

Abkürzungsverzeichnis	21
Teil 1: Einleitung	27
§ 1 Problemstellung und Themenkonkretisierung	28
§ 2 Gang der Untersuchung	31
Teil 2: Die tatsächlichen Gegebenheiten und der Mindestlohn in der Pflege	35
§ 3 Pflege als Teilaspekt des Sozialrechts	36
A. Die Leistungserbringer im Leistungsgefüge des SGB XI	36
I. Grundsätze des SGB XI	36
1. Dualismus von sozialer und privater Pflegeversicherung	36
2. Sozialversicherungsrechtliches Dreiecksverhältnis	37
3. Keine Vollversicherung	39
4. Voraussetzungen des Leistungsbezugs	39
a) Versichertes Risiko nach §§ 14, 15, 45a SGB XI	40
b) Gleichlauf der privaten Pflegepflichtversicherung	42
5. Vorrang häuslicher Pflege und Wahlrecht des Pflegebedürftigen	42
6. Wirtschaftlichkeitsgebot und Dynamisierung	43
II. Die einzelnen Leistungen und Leistungserbringer	44
1. Pflegesachleistung, §§ 36, 123, 124 SGB XI	45
a) Leistungsinhalt und -umfang	45
b) Leistungserbringer	47
aa) Geeignete Pflegekraft	47
bb) Betreuungsdienste im Rahmen von Modellvorhaben	50

2. Bezug von Pflegegeld, §§ 37, 123 SGB XI	51
a) Leistungsinhalt und -umfang	51
b) Leistungserbringer	53
aa) „live-in“-Pflegekraft	53
bb) Oftmals ausländische Pflegekraft	54
3. Zweckgebundene Erstattung nach § 45b SGB XI	55
a) Leistungsinhalt und -umfang	55
b) Leistungserbringer	56
aa) Pflegedienste, Pflegeheime und einzelne Pflegekräfte im Sinne von § 77 SGB XI	57
bb) Niedrigschwellige Betreuungsangebote	57
cc) Niedrigschwellige Entlastungsangebote	59
4. Zusätzliche Leistungen bei ambulanten Wohngruppen, § 38a SGB XI	59
5. Kurzzeitpflege, teilstationäre und vollstationäre Pflege, §§ 42, 41, 43 SGB XI	60
a) Leistungsinhalt und -umfang	61
b) Pflegeheime als Leistungserbringer	62
aa) Pflegefachkraft und Fachkraftquote	63
bb) Pflegekräfte, Betreuungskräfte und Hilfskräfte	63
B. Die Leistungserbringer im Leistungsgefüge der Hilfe zur Pflege	64
I. Grundsätze	64
II. Besonderheiten bei Leistungen der Hilfe zur Pflege in der ambulanten Pflege	65
1. Pflegegeld, § 64 SGB XII	66
2. Kostenübernahme für eine besondere Pflegekraft, § 65 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. SGB XII	67
a) Heranziehung einer besonderen Pflegekraft erforderlich	67
b) Übernahme der angemessenen Kosten	69
3. Leistungskonkurrenz	69
C. Zusammenfassung	71
I. Leistungserbringer nach dem SGB XI	71
II. Leistungserbringer nach dem SGB XII	72

§ 4 Die Rechtsgrundlage des Mindestlohns in der Pflege	73
A. Branchenspezifischer Anknüpfungspunkt Pflegebetrieb	73
I. Betrieb und selbständige Betriebsabteilungen, § 10 S. 2 AEntG	73
1. Kein allgemeiner arbeitsrechtlicher Betriebsbegriff ausgehend vom BetrVG	74
2. Wortlautauslegung	75
3. Historische Auslegung	76
4. Systematische Auslegung	76
5. Teleologische Auslegung	77
6. Völkerrechtsfreundliche Auslegung, Art. 11 ILO-Übereinkommen Nr. 189	77
a) Reichweite der Ausnahme aus dem Geltungsbereich	78
aa) § 18 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG und „live-in“-Pflegekräfte	79
bb) Stellungnahme	84
b) Mindestlohnschutz und keine Entgeltdiskriminierung	85
c) Keine unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 11 ILO-Übereinkommen Nr. 189	85
7. Verfassungs- und unionsrechtskonforme Auslegung	87
a) Vermeidung einer Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG	88
b) Vermeidung einer Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts	90
8. Zwischenergebnis	91
II. Erforderlicher Tätigkeitsbezug nach § 10 S. 2 bis 4 AEntG	92
1. Bereichsausnahme, § 10 S. 4 AEntG	92
2. Pflege- und ambulante Krankenpflegeleistungen für Pflegebedürftige	93
a) Pflegeleistungen	93
b) Ambulante Krankenpflegeleistungen	94
c) Für Pflegebedürftige im Sinne von § 10 S. 3 AEntG	94
3. Überwiegende Erbringung	95
4. Zwischenergebnis	95
III. Gesamtergebnis Pflegebetrieb	96

B. Die Festsetzung eines Mindestlohns in der Pflege	96
I. Pflegekommission	96
1. Einberufung, Zusammensetzung und Auflösung, § 12 Abs. 1, 2, 6 AEntG	97
2. Sitzungen und Beschlussfähigkeit, § 12 Abs. 3, 5 AEntG	97
II. Empfehlungen, § 12 Abs. 4 AEntG	98
1. §§ 12 Abs. 4 S. 1, 5 Nr. 1 und 2 AEntG	98
2. Ausschlussfrist, §§ 12 Abs. 4 S. 2 i.V.m. 9 S. 3 AEntG	99
3. Berücksichtigung der Ziele der §§ 1, 11 Abs. 2 AEntG	100
III. Umsetzung durch Rechtsverordnung, § 11 Abs. 1, 2 AEntG	102
1. Gesetzliche Vorgaben	102
2. Pflegemindestarbeitsbedingungenverordnungen	103
a) Mindestlohnhöhe	103
b) Geltungsbereich	104
aa) Betrieblich-fachlicher Geltungsbereich, § 1 Abs. 1 2. PflegeArbbV	104
bb) Persönlicher Geltungsbereich, § 1 Abs. 2 bis 6 2. PflegeArbbV	105
cc) Zusammenfassung	108
IV. Gerichtliche Überprüfung	109
C. Zusammenfassung	109
§ 5 Anspruch auf Zahlung des Mindestlohns in der Pflege	110
A. Anspruchsgrundlagen	111
I. Zahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber, §§ 13, 8 Abs. 1 AEntG	111
1. Arbeitnehmereigenschaft der Pflegekraft	112
a) Bei Bezug von Pflegesachleistung, §§ 36, 123, 124 SGB XI	114
aa) Tätigkeit für einen ambulanten Pflegedienst, § 71 Abs. 1 SGB XI	114
bb) Vertrag zwischen Pflegekraft und Pflegekasse, § 77 SGB XI	116

b) Bei Bezug von Pflegegeld, §§ 37, 123 SGB XI	117
aa) Zwischenschaltung einer Vermittlungsagentur	118
bb) Vertrag zwischen Pflegekraft und Pflegebedürftigem	120
cc) Entsendung von Pflegekräften aus der EU	126
c) Zweckgebundene Erstattung zusätzlicher Betreuungs- und Entlastungsleistungen	126
d) Zusätzliche Leistungen für Pflegebedürftige in ambulant betreuten Wohngruppen	127
e) Häusliche Pflege in Form des Arbeitgebermodells als Hilfe zur Pflege	128
f) Teil- oder vollstationäre Pflege in Pflegeeinrichtungen	129
g) Zusammenfassung	130
2. Der Geltungsbereich der 2. PflegeArbbV	132
a) Betrieblich-fachlicher Geltungsbereich, § 1 Abs. 1 2. PflegeArbbV	132
aa) Pflegeeinrichtungen	133
bb) Pflegekassen	133
cc) Betreuungsdienste, niedrighschwellige Betreuungs- und Entlastungsangebote	133
dd) Ambulante Wohngruppen	134
ee) Haushalt des Pflegebedürftigen	134
b) Persönlicher Geltungsbereich	135
II. Zahlungsanspruch gegen den Verleiher, § 8 Abs. 3 AEntG	136
1. Widerspruch zwischen § 8 Abs. 3 AEntG und § 13 AEntG	136
2. Tätigkeit, die in den Geltungsbereich der 2. PflegeArbbV fällt	137
B. Inhalt und Umfang des Anspruchs auf Mindestlohn in der Pflege	138
I. Dogmatische Überlegungen	139
II. Wegezeiten, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft	141
III. Annahmeverzugslohn, Entgeltfortzahlung, Urlaubsentgelt, Urlaubsabgeltung, Verzugszinsen	142
1. Wortlautauslegung	142
2. Systematische Auslegung	142
3. Teleologische Auslegung	143
4. Unionsrechtliche Auslegung	144

5. Rechtsprechung	145
6. Stellungnahme	146
IV. Einwendungen	146
1. Verzicht, Verwirkung, Ausschlussfristen	147
2. Einwendung der Erfüllung	147
a) Erfüllung durch Entgeltzahlung auf Grundlage von kollektivrechtlichen Entgeltregelungen in der Pflegebranche	149
aa) Kollektivvertragliche Entgeltregelungen bei Einführung des Pflegemindestlohns	149
bb) Kollektivvertragliche Entgeltregelungen bei Inkrafttreten der 2. PflegeArbbV	153
cc) Ergebnis	157
b) Erfüllung durch Gewährung von Unterkunft und Verpflegung	157
V. Zusammenfassung	160
C. Ergebnis und Konsequenzen	161
I. Arbeitsverhältnis vielfach auch in der häuslichen Pflege gegeben	161
II. Der Haushalt des Pflegebedürftigen kommt als Pflegebetrieb in Betracht	162
III. Ausweitung des persönlichen Geltungsbereichs seit dem 01.01.2015	163
IV. Konsequenzen für die häusliche Pflege und Betreuung	163
1. Mindestlohnanspruch auch in der häuslichen Pflege und Betreuung	164
2. Pflichten des Pflegebedürftigen in seiner Funktion als Arbeitgeber	165
a) Arbeitszeitvorgaben	165
b) Sozialversicherungs- und Ausländerrecht	167
D. Perspektiven für den Bereich der häuslichen Pflege und Betreuung	167
I. Ausweitung bzw. Umgestaltung des Leistungsspektrums nach dem SGB XI	168
1. Neufassung von Pflegebedürftigkeit im Sinne des SGB XI	168
2. Ausdifferenzierung der Aufgabenprofile in der häuslichen Pflege und Betreuung	173

3. Größere Flexibilität bei der Zusammenstellung der Leistungen	173
4. Gemeinsame Haushaltsführung nicht als Ausschlusskriterium einer häuslichen Pflege durch Einzelpersonen im Sinne des § 77 Abs. 1 SGB XI	174
II. Übertragbarkeit des österreichischen Modells der Hausbetreuung?	175
1. Hausbetreuung nach dem HBeG	176
2. Bedenken gegen das österreichische Modell der Hausbetreuung	178
3. Ergebnis	179
§ 6 Durchsetzung des Mindestlohns in der Pflege	179
A. Zivilrechtliche Durchsetzung, §§ 14, 15, 13 AEntG	180
I. Umfang der Haftung des Auftraggebers nach § 14 AEntG	180
II. Unternehmerbegriff	180
III. Anwendbarkeit auf die Pflegebranche	181
B. Kontrolle und Durchsetzung durch staatliche Behörden	182
I. Zuständige Behörde, §§ 16, 13 AEntG	182
1. Hauptzollämter als Unterbehörden der Bundesfinanzbehörden	182
2. Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz	183
a) Gesetzgebungskompetenz des Bundes	183
b) Fakultative Bundesverwaltung nach Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG	185
II. Prüfverfahren, §§ 17, 13 AEntG	186
1. Art der Prüfung und Prüfungsbeginn	186
a) Anwendung des Steuerverfahrensrechts	186
b) Entschließungsermessen	188
c) Bekanntgabe der Prüfungsanordnung	188
d) Rechtsnatur der Maßnahmen	189
2. Gegenstand des Prüfverfahrens	189
a) Dokumentationspflichten, §§ 13, 19 AEntG	189
b) Meldepflichten von Arbeitgebern mit Sitz im Ausland und Entleihern	190
3. Befugnisse	191
a) Betretungsrecht	191
aa) Umfang	191

bb) Sonderproblem häusliche Pflege	192
b) Weitere Befugnisse	194
4. Zusammenarbeit mit in- und ausländischen Behörden	195
III. Bußgeldverfahren, §§ 23, 13 AEntG	196
C. Zusammenfassung	196
Teil 3: Vereinbarkeit des Pflegemindestlohns mit höherrangigem Recht	199
§ 7 Vereinbarkeit des Pflegemindestlohns mit Verfassungsrecht	200
A. Bestimmtheitsgrundsatz, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG	203
I. Die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes	203
II. § 11 AEntG und der Bestimmtheitsgrundsatz	204
B. Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG	207
I. Schutzbereich	207
II. Eingriff	210
1. Keine Ausgestaltung	210
2. Eingriff durch Verdrängung von Entgeltregelungen in bestehenden Tarifverträgen	212
a) Keine Übergangsregelung	213
b) Lediglich teilweise Verdrängung begrenzt auf Entgeltregelungen	214
c) Zwischenergebnis	215
3. Eingriff durch Vorgabe einer Lohnuntergrenze für künftige Tarifverhandlungen	215
a) Tarifabschlüsse allgemein	216
b) Sanierungstarifverträge	216
4. Ergebnis	217
III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	217
1. Erhöhte Anforderungen	218
2. Schutzzwecke	219
a) Wahrung der Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie	220
b) Bekämpfung von Massenarbeitslosigkeit	220
c) Sicherung des Existenzminimums	221
d) Finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme	222

e)	Gewährleistung angemessener Arbeitsbedingungen	223
f)	Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen	226
g)	„Unionsrechtliche“ Rechtfertigung	227
h)	Sicherstellung der Qualität der Pflegeleistung	228
3.	Verhältnismäßigkeit der Vorgabe eines zwingenden Mindestlohns	228
a)	Wahrung der Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie	230
b)	Bekämpfung von Massenarbeitslosigkeit	231
aa)	Geeignetheit	231
bb)	Erforderlichkeit	232
c)	Sicherung des Existenzminimums	234
aa)	Geeignetheit	236
bb)	Erforderlichkeit	237
d)	Finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme	238
e)	Gewährleistung angemessener Arbeitsbedingungen	239
aa)	Geeignetheit	240
bb)	Erforderlichkeit	242
cc)	Angemessenheit	248
f)	Sicherstellung der Qualität der Pflegeleistung	250
aa)	Erforderlichkeit	251
bb)	Angemessenheit	252
IV.	Ergebnis	253
C.	Kirchliches Selbstbestimmungsrecht, Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV	254
I.	Schutzbereich	254
II.	Eingriff	255
III.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	256
IV.	Ergebnis	257
D.	Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	258
I.	Schutzbereich	258
II.	Eingriff	259
III.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	259
IV.	Ergebnis	260

E. Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG	260
I. Ungleichbehandlung West/Ost	261
II. Ungleichbehandlung Pflegebranche im Vergleich zu anderen Branchen	262
III. Ergebnis	262
F. Zusammenfassung	263
§ 8 Vereinbarkeit des Pflegemindestlohns mit Unionsrecht	263
A. Grundfreiheiten und teilweise harmonisierendes Sekundärrecht	264
I. Einschlägige Grundfreiheit	265
1. Arbeitnehmerfreizügigkeit	265
2. Dienstleistungsfreiheit	266
3. Ergebnis	267
II. Verhältnis von Dienstleistungsfreiheit, Entsenderichtlinie und Durchsetzungsrichtlinie	268
1. Teilweise Harmonisierung	269
2. Vereinbarkeit der Entsenderichtlinie mit Primärrecht	270
III. Vereinbarkeit mit den Regelungen der Entsenderichtlinie	272
1. Anwendungsbereich	272
2. Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, insbesondere Mindestlohn	273
a) Rechts- und Verwaltungsvorschriften	274
b) Mindestlohnsätze	274
c) Erstreckung auf Leiharbeitnehmer	276
3. Zusammenarbeit, Maßnahmen und gerichtliche Zuständigkeit, Art. 4, 5, 6 RL 96/71/EG	277
a) Melde- und Dokumentationspflichten	277
b) Verzicht, Verwirkung, Ausschlussfrist	277
c) Gerichtsstand	278
4. Ergebnis	278
IV. Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit, Art. 56, 57 AEUV	278
1. Schutzbereich, Beeinträchtigung und Rechtfertigung	279
2. Vereinbarkeit von §§ 13, 8 Abs. 1, 3, 18, 19 AEntG mit der Dienstleistungsfreiheit	281
a) Verdrängung niedrigerer Entgeltregelungen	281
b) Melde- und Dokumentationspflichten für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland	283

c) Meldepflichten für bestimmte Entleiher	284
d) Auftraggeberhaftung	285
V. Ergebnis	285
B. Unionsgrundrechte	286
I. Anwendungsbereich, Tragweite und Auslegung der GRC, Art. 51, 52 GRC	286
II. Das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen, Art. 28 GRC	287
III. Religionsfreiheit, Art. 10 GRC	289
IV. Unternehmerische Freiheit, Art. 16 GRC	290
V. Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten, Art. 15 GRC	291
VI. Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen, 31 GRC	291
VII. Ergebnis	292
C. Zusammenfassung	293
Teil 4: Zulassung zur pflegerischen Versorgung und Berücksichtigung des Mindestlohns bei der Refinanzierung von Pflegeeinrichtungen	295
§ 9 Die Zulassungsvoraussetzung der ortsüblichen Arbeitsvergütung in Relation zum Mindestlohn in der Pflege	296
A. Zulassung zur pflegerischen Versorgung durch Versorgungsvertrag	297
I. Vertragsschluss	297
II. Versorgungsauftrag	298
1. Rahmenverträge	298
2. Bundesempfehlungen	300
III. Rechtswirkungen	300
IV. Sanktionsmöglichkeiten	301
V. Kündigung	302
B. Die Zulassungsvoraussetzung nach § 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XI	303
I. Ortsübliche Arbeitsvergütung	303
1. Grammatikalische Auslegung	304
2. Historische Auslegung	304

3. Deutungsansätze der Literatur	305
a) Bandbreite ortsüblicher Vergütung	306
b) Eine ortsübliche Vergütung	307
4. Stellungnahme	308
II. Verfassungs- und unionsrechtliche Bedenken	310
1. Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab	310
a) Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG	310
b) Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	312
2. Unionsrechtlicher Prüfungsmaßstab	313
a) Entsenderichtlinie	314
b) Dienstleistungsfreiheit, Art. 56, 57 AEUV	315
3. Ergebnis	316
III. Zusammenfassung	316
C. Mindestlohnhöhe im Verhältnis zur ortsüblichen Arbeitsvergütung	317
I. Erkenntnisse aus der Auslegung von § 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XI	317
II. Stellungnahme	319
D. Zusammenfassung	321
§ 10 Die Berücksichtigung des Mindestlohns bei der Pflegervergütung	322
A. Vergütungsvereinbarungen	322
I. Pflegesatzvereinbarung für stationäre Pflegeeinrichtungen	323
II. Festlegung der Pflegervergütung für ambulante Pflegerdienste	325
B. Die Berücksichtigung der Personalkosten im Rahmen von leistungsgerechten Pflegesätzen nach Maßgabe des § 84 Abs. 2 SGB XI	326
I. Das Konzept leistungsgerechter Pflegesätze	327
1. Ausgangspunkt reiner Marktpreisvergleich	327
a) Bemessungsgrundsätze und Gesetzesbegründung	327
b) Maßgeblichkeit des Marktpreises	328
2. Abkehr vom reinen Marktpreisvergleich	329
a) Kritik an der reinen Marktpreisorientierung	329
b) Ergänzung der Bemessungsgrundsätze nach dem SGB XI und Begründung	331

c) Entscheidungen des BSG aus dem Jahre 2009	332
d) Stellungnahme	334
3. Festschreibung der Wirtschaftlichkeit der Bezahlung einer auf kollektivvertraglichen Vereinbarungen beruhenden Vergütung	336
II. Ergebnis	337
C. Die Berücksichtigung von Personalkosten im Rahmen der leistungsgerechten Vergütung von ambulanten Pflegeleistungen	338
I. Bemessungsgrundsätze	338
II. Rechtsprechung zur leistungsgerechten Vergütung	340
III. Ergebnis	341
D. Zusammenfassung	341
Teil 5: Fazit	343
§ 11 Weiter Anwendungsbereich des Mindestlohns in der Pflege	343
§ 12 Verfassungs- und Unionsrechtskonformität des Pflegemindestlohns	346
§ 13 Berücksichtigung des Mindestlohns in der Pflege bei der Refinanzierung	347
§ 14 Perspektiven für den Bereich der häuslichen Pflege und Betreuung	348
Literaturverzeichnis	351