

Sozialrechtlicher Rahmen für Arbeitsbedingungen im Gesundheitswesen¹

Prof. Dr. Felix Welti/Christina Wiebelitz-Spangenberg²

I. Einführung

Sozialrecht regelt vieles, und das detailliert. Arbeitszeiten und andere Arbeitsbedingungen gehören normalerweise nicht dazu. Doch bei näherer Betrachtung hat das Sozialrecht erhebliche Auswirkungen auf die in Krankenhäusern und Arztpraxen, Pflegeeinrichtungen und Pflegediensten, Rehabilitationseinrichtungen und -diensten und anderen Betrieben erbrachte Arbeit. Die Statistik zählt 12% der in Deutschland beschäftigten Personen zum Gesundheitswesen. Bei fast allen von ihnen stammt ein großer Teil des Entgelts aus vorheriger Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge und Steuern, bestimmen Sozialleistungsträger über Art, Umfang und Finanzierung der angebotenen Dienstleistungen. Gerhard Igl und Stephan Rixen haben die Formel vom Sozialrecht als öff. Wirtschaftsrecht benutzt.³ Im Anschluss daran kann gefragt werden, wie viele sozialrechtliche Einflüsse in den Arbeitsbeziehungen des Sozial- und Gesundheitswesens stecken.

Dies sollte gerade für die Gewerkschaften interessant sein, die eine nicht immer komfortable Doppelrolle haben: Als Interessenvertretung der abhängig Beschäftigten im Sozial- und Gesundheitswesen haben sie bei Tarifen und in der betrieblichen Interessenvertretung auf gute Entgelte, Arbeitszeit- und Arbeitsschutzregelungen zu achten. Als Interessenvertretung aller abhängig Beschäftigten haben sie in der Selbstverwaltung der Sozialversicherung den Anspruch, bezahlbare Beiträge und gute Qualität der Leistungen zu sichern. In der politischen Interessenvertretung sollten sie in der Lage sein, beide Rollen auszubalancieren. Dabei geht es auch um Weiterentwicklung der ökonomischen und sozialen Struktur. Soziale Sicherungssysteme fördern den Transfer von Mitteln aus Industrie und Produktion in die Humandienstleistungen und damit jedenfalls heute auch von männlich in weiblich geprägte Wirtschaftssektoren. Ob Humandienstleistungen auf hohem Qualifikations- und Qualitätsniveau und unter guten Arbeitsbedingungen erbracht werden oder ob sie zu einem erheblichen Teil einem Sektor prekärer Arbeitsbedingungen und niedriger Löhne zugeordnet werden, gilt als ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal für entwickelte Staaten und Volkswirtschaften.⁴

II. Sozialrecht als Finanzierungsrahmen

Sozialrecht regelt zunächst, in welchem Umfang Mittel zur Finanzierung von Humandienstleistungen und anderen Leistungen des Sozial- und Gesundheitswesens bereitgestellt werden. Zwar wächst der Anteil von Mitteln, die wegen Leistungsausschlüssen, Zuzahlungen und der Entwicklung eines Markts für wünschenswerte, aber nicht notwendige Leistungen privat aufgebracht werden. Doch stammt noch immer ein ganz wesentlicher Teil der Mittel etwa in der akuten Krankenbehandlung, Langzeitpflege und Rehabilitation aus den Krankenkassen, der Renten- und Unfallversicherung, der Sozialhilfe.

Die verfügbaren Mittel werden – mit Ausnahme der Sozialhilfe – aus Beiträgen der Sozialversicherung aufgebracht. Die Beitragssätze sind in der Pflege- (§§ 54 ff. SGB XI) und der Rentenversicherung (§§ 157 ff. SGB VI) gesetzlich festgelegt. Für die Krankenversicherung gilt ein gesetzlicher allg. Beitragssatz, der durch Zusatzbeiträge ergänzt werden kann, §§ 241 ff. SGB V. Diese werden von den Kassen einzeln festgelegt. Von dieser Möglichkeit wird sparsam Gebrauch gemacht, da die öffentlich-rechtlichen Kassen vom Gesetzgeber in einen Wettbewerb um Mitglieder gestellt worden sind, der wesentlich von den Beitragssätzen beeinflusst wird. Bei festgelegten Beitragssätzen hängen die verfügbaren Mittel von der Entwicklung und Struktur der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung ab. Die vom Staat oder anderen Trägern gezahlten Beiträge für Arbeitslose, Rentnerinnen und Rentner sind niedrig. Auch niedrige Entgelte und das Ausweichen von geringfügig Beschäftigten in die Familien- oder studentische Versicherung sind für die Einnahmen problematisch. In der Kranken- und Pflegeversicherung können Gutverdienende oberhalb der Pflichtversicherungsgrenze in die private Versicherung wechseln, so dass die Lohnspreizung in beide Richtungen problematische Effekte hat. Die Anbindung der Sozialversicherungsbeiträge an die Summe der Entgelte bedeutet zudem, dass Verschiebungen zu Gunsten der Einkommen aus Kapital und Vermögen die für die Sozialleistungen zur Verfügung stehenden Mittel relativ verkleinern.

Auch wenn die Zahl der Sozialversicherten und die Relation zwischen Arbeits- und Kapitaleinkommen konstant bleiben, wachsen die für die Sozialversicherung zur Verfügung stehenden Mittel nur so stark wie die Entgelte im Durchschnitt der Gesamtwirtschaft. Sollen die Beitragssätze stabil sein, wie es der Gesetzgeber fast immer politisch anstrebt und auch programmatisch im Sozialrecht festgeschrieben hat, besteht also kein Spielraum, um gegebene Ungleichheiten zwischen Humandienstleistungen und Produktion zu verkleinern. Im Gegenteil: die Verteilungsspielräume erscheinen wegen des höheren Produktivitätswachstums in der Industrie größer als bei den Dienstleistungen. Zwar sind Humandienstleistungen notwendig, um die Arbeitskraft der gesamten Gesellschaft zu reproduzieren und produktiv zu halten. Sie sind zudem eine notwendige Bedingung für die Entwicklung der Arbeitsteilung und die Ausweitung der Erwerbstätigkeit, insbes. der Frauen. Gleichwohl ist die Produktivität der Humandienstleistungen schwerer zu messen und wohl auch schwerer zu steigern als diejenige des produzierenden Gewerbes. Im Ergebnis ist zu reflektieren, dass Sozialpolitik sich nicht nur mit der Sicherung sozialer Risiken befasst,

¹ Erweiterter und aktualisierter Vortrag beim Campus Arbeitsrecht am 25.2.2016 in Frankfurt / M. Für Recherchen Dank an Dipl.-Jur. Maren Giese.

² Der Autor leitet das Fachgebiet Sozial- und Gesundheitsrecht, Recht der Rehabilitation und Behinderung am FB Humanwissenschaften der Universität Kassel. Die Autorin ist freie Dozentin, Betriebswirtin (EBW), Lehrbeauftragte der HS Fresenius und RAin. in Bad Schwartau.

³ Gerhard Igl, Benötigt das Sozialrecht Regelungen zum Sozial-Wirtschaftsrecht, in: Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, FS Zacher, 1998, S. 281 – 296; Stephan Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005.

⁴ Vgl. Welti, Wandel der Arbeit und Reform von Sozialstaat und Sozialrecht, Sozialer Fortschritt 2001, 69-79.

sondern auch ein Medium und Moderator für die wachsende Bedeutung der Dienstleistung in modernen Volkswirtschaften ist.

III. Sozialrecht als Ordnungsrahmen

Ein Ordnungsrahmen für diesen Prozess ist das Sozialrecht. Wie soziale Leistungsansprüche in konkrete Leistungen umgesetzt werden, ist regelungsbedürftig. Nur selten werden Leistungen unmittelbar durch den Sozialleistungsträger erbracht wie in Eigenrichtungen der Rentenversicherung, Unfallversicherung und Sozialhilfe. Viel häufiger ist die Leistungserbringung durch Krankenhäuser, Dienste und Einrichtungen, die in Trägerschaft der freien Wohlfahrtspflege, privater UN oder – im Fall von Universitätskliniken und Landeskrankenhäusern – der Länder sind. Die durch zahlreiche Trägergruppen und Träger gegliederten Sozialleistungsträger stehen also einer nach Unternehmensform, Arbeitsrecht- und Tarifbindung ebenso vielfältigen Leistungserbringerschaft gegenüber. Die frühere Privilegierung der freien Wohlfahrtspflege ist weitgehend aufgehoben, so dass Leistungserbringer gleichermaßen den Sektoren der freien Wohlfahrtspflege und der priv. Sozial- und Gesundheitswirtschaft entstammen.⁵ Muss in letzterer irdischer Profit erwirtschaftet werden, sind in ersterer oftmals die Besonderheiten und Beschränkungen des kirchlichen bzw. tariflichen Arbeitsrechts zu beachten.

Abgesehen vom hier nicht vertieften Fall der Vertragsärzte und Med. Versorgungszentren, bei denen die Kassenärztliche Vereinigung zwischengeschaltet ist, sind die Leistungserbringer den Leistungsträgern durch Verträge verbunden, in denen im Rahmen der Gesetze die zu erbringenden Leistungen konkretisiert werden und deren Vergütung geregelt wird. Zumeist sind die Verträge mit einzelnen Leistungserbringern in ein oft 2-stufiges System aus Landes- und Bundesrahmenregelungen eingebunden, um regionale Unterschiede und solche zwischen den Sozialleistungsträgern iS. einheitlichen Verständnisses von Wirtschaftlichkeit und Qualität einzuhegen (z.B. §§ 92, 109, 112, 137c SGB V für Krankenhäuser; §§ 72–75, 85, 86, 113b SGB XI für Pflegeheime). Das Leistungserbringungsrecht des Sozialrechts hat nur wenige allg. Regeln, so dass zwischen den Büchern des SGB und auch innerhalb der Leistungsbereiche erhebliche Unterschiede bestehen. Als gemeinsame Grundsätze lassen sich das Bemühen um Wirtschaftlichkeit und Qualität sowie die Wahrung der Grundrechte der Leistungserbringer erkennen.

IV. Wirtschaftlichkeit und Arbeitsbedingungen

Das Gebot der Wirtschaftlichkeit wird in den einschlägigen Normen des Sozialrechts vielfach erwähnt.⁶ Das wäre gar nicht nötig, denn es ist für öff. Leistungen ein allg. Gebot des Haushaltsrechts (§ 69 SGB IV). Das kann auch kaum anders sein, wenn mit Beitrags- und Steuermitteln umgegangen wird. Das war auch schon immer so, und insofern erscheint es hilflos, die böse neue Zeit der Ökonomisierung einer guten alten Zeit gegenüberzustellen, in der die Beschäftigten des Gesundheitswesens noch alleine aus Nächstenliebe und fachlicher Motivation gehandelt haben sollen. Wie an jeder Nostalgie ist daran Richtiges und Falsches; sie bietet aber kaum einen Ausweg aus aktuellen Nöten. Sozialrechtliche Wirtschaftlichkeit entspricht auch nicht immer betriebswirtschaftlicher Wirtschaftlichkeit.

Entscheidend ist, was die jeweilige Zeit und das jeweilige Rechtsverhältnis unter Wirtschaftlichkeit verstehen, was ihr politischer und ökonomischer Maßstab ist. Sozialrechtlich ist anerkannt, dass das Wirtschaftlichkeitsprinzip zwar die Leistungsansprüche auf das Notwendige beschränkt, aber keinen Substandard rechtfertigt.⁷ Es geht darum, dass Leistungsziele wie die Heilung von Krankheit und die Versorgung von Pflegebedürftigen mit möglichst geringem Aufwand erreicht werden.⁸ Nicht mehr und nicht weniger; insofern ist Wirtschaftlichkeit weder eine Begründung für den Abbau sozialer Leistungen noch für prekäre Arbeitsbedingungen.

Für die Beschäftigten im Sozial- und Gesundheitswesen wird es dabei auf zweierlei ankommen: Wie können sie zur Geltung bringen, dass angemessene Arbeitsbedingungen notwendige Kosten der Sozialleistungen sind? Und wie können sie belegen und verhindern, dass unangemessene Arbeitsbedingungen die Qualität sozialer Leistungen verschlechtern? Für die erste Frage kommt es – wie immer im Wirtschaftsgeschehen – zuerst auf Angebot, Nachfrage und Machtverhältnisse an. Sind Entgelte, Arbeitszeiten und Arbeitsbedingungen für alle einheitlich tariflich vereinbart und werden die Tarife durchgesetzt, sind sie auch notwendige Kosten. In dieser für Gewerkschaften und Beschäftigte idealen Welt bewegen wir uns nicht,⁹ so dass näher betrachtet werden muss, wie das Leistungserbringungsrecht im Einzelnen Rahmenbedingungen vorgibt.

1. Marktpreise

Die einfachste Form der Preisbildung wäre die Marktpreisbildung: Die Anbieter setzen Preise fest und sehen, ob sie sich am Markt realisieren lassen. Werden die Produkte dringend gebraucht und kommen die Anbieter nahe an eine Monopolstellung, so ist dies ein für die Angebotsseite angenehmes Modell. Ihm korrespondiert sozialrechtlich das Kostenerstattungsprinzip (vgl. z.B. § 13 SGB V), bei dem die Steuermöglichkeiten der Leistungsträger gering sind. Im Gesundheitswesen können die Hersteller von Arzneimitteln und Medizinprodukten davon Gebrauch machen, eingeschränkt durch die Festsetzung von Festbetragsgruppen durch den GKV-Spitzenverband: Ab einem gewissen Betrag ist die Erstattung gekappt. Sind Dringlichkeit des Bedarfs und Monopol- oder Kartellbildung allerdings gut entwickelt wie bei Hörgeräten,¹⁰ dann können z.T. dauerhaft Preise oberhalb der Festbeträge realisiert werden.¹¹ Das ist aber aus sozialrechtlicher Sicht kein Modell, das verallgemeinert werden sollte. Bei Humandienstleistungen mag es allenfalls hochspezialisierten Ärztinnen und Ärzten gelingen, vergleichbare Effekte zu erzielen.

5 S. z.B. Eckdaten Krankenhausstatistik der DKG v. 16.12.2015, wonach sich ca. 30% der Krankenhäuser in öff. Trägerschaft und jeweils ca. 35% in priv. bzw. der Trägerschaft der freien Wohlfahrtspflege befanden.

6 S. z.B. §§ 12, 275 SGB V, § 113 SGB V iVm. § 17 c KHG, § 29 SGB XI.

7 NK-GesundhR/Greiner [SGB V], 2015, § 12, Rn. 1; Scholz, in Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, Rn. 6; NK-GesundhR/Ebach [SGB XI], 2015, § 29, Rn. 4.

8 Ebd.

9 In den letzten Jahren werden auch im Gesundheitswesen Haus-TV abgeschlossen, um Kosten zu senken.

10 Vgl. BGH 20.4.2010, KVR 1/09, WM 2010, 1091.

11 Vgl. BSG 17.12.2009, B 3 KR 20/08 R, BSGE 105, 170; BSG 24.1.2013, B 3 KR 5/12 R, BSGE 113, 40.

2. Feste Entgelte

Für Krankenhäuser ist das Prinzip der Entgeltfindung gesetzlich festgeschrieben. Die Vergütungen für eine Behandlung in Abhängigkeit von der Diagnose ergeben sich aus den vom GKV-Spitzenverband und der Dt. Krankenhausgesellschaft verhandelten Fallpauschalen-Katalogen und Landesbasisfallwerten, in Zukunft aus einem bundeseinheitlichen Fallwert, vgl. § 17b KHG. Damit sollen vergleichbare Fälle gleich vergütet werden und ein Anreiz zu Kosteneinsparungen gegeben werden. Die Fallpauschale ist die Antithese zum früheren Kostendeckungsverfahren. Gab das eine einen Anreiz für vielleicht unnötig lange Liegezeiten, droht bei Fallpauschalen der gegenteilige Effekt bis zur »blutigen Entlassung«. Auch auf Entgelte und Arbeitszeiten übt ein pauschales Vergütungssystem Druck aus. Der Marktzugang für Krankenhäuser ist allerdings auf Grund der Krankenhausplanung der Länder, hoher Investitionskosten und Qualitätsanforderungen beschränkt. Auch kann die Investitionsförderung der Länder und die Krankenhausträgerschaft von Ländern und Kommunen ein gewisses politisches Gegengewicht setzen.

3. Vertragsrecht

Für die Dienste und Einrichtungen der Pflege und der med. Rehabilitation, die nichtärztlichen Gesundheitsberufe in selbstständiger Praxis und die Einrichtungen und Dienste der Eingliederungshilfe für beh. Menschen gelten Verträge, in denen jeweils Vergütungen und Leistungen vereinbart werden, z.B. § 21 SGB IX; § 111 SGB V; §§ 75, 76 SGB XII. Diese sind zumeist eingebettet in verbindliche Rahmenverträge auf Landesebene zwischen den Verbänden der Leistungsträger und den Verbänden der Leistungserbringer. Insoweit besteht ein kollektivvertragliches Element.

Gleichwohl werden auch von der Vergütung her differenzierte Verträge geschlossen, durch die einerseits regionale und fachliche Gesichtspunkte von Angebot und Nachfrage berücksichtigt werden können, andererseits die Einrichtungen und Dienste in eine Wettbewerbsposition zueinander gebracht werden, bei der niedrige Entgelte, intensivierte Arbeitsbedingungen und extensivierte Arbeitszeiten Wettbewerbsvorteile sein können. Konflikte über Vereinbarungen sind in den meisten Leistungsbereichen zunächst landesweiten paritätisch besetzten Schiedsstellen zugewiesen (z.B. § 114 SGB V, § 80 SGB XII).

Die Position der Leistungserbringer im Verhandlungsgeschehen ist sehr unterschiedlich.¹² Das Vertragssystem ist zwar insg. dadurch legitimiert, dass alle geeigneten Leistungserbringer zu ihm Zugang haben und selektive Verträge der Leistungsträger nicht vorgesehen sind. Dieser Grundsatz hat allerdings dort mehr Realität, wo die Leistungsberechtigten effektiv frei zwischen Diensten und Einrichtungen wählen können – so in der Langzeitpflege nach SGB XI – und weniger dort, wo die Leistungsträger faktisch große Steuerungsmöglichkeiten der Inanspruchnahme haben, so in der med. Rehabilitation nach SGB V u. VI. So bedeutet Zugang zur Leistungserbringung dem Grunde nach nicht immer Zugang zur Leistungserbringung im Einzelfall. Wer zu teuer ist, wird einfach »nicht belegt«.

Das Vertragsrecht der Leistungserbringung und die Auseinandersetzungen darum sind gerade in ihrer Einführungsphase in den 1990er Jahren in der Pflegeversicherung und in der Behindertenhilfe als belastend für die Leistungsberechtigten und für die Beschäftigten empfunden worden. Oft wurden und werden Verhandlungen mit dem Argument geführt, andere Dienste und Einrichtungen erbrächten die gleiche Leistung zu niedrigeren Preisen. In einer solchen Situation können Entgelte und Arbeitszeiten unter Druck geraten.

Rspr. und Gesetzgebung haben sich darum zu verschiedenen Zeitpunkten veranlasst gesehen, die Grenzen des Wettbewerbs zu beschreiben. Das BSG hatte für die Ermittlung der wirtschaftlichen Vergütung stationärer Pflegeeinrichtungen zunächst 2000 entschieden, dass ein externer Vergleich mit anderen Einrichtungen vorzunehmen sei.¹³ Höhere Personalkosten wurden vom Gericht explizit als Indizien für weniger wirtschaftliche Betriebsführung herangezogen, da alle Einrichtungen unter dem gleichen Arbeitsrecht tätig werden. Diese Entscheidung ist auf Kritik gestoßen, insbes. da sie tarifliche Bindungen nicht berücksichtigt.

Der Gesetzgeber hat 2008 in § 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XI festgeschrieben, dass nur solche Einrichtungen zur Pflege durch Versorgungsvertrag zugelassen werden, die eine in Pflegeeinrichtungen ortsübliche Vergütung zahlen. Das BSG hat dies zum Anlass genommen, seine Rspr. zum externen Vergleich 2009 zu modifizieren.¹⁴ Danach sollen Einrichtungen dann als wirtschaftlich gelten, wenn ihre Kosten im unteren Drittel derjenigen vergleichbarer Einrichtungen liegen oder wenn sie darüber liegen, aber höherer Aufwand besteht und dieser wirtschaftlich angemessen ist. Zu den rechtfertigenden Gründen für höhere Kosten soll nun auch die Tarifbindung mit ihren Folgen für Entgelte und Arbeitszeit gehören.

Der Gesetzgeber hat die Bezugnahme 2012 auf die Mindestentgeltsätze nach dem AN-Entsendegesetz erstreckt und 2015 in die gesetzliche Regelung der Bemessungsgrundsätze in § 84 Abs. 2 S. 5 SGB XI aufgenommen, dass die Bezahlung tarifvertraglicher Vergütungen und entspr. Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden kann.¹⁵ Eine entspr. Regelung ist im Entwurf für ein Bundesteilhabegesetz¹⁶ für Einrichtungen der Rehabilitation und Teilhabe geplant (§§ 38, 124 SGB IX neu). Tarifliche Arbeitszeitregelungen sind in diesen Regelungen nicht explizit genannt, sollten aber nach der ratio legis einbezogen werden. Zu dieser äußert sich das BSG in einer Entscheidung v. 2013:

»Der Sinn besteht vor allem darin, den in der Pflege tätigen AN ein ihren Leistungen und ihrem Einsatz für kranke und behinderte Mitmenschen angemessenes Arbeitsentgelt zu gewährleisten und zu verhindern, dass der »Preiskampf« zwischen den verschiedenen Trägern von Pflegediensten und Pflegeheimen letztlich zu einer nicht vertretbaren Absenkung der Entgelte der Pflegekräfte (...) führt, sodass sich das Entgeltniveau auf Dauer dem Mindestlohn-Niveau nähert. Zudem soll der Anreiz verringert werden, kollektive TV zu verlassen (Tarifflucht) (...); dies müssen Schiedsstellen und Vertragspartner (...) weiter beachten.«¹⁷

Das BSG sieht eine Grenze für die Berücksichtigung von Lohn- und Gehaltssteigerungen dort, wo sie diejenige anderer Einrichtungen deutlich überstiegen und es hierfür keine sachlichen Gründe gebe. Solche Gründe könnten allerdings in einem Nachholbedarf liegen. Der für Pflege- und Krankenversicherung zust. 3. Senat hat diese Grundsätze auch auf die Häusliche Krankenpflege nach § 37 SGB V übertragen.¹⁸ Ob sich

¹² Vgl. am Beispiel von Versichertenfahrten und -transporten *Brosius-Gersdorf*, Kostentragung in der gesetzlichen Krankenversicherung für Versichertenfahrten und -transporte im Zusammenhang mit Leistungen zur medizinischen Rehabilitation – Teil 1, Forum E, Beitrag E-2016; und am Beispiel der med. Rehabilitation *Timm*, Vergütungsverhandlungen in der medizinischen Rehabilitation, Forum E, Beitrag E3-2016 jeweils unter <http://www.reha-recht.de>.

¹³ BSG 14.12.2000, B 3 P 19/00 R, BSGE 87, 199; dazu auch *Timm*, Fn. 12.

¹⁴ BSG 29.1.2009, B 3 P 7/08 R, BSGE 102, 227.

¹⁵ BT-Drucks. 18/2909 (Beschlussempfehlung); BT-Drucks. 18/2379 (Stellungnahmen BRat und BReg).

¹⁶ BR-Drs. 428/16.

¹⁷ BSG 16.5.2013, B 3 P 2/12 R, BSGE 113, 258, Rn. 17.

¹⁸ Vgl. z.B. BSG 16.5.2013, Fn. 17; BSG 17.12.2009, B 3 P 3/08 R, BSGE 105, 126.

darüber hinaus ein allg. Grundsatz des Leistungserbringungsrechts entwickelt, ist nicht ausgemacht und bedürfte weiterer Diskussionen in Politik, Rspr. und Selbstverwaltung.

4. Ausschreibungen

Ein ganz anderer Weg, Sozialleistungsträger und Leistungserbringer zusammenzubringen, ist die Ausschreibung nach dem Vergaberecht, bei der nicht alle fachlich geeigneten und wirtschaftlichen Leistungserbringer berücksichtigt werden, sondern nur eine begrenzte Anzahl nach dem Grundsatz des wirtschaftlichsten Angebots. In großem Umfang praktiziert wird dies bislang nur von der Bundesagentur für Arbeit (BA, vgl. § 45 Abs. 3 SGB III). Dort sollen die Ergebnisse von Ausschreibungen zu erheblichem Druck auf Entgelte und Arbeitsbedingungen in Einrichtungen der Weiterbildung und beruflichen Rehabilitation geführt haben.

Bereits seit über einem Jahrzehnt und gegenwärtig wieder vertieft nach der Umsetzung des eur. Vergaberechts wird diskutiert, ob und inwieweit das Leistungserbringungsrecht von Sozialleistungen von der Vergabe ausgenommen ist.¹⁹ Hauptargumente in diesem Streit sind der allg. Zugang der Leistungsberechtigten zu allen geeigneten Leistungserbringern und der allg. Zugang der geeigneten Leistungserbringer zum System. Entspr. hat der *EuGH* 2009 in der Entscheidung *Oymanns*²⁰ für die Beteiligung von Leistungserbringern an der selektivvertraglichen Integrierten Versorgung einer Krankenkasse eine Ausschreibungspflicht angenommen. In der akt. Gesetzgebung zum Vergaberecht hatte die BReg. rätselhafterweise von einer Ausnahme nur für das »sozialhilferechtliche Dreieck« gesprochen.²¹ Es bleibt zu beobachten, ob damit der Weg frei ist zu mehr Ausschreibungen zumindest in den Bereichen, die von den Leistungsträgern behandelt werden, als hätten sie das Recht zu Selektivverträgen, insbes. der med. Rehabilitation. Für den jetzt beschrittenen Weg zur Berücksichtigung tariflicher Bindungen im Leistungserbringungsrecht wäre ein genereller Systemwechsel zum Vergaberecht ein Rückschlag. Die Bemühungen wären dann über Tarifneueregelungen in den Vergabegesetzen von Bund und Ländern fortzusetzen, die der Rspr. des *EuGH* standhalten müssten.²²

V. Qualitätssicherung und Arbeitsbedingungen

Im Leistungserbringungsrecht des Sozialrechts geht es stets um die Kombination und Balance von Wirtschaftlichkeit und Qualität. Während die Konvergenz von Wirtschaftlichkeit und guten Arbeitsbedingungen nicht selbstverständlich ist, lassen sich für einen positiven Zusammenhang von Leistungsqualität und guten Arbeitsbedingungen viele Argumente finden und möglicherweise auch in Politik, Selbstverwaltung und Rspr. einbringen. Dies zu tun, ist eine der vornehmsten Aufgaben der Gewerkschaften, die den Anspruch erheben, sowohl für die Beschäftigten wie für die Nutzerinnen und Nutzer des Sozial- und Gesundheitswesens Interessenvertretung zu sein. Ihnen kommt zugleich die politisch höchst relevante Funktion zu, eine tragfähige Koalition zwischen den Nutzern des Sozial- und Gesundheitswesens und dessen Beschäftigten zu erhalten. Das lässt sich am Beispiel der Arbeitszeit aufzeigen: Eingeschränkte Öffnungszeiten, Spät-, Nacht- und Wochenenddienste in der Kinderbetreuung, in der Pflege oder im

Krankenhaus enthalten Konfliktpotenzial zwischen Beschäftigten und Nutzern, das durch tarifliche und betriebliche Gestaltung entschärft werden kann. Müssen sich die Gewerkschaften als Tarifpartner in der sozialpolitischen Diskussion und in den Tarifverhandlungen positionieren, ist es daneben unabdingbar, die u.a. durch TV geschaffenen Rahmenbedingungen durch die Betriebspartner zu konkretisieren und Beschäftigten und insbes. Leitungs- und Führungskräften Wissen an die Hand zu geben, um den betrieblichen Alltag rechtssicherer zu gestalten.

1. Sozialrechtliche Qualitätssicherung

Die Qualitätssicherung umfasst 3 Ebenen: Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität. Bei Humandienstleistungen sind die Beschäftigten und ihr Einsatz wesentlicher Teil der Struktur- und Prozessqualität. Strukturqualität ist gekennzeichnet durch bauliche, technische und eben auch personelle Rahmenbedingungen, wozu auch Personalschlüssel und Facharztstandard zählen. Neben der Möglichkeit der Teilnahme an Qualitätszirkeln und Weiterbildungsveranstaltungen sind dies für die Beschäftigten zentrale Indikatoren und damit ein wesentlicher Faktor für gute Arbeitsbedingungen auf der einen Seite und gute Qualität pflegerischer und ärztlicher Tätigkeiten auf der anderen.

Die untergesetzlichen Vertragsnormen und die ihnen vorgeordneten RL und Vereinbarungen zur Qualitätssicherung machen dabei konkrete Aussagen zu notwendigen Anteilen von Pflegefachkräften in Pflegeeinrichtungen. Damit soll verhindert werden, dass Aufgaben in zu starkem Umfang auf nicht oder unzureichend qualifizierte Personen wie Kranken- und Altenpflegehelfer, Schülerinnen und Schüler oder sogar Betreuungskräfte nach § 87 b SGB XI verlagert werden. Während für die stationäre Altenpflege in der vom Bund erlassenen HeimPersV noch ein Mindestpersonalschlüssel an Fachkräften vorgeschrieben war, §§ 5, 6 HeimPersV, fallen die vertraglichen Regelungen hierzu in den Ländern (das Heimrecht ist 2006 von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes in die der Länder übergegangen), etwa die Rahmenverträge für Pflegeeinrichtungen nach § 75 SGB XI, unterschiedlich aus. Sie können z. B. bei der Berechnung von Personalschlüsseln auch Ausfallzeiten, Mehrarbeit und Überstunden berücksichtigen und damit realitätsgerechter sein. Leitungen und Dienstplanende müssen also für eine rechtssichere Dienstplangestaltung neben den arbeitszeitrechtlichen Vorgaben auch die jeweils einschlägigen landesrechtlichen Regelungen des Sozialrechts kennen.²³ Eine entspr. Fachkraftquote im klinischen Bereich existiert nicht. § 135 SGB V sieht jedoch vor, dass die Leistungen dem jeweiligen Stand der wiss. Erkenntnisse entsprechen und in der fachlich gebotenen Qualität erbracht werden müssen. Dies kann nur durch entspr. Personal-

¹⁹ Hierzu z.B. Höfer/Nolte, Das neue EU Vergaberecht und die Erbringung sozialer Leistungen, NZS 2015, 441-447; Walling, Leistungen zur Teilhabe der Gesetzlichen Rentenversicherung zwischen Ausschreibungspflicht und Wunsch- und Wahlrecht, Forum E, Beitrag E12-2015 unter www.reha-recht.de; Welti, Vergabe im Bereich der Rehabilitation, SDSRV 60 (2011), 93-110.

²⁰ *EuGH* 11.6.2009, C-300/07, Slg 2009, I-4779.

²¹ BT-Drs. 18/6281, 73, 114.

²² Vgl. *EuGH* 18.9.2014, C-549/13 (Bundesdruckerei), AuR 2015, 105 mit Anm. Nassibi.

²³ Die Leitungen bzw. Dienstplanenden müssen auch die Qualitätsgrundsätze nach § 113 SGB XI sowie die MDK-Anleitung zur Prüfung der Qualität in der stationären und ambulanten Pflege nach den §§ 112, 113, 114 SGB XI kennen und umsetzen.

schlüssel, Facharzt- und Pflegestandards sichergestellt werden und begründet eine ebensolche Organisationsverantwortung der Träger. Der Mangel an Pflegefachkräften oder wirtschaftliche Zwänge reduzieren die Organisationspflicht des Krankenhaus- oder Heimträgers jedenfalls nicht. Im Zweifel bleibt nur noch die sog. Überlastungsanzeige, besser Entlastungsschreiben,²⁴ in dem u.a. auf die Einhaltung von Qualitätsstandards hingewiesen wird. Diese wird nach dem Pflegeversicherungsrecht vom MDK überprüft (§ 114 SGB XI), der übrigens seinerseits einen von der Selbstverwaltung der Kassen bestimmten Verwaltungsrat hat (§ 279 SGB V). Der MDK und seine Qualitätskontrollen mögen im Alltag der Pflegeheime manchmal als Gegner empfunden werden, gegen den Leitung und Beschäftigte zusammenhalten müssten. Wo aber Personalstruktur und Arbeitszeiten zu für Beschäftigte und Bewohner unververtretbaren Missständen führen, sollte die betriebliche Interessenvertretung das Bewusstsein, dass es Kontrollen gibt, strategisch einsetzen z.B. im Rahmen der Personalplanung gem. § 92 BetrVG und des Gesundheitsschutzes gem. §§ 88, 89 BetrVG, operativ z.B. im Rahmen der Dienstplanung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG. Damit kann sie konkret »gute« Arbeitsbedingungen aktiv mitgestalten. Für die Zukunft ist zu fragen, welche belastbaren Zusammenhänge sich zwischen Arbeitszeit und Arbeitsbedingungen einerseits und Dienstleistungsqualität andererseits belegen lassen. Wenn übermüdete Ärztinnen und Ärzte und Pflegekräfte als Qualitätsproblem erkennbar werden, dann könnte »gute Arbeit« im doppelten Sinne Qualitätskriterium werden.

Ein weiterer Gegenstand betrieblicher Gestaltung sozialrechtlicher Rahmenbedingungen ist die Delegation von Tätigkeiten in der Akutmedizin, insbes. im Krankenhaus. Das dt. Gesundheits- und Medizinrecht ist von einer im internationalen Vergleich sehr umfassenden Orientierung auf den ärztlichen Beruf geprägt, die sich auch im Sozialrecht niedergeschlagen hat. Danach ist etwa die Leistung eines Krankenhauses, insbes. in der Behandlungspflege, zu einem erheblichen Teil ärztliche Leistung, die jedoch nicht immer durch Ärzte, sondern durch andere Personen ausgeführt wird, § 28 Abs. 1 S. 2 SGB V.²⁵ Die Delegation ärztlicher Tätigkeit auf Pflegekräfte oder Assistenten wie ATA oder OTA ist ein arbeitsrechtlicher Vorgang, der unterschiedlich gestaltet wird, z.B. durch Arbeitsvertrag, Dienstanweisung oder BV/DV. Insbes. mit der letzten Variante wird damit auch Transparenz über den entspr. Fachkräftebedarf hergestellt und einer sozial- und haftungsrechtlich problematischen Delegation an unterqualifizierte Kräfte vorgebeugt.²⁶ Vor dem Hintergrund der Schadenentwicklung wird von den Versicherern zunehmend auch ein Gesamtkonzept zur Delegation verlangt, das u.a. einen klar definierten Katalog delegierbarer Leistungen vorsieht. Dies ist wiederum Bestandteil eines Risikomanagementsystems, das für die Versicherbarkeit eine immer größer werdende Rolle zu spielen scheint.²⁷

2. Ordnungsrechtliche Qualitätssicherung

Eine 2. Ebene der Qualitätssicherung ist insbes. in stationären Einrichtungen das Ordnungsrecht. Für Pflegeheime und Wohneinrichtungen für beh. Menschen gelten die Heimgesetze der Länder, die z.T. ihrerseits dezidiert Fachkräftequoten enthalten, etwa eine Quote von 50% nach dem Selbstbestimmungsstärkungsgesetz Schleswig-Holstein. Die Kontrolle dieser Vorschriften erfolgt durch die Heimordnungsbehörden der Länder. Sie sollen mit dem MDK und auch mit den Interessenvertretungen der Heimbewohner (Heimbeiräte und Heimfürsprecher) zusammenarbeiten. Auch insoweit ist an strategische Allianzen zu denken, wenn aus Beschäftigtensicht unververtretbare Zustände bestehen.

3. Verbraucherschutzrechtliche Qualitätssicherung

Nicht unerheblich ist auch der Einfluss des Haftungsrechts und – mit der Regulierung des Wohn- und Betreuungsvertragsgesetzes und des Behandlungsvertrags – des verbraucherschützenden Vertragsrechts. Haftungs- und Beschwerderisiken bei personeller Unterbesetzung und Unterqualifikation sind insoweit wichtige betriebliche Themen. Insbes. § 7 Abs. 1 WBVG nimmt auf den sozialrechtlichen Standard des SGB XI und SGB XII Bezug und verdeutlicht, dass dieser im Verhältnis zu den Heimbewohnern nicht abdingbar, sondern zwingendes vertragliches Recht ist. So hat das LG Nürnberg-Fürth 2012 einen Heimträger zum Schadensersatz nach §§ 280, 253 BGB verurteilt, weil er die von § 7 WBVG geforderte Pflege nach dem allg. anerkannten Stand fachlicher Erkenntnisse nicht erbracht hatte.²⁸ Dazu zählen der Stand der med.-pflegerischen Erkenntnisse gem. § 11 Abs. 1 und § 28 Abs. 3 SGB XI sowie die Qualitätsmaßstäbe gem. § 113 SGB XI.²⁹ Gem. § 113a Abs. 1 S. 2 SGB XI tragen die vom DNQP (Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege) entwickelten Expertenstandards zur Konkretisierung des allgemein anerkannten Standes der medizinisch-pflegerischen Erkenntnisse für ihren Themenbereich bei und sind damit als wiss. Standard nicht nur anerkannt, sondern verbindlich.³⁰ Sie werden als sozialrechtlicher Qualitätsmaßstab damit auch zunehmend Maßstab für die Bestimmung von Sorgfaltspflichten gem. §§ 276, 278 BGB, wie zuletzt das Urteil des LG Nürnberg-Fürth gezeigt hat.³¹ Träger tun perspektivisch gut daran, dies im Rahmen ihrer Unternehmens- und Personalplanung zu berücksichtigen. Beschäftigte können im arbeitsrechtlichen Kontext auf die Verbindlichkeit verweisen.³²

VI. Schluss

Das Sozialrecht muss zu Recht zunehmend die tarifliche und betriebliche Regulierung von Entgelten, Arbeitszeiten und Arbeitsbedingungen

24 Schäfer/Jacobs, Praxisleitfaden Stationsleitung 2016, S. 314; s. auch *ver.di* b+b, Die Überlastungsanzeige.

25 Im dt. Recht findet sich außer der allg. Erwähnung in § 28 SGB V keine gesetzliche Regelung zur Delegation. Auch die jeweiligen Ausbildungsordnungen erwähnen nur die »Mitwirkung«, ohne es zu konkretisieren. Österreich hat hingegen die Delegation einheitlich geregelt; S. hierzu Kerstin Bohne, Delegation ärztlicher Tätigkeiten, Frankfurt/M., 2012, S. 280 ff.

26 S. zu den verschiedenen Möglichkeiten betrieblicher Regelungen auch Müller/Schabbeek, Delegation ärztlicher Leistungen an das Pflegepersonal, Möglichkeiten, Anforderungen und praktische Umsetzung, Heidelberg 2014; zu den Mitbestimmungsrechten des PR/BR und einer ausführlichen Darstellung der neueren Entwicklungen in Rspr. und Lit. zu der Frage, ob die dauerhafte Übertragung ärztlicher Tätigkeiten arbeitsrechtlich eine Versetzung darstellt und damit gem. § 99 iVm. § 95 Abs. 3 BetrVG / § 75 Abs. 1 Nr. 2 BPersVG mitbestimmungspflichtig ist, S. Claudia Achterfeld, Aufgabenverteilung im Gesundheitswesen, Köln, 2014, S. 89 ff.

27 Michael Petry, Ecclesia Versicherungsdienst, Besonderheiten der pflegerischen Haftung aus der Sicht der Versicherung, Vortrag am 22.1.2016, Kongress Pflege, Berlin.

28 LG Nürnberg-Fürth 25.5.2012, 12 O 589/12, NJW-RR 2013, 469.

29 Ursula Eva Wiese, Pflegerecht, München 2014, Rd. 541.

30 Ursula Eva Wiese, Pflegerecht, München 2014, Rd. 540.

31 Auf die umfangreiche Rspr. des BGH zur Hinzuziehung von Richtlinien, Leitlinien, Empfehlungen und Stellungnahmen zur Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen.

32 Vgl. EGMR, 5. Sektion, 21.7.2011, Beschwerde Nr. 28274/08, Heinisch ./ Deutschland, AuR 2011, 355 ff.

respektieren. Arbeitskräftemangel in der Pflege und anderen sozialen Bereichen verdeutlicht, dass die Ressourcen gepflegt werden müssen, aus denen Humandienstleistungen geschöpft werden. Diese Rahmenbedingungen entlassen die Träger aber nicht aus ihrer Organisationsverantwortung.

Bericht aus Berlin

(Berichtszeitraum: Dezember 2016)

1. Widerstand in Unionsfraktion gegen Lohngleichheitsgesetz

In der Unionsfraktion gibt es gegen das geplante Gesetzes Lohnunterschiede zwischen Männern und Frauen Widerstand. Das Vorhaben sei auch nach den letzten Regierungsgesprächen »nicht akzeptabel«, hieß es in einem Brief des Fraktionsvizevorsitzenden *Michael Fuchs* und des Wirtschaftspolitischen Sprechers *Joachim Pfeiffer* an Kanzleramtsminister *Peter Altmaier* (CDU). Sie baten darum, dass sich das Bundeskabinett nicht damit befasst.

Das Haus von Frauenministerin *Manuela Schwesig* (SPD) bestätigte, dass der Entwurf nicht auf der Tagesordnung der letzten Kabinettsitzung vor der Weihnachtspause stand. Das Gesetz soll durch die neue Auskunftspflicht verhindern, dass UN Frauen weniger Lohn zahlen als Männern. Sie sollen ihren Mitarbeitern auf Wunsch mitteilen, wie hoch das Durchschnittsgehalt von 5 Mitarbeitern des anderen Geschlechts mit gleichen Aufgaben ist, sofern der Betrieb mind. 200 Beschäftigte hat. Nachdem das Kanzleramt einen ersten Entwurf gestoppt hatte, hatten sich die Koalitionsspitzen von Union und SPD im Oktober auf einen Kompromiss geeinigt. Dieser sollte im Dezember vom Kabinett beschlossen werden und Mitte 2017 in Kraft treten. Doch auch die neue Fassung scheint noch auf Unzufriedenheit zu stoßen. In ihrem Schreiben listen die Vertreter der Unionsfraktion weitere Kritikpunkte auf – zusätzlich zu »grundsätzlichen Einwänden«. So sei kommunikativ das Signal sehr problematisch, dass Sonderregeln für kirchliche Entgeltregelungen gelten sollten. »Wie sollen wir UN in der Privatwirtschaft erklären, dass gerade für AG in einem schwerpunktmäßig sozialen Bereich Sonderregelungen zum Schutz vor vermeintlich sozialen Vorschriften greifen?«, fragen *Fuchs* und *Pfeiffer*. »Frau *Schwesig* versucht es immer wieder. Aber wir lassen uns auch kurz vor Weihnachten dieses Gesetz nicht einfach unterjubeln«, sagte *Fuchs*.

2. Weiterhin unterschiedliche Bewertung des Mindestlohns

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) und die Gewerkschaften erachten die zum Januar 2015 eingeführte Lohnuntergrenze von 8,50 € / Arbeitsstd. als großen Erfolg und Beitrag zur sozialen Gerechtigkeit. Der Mindestlohn, so das BMAS, habe nicht nur keine Jobs vernichtet, er habe auch viele Jobs besser gemacht: »Aus vielen geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen sind reguläre sozialversicherungspflichtige Jobs geworden; es gibt mehr Beschäftigte und mehr Lohn«, lobte das Ministerium von *Andrea Nahles* (SPD) die

Für die gewerkschaftliche und betriebliche Interessenvertretung im Sozial- und Gesundheitswesen gehört die Kenntnis sozialrechtlicher Zusammenhänge sowie der Zusammenhang zwischen Sozial-, Ordnungs-, Haftungs- und Arbeitsrecht zum Handwerkszeug, wenn es um die aktive Gestaltung guter Arbeitsbedingungen geht.

Untergrenze. Von der Einführung des Mindestlohns hätten 4 Mio. Beschäftigte profitiert. Die Einführung der Lohnuntergrenze habe für diese Beschäftigten eine Stundenlohnsteigerung von durchschnittlich 18 % gebracht. Auch DGB-Vorstandsmitglied *Stefan Körzell* hebt hervor, der gesetzliche Mindestlohn habe vielen Beschäftigten ein kräftiges Lohnplus gebracht, vor allem im Osten, aber auch generell in Dienstleistungsbranchen und bei Frauen. »Nach dem Mindestlohn-Start im Januar 2015 sind innerhalb des ersten Jahres gerade im Osten Deutschlands die Löhne der untersten Einkommensgruppen in typischen Branchen gestiegen, oft um zweistellige Prozentsätze.«

Ronnie Schöb, Ökonom an der FU Berlin, sieht Hinweise, dass bei Beschäftigten, die jetzt den Mindestlohn verdienen, die Zahl der Arbeitsstunden reduziert wurde. »Der Bericht der Mindestlohnkommission hat gezeigt, dass die Arbeitszeiten der vom Mindestlohn betroffenen Vollzeitbeschäftigten deutlich sinken.« Auch IW-Ökonom *Schröder* sagte, es gebe klare Hinweise darauf, dass die Zahl der Arbeitsstunden bei Mindestlohnempfängern zurückgegangen sei: »Der Rückgang der Arbeitszeit beträgt nach einer Untersuchung in Ostdeutschland 6 % und in Westdeutschland 3 %.« Besonders stark seien die Effekte an der 450-€-Grenze.

3. Betriebsrenten sollen attraktiver werden

Die Bundesregierung will für eine stärkere Verbreitung von Betriebsrenten insbes. unter Geringverdienern sowie in kl. und mittelständischen UN sorgen. Das Bundeskabinett hat einen Gesetzentwurf beschlossen, der eine stärkere steuerliche Förderung, den Wegfall von Haftungsrisiken für AG sowie neue Freibeträge etwa für Bezieher von Grundsicherung im Alter vorsieht. »Wir setzen nun stärkere Anreize, damit deutlich mehr Betriebe ihren Beschäftigten eine Altersvorsorge anbieten«, sagte Bundessozialministerin *Andrea Nahles* (SPD). Finanzminister *Wolfgang Schäuble* (CDU) teilte mit, das Angebot sei auch eine Antwort auf das akt. Niedrigzinsumfeld.

Etwa 60 % der AN in Deutschland haben derzeit Aussicht auf Betriebsrente, allerdings ist diese Form der privaten Vorsorge unter Geringverdienern und Beschäftigten kl. UN unterdurchschnittlich verbreitet. Das Gesetz enthält mehrere Bausteine, um das zu ändern. So sollen AG und Gewerkschaften auf der Basis von TV dafür sorgen, dass möglichst viele Betriebe ihren Mitarbeitern eine Betriebsrente anbieten. Dies soll auch auf der Grundlage einer reinen Beitragszusage möglich sein, so dass UN nicht mehr für eine bestimmte Mindestauszahlung haften. Vereinbart wird stattdessen nur noch eine »Zielrente«.

Darüber hinaus enthält der Entwurf eine Reihe von steuerlichen Anreizen. Der Förderrahmen für steuer- und sozialabgabenfreie Beiträge der AG zur Betriebsrente steigt auf 8 % der Beitragsbemessungsgrenze. Ein erster Entwurf hatte nur 7 % vorgesehen. Bisher sind es 4 % + 1.800 €. Für Geringverdiener mit einem Bruttoeinkommen von bis zu 2.000 € / Monat soll es ein neues Fördermodell geben: Zusätzliche Beiträge des AG werden zu 30 % gefördert und mit der abzuführenden Lohnsteuer verrechnet. Ein 3. wichtiger Baustein: Um ein