familienstartzeitgesetz⁸ – bisher nicht getan.⁹

b) Unmittelbare Richtlinienanwendung?

(1) Methodische Vorüberlegungen

Gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV ist eine Richtlinie grundsätzlich nur hinsichtlich ihres zu erreichenden Ziels verbindlich, wobei die Vorgaben in Richtlinien auch so konkret sein können, dass für die Mitgliedstaaten kein nennenswerter Spielraum verbleibt.¹⁰ Bei fehlender legislativer Transformation einer Richtlinienvorschrift muss freilich unterschieden werden: Da die Richtlinienumsetzung an den Mitgliedstaat adressiert ist, wird eine *Horizontalwirkung* (= unter Privaten) überzeugend abgelehnt, insbesondere unter Hinweis auf die Unterschiede zwischen Art. 288 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV sowie die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität.¹¹ Da die Richtlinienumsetzung aber an den Mitgliedstaat und seine »innerstaatlichen Stellen« adressiert ist (vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV), muss das legislative Transformationsdefizit der RL 2019/1158 durch die Arbeitsgerichte über eine richtlinienkonforme Auslegung oder richtlinienkonforme Rechtsfortbildung deutschen Arbeitsrechts unter Beachtung seiner methodischen Grenzen¹²

5 Mit diesem Begriff ist jede Geschlechtsform gemeint. Der Lesbarkeit halber soll im Text weiterhin dieser Begriff verwendet werden.

6 Etwa in Gestalt einer Klage auf Schadensersatz wegen mangelnder Umsetzung von Vaterschaftsurlaub, vgl. DIE ZEIT Nr. 9/2024, S. 22.

7 <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/familie/familienleistungen/elternzeit/vertragsverletzungsverfahren-zur-umsetzung-der-vereinbarkeitsrichtlinie--237698> (4.6.2024).

8 Vgl. Sprecher des BMFSFJ Berg auf der Regierungspressekonferenz am 6.3.2024: »Zur Familienstartzeit kann ich Ihnen sagen, dass es weiterhin bei dem Stand bleibt, dass der Referentenentwurf zum Familienstartzeitgesetz zwischen den Ressorts beraten wird.«, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/regierungspressekonferenz-vom-6-maerz-2024-2264054> (3.9.2024).

9 Ebenso Legerlotz, ArbRB 2023, 158, 159; Wietfeld/Hinrichsen, EuZA 2023, 363, 379; deutlich auch Thüsing/Bleckmann, in: Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg.), Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden, 2021, S. 84, wonach »gesetzgeberisches Handeln« erforderlich sei.

10 Höpfner, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2024 (im Folgenden: EuArbRK), Art. 288 AEUV Rn. 17.

11 EuArbRK-Höpfner (Fn. 10), Art. 288 AEUV Rn. 24 mwN. zur umfangreichen Rechtsprechung des EuGH.

12 Dieser ist freilich sehr umstritten, vgl. statt vieler Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023, Rn. 46 ff.

behooben werden.¹³ Bleibt ein Umsetzungsdefizit, ist dies hinzunehmen. Direkte Ansprüche eines Arbeitnehmers gegen seinen privaten Arbeitgeber können sich aus der RL 2019/1158 nicht ergeben.¹⁴ In Betracht kommt dann nur ein Amtshaftungsanspruch gegen den Mitgliedstaat wegen fehlerhafter Richtlinienumsetzung, sofern die nicht ordnungsgemäß umgesetzte Richtlinie dem Einzelnen ein Recht verleiht, der Verstoß des Mitgliedstaates gegen seine Umsetzungspflicht hinreichend qualifiziert ist und dem Betroffenen daraus ein unmittelbar kausaler Schaden entstanden ist.¹⁵

Unter Hinweis auf den Rechtsmissbrauchsgedanken wird aber eine *Vertikalwirkung* (= im Verhältnis Bürger–Staat) ausnahmsweise dann anerkannt, wenn (1.) die Frist zur Umsetzung der Richtlinienvorschrift abgelaufen ist, (2.) die Richtlinie nicht oder nicht korrekt umgesetzt wurde und (3.) die Vorschrift inhaltlich unbeding und hinreichend bestimmt formuliert wurde.¹⁶ Der Mitgliedstaat, der eine Richtlinienvorschrift nicht umsetzt, soll sich gegenüber Bürgern hierdurch keinen Vorteil verschaffen.¹⁷ Tritt also der Staat als Arbeitgeber auf, ist eine unmittelbare Richtliniennanwendung unter den vorgenannten Voraussetzungen möglich.¹⁸ Ist die Richtlinienvorschrift allerdings – etwa mangels Bestimmtheit oder Unbedingtheit – nicht unmittelbar anwendbar, kommt auch hier ein Schadensersatzanspruch gegen den Mitgliedstaat in Betracht.¹⁹ Da die Umsetzungsfrist von RL 2019/1158 zum 2. August 2022 abgelaufen ist, stellt sich – sowohl mit Blick auf Vertikal- und Horizontalwirkung – die Frage nach dem Bestehen eines *Umsetzungsdefizits*.

(2) Umsetzungsdefizit

Ein Umsetzungsdefizit kann sich aus den Richtlinienvorgaben Art. 1 S. 2 lit. a Var. 1, Art. 4 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 nur dann ergeben, wenn das nationale Recht keinen Raum für eine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung lässt.²⁰ Besteht also die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung oder Rechtsfortbildung bereits geregelter Freistellungsansprüche hin zu einem Anspruch auf »Vaterschaftsurlaub«, käme eine unmittelbare Richtliniennanwendung nicht in Betracht.

Auf den ersten Blick ist eine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung zu bezweifeln: § 45 Abs. 3, Abs. 5 SGB V knüpfen klar an die Krankheitssituation an, § 2 Abs. 1 PflegeZG an die Pflegeorganisation. Zu erwägen wäre zwar eine richtlinienkonforme Auslegung der Elternzeit nach § 15 Abs. 1 S. 1 BEEG, zumal die Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 BEEG regelmäßig vorliegen dürften. Allerdings beinhaltet § 15 Abs. 3 S. 1 BEEG auch das Recht, die dreijährige Elternzeit aufzuteilen oder gemeinsam zu nehmen. Gerade diesem Recht soll jetzt ein zeitgebundenes Recht auf Freistellung für den zweiten Elternteil *hinzugefügt* werden; dies beinhaltet aber auch, dass die Elternzeit die Partnerschaftsfreistellung aus Anlass der Geburt nicht konsumiert. Hinzu kommt, dass der Elternteil sich gerade für die ersten zwei Jahre festlegen muss (§ 16 Abs. 1 S. 2 BEEG) und dies 7 Wochen vor Beginn vom Arbeitgeber verlangen muss (§ 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BEEG). Die Partnerschaftsfreistellung ist jedoch beschränkt auf den Zeitraum »anlässlich der Geburt des Kindes«, wird also vom Geburtstermin – ähnlich den Mutterschutzfristen – vorherbestimmt. Legt der Arbeitnehmer sich sieben Wochen vor Geburtstermin fest, ist die Geburt dann aber früher oder später, läuft der Sinn der Partnerschaftsfreistellung also leer.²¹ Es zeigt sich, dass die Partnerschaftsfreistellung auch mit dem geltenden Elternzeitverlangen weder im Wege der Auslegung noch rechtsfortbildend verquickt werden kann.

Fraglich ist aber, ob die Geburt des Kindes als solche auf Seiten des Arbeitnehmers eine Situation auslöst, in der die persönlich zu erbringende Arbeitsleistung unter Abwägung des der Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer nicht zugemutet werden kann, § 275 Abs. 3 BGB. Eine typische Pflichtenkollision, wie sie etwa bei der Erkrankung des Kindes vorhanden ist, wird durch die Geburt freilich nicht ausgelöst: Da die Mutter in der Schutzfrist des § 3 Abs. 2 S. 1 MuSchG für das Kind sorgt, kann die Sorgepflicht für das Kind nicht mit der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers kollidieren. Auch wird die Umgangspflicht (§ 1684 Abs. 1 BGB) nicht durch die Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung beeinträchtigt sein. Könnte aber auch eine Pflicht des Arbeitnehmers gegenüber der Mutter mit der Arbeitspflicht kollidieren? § 1615I Abs. 1 S. 1 BGB statuiert zwar eine Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber der Mutter für die Zeit der Schutzfristen auch ohne eheliche Gemeinschaft, nach Abs. 2 ggf. auch über diesen Zeitraum hinaus. Doch kann auch diese Pflicht ohne weiteres neben der Arbeitspflicht erfüllt werden, ohne dass eine Pflichtenkollision ausgelöst wird. Daneben ließe sich aber auch über ein durch die Geburt veranlassenes Schutzpflichtenverhältnis zwischen den Elternteilen iS. des § 241 Abs. 2 BGB nachdenken.²² Jedoch setzt ein solches Schutzpflichtverhältnis, das vor allem im Bereich des Umgangsrechts thematisiert wird,²³ eine im Einzelfall konkret zu schützende Rechtsposition (etwa Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Leben, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) auf

13 EuGH, 6.11.2018 – C-469/16 – NJW 2019, 499 (Bauer), Rn. 66 f.; EuGH, 24.1.2021 – C-282/10 – NZA 2012, 139 (Dominguez), Rn. 24, 27; Möllers (Fn. 12), Rn. 46 ff.; Wietfeld, JZ 2020, 485, 491 f.; Wank, RdA 2020, 1, 3.

14 Dies übersieht von Roeteken, der Art. 4 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 für eine aus sich heraus vollzugsfähige (»self executing«) Regelung hält, vgl. ZTR 2022, 340 unter 4.

15 EuGH, 19.11.1991 – C-6/90 und C-9/90 – Slg. 1991, I-5357 (Francovich), Rn. 38 ff.; EuGH, 14.7.1994 – C-91/92 – Slg. 1994, 3325 (Faccini Dori), Rn. 27 ff.; noch konkreter dann EuGH 5.3.1996 – C-46/93 und C-48/93 – Slg. 1996, I-1029 (Brasserie du pêcheur), Rn. 51; EuGH, 26.3.1996 – C-392/93 – Slg. 1996, I-1631 (British Telecommunications), Rn. 38 ff.; EuGH, 25.1.2007 – C-278/05 – Slg. 2007, I-1053 (Robins), Rn. 69 ff.; EuGH, 25.11.2010 – C-429/09 – Slg. 2010, I-12167 (Fuß), Rn. 45 ff.; EuGH, 25.4.2013 – C-398/11 – BeckRS 2013, 80860 (Hogan), Rn. 48 ff.; EuGH, 10.1.2019 – C-415/18 P – BeckRS 2019, 286 (CBA), Rn. 19; EuGH, 18.1.2022 – C-261/20 – NJW 2022, 927 (Thelen Technopark Berlin), Rn. 44.

16 Eine weitere 4. Voraussetzung (Begünstigung des Bürgers) ist streitig, hierzu Möllers (Fn. 12), § 12 Rn. 38.

17 St. Rspr. seit EuGH, 5.4.1979 – Rs 148/78 – NJW 1979, 1764 (Ratti).

18 Grundlegend EuGH, 26.2.1986 – 152/84 – NJW 1986, 2178 (Marshall), Rn. 39 ff.; ebenso EuGH, 12.7.1990 – C-188/89 – Slg. 1990, I-3313 (Foster), Rn. 17 f.; EuGH, 14.9.2000 – C-343/98 – Slg. 2000, I-6659 (Collino), Rn. 23; EuGH, 5.2.2004 – C-157/02 – Slg. 2004, I-1477 (Rieser), Rn. 24; EuGH, 19.4.2007 – C-356/05 – Slg. 2007, I-3067 (Farrell), Rn. 40; EuGH, 24.1.2012 – C-282/10, NZA 2012, 139 (Dominguez), Rn. 39; EuGH, 7.8.2018 – C-122/17 – DAR 2018, 554 (Smith), Rn. 45.

19 St. Rspr. seit EuGH, 19.11.1991 – C-6/90 ua. – NJW 1992, 165 (Francovich); etwa auch EuGH, 16.12.1993 – C-334/92 – NJW 1994, 921 (Wagner Miret); EuGH, 26.3.1996 – C-392/93 – BeckRS 2004, 76981 (British Telecommunications).

20 Vgl. EuArbRK-Höpfner (Fn. 10), Art. 288 AEUV Rn. 30, 37, 88.

21 Der Arbeitnehmer muss sich an seinem Elternzeitverlangen gerade grundsätzlich festhalten lassen, Schneider, in: Brose/Weth/Volk (Hrsg.), Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz, 9. Aufl., München 2020, § 15 BEEG Rn. 28.

22 Preisner, Das gesetzliche mitreuhänderische Schuldverhältnis kraft gemeinsamer Elternschaft, Tübingen 2014 (zugl. Regensburg, Univ., Diss. 2013), S. 277; Mayer, FamRZ 2019, 1969, 1970 f.

23 Vgl. Mayer, FamRZ 2019, 1969, 1971.

Seiten der Mutter voraus, die durch die persönlich zu erbringende Arbeitsleistung gefährdet werden könnte. Auch lässt sich aus Art. 4 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 konstruktiv keine Pflicht zum Vaterschaftsurlaub zum Schutz von Mutter und/oder Kind iS. des § 241 Abs. 2 BGB ableiten. Rechtliche Anhaltspunkte für eine Pflichtenkollision bestehen also nicht.

Der Anwendungsbereich des § 275 Abs. 3 BGB beschränkt sich allerdings nicht auf die Fälle von Pflichtenkollisionen²⁴ und auch nicht auf »Hindernisse«²⁵, die einer persönlichen Leistungserbringung entgegenstehen. Vielmehr gewährt die Norm einen Schutz der Arbeitnehmer auch dann, wenn die Arbeitsleistung für den Arbeitnehmer »in hohem Maße belastend«²⁶ wäre, weil mit ihr ein empfindlicher Eingriff in seine Grundrechte verbunden wäre (Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Glaubensfreiheit, Gewissensfreiheit, ...).²⁷ Es muss insofern zumindest die Frage gestattet sein, ob der vom Gesetzgeber nicht umgesetzte Vaterschaftsurlaub und damit verbundene Entzug des individuellen Rechts auf Vaterschaftsurlaub der Gefährdung einer Grundrechtsposition gleichkommt oder in seiner Schutzwürdigkeit diesem nachsteht. Bedenkt man, dass die mit Grundrechten verbundenen Schutzpflichten des Staates insbesondere die Judikative in die Pflicht nehmen, den Grundrechtsschutz im Rahmen unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln und somit auch im Rahmen des § 275 Abs. 3 BGB zu konkretisieren,²⁸ ergibt sich doch für den Vaterschaftsurlaub ein etwas anders gelagerter Ausgangspunkt, da es bei ihm zunächst nicht um verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz iS. des Art. 1 Abs. 3 GG, sondern um die Umsetzung einer europäischen Richtliniennorm geht, die selbst jedoch nicht durch eine klar formulierte europäische Grundrechtsnorm spezifiziert wird. Allerdings wird auch vertreten, dass der Vaterschaftsurlaub begleitend zum Mutterschutz Ausdruck der nach Art. 33 Abs. 2 GRCh geforderten Vereinbarkeit von Beruf und Familie ist.²⁹ Zudem gilt europäisches Richtlinienrecht *unmittelbar*, unabhängig vom Anwendungsvorrang.³⁰ Adressat der Umsetzungsverpflichtung des Vaterschaftsurlaubs ist gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV – wie bei Art. 1 Abs. 3 GG – der Staat und somit auch die Judikative. Hinzu kommt, dass der Vaterschaftsurlaub nach seiner Zweckrichtung *eine Bindung zum Kind* herstellen soll, daher in einem zeitlich engen Zusammenhang zur Geburt des Kindes steht (»anlässlich der Geburt«) und somit als eine existentielle und zeitlich enge, nämlich unwiederbringliche, Ressource

begriffen werden muss,³¹ die die Persönlichkeitsentfaltung von Vater und Kind zu entwickeln hilft (Art. 2 Abs. 1 GG iVm. Art. 1 Abs. 1 GG). Es erscheint somit gut vertretbar, dass das Leistungsverweigerungsrecht des § 275 Abs. 3 BGB bei richtlinienkonformer Auslegung zur Anwendung gelangen muss, um so dem Arbeitnehmer in Umsetzung von Art. 1 S. 2 lit. a Var. 1 iVm. Art. 4 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 das individuelle Recht auf Vaterschaftsurlaub zu gewährleisten. Eine dahingehende Auslegung würde auch nicht gegen eine mit § 275 Abs. 3 BGB verbundene teleologische Grundentscheidung des Gesetzgebers³² verstoßen, zumal diese sich hier schwer ausmachen lässt. Aus Anlass der Geburt des Kindes wird die Leistungserbringung zumindest vorübergehend »unzumutbar«. Der Begriff der »Unzumutbarkeit« wird durch Art. 1 S. 2 lit. a Var. 1 RL 2019/1158 konkretisiert. Zu bedenken ist allerdings auch, dass im Einzelfall nach dem Wortlaut des § 275 Abs. 3 BGB ein berechtigtes »Leistungsinteresse« des Arbeitgebers dem entgegenstehen kann, da sich die richtlinienkonforme Auslegung nicht über den Wortlaut der Norm hinwegsetzen darf.

c) Zwischenergebnis

Über den Rechtsbegriff der »Unzumutbarkeit« iS. des § 275 Abs. 3 BGB lässt sich das geltende Recht richtlinienkonform dahin auslegen, dass dem Vater oder gleichgestellten zweiten Elternteil aus Anlass der Geburt des Kindes ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, um ihm somit das über Art. 1 S. 2 lit. a Var. 1 RL 2019/1158 garantierte, individuelle Recht auf Vaterschaftsurlaub zu gewähren. Da das geltende Recht derzeit auch keine Mindestanforderungen für ein Recht auf Vaterschaftsurlaub enthält, besteht das Leistungsverweigerungsrecht grundsätzlich zehn Tage (vgl. Art. 4 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158), kann allerdings durch ein entgegenstehendes berechtigtes Leistungsinteresse des Arbeitgebers iS. des § 275 Abs. 3 BGB ausnahmsweise ausgeschlossen oder verkürzt sein. Lehnt man ausnahmsweise eine Anwendung des § 275 Abs. 3 BGB unter dem Blickwinkel des arbeitgeberseitigen Leistungsinteresses ab, wäre im Vertikalverhältnis eine unmittelbare Anwendung des Art. 1 Abs. 1 S. 2 lit. a Var. 1 iVm. Art. 4 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 zu befürworten, da der Vaterschaftsurlaub hinreichend bestimmt und unbedingt formuliert wurde; die Begriffe »Vater« und »anlässlich der Geburt« werfen insofern keine Schwierigkeiten auf.³³ Gegenüber privaten Arbeitgebern bestünden keine unmittelbaren Ansprüche aus der Richtlinie, jedoch müsste der Staat einen aus der Nichtumsetzung entstandenen Schaden des Arbeitnehmers ausgleichen. Hat der Arbeitnehmer Urlaub genommen, weil ihm Vaterschaftsurlaub mangels gesetzlicher Regelung nicht gewährt wurde,³⁴ ist er grundsätzlich so stellen, wie er stehen würde, wenn ihm Vaterschaftsurlaub gewährt worden wäre, vgl. § 249 Abs. 1 BGB. Wäre dieser aufgrund einer gesetzlichen Regelung gewährt worden, hätte der Arbeitnehmer den Urlaub nicht nehmen müssen und somit noch den entsprechenden Urlaubsanspruch.

24 Vgl. Caspers, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2019 (im Folgenden: Staudinger), § 275 BGB Rn. 110 ff.

25 Krit. Ernst, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 9. Aufl., München 2022, § 275 BGB Rn. 130.

26 BAG 22.10.2015 – 2 AZR 569/14 – NZA 2016, 417.

27 Vgl. Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Gallner/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl., München 2024 (im Folgenden: ErfK), § 611a BGB Rn. 773 f.; Staudinger/Caspers (Fn. 24), § 275 BGB Rn. 110, 112.

28 Vgl. etwa BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – BVerfGE 81, 242, 254 (Handelsvertreter); BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 – BVerfGE 214, 231 ff. (Bürgerschaft); BVerfG, 6.2.2001 – 1 BvR 12/92 – BVerfGE 103, 89, 100 ff. (Unterhaltsverzicht); grundlegend »Lüth«: BVerfG, 15.1.1958 – 1 BvR 400/51 – BVerfGE 7, 198, 206 f.

29 In diese Richtung Eichenhofer, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Lsbl., München Stand: April 2022, D. III. Arbeitsrecht Rn. 134; wohl auch Lemke, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2015, Art. 33 GRCh Rn. 17.

30 EuGH, 9.3.1978 – C-106/77 Rn. 14 ff. – BeckRS 1978, 108817 (Simmenthal II).

31 In diese Richtung auch Bertram, Vater-in-waiting: Warum zehn arbeitsfreie Tage für den zweiten Elternteil ein unverhandelbares Minimum sind, VerfBlog, 2024/2/05, <https://verfassungsblog.de/vater-in-waiting/>, DOI: 10.59704/a9869b75899fe379 (3.9.2024).

32 Vgl. EuArRK-Höpfner (Fn. 10), Art. 288 AEUV Rn. 45.

33 Ebenso Daniels, AuR 2024, 335, 339.

34 Sog. »Selbstvornahmekosten«, vgl. neustens Weiss, NJOZ 2024, 353, 356 mwN.

Da der Staat aber – anders als der Arbeitgeber³⁵ – keinen Ersatzurlaub gewähren *kann* (§ 251 Abs. 1 BGB), hat er eine Geldentschädigung zu leisten, die an der Urlaubsabgeltung nach § 7 Abs. 4 BUrlG zu orientieren wäre.

2. Vergütung

a) Vorgaben der Richtlinie

Die Richtlinie sieht in Art. 8 Abs. 1 RL 2019/1158 vor, dass die Mitgliedstaaten »Im Einklang mit den nationalen Gegebenheiten, wie dem nationalen Recht, Kollektiv- bzw. Tarifverträgen oder Gepflogenheiten und unter Berücksichtigung der den Sozialpartnern übertragenen Befugnisse« eine Bezahlung oder Vergütung während der Freistellung nach Art. 4 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 sicherzustellen haben. Für die Vaterschaftsfreistellung »ist« gem. Art. 8 Abs. 2 S. 1 RL 2019/1158 eine Bezahlung oder Vergütung in der Höhe zu entrichten, die mindestens der Bezahlung oder Vergütung entspricht, die der Arbeitnehmer »im Fall einer Unterbrechung seiner Tätigkeit aus Gründen im Zusammenhang mit seinem Gesundheitszustand« erhalten würde, wobei der Anspruch von einer nicht länger als sechs Monate andauernden Betriebszugehörigkeitsdauer abhängig gemacht werden darf (Art. 8 Abs. 2 S. 2 RL 2019/1158). Mangels Umsetzung der Partnerschaftsfreistellung fehlt auch die Umsetzungsvorschrift, die den Vergütungsanspruch regeln könnte. Allerdings wird auch diese Vergütung – wie sich aus Art. 20 Abs. 7 RL 2019/1158 ergibt – nicht vorbehaltlos geregelt. Wird über mindestens sechs Monate Elternurlaub jedem Elternteil eine Vergütung von 65 % des Nettoeinkommens gewährt, kann der Mitgliedstaat nach Art. 20 Abs. 7 RL 2019/1158 beschließen, nicht die in Art. 8 Abs. 2 RL 2019/1158 vorgesehene Vergütung zu entrichten. Fraglich ist, ob diese Richtlinieneinschränkung gleichsam automatisch zur Anwendung gelangt, wenn sich – wie in der BRD – der Gesetzgeber zur abstrakt-generellen Regelung eines Elterngeldes in Höhe von 67 % des Nettoeinkommens für beide Elternteile entschließt (vgl. § 2 Abs. 1 S. 1, 3 BEEG). Einen »Beschluss« iS. des Art. 20 Abs. 7 RL 2019/1158 hat es auch im Zusammenhang mit den Gesetzesberatungen des VRUG nicht gegeben.³⁶ Selbst wenn man aber einen solchen Beschluss implizit in dem Unterlassen einer Vaterschaftsurlaubsregelung erblicken würde, bleiben ferner Zweifel, ob die Anwendungsvoraussetzungen auch dann greifen, wenn das Elterngeld während der Elternzeit von nur einem Elternteil tatsächlich in Anspruch genommen wird, weniger als sechs Monate Elterngeld tatsächlich in Anspruch genommen werden oder gar kein Elternteil Elternzeit beantragt. Mit anderen Worten: Reicht die abstrakt-generelle Regelung, dass jeder Elternteil Elterngeld über sechs Monate in Anspruch nehmen könnte oder setzt Art. 20 Abs. 7 RL 2019/1158 zumindest die einseitige oder gar beiderseitige Inanspruchnahme eines Elterngeldes über sechs Monate voraus? Da die Aufteilung von Elternzeit und Elterngeld gerade nicht vorgeschrieben, sondern – auch nach Erlass der RL 2019/1158 – der Wahl der Eltern überlassen werden soll, wird eine restriktive Auslegung zu bevorzugen sein, nach der Art. 20 Abs. 7 RL

2019/1158 eine tatsächliche Inanspruchnahme von insgesamt zwölf Monate Elterngeld voraussetzt.³⁷ Über Art. 20 Abs. 7 RL 2019/1158 soll gerade garantiert werden, dass jedem Elternteil über sechs Monate eine Bezahlung/Vergütung zur Verfügung steht; dann muss diese aber auch – unabhängig von der Aufteilung – über insgesamt zwölf Monate zufließen. Im Ergebnis führt Art. 20 Abs. 7 RL 2019/1158 also zu einer Ausnahme des grundsätzlich in Art. 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 RL 2019/1158 enthaltenen Vergütungsanspruchs, nicht aber zu seiner Derogation.

b) Unmittelbare Richtlinienanwendung?

Geht man für den Vaterschaftsurlaub von einer richtlinienkonformen Auslegung und Anwendung des § 275 Abs. 3 BGB aus, würde § 326 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich automatisch zu einem Wegfall des Vergütungsanspruchs führen. Eine Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs käme zunächst nur über § 616 S. 1 BGB für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit in Betracht, wobei die Norm aber dispositiv ist.³⁸ Eine richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG oder des § 44 SGB V ist nicht möglich. Es bestünde aber die Möglichkeit der Beantragung von Elterngeld während des Vaterschaftsurlaubs nach § 1 BEEG. Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 BEEG liegen regelmäßig vor. Auch verfährt noch nicht, dass Elterngeld frühestens am Tag der Geburt des Kindes bezogen werden könnte (§ 4 Abs. 1 S. 2 BEEG). Problematisch erweist sich aber die zwingende monatsweise Bewilligungsregelung nach § 4 Abs. 2 S. 1 BEEG, bei der es sich nicht um eine bloß verwaltungstechnische, sondern materiellrechtliche Vorgabe der Anspruchsentstehung handelt³⁹: Eine Bewilligung von zehn Tagen kommt hiernach nicht in Betracht. Weder eine richtlinienkonforme Auslegung noch Rechtsfortbildung erscheint möglich. Nehmen also die Partner nicht insgesamt zwölf Monate Elternurlaub (vgl. Art. 20 Abs. 7 RL 2019/1158, s.o.), besteht also jedenfalls dann ein Umsetzungsdefizit, sofern eine Anwendung des § 616 S. 1 BGB ausscheidet. Problematisch sind jedoch die Folgen dieses Defizits: Zum einen ergibt sich aus Art. 8 Abs. 2 S. 1 RL 2019/1158 nämlich keine hinreichend bestimmte Höhe des Anspruchs, da sich dieser entweder an der Höhe des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung oder an der Höhe des Anspruchs auf Krankengeld orientieren könnte. Zum anderen ist durch Art. 8 Abs. 2 S. 1 RL 2019/1158 auch nicht vorherbestimmt, dass der Arbeitgeber die wirtschaftlichen Kosten der Vergütung zu tragen hat. Auch angesichts des nicht unkomplizierten Verhältnisses zwischen Art. 8 Abs. 2 S. 1 RL 2019/1158 und Art. 20 Abs. 7 RL 2019/1158 wird man im Vertikalverhältnis eine unmittelbare Anwendung mangels Unbedingtheit eines Vergütungsanspruchs daher abzulehnen haben. Aus eben diesem Grund dürfte auch ein Schadensersatzanspruch wegen Nichtzahlung der Vaterschaftsurlaubsvergütung des bei einem privaten Arbeitgeber beschäftigten Arbeitnehmers abzulehnen sein.

³⁷ So schon Treichel, Zur Notwendigkeit einer Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie 2019/1158 vom 20. Juni 2019 in das geltende Arbeits- und Sozialrecht – Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesvorstandes des Deutschen Gewerkschaftsbundes, Berlin 2021, S. 52.

³⁸ Statt vieler Jousseaume, in: Rofls/Giesen/Meßling/Udsching (Hrsg.), BeckOK Arbeitsrecht, 72. Ed., Stand: 1.6.2024 (im Folgenden: BeckOK ArbR), § 616 BGB Rn. 6 mwN.

³⁹ Graue, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), jurisPK-SGB Sozialrecht Besonderer Teil, 1, Stand: 10.05.2024, § 4 BEEG Rn. 46.

³⁵ Vgl. BAG 16.5.2017 – 9 AZR 572/16 – NZA 2017, 1056 Rn. 13.

³⁶ Vgl. BT-Drs. 20/3447, 20/3710, 20/4738.

c) Zwischenergebnis

Eine unmittelbare Anwendung von Art. 8 Abs. 1, Abs. 2 RL 2019/1158 kommt nicht in Betracht. Auch scheiden Schadensersatzansprüche wegen Nichtumsetzung dieser Norm aus.⁴⁰ Sofern Vaterschaftsurlaub nach § 275 Abs. 3 BGB in Anspruch genommen wird, bliebe es bei § 326 Abs. 1 S. 1 BGB, sofern nicht § 616 S. 1 BGB zu einer zeitweiligen Vergütung verhilft.

3. Diskriminierungsschutz

a) Vorgaben der Richtlinie

Nach Art. 11 RL 2019/1158 ergreifen die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen für ein Verbot der Schlechterstellung von Arbeitnehmern aufgrund der Beantragung oder Inanspruchnahme nach Art. 4 RL 2019/1158. Die Verpflichtung ist vorbehaltlos formuliert, unterliegt also keinen weiteren Einschränkungen. Ein gesondertes Diskriminierungsverbot wegen Beantragung oder Inanspruchnahme von Vaterschaftsurlaub hat der Gesetzgeber im Zuge des VRUG jedoch nicht eingeführt.⁴¹ Gestärkt wurde nur das Beschwerderecht an die Antidiskriminierungsstelle des Bundes in Umsetzung Art. 15 RL 2019/1158.⁴² Gem. § 27 Abs. 1 S. 2 AGG können sich nunmehr auch Beschäftigte an diese Stelle wenden, wenn sie der Ansicht sind, benachteiligt worden zu sein auf Grund der Beantragung oder Inanspruchnahme einer Freistellung von der Arbeitsleistung oder der Anpassung der Arbeitszeit als Eltern oder pflegende Angehörige nach dem BEEG, PflegeZG oder PPFZG, auf Grund des Fernbleibens von der Arbeit nach § 2 PflegeZG oder auf Grund der Verweigerung ihrer persönlich zu erbringenden Arbeitsleistung aus dringenden familiären Gründen nach § 275 Abs. 3 BGB, wenn eine Erkrankung oder ein Unfall ihre unmittelbare Anwesenheit erforderten. Ein eindeutiges Diskriminierungsverbot ergibt sich hieraus nicht. Auch wird eine Benachteiligung aufgrund beantragter oder in Anspruch genommener Vaterschaftsfreistellung vom Beschwerderecht von vornherein nicht erfasst. Auch das Beschwerderecht nach Diskriminierung infolge von § 275 Abs. 3 BGB erfasst nach dem klaren Wortlaut nur die Situation einer Erkrankung oder eines Unfalls.

b) Unmittelbare Richtlinienanwendung?

Auch insofern stellt sich also die Frage nach dem Bestehen eines Umsetzungsdefizits und somit nach der Möglichkeit richtlinienkonformer Auslegung oder richtlinienkonformer Rechtsfortbildung geltenden Rechts. § 7 Abs. 1 AGG kann nicht greifen, da dieser schon seinem Wortlaut nach auf die Diskriminierungsmerkmale nach § 1 AGG beschränkt ist. Eine richtlinienindizierte Rechtsfortbildung des § 7 Abs. 1 AGG wäre eindeutig *contra legem*, da der Gesetzgeber mit § 7 Abs. 1 AGG nur den Schutz vor Diskriminierung auf Grund bestimm-

ter Merkmale bezweckte.⁴³ Auch § 16 Abs. 1 S. 1 AGG hilft nicht weiter, da die Norm sich nur auf »Rechte nach diesem Abschnitt«, also auf die Rechte der §§ 13 bis 15 AGG sowie § 7 Abs. 1 AGG bezieht und daher mittelbar nur die Diskriminierung aufgrund eines in § 1 AGG genannten Merkmals erfasst.⁴⁴ Bleibt also nur das Maßregelungsverbot nach § 612a BGB. Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer hiernach bei einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Vorausgesetzt wird, dass dem Arbeitnehmer diese Rechte auch zustehen. Vorausgesetzt, es stünde ein Recht auf Vaterschaftsurlaub nach deutschem Recht zur Verfügung (etwa nach § 275 Abs. 3 BGB, vgl. oben II.1.b) bb), wäre es auch grundsätzlich vom Schutzzweck dieser Norm erfasst. Allerdings würde § 612a BGB dann strenggenommen auch voraussetzen, dass das Recht auf Vaterschaftsurlaub im konkreten Fall rechtlich zusteht.⁴⁵ Ob Art. 11 RL 2019/1158 ebenso auszulegen ist oder darüber hinausgeht, ist unklar.⁴⁶ Allerdings wäre der § 612a BGB ohne weiteres einer richtlinienkonformen Auslegung zugänglich, ggf. auch in der Weise, dass schon die bloße Beantragung auf Vaterschaftsfreistellung eine Benachteiligung des Arbeitgebers verbietet, unabhängig davon, ob das Recht auf Vaterschaftsfreistellung dem Arbeitnehmer rechtlich zusteht. Einer unmittelbaren Richtlinienanwendung auf vertikalem Weg bedarf es somit nicht.

c) Zwischenergebnis

In richtlinienkonformer Auslegung kann § 612a BGB dem Art. 11 RL 2019/1158 Rechnung tragen und so vor einer Benachteiligung aufgrund in Anspruch genommenen Vaterschaftsurlaubs schützen. Dies gilt erst recht, wenn man das Recht auf Vaterschaftsurlaub – wie hier vertreten – in § 275 Abs. 3 BGB verortet.

4. Kündigungsschutz

a) Vorgaben der Richtlinie

Nach Art. 12 Abs. 1 RL 2019/1158 ergreifen die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen für ein Verbot der Kündigung und allen Vorbereitungen für eine Kündigung aufgrund der Beantragung oder der Inanspruchnahme eines Urlaubs gem. Art. 4 RL 2019/1158. Auch die Kündigungsverbote nach den § 17 MuSchG und § 18 BEEG wurden jedoch mit dem VRUG nicht erweitert. Auch dürfte die Erweiterung des Beschwerderechts nach § 27 Abs. 2 S. 1 AGG kaum dazu geeignet sein, ausreichenden Schutz vor einer Kündigung wegen der Beantragung oder Inanspruchnahme von Vaterschaftsurlaub zu gewährleisten.

40 AA. von Roetteken, ZTR 2022, 340 unter 8.: Haftungsanspruch, sofern nicht § 616 S. 1 BGB greift.

41 Offenbar sieht der Gesetzgeber den Art. 11 RL 2019/1158 als Maßregelungsverbot an, vgl. BT-Drs. 20/3447, S. 19, geht aber nicht auf den konkreten Umsetzungsbedarf oder dessen Fehlen ein; in Richtung eines Maßregelungsverbots auch Thüsing/Bleckmann (Fn. 9), S. 45.

42 Krit. insoweit die CDU/CSU-Fraktion, die bemängelte, dass die in § 27 AGG aufgenommenen Beschwerdeformen nicht mit den § 1 AGG enthaltenen Diskriminierungsmerkmalen übereinstimmen, BT-Drs. 20/4738, S. 11.

43 Statt vieler ErfK-Schlachter (Fn. 27), § 7 AGG Rn. 1.

44 Vgl. statt vieler Horcher, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 70. Ed., Stand: 1.5.2024 (im Folgenden: BeckOK BGB), § 16 AGG Rn. 4; ausdrücklich beschränkend auf die Diskriminierungsmerkmale auch Sprenger, EuZA 2020, 48, 59.

45 Vgl. statt vieler ErfK-Preis/Greiner (Rn. 27), § 612a BGB Rn. 5.

46 Für einen weitergehenden Anwendungsbereich Treichel (Fn. 37), S. 60; aA. Thüsing/Bleckmann (Fn. 9), S. 52 Fn. 147. Fest steht jedenfalls, dass auch das deutsche Recht in § 7 Abs. 1 HS. 2 AGG die »vermutete« Diskriminierung – ohne tatsächliches Vorliegen eines Diskriminierungsmerkmals – ebenso kennt. Auch im Rahmen des § 16 AGG wird zumindest teilweise vertreten, dass ein Rechtsirrtum nicht zu Lasten des Beschäftigten gehen kann, vgl. nur Deinert, in: Däubler/Beck (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 16 AGG Rn. 22; ebenso BeckOK BGB-Horcher (Fn. 44), § 16 AGG Rn. 5.

b) Unmittelbare Richtlinienanwendung?

Von daher stellt sich auch in diesem Zusammenhang die Frage nach der Möglichkeit richtlinienkonformer Auslegung bzw. Rechtsfortbildung geltenden Rechts. Fasste man das Recht auf Partnerschaftsfreistellung unter § 275 Abs. 3 BGB, wäre eine Kündigung schon nach § 612a BGB iVm. § 134 BGB unwirksam. Analoge Anwendungen der § 17 MuSchG oder § 18 BEEG dürften spätestens an dem Fehlen einer vergleichbaren Interessenlage scheitern; es dürfte auch schon eine Regelungslücke fehlen, wenn man bedenkt, dass diese – schon aufgrund des Gewaltenteilungsgrundsatzes – methodisch allein nach nationaler Methodenlehre zu bestimmen ist und nicht allein durch Nichtumsetzung europäischen Richtlinienrechts entsteht.⁴⁷ Ginge man hier den Weg über §§ 275 Abs. 3, 612a BGB, müsste allerdings auch der nach Art. 12 Abs. 3 RL 2019/1158 geforderten Beweislastregel Geltung verschafft werden: Während es dem Arbeitnehmer obliegt, zunächst Tatsachen vorzutragen, die eine Kündigung wegen Inanspruchnahme bzw. Beantragung von Vaterschaftsurlaub begründen können, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass die Kündigung aus anderen Gründen erfolgt ist. Eine analoge Anwendung des § 22 AGG würde zwar den methodisch gesetzten Rahmen sprengen; allerdings ließe sich Art. 12 Abs. 3 RL 2019/1158 im Verfahren über die Grundsätze der sekundären Darlegungslast umsetzen.⁴⁸ Zudem müsste der Arbeitnehmer nach Art. 12 Abs. 2 RL 2019/1158 die Angabe von Kündigungsgründen verlangen können, was sich konstruktiv über § 241 Abs. 2 BGB bewerkstelligen ließe (eine Analogie des § 17 Abs. 2 S. 2 MuSchG würde auch hier den methodischen Rahmen sprengen). Nicht unproblematisch erscheint demgegenüber die Handhabung des Verbots von »Vorbereitungen« einer Kündigung. Es stellt sich die Frage, ob eine »Maßnahme« iSd. § 612a BGB auch schon dann anzunehmen ist, wenn der Arbeitgeber eine Kündigung nur »vorbereitet« – etwa durch Anhörung des Betriebsrats o.Ä. Grundsätzlich ist der Begriff der »Maßnahme« weit zu verstehen.⁴⁹ Erfasst werden nicht nur Kündigungen, sondern auch tatsächliche Handlungen⁵⁰ – etwa betriebsinterne, diskriminierende Verhaltensweisen⁵¹. Insofern ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Vorbereitung einer Kündigung aus dem Grund der Inanspruchnahme oder Beantragung von Vaterschaftsurlaub sehr wohl unter Rückgriff auf § 612a BGB gelöst werden könnte. Die Norm ist auch insofern einer richtlinienkonformen Auslegung zugänglich. Geklärt ist damit freilich noch nicht, ob die Rechtswirkung dann zu einer Unwirksamkeit der Kündigung oder bereits der Vorbereitungsmaßnahme führt.⁵²

c) Zwischenergebnis

Art. 12 RL 2019/1158 kann ebenfalls durch richtlinienkonforme Auslegung des § 612a BGB umgesetzt werden. In Umsetzung europäischen Rechts kann § 612a BGB sowohl Kün-

digungen, aber auch Kündigungsvorbereitungsmaßnahmen aufgrund der Beantragung oder Inanspruchnahme von Vaterschaftsurlaub verhindern.

III. Freistellung für Elternteile

Da der Elternurlaub als solches (Art. 5 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158) sowie seine Bezahlung (Art. 8 Abs. 1 RL 2019/1158) umgesetzt sind (vgl. §§ 1 Abs. 1, 15 BEEG),⁵³ konzentrieren sich die Fragen nach ausreichender Richtlinienumsetzung auf nur bestimmte Bereiche.

1. Rückkehrrecht

Hinsichtlich bereits erworbener Rechte des die Elternzeit wahrnehmenden Elternteils hat der EuGH jedenfalls in Bezug auf den Jahresurlaub klargestellt, dass der Gesetzgeber nicht verpflichtet ist, bei der Berechnung des Jahresurlaubs die Elternzeit mit der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit gleichzustellen.⁵⁴ Es dürfte insofern auch keinen Bedenken begegnen, die in § 17 BEEG enthaltene Regelung fortzuführen; ein Verstoß gegen Art. 10 Abs. 1 RL 2019/1158 kann hierin nicht erkannt werden.⁵⁵ Nach wie vor problematisch erscheint allerdings, ob der Gesetzgeber Art. 10 Abs. 2 RL 2019/1158 ausreichend umgesetzt hat.

a) Vorgaben der Richtlinie

Nach Art. 10 Abs. 2 RL 2019/1158 sollen die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die Arbeitnehmer nach Ablauf des Elternurlaubs gem. Art. 5 RL 2019/1158 ein Anspruch darauf haben, »an ihren früheren oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz unter Bedingungen zurückzukehren, die für sie nicht weniger günstig sind [...]«. Allerdings sollte diese Formulierung nach dem 47. EG nicht zu einer Einschränkung der Rechte aus der Richtlinie 2010/18/EU und damit auch nicht zu einer Einschränkung von § 5 Abs. 1 der Rahmenvereinbarung zu RL 2010/18/EU führen, der ein Rückkehrrecht »an seinen früheren Arbeitsplatz« vorsah, sofern dies »möglich« war. Ein solches Rückkehrrecht hat der Gesetzgeber auch mit dem VRUG jedoch nicht geschaffen.⁵⁶

b) Unmittelbare Richtlinienanwendung?

Nimmt man den 47. Erwägungsgrund ernst⁵⁷ und folgt auch aus Art. 10 Abs. 2 RL 2019/1158 ein Recht auf Rückkehr vorrangig auf den »früheren Arbeitsplatz«, so ist die deutsche Rechtslage auf den ersten Blick defizitär: Der Arbeitnehmer hat nach Ablauf der Elternzeit zwar einen Anspruch auf Rückkehr, nicht aber explizit auf seinen *früheren* Arbeitsplatz.⁵⁸ Entscheidend ist, was die Vertragsparteien, Tarifvertragsparteien

47 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 11. Aufl., München 2020, Rn. 912e; Höpfer, JbJZ 2009, 73, 85; weiter Möllers (Fn. 12), § 12 Rn. 62b ff. mwN.

48 Vgl. Greiner, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 2: Individualarbeitsrecht II, 5. Auflage, München 2021, § 110 Rn. 38.

49 ErfK-Preis/Greiner (Fn. 27), § 612a BGB Rn. 8.

50 Linck, in: Linck/Preis/Schmidt (Hrsg.), Kündigungsrecht, 7. Aufl., München 2024, § 612a BGB Rn. 9.

51 ErfK-Preis/Greiner (Fn. 27), § 612a BGB Rn. 8.

52 Vgl. Treichel (Fn. 37), S. 58 f. mwN.

53 So auch Dahm, EuZA 2020, 19, 33; Graue, ZESAR 2020, 62, 67. Freilich bestehen nicht unerhebliche Zweifel, ob sich die (nunmehr neugeregelt) Einkommensgrenze für das Elterngeld (§ 1 Abs. 8 BEEG) noch mit Art. 5 Abs. 1 iVm. Art. 8 Abs. 1 RL 2019/1158 vereinbaren lässt, vgl. Wietfeld, NZA 17/2023 Editorial.

54 EuGH, 4.10.2018 – C-12/17 – NZA 2018, 1323 (Dicu), Rn. 26.

55 Brose, in: Brose/Weth/Volk (Fn. 21), BEEG Einleitung Rn. 59.

56 Kritisch zum Fehlen einer Regelung auch schon vor Inkrafttreten der Vereinbarkeitsrichtlinie Kiesow, ZESAR 2018, 39, 42.

57 Zweifelnd an der Bedeutung von Erwägungsgründen Junker, EuZA 2020, 141; dagegen mit gewichtigen Argumenten Gump, ZfPW 2022, 446, 451 ff., 475 f.

58 BeckOK ArbR-Schrader (Fn. 38), BEEG § 15 Rn. 32.

oder Betriebsparteien vereinbart haben⁵⁹ und – insbesondere bei Fehlen einer solchen Vereinbarung – ob die Zuweisung des Arbeitsplatzes nach Elternzeitablauf in den Grenzen der Vereinbarung und nach billigem Ermessen (vgl. § 611a Abs. 1 S. 1 BGB, § 106 GewO) erfolgt. Allerdings ist das »billige Ermessen« der richtlinienkonformen Auslegung zugänglich: Es lässt sich sehr wohl vertreten, dass nach Ablauf der Elternzeit eine Weisung auf einen anderen Arbeitsplatz nicht mehr billigem Ermessen entspricht, wenn die Beschäftigung auf dem früheren Arbeitsplatz zugleich möglich ist.⁶⁰ Wurde der konkrete Arbeitsplatz (praktisch wohl selten⁶¹) in die arbeitsvertragliche Vereinbarung mit aufgenommen, müsste der Arbeitnehmer eine entgegengesetzte Weisung ohnehin nicht befolgen. Auf den ersten Blick erscheint zwar fraglich, ob sich der Arbeitnehmer für sein Rückkehrrecht unmittelbar auf den Arbeitsvertrag berufen könnte, weil dieser ja seiner Natur nach gem. § 611a Abs. 1 S. 1 BGB eher eine Hauptpflicht denn ein Rückkehrrecht beinhaltet. Sofern man mit der hM.⁶² aus dem Arbeitsvertrag aber im Wege der Rechtsfortbildung zugleich einen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers folgert, ist es nur konsequent, diesen nach Ablauf der Elternzeit wiederaufleben zu lassen, womit ein konkretes Rückkehrrecht begründet wäre. Es zeigt sich insgesamt, dass ein Rückkehrrecht auf den bisherigen Arbeitsplatz sehr wohl in richtlinienkonformer Auslegung dem geltenden Arbeitsrecht entnommen werden kann.⁶³

2. Diskriminierungsschutz

a) Vorgaben der Richtlinie

Art. 11 RL 2019/1158 fordert von den Mitgliedstaaten das Ergreifen von notwendigen Maßnahmen für ein Verbot der Schlechterstellung von Arbeitnehmern aufgrund der Beantragung oder Inanspruchnahme von Elternurlaub gem. Art. 5 RL 2019/1158. Ein besonderes Diskriminierungsverbot hat der Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung durch das VRUG jedoch nicht eingeführt (vgl. oben unter II.3.a). Zwar haben Beschäftigte nunmehr das Recht, sich gem. § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AGG an die Antidiskriminierungsstelle zu wenden, wenn sie der Ansicht sind, auf Grund der Beantragung oder Inanspruchnahme einer »Freistellung« nach dem BEEG benachteiligt zu sein. Jedoch korreliert dieses Beschwerderecht nicht mit einem entsprechenden Diskriminierungsverbot innerhalb des AGG. Eine Erweiterung der Diskriminierungsmerkmale ist, wie auch im Zusammenhang mit der Partnerfreistellung, durch das VRUG gerade nicht erfolgt.⁶⁴

59 Vgl. Kiesow, Die Rückkehr an den früheren Arbeitsplatz und Arbeitsarrangements, Baden-Baden 2018 (zugl. Bremen, Univ., Diss., 2017), S. 208 ff.

60 Vgl. Kiesow (Fn. 59), S. 264.

61 Vgl. auch BeckOK ArbR-Schrader (Fn. 38), BEEG § 15 Rn. 32.

62 So die hM. Rückgriff auf §§ 611a Abs. 1 S. 1, 613, 242 BGB iVm. dem allg. Persönlichkeitsrecht gem. Art. 1 iVm. Art. 2 Abs. 1 GG; BAG, 15.6.2021 – 9 AZR 217/20 – NZA 2021, 1625 Rn. 43 ff. mwN.; auch bereits BAG, 10.11.1955 – 2 AZR 591/54 – AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 2.

63 Für ein vorrangiges Recht auf Rückkehr auf den früheren Arbeitsplatz auch von Roetteken, ZTR 2022, 340 unter 10.

64 Obwohl gerade eine Erweiterung der Diskriminierungsmerkmale von vielen eingefordert wurde, vgl. nur Thüsing/Bleckmann (Fn. 9), S. 68 mit dem Vorschlag, die »familiäre Fürsorgeverantwortung« als Diskriminierungsmerkmal in § 1 AGG aufzunehmen; zu eben diesem Handlungsbedarf kommt auch die sozialwissenschaftliche Studie von Mohr/Nicodemus/Stoll/Weuthen/Juncke, in: Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg.), Diskriminierungserfahrungen von fürsorgenden Erwerbstätigen im Kontext von Schwangerschaft, Elternzeit und Pflege von Angehörigen, 2022, S. 133.

b) Unmittelbare Richtlinienanwendung?

Vor diesem Hintergrund stellt sich wiederum die Frage nach der Möglichkeit richtlinienkonformer Auslegung bzw. Rechtsfortbildung, die verneinendenfalls eine Vereinbarkeitslücke nach sich zöge. Da § 7 Abs. 1 AGG nicht analogiefähig ist (vgl. oben unter II.3.b), käme auch hier eine richtlinienkonforme Interpretation des § 612a BGB in Betracht. Auch wenn dies konstruktiv möglich wäre, ist jedoch zu bedenken, dass diskriminierende Verhaltensweisen auch dann ausgelöst werden könnten, wenn der Arbeitnehmer Elternzeit beantragt, ohne dass ihm dieses Recht in der beantragten Form zusteht. Der Anwendungsbereich des Art. 11 RL 2019/1158 geht auch hier uU. weiter als § 612a BGB, da die Richtlinie nicht notwendig das Bestehen des Anspruchs auf Elternzeit zum Schutz vor Diskriminierung voraussetzt. Für einen in diesem Sinne weitgehenden Diskriminierungsschutz spricht insbesondere die Rechtsprechung des EuGH zu § 2 Nr. 6 der Rahmenvereinbarung zu RL 96/34/EG⁶⁵ (»Bestandsschutz«) als auch zu § 2 Nr. 4 der Rahmenvereinbarung zu RL 96/34/EG⁶⁶ (»Entlassungsschutz«):⁶⁷ Beide Bestimmungen sind hiernach Ausdruck eines *sozialen Grundrechts* der Europäischen Union, das nicht restriktiv ausgelegt werden dürfe; ausgerichtet an dem in Nr. 16 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte formulierten Ziel der Gleichbehandlung von Männern und Frauen sollen Arbeits- und Lebensbedingungen durch sozialen Schutz verbessert werden. Zu ergänzen bleibt nur noch, dass dieser Sozialschutz durch ein *Grundrecht auf Elternurlaub gem. Art. 33 Abs. 2 GRCh* garantiert wird, dessen Schutz der Mitgliedstaat – wenn nicht durch seinen Gesetzgeber, so durch die Judikative – bei der »Durchführung« von Art. 11 RL 2019/1158 (vgl. Art. 51 Abs. 1 GRCh) zu beachten hat. In Ermangelung eines klaren Diskriminierungsverbots im AGG oder BEEG muss der Diskriminierungsschutz durch richtlinienkonforme Auslegung des § 612a BGB sichergestellt werden, wobei die vom EuGH geforderte extensive Interpretation einen Diskriminierungsschutz auch dann erfordert, wenn der Antrag auf Elternzeit gestellt wird, nicht aber zusteht. Einer unmittelbaren Richtlinienanwendung bedarf es insofern nicht.

3. Kündigungsschutz

a) Vorgaben der Richtlinie

Der Elternurlaub muss gem. Art. 12 Abs. 1 RL 2019/1158 durch einen ausreichenden Kündigungsschutz abgesichert werden. Dieser ist zwar nach § 18 BEEG vorhanden. Jedoch erstreckt sich die Norm nur auf den Schutz vor Kündigungen, nicht jedoch auf den Schutz vor »Vorbereitungen für eine Kündigung«. Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 RL 2019/1158 geht über § 18 Abs. 1 BEEG hinaus. Eine Korrektur des § 18 BEEG fand durch das VRUG nicht statt.

b) Unmittelbare Richtlinienanwendung?

Auf der Suche nach einem Umsetzungsdefizit stellt sich mithin die Frage nach einer richtlinienkonformen Auslegung oder

65 EuGH, 22.10.2009 – C-116/08 – NJW 2010, 1582 (Meerts), Rn. 42.

66 EuGH, 27.2.2014 – C-588/12 – NZA 2014, 359 (Rogiers), Rn. 36.

67 Später: § 5 Abs. 2 und Abs. 4 der Rahmenvereinbarung zu RL 2010/18/EU; jetzt: Art. 10 RL 2019/1158 und Art. 12 RL 2019/1158.

Rechtsfortbildung von § 18 Abs. 1 BEEG. Anders als § 17 Abs. 1 S. 3 MuSchG beinhaltet die Norm ihrem Wortlaut nach aber gerade keine »Vorbereitungen«, so dass das systematische Argument zunächst gegen eine Einbeziehung von Vorbereitungen spricht. Allerdings wurde § 17 Abs. 1 S. 3 MuSchG auch damals bewusst nur in Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Paquay*⁶⁸ geschaffen,⁶⁹ die damalige Rahmenvereinbarung zu RL 2010/18/EU sah in § 5 Abs. 4 der Rahmenvereinbarung eine Regelung zu Vorbereitungsmaßnahmen gerade nicht vor. Insofern kann also auch § 17 Abs. 1 S. 3 MuSchG – vor dem Hintergrund seiner Entstehungsgeschichte – wohl schwerlich als Gegenargument einer erweiternden Auslegung von § 18 Abs. 1 BEEG bemüht werden. Die nunmehr bewusste Einbeziehung von »Vorbereitungen« in den Kündigungsschutz wegen Elternurlaubs wirft vielmehr die Frage auf den Plan, ob auch der § 18 Abs. 1 BEEG von seiner Entstehungsgeschichte ein stückweit abgelöst und – da er nunmehr der Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie dient – einer richtlinienkonformen Auslegung zugeführt werden muss. Hierfür spricht gerade, dass auch der EuGH in der Rs. *Paquay* das Kündigungsverbot der Mutterschutzrichtlinie auf »Vorbereitungen« eben deshalb erstreckte, weil diese das Kündigungsverbot auszuhebeln drohten.⁷⁰ Handelt es sich also bei dem Schutz vor Vorbereitungen einer Kündigung infolge von Inanspruchnahme oder Beantragung von Elternurlaub in Wirklichkeit um eine Verlängerung des Kündigungsverbots innerhalb der Schutzfrist, lässt sich das Verbot der Kündigung »während der Elternzeit« in § 18 Abs. 1 S. 3 BEEG sehr wohl so auffassen, dass eine innerhalb dieser Zeit vorgenommene Vorbereitungsmaßnahme eine erst danach ausgesprochene Kündigung verbietet.

IV. Freistellung für pflegende Angehörige

1. Der Freistellungsanspruch an sich

a) Vorgaben der Richtlinie

Gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 ergreifen die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass Arbeitnehmer das Recht haben, fünf Arbeitstage pro Jahr Urlaub für pflegende Angehörige zu nehmen. Es handelt sich gem. Art. 1 S. 2 lit. a Var. 3 RL 2019/1158 um ein individuelles Recht, wobei unter diesem »Urlaub« eine Arbeitsfreistellung des Arbeitnehmers zu verstehen ist, um einen Angehörigen oder eine im gleichen Haushalt lebende Person, die aus schwerwiegenden medizinischen Gründen (nach Definition des Mitgliedstaats) auf erhebliche Pflege und Unterstützung angewiesen ist, zu pflegen oder zu unterstützen (Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 2019/1158). Die Mitgliedstaaten können nähere Einzelheiten in Bezug auf den Anwendungsbereich und die diesbezüglichen Voraussetzungen festlegen (Art. 6 Abs. 1 S. 2 RL 2019/1158) und das Recht an einen Bezugszeitraum von weniger als einem Jahr entweder für die jeweilige pflegebedürftige Person oder an den einzelnen Fall knüpfen (Art. 6 Abs. 2 RL 2019/1158). Das VRUG brachte diesbezüglich keine Neuerungen; unter Hin-

weis auf Art. 9 Abs. 2 Sätze 1 und 2 RL 2019/1158⁷¹ wurde nur die Möglichkeit freiwilliger Vereinbarungen nach § 3 Abs. 6a PflegeZG bzw. nach § 2a Abs. 5a FPfZG eingeführt, falls der Arbeitgeber den Schwellenwert unterschreitet. Offenbar ging der Gesetzgeber davon aus, dass die deutsche Rechtslage ein individuelles Recht in ausreichendem Umfang bereits beinhaltet. Es sollte mit dem VRUG jedenfalls kein rechtlicher Anspruch auf Pflegezeit oder Familienpflegezeit (neu) geschaffen werden.⁷²

b) Unmittelbare Richtlinienanwendung?

§ 3 Abs. 1 S. 1 PflegeZG garantiert zwar einem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Pflegezeit bis zu sechs Monaten. Die Norm gilt aber nicht gegenüber Arbeitgebern mit in der Regel 15 oder weniger Beschäftigten. Daneben besteht gem. § 2 Abs. 1 PflegeZG ein Recht, bis zu zehn Tage von der Arbeit fernzubleiben, wenn dies erforderlich ist, um für einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in einer akuten Pflegesituation eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung sicherzustellen.

(1) § 2 Abs. 1 PflegeZG

Ob § 2 Abs. 1 PflegeZG den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 ausreichend Rechnung trägt, erscheint zweifelhaft. § 2 Abs. 1 S. 1 PflegeZG dient primär der Organisation pflegerischer Versorgung und nicht unmittelbar der pflegerischen Versorgung durch den Arbeitnehmer.⁷³ Zwar deutet die 2. Alternative, nach der »eine pflegerische Versorgung [...] sicherzustellen« ist, in der Tat an, dass der Arbeitnehmer fernbleiben kann, um selbst den pflegebedürftigen Angehörigen zu pflegen.⁷⁴ Ausweislich der Gesetzesbegründung war hiermit aber nur intendiert, die Anschlusspflege nach einem stationären Aufenthalt zu überbrücken, etwa weil eine ambulante Pflege nicht nahtlos erfolgen kann.⁷⁵ Auch wenn die Mitgliedstaaten – wie gesehen – den Anwendungsbereich und diesbezüglichen Voraussetzungen festlegen können (Art. 6 Abs. 1 S. 2 RL 2019/1158), muss der Pflegeurlaub, wie sich eindeutig aus Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 2019/1158 ergibt, eine Pflege oder Unterstützung einer aus schwerwiegenden medizinischen Gründen pflegebedürftigen Person ermöglichen; der Wortlaut geht über eine Organisation der Pflege bzw. Sicherstellung der Pflege hinaus. Auch bedeutet Art. 6 Abs. 1 S. 2 RL 2019/1158 nur, dass der Anwendungsbereich genauer ausgestaltet werden, nicht aber zusätzliche und einschränkende Voraussetzungen des individuellen Rechts auf Pflegeurlaub – unter Modifikation von Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 2019/1158 – gebildet werden dürfen.⁷⁶

Im Übrigen soll § 2 Abs. 1 PflegeZG dem Berufstätigen nur ermöglichen, in einer »akut aufgetretenen Pflegesituation« die sofortige pflegerische Versorgung eines nahen Angehörigen

⁷¹ BT-Drs. 20/3447, S. 10.

⁷² BT-Drs. 20/3447, S. 14.

⁷³ BT-Drs. 16/7439, S. 90; BeckOK ArbR-Joussen (Fn. 38), PflegeZG § 2 Rn. 1, 7; aA. Brose, ZESAR 2023, 313; Wietfeld/Hinrichsen, EuZA 2023, 363, 373 f.; Dahm, EuZA 2020, 19, 27.

⁷⁴ So zu Recht Brose, ZESAR 2023, 313; Wietfeld/Hinrichsen, EuZA 2023, 363, 373 f.; Dahm, EuZA 2020, 19, 27.

⁷⁵ BT-Drs. 16/7439, S. 90.

⁷⁶ Nach Sprenger bezieht sich die Regelung nur auf die Form und Frist von Pflegeurlaubsanträgen und die Art und Weise, wie der Arbeitgeber mit solchen Anträgen umzugehen und darüber zu entscheiden hat, EuArbRK-Sprenger (Fn. 10), Art. 6 RL (EU) 2019/1158 Rn. 5.

⁶⁸ EuGH, 11.10.2007 – C-460/06 – NZA 2007, 1271.

⁶⁹ BT-Drs. 18/8963, S. 88.

⁷⁰ EuGH, 11.10.2007 – C-460/06 – NZA 2007, 1271, 1273.

sicherzustellen.⁷⁷ Im Gegensatz dazu will Art. 6 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 jedoch Männern und Frauen, die Pflege- und Betreuungsaufgaben wahrnehmen, gerade die Möglichkeit bieten, berufstätig zu bleiben (27. EG); es soll dem steigenden Pflege- und Betreuungsbedarf Rechnung getragen werden (ebenda). Es geht hier also *nicht* um eine akute Pflegesituation, die reguliert werden soll.

Vor dem Hintergrund des weiten Wortlauts in der 2. Alternative von § 2 Abs. 1 S. 1 PflegeZG erscheint eine richtlinienkonforme Auslegung der Norm allerdings nicht von vornherein abwegig.⁷⁸ Von einer »Erforderlichkeit«, »in einer akuten Pflegesituation [...] eine pflegerische Versorgung sicherzustellen« könnte theoretisch immer dann ausgegangen werden, wenn der Arbeitnehmer aus schwerwiegenden medizinischen Gründen einen Angehörigen pflegen oder diesen zumindest unterstützen will, vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 2019/1159 iVm. Art. 6 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158. Allerdings würde diese Interpretation dem Adjektiv »akut«, das auch vom Gesetzgeber im hergebrachten Sinne verstanden wurde,⁷⁹ nicht mehr gerecht werden. Die Anwendung des § 2 Abs. 1 S. 1 PflegeZG auf alle nicht akuten Fälle, in denen der Arbeitnehmer einen Angehörigen aus schwerwiegenden medizinischen Gründen pflegen will, würde die Wortlautgrenze überschreiten. Es ließe sich nur über eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung nachdenken. Entsprechend verhält es sich mit der Pflege »im gleichen Haushalt lebender Personen«, die neben »Angehörigen« von Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 2019/1158 ebenso erfasst werden. Da der Begriff des »nahen Angehörigen« in § 7 Abs. 3 PflegeZG klar definiert ist, kann sich § 2 Abs. 1 S. 1 PflegeZG seiner Wortlautgrenze nach nur auf diese, nicht jedoch darüber hinaus gehend auf eine mit dem Arbeitnehmer in einem Haushalt lebende Person beziehen,⁸⁰ so dass allein die analoge Anwendung in Betracht käme. Auch wenn es in zeitlicher Hinsicht also nicht unmöglich wäre, dem § 2 Abs. 1 S. 1 PflegeZG einen jährlichen Anspruch auf fünf Tage Pflegeurlaub im Wege richtlinienkonformer Auslegung zu entnehmen⁸¹, bliebe doch mit Blick auf die Wortlautgrenze in zweierlei Hinsicht ein im Wege der Auslegung nicht zu schließendes Umsetzungsdefizit zunächst bestehen.

Bleibt also nur die Frage nach der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung, für die zunächst der Wille des Gesetzgebers bzw. dessen Wertungsplan zu erforschen ist.⁸² Letzterer geht bei § 2 Abs. 1 S. 1 PflegeZG dahin, dem Berufstätigen zu ermöglichen, bei *Akutereignissen* die sofortige pflegerische Versorgung eines nahen Angehörigen sicherzustellen – als sog. »erste Säule« des PflegeZG neben § 3 PflegeZG.⁸³ Die wohl hM.⁸⁴ nimmt sogar an, es handele sich um eine Regelung zur Auflösung einer Interessenkollision und daher um eine Spezi-

alregelung zu § 275 Abs. 3 BGB. Richtig ist jedenfalls, dass § 2 Abs. 1 PflegeZG einen Fall kollidierender Interessen insofern regelt, als der Arbeitnehmer einerseits seiner Arbeitspflicht nachkommen, andererseits akut die Versorgung eines nahen Angehörigen sicherstellen will oder sogar muss. Wie bereits erwähnt, will Art. 6 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 aber Männern und Frauen, die Pflege- und Betreuungsaufgaben wahrnehmen, gerade die Möglichkeit bieten, berufstätig zu bleiben (27. EG); es soll dem steigenden Pflege- und Betreuungsbedarf Rechnung getragen werden (ebenda). Es geht hier also nicht um eine akute Pflegesituation, die reguliert werden soll. Eine Rechtsfortbildung am Zweck des § 2 Abs. 1 S. 1 PflegeZG ist mE. nicht möglich.

(2) § 3 Abs. 1 PflegeZG

Bleibt also für die nicht akuten Fälle nur § 3 Abs. 1 S. 1 PflegeZG und die damit zu klärende Frage, ob dieser trotz Schwellenwertregelung in Satz 2 den Art. 6 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 ausreichend umsetzt.⁸⁵ Auf den ersten Blick erscheint dies zwar defizitär, weil sich der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht nur an Unternehmen mit mehr als 15 Arbeitnehmern richtet. Allerdings stellt die RL 2019/1158 im 48. EG auch klar, dass die Mitgliedstaaten sich darum bemühen müssen, keine administrativen, finanziellen oder rechtlichen Auflagen vorzuschreiben, die der Gründung und dem Ausbau von kleinen und mittleren Unternehmen (»KMU«) entgegenstehen könnten. Der 48. EG wiederholt Art. 153 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b AEUV, der für die Richtlinienauslegung ebenfalls von Bedeutung ist.⁸⁶ Im Kompetenzbereich des Art. 153 Abs. 1 lit. i AEUV (vgl. 1. EG) ist eine Differenzierung nach der Unternehmensgröße also sehr wohl möglich. Allerdings wird man, sofern die Richtlinie selbst keine Einschränkungen regelt, bei richtlinienkonformer Auslegung geltenden Rechts für eine Schwellenwertregelung insofern jedenfalls einen sachlichen Grund zu fordern haben.⁸⁷ Ein solcher liegt jedoch nicht gleichsam auf der Hand. Übersieht man die Gesetzgebung zum VRUG, so wird ein Sachgrund für den weiter bestehenden Schwellenwert explizit nicht angeführt. Allerdings finden sich Ausführungen dazu, welche arbeitgeberseitigen Mehrkosten mit der freiwilligen Vereinbarung von Pflegezeiten und Familienpflegezeiten durch die Neuregelungen § 3 Abs. 5a PflegeZG bzw. § 2a Abs. 5a FPfZG verursacht werden: Zugrunde gelegt wird eine Bearbeitungszeit von 23 Minuten pro Fall – sowohl bei Anträgen auf Vereinbarung von Pflegezeit als auch Familienpflegezeit.⁸⁸ Geht man mit der Gesetzesbegründung davon aus, dass aber auch bisher ca. 35 % der Inanspruchnahmen von Pflegezeit sich auf Unternehmen unterhalb des Schwellenwerts bezogen und eine nicht unerhebliche Dunkelziffer von Freistellungen zu verzeichnen ist,⁸⁹ erscheinen die Sachgründe für einen Schwellenwert doch immerhin fragwürdig. Gleichwohl ist nicht von der Hand zu weisen, dass mit der Erweiterung des Pflegezeitanpruchs immer auch ein Anreiz verbunden⁹⁰ und überdies auch weitere

77 BT-Drs. 16/7439, S. 90.

78 In diese Richtung auch von *Roetteken*, ZTR 2023, 340 unter 6.

79 BT-Drs. 16/7439, S. 90 lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber von einem »unerwarteten Eintritt« der Pflegesituation ausging; zudem ist der Anwendungsbereich ausdrücklich auf »Akutfälle« begrenzt, BT-Drs. 16/7439, S. 91.

80 Zutreffend insoweit *Brose*, ZESAR 2023, 313, 314.

81 von *Roetteken*, ZTR 2023, 340 unter 6.

82 Zu den str. Einzelheiten richtlinienkonformer Rechtsfortbildung genauer *Möllers* (Fn. 12), § 12 Rn. 60 ff.

83 BT-Drs. 16/7439, S. 90.

84 *Müller*, BB 2008, 1058, 1063; *Berger-Delhey*, ZTR 2009, 128; *Joussen*, NZA 2009, 69, 70; aA. *Erfk-Gallner/Bubach* (Fn. 27), § 2 PflegeZG Rn. 1; *Preis/Nehring*, NZA 2009, 729, 731.

85 Für eine Teilumsetzung jedenfalls *Wietfeld/Hinrichsen*, EuZA 2023, 363, 373.

86 Hierzu auch *Treichel* (Fn. 37), S. 82 f.

87 Vgl. *Junker*, Gutachten B für den 65. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des Deutschen Juristentages, München 2004, S. B 33 f.; ebenso *Junker/Dietrich*, NZA 2003, 1057, 1059.

88 BT-Drs. 20/3447, S. 14.

89 BT-Drs. 20/3447, S. 14.

90 Vgl. auch BT-Drs. 20/3447, S. 14.

Verwaltungskosten verbunden sind, da der Arbeitgeber eine Ersatzkraft beschaffen bzw. anderweitige Dispositionen (Umorganisation der betrieblichen Abläufe o.Ä.) vornehmen muss. Zu bedenken ist außerdem, dass dem praktischen Bedürfnis nach einer Freistellung auch in Kleinbetrieben nunmehr zumindest ansatzweise durch § 3 Abs. 6a PflegeZG nachgekommen werden kann. Auch wenn die Norm hier – durchaus fragwürdig –⁹¹ zur Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 S. 2 RL 2019/1158 integriert wurde, besteht die Möglichkeit einer Pflegezeitvereinbarung auf Antrag, der nicht einfach ohne Begründung abgelehnt werden darf. Auch wenn hierdurch kein Recht auf Pflegezeit in Kleinunternehmen installiert wurde, kann doch immerhin in richtlinienkonformer Auslegung diese neugeregelte niedrigschwellige »Vereinbarungspflegezeit« helfen, organisatorische Hürden in Kleinunternehmen zu vermeiden und somit typisierten Sachgründen begegnen, sofern man diese anerkennt. Da ein Sachgrund jedenfalls nicht offensichtlich negiert werden kann, dürfte eine Differenzierung nach dem Schwellenwert noch richtlinienkonform sein.

Problematisch könnte sich jedoch erweisen, dass Art. 6 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 einen Pflegeurlaub von fünf Tagen pro Jahr gewährt, während die Pflegezeit nach § 3 Abs. 1 S. 1, § 4 Abs. 1 S. 1 PflegeZG pro Pflegebedürftigen nur einmalig für maximal sechs Monate geltend gemacht werden kann. Allerdings knüpft § 3 Abs. 1 S. 1 PflegeZG an die konkrete pflegebedürftige Person und nicht ausschließlich an den konkreten Arbeitnehmer an.⁹² Wie sich aus Art. 6 Abs. 2 RL 2019/1158 ergibt, kann der Bezugszeitraum auf eine konkrete pflegebedürftige Person bezogen sehr wohl vom Jahresturnus abweichen, also etwa 2,5 Tage im halben Jahr oder etwa zehn Tage in zwei Jahren betragen. Im Falle mehrerer pflegebedürftiger Personen kann so eine flexiblere Aufteilung und somit Entlastung der Arbeitgeberseite ermöglicht werden. Allerdings bleibt es dabei, dass auch dann ein wiederkehrender Bezugszeitraum sicherzustellen ist, der durch § 3 Abs. 1 S. 1 PflegeZG gerade nicht umgesetzt wird. In nicht akuten Fällen kann zwar zunächst eine Pflegezeit bis zu sechs Monate beansprucht werden, jedoch ist (danach) ein darüberhinausgehender, wiederkehrender Pflegeurlaub für dieselbe pflegebedürftige Person bisher nicht sichergestellt. Überdies bleibt auch der Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 S. 1 PflegeZG auf den pflegebedürftigen »nahen Angehörigen« iSd. § 7 Abs. 3 PflegeZG beschränkt. Umso mehr stellt sich die Frage nach einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung des § 3 Abs. 1 S. 1 PflegeZG. Zweck der Pflegezeit nach §§ 3, 4 PflegeZG ist es, Beschäftigten, die in häuslicher Umgebung einen pflegebedürftigen Angehörigen pflegen oder in der letzten Phase des Lebens begleiten wollen, einen Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung für längstens sechs Monate zu geben.⁹³ Der Anspruch soll den Beschäftigten, der Angehörige pflegen will, vor einem unfreiwilligen Berufsausstieg bewahren.⁹⁴ Sicherlich wird dieser Zweck erst recht dann erreicht, wenn der Arbeitnehmer nach der ersten Pflegezeit bei anhaltender Pflegebedürftigkeit eines Angehörigen wiederkehrend weitere Pflegezeiten nach § 3 Abs. 1 S. 1 PflegeZG

erhalten würde. Allerdings lässt sich den Gesetzesmaterialien doch nur entnehmen, dass dieser Zweck durch eine einmalige Freistellung von max. sechs Monaten erreicht werden soll, zumal selbst eine verkürzte Pflegezeitdauer grundsätzlich nur mit Zustimmung des Arbeitgebers verlängert werden kann (§ 3 Abs. 1 S. 2 PflegeZG) und eine zweite Pflegezeit nur ausnahmsweise nach Corona-Vorerkrankung gem. § 4a PflegeZG und dann auch nur einmalig beansprucht werden kann. Eine wiederkehrende Freistellung dürfte insofern dem Wertungsplan des Gesetzgebers widersprechen. Demgegenüber erscheint eine rechtsfortbildende Erweiterung des § 3 Abs. 1 S. 1 PflegeZG auf »eine im gleichen Haushalt lebende Person« durchaus möglich, da § 7 Abs. 3 PflegeZG allein der begrifflichen Definition des »nahen Angehörigen« dient und ohnehin teilweise über den Verwandtenkreis in erster Linie oder Seitenlinie hinausgeht. Nach dem genannten Zweck der Pflegezeit kann es nicht darauf ankommen, ob ein »naher Angehöriger« in häuslicher Umgebung oder eine im gleichen Haushalt lebende Person vom Arbeitnehmer gepflegt wird.

(3) § 275 Abs. 3 BGB

Anders als bei der Vaterschaftsfreistellung wird sich eine wiederkehrende Freistellung von fünf Tagen/jährlich auch nicht über § 275 Abs. 3 BGB sicherstellen lassen, da es jeglicher Anhaltspunkte für eine Unzumutbarkeit fehlt. Während der Vaterschaftsurlaub durch die Geburt des Kindes ausgelöst wird (»anlässlich der Geburt«) und in engem zeitlichen Zusammenhang die Bindung des Vaters an das Kind stärken soll, dem eine Arbeitspflicht entgegensteht, soll Art. 6 RL 2019/1158 die jährliche Pflege ermöglichen, und zwar unabhängig von einem Akutfall oder einer unzumutbaren Situation des Arbeitnehmers. Konsequenterweise wurde Art. 6 RL 2018/1158 im Gesetzgebungsverfahren denn auch aus § 7 der Rahmenvereinbarung zur RL 2010/18/EU »herausgelöst«⁹⁵; die jährliche Pflege sollte unabhängig von »höherer Gewalt« garantiert werden (vgl. Art. 7 RL 2019/1158).

c) Zwischenergebnis

Sieht man von Akutfällen ab, kann das PflegeZG einen wiederkehrenden Freistellungsanspruch von fünf Tagen pro Jahr für eine pflegebedürftige Person nicht sicherstellen. Auch § 275 Abs. 3 BGB passt insoweit nicht. Eine unmittelbare Richtlinienanwendung kommt damit in Betracht, zumal der Pflegeurlaub als individuelles Recht nach Art. 1 S. 2 lit. a Var. 3 RL 2019/1158 garantiert wird und nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 von den Mitgliedstaaten unbedingt und vorbehaltlos einzuführen ist. Öffentliche Arbeitgeber haben Art. 6 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 damit direkt anzuwenden und über §§ 2, 3 PflegeZG hinaus einen Freistellungsanspruch von fünf Tagen/Jahr zu gewähren. Arbeitnehmer privater Arbeitgeber könnten wegen Nichtgewährung des Pflegeurlaubs den Staat auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.

⁹¹ Art. 9 RL 2019/1158 bezieht sich auf flexible Arbeitsbedingungen, die jedoch begrifflich keine Arbeitsfreistellung bedeuten, vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. f RL 2019/1158.

⁹² Vgl. EuArbRK-Sprenger (Fn. 10), Art. 6 RL (EU) 2019/1158 Rn. 7.

⁹³ BT-Drs. 16/7439, S. 91.

⁹⁴ Ebd.

⁹⁵ EuArbRK-Sprenger (Fn. 10), Art. 6 RL (EU) 2019/1158 Rn. 2.

2. Diskriminierungsschutz

a) Vorgaben der Richtlinie

Auch in Bezug auf Art. 6 RL 2019/1158 haben die Mitgliedstaaten notwendige Maßnahmen für ein Verbot der Schlechterstellung einzuführen. Im VRUG war ein solches nicht enthalten. Allerdings können sich Beschäftigte nunmehr gem. § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AGG an die Antidiskriminierungsstelle wenden, wenn sie der Ansicht sind, auf Grund der Beantragung oder Inanspruchnahme einer »Freistellung« nach dem PflegeZG benachteiligt zu sein. Leider korreliert auch hier das Beschwerderecht nicht mit einem Diskriminierungsverbot im AGG (vgl. III.2.a).

b) Unmittelbare Richtlinienanwendung?

Es hat sich bereits gezeigt, dass § 612a BGB der richtlinienkonformen Auslegung zugänglich ist (vgl. II.3.b). Es erscheint daher auch mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 möglich, den Schutz vor Diskriminierung über diese Norm sicherzustellen. Das Novum des nunmehr sekundärrechtlich normativierten Pflegeurlaubs hat zwar noch keinen Niederschlag in der Rechtsprechung des EuGH gefunden. Auch wird der Schutz vor Diskriminierung wegen Beantragung oder Inanspruchnahme von Pflegeurlaub nicht explizit durch Art. 21 GRCh geschützt. Allerdings dürfte die Pflege innerhalb familiärer Beziehungen vom *sozialen* Schutzbereich des Art. 33 Abs. 1 GRCh erfasst sein,⁹⁶ zumal Angehörige iS. des Art. 6 Abs. 1 S. 1 PflegeZG Sohn, Tochter, Mutter, Vater, Ehepartner oder – soweit staatlich geregelt – eingetragene Partner sind, Art. 3 Abs. 1 lit. e RL 2019/1158. Gestützt auf dieses Grundrecht⁹⁷ muss durch § 612a BGB jeder Form von Diskriminierung wegen beantragten oder in Anspruch genommenen Pflegeurlaubs begegnet werden. Entgegen dem überkommenen Begriffsverständnis in § 612a BGB muss eine Schlechterstellung von Arbeitnehmern entsprechend auch dann unterbunden werden, wenn der Pflegeurlaub nur beantragt wird, sich aber im Nachhinein herausstellt, dass das Recht nicht besteht. Ein Umsetzungsdefizit besteht im Ergebnis nicht.

3. Kündigungsschutz

a) Vorgaben der Richtlinie

Gem. Art. 12 Abs. 1 RL 2019/1158 ergreifen die Mitgliedstaaten auch die notwendigen Maßnahmen für ein Verbot der Kündigung aufgrund der Beantragung und Inanspruchnahme eines Urlaubs gem. Art. 6 RL 2019/1158. Ein solcher Kündigungsschutz ist zwar nach § 5 Abs. 1 S. 1 PflegeZG vorhanden. Zudem wurde er mit der Einführung von § 3 Abs. 6a PflegeZG auch auf die Pflegezeitvereinbarung in Kleinbetrieben erweitert, § 5 Abs. 1 S. 2 PflegeZG. Wie beim Elternurlaub wurde der

Kündigungsschutz jedoch mit dem VRUG auch hier nicht auf »Vorbereitungen für eine Kündigung« erweitert.

b) Unmittelbare Richtlinienanwendung?

Stellt man die Frage nach einem Umsetzungsdefizit, ist auch hier methodisch vorrangig eine richtlinienkonforme Auslegung oder Rechtsfortbildung zu versuchen. Nach dem Wortlaut von § 5 Abs. 1 S. 1 PflegeZG darf der Arbeitgeber von der Ankündigung, höchstens jedoch zwölf Wochen vor dem angekündigten Termin, bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung nach § 2 PflegeZG oder der Freistellung nach § 3 PflegeZG nicht kündigen. Fraglich ist, ob die Wortlautgrenze schon überschritten ist, wenn Kündigungen nach der Pflegezeit ausgesprochen werden, aber in der Pflegezeit vorbereitet wurden. Ein vergleichbares Problem stellte sich bei der Analyse von § 18 Abs. 1 BEEG (vgl. III.3.b). Der Halbsatz »bis zur Beendigung [...] der Freistellung nach § 3 PflegeZG nicht kündigen« beschränkt die Kündigung zeitlich, so dass Bedenken gegen eine Auslegungsmöglichkeit vorgebracht werden könnten. Allerdings dient § 5 Abs. 1 S. 1 PflegeZG nunmehr der Umsetzung von Art. 12 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158, so dass auch die Rechtsprechung des EuGH in der Rs. *Paquay* in das Verbot der Pflegezeitkündigung Eingang finden muss. Handelt es sich also bei dem Schutz vor Vorbereitungen einer Kündigung infolge von Inanspruchnahme oder Beantragung von Pflegeurlaub in Wahrheit um eine Verlängerung des Kündigungsverbots innerhalb der Schutzfrist, lässt sich das Verbot der Kündigung »bis zur Beendigung [...] der Freistellung nach § 3 PflegeZG« so auffassen, dass eine innerhalb dieser Zeit vorgenommene Vorbereitungsmaßnahme eine erst danach ausgesprochene Kündigung verbietet.

V. Flexible Arbeitsregelungen

1. Das Antragsrecht als solches

a) Vorgaben der Richtlinie

Aus Art. 9 Abs. 1 S. 1 iVm. Art. 3 Abs. 1 lit. f RL 2019/1158 lässt sich ableiten, dass die Mitgliedstaaten notwendige Maßnahmen ergreifen müssen, um zu gewährleisten, dass Arbeitnehmern mit Kindern (mindestens bis zum 8. Lebensjahr) sowie pflegenden Angehörigen das Recht eingeräumt wird, *flexible Arbeitsregelungen* für Betreuungs- und Pflegezwecke zu beantragen, also die Möglichkeit zu erhalten, ihre Arbeitsmuster anzupassen, einschließlich durch Nutzung von Telearbeit oder flexiblen Arbeitsplänen oder der Reduzierung von Arbeitszeiten.⁹⁸ Es handelt sich um ein individuelles Recht, Art. 1 S. 2 lit. b RL 2019/1158. Der Begriff des »Arbeitsmusters« orientiert sich systematisch an Art. 3 lit. c der zum gleichen Zeitpunkt erlassenen Richtlinie (EU) 2019/1152.⁹⁹ Hiernach ist unter *Arbeitsmuster* »die Organisationsform der Arbeitszeit nach einem bestimmten Schema, das vom Arbeitgeber festgelegt wird«, zu verstehen. Nicht ganz klar ist bei Art. 3 Abs. 1 lit. f RL 2019/1158 das Verhältnis der Begriffe »Arbeitsmuster«

⁹⁶ Für ein weites Begriffsverständnis der »Familie« in Anlehnung an Art. 8 EMRK Rohleder, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage, Baden-Baden 2019, Art. 33 GRCh Rn. 29; EuArbRK-Schubert (Fn. 10), Art. 33 GRC Rn. 10; aA. Rogalla, Der Schutz von Ehe und Familie in der Europäischen Grundrechtecharta, Berlin 2017 (zugl. Hannover, Univ., Diss., 2016), S. 207 (Ausschluss der Beziehung von Eltern im Verhältnis zu erwachsenen Kindern oder anderen verwandten Personen).

⁹⁷ Ob es sich um ein Grundrecht oder einen Grundsatz handelt, ist strittig, vgl. nur mwN. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München 2022, Art. 33 GRC Rn. 2.

⁹⁸ Verfehlt EuArbRK-Sprenger (Fn. 10), Art. 3 RL (EU) 2019/1158 Rn. 29, 30, der nur von flexiblen »Arbeitszeitregelungen« ausgeht.

⁹⁹ Ebenso Klein, NZA 2021, 474, 475 f.; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, WD 9 - 3000 - 063/22, S. 6; aA. Müller/Becker, BB 2023, 692, 693.

zur »Reduzierung«, zum »Arbeitsplan« oder zur »Telearbeit«: Der Wortlaut lässt sich zum einen so deuten, dass es sich bei der »Anpassung des Arbeitsmusters«, »der Reduzierung«, »der Telearbeit«, »dem flexiblen Arbeitsplan« um einzelne Modalitäten flexibler Arbeitsregelungen handelt. Andererseits könnte es sich bei flexiblen Arbeitsregelungen aber auch um die Möglichkeit der Anpassung von Arbeitsmustern handeln, wobei die »Reduzierung«, der »Arbeitsplan« und »Telearbeit« besondere Modalitäten der Anpassung eines Arbeitsmusters sind. Schaut man auf den 34. EG, so sollen hiernach Arbeitnehmer das Recht bekommen, flexible Arbeitsregelungen zu beantragen, damit sie ihre Arbeitsmuster anpassen können und »wo dies möglich ist auch durch Nutzung von Telearbeit oder flexiblen Arbeitsplänen oder Reduzierung der Anzahl der Arbeitsstunden [...]«. Offenbar handelt es sich bei dem »Arbeitsmuster« um den Oberbegriff, so dass der letztgenannten Sichtweise der Vorzug zu geben ist.¹⁰⁰ Der Gesetzgeber führte mit dem VRUG ein neues Antragsrecht ein, wonach nunmehr auch Arbeitnehmer in kleineren Unternehmen (unterhalb der Schwellenwerte) die Möglichkeit haben, den Abschluss einer Vereinbarung über eine Pflegezeit oder Familienpflegezeit zu beantragen (§ 3 Abs. 6a PflegeZG, § 2a Abs. 5a FPfZG).¹⁰¹

b) Unmittelbare Richtlinienanwendung?

(1) Reduzierung der Arbeitszeit

Ein Antragsrecht auf *Reduzierung* der Arbeitszeit zu Betreuungs- oder Erziehungszwecken sieht der Gesetzgeber in zahlreichen Regelungen vor: § 15 Abs. 5 bis 7 BEEG regeln die Elternteilzeit zur Betreuung des Kindes, § 3 Abs. 1 S. 1 PflegeZG sowie § 2 Abs. 1 S. 1 FPfZG die Pflgeteilzeit zur Pflege naher Angehöriger. Daneben gewährleisten §§ 8, 9a TzBfG die Möglichkeit der Beantragung von zeitlich unbegrenzter bzw. zeitlich begrenzter Teilzeit unabhängig davon, welchen Zweck der Arbeitnehmer mit seinem Teilzeitantrag verfolgt. Allerdings können letztgenannte Vorschriften im Einzelfall auch Erziehungs- und Betreuungszwecken dienen. Der Gesetzgeber ist auch nicht dazu verpflichtet, die Teilzeitanträge nach §§ 8, 9a TzBfG tatbestandlich an Erziehungs- oder Pflegezwecke zu knüpfen. Gleichwohl dienen sämtliche der genannten Rechtsnormen der Reduzierung von Arbeitszeit zum Zwecke der Pflege und Betreuung. Es kann somit auch grundsätzlich nicht zur Diskussion stehen, ob das Antragsrecht auf flexible Arbeitsregelungen in Gestalt von Reduzierungsmöglichkeiten zum Zwecke von Betreuung und Pflege überhaupt existiert. Bis zur Einführung des VRUG war allein fraglich, ob diese Antragsrechte, die ausweislich der Richtlinie gerade auch unabhängig von einem Eltern- oder Pflegeurlaub gewährt werden sollen, ausreichend umgesetzt sind, wenn §§ 8 Abs. 7, 9a Abs. 1 S. 3 TzBfG sowie § 3 Abs. 1 S. 2 PflegeZG und § 2 Abs. 1 S. 4 FPfZG diese unter den Vorbehalt einer Mindestbeschäftigtenzahl stellen.¹⁰² Der Gesetzgeber hat hier – wie bereits erläutert – durch die § 3 Abs. 6a PflegeZG sowie § 2a Abs. 5a FPfZG teilweise nachgebessert.¹⁰³

Doch wie ist es außerhalb einer (ggf. ebenfalls genommenen) Pflege- oder Elternzeit, dh. bei einem Antrag nach dem TzBfG? Stellen die dortigen Schwellenregelungen ein Umsetzungsdefizit der RL 2019/1158 dar? Besieht man sich Art. 5 Abs. 6 RL 2019/1158, so steht dieser in keinerlei Zusammenhang zu Art. 9 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158. Das gleiche gilt für Art. 6 Abs. 1 RL 2019/1158 und Art. 9 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158. Es muss nach der Vereinbarkeitsrichtlinie davon ausgegangen werden, dass Elternzeit und Elternteilzeit selbstständig neben das Recht auf flexible Arbeitsregelungen treten und auch das Recht auf Pflegezeit selbstständig neben das aus Art. 9 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158. Dem Arbeitnehmer soll also *neben* dem Recht auf Elternteilzeit ein solches auf flexible Arbeitsregelungen gewährt werden. Der Arbeitnehmer soll *neben* dem Pflegeurlaub ein Recht auf flexible Arbeitsregelungen haben. Eine Konsumtionsregelung enthält Art. 20 RL 2019/1158 gerade nicht. Andererseits enthält Art. 6 RL 2019/1158 aber keine Regelung zur Pflgeteilzeit – anders als im Bereich der Elternfreistellung der Art. 5 Abs. 6 RL 2019/1158. Vertretbar erscheint daher die Ansicht, die Pflgeteilzeit bzw. Familienpflegezeit stelle eine Umsetzung von Art. 9 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 dar, so dass mit Blick auf § 3 Abs. 6a PflegeZG sowie § 2a Abs. 3a FPfZG ein Umsetzungsdefizit insofern nicht (mehr) besteht.

Soll der Gesetzgeber aber flexible Elternzeit (Art. 5 Abs. 6 RL 2019/1158) und zugleich flexible Arbeitsregelungen in Gestalt der Reduktion zu Betreuungszwecken (Art. 9 Abs. 1 S. 1, Art. 3 Abs. 1 lit. f RL 2019/1158) ermöglichen, muss neben der Elternteilzeit auch die flexible Arbeitsregelung als Reduktionsmöglichkeit gewährleistet sein. Es handelt sich auch teleologisch nicht um den identischen Regelungsgehalt:¹⁰⁴ Elternurlaub entsteht aus Anlass der Kindesgeburt respektive der Adoption und der damit verbundenen Frage nach Aufteilung von Care-Arbeit (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b RL 2019/1158), die flexible Arbeitsregelung aus dem Betreuungsbedürfnis als solchem auch für Alleinerziehende (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. f RL 2019/1158). Somit geraten (außerhalb der Elternzeit) die §§ 8, 9a TzBfG als Teilzeitmöglichkeiten in den Blickfang. Da diese ein Reduktionsrecht erst bei Überschreiten der Schwellenwerte vorsehen, stellt sich die Frage nach der sachlichen Begründbarkeit für eine solche Differenzierung im Falle der Betreuungsbedürftigkeit. Besonders § 9a Abs. 1 S. 3 TzBfG setzt immerhin eine nicht unerhebliche Mindestbeschäftigtenzahl voraus (= mind. 45 Arbeitnehmer). Allerdings ist auch zu bedenken, dass die §§ 8, 9a TzBfG die Schwellenwerte zur Beantragung von *Teilzeitanträgen* voraussetzen und nicht für ein reines Antragsrecht. Es stellt sich daher vorab die Frage, ob sich aus dem TzBfG auch unterhalb der Schwellenwerte bereits ein Antragsrecht auf Reduktion ableiten lässt, um so Art. 9 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 in Kleinunternehmen ausreichend Rechnung zu tragen. Einen Anhalt für ein solches könnte § 7 Abs. 2 S. 1 TzBfG liefern, wonach der Arbeitgeber den Wunsch des Arbeitnehmers nach Veränderung »von Dauer« der vereinbarten Arbeitszeit zu erörtern hat.¹⁰⁵ Die Norm bezieht sich damit auf die Erörterung von »Teilzeit« unterhalb der Schwellenwer-

¹⁰⁰ In diese Richtung auch *Wietfeld/Hinrichsen*, EuZA 2023, 363, 368; ebenso: Wissenschaftliche Dienste des Bundestages, 9 - 3000 - 063/22, S. 6.

¹⁰¹ Vgl. BT-Drs. 20/3447, S. 10.

¹⁰² Näher *Treichel* (Fn. 37), S. 105 f.

¹⁰³ BT-Drs. 20/3447, S. 10, 18 f.

¹⁰⁴ In diese Richtung auch *EuArbRK-Sprenger* (Fn. 10), Art. 5 RL (EU) 2019/1158 Rn. 13.

¹⁰⁵ Vgl. *Klein*, NZA 2022, 474, 476; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, WD 9 - 3000 - 063/22, S. 9 f.

te.¹⁰⁶ Dass die Norm ein (subjektives) Recht auf einen Antrag beinhaltet, erscheint zwar auf den ersten Blick sehr fragwürdig, zumal § 7 Abs. 2 S. 1 TzBfG lediglich von »Wunsch«, § 7 Abs. 3 S. 1 TzBfG sodann von der »Anzeige des Wunsches« (in Textform) handelt. Konstruktiv lässt sich dem Wortlaut des § 7 Abs. 2 S. 1 TzBfG aber doch noch eine richtlinienkonforme Auslegung dahingehend implementieren, den »Wunsch« als Recht iSv. Art. 9 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 aufzufassen.¹⁰⁷ Vor diesem Hintergrund erscheint die Umsetzung einer flexiblen Arbeitsregelung in Gestalt einer Reduktionsmöglichkeit unterhalb der Schwellenwerte jedenfalls nicht defizitär.¹⁰⁸

(2) Flexibler Arbeitsplan

Der *Arbeitsplan* ist ganz im Sinne von Art. 3 lit. a RL 2019/1152 zu verstehen als »Plan, in dem die Uhrzeiten und die Tage festgelegt sind, zu bzw. an denen die Arbeitszeit beginnt und endet.« Bei dem *flexiblen Arbeitsplan* geht es also um die *Lage* der Arbeitszeit und die *flexible Handhabung* derselben. Nach aktueller Rechtslage soll der Arbeitnehmer seinen Teilzeitwunsch nach den § 8 Abs. 2 S. 2 TzBfG, § 9a Abs. 3 S. 1 TzBfG, § 15 Abs. 5 S. 1, Abs. 7 S. 3 BEEG, § 3 Abs. 3 S. 2 PflegeZG und § 2a Abs. 1 S. 2 FPfZG mit der gewünschten Verteilung der Arbeitszeit verbinden. Einen gesonderten Antrag auf Arbeitszeitverteilung beinhalten die Regelungen nicht. Damit rückt wiederum § 7 Abs. 2 S. 1 TzBfG in das Blickfeld, der sich ebenso auf die »Lage der Arbeitszeit« erstreckt. Bei richtlinienkonformer Auslegung ließe sich in diese Norm durchaus ein Recht auf Beantragung eines flexiblen Arbeitsplans iS. der Beantragung von flexibler Arbeitszeit hineinlesen. Auch insoweit ist ein Umsetzungsdefizit also nicht erkennbar.

(3) »Telearbeit«

Der Begriff der »Telearbeit« wird in der Richtlinie nicht legaldefiniert. Anerkannt ist allerdings, dass dieser nicht mitgliedstaatlich, sondern unionsrechtlich zu verstehen ist. Teile der Literatur¹⁰⁹ schlagen vor, den Begriff der Rahmenvereinbarung der europäischen Sozialpartner über Telearbeit vom 16. Juli 2002 zugrunde zu legen: Hiernach ist Telearbeit »eine Form der Organisation und/oder Ausführung von Arbeit unter Verwendung von Informationstechnologie und im Rahmen eines Arbeitsvertrages/eines Beschäftigungsverhältnisses, bei der die Arbeit, die auch in den Einrichtungen des Arbeitgebers ausgeführt werden könnte, regelmäßig außerhalb dieser Einrichtung verrichtet wird.« Ein Antragsrecht auf Telearbeit in diesem Sinne besteht nach derzeitiger Rechtslage nicht. Über einen Referentenentwurf eines Mobile-Arbeit-Gesetzes¹¹⁰ (»MAG«, konkret § 111 GewO-E) sind die bisherigen Gesetzesbestre-

bungen nicht hinausgegangen.¹¹¹ Folglich könnte man auf den ersten Blick an ein Umsetzungsdefizit denken. Allerdings muss auch hier vorab nach der Möglichkeit richtlinienkonformer Auslegung gefragt werden. So könnte etwa angedacht werden, den Anforderungen des Art. 9 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 schon über das Weisungsrecht gem. § 106 S. 1 GewO beizukommen.¹¹² Unabhängig davon, dass eine transparente Richtlinienumsetzung damit schwer sichergestellt wäre,¹¹³ würde sich jedenfalls aus dieser Rechtsnorm dem Wortlaut nach kein gesetzliches Antragsrecht entnehmen lassen. Nur weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in den Grenzen des § 106 S. 1 GewO zur Telearbeit verpflichten könnte, lässt sich hieraus noch kein Recht herleiten.¹¹⁴ Dass ein solches aber explizit geregelt werden könnte, zeigen schon § 16 Abs. 2, Abs. 3 BGleig. In Ermangelung von Analogiemöglichkeiten besteht ein Umsetzungsdefizit.¹¹⁵ Da das Recht auf Telearbeit aus Art. 9 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt enthalten ist (»ergreifen die notwendigen Maßnahmen, um zu gewährleisten«), kommt eine unmittelbare Richtlinienanwendung durchaus in Frage.¹¹⁶ Auch lässt sich hiergegen nicht einwenden, die Telearbeit sei in Art. 3 Abs. 1 lit. f RL 2019/1158 nur beispielhaft aufgezählt: Die Formulierung »oder Telearbeit« überlässt den Mitgliedstaaten bei der Richtlinienumsetzung keine Wahlmöglichkeit, sondern stellt durch das Wort »einschließlich« klar, dass die vom Arbeitnehmer jeweils begehrte flexible Arbeitsregelung maßgebend und daher auch in Form der Telearbeit sicherzustellen ist. Es sollen eben gerade alle Modalitäten von flexiblen Arbeitsregelungen gewährleistet sein.¹¹⁷

c) Zwischenergebnis

In Arbeitsverhältnissen öffentlicher Arbeitgeber kann sich der Arbeitnehmer unmittelbar auf Art. 9 Abs. 1 S. 1 iVm. Art. 3 Abs. 1 lit. f RL 2019/1158 berufen und hieraus ein Antragsrecht auf Telearbeit ableiten.¹¹⁸ In Arbeitsverhältnissen privater Arbeitgeber kann der Arbeitnehmer ein durch die Nichtumsetzung verursachtes Absehen von einem Antrag auf Telearbeit und den daraus entstandenen Schaden theoretisch als Schadensersatz wegen Nichtumsetzung der Richtlinie gegen den Staat geltend machen. Schon angesichts der (nur) mit einem hypothetischen Antrag einhergehenden Prüfungs- und Beantwortungspflicht dürfte allerdings ein Schaden schwer darzulegen und kaum zu beweisen sein.

2. Prüfungs- und Beantwortungspflicht

a) Vorgaben der Richtlinie

Gem. Art. 9 Abs. 2 S. 1 RL 2019/1158 prüfen und beantworten die Arbeitgeber die Anträge auf flexible Arbeitsregelungen. Eine Prüfungs- und Beantwortungspflicht wurde explizit jedoch weder im BEEG noch im PflegeZG oder FPfZG eingeführt.

¹⁰⁶ Vgl. auch BT-Drs. 19/3452, S. 16, wonach durch Veränderung der Lage die Beantragung von Teilzeit verhindern könnte.

¹⁰⁷ Will man die Rechtsnatur des Wunsches nur von den in § 7 Abs. 2 S. 1 TzBfG verbundenen Rechtsfolgen abhängig machen, müsste zunächst geklärt werden, ob die Norm eine echte Rechtspflicht oder eine bloße Obliegenheit auslöst. Dies war bisher umstritten (dafür BT-Drs. 19/3452, S. 16; *Boecken/Hackenbroich*, DB 2018, 956, 957; aA. *ErfK-Preis* [Fn. 27], § 7 TzBfG Rn. 4c). Allerdings sieht Art. 9 Abs. 2 S. 1 RL 2019/1158 eine solche Prüfungs- und Beantwortungspflicht gerade vor, so dass jedenfalls bei richtlinienkonformer Auslegung bei § 7 Abs. 2 S. 1 TzBfG von einem subjektiven (Antrags-)Recht ausgegangen werden muss.

¹⁰⁸ Ebenso iE. *Wietfeld/Hinrichsen*, EuZA 2023, 363, 370 f.

¹⁰⁹ EuArbRK-Sprenger (Fn. 10), Art. 3 RL (EU) 2019/1158 Rn. 30; *Visser*, ZRP 2021, 112, 114.

¹¹⁰ Zuletzt vom 26.11.2020 vgl. https://www.brak.de/fileadmin/newsletter_archiv/berlin/2020/2020_589anlage.pdf (3.9.2024).

¹¹¹ Krit. hierzu etwa *Giesen*, ZfA 2021, 177 ff.

¹¹² In diese Richtung *Barrein*, NZA 2022, 1088, 1092; *ders.*, RdA 2024, 14, 23, wobei gleichwohl Zweifel geäußert werden.

¹¹³ *Barrein*, RdA 2024, 14, 23.

¹¹⁴ *Schöllmann*, NZA Beil. 2019, 81, 82 mwN.; iE. auch *Brose*, ZESAR 2023, 313, 315.

¹¹⁵ iE. wohl ebenso *Wietfeld/Hinrichsen*, EuZA 2023, 463, 471.

¹¹⁶ Ebenso wohl von *Roetteken*, ZTR 2022, 340 unter 9.

¹¹⁷ Ebenso *Wietfeld/Hinrichsen*, EuZA 2023, 363, 369.

¹¹⁸ Ebenso iE. von *Roetteken*, ZTR 2022, 340 unter 9.

b) Unmittelbare Richtlinienanwendung?

(1) Bei beantragter Elternteilzeit

Offenbar vertritt der Gesetzgeber die Ansicht, bei der Elternteilzeit bzw. Elternteilzeitlage handele es sich zugleich um eine flexible Arbeitsregelung iS. von Art. 9 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158.¹¹⁹ Wie sich Art. 5 Abs. 6 RL 2019/1158 entnehmen lässt, ist dies jedoch nicht der Fall (vgl. V.1.b)(1).¹²⁰ Die Prüfungs- und Beantwortungspflicht nach beantragter Elternteilzeit ergibt sich aus Art. 5 Abs. 6 S. 3 RL 2019/1158. Derzeit ist sie in § 15 Abs. 5 BEEG aber nicht normiert. Es soll nach § 15 Abs. 5 S. 3 BEEG nur eine Einigung erfolgen. Bei Ablehnung besteht nach § 15 Abs. 5 S. 4 BEEG eine Begründungspflicht. Zwar kommt der Arbeitgeber mit der Ablehnung einer Form der Beantwortung nach; auch ist es nicht abwegig, dass der Arbeitgeber den Antrag damit zugleich geprüft hat. Vor einer ausbleibenden Reaktion des Arbeitgebers ist der Arbeitnehmer aber nicht geschützt. Der Arbeitgeber könnte einfach nur abwarten. Allerdings besteht durchaus die Möglichkeit, den § 15 Abs. 5 S. 3 BEEG richtlinienkonform dahingehend zu interpretieren, dass der Arbeitgeber auf dem Weg zu einer Einigung eine Prüfungspflicht zu erfüllen und dem Arbeitnehmer zu antworten hat. Insofern besteht kein Umsetzungsdefizit.

Ein etwas anderer Ausgangspunkt ergibt sich bei § 15 Abs. 7 BEEG: Da der Arbeitnehmer die Verringerung über die Zustimmungsfiktion erzwingen kann (S. 5), muss der Arbeitgeber notwendigerweise den Antrag prüfen, um so der Fiktion zu entgehen. Er wird über diesen Weg auch zu einer Beantwortung des Antrags gezwungen, was sich schon an der Ablehnung mit schriftlicher Begründung gem. § 15 Abs. 7 S. 4 BEEG ablesen lässt. Einer richtlinienkonformen Auslegung bedarf es insofern nicht.

(2) Bei einem Antrag außerhalb der Elternzeit

Geht man wie hier davon aus, dass § 7 Abs. 2 S. 1 TzBfG die Reduktionsmöglichkeit zu Betreuungszwecken außerhalb der Elternzeit zur Umsetzung von Art. 9 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 sicherzustellen vermag, muss man konstatieren, dass § 7 Abs. 3 S. 1 TzBfG nur eine Beantwortungspflicht in Textform regelt, nicht aber explizit eine Prüfungspflicht. Es besteht aber auch insofern die Möglichkeit, den § 7 Abs. 2 S. 1 TzBfG richtlinienkonform dahin auszulegen, dass der Arbeitgeber den Antrag gem. Art. 9 Abs. 2 S. 1 RL 2019/1158 zu prüfen hat.

(3) Bei einem Antrag auf Pflgeteilzeit und Familienpflegezeit

Beantragt der Arbeitnehmer Pflgeteilzeit oder Familienpflegezeit, besteht nach § 3 Abs. 4 S. 1 PflegeZG, § 2a Abs. 2 S. 1 FPfZG die Vorgabe, über die Verringerung eine schriftliche Vereinbarung zu treffen, wobei der Arbeitgeber dem Wunsch zu entsprechen hat und nur aus dringenden betrieblichen Gründen ablehnen kann. Eine Beantwortungs- und Prüfungspflicht ist zwar nicht explizit enthalten, doch wird der Arbeitnehmer hier materiell immerhin in die Rechtsposition versetzt, eine Ei-

nigung notfalls gerichtlich erzwingen zu können, so dass der Arbeitgeber – spätestens im Arbeitsgerichtsverfahren – gezwungen ist, das Pflgeteilzeit- oder Familienpflegezeitverlangen im Hinblick auf mögliche, entgegenstehende betriebliche Gründe prüfen zu müssen und das Verlangen zu beantworten.¹²¹ Allerdings sieht das Gesetz in diesem Zusammenhang auch keine Zustimmungsfiktion vor. Der Arbeitgeber kann die Prüfung und Beantwortung hinauszögern und es auf einen Rechtsstreit ankommen lassen. Eine Prüf- und Beantwortungspflicht, die direkt an das Pflgeteilzeitverlangen oder Familienpflegezeitverlangen anknüpft und ein schlichtes Abwarten des Arbeitgebers vermeiden würde, besteht explizit nicht. Allerdings können § 3 Abs. 4 S. 1 PflegeZG, § 2a Abs. 2 S. 1 FPfZG richtlinienkonform dahin ausgelegt werden, dass der Arbeitgeber den Antrag zu prüfen und zu beantworten hat. Unterhalb der Schwellenwerte ist eine Beantwortungspflicht nunmehr eindeutig geregelt, § 3 Abs. 6a S. 2 PflegeZG, § 2a Abs. 5a S. 2 FPfZG. An einer Prüfungspflicht fehlt es, jedoch sind auch die letztgenannten Normen einer richtlinienkonformen Auslegung zugänglich, so dass mit den Anträgen eine Prüfungspflicht des Arbeitgebers ausgelöst wird.

(4) Bei einem Antrag auf einen flexiblen Arbeitsplan

Fasst man den Antrag auf einen flexiblen Arbeitsplan – wie hier vertreten – unter § 7 Abs. 2 S. 1 TzBfG, kann explizit ebenso nur von einer geregelten Beantwortungspflicht in § 7 Abs. 3 S. 1 TzBfG ausgegangen werden, nicht jedoch von einer Prüfungspflicht. § 7 Abs. 2 S. 1 TzBfG ist aber auch insofern einer richtlinienkonformen Auslegung zugänglich, so dass sich aus dieser Norm sehr wohl iVm. Art. 9 Abs. 2 S. 1 RL 2019/1158 eine Prüfungspflicht ableiten lässt.

(5) Bei einem Antrag auf »Telearbeit«

Der bisher unregelte Antrag auf »Telearbeit« bringt zugleich ein Umsetzungsbedarfe hinsichtlich der Prüf- und Beantwortungspflichten solcher Anträge mit sich. Es besteht ein eindeutiges Umsetzungsdefizit. Art. 9 Abs. 2 S. 1 RL 2019/1158 ist auch hinreichend bestimmt und vorbehaltlos formuliert, so dass bei Stellung eines Telearbeitsantrages eine unmittelbare Anwendung im Bereich von Arbeitsverhältnissen öffentlicher Arbeitgeber zu befürworten ist.

c) Zwischenergebnis

Im Bereich des Verfahrens nach § 15 Abs. 5 BEEG fehlt es zwar, anders als bei Abs. 7, an einer Prüfungs- und Beantwortungspflicht iSv. Art. 9 Abs. 2 S. 1 RL 2019/1158. Allerdings lässt sich diese Norm iSv. Art. 9 Abs. 2 S. 1 RL 2019/1158 richtlinienkonform auslegen. Dasselbe gilt für § 3 Abs. 4 S. 1 PflegeZG sowie § 2a Abs. 2 S. 1 FPfZG, während § 3 Abs. 6a PflegeZG sowie § 2a Abs. 5a FPfZG nur im Hinblick auf die notwendige Prüfungspflicht des Arbeitgebers richtlinienkonform ausgelegt werden müssen. Auch § 7 Abs. 2 S. 1 TzBfG ist, soweit nach ihm eine Verringerung oder ein flexibler Arbeitsplan begehrt wird, richtlinienkonform so auszulegen, dass der Arbeitgeber die Anträge prüfen muss. An Beantwortungs- und Prüfungspflichten im Falle eines Telearbeitsantrages fehlt es

¹¹⁹ BT-Drs. 20/3447, S. 10.

¹²⁰ Auch nach EuArbRK-Sprenger (Fn. 10), Art. 5 RL (EU) 2019/1158 Rn. 13 ist die flexible Form des Elternurlaubs mit der flexiblen Arbeitsregelung nicht gleichzusetzen; vgl. auch zur Begründungspflicht Müller/Becker, BB 2023, 692, 697.

¹²¹ Vgl. BeckOK ArbR-Joussen (Fn. 38), § 3 PflegeZG Rn. 24.

gänzlich. Da Art. 9 Abs. 2 S. 1 RL 2019/1158 unbeding und vorbehaltlos formuliert ist, müssen öffentliche Arbeitgeber die Norm in unmittelbarer Anwendung beachten. Private Arbeitgeber haben sie zwar nicht zu beachten, jedoch sind Schäden auf Arbeitnehmerseite, die aus staatlicher Nichtumsetzung von Prüfungs- und Beantwortungspflichten von Telearbeitsanträgen entstehen, vom Staat zu ersetzen.

3. Begründungspflicht

a) Vorgaben der Richtlinie

Nach Art. 9 Abs. 2 S. 2 RL 2019/1158 müssen die Arbeitgeber jede Ablehnung eines Antrags auf eine flexible Arbeitsregelung bzw. jede Aufschiebung der Inanspruchnahme begründen. Der Gesetzgeber führte daraufhin mit § 15 Abs. 5 S. 4 BEEG in Umsetzung des Satzes 2 eine Begründungspflicht für den Fall der Elternteilzeit ein. Entsprechendes galt auch schon vorher für den Teilzeitananspruch nach § 15 Abs. 7 S. 4 BEEG, der mit der Reform nur geringfügig angepasst wurde. Mit § 3 Abs. 6a S. 3 PflegeZG wurde zugleich eine Begründungspflicht für Pflegezeitanträge unterhalb der Schwellenwerte eingeführt. Eine entsprechende Änderung erfolgte in § 2a Abs. 5a S. 3 FPfZG. Mit den Neuregelungen meinte der Gesetzgeber die Vorgaben von Art. 9 Abs. 2 S. 2 RL 2019/1158 umzusetzen.¹²²

b) Unmittelbare Richtlinienanwendung?

(1) Bei abgelehnter Elternteilzeit und außerhalb der Elternzeit

Wie bereits erwähnt, vertritt der Gesetzgeber die Ansicht, bei der Elternteilzeit bzw. Elternteilzeitlage handle es sich zugleich um eine flexible Arbeitsregelung iS. von Art. 9 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158. Wie sich Art. 5 Abs. 6 RL 2019/1158 entnehmen lässt, ist dies jedoch nicht der Fall (s. V.1.b)(1). Auch die Begründungspflicht bei Ablehnung von flexiblen Elternurlaubsanträgen ist eigens in Art. 5 Abs. 6 S. 4 RL 2019/1158 geregelt. Damit steht aber fest, dass die mit § 15 Abs. 5 S. 4 BEEG eingeführte Begründungspflicht bei abgelehnter Elternteilzeit nur Art. 5 Abs. 6 S. 4 RL 2019/1158 umsetzt und nicht Art. 9 Abs. 2 S. 2 RL 2019/1158.¹²³ Bei richtlinienkonformer Auslegung hat die Begründung nach § 15 Abs. 5 S. 4 BEEG daher auch schriftlich zu erfolgen, vgl. Art. 5 Abs. 6 S. 4 RL 2019/1158.¹²⁴ § 15 Abs. 7 S. 4 BEEG setzt Art. 5 Abs. 6 S. 4 RL 2019/1158 insoweit richtig um. Es verbleibt aber die Frage, ob und wie außerhalb der Elternzeit eine Begründungspflicht bei abgelehnter Reduktion der Arbeitszeit in Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 S. 2 RL 2019/1158 sichergestellt ist. Fasst man den außerhalb der Elternzeit gestellten Reduktionsantrag – wie hier – unter § 7 Abs. 2 TzBfG, so lässt sich jedenfalls auch § 7 Abs. 3 S. 1 TzBfG eine Begründungspflicht in Textform entnehmen. Die Anforderungen der Richtlinie sind insofern erfüllt.

(2) Bei abgelehnter Pflegezeit

Eine Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 S. 2 RL 2019/1158 kann im Bereich der Pflegezeit nur insoweit bejaht werden, als diese

Anträge sich auch auf die Reduktion der bisherigen Arbeitszeit (dh. »teilweise Freistellung«) in Kleinunternehmen mit weniger als 15 Beschäftigten beziehen, vgl. § 3 Abs. 6a S. 3 PflegeZG. Es fehlt eine entsprechende Begründungspflicht für den Fall, dass eine teilweise Freistellung von einem Arbeitgeber, der die Schwelle von 15 Arbeitnehmern überschreitet, abgelehnt wird: Wie sich § 3 Abs. 4 S. 2 PflegeZG entnehmen lässt, kann der Arbeitgeber eine Vereinbarung über eine teilweise Freistellung gerade aus dringenden betrieblichen Gründen ablehnen. Eine Begründungspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer besteht hier bisher nicht. Wenn in Kleinunternehmen eine solche nunmehr installiert wird, besteht aber kein Sachgrund, von einer solchen in größeren Unternehmen abzusehen. Es kann – aufgrund des klaren Wortlauts – eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Wege der analogen Anwendung des § 3 Abs. 6a S. 3 PflegeZG auf Unternehmen mit mehr als 15 Arbeitnehmern (vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 PflegeZG) befürwortet werden.

(3) Bei abgelehnter Familienpflegezeit

Entsprechendes ließe sich auch für die Familienpflegezeit annehmen: § 2a Abs. 5a S. 3 FPfZG sieht nunmehr ausdrücklich eine Begründungspflicht für den Fall der Ablehnung durch einen Arbeitgeber mit 25 oder weniger Beschäftigten vor. Auch Arbeitgeber mit mehr als 25 Beschäftigten können die Familienpflegezeitankündigungen aber gem. § 2a Abs. 2 S. 2 FPfZG aus dringenden betrieblichen Gründen ablehnen. Eine Richtlinienkonformität mit Art. 9 Abs. 2 S. 2 RL 2019/1158 kann auch hier nur über eine analoge Anwendung von § 2a Abs. 5a S. 3 FPfZG hergestellt werden.

(4) Bei abgelehntem flexiblen Arbeitsplan/Telearbeit

Fasst man den Antrag auf einen flexiblen Arbeitsplan unter § 7 Abs. 2 TzBfG, ist die Begründungspflicht über § 7 Abs. 3 S. 1 TzBfG umgesetzt. Etwas anderes gilt freilich für die Telearbeit. Begründungspflichten lassen sich diesbezüglich aus einfachem Gesetz nicht konstruieren, auch nicht im Wege der Auslegung des § 7 Abs. 3 TzBfG oder seiner analogen Anwendung. Von daher ließe sich nur über eine unmittelbare Anwendung von Art. 9 Abs. 2 S. 2 RL 2019/1158 nachdenken. Hierfür spricht insbesondere die unbedingte und inhaltlich klare Formulierung in Art. 9 Abs. 2 S. 2 RL 2019/1158.

c) Zwischenergebnis

Eine Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 S. 2 RL 2019/1158 ist im Wesentlichen erreicht bzw. lässt sich über eine analoge Anwendung der § 3 Abs. 6a S. 3 PflegeZG und § 2a Abs. 5a S. 3 FPfZG auf den Pflegezeitanspruch bzw. den Familienpflegezeitanspruch erreichen. Im Bereich der Telearbeit besteht ein eindeutiges Umsetzungsdefizit, so dass sich Begründungspflichten öffentlicher Arbeitgeber unmittelbar aus der Richtlinie ableiten lassen bzw. Arbeitnehmer privater Arbeitgeber aus der Nichtumsetzung der Begründungspflicht nach abgelehnter Telearbeit ggf. Schadensersatzansprüche herleiten können.

¹²² BT-Drs. 20/3447, S. 10.

¹²³ Ebenso Müller/Becker, BB 2023, 692, 697.

¹²⁴ Richtig Müller/Becker, BB 2023, 692, 697.

4. Diskriminierungsschutz

a) Vorgaben der Richtlinie

Das Diskriminierungsverbot in Art. 11 RL 2019/1158 bezieht sich auf die »Inanspruchnahme« von Rechten nach Art. 9 RL 2019/1158. In Anbetracht dessen wurde der Diskriminierungsschutz mit dem VRUG jedoch nicht sonderlich ausgeweitet: Es wurde allein die Beschwerdemöglichkeit nach § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AGG geschaffen, nach der sich Beschäftigte an die Antidiskriminierungsstelle nunmehr auch dann wenden können, wenn sie der Ansicht sind, auf Grund der Anpassung der Arbeitszeit als Eltern oder pflegende Angehörige nach dem BEEG, PflegeZG oder FPfZG benachteiligt worden zu sein.

b) Unmittelbare Richtlinienanwendung?

(1) Bei Inanspruchnahme von Elternteilzeit, Pflegezeit, Familienpflegezeit und bei Teilzeitvereinbarung aufgrund § 7 Abs. 2 TzBfG

Wird die Reduktion von Arbeitszeiten nach § 15 Abs. 5 bis 7 BEEG, nach § 3 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 oder Abs. 6a PflegeZG oder nach § 2a Abs. 1, Abs. 2 oder Abs. 5a FPfZG in Anspruch genommen, würde jede Schlechterstellung aufgrund dieser Inanspruchnahme auch von § 612a BGB erfasst werden. Es zeigt sich aber hier erst recht, dass sich die Norm bei richtlinienkonformer Auslegung iS. von Art. 11 RL 2019/1158 nicht allein auf die Konstellation beschränken darf, in der dem Arbeitnehmer ein echtes »Recht« iS. eines Teilzeitanspruchs zur Verfügung steht. Art. 9 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 gewährt gerade nur ein individuelles Recht auf Beantragung einer Arbeitszeitreduktion als flexible Arbeitsregelung und keinen Anspruch auf eine solche; der Diskriminierungsschutz soll dann sichergestellt werden, wenn aufgrund dieses Antrags eine »Inanspruchnahme« erfolgt. Kommt also eine Vereinbarung nach § 3 Abs. 4 oder Abs. 6a PflegeZG, eine Vereinbarung nach § 2a Abs. 2 oder Abs. 5a FPfZG oder nach § 15 Abs. 5 bis Abs. 7 BEEG zustande, muss ein Diskriminierungsschutz nach Art. 11 RL 2019/1158 gewährleistet sein. Ob sich aus dieser Vereinbarung echte Rechte herleiten lassen, sei an dieser Stelle dahingestellt. Bei richtlinienkonformer Auslegung muss sich § 612a BGB jedenfalls auch auf sämtliche Verhaltensweisen beziehen, die eine rechtliche oder auch nur tatsächliche *Durchführung* dieser Vereinbarung vereiteln. Konstruktiv ist dies ohne weiteres möglich. Entsprechendes würde auch für den hier befürworteten Reduktionsantrag nach § 7 Abs. 2 TzBfG gelten, wenn aufgrund dessen eine Vereinbarung über Teilzeit entsteht.

(2) Bei Inanspruchnahme eines flexiblen Arbeitsplans

Verortet man den Antrag auf einen flexiblen Arbeitsplan in § 7 Abs. 2 TzBfG (vgl. V.1.b)(2), so ist jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass hieraus eine Vereinbarung über die Arbeitszeitlege, ob mehr oder weniger flexibel, zustande kommt. Entsprechend ist dieser Konsens über § 612a BGB zu schützen.

(3) Bei Inanspruchnahme von »Telearbeit«

In Ermangelung einer gesetzlichen Telearbeitsantragsmöglichkeit ist auch ein expliziter Diskriminierungsschutz für den Fall

der Inanspruchnahme vereinbarter Telearbeit explizit nicht vorhanden. Allerdings würde die Diskriminierung wegen der Inanspruchnahme vereinbarter Telearbeit auch gegen § 612a BGB verstoßen und zwar zumindest dann, wenn sich aus der Vereinbarung rechtstechnisch ein subjektives Recht auf Telearbeit ergibt. Bei richtlinienkonformer Auslegung des § 612a BGB kann das Bestehen eines solchen Rechts jedoch keine Rolle spielen: Ist der Arbeitnehmer in Telearbeit, so darf er wegen Art. 11 RL 2019/1158 deshalb nicht diskriminiert werden und zwar unabhängig davon, wie die Telearbeitsvereinbarung rechtlich einzuordnen ist.

c) Zwischenergebnis

Der Schutz vor Diskriminierungen kann bei richtlinienkonformer Auslegung ausreichend durch § 612a BGB sichergestellt werden. Dies gilt für den Schutz der Inanspruchnahme von Teilzeit nach den geltenden und neugefassten Regelungen in § 15 Abs. 5 bis 7 BEEG, nach § 3 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 oder Abs. 6a PflegeZG, § 2a Abs. 1, Abs. 2 oder Abs. 5a FPfZG, für den Schutz der Inanspruchnahme von Teilzeit nach Teilzeitvereinbarung aufgrund eines Antrags nach § 7 Abs. 2 TzBfG als auch für den Schutz der Inanspruchnahme einer Vereinbarung über die Arbeitszeitlege (»Flexibler Arbeitsplan«) aufgrund von § 7 Abs. 2 TzBfG. Wurde Telearbeit vereinbart, vermag § 612a BGB einen vergleichbaren Schutz zu vermitteln.

5. Kündigungsschutz

a) Vorgaben der Richtlinie

Art. 12 Abs. 1 RL 2019/1159 sieht vor, dass die Mitgliedstaaten notwendige Maßnahmen für ein Verbot der Kündigung und aller Vorbereitungen für eine Kündigung aufgrund *Inanspruchnahme* flexibler Arbeitsregelungen gem. Art. 9 RL 2019/1158 ergreifen müssen. Im Bereich der Elternteilzeit und im Bereich der Pflegezeit und Familienpflegezeit sieht die Rechtslage bereits einige Kündigungsverbote vor (§ 18 Abs. 2 BEEG, § 5 Abs. 1 S. 1 PflegeZG, § 2 Abs. 3 FPfZG iVm. § 5 Abs. 1 S. 1 PflegeZG). Mit dem VRUG hat der Gesetzgeber den Kündigungsschutz noch auf den Bereich der Pflegezeitvereinbarungen (§ 5 Abs. 1 S. 2 PflegeZG) und den der Familienpflegezeitvereinbarungen (§ 2a Abs. 5a S. 4 FPfZG iVm. § 2 Abs. 3 FPfZG iVm. § 5 Abs. 1 S. 2 PflegeZG¹²⁵) unterhalb der Schwellenwerte erweitert.¹²⁶

b) Unmittelbare Richtlinienanwendung?

(1) Bei Inanspruchnahme von Elternteilzeit, Pflegezeit oder Familienpflegezeit

Augenscheinlich beziehen sich die eben genannten Kündigungsverbote ihrem Wortlaut nach nicht auf »Vorbereitungen« für eine Kündigung. Allerdings lassen sie sich auch im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zur Rs. *Paquay* auslegen (vgl. III.3.b): Das Verbot der Kündigung »während der Elternzeit« (§ 18 Abs. 1 S. 3 BEEG), »bis zur Beendigung [...] der Freistel-

¹²⁵ Eigentümlicherweise ordnet § 2a Abs. 5a S. 4 FPfZG hier über § 2 Abs. 3 FPfZG eine entsprechende Anwendung von § 5 Abs. 1 S. 2 PflegeZG an, der sich dann aber seinerseits explizit auf § 2a Abs. 5a FPfZG bezieht.

¹²⁶ Vgl. BT-Drs. 20/3447, S. 19.

lung nach § 3« (§ 5 Abs. 1 S. 1 PflegeZG; ggf. iVm. § 2 Abs. 3 FPfZG) sowie »mit dem Beginn der Freistellung« (§ 5 Abs. 1 S. 2 PflegeZG; ggf. iVm. § 2a Abs. 5a FPfZG) lassen sich so interpretieren, dass eine innerhalb dieser Zeit vorgenommene Vorbereitungsmaßnahme eine erst danach ausgesprochene Kündigung verbietet.

(2) Bei Inanspruchnahme von Teilzeit außerhalb der Elternzeit

Zudem stellt sich auch hier das Problem, dass die flexible Arbeitsregelung in Gestalt der Reduzierung der Arbeitszeit nicht identisch mit der flexiblen Elternzeit ist (vgl. V.1.b)(1), so dass auch außerhalb von flexiblem Elternurlaub eine Reduktion der Arbeitszeit ermöglicht werden muss. Rekuriert man hier auf das TzBfG, so kann der Schutz vor Kündigung aufgrund eines Teilzeitantrags mit anschließender Arbeitszeitreduktion (»Inanspruchnahme«) allerdings über § 5 TzBfG (als Spezialregelung zu § 612a BGB) gewährt werden. Die Norm müsste zudem im Wege richtlinienkonformer Auslegung auf »Vorbereitungen« einer Kündigung erweitert werden. Da sich § 5 TzBfG auf »Rechte nach diesem Gesetz« – mithin nach dem TzBfG – bezieht, erfasst die Norm zwar im Bereich der Reduktionsmöglichkeiten auf den ersten Blick nur die Ansprüche nach §§ 8, 9a TzBfG.¹²⁷ Bei richtlinienkonformer Auslegung müsste sie allerdings zur Berücksichtigung von Art. 12 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 auch konsequent auf das in § 7 Abs. 2 TzBfG bereits verortete Antragsrecht auf Arbeitszeitreduktion erweitert werden, wenn dieses erfolgreich zu einer »Inanspruchnahme« von Teilzeit auch außerhalb der §§ 8, 9a TzBfG führt.

(3) Bei Inanspruchnahme eines flexiblen Arbeitsplans

Bei Beantragung eines flexiblen Arbeitsplans wurde hier die erweiterte Auslegung von § 7 Abs. 2 TzBfG befürwortet (vgl. V.1.b)(2). Entsprechend könnte das Verbot von Kündigungen und Vorbereitungen für eine Kündigung bei Inanspruchnahme eines solchen über eine richtlinienkonforme Auslegung des § 5 TzBfG erreicht werden.

(4) Bei Inanspruchnahme von »Telearbeit«

Ausgehend von einem Umsetzungsdefizit hinsichtlich der Beantragungsmöglichkeit von Telearbeit ist auch der Schutz vor Kündigungen aufgrund ihrer Inanspruchnahme derzeit ungegültig. Allerdings würde eine Kündigung oder Kündigungsvorbereitung allein wegen der Inanspruchnahme beantragter und vereinbarter Telearbeit auch gegen § 612a BGB verstoßen. Von daher wäre über diesen Weg also auch ein Schutz vor Kündigung bzw. Kündigungsvorbereitungen sichergestellt. Auch kann das Kündigungsverbot nur bei vereinbarter und danach in Anspruch genommener Telearbeit ausgelöst werden, so dass sich die Frage danach, ob der Anspruch auf Telearbeit besteht oder nicht, von vornherein nicht stellt.

c) Zwischenergebnis

Die bestehenden Kündigungsverbote bei in Anspruch genom-

mener Elternteilzeit, Pfl egeteilzeit und Familienpflegezeit oder vereinbarter Pfl egeteilzeit oder vereinbarter Familienpflegezeit (unterhalb der Schwellenwerte) könnten über eine erweiternde richtlinienkonforme Auslegung dem Schutz vor Vorbereitungen einer Kündigung nach Art. 12 Abs. 1 RL 2019/1158 Rechnung tragen. Teilzeitvereinbarungen zum Zwecke der Betreuung aufgrund von § 7 Abs. 2 TzBfG bzw. beantragte und vereinbarte flexible Arbeitspläne dürfen, wenn sie in Anspruch genommen werden, gem. § 5 TzBfG nicht Anlass für eine Kündigung oder Kündigungsvorbereitungen sein. Kündigungen oder Kündigungsvorbereitungen aufgrund beantragter und vereinbarter Telearbeit werden von dieser Norm zwar nicht erfasst. Allerdings verstößt eine Kündigung oder Kündigungsvorbereitung aufgrund in Anspruch genommener Telearbeit gegen § 612a BGB, so dass auch insoweit ein Umsetzungsdefizit wohl nicht besteht.

VI. Zusammenfassung

1. Zur Vaterschaftsfreistellung

- a) Das Recht auf Vaterschaftsurlaub gem. Art. 1 S. 2 lit. a Var. 1 iVm. Art. 4 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 kann bei richtlinienkonformer Auslegung durch § 275 Abs. 3 sichergestellt werden. Kommt die Norm aufgrund vorrangigen Leistungsinteresses des Arbeitgebers ausnahmsweise nicht zum Tragen, haben Arbeitnehmer öffentlicher Arbeitgeber einen unmittelbaren Anspruch auf Vaterschaftsurlaub aus Art. 1 S. 2 lit. a Var. 1 iVm. Art. 4 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158; Arbeitnehmer privater Arbeitgeber haben gegen den Staat einen Anspruch auf Schadensersatz.
- b) Sofern Vaterschaftsurlaub nach § 275 Abs. 3 BGB in Anspruch genommen wird, bliebe es bei § 326 Abs. 1 S. 1 BGB, sofern nicht § 616 S. 1 BGB zu einer zeitweiligen Vergütung verhilft. Eine unmittelbare Anwendung von Art. 8 Abs. 1, Abs. 2 RL 2019/1158 kommt nicht in Betracht. Auch Schadensersatzansprüche wegen Nichtumsetzung dieser Norm scheiden nach hier vertretener Ansicht aus.
- c) In richtlinienkonformer Auslegung kann § 612a BGB dem Diskriminierungsverbot wegen beantragten oder in Anspruch genommenen Vaterschaftsurlaubs nach Art. 11 RL 2019/1158 Rechnung tragen.
- d) Das Kündigungs- und Kündigungsvorbereitungsverbot gem. Art. 12 RL 2019/1158 kann ebenfalls durch richtlinienkonforme Auslegung des § 612a BGB umgesetzt werden.

2. Zur Freistellung für Eltern

- a) Bei richtiger Interpretation des Art. 10 Abs. 2 RL 2019/1158 ergibt sich auch aus dieser Norm ein Rückkehrrecht nach Elternzeit vorrangig auf den früheren Arbeitsplatz. Es wurde gezeigt, dass ein solches in richtlinienkonformer Auslegung dem geltenden Arbeitsrecht entnommen werden kann: Entweder ist das »billige Ermessen« nach § 106 S. 1 GewO dahingehend reduziert, dass eine Weisung auf einen anderen Arbeitsplatz nicht mehr billigem Ermessen entspricht, wenn die Beschäfti-

¹²⁷ Vgl. *Fischels*, in: Höpfn er/Picker/Temming (Hrsg.), be ck-online-Grosskommentar, Stand: 1.6.2024, § 5 TzBfG Rn. 4.

gung auf dem früheren Arbeitsplatz zugleich möglich ist. Oder aber dem Arbeitsvertrag lässt sich bereits ein Beschäftigungsanspruch auf einen konkreten Arbeitsplatz entnehmen, so dass dieser nach Ablauf der Elternzeit wiederauflebt. Es besteht mit Blick auf Art. 10 Abs. 2 RL 2019/1158 kein echtes Umsetzungsdefizit.

- b) Der Diskriminierungsschutz nach Art. 11 RL 2019/1158 muss durch richtlinienkonforme Auslegung des § 612a BGB sichergestellt werden, wobei die vom EuGH geforderte extensive Interpretation einen Diskriminierungsschutz auch dann erfordert, wenn der Antrag auf Elternzeit gestellt wird, aber nicht zusteht. Es besteht kein Umsetzungsdefizit.
- c) In richtlinienkonformer Auslegung lässt sich das Verbot der Kündigung »während der Elternzeit« in § 18 Abs. 1 S. 3 BEEG so auffassen, dass eine innerhalb dieser Zeit vorgenommene Vorbereitungsmaßnahme eine erst danach ausgesprochene Kündigung verbietet. In Bezug auf die in Art. 12 Abs. 1 RL 2019/1158 genannten »Vorbereitungen« besteht sonach kein Umsetzungsdefizit.

3. Zum Urlaub für pflegende Angehörige

- a) Das Individualrecht auf Urlaub für pflegende Angehörige gem. Art. 1 S. 2 lit. a Var. 3 RL 2019/1158 wird durch die geltende Rechtslage, insbesondere durch Normen des PflegeZG und FPfZG, nicht sichergestellt. Wegen Bestehens eines Umsetzungsdefizits kommt eine unmittelbare Richtlinienanwendung in Betracht. Öffentliche Arbeitgeber haben Art. 6 Abs. 1 S. 1 RL 2019/1158 direkt anzuwenden und über §§ 2, 3 PflegeZG hinaus einen Freistellungsanspruch von fünf Tagen/Jahr zu gewähren. Arbeitnehmer privater Arbeitgeber könnten wegen Nichtgewährung des Pflegeurlaubs den Staat auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.
- b) Das Verbot der Diskriminierung nach einem beantragten oder in Anspruch genommenen Pflegeurlaub (Art. 11 RL 2019/1158) kann über eine richtlinienkonforme Auslegung des § 612a BGB sichergestellt werden.
- c) Das Kündigungsverbot gem. § 5 Abs. 1 S. 1 PflegeZG lässt sich in richtlinienkonformer Auslegung iS. von Art. 12 Abs. 1 RL 2019/1159 auch auf Vorbereitungen einer Kündigung erstrecken.

4. Zu den flexiblen Arbeitsregelungen

- a) In Arbeitsverhältnissen öffentlicher Arbeitgeber kann sich der Arbeitnehmer unmittelbar auf Art. 9 Abs. 1 S. 1 iVm. Art. 3 Abs. 1 lit. f RL 2019/1158 berufen und hieraus ein Recht auf Beantragung von Telearbeit ableiten. In Arbeitsverhältnissen privater Arbeitgeber wird ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers wegen Nichtumsetzung dieses Antragsrechts schwer darzulegen sein.
- b) Im Bereich des Verfahrens nach § 15 Abs. 5 BEEG fehlt es zwar, anders als bei Abs. 7, an einer Prüfungs- und Be-

antwortungspflicht iSv. Art. 9 Abs. 2 S. 1 RL 2019/1158. Allerdings lässt sich diese Norm iSv. Art. 9 Abs. 2 S. 1 RL 2019/1158 richtlinienkonform auslegen. Dasselbe gilt für § 3 Abs. 4 S. 1 PflegeZG sowie § 2a Abs. 2 S. 1 FPfZG, während § 3 Abs. 6a PflegeZG sowie § 2a Abs. 5a FPfZG nur im Hinblick auf die notwendige Prüfungspflicht durch den Arbeitgeber richtlinienkonform ausgelegt werden müssen. Auch § 7 Abs. 2 S. 1 TzBfG ist, soweit nach ihm eine Verringerung oder ein flexibler Arbeitsplan begehrt wird, richtlinienkonform so auszulegen, dass der Arbeitgeber die Anträge prüfen muss. An Beantwortungs- und Prüfungspflichten im Falle eines Telearbeitsantrages fehlt es gänzlich. Da Art. 9 Abs. 2 S. 1 RL 2019/1158 unbedingt und vorbehaltlos formuliert ist, müssen öffentliche Arbeitgeber die Norm in unmittelbarer Anwendung beachten. Private Arbeitgeber haben sie zwar nicht zu beachten, jedoch sind Schäden auf Arbeitnehmerseite, die aus staatlicher Nichtumsetzung von Prüfungs- und Beantwortungspflichten von Telearbeitsanträgen entstehen, vom Staat zu ersetzen.

- c) Eine Umsetzung von Art. 9 Abs. 2 S. 2 RL 2019/1158 ist im Wesentlichen erreicht bzw. lässt sich über eine analoge Anwendung der § 3 Abs. 6a S. 3 PflegeZG und § 2a Abs. 5a S. 3 FPfZG auf den Pflegeteilzeitananspruch bzw. den Familienpflegezeitanspruch erreichen. Im Bereich der Telearbeit besteht ein eindeutiges Umsetzungsdefizit, so dass sich Begründungspflichten öffentlicher Arbeitgeber unmittelbar aus der Richtlinie ableiten lassen bzw. Arbeitnehmer privater Arbeitgeber aus der Nichtumsetzung der Begründungspflicht nach abgelehnter Telearbeit ggf. Schadensersatzansprüche herleiten können.
- d) Der Schutz vor Diskriminierungen wegen einer flexiblen Arbeitsregelung kann bei richtlinienkonformer Auslegung ausreichend durch § 612a BGB sichergestellt werden.
- e) Die bestehenden Kündigungsverbote bei in Anspruch genommener Elternteilzeit, Pflegeteilzeit und Familienpflegezeit oder vereinbarter Pflegeteilzeit oder vereinbarter Familienpflegezeit können über eine erweiternde richtlinienkonforme Auslegung dem Schutz vor Vorbereitungen einer Kündigung nach Art. 12 Abs. 1 RL 2019/1158 Rechnung tragen. Teilzeitvereinbarungen zum Zwecke der Betreuung aufgrund von § 7 Abs. 2 TzBfG bzw. beantragte und vereinbarte flexible Arbeitspläne dürfen gem. § 5 TzBfG nicht Anlass für eine Kündigung oder Kündigungsvorbereitungen sein. Kündigungen oder Kündigungsvorbereitungen aufgrund beantragter und danach vereinbarter Telearbeit werden von dieser Norm zwar nicht erfasst. Allerdings verstößt eine Kündigung oder Kündigungsvorbereitung aufgrund in Anspruch genommener Telearbeit gegen § 612a BGB, so dass auch insoweit ein Umsetzungsdefizit nicht besteht.

Der *portage salarial* – eine neue Beschäftigungsform für Solo-Selbständige?

Dissertation von Amélie Sutterer-Kipping, 2023, Nomos, Baden-Baden, 511 S. (ISBN 978-3-7560-0546-8), 154,00 €

Der *portage salarial* ist ein in Frankreich existierendes und dort auch gesetzlich geregeltes hybrides Beschäftigungsmodell. Es beruht auf einer dreigliedrigen Struktur: Ein Solo-Selbständiger schließt einen Vertrag mit einem Trägerunternehmen (*entreprise de portage*) ab, welcher kraft gesetzlicher Anordnung als Arbeitsvertrag gilt und ihn zum »getragenen Arbeitnehmer« (*salaré porté*) macht. Seine Tätigkeit übt er bei Kundenunternehmen (*entreprises clientes*) aus, die er selbst ausgewählt und mit denen er den Inhalt und die Bedingungen seiner Leistungen selbständig verhandelt hat. Allerdings hat er zu den Kundenunternehmen keine vertraglichen Beziehungen. Diese schließen vielmehr einen Dienst- oder Werkvertrag mit dem Trägerunternehmen ab, das sich ihnen gegenüber zur Erbringung der betreffenden Leistung durch den *salaré porté* verpflichtet.

Wer den Begriff im Internet eingibt, stößt auf eine Vielzahl von Seiten, die in bunten Farben über die Vor- und Nachteile dieser Form der Erwerbstätigkeit informieren. Auf der Haben-Seite scheint der *portage salarial* auf den ersten Blick das Beste zweier Welten zu vereinigen: Umfassende sozialversicherungsrechtliche Absicherung und Arbeitnehmerstatus, gleichzeitig aber unternehmerische Unabhängigkeit bei weitgehender Entlastung von bürokratischen Pflichten und Schutz vor haftungsrechtlichen Risiken. Auf der Soll-Seite werden Kostenbelastungen genannt, ferner die Beschränkung des Zugangs zum *portage salarial* auf (auch preislich) höherwertige Leistungen und damit verbunden das Erfordernis eines bestimmten Qualifikationsniveaus, schließlich die Komplexität der durch die Dreiecksbeziehung vorgegebenen Vertragsstruktur. Vor diesem Hintergrund wird das *portage salarial* als mögliches Übergangsmodell auf dem Schritt in die Selbständigkeit ins Spiel gebracht.

Die Frage liegt auf der Hand, ob ein derartiges Modell auch in Deutschland realisierbar und sinnvoll wäre. Schließlich befinden wir uns mitten in einer Diskussion um die Reichweite des Schutzes von Arbeits- und Sozialrecht. Der Deutsche Juristentag 2024 in Stuttgart stellt genau diese Frage, wir suchen (immer noch) nach besseren Lösungen zur Bewältigung der Probleme von Schein- und von Solo-Selbständigen, von Arbeitnehmerähnlichen, von Heimarbeitern oder von Plattformbeschäftigten, wir überlegen, ob der einheitliche Arbeitnehmerbegriff eine Zukunft hat oder ob wir der Vertragsfreiheit in Teilbereichen der Erwerbstätigkeit mehr Raum einräumen sollten, wir beobachten (und begleiten) die Entwicklungen des unionalen Arbeitnehmerbegriffs.

Genau in dieses hochaktuelle und hochkomplexe Spannungsfeld führt uns die hier zu besprechende Dissertation von Amélie Sutterer-Kipping, die sie im Rahmen eines deutsch-französischen Cotutelle-Verfahrens in Göttingen und Paris (Université Paris I Panthéon-Sorbonne) bei Olaf Deinert und Pascal Lokiec verfasst hat. Es handelt sich, um dies sogleich vorwegzunehmen, um eine lesenswerte, sorgfältig gearbeitete und aufschlussreiche Studie, die im Übrigen ganz zu Recht mit dem Dissertationspreis der Deutsch-Französischen Hochschule bedacht wurde.

Die Arbeit ist in vier Abschnitte unterteilt (an die sich eine französischsprachige Zusammenfassung anschließt): Zunächst setzt sich die Verfasserin mit der Frage nach der Schutzbedürftigkeit der Solo-Selbständigen in Deutschland auseinander und beschreibt das aktuell geltende arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Schutzsystem (Kapitel 1, S. 37–111). Es folgt eine umfangreiche Analyse des *portage salarial* in Frankreich, in der die Verfasserin begriffliche und Abgrenzungsfragen klärt, wirtschaftliche, rechtsgeschichtliche und soziologische Hintergründe erläutert und auf dieser Basis das zivilrechtliche Haftungskonzept sowie die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Regelungen zum *portage salarial* diskutiert (Kapitel 2, S. 113–315). Im dritten Abschnitt überlegt die Verfasserin, ob der *portage salarial* auch ein Modell für Deutschland sein könnte und nimmt dazu eine arbeits- sowie eine sozialversicherungsrechtliche Würdigung vor (Kapitel 3, S. 317–395). Eine zusammenfassende Bewertung schließt die Untersuchung ab (Kapitel 4, S. 397–414).

I. Solo-Selbständigkeit in Deutschland

Die Bestandsaufnahme zur Solo-Selbständigkeit in Deutschland im ersten Kapitel bildet eine gute Grundlage für die spätere Untersuchung. Man liest hier im arbeitsrechtlichen Teil an und für sich im Wesentlichen Bekanntes (gleichwohl aber im Rahmen einer Grundlegung Notwendiges) wie die kurze begriffliche Positionsbestimmung zum Arbeitnehmerbegriff (S. 37 ff.) oder auch die Umschreibung der gegenwärtigen legislativen Grenzen arbeitsrechtlichen Schutzes für Arbeitnehmerähnliche (S. 64 ff.) und Heimarbeiter (S. 76 ff.). Und auch im Sozialversicherungsrecht (S. 89 ff.) ist der Befund nicht überraschend, dass der Gesetzgeber nur punktuelle Eingriffe zum Schutz Solo-Selbständiger vorgenommen hat. Die Verfasserin stellt all dies aber in ein Spannungsverhältnis zu einer mit viel Sorgfalt zusammengetragenen rechtstatsächlichen Analyse

(S. 43 ff.). Das untermauert eindrücklich, warum die eingangs erwähnte aktuelle Diskussion um die Reichweite des arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutzes in Deutschland und Europa so dringlich erscheint. Die Stichworte, mit denen die Verfasserin die Solo-Selbständigkeit in Deutschland strukturiert (Heterogenität, Hybridisierung und Motivvielfalt) führen zu dem auch für die rechtsvergleichende Perspektive wichtigen (und zutreffenden) Zwischenfazit, dass es »den« Solo-Selbständigen weder in Deutschland (S. 58) noch in Europa (S. 59) gebe. Für die Fragestellung der Untersuchung insgesamt ist dies aber auch insofern bedeutsam, als der *portage salarial* weder in seiner rechtstatsächlichen Entwicklung noch in seiner Ausgestaltung durch den französischen Gesetzgeber »die« Antwort auf das Problem der Solo-Selbständigkeit geben, sondern von vornherein nur einen begrenzten Teilbereich abdecken wollte. Die Verfasserin sieht dieses Problem durchaus, wenn sie schon im Eingangskapitel bei der Umschreibung der Zielsetzung der Untersuchung und ihrer Forschungsfragen darauf hinweist, dass nur bestimmte (nämlich leistungsstarke) Solo-Selbständige – wenn überhaupt – von einer Übertragung des französischen Modells in das deutsche Recht profitieren dürften (S. 34).

II. Das Phänomen des *portage salarial* in Frankreich

Das zentrale zweite Kapitel der Arbeit enthält eine eingehende Analyse des *portage salarial* in Frankreich. Der Verfasserin gelingt es hier in bemerkenswerter Weise, auch den mit dem französischen Recht nicht vertrauten Leser mit dem nötigen Wissen zu versorgen. Dabei bilden die Abschnitte zur Vertragsqualifizierung, zum Haftungskonzept und zu den arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Regelungen (D-G) den Bezugspunkt für die im Folgekapitel untersuchte Frage nach der Übertragbarkeit des Modells auf Deutschland. Zuvor allerdings erläutert die Verfasserin dem deutschen Leser, was es eigentlich mit dem *portage salarial* auf sich hat. Das geschieht bezeichnenderweise nicht in strikt linearer Gedankenfolge, sondern die Verfasserin nähert sich dem von ihr in der Überschrift so bezeichneten »Phänomen« in immer wieder neuen Ansätzen aus unterschiedlicher methodischer Perspektive. Das Leitmotiv ist dabei der hybride Charakter des *portage salarial*. Schon der Begriff des *ensemble organisé* in der Legaldefinition in Art. I 1254-1 des französischen *Code du Travail* deutet in seiner Unschärfe in der Tat auf eine gewisse Unsicherheit des Gesetzgebers bei der rechtlichen Einordnung eines Vertragssystems hin, das sich aus der Praxis heraus in der Grauzone von illegaler Arbeitnehmerüberlassung und Umgehung arbeitsrechtlichen Rechtsformzwangs entwickelt hatte (S. 113–137). Sehr aufschlussreich schildert die Verfasserin dann, wie sich Sozialpartner und Gesetzgeber (und auch der *Conseil constitutionnel*, das französische Verfassungsgericht) schrittweise an die heute geltende Kombination aus Regelungen im *Code du Travail* und darauf bezogener Kollektivvereinbarung herangestastet haben (S. 138 ff.). Das mit rechtstatsächlichen Methoden gezeichnete gegenwärtige Bild des *portage salarial* (S. 149 ff.) zeigt, dass es sich um eine Erwerbsform handelt, die häufig

zeitlich vorübergehenden Charakter hat und bei der *salariés portés* nicht selten gleichzeitig parallel als Arbeitnehmer beschäftigt sind. Und auch der letzte Annäherungsversuch an den *portage salarial*, die Schilderung der Motivlage, ist noch einmal ein Beleg für dessen Stellung im Zwischenraum überkommener Strukturen: Kundenunternehmen wählen den *portage salarial* aus ähnlichen Gründen wie in anderen Fällen des Fremdpersonaleinsatzes (mit der Abgrenzung beschäftigt sich die Verfasserin ausführlich auf S. 156 ff.) – die *salariés portés* wollen ganz bewusst die Vorteile einer selbstbestimmten unternehmerischen Tätigkeit mit denen des Arbeitnehmerstatus verbinden (S. 176–179).

Das führt dann zum Problemkreis der rechtlichen Einordnung des *portage salarial* in das System des französischen Rechts. Neben der von der Verfasserin ausführlich behandelten und vom französischen Gesetzgeber mit einer – letztlich aus dem Ertrag der Tätigkeit des *salarié porté* finanzierten – Pflichtversicherung beantworteten Frage des zivilrechtlichen Haftungskonzepts (S. 206–239) ist dabei vor allem von Interesse, wie die rechtliche Beziehung zwischen *salarié porté* und *entreprise de portage* ausgestaltet ist. An sich, so legt die Verfasserin überzeugend dar, würde bei Anwendung der üblichen Kriterien des französischen Arbeitnehmerbegriffs das Arbeitsrecht hier nicht zur Anwendung kommen, die Tätigkeit des *salarié porté* sei im Gegenteil durch selbständiges Auftreten am Markt gekennzeichnet (S. 179 ff.). Da außerdem eine wirtschaftliche Abhängigkeit nicht gegeben sei, habe der Gesetzgeber auch nicht einfach den Katalog der sog. *travailleurs parasubordonnés* (etwa Heimarbeiter, Journalisten, Bühnenkünstler, Handelsvertreter) erweitern können, bei denen die Arbeitnehmereigenschaft vermutet wird (S. 194 ff.). Der *portage salarial* folge seiner eigenen Logik (S. 196), darum habe der französische Gesetzgeber eine Lösung bereitgestellt, die eben dieser eigenen Logik entspreche: Dem von ihm angenommenen Schutzbedürfnis der betreffenden Personengruppe sei er dadurch nachgekommen, dass Art. 1254-1 n°2 C. trav den *contrat de portage* per gesetzlicher Anordnung als Arbeitsvertrag qualifiziert (*qualification légale*).

Daraus folgt aber nun nicht etwa, dass ein *salarié porté* nun wirklich vollumfänglich vom arbeitsrechtlichen Schutzsystem erfasst wäre: Zum einen hat er gegenüber dem Trägerunternehmen nur für die Zeit Anspruch auf Arbeitsentgelt, in denen er auch Aufträge akquiriert hat – »ohne Auftrag kein Lohn« (S. 240). Der Lohn wiederum besteht aus festen und von der Zahlung des Kunden an das Trägerunternehmen abhängigen flexiblen Bestandteilen. Letztere werden auf ein Vorsorgekonto eingezahlt, um auftragslose Zeiten besser überbrücken zu können (S. 242 f.). Der *salarié porté* übernimmt also auf arbeitsrechtlicher Ebene im Wesentlichen selbst das Wirtschaftsrisiko – ein fundamentaler Unterschied zur Grundidee des Arbeitsrechts. Immerhin, der feste Lohnbestandteil, den er von dem Trägerunternehmen erhält, schützt ihn zunächst vor dem Risiko der Insolvenz des Kundenunternehmens. Zum anderen gelten auch bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses Besonderheiten (S. 249 ff.): Der Vertrag mit dem Trägerunternehmen kann befristet für jeden Auftrag (mit dem Befristungsgrund *portage salarial*) oder unbefristet abgeschlossen werden, wobei

die Verfasserin hier mit Recht darauf hinweist, dass die Interessenlage sich gegenüber der allgemeinen Situation im Kündigungsrecht in ihr Gegenteil verkehrt: Da der *salarié porté* ohnehin für beschäftigungslose Zeiten keine Vergütung erhält, hat das Trägerunternehmen kein Beendigungsinteresse und hat der *salarié porté* kein Bestandsinteresse, so dass der Gesetzgeber sich veranlasst sah, einen speziellen gesetzlichen Rahmen für einen auf diese Situation zugeschnittenen Aufhebungsvertrag zu schaffen. Das für das Arbeitsrecht typische Konzept des Bestandsschutzes greift also letztlich auch nicht.

Die sich aus all dem ergebende berechnete Frage nach dem eigentlichen Zweck der vom Gesetz angeordneten Fiktion eines Arbeitsverhältnisses beantwortet sich eher durch einen Blick auf das Sozialversicherungsrecht (S. 276 ff.). Die Arbeitnehmerstellung öffnet dem *salarié porté* die Tür in das allgemeine Sozialversicherungssystem. Vor allem entlastet ihn hier die Einbeziehung in die Arbeitslosenversicherung bis zu einem gewissen Grad vom Wirtschaftsrisiko, das er als Selbständiger zu tragen hätte. Die Rentenversicherung bietet ihm die Möglichkeit, gerade bei höherem Einkommen in besonderer Weise Vorsorge für das Alter zu treffen. Allerdings, auch das erläutert die Verfasserin eindrücklich, ist der dafür vom *salarié porté* gezahlte Preis hoch: Er müsse letztlich die Versicherungsbeiträge aus dem Ertrag seiner Tätigkeit erwirtschaften, seine Beitragslast könne zu einer schwer zu tragenden Bürde werden. Auch wenn sich das französische Sozialversicherungssystem insgesamt flexibler für die Einbeziehung hybrider Erwerbsformen zeige als etwa das deutsche, fällt die Bilanz der Verfasserin insoweit also erneut eher zurückhaltend aus.

III. Der *portage salarial* als Modell für Deutschland

Mit der Überschrift des dritten Kapitels greift die Verfasserin die im Titel des Buches formulierte Kernfrage auf. Der Grundton ist allerdings bereits gesetzt, denn schon für das französische Recht zeigt sich das *portage salarial* weniger als innovativer legislativer Ansatz zur Bewältigung der Probleme der oder jedenfalls einer bestimmten Gruppe der Solo-Selbständigen, sondern als Versuch, eine in der Praxis entwickelte Form der Erwerbstätigkeit regelungstechnisch in das System des französischen Zivil-, Arbeits- und Sozialrecht einzufügen. Das bedeutet nun freilich nicht, dass eine Betrachtung aus der deutschen Perspektive von vornherein ohne Interesse wäre. Wie würde sich, so könnte man fragen, ein dem *portage salarial* nachgebildetes und von Unternehmen und Solo-Selbständigen hierzulande angewendetes Vertragsmodell in das deutsche Rechtssystem einfügen lassen – und inwiefern müsste man dann gegebenenfalls in einem zweiten Schritt über die Bereitstellung entsprechender gesetzlicher Rahmenbedingungen nachdenken? Das jedenfalls ist zumindest implizit der Ansatz, mit dem die Verfasserin nun der Frage nach dem Modellcharakter des *portage salarial* für Deutschland nachgeht.

Dazu richtet sie zunächst zu Recht den Blick auf die Arbeitnehmerüberlassung, ein Problemfeld, das (unter anderen Vorzeichen) schon in Frankreich intensiv diskutiert wurde. Bedenkt man, dass es sich hierbei um ein durchreguliertes

und europäisch überformtes Beschäftigungsmodell handelt, ist es berechtigt, dass die Verfasserin zur Frage nach der Abgrenzung von *portage salarial* und Arbeitnehmerüberlassung ausführliche Überlegungen anstellt (S. 317–336). Das Ergebnis überzeugt: Weder beim Träger- noch beim Einsatzunternehmen seien – der tatsächlichen Ausführung nach – die Kriterien eines Arbeitsverhältnisses erfüllt: Der *salarié porté* handele nicht weisungsgebunden und auch nicht im weiteren Sinne fremdbestimmt, sondern als Solo-Selbständiger, der Einsatzvertrag zwischen ihm und dem Trägerunternehmen sei als Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter zu qualifizieren, § 1 AÜG demnach nicht anwendbar.

Daran ändere sich auch nichts, so die Verfasserin weiter, wenn *salarié porté* und Trägerunternehmen in Anlehnung an das in Frankreich gesetzlich geregelte Modell die Arbeitnehmereigenschaft vertraglich vereinbaren (S. 336 ff.). Zwar handele es sich nicht um einen Fall der – inzwischen nach § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB eindeutig unbeachtlichen – Abwahl des Arbeitsrechts, die Vereinbarkeit der Arbeitnehmereigenschaft habe ja gerade eine umgekehrte Zielrichtung. Zulässig ist insofern allerdings nach überzeugender Ansicht der Verfasserin nicht die vertragliche Bestimmung der Rechtsnatur des Vertrags an sich, sondern nur eine Rechtsfolgenbestimmung, also eine Vereinbarung über die Anwendung bestimmter arbeitsrechtlicher Regelungen. Wenn *salarié porté* und Trägerunternehmen aber das französische Modell vertraglich nachzeichneten, träfen sie eine Vereinbarung, die, wie gesehen, im Hinblick auf das Wirtschafts- und Bestandsrisiko gerade nicht arbeitsrechtlich geprägt sei. Das Fazit der Verfasserin lautet hier, dass ähnlich wie in Frankreich der Gesetzgeber mit einer Fiktion der Arbeitnehmereigenschaft eingreifen müsse, wenn er dem Modell des *portage salarial* in Deutschland Geltung verschaffen wollte.

Dies alles ist zunächst einmal in sich schlüssig. Gleichwohl gibt es ein Störgefühl. Dieses rührt zunächst daher, dass die Problematik im Aufbau ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung behandelt wird, obwohl die Frage nach dem Gestaltungsspielraum der Parteien und nach einem gesetzlichen Regelungsbedürfnis darüber hinausreicht und sogar eigentlich eine andere ist. Darüber hinaus orientiert sich die Verfasserin bei ihren Überlegungen streng an den Vorgaben des französischen Modells. Ob es hier zusätzliche Gestaltungsspielräume der Parteien (oder des Gesetzgebers) geben könnte, ob also das französische Modell vielleicht gerade im Hinblick auf die Rechtsfolgen entwicklungs- und anpassungsfähig sein könnte, bleibt offen. Die damit verbundene Beschränkung des Untersuchungsprogramms ist sicher legitim, der Titel der Arbeit lässt sich aber durchaus auch weiter verstehen.

Im Folgenden wendet sich die Verfasserin dem Rechtsverhältnis zwischen Kunden- und Trägerunternehmen zu und steuert dabei vor allem auf die Haftungsfrage zu. Mit guten Gründen plädiert sie dafür, den *salarié porté* bei der Ausübung seiner Tätigkeit beim Kunden nicht als Erfüllungsgehilfen im Rahmen des Dienstvertrags zwischen Träger- und Kundenunternehmen anzusehen, sondern als Substituten des Trägerunternehmens (S. 354–360). Da sie der Ansicht ist, der Vertrag zwischen *salarié porté* und Trägerunternehmen sei als echter

(berechtigender) Vertrag zugunsten des Kundenunternehmens zu werten (S. 362 ff.), verlagerten sich Haftungsrisiken auf das Verhältnis von Kunden und *salarié porté*. Das sei aber letztlich weder im Interesse des Kundenunternehmens, das sich lieber an das potentiell solventere Trägerunternehmen halten wolle, noch in dem des Solo-Selbständigen, der solche Haftungsrisiken gerade vermeiden wolle (S. 366).

Die Verfasserin setzt nun noch einmal neu an und untersucht den *portage salarial* nach französischem Modell im Hinblick auf mögliche Friktionen mit dem deutschen Arbeitsrecht (S. 366 ff.). Das geschieht allerdings unter der Hypothese einer gesetzlichen Regelung, welche wie in Frankreich im Ausgangspunkt den Arbeitnehmerstatus des *salarié porté* fingiere (S. 366). Den Konflikt mit dem Grundmodell des § 615 BGB, der sich aus der Abwälzung des Wirtschaftsrisikos für auftragslose Zeiten auf den *salarié porté* ergibt, scheint die Verfasserin schon de lege lata für lösbar zu halten, da sie im Hinblick auf die Interessenlage und den Parteiwillen insofern eine Abbedingung des § 615 BGB für möglich hält (S. 367–371). Im Kontext einer legislativen Lösung wäre freilich ohnehin eine entsprechende ausdrückliche Bestimmung möglich. Anpassungsbedarf sieht die Verfasserin sodann beim Entgelt, wo sie wie in Frankreich eine gesetzliche Mindestentgeltregelung für nötig hält (S. 371), ferner bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, beim Urlaubsentgelt (S. 372 f.) und vor allem auch beim Haftungsproblem, das eine versicherungsrechtliche Lösung nach französischem Vorbild erfordere (S. 375). Ob man bei einer gesetzlich angeordneten Fiktion des Arbeitsverhältnisses auch im Hinblick auf dessen Beendigung Überlegungen anstellen müsste, wird von der Verfasserin nicht ausdrücklich angesprochen. Das Ergebnis ergibt sich aber letztlich aus den Erkenntnissen zum französischen Recht: Solange der *salarié porté* das Wirtschaftsrisiko trägt, läuft arbeitsrechtlicher Bestandsschutz leer.

Im Sozialversicherungsrecht schließlich müsste, so die Verfasserin zutreffend, der Gesetzgeber für eine Übertragung des französischen Modells zunächst eine eigenständige gesetzliche Fiktion schaffen und so den *salarié porté* zum Beschäf-

tigten machen (S. 377–384). Allerdings bestünde weiterer Anpassungsbedarf, namentlich in Bezug auf den Ausschluss von Leistungen bei Einkommen unter der Geringfügigkeitsgrenze des § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV, aber auch im Hinblick auf Missbrauchsgefahren bei der Kranken- und Arbeitslosenversicherung. Unproblematisch und sinnvoll sei hingegen die Einbeziehung der *salariés portés* in die Rentenversicherung (S. 384 ff.).

IV. Fazit

Das Fazit der Verfasserin – und des Rezensenten – zum *portage salarial* fällt zurückhaltend aus. Der *portage salarial* gibt zunächst keine Antwort auf die Frage, wie man in Zukunft Solo-Selbständige im Graubereich zwischen Selbständigen- und Arbeitsrecht insgesamt besser schützen kann, das ist angesichts des Zuschnitts auf den Kreis eher hochqualifizierter Anbieter mit einem auch hochwertigen Leistungsangebot ohnehin schon in Frankreich nicht das eigentliche Ziel der gesetzlichen Regelung. Es ist vor allem – und das hat die Verfasserin für Frankreich wie für Deutschland eindrucksvoll nachgewiesen – ein Modell mit vielen Fragezeichen, jedenfalls keines, welches wirklich das Beste aus zwei Welten verbindet.

Keineswegs zurückhaltend fällt allerdings das Fazit des Rezensenten zum Werk von *Amélie Sutterer-Kipping* aus. Rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung heißt nicht, dass am Ende einer Untersuchung stets die Lösung des in Angriff genommenen Problems zu präsentieren wäre. Das Ergebnis kann wie im vorliegenden Fall auch darin bestehen, einen möglichen Weg zur Problemlösung als Sackgasse oder jedenfalls als zu steinig und hindernisreich zu identifizieren. Wichtig ist nur, dass dieses Ergebnis auf unvoreingenommener, methodenbewusster und gründlicher Arbeit beruht. Diesem Anspruch wird das hier besprochene Buch vollauf gerecht.

Prof. Dr. Dr. hc. Christoph Weber,
Julius-Maximilians-Universität Würzburg



Deinert / Wenckebach / Zwanziger (Hrsg.)

Arbeitsrecht

Handbuch für die Praxis

11., aktualisierte, überarbeitete Auflage
2024. 2.740 Seiten, gebunden inklusive Zugang
zur Online-Ausgabe mit allen Arbeitshilfen
€ 198,-

ISBN 978-3-7663-7200-0

bund-shop.de/7200

Der Hochkaräter im Arbeitsrecht

Das in der 11. Auflage komplett überarbeitete Standardwerk Arbeitsrecht Handbuch liefert eine umfassende systematische Darstellung zum materiell-rechtlichen Arbeitsrecht – konzentriert aufbereitet in einem Band. Die Kommentierungen haben gezielt die Arbeitnehmerposition im Blick. Großen Wert legen die Autorinnen und Autoren auf das Einbeziehen des die betriebliche Praxis prägenden Sozialrechts.

Der Aufbau des Werkes orientiert sich an den typischen Fragen, die in der täglichen Beratungspraxis zum Arbeitsrecht auftauchen. Neue Autorinnen und Autoren liefern frische Impulse.

Die Neuauflage berücksichtigt:

- › Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
- › Umsetzung der reformierten Entsenderichtlinie
- › Arbeitsschutzkontrollgesetz
- › Betriebsrätemodernisierungsgesetz
- › Berufsbildungsgesetz
- › Umsetzung der EU-Vereinbarkeitsrichtlinie
- › Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz
- › Mindestlohngesetz
- › Umsetzung der EU-Transparenzrichtlinie
- › Teilzeit- und Befristungsgesetz
- › Das neue Nachweisgesetz
- › Hinweisgeberschutzgesetz
- › Revidierte Europäische Sozialcharta

Ein weiteres Plus:

Der Online-Zugriff auf alle Inhalte, auf Musterverträge, Formulare und Schriftsätze zur Bearbeitung in der eigenen Textverarbeitung, erleichtert die Arbeit und führt schnell zu guten Lösungen.

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/7200 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7200-0	Deinert / Wenckebach / Zwanziger (Hrsg.) Arbeitsrecht	198,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname: _____

Firma / Funktion: _____

Straße / Nr.: _____

PLZ / Ort: _____

Telefon: _____

E-Mail: _____

Datum / Unterschrift: _____



Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

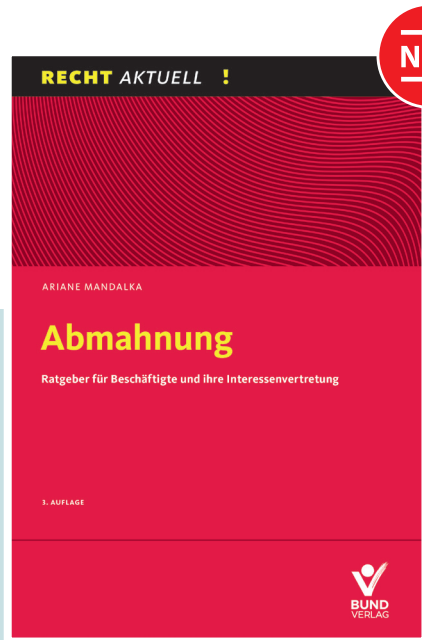
Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für Betriebsräte nutzen.
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für Personalräte nutzen.
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.



Mandalka

Abmahnung

Ratgeber für Beschäftigte und ihre Interessenvertretung

3., aktualisierte und erweiterte Auflage

2024. 205 Seiten, kartoniert

€ 29,90

ISBN 978-3-7663-7361-8

bund-shop.de/7361

Abmahnung Risiken und Nebenwirkungen

Die Abmahnung ist die »gelbe Karte« im Arbeitsrecht. Der Arbeitgeber kann sie ziehen, wenn der Arbeitnehmer gegen seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag verstoßen hat. Zugleich droht der Arbeitgeber für den Wiederholungsfall arbeitsrechtliche Konsequenzen an – das ist in der Regel die Kündigung. Beschäftigte und deren Interessenvertretungen sollten wissen, was eine Abmahnung bedeutet und welche Folgen sie hat.

Der Ratgeber »Abmahnung« beantwortet zuverlässig alle wichtigen Fragen anhand konkreter Beispiele, Checklisten und umfangreicher Mustertexte. Daneben zeigt die Autorin Betriebs- und Personalräten, welche Handlungsmöglichkeiten sie haben.

Die Themen:

- › Welches Verhalten kann der Arbeitgeber abmahnen?
- › Wann können Beschäftigte ihren Arbeitgeber abmahnen?
- › Wie muss eine wirksame Abmahnung formuliert sein?
- › Welche formellen Kriterien sind zwingend zu beachten?
- › Wie wehren sich Betroffene am besten gegen eine Abmahnung?

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/7361 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7361-8	Mandalka Abmahnung	29,90

Absender: Frau Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.