

# Soziales Recht



soziales-recht.eu

14. JAHRGANG  
ISSN 2193-5157

**SR** | WISSENSCHAFTLICHE ZEITSCHRIFT  
FÜR ARBEITS- UND SOZIALRECHT

Ausgabe 5  
November | 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



**STEPHAN RIXEN**

*Sozialisierung selbständiger Arbeit: »Kassenarztrecht«  
als Intervention des Weimarer Wohlfahrtsstaates*

Seite 150

**KATJA NEBE**

*Familiengerechte Arbeitsorganisation – lückenhafter  
Rechtsrahmen und Herausforderungen fairer  
(kollektiver) Verteilung*

Seite 161

**YUMIKO KUWAMURA**

*Hinweisgeberschutz in Japan – mit kurzen  
Schlaglichtern auf das deutsche Recht*

Seite 182

Soziales Recht  
5/2024  
ISSN 2193-5157  
November 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](mailto: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](mailto: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@schaefermedien.de](mailto:bund-verlag@schaefermedien.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.

# Editorial

Große Auftraggeber treten am Markt als Nachfrager auf und erteilen Aufträge an (vermeintlich?) Selbstständige, die alle mehr oder weniger allein tätig werden. Die Auftragnehmer werden ständig verfügbar gehalten, die Entlohnungsbedingungen mehr oder weniger vom Auftraggeber diktiert. Dass in einer solchen Situation an kollektives Handeln gedacht wird, liegt nicht fern. Wenn alle die Aufträge verweigern, letztlich also streiken, könnte ihre vereinigte Marktmacht auf der anderen Seite in die Waagschale fallen, ein strukturelles Verhandlungsgleichgewicht überwunden werden.

Wer fühlt sich bei dieser Beschreibung nicht an die Plattformökonomie erinnert, die uns im letzten Heft beschäftigt hat? Tatsächlich bezieht sich diese Beschreibung aber auf eine Entwicklung vor etwa 100 Jahren. Sie betrifft eine Berufsgruppe, die im Allgemeinen nicht als prekär Beschäftigte wahrgenommen wird, nämlich die Vertragsärzte («Kassenärzte») in ihrem Verhältnis zur gesetzlichen Krankenversicherung. *Stephan Rixen* verdeutlicht in seinem Beitrag zum Kassenarztrecht als Sozialisierung selbstständiger Arbeit und Intervention des Wohlfahrtsstaates der Weimarer Zeit, dass auch damals große Umwälzungen in der Arbeitswelt die Frage nach angemessenen Bedingungen virulent haben werden lassen. Er weist darauf hin, dass übrigens schon damals die Frage nach Arbeitnehmerstatus oder Selbstständigkeit aufgeworfen, wurde. Die Entwicklung kollektiver Selbsthilfe und rechtlicher Rahmung wird von ihm anschaulich beschrieben und gedeutet. Das ist keineswegs eine Blaupause für die aktuelle Entwicklung, gibt aber in vielfältiger Hinsicht Anregung zum Nachdenken.

Allein die Erwartung einer angemessenen Regelung durch den Gesetzgeber liegt angesichts des aktuellen Zustands der Politik fern, obwohl die Pflicht zur Umsetzung der europäischen Plattformarbeitsrichtlinie absehbar für einen Teilbereich zum Handeln zwingt. Auch auf einem anderen Feld, auf dem an sich noch einiges zu bestellen wäre, ist derzeit nichts zu erwarten: *Katja Nebe* zeigt in ihrem Beitrag zur familiengerechten Arbeitsorganisation mehr als deutlich auf, dass die aktuelle Rechtslage im Arbeitsrecht insoweit mehr als lückenhaft und keineswegs geschlechtergerecht ausgestaltet ist. Das betrifft eine Fülle von Fragen, die im Anhang zu ihrem Beitrag

übersichtlich zusammengetragen sind, wobei der fehlende von der europäischen Vereinbarkeitsrichtlinie (EU) 2019/1158 vorgesehene Vaterschaftsurlaub nur ein kleines Mosaiksteinchen ist. *Katja Nebe* arbeitet aber auch heraus, dass es sich bei diesem Anliegen nicht allein um eine rechtspolitische Forderung handelt, sondern um ein verfassungsrechtliches Gebot. Daher sind neben dem Gesetzgeber die Gerichte im Rahmen ihrer Möglichkeiten verpflichtet, ihren Beitrag zur Schließung der Lücken zu leisten. Auch auf diesem Feld liegt die Frage nach kollektiver Selbsthilfe nahe. Und auch insoweit ist der Beitrag lesenswert, weil er nicht nur verdeutlicht, dass die Kollektivvertragsparteien Handlungsmöglichkeiten haben, sondern diese auch nutzen müssen.

Wenden wir den Blick auf einen Bereich, in dem die Politik bereits tätig geworden ist. Dass das Hinweisgeberschutzgesetz während dieser Legislaturperiode auf den Weg gebracht wurde, ist nun allerdings nicht Beleg für sozialpolitischen Gestaltungswillen der sogenannten Ampelparteien, sondern dem Umsetzungszwang im Hinblick auf die europäische Whistleblowing-Richtlinie (EU) 2016/943 geschuldet. Ein Blick nach Japan, den *Yumiko Kuwamura* uns mit ihrem Beitrag zum Hinweisgeberschutz eröffnet, zeigt, dass es auch anders geht. Dort ist der Gesetzgeber bereits vor 20 Jahren aktiv geworden, nachdem ebenfalls die Rechtsprechung erste Schritte zum Whistleblower-Schutz entwickelt hatte, nicht zuletzt auch aus der Erkenntnis, dass Whistleblower jedenfalls bei Tätigwerden im öffentlichen Interesse Schutz verdienen mit Rücksicht auf ihren Beitrag zum Gesetzesenforcement. Das war möglicherweise noch einmal dringlicher als in unserer Rechtsordnung im Hinblick auf die nach wie vor verbreitete Praxis der dauerhaften Beschäftigung bei einem Arbeitgeber. Dessen ungeachtet trägt der Blick auf das fremde Recht, den *Kuwamura* mit Seitenblicken auf das deutsche Recht verbindet, auch zum Verstehen des eigenen Gesetzes bei. Von daher möchte ich Ihnen auch diesen Beitrag unbedingt zum Lesen empfehlen.

**Olaf Deinert**  
Mitherausgeber

# Sozialisierung selbständiger Arbeit: »Kassenarztrecht« als Intervention des Weimarer Wohlfahrtsstaates

PROF. DR. STEPHAN RIXEN, UNIVERSITÄT ZU KÖLN\*

**ZUSAMMENFASSUNG** Das sog. Kassenarztrecht ist eine spezielle Materie des Sozialrechts, die wesentlich in der Zeit der Weimarer Republik entstanden ist. Anhand dieses Rechtsgebiets lässt sich exemplarisch nachvollziehen, wie der Weimarer Wohlfahrtsstaat versuchte, für die Gesundheitsversorgung ein Modell sozial verantwortlichen Wirtschaftens zu etablieren, von dem sich auch heute noch – nunmehr nach Maßgabe des im Grundgesetz garantierten Sozialstaatsprinzips – viel lernen lässt.

**ABSTRACT** The so-called »Kassenarztrecht« is a special area of social security law that to a large extent was developed during the Weimar Republic. This area of law is a good example of how the Weimar welfare state attempted to establish a model of socially responsible management for healthcare, from which much can still be learnt today – now in accordance with of the »social state principle« guaranteed by the German Constitution (the Basic Law).

## I. Einleitung

Ich habe die Einladung, vor Ihnen – und mit Ihnen – zu sprechen, sehr gerne angenommen. Das ist beim heutigen Thema einfach gewesen, denn ich durfte es selbst auswählen. Wieso dieses Thema?<sup>1</sup> Es sind drei Gründe:

Der Anfrage, die mich erreichte, war ein programmatisches Papier des Kooperationsprojekts »Initiative Arbeitsrechtsgeschichte« des Max-Planck-Instituts für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie sowie des Hugo Sinzheimer Instituts beigelegt, in dem das Profil der »Vortragsreihe Interventionsstaat und soziales Recht« konturiert wird. Das Programmpapier verweist ua. – das ist der erste Grund – auf *Michael Stolleis'* Aufsatzsammlung »Konstitution und Intervention«<sup>2</sup>, die 2001 erschien und die ich noch im selben Jahr in der FAZ besprechen konnte.<sup>3</sup> Das Buch erschien zur rechten Zeit, ich hatte damals mit der Arbeit an meiner Habilitationsschrift »Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht«<sup>4</sup> begonnen. Sie befasst sich mit dem Recht der Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenver-

sicherung (GKV),<sup>5</sup> in dem das sog. Kassenarztrecht<sup>6</sup> eine zentrale Rolle spielt. *Stolleis'* Konzept der Intervention bezeichnet die »gezielte, zweckgeleitete Einflußnahme durch Recht«<sup>7</sup>, die zunehmend zu einer »Grenzverwischung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht«<sup>8</sup>, ja zu einer öffentlich-rechtlichen Überformung von Privatautonomie<sup>9</sup> führt und »breite Misch- und Übergangszonen zwischen Freiwilligkeit und Zwang«<sup>10</sup> entstehen lässt, in denen »die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft [...] immer weniger bedeutet«<sup>11</sup>. Dieses Verständnis von Intervention, das in der Weimarer Zeit gleichsam zum regulatorischen Normalfall wird, ist für mich zu einem wichtigen Analyseinstrument geworden,<sup>12</sup> es leitet den Blick auf das

5 Offiziell heißt der Versicherungszweig, der heute als gesetzliche Krankenversicherung (GKV) bekannt ist, so erst seit dem Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz – GRG) vom 20.12.1988, dessen Art. 1 das »Sozialgesetzbuch (SGB) Fünftes Buch (V) Gesetzliche Krankenversicherung« einführt (BGBl. 1988 I, S. 2477).

6 Heute meist (wegen der Bedeutung der öffentlich-rechtlichen Verträge für die Rechtsstellung) »Vertragsarztrecht« genannt, ein Begriff, der zunächst nur für Ärzte verwandt wurde, die Verträge mit den sog. Ersatzkassen (heute § 148 SGB V) geschlossen hatten. Der zunächst für die GKV nach Verabschiedung der Reichsversicherungsordnung (RVO) aufgekommene und ursprünglich auch im SGB V verwandte Begriff »Kassenarztrecht« wurde durch das Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz) vom 21.12.1992 (mit Wirkung ab 1.1.1993, BGBl. 1992 I, S. 2266) weithin durch den Begriff »Vertragsarzt« ersetzt; allerdings blieb es bei der Bezeichnung »Kassenärztliche Vereinigung«, hierzu *Wahl*, Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht, Berlin 2001, S. 104 f.

7 *Stolleis* (Fn. 2), S. 270.

8 *Stolleis* (Fn. 2), S. 269.

9 *Stolleis* (Fn. 2), S. 271: »zweckgeleitete Intervention bedeutet Lenkung oder Einbindung von Privatautonomie durch öffentliches Recht«.

10 *Stolleis* (Fn. 2), S. 269.

11 *Stolleis* (Fn. 2), S. 271.

12 S. etwa *Rixen* (Fn. 4), S. 16 ff., 20 ff., 25 ff., 30 ff., 36 ff.; s. hierzu auch *H. Zacher*, in: *Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis* (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München 1993, S. 677, 679, der – bezogen auf das Arbeitsrecht der Weimarer Zeit – betont, es sei »noch weithin als öffentlich-rechtliche Intervention in die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer« verstanden worden. Das Arbeitsrecht steht hier pars pro toto für ein weites Verständnis öffentlichen Wirtschaftsrechts, das (auch) alle öffentlich-rechtlichen Interventionen in den initial privatrechtlich konfigurierten Markt erfasst; zu diesem weiten Verständnis von Wirtschaftsrecht *C. Zacher*, *Die Entstehung des Wirtschaftsrechts in Deutschland*. Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassung in der Rechtswissenschaft der Weimarer Republik, Berlin 2002.

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht mit dem Schwerpunkt Staatsrecht und Öffentliches Wirtschaftsrecht sowie Direktor des Instituts für Staatsrecht der Universität zu Köln. Der Beitrag geht auf einen Vortrag zurück, den der Autor am 14.6.2023 auf Einladung der »Initiative Arbeitsrechtsgeschichte« im Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht (HSI) der Hans-Böckler-Stiftung in Frankfurt/M. gehalten hat; die Vortragsform wurde beibehalten.

1 Die für die Geschichte des Kassenarztrechts grundlegende Studie stammt von *Käsbauer*, *Die Neuordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Ärzten und Krankenkassen durch das Berliner Abkommen vom 23.12.1913*. Eine Untersuchung der Zusammenarbeit von Ärzten und Krankenkassen im frühen 20. Jahrhundert und ihrer Bedeutung für das heutige Recht, Baden-Baden 2015; dichte Übersicht über die Entstehung des Kassenarztrechts bei *Schneider*, *Handbuch des Kassenarztrechts*, Köln ua. 1994, S. 9-58 (Rn. 13-127); ferner *Schnapp*, in: *Schnapp/Wigge* (Hrsg.), *Handbuch des Vertragsarztrechts*, 3. Aufl., München 2017, § 1; *Clemens*, in: *Laufs/Kern/Rehborn* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 5. Aufl., München 2019, § 26; s. auch das berühmte sog. *Kassenarzt-Urteil BVerfG*, 23.3.1960 – 1 BvR 216/51 – BVerfGE 11, 30, 31 ff.

2 *Stolleis*, *Konstitution und Intervention*. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert, Frankfurt aM. 2001.

3 *Rixen*, FAZ, Nr. 239 vom 15.10.2001, S. 58.

4 *Rixen*, *Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht am Beispiel des Leistungserbringerechts der gesetzlichen Krankenversicherung*, Köln 2005.

Kassenarztrecht auch in meinem heutigen Vortrag.

Zugleich erinnern mich *Stolleis*' Studien – dies ist der zweite Grund – eindringlich an die Pfadabhängigkeit des Sozialrechts. »Überall«, so *Stolleis*, »trägt das Sozialrecht noch die Spuren seiner Entstehung an sich, gewissermaßen die Narben des politischen Prozesses.«<sup>13</sup> *Stolleis*' Analysen führten für mich zu einer verstärkten Befassung mit den Entstehungsbedingungen des Sozialrechts seit Ende des 19. Jahrhunderts bis in die Weimarer Zeit.<sup>14</sup> Hierbei war auch die am damaligen Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, betreut von *Michael Stolleis*, entstandene Dissertation von *Ivana Mikešić* zu den Anfängen des »Sozialrecht[s] als wissenschaftliche[r] Disziplin« wichtig.<sup>15</sup> Dieses Werk hat mich bis in die jüngste Gegenwart immer wieder neu animiert, den Entstehungszusammenhängen von Sozialrecht, Arbeitsrecht, Öffentlichem Wirtschaftsrecht und Allgemeinem Verwaltungsrecht nachzugehen.<sup>16</sup>

Der dritte Grund, der es mir leicht gemacht hat, heute bei Ihnen zu sein, ist *Hugo Sinzheimer*. Im Wintersemester 2012/13, also vor etwas mehr als zehn Jahren, habe ich an der Universität Bayreuth ein Seminar angeboten, das den Titel trug: »Vertriebenes Recht – vergessenes Recht? Das Rechtsdenken der aus Nazi-Deutschland vertriebenen Rechtsgelehrten als Auftrag und Verpflichtung«. Die Studierenden befassten sich, das war die Vorgabe, in einer biographischen Perspektive mit dem Werk und der Person, die es geschaffen hat, und sie taten es derart überzeugend, dass mir das Seminar als eine besonders bereichernde akademische Veranstaltung in Erinnerung geblieben ist. Im Austausch mit meinem Bayreuther Kollegen *Kay Windthorst* entstand dann die Idee, in einer Dauerausstellung mittels Gedenkstellen auf dem Uni-Campus in Bayreuth an die vertriebenen Denker zu erinnern – und eine vertriebene Denkerin, *Magdalene Schoch* (1897–1987), die 1932 als erste Frau in der Rechtswissenschaft habilitiert wurde und später, nachdem sie in die USA emigriert war, mit *Sinzheimers* Schülern und früheren Anwaltskollegen *Ernst Fraenkel* und *Franz Neumann* zusammenarbeiten würde.<sup>17</sup> In der Wagner-Festspielstadt Bayreuth gab es damals eine verstärkte Befassung mit den »verstumten Stimmen«, also allen Sängerinnen und Sängern, die auf dem zügig braun gewordenen grünen Hügel im Bayreuth der NS-Zeit nicht mehr auftreten durften.<sup>18</sup> Verstumte Stimmen gibt es auch in der Rechtswissenschaft. Wir konnten zwar nicht so viele Stelen finanzieren, wie wir gehofft hatten, aber doch immerhin einige, auch eine, die an *Hugo Sinzheimer* erinnert. Heute hier bei Ihnen, im Hugo Sinzheimer Institut zu sprechen, ist daher eine besondere Ehre und ich empfinde es, um die Formulierung im Titel des seinerzeitigen Seminars aufzugreifen, als Auftrag und Verpflichtung, sich den Impulsen

von *Hugo Sinzheimers* Denken immer aufs Neue auszusetzen. Diese Impulse beeinflussen auch, wie wir sehen werden, unser heutiges Thema.

## II. Sozialisierung selbständiger Arbeit

Was meine ich, wenn ich von der Sozialisierung selbständiger Arbeit der sog. Kassenärzte als Intervention des Weimarer Wohlfahrtstaates spreche? Sozialisierung war ein Schlüsselbegriff der neuen Verfassungsordnung nach dem Ersten Weltkrieg. Noch vor Inkrafttreten der Weimarer Verfassung im August 1919, die Vorschriften zur Vergesellschaftung privater Unternehmen enthielt,<sup>19</sup> hatte die verfassungsgebende Deutsche Nationalversammlung im März 1919 ein Sozialisierungsgesetz verabschiedet.<sup>20</sup> Es enthielt zwar Vorschriften zur Vergesellschaftung privater Unternehmen und deren Überführung in Gemeineigentum, aber das Sozialisierungsgesetz begann mit einer programmatischen Vorschrift, die sich auf die Arbeitskraft bezog. Die Arbeitskraft stehe, so hieß es in § 1 Abs. 2 des Sozialisierungsgesetzes, als »höchstes wirtschaftliches Gut« unter dem besonderen Schutze des Reichs; jedem Deutschen solle die Möglichkeit gegeben werden, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben. Noch prominenter präsentierte jedoch § 1 Abs. 1 des Sozialisierungsgesetzes ein in Rechtsform gekleidetes Bekenntnis:<sup>21</sup> »Jeder Deutsche hat unbeschadet seiner persönlichen Freiheit die sittliche Pflicht, seine geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert.« Das Sozialisierungsgesetz statuiert eine moralische »Arbeitspflicht«<sup>22</sup> und richtet die Arbeit am Gemeinwohl aus, übrigens jede Arbeit, obgleich hauptsächlich, wie der Entstehungskontext verdeutlicht, Erwerbsarbeit gemeint war. Dh., auch und gerade die Erwerbsarbeit wird unter einen Gemeinwohlvorbehalt gestellt, was kurze Zeit später in Art. 163 Abs. 1 der Weimarer Verfassung wortgleich wiederholt wird.<sup>23</sup>

Diese im Sozialisierungsgesetz und von der Weimarer Verfassung übernommene Überformung der (Erwerbs-)Arbeit durch das Wohl der Gesamtheit wird in der Rezeption der Weimarer Verfassung, namentlich der Verfassungsbestimmungen, die sich auf das Arbeitsleben beziehen, gemeinhin nur am Rande betrachtet.<sup>24</sup> Die Aufmerksamkeit richtet sich in erster Linie auf den Schutz menschlicher Arbeitskraft einschließlich der Gestaltung der Arbeitsverhältnisse durch Koalitionen aus Arbeitnehmern oder Arbeitgebern.<sup>25</sup> Demgegenüber gerät weniger in den Blick, dass die Weimarer Verfassung wesentliche Bedingungen des Wirtschaftens einem Gemeinwohlvorbehalt unterwirft: Das Eigentum wird auf »das Gemeine Beste«<sup>26</sup>

19 Art. 156 WRV, insb. dessen Abs. 1.

20 Sozialisierungsgesetz vom 23.3.1919 (RGBl. 1919 I, S. 319).

21 *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl., Berlin 1933, S. 740 (Erl. 2 zu Art. 163).

22 *Anschütz* (Fn. 21), S. 740 (Erl. 2 zu Art. 163).

23 Dazu *Anschütz* (Fn. 21), S. 740 (Erl. 1 zu Art. 163); *Sinzheimer*, Verhandlungen des Reichstages, Bd. 328, 1919/20, 62. Sitzung der Nationalversammlung am 21.7.1919, S. 1749 (C).

24 S. hierzu die, soweit ersichtlich, aktuellste Betrachtung der Vorschriften der WRV zur »Arbeit« von *Hederer*, in: Voigt (Hrsg.), Aufbruch zur Demokratie. Die Weimarer Reichsverfassung als Bauplan für eine demokratische Republik, Baden-Baden 2020, S. 787, 792 f.

25 Art. 157 Abs. 1, Art. 159 WRV.

26 Art. 153 Abs. 2 S. 2 WRV.

13 *Stolleis*, SGB 1984, 378, 382.

14 S. bspw. *Rixen*, Die Verwaltung 55 (2022), 1, 2 ff.; zuvor schon *Kingreen/Rixen*, DÖV 2008, 741, 742 ff.

15 *Mikešić*, Sozialrecht als wissenschaftliche Disziplin. Die Anfänge 1918–1933, Tübingen 2002; s. zum Sozialrecht als wissenschaftliche Disziplin auch *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, Stuttgart 2003, S. 307 ff.

16 *Rixen*, Die Verwaltung 55 (2022), 1, 3 ff.

17 Informationen hierzu unter [www.vertriebenen-denken.uni-bayreuth.de/de/index.html](http://www.vertriebenen-denken.uni-bayreuth.de/de/index.html) (31.7.2024); zu *Magdalene Schoch: Nicolaysen*, Zeitschrift des Vereins für Hamburgische Geschichte 92 (2006), 113, 123, 132.

18 *Heer/Kesting/Schmidt*, Verstumte Stimmen. Die Bayreuther Festspiele und die »Juden« 1876 bis 1945 – Eine Ausstellung, Berlin 2012.

verpflichtet, wie es in der Weimarer Verfassung heißt, die Bodennutzung wird zur »Pflicht [...] gegenüber der Gemeinschaft«<sup>27</sup>, und auch die Nutzung der Erwerbszwecken dienenden Arbeitskraft wird, wie erwähnt, an das »Wohl der Gesamtheit«<sup>28</sup> gebunden. Arbeit – das wird deutlich – hat keine ein für alle Mal vorgegebene Bedeutung, sondern sie lässt sich im Hinblick auf eine favorisierte Vorstellung von den sozioökonomischen Verhältnissen, die in einem politischen Gemeinwesen herrschen sollen, profilieren. Arbeit – Erwerbsarbeit – kann mithin durch politische Entscheidungen, die sich in Rechtsnormen niederschlagen, normativ so geformt werden, dass die Selbstsicht der erwerbstätigen Person auf ihre Arbeit, auch ihre ökonomischen Interessen, nur nachrangige Bedeutung haben. Dieses durch staatliches Recht bewirkte Zurückdrängen der vom Individuum favorisierten Perspektive auf die geleistete (selbständige) Arbeit und ihren ökonomischen Wert zugunsten eines Verständnisses, das den Wert der geleisteten (selbständigen) Arbeit danach bemisst, ob sie anderen, etwa für Zwecke von deren Gesundheitssicherung, dient, nenne ich Sozialisierung.

Dass Sozialisierung ein Thema der Weimarer Verfassung, genauer: ihres Fünften Abschnitts über »Das Wirtschaftsleben«, ist, verwundert nicht. In seiner kanonischen Kommentierung der Weimarer Verfassung ließ *Gerhard Anschütz* insoweit nichts an Klarheit zu wünschen übrig: Dieser Abschnitt verdanke sich einer »sozialistischen Umwälzung«, ja: »Kein Teil der Verfassung zeigt so ausgeprägt sozialistische Züge wie dieser.«<sup>29</sup> Eine Verfassung mit sozialistischen Zügen ist aber etwas anderes als eine sozialistische Verfassung: Die Weimarer Verfassung strebt in einem reformorientierten – einem »reformistischen« – Sinne nicht nur die Verbesserung des Lebens der »arbeitende[n] Klasse«<sup>30</sup> an, sondern generell ein »menschenwürdige[s] Dasein für alle«<sup>31</sup>. Dies setzt, und das ist die oft übersehene Pointe der Weimarer »Wirtschaftsverfassung« (ein Begriff, den *Sinzheimer* wohl als erster prominent verwendet),<sup>32</sup> ein Arbeitsverständnis voraus, dass auch die Erwerbsarbeit – und zwar auch die selbständige Erwerbsarbeit – in die Pflicht nimmt, in diesem Sinne also »sozialisiert«. Selbständige Erwerbsarbeit wird in der Weimarer Verfassung nur indirekt angesprochen, wenn etwa vom »selbständigen Mittelstand i[m] [...] Gewerbe«<sup>33</sup> die Rede ist. In den Worten von *Hugo Preuß*, eines der führenden konzeptionellen Köpfe der Verfassungsberatungen: »Die Verfassung dekretiert nicht die sozialistische Wirtschaftsordnung; aber sie ermöglicht eine allmählich fortschreitende

Sozialisierung in friedlicher Rechtsentwicklung [...].«<sup>34</sup> Eben das gilt auch für die selbständig geleistete Erwerbsarbeit.

Sozialisierung ist also mehr als die Vergesellschaftung von Unternehmen; sie ist nur Ausschnitt eines umfassenden, eines weiter gefassten Verständnisses von Sozialisierung.<sup>35</sup> Dieser Prozess der durch Rechtsnormen bewirkten Sozialisierung selbständiger Erwerbsarbeit lässt sich an der Arbeit der sog. Kassenärzte gut veranschaulichen. Die vergleichsweise wenigen Kassenärztinnen wurden, dem üblichen Genderbias der Zeit entsprechend, in der Rechtssprache ausgeblendet, wozu auch beitrug, dass Frauen erst seit 1899 in Deutschland Medizin studieren durften.<sup>36</sup> Das Kassenarztrecht als Recht, das das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Arzt betrifft,<sup>37</sup> versteckte Kassenärztinnen nicht hinter dem generischen Maskulinum, denn sie waren nicht etwa mitgemeint, sondern wurden in einem männlich dominierten politischen und juristischen Diskurs, der Ärztinnen als geduldete Kuriosa betrachtete, bewusst ausgeblendet.

### III. Kassenarztrecht im Weimarer Wohlfahrtsstaat: Sozialisierungsschübe

#### 1. Die Zeit bis zum Beginn der Weimarer Republik

##### a) Selbständige Erwerbsarbeit von Kassenärzten als Funktionsbedingung der gesetzlichen Krankenversicherung

Was die selbständige Arbeit und die gesetzliche Krankenversicherung – und mit ihr das sog. Kassenarztrecht – in der Weimarer Verfassung zueinander bringt, ist Art. 161: »Zur Erhaltung der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit, zum Schutz der Mutterschaft und zur Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Schwäche und Wechselfällen des Lebens schafft das Reich ein *umfassendes Versicherungswesen* unter maßgebender Mitwirkung der Versicherten.« Genaugenommen schuf das Reich es nicht, vielmehr – von der erst 1927 geschaffenen Arbeitslosenversicherung<sup>38</sup> abgesehen – *erhielt* das Reich das am Ende des 19. Jahrhunderts geschaffene soziale Versicherungswesen mit seinen unterschiedlichen, in Beziehung zueinanderstehenden<sup>39</sup> Zweigen: 1883 entsteht die Krankenversicherung,<sup>40</sup> 1885 die Unfallversicherung<sup>41</sup> und 1889 die

34 *Preuß*, in: *Preuß*, Politik und Verfassung in der Weimarer Republik, herausgegeben und eingeleitet von Detlef Lehnert (Hugo Preuß, Gesammelte Schriften, Bd. 4), Tübingen 2008, S. 93, 94.

35 *Anschütz* (Fn. 21), S. 726 (Erl. 2. a. zu Art. 156) bezeichnet die Übertragung privatwirtschaftlicher Unternehmen in Gemeineigentum (Art. 156 Abs. 1 S. 1) als »Sozialisierung im engeren Sinne«; die übrigen Sozialisierungsmodi (vgl. Art. 156 Abs. 1 S. 2, Abs. 2) wären demnach (ohne dass *Anschütz* dies explizit so nennen würde) Sozialisierung im weiteren Sinne. Im vorliegenden Zusammenhang geht »Sozialisierung im weiteren Sinne« über die Regelungsgegenstände des Art. 156 WRV hinaus.

36 Grundlage war ein Bundesratsbeschluss vom 20.4.1899, auf dessen Grundlage das Großherzogtum Baden im Februar 1900 rückwirkend zum Wintersemester 1899/1900 Frauen zum Medizinstudium an den Universitäten Freiburg/Br. und Heidelberg zuließ, *Mohr*, Vier Vorreiterinnen des Frauenstudiums, <https://www.uni-heidelberg.de/studium/journal/2014/12/studentinnen.html> (31.7.2024).

37 *Richter/Sonnenberg*, Die kassenärztlichen Rechtsverhältnisse, Leipzig 1926; *Richter*, FS Ehrenberg, 1927, S. 79 ff.; außerdem *Richter*, Sozialversicherungsrecht, Berlin 1931, S. 223 ff.

38 Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vom 16.7.1927 (RGBl. 1927 I, S. 187).

39 *Rosin*, in: *Fleischmann* (Hrsg.), Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. 3, Tübingen 1914, S. 621, 629, spricht anschaulich von den »Grenzbeziehungen«.

40 Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter vom 15.6.1883 (RGBl. 1883, S. 73).

41 Unfallversicherungsgesetz vom 6.7.1884 (RGBl. 1884, S. 69).

27 Art. 155 Abs. 3 S. 1 WRV.

28 Art. 163 Abs. 1 WRV.

29 Alle Zitate: *Anschütz* (Fn. 21), S. 697 (vor Art. 151).

30 Art. 162 WRV: »Das Reich tritt für eine zwischenstaatliche Regelung der Rechtsverhältnisse der Arbeiter ein, die für die gesamte arbeitende Klasse der Menschheit ein allgemeines Mindestmaß der sozialen Rechte erstrebt.«

31 Art. 151 Abs. 1 WRV.

32 *Sinzheimer*, Verhandlungen des Reichstages, Bd. 328, 1919/20, 62. Sitzung der Nationalversammlung am 21.7.1919, S. 1748 (C); den Begriff bezieht *Sinzheimer* auf ein Räte-system als Element der Wirtschaftsordnung, dazu *Albrecht*, Hugo *Sinzheimer* in der Weimarer Nationalversammlung. Sein Beitrag zum wirtschaftlichen Räte-system und zu den arbeits- und wirtschaftsrechtlichen Grundrechten der Reichsverfassung, Frankfurt aM., 1970 (zugl. Frankfurt aM., Univ., Diss. 1969), S. 117 ff.

33 Art. 164 WRV: »Artikel 164. Der selbständige Mittelstand in Landwirtschaft, Gewerbe und Handel ist in Gesetzgebung und Verwaltung zu fördern und gegen Überlastung und Aufsaugung zu schützen.«

Invaliditäts- und Alterssicherung<sup>42</sup>. Das bedeutete auch: Die überkommene Krankenversicherung<sup>43</sup> (in Gestalt der 1911 verabschiedeten Reichsversicherungsordnung [sog. RVO])<sup>44</sup> wird fortgeführt.<sup>45</sup>

Der Weimarer Wohlfahrtsstaat, der von Anfang an extrem herausgefordert war, definierte sich wesentlich, nicht nur verfassungsnormativ, sondern auch im politischen Alltag, über die Zweige der Sozialversicherung.<sup>46</sup> Das lässt sich schon zu Beginn der Weimarer Republik feststellen. Zwischen November 1918 und Februar 1919 erließ in erster Linie der Rat der Volksbeauftragten als amtierende Reichsregierung mehr als dreißig Verordnungen zu gesundheits- bzw. sozialrechtlichen Themen.<sup>47</sup> Das kam nicht von ungefähr, denn schon im »Auf-ruf des Rates der Volksbeauftragten an das deutsche Volk« vom 12. November 1918, drei Tage nach Ausrufung der Republik<sup>48</sup> und einen Tag nach dem Waffenstillstand (der am 11. November 1918 erfolgte),<sup>49</sup> hatte es geheißen: »Weitere sozialpolitische Verordnungen werden binnen kurzem veröffentlicht werden.«<sup>50</sup> Und bekanntlich zerbrach die Große Koalition Ende März 1930 an der Reform der Arbeitslosenversicherung, also einem eminent sozialpolitischen Thema.<sup>51</sup> Seitdem wird die Sozialpolitik über weitere Zwischenschritte in der Zeit des Präsidialkabinetts *Heinrich Brüning*<sup>52</sup> zum Fanal für die Zuspitzung der staatspolitischen Krise, die, wie wir heute wissen, auf den 30. Januar 1933 zulief.

Die Krankenversicherung, an die die Weimarer Verfassung anknüpft, ist eine sog. Arbeiterversicherung,<sup>53</sup> die 1883 mit dem »Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter«<sup>54</sup> (sog. KVG) ihren Anfang nimmt. Sie soll das Leben der Arbeiter und der Arbeiterinnen, die dem üblichen Genderbias der Zeit entsprechend ebenfalls in der Rechtssprache unsichtbar blieben,<sup>55</sup> verbessern. Die Krankenversicherung galt zunächst nur für einen kleinen Teil der Erwerbsarbeit leisten-

den Bevölkerung: 1885 waren nur gut zehn Prozent der Bevölkerung Mitglieder der Krankenkassen,<sup>56</sup> 1889 13,4 %<sup>57</sup>, 1895 schon 14,4 %<sup>58</sup>, 1913 waren bereits 25 % der Bevölkerung krankenversichert,<sup>59</sup> 1931 sind es 32 % der Bevölkerung<sup>60</sup>. Die Zahl könnte noch höher gewesen sein, weil die Krankenkassen die medizinischen Leistungen, insbesondere die ärztliche Behandlung kraft Satzungsrechts auf Familienangehörige erweitern durften.<sup>61</sup>

Die soziale Wohltat finanzierbarer Gesundheitsversorgung setzt allerdings Personen voraus, die die medizinische Behandlung ins Werk setzen. Das sind vor allem Ärzte, die nach dem sog. Sachleistungs- bzw. dem Naturalleistungsprinzip gewissermaßen als Erfüllungsgehilfen der Krankenkassen deren Verpflichtung gegenüber den Versicherten real werden lassen. Den Versicherten wird die »Sache« medizinische Behandlung »in natura« (ohne spezifisch darauf bezogene Vergütung durch den Versicherten) zur Verfügung gestellt.<sup>62</sup> Es ist erstaunlich, dass die Rechtsstellung der Kassenärzte weder im Krankenversicherungsgesetz von 1883 noch in der Reichsversicherungsordnung berücksichtigt wurde.<sup>63</sup> Dass die Krankenkassen mit den Ärzten Verträge schließen, wird vorausgesetzt bzw. nur knapp angedeutet,<sup>64</sup> Details bleiben ungeregt. Von den Fällen abgesehen, in denen Krankenkassen in sog. Eigeneinrichtungen Ärzte anstellen,<sup>65</sup> sind die Ärzte keine Arbeitnehmer, sondern selbständig tätig.

## b) Konfliktive Zuspitzung und kompromisshafte Interessenkoordination: das »Berliner Abkommen«

Um auskömmlich leben zu können, war der Verzicht auf das Klientel der Arbeiter ökonomisch für Ärzte spätestens kaum noch zu vertreten, seitdem immer mehr Arbeiter der Krankenversicherung unterfielen. Zeitgleich nahm auch die Zahl der Ärzte zu.<sup>66</sup> Die Krankenkassen reagierten auf das größer werdende Angebot der Ärzte mit ausgeprägtem – so würden wir heute sagen – »Preisdumping«, schlossen also bevorzugt Verträge mit Ärzten, die mit niedriger Vergütung einverstanden waren. Das zunehmende Bewusstsein der Ärzteschaft, ein wesentlicher Erfolgsfaktor der Krankenversicherung zu sein (ohne behandlungsbereite Ärzte gab es eben keine ärztliche Behandlung),<sup>67</sup> ließ sie immer deutlicher höhere Vergütungen einfordern. Wo die Krankenkassen sie ablehnten, kam es zu

42 Gesetz, betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22.6.1889 (RGBl. 1889, S. 97).

43 Wichtig ist insofern noch das Gesetz über die Abänderung des Gesetzes, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, vom 15.6.1883, vom 10.4.1892 (RGBl. 1892, S. 379).

44 Reichsversicherungsordnung vom 19.7.1911 (RGBl. 1911, S. 509); dazu *Rosin*, JÖR Bd. VI (1912), 1: »Die deutsche Arbeiterversicherung [...] hat ein neues Gewand bekommen [...]«

45 Hierzu ebenso umfänglich wie grundlegend die »Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1867 bis 1914«, <https://quellen-sozialpolitik-kaiserreich.de/> (31.7.2024), dazu *Tennstedt*, Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 109 (2022), 351 ff.

46 Im Überblick zu den sozialpolitischen Maßnahmen *Stolleis* (Fn. 15), S. 124 ff.

47 S. die Übersicht bei *Kratzsch*, *Medizinhistorisches Journal* 2004, 265, 290 f.

48 Am 9.11.1918, gegen 14 Uhr durch Philipp Scheidemann, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2018/kw45-revolutionskalender-38-09118-574088> (31.7.2024).

49 11.11.1918, unterzeichnet morgens um 5 Uhr frz. Zeit, <https://archiv.diplo.de/arc-de/das-politische-archiv/das-besondere-dokument/-/2148332> (31.7.2024).

50 RGBl. 1918, S. 1303, 1304.

51 *Timm*, Die deutsche Sozialpolitik und der Bruch der Großen Koalition im März 1930, Düsseldorf 1952, S. 196 ff.

52 Hierzu allg. etwa *Winkler*, Weimar 1918–1933. Die Geschichte der ersten deutschen Demokratie, 3. Aufl., München 2019, S. 363 ff., 393 ff.; s. auch *Schulze*, Weimar – Deutschland 1917–1933, Taschenbuch-Ausg., Berlin 1998, S. 318 ff.

53 Hierzu *Rosin*, Das Recht der Arbeiterversicherung, Bd. I, Berlin 1893, Bd. II, Berlin 1905; zu *Rosin Mikešić* (Fn. 15), S. 40 ff.; *Rosin* gilt als »Begründer der eigentlichen Wissenschaft vom Sozialversicherungsrecht« (so *Hoeniger*, Monatsschrift für Arbeiter- und Angestellten-Versicherung 1927, Sp. 313) bzw. als »Schöpfer der wissenschaftlichen Jurisprudenz in der Sozialversicherung« (so *Kaskel*, Monatsschrift für Arbeiter- und Angestellten-Versicherung 1927, Sp. 316, 317).

54 Gesetz vom 15.6.1883 (RGBl. 1883, S. 73).

55 Dazu – auch unter dem Aspekt, dass ein inklusives Ex-post-Wording (zB. Arbeiter:innen) den Problemgehalt dieses historischen Faktums unsichtbar machen würde – *Rixen*, in: *Kersten/Rixen/Vogel* (Hrsg.), Ambivalenzen der Gleichheit. Zwischen Diversität, sozialer Ungleichheit und Repräsentation, Bielefeld 2021, S. 9, 10.

56 *Tennstedt*, in: *Blohmke/von Ferber/Kisker* (Hrsg.), Handbuch der Sozialmedizin, Bd. 3, Stuttgart 1976, S. 385, 386.

57 *Ayaß*, in: *Ayaß/Rudloff/Tennstedt*, Sozialstaat im Werden, Bd. 2: Schlaglichter auf Grundfragen, Stuttgart 2021, S. 106, 116.

58 BVerfG, 23.3.1960 – 1 BvR 216/51 – BVerfGE 11, 30, 43 – sog. Kassenarzt-Urteil.

59 *Tennstedt* (Fn. 56), S. 386.

60 BVerfG, 23.3.1960 – 1 BvR 216/51 – BVerfGE 11, 30, 43 – sog. Kassenarzt-Urteil.

61 *Tennstedt* (Fn. 56), S. 388, geht davon aus, dass 1913 aufgrund der satzungsrrechtlichen Erweiterung des Versicherungsschutzes auf Familienangehörige schätzungsweise etwa die Hälfte der Bevölkerung gesetzlich versichert gewesen sei; *Stolleis* (Fn. 15), S. 155, spricht von etwa 60 % der Bevölkerung.

62 *Rixen* (Fn. 4), S. 119 ff.

63 *Ayaß/Rudloff/Tennstedt*, Sozialstaat im Werden, Bd. 1: Gründungsprozesse und Weichenstellungen im Deutschen Kaiserreich, Stuttgart, 2021, S. 272, 279.

64 Vgl. § 46 Abs. 1 Nr. 2 KVG; danach konnten mehrere Ortskrankenkassen »gemeinsamer Verträge mit Aerzten, Apotheken und Krankenhäusern« schließen, was voraussetzt, dass ansonsten Einzelverträge geschlossen werden, wie sich auch aus § 80 Abs. 2 GewO idF. von 1869 ergab: »Die Bezahlung der approbirten Aerzte usw. (§ 29, Absatz 1) bleibt der Vereinbarung überlassen.« Hierzu *Käsauer* (Fn. 1), S. 41, 46.

65 Dazu heute § 140 SGB V.

66 Zum Folgenden *Ayaß/Rudloff/Tennstedt* (Fn. 63), S. 264 ff.

67 *Ayaß/Rudloff/Tennstedt* (Fn. 63), S. 265.

Beginn des 20. Jahrhundert immer häufiger zu sog. Ärztestreiks (etwa, landesweit beachtet, 1904 in Köln und Leipzig),<sup>68</sup> also zur Weigerung der Ärzte, Versicherte zu behandeln, verbunden mit der Kündigung bestehender Verträge mit den Krankenkassen. Wegen der Wünsche der Ärzteschaft nach einer Erhöhung der Vergütung drohten permanent enorme Kostensteigerungen, denn die Krankenkassen waren bei gegebener Rechtslage den Ärzten gewissermaßen ausgeliefert; gaben sie ihnen nicht nach, drohte die Nicht- oder Unterversorgung von Millionen von Versicherten. Dagegen konnten die Krankenkassen, die sich ebenso wie die Ärzte relativ bald zu Verbänden zusammengeschlossen hatten,<sup>69</sup> nur auf ihre ökonomische Macht setzen und mussten darauf hoffen, dass die Ärzteschaft es mit den sog. Ärztestreiks aus ökonomischem Eigeninteresse nicht übertrieb. Aus Sicht der Ärzteschaft kam das Interesse an der Planbarkeit und Auskömmlichkeit der unternehmerischen Tätigkeit hinzu, was gegen allzu lange Ärztestreiks sprach.

Ende 1913 spitzte sich die Lage zu, als die allermeisten Kassenärzte ihre Verträge mit den Krankenkassen kurz vor Inkrafttreten der Vorschriften der auf die Krankenversicherung bezogenen Bestimmungen der Reichsversicherungsordnung (am 1. Januar 1914) kündigten bzw. einstweilen nicht verlängerten und für den 1. Januar 1914 seitens der Ärzteverbände ein Ärzte-Generalstreik angekündigt wurde;<sup>70</sup> die geänderte Reichsversicherungsordnung führte zu einem neuerlichen Anstieg der Pflichtversichertenzahlen, also einem erhöhten Bedarf an ärztlicher Behandlung. Um einen drohenden ärztlichen Generalstreik abzuwenden,<sup>71</sup> kam es auf sanften Druck der Reichsregierung<sup>72</sup> am 23. Dezember 1913 zum kompromisshaften sog. Berliner (weil in Berlin abgeschlossenen) Abkommen zwischen Ärzte- und Krankenkassenverbänden,<sup>73</sup> einer privatrechtlichen Übereinkunft.<sup>74</sup> Das Berliner Abkommen wurde nicht reichsweit einheitlich, ja nicht einmal in Berlin, umgesetzt:<sup>75</sup> Zum einen, weil es Öffnungsklauseln für Abweichungen enthielt,<sup>76</sup> zum anderen, weil es (auch wegen des bald beginnenden Ersten Weltkriegs) nicht wie geplant umgesetzt wurde. Dennoch ist das Berliner Abkommen die – im Kern auf freiwilliger Basis zustande gekommene – Folie für die von nun an stetig weiterentwickelte Kooperation zwischen Ärzten und Krankenkassen. Kassenarzt, so das Berliner Abkommen, kann nur ein in ein spezifisches Register eingetragener Arzt werden, der durch ein paritätisches Gremium »zur Kassenpraxis zugelassen«<sup>77</sup> wird. Ärzte sind für eine bestimmte Zahl von Versicherten zuständig.<sup>78</sup> Die Vergütungen werden durch »Einzelverträge«<sup>79</sup> – die sog. »Arztverträge«<sup>80</sup> – geregelt, wobei

es allerdings nur vage Vorgaben zur Höhe gibt: Die Vergütung müsse eine angemessene Entschädigung unter Beachtung der Leistungsfähigkeit der Krankenkassen und der örtlichen Verhältnisse sein.<sup>81</sup> Vorbereitet werden die Verträge durch einen sog. Vertragsausschuss aus Kassen- und Ärztevertretern;<sup>82</sup> sie bleiben zwar Einzelverträge, werden so aber faktisch an Regelungsvorgaben gebunden, die zumindest eine gewisse Ähnlichkeit verbürgen. Kommen Verträge nicht zustande oder gibt es bei der Durchführung eines Vertrags Probleme, greifen paritätisch besetzte Schiedsämter bzw. Schiedsgerichte.<sup>83</sup> Zur Durchführung des Abkommens und zur Lösung von Streitigkeiten zwischen den Parteien des Abkommens wird schließlich noch ein paritätisch besetzter Zentralkommission geschaffen, dessen – so war es gemeint: unparteiischen – Vorsitzenden der Staatssekretär des Innern ernannt.<sup>84</sup>

### c) »Sozialisierung light«, insbesondere zum Vergütungsproblem

Was geschieht hier? Wir können es »Sozialisierung light« nennen, eine Vorform der erst später prononciert einsetzenden Sozialisierung (im oben definierten Sinne). Die beteiligten Akteure entschließen sich, weil es den jeweils eigenen Interessen entspricht, Stillstand und wechselseitige Abwehr zu beenden, und votieren für eine paritätisch organisierte Verhandlungslösung, die mit unterschiedlichen Instrumenten gewährleisten soll, dass Konflikte möglichst im Wege des Ausgleichs und des Kompromisses vermieden oder gelöst werden können. Die Ärzte tauschen ihren Wunsch nach möglichst großen Erträgen und Gewinnen gegen das Interesse an stabilen Rahmenbedingungen des einzelunternehmerischen Handelns ein. Die Zulassung der Ärzte zur kassenärztlichen Versorgung wird paritätisch von Kassen- und Ärztevertretern gesteuert; die Zahl der Versicherten, die ein Arzt behandeln durfte, war, wie erwähnt, im Berliner Abkommen festgelegt. So ließen sich Umsatz und Gewinn der Ärzte – und damit die Kostenlast der Kassen (und folglich die Höhe der Versicherungsbeiträge) – zumindest der Größenordnung nach indirekt steuern. Das Berliner Abkommen enthielt allerdings, wie erläutert, nur vage Vorgaben zur Höhe der Vergütung.<sup>85</sup> Sie blieb der konkreten Verhandlungssituation mit der jeweiligen Krankenkasse bzw. den Krankenkassenverbänden überlassen. Damit war Raum für unterschiedliche Grundmodelle der Vergütung, die sich seit dem Krankenversicherungsgesetz von 1883 ausgebildet hatten: das Einzelleistungs- und das Pauschalvergütungsmodell.

Beim Einzelleistungsmodell wird jede Leistung nach den Sätzen einer amtlichen oder frei vereinbarten Gebührenordnung vergütet.<sup>86</sup> Bei der Pauschalvergütung werden wiederum zwei Varianten unterschieden: Die Kopfpauschale bedeutet, dass unabhängig vom tatsächlichen Aufwand pro in einer Krankenkasse versicherter Person (»pro Kopf«) für einen bestimmten Abrechnungszeitraum (etwa ein Quartal) ein Festbetrag

68 Ayaß/Rudloff/Tennstedt (Fn. 63), S. 271.

69 Tennstedt, Soziale Selbstverwaltung – Geschichte der Selbstverwaltung in der Krankenversicherung, Bd. 2: Geschichte der Selbstverwaltung in der Krankenversicherung von der Mitte des 19. Jahrhunderts bis zur Gründung der Bundesrepublik Deutschland, Bonn 1977.

70 Hierzu Ayaß/Rudloff/Tennstedt (Fn. 63), S. 272, 279; Käsbauer (Fn. 1), S. 139 ff.; Schneider (Fn. 1), Rn. 37 f.

71 Ayaß/Rudloff/Tennstedt (Fn. 63), Bd. 1, S. 272.

72 Genau genommen: des Reichsamts des Innern, Ayaß/Rudloff/Tennstedt (Fn. 63), S. 279 f.

73 Berliner Abkommen, Käsbauer (Fn. 1), S. 405.

74 Käsbauer (Fn. 1), S. 158 ff., s. auch S. 149 ff.; s. ferner Schneider (Fn. 1), Rn. 38 ff.

75 Käsbauer (Fn. 1), S. 187 ff.

76 Berliner Abkommen, Nr. 8, Nr. 9, zit. bei Käsbauer (Fn. 1), S. 405.

77 Berliner Abkommen, Nr. 1, zit. bei Käsbauer (Fn. 1), S. 405.

78 Berliner Abkommen, Nr. 2, zit. bei Käsbauer (Fn. 1), S. 406.

79 Berliner Abkommen, Nr. 3, zit. bei Käsbauer (Fn. 1), S. 406.

80 Berliner Abkommen, Nr. 4, zit. bei Käsbauer (Fn. 1), S. 406.

81 Berliner Abkommen, Nr. 3, zit. bei Käsbauer (Fn. 1), S. 406.

82 Berliner Abkommen, Nr. 4, zit. bei Käsbauer (Fn. 1), S. 406.

83 Berliner Abkommen, Nr. 5, 6, zit. bei Käsbauer (Fn. 1), S. 406 f.

84 Berliner Abkommen, Nr. 12, zit. bei Käsbauer (Fn. 1), S. 408.

85 Berliner Abkommen, Nr. 3, zit. bei Käsbauer (Fn. 1), 406.

86 Zum Folgenden Gurgel, Die Entwicklung des vertragsärztlichen und des vertragszahnärztlichen Vergütungssystems nach dem Zweiten Weltkrieg, Aachen 2000, insb. S. 14 ff., 19 ff.

gezahlt wird. Die Fallpauschale bedeutet, dass unabhängig vom tatsächlichen Aufwand pro Behandlungsfall, etwa die Behandlung einer Bronchitis oder eines Armbruchs, ein Festbetrag gezahlt wird. 1886 lag im Deutschen Reich laut einer Umfrage des Ärztevereinsbundes die Quote der von den Krankenkassen gezahlten Einzelleistungen bei 40 %, die Quote der Pauschalvergütungen bei 58 % (in Preußen lag der Wert sogar bei 70 %). Kaum eine Rolle (zwei Prozent) spielte ein Mischsystem aus Einzelleistungs- und Pauschalvergütung. Welches Modell aus Sicht der Ärzte oder der Krankenkassen attraktiver ist, hängt von den Parametern ab, die die Preisbildung im Einzelnen bestimmen, ob etwa die Pauschalvergütung auf Durchschnittswerte (bezogen auf einen bestimmten Zeitraum) abstellt oder wie hoch der Wert der jeweiligen Einzelleistung ist. Tendenziell kommt die Einzelleistungsvergütung den Ärzten entgegen, die Pauschalvergütung den Krankenkassen, denn je nachdem, wie lange sich die Behandlung aus ein und demselben Anlass hinzieht oder wie häufig eine Person krank wird, steigt bei einer Pauschalvergütung der Aufwand des Arztes und der Realwert seiner Vergütung sinkt.

Indem das Berliner Abkommen die Feinprogrammierung der Vergütungsfrage an die Verhandlungsebene vor Ort delegiert, gestattet es zum einen – das ist im deutschen Sozialstaatskorporatismus ein schon früh bekanntes Phänomen –,<sup>87</sup> dass bewährte lokale oder regionale Verhandlungssancen fortgeführt werden. Die Offenheit des Berliner Abkommens ermöglicht Vielfalt und Kreativität, wo sie (etwa, weil die Krankenkassen weniger zahlungskräftig sind oder die Ärzte diversere Interessen haben), nötig sind, um überhaupt zu Vereinbarungen zu kommen. »Sozialisierung light« bedeutet also zusammengefasst, dass das Interesse an einer finanzierbaren Gesundheitsversorgung von gesetzlich Versicherten überwiegend durch prozedurale Vorgaben gewährleistet werden soll, die die Chancen, dass die ärztliche Perspektive sich durchsetzt, maßvoll reduzieren. Entscheidend ist aber, dass erstmals kollektivvertragliche Regelungen entstehen, die die faktische Bedeutung des individuell verhandelten bürgerlich-rechtlichen Kassenarztvertrags reduzieren.<sup>88</sup>

## 2. 1923/24: Publifizierung des Kassenarztrechts – erster Teil, insbesondere: öffentlich-rechtlich induzierter Altruismus

Im Ersten Weltkrieg werden Ärzte weitgehend in den Militärdienst eingebunden.<sup>89</sup> Das verdrängt die überkommenen Verhandlungsarrangements zwischen Krankenkassen und Ärzten oder modifiziert sie. Relativ bald nach Kriegsende schlittert die junge Republik in eine Inflation, die die Vergütung der Ärzte auf ein existenzbedrohliches Niveau absenkt; bis die Honorare bei den Ärzten eingingen, entsprach ihnen real nur noch ein Bruchteil ihres ursprünglichen Nennwertes.<sup>90</sup> Das führte zu zahlreichen Vertragskündigungen der Ärzte. Gestützt auf ein gut vierzehn Tage zuvor erlassenes »Ermächtigungsgesetz«

(das auch so hieß)<sup>91</sup> reagierte die Reichsregierung mit der Verordnung über Ärzte und Krankenkassen vom 30. Oktober 1923<sup>92</sup>, deren Regelungen 1924 in die Reichsversicherungsordnung übernommen wurden.<sup>93</sup>

Unter dem Aspekt der »Intervention« vollzieht sich hier ein wichtiger Schritt: Gegen die bisherige rein privatrechtliche Koordination der Tätigkeit von Krankenkassen und Ärzten wird deren Koordination nunmehr öffentlich-rechtlich gerahmt. Dass die öffentlich-rechtliche Regulierung in Not- und Krisenzeiten, wie es Kriegs- und Nachkriegszeiten sind, zunimmt, ist bekannt; *Michael Stolleis* weist in seinem Buch »Konstitution und Intervention« darauf hin.<sup>94</sup> Da die Weimarer Republik mehr oder weniger im Dauerkrisenmodus verbleibt, jedenfalls aber zu Beginn der 1920er Jahre und nach der 1929/1930 beginnenden Weltwirtschaftskrise in handfesten Nöten steckt, wird die öffentlich-rechtliche Regulierung zum favorisierten Gestaltungsmittel.

Die Verordnung von 1923 gießt der Sache nach das Berliner Abkommen in eine öffentlich-rechtliche Form, sortiert also das Vorfeld der privatrechtlichen Vertragsschlüsse öffentlich-rechtlich, ebenso wie die Umsetzung der Verträge und die Lösung von Konflikten öffentlich-rechtlich normiert wird.<sup>95</sup> Die paritätischen Koordinationsstrukturen werden insbesondere durch den ua. mit drei unparteiischen Mitgliedern besetzten sog. Reichsausschuss,<sup>96</sup> den Vorläufer des heutigen Gemeinsamen Bundesausschusses,<sup>97</sup> weiter profiliert, der insbesondere die Zulassung zur kassenärztlichen Tätigkeit, den »allgemeinen Inhalt der Arztverträge«<sup>98</sup> und »die Art und Höhe der Vergütung«<sup>99</sup> durch Richtlinien vorordnen kann.<sup>100</sup> Dass die für den Streit über abzuschließende und abgeschlossene Verträge zuständigen Schiedsstellen (Schiedsämter genannt)<sup>101</sup> einen unparteiischen Vorsitzenden haben müssen,<sup>102</sup> wird klarer als im Berliner Abkommen hervorgehoben, aber vor allem sind die Schiedsämter regelhaft an die Richtlinien des Reichsausschusses gebunden,<sup>103</sup> so dass deren (offiziell) bloße Leitlinienfunktion sich der Wirkung einer Rechtsnorm annähert. Hinzu kommt – dies ist in einer anderen Verordnung ebenfalls vom 30. Oktober 1923 geregelt –<sup>104</sup>, dass die Ärzte erstmals verpflichtet werden, jede Behandlung abzulehnen, die eine »unnötige und übermäßige Inanspruchnahme« der Krankenkassen »herbeiführen kann«.<sup>105</sup> Bei wiederholten Verstößen kann die Krankenkasse den Arztvertrag fristlos kündigen und dies

91 Ermächtigungsgesetz vom 13.10.1923 (RGBl. 1923 I, S. 943), in Kraft getreten am 15.10.2023 (vgl. § 2 S. 1 des Gesetzes).

92 Verordnung vom 30.10.1923 (RGBl. 1923 I, S. 1051), am 3.11.1923 verkündet und in Kraft getreten (vgl. § 20 der Verordnung).

93 »Bekanntmachung der neuen Fassung der Reichsversicherungsordnung« vom 15.12.1924 (RGBl. 1924 I, S. 779); hierzu *Käsbaauer* (Fn. 1), S. 211.

94 *Stolleis* (Fn. 2), S. 276 ff.

95 Eingehend zur Verordnung, auch im Folgenden, *Käsbaauer* (Fn. 1), S. 207 ff.

96 § 1 VO 1923.

97 § 91 SGB V.

98 § 5 VO 1923.

99 § 5 VO 1923.

100 *Käsbaauer* (Fn. 1), S. 230 ff.

101 §§ 11 VO 1923; dazu *Käsbaauer* (Fn. 1), S. 216 ff.

102 § 11 VO 1923.

103 § 12 Abs. 2 VO 1923, die Parteien können aber »wichtige Gründe dagegen geltend machen«, dh. die Schiedsämter konnten von den Richtlinien (und sonstige Festsetzungen des Reichsausschusses) im Einzelfall abweichen.

104 Verordnung über Krankenhilfe bei den Krankenkassen vom 30.10.1923 (RGBl. 1923 I, S. 1054), dazu *Käsbaauer* (Fn. 1), S. 207 ff., insb. S. 209.

105 § 1 S. 1 der Verordnung über Krankenhilfe bei den Krankenkassen vom 30.10.1923 (RGBl. 1923 I, S. 1054).

87 *Kingreen*, Die Verwaltung 42 (2009), 339 ff.

88 *Ayaß/Rudloff/Tennstedt* (Fn. 63), S. 280.

89 *Käsbaauer* (Fn. 1), S. 189; *Gurgel* (Fn. 86), S. 21.

90 Hierzu und zum Folgenden *Käsbaauer* (Fn. 1), S. 195 ff.

mit einem bis zu zwei Jahren andauernden Ausschluss von der kassenärztlichen Tätigkeit verbinden.<sup>106</sup> Die Einzelverträge mit den Ärzten werden außerdem durch rahmenartige Vereinbarungen der Ärzte- und Krankenkassenverbände vorgeordnet;<sup>107</sup> zunehmend ist in Praxis und Literatur die Rede von Kollektivverträgen.<sup>108</sup> Obgleich in der Literatur immer wieder einmal vom »Normativsystem«<sup>109</sup> die Rede war, war damit in aller Regel nur die Festlegung standardisierter Vertragsbestimmungen gemeint,<sup>110</sup> denen gerade keine unmittelbare Rechtswirkung gegenüber den Kollektivvertragsparteien zukam.<sup>111</sup>

Das alles geht deutlich über das Berliner Abkommen hinaus, weil die Ärzte nach überwiegender Ansicht zwar als Selbständige anerkannt bleiben, aber im Interesse der finanziellen Funktionsfähigkeit der Krankenkassen<sup>112</sup> und damit der Gesundheitsversorgung der Versicherten ihr ökonomisches Eigeninteresse im Interesse der Krankenkassen deutlicher als bisher bändigen sollen. Reagiert wird auf das, was Jahrzehnte später als Problem der »angebotsinduzierten Nachfrage(ausweitung)« diskutiert wird,<sup>113</sup> dass Ärzte nämlich aufgrund ihrer Einschätzung der medizinischen Lage die Behandlungsnotwendigkeit definieren und damit zugleich über ihre Vergütung – also in eigener Sache – entscheiden, jedenfalls dort, wo nach Einzelleistungen oder nach Behandlungsanlässen (über Behandlungspauschalen) vergütet wird. Das ökonomische Eigeninteresse kann, so die naheliegende Annahme, den ärztlichen Blick bei Diagnostik und Therapieentscheidungen trüben.

Dh., die Sozialisierung der selbständigen Arbeit wird weiter vorangetrieben, vor allem dadurch, dass nunmehr kraft öffentlichen Rechts insbesondere die Vergütungsverhandlungen stärker vorstrukturiert werden können, aber auch dadurch, dass Kassenärzte kraft öffentlichen Rechts verpflichtet werden, gegen ihr eigenes ökonomisches Interesse an der Leistungsausweitung das ökonomische Interesse der Krankenversicherung an geringerer Kostensteigerung zu favorisieren – gewissermaßen öffentlich-rechtlich induzierter Altruismus.

### 3. 1931/32: Publizierung des Kassenarztrechts – zweiter Teil, insbesondere: die Gründung der Kassenärztlichen Vereinigungen

Den nächsten Schritt<sup>114</sup> zu einer noch deutlicheren Sozialisierung markiert die auf die sog. Notverordnungs-kompetenz des Art. 48 Abs. 2 der Weimarer Verfassung gestützte<sup>115</sup> »Vierte Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens« vom 8. Dezember 1931.<sup>116</sup> Deren Regelungen – ergänzt um Aus-

führungs- und Überleitungsbestimmungen –<sup>117</sup> werden 1932 in die Reichsversicherungsordnung übernommen.<sup>118</sup> Mit diesen Änderungen wird dem Grunde nach das bis heute bestehende – 1955 in Westdeutschland mittels des »Gesetzes über das Kassenarztrecht (GKAR)«<sup>119</sup> reinstallede und nach dem Einigungsvertrag 1990 auf die ehemalige DDR übertragene<sup>120</sup> – System der Einbindung der Ärzte in die GKV geschaffen. Die wichtigste Neuerung der Regelungen von 1931/32: Ein bislang unbekannter Akteur auf Seiten der Ärzte betritt die Bühne. Die bisherige privatrechtliche Vertretung der Ärzte gegenüber den Krankenkassen bei Fragen der Zulassung zur kassenärztlichen Versorgung und bei Vergütungsfragen wird eigens geschaffenen Kassenärztlichen Vereinigungen (KVen), die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind,<sup>121</sup> zugewiesen; diese KVen, so die übliche Abkürzung, sind von den Ärztekammern und vor allem von den privatrechtlich organisierten Ärzteverbänden zu unterscheiden, die bislang die Vergütungsverhandlungen mit den Krankenkassen geführt hatten. Die öffentlich-rechtliche Organisation der KVen unterstreicht die gegen das ärztliche Eigeninteresse – auch und gerade in Vergütungsfragen – gerichtete Regelungsabsicht; öffentlich-rechtliche Normen geben dem Gemeinwohlziel der Sozialisierung die passende Form. Die Krankenkassen einer Region – eines KV-Bezirks – entrichten nunmehr mit befreiender Wirkung gegenüber den Ärzten eine Gesamtvergütung an die KV,<sup>122</sup> die sodann die Verteilung der Vergütung unter den Ärzten selbst regeln muss.

Dh., die Verteilungskämpfe zwischen Ärzten und Krankenkassen werden weitgehend an die Ärzte zurückgegeben. Sie müssen nun nach dem von der jeweiligen KV in Satzungsform verabschiedeten (später durchweg so genannten) Honorarverteilungsmaßstab (HVM)<sup>123</sup> für eine gerechte Verteilung der der KV von den Krankenkassen *en bloc* überwiesenen Gesamtsumme sorgen. Zwar müssen die Krankenkassen mit den KVen noch die Gesamtvergütung aushandeln, was im Detail durchaus manche schwierige Frage aufwirft.<sup>124</sup> Aber das konfliktträchtige Kleinklein der Honorarbemessung wird den Ärzten kraft Gesetzes als Selbstregulierungsaufgabe zugewiesen,<sup>125</sup> insoweit müssen sich die Ärzte *untereinander*, nicht mehr *mit* den Krankenkassen streiten. Und vor allem wird den Kassenärztlichen Vereinigungen der sog. Sicherungsstellungsauftrag zugewiesen, dh., sie allein – und nicht mehr auch die Krankenkassen – müssen nunmehr sicherstellen, dass die ärztliche Versorgung von GKV-Versicherten funktioniert.<sup>126</sup> Auch dieses

117 Ausführungs- und Überleitungsbestimmungen über das kassenärztliche Dienstverhältnis vom 30.12.1931 (RGBl. 1931 I, S. 2).

118 Verordnung über kassenärztliche Versorgung vom 14.1.1932 (RGBl. 1932 I, S. 19).

119 Gesetz vom 17.8.1955 (BGBl. 1955 I, S. 513), dazu *Schneider* (Fn. 1), Rn. 123 ff.

120 S. insb. §§ 308 ff. SGB V i d F. des Einigungsvertrags (BGBl. 1990 II, S. 885, 1048 ff.), dazu *Schneider* (Fn. 1), Rn. 137 ff.

121 Näher Fünfter Teil, Kapitel I, §§ 1 ff. VO 1931 = §§ 368a ff. RVO i d F. der VO 1932, hierzu *Schneider* (Fn. 1), Rn. 77; *Käsbauer* (Fn. 1), S. 279 ff. (auch zum Streit über die Rechtsnatur); für die Qualifikation als Körperschaften des öffentlichen Rechts etwa auch *Heinemann*, Die Arbeiter-Versorgung 1932, 385 ff.; klar § 77 Abs. 5 SGB V: »Die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen sind Körperschaften des öffentlichen Rechts.« So auch § 368k Abs. 3 S. 1 i d F. des GKAR (BGBl. 1955 I, S. 513, 518).

122 § 3 VO 1931 = § 368e Abs. 2 RVO i d F. der VO 1932.

123 Heute § 87b SGB V.

124 Aus heutiger Sicht s. wegen der Vielzahl der regelungsbedürftigen und damit konfliktanfälligen Aspekte nur § 87b Abs. 2 SGB V.

125 Der Honorarverteilungsmaßstab, eine Satzung, muss in der Vertreterversammlung beschlossen werden (§ 79 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB V).

126 § 4 Abs. 2 VO 1931 = § 368d Abs. 3 RVO i d F. der VO 1932.

106 § 1 Abs. 2 VO 1923.

107 Hierzu etwa §§ 6 ff. VO 1923, insb. auch zur Rolle der sog. Landesausschüsse.

108 S. etwa auch *Heinemann*, LZ (Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht) 1925, Sp. 1038, 1048; ferner Nr. III der Richtlinien des Reichsausschusses für Ärzte und Krankenkassen für den allgemeinen Inhalt der Arztverträge vom 12.5.1924, wo ausdrücklich vom Kollektivvertrag die Rede ist, zit. nach *Richter/Sonnenberg* (Fn. 37), S. 129, hierzu *Käsbauer* (Fn. 1), S. 213.

109 *Heinemann* (Fn. 108), Sp. 1039.

110 *Käsbauer* (Fn. 1), S. 255.

111 *Schneider* (Fn. 1), Rn. 57.

112 Zu diesem bis heute relevanten Argument *Rixen* (Fn. 4), S. 317 ff.

113 Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Sondergutachten 2012: Wettbewerb an der Schnittstelle zwischen ambulanter und stationärer Gesundheitsversorgung, BT-Drs. 17/10323, S. 95 f. (Rn. 129).

114 Hierzu *Käsbauer* (Fn. 1), S. 271 ff.; *Schneider* (Fn. 1), Rn. 60 ff.

115 S. den Hinweis zu Beginn der Verordnung direkt hinter der Inhaltsübersicht, RGBl. 1931 I, S. 700.

116 Verordnung vom 8.12.1931 (RGBl. 1931 I, S. 699, 718 ff.).

konfliktbeladene Feld wird folglich zum allein *ärztlichen* Problem umdefiniert.

Diese Neuerungen werden mit der Vorgabe kombiniert, es dürfe nur eine Kopfpauschale gezahlt werden, die »dem durchschnittlichen Jahresbedarf an ärztlichen Leistungen für ein Kassenmitglied«<sup>127</sup> sowie der Mitgliederzahl der jeweiligen Krankenkasse entspricht. Überdies wird der Einzelvertrag zwischen Arzt und Krankenkasse nunmehr deutlich marginalisiert.<sup>128</sup> Zwischen Krankenkasse und KV wird ein *Gesamtvertrag* geschlossen,<sup>129</sup> der allerdings nicht normativ wirkt, sondern im Einzelvertrag anerkannt werden muss.<sup>130</sup> Der davon zu unterscheidende höherrangige *Mantelvertrag* zwischen Ärzte- und Kassenverbänden, der landesweit oder regional gelten kann,<sup>131</sup> geht auf ein Mantelvertragsmuster der deutschlandweit tätigen Spitzenverbände von Ärzten und Krankenkassen zurück.<sup>132</sup> Die Parteien des Mantelvertrags bestimmen, inwieweit sie den Vertrag »für allgemein gültig erklär[en]«<sup>133</sup>. Insofern hat der Mantelvertrag normative Wirkung und legt den Inhalt der Gesamtverträge fest. Die durchgängig in der Literatur<sup>134</sup> »Kollektivverträge« genannten Vereinbarungen blieben privatrechtliche Verträge, aber der Rahmen – oder eher: das Korsett –, in das sie zunehmend gezwängt werden, ist öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Ein weiter ausgefeiltes System aus Vertrags- und Einigungssauschüssen sowie Schiedsämtern ergänzt die Regelungen um spezifische Konfliktlösungsinstrumente.<sup>135</sup> Dh., wenn die Privatautonomie nicht funktioniert, wird ihr mit noch mehr öffentlich-rechtlichem Tempo auf die Sprünge geholfen. Zur Abrundung der öffentlich-rechtlichen Vorgaben wird insbesondere die Rolle des Reichsausschusses gestärkt, der nunmehr nicht mehr bloß Richtlinien, sondern »Ausführungsbestimmungen«<sup>136</sup> erlässt, die als Rechtsverordnungen,<sup>137</sup> also als vollwertige Außenrechtsnormen, qualifiziert werden. Zudem wird das privatrechtliche Berliner Abkommen von 1913, das 1923/24 weithin in öffentliches Recht überführt wurde und nunmehr weiterentwickelt wird, aus Gründen der Rechtsklarheit förmlich aufgehoben.<sup>138</sup>

Diese eigentümliche Vermengung privat- und öffentlich-rechtlicher Regelungsinstrumente – die Kollektivverträge sind *privatrechtlich*, ihre Entstehung und Durchführung wird *öffentlich-rechtlich* gerahmt – führt etwa 70 Jahre später zur vollständigen Verdrängung des Privatrechts, denn seit dem 1. Januar 2000 legt der neugefasste § 69 SGB V<sup>139</sup> fest, dass alle Vertragsbeziehungen zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen, also auch die Vertragsbeziehungen zwischen Kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenkassenverbänden,

öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sind.<sup>140</sup> Zudem ist inzwischen der normative Charakter der Gesamtverträge – im Sinne einer Bindung der gleichsam hinter den Vertragsschließenden Parteien (Krankenkassenverbände und Kassenärztliche Vereinigungen) stehenden Krankenkassen und Ärzte – anerkannt.<sup>141</sup> Die Publizierung hat auch zur Folge, dass nur noch die Sozialgerichte als »besondere Verwaltungsgerichte«<sup>142</sup> die Verträge des Leistungserbringerrechts kontrollieren, nachdem sich die ordentliche Gerichtsbarkeit in Form der Zivilgerichte immer wieder einmal in diesen Bereich verirrt und (nach Ansicht des Gesetzgebers) den Trend zur öffentlich-rechtlichen Sozialisierung irritiert hatte, meist zugunsten der privaten Leistungserbringer.<sup>143</sup> So entsteht eine gigantische Menge an öffentlich-rechtlichem Vertragsrecht, das im Jurastudium völlig unsichtbar bleibt – da kommt vielleicht einmal ein städtebaulicher (öffentlich-rechtlicher) Vertrag vor –, im Übrigen mit der Pointe, dass die analoge Anwendung des BGB angeordnet wird,<sup>144</sup> das so – ein weiteres, in der juristischen Ausbildung weithin unbekanntes Kuriosum – zur öffentlich-rechtlichen Auffangordnung für das Vertragsrecht der GKV wird.<sup>145</sup> Der schon länger anstelle des Begriffs »Kassenarztrecht« übliche Begriff »Vertragsarztrecht«<sup>146</sup> wird durch die Omnipräsenz öffentlich-rechtlicher Verträge einmal mehr plausibel. Damit wird der in der Weimarer Zeit grundgelegte »mehrstufige Kollektivismus«<sup>147</sup> – eine Formulierung *Lutz Richters*, einer der wenigen Staatsrechtslehrer der Weimarer Zeit, der sich mit Sozialversicherungsrecht und vor allem mit dem Kassenarztrecht beschäftigte –<sup>148</sup> aus ineinandergreifenden und gesetzlich detailliert vorgeordneten Verträgen, perfektioniert. Aber das ist in der Endzeit der Weimarer Republik noch regulatorische Zukunftsmusik, deren Grundton allerdings schon damals – 1931/32 – angestimmt wird.

#### IV. Zusammenfassende Würdigung

Wenn wir versuchen, übergreifende Gesichtspunkte dieses spezifischen, in der Weimarer Zeit vorangetriebenen Prozesses der Sozialisierung selbständiger Arbeit durch das Kassenarztrecht zu benennen, dann geraten mindestens drei Aspekte in den Blick:

##### 1. Strukturähnlichkeiten zwischen Arbeitsrecht und Kassenarztrecht

Zunächst drängen sich Analogien zum Arbeitsrecht auf. Das gilt zum einen für den Begriff des Arbeitnehmers. Es gibt etwa seit Beginn des 20. Jahrhunderts bis in die Weimarer Zeit hinein juristische Debatten darüber, ob Kassenärzte, die *nicht* bei kasseneigenen Ambulatorien (den Eigeneinrichtungen der Krankenkassen)<sup>149</sup> angestellt waren, ebenfalls Arbeitnehmer

127 § 2 S. 1 VO 1931 = § 368e Abs. 1 S. 1 RVO idF. der VO 1932.

128 *Schneider* (Fn. 1), Rn. 83; »Entmachtung des Einzelvertrages«; hierzu auch *Käsbauer* (Fn. 1), S. 286.

129 § 1 Abs. 2 S. 1 VO 1931 = § 368 Abs. 2 S. 1 RVO idF. der VO 1932.

130 § 1 Abs. 3 VO 1931 = § 368 Abs. 3 RVO idF. der VO 1932.

131 § 1 Abs. 2 S. 2 VO 1931 = § 368 Abs. 2 S. 2, 3 RVO idF. der VO 1932.

132 § 368 Abs. 2 S. 4 RVO idF. der VO 1932.

133 § 1 Abs. 2 S. 2 VO 1931 = § 368 Abs. 2 S. 2 RVO idF. der VO 1932.

134 *Käsbauer* (Fn. 1), S. 286 ff.; *Schneider* (Fn. 1), Rn. 83 ff., jew. mwN.

135 *Käsbauer* (Fn. 1), S. 275 ff.; *Schneider* (Fn. 1), Rn. 66 ff.

136 § 8 Abs. 1 VO 1931 = § 368i Abs. 1 S. 1 RVO idF. der VO 1932.

137 *Käsbauer* (Fn. 1), S. 292 mwN.

138 Art. 6 Verordnung über kassenärztliche Versorgung vom 14.1.1932 (RGBl. 1932 I, S. 19, 25); die Verordnung trat am 19.1.1932 in Kraft (vgl. Art. 8 der Verordnung).

139 Art. 1 Nr. 26 des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung ab dem Jahr 2000 (GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000) vom 22.12.1999 (BGBl. 1999 I, S. 2626), zum Inkrafttreten vgl. Art. 22 Abs. 5 des Gesetzes.

140 *Rixen* (Fn. 4), S. 211 ff.

141 Dazu *Rixen*, SGB 2006, 497, 498 ff.

142 § 1 SGG.

143 *Rixen* (Fn. 4), S. 211 ff.

144 § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V.

145 *Rixen* (Fn. 1), S. 216 ff.

146 Oben Fn. 6.

147 *Richter*, Das Kassenarztrecht von 1931/32, Leipzig 1932, S. 23.

148 Zu *Richter Mikešić* (Fn. 15), S. 62 ff.

149 § 140 SGB V.

seien.<sup>150</sup> Bei dieser Debatte könnte, wie mir scheint, eine noch nicht ganz klar konturierte Definition der persönlichen Abhängigkeit eine Rolle gespielt haben, die von der wirtschaftlichen Abhängigkeit möglicherweise noch nicht trennscharf unterschieden wurde. Dazu passten auch Debatten darüber, ob der Kassenarzt als arbeitnehmerähnliche Person einzuordnen sei, denn seine wirtschaftliche Abhängigkeit von den Krankenkassen sei jedenfalls bei den allermeisten Ärzten offensichtlich.<sup>151</sup> Letztlich dominierte aber – trotz einer prominenten Gegenansicht –<sup>152</sup> die Auffassung, dass Kassenärzte keine Arbeitnehmer seien, weil sie trotz aller öffentlich-rechtlichen Regulierung etwa die Arbeitszeit selbst bestimmten und mit ihrer Praxis gleichsam einen eigenen Betrieb nach eigenen unternehmerischen Vorstellungen organisierten.<sup>153</sup> Arbeitnehmerähnliche Personen seien sie schon deshalb nicht, weil die wirtschaftliche Abhängigkeit insbesondere von einem Unternehmen, wie sie etwa bei Heimarbeiterinnen und Heimarbeitern bestehe, und damit der typische Schutzbedarf fehle; außerdem wird eher formal auf die Sonderregelungen verwiesen, die die Normen des Arbeitsrechts verdrängten.<sup>154</sup>

Vor allem die Ähnlichkeit des Kassenarztrechts mit zentralen Denkfiguren des kollektiven Arbeitsrechts drängt sich zumindest prima facie auf. *Hugo Sinzheimer* weist in einem in der Zeitschrift »Gewerbe- und Kaufmannsgericht« 1910 erschienenen Aufsatz<sup>155</sup> darauf hin, im Entwurf zur seinerzeit beratenen Reichsversicherungsordnung sei von »allgemeinen Arztverträgen« die Rede, die »mit dem Arbeitstarifvertrag jedenfalls verwandt« seien.<sup>156</sup> Diese Entwurfsbestimmung wird zwar nicht Gesetz, sie ist aber interessant, weil sie zeigt, wie das seinerzeit verstärkt beginnende Nachdenken über den Tarifvertrag auf andere Rechtsgebiete ausstrahlt. *Sinzheimer* spricht mit Blick auf die in der Reichsversicherungsordnung vorgesehenen Normen des Kassenarztrecht auch von »kollektive[n] Arbeitsverträge[n]«<sup>157</sup>. Das scheint freilich auf ein seinerzeit noch weiteres Verständnis von Arbeitsvertrag hinzuweisen, dem auch *Philip Lotmar* in seinen direkt zu Beginn des 20. Jahrhunderts erschienen Schriften folgt, die zudem erstmals den Tarifvertrag als »kollektive Vertragschließung«<sup>158</sup> profilieren. Der Begriff »Arbeitsvertrag« gilt zT. eher als Oberbegriff für ganz unterschiedliche Situationen, in denen Arbeit geleistet wird.<sup>159</sup> *Sinzheimer* war diese seinerzeit schillernden Bedeutung ersichtlich bekannt, was sein Hinweis auf eine bloße Verwandtschaft mit dem auf die abhängige Beschäftigung bezogenen Arbeitstarifvertrag zeigt, den er in seiner 1907/1908 erschienen Schrift »Der korporative Arbeitsnormenvertrag«<sup>160</sup> auf den juristischen Begriff bringt und der die in persönlicher

Abhängigkeit verrichtete Erwerbsarbeit voraussetzt, woran er in seinen 1927 erschienenen »Grundzüge[n] des Arbeitsrechts« keinen Zweifel lässt.<sup>161</sup>

*Sinzheimers* früher Hinweis auf die Strukturähnlichkeiten, die er – etwa auch mit Blick auf die Schlichtungsstrukturen des Kassenarztrechts –<sup>162</sup> erkennt (diese Strukturähnlichkeiten wurden, allerdings ohne Verweis auf *Sinzheimer*, Anfang der 2000er Jahre im Sozialrechtsdiskurs nochmals kurz thematisiert),<sup>163</sup> ist eine unverändert brisante Problemanzeige: Kann es Formen *selbständiger* Erwerbsarbeit geben, die kollektivvertraglich gerahmt werden müssen, um einen ähnlichen Interessenschutz zu gewährleisten, wie er bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sinnvoll erscheint? Der Sache nach wird damit ein Problem angesprochen, das heute vor allem um Begriffe wie »arbeitnehmerähnliche Personen«, »Soloselbständige« oder »Scheinselbständigkeit« kreist. Juristisch-konstruktiv geht es um die Frage, wie ein problemadäquater Begriff *jeder* schutzbedürftiger Erwerbsarbeit konzipiert sein muss: weniger von der persönlichen Abhängigkeit her und stärker von der wirtschaftlichen Abhängigkeit – und somit von einer weiter verstandenen sozialen Schutzbedürftigkeit – her? Ob deshalb gleich der Arbeitnehmerbegriff weiterentwickelt werden muss oder ob bereichsspezifische Sondervorschriften genügen – erinnert sei an § 12a TVG, der Tarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen vorsieht –, mag dahinstehen. Aber – und das ist die Quintessenz von *Sinzheimers* Beobachtung –: Die Nutzung kollektivvertraglicher Gestaltungen im Kassenarztrecht kann auf Schutzbedarfe hinweisen, die dem Schutzbedarf von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ähnlich sind.

Zugegeben: Als *Sinzheimer* über das Kassenarztrecht schrieb, war dieses Rechtsgebiet noch stark privatrechtlich geprägt, seine starke öffentlich-rechtliche Regulierung stand erst noch bevor. Aber *Sinzheimers* Überlegungen bleiben ungeachtet dessen wichtig: Zum einen stellt sich nämlich die Frage, ob in dem gewordenen kassenärztlichen System die Interessen wirklich aller Ärztinnen und Ärzte hinreichend repräsentiert sind und gewahrt werden, ob also nicht mehr kollektivvertraglicher Geist gerade im Sinne des ärztlichen Personals oder bestimmter Gruppen von ihnen vonnöten ist. Dahinter verbirgt sich die Problematik, kollektivvertragliche Regelungen so zu gestalten, dass Raum für Differenzierung bleibt und zugleich die relative Interessendiversität noch von übergreifenden Zielen zusammengehalten wird – ein Problem, das ja aus der Debatte über Tarifeinheit und Tarifpluralität bekannt ist und das im Kassenarztrecht der Sache nach nicht weniger brisant ist, mag es dort auch nicht wie im heutigen kollektiven Arbeitsrecht thematisiert und gelöst werden.

Und darüber hinaus: Wie kann die ohne Zweifel gut gemeinte Sozialisierung selbständiger Arbeit in der GKV – es geht ja nicht nur um Ärztinnen und Ärzte, sondern auch um andere, weitaus weniger »mächtige« Gesundheitsberufe (und sie werden meistens von Frauen ausgeübt) –<sup>164</sup> so gestaltet werden, dass die Verhandlungsmacht der Krankenkassen – und das ist

150 *Käsbauer* (Fn. 1), S. 254 ff. mwN.; exemplarisch *Richter/Sonnenberg* (Fn. 37), S. 13; *dies.*, Die kassenärztlichen Rechtsverhältnisse, 2. Aufl., Leipzig 1930, S. 7 f.; *Richter*, FS Ehrenberg (Fn. 37), S. 169; *Heinemann* (Fn. 108), Sp. 247 ff.

151 *Käsbauer* (Fn. 1), S. 261.

152 *Richter/Sonnenberg* (Fn. 150), 2. Aufl., S. 7 f.

153 *Käsbauer* (Fn. 1), S. 257.

154 *Käsbauer* (Fn. 1), S. 261.

155 *Sinzheimer*, Gewerbe- und Kaufmannsgericht 1910, Sp. 411 ff.

156 Alle Zitate: *Sinzheimer* (Fn. 155), Sp. 416.

157 *Sinzheimer* (Fn. 155), Sp. 416.

158 *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1,

Leipzig 1902, S. 756.

159 *Lotmar* (Fn. 158), S. 32 ff.

160 *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag (1907/1908), Nachdruck, Berlin 1977.

161 *Sinzheimer*, Grundzüge des Arbeitsrechts, Jena 1927, S. 7 ff., 10 ff.

162 *Sinzheimer* (Fn. 155), Sp. 417.

163 *Hänlein*, Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht, Berlin/Heidelberg 2001, S. 380 ff.

164 Dazu etwa *Rixen*, SozSich 2014, 77 ff.

vor allem die Macht, Vergütungen zu bestimmen – kollektivvertraglich begrenzt wird? Das ist auch in einem öffentlich-rechtlich stark regulierten Rahmen möglich (und grundrechtlich geboten),<sup>165</sup> wenn die Pointe kollektivvertraglicher Regelungen nicht nur darin gesehen wird, dass der Gesetzgeber von Regulierungsaufgaben entlastet wird, sondern darin, dass für die betroffenen Arbeitskräfte gerechtere Verhältnisse »vor Ort« geschaffen werden. Wie gesagt: Es geht nicht darum, kollektives Arbeitsrecht und Kassenarztrecht oder gar das gesamte Vertragssystem der gesetzlichen Krankenversicherung zu parallelisieren, aber die *Ideen*, die kollektives Arbeitsrecht haben entstehen lassen, können – gewissermaßen binnenrechtsvergleichend – dazu beitragen, Probleme – *heutige* Probleme – des Kassenarztrechts zu benennen und zu lösen.

## 2. Progrediente Flucht aus dem Privatrecht: Publizierung des Kassenarztrechts

Ein zweiter wichtiger Aspekt ist die Beobachtung, dass Sozialisierung selbständiger Arbeit mit Publizierung einhergeht, also mit zunehmender öffentlich-rechtlicher Regulierung. Das Kassenarztrecht, ja das ganze Leistungserbringungsrecht der GKV ist öffentliches Wirtschaftsrecht, weil der Marktzugang, das Marktverhalten und auch die Marktverhaltenskontrolle der Leistungserbringer öffentlich-rechtlich gesteuert wird.<sup>166</sup> Vor allem das Vergütungsrecht der Kassenärzte ist hochkomplex und zudem ohne ökonomischen Sachverstand kaum zu verstehen. Es handelt sich um ein dicht reglementierendes öffentlich-rechtliches Preisrecht, das Gebührenordnungen für Rechtsanwält:innen<sup>167</sup> oder Architekt:innen<sup>168</sup> als Zonen anarchischer Freiheit erscheinen lässt. Die »Flucht [...] in das Privatrecht«<sup>169</sup>, etwa durch Vereinbarung von Zusatzleistungen, ist Kassenärztinnen und Kassenärzten nur unter erschwerten Bedingungen möglich, um eine Übervorteilung der gesetzlich Versicherten zu verhindern.<sup>170</sup> Bei Ärztinnen und Ärzten überlagern sich zudem allgemein berufsrechtliche und spezifische sozialrechtliche Regelungen.<sup>171</sup> So sinnvoll die Sozialisierung selbständiger Arbeit für das Funktionieren der GKV ist, so wichtig ist es auch, immer wieder neu zu prüfen, ob die Vielzahl und die Dichte der Normen, die Sozialisierung bewirken sollen, tatsächlich ohne Alternative ist. Außerdem ist die auf *Wolfgang Hoffmann-Riem* zurückgehende Rede vom Privat- und vom öffentlichen Recht als »wechselseitigen Auffangordnungen«<sup>172</sup> nur die halbe Wahrheit: Das öffentliche Recht ist ganz dezidiert in bestimmten Wirtschaftssektoren, etwa im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, eine *einseitige Verdrängungsordnung*, die von privatrechtlicher Gestaltung

kaum noch etwas übriglässt. Wirtschaftsrecht ist eben in weiten Teilen *öffentliches* Wirtschaftsrecht, das privatrechtliche Selbstregulierung nicht nur rahmt, sondern weithin substituiert.

## 3. Wohlfahrtsstaatliche Interventionen als Gradmesser sozial- und staatspolitischer Stabilität: Chancen und Schattenseiten solidarischer Umverteilung

Schließlich ein dritter Aspekt: Wohlfahrtsstaatliche Intervention, das zeigt die Weimarer Erfahrung, ist janusköpfig. Sie hat neben der sozialpolitischen meist auch eine mindestens stillschweigend mitlaufende staatspolitische Seite. Schon die Entstehung der Arbeiterversicherung Ende des 19. Jahrhunderts war ja kein Akt der Mildtätigkeit, sondern verdankte sich dem politischen Kalkül *Bismarcks*, dass bessere soziale Sicherheit der inneren Sicherheit diene. Das von 1878 bis 1890 geltende »Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie«<sup>173</sup> – meist: Sozialistengesetz genannt, obwohl es ein *Anti-Sozialistengesetz* war – wurde nach dem Konzept von Zuckerbrot und Peitsche ua. auch vom Krankenversicherungsgesetz von 1883 flankiert, weniger, um die politische Zustimmung der arbeitenden Klasse zu erringen – das war unrealistisch –, aber doch, um zumindest deren politische Passivität zu befördern.

Die Verordnungen von 1923 und 1931, die das Kassenarztrecht massiv publizierten, intervenierten jeweils in politisch-ökonomische Krisen hinein. Zu deren Bewältigung dürfte die Verordnung von 1923 auf dem Höhepunkt der Inflation und kurz vor Einführung der neuen Währung, der sog. Rentenmark, allenfalls am Rande beigetragen haben; die Verordnung von 1931 vermochte dies im Hinblick auf die Folgen der Weltwirtschaftskrise noch weniger.<sup>174</sup> Nicht zuletzt die überwiegende politische Zustimmung der Ärzteschaft zur Sozialisierung des Kassenarztrechts wie zur Weimarer Republik ging nach und nach verloren. *Gottfried Benn*, im Hauptberuf Arzt, beklagt sich 1925: »Das Geschäft ist – ernstlich – so, dass ich direct Sorgen habe u. schon zum Kassenarzt herabgesunken bin.«<sup>175</sup> Das Gefühl, herabgesunken zu sein, verstärkt sich zu Beginn der 1930er Jahre generell, auch bei vielen Kassenärzten, und mit dem schwindenden Vertrauen in eine politische Ordnung, die auf die ökonomischen Verwerfungen der Zeit, so schien es vielen, keine befriedigende Antwort gab, verschwand auch das Verständnis für eine Sozialpolitik, für die die Sozialisierung der selbständigen Arbeit der Kassenärzte ein wichtiges Funktionselement war.

Sozialisierte selbständige Arbeit verlangt von den Ärztinnen und Ärzten Mäßigung, verlangt, dass sie von sich selbst ein Stück weit absehen, nicht nur dem ökonomischen Eigeninteresse folgen. Darin lag und liegt eine Herausforderung, ja fast schon eine Zumutung: sich zurückzunehmen, damit anderen – kranken – Menschen in einem finanziell funktionsfähigen System sozialer Sicherheit Hilfe gewährt werden kann. Sozialiserte selbständige Arbeit im Kassenarztrecht ist, so gesehen, eine Form solidarischer Umverteilung, die der gesetzlichen Krankenversicherung adäquat ist, die nicht ohne Grund als »Solidarge-

<sup>165</sup> Rixen, SozSich 2014, 77, 80, zur Bedeutung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) als vor allem prozedural zu sichernder Anspruch auf angemessene Vergütung (auch) in der GKV.

<sup>166</sup> Rixen (Fn. 4), S. 274 f., S. 377 und passim.

<sup>167</sup> Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG).

<sup>168</sup> Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (Honorarordnung für Architekten und Ingenieure – HOAI).

<sup>169</sup> Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928, S. 326.

<sup>170</sup> § 3 Abs. 1 S. 3 BMV-Ä (Bundesmantelvertrag-Ärzte): »Leistungen, für die eine Leistungspflicht der Krankenkassen nicht besteht, können nur im Rahmen einer Privatbehandlung erbracht werden, über die mit dem Versicherten vor Beginn der Behandlung ein schriftlicher Behandlungsvertrag abgeschlossen werden muss.«

<sup>171</sup> Rixen (Fn. 4), S. 276 f.

<sup>172</sup> Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 261 ff.

<sup>173</sup> Gesetz vom 21.10.1878 (RGBl. 1878, S. 351).

<sup>174</sup> Zu diesem politisch-ökonomischen Kontext *Käsbauer* (Fn. 1), S. 315.

<sup>175</sup> *Benn/Zenses*, Briefwechsel 1921-1956, Göttingen 2021, S. 32 (Brief vom 17.8.1925).

meinschaft« firmiert.<sup>176</sup> Nur: Die blanke Angst, wirtschaftlich zu kurz zu kommen, machte es, je näher der 30. Januar 1933 rückte, vielen Kassenärzten schwer, den ideellen Sinn der Sozialisierung selbständiger Arbeit anzunehmen. Auch *Gottfried Benn* jubelte 1933<sup>177</sup> nach der sog. Machtergreifung der Nazis und mit ihm jubelten viele (Kassen-)Ärzte.<sup>178</sup> Sie scherten sich nicht darum, dass bereits mit Wirkung ab 26. April 1933 ihre Kolleginnen und Kollegen, die, wie es in der einschlägigen NS-Verordnung hieß, »nicht arischer Abstammung«<sup>179</sup> waren, die Zulassung zur kassenärztlichen Versorgung (von wenigen Ausnahmen abgesehen) verloren, bis dann auch die wenigen, die ausnahmsweise noch zur kassenärztlichen Versorgung zugelassen waren und nach den rassistischen Gesetzen der Nazis seit 1935 als »Juden« galten<sup>180</sup>, mit Wirkung vom 1. Oktober 1938 die Kassenarztzulassung<sup>181</sup> und kurz zuvor mit Wirkung vom 30. September 1938 die ärztliche Approbation<sup>182</sup> verloren, denn ohne Approbation keine Kassenarztzulassung. Diese Ärztinnen und Ärzte büßten damit die ökonomische Lebensbasis ein, bevor ihnen, wenn sie nicht noch aus Deutschland fliehen konnten, das durch vielfältige Diskriminierungen immer mehr beschädigte Leben in den Vernichtungslagern genommen wurde.<sup>183</sup> Für die zur sog. NS-Volksgemeinschaft gehörenden Kassenärzte, die weiter praktizieren durften, bedeutete das: Seit der Frühzeit der NS-Diktatur, seit April 1933, hatten sie tendenziell mehr Patienten und ihre Einkünfte stiegen, weil die Gesamtvergütung auf weniger Kassenärzte verteilt wurde. Mit anderen Worten: Staatspolitische Desorientierung und ökonomisiertes Ressentiment bereiteten der Gewalt den Boden, die auch von der bisherigen Leitidee des Kassenarztrechts, der Sozialisierung, nichts mehr übrigließ.

176 § 1 S. 1 SGB V.

177 *Dyck*, *Der Zeitzeuge – Gottfried Benn 1929–1949*, Göttingen 2006, S. 75 ff., 88 ff., 95 ff.

178 *Rüther*, in: *Jütte* (Hrsg.), *Geschichte der deutschen Ärzteschaft – Organisierte Berufs- und Gesundheitspolitik im 19. und 20. Jahrhundert*, Köln 1997, S. 143 ff.; außerdem die Beiträge in *Jütte* (Hrsg.), *Medizin und Nationalsozialismus – Bilanz und Perspektiven der Forschung*, Göttingen 2011.

179 Art. 1 Abs. 1 S. 1 der Verordnung über die Zulassung von Ärzten zur Tätigkeit bei den Krankenkassen vom 22.4.1933 (RGBl. 1933 I, S. 222), zum Inkrafttreten vgl. Art. III der Verordnung.

180 S. insb. das Reichsbürgergesetz vom 15.9.1935 (RGBl. 1935 I, S. 1146) iVm. der Ersten Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14.11.1935 (RGBl. 1935 I, S. 1333).

181 Verordnung über die Teilnahme von Juden an der kassenärztlichen Versorgung vom 6.10.1938 (Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger Nr. 237 vom 11.10.1938 = RGBl. 1938 I, S. 1391), rückwirkend zum 1.10.1938 in Kraft getreten (vgl. § 3 der Verordnung); hierzu *Hahn/Schwach*, *Anpassung und Ausschaltung – Die Berliner Kassenärztliche Vereinigung im Nationalsozialismus*, Berlin/Teetz 2009; *Schwach* (Hrsg.), *Berliner jüdische Kassenärzte und ihr Schicksal im Nationalsozialismus – Ein Gedenkbuch*, Berlin/Teetz 2009; außerdem von *Villiez*, *Mit aller Macht verdrängt. Entrechtung und Verfolgung »nicht arischer« Ärzte in Hamburg 1933 bis 1945*, München/Hamburg 2009.

182 § 1 der Vierten Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25.7.1938 (RGBl. 1938 I, S. 969). Ausnahmsweise konnte die Ausübung der Heilkunde gestattet werden, allerdings durften von Ehefrauen und ehelichen Kindern abgesehen nur »Juden« behandelt werden (vgl. § 2 iVm. § 3 Abs. 1, 2 der Verordnung); s. auch § 2 Abs. 1 der Dreizehnten Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 1.7.1943 (RGBl. 1943 I, S. 372): »Nach dem Tode eines Juden verfällt sein Vermögen dem Reich.«

183 *Rixen* (Fn. 55), S. 12; zum Zusammenhang von ökonomischer Vernichtung und Ermordung besonders deutlich auch §§ 1, 3 der Verordnung der Elften Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25.11.1941 (RGBl. 1941 I, S. 722), wonach (auch) die verklausuliert umschriebene Deportation in die Vernichtungslager zum Verlust des Vermögens und zu dessen Übergang auf das »Deutsche Reich« führte.

## V. Resümee

Wohlfahrtsstaatliche Intervention lebt von der Einsicht, dass trotz vieler Rückschläge und Enttäuschungen (weit verstandene) Sozialisierung, also eine soziale Überformung ökonomischer Verhältnisse, möglich ist, obwohl sie nie vollständig und perfekt erreicht werden kann; verfassungsnormativer Legitimationsort hierfür ist heute das Sozialstaatsprinzip.<sup>184</sup> Dass es Wahres im Falschen gibt, Fragmentarisches nicht Versagen bedeutet, sondern ein erster Schritt ist, auf den wieder und wieder weitere Schritte folgen müssen,<sup>185</sup> das ist jeder Person klar, die in reformorientierter (»reformistischer«) Perspektive sozialpolitisch denkt und arbeitet. Klar ist dann aber auch, dass die Prozesse der Sozialisierung nicht bruchlos verlaufen, und das heißt: Prozesse der Sozialisierung, weil sozialpolitisches Handeln immer fallibel, korrekturbedürftig und änderungsanfällig ist, hören niemals auf.<sup>186</sup>

*Hugo Sinzheimers* politisches Engagement in der Weimarer Zeit, das er – nach einem Intermezzo als Frankfurter Polizeipräsident –<sup>187</sup> vor allem als Mitglied der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung in Weimar entfaltete,<sup>188</sup> symbolisiert die Janusköpfigkeit wohlfahrtsstaatlicher Intervention, weil er beide Dimensionen – die sozialpolitische und die staatspolitische – biographisch verbindet und sie dauerhaft in einer sich wechselseitig befruchtenden Schwebelage hält. »Die Jugend«, schreibt *Hugo Sinzheimer* im Mai 1931, wenige Monate bevor das Kassenarztrecht den starken, bis heute nachwirkenden Sozialisierungsschub erlebt, »soll das Gefühl für das Kommende [...] pflegen. Das Kommende ist ein neues soziales Recht, das neues soziales Rechtsdenken erfordert.«<sup>189</sup> Was neues soziales Rechtsdenken bewirken kann, verdeutlicht die Sozialisierung selbständiger Arbeit im »Kassenarztrecht« – nicht nur – als Intervention des Weimarer Wohlfahrtsstaates.

184 Im Überblick *Rixen*, in: *Stern/Sodan/Möstl* (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund*, Bd. I, 2. Aufl., München 2022, § 21.

185 Hierzu *Rixen*, FS Kerner, 2013, S. 803, 816.

186 Hierzu *Cassirer*, *Versuch über den Menschen. Einführung in eine Philosophie der Kultur*, Hamburg 1996, S. 99: »Die großen politischen und sozialen Reformer sind tatsächlich immerfort genötigt, mit dem Unmöglichen so umzugehen, als ob es möglich wäre.« Das gilt auch für die vielen kleinen (sozial-)politischen Reformen, die erst in der Summe und zudem oft erst im Rückblick als große Reformwerke begriffen werden.

187 *O. E. Kempen*, *Hugo Sinzheimer. Architekt des kollektiven Arbeitsrechts und Verfassungspolitiker*, Frankfurt aM. 2017, S. 60, 68.

188 *Albrecht* (Fn. 32).

189 *Sinzheimer*, in: *Sinzheimer/Fraenkel*, *Die Justiz in der Weimarer Republik – Eine Chronik*, Neuwied/Berlin 1968, S. 319.

# Familiengerechte Arbeitsorganisation – lückenhafter Rechtsrahmen und Herausforderungen fairer (kollektiver) Verteilung

PROF. DR. KATJA NEBE, MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG

**ZUSAMMENFASSUNG** Starre Arbeitsmuster hindern Erwerbsteilhabe von Eltern und Pflegenden. Gegen Arbeitskräftemangel sind menschengerechte Vereinbarkeitslösungen erforderlich. Der Schutz der Familie steht normativ auf gleicher Höhe mit anderen Grundrechten. Die Lösung typischer kollektiver Verteilungskonflikte setzt einen Bewusstseinswandel und die flankierende Unterstützung durch Sozialleistungsträger voraus.

**ABSTRACT** Rigid working patterns hinder the participation of parents and carers in the labor market. Human-friendly compatibility solutions are required to combat labor shortages. The protection of the family is normatively on the same level as other fundamental rights. The solution to typical collective distribution conflicts requires a change in awareness and accompanying support from social service providers.

## I. Einleitung

### 1. Arbeit – deren Verteilung und Bewertung und wieviel von allem ist nachhaltig

Wollen oder müssen wir wirklich mehr arbeiten oder brauchen wir mehr Hände, Schultern und Köpfe, sprich eine breitere Erwerbsbeteiligung, um unseren Wohlstand und den gesellschaftlichen Zusammenhalt zu sichern? Die Frage um die faire und menschengerechte Verteilung von Arbeit ist eng verknüpft mit fairer Bewertung von Arbeit. Wer von Arbeit spricht, meint nicht zwangsläufig dasselbe. Ist Belastung gemeint? Geht es um Beanspruchung? Geht es um bezahlte Arbeit zur eigenen Lebensunterhaltssicherung? Geht es um bezahlte oder um unbezahlte Arbeit für andere, die auf Hilfe angewiesen sind? Aktuell kommt drängender denn je die Frage der Sinnhaftigkeit und vor allem der Nachhaltigkeit von Arbeit hinzu. Lässt sich Arbeit von Menschen technologisch substituieren? Wo kann dies nachhaltig geschehen? Wer bestimmt darüber?

Wem der Zusammenhang zwischen diesen Fragen und der familiengerechten Arbeitsorganisation gänzlich unklar ist, der findet hoffentlich in diesem Beitrag Antworten. Kurz gesprochen geht es um zentrale weichenstellende politische Entscheidungen zur Steuerung des Arbeitsmarktes bzw. der Arbeitswelt und der sozialen Sicherungssysteme. Die jetzt branchenspezifisch schon klaffende Lücke an Arbeits-/Fachkräften wird wachsen und sich flächendeckend ausbreiten. Zugleich stehen Betriebe, Verwaltung, Belegschaften und Unternehmen unter hohem Transformationsdruck (zum Zwecke der Nachhaltigkeit und infolge Digitalisierung). Zur systemimmanenten Fragilität der heutigen sozialen Sicherung (drohender Wegfall der Geschäftsgrundlage des Generationenvertrages bei Dezimierung nachwachsender Generationen) treten Verschleiß-

folgen bei ungehemmter Weiterarbeit der noch arbeitsfähigen Menschen, wenn sinnhafte Präventionskonzepte ausbleiben.<sup>1</sup>

### 2. Pauschaler Ruf nach höherer Erwerbsbeteiligung von Frauen

In einer höheren Frauenerwerbsarbeit wird eine Möglichkeit gesehen, die bislang ungedeckte hohe Arbeits- und Fachkräftenachfrage am Markt zu kompensieren.<sup>2</sup> Wer allerdings möglichst alle Menschen der Gesellschaft in Erwerbsarbeit einbeziehen will, kommt nicht umhin, langfristige Steuerungswirkungen zu kalkulieren, auch um ungewollte und unrechtmäßige Effekte zu vermeiden. Die Arbeitswelt steht nicht außerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung und das aus gutem Grund. Die historisch leider oft erst sehr schmerzvoll gewonnenen Einsichten belegen die Zusammenhänge zwischen Frieden, Wohlstand, Gesundheit und gesellschaftlichem Zusammenhalt einerseits und Solidarität, Demokratie, Gleichheit und Freiheit andererseits. Wer Frauen und Menschen mit Behinderung nur als Arbeitsmarktreserve begreift<sup>3</sup>, missachtet universelle Menschenrechte und riskiert, abgesehen von eventuell kurzfristiger Entspannung am Arbeitsmarkt, langfristig die gesellschaftliche Spaltung zu beschleunigen und die sozialen Sicherungssysteme implodieren zu lassen, denn die Stabilität der sozialen Sicherungssysteme hängt von Beitragszahlungen, erwirtschaftet durch aktive Erwerbsbeteiligung, möglichst aller Mitglieder

<sup>1</sup> Vgl. zur Bedeutung der Stärkung von Prävention und Rehabilitation für die Rentenversicherung die Begründung für den Gesetzentwurf »Gesetz zur Flexibilisierung des Übergangs vom Erwerbsleben in den Ruhestand und zur Stärkung von Prävention und Rehabilitation im Erwerbsleben«, sogenanntes Flexirentengesetz, BT-DrS. 18/9787, S. 24.

<sup>2</sup> Aktuell die Fachkräftestrategie der Bundesregierung, <https://www.bmas.de/DE/Arbeit/Fachkraeftesicherung/Fachkraeftestrategie/fachkraeftestrategie.html> (29.7.2024).

<sup>3</sup> Eindringlich die Beschreibung der Historie bei Edel, Die Entwicklung des Mutter-schutzrechts in Deutschland, Baden-Baden 1993.

der Gesellschaft, einer Eindämmung von langfristigen Erwerbsunterbrechungen und dies bei einer gleichzeitig höheren Geburtenrate als der jetzigen ab.<sup>4</sup> Der folgende Beitrag will dafür sensibilisieren, die aktuellen Weichenstellungen im Lichte von Familiengerechtigkeit zu reflektieren und entsprechend verfassungs- und menschenrechtskonform zu justieren. Ohne Wahrung der Schutzbedarfe von Familien drohen anhaltender Verschleiß und zunehmende soziale Disruption.

## II. Status quo: Noch zu große Gaps (zu Deutsch: Lücken) statt Geschlechtergleichstellung in der Arbeitswelt

### 1. Familiengerechte Arbeitsorganisation – ein Beitrag zur Geschlechtergerechtigkeit

Die Analyse beginnt mit einem Blick auf Ungleichheiten wegen des Geschlechts. Dies zielt nicht darauf, Kausalzusammenhänge zu belegen. Gleichwohl folgt der Beitrag der Annahme, dass sich die verschiedenen Ungleichheiten zum Nachteil von Frauen durch eine familiengerechtere Arbeitsorganisation überwinden lassen<sup>5</sup> und dass eine familiengerechtere Arbeitsorganisation wiederum stärkere Anreize zur partnerschaftlichen Verteilung von bezahlter und unbezahlter Arbeit benötigt.<sup>6</sup>

Bis heute sind massive Ungleichheiten zwischen Männern und Frauen in der Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland zu verzeichnen und lassen sich in den verschiedenen Lücken (Gaps) hinsichtlich Bezahlung (Gender Pay Gap), lebenslanges Einkommen (Gender Lifetime Earnings Gap), hinsichtlich Alterssicherung (Gender Pension Gap), Verteilung bezahlter Arbeit (Gender Time Gap) und unbezahlter Sorgearbeit (Gender Care Gap) in Zahlen verdeutlichen.

- Der Gender Pay Gap, die Lohnlücke, betrug 2021: 18 % deutschlandweit und 6 % in Ostdeutschland.<sup>7</sup>
- Der Gender Lifetime Earnings Gap, die lebenslange Einkommensdifferenz, lag zwischen 40 und 50 % deutschlandweit und 62 % bei westdeutschen Müttern.<sup>8</sup>
- Der Gender Pension Gap, die Rentenlücke, betrug in Westdeutschland zwischen Männern und Frauen, jeweils verheiratet, mit Kindern 69,6 % und verheiratet ohne Kinder 51,6 %. Sie lag hingegen in Ostdeutschland deutlich niedriger, aber immer noch bei 39,6 % bzw. 34,3 %.<sup>9</sup>
- Der Gender Time Gap, das Weniger an bezahlter Arbeit, wird deutschlandweit beziffert mit 7,7 Stunden/Woche.<sup>10</sup>

4 Vgl. nur Bundesrechnungshof, Demografische Entwicklung: Finanzrisiken des Bundes aus seiner Beteiligung an der Finanzierung der Sozialversicherungen, Bericht nach § 88 Abs. 2 BHO an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages, Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages und Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages, vom 23.5.2022, Gz.: IX 4 - 2020 - 0523, [www.bundesrechnungshof.de](http://www.bundesrechnungshof.de) (29.7.2024).

5 Dazu Erwägungsgrund Nr. 10 RL 2019/1158/EU.

6 Ausführlich dazu 2. Gleichstellungsbericht, BT-Drs. 18/12480, S. 13; Erwägungsgrund Nr. 11 RL 2019/1158/EU; ausführlich dazu *Stoye/Thoma*, ZESAR 2020, 10-18.

7 [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/03/PD22\\_088\\_62i.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2022/03/PD22_088_62i.html) (29.7.2024).

8 <https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/themen/aktuelle-meldungen/2020/maerz/die-grosse-kluft-frauen-verdienen-im-leben-nur-halb-so-viel-wie-maenner> (29.7.2024).

9 <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/93950/422daf61f3dd6db08b06dd44d2a7fb7/gender-pension-gap-data.pdf> (29.7.2024).

10 *Absenger/Ahlers/Bispinck/Kleinknecht/Klenner/Lott/Pusch/Seifert*, Arbeitszeiten in Deutschland, WSI Report, 19.11.2014, [https://www.wsi.de/fpdf/HBS-005987/p\\_wsi\\_report\\_19\\_2014.pdf](https://www.wsi.de/fpdf/HBS-005987/p_wsi_report_19_2014.pdf) (29.7.2024); <https://www.wsi.de/de/zeit-14621-wochenarbeitszeiten-und-erwerbstaetigenquoten-14764.htm> (29.7.2024).

- Und der Gender Care Gap, also das Mehr an unbezahlter Sorgearbeit, ist für 2019 (insoweit also noch ohne Einfluss der Corona-Pandemie) deutschlandweit ermittelt mit 52 %.<sup>11</sup>

Zur Deutlichkeit der Abstände kommt negativ hinzu, dass Deutschland mit sämtlichen Lücken jeweils auf den hinteren Plätzen im europäischen Vergleich liegt.<sup>12</sup> Es geht also offensichtlich auch besser. Ein vergleichender Blick muss dabei nicht gleich über die Ländergrenzen hinweg führen. Ungleiche Verwirklichungschancen haben nicht nur mit rechtlichen Rahmenbedingungen, sondern auch viel mit der Verfügbarkeit öffentlicher Betreuungs- und Pflegeinfrastruktur, aber auch mit kulturellen Einstellungen zu tun. Und so bietet sich auch 30 Jahre nach der Wiedervereinigung der beiden deutschen Staaten ein tiefergehender Vergleich zwischen den westdeutschen und den ostdeutschen Bundesländern an. Dabei soll das Hauptaugenmerk auf dem Zusammenhang von aktiver Erwerbsbeteiligung und Lohnlücken liegen.

### 2. Ein genauere west-ost-deutscher Überblick

Der deutsche Einigungsprozess währt seit 30 Jahren und auch im Arbeitsleben bestehen auf den ersten Blick nicht mehr so gravierende geschlechterspezifische Unterschiede wie noch zur Zeit der Wiedervereinigung. Die Unterschiede in der Erwerbsbeteiligung von Frauen waren zwischen Ost und West 1990 größer und haben sich im Laufe der Jahre durch eine zunehmende Erwerbsbeteiligung von Frauen in Westdeutschland angenähert. 1990 lag die durchschnittliche Erwerbsquote der Frauen in der ehemaligen DDR bei 82 % und damit deutlich höher als der Vergleichswert für Westdeutschland von 56 %.<sup>13</sup> Heute liegt die Erwerbsbeteiligung von Frauen in Ostdeutschland (74 %) immer noch, aber nicht mehr so deutlich über der von Frauen in Westdeutschland (71 %). Bemerkenswert sind die Unterschiede im Detail, die gerade für rechtspolitisch wie rechtssoziologisch interessierte Arbeitsrechtler\*innen bedeutsam sind. Gravierend ist der hohe Anteil an Frauen in Westdeutschland, die lediglich einen Minijob ausüben – mit 17,1 % fast doppelt so viele wie in Ostdeutschland mit 9,9 %. 48,6 % der westdeutschen Frauen arbeiten in Teilzeit. Das sind deutlich mehr als 34,7 % in Ostdeutschland. Dabei unterscheiden sich vor allem die Motive für die Inanspruchnahme von Teilzeit – in Ostdeutschland häufiger mangels fehlender Vollzeitangebote, in Westdeutschland häufiger zur Vereinbarkeit von Sorge- und Erwerbsarbeit. Noch deutlicher sprechen die Zahlen, die nicht auf alle Frauen abstellen, sondern stärker nach Sorgelast und damit nach Frauen als Mütter differenzieren. Stark unterscheiden sich vor allem die Arbeitsumfänge der Alleinerziehenden. Von den alleinerziehenden Müttern in Ostdeutschland arbeiten 78 % mindestens 28 Wochenstunden und damit wesentlich mehr als in Westdeutschland mit nur 59 %. In Ostdeutschland praktizieren doppelt so viele Paare mit Kindern ein Vollzeit-Vollzeit-Modell (44 %) wie in Westdeutschland mit nur 20 %. In Westdeutschland dominiert bei Paaren mit

11 <https://de.statista.com/infografik/24809/hoehe-des-gender-care-gaps-in-deutschland/> (29.7.2024).

12 Kritisch dazu auch schon *Schmidt*, AuR 2018, 320 ff.

13 *Fuchs/Weber*, Frauen in Ostdeutschland – Erwerbsbeteiligung weiterhin hoch, IAB-Kurzbericht Nr. 4/2004, S. 2.

Kindern immer noch das Zuverdiener\*innenmodell mit dem in Vollzeit arbeitenden Vater und der nur in Teilzeit arbeitenden Mutter (74 %, gegenüber Ostdeutschland: 45 %). All dies begründet dann auch die in Ostdeutschland geringere Lohnungleichheitslücke zwischen Männern und Frauen als im Westen. Und letztlich sind Frauen – trotz einer deutschlandweit zu attestierenden Unterrepräsentanz – in Ostdeutschland im Vergleich zu Frauen in Westdeutschland häufiger in Führungspositionen und in Gewerkschaften vertreten.<sup>14</sup>

### 3. Das Konzept der realisierten Erwerbstätigkeit – Müttererwerbsbeteiligung als Schlüssel

Diese Daten lassen erkennen, dass sich ein Bild zur chancen- und familiengerechten Erwerbsbeteiligung von Frauen (und damit langfristig auch von Vätern) erst zeichnen lässt, wenn nicht nur die Frauen-, sondern vor allem die Müttererwerbsbeteiligung in den Blick genommen wird und dabei nur Zeiten echter und nicht nur rein formaler Erwerbsbeteiligung (zB. im ruhenden Arbeitsverhältnis wegen der Inanspruchnahme von Freistellungen) berücksichtigt werden. Hierfür ist das »Konzept der realisierten Erwerbstätigkeit« entwickelt worden, welches im Unterschied zum ILO-Erwerbskonzept explizit den Erwerbsumfang berücksichtigt, dh. es unterscheidet zwischen geringfügig, in Teilzeit und in Vollzeit erwerbstätig.<sup>15</sup> Diese Befunde geben in der rechtspolitischen Debatte nach wie vor Anlass zu diskutieren, mit welchen Mitteln die egalitäre Erwerbsteilhabe auch für Menschen in Paarhaushalten mit Kindern bzw. pflegebedürftigen Angehörigen gefördert und möglichst erreicht werden kann.

### 4. Deutsche EU-Ratspräsidentschaft – Anstoß 2020

Unter deutscher EU-Ratspräsidentschaft wurden am 1. Dezember 2020 Schlussfolgerungen des Rates zum Abbau des Gender Pay Gaps verabschiedet.<sup>16</sup> Diese listeten verschiedene und ua. folgende Forderungen auf:

- gerechte *Aufteilung* bezahlter Erwerbsarbeit zwischen Männern und Frauen
- im Rahmen von Tarifverhandlungen *geschlechterdifferenzierte Folgenabschätzungen*
- Arbeitszeitflexibilisierung *zur* besseren Vereinbarkeit
- und außerdem flexible und *angemessene Arbeitsregelungen* für Beschäftigte unter Einschluss neuer Technologien.

Diese Anhaltspunkte veranlassen zu den Folgefragen:

- Ist die Arbeitswelt/das Arbeitsrecht in dieser Hinsicht »vereinbarkeitsoffen«?
- Ist der Rechtsrahmen förderlich für partnerschaftliche Lebensmodelle?
- Wo finden sich Anhaltspunkte, »bezahlte Erwerbsarbeit gerecht aufzuteilen«?

- Und was schließt eine solche Aufteilung ein? Sollen nur bei Lohn und Arbeitszeit oder bei weitaus mehr Einzelaspekten Fragen vereinbarungsgerechter Gestaltung beachtet werden? Geht es am Ende etwa um sämtliche Ressourcen zur Gestaltung von Arbeit?

### 5. Anhaltend zu untersuchen: Die arbeitsrechtliche Lösung von Zielkonflikten bei realisierter Erwerbstätigkeit

Untersuchungen, wie sich Vollzeit-Vollzeit-Modelle bzw. das Konzept des adult-worker-Modells unter heutigen Lebens- und Familienkonstellationen gestalten lassen, sind nicht neu. Gesichert ist die Erkenntnis, dass langfristige Auszeiten, zB. durch Elternzeit, und starre Teilzeitmodelle Ursache für die oben beschriebenen Lücken zwischen Männern und Frauen sind.<sup>17</sup> Die Politik setzt daher sowohl auf nationaler wie auch auf europäischer und internationaler Ebene seit Jahren darauf, eine partnerschaftliche Inanspruchnahme bezahlter Freistellungen und einen früheren Wiedereinstieg von Frauen nach sorgebedingten Auszeiten anzureizen. Bestes Beispiel sind Elternzeit und Elterngeld. Die Verkürzung der Bezugsdauer von Elterngeld gegenüber dem früheren Erziehungsgeld und die Honorierung geteilter Auszeiten durch parallele und sehr flexible Elternteilzeit sowie durch sogenannte Partnerschaftsmonate bewirken allerdings nur allmählich spürbare Verhaltensänderungen junger Paare.<sup>18</sup> Interessant ist deshalb die Frage, welche Vorgaben das Arbeitsrecht und welche Signale die Arbeitswelt für den kulturellen Wandel von geschlechtersegregierten hin zu partnerschaftlichen Lastenverteilungen in Familien senden. Alle rechtlichen Weichenstellungen, um Menschen in ihrem individuellen Verhalten zu Änderungen zu veranlassen, sind nur dann konsistent, wenn zugleich die Arbeitswelt offen ist für die organisationalen Anforderungen, denen sich erwerbstätige Menschen mit Sorgepflichten gegenübersehen. Dazu muss das Arbeitsrecht selbst Lösungen bieten. Dazu schrieb schon *Ingrid Schmidt*, frühere Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts: »[...] Gleichstellungspolitik [...] muss [...] darauf ausgerichtet sein, Rahmenbedingungen zu schaffen, die es zulassen, auch 2-Verdiener-Arrangements ohne Überforderung leben zu können. Bei der Vielgestaltigkeit denkbarer und frei zu wählender Lebensmodelle auf Grundlage von Geschlechtergerechtigkeit kommt es zwangsläufig zu Zielkonflikten, auch mit Anliegen des Arbeitsrechts. Diese mit den Mitteln des Rechts zu lösen, ist eine komplexe Aufgabe.«<sup>19</sup>

### III. Grund- und Menschenrechtsperspektive – Leitbilder für familiengerechte Arbeitsorganisation

Bevor einfachgesetzlich analysiert wird, führt die Suche nach arbeitsrechtlichen Vorgaben zur Lösung von Zielkonflikten in Unvereinbarkeitslagen zunächst zum internationalen und verfassungsrechtlichen Rechtsrahmen.

<sup>14</sup> *Hobler/Pfahl/Zucco*, 30 Jahre deutsche Einheit – Gleichstellung von Frauen und Männern auf den Arbeitsmärkten in West- und Ostdeutschland?, WSI-Report Nr. 60, September 2020, S. 5.

<sup>15</sup> Dazu *Kreyenfeld/Geisler*, Zeitschrift für Familienforschung 2006, 333 ff.; *Keller/Kahle*, Realisierte Erwerbstätigkeit von Müttern und Vätern zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Statistisches Bundesamt, WISTA, 3/2018, S. 54 ff.

<sup>16</sup> <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/179126/682aaf2139c4472bf45cc03603of-c5/20201201-ratsschlussfolgerungen-lohngerechtigkeit-data.pdf> (29.7.2024).

<sup>17</sup> Vgl. auch 2. Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 18/12840, S. 100 ff., 120 ff.

<sup>18</sup> Zum jüngsten Bemühen um die weitere Flexibilisierung der Entwurf eines 2. Gesetzes zur Änderung des BEEG, BT-Drs. 19/24438, S. 1 ff.

<sup>19</sup> *Schmidt*, AuR 2018, 320, 323.

## 1. Blick ins Grundgesetz – Vereinbarkeit ein ausdrückliches Thema von Verfassungsrang?

### a) Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 6 Abs. 1 und 2 GG

Auf der Spurensuche im Verfassungsrecht nach Vorgaben für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf spielt Art. 3 Abs. 2 GG eine zentrale Rolle. Dieser besagt, »Männer und Frauen sind gleichberechtigt.« (Satz 1) und, seit seiner Ergänzung im Jahr 1994 außerdem, »Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.« (so Satz 2). Das Bundesverfassungsgericht hat diese Vorgaben im Laufe seiner Rechtsprechung weiter konkretisiert und entschieden, dass sich das Gleichberechtigungsgebot auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt, auf die Angleichung der Lebensverhältnisse einschließlich gleicher Erwerbchancen für Frauen und Männer zielt und dass, wenn Schutzbestimmungen zugunsten von Frauen faktisch diskriminierende Wirkung entfalten können, der Gesetzgeber dies durch geeignete Regelungen verhindern muss.<sup>20</sup> Diese Ausformulierung der faktischen Gleichstellungspflicht unterstreicht, dass nicht im Abbau von Schutzbestimmungen der Schlüssel zur Vermeidung faktischer Diskriminierung liegt. Das Dilemma eines geschlechtersensiblen Schutzes und die davon ausgehende faktische Diskriminierungsgefahr sollen vielmehr laufend reflektiert werden und durch Folgenabschätzung kompensiert werden.<sup>21</sup> Konkret muss der Gesetzgeber also den notwendigen Schutz entweder universell für den konkreten Bedarf gestalten<sup>22</sup>, also für die konkrete Sorgepflicht und unabhängig vom Geschlecht, oder er muss bei unvermeidbar geschlechtsspezifischer Ausgestaltung, wie zB. beim gesamten Mutterschutz während Schwangerschaft, nach Geburt und in der Stillphase, verhindern, dass sich Arbeitsplätze, wenn sie mit Frauen besetzt werden, ver-teuern.<sup>23</sup>

Weitere Anknüpfungspunkte, Vereinbarkeitslösungen abzuleiten, ergeben sich über den verfassungsrechtlichen Schutz durch Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG. Ehe und Familie stehen gemäß Absatz 1 unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung und nach Absatz 2 wird das elterliche Erziehungsrecht besonders geschützt. Beides bedarf der einfachgesetzlichen Ausgestaltung und zwar nicht nur durch Familienrecht, sondern vor allem im Arbeitsleben und daher durch Arbeitsrecht, damit wiederum die einzelnen Familienmitglieder wie andere Menschen ihr Recht auf Berufsausübung und auf eigenständige Lebensunterhaltssicherung realisieren können. Obwohl es naheliegt, auch in diesem Feld einschlägige Rechtsprechung zu finden, fällt jedenfalls eine Recherche über die juris-Datenbank mit Treffern im Kontext vereinbarkeitsgerechter Arbeitsgestaltung zur Sicherung des Rechts auf Familienleben und auf Wahrnehmung der elterlichen Sorgeverantwortung

eher mager aus. Immerhin hat der 10. BAG-Senat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2002 die Gestaltungsmacht der Tarifparteien im Lichte von Art. 6 Abs. 2 GG als begrenzt angesehen und entschieden, dass »Eine Tarifnorm, nach der die Betreuung erkrankter Kinder bereits dann zu einer Kürzung tariflicher Sonderzahlungen in Höhe von 1/12 führt, wenn sie nur an einem Tag notwendig ist, [...] zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG führen [dürfte], weil sie die Arbeitnehmer im Ergebnis zwingen würde, jeweils bezahlten Urlaub in Anspruch zu nehmen.«<sup>24</sup>

### b) Ambivalenz von Privatautonomie und Schutzverantwortung gegenüber Dritten

Denkbar wäre, die Privatautonomie zur Gestaltung von Arbeitsverhältnissen zum Schutz des Familienlebens und damit auch zum Schutz elterlicher Fürsorge der hierauf unverzichtbar angewiesenen Kinder zu begrenzen. Die Erstreckung eines Schuldverhältnisses auf andere Personen, die nicht ausdrücklich in den Leistungsaustausch einbezogen sind, ist im allgemeinen Schuldrecht über zwei Konstruktionen anerkannt, zum einen über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder über die Drittschadensliquidation. Das soll hier rechtssystematisch nicht vertieft werden. Auffallend ist allerdings, dass sich keine Rechtsprechung und wohl auch keine Literaturdiskussion zur denkbaren Einbeziehung der Kinder in das Arbeitsverhältnis ihrer Eltern, am ehesten sicher über die anerkannte Konstruktion des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, unter dem Gesichtspunkt kollidierender Pflichten, finden lässt. Insoweit ließe sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Begrenzung der vertraglichen Gestaltungsmacht von Eltern in Eheverträgen fruchtbar machen. Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht die grundsätzliche Autonomie zur Regelung der eigenen Beziehungen der Ehegatten zum Schutz des in Art. 6 Abs. 2 GG verankerten Kindeswohls als begrenzt angesehen.<sup>25</sup> Im Haftungsrecht ist die Rechtsfigur des Arbeitsverhältnisses als Schuldverhältnis mit Schutzwirkung für Kinder, die regelmäßig mit der von der Arbeit ausgehenden Unfallgefahr in Berührung kommen, anerkannt.<sup>26</sup> Nicht nur unfallbedingte Expositionen durch Anwesenheit auf der Arbeitsstätte gefährden die Gesundheit naher Angehöriger. Vor allem Kinder sind unmittelbar psychosozialen Risiken ausgesetzt, wenn Eltern ihre Sorgepflicht nicht kindeswohlgerecht wahrnehmen können, weil sie zB. wegen Arbeitszeitverstößen oder durch Verletzung von für Familien insgesamt essenziellen Ruhezeiten selbst überbeansprucht sind. Die mittelbare Wirkung eines Arbeitsverhältnisses auf dem Arbeitnehmer bzw. der Arbeitnehmerin nahestehende Personen ist sicher nicht völlig vergleichbar mit den Wechselwirkungen in der arbeitsteiligen Organisation eines Betriebes zwischen Kolleginnen und Kollegen. Sie ist aber auch nicht gänzlich anders. Darauf wird zurückzukommen sein. An dieser Stelle sei festgehalten, dass eine Debatte um die rechtlichen Assoziationen zwischen den beiden Organisationsbereichen der Erwerbsarbeit und der Familienarbeit unter Schutzgesichts- oder Schutzpflichtaspekten derzeit – jedenfalls fachöffentlich – nicht geführt wird.

<sup>20</sup> Dazu BVerfG, 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 – BVerfGE 109, 64 ff.

<sup>21</sup> BVerfG, 8.6.2016 – 1 BvR 3634/13 – juris, am Beispiel des Zusammenspiels von Mas- senentlassungsschutz und Sonderkündigungsschutz bei Elternzeit.

<sup>22</sup> Vgl. dies schon für die gesundheitsschädigende Wirkung von Nachtarbeit unabhängig vom Geschlecht zunächst der EuGH, 25.7.1991 – C-345/89 – EuGRZ 1991, 421 ff. (Stoeckel) und dann BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/84, 1 BvR 1025/82, 1 BvL 10/91, 1 BvL 16/83 – BVerfGE 85, 191.

<sup>23</sup> Ausführlich dazu *Winge/Wohlleben/Nebe/Hoffer*, Evaluation Mutterschutzgesetz: Bericht, hrsg. vom BMFSFJ, Berlin 2023, S. 10, <https://www.ausschuss-fuer-mutter-schutz.de/weitere-informationen/evaluationsbericht> (29.7.2024).

<sup>24</sup> BAG, 31.7.2002 – 10 AZR 578/01 – juris Rn. 44.

<sup>25</sup> BVerfG, 6.2.2001 – 1 BvR 12/92 – juris, Orientierungssatz 4.

<sup>26</sup> BGH, 13.2.1975 – VI ZR 92/73 – NJW 1975, 867, 868.

## 2. Unionsrecht – konkreter durch die EU-Grundrechte-Charta ua.

Europa ist bei der Formulierung eines Leitbildes familien-gerechter Arbeitsorganisation deutlich aussagefreudiger. In Art. 31 EU-GRCh findet sich unter der Überschrift »Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen« die aus der omnipräsente Diskussion um das Thema »Arbeitszeit« bekannte Vorgabe, »Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen«. Dies wird ergänzt durch Absatz 2 mit dem Wortlaut »Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub«. Auf den Stellenwert flexibler Arbeitszeiten für Sorgeleistende, und zwar sowohl hinsichtlich Umfang, vor allem aber auch hinsichtlich Lage und Rhythmus, wird an späterer Stelle noch vertieft einzugehen sein. Vorweggeschickt sei schon hier, dass der auf dieser Norm aufbauende Mindestarbeitszeitschutz besonders wichtig für die Berufsgruppe der Sorgeleistenden ist. Die mit der Sorgearbeit notwendigerweise verbundene Forderung nach einer Flexibilisierung der Arbeitszeit ist nicht gleichzusetzen mit der Forderung nach Abbau der Vorgaben des ArbZG. Die Flexibilisierung hat je nach Zielrichtung und je nach Art der Veränderung ganz unterschiedliche Wirkungen, auch für die hier thematisierte Vereinbarkeitslösung. Deshalb ist höchste Vorsicht zur Vermeidung von Missverständnissen geboten. Zugleich wäre es fatal, aus nachvollziehbarer Sorge um eine Absenkung des Arbeitszeitschutzes die Diskussion um Flexibilität innerhalb des geltenden Arbeitszeitrechtes zu meiden. Die hier angestoßene Denkrichtung zielt gerade nicht auf eine Aufweichung des ArbZG.

Eng mit dem Mindestarbeitszeitschutz und dem Mindestschutz für gesunde, sichere und würdige Arbeitsbeziehungen hängt Art. 33 EU-GRCh zusammen. Dieser verlangt in Absatz 1 direkt »Der rechtliche, wirtschaftliche und soziale Schutz der Familie wird gewährleistet.« und ergänzt in Absatz 2 »Um Familien- und Berufsleben miteinander in Einklang bringen zu können, hat jeder Mensch das Recht auf Schutz vor Entlassung aus einem mit der Mutterschaft zusammenhängenden Grund sowie den Anspruch auf einen bezahlten Mutterschaftsurlaub und auf einen Elternurlaub nach der Geburt oder Adoption eines Kindes«.

Der enge Zusammenhang zwischen dem Schutz auf angemessene Arbeitsbedingungen und auf Arbeitszeitschutz einerseits und dem Schutz eines Familienlebens durch vereinbarkeitsgerechte Arbeitsorganisation andererseits wird verdeutlicht durch die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 21. Januar 2021 mit Empfehlungen an die Kommission zum Recht auf Nichterreichbarkeit<sup>27</sup>. Mit Spannung sind die Ergebnisse der abgelaufenen ersten Runde der Sozialpartneranhörungen zu erwarten.

Die Aufzählung lässt sich fortführen. Verwiesen sei hier nur auf Art. 16 der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer und auf die Grundsätze 2 und 9 der

Europäischen Säule sozialer Rechte. Beides ist für Deutschland im Rahmen der Bindung an supranationales Recht verbindlich.

## 3. Inklusives Völkerrecht

Lohnend ist zudem der Blick ins Völkerrecht. Normativ zu nennen sind hier Art. 8 EMRK mit dem in seinem Absatz 1 verankerten Recht für jede Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens. Die universellen Menschenrechte sind in der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) speziell für die Belange von Menschen mit Behinderungen konkretisiert. Insoweit ist hieraus auf Art. 7 UN-BRK und dessen Absätze 1 und 2 zu verweisen, denn danach »[...] treffen [die Vertragsstaaten] alle erforderlichen Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass Kinder mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen Kindern alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen können. Bei allen Maßnahmen, die Kinder mit Behinderungen betreffen, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.« Und noch früher, schon in der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK)<sup>28</sup>, findet sich die Formulierung des Menschenrechtsschutzes speziell für Kinder. Art. 18 UN-KRK gibt den Vertragsstaaten auf, »[...] sich nach besten Kräften [zu bemühen], die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind.«

In der revidierten Europäischen Sozialcharta (RESC)<sup>29</sup> ist in Art. 27 das Recht der Arbeitnehmer mit Familienpflichten auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung verankert. Infolge der Ratifikation ist Deutschland an die RESC gebunden. Dabei verpflichtet sich Deutschland, ua.

- › »um die wirksame Ausübung des Rechts auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer mit Familienpflichten [...] zu gewährleisten, [...]:
  1. geeignete Maßnahmen zu ergreifen:
    - a) um Arbeitnehmern mit Familienpflichten zu ermöglichen, erwerbstätig [...] zu bleiben [...],
    - b) um bei den Beschäftigungsbedingungen und der Sozialen Sicherheit ihren Bedürfnissen Rechnung zu tragen, [...];
  3. zu gewährleisten, daß Familienpflichten als solche kein triftiger Grund für eine Kündigung sein dürfen.«

In Bezug auf Art. 27 RESC gibt es keine Einschränkungen bei der Ratifizierung.

In der Auflistung von wichtigen völkerrechtlichen Quellen darf das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) nicht fehlen.

Art. 11 Abs. 1 CEDAW verpflichtet Deutschland, »alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau im Berufsleben [zu treffen], um ihr auf der Grundlage der Gleichberechtigung von Mann und Frau gleiche Rechte zu gewährleisten, insbesondere [...] das Recht auf dieselben

<sup>28</sup> Ratifiziert durch Deutschland durch Zustimmungsgesetz vom 17.2.1992, BGBl. II, S. 121, Inkrafttreten für Deutschland am 5.4.1992.

<sup>29</sup> Die revidierte Fassung der Europäischen Sozialcharta von 1996 wurde 2007 von Deutschland unterzeichnet und 2021 ratifiziert durch »Gesetz zur Revision der Europäischen Sozialcharta vom 3. Mai 1996«, vom 12.11.2020, BGBl. 2020 II, S. 900. Die Charta ist am 1.5.2021 in Deutschland in Kraft getreten. BGBl 2021 II, S. 1060.

<sup>27</sup> Verfahren: 2019/2181(INL), [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021\\_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_DE.pdf) (29.7.2024).

Arbeitsmöglichkeiten [...]«. Art. 11 Abs. 2 CEDAW konkretisiert das Diskriminierungsverbot, um das Recht auf Arbeit auch bei Eheschließung oder Mutterschaft wirksam zu gewährleisten. Konkret dazu hat sich Deutschland verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu treffen, die in den Buchstaben a) bis d) genannt sind und in Buchstabe c) lauten auf »Förderung der Bereitstellung der erforderlichen unterstützenden Sozialdienste, die es Eltern ermöglichen, ihre Familienpflichten mit ihren beruflichen Aufgaben und mit der Teilnahme am öffentlichen Leben zu vereinbaren, insbesondere durch Förderung der Errichtung und des Ausbaus eines Netzes von Einrichtungen zur Kinderbetreuung«.

Innerhalb der deutschen Rechtsordnung bislang ohne Geltung ist eine ähnliche Konkretisierung der Rechte auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern in Bezug auf Familienpflichten, die das ILO-Übereinkommen Nr. 156 liefert. Dieses ist bislang von Deutschland noch nicht ratifiziert worden und hat daher nur innerhalb der Auslegung von EU-Recht wegen der Bindung der EU an Völkerrecht<sup>30</sup> normativ praktische Relevanz.<sup>31</sup>

#### 4. Zwischenfazit

Eine tiefere Analyse des Gehalts der einzelnen Vorgaben des EU- und des Völkerrechts wird an dieser Stelle nicht geleistet. Eine wichtige Rolle für die Auslegung spielen hierbei die verschiedenen Staatenberichtsverfahren und die an deren Ende an Deutschland ergehenden Empfehlungen der jeweiligen Komitees.<sup>32</sup> Für die hier in diesem Beitrag anzustellenden Überlegungen genügt schon eine Zwischenbilanz anhand der bloßen Betrachtung des reinen Normenbestandes. Danach ist zu konstatieren, dass sowohl das EU-Recht, noch deutlicher aber das Völkerrecht ein Leitbild der geschlechtergerechten Gestaltung der Arbeitswelt durch vereinbarungsgerechte Arbeitsorganisationsmodelle liefern. Da wiederum das Grundgesetz wegen seiner Unions- und Völkerrechtsfreundlichkeit im Lichte dieses Leitbildes ausgelegt werden muss, kann insgesamt resümiert werden, dass eine mit Familienleben und Sorgearbeit vereinbare Erwerbsarbeit für Frauen und Männer gleichermaßen Menschen- und Grundrecht ist und die Ausgestaltung sowie Anwendung des hierzu erforderlichen Schutzes selbst wiederum nicht zu Benachteiligungen wegen des erforderlichen Schutzes führen darf. Zur materiellen Wirksamkeit des Gleichstellungsschutzes von Menschen mit Sorgepflichten unabhängig vom Geschlecht sehen vor allem die Übereinkommen des Völkerrechts konkrete Vorgaben vor und verpflichten zur Berücksichtigung der familienbedingten Bedürfnisse bei den Beschäftigungsbedingungen.

Eine weitere Erkenntnis soll herausgestellt werden und zwar hinsichtlich des Stellenwertes dieses Leitbildes einer vereinbarungsgerechten Arbeitsorganisation: In die Dimensionen der Gestaltung der menschenwürdigen Arbeitswelt ist der Schutz des Familienlebens der Arbeitnehmer auf gleicher Höhe einbezogen wie der Schutz anderer Grundrechte, so zB. Gesundheitsschutz oder Datenschutz.

Aus Grund- und Menschenrechtsperspektive und dem daraus entspringenden Leitbild einer familiengerechten Arbeitswelt ergibt sich die Verantwortung des Staates, die mit hohen Autonomiebefugnissen ausgestatteten Akteure der Arbeitswelt in die Gestaltungsverantwortung zu nehmen. Das staatliche Arbeitsrecht muss einen Rahmen schaffen, damit alle verantwortlichen Akteure, vor allem Arbeitgeber(verbände) und Gewerkschaften ihre Gestaltungsmacht in Übereinstimmung mit dem Leitbild einer familiengerechten Arbeitswelt wahrnehmen (können).

## IV. Lebensverlaufsperspektive

### 1. Die Gleichstellungsberichte der Bundesregierung auf der Grundlage des Gutachtens einer Sachverständigenkommission

Das hochrangige Leitbild ist damit skizziert. Nun kann sich der Blick von der Ebene der Menschen- und Grundrechte auf die der richtlinienförmigen oder einfachgesetzlichen Ausgestaltung richten. Doch zuvor sollen der Stellenwert der Gleichstellungsberichte der Bundesregierung<sup>33</sup> und hier in diesem Aufsatz vor allem eine der zentralen Empfehlungen aus dem 1. Gleichstellungsbericht erkenntnisleitend vorangestellt werden. Die fehlende Konkretisierung der Gleichstellungspflichten im deutschen Verfassungsrecht (s.o.) wird in gewisser Hinsicht durch die Berichte der jeweils neu gewählten Sachverständigenkommission der Bundesregierung kompensiert. Auf der Basis von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG und der damit auch an die Bundesregierung gerichteten Pflicht, ihre gesamte Politik im Lichte der Gleichstellungseffekte zu reflektieren, wird in jeder Legislatur durch eine eingerichtete Sachverständigenkommission ein Gutachten zu einem vorgegebenen übergeordneten politischen Gestaltungsfeld erstellt und es werden darin Handlungsempfehlungen zur Verbesserung der Gleichstellung geliefert. Gemeinsam mit der Stellungnahme der Bundesregierung ergibt dies den jeweiligen Gleichstellungsbericht der Bundesregierung. Derer liegen inzwischen drei vor, der vierte ist in Arbeit. Schon mit dem 1. Gleichstellungsbericht wurde ein wichtiger Grundstein gelegt, dem jedenfalls alle bisher anschließenden Gleichstellungsberichte auch inhaltlich gefolgt sind. Die Rede ist von der sogenannten Lebensverlaufsperspektive. Denn, so die Erkenntnisse der Sachverständigenkommissionen, nachhaltige Gleichstellungspolitik verlangt eine langfristige Perspektive. Erst die Lebensverlaufsperspektive betrachtet die langfristigen Auswirkungen bestimmter Entscheidungen und Arrangements für die Verwirklichungschancen im weiteren Leben. Danach kann eine konsistente Gleichstellungspolitik für Frauen und Männer langfristig nur entwickelt werden, wenn die langfristigen Folgen von Entscheidungen in einzelnen Lebensabschnitten deutlich und entsprechend in der

30 Zur Türöffnerfunktion des EU-Rechts für das von Deutschland nicht ratifizierte Völkerrecht *Nebe*, in: Calliess (Hrsg.), *Transnationales Recht*, Tübingen 2014, S. 497–513.

31 [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms\\_c156\\_de.htm](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c156_de.htm) (29.7.2024).

32 Ausführlich dazu *Nebe/Schmieder*, *ZESAR* 2024, 265–273.

33 § 2 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien erhebt die Gleichstellung von Frauen und Männern zum durchgängigen Leitprinzip. Auf Basis dessen wird einmal je Legislatur zur Fundierung einer ziel- und wirkungsorientierten Gleichstellungspolitik eine Sachverständigenkommission mit einem Gutachten zur Gleichstellungspolitik beauftragt.

Politikgestaltung berücksichtigt werden.<sup>34</sup> Mit der Bemessung von Gleichstellungspolitik am Lebensverlauf ist dieser nicht mehr nur Quer- sondern zugleich auch Längsschnittaufgabe. Damit decken sich das aus dem EU-Recht entspringende Gender Mainstreaming und der Gleichstellungsauftrag von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG.

## 2. Lebenslagenspezifische Risiken für sorgeleistende Erwerbstätige

Für das hier interessierende Leitbild der familiengerechten Arbeitsorganisation heißt dies, dass dessen einfachgesetzliche Ausgestaltung an den lebenslagenspezifischen Herausforderungen von sorgepflichtigen Erwerbstätigen gemessen werden muss. In den Blick zu nehmen sind also mindestens schon die Zeiten der Familienplanung, spätestens mit Beginn einer Schwangerschaft, die Zeiten nach der Entbindung, vor allem auch die Stillzeit. Hier ergeben sich besondere Risiken für die Teilhabe an Ausbildung und Beschäftigung durch den stigmatisierenden Ausspruch von sogenannten Beschäftigungsverboten.<sup>35</sup> Sorgepflichten ändern sich typischerweise im Lebensverlauf, von der Elternverantwortung zur Pflege von Angehörigen bis hin zum Begleiten am Lebensende. Die Herausforderungen liegen insoweit in der eingangs bereits beschriebenen Überwindung tradierter Rollenbilder durch eine partnerschaftliche Aufteilung von bezahlter und unbezahlter Arbeit. Das wiederum verlangt Kontinuität statt tiefer Brüche durch arbeitsweltliche Entfremdung. Und diese sich wandelnde Sorgearbeit, die wiederkehrend zu leisten ist, braucht flexible Anpassungsoptionen an individuelle und wechselnde Bedürfnisse, ohne ein lebenslanges Einfrieren einmal gewählter Anpassung (Stichwort: »Teilzeitfalle«). Und ungeachtet notwendiger Schematisierung kommen die besonderen Belange für Eltern behinderter Kinder oder von Alleinerziehenden hinzu, wenn sich im Lebensverlauf familientypische Wechselfälle einstellen. Schon der 1. Gleichstellungsbericht und diesem später folgende geben wichtige Empfehlungen für vereinbarkeitsförderliche Gestaltungen.<sup>36</sup>

## V. Leitbild der EU-Vereinbarkeits-RL

### 1. Vereinbarkeits-Richtlinie 2019/1158/EU – Baustein im Gleichstellungsrecht

Von Beginn an war die europäische Einheit aus mehreren Gründen eng mit dem Schutz vor Diskriminierung und dabei auch mit dem Schutz vor geschlechtsspezifischer Diskriminierung verbunden. Das europäische Recht der Geschlechtergleichstellung und insbesondere die dazu ergangene EuGH-Rechtsprechung waren wesentliche Impulsgeber für das deutsche Gleichstellungsrecht. Im Laufe der Jahrzehnte

wurde das Gleichstellungsrecht materiell immer klarer ausgeformt. Einen Meilenstein zur Überwindung geschlechtsspezifischer Rollenbilder und für eine egalitäre Verteilung von bezahlter Erwerbs- und unbezahlter Sorgearbeit wird in der Europäischen Richtlinie 2019/1158/EU zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige (Vereinbarkeits-RL)<sup>37</sup> gesehen. Sie basiert auf Art. 153 Abs. 1 lit. i AEUV. Nach diesem Kompetenztitel unterstützt und ergänzt die Union die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und der Gleichbehandlung am Arbeitsplatz. Mit der Vereinbarkeits-RL ist die Elternurlaubs-RL 2010/18/EU aufgehoben worden. Die Vereinbarkeits-RL ist nun vor allem um die Belange von Erwerbstätigen, die gleichzeitig pflegen, erweitert worden. Die Vereinbarkeits-RL zielt auf die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Ermöglichung partnerschaftlicher Sorgearrangements zur Sicherung gleicher Teilhabechancen von Frauen und Männern bei Sorgeverantwortung, die Berücksichtigung der Belange der Kinder bei Erwerbsarbeit der Eltern und will damit zugleich den demografischen Wandel bewältigen.<sup>38</sup>

Konkret heißt es in Erwägungsgrund Nr. 10:

- › »Die Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben stellt jedoch – insbesondere aufgrund der zunehmenden Verbreitung verlängerter Arbeitszeiten und wechselnder Arbeitspläne – für viele Arbeitnehmer und Eltern mit Betreuungs- bzw. Pflegeaufgaben eine große Herausforderung dar, was negative Auswirkungen auf die Beschäftigungsquote von Frauen hat. Frauen sind vor allem auch deshalb am Arbeitsmarkt unterrepräsentiert, weil sich berufliche und familiäre Pflichten nur schwer vereinbaren lassen. Frauen mit Kindern sind häufig in geringerem Stundenausmaß bezahlt beschäftigt und wenden mehr Zeit für unbezahlte Betreuungs- und Pflegeaufgaben auf. Auch die Erkrankung oder Pflegebedürftigkeit von Angehörigen wirkt sich nachweislich negativ auf die Erwerbstätigkeit von Frauen aus und führt sogar dazu, dass manche Frauen ganz aus dem Arbeitsmarkt ausscheiden.«

Und weiter ist zu lesen in Erwägungsgrund Nr. 11:

- › »[...] Die Politik zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Frauen bzw. Männer ist so unausgewogen gestaltet, dass sie die Geschlechterstereotype und -unterschiede sowohl im Beruf als auch im Bereich von Betreuung und Pflege noch verstärkt. Mit Gleichbehandlungsmaßnahmen sollte unter anderem das Problem der Stereotype bei der Beschäftigung und den Rollen sowohl von Männern als auch von Frauen angegangen werden, und die Sozialpartner sind dazu angehalten, ihrer Schlüsselrolle gerecht zu werden, indem sie sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber informieren und sie für die Bekämpfung von Diskriminierung sensibilisieren. Wenn Väter Maßnahmen zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben in Anspruch nehmen, wie z. B.

34 Anschaulich (nicht nur) für den Geschäftsbereich der Bundesregierung die Arbeitshilfe gleichstellungsorientierte Gesetzesfolgenabschätzung nach § 2 GGO, BMFSFJ, 2021, <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/186980/e5528c0b2ce90cd9bc8aa-54c6e198c2/arbeitshilfe-gleichstellungsorientierte-gesetzesfolgenabschaetzung-nach-2-ggo-data.pdf> (29.7.2024).

35 Ausführlich dazu *Winge/Wohleben/Nebe/Hoffer*, Evaluation Mutterschutzgesetz: Bericht, hrsg. vom BMFSFJ, Berlin 2023, S. 25, <https://www.ausschuss-fuer-mutterschutz.de/weitere-informationen/evaluationsbericht> (29.7.2024)

36 Sachverständigengutachten, Neue Wege – gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf. Gutachten der Sachverständigenkommission für den Ersten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, 2011, <http://www.gleichstellungsbericht.de> (29.7.2024).

37 Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, ABl. 12.7.2019, L 188/79.

Die Vereinbarkeits-Richtlinie der EU ist am 1.8.2019 in Kraft getreten. Sie ersetzt die Richtlinie über den Elternurlaub (RL 2010/18/EU).

38 Vgl. dazu die Erwägungsgründe Nr. 10 ff. der RL 2019/1158/EU.

Urlaub oder flexible Arbeitsregelungen, wirkt sich dies außerdem nachweislich positiv in der Form aus, dass Frauen relativ betrachtet weniger unbezahlte Familienarbeit leisten und ihnen mehr Zeit für eine bezahlte Beschäftigung bleibt.«

## 2. Instrumente zur materiellen Gleichstellung

Die Vereinbarkeits-RL verdeutlicht in ihren Erwägungsgründen das Leitbild des aus Gleichstellungsgründen und zum Schutz vor geschlechtsspezifischer Diskriminierung zu gestaltenden partnerschaftlichen Vereinbarkeitsmodells. Dazu sieht die Richtlinie konkrete Instrumente vor, die von den Mitgliedstaaten mit dem Ziel einer familienfreundlichen Arbeitsorganisation vorzusehen sind:

- bezahlter Vaterschafts-/Partnerschaftsurlaub anlässlich der Geburt des Kindes (Art. 4 und Erwägungsgrund Nr. 19),
- bezahlter und nicht übertragbarer Elternurlaub (Art. 5 und Erwägungsgrund Nr. 20),
- Urlaub für pflegende Angehörige (Art. 6 und Erwägungsgrund Nr. 27),
- Freistellung aufgrund höherer Gewalt (Art. 7 und Erwägungsgrund Nr. 28),
- flexible Arbeitsmuster für sorgeleistende Arbeitnehmer, dh. Anpassung der Arbeitsmuster, Nutzung von Telearbeit, flexible Arbeitspläne oder Reduzierung der Arbeitszeit (Art. 9 und Erwägungsgrund Nr. 35),
- das Recht auf Rückkehr an den früheren Arbeitsplatz und Besitzstandsschutz nach Freistellungen (Art. 10 und Erwägungsgrund Nr. 38).

Außerdem verlangt die Richtlinie eine ganze Reihe flankierender Vorkehrungen im innerstaatlichen Recht, um die Inanspruchnahme der genannten Instrumente auch zu ermöglichen bzw. zu effektivieren. Dazu zählen ua.:

- Schutz vor Diskriminierung oder Schlechterstellung (Art. 11 und Art. 14 und Erwägungsgrund Nr. 40),
- Kündigungsschutz (Art. 12 und Erwägungsgrund Nr. 41),
- Sanktionen bei Verstößen (Art. 13 und Erwägungsgrund Nr. 43) und
- Rechtsschutz vor Benachteiligungen (Art. 15 und Erwägungsgrund Nr. 46).

Dieser komplette Instrumentenmix soll der effektiven und wirksamen Ausgestaltung der Ziele der Vereinbarkeits-RL dienen.

## 3. Berücksichtigung besonderer Vulnerabilitäten

Bemerkenswert sind zudem die besonderen Vorgaben der Richtlinie im Hinblick auf besonders schutzwürdige Belange. Dazu findet sich in Erwägungsgrund Nr. 37 folgender Passus:

- »[...] sind die Mitgliedstaaten dazu angehalten zu beurteilen, ob die Zugangsbedingungen und Modalitäten für die Wahrnehmung des Rechts auf [...] an den besonderen Bedarf von etwa alleinerziehenden Elternteilen, Adoptiveltern, Eltern mit Behinderungen,

Eltern von Kindern mit Behinderungen oder einer chronischen Erkrankung oder Eltern in einer besonderen Lage wie etwa nach einer Mehrlingsgeburt oder einer Frühgeburt angepasst werden sollten.»

Und konkret zum Elternurlaub heißt es dann in Art. 5 Abs. 8:

- »Die Mitgliedstaaten prüfen, ob die Zugangsbedingungen und die Modalitäten für die Anwendung von Elternurlaub an die Bedürfnisse von Adoptiveltern, Eltern mit einer Behinderung und Eltern von Kindern mit einer Behinderung oder einer chronischen Erkrankung angepasst werden müssen.«

Damit ist das Leitbild der familiengerechten Vereinbarkeit zur Ermöglichung partnerschaftlicher Sorgearrangements zu erweitern und zwar um die Dimension der Sensibilität für besondere Verletzlichkeiten. Als solche besonders verletzlichere Familiensituationen und Lebenslagen sind nach der Vereinbarkeits-RL auszumachen:

- Frühgeburt
- Totgeburt
- Mehrlingsgeburt
- Verantwortungsübernahme nach Adoption oder bei Pflegschaft
- Geburt eines Kindes mit Behinderung und Sorge für ein Kind mit Behinderung
- (chronische) Krankheit eines Kindes
- Tod eines Kindes/eines Angehörigen
- Trennung und Alleinerziehung
- unvorhergesehene Gefahrenlage
- Verantwortung für andere Angehörige mit Behinderung oder chronische Erkrankung
- plötzlicher Eintritt oder Veränderung einer pflegerischen Versorgungslage.

## 4. Zwischenfazit zum Leitbild der EU-Vereinbarkeits-RL

Wiederum lässt sich im Wege des Zwischenresümeees zusammenfassen. Danach zeichnet die Vereinbarkeits-RL in Konkretisierung der Vorgaben auf europäischer und völkerrechtlicher Ebene als Leitbild zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf die Förderung partnerschaftlicher Sorgearrangements unter Einschluss der Schutzbedarfe der Kinder (Kindeswohl) und der pflegebedürftigen Personen bei gleichzeitiger Sensibilität für Inklusion. Damit knüpft die Vereinbarkeits-RL an den aus der Gleichbehandlungsrahmen-RL 2000/78/EG abgeleiteten Schutz vor assoziierter<sup>39</sup> und dem Schutz vor intersektioneller Diskriminierung an. Die Vereinbarkeits-RL lässt zudem deutlich werden, dass innerhalb der generell schutzbedürftigen Gruppe sorgeleistender Erwerbstätiger Binnendifferenzierungen in Betracht zu ziehen sind, vor allem zum Schutz bei besonders vulnerablen Konstellationen.

<sup>39</sup> Vgl. dazu EuGH, 17.7.2008 – C-303/06 – DVfR Forum A, A1-2011 (Coleman) mit Anm. Nebe sowie DVfR Forum B, B12/-2011 mit Anm. Rosendahl, jeweils unter [www.reha-recht.de](http://www.reha-recht.de) (29.7.2024).

## VI. Antworten des deutschen Arbeits- und Sozialrechts

### 1. Unzureichende Umsetzung trotz Vereinbarkeits-Richtlinien-Umsetzungsgesetz

Der deutsche Gesetzgeber ist nicht untätig geblieben. Zur Umsetzung der Vorgaben aus der Vereinbarkeits-Richtlinie ist das Gesetz zur weiteren Umsetzung der europäischen Vereinbarkeits-Richtlinie in Deutschland (Vereinbarkeitsrichtlinien-Umsetzungsgesetz – VRUG)<sup>40</sup> verabschiedet worden. Dazu wurden einzelne Änderungen im BEEG, im Pflegezeitgesetz (PflegeZG) und im Familienpflegezeitgesetz (FPfZG) sowie im AGG vorgenommen. Dabei handelt es sich vor allem um den Arbeitgebern auferlegte Mitteilungs- und Begründungspflichten<sup>41</sup> sowie um Zuständigkeitserweiterungen im AGG<sup>42</sup>. Die deutsche Gesetzgebung zur Umsetzung der Vereinbarkeits-RL wurde von Beginn an mit der Prämisse betrieben, dass der größte Teil der Richtlinien-Vorgaben bereits dem nationalen Recht entspreche. Überschaubar waren daher die Punkte, die von der Bundesregierung noch für umsetzungsbedürftig erachtet wurden und Eingang in das Gesetzgebungsverfahren gefunden haben.<sup>43</sup> Im Gesetzgebungsverfahren wurden von den angehörten Sachverständigen Lücken in der Umsetzung der Vereinbarkeits-RL reklamiert, die ohne Folgen für die Endfassung des VRUG geblieben sind.<sup>44</sup> Die EU-Kommission leitete zunächst gegen Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren ein, welches inzwischen eingestellt worden ist. Die Begründung der Kommission ist nicht veröffentlicht.<sup>45</sup> Die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens lässt aber nicht darauf schließen, dass es tatsächlich keiner weiteren gesetzlichen Vorgaben zur Umsetzung der Vereinbarkeits-RL im deutschen Arbeits- und Sozialrecht bedarf. Zumindest schon durch einen punktuellen Abgleich zwischen den von der Vereinbarkeits-RL benannten Instrumenten und Flankierungen (s.o.) und den konkreten Vorgaben im deutschen Recht lassen sich Lücken in der Umsetzung aufzeigen. So fehlt im BEEG eine Regelung zur Rückkehr nach der Elternzeit, wie von Art. 10 Abs. 2 RL 2019/1158/EU vorgegeben. Ebenso wenig findet sich eine Regelung im deutschen Recht zur Beantragung flexibler Änderungen der Lage der Arbeitszeit oder des Arbeitsortes. Die neuen Regelungen in

§ 7 Abs. 2 und 3 TzBfG leisten insoweit keine Entsprechung zu den Vorgaben des Art. 9 RL 2019/1158/EU.

Die ua. vom Wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundestages zusammengetragene Kritik an der Umsetzung<sup>46</sup> hat sich folglich durch die Einstellung des Vertragsverletzungsverfahrens nicht erledigt. Auch ein breites Echo in der arbeitsrechtlichen Literatur spricht mehr oder weniger deutliche Reserven in der Umsetzung der Vereinbarkeits-RL an und unterbreitet zeitgemäße Vorschläge zur vereinbarkeitsgerechten Fortschreibung des deutschen Arbeits- und Sozialrechts.<sup>47</sup>

### 2. Kaum Verbesserung bei Status quo

Weder hat der Gesetzgeber ein spezielles Gesetz zum Schutz von Sorgeverantwortung erlassen noch ist ein bundesweites Gesetz zum allgemeinen Schutz vor familienbedingten Nachteilen verabschiedet worden. Es finden sich weiterhin nur einzeln verstreut ausdrückliche Vorgaben zur »Vereinbarkeit«, zB. in § 80 Abs. 1 Nr. 2b BetrVG, in den § 1 PflegeZG und § 1 FPfZG sowie im MuSchG, vgl. § 1 MuSchG, oder bei entsprechender und methodisch zulässiger Auslegung auch im ArbSchG, dort in § 4 Nr. 6 hinsichtlich der Maßnahmen zu Gunsten besonders schutzbedürftiger Beschäftigtengruppen. Ansonsten bietet das deutsche Arbeitsrecht Spezialgesetze, die auch der Vereinbarkeit dienen sollen (so vor allem das BEEG oder aber auch § 9a TzBfG), allerdings ohne diesen Telos normativ zu verankern, wie bspw. in § 1 PflegeZG oder § 1 FPfZG. Das führt bei bestimmten Anwendungsfällen zu Nachteilen von Sorgeleistenden (vgl. dazu unten).

Zur besseren Vereinbarkeit konkret geregelt sind verschiedene Freistellungsansprüche. Die weiter unten zu findende tabellarische Zusammenstellung versucht, einen Überblick über die kaum noch überschaubare Fülle verschiedener Regelungen zu geben. Den Freistellungs- oder anderen Gestaltungsrechten ist weitgehend immanent, dass sie entweder sehr begrenzt auf bestimmte Zeiten/Phasen oder nur ab einer bestimmten Betriebsgröße anwendbar sind. Dabei ist die Inanspruchnahme allgemeiner Flexibilisierungsrechte, zB. (Brücken-)Teilzeit nach TzBfG, schon wegen der rechtsförmlichen Antragstellung (in Form einer die wesentlichen Bedingungen enthaltenden Willenserklärung gerichtet auf Änderung des Arbeitsvertrages) höchst komplex<sup>48</sup> und zudem vielen Beschäftigten in kleineren Betrieben wegen der doch recht hohen Schwellenwerte verschlossen.

40 Durch das VRUG vom 19.12.2022, BGBl. I, S. 2510 sind zum 24.12.2022 Änderungen im BEEG, im PflegeZG und im FPfZG sowie im AGG in Kraft getreten. Zur Kritik der Sachverständigen am Gesetzentwurf (BT-Drs. 20/3447) im Rahmen der Anhörung zusammenfassend <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw45-pa-familie-beruf-privat-917946> (29.7.2024).

41 Arbeitgeber müssen ihren Beschäftigten begründen, wenn sie deren Wunsch auf Elternteilzeit nicht entsprechen wollen (vgl. die Neuregelung in § 15 Abs. 5 BEEG), Arbeitgeber müssen auch (unabhängig von der Betriebsgröße) ihren Beschäftigten begründen, wenn sie deren Antrag auf eine Freistellung nach dem PflegeZG oder nach dem FPfZG ablehnen wollen (vgl. Neuregelungen in § 3 Abs. 6a PflegeZG und § 2a Abs. 5a FPfZG).

42 Außerdem wurden die Aufgaben der Antidiskriminierungsstelle des Bundes erweitert und Beschäftigte, die sich wegen der begehrten Inanspruchnahme von Rechten am Arbeitsplatz im Zusammenhang mit ihren Sorge- oder Pflegeaufgaben diskriminiert sehen, können sich an die Antidiskriminierungsstelle des Bundes wenden (vgl. § 27 AGG). Allerdings ging der Gesetzgeber nicht so weit, Eltern- und familiäre Pflegeverpflichtungen als Diskriminierungsmerkmal in das AGG aufzunehmen, wie es zB. die unabhängige Bundesbeauftragte für Antidiskriminierung gefordert hatte.

43 Vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs, BT-Drs. 20/3447, S. 2 oben.

44 Vgl. die Zusammenfassung der »Kritik an Umsetzung der EU-Vereinbarkeitsrichtlinie« während der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend am 7.11.2022, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw45-pa-familie-beruf-privat-917946> (29.7.2024).

45 Meldung zum Abschluss des Vertragsverletzungsverfahrens unter <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/familie/familienleistungen/elternzeit/vertragsverletzungsverfahren-zur-umsetzung-der-vereinbarkeitsrichtlinie--237698> (22.8.2024).

46 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Zur Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie (EU) 2019/1158 in deutsches Recht Erfordernis eines isolierten Anspruchs auf Beantragung einer Neuverteilung der Arbeitszeit, WD 9 - 3000 - 063/22, S. 13, <https://www.bundestag.de/resource/blob/919206/ec88aff870954e06c-17b36a159c0ac18/WD-9-063-22-pdf-data.pdf> (29.7.2024).

47 Vgl. dazu im Einzelnen Brose, in: Brose/Weth/Volk (Hrsg.), Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld und Elternzeitgesetz, 9. Aufl., München 2020, BEEG Einl. Rn. 71 f.; Dahm, EuZA 2020, 19–34; Düwell, jurisPR-ArBR 1/2023 Anm. 1; Graue, ZESAR 2020, 62; Klein, NZA 2021, 474, 476; v. Roettenken, ZTR 2022, 340–352; Stiegler, NZA 2021, 469–474; Stoye/Thoma, ZESAR 2020, 10 ff.; Treichel, Zur Notwendigkeit einer Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie 2019/1158 vom 20. Juni 2019 in das geltende Arbeits- und Sozialrecht, Berlin 2021; ders., NZFam 2021, 433–441; ders., AuR 2022, 248–253; Wenckebach, ZESAR 2020, 234 ff.; Wietfeld/Hinrichsen, EuZA 2023, 363–382.

48 Vgl. zu den Anforderungen an die Bestimmtheit des Verringerungsverlangens BAG, 7.9.2021 – 9 AZR 595/20 – BAGE 175, 351–357 mwN. Krit. dazu Große-Stetzkamp, Die Berücksichtigung der Behinderung eines Kindes bei der Erwerbstätigkeit der Eltern im Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2024 (zugl. Halle-Wittenberg, Univ., Diss. 2023), S. 381 ff. Der Gesetzgeber selbst nimmt an, dass allein die Antragsprüfung für die Brückenteilzeit »auf Grund der rechtlichen Relevanz einer Prüfung, eine Arbeitskraft mit einem hohen Qualifikationsniveau diese Prüfung durchführt.« BT-Drs. 19/3452, S. 13.

### 3. Auffanglösung: Weisungsrecht

Für die meisten Anlässe, in denen Beschäftigte ihre Arbeitsbedingungen zur Erfüllung ihrer Sorgepflichten vorübergehend anpassen müssen, sind diese auf die Rücksichtnahme des Arbeitgebers angewiesen, wenn dieser zur Konkretisierung der Pflichten des Arbeitsvertrages sein Weisungsrecht zur konkreten Lage der Arbeitszeit oder zum konkreten Ort der Arbeitsleistung ausübt. § 106 GewO gewährt eine weitreichende Bestimmungsmacht und zieht die Grenze ganz unspezifisch nur beim billigen Ermessen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Für den Fall einer Behinderung des Arbeitnehmers gibt der neu eingefügte S. 3 vor, auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.<sup>49</sup>

### 4. Denkbare Anleihen in deutschen Ländergesetzen für den öffentlichen Dienst

Für den Bereich des öffentlichen Dienstes muss hinsichtlich der Frage der Umsetzung differenziert werden. Hier geben bestimmte Landesgleichstellungsgesetze passende Anleihen für den Bundesgesetzgeber, wie eine richtlinienkonforme Umsetzung aussehen könnte. Dazu sei auf zwei Normen aus dem LGG Brandenburg verwiesen, zunächst auf § 17 Beurlaubung. Darin heißt es:

- › »(1) [...] Nach Beendigung der Beurlaubung ist anzustreben, die Beurlaubten wieder an ihrem alten Dienstort einzusetzen. Frauen in der Mutterschutzfrist und Frauen und Männer in der Elternzeit haben nach Ablauf dieser Zeiten Anspruch darauf, an ihren früheren oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz zurückzukehren unter Bedingungen, die für sie nicht weniger günstig sind.  
(2) Eine Beurlaubung aus familiären Gründen steht der Übertragung einer höherbewerteten Tätigkeit, soweit es mit dienstlichen Belangen vereinbar ist, nicht entgegen. Die Dienststelle hat eine beurlaubte Person in die engere Entscheidung über eine Maßnahme nach Satz 1 dieses Absatzes einzubeziehen, wenn die zuletzt erreichten Leistungen und der Zeitpunkt der letzten vor der Beurlaubung liegenden Maßnahme nach Satz 1 dieses Absatzes dies rechtfertigen.  
(3) Während der Beurlaubung besteht die Möglichkeit der Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen. Beurlaubte sind in geeigneter Weise über die Fortbildungsprogramme zu informieren. Die Fortbildungsveranstaltungen sind dienstliche Veranstaltungen. Arbeitsentgelt wird den Beurlaubten aus Anlaß der Teilnahme nicht gewährt; eine Anrechnung auf die Beschäftigungs- und Dienstzeiten erfolgt nicht. Es besteht kein Anspruch auf Reisekosten- und Trennungsgeld.  
[...]  
(5) Mit den Beurlaubten sind auf Antrag Beratungsgespräche zu führen, in denen sie über Einsatzmöglichkeiten während und nach der Beurlaubung informiert werden.«

Und in § 19 Individuelle Arbeitszeit- und Arbeitsortgestaltung ist zu lesen:

- › »Im Rahmen der gesetzlichen, tarifvertraglichen oder sonstigen Regelungen der Arbeitszeit und der dienstlichen Möglichkeiten sind im Einzelfall Beschäftigten mit Familienpflichten auf begründeten Antrag geänderte tägliche und wöchentliche Arbeitszeiten und die Wahl des Arbeitsortes einzuräumen.«

### 5. Zwischenfazit

Im Rahmen des geltenden allgemeinen Arbeitsrechts findet sich keine gesetzliche Regelung auf flexible Arbeitsmuster, dh. auf Lage der Arbeitszeit, den Arbeitsrhythmus oder den Ort der Arbeitsleistung, zur besseren Vereinbarkeit von Sorge und Beruf hinwirken zu können. Die bisherigen Regelungen in § 8 Abs. 4 TzBfG und § 9a TzBfG (zur sogenannten Brückenteilzeit) kommen nicht zur isolierten Veränderung der Lage der Arbeitszeit in Betracht, sondern sind immer gekoppelt an eine gleichzeitige Verringerung der Arbeitszeit. Das jüngst in § 7 Abs. 2 und 3 TzBfG verankerte Rechte auf Erörterung einer Veränderung des Umfangs der Arbeitszeit oder auch nur (also unabhängig von Ersterem) der Lage der Arbeitszeit ist ohne jede Durchsetzbarkeit oder Sanktion normiert und wird auch deshalb zutreffend nicht als hinreichende Umsetzung der Vorgaben aus der Vereinbarkeits-RL angesehen.<sup>50</sup>

Zudem sind Bedarfe wegen besonderer Verletzlichkeit gesetzlich kaum<sup>51</sup> berücksichtigt (wie zB. bei Adoption, für alleinerziehende Eltern oder bei Behinderung eines Kindes). Insgesamt ist im allgemeinen deutschen Arbeitsrecht kein Leitbild zur familienfreundlichen Arbeitsorganisation verankert; erst recht findet sich kein Leitbild zu partnerschaftlichen Sorgearrangements und zudem kein ausdrücklicher Hinweis auf die generelle Berücksichtigung besonders verletzlicher Lebenslagen bei der Arbeitsorganisation. Es fehlt an klaren normativen Vorgaben für ein allgemeines Leitbild familiengerechter Arbeitsorganisation. Dass es natürlich vereinzelt bereits spezielle Regelungen für besonders schutzwürdige Situationen gibt, wie zB. in § 45 SGB V, ändert an diesem grundsätzlichen Befund eines fehlenden normativen Leitbildes nichts.

## VII. Schutz- und Regelungslücken

Oben (unter VI.1.) sind die Defizite bei der Umsetzung der Vereinbarkeits-RL bereits angerissen worden. Das soll hier an dieser Stelle vertiefend beleuchtet werden. Im Bereich sämtlicher Freistellungsregelungen, sprich im BEEG/MuSchG/PflegeZG fehlen den EU-Vorgaben entsprechende Regelungen für die besonders verletzliche Situation der Rückkehr aus der Freistellungsphase. Gerade in der Rückkehr liegt erwiesenermaßen eine besondere Vulnerabilität, die va. die Elternzeit nehmenden Mütter betrifft. Meist ist ihr bisheriger Arbeitsplatz

<sup>50</sup> Wietfeld/Hinrichsen, EuZA 2023, 363–382.

<sup>51</sup> Aus Einzelgesetzen lassen sich aber auch insoweit punktuelle Vorgaben entnehmen, wie zB. aus § 45 SGB V zum Kinderkrankengeld oder aus § 16 Abs. 3 BEEG, § 3 Abs. 2 S. 2 MuSchG.

<sup>49</sup> Daraus kann sich bei unionsrechtskonformer Auslegung auch die Pflicht ergeben, auf die Belange der Kinder der Beschäftigten Rücksicht zu nehmen, soweit diese selbst behindert sind.

anderweitig besetzt, weshalb sie direkt auf einen anderen Arbeitsplatz versetzt werden, nicht selten verbunden mit einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen; noch drastischer sind die Fälle, in denen am Tag der Rückkehr die arbeitgeberseitige Kündigung erklärt wird. Bei der Ausübung des Weisungsrechts ohne besondere Rücksicht auf die Sorgepflichten, kommt es typischerweise zu Pflichtenkollisionen.<sup>52</sup>

Der Schutz durch das AGG vor sorgebedingten Diskriminierungen ist limitiert. Er kommt im engen Kontext des Mutterschutzes gem. § 3 Abs. 2 S. 2 AGG zum Tragen und bietet hierdurch einen Durchsetzungshebel für diskriminierende Praxis im Kontext des MuSchG.<sup>53</sup> Typischerweise kommt er nur im Wege des Verbotes der mittelbaren Diskriminierung in Betracht, wenn eine Frau von einem Nachteil wegen der Inanspruchnahme eines Rechtes betroffen ist. Va. bei der Inanspruchnahme oder beim Ersuchen um besondere Rechte für Sorgeleistende durch Väter scheidet der Schutz durch das Verbot der unmittelbaren sowie mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung aus. Gegen die og. Risiken gibt es bislang kein adäquates Instrument. Intensiv diskutiert wird daher die Erweiterung von § 1 AGG um das Merkmal »Familie« oder »Sorgepflichtige«.<sup>54</sup>

Nach Rücknahme des Vertragsverletzungsverfahrens gegen Deutschland bleibt dennoch fraglich, wie die verschiedenen Rechte aus der Vereinbarkeits-RL nach deutschem Arbeitsrecht realisiert werden können. Die Rückkehr (Art. 10 Abs. 2 RL 2019/1158/EU) mit dem Rückkehrrecht auf den vorherigen oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz ließe sich im Wege der unionsrechtskonformen Ausübung des Weisungsrechts absichern.<sup>55</sup> Die damit zwar im Wege unionsrechtskonformer Auslegung methodisch erreichbare Lösung entspricht mangels Transparenz gleichwohl nicht dem Grundsatz des *effet utile* und reicht damit nicht für eine richtlinienkonforme Umsetzung.<sup>56</sup>

Dasselbe gilt für das gem. Art. 10 Abs. 1 RL 2019/1158/EU vorgesehene Prinzip, dass trotz Freistellung alle Rechte erhalten bleiben. Das Diskriminierungsverbot des Art. 11 RL 2019/1158/EU, das sich auf alle familienbedingten Freistellungen bezieht, lässt sich nicht hinreichend transparent im Wege des § 612a BGB durchsetzen.<sup>57</sup>

Gänzlich unzureichend ist der durch Art. 9 vorgesehene Anspruch auf Verhandlung über vorübergehende Änderung des Arbeitsarrangements (dh. Lage oder Umfang der Arbeitszeit oder des Arbeitsortes) im deutschen Recht niedergelegt<sup>58</sup>, von der leider fast gänzlich fehlenden Berücksichtigung der Belange behinderter Kinder<sup>59</sup> nicht zu reden.

Die unten abgebildete Tabelle soll den hier nur kurzrissig möglichen Blick in das deutsche Arbeitsrecht fundieren. Danach beschränkt sich ein sanktioniertes Recht auf eine vorübergehende Veränderung bzgl. des Arbeitsarrangements (im Wege der sogenannten »Brückenteilzeit«) allein auf die zahlenmäßig sehr begrenzten Berechtigten nach § 9a TzBfG. Ein Anspruch auf Flexibilisierung hinsichtlich der Lage und des Umfangs der Arbeitszeit lässt sich ansonsten gem. § 8 TzBfG nur unbefristet erreichen<sup>60</sup> und auch nicht isoliert auf die Lage der Arbeitszeit begrenzen. Gerade aber mit der Flexibilität bei der Lage der Arbeitszeit und des Arbeitsortes könnten sich Vereinbarkeitslösungen erzielen lassen, ohne auf die Arbeitskraft von Eltern am Arbeitsmarkt verzichten zu müssen. Das größte Problem zeigt sich allerdings gegenwärtig darin, dass im TzBfG, das ursprünglich auf die Zeit der Massenarbeitslosigkeit und die Verteilung knapper Arbeitsangebote Antwort geben wollte, vgl. dazu § 1 TzBfG, die besonderen Motive von Beschäftigten mit Sorgepflichten bei der Abwägung ihres Anliegens mit entgegenstehenden betrieblichen Gründen nicht deutlich zu Buche schlagen.<sup>61</sup> Bei den späteren Gesetzesänderungen im TzBfG zur besseren Vereinbarkeit von Sorge- und Erwerbsarbeit<sup>62</sup> wurde die vereinbarkeitspezifische Zielrichtung leider nicht deutlich genug im Gesetz verankert. Allein die Motive des Gesetzgebers und die Vorgaben durch das Unions- und internationale Recht haben in der Rechtsprechung noch zu keiner grundlegenden Nachjustierung bei der Auslegung von § 8 TzBfG geführt.<sup>63</sup>

Es gibt nur sehr vereinzelt Stimmen, die sich mit der Priorisierung der Belange von Sorgeleistenden im innerbetrieblichen Verteilungskampf befassen und diesen dann auch im Lichte eines Vorranges von Familieninteressen gegenüber weniger schützenswerten Motiven entscheiden.<sup>64</sup>

58 Wietfeld/Hinrichsen, EuZA 2023, 363–382.

59 Ausführlich Große-Stetzkamp (Fn. 48).

60 § 9 TzBfG wird zwar von der Rechtsprechung gestärkt, vgl. LAG Niedersachsen, 27.3.2024 – 2 Sa 265/23 – juris, ist aber nicht vergleichbar mit wiederkehrend individuell anpassbaren Arbeitsmustern.

61 So die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, vgl. BAG, 16.10.2007 – 9 AZR 239/07 – NZA 2008, 289, 291 sowie BAG, 13.11.2007 – 9 AZR 36/07, Rn. 25 – juris und ihr die weitüberwiegende Rechtsprechung und Literatur folgend; aA. hingegen LAG Köln, 10.1.2013 – 7 Sa 766/12, Rn. 46 – juris.

62 Vgl. zB. die Gesetzesbegründung zur Einführung von § 9a TzBfG, der »Brückenteilzeit«, BT-Drs. 19/3452, S. 15 (dort ist unter weiteren Gesetzesfolgen die Rede von der »gleichmäßigeren[n] Verteilung der Arbeitszeit zwischen Männern und Frauen« und der »gleichmäßigeren Verteilung der Familienarbeit wie auch Fortschritten bei der Gleichstellung von Frauen und Männern« die Rede).

63 Vgl. LAG Berlin-Brandenburg, 10.3.2017 – 6 Sa 1746/16 – juris; LAG Hessen, 8.5.2023 – 17 Sa 1165/22 – juris.

64 So ausdrücklich LAG Köln, 31.10.2019 – 7 Sa 233/19, Rn. 26 – juris. Damit weicht das LAG Köln auf den ersten Blick von der Rechtsprechung des BAG ab, wonach es bei der Beurteilung des Teilzeitwunsches eines Arbeitnehmers nach § 8 Abs. 4 TzBfG nicht auf die Motive für den Teilzeitwunsch ankomme. Das LAG Köln sieht sich zu dieser gefestigten Rechtsprechung allerdings nicht im Widerspruch, sondern argumentiert, dass das BAG das Motiv des Arbeitnehmers nur *im Verhältnis zum Arbeitgeber* unbeachtet lasse, sich diese höchstrichterliche Rechtsprechung aber gerade nicht zum Verhältnis unterschiedlicher Motive bei Abwägung der Belange mehrerer Arbeitnehmer untereinander verhalte. Mit dieser Argumentation vermeidet das LAG Köln eine Divergenz zur höchstrichterlichen Rechtsprechung.

52 Vgl. die Dokumentation durch die Antidiskriminierungsstelle, <https://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/ueber-diskriminierung/lebensbereiche/arbeitsleben/fuersorgende-erwerbstaetige/fuersorgende-erwerbstaetige-node.html> (29.7.2024). Aus der Rechtsprechung BAG, 23.9.2004 – 6 AZR 567/03 – NZA 2005, 359; LAG Rostock, 26.11.2008 – 2 Sa 217/08 – jurisPR-ArbR 36/2009 m. Anm. Nebe, Anm. 1 und ArbG Bochum, 22.12.2010 – 5 Ca 2700/10 – jurisPR-ArbR 37/2011 m. Anm. Feldhoff, Anm. 6.

53 Dazu Nebe/Tscheck, jurisPR-ArbR 4/2019 Anm. 2; Nebe, in: Kiel/Lunk/Oetker/Richardi/Wlotzke/Wißmann (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, München 2024, § 175 Rn. 35a.

54 Dazu Thüsing/Bleckmann, jM 2021, 148 ff.; Nebe/Gröhl/Thoma, ZESAR 2021, 157–163.

55 Instrukтив schon Feldhoff, jurisPR-ArbR 30/2009 Anm. 1 zu ArbG Wiesbaden, 30.10.2008 – 5 Ca 632/08 – juris; ausführlich Kiesow, Die Rückkehr an den früheren Arbeitsplatz und Arbeitsarrangements, Badem-Baden 2018 (zugl. Bremen, Univ., Diss. 2017); zu Art. 10 RL 2019/1158/EU *ders.*, in: Heinig/Schlachter (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Bd. 7, 2. Aufl., Baden-Baden 2021, § 17 Elternteil Rn. 49 ff.

56 Vgl. EuGH, 27.6.2024 – C 284/23 – NZA 2024, 969.

57 Zu den Unsicherheiten des bloßen Maßregelungsverbot für eine effektive Umsetzung auch Thüsing/Bleckmann, Diskriminierungsschutz von Fürsorgeleistenden – Caregiver Discrimination, Studie im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Baden-Baden 2022, S. 56, [https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/rechtsgutachten-ca-regiver.pdf?\\_\\_blob=publicationfile&v=3](https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/rechtsgutachten-ca-regiver.pdf?__blob=publicationfile&v=3) (22.8.2024).

## VIII. Herausforderungen und Chancen durch »Arbeit 4.0«

Im Kontext technologischer Veränderungen stellen sich regelmäßig Herausforderungen und eröffnen sich Chancen, insoweit unterscheiden sich die Auswirkungen der digitalen Transformation nicht von früheren Umbruchsituationen. Im Rahmen der Grün- und Weißbuch-Aktion des BMAS im Jahr 2016 ergab die Ermittlung unter den Beschäftigten hinsichtlich der Arbeitszeit, dass sich die in Vollzeit Arbeitenden eine Absenkung der Arbeitszeit, vor allem einen Abbau von Überstunden wünschten, die Teilzeitbeschäftigten hingegen eher für eine Aufstockung ihres Arbeitsvolumens bei gleichzeitig größerer Flexibilität hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit und des Ortes der Arbeitsleistung plädierten.<sup>65</sup> Diesen Wünschen zu entsprechen ist natürlich bei kollidierenden Beschäftigteninteressen hinsichtlich attraktiver/unattraktiver Arbeitszeitfenster anspruchsvoll. Hier kommen vor allem die moderierenden Einflüsse der betrieblichen Interessenvertretungen zum Tragen. Die Vorgaben im BUrlG zur Berücksichtigung sozialer Belange, vgl. § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG, und die Mitbestimmung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG, sind konkret normierte Beispiele.

Auch die Unternehmen gaben aus ihrer Sicht größtmögliche Flexibilität bezüglich Umfang und Lage der Arbeitszeit an.<sup>66</sup> Trotz übereinstimmender Begrifflichkeit »Flexibilisierung der Arbeitszeit« decken sich insoweit weder die Ziele (individuelle Vereinbarkeitsvorstellungen und unternehmerische Vorstellungen, zB. im Kontext weltweit tätiger Unternehmen) noch die Maßnahmen. Weder eine Aufweichung der zulässigen Tageshöchstarbeitszeit noch eine Verkürzung der täglichen Ruhezeiten deckt sich mit den von Arbeitnehmerseite gewünschten Vorstellungen. Insoweit ist die deutliche Gegensätzlichkeit der Wünsche nichts Neues, sondern vielmehr Zeichen des Wettbewerbsdrucks auf Arbeitsbedingungen, der sich nun noch durch den Arbeitskräftemangel verschärft. Zum Gegenhalten bzw. -steuern gilt es aktuell umso mehr, einen guten Mindestschutz zu flankieren. Nur ein hoher Mindestarbeitsschutz durch Gesetz wird die Leitplanken gewährleisten, die es als Verhandlungsposition für gute kollektive Lösungen braucht.

Die Kehrseite der modernen Informations- und Kommunikations-Technologie (IKT) ist das Phänomen theoretisch denkbar ständiger Erreichbarkeit. Da eine fortlaufende rund um die Uhr-Erreichbarkeit auf keiner Grundlage verlangt werden kann, sollte auch nicht von ständiger, sondern besser von erweiterter Erreichbarkeit gesprochen werden. Aber auch diese hat es schon in sich. Selbst ein kurzer dienstlicher Anruf außerhalb der Arbeitszeit führt, anders als oft behauptet, nicht nur zu einer sehr kurzen Aufmerksamkeitsspanne, sondern im Schnitt zu einer von ca. 11 Minuten. Je häufiger diese Unterbrechung und die damit verbundene Nichteinhaltung der Ruhezeiten (täglich mind. 11 Stunden, vgl. § 5 ArbZG) auftritt, umso größer ist das Risiko von Aufgabenverdichtung und damit

verbundener physischer und psychischer Fehlbeanspruchung.<sup>67</sup> Es bedarf daher der Sensibilität der Akteure des Arbeitsschutzes, Beschäftigte im Rahmen der betrieblichen Gesundheitsförderung durch Verhältnis- und durch Verhaltensprävention zu stärken. So kann bspw. das Training im Grenzmanagement auch für gesundheitsgerechte Vereinbarkeitslösungen genutzt werden. Die für Prävention und Rehabilitation verantwortlichen Akteure müssen sich den Risiken und Kontextfaktoren der transformierten Arbeitswelt bewusst werden und danach handeln.<sup>68</sup>

## IX. Faire (kollektive) Verteilung

Die bisherige Abhandlung hat sich noch wenig auf die Ebene der kollektiven Aushandlungsprozesse begeben. Die Reichweite des dem Arbeitgeber durch § 106 GewO eröffneten Gestaltungsspielraums hängt natürlich maßgeblich auch von der kollektiven Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen ab. Gilt ein Tarifvertrag, geht er der Mitbestimmung vor, § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG, bei Fragen der Arbeitszeit sogar schon bei Üblichkeit im Wege des Tarifvorbehalts, § 77 Abs. 3 BetrVG. Das begrenzt einerseits die Gestaltungsmacht des Arbeitgebers, erlegt den Tarifparteien aber auch eine hohe Verantwortung für ein Feld auf, in dem sie bisher überwiegend nicht viel Verantwortung übernommen und, so zu vermuten, nicht viel eigene Erfahrung haben.

Gleichwohl sind sie in der Verantwortung, gleichstellungsgerecht zu diskriminierungsfreien Tarifabschlüssen zu gelangen. § 17 Abs. 1 AGG bindet sie ein in das Antidiskriminierungsrecht: »Tarifvertragsparteien, Arbeitgeber, Beschäftigte und deren Vertretungen sind aufgefordert, im Rahmen ihrer Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten an der Verwirklichung des in § 1 genannten Ziels mitzuwirken.« Das steht auch nicht in Widerspruch zum hohen Gut der verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie. Denn Arbeitsrecht ist Schutzrecht und gilt ungeachtet der verfassungsrechtlich gewährleisteten Koalitionsfreiheit und der damit garantierten Tarifautonomie auch für Tarifvertragsparteien. Auch Tarifverträge müssen die Grundrechte und vor allem auch Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG und Art. 6 Abs. 1 GG beachten. Das drückt sich in zahlreichen konkreten Normen aus, die eine Abweichung zum Nachteil verbieten und damit auch die Tarifparteien beschränken, vgl. § 22 Abs. 1 TzBfG oder § 31 AGG oder § 8 PflegeZG. Es ist also völlig legitim, auch für den hier beschriebenen Schutz Sorgeleistender, die Tarifparteien in die Pflicht zu nehmen. Die Fülle an Rechtsprechung zu diskriminierenden Kollektivverträgen<sup>69</sup> zeigt, welcher Aufholbedarf hier bestand und besteht.

67 BT-Drs. 18/8587, S. 15–17 unter Verweis auf BAuA, Arbeitsunterbrechungen und Multitasking täglich meistern; iga.Report 29, Führungskräfte sensibilisieren und Gesundheit fördern – Ergebnisse aus dem Projekt »iga.Radar«, S. 32 ff.; Lindner/Müller/Skrabs, Mobile Arbeit: Einen Schritt voraus sein, Gute Arbeit 3/2019, S. 8 ff.; instruktiv Kohle, in: Ausschussdrucksache 19(11)83, S. 9, <https://www.bundestag.de/resource/blob/561204/13fefe-b602ec31b18d0205775bf5617c/Materialzusammenstellung-data.pdf> (26.8.2024); Seifert, Das Arbeitszeitgesetz in der aktuellen Reformdebatte, FES Impuls, April 2024, <https://library.fes.de/pdf-files/a-p-b/21151.pdf> (26.8.2024).

68 Vgl. dazu Dritter Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, S. 92 f., BT-Drs. 19/30750, S. 92 f.; Nebe, in: Oxenknecht-Witzsch (Hrsg.), Kirchliches Arbeitsrecht: Motor oder Bremse?, Köln 2020, S. 12–29.

69 Vgl. nur BAG, 25.8.2020 – 9 AZR 266/19 – NZA 2021, 282–287 (hier: Diskriminierung wegen Behinderung); EuGH, 29.7.2024 – C-184/22 und C-185/22 – juris (hier: mittelbare Geschlechtsdiskriminierung).

65 BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, S. 76.

66 BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, S. 115.

In § 80 Abs. 1 Nr. 2a und b BetrVG ist die Verantwortung der Betriebsparteien deutlich geregelt und durch § 75 BetrVG auch für beide Betriebsparteien. An der Sensibilität der betrieblichen Akteure kann angesichts aktueller Entscheidungen ebenfalls noch gezweifelt werden. Der Arbeitgeber, der pauschal auf der Basis des mitbestimmungsfreien Weisungsrechts zum Leistungsverhalten die Nutzung/das Mitsichführen von Handys verbietet,<sup>70</sup> ist zu fragen, wie die Beschäftigten mit Sorgepflichten ihre evtl. gar tägliche Erreichbarkeit sicherstellen sollen.<sup>71</sup>

Nach dem Prinzip des »Shadow of the law«<sup>72</sup> kommt dem staatlichen Recht eine besondere Verantwortung zu, damit sich vor dessen Hintergrund (in the shadow of the law) private Regulierungsakteure entfalten. Zu untersuchen sind daher verbindliche Impulse durch das staatliche Recht für alle Branchen und alle Beschäftigten. Zu bedenken ist aber auch, dass selbst bei einer hohen Vereinbarkeitssensibilität gesetzliche Mindestvorgaben nicht entbehrlich sind, denn Tarifbindung kommt gerade Frauen deutlich seltener zugute, da sie häufiger in Branchen mit besonders niedriger Tarifbindung arbeiten (zB. in Kleinstbetrieben).

Verbindlicher Rahmung bedarf auch die Rechtsprechung, wie berichtete Diskriminierungserfahrungen von fürsorgenden Erwerbstätigen im Kontext von Schwangerschaft, Elternzeit und Pflege von Angehörigen<sup>73</sup> belegen. Es gibt keine hinreichend konkreten normativen Vorgaben im staatlichen Recht dafür, wie die regelmäßigen Zeitkonflikte außerhalb speziell geschützter Freistellungskorridore (also außerhalb von Eltern- oder Pflegezeiten) transparent und erwartungssicher behandelt werden.<sup>74</sup> Innovative Regeln auf kollektiver oder individueller Ebene, die heute schon als Beispiele guter Praxis Vorbildwirkung haben können<sup>75</sup>, erreichen nur eine sehr begrenzte Zahl von Erwerbspersonen. Die Inanspruchnahme von flexiblen Arbeitsarrangements bleibt auch mangels fehlender gesetzlicher Sanktionen bei nicht eingehaltenen Verhandlungspflichten mit Unsicherheit behaftet.<sup>76</sup> Ohne normative Vorgaben bleibt häufig unklar, wie Arbeitgeber im Falle von »Kollisionslagen« privater mit beruflichen Anforderungen reagieren. Nur punktuell ist klargestellt, dass bei Auswahlentscheidungen soziale Belange vorrangig zu beachten sind, so bei der Festlegung der Verteilung von Erholungsurlaubszeiten im Betrieb (vgl. die

Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte anderer Arbeitnehmer\*innen als Grund zur Zurückstellung von Urlaubswünschen, dazu § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG) oder bei der Bestimmung, wer im Falle von Arbeitsplatzabbau gekündigt wird (vgl. die Berücksichtigung von Unterhaltungspflichten in der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen, dazu § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG). Gerichtsverfahren dokumentieren, wie risikobehaftet die Situation für die Einzelnen ist, wenn Arbeitgeber\*innen auf Kollisionslagen oder »Selbsthilfe« durch die Beschäftigten zB. mit Kündigung wegen Pflichtverletzung reagieren. Dann droht nicht selten der Vorwurf unzulässiger Zurückbehaltung der Arbeitsleistung und in der Konsequenz die Kündigung. Zudem zeigen Gerichtsentscheidungen, dass aus den genannten einzelnen Regelungen zur Priorisierung von sozialen Pflichten (wie bei der Urlaubsfestlegung oder bei der Sozialauswahl im Falle betriebsbedingter Kündigungen) nicht auf einen generellen Vorrang von Sorgepflichten bei innerbetrieblichen Verteilungskonflikten geschlossen wird. Gegenwärtig ist zu beobachten, wie sich im Einzelfall gut beratene Arbeitnehmende durch individuelle Inanspruchnahme von Teilzeit auf Basis von § 8 Abs. 4 TzBfG ein regelmäßiges Kurzsabbatical in der Sommerzeit ermöglichen, so ihre individuellen Urlaubspläne sichern und dabei die üblichen innerbetrieblichen Verteilungskonflikte um begehrte Urlaubszeiten umgehen und dies ohne Rücksicht auf andere, evtl. auch höher zu gewichtende Interessen (zB. bei Eltern mit an Schulferien gebundene Kinder). Dieses Vorgehen erschwert eine faire Urlaubsorganisation im Betrieb deutlich.<sup>77</sup> Diskriminierungsschutz braucht Konvergenz und dazu braucht es im Rahmen gesetzlicher Vorgaben kollektiv ausgestalteter und für Branchen und Betriebe passende Vereinbarungen zur familiengerechten Arbeitsorganisation. Potential steckt bspw. in § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG. So kann gerade bei der Ausgestaltung von mobiler Arbeit Verteilungsgerechtigkeit bewirkt werden.<sup>78</sup>

Belastungsfaktoren für sorgeleistende Erwerbstätige ist zugleich eine Aufgabe des betrieblichen Arbeitsschutzes. Es ergeben sich im Zusammenhang von Erwerbs- und Sorgearbeit besondere Belastungen, so zB. bei Entgrenzung und Gleichzeitigkeit von Sorge- und Erwerbsarbeit, die sich nicht gestalten lässt, zB. im viel zu engen Homeoffice bei gleichzeitiger Beschulungspflicht von anwesenden Kindern, als besonders gravierendes Beispiel von Überforderung von Eltern, vor allem Frauen in der Pandemie. Arbeitsschutz ist auch betroffen wegen der typischen Verteilungskonflikte innerhalb von Belegschaften um die Lage der Arbeitszeit, Schichtverteilung, Pausenverteilung. Konfliktbelastungen ergeben sich ebenso aus vergleichbaren Verteilungskonflikten innerhalb von Familien (partnerschaftliche Arbeitsteilung) oder infolge von Gewissenskonflikten, in dem Sinne nie genug Zeit für alles und alle zu haben. Damit wird sichtbar, dass Überbeanspruchungen in der einen Sphäre unmittelbar auf die jeweils andere Lebenswelt ausstrahlen, dh. von Arbeit→Familie und von Familie→Arbeit. Neben der Lage der Arbeitszeit kommt der Arbeitsrhythmus als eigener Faktor von Belastung/Fehlbeanspruchung zum Tragen und muss bei

70 Vgl. dazu BAG, 17.10.2023 – 1 ABR 24/22 – juris.

71 Anschaulich zu den Chancen durch Switchen: Paulus, Switchen als Vereinbarkeitstätigkeit bei Vätern, Neue Einsichten und widersprüchliche Anforderungen bei der Vereinbarkeit von Erwerbs- und Sorgearbeit, <https://www.journal-fuer-psychologie.de/index.php/jfp/article/view/447/492> (29.7.2024); dazu auch Nebe, FS I. Schmidt, S. 863, 871.

72 Dazu speziell für die Materie von Antidiskriminierung und Gleichstellung Mangold, Transnationale Soziale Dialoge und Antidiskriminierung im Erwerbsleben, Baden-Baden 2018 (zugl. Bremen, Univ., Diss. 2018).

73 Mohr/Nicodemus/Stoll/Weuthen/Juncke, Diskriminierungserfahrungen von fürsorgenden Erwerbstätigen im Kontext von Schwangerschaft, Elternzeit und Pflege von Angehörigen. Abschlussbericht erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2022.

74 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Zur Umsetzung der Vereinbarkeitsrichtlinie (EU) 2019/1158 in deutsches Recht Erfordernis eines isolierten Anspruchs auf Beantragung einer Neuverteilung der Arbeitszeit, WD 9 - 3000 - 063/22.

75 Flüter-Hoffmann, Familienfreundliche Regelungen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen, Beispiele guter Praxis, hrsg. von BMFSFJ, 2005.

76 Als lebensfremd und die Weisungsmacht des Arbeitgebers verkennend dürfte die gesetzgeberische Annahme sein, »dass in einem Arbeitsverhältnis ein Austausch über die Wünsche und Möglichkeiten der Arbeitsgestaltung zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie dem Arbeitgeber stattfindet.«, so aber in der Begründung in BT-Drs. 19/3452, S. 16 zum sanktionslos eingeführten § 7 Abs. 2 TzBfG. Diametral gegenteilig positioniert sich R. Wolf, SAE 2024, Heft 2, S. III (Editorial).

77 Dazu LAG Berlin-Brandenburg, 10.3.2017 – 6 Sa 1746/16 – juris; LAG Hessen, 8.5.2023 – 17 Sa 1165/22 – juris.

78 Vgl. dazu BT-Drs. 19/28899, Entwurf Betriebsrätemodernisierungsgesetz, S. 23.

der Gefährdungsbeurteilung beachtet werden. Dabei steht die arbeitswissenschaftliche Erforschung gesundheitsförderlicher Rhythmen (Sorgearbeitsrhythmus und Erwerbsarbeitsrhythmus und Selbstsorgearbeitsrhythmus und Familienlebensrhythmus) wohl noch am Anfang. Es ist Aufgabe der Betriebsräte, auch insoweit die Vorgaben zur Geschlechtergerechtigkeit und damit zur Vereinbarkeit zu berücksichtigen.

Und bei alldem gelten die Vorgaben zur Binnendifferenzierung zum Schutz besonders vulnerabler Beschäftigtengruppen auch für die Kollektivparteien.

## X. Familiengerechte Arbeitsorganisation – Aufgabe der Sozialversicherung?!

Zuletzt ein paar Gedanken zum Beitrag des Sozialrechts. Im deutschen Arbeits- und Sozialrecht bestehen enge Wechselwirkungen, auch zur Sicherung stabiler Erwerbsverhältnisse. Das Sozialrecht sieht hierzu nicht nur Leistungen zugunsten der Beschäftigten, zB. in Gestalt von Krankengeld, Kurzarbeitergeld, Qualifizierungsgeld oder Mutterschaftsgeld und Elterngeld vor. Das Sozialrecht hat mit beratenden und unterstützenden Netzwerken für Betriebe und Unternehmen eine ebenfalls nicht zu unterschätzende Bedeutung. Die Herausforderung für das Thema der Vereinbarkeit ist das historisch gewachsene Sicherungssystem. Das im Ressort des BMFSFJ verwaltete Elterngeld ist eine steuerfinanzierte Leistung. Es gibt beim Vollzug des Elterngeldes keine Sozialversicherung, die im Wege der Selbstverwaltung die Bedarfe aufsuchender Beratung leistet.

Immerhin regelt im Bereich der Arbeitsförderung § 8 SGB III die Zuständigkeit der Bundesagentur für die Vereinbarkeit von Familie und Beruf. So sollen nach Absatz 1 »Die Leistungen der aktiven Arbeitsförderung [...] in ihrer zeitlichen, inhaltlichen und organisatorischen Ausgestaltung die Lebensverhältnisse von Frauen und Männern berücksichtigen, die aufsichtsbedürftige Kinder betreuen und erziehen oder pflegebedürftige Personen betreuen oder nach diesen Zeiten wieder in die Erwerbstätigkeit zurückkehren wollen«. Konkret spricht Absatz 2 die Situation von Berufsrückkehrenden an. Sie »sollen die zu ihrer Rückkehr in die Erwerbstätigkeit notwendigen Leistungen der aktiven Arbeitsförderung unter den Voraussetzungen dieses Buches erhalten. Hierzu gehören insbesondere Beratung und Vermittlung sowie die Förderung der beruflichen Weiterbildung durch Übernahme der Weiterbildungskosten.«

Im Bereich von Prävention und Rehabilitation liegt ein weites Feld für Sozialeistungsträger, im Sinne des Gender Mainstreaming zu unterstützen. So schließt der Unterstützungs- und Leistungsauftrag der Gesetzlichen Kranken-, der Gesetzlichen Renten- und der Gesetzlichen Unfallversicherung die Gesunderhaltung der Zielgruppe erwerbstätiger Personen mit Sorgepflichten ein.<sup>79</sup> »Gesundheitsgerechte Arbeitsbedingungen fördern die Vereinbarkeit von Beruf und anderen Lebensbereichen und beeinflussen damit mittelbar auch wichtige gesundheitsrelevante Bedingungen insbesondere für Erwerbstätige mit Erziehungs- und Pflegeaufgaben in den Familien.« Allerdings eröffnen sich auch hier bei näherem Hinsehen noch

deutliche Reserven in den Aktivitäten. So liegt bislang noch zu selten der Fokus auf verhältnisbezogenen Aktivitäten der betrieblichen Gesundheitsförderung hinsichtlich Vereinbarkeit von Familien- und Erwerbsleben<sup>80</sup>. Auch in den üblichen Leitfäden der Gesetzlichen Rentenversicherung ist Familie eher noch ein »blinder« Fleck.<sup>81</sup> Das beschreibt ein schon länger beobachtetes Phänomen, dass der »Gesundheitsfaktor Familie« generell in weiten Teilen ein blinder Fleck in der Präventionsarbeit ist.<sup>82</sup>

Die Sozialversicherungssysteme sind aber auch unter dem Aspekt der Lotsenfunktion wichtig für Sorgepflichtige und für Betriebe. Am Beispiel der Rückkehr nach längerer Erkrankung zeigen das Programm des betrieblichen Eingliederungsmanagements und die Reichweite derjenigen, die mit ihren außerbetrieblichen Kompetenzen einzubeziehen sind, was an Anstrengungen zur Wiedereingliederung von erkrankten Menschen unternommen werden muss, vgl. BEM (§ 167 Abs. 2 SGB IX). Vergleichbar aufsuchende Beratungs- und Betreuungsangebote kommen bei längeren familienbedingten Auszeiten von einzelnen Beschäftigten, aber auch bei unauflösbaren Kollisionslagen in Betracht. Die familiengerechte Gestaltung der Arbeitswelt sowie einzelner betrieblicher Organisationen ist eine Querschnittsaufgabe für Sozialeistungsträger als Adressaten von Art. 3 Abs. 2 GG.<sup>83</sup> Sie können Vorgesetzten und Belegschaften für Vereinbarkeitsfragen sensibilisieren, Bewusstsein für wachsende Diversität schaffen und dabei zugleich dem Schutz vor intersektioneller Diskriminierung vorbeugen und Menschen mit Flucht-/Gewalterfahrung, Menschen mit nicht-deutscher Muttersprache und unterschiedliche kulturelle/weltanschauliche/religiöse Verständnisse einbeziehen.

## XI. Resümee

Frauen, vor allem Mütter, sind keine »Arbeitsmarktreserve«. <sup>84</sup> Die berufliche Teilhabe bislang exkludierter Personen kann durch die verstärkte Nachfrage verbessert werden. Für langfristige Effekte im Sinne einer menschengerechten Beschäftigungspolitik sind Bewusstseinswandel, Sensibilisierung und die Bereitschaft zur (oft unbequemen) Priorisierung bei Verteilungsstreitigkeiten nötig. Die geltenden Schwellenwerte im TzBfG stigmatisieren und sind keine angemessene Antwort auf die besonderen Belastungen für kleine und mittlere Unternehmen. Der gesetzliche Rahmen muss allen sorgeleistenden Erwerbstätigen eine angemessene Vereinbarkeitsgestaltung ermöglichen. Der Gesetzgeber muss nachbessern. Zugleich bedarf es flankierender Unterstützung durch Sozialeistungen und Sozialeistungsträger.

<sup>80</sup> So nur in 10 % der Angebote, vgl. GKV Spitzenverband, Präventionsbericht, 2021, S. 85.

<sup>81</sup> So findet sich »Familie« als Stichwort nur 1x; Vereinbarkeit 0x; unter dem Stichwort »soziale Beziehungen/Arbeitsschutz«: nur Vorgesetzte und Kollegen, vgl. GRV, Leitfäden zum Betrieblichen Gesundheitsmanagement, 3. Aufl., 08/2021.

<sup>82</sup> Dazu krit. schon *Weg/Stolz-Willig* (Hrsg.), *Agenda Gute Arbeit: geschlechtergerecht!*, Hamburg 2014; Bericht der Arbeitsgruppe »Geschlechterperspektive für wirksamen Arbeits- und Gesundheitsschutz«, vorgelegt zur 22. GFMK am 14./15.6.2012.

<sup>83</sup> Dazu *Nebe/Schmieder*, ZESAR 2024, 318, 321 ff.

<sup>84</sup> *Wrohlich*, Erwerbsbeteiligung von Frauen, Ursachen des hohen Teilzeitanteils und politische Handlungsoptionen, APuZ 24.5.2024, <https://www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/fachkraeftemangel-2024/548772/erwerbsbeteiligung-von-frauen/#footnote-target-3> (29.7.2024).

<sup>79</sup> Nationale Präventionskonferenz, 2018, Bundesrahmenempfehlung nach § 20d Abs. 3 SGB V, NPK, S. 20 f.

## XII. Abschließende Thesen

In der gegenwärtigen Arbeitswelt gibt es erhebliche Schwierigkeiten, familiäre Sorgepflichten mit erwerbswirtschaftlichen Arbeitspflichten zu vereinbaren. Eine bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf ist aus individuellen, aus gesamtgesellschaftlichen und betriebswirtschaftlichen und aus volkswirtschaftlichen Gründen erforderlich.

Der Schutz der Familie ist verfassungsrechtlich garantiert. Der Schutz des Familienlebens ist völkerrechtlich verbürgtes Menschenrecht. Beides umfasst das Recht, Sorgeverantwortung für die Pflege der Familie und ihrer Mitglieder auszuüben.

In der Diskussion um die Humanisierung der Arbeitswelt ist der Schutz der Familie auf gleicher Höhe wie der Schutz des Persönlichkeitsrechts, der Datenschutz und der Schutz der Gesundheit der Beschäftigten mitzudenken und zu regeln.

Gleichstellungspolitik und damit auch Familien- und Arbeitsmarktpolitik sind Längsschnittaufgaben, die den gesamten Lebensverlauf in den Blick nehmen müssen, um Inkonsistenzen und Brüche zu vermeiden. Die Lebensverlaufsperspektive betrachtet die langfristigen Auswirkungen bestimmter Entscheidungen und Arrangements. Sie zeigt, welche Rolle die zu einem bestimmten Zeitpunkt getroffenen Entscheidungen im weiteren Leben für unterschiedliche soziale Gruppen von Männern und Frauen spielen.

Im deutschen staatlichen Arbeitsrecht findet sich kein besonderes Gesetz oder kein besonderer Normenabschnitt zur Regulierung von Kollisionslagen bei gleichzeitigen familialen und arbeitsvertraglichen Pflichten. Wiederum sind im nationalen Arbeitsrecht in verschiedenen Spezialgesetzen konkrete Rechte normiert, damit sich Sorgepflichtige von ihrer Erwerbsarbeit vollständig oder teilweise freistellen lassen können. Für Eltern(teil)zeit und Kinderkrankenpflege stehen staatliche Ersatzleistungen zur Verfügung, für Pflege(teil)zeit hingegen nicht.

Zur Bewältigung der regelmäßigen Zeitkonflikte außerhalb speziell geschützter Freistellungsphasen finden sich keine konkreten normativen Vorgaben im staatlichen Recht. Innovative Regulierungen auf kollektiver oder individueller Ebene erreichen nur eine sehr begrenzte Zahl von Erwerbsspersonen.

Die Europäische Union macht seit Jahren konkrete Regulierungsvorgaben zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf, zuletzt weitreichend mit der Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige (RL 2019/1158/EU). Die Bundesrepublik musste die bis 2022 laufende Umsetzungsfrist nutzen, um diese Richtlinie und Vorgaben aus vorherigen Richtlinien unionsrechtskonform umzusetzen. Es bestehen auch nach Verabschiedung des VRUG erhebliche Umsetzungsbedarfe. Das betrifft va.:

- Verpflichtung des Arbeitgebers zur familienfreundlichen Arbeitszeitgestaltung, zur familienfreundlichen Ausübung seines Weisungsrechts, zu spontanen Freistellungen bei dringendem Anlass
- weitreichende Förderpflichten (zB. Weiterbildung, Förderung Ehrenamt, beruflicher Aufstieg)

- den Diskriminierungsschutz für Sorgeleistende (nicht nur sorgepflichtige Eltern, auch für Pflegende)
- Entgeltersatzregeln/Kompensation der Einkommenseinbußen für alle Sorgeleistenden
- Ausgestaltung in der Weise, dass gemeinsame Verantwortungsübernahme für das Kind/die pflegebedürftige Person gestärkt wird und zwar gleich von Anfang an.

Umfang und Lage und damit die Verteilung von Arbeitszeit sind nicht nur seit jeher klassische Konfliktthemen zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten; die Verteilung von Arbeitszeit ist seit jeher auch ein spannungsreiches Thema innerhalb der Arbeitenden. Diese Konflikte werden typischerweise durch kollektive Aushandlungen gelöst. Betriebsparteien müssen gleichzeitige Sorgeverpflichtungen berücksichtigen (vgl. § 80 Abs. 1 Nr. 2a und 2b BetrVG). Für Tarifparteien gelten weniger klare Vorgaben. Das Bewusstsein für geschlechter- und familiengerechte Regelungen ist bei den verantwortlichen Akteuren noch unzureichend vorhanden. Hier bedarf es erheblicher staatlicher Unterstützung.

Die Herausforderungen für familienfreundliche kollektive Gestaltungen stoßen gleichzeitig auf weitere Regulierungsziele zur Bewältigung von:

- sozialen Risiken infolge atypischer/prekärer Beschäftigungen,
- dynamischen Veränderungen der Arbeitswelt (Digitalisierung, Globalisierung, Energiewende),
- Entgrenzungen innerhalb von Organisationen (Auflösung betrieblicher Arbeitsstätten, dynamische Orts- und Zeitflexibilisierung durch mobile Arbeitsformen) einerseits und
- die hohe Ortsgebundenheit (insbesondere im Dienstleistungsbereich, in der Daseinsvorsorge und in der Wohlfahrtspflege) andererseits,
- die Diversifizierung auf der Nachfragentendenzseite (Inklusion, Migration).

Die Kollektivparteien/Sozialpartner müssen ihre Gestaltungsmacht für eine nachhaltige Regulierung unter Einschluss sämtlicher Aspekte nutzen. Belegschaftsspaltungen sind keine nachhaltige Lösung.

Im Wege praktischer Konkordanz<sup>85</sup> sind die Bedarfe erwerbstätiger Sorgepflichtiger mit den Belangen von Unternehmer\*innen in einen schonenden Ausgleich zu bringen. Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz der Familie/das Menschenrecht auf Familie ist unabhängig von Unternehmens- oder Betriebsgrößen zu verwirklichen. Der Schutz vor Überforderung der Unternehmen kann durch ausfüllungsbedürftige Generalklauseln, wie sie im Arbeitsrecht typisch sind, sichergestellt werden.

<sup>85</sup> Ein grundlegendes Prinzip bei Kollision von gleichrangigen Verfassungsschutzgütern, vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung angewandt und grundlegend zurückzuführen auf *Konrad Hesse*: »Verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. [...] beiden Gütern müssen Grenzen gesetzt werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können.« (*Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg 1999, Rn. 72).

Eine gesetzliche Regulierung kann die notwendige branchen-/unternehmens- und betriebsspezifische Ausgestaltung nicht ersetzen, aber immerhin stimulieren.

Die für Unternehmen wie für Beschäftigte notwendige Rechtssicherheit wird sich nicht vorrangig durch staatlich vorgegebene Schwellenwerte öä. erreichen lassen. Durch staatlich geförderte Begleitforschung sollte die Effektivität von Organisationspflichten und Gestaltungsrechten untersucht und solchen Best-Practise-Methoden sichtbar gemacht werden.

Mehrbelastung durch Allein- oder Getrennterziehen, Anzahl und Alter der zu betreuenden Kinder, chronische Krankheit oder Behinderung eines Kindes, Pflegegrad der pflegebedürftigen Person, gleichzeitige Versorgung von Kindern und pflegebedürftiger Angehöriger, besondere Bedarfe bei Adoption oder in Pflegefamilien führen zu besonderen Gestaltungsherausforderungen. Für die Berücksichtigung solcher besonderer Vulnerabilitäten und die damit notwendigerweise zum Teil auch erforderliche Priorisierung innerhalb der Gruppe der Sorgeleistenden in den Belegschaften bedarf es geschützter Aushandlungsräume.

Den vielfältigen Anforderungen an die Arbeitsorganisation in Unternehmen ist durch planvolles Vorgehen Rechnung zu tragen. Die Personalplanung ist dabei neben Beschaffungs-, Absatz-, Investitions-, Produktions- und Finanzplanung gleichwertiger Teil der Unternehmensführung.

Der Unternehmenserfolg sowie sichere und würdige Beschäftigungsbedingungen sind von vorausschauender und nachhaltiger Personalplanung abhängig.

Auf allen Ebenen der Personalplanung, dh. sowohl bei der Personaldeckung durch Personalentwicklung, Personalbeschaffung, Personalabbau (einschließlich Überstunden) und beim Personaleinsatz sind die Belange von Sorgepflichtigen frühzeitig und zwar individuell als auch kollektiv zu berücksichtigen. Eine familienfreundliche Arbeitsorganisation hängt maßgeblich von einer sensiblen Personalplanung ab.

Das geltende Recht (insbesondere das BetrVG) enthält erhebliche Lücken in Bezug auf eine nachhaltige, präventive und sozialpartnerschaftlich gestaltete Personalplanung.

Mit einem Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft (vgl. den Gesetzentwurf des djb)<sup>86</sup> lassen sich die Elemente der Personalplanung zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf aktiver gestalten.

Die tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter (Art. 3 Abs. 2 GG) und der Schutz der Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) sind hochrangige Verfassungsgüter, die staatlicherseits zu gewährleisten sind. Es muss daher überprüft werden, inwieweit arbeitsvertragliche Flexibilisierungsbedarfe zur Erfüllung familiärer Sorgepflichten durch Sozialleistungen über das Elterngeld hinaus flankiert werden.

Werden bestimmten Gruppen besondere Rechte eingeräumt, kann dies ambivalent wirken, indem es gegenüber den besonders geschützten Personen zu Vermeidungsverhalten, zB. zur Nichteinstellung, kommt.<sup>87</sup> Der Gesetzgeber muss daher mit zusätzlichen Maßnahmen dafür sorgen, dass nachteilige Effekte kompensiert werden. Die Reduktion der notwendigen Schutzregeln ist hingegen nicht legitim.

Dasselbe gilt bei Verankerung von besonderen Rechten zugunsten von Sorgepflichtigen. Nicht ihre Schutzbedarfe/Rechte sind zur Vermeidung von Nachteilen zu reduzieren, sondern vielmehr sind effektive Kompensationen, wie zB. besonderer Kündigungsschutz, besondere Förderpflichten, externe Unterstützung usw., vorzusehen.

Eine vom biologischen Geschlecht entkoppelte Verankerung von speziellen Rechten zugunsten Sorgeleistender kann zum Abbau von Stereotypen beitragen. Bislang konnten familienspezifische berufliche Nachteile allein über das Verbot der mittelbaren Benachteiligung, § 3 Abs. 2 AGG, reklamiert werden. Es kam dann darauf an, ob überwiegend mehr Frauen als Männer von Überstundenvergütung, von Weiterbildungsmaßnahmen, von Sozialplanleistungen, von Aufstiegschancen uvm. ausgeschlossen sind. Diese typischen Nachteile, die Männer von der Nutzung besonderer Rechte abhalten, müssen unabhängig vom biologischen Geschlecht abgebaut werden können. Ein geschlechtsneutraler Schutz von Personen, die für Familienpflichten Arbeitspflichten vorübergehend begrenzen müssen, kann zur Überwindung stereotyper Rollenbilder beitragen.

## **Anhang: Überblick über geltende gesetzliche Regelungen zur Flexibilisierung von Arbeitszeit/Arbeitsort/Arbeitsmuster**

Mit der folgenden Tabelle soll ein systematischer Überblick über den »flickenhaften« Rechtsrahmen gegeben werden, wie im geltenden Recht familienbedingte Anpassungen erreicht werden können, also die Arbeitsvertragspflicht geändert werden kann und zwar bezüglich des Wann (Umfang und Lage der Arbeitszeit), des Wo (Arbeitsort) und des Wie (Art der Arbeitsleistung). Die Tabelle erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern will ausgehend von den wesentlichen Bedarfen (Freistellung, Arbeitszeitreduktion, Änderung der Lage der Arbeitszeit, des Arbeitsortes und des Arbeitsrhythmus) die im staatlichen Recht verfügbaren Normen abbilden. Dazu werden knapp deren Reichweite und vor allem auch die jeweiligen Limitierungen stichpunktartig angerissen.

<sup>86</sup> [https://www.djb.de/fileadmin/user\\_upload/Konzeption\\_Gleichstellungsgesetz\\_Langfassung\\_2021.pdf](https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/Konzeption_Gleichstellungsgesetz_Langfassung_2021.pdf) (26.8.2024).

<sup>87</sup> Die nachteilige Wirkung von besonders frauenschützenden Normen ist lange bekannt. Ein besonderer Frauenschutz, dh. geschlechtsspezifischer Arbeitsschutz darf daher nur dort vorgesehen werden, wo es geschlechtsspezifisch erforderlich ist, wie zB. Schutz schwangerer, gebärender oder stillender Personen.

Flexibilisierungsbedarf	Regelungszweck/Gesetz	Begrenzende Voraussetzungen	Rechtswirkung	Probleme
<b>Freistellung</b> vor und nach der Geburt	<b>Mutterschutz</b> § 3 Abs. 1 und 2 MuSchG	gilt nur für schwangere oder jüngst entbundene Frauen im Beschäftigungsverhältnis; gilt nicht für Vater/Partner*in oder bei Adoption	Rechtsanspruch; bußgeldbewehrt	Lücken <sup>88</sup> für selbständig erwerbstätige Frauen; noch kein Anspruch auf Freistellung für Partner*in anlässlich Geburt/Adoption
<b>Freistellung</b> zum Gesundheitsschutz schwangerer, stillender und jüngst entbundener Frauen	<b>Mutterschutz</b> verschiedene Regelungen im MuSchG, zB. § 13 MuSchG	unverantwortbare Gefährdung, der durch Umgestaltung nicht abgeholfen werden kann	Rechtsanspruch; bußgeldbewehrt	häufig diskriminierender Anspruch von pauschalen Beschäftigungsverboten statt vorrangiger Gewährleistung von Anpassungs-/Gestaltungspflichten
<b>Freistellung</b> wegen Kinderbetreuung zugunsten von Eltern, teilweise auch von Großeltern	<b>Elternzeit</b> § 15 BEEG Elternzeit, insgesamt max. 3 Jahre	formale Vorgaben zur Inanspruchnahme, vgl. §16 BEEG	Gestaltungsrecht	keine Regelung zum Schutz in der Rückkehrsituation kein ausreichender Kündigungsschutz kein ausdrücklicher Diskriminierungsschutz <sup>89</sup>
<b>Freistellung</b> zur Pflege eines nahen Angehörigen	<b>Pflegezeit</b> § 3 und 4 PflegeZG Pflegezeit max. 6 Monate je Einzelfall	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Schwellenwert: nur bei Arbeitgeberin/Arbeitgeber mit mind. 16 Beschäftigten</li> <li>▪ bei Arbeitgeberin/Arbeitgeber mit 15 oder weniger Beschäftigten besteht nur Antragsrecht mit Anspruch auf Begründung bei Ablehnung, vgl. § 3 Abs. 6a PflegeZG</li> <li>▪ nur bei häuslicher Pflege</li> <li>▪ bei minderjährigen pflegebedürftigen Kindern besteht ein Anspruch auch bei außerhäuslicher Pflege, vgl. § 3 Abs. 5 S. 1 PflegeZG</li> </ul>	einmaliges Gestaltungsrecht (BAG, 15.11.2011 – 9 AZR 348/10)	Aufspaltung oder Unterbrechung einer Pflegezeit nicht möglich (restriktive Rechtsprechung, vgl. LAG BW, 31.3.2010 – 20 Sa 87/09) nachträglicher Wechsel von Pflegevollzeit in Pflegeteilzeit nicht vorgesehen. Muss ohne Unterbrechung an Familienpflegezeit anschließen, falls diese auch genommen wird, vgl. § 3 Abs. 3 S. 6 PflegeZG; BT-Drs. 18/3124, S. 34.
	<b>Pflegeorganisation/Pflegesicherstellung</b> § 2 PflegeZG	kurzzeitige Freistellung zur Organisation oder Sicherstellung von Pflege, bis zu 10 Tage je Kalenderjahr bei akuter Pflegesituation	Rechtsanspruch	Entgeltssicherung durch Pflegeunterstützungsgeld gem. § 44a Abs. 3 S. 1 SGB XI nicht für Selbständige (vgl. Anmerkung zu: LSG Stuttgart, 27.3.2020 – L 4 P 2797/19)
<b>Freistellung</b> zur Begleitung am Lebensende	<b>Palliativversorgung</b> § 3 Abs. 6, § 4 Abs. 3 PflegeZG	Wochen bis wenige Monate, maximal 3 Monate bei Vorliegen einer progredienten, unheilbaren Erkrankung, die lediglich eine begrenzte Lebenserwartung von Wochen oder wenigen Monaten erwarten lässt	Rechtsanspruch	
<b>Freistellung</b> bei Erkrankung von Kindern	<b>Kinderkrankenpflege</b> § 45 SGB V	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ für Kinder bis 12 Jahre oder altersunabhängig für Kind mit Behinderung</li> <li>▪ max. 10 Arbeitstage pa. je Kind (20 bei Alleinerziehenden), max. je Elternteil 25 (bzw. alleinerziehend 50) pa.</li> <li>▪ darüber hinaus Freistellung möglich, aber ohne Kinderkrankenpengeldabsicherung, vgl. § 275 Abs. 3 BGB</li> </ul>	Rechtsanspruch ausdrücklich nur im SGB V, ansonsten nur Einwendung gegen konkrete Arbeitspflicht	Absicherung des Entgeltausfalls nur für kurze Zeit

<sup>88</sup> Vgl. Entschließung des Bundesrates »Mutterschutz muss auch für Selbständige gelten«, BR-Drs. 109/24 <https://www.bundesrat.de/SharedDocs/beratungsvorgaenge/2024/0101-0200/0109-24.html> (29.7.2024).

<sup>89</sup> Vgl. Gutachten von Thüsing/Bleckmann (Fn. 57), S. 43.

Flexibilisierungsbedarf	Regelungszweck/Gesetz	Begrenzende Voraussetzungen	Rechtswirkung	Probleme
<b>Freistellung</b> bei Begleitung eines Angehörigen mit Behinderung während Krankenhausaufenthalt	<b>Krankenhausbegleitung</b> § 44b SGB V	<ul style="list-style-type: none"> <li>zur Begleitung eines Menschen mit Behinderung, der selbst Eingliederungshilfeleistungen erhält</li> </ul>	Rechtsanspruch ausdrücklich nur im SGB V, ansonsten nur Einwendung gegen konkrete Arbeitspflicht	
<b>Arbeitszeitreduktion</b> zur Kinderbetreuung	<b>Unspezifische Teilzeiterforderung</b> § 8 Abs. 4 TzBfG (Teilzeit)	<ul style="list-style-type: none"> <li>Schwellenwert: nur für Arbeitgeber mit mind. 16 Beschäftigten</li> <li>nur, soweit keine entgegenstehenden betrieblichen Gründe</li> </ul>	Erörterungs- und Verhandlungsanspruch kein Gestaltungsrecht durch einseitige Erklärung	<ul style="list-style-type: none"> <li>keine besondere Gewichtung familialer Belange (restriktive Rechtsprechung, vgl. BAG, 16.10.2007 – 9 AZR 239/07 – juris Rn. 32; aA.: LAG Köln, 10.1.2013 – 7 Sa 766/12 – juris Rn. 46)</li> <li>erneute Änderung erst nach zwei Jahren (Veränderungssperre gem. § 8 Abs. 6 TzBfG)</li> <li>hohe Anforderungen an wirklichen Änderungsantrag<sup>90</sup></li> <li>Rückkehr auf frühere Arbeitszeit nur begrenzt im Rahmen von §§ 9, 9a TzBfG<sup>91</sup></li> </ul>
	<b>Unspezifische Informations-/Erörterungs- und Begründungspflicht</b> <sup>92</sup> § 7 Abs. 2 und Abs. 3 TzBfG	<ul style="list-style-type: none"> <li>Geltendmachung eines Wunsches nach Veränderung von Dauer oder Lage oder von Dauer und Lage der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit</li> <li>ansonsten keine, also unabhängig von Betriebsgröße, Dauer und Umfang der Beschäftigung</li> <li>für Begründung der Antwort in Textform: erst nach 6-monatiger Beschäftigung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>nur Anspruch auf Erörterung und Begründung der Entscheidung</li> <li>kein Verhandlungsanspruch</li> <li>keine Fiktionswirkung</li> <li>keine Sanktion</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Vorteil: Änderungen der Lage der Arbeitszeit nicht zwingend an Reduktion gekoppelt</li> <li>aber keine Regelung zur Effektivierung der Erörterung</li> <li>keine besondere Gewichtung familialer Belange</li> <li>keine Regelung zur Erörterung bezüglich Arbeitsort</li> <li>bisher hat auch schon die alte Fassung von § 7 TzBfG keine praktische Wirkung entfaltet, vgl. nur BAG, 21.1.2021 – 8 AZR 195/19 – juris – und das trotz starker Orientierungssätze.</li> </ul>
	<b>Elternteilzeit zur Vereinbarkeit Beruf und Elternsorge</b> § 15 Abs. 7 BEEG (Elternteilzeit), dh. Teilzeit mit durchschnittlich mind. 15 bis max. 32 Std./Woche	<ul style="list-style-type: none"> <li>Schwellenwert: nur für Arbeitgeber mit mindestens 16 Arbeitnehmer*innen</li> <li>soweit keine entgegenstehenden dringenden betrieblichen Gründe</li> <li>bei Arbeitgebern mit 15 oder weniger Arbeitnehmer*innen besteht nur Antragsrecht mit Anspruch auf Begründung bei Ablehnung, vgl. § 15 Abs. 5 BEEG</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Erörterungs- und Verhandlungsanspruch</li> <li>kein Gestaltungsrecht durch einseitige Erklärung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>nur zweimalige Festlegung für die gesamte Dauer der Elternteilzeit</li> <li>für 3 Jahre, max. bis Ende 8. Lebensjahr</li> </ul>

<sup>90</sup> Vgl. nur BAG, 9.3.2021 – 9 AZR 312/20 – juris; LAG Düsseldorf, 28.4.2020 – 8 Sa 403/19 – juris Rn. 42.

<sup>91</sup> § 9 TzBfG gewährt einen Anspruch auf bevorzugte Berücksichtigung bei Besetzung eines freien Arbeitsplatzes, aber gerade keinen Anspruch auf eine Erhöhung der individuellen Arbeitszeit oder auf Rückkehr zur vorherigen Arbeitszeit; dieses Recht lässt sich nur über § 9a TzBfG erreichen, der aber wiederum nur einen sehr begrenzten Geltungsrahmen hat (vgl. § 9a TzBfG: regelmäßig mehr als 45 Beschäftigte und dann in KMU [bis 200 Beschäftigte] auch nur, wenn nicht schon ca. 8 % der Belegschaft reduziert haben, vgl. die Quoten in § 9a Abs. 2 TzBfG).

<sup>92</sup> Der Bedarf, Arbeitszeitvolumen abzusenken, wird regelmäßig benannt, um vereinbarkeits- und vor allem partnerschaftsförderliche Erwerbs- und Sorgemodelle zu ermöglichen. Die §§ 7, 8, 9 und 9a TzBfG sind so heterogen, dass sie kein Gesamtpaket bilden. Sie greifen nicht automatisch ineinander. Bisher hat auch der neu eingeführte § 7 Abs. 2, 3 TzBfG keine Wirkung entfaltet, vgl. nur BAG, 21.1.2021 – 8 AZR 195/19 – juris – und das trotz starker Orientierungssätze.

Flexibilisierungsbedarf	Regelungszweck/Gesetz	Begrenzende Voraussetzungen	Rechtswirkung	Probleme
Arbeitszeitreduktion zur Pflege	<b>Unspezifische Teilzeitförderung</b> § 8 Abs. 4 TzBfG (Teilzeit)	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Schwellenwert: nur für Arbeitgeberin/Arbeitgeber mit mindestens 16 Beschäftigten</li> <li>▪ nur, soweit keine entgegenstehenden betrieblichen Gründe</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Erörterungs- und Verhandlungsanspruch</li> <li>▪ kein Gestaltungsrecht durch einseitige Erklärung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ keine besondere Gewichtung familialer Belange</li> <li>▪ erneute Änderung erst nach 2 Jahren</li> <li>▪ Rückkehr auf frühere Arbeitszeit nur begrenzt im Rahmen von §§ 9, 9a TzBfG</li> </ul>
	<b>Unspezifische Informations-/Erörterungs- und Begründungspflicht</b> § 7 Abs. 2 und Abs. 3 TzBfG	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Geltendmachung eines Wunsches nach Veränderung von Dauer oder Lage oder von Dauer und Lage der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit</li> <li>▪ ansonsten keine, also unabhängig von Betriebsgröße, Dauer und Umfang der Beschäftigung</li> <li>▪ für Begründung der Antwort in Textform: erst nach 6-monatiger Beschäftigung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ nur Anspruch auf Erörterung und Begründung der Entscheidung</li> <li>▪ kein Verhandlungsanspruch</li> <li>▪ keine Fiktionswirkung</li> <li>▪ keine Sanktion</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Vorteil: Änderungen der Lage der Arbeitszeit nicht zwingend an Reduktion gekoppelt</li> <li>▪ aber keine Regelung zur Effektivierung der Erörterung</li> <li>▪ keine besondere Gewichtung familialer Belange</li> <li>▪ keine Regelung zur Erörterung bezüglich Arbeitsort</li> <li>▪ Bisher hat auch schon die aF von § 7 TzBfG keine praktische Wirkung entfaltet, vgl. nur BAG, 21.1.2021 – 8 AZR 195/19 – juris – und das trotz starker Orientierungssätze.</li> </ul>
	<b>Pflegeteilzeit zur Vereinbarkeit von Beruf und Pflege</b> § 3 PflegeZG, max. 6 Monate je Pflegefall	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Schwellenwert: nur für Arbeitgeberin/Arbeitgeber mit mindestens 16 Beschäftigten</li> <li>▪ bei Arbeitgeber mit 15 oder weniger Beschäftigten besteht nur Antragsrecht mit Anspruch auf Begründung bei Ablehnung</li> <li>▪ nur bei häuslicher Pflege</li> <li>▪ bei minderjährigen pflegebedürftigen Kindern besteht ein Anspruch auch bei außerhäuslicher Pflege</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Erörterungs- und Verhandlungsanspruch</li> <li>▪ kein Gestaltungsrecht durch einseitige Erklärung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Aufspaltung oder Unterbrechung nicht möglich; muss ohne Unterbrechung an Familienpflegezeit anschließen, falls diese auch genommen wird</li> </ul>
	<b>Pflegeteilzeit zur Vereinbarkeit von Beruf und Pflege</b> § 2 FPfZG ▪ zusammen mit Pflegezeit nach PflegeZG max. 24 Monate	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ nur für Arbeitgeberin/Arbeitgeber mit mehr mind. 26 Beschäftigten</li> <li>▪ bei Arbeitgeberin/Arbeitgeber mit 25 oder weniger Beschäftigten besteht nur Antragsrecht und Anspruch auf Begründung bei Ablehnung</li> <li>▪ nur bei häuslicher Pflege</li> <li>▪ bei minderjährigen pflegebedürftigen Kindern besteht ein Anspruch auch bei außerhäuslicher Pflege</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Erörterungs- und Verhandlungsanspruch</li> <li>▪ kein Gestaltungsrecht durch einseitige Erklärung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Aufspaltung oder Unterbrechung nicht möglich.</li> <li>▪ muss ohne Unterbrechung an Pflegezeit anschließen, falls diese auch genommen wird</li> </ul>

Flexibilisierungsbedarf	Regelungszweck/Gesetz	Begrenzende Voraussetzungen	Rechtswirkung	Probleme
Veränderung/Einflussnahme auf <b>Lage der Arbeitszeit/Arbeitsmuster</b>	§ 8 Abs. 4 TzBfG	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Schwellenwert: nur für Arbeitgebende mit mind. 16 Arbeitnehmenden</li> <li>▪ nur bei gleichzeitiger Reduktion der Arbeitszeit</li> <li>▪ soweit keine entgegenstehenden betrieblichen Gründe</li> <li>▪ abgesehen von §§ 9, 9a TzBfG nur als endgültige Absenkung der Arbeitszeit</li> <li>▪ Veränderungssperre: erneute Änderung erst nach zwei Jahren</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Erörterungs- und Verhandlungsanspruch</li> <li>▪ kein Gestaltungsrecht durch einseitige Erklärung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ eine isolierte Änderung der Lage der Arbeitszeit (unabhängig von Reduktion der Arbeitszeit) → dazu gab es bis 31.7.2022 keine Regelung im staatlichen Arbeitsrecht; seit 1.8.2022 nur Erörterungsrecht (s.u.)</li> <li>▪ zudem: Teilzeitfalle, da grundsätzlich keine gesicherte Rückkehr auf frühere Arbeitszeit; nur sehr begrenzte Reichweite von § 9a TzBfG (hohe Schwellenwerte in § 9a Abs. 1 und 2 TzBfG, siehe Fn. 21)</li> </ul>
	Wechsel aus Nachtarbeit § 6 Abs. 4 ArbZG	<p>Anspruch auf Tagesarbeitsplatz für Nachschichtarbeitende</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ entweder Kind bis 12 Jahre oder schwerstpflegebedürftiger Angehöriger</li> </ul>	Rechtsanspruch	
	<p><b>Unspezifische Informations-/Erörterungs- und Begründungspflicht</b> § 7 Abs. 2 und Abs. 3 TzBfG</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Geltendmachung eines Wunsches nach Veränderung der Lage der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit</li> <li>▪ ansonsten keine, also unabhängig von Betriebsgröße, Dauer und Umfang der Beschäftigung</li> <li>▪ für Begründung der Antwort in Textform: erst nach 6-monatiger Beschäftigung</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ nur Anspruch auf Erörterung und Begründung der Entscheidung</li> <li>▪ kein Verhandlungsanspruch</li> <li>▪ keine Fiktionswirkung</li> <li>▪ keine Sanktion</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Vorteil: Änderungen der Lage der Arbeitszeit nicht zwingend an Reduktion gekoppelt</li> <li>▪ aber keine Regelung zur Effektivierung der Erörterung</li> <li>▪ keine besondere Gewichtung familialer Belange</li> <li>▪ bisher hat auch schon die aF von § 7 TzBfG keine praktische Wirkung entfaltet, vgl. nur BAG, 21.1.2021 – 8 AZR 195/19, juris – und das trotz starker Orientierungssätze.</li> <li>▪ auch die geänderte Fassung (gültig ab 1.8.2022) spielt bislang in der Rechtsprechung keine Rolle, vgl. ArbG Schweirin, 12.7.2022 – 6 Ca 73/22; LAG Rostock, 13.7.2023 – 5 Sa 139/22; BAG, 30.1.2024 – 5 AZN 629/23 (s.o. Infokasten 1).</li> </ul>

Flexibilisierungsbedarf	Regelungszweck/Gesetz	Begrenzende Voraussetzungen	Rechtswirkung	Probleme
<b>Spontane Arbeitsunterbrechung wegen Sorgepflicht</b>	keine spezifische Regelung	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Rückgriff auf § 275 Abs. 1 oder § 275 Abs. 3 BGB</li> <li>▪ allgemeiner Einwand, dass Arbeitserbringung unmöglich oder unzumutbar ist, den der/die Beschäftigte erheben muss</li> <li>▪ führt zum Freiwerden von der Leistungspflicht, wenn die Voraussetzungen vorliegen</li> <li>▪ erhebliche Rechtsunsicherheiten, da sehr unbestimmte Rechtsbegriffe</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ kein Gestaltungsrecht, kein Anspruch, nur ein Recht zum vorübergehenden Einwand gegen die aktuelle Arbeitspflicht</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Leistungsbestimmungsrecht einseitig beim Arbeitgeber (Weisungsrecht). Keine ausdrückliche Regelung im staatlichen Arbeitsrecht, dass bei Ausübung dessen auf Sorgepflichten Rücksicht genommen werden muss.</li> </ul>
<b>Wechsel des Arbeitsortes</b> (zB. gelegentliches Homeoffice)	keine spezifische Regelung	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Rückgriff auf § 275 Abs. 1 oder § 275 Abs. 3 BGB</li> <li>▪ allgemeiner Einwand, dass Arbeitserbringung an der Betriebsstätte unmöglich oder unzumutbar ist und dass Arbeitgeber zur Vermeidung von Nachteilen Arbeit umorganisieren muss, soweit ihm dies zumutbar ist, im Rahmen seiner allgemeinen Schutzpflichten (vgl. § 241 Abs. 2 BGB)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ kein Gestaltungsrecht, kein Anspruch, nur ein Recht zum vorübergehenden Einwand gegen die aktuelle Arbeitspflicht, woraus aber noch keine Umgestaltungspflicht des Arbeitgebers erwächst</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Leistungsbestimmungsrecht einseitig beim Arbeitgeber (Weisungsrecht). Keine ausdrückliche Regelung im staatlichen Arbeitsrecht, dass bei Ausübung dessen auf Sorgepflichten Rücksicht genommen werden muss.</li> </ul>

# Hinweisgeberschutz in Japan – mit kurzen Schlaglichtern auf das deutsche Recht\*

PROF. DR. YUMIKO KUWAMURA, TOHOKU UNIVERSITÄT, SENDAI/JAPAN

**ZUSAMMENFASSUNG** Ein Hinweisgeberschutzgesetz wurde in Japan schon vor 20 Jahren erlassen. Der Beitrag erläutert den Anlass zu dieser Gesetzgebung und gibt einen Überblick über die nach der Reform 2020 geltenden Regelungen in Japan. Unter Berücksichtigung der japanischen Beschäftigungspraxis beleuchtet er einige Unterschiede zum deutschen Recht und zeigt auf, welche Reformen des japanischen Hinweisgeberschutzgesetzes angedacht sind.

**ABSTRACT** A law to protect whistleblowers was enacted in Japan already twenty years ago. The article explains its background and gives an overview of the current regulations which came into force in Japan after the reform of 2020. Considering the employment praxis in Japan, it points out some differences to the German law and shows the suggested reforms of the Japanese Whistleblower Protection Act.

## I. Einleitung

Anzeigen oder Meldungen von Verstößen gegen Gesetze (*»Whistleblowing«*) können wirksame Mittel zu deren Beseitigung sein und dienen der *»Compliance«* von Unternehmen. Jedoch besteht die Gefahr, dass der Hinweisgeber, typischerweise ein Arbeitnehmer, als *illoyal* angesehen und vom betroffenen Unternehmen benachteiligt wird. Nicht nur in Deutschland, sondern auch in Japan stellt sich daher die Frage, inwieweit der Hinweisgeber vor solchen Benachteiligungen geschützt werden soll.

Historisch gesehen, entwickelte sich das japanische Recht nach dem Zweiten Weltkrieg trotz der Besatzung durch das amerikanische Militär (1945–1952) überwiegend unter dem Einfluss des deutschen Rechts. Was den Hinweisgeberschutz angeht, ist das heutige deutsche Gesetz zwar umfangreicher als das entsprechende japanische, dafür hat jedoch Japan sein Hinweisgeberschutzgesetz bereits ca. 20 Jahre früher als Deutschland erlassen. Während in Deutschland nämlich das Hinweisgeberschutzgesetz (HinSchG, BGBl. 2023 I, Nr. 140) im Mai 2023 vor dem Hintergrund einer europäischen Richtlinie (EU 2019/1937) verabschiedet wurde, war in Japan schon 2004 ein entsprechendes Gesetz (das japanische Hinweisgeberschutzgesetz, im Folgenden JHinSchG) zum Schutz von Arbeitnehmern erlassen worden. Dieser zeitliche Abstand ist bemerkenswert.

In Japan wurde 2020 ein Reformgesetz zum HinSchG verabschiedet. Derzeit wird eine weitere Reform in Betracht gezogen. Auch in Deutschland werden die Regelungen des relativ jungen Gesetzes und dessen Umsetzung in die Praxis immer noch diskutiert. So ist der Hinweisgeberschutz für Japan und Deutschland jeweils ein aktuelles Thema und es ist interessant, die Entwicklungen in den beiden Ländern zu vergleichen. Dieser Beitrag stellt die Entwicklung des japanischen Hinweisgeberschutzes vor. An ausgewählten Stellen erfolgt dabei auch ein Blick auf das deutsche Recht.

Im Folgenden wird zunächst die Beschäftigungspraxis in Japan erläutert, da ihre spezifische Ausprägung Ausgangspunkt für den japanischen Diskurs zum Hinweisgeberschutz war. Dann werden die Entwicklungen bis zum Erlass des JHinSchG kurz vorgestellt.<sup>1</sup> Danach ist auf die nach der Reform 2020 geltenden Regelungen und derzeitigen Diskussionen näher einzugehen. Das Augenmerk soll dabei auch auf die Unterschiede zwischen dem japanischen und deutschen HinSchG gelegt werden.

## II. Beschäftigungspraxis in Japan

Um das japanische Arbeitsrecht und auch den Hinweisgeberschutz in Japan zu verstehen, muss man sich zunächst mit der Beschäftigungspraxis in Japan vertraut machen. Zentral ist hier die sogenannte *lebenslange*, jedenfalls zumindest langfristige Beschäftigungspraxis.<sup>2</sup> So werden Arbeitnehmer in der Regel direkt nach ihrem Schul- bzw. Universitätsabschluss eingestellt und bis zu einer bestimmten Altersgrenze (derzeit 65 Jahre) in demselben Unternehmen beschäftigt. Diese Praxis wurde ab den 1950er-Jahren in wirtschaftlich guten Zeiten von den Unternehmen eingeführt, um kompetente Arbeitnehmer länger zu binden. Folge dieser Beschäftigungsphilosophie ist, dass Arbeitnehmer ihre Karriere nur innerhalb eines bestimmten Unternehmens machen und der Wechsel des Arbeitgebers vor allem für ältere Arbeitnehmer schwierig ist. Auch wenn dieses Modell bedingt durch die schwache Konjunktur seit den 1990er-Jahren sein Alleinstellungsmerkmal verloren hat, bil-

\* Leicht geänderte Fassung des Vortrags vom 3.5.2024 an der Hochschule Mainz. Dieser ist ein Ergebnis eines Forschungsprojekts (*»Comparative study on the Whistleblower Protection Law: labour law perspective«*), das von der Nomura Foundation in Japan finanziert wurde. Ich danke Herrn Dr. *Matthias Broll* für seine Unterstützung.

1 Ausführlich zu den Entwicklungen bis zum Erlass des japanischen Hinweisgeberschutzgesetzes im Jahre 2004 sowie dessen Inhalt vgl. *Kuwamura*, NZA-Beilage 2020, 71, 74 ff.

2 Ausführlich dazu vgl. *Hanami/Komiya/Yamakawa*, Labour Law in Japan, 2nd Ed., Alphen aan den Rijn 2015, p. 50 et s.

det es weiterhin den Kern der japanischen Arbeitskultur. Dies wirkt sich auf das Verhalten von Hinweisgebern aus.

Nach einer Statistik aus dem Jahre 2016<sup>3</sup> wollten mehr als die Hälfte der japanischen Arbeitnehmer (53,3 %) zuerst eine interne Anzeige tätigen, aber auch die Anzahl der Arbeitnehmer, die zuerst zur Behörde gehen wollten, machte einen erheblichen Anteil (41,7 %) aus. Dieser Statistik zufolge wollten die Arbeitnehmer, die einen Gang zur Behörde bevorzugen, eine interne Anzeige vermeiden, weil sie kein großes Vertrauen in interne Untersuchungen haben oder/und Benachteiligungen innerhalb des Unternehmens befürchten.

Früher waren auch Anzeigen innerhalb des Unternehmens mit einem Makel behaftet, wenn der Arbeitnehmer nicht seinem Vorgesetzten, sondern direkt dem Vorstand des Unternehmens meldete. Denn dies wurde als Verstoß gegen die Weisungshierarchie innerhalb des Unternehmens angesehen. Auch wenn der Arbeitnehmer von der Richtigkeit seiner Meldung ausgehen durfte, musste er damit rechnen, von der angezeigten Person identifiziert zu werden und sah sich dann oft, wenn diese Person im Unternehmen Einfluss hatte, Repressalien wie einer nachteiligen Versetzung<sup>4</sup> oder Kündigung<sup>5</sup> ausgesetzt. Da sich solche negativen Maßnahmen vor allem vor dem Hintergrund der langfristigen Beschäftigungspraxis für den Arbeitnehmer schwerwiegend nachteilig auswirken, bevorzugen es Arbeitnehmer in Japan nicht selten, zuerst bei der zuständigen Behörde eine Anzeige zu tätigen.

Wie später näher erläutert wird, wurden in Japan nicht wenige schwere Rechtsverstöße durch solche Anzeigen bei Behörden aufgedeckt. Diese Missstände wären nicht durch eine interne Meldung beseitigt worden. Das ist der Grund, warum Anzeigen gegenüber Behörden bei der aktuellen Reform vom Gesetzgeber sogar gefördert werden.

### III. Der Weg bis zum Erlass des Hinweisgeberschutzgesetzes in Japan

#### 1. Rechtslage

Arbeitnehmer unterliegen bestimmten Nebenpflichten aus dem Arbeitsvertrag. Relevant für die Anzeige von Missständen sind:

- a) Loyalitätspflicht, nach der der Arbeitnehmer die Interessen des Arbeitgebers nicht mit Absicht beeinträchtigen darf,
- b) Schweigepflicht, nach der der Arbeitnehmer Betriebsgeheimnisse nicht außerhalb des Betriebs offenlegen darf, und
- c) Pflicht zur Einhaltung der betrieblichen Ordnung<sup>6</sup>, die der Arbeitgeber festgelegt hat.

Bei einer internen Meldung schadet der Arbeitnehmer dem Ansehen des Arbeitgebers und dem Vertrauen in das Unternehmen nicht, auch wenn der Inhalt der Anzeige falsch war. Wenn er aber eine falsche Information mit Absicht intern lanciert, kann der betriebliche Frieden gestört werden, was einen

Verstoß gegen die Pflicht zur Einhaltung der betrieblichen Ordnung darstellt. Bei einer externen Meldung gegenüber einer Behörde oder sonstigen Organisation kann der Arbeitnehmer gegen die Loyalitäts- und Schweigepflicht verstoßen, auch wenn der Inhalt der Anzeige wahr ist.

Bei solchen Pflichtverletzungen belegt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer oft mit einer »Disziplinarmaßnahme«. Eine Disziplinarmaßnahme ist eine »Strafe« innerhalb des Unternehmens. Nach der Rechtsprechung hat der Arbeitgeber grundsätzlich das Recht dazu, gegen die ordnungswidrigen Handlungen des Arbeitnehmers eine solche zu verhängen.<sup>7</sup> Konkrete Maßnahmen sind zB. Verweis, Entgeltkürzung, Herabstufung, Suspendierung von der Arbeit oder Disziplinar Kündigung.

In Japan werden beim – auch freiwilligen – Ausscheiden des Arbeitnehmers typischerweise als Belohnung für die lange Unternehmenstreue bestimmte Geldsummen bezahlt. Diese sogenannten Ausscheidegelder werden aber Arbeitnehmern, gegen die eine Disziplinarmaßnahme getroffen wurde, normalerweise nur teilweise oder gar nicht bezahlt. Die Summe der Ausscheidegelder ist sehr hoch<sup>8</sup> und die Nicht-Bezahlung dieser Gelder ist ein großer Nachteil für den Arbeitnehmer. Bei einer Anzeige gegenüber einer externen Organisation kommt es oft vor, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit einer Disziplinar Kündigung, die meistens keine Kündigungsfrist voraussetzt und den Wegfall der Ausscheidegelder bedeutet, bestraft. Ob eine solche Disziplinarmaßnahme gegenüber Hinweisgebern wirksam ist, ist daher in Japan eine wichtige Frage.

Vor dem Erlass des JHinSchG waren nachteilige Behandlungen aufgrund einer Anzeige nur teilweise gesetzlich ausdrücklich verboten<sup>9</sup> und es gab lange kein Gesetz, das die Anzeige im öffentlichen Interesse generell schützte.

#### 2. Rechtsprechung

Mit der Zulässigkeit von nachteiligen Behandlungen gegenüber Hinweisgebern beschäftigen sich die Gerichte seit den 1990er-Jahren. Die Rechtsprechung hat infolge einer Abwägung der Interessen der Arbeitgeber (Ansehen und Vertrauen in das Unternehmen) sowie der Arbeitnehmer (Freiheit der Meinungsäußerung und das Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit) angenommen, dass eine nachteilige Behandlung aufgrund der Anzeige unzulässig ist, wenn die Anzeige nach einer Gesamtbetrachtung gerechtfertigt war.<sup>10</sup> Bei dieser Gesamtbetrachtung sind folgende drei Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

- a) *Inhalt*. Ob der Inhalt der Anzeige wahr ist. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Information zwar falsch ist, der

7 OGH, 8.9.1983, Rōdōhanrei 415, 29. Allerdings wird die Wirksamkeit einer Disziplinarmaßnahme aufgrund des Verbots des Rechtsmissbrauchs usw. streng überprüft.

8 Üblicherweise ändert sich die Summe der Ausscheidegelder je nach Grund der Beendigung des Arbeitsvertrags. Beim Ausscheiden aufgrund Erreichens der Altersgrenze sind es durchschnittlich 18.960.000 Yen und beim Ausscheiden aufgrund eines persönlichen Grundes 14.410.000 Yen (jeweils in Fällen von länger als 20-jähriger Beschäftigung sowie einem Lebensalter von über 45 Jahren gemäß einer Statistik von 2023), <https://www.mhlw.go.jp/toukei/itiran/roudou/jikan/syurou/23/dl/gaiyou04.pdf> (6.8.2024).

9 Art. 104 Abs. 1 und 2 Arbeitsstandardgesetz, Art. 97 Gesetz über Sicherheit und Hygiene am Arbeitsplatz, Art. 112 Gesetz über Seeleute und Art. 49-3 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.

10 Distriktgericht (DG) Osaka (Zweigstelle Sakai), 18.6.2004, Rōdōhanrei 855, 22; DG Toyama, 23.2.2005, Rōdōhanrei 891, 12.

3 [https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_system/whistleblower\\_protection\\_system/research/pdf/research\\_190909\\_0004.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_system/whistleblower_protection_system/research/pdf/research_190909_0004.pdf) (6.8.2024).

4 Obergericht (OG) Tokio, 31.8.2011, Rōdōhanrei 1035, 42.

5 OG Tokio, 23.1.2015, Rōdōhanrei 1117, 50.

6 Oberster Gerichtshof (OGH), 28.2.1974, Hanreijihō 733, 18.

Arbeitnehmer aber aufgrund eines überzeugenden Beweises (zB. Dokumente, die den Rechtsverstoß andeuten oder Aussagen der beteiligten Personen) berechtigterweise auf die Richtigkeit vertrauen durfte.<sup>11</sup>

- b) *Zweck*. Ob der Arbeitnehmer bei der Anzeige keinen unlauteren Zweck verfolgt.<sup>12</sup> Unlauter ist zB. das Ziel, das Ansehen des Arbeitgebers zu beschädigen oder die Verfolgung persönlicher Interessen. Allerdings haben einige Gerichte auch positiv überprüft, ob der Hinweisgeber tatsächlich ein öffentliches Interesse (wie die Beseitigung eines illegalen Kartells) verfolgt hat.<sup>13</sup>
- c) *Verfahren und Mittel*. Ob der Arbeitnehmer sich vor der externen Anzeige Mühe gegeben hat, den Missstand innerhalb des Unternehmens zu beseitigen (*Verfahren*). Unklar blieb dabei jedoch, ob die Anzeige bei einer Behörde von der Anzeige bei sonstigen externen Stellen (zB. Medien) unterschieden werden muss. Zudem wurde überprüft, ob der Arbeitnehmer sich bei der Anzeige keiner unerlaubten Mittel bedient hat. Nicht selten erlangt der Arbeitnehmer nämlich die Informationen ohne die Zustimmung des Unternehmens und bringt sie als Beweis außer Haus. Wenn allerdings die Mitnahme der entsprechenden Daten nicht zu einem ernsthaften Schaden für das Unternehmen führt, kann der Rechtsprechung zufolge die damit zusammenhängende Anzeige nach der Gesamtbetrachtung noch als gerechtfertigt angesehen werden.<sup>14</sup>

### 3. Hintergrund der Gesetzgebung

Obwohl also schon einige gesetzliche Vorschriften und die Rechtsprechung hinweisgebende Arbeitnehmer vor nachteiligen Behandlungen geschützt hatten, wurde dennoch Anfang der 2000er-Jahre ein besonderes Gesetz zum Hinweisgeberschutz benötigt.

Der Grund hierfür war, dass in dieser Zeit nicht wenige Missstände in großen Unternehmen durch die Anzeigen von Arbeitnehmern ans Licht kamen.<sup>15</sup> Bei diesen Missständen ging es um das Leben und die Sicherheit von Menschen und die Anzeigen der Arbeitnehmer waren für die Entdeckung unverzichtbar. Die gerichtliche Überprüfung ist aber einzelfallbezogen und die von den Gerichten vorgenommene Gesamtschau der verschiedenen Gesichtspunkte ist im Hinblick auf die Rechtssicherheit problematisch. Unbefriedigend waren auch die von der Rechtsprechung offen gelassenen Fragen, so etwa, ob der Hinweisgeber den Schutz öffentlicher Interessen bezwecken oder ob er sich vor der Anzeige bei der Behörde Mühe gegeben haben muss, den Missstand innerhalb des Unternehmens zu beseitigen.

## IV. Hinweisgeberschutzgesetz in Japan

### 1. Überblick

Um die Voraussetzungen für eine vom Gesetz geschützte Abgabe von Hinweisen klarzustellen und die Abgabe schützenswerter Anzeigen zu fördern, wurde 2004 das Gesetz zum Schutz der Hinweisgeber im öffentlichen Interesse (JHinSchG, Gesetz Nr. 122/2004) erlassen. Es trat im April 2006 in Kraft. Das JHinSchG wurde vom britischen *Public Interest Disclosure Act 1998* beeinflusst.

Das JHinSchG hat die bisher ergangene Rechtsprechung nun teilweise kodifiziert. So schützt es »Anzeigen im öffentlichen Interesse« und schreibt vor, dass Kündigungen und sonstige nachteilige Behandlungen aufgrund einer geschützten Anzeige unwirksam sind (Art. 3 und 5).

Auch wenn eine Anzeige nicht vom JHinSchG erfasst wird, kann sie weiterhin von der Rechtsprechung geschützt werden (Art. 8). Denn der von der Rechtsprechung gezogene Schutzbereich ist insofern weiter als der des JHinSchG, als dass auch eine Anzeige, die eine der drei genannten Kriterien (s. III.2.) nicht erfüllt, im Rahmen einer Gesamtbetrachtung noch gerechtfertigt sein kann. Aus diesem Grund wurde den überwiegenden Klagen von Hinweisgebern auch nach dem Erlass des Gesetzes nicht anhand dieses, sondern auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung stattgegeben. Das JHinSchG hat aber sicherlich eine Rolle dabei gespielt, den negativen Ruf von Anzeigen, zumindest jedenfalls solcher, die im öffentlichen Interesse liegen, zu beseitigen und die Einführung interner Meldestellen in Unternehmen zu fördern.

Allerdings wurden interne Meldestellen in der Praxis nicht oft genutzt, weshalb die entsprechenden Ursachen beseitigt werden mussten. So wurde das Reformgesetz 2020 (Gesetz Nr. 51/2020) verabschiedet, welches seit Juni 2022 gilt. Im Folgenden werden die Regelungen des geltenden JHinSchG vorgestellt (die folgenden Artikel sind, soweit nicht anders gekennzeichnet, solche des geltenden JHinSchG).

### 2. »Anzeige im öffentlichen Interesse«

Geschützt vom JHinSchG werden in Japan »Anzeigen im öffentlichen Interesse«. Dieses Interesse wird in Bezug auf den Inhalt und den Personenkreis sowie den Zweck der Anzeige definiert (Art. 2).

#### a) Inhalt der Anzeige

Geschützt werden in Japan zunächst Informationen über Verstöße, die strafbewehrt sind. Seit 2022 sind vom Schutzbereich auch Verstöße, die bußgeldbewehrt sind, erfasst. Die Informationen müssen sich dabei aber auf die Verletzung von bestimmten Gesetzen »zum Schutz des Lebens oder des Körpers, der Verbraucher, der Umwelt, des fairen Wettbewerbs sowie sonstiger Interessen« beziehen (Art. 2 Abs. 3). Durch diese Beschränkung werden vom JHinSchG nur Anzeigen von Verstößen gegen Gesetze erfasst, die wesentliche öffentliche Interessen schützen. Die in Bezug genommenen Gesetze werden vom JHinSchG sowie der Verordnung konkret benannt: derzeit 500

11 DG Osaka (Zweigstelle Sakai), 18.6.2004, Rōdōhanrei 855, 22.

12 DG Tokio, 27.11.1995, Rōdōhanrei 683, 17; DG Hiroshima (Zweigstelle Fukuyama), 20.7.1995 (nicht veröffentlicht).

13 DG Osaka (Zweigstelle Sakai), 18.6.2004, Rōdōhanrei 855, 22; DG Toyama, 23.2.2005 Rōdōhanrei 891, 12.

14 OG Fukuoka (Zweigstelle Miyazaki), 2.7.2002, Rōdōhanrei 833, 48; DG Osaka (Zweigstelle Sakai), 18.6.2004, Rōdōhanrei 855, 22.

15 Im Fall der Automobilgesellschaft Mitsubishi (2000) hatte das Unternehmen mehr als 20 Jahre lang die Informationen über fehlerhafte Autos vor dem zuständigen Ministerium sowie den Kunden versteckt. Im Jahr 2002 gab es außerdem mehrere Lebensmittel betreffende Fälle (falsche Angabe usw.).

Gesetze (Stand April 2024). Für juristische Laien ist es aber schwierig abzuschätzen, ob ein beobachteter Missstand von einem der aufgezählten Gesetze erfasst wird.

### b) Personenkreis

Geschützt werden 1. Arbeitnehmer, 2. ehemalige Arbeitnehmer sowie 3. die aktuellen Vorstände. Vom JHinSchG von 2004 wurden nur Arbeitnehmer geschützt. Bei der Reform von 2020 wurde der geschützte Personenkreis dann auf die beiden letztgenannten Personengruppen erweitert.

»Arbeitnehmer« sind Personen, die weisungsgebundene Arbeit leisten (persönliche Abhängigkeit) und Lohn erhalten.<sup>16</sup> Der Kreis der vom Arbeitnehmerbegriff erfassten Personen ist fast gleich wie in Deutschland.

Obwohl der vom JHinSchG geschützte Personenkreis also teilweise auf Nicht-Arbeitnehmer erweitert wurde, ist er trotzdem noch viel enger als in Deutschland. In Deutschland werden alle natürlichen Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit oder im Vorfeld einer beruflichen Tätigkeit Informationen über Verstöße erlangt haben, geschützt (§ 1 des deutschen HinSchG). In Japan werden ehemalige Arbeitnehmer vom JHinSchG nur dann geschützt, wenn sie innerhalb eines Jahres nach dem Ausscheiden die Anzeige getätigt haben (Art. 2 Abs. 1 Nr. 1). Mit der zeitlichen Beschränkung möchte der Gesetzgeber hinweisgebende Personen dazu bewegen, möglichst schnell Informationen über Missstände weiterzugeben. Je später ein Missstand gemeldet wird, desto schwieriger wird es, entsprechende Beweise zu sichern.

Derzeit wird in Japan diskutiert, ob auch Solo-Selbständige oder Geschäftspartner vom JHinSchG geschützt werden sollen. Bisher war es generelle Meinung, dass der Gesetzgeber aufgrund der Vertragsfreiheit und des freien Wettbewerbs in das Vertragsverhältnis zwischen den Unternehmen (Selbständigen) nicht eingreifen soll.<sup>17</sup> Da aber Solo-Selbständige teilweise genauso schützenswert wie Arbeitnehmer sind, zieht das zuständige Ministerium in Betracht, den Schutzbereich auf sie zu erweitern.

Das JHinSchG bezweckt nicht nur die Aufdeckung von Gesetzesverstößen und damit die Durchsetzungen der Gesetze, sondern auch den Schutz derjenigen Hinweisgeber, die sich wegen ihrer schwachen Stellung gegen nachteilige Behandlungen durch das angezeigte Unternehmen nicht selbst verteidigen können. Aufgrund dieses Bezuges zur Vulnerabilität der Hinweisgeber ist eine Erweiterung des gesetzlichen Schutzes auf alle natürlichen Personen, die Informationen über Verstöße gegen Gesetze weitergeben, in Japan nicht realistisch.

### c) Zweck

Der Zweck der Anzeige darf nicht unlauter sein (Art. 2 Abs. 1). Erhält der Arbeitnehmer von seinem Unternehmen für seinen Hinweis auf einen Missstand eine Belohnung in Form von Geld oder sonstigen Vergünstigungen, macht dies die Anzeige nicht automatisch unlauter. Unlauter ist zB. der unberechtigte Erwerb von Vorteilen oder die Beschädigung des Vermögens

von anderen.<sup>18</sup> Das JHinSchG ist insofern ein besonderes Schutzgesetz, als dass es die Verletzung von arbeitsrechtlichen Pflichten rechtfertigt. Deswegen darf der Hinweisgeber, um vom JHinSchG geschützt zu werden, keinen illegalen Zweck im Sinne eines Verstoßes gegen die guten Sitten (Zivilgesetz, Art. 90) verfolgen.<sup>19</sup>

Auf der anderen Seite wurde klargestellt, dass der Hinweisgeber nicht bezwecken muss, im öffentlichen Interesse zu handeln, um vom JHinSchG geschützt zu werden. Denn der sachliche Anwendungsbereich ist bereits auf Hinweise begrenzt, durch welche Verstöße gegen öffentliche Interessen zur Anzeige gebracht werden (Art. 2 Abs. 3). Noch höher wollte der Gesetzgeber die Hürden nicht setzen.

### 3. Meldstellenspezifische Voraussetzungen

Um vom JHinSchG geschützt zu werden, muss die Anzeige »im öffentlichen Interesse« liegen und unter bestimmten Voraussetzungen getätigt werden. Diese Voraussetzungen werden, je nachdem wie hoch das Risiko der Beschädigung des Ansehens des Unternehmens ist, anders festgelegt. Dementsprechend sind die Voraussetzungen bei internen Meldungen am geringsten, wohingegen sie bei externen Meldungen bzw. Anzeigen bei Behörde schon ausgedehnter und bei Anzeigen gegenüber anderen Organisationen/Personen am umfangreichsten sind. In Deutschland gibt es keinen Unterschied im Hinblick auf die gesetzlichen Voraussetzungen von geschützten internen bzw. externen Meldungen. In Japan gibt es aber einen Unterschied zwischen diesen zwei Arten von Meldungen.

#### a) Interne Meldestelle

Eine interne Meldung bedeutet die Erstattung einer Anzeige in einem Unternehmen, in dem der Hinweisgeber beschäftigt ist.<sup>20</sup> Für Leiharbeiter ist die Meldestelle beim Entleiher zuständig (Art. 2 Abs. 1 Nr. 2). Bei der internen Meldung ist Voraussetzung für den Schutz durch das JHinSchG »nur«, dass der Hinweisgeber darauf vertraut hat, dass der Missstand tatsächlich erfolgt ist oder in Kürze erfolgen wird (Art. 3 Nr. 1). Der Hinweisgeber muss keine umfassenden Beweise für seinen Verdacht haben.

#### b) Behörde

Bei einer Anzeige bei der zuständigen Behörde wurde ursprünglich vorausgesetzt, dass der Hinweisgeber berechtigterweise darauf vertraut hat, dass der Missstand tatsächlich erfolgt ist oder in Kürze erfolgen wird. Dafür musste er einen überzeugenden Beweis für den Verdacht haben. Diese Voraussetzung war eine große Hürde für den Hinweisgeber, weil es für ihn schwierig war, einen Beweis auf legalem Wege zu erlangen.

Der Gesetzgeber hat vom Hinweisgeber einen Beweis verlangt, weil die Behörde ein externes Organ ist und das Ansehen des Unternehmens durch eine falsche Information beschädigt werden kann. Jedoch ist wegen der Schweigepflicht der

<sup>18</sup> Kommentar der Behörde zum Verbraucherschutz (Consumer Affairs Agency), Art. 2 JHinSchG, S. 11 ff., [https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_partnerships/whistleblower\\_protection\\_system/overview/annotations/index.html](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_partnerships/whistleblower_protection_system/overview/annotations/index.html) (6.8.2024).

<sup>19</sup> Consumer Affairs Agency (Fn. 18), Art. 2 JHinSchG, S. 11.

<sup>20</sup> Neben der dafür zuständigen internen Meldestelle können Ansprechpartner der Geschäftsführer, der zuständige Vorstand, der Vorgesetzte des hinweisgebenden Arbeitnehmers und sonstige vom Unternehmer benannte Personen wie Rechtsanwälte oder Gewerkschafter sein.

<sup>16</sup> Art. 9 Arbeitsstandardgesetz.

<sup>17</sup> Bericht des Fachausschusses zum Schutz der Hinweisgeber im öffentlichen Interesse (2018), S. 15, [https://www.cao.go.jp/consumer/kabusoshiki/koueki/doc/20181227\\_koueki\\_houkoku.pdf](https://www.cao.go.jp/consumer/kabusoshiki/koueki/doc/20181227_koueki_houkoku.pdf) (6.8.2024).

Beamten das Risiko einer Verbreitung von falschen Informationen tatsächlich nicht sehr groß. Deshalb wurden die Voraussetzungen bei Anzeigen gegenüber den zuständigen Behörden abgesenkt. Seit 2022 können Arbeitnehmer und ehemalige Arbeitnehmer vom JHinSchG bereits dann geschützt werden, wenn sie bei der Anzeige bei der Behörde auf das tatsächliche Vorliegen eines Missstandes vertraut haben und der Behörde bestimmte Informationen<sup>21</sup> einschließlich des eigenen Namens<sup>22</sup> mitgeteilt haben. Die zuständige Behörde nutzt diese Informationen bei der Untersuchung des angezeigten Missstandes.

Die Voraussetzung, bestimmte Informationen der Behörde bei der Anzeige mitzuteilen, wurde geschaffen, um die Anforderungen im Verhältnis zu internen Meldungen strenger zu machen. Der Gesetzgeber wollte dadurch interne Meldungen fördern. Allerdings ist diese neue Voraussetzung tatsächlich keine große Hürde für Hinweisgeber und nach dem Inkrafttreten der Reform von 2020 nahmen die Anzeigen bei Behörden sogar noch deutlich zu.<sup>23</sup>

Nach dem JHinSchG müssen Arbeitnehmer oder ehemalige Arbeitnehmer sich vor der Anzeige bei der Behörde nicht bemüht haben, den Missstand innerhalb des Unternehmens zu beseitigen. Etwas anderes gilt im Hinblick auf den aktuellen Vorstand des Unternehmens. Dieser muss bei einer Anzeige bei einer Behörde einen überzeugenden Beweis haben und zusätzlich sich bemüht haben, den Missstand innerhalb des Unternehmens zu beseitigen (Ar. 6 Nr. 2).

### c) Sonstige externe Stellen oder Personen

Manchmal kommen in Japan auch Anzeigen gegenüber sonstigen externen Stellen oder Personen vor. So gab es etwa Fälle von Anzeigen gegenüber Vorständen der Muttergesellschaft<sup>24</sup>, Geschäftspartnern<sup>25</sup>, einem Rechtsanwalt<sup>26</sup> und Abgeordneten<sup>27</sup> sowie Medienvertretern<sup>28</sup>. In diesen Fällen wurden nachteilige Behandlungen des Arbeitnehmers durch das Unternehmen meistens als wirksam angesehen, weil der Hinweisgeber sich nicht ausreichend Mühe gegeben hatte, den Missstand innerhalb des Unternehmens zu beseitigen. In einem Fall wurde jedoch die direkte Offenlegung gegenüber einer Zeitung für gerechtfertigt gehalten, weil der Arbeitnehmer ein illegales, gegen das öffentliche Interesse gerichtetes Kartell aufdeckte und er diesbezüglich auch überzeugende Beweise hatte.<sup>29</sup>

Unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung hat der Gesetzgeber des JHinSchG nun folgende Vorgaben gemacht (Art. 3 Nr. 3):

Zunächst müssen die externen Stellen dafür geeignet<sup>30</sup> sein, die Missstände zu beseitigen. Anzeigen bei solchen geeigneten externen Stellen oder Person müssen weiterhin die folgenden zwei Voraussetzungen erfüllen:

1. Es muss ein überzeugender Beweis für den Verdacht vorhanden sein.
2. Es muss einen besonderen Grund dafür geben, die Anzeige in dieser Weise zu tätigen, nämlich entweder, weil man von dem Arbeitnehmer nicht erwarten konnte, den Missstand zunächst innerhalb des Unternehmens anzuzeigen, oder weil das Leben oder die Gesundheit von Menschen akut gefährdet war. In die erste Kategorie werden folgende fünf Fälle eingeordnet:
  - a) Bei einer internen Anzeige ist eine nachteilige Behandlung des Arbeitnehmers wahrscheinlich.
  - b) Bei einer internen Anzeige würden wahrscheinlich Beweise gelöscht werden.
  - c) Bei einer internen Anzeige würde die Identität des Hinweisgebers innerhalb des Unternehmens wahrscheinlich bekannt werden.
  - d) Der kontaktierte Vorgesetzte verbietet ihm, den Missstand auf höherer Ebene bzw. bei der dafür vorgesehenen Stelle im Unternehmen oder bei der zuständigen Behörde anzuzeigen.
  - e) Das Unternehmen hat den Missstand nicht innerhalb von 20 Tagen nach der Anzeige untersucht.

## 4. Pflicht zur Einführung einer internen Meldestelle

### a) Pflicht von großen Unternehmen

Seit 2022 sind große Unternehmen mit 301 oder mehr Arbeitnehmern verpflichtet, eine interne Meldestelle zur Erstattung von Anzeigen, die im öffentlichen Interesse liegen, einzuführen. Im Falle einer Verletzung dieser Pflicht sind Verwaltungsmaßnahmen (Hinweise, Anleitung, Verwarnung und zuletzt Veröffentlichung des Namens des Rechtsverletzers) vorgesehen.

Nach einer Befragung<sup>31</sup> aus dem Jahre 2023 hatten 91,5 % der großen Unternehmen (82 % im Jahre 2016)<sup>32</sup> eine interne Meldestelle und in 63,1 % von diesen wurden nicht mehr als fünf Anzeigen in einem Jahr getätigt. Der Befragung zu Folge hatten Arbeitnehmer kein großes Vertrauen darauf, dass der Verdacht ordentlich untersucht wird und der Hinweisgeber

21 Diese Informationen sind 1. der Name sowie Wohnsitz des Hinweisgebers, 2. Inhalt einer Anzeige, die vom JHinSchG erfasst wird, 3. der Grund dafür, warum er darauf vertraut, dass ein Missstand besteht oder in Kürze bestehen wird sowie 4. der Grund dafür, warum er davon ausgeht, dass behördliche Maßnahmen gegen diesen Missstand getroffen werden sollen.

22 Wenn der Hinweisgeber bei der Anzeige an die Behörde seinen Namen nicht mitteilt (anonyme Anzeige), muss er wie vor der Reform 2020 einen überzeugenden Beweis für den Verdacht haben, um vom JHinSchG geschützt zu werden (Art. 3 Nr. 2).

23 Anzeigen bei (zentralen) Ministerien im Jahre 2022 kamen ca. 1,8 Mal häufiger vor (24.460), als im Jahre 2021 (13.686), vor dem Inkrafttreten der Reform. Statistik aus 2023 der *Consumer Affairs Agency*, S. 6, [https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_partnerships/whistleblower\\_protection\\_system/research/assets/research\\_240426\\_0002.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_partnerships/whistleblower_protection_system/research/assets/research_240426_0002.pdf) (6.8.2024).

24 DG Tokio, 26.3.2013, Rōdō keizai hanrei sokuhō 2179, 14.

25 DG Tokio, 14.1.2016, Rōdōhanrei 1140, 68.

26 DG Osaka (Zweigstelle Sakai), 18.6.2004, Rōdōhanrei 855, 22.

27 OG Hiroshima (Zweigstelle Matsue), 27.5.2015, Rōdōhanrei 1130, 33.

28 OG Tokio, 17.4.2002, Rōdōhanrei 831, 65; DG Osaka, 27.4.2005, Rōdōhanrei 897, 26; DG Tokio, 28.1.2011, Rōdōhanrei 1029, 59.

29 DG Toyama, 23.2.2005, Rōdōhanrei 891, 12.

30 Geeignet sind nach dem Kommentar der zuständigen Behörde zB. Verbraucherverbände, Unternehmensvereinigungen zur Förderung des fairen Wettbewerbs, Organisationen zum Schutz von Whistleblowern und die einschlägigen Medien. Die Offenlegung von Informationen auf einer allgemein zugänglichen Internetseite, ist normalerweise nicht vom JHinSchG geschützt, weil die unspezifische Leserschaft normalerweise nicht auf die Abstellung des Missstandes hinwirken wird, *Consumer Affairs Agency* (Fn. 18), Art. 2 JHinSchG, S. 21 ff.

31 [https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_partnerships/whistleblower\\_protection\\_system/research/assets/research\\_240418\\_0002.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_partnerships/whistleblower_protection_system/research/assets/research_240418_0002.pdf) (6.8.2024).

32 Bei Unternehmen mit 300 oder weniger Arbeitnehmern ist die Einführung der internen Meldestelle eine Bemühungspflicht. Bei einer Umfrage aus dem Jahre 2023 gaben 46,9 % (26,3 % im Jahre 2016) dieser Unternehmen an, eine interne Meldestelle zu haben.

von keiner nachteiligen Behandlung getroffen wird. Um Anzeigen außerhalb des Unternehmens zu vermeiden, sollten die Unternehmen also selbst einen Anreiz dafür schaffen, dass ihre Arbeitnehmer zuerst die interne Meldestelle nutzen.

### b) Anonyme Anzeigen

Anders als in Deutschland müssen in Japan Unternehmen bei der Einführung der internen Meldestelle Maßnahmen dafür treffen, dass der Hinweisgeber anonym Anzeigen erstatten kann, denn auch solche Anzeigen können im öffentlichen Interesse liegen.<sup>33</sup> Anzeigen im öffentlichen Interesse, die vom JHinSchG geschützt werden, setzen eine Mittelung des Namens des Hinweisgebers nicht voraus. Vor dem Hintergrund der Praxis der langfristigen Beschäftigung zögern japanische Arbeitnehmer oft eine interne Anzeige zu erstatten, die ihre Identität erkennen lässt.<sup>34</sup> Deshalb wird die Notwendigkeit der Entgegennahme anonymer Anzeigen in Japan nicht in Frage gestellt. Um den Verdacht auch bei anonymen Anzeigen untersuchen zu können, sollen Unternehmen mit dem Hinweisgeber zB. über nicht zuordnungsbar E-Mail-Adressen oder über eine vom Unternehmen benannte externe Person in Kontakt treten.

Bei der nächsten Reform soll die Pflicht zur Einführung einer internen Meldestelle einschließlich der Annahmepflicht von anonymen Anzeigen auf Unternehmen mit weniger als 300 Beschäftigten erweitert werden. Zu einer Herabsetzung der Schwelle auf 50 Beschäftigte wie in Deutschland (§ 12 Abs. 2 des deutschen HinSchG) wird es in Japan aber wegen der hohen Kosten für kleine Unternehmen wahrscheinlich (noch) nicht kommen.

### c) Geheimhaltung der Identität der Hinweisgeber

Zur Geheimhaltung der Identität der Hinweisgeber ist es seit 2022 den Mitarbeitern bei den internen Meldestellen unter Strafandrohung verboten, die Identität des Hinweisgebers ohne rechtfertigenden Grund bekannt zu geben (Art. 12 und 17). Der Gesetzgeber wollte damit interne Anzeigen sichern und fördern.

Ein »rechtfertigender Grund« für die Bekanntgabe der Identität wird angenommen, wenn der Hinweisgeber zugestimmt hat oder wenn die Mitarbeiter zur Untersuchung des gemeldeten Verstoßes die Informationen über den Hinweisgeber weiterleiten müssen.<sup>35</sup> Der Umfang des rechtfertigten Grundes ist aber nicht ganz klar und es wird befürchtet, dass die genannte Strafandrohung eine schnelle Beseitigung des Missstandes möglicherweise verhindern könnte. Da in kleinen Unternehmen oder bei einer ausführlichen Untersuchung der Hinweisgeber leicht identifiziert werden kann, könnte es passieren, dass die Mitarbeiter der internen Meldestelle, um sich

nicht strafbar zu machen, zögern, in die weitere Untersuchung des Verdachts einzusteigen. Deshalb sollte die Pflicht, die Geheimhaltungsregelungen fest- und durchzusetzen, das Unternehmen treffen, wohingegen die Strafandrohung gegen den einzelnen Mitarbeiter der internen Meldestellen abgeschafft werden sollte.

## 5. Sonstige Diskussionspunkte

### a) Beweislastumkehr

Das JHinSchG verbietet den Unternehmen, den geschützten Hinweisgeber zu benachteiligen.<sup>36</sup> Im Gerichtsprozess ist es aber für den Hinweisgeber nicht leicht, die Kausalität zwischen der Anzeige und der nachteiligen Behandlung zu beweisen. Der Arbeitgeber hat in Japan etwa bei der Versetzung ein weites Ermessen<sup>37</sup> und wenn er im Prozess eine betriebliche Notwendigkeit zur Versetzung (zB. einen besser geeigneten Einsatz des Arbeitnehmers) vorträgt, kann der Arbeitnehmer nur schwer beweisen, dass die Versetzung tatsächlich infolge der Anzeige erfolgte.

Während in Deutschland eine Beweislastumkehr bei allen auf eine geschützte Anzeige folgenden Repressalien zeitlich unbegrenzt vorgeschrieben ist (§ 36 des deutschen HinSchG), wird sie in Japan bisher für den Hinweisgeberschutz nur in einer begrenzten Form diskutiert. Der Grund dafür ist, dass eine Beweislastumkehr in Japan auch in anderen Rechtsbereichen nur selten vorkommt.

Allerdings ist im Arbeitsrecht eine Beweislastumkehr im Gesetz zur Chancengleichheit zwischen Frauen und Männern vorhanden: Der Arbeitgeber darf die Arbeitnehmerin aufgrund ihrer Schwangerschaft oder Entbindung nicht nachteilig behandeln (Art. 9 Abs. 3). Während der Schwangerschaft sowie bis zu einem Jahr nach der Entbindung ist eine Kündigung durch den Arbeitgeber unwirksam, es sei denn, der Arbeitgeber beweist, dass sie nicht aufgrund der oben genannten Tatsachen erfolgt ist (Art. 9 Abs. 4). Diese Beweislastumkehr gilt aber nur für Kündigungen, da diese sich in Japan für Arbeitnehmer wie bereits erläutert besonders nachteilig auswirken, und nur im Zeitraum von einem Jahr.

Bei anderen nachteiligen Behandlungen etwa wegen Tätigkeiten in der Gewerkschaft<sup>38</sup> oder Ausübung des Rechts auf Elternurlaub<sup>39</sup> usw. müssen Arbeitnehmer gemäß den normalen Regeln des Prozessrechts die Kausalität beweisen. Deswegen wird in Japan in Betracht gezogen, die Beweislastumkehr in einer begrenzten Form einzuführen und zwar im Sinne eines grundsätzlichen Kündigungsverbots von Hinweisgebern bis zu einem Jahr nach Abgabe der geschützten Anzeige.

33 Die konkreten Maßnahmen, die große Unternehmen bei der Einführung einer internen Meldestelle treffen müssen, sind in einer verwaltungsrechtlichen Richtlinie (Amt des Kabinetts, Nr.118/2021) festgelegt (Art. 11 Abs. 4 des JHinSchG). Auch die Pflicht zur Entgegennahme von anonymen Anzeigen wird aus dieser Richtlinie abgeleitet, *Consumer Affairs Agency*, Kommentar zur Richtlinie (2021), S. 10, [https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_partnerships/whistleblower\\_protection\\_system/overview/assets/overview\\_211013\\_0001.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_partnerships/whistleblower_protection_system/overview/assets/overview_211013_0001.pdf) (6.8.2024).

34 Nach einer Statistik aus dem Jahre 2023 wollten über 60 % der Arbeitnehmer innerhalb des Unternehmens eine anonyme Anzeige tätigen. Englisch-Version dieser Statistik, S. 4, [https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_partnerships/whistleblower\\_protection\\_system/research/assets/consumer\\_partnerships\\_cms205\\_240723\\_03.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_partnerships/whistleblower_protection_system/research/assets/consumer_partnerships_cms205_240723_03.pdf) (6.8.2024).

35 *Consumer Affairs Agency* (Fn. 18), Art. 12 JHinSchG, S. 4.

36 Verboten werden Kündigungen des Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber (Art. 3), Kündigungen des Leiharbeitsvertrags durch den Entleiher (Art. 4), sonstige Benachteiligungen der Arbeitnehmer sowie der Leiharbeitnehmer (Art. 5) und das Verlangen von Schadensersatz von den geschützten Hinweisgebern (Art. 7).

37 OGH, 14.7.1986, Rödöhanrei 477, 6. Ausführlich zur Zulässigkeit von Versetzungen vgl. *Nishitani*, Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht, Köln/Berlin/Bonn/München 2003, S. 162 ff.

38 Art. 7 Nr. 1 Gewerkschaftsgesetz.

39 Art. 10 des Gesetzes über Elternzeit und Urlaube zur Betreuung von Familienangehörigen.

## b) Maßnahmen gegen Repressalien

Nach dem JHinSchG sind nachteilige Behandlungen (Repressalien) als Reaktion auf die Abgabe von geschützten Anzeigen illegal und nichtig (Art. 5). Es stellt sich nun die Frage, ob zusätzlich verwaltungsrechtliche Sanktionen gegen Repressalien eingeführt werden sollen. Verwaltungsrechtliche Sanktionen sind üblicherweise Hinweise, Anleitung, Verwarnung und zuletzt Veröffentlichung des Namens des Rechtsverletzers. In Japan werden solche Verwaltungsmaßnahmen oft vorgesehen, um die Einhaltung der Arbeitsgesetze zu sichern. Vor allem die Veröffentlichung des Namens des Rechtsverletzers ist in Japan eine wirksame Sanktion gegen Unternehmen.

Der Grund dafür, dass diese Reform bisher nicht durchgeführt wurde, liegt an den vielen verschiedenen Zuständigkeiten innerhalb der japanischen Verwaltung. Anlass zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Hinweisgeberschutzes waren in Japan Missstände, die das Interesse der Verbraucher erheblich beeinträchtigten. Deshalb hatte die für den Verbraucherschutz zuständige Behörde (*Consumer Affairs Agency*) die Initiative für den Erlass des Gesetzes ergriffen. Sie ist zuständig für die Einhaltung des JHinSchG. Japan hat aber kein föderales System und eine *Consumer Affairs Agency* gibt es nur auf der nationalen Ebene. Diese Behörde hat auf der regionalen Ebene (Präfekturen) keine untergeordneten Aufsichtsbehörden, weshalb es nicht möglich ist, einzelne nachteilige Behandlungen gegen Arbeitnehmer usw. festzustellen und jeweils durch Verwaltungsmaßnahmen zu ahnden. Um also Verwaltungsmaßnahmen gegen Repressalien zu ermöglichen, müsste die derzeit für den Verbraucherschutz zuständige Behörde mit dem Arbeitsministerium, welches schon in allen Präfekturen Aufsichtsbehörden hat, die Zuständigkeit teilen. Eine solche Zuständigkeitsteilung war bisher in Japan aber nicht ohne weiteres möglich.

## V. Fazit

In Japan werden Anzeigen, die im öffentlichen Interesse liegen, trotz Verstoßes gegen zum Beispiel die Loyalitätspflicht vom Gesetzgeber und der Öffentlichkeit nicht als verwerflich angesehen. Dementsprechend wurde das japanische HinSchG schon 20 Jahre vor dem deutschen HinSchG erlassen. Während Deutschland die umfassenden Regelungen der EU-Richtlinie umsetzen musste, sieht man in Japan aber keinen großen Reformbedarf und das JHinSchG wurde nur einmal wesentlich geändert.

Seit 2022 reicht es, um in den Schutzbereich des JHinSchG zu kommen, bei Anzeigen gegenüber Behörden, wenn der Hinweisgeber auf die Richtigkeit seines Verdachts vertraute. Nicht mehr nötig ist, dass dieses Vertrauen objektiv berechtigt war. Hierdurch sollen Anzeigen gegenüber Behörden gefördert werden. Wenn der Arbeitnehmer als Hinweisgeber innerhalb des Unternehmens identifiziert wird, besteht die Gefahr von Repressalien und einer Verschlechterung der Stellung des Arbeitnehmers im Unternehmen. Die Tragweite dieser negativen Folgen ist vor dem Hintergrund der Praxis der langfristigen Beschäftigung in einem Unternehmen erheblich, weshalb eine Pflicht zur Entgegennahme von anonymen Anzeigen sowie eine strafbewehrte Schweigepflicht der Mitarbeiter der Meldestellen eingeführt wurden. So hat in Japan die Praxis der langfristigen Beschäftigung im selben Unternehmen auf die Entwicklung des Hinweisgeberschutzes einen großen Einfluss ausgeübt.



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](https://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](https://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](https://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.

# KITTNER

# DER NEUE HAT IMMER RECHT!



**PRINT  
+  
ONLINE**

**OHNE WENN UND ABER**  
für jedes Betriebsrats-  
und Personalratsmitglied

**Jetzt bestellen!**

[www.mein-kittner.de](http://www.mein-kittner.de) | [kontakt@bund-verlag.de](mailto:kontakt@bund-verlag.de) | Bestellhotline: 069 / 79 501 020