

Eva Kocher

Die Ungleichbehandlung von Hausangestellten in der 24-Stunden-Pflege gegenüber anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern – eine Frage des Verfassungsrechts

Im deutschen Arbeitsrecht werden Hausangestellte nur noch an wenigen Stellen anders behandelt als andere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Das wirft unter anderem die Frage auf, ob es sich dabei um eine verfassungsrechtlich unzulässige Ungleichbehandlung handelt. Begründet wird die besondere Behandlung häufig damit, dass sich Hausarbeit grundlegend von anderen Tätigkeiten unterscheidet. Der vorliegende Beitrag zeigt, dass verbreitete Annahmen über den Ausnahmecharakter von Hausarbeit verfassungsrechtlich höchst problematisch sind. Dies gilt einerseits für die Argumentation, mit der das Bundesverfassungsgericht selbst in den 1960er-Jahren die Tariffähigkeit eines Hausangestelltenverbands bejaht hat. Dies gilt aber auch für die heute diskutierte Anwendung einer Sonderregelung für Hausangestellte in der 24-Stunden-Pflege; auch sie versäumt es, den verfassungsrechtlich notwendigen Schutz der Hausangestellten zu gewährleisten.

1. ILO-Konvention C-189: allgemeine Grundsätze

Am 7. Juni 2013 hat Deutschland als neunter Staat weltweit und nach Österreich als zweiter europäischer Staat das Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte (Domestic Workers Convention 2011, C-189) ratifiziert.¹ Das Abkommen trat im September 2013 in Kraft. Ab September 2014 erlangt es Wirksamkeit für Deutschland (Art. 21 der Konvention).²

1 Auf der Grundlage des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/12951 und der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, BT-Drucks. 17/13303.

2 Eine amtliche deutsche Übersetzung findet sich in Anlage 1 der Denkschrift zur Ratifikation, BT-Drucks. 17/12951, S. 24 ff. Zu den Hintergründen im Recht der ILO und Entstehungsbedingungen siehe ausführlich *Scheiwe, Kirsten / Schwach, Verena*, „Decent work for domestic workers“ – das Übereinkommen 189 der Internationalen Arbeitsorganisation“, ZIAS 2012, S. 317. Ausführlich zum Abkommen und zur Vereinbarkeit mit dem deutschen Recht vgl. ebd., S. 317–349 sowie mein Rechtsgutachten „Hausarbeit als Erwerbsarbeit“, abrufbar unter http://www.boeckler.de/pdf_fof/S-2012-

1.1 Anwendungsbereich

Das Abkommen gilt für alle ‘Hausangestellten’, d.h. alle Personen, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses hauswirtschaftliche Arbeit verrichten. Art. 1 des Übereinkommens verwendet hierfür einen weiten Begriff der ‘hauswirtschaftlichen Arbeit’ (*domestic work*), der allein nach dem Arbeitsort unterscheidet und jegliche Tätigkeit erfasst, die in einem Haushalt oder für einen Haushalt ausgeübt wird. Dies betrifft die Haushaltsführung im engeren Sinn (einkaufen, kochen, reinigen, aufräumen) sowie ‘haushaltsnahe’ Dienstleistungen wie Gartenarbeiten, Fahrdienste, die Tätigkeit von Hauslehrerinnen oder ‘Dienern’.³ Auch Arbeit an einer Person, wie pflegerische Tätigkeiten und Aufgaben der Kinderbetreuung, fällt darunter.

Der Arbeitsort entscheidet über die Abgrenzung zur Heimarbeit, die im Privathaushalt der beschäftigten Person oder einer anderen von ihr ausgewählten Räumlichkeit stattfindet.⁴ Für die Hausangestelltenkonvention kommt es nicht darauf an, ob die Tätigkeit im Privathaushalt des Arbeitgebers oder im Privathaushalt einer dritten Person ausgeübt wird; sie erfasst auch Tätigkeiten für einen Dienstleister (insbesondere Wohnungsreinigungsunternehmen oder ambulante Pflegedienste).⁵

1.2 Anliegen: Gleichbehandlung und Berücksichtigung von Besonderheiten

Das Abkommen verfolgt unter anderem das Ziel, Regelungen über *decent work* auch für den sogenannten informellen Sektor der Erwerbsarbeit zu schaffen.⁶ Hausarbeit, die für andere gegen Entgelt geleistet wird, soll zu diesem Zweck als abhängige Beschäftigung ‘wie andere auch’ anerkannt werden. Das Abkommen verlangt deshalb in einer Reihe von Vorschriften die Gleichbehandlung der hauswirtschaftlichen Arbeit mit anderen arbeitsrechtlich geregelten Tätigkeiten. Allerdings: Die Konvention bewegt sich dabei in

524-3-1.pdf, Zugriff: 13.11.2013; dazu auch Kocher, Eva, „Hausangestellte im deutschen Arbeitsrecht: Ratifikation der ILO-Konvention 189“, NZA 2013, S. 929.

- 3 Vgl. insofern für das deutsche Recht: Reinecke, Birgit, Hauswirtschaftliches Beschäftigungsverhältnis, in: Küttner, Wolf Dieter (Begr.) / Röller, Jürgen (Hg.), Personalbuch 2013, 20. Aufl., München 2013.
- 4 Siehe die Konvention C-177 über Heimarbeit (Home Work Convention) aus dem Jahr 1996 sowie das deutsche Heimarbeitsgesetz.
- 5 So auch Scheiwe / Schwach (Fn. 2), S. 330.
- 6 Siehe insbesondere ILO, Resolution Concerning Decent Work and the Informal Economy, Juni 2002.

einem eigentümlichen Spannungsfeld von Gleichstellung einerseits und besonderer Behandlung andererseits.

Auf den ersten Blick nachvollziehbar ist, dass die Konvention nicht nur Gleichbehandlung mit anderen Beschäftigten verlangt, sondern auch Schutz vor den besonderen Gefahren, die sich aus der Privatheit des Haushalts ergeben. Die Unsichtbarkeit dieser Arbeit⁷ verlangt besonderen Schutz vor Belästigung, körperlichen Übergriffen bis hin zu Gewalt und Vergewaltigung. Vor allem wenn Hausangestellte in dem Haushalt leben, in dem sie arbeiten (*live-in*), muss auch ihre Privatsphäre geschützt sein. Darüber hinaus werden in einer Reihe von weiteren Sondervorschriften die spezifischen Gefahren und Gefährdungslagen einbezogen, die sich aus der Tatsache ergeben, dass die Arbeit zumeist von Migrantinnen geleistet wird.

Auf der anderen Seite enthält die Konvention aber auch eine Reihe von Öffnungsklauseln für die ratifizierenden Staaten. Vor allem in Hinblick auf Arbeitszeit, Arbeitsschutz und soziale Sicherung erlaubt sie die 'gebührende Berücksichtigung' der 'Besonderheiten der Hausarbeit'. Teilweise wird dies als Übergangsproblem definiert; in diesen Fällen wird von den ratifizierenden Staaten eine schrittweise Anpassung an den Grundsatz der Gleichbehandlung erwartet. Hier können sich gefährliche Einfallstore öffnen. Denn in den meisten Mitgliedstaaten der ILO wird die Arbeit in Privathaushalten im Vergleich zu abhängiger Beschäftigung in der Privatwirtschaft oder im öffentlichen Dienst rechtlich in vieler Hinsicht als Erwerbsarbeit zweiter Klasse behandelt.⁸

Auch im deutschen Arbeitsrecht hat die Sonderbehandlung von Hausangestellten eine lange Geschichte, beginnend mit den Gesindeordnungen in der vorkapitalistischen Zeit, die erst 1918 aufgehoben wurden.⁹ Diese 'feudalen Ruinen' wurden damit gerechtfertigt, dass das Gesinde 'zur häuslichen Gesellschaft' gehöre und dass das Gesinderecht mit familienrechtlichen Beimischungen versehen sei.¹⁰ Seit Ende 1918 wird die Erwerbsarbeit von Hausangestellten zwar durch §§ 611 ff. BGB und das allgemeine Arbeitsrecht geregelt; einige

7 Vgl. *Boni, Guido*, „The 189th ILO Convention: a new era for domestic workers?“, *Transfer* Jg. 17 H. 4 (2011), S. 581 ff.

8 Vgl. *Scheiwe / Schwach* (Fn. 2), S. 322.

9 Ausführlich dazu schon *Scheiwe / Schwach* (Fn. 2), S. 328; genauer auch *Vormbaum* in diesem Band; *Aubert, Vilhelm*, „Einige Soziale Funktionen der Gesetzgebung“, in: Hirsch, Ernst E. / Rehinder, Manfred (Hg.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, KZfSSoz Sonderheft 11, 2. Aufl., Opladen 1971, S. 284–309, S. 285 ausführlich zur Vorgeschichte des norwegischen Hausangestelltengesetzes von 1948.

10 Vgl. *Vormbaum, Thomas*, „Politik und Gesinderecht im 19. Jahrhundert (vorn. in Preußen 1810–1918)“, Berlin 1979, S. 116, 149.

Sonderregelungen bestehen aber fort. Auf ihre Rechtfertigung wird einzugehen sein.

2. Die Tätigkeit der Hausangestellten – ein spezieller Ausnahmefall des Tarif- und Arbeitskampfrechts?

Auch das Bundesverfassungsgericht hatte bereits mit dem Spannungsverhältnis von Gleichbehandlung und besonderer Behandlung von Hausangestellten zu tun – und es betonte vor allem die Eigentümlichkeiten der Hausarbeit, als es vor fast 50 Jahren die Tariffähigkeit von Hausangestelltenorganisationen grundsätzlich anerkannte.

In der Sache ging es dabei um die Frage, ob der Landesverband Bayern des Berufsverbands katholischer Hausgehilfinnen mit der Bayerischen Hausfrauenvereinigung des katholischen deutschen Frauenbundes einen Vertrag mit den Rechtswirkungen eines ‘Tarifvertrags’ abschließen konnte. Das Arbeitsrecht erkennt diese Befugnis zum Abschluss von Tarifverträgen mit gutem Grund nicht jeder Organisation zu: Denn mit der Tariffähigkeit erkennt das Recht an, dass hier zwei Parteien – anders als beim Arbeitsvertrag – auf Augenhöhe miteinander verhandeln. Die Befugnis zum Abschluss von Tarifverträgen ist deshalb gleichbedeutend mit einer Befugnis zur Normsetzung. Wo tariffähige Parteien existieren, muss der Gesetzgeber auf eigene Mindestregelungen verzichten und sich darauf verlassen, dass die Tarifparteien selbst zu geeigneten Regelungen finden. In manchen Bereichen ist die Befugnis zum Abschluss von Tarifverträgen sogar mit einer Befugnis zur Abweichung von Gesetzen verbunden, auch zulasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Es ist deshalb allgemein anerkannt, dass nur solche Verbände als tariffähig anzuerkennen sind, die über die nötige Leistungsfähigkeit und Durchsetzungsfähigkeit gegenüber den sozialen Gegenspielern verfügen.

Das Bundesarbeitsgericht hatte deshalb 1962 dem Berufsverband katholischer Hausgehilfinnen die Tariffähigkeit aberkannt¹¹ – im Widerspruch zur Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts, jedoch im Einklang mit den allgemeinen Kriterien der Tariffähigkeit, die vorsehen, dass nur solche Organisationen Tarifverträge abschließen können, die auch fähig sind, einen Arbeitskampf zu führen. Diese Voraussetzung fehlte dem Berufsverband katholischer Hausgehilfinnen schon deshalb, weil er ausdrücklich erklärte, einen Arbeitskampf weder durchführen zu wollen noch durchführen zu können.

11 BAGE 12, 184.

Das Bundesverfassungsgericht hingegen wandte sich im Jahre 1964 gegen das Bundesarbeitsgericht und erkannte trotz fehlender Arbeitskampffähigkeit die Tariffähigkeit dieser Organisation an. Sein Hauptargument: Wegen der Besonderheiten der Hausangestelltenarbeit müsse ein Hausangestelltenverband Tarifverträge abschließen können, auch wenn er nicht arbeitskampffähig sei. Die „Frage, nämlich ob gerade die Kampfbereitschaft generell so wesentlich ist, daß ohne sie die im öffentlichen Interesse den Koalitionen übertragene Aufgabe, im Verein mit dem sozialen Gegenspieler das Arbeitsleben zu ordnen und zu befrieden, nicht erfüllt werden kann [...], ist jedenfalls für eine Koalition von im Haushalt beschäftigten Arbeitnehmern zu verneinen.“¹² Für die Sonderstellung der Hausarbeit führte das Bundesverfassungsgericht vor allem an: „[Für die Berufe des Haushalts ...] treten die sonst zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern bestehenden natürlichen Gegensätze zurück. [...] [Der Berufsverband katholischer Hausgehilfinnen] selbst vertraut offenbar auf die Einsicht und den guten Willen seiner möglichen Tarifpartner und hält auch deshalb den Arbeitskampf grundsätzlich nicht für erforderlich und sinnvoll. Umgekehrt ist, nicht nur zur Zeit der Vollbeschäftigung, die Aussperrung sowohl für Anstaltshaushalte als auch für Familienhaushalte praktisch nicht vorstellbar. Die Gleichheit der Mittel ist hier auch ohne Kampfbereitschaft gewahrt.“ Eingebettet ist dieses Argument in die Überlegung, wonach der Haushalt „nicht wie ein wirtschaftlicher Betrieb Güter mit der Absicht der Gewinnerzielung her[stellt], sondern [...] völlig andere Aufgaben [hat]“¹³ – nämlich die „Deckung des Eigenbedarfs“.¹⁴

2.1 Hausarbeit als Gegensatz zu Erwerbswirtschaft

Bei kritischer Betrachtung wird deutlich, dass mit der Entgegensetzung von ‘wirtschaftlichem Betrieb’ bzw. ‘Gewinnerzielung’ auf der einen und ‘Deckung des Eigenbedarfs’ auf der anderen Seite gerade dasjenige Merkmal der Hausarbeit hervorgehoben wird, das diesen Bereich als ‘privaten’ Bereich markiert, der nicht als produktiv gilt – und der gesellschaftlich weiblich kodiert ist.¹⁵ Bis heute hat die Differenzierung zwischen ‘erwerbswirtschaftlichen’ und ‘nicht-wirtschaftlichen’ Tätigkeiten einen Gender Bias, und bis

12 BVerfGE 18, 18.

13 BVerfGE 18, 18 (31 f.).

14 *Richardi, Reinhard*, § 31, in: *Richardi, Reinhard / Wißmann, Hellmut / Wlotzke, Otfried / Oetker, Hartmut*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, Rdnr. 17 mwN.

15 Zur feministischen Kritik an der Unterscheidung privat/öffentlich siehe z.B. *Baer, Susanne*, „Entwicklung und Stand feministischer Rechtswissenschaft in Deutschland“, in: *Rudolf, Beate* (Hg.), *Geschlecht im Recht*, Göttingen 2009, S. 15 ff.

heute ist der Markt der Hausarbeit nicht zufällig weiblich: Rund neun von zehn der angemeldeten Beschäftigten sind Frauen.¹⁶

Es darf allerdings bezweifelt werden, dass diese Unterscheidung von rechtlicher Relevanz für die Tariffähigkeit ist. Welche Bedeutung sollte es für die Einordnung der Hausangestelltentätigkeit denn haben, dass der Haushalt selbst „nicht wie ein wirtschaftlicher Betrieb Güter mit der Absicht der Gewinnerzielung“¹⁷ herstellt, sondern auf die Deckung des Eigenbedarfs ausgerichtet ist? Der Haushalt mag zwar an sich nicht erwerbswirtschaftlich tätig sein – die Tätigkeit der Hausangestellten findet jedoch auf einem erwerbswirtschaftlich organisierten Arbeitsmarkt statt; die Hausangestellten decken mit ihrer Tätigkeit nicht eigene, sondern fremde Bedarfe. Hier wird Leistung respektive Arbeitskraft gegen Entgelt getauscht. Und dieser Arbeitsmarkt wächst. 2006 beschäftigten 4,36 Millionen oder knapp 11 Prozent aller Haushalte in Deutschland eine Haushaltshilfe, davon 61 Prozent regelmäßig.¹⁸ Besonders Pflegetätigkeiten gewinnen an Bedeutung. Soll es aber für die arbeitsrechtliche Einordnung wirklich einen Unterschied machen, ob ein Privathaushalt die gewünschten Dienstleistungen bei einem ambulanten Pflege- bzw. Reinigungsdienst einkauft oder selbst als Arbeitgeber fungiert? Soll die Tariffähigkeit von Hausangestelltenorganisationen wirklich von der Gewinnerzielungsabsicht des Arbeitgebers abhängen?

2.2 Hausarbeit und häusliche Pflege als Dienstleistung an der Person

In seiner ursprünglichen Argumentation zur Frage seiner Tariffähigkeit hatte der Berufsverband katholischer Hausgehilfinnen allerdings weniger auf den ‘familiären’, ‘privaten’ Charakter des Arbeitsverhältnisses als vielmehr auf spezifische Merkmale der Tätigkeit verwiesen: Einem Arbeitskampf stünden mit Rücksicht auf die besondere Lage der Hausangestellten, insbesondere in Krankenhäusern usw., aber auch in kinderreichen Familien, entscheidende Schwierigkeiten entgegen.¹⁹

16 Ebenfalls 90 Prozent der (angemeldeten) Beschäftigten besitzen die deutsche Staatsangehörigkeit und leben in Westdeutschland (genauer *Gottschall, Karin / Schwarzkopf, Manuela*, „Irreguläre Arbeit in Privathaushalten“, Arbeitspapier 217 der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2010, S. 19).

17 BVerfGE 18, 18.

18 Vgl. *Gottschall / Schwarzkopf* (Fn. 16), S. 23 f. (Daten aus den Ergebnissen der SOEP-Befragungswelle); zu den (erheblichen) Quantifizierungsproblemen siehe auch *Gottschall / Schwarzkopf* (Fn. 16), S. 17 ff.

19 So die Wiedergabe des Vortrags in BAGE 12, 184.

Dieses reichlich unkonkrete Argument wies das Bundesarbeitsgericht zunächst lediglich als „ausweichende Stellungnahme“ zurück; es sei „gerichtsbekannt, daß zahlreiche Haushalte Hausgehilfinnen beschäftigen, obwohl in ihnen weder kranke noch alte Personen vorhanden sind, es sich auch nicht um kinderreiche Familien handelt“. Allerdings verfolgte es die Argumentationsrichtung dann doch weiter: Die Durchführung eines Arbeitskampfes könne „nur auf einem Sektor erfolgen [...], auf dem nicht höherwertige Interessen einen solchen Kampf verbieten, wie z.B. bei den Beamten und regelmäßig auch bei Ärzten und Pflegepersonal“.²⁰ Was damit gemeint sein könnte, wurde in einer späteren Entscheidung deutlich, als das Gericht annahm, dass eine ethische oder rechtliche Beschränkung des Streikrechts nicht zur Aberkennung der Tariffähigkeit führen könne,²¹ und es der Ärzteorganisation Marburger Bund trotz deren damaligem Verzicht auf den Arbeitskampf die Tariffähigkeit zuerkannte.²²

Der Marburger Bund benötigt diese Ausnahme von den allgemeinen Regeln der Tariffähigkeit mittlerweile nicht mehr, denn er bekennt sich nicht nur zum Arbeitskampf, sondern hat auch bereits erfolgreich Streiks durchgeführt. Offensichtlich gelten ärztliche ethische Grundsätze und Interessendurchsetzung im Arbeitskampf inzwischen als durchaus miteinander vereinbar. Dann können aber auch in der Hausangestelltenarbeit nicht das ‘ethische Wesen’ des Berufs oder das ‘Gemeinwohl’ in der ‘Daseinsvorsorge’ als Gründe für eine Sonderbehandlung im Arbeitskampf- und Tarifrecht gelten.²³

2.3 ‘(Wirtschafts-)Friedlichkeit’ – Fehlen von Interessengegensätzen?

Es bleibt als mögliche Besonderheit der Hausarbeit eine gewisse Intimität, die durch die Tätigkeit in einem Privathaushalt zwischen den Beteiligten entstehen kann. So ließe sich zumindest der Satz des Bundesverfassungsgerichts verstehen, man vertraue gegenseitig auf „Einsicht und den guten Willen“ und auch eine Aussperrung sei „praktisch nicht vorstellbar“. Man könne nicht davon

20 BAGE 12, 184.

21 Zu dieser Argumentation ausführlich *Kempen, Otto Ernst*, in: *Kempen, Otto Ernst / Zachert, Ulrich* (Hg.), *Tarifvertragsgesetz – Kommentar für die Praxis*, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2006, § 2 TVG Rn. 53 f.

22 BAG AP Nr. 6 zu § 118 BetrVG 1972 (Marburger Bund; die Aufhebung der Entscheidung durch BVerfGE 46, 73 erfolgte nicht aufgrund der Einordnung des Marburger Bundes, sondern wegen der Stellung des Arbeitgebers als kirchlicher Einrichtung).

23 Ausführlich auch *Kempen* (Fn. 21), § 2 Rn. 53 f. Zur aktuellen Auseinandersetzung um das Streikrecht in der ‘Daseinsvorsorge’ vgl. *Berg, Peter / Kocher, Eva / Platow, Helmut / Schoof, Christian / Schumann, Dirk*, *Tarifvertragsgesetz und Arbeitskampfrecht*. Kompaktkommentar, 4. Aufl., Frankfurt a.M. 2013, AKR Rn. 168 ff.

ausgehen, dass auch hier die zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern „natürlicherweise bestehenden Gegensätzlichkeiten“²⁴ anzutreffen seien. Aus diesem Grund ist die Entscheidung von anderer Seite auch schon so interpretiert worden, als ob sie generell einen Vorbehalt für ‘wirtschaftsfriedliche Berufsverbände’ enthalte: Für Manfred Löwisch und Volker Rieble ist der Hausgehilfenverband nur ein Beispiel für „aus autonomem Entschluß wirtschaftsfriedlich ausgerichtete Verbände, die unter dem Schutz der Tarifautonomie vernünftige Arbeitsbedingungen nach Möglichkeit ohne Streik erreichen wollen“.²⁵

Nun schließt es die Anforderung der Tariffähigkeit selbstverständlich nicht aus, auch auf friedlichem Wege zu wirksamen Tarifverträgen zu kommen. Schließlich verlangt Arbeitskampfbereitschaft nicht, dass eine Gewerkschaft „ihren Arbeitskampfwillen permanent unter Beweis stellen und Arbeitskampfmaßnahmen durchführen muss“.²⁶ Entscheidend ist nur, ob „hinter einer solchen friedlichen Übereinkunft“ die glaubhafte Möglichkeit eines Arbeitskamps steht.²⁷ Ansonsten kann die Tarifautonomie ihre gesellschaftliche Funktion nicht wirksam ausüben. Damit ist nicht gesagt, dass „kampfunwillige Koalitionen in der Freiheit der Wahl ihrer Mittel zur Erreichung des Koalitionszwecks [eingeengt] und ihnen Methoden [aufgezwungen werden], die sie nach ihrem Selbstverständnis nicht benötigen oder aus anderen Gründen ablehnen.“²⁸ Es heißt nur, dass diese Koalitionen nicht auf das Instrument des Tarifvertrags zurückgreifen dürfen, solange sie nicht die Anforderungen an dessen Richtigkeitsvermutung erfüllen wollen oder können. Dies gestehen im Ergebnis auch Löwisch und Rieble zu, denen es vor allem darauf ankommt, dass das Kriterium der Arbeitskampfbereitschaft „der zunehmenden Tendenz zur friedlichen Lösung von Arbeitskonflikten nicht im Wege“ stehen solle: „Erforderlich aber auch ausreichend ist es, daß die Vereinigungen – wenn der friedliche Weg scheitert – den Weg zurück zum Kampf finden können. Stets

24 BVerfGE 18, 18 (31).

25 *Löwisch, Manfred / Rieble, Volker*, Tarifvertragsgesetz – Kommentar, 3. Aufl., Köln 2012, § 2 Rn. 126.

26 *Peter, Gabriele*, in: Däubler, Wolfgang (Hg.), Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, § 2 TVG Rn. 29.

27 So schon BVerfGE 18, 18 (30).

28 So aber der Vorwurf von *Henssler, Martin*, in: Henssler, Martin / Willemsen, Heinz J. / Kalb, Heinz-Jürgen (Hg.), *Arbeitsrecht Kommentar*, 5. Aufl., Köln 2012, § 2 TVG Rn. 17.

aber muß der Verband effektiven Verhandlungsdruck im Sinne des allgemeinen Mächtigkeitserfordernisses entfalten.²⁹

‘Friedlichkeit’ oder ‘Wirtschaftsfriedlichkeit’ als solche kann eben letztlich keine Tariffähigkeit begründen; es bedarf mindestens eines funktionalen Äquivalents zum Streik. Insofern mag die Hausarbeit zwar ein anderer Fall sein als die Arbeit in der Bauindustrie, der Chemischen Industrie oder der Stahlindustrie. In ihrem Charakter einer Dienstleistung an der Person hat sie aber viele Gemeinsamkeiten mit anderen Branchen und Tätigkeiten; das Merkmal ‘Dienstleistung an der Person’ rechtfertigt genauso wenig eine Ausnahme von Anforderungen der Tariffähigkeit wie eine etwaige ‘Friedlichkeit’ der Interessenauseinandersetzung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.³⁰

2.4 Ergebnis

Verlangt eine Anerkennung der Hausarbeit als Erwerbsarbeit nicht zwangsläufig auch die Anerkennung von Hausangestelltenvereinigungen als Tarifpartner? Nein, im Gegenteil. Eine ‘Gleichstellung’ bei unterschiedlichen Bedingungen führt im Ergebnis zu einer Schlechterstellung der Hausangestellten. Werden ihre Vereinigungen auch dann als Tarifpartner anerkannt, wenn sie nicht die Gewähr dafür bieten, auf Augenhöhe mit den Arbeitgebervereinigungen an einer „sinnvollen Ordnung“ der Arbeitsmärkte³¹ mitwirken zu können, schadet dies den Betroffenen. Das Bundesverfassungsgericht vermutete zwar noch: „Weder die historische Entwicklung noch die gegenwärtige Lage ergeben einen Anhalt dafür, daß die beiden möglichen sozialen Gegenspieler von sich aus nur durch Arbeitskampf oder Drohung mit ihm die Arbeitsbedingungen befriedend regeln könnten.“³² Es ist aber kein Zufall, dass sich diese empirische Annahme als falsch erwiesen hat. Zumindest die ‘gegenwärtige Lage’ der Hausangestellten in den 2010er-Jahren zeigt, dass die Arbeitsbedin-

29 *Löwisch / Rieble* (Fn. 25), § 2 Rn. 132. So interpretieren sie auch die Hausgehilfenentscheidung BVerfGE 18, 18.

30 Dazu ausführlich *Kocher, Eva*, „Tariffähigkeit ohne Streikbereitschaft? – Funktionale Alternativen zur Arbeitskampfbereitschaft im Fall von Hausangestelltenvereinigungen“, in: Schubert, Jens (Hg.), *Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht*. Festschrift für Otto Ernst Kempfen, Baden-Baden 2013, S. 166 ff.

31 Vgl. *Kempfen, Otto Ernst*, „Form follows function – Zum Begriff der ‘Gewerkschaft’ in der tarif- und arbeitskampfrechtlichen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts“, in: Oetker, Hartmut / Preis, Ulrich / Rieble, Volker (Hg.), *50 Jahre Bundesarbeitsgericht*, München 2004, S. 733.

32 BVerfGE 18, 18 (31).

gungen zwar möglicherweise ‘befriedend’, aber keineswegs befriedigend geregelt sind.³³

Aufgrund der fehlenden Durchsetzungsfähigkeit der Hausangestelltenorganisationen muss der Gesetzgeber sich deshalb zur mangelnden Tariffähigkeit bekennen und selbst zur Tat schreiten. Auf einen wirksamen Tariflohn jedenfalls kann man sich im Bereich der Hausangestelltentätigkeit nicht verlassen, solange es an tariffähigen Organisationen fehlt. Es bedarf gesetzlicher Mindestregelungen. Auch Karin Gottschall und Manuela Schwarzkopf, die sich empirisch eingehend mit der Arbeitssituation von Hausangestellten beschäftigt haben, halten die Förderung ‘guter Arbeit’ durch ein eigenständiges, existenzsicherndes Einkommen für dringend erforderlich.³⁴

3. Ausnahmen für die 24-Stunden-Pflege?

Das Argument der Privatheit und der personalen Bindungen wird allerdings weiter auch bei der Umsetzung der ILO-Konvention für Deutschland relevant. Denn die Bundesregierung scheint nun davon auszugehen, dass im Arbeitgeberhaushalt lebende Beschäftigte, die in der sogenannten 24-Stunden-Pflege arbeiten, aufgrund der quasi-familienähnlichen Einbindungen von der Anwendung des Arbeitszeitgesetzes (ArbZG) ausgenommen seien. So heißt es in der Denkschrift zur Ratifikation der Konvention, dass für die Fallgruppe, die in § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG genannt wird, von der Ausnahmemöglichkeit für „begrenzte Gruppen von Arbeitnehmern, bei denen besondere Probleme von erheblicher Bedeutung auftreten“ (Art. 2 Nr. 2b) der Konvention) Gebrauch gemacht werde.³⁵ Eine eigenständige Begründung liefert die Bundesregierung in der Denkschrift zwar nicht; dass hiermit insbesondere die Fälle der 24-Stunden-Pflege ausgenommen werden sollten, lässt sich allerdings aus früheren Äußerungen³⁶ schließen.

Ob die Annahme zutrifft, die 24-Stunden-Pflege unterfalle nicht dem Anwendungsbereich des Arbeitszeitgesetzes und könne auch aus dem Anwendungsbereich der Konvention ausgeschlossen werden, soll im Folgenden überprüft werden.

33 Vgl. *Gottschall / Schwarzkopf* (Fn. 16), S. 35 ff.

34 Vgl. *Gottschall / Schwarzkopf* (Fn. 16), S. 65 ff.

35 Vgl. *Bundesregierung*, Denkschrift zum Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen Nr. 189 der Internationalen Arbeitsorganisation vom 16. Juni 2011 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte, BT-Drucks. 17/12951, S. 18.

36 Antwort der *Bundesregierung* auf die Kleine Anfrage der Fraktion der Linken über „Arbeitnehmerrechte ausländischer Pflegehilfskräfte im grauen Pflegemarkt“, BT-Drucks. 17/8373, S. 4.

3.1 Der Anwendungsbereich des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG

Hausangestellte sind explizit aus dem Anwendungsbereich des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG) ausgeschlossen.³⁷ Dies steht in Übereinstimmung mit der europäischen Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie.³⁸ Da diese wiederum den Anwendungsbereich der europäischen Arbeitszeitrichtlinie bestimmt,³⁹ erlaubt es das Recht der Europäischen Union grundsätzlich, Hausangestellte von dem für andere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer geltenden Arbeitszeitregime auszunehmen.

In diesem Punkt ist das deutsche Recht allerdings in der Gleichstellung bereits weiter gegangen als das europäische Recht: Anders als der bis 1994 geltende § 1 Arbeitszeitordnung (AZO) erfasst das heutige deutsche Arbeitszeitgesetz grundsätzlich auch alle Hausangestellten. Zwar lässt § 10 Abs. 1 ArbZG Ausnahmen vom Sonntagsarbeitsverbot zu, wenn es um „Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen“ (Nr. 3) geht oder um Tätigkeiten „im Haushalt“, „soweit die Arbeiten nicht an Werktagen vorgenommen werden können“ (Nr. 4). Auch in diesen Fällen ist jedoch ein freier Tag pro Woche zu gewährleisten, sodass den Vorgaben des Art. 10 Abs. 2 der ILO-Konvention Genüge getan ist. Auch für Arbeitsbereitschaft und Bereitschaftszeit gelten hinsichtlich der Hausangestellten die allgemeinen Regeln.⁴⁰ Der Gesetzgeber von 1993 war insofern der Auffassung, das Gesetz sei „so flexibel konzipiert, daß auch den besonderen Verhältnissen im Haushalt ausreichend Rechnung getragen werden kann.“⁴¹

In § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG sind jedoch Ausnahmen vom Arbeitszeitrecht geregelt. Hier sollte ursprünglich nach dem Willen der Bundesregierung von 1993 die bereits in der AZO vorgesehene Ausnahme für alle Hausangestellten fortgeschrieben werden.⁴² Auf Empfehlung des Bundestagsausschusses für

37 § 1 Abs. 2 S. 1 ArbSchG.

38 Art. 3a) der Richtlinie 89/389/EWG.

39 Siehe Art. 1 Abs. 4 der Richtlinie 2003/88/EG.

40 Zur Entwicklung auf europäischer Ebene vgl. *Wank, Rolf*, in: Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid (Hg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 13. Aufl., München 2013, § 2 ArbZG Rn. 23 ff.

41 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drucks. 12/6990, S. 44.

42 Vgl. Entwurf der Bundesregierung für ein Arbeitszeitrechtsgesetz, BT-Drucks. 12/5888, S. 10 f., S. 32; vgl. auch *Anzinger, Rudolf / Koberski, Wolfgang*, *Kommentar zum ArbZG*, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2009, S. 18, Rn. 19; im Gegensatz dazu schlug der Oppositionsentwurf der SPD, BT-Drucks. 12/5282, die Einbeziehung der Hausangestellten vor (§ 2 Abs. 1 des Entwurfs).

Arbeit und Sozialordnung wurde der Anwendungsbereich jedoch eingegrenzt auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die „in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben und diese eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder betreuen“.⁴³ Für diese Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gilt hinsichtlich der Arbeitszeit lediglich die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die diesen verpflichtet, unter anderem „in Ansehung [...] der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind“.⁴⁴

Mit der Ausnahme wollte man einer Petition der SOS-Kinderdörfer Rechnung tragen und hatte insofern vor allem diejenigen Personen vor Augen, die als ‘Eltern’ in derartigen Einrichtungen oder in betreuten Wohngruppen tätig sind; hier ließen sich Arbeitszeit und Freizeit nicht so voneinander trennen, wie es für die Kontrolle erforderlich sei.⁴⁵ Fragt man sich nun, ob die Norm auch auf die 24-Stunden-Pflege im Haushalt der Pflegebedürftigen anzuwenden ist, so kommt es letztlich darauf an, inwieweit die Tätigkeit der von Wohngruppenbetreuerinnen und -betreuern gleicht, inwiefern insbesondere die Pflege durch ‘Eigenverantwortung’ der Hausangestellten geprägt ist (dazu a) und inwiefern es sich um ein ‘Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft’ handeln kann (dazu b).

*a) Arbeitnehmereigenschaft und ‘Eigenverantwortlichkeit’
bei Betreuungs- und Pflege Tätigkeiten*

Nun ist ‘Eigenverantwortlichkeit’ eigentlich typisch für Selbstständige, für die das ArbZG ohnehin nicht gilt, und untypisch für abhängig Beschäftigte. Denn ein Arbeitsvertrag liegt ja nur vor, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer den Weisungen des Arbeitgebers hinsichtlich der Art und Weise der Durchführung ihrer Arbeit und der Arbeitszeitgestaltung unterliegt. Arbeitgeber dürften bei der 24-Stunden-Pflege häufig die Angehörigen der Pflegebe-

43 Beschlussempfehlung (Fn. 41), S. 19; vgl. auch ebd., S. 44.

44 § 618 Abs. 2 BGB.

45 Vgl. Beschlussempfehlung (Fn. 41), S. 44; ErfK / Wank (Fn. 40), § 18 ArbZG Rn. 5. Das Konzept der SOS-Kinderdörfer basiert auf Ideen von Hermann Gmeiner zur Hilfe für vernachlässigte oder allein gelassene Kinder. Eine Kinderdorfmutter oder ein Kinderdorfvater bildet den Kern einer Kinderdorffamilie. Fünf bis sechs Kinder, leibliche und Kinderdorfgeschwister, bewohnen ein Familienhaus. Die Familienhäuser bilden ein Dorf, das den Kindern und Jugendlichen eine vertraute Umgebung und eine lebendige Gemeinschaft bieten soll (siehe die Angaben auf der Homepage von SOS-Kinderdorf, <http://www.sos-kinderdorf.de/ueber-sos-kinderdorf/sos-in-deutschland>, Zugriff: 9.12.2013).

dürftigen sein, manchmal allerdings auch Agenturen und andere Pflegeeinrichtungen.

Weil Pfl egetätigkeiten oder die Kinderbetreuung ein hohes Maß an Eigenverantwortlichkeit und Selbstständigkeit verlangen, werden Weisungen in der Praxis meist allenfalls zu Beginn des Arbeitsverhältnisses erteilt, insbesondere im Fall einer Beauftragung durch Angehörige. Deshalb ist auch verschiedentlich schon angenommen worden, dass Pflegerinnen und Pfleger nicht in Abhängigkeit aufgrund eines Arbeitsvertrags, sondern als 'Selbstständige' tätig würden. So ist beispielsweise Maximilian Fuchs im Ergebnis dafür eingetreten, in der Regel von einem selbstständigen Dienstvertrag auszugehen. Dabei kam es ihm allerdings vor allem darauf an, für den Pflegebedürftigen alle mit dem Abschluss eines Arbeitsvertrages und seiner Durchführung zusammenhängenden Kosten und die administrativen Belastungen zu vermeiden.⁴⁶ Dies dürfte nach der Konvention, die ausdrücklich die Gleichbehandlung von Hausangestellten mit anderen Arbeitnehmern zum Ziel hat, jedoch kein legitimes Argument darstellen. Die Tatsache, dass die Pflegebedürftigen und ihre Angehörigen häufig mit der Befolgung der einschlägigen steuer- und sozialrechtlichen Bestimmungen überfordert sein werden, ändert nichts daran, dass sich regelmäßig die Annahme einer Weisungsgebundenheit aufdrängen wird,⁴⁷ was zur Annahme einer abhängigen Tätigkeit als Arbeitnehmerin führt.

Davon ging auch das Amtsgericht München aus, als es im November 2008 einen Rechtsanwalt, der ungarische Pflegekräfte und Haushaltshilfen nach Deutschland vermittelt hatte, wegen der rechtswidrigen Beteiligung an der Beschäftigung von Ausländern zu einem Bußgeld verurteilte.⁴⁸ Die Hausangestellten wohnten im Haushalt der DienstleistungsempfängerInnen und hatten dort freie Verpflegung. Entgegen dem vom Angeklagten entwickelten Vertragsmodell, dem zufolge die vermittelten Kräfte als Selbstständige tätig sein sollten, stellte das Gericht fest, dass in Wirklichkeit abhängige Beschäftigungsverhältnisse vorlagen.

Auch das Arbeitszeitgesetz geht ja gerade davon aus, dass es sich hier um 'ArbeitnehmerInnen' handelt; nach dem Willen des Gesetzgebers sollten also auch unselbstständig Tätige „eigenverantwortlich erziehen, pflegen oder

46 Vgl. *Fuchs, Maximilian*, „Der Einsatz ausländischer Pflegekräfte in der Bundesrepublik Deutschland: Eine Darstellung der aktuellen Rechtslage unter Berücksichtigung europarechtlicher Aspekte“, *Sozialrecht aktuell* 14 (2010), S. 143 ff.; *Fuchs, Maximilian*, „Der rechtliche Status von Pflegekräften in den neuen EU-Staaten“, *NZA* 2010, S. 980.

47 Vgl. *Reinecke* (Fn. 3).

48 Vgl. Urteil des AG München vom 10.11.2008 – 1115 Owi 298 Js 43552/07, juris.

betreuen“ können.⁴⁹ Das Direktionsrecht des Arbeitgebers als solches schließt demnach Eigenverantwortlichkeit gerade nicht aus. Allgemeine Argumente, die für das Vorliegen eines Direktionsrechts sprechen (insbesondere die Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit und Ort) können deshalb nicht als Argumente gegen ‘Eigenverantwortlichkeit’ dienen, will man damit nicht auch gleich die Arbeitnehmereigenschaft und damit die Gleichbehandlung mit Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern infrage stellen. In Abgrenzung zu anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und parallel zu den ursprünglich hier avisierten Fallgruppen ist vielmehr davon auszugehen, dass Eigenverantwortlichkeit immer dann vorliegt, wenn den Pflegenden keine weiteren sachkundigen Personen vorgesetzt sind und wenn sie demzufolge die Pflege ohne konkrete Einzelweisungen nach einer Einführung und allgemeinen Rahmenweisungen selbst gestalten.

Dies wird insbesondere dann häufig der Fall sein, wenn nicht eine Pflegeeinrichtung, sondern ein Angehöriger oder eine Angehörige der Pflegebedürftigen Arbeitgeber ist. Für die Praxis ist dabei zu beachten: Es kommt auf den Einzelfall an. Je stärker Weisungen für die Pflege erteilt werden, desto weniger kann von Eigenverantwortlichkeit in diesem Sinne die Rede sein.

b) ‘Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft’

Zum Zweiten setzt die Ausnahme vom Arbeitszeitgesetz voraus, dass die ArbeitnehmerInnen „in häuslicher Gemeinschaft mit den ihnen anvertrauten Personen zusammenleben“ (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG). Für eine Subsumtion unter diese (eng auszulegende) Ausnahme reicht es nicht aus, dass die Hausangestellten im Haushalt der Arbeitgeberin leben.⁵⁰ Systematisch ist ‘Zusammenleben’ auch von einer bloßen „Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft“⁵¹ abzugrenzen. Nach dem Wortlaut kommt es übrigens gerade nicht auf ein Zusammenleben mit dem Arbeitgeber an, sondern auf ein Zusammenleben mit den anvertrauten Personen.

Als Mindestvoraussetzung dürfte zu verlangen sein, dass nicht nur gemeinsam gewohnt, sondern auch gemeinsam gewirtschaftet⁵² bzw. ein gemeinsamer

49 Vgl. Beschlussempfehlung (Fn. 41), S. 44.

50 Vgl. *Scheiwe / Schwach* (Fn. 2), S. 338.

51 §§ 617, 618 Abs. 2 BGB.

52 Vgl. *Anzinger / Koberski* (Fn. 42), § 18 Rn. 21; *Schliemann, Harald*, ArbZG mit Nebengesetzen – Kommentar, Köln 2009, § 18 Rn. 24; a.A. *Baeck, Ulrich / Deutsch, Markus*, ArbZG, 2. Aufl., München 2004, § 18 Rn. 22.

Lebensalltag organisiert wird.⁵³ Dies ist aber nicht das alleinige und vor allem nicht das maßgebliche Kriterium. Denn Hintergrund der Norm ist ja, dass nach Vorstellung des Gesetzgebers bestimmte Merkmale der Arbeitsleistung eine Trennung von Arbeitszeit und Freizeit unmöglich machen würden. Hierfür reicht es nicht aus, wenn sich die Vermischung von Arbeitszeit und Freizeit aus einer unzureichenden Organisation vonseiten der Arbeitgeber ergibt. Es liegt vielmehr in der Natur der Sache, dass Hausangestellte, die am Ort ihrer Arbeit leben, dort auch ihre Freizeit verbringen.

Für die Auslegung der Norm ist letztlich die Zielsetzung entscheidend: Bei Verabschiedung des Arbeitszeitgesetzes im Jahre 1994 hatte der Gesetzgeber insbesondere die Lebens- und Arbeitsbedingungen von 'Eltern' in SOS-Kinderdörfern vor Augen. Ähnlich wie in manchen betreuten Wohngruppen von Behinderten, von pflegebedürftigen älteren Menschen oder von Alkohol oder von anderen Drogen abhängigen Menschen⁵⁴ geht es hier um bestimmte (sozial-)pädagogische Betreuungsmodelle in Form von Wahlfamilien und Lebensgemeinschaften, die eine besondere Form von Integration und Lebensgestaltung ermöglichen sollen.⁵⁵ Diese pädagogischen Modelle sollten durch das Arbeitszeitrecht nicht mehr als erforderlich erschwert werden.⁵⁶

Sind diese Voraussetzungen in der 24-Stunden-Pflege gegeben? Eine allgemeine Aussage für alle möglichen Konstellationen der Pflege im Haushalt der Pflegebedürftigen lässt sich nicht treffen. Hier sind zunächst die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.⁵⁷ So wird schon die Voraussetzung des gemeinsamen Wirtschaftens nicht immer gegeben sein; jede Anweisung und jedes Verlangen nach Einzelabrechnung für Ernährung und Ähnliches stellen jedenfalls Indizien für das Fehlen dieser Voraussetzung dar.

Für die Ausnahme vom Arbeitszeitgesetz und die Parallele zu den SOS-Kinderdörfern dürften jedoch diejenigen Konstellationen in Betracht kommen,

53 Buschmann, Rudolf / Ulber, Jürgen, ArbZG Basiskommentar mit Nebengesetzen, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2009, § 18 Rn. 4.

54 Zu den Personengruppen siehe z.B. Linnenkohl, Karl, in: Linnenkohl, Karl / Rauschenberg, Hans-Jürgen (Hg.), Arbeitszeitgesetz – Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2004, § 18 Rn. 9.

55 Anzinger / Koberski (Fn. 42), § 18 Rn. 20; Linnenkohl (Fn. 54), § 18 Rn. 9.

56 Vgl. Beschlussempfehlung (Fn. 41), S. 44; Wank, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (wie Fn. 40), § 18 ArbZG Rn. 5.

57 So die Bundesregierung in ihrer Antwort auf die Kleine Anfrage der Fraktion der „Linken“, BT-Drucks. 17/8373, Frage 6.

die Bernhard Emunds und Uwe Schacher genauer untersucht haben.⁵⁸ Es handelt sich dabei um Fälle, in denen Angehörige eine einzige Beschäftigte einstellen, die im Haushalt mit einer schwer pflegebedürftigen und/oder demenzkranken Person lebt und von der erwartet wird, dass sie quasi ‘rund um die Uhr’ zur Verfügung steht, auch nachts. Die Praxis dieser Beschäftigungsverhältnisse – insbesondere die faktisch alleinige Verantwortung der Pflegenden für die pflegebedürftige Person in ihrem privaten Umfeld – führt dazu, dass ein schwieriges Beziehungsgeflecht entsteht.⁵⁹ Für die Betroffenen macht im Ergebnis der Begriff der Arbeitszeit genauso wenig Sinn wie der Begriff der Bereitschaftszeit, da diese nicht eindeutig von privater Zeit und Freizeit unterschieden werden können.⁶⁰

Die Ähnlichkeit dieser Konstellationen mit den Wohngruppen-Fällen ergibt sich daraus, dass die Betroffenen einer großen Belastung ausgesetzt sind, weil sie „sich zu jedem Zeitpunkt für alles zuständig und verantwortlich [fühlen], was im Haushalt der Pflegebedürftigen passiert oder passieren soll“⁶¹ – selbst dann, wenn keine konkreten Arbeitstätigkeiten anstehen. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass in den Wohngruppen-Fällen eine sozialpädagogische, oft auch mit öffentlich-rechtlichen Mitteln finanzierte größere Institution hinter den Betreuenden steht, die Ausgleichsmaßnahmen für die große persönliche und körperliche Belastung organisieren kann und die faktisch auch einer gewissen Kontrolle durch Behörden und zivilgesellschaftliche Öffentlichkeit unterliegt. Bei der 24-Stunden-Pflege hingegen wird der Einsatz zwar oft über eine Agentur organisiert, die beispielsweise bei Krankheit der Pflegekraft auch gegebenenfalls für Ersatz sorgt. Größere Verantwortlichkeit übernehmen diese Agenturen in der Praxis jedoch nicht; insbesondere fungieren sie nur dort als Arbeitgeber, wo die Konstruktion der Entsendung gewählt wird. Die Verantwortung für die Einhaltung der Arbeitgeberpflichten, insbesondere die Begrenzung der Arbeitszeit,⁶² liegt allein bei den Angehörigen, die dazu jedoch faktisch meist nicht in der Lage sind.

Dieser Unterschied ist gravierend und letztlich dafür verantwortlich, dass die in dieser Branche tatsächlich herrschenden Arbeitsbedingungen aufgrund der mit ihnen verbundenen körperlichen Belastung und Gefahren für die Gesund-

58 *Emunds, Bernhard / Schacher, Uwe*, „Ausländische Pflegekräfte in Privathaushalten“, Frankfurter Arbeitspapiere Nr. 61, Frankfurt a.M. 2012.

59 *Emunds / Schacher* (Fn. 58), S. 22 f (dort auch zum Begriff und dem Problem des „empathischen Dreiecks“).

60 *Emunds / Schacher* (Fn. 58), S. 55.

61 *Emunds / Schacher* (Fn. 58), S. 55; genauer zu den Belastungen S. 61 ff.

62 § 618 Abs. 2 BGB.

heit unzumutbar und nicht akzeptabel erscheinen. Aber kann dies ein Grund dafür sein, die betreffenden Beschäftigungsverhältnisse vom Anwendungsbereich des Arbeitszeitgesetzes auszunehmen? Der gesetzlichen Norm zufolge ist dieser organisatorische Unterschied jedenfalls nicht relevant. Danach kommt es allein auf die Ähnlichkeit des 'Zusammenlebens in häuslicher Gemeinschaft' an. Und hier scheint es bei der 24-Stunden-Pflege tatsächlich Beschäftigungsverhältnisse zu geben, innerhalb derer Pflegekräfte zwar prinzipiell weisungsgebunden (und damit Arbeitnehmerinnen) sind, jedoch so eingesetzt werden, dass von ihnen Eigenverantwortlichkeit in der konkreten Pflege sowie ein Zusammenleben in Beziehungsgemeinschaft mit den Pflegebedürftigen erwartet wird.⁶³

Die Frage nach dem angemessenen Schutz dieser Pflegekräfte muss angesichts des Gesetzeswortlauts deshalb neu gestellt werden: Ist eine Herausnahme dieser 'Hausangestellten' aus dem Anwendungsbereich des Arbeitszeitgesetzes überhaupt verfassungsgemäß?

3.2 Verfassungsmäßigkeit des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG

a) Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG)

Nicht nur die ILO-Konvention verlangt vom deutschen Gesetzgeber einen Mindestschutz der Hausangestellten. Schutzpflichten ergeben sich auch aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 des Grundgesetzes, wonach die körperliche Unversehrtheit durch den Gesetzgeber zu schützen ist. Diesem Zweck dient das Arbeitszeitrecht als ein spezieller Bereich des Arbeitsschutzes.⁶⁴

Die besondere Schutzbedürftigkeit von Hausangestellten ergibt sich aus dem Charakter ihrer Arbeitstätigkeit, die nur schwer von der Freizeit zu trennen ist, zumal in häuslicher Gemeinschaft mit Personen, zu deren Pflege und Betreuung sie arbeitsvertraglich verpflichtet sind.⁶⁵ Die Studie von Emunds und Schacher zeigt sehr genau auf, inwiefern gerade die 24-Stunden-Pflegekräfte enormem Stress ausgesetzt sind.⁶⁶ Gerade weil sich die Pflegekräfte aufgrund der besonderen Gestaltung ihrer Arbeitssituation „zu jedem Zeitpunkt für alles

63 Zur Größe dieser Gruppe siehe genauer *Emunds / Schacher* (Fn. 58), S. 6 ff.

64 Vgl. BVerfGE 85, 191 (212) (Nachtarbeit). BVerfGE 121, 317 (Rauchverbote); *Schmidt, Ingrid*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (wie Fn. 40), Art. 2 GG Rn. 106, Rn. 110 ff. und vor allem Rn. 118 ff.

65 *Linnenkohl* (Fn. 54), § 18 Rn. 10; *Buschmann / Ulber* (Fn. 53), § 18 Rn. 4.

66 *Emunds / Schacher* (Fn. 58), S. 58.

zuständig und verantwortlich [fühlen], was im Haushalt der Pflegebedürftigen passiert oder passieren soll“;⁶⁷ entstehen starke psychosoziale Belastungen.

Der Grund für die Nichtanwendung des Arbeitszeitgesetzes liegt schließlich auch nicht darin, dass Schutz nicht für erforderlich gehalten wird. Insofern sei daran erinnert, dass als Grund für die Ausnahmeregelung immer angegeben wurde, die besondere Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses mache eine Trennung von Arbeitszeit und Freizeit unmöglich und angepasster Schutz lasse sich über die allgemeine Fürsorgepflicht⁶⁸ erreichen. Für diejenigen Einrichtungen, die der Gesetzgeber dabei vor Augen hatte, trifft dies wohl auch zu; so scheinen die SOS-Kinderdörfer als große sozialpädagogische Institution durchaus in der Lage, einen angemessenen Arbeitsschutz zu entwickeln. Mittlerweile wurden für die Kinderdorffeltern selbst Arbeitszeit und Freizeit trennbar gestaltet.⁶⁹ Auch in den anderen familienähnlichen Wohngruppen gelingt es den Trägereinrichtungen mehr oder weniger gut, die zugrunde liegenden sozialpädagogischen Konzepte mit den Anforderungen des Gesundheitsschutzes zu vereinbaren.

Die Beschäftigungsverhältnisse bei vielen Fällen von 24-Stunden-Pflege stehen jedoch unter völlig anderen Vorzeichen. Arbeitgeber sind in der Regel die Angehörigen der pflegebedürftigen Personen, die zwar eine gewisse Vorstellung davon haben mögen, wie die Pflege in der gewohnten Wohnsituation der Pflegebedürftigen erfolgen soll, jedoch weder über die pflegerische und/oder sozialpädagogische Kompetenz noch über entsprechende Arbeitgeber-Erfahrungen verfügen, um diese Vorstellung konzeptionell und sachgerecht in organisatorischen Konzepten umzusetzen. Diesen Personen kann so die Sorge um den Gesundheitsschutz der Pflegekräfte keinesfalls in ähnlicher Art und Weise übertragen werden, wie dies im Bereich der SOS-Kinderdörfer akzeptabel erschien. Auch ist durchaus fraglich, ob das damit verbundene Pflegearrangement sozialstaatlich akzeptiert werden kann; häufig *wird* es allein aufgrund von ‘Versorgungslücken’ und finanziellen Engpässen gewählt.⁷⁰

Der Gesetzgeber kann aber seiner Schutzpflicht für die Gesundheit der Hausangestellten nur dann durch die gesetzliche Festschreibung einer unbestimmten

67 *Emunds / Schacher* (Fn. 58), S. 55, S. 61 ff.

68 § 618 Abs. 2 BGB.

69 Siehe dazu auch *Scheiwe* in diesem Band.

70 Siehe *Emunds / Schacher* (Fn. 58), S. 24 ff. genauer zu den Beweggründen für die Gestaltung in unterschiedlichen Konstellationen.

Fürsorgepflicht des Arbeitgebers erfüllen,⁷¹ wenn es konkrete Anhaltspunkte gibt, dass die Arbeitgeber dieser tatsächlich auch nachkommen können. Für diese Annahme gibt es in der Fallgruppe der 24-Stunden-Pflege jedoch keine Anhaltspunkte. Durch einen Verzicht auf konkrete Regulierung kommt der Gesetzgeber seiner Pflicht, die Gesundheit der Pflegekräfte zu schützen, in diesen Situationen demzufolge nicht angemessen nach. § 18 Abs. 2 Satz 3 ArbZG ist verfassungswidrig, soweit er diese Fallgruppe erfasst.

b) Exkurs: Art. 31 der EU-Grundrechte-Charta

Art. 31 Abs. 1 der Grundrechte-Charta der EU gewährleistet ebenfalls das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen. Abs. 2 sagt ausdrücklich, dass „[j]ede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer [...] das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub [hat]“.

Zwar gilt dieses Grundrecht nur im Anwendungsbereich des Rechts der Europäischen Union. Jedoch befinden wir uns bei Fragen des Arbeitsschutzes im Anwendungsbereich des europäischen Rechts, selbst dort, wo Ausnahmebestimmungen⁷² ‘Hausangestellte’ vom Anwendungsbereich ausnehmen. Insofern reicht es nämlich aus, dass die Arbeitsschutzfragen als solche europarechtlich geregelt sind. Davon geht auch die EU-Kommission aus. Sie hält es deshalb für erforderlich, die Mitgliedstaaten zur Ratifikation der ILO-Konvention C-189 zu ermächtigen, denn: „Das Übereinkommen Nr. 189 betrifft Bereiche des EU-Rechts, die bereits umfassend geregelt sind.“⁷³ Das europäische Recht verlangt insofern ebenfalls effektive arbeitszeitrechtliche Standards – auch für alle Hausangestellten und Pflegekräfte.

*c) Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbote in
Verfassung und europäischem Recht*

Die Herausnahme der Gruppe aus § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG führt zu einer Benachteiligung dieser Gruppe im Vergleich zu anderen abhängig Beschäftigten. Bedenklich ist diese Ungleichbehandlung insbesondere in Hinblick auf das

71 Zur Möglichkeit, die in § 618 Abs. 2 BGB normierte Fürsorgepflicht zur Erfüllung der Schutzpflicht zu berücksichtigen, vgl. *Schmidt*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (wie Fn. 40), Art. 2 GG Rn. 120.

72 Art. 3a) der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie 89/389/EWG (gilt nach deren Art. 1 Abs. 4 auch für die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG).

73 COM(2013) 152 final, S. 3 (Vorschlag der Kommission vom 21.03.2013 für einen Beschluss des Rates, der die Mitgliedstaaten dazu ermächtigen soll, das Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) von 2011 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte (Übereinkommen Nr. 189) zu ratifizieren).

Gebot der Geschlechtergleichbehandlung.⁷⁴ Denn zum einen ist es so, dass die Regelung weit mehr weibliche Arbeitskräfte trifft als männliche Arbeitskräfte.⁷⁵ Der Gesetzgeber „muss jedoch faktische Diskriminierungen, die sich als Folge seiner Regelungen ergeben, so weit wie möglich vermeiden.“⁷⁶ Zum zweiten aber – und dies ist das größere Problem – ist das kein zufälliges Ergebnis. Schon dass die Unterscheidung von Arbeitszeit und Freizeit gerade bei Betreuungs- und Sorgetätigkeiten für schwierig oder unmöglich gehalten wird, ist ein Anzeichen für die Vergeschlechtlichung dieser Differenzierung. Sie entspricht letztlich der ebenfalls stark vergeschlechtlichten Vorstellung von ‘öffentlichem’ und ‘privatem’ Raum.⁷⁷ Denn selbstverständlich tendieren Menschen bei allen Arbeitstätigkeiten, mit denen sie sich stark identifizieren, zu einer Vermischung zwischen ‘Pflicht’ und ‘Kür’ oder zwischen ‘Arbeit’ und ‘Freizeit’. Der Gesetzgeber problematisiert dies jedoch nur im Kontext von Beschäftigungsverhältnissen, die in Konkurrenz zur Sorgearbeit in der Familie bestehen, ohne doch dadurch ihren grundsätzlichen Charakter als Teil des Arbeitsmarktes zu verlieren.⁷⁸ Die hier vorgenommene Differenzierung reproduziert insofern vergeschlechtlichte Vorverständnisse von ‘weiblicher’ Arbeit und ‘männlicher’ Arbeit in diskriminierender Art und Weise.⁷⁹ Das Grundgesetz verlangt aber stattdessen, dass die geschlechtsspezifische Spaltung der Arbeitsmärkte und der Arbeitsteilung nicht vertieft, sondern abgebaut wird.⁸⁰ Es geht um „Angleichung der Lebensverhältnisse. [...] Überkommene Rollenverteilungen [...] dürfen durch staatliche Maßnahmen nicht verfestigt werden.“⁸¹ Auch insofern bestehen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG.

74 Art. 3 Abs. 2 GG.

75 Zu Geschlechterarrangements in der Pflege siehe auch *Apitz, Ursula / Schmidbaur, Marianne*, „Care-Arbeit, Migration und Geschlechtergerechtigkeit“, *APuZ* 37–38 (2011), S. 1 ff.

76 BVerfGE 109, 64 (Mutterschaftsgeld).

77 Siehe dazu schon bei Fn. 15.

78 Genauer dazu schon unter Abschnitt 2.

79 Zum Verständnis der Hausangestelltentätigkeit als ‘Familienarbeit’ siehe auch *Meder* in diesem Band.

80 So schon *Pfarr, Heide M.*, „Herstellung und Sicherung von Chancengleichheit durch Recht – dargestellt am Beispiel der Frauen“, in: Hassemer, Winfried / Hoffmann-Riem, Wolfgang / Limbach, Jutta (Hg.), *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, Baden-Baden 1982, S. 255 ff.; siehe auch *Kocher, Eva*, Die Erwerbstätigkeit von Frauen und ihre Auswirkung auf das Arbeitsrecht – oder umgekehrt..., in: Rudolph, Beate (Hg.), *Geschlecht im Recht. Eine fortbestehende Herausforderung. Querelles – Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung*, Göttingen: Wallstein 2009, S. 216 ff.

81 BVerfGE 85, 191 (207) (Nachtarbeitsverbot); siehe auch BVerfGE 89, 276.

4. Ergebnis

4.1 Transparenz und Wirksamkeit

Insgesamt entspricht das deutsche Recht den Mindestvorgaben der Konvention. Allerdings: Diese Tatsache allein gewährleistet keine Verbesserung der tatsächlichen Situation der Hausangestellten. Zur Veranschaulichung des Problems sei auf eine Studie von Vilhelm Aubert aus den 1960er-Jahren verwiesen,⁸² in der er eine Reihe von empirischen Untersuchungen zum norwegischen Hausangestelltengesetz von 1948 zusammenfasste. Auch wenn diese lange zurückliegen: Solche wiederholten empirischen Untersuchungen zur Wirkung eines Gesetzes, wenn auch in kleinem Rahmen, gibt es nur selten, und dies ist insofern ein Glücksfall für den Bereich der Hausangestelltengesetzgebung. Anhand seiner Daten konnte Aubert vor allem feststellen, wie stark es von außerrechtlichen Faktoren abhängig ist, ob ein Gesetz tatsächlich verwirklicht wird. Auch damals schon wurde die Arbeitszeitbegrenzung (10 Stunden pro Tag!) in ungefähr der Hälfte der befragten Haushalte nicht eingehalten, obwohl dies die am meisten bekannte Vorschrift des Gesetzes zu sein schien.

Die Kenntnis eines Gesetzes identifizierte Aubert damals allerdings bereits als ganz entscheidenden Faktor für dessen Wirksamkeit, wobei es insbesondere auf die Gesetzeskenntnis aufseiten der Hausangestellten ankam. Mit zunehmender Geltungsdauer konnte sich auch die innere Bereitschaft zur Befolgung der Vorschrift (das 'Rechtsbewusstsein') erhöhen. Hierfür war allerdings von großer Bedeutung, dass das Gesetz die Arbeitsbedingungen der Hausangestellten spezifisch regelte. Auch Deirdre McCann hat jüngst darauf hingewiesen, dass gerade im Bereich der Hausangestelltenarbeit spezifische Regelungen mindestens so wichtig sind wie die Gleichbehandlung bei Anwendung der allgemeinen Regelungen.⁸³ An dieser Transparenz fehlt es im deutschen Recht bis heute – hier wird der Aspekt der Gleichbehandlung mit sonstiger Erwerbsarbeit stärker betont. Es bleibt zu hoffen, dass die Publizität der ILO-Konvention C-189 stattdessen die notwendige Transparenz über die rechtliche Regelung der Hausarbeit gewährleistet.

82 Aubert (Fn. 9).

83 McCann, Deirdre, „New Frontiers of Regulation: Domestic Work, Working Conditions, and the Holistic Assessment of Nonstandard Work Norms“, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 34 (2012), S. 167 ff.

4.2 Arbeitsrechtlicher Regelungsbedarf für die Beschäftigung von Pflegekräften im Privathaushalt

Anders als bei *Aubert* damals kann man heute allerdings nicht mehr behaupten, erst die rechtliche Regelung der Hausangestelltentätigkeit schaffe die 'Rollenkategorie' der Hausangestellten in der gesellschaftlichen Imagination („Magie“):⁸⁴ Denn die tatsächliche Bedeutung der Hausangestelltentätigkeit hat sich auch in Westeuropa eher erhöht als verringert. Und hier besteht tatsächlich dringender Handlungsbedarf: Nach der empirischen Studie von Gottschall und Schwarzkopf 2010 werden Hausangestellte überwiegend in „systematischen Ausbeutungsmustern“ beschäftigt, „wie sie im Bereich der geringfügigen Beschäftigung und Niedrig(st)löhne, der Familialisierung von Care-Arbeit sowie der Duldung grau-melierter Pflegearbeitsmärkte zu finden sind.“⁸⁵ Nicht weniger problematisch ist die häufig vorkommende Irregularität vieler Beschäftigungsverhältnisse, die durch rechtliche Rahmenbedingungen im Sozial-, Steuer- und Zuwanderungsrecht begünstigt wird.⁸⁶ Möglicherweise bezog sich darauf auch der EU-Kommissar für Beschäftigung, Soziales und Inklusion, László Andor, als er betonte, eine Ratifikation der ILO-Konvention C-189 durch die EU-Mitgliedstaaten sei für die „Verbesserung der Arbeitsbedingungen bei persönlichen Dienstleistungen“ relevant.⁸⁷

Von besonderer Bedeutung sind dabei das Arbeitsschutzrecht und insbesondere das Arbeitszeitrecht. Die Haltung der Bundesregierung, die 24-Stunden-Pflege im Haushalt der Pflegebedürftigen insofern faktisch schutzlos stellt, genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Ohnehin wird die Bundesregierung im obligatorischen ersten Bericht über die Durchführung des Übereinkommens⁸⁸ alle Maßnahmen anzugeben haben, die getroffen worden sind, um die Anwendung des Übereinkommens auf die betreffenden Arbeitnehmer auszudehnen.⁸⁹ Zur Schaffung einer für alle Beteiligten befriedigenden

84 So *Aubert* (Fn. 9) für die damalige norwegische Situation.

85 *Gottschall / Schwarzkopf* (Fn. 16), S. 69. Vgl. den Fall moderner Sklaverei, den der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zu behandeln hatte, Urteil vom 26.07.2005 (*Siliadin / Frankreich*), Nr. 73316/01; siehe auch die Verhältnisse in einem Berliner Diplomatenhaushalt, über die die deutschen Arbeitsgerichte zu entscheiden haben, vgl. BAG NZA 2013, 343; nachdem die diplomatische Immunität des Arbeitgebers wegen Zeitablauf beendet war, muss nun das LAG Berlin-Brandenburg endgültig in der Sache entscheiden.

86 Vgl. *Gottschall / Schwarzkopf* (Fn. 16), S. 35 ff.

87 Pressemitteilung zur Ankündigung des Kommissionsbeschlusses vom 21.03.2013, COM(2013) 152 final.

88 Art. 22 der Verfassung der ILO.

89 Art. 2 Abs. 3 des ILO-Übereinkommens C-189.

Pflege im häuslichen Bereich muss ohnehin nach Alternativen gesucht werden.⁹⁰

90 Vgl. *Emunds / Schacher* (Fn. 58), S. 13, 67 f. auch zu alternativen Organisationsformen; vgl. auch *Hoffer* und *Spindler* in diesem Band.

