

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 23. Mai 2018
- 5 AZR 263/17 -
ECLI:DE:BAG:2018:230518.U.5AZR263.17.0

I. Arbeitsgericht Stade

Urteil vom 18. Februar 2016
- 1 Ca 490/15 Ö -

II. Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Urteil vom 29. März 2017
- 13 Sa 399/16 -

Entscheidungsstichwort:

Zuschuss zum Mutterschaftsgeld für Tagespflegeperson

Leitsatz:

Wird eine „Tagesmutter“, die nach §§ 22 ff., § 43 SGB VIII in ihrem Haushalt als Tagespflegeperson Kinder in der Kindertagespflege betreut, schwanger, hat sie keinen Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld. Ein solcher Anspruch folgt auch nicht aus Unionsrecht.

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 263/17
13 Sa 399/16
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Mai 2018

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Mai 2018 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Volk sowie den ehrenamtlichen Richter Busch und die ehrenamtliche Richterin Teichfuß für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 29. März 2017 - 13 Sa 399/16 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Zahlung von Zuschuss zum Mutterschaftsgeld für Tagesmütter. 1

Die Klägerin ist als Tagespflegeperson in der Kindertagespflege tätig. 2
Der beklagte Landkreis als örtlich zuständiger Träger der öffentlichen Kinder- und Jugendhilfe erteilte der Klägerin im Jahr 2010 die bis zum 31. März 2015 befristete Erlaubnis zur Betreuung von bis zu fünf gleichzeitig anwesenden fremden Kindern in der Kindertagespflege. Er gewährte ihr auf Grundlage des SGB VIII und nach Maßgabe der „Grundsätze zur Förderung von Kindern in der Tagespflege gemäß §§ 23 und 24 Sozialgesetzbuch Aches Buch (SGB VIII) im Landkreis Stade“ (iF Grundsätze) eine laufende Geldleistung. In den Grundsätzen ist ua. bestimmt:

„III. Laufende Geldleistung an die Kindertagespflegeperson

1) Die laufende Geldleistung an die Kindertagespflegeperson nach § 23 Abs. 2 SGB VIII umfasst

- die Erstattung angemessener Kosten, die der Kindertagespflegeperson für den Sachaufwand entstehen,
- einen Betrag zur Anerkennung ihrer Förderleistung,
- die Erstattung nachgewiesener Aufwendungen für Beiträge zu einer Unfallversicherung,

- die hälftige Erstattung nachgewiesener Aufwendungen zu einer angemessenen Alterssicherung und
- die hälftige Erstattung nachgewiesener Aufwendungen zu einer angemessenen Krankenversicherung und Pflegeversicherung.

2) Kindertagespflegepersonen, die geeignet und qualifiziert ... sind, erhalten ein Tagespflegegeld je Kind von 3,90 € pro Betreuungsstunde ...;

...

IV. Antrag, Betreuungsumfang und Zahlungsverfahren

1) Das Amt für Jugend und Familie zahlt die gesamte laufende Geldleistung an die Kindertagespflegeperson aus. Die Eltern ... haben für die Inanspruchnahme der Förderleistung einen ... Kostenbeitrag ... zu entrichten. ...

2) Damit ein Kind im Rahmen dieser Grundsätze gefördert werden kann, ist von den Eltern ... ein schriftlicher Antrag beim Amt für Jugend und Familie zu stellen. ...

...

4) Die Höhe des Tagespflegegeldes wird anhand des benötigten Betreuungsumfanges festgesetzt und monatlich pauschal ausgezahlt. Der Betreuungsumfang ergibt sich aus den durchschnittlichen wöchentlichen Betreuungszeiten, die im Einvernehmen zwischen den Eltern, der Tagespflegeperson und dem Amt für Jugend und Familie festgelegt werden.

...

6) Der Kindertagespflegeperson stehen pro Betreuungsjahr bis zu 6 Wochen Urlaub zu. Für diese Zeit wird die laufende Geldleistung weiter gezahlt. Die Kindertagespflegeperson hat ihre Urlaubszeiten zu Beginn des Jahres in Abstimmung mit den Eltern festzulegen.

7) Für sonstige betreuungsfreie Zeiten, wie Krankheit des Kindes oder der Kindertagespflegeperson, wird die laufende Geldleistung für bis zu 2 Wochen im Betreuungsjahr weiter gezahlt. ...

...

11) Zwischen der Kindertagespflegeperson und den Eltern wird im Regelfall ein privatrechtlicher Betreuungsvertrag geschlossen. ...“

Bis zum 17. Januar 2014 erbrachte die Klägerin Betreuungsleistungen. Der Beklagte zahlte bis einschließlich 31. Januar 2014 die laufende Geldleistung. Am 7. März 2014 gebar die Klägerin ein Kind. 3

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, sie habe Anspruch auf Zahlung von Zuschuss zum Mutterschaftsgeld für die Zeit der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt ihres Kindes. Sie sei Arbeitnehmerin des Beklagten, jedenfalls wie eine solche zu behandeln. Das Mutterschutzgesetz und § 23 SGB VIII seien unionsrechtskonform auszulegen. Der Anspruch ergebe sich auch unmittelbar aus der Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, sowie der UN-Frauenrechtskonvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979. 4

Die Klägerin hat - soweit für die Revision von Bedeutung - sinngemäß beantragt, 5

den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin Mutterschaftsleistungen für die Zeit vom 24. Januar bis zum 2. Mai 2014 in Höhe von 7.273,45 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 23. Juli 2015 zu zahlen,

hilfsweise den Beklagten zu verpflichten, der Klägerin Mutterschaftsleistungen iSd. Art. 8 der Richtlinie 2010/41/EU unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts für sechs Wochen vor und acht Wochen nach dem 7. März 2014 zu gewähren.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er ist der Auffassung, zwischen den Parteien bestünden keine arbeitsvertraglichen, sondern allein öffentlich-rechtliche Beziehungen. Weder habe er eine arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis gegenüber der Klägerin noch sei diese in seine Organisation eingegliedert. 6

Die Klägerin erhob zunächst vor dem Verwaltungsgericht Klage auf Zahlung von Mutterschaftsleistungen für die Zeit vom 24. Januar bis zum 2. Mai 7

2014. Dieses verwies den Rechtsstreit an das Arbeitsgericht. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Klägerin wurde vom Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht rechtskräftig zurückgewiesen. Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

Entscheidungsgründe

- Die Revision ist - soweit zulässig - unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht die Berufung der Klägerin gegen das die Klage abweisende Urteil des Arbeitsgerichts zurückgewiesen. Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung von Zuschuss zum Mutterschaftsgeld. In Bezug auf den Hilfsantrag ist die Revision bereits unzulässig. 8
- I. Die Revision ist nur hinsichtlich des Hauptantrags zulässig. Für den Hilfsantrag fehlt es an der erforderlichen Revisionsbegründung. Daher ist die Revision insoweit unzulässig. 9
1. Nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO gehört zum notwendigen Inhalt der Revisionsbegründung die Angabe der Revisionsgründe (*BAG 20. Juni 2017 - 3 AZR 540/16 - Rn. 96*). Hat das Berufungsgericht über mehrere Streitgegenstände mit jeweils eigenständiger Begründung entschieden, muss die Revision für jeden Streitgegenstand begründet werden. Wird zu einem Streitgegenstand keine Begründung gegeben, ist das Rechtsmittel insoweit unzulässig. Diese Grundsätze gelten auch, wenn das Berufungsgericht über einen Haupt- und einen (echten) Hilfsantrag entschieden hat (*BAG 25. Mai 2016 - 2 AZR 345/15 - Rn. 17, BAGE 155, 181*). 10
2. In Bezug auf den Hilfsantrag enthält die Revisionsbegründung keine ausreichende Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils. Das Landesarbeitsgericht hat die Zulässigkeit des Hilfsantrags wegen fehlender Bestimmtheit (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) verneint. Hierauf geht die Klägerin in der Revisionsbegründung nicht ein. Sie äußert lediglich, dem Hilfs- 11

antrag hätte stattgegeben werden müssen, wenn dem Beklagten ein Beurteilungsspielraum bei Bestimmung der Leistung einzuräumen sei.

II. Soweit die Revision zulässig ist, ist sie unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung von Zuschuss zum Mutterschaftsgeld. 12

1. Ein Anspruch auf Zahlung von Zuschuss zum Mutterschaftsgeld folgt nicht aus § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG aF. Zwischen den Parteien wurde im Streitzeitraum kein Arbeitsverhältnis im Sinne dieser Norm begründet. 13

a) Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet (*BAG 14. Juni 2016 - 9 AZR 305/15 - Rn. 15, BAGE 155, 264*). 14

b) Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, es habe keinen privatrechtlichen Vertrag zwischen den Parteien gegeben. Die Klägerin beruft sich auch selbst nicht darauf, mit dem Beklagten einen Vertrag abgeschlossen zu haben, dessen Gegenstand die Kinderbetreuung war. Sie war gegenüber dem Beklagten weder zu einer bestimmten Arbeitsleistung noch zu einem bestimmten Umfang an Betreuungszeiten arbeitsvertraglich verpflichtet. Die Pflicht zur Betreuung bestimmter Kinder und der Betreuungsumfang ergaben sich vielmehr nach Ziff. IV.4 Satz 2 der Grundsätze aus den Absprachen, die die Klägerin mit den Erziehungsberechtigten der Kinder getroffen hat. 15

c) Das Landesarbeitsgericht hat weiterhin rechtsfehlerfrei angenommen, die Klägerin sei nicht an Weisungen des Beklagten hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Leistung gebunden gewesen. 16

- aa) Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts gab der Beklagte der Klägerin inhaltlich kein Erziehungs- oder Betreuungskonzept vor. Die Klägerin hatte bei der Gestaltung ihrer Tätigkeit lediglich die gesetzlichen Bestimmungen (zB § 22 Abs. 2, Abs. 3 SGB VIII) und das Kindeswohl zu berücksichtigen. Die Klägerin hat darüber hinaus die Möglichkeit gehabt, die zu betreuenden Kinder selbst auszuwählen. 17
- bb) Entgegen der Auffassung der Revision begründet die Erlaubnispflicht nach § 43 Abs. 1 SGB VIII keine Weisungsabhängigkeit der Tagespflegeperson im Sinne einer Arbeitnehmereigenschaft. 18
- (1) Die Erteilung der Erlaubnis enthält keine Anweisungen dazu, wie die Kinderbetreuung durchzuführen ist. § 43 SGB VIII regelt zum Zweck der Sicherung eines Mindeststandards einen präventiven Erlaubnisvorbehalt für die - öffentlich oder privat finanzierte - Tagespflege des Kindes außerhalb seines elterlichen Haushalts (*OVG für das Land Nordrhein-Westfalen 25. Februar 2013 - 12 A 56/13 - Rn. 3*). Sein Schutzzweck ist die Sicherung des Kindeswohls (*OVG für das Land Nordrhein-Westfalen 21. Juli 2015 - 12 B 606/15 - Rn. 26*). Über das Merkmal der Eignung der Tagespflegeperson sollen Qualitätsstandards gesetzt und eine kindgerechte Pflege der zu betreuenden Kinder sichergestellt werden (*OVG Rheinland-Pfalz 15. Oktober 2014 - 7 D 10243/14 - Rn. 6*). 19
- (2) Eine arbeitsrechtliche Weisungsabhängigkeit der Klägerin bestand auch nicht aufgrund des Rechts des Beklagten, Auflagen zu erteilen. Die dem Beklagten nachzuweisenden Anforderungen an die persönliche Qualifikation und die räumliche Ausstattung dienen lediglich der Umsetzung des gesetzlichen Auftrags des Trägers der öffentlichen Jugendhilfe aus §§ 43, 46 und 79 SGB VIII. Die Pflicht, öffentlich-rechtlichen Vorgaben der Aufsichtsbehörde im Jugendhilferecht nachzukommen, trifft jedermann. Sie ist kein Merkmal arbeitsvertraglicher Weisungsgebundenheit (*vgl. BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 347/04 - zu II 1 b der Gründe, BAGE 115, 1*). 20

cc) Eine Weisungsgebundenheit der Klägerin in Bezug auf die Arbeitszeit bestand nicht. Die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, der Beklagte habe der Klägerin keine Vorgaben zu Betreuungszeiten gemacht, hat die Klägerin mit der Revision nicht angegriffen. Aus dem Umstand, dass die Betreuungszeiten an die üblichen Zeiten der Erwerbstätigkeit der Erziehungsberechtigten gebunden sind, ergibt sich nichts anderes. Die Betreuungszeiten wurden zwischen der Klägerin und den Erziehungsberechtigten der zu betreuenden Kinder abgestimmt, nicht zwischen der Klägerin und dem Beklagten. 21

dd) Die Klägerin war gegenüber dem Beklagten nicht hinsichtlich des Tätigkeitsorts weisungsgebunden. Nach den - ebenfalls nicht angegriffenen - tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hatte die Klägerin die Räumlichkeiten, in denen sie die Tagespflege betrieb, selbst ausgesucht. An die genehmigten Räume war sie jedoch nicht gebunden. Hätte sie die Räumlichkeiten wechseln wollen, wäre lediglich eine neue Genehmigung seitens des Beklagten erforderlich gewesen. 22

d) Eine Eingliederung der Klägerin in die Arbeitsorganisation des Beklagten lag nicht vor. Die Klägerin hat die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht angegriffen, dass sie die Urlaubszeit nicht mit dem Beklagten, sondern in Abstimmung mit den Eltern der betreuten Kinder festzulegen hatte, der Beklagte die Betreuungszeiten nicht erfasste, sie keine Arbeitsmittel des Beklagten nutzte, kein Mitarbeiter des Beklagten als Vorgesetzter der Klägerin fungierte und eine Vertretungsregelung nicht bestand. Auch aus § 23 Abs. 4 Satz 2 SGB VIII folgt nichts anderes. Danach ist für Ausfallzeiten einer Tagespflegeperson eine andere Betreuungsmöglichkeit für das Kind sicherzustellen. Hierbei handelt es sich nicht um eine Vertretungsregelung mit Bezug zu einem Arbeitsverhältnis. Die Betreuung kann nicht nur durch eine andere Tagespflegeperson, sondern auch in anderen Tagespflegereinrichtungen erfolgen (*Lakies in Münder ua. FK-SGB VIII 7. Aufl. § 23 Rn. 42*). 23

e) Der Beklagte zahlte der Klägerin keine Vergütung im Sinne eines Arbeitsentgelts. Die Geldleistung nach § 23 Abs. 2, Abs. 2a SGB VIII ist keine Vergütung für Dienste, die die Tagespflegeperson gegenüber dem Träger der 24

Jugendhilfe erbringt (*Kaiser in LPK-SGB VIII 5. Aufl. § 23 Rn. 12; aA Lakies in Münders ua. FK-SGB VIII 7. Aufl. § 23 Rn. 21*).

aa) Bereits der Wortlaut des § 23 Abs. 2 SGB VIII steht der Einordnung als Vergütung für erbrachte Dienste entgegen. Danach setzt sich die Geldleistung aus der Erstattung von Versicherungsbeiträgen und Sachaufwand sowie einem „Betrag zur Anerkennung ihrer Förderungsleistung“ zusammen. Die Begriffe „Aufwendungsersatz“ und „Anerkennungsbetrag“ legen bereits sprachlich nahe, dass hiermit keine Gegenleistung im Sinne einer im Synallagma stehenden Vergütung gemeint ist (*wohl anders BVerwG 25. Januar 2018 - 5 C 18.16 - Rn. 13, das - abweichend vom Gesetzeswortlaut - die Begriffe „Vergütung“ und „Entlohnung“ verwendet*). Die Gesetzgebungsmaterialien geben ebenfalls keinen Aufschluss darüber, dass es sich bei dem Anerkennungsbetrag um Arbeitsentgelt handeln soll. Der noch in der Gesetzesbegründung verwendete Begriff der „Vergütung“ (*vgl. BT-Drs. 16/9299 S. 15*) hat keinen Eingang in den Gesetzestext gefunden. 25

bb) Selbst wenn in dem „Betrag zur Anerkennung ihrer Förderungsleistung“ eine „Vergütung“ zu sehen wäre, stünde damit nicht zugleich fest, dass es sich hierbei um Arbeitsentgelt für die Erbringung von Arbeitsleistungen in einem Arbeitsverhältnis handelt. Wie sich § 612 BGB entnehmen lässt, wird mit dem Begriff „Vergütung“ die Gegenleistung sowohl in einem freien Dienstverhältnis als auch in einem Arbeitsverhältnis sowie im Falle eines Geschäftsbesorgungsvertrags bezeichnet (*vgl. MüKoBGB/Müller-Glöge 7. Aufl. § 612 Rn. 5; Staudinger/Richardi/Fischinger [2016] BGB § 612 Rn. 2*). Da zudem beispielsweise in einem Behandlungsvertrag (§ 630a Abs. 1 BGB) und einem Werkvertrag (§ 631 Abs. 1 BGB) die zu erbringende Gegenleistung eine „Vergütung“ ist, erlaubt dieser Begriff keinen Rückschluss auf die rechtliche Einordnung der Grundlage des Anspruchs. 26

2. Ein Anspruch auf Zahlung von Zuschuss zum Mutterschaftsgeld besteht auch nicht unter Zugrundelegung des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs bei Anwendung des § 1 Nr. 1 und des § 14 Abs. 1 MuSchG aF. Zwischen den Parteien bestand kein Arbeitsverhältnis im unionsrechtlichen Sinn. 27

- a) Wesentliches Merkmal eines Arbeitsverhältnisses iSd. Unionsrechts ist, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält (*EuGH 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] Rn. 39; 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 34; 17. November 2016 - C-216/15 - [Betriebsrat der Ruhrlandklinik] Rn. 27*). Die rechtliche Einordnung dieses Verhältnisses nach nationalem Recht und seine Ausgestaltung ebenso wie die Art der zwischen beiden Personen bestehenden Rechtsbeziehung ist nicht ausschlaggebend (*EuGH 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] Rn. 40; 17. November 2016 - C-216/15 - [Betriebsrat der Ruhrlandklinik] Rn. 27*). 28
- b) Die Klägerin erbrachte als Tagespflegeperson keine Leistungen nach Weisungen des Beklagten. Sie war nur gegenüber den Erziehungsberechtigten der Kinder aufgrund der mit diesen getroffenen Absprachen zu Zeit, Umfang, und Inhalt der Betreuungsleistungen gebunden. 29
- c) Entgegen der Auffassung der Klägerin kommt es für den unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff nicht allein auf eine wirtschaftliche Abhängigkeit an. Auch nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache Danosa setzt ein Arbeitsverhältnis die Tätigkeit einer Person nach Weisungen der anderen Person voraus (*EuGH 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] Rn. 39, 51*). Hieran fehlt es im Streitfall. 30
- d) Eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV bedarf es nicht. Danach müssen die nationalen Gerichte, deren Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann, ihrer Vorlagepflicht nachkommen, wenn in einem bei ihnen schwebenden Verfahren eine Frage des Unionsrechts gestellt wird, es sei denn, sie haben festgestellt, dass die unionsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder dass die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (*EuGH 15. September 2005 - C-495/03 - [Intermodal Transports] Rn. 33; BAG 21. September 2016 - 10 ABR 48/15 - Rn. 81, BAGE 156, 289*). Der unions- 31

rechtliche Arbeitnehmerbegriff ist durch eine gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union bereits geklärt (*EuGH 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] Rn. 39; 9. Juli 2015 - C-229/14 - [Balkaya] Rn. 34; 17. November 2016 - C-216/15 - [Betriebsrat der Ruhrlandklinik] Rn. 27*). Der Senat hat die vom Gerichtshof entwickelten Merkmale des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs seiner Würdigung des Sachverhalts zugrunde gelegt und angewendet.

3. § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG aF kann nicht dahingehend unionsrechtskonform ausgelegt werden, dass auch selbständig Erwerbstätige iSd. Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 (RL 2010/41/EU) einen Anspruch auf Zuschuss zum Mutterschaftsgeld haben. 32

a) Ein nationales Gericht, das bei der Anwendung des nationalen Rechts dieses Recht auszulegen hat, muss seine Auslegung so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck einer einschlägigen Richtlinie ausrichten, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 288 Abs. 3 AEUV nachzukommen (*EuGH 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 24; BAG 21. Februar 2017 - 1 ABR 62/12 - Rn. 29, BAGE 158, 121*). Ermöglicht es das nationale Recht, durch Anwendung seiner Auslegungsmethoden eine innerstaatliche Bestimmung so auszulegen, dass eine Kollision mit einer anderen Norm innerstaatlichen Rechts vermieden wird, sind die nationalen Gerichte gehalten, die gleichen Methoden anzuwenden, um das von der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen (*EuGH 5. Oktober 2004 - C-397/01 bis C-403/01 - [Pfeiffer ua.] Rn. 116; BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 58, BAGE 130, 119*). Allerdings unterliegt der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts Schranken. Die Pflicht zur Verwirklichung eines Richtlinienziels im Auslegungsweg findet ihre Grenzen an dem nach innerstaatlicher Rechts tradition methodisch Erlaubten. Sie darf nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts contra legem dienen (*EuGH 24. Januar 2012 - C-282/10 - [Dominguez] Rn. 25; BAG 21. Februar 2017 - 1 ABR 62/12 - aaO*). Der Gehalt einer nach Wortlaut, Systematik und Sinn eindeutigen Rege- 33

lung kann nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung in sein Gegenteil verkehrt werden (*BAG 18. Februar 2003 - 1 ABR 2/02 - zu B IV 3 b dd (1) der Gründe, BAGE 105, 32*).

b) Es widerspricht dem dokumentierten Willen des Gesetzgebers, §§ 1, 14 MuSchG aF auf selbständig Erwerbstätige zu erstrecken. Diese Regelungen setzen Art. 11 Nr. 2 Buchst. b und Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 um, die nach ihrem Art. 2 ausschließlich für Arbeitnehmerinnen gilt. Hieran hat sich durch die zum 1. Januar 2018 in Kraft getretene Neuregelung des Mutterschutzgesetzes nichts geändert. Zwar gilt nunmehr nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 MuSchG dieses Gesetz grundsätzlich auch für Frauen, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit arbeitnehmerähnliche Personen sind, dies jedoch mit der Maßgabe, dass die Regelungen zu Mutterschutzlohn, Mutterschaftsgeld und Zuschuss zum Mutterschaftsgeld nach §§ 18, 19 Abs. 2 und § 20 MuSchG auf diese Personen gerade nicht anwendbar sind. Nach der Gesetzesbegründung erfolgt diese Einschränkung, weil Art und Umfang der sozialen Absicherung in der Entscheidung der selbständig erwerbstätigen Frauen liegen und sie - wie bisher - Anspruch auf Mutterschaftsgeld nach § 24i SGB V haben, soweit sie (freiwillige) Mitglieder einer gesetzlichen Krankenkasse sind und bei Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Krankengeld besteht (*BT-Drs. 18/8963 S. 51*). Die Neuregelung des Mutterschutzgesetzes belegt damit, dass nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers selbständig Erwerbstätige, auch wenn sie wegen ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit arbeitnehmerähnliche Personen sind, keinen Anspruch auf Mutterschutzlohn und Zuschuss zum Mutterschaftsgeld nach dem Mutterschutzgesetz haben sollen. Der Gesetzgeber hat die Mutterschaftsleistungen für selbständig Erwerbstätige, die (freiwillig) Mitglied einer gesetzlichen Krankenversicherung sind, vielmehr in § 24i Abs. 2 Satz 7 aF, § 44 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2, § 53 Abs. 6 SGB V geregelt. Danach haben diese Frauen Anspruch auf Mutterschaftsleistungen in Höhe des Krankengeldes. Schuldner der Leistungen ist die zuständige Krankenversicherung.

34

4. Die Klägerin hat gegen den Beklagten des Weiteren keinen Anspruch auf Zahlung eines Zuschusses zum Mutterschaftsgeld nach § 14 Abs. 1 Satz 1, § 24 Nr. 2, § 1 Nr. 2 MuSchG aF. Sie war keine in Heimarbeit Beschäftigte oder eine ihnen Gleichgestellte iSd. § 1 Abs. 1, Abs. 2, § 2 Abs. 1, Abs. 2 HAG. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend festgestellt, dass sie keine Tätigkeit im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern (§ 2 Abs. 1, Abs. 2 HAG) verrichtet. Die Klägerin war als Tagespflegeperson nicht im Auftrag des Beklagten selbst, sondern der Erziehungsberechtigten der betreuten Kinder tätig. Eine Gleichstellung iSd. § 1 Abs. 2 HAG ist mangels einer Entscheidung über die Gleichstellung nach § 1 Abs. 4, Abs. 5 HAG nicht gegeben. 35
5. Ein Zahlungsanspruch gegen den beklagten Landkreis folgt weder aus § 13 Abs. 1 MuSchG aF iVm. § 24i Abs. 1 bzw. Abs. 2 Satz 7 SGB V aF noch aus § 13 Abs. 2 MuSchG aF. Die Regelung des § 13 Abs. 1 MuSchG aF bildet keine eigenständige Anspruchsgrundlage, sondern verweist lediglich auf § 24i SGB V aF (*HWK/Hergenröder 7. Aufl. § 13 MuSchG Rn. 2; NK-GA/Boecken § 13 MuSchG Rn. 31*). Der Anspruch auf Mutterschaftsgeld nach § 24i Abs. 1 bzw. Abs. 2 Satz 7 SGB V aF besteht gegenüber der Krankenversicherung, im Falle des § 13 Abs. 2 MuSchG aF gegenüber dem Bund mit dem Bundesversicherungsamt als Auszahlungsstelle (*ErfK/Schlachter 17. Aufl. § 13 MuSchG Rn. 1; NK-GA/Boecken § 13 MuSchG Rn. 37*). 36
6. Die Klägerin kann einen Zahlungsanspruch nicht aus § 23 Abs. 2, Abs. 2a SGB VIII iVm. Ziff. III.2 der Grundsätze herleiten. Die Bestimmungen enthalten keine Anspruchsgrundlage für die streitgegenständlichen Ausfallzeiten. 37
- a) Die Regelungen der § 23 Abs. 2, Abs. 2a SGB VIII iVm. Ziff. III.2 der Grundsätze gewähren keinen Anspruch der Tagespflegeperson für Ausfallzeiten, denn sie stellen auf die tatsächlich erbrachte Betreuungsleistung ab. 38
- aa) Nach Ziff. III.2 der Grundsätze ist die laufende Geldleistung von der tatsächlich erbrachten Betreuungsleistung abhängig. Das Tagespflegegeld je Kind von 3,90 Euro wird pro Betreuungsstunde gezahlt. Die Klägerin war jedoch 39

im streitgegenständlichen Zeitraum nicht als Tagespflegeperson tätig. Lediglich in den ausdrücklich benannten Ausnahmefällen von bis zu sechs Wochen Urlaub im Betreuungsjahr gemäß Ziff. IV.6 und betreuungsfreier Zeiten gemäß Ziff. IV.7 der Grundsätze wird die laufende Geldleistung auch ohne tatsächlich erbrachte Betreuung gezahlt. Ein solcher Fall liegt nicht vor.

bb) Ein Anspruch besteht auch nicht teilweise gemäß Ziff. IV.7 Satz 1 der Grundsätze. Danach wird für sonstige betreuungsfreie Zeiten, wie Krankheit des Kindes oder der Kindertagespflegeperson, die laufende Geldleistung für bis zu zwei Wochen im Betreuungsjahr weiter gezahlt. Selbst wenn von den betreuungsfreien Zeiten im Sinne dieser Bestimmung auch die Ausfallzeiten aufgrund Schwangerschaft und Mutterschaft erfasst wären, wäre ein entsprechender Anspruch der Klägerin durch Erfüllung erloschen (§ 362 Abs. 1 BGB). Der Beklagte hat nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerechts die laufende Geldleistung bis Ende Januar 2014 gewährt, obwohl die Klägerin die Betreuungsleistung nur bis zum 17. Januar 2014 erbracht hat. Damit wäre ein Anspruch auf die laufende Geldleistung für die Dauer von zwei Wochen für betreuungsfreie Zeiten im Betreuungsjahr erfüllt. 40

b) Die Klägerin kann nicht mit dem Einwand gehört werden, der Anerkennungsbetrag, den der Beklagte gewähre, sei zu niedrig. Eine Erhöhung des Anerkennungsbetrags ist nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. 41

7. Entgegen der Auffassung der Klägerin verhilft der Klage weder eine unionsrechtskonforme Auslegung der Regelungen der § 23 Abs. 2, Abs. 2a SGB VIII iVm. Ziff. III.2 der Grundsätze noch eine Auslegung unter Berücksichtigung des Art. 11 Abs. 2 Buchst. b iVm. Art. 24 der UN-Frauenrechtskonvention zum Erfolg. 42

a) Die Regelungen der § 23 Abs. 2, Abs. 2a SGB VIII iVm. Ziff. III.2 der Grundsätze sind nicht unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass der Träger der öffentlichen Jugendhilfe die laufende Geldleistung auch für Zeiten des Mutterschaftsurlaubs nach Art. 8 Abs. 1 RL 2010/41/EU fortzuzahlen hat. Bestimmungen zu Mutterschaftsleistungen enthalten § 23 Abs. 2, Abs. 2a 43

SGB VIII nicht. Diese sind vielmehr in §§ 24c, 24i SGB V und §§ 13, 14 MuSchG aF abschließend geregelt. Damit widerspricht es dem dokumentierten Willen des Gesetzgebers, die laufende Geldleistung gemäß § 23 Abs. 2, Abs. 2a SGB VIII als eine Mutterschaftsleistung iSd. Art. 8 RL 2010/41/EU zu betrachten und den Träger der öffentlichen Jugendhilfe als Schuldner der Leistung zu verpflichten. Der Gesetzgeber hat in §§ 24c, 24i iVm. § 44 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2, § 53 Abs. 6 SGB V mit der zuständigen Krankenversicherung den Schuldner der Mutterschaftsleistungen für selbständig Erwerbstätige eindeutig festgelegt und den Leistungsumfang bestimmt.

b) Auch unter Berücksichtigung der UN-Frauenrechtskonvention folgen aus § 23 Abs. 2, Abs. 2a SGB VIII nicht die von der Klägerin begehrten Mutterschaftsleistungen. Art. 11 Abs. 2 Buchst. b UN-Frauenrechtskonvention bestimmt, dass die Vertragsstaaten, um eine Diskriminierung der Frau wegen Eheschließung oder Mutterschaft zu verhindern und ihr ein wirksames Recht auf Arbeit zu gewährleisten, geeignete Maßnahmen treffen zur Einführung des bezahlten oder mit vergleichbaren sozialen Vorteilen verbundenen Mutterschaftsurlaubs ohne Verlust des bisherigen Arbeitsplatzes, des Dienstalters oder sozialer Zulagen. Solche Maßnahmen hat der Gesetzgeber in Bezug auf selbständig Erwerbstätige mit den Bestimmungen der §§ 24c, 24i Abs. 2 Satz 7 aF SGB V getroffen. 44

8. Der Zahlungsanspruch gegen den beklagten Landkreis folgt entgegen der Auffassung der Revision nicht aus einer unmittelbaren Anwendung der Art. 8 Abs. 1, Abs. 3, Art. 2 Buchst. a, Art. 16 Abs. 1 RL 2010/41/EU, selbst wenn man die derzeitige gesetzliche Regelung von Mutterschaftsleistungen für selbständig Erwerbstätige für unzureichend und nicht unionsrechtskonform erachtet. Es fehlt an der hinreichend genauen Bestimmung der Person des Schuldners durch die Richtlinie. 45

a) Der Einzelne kann sich in Fällen, in denen die Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind, vor den nationalen Gerichten gegenüber dem Staat auf diese Bestimmungen berufen, wenn dieser die Richtlinie nicht fristgemäß oder nicht ordnungsgemäß in nationales Recht 46

umgesetzt hat (*EuGH 15. Februar 2017 - C-592/15 - [British Film Institute] Rn. 13*). Hierauf beruft sich die Klägerin in Bezug auf die RL 2010/41/EU, weil der beklagte Landkreis eine Einrichtung des öffentlichen Sektors sei (*dazu EuGH 7. September 2006 - C-53/04 - [Marrosu und Sardino] Rn. 29*).

b) Die Prüfung, ob die Bestimmungen einer Richtlinie unbedingt und hinreichend genau sind, erstreckt sich nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auf drei Gesichtspunkte: die Bestimmung des Personenkreises, dem die vorgesehene Leistung zugutekommen soll, den Inhalt dieser Leistung und schließlich die Person des Schuldners der Leistung (*vgl. EuGH 19. November 1991 - C-6/90, C-9/90 - [Francovich ua.] Rn. 12*). 47

c) Art. 8 RL 2010/41/EU erfüllt die Voraussetzung der hinreichenden Genauigkeit in Bezug auf die Person des Schuldners nicht. 48

aa) Nach Art. 8 Abs. 1 RL 2010/41/EU ergreifen die Mitgliedstaaten erforderliche Maßnahmen, um sicherzustellen, dass ua. selbständig erwerbstätige Frauen im Einklang mit dem innerstaatlichen Recht ausreichende Mutterschaftsleistungen erhalten können, die eine Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft während mindestens 14 Wochen ermöglichen. Jedoch bestimmt die Richtlinie nicht hinreichend genau, wer Schuldner der Mutterschaftsleistungen iSd. Art. 8 sein soll. Das ist - ebenso wie der Inhalt der Leistungen - dem Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten überlassen, die zudem nach Art. 8 Abs. 2 RL 2010/41/EU darüber entscheiden können, ob die Mutterschaftsleistungen auf obligatorischer oder freiwilliger Basis gewährt werden. 49

bb) Die Person des Schuldners folgt auch nicht mittelbar aus Art. 8 Abs. 3 RL 2010/41/EU. Danach sind die Mutterschaftsleistungen ausreichend, wenn sie der Leistung entsprechen, die die betreffende Person im Falle einer Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen erhalten würde (Buchst. a) und/oder dem durchschnittlichen Einkommens- oder Gewinnverlust gegenüber einem vergleichbaren vorherigen Zeitraum, vorbehaltlich etwaiger Obergrenzen nach innerstaatlichem Recht (Buchst. b) und/oder jeglicher ande- 50

rer familienbezogenen Leistung nach innerstaatlichem Recht, vorbehaltlich etwaiger Obergrenzen nach innerstaatlichem Recht (Buchst. c). Als Stellen, die die Mutterschaftsleistungen zu gewähren haben, kommen demnach unterschiedlichste Einrichtungen in Betracht, etwa eine Krankenversicherung (Buchst. a), eine Arbeitslosenversicherung (Buchst. b) oder jegliche andere staatliche Einrichtung, die Leistungen zur Familienförderung erbringt (Buchst. c). Die Richtlinie bestimmt nicht, dass - wie der beklagte Landkreis - diejenige Person oder Einrichtung, die eine tätigkeitsbezogene Geldleistung vor Beginn der Mutterschutzfristen an die Person iSd. Art. 2 RL 2010/41/EU gezahlt hat, Schuldner sein muss.

9. Die Regelung des Art. 11 Abs. 2 Buchst. b der am 25. April 1985 ratifizierten UN-Frauenrechtskonvention (*BGBI. II S. 647*) gewährt gleichfalls keinen unmittelbaren Anspruch auf Mutterschaftsleistungen. Es mangelt an der hinreichenden Bestimmtheit. 51

a) Als ratifizierter völkerrechtlicher Vertrag besitzt die UN-Frauenrechtskonvention den Rang eines einfachen Bundesgesetzes (*vgl. BVerfG 19. September 2006 - 2 BvR 2115/01, 2 BvR 2132/01, 2 BvR 348/03 - Rn. 53, BVerfGK 9, 174*). Solche völkerrechtlichen Verträge können nur dann innerstaatlich unmittelbar anwendbares Recht werden, wenn sie alle Eigenschaften besitzen, die ein Gesetz nach innerstaatlichem Recht haben muss, um die Normadressaten berechtigen oder verpflichten zu können. Die Vertragsbestimmung muss nach Wortlaut, Zweck und Inhalt wie eine innerstaatliche Gesetzesvorschrift rechtliche Wirkungen auszulösen geeignet sein (*BVerfG 21. Juni 2016 - 2 BvR 637/09 - Rn. 13, BVerfGE 142, 234*). Dafür muss ihre Auslegung ergeben, dass sie geeignet und hinreichend bestimmt ist, wie eine innerstaatliche Vorschrift rechtliche Wirkung zu entfalten, ohne dass es einer weiteren normativen Ausfüllung bedarf (*BSG 6. März 2012 - B 1 KR 10/11 R - Rn. 24, BSGE 110, 194; BVerwG 29. April 2009 - 6 C 16.08 - Rn. 46, BVerwGE 134, 1*). 52

b) Art. 11 Abs. 2 Buchst. b UN-Frauenrechtskonvention kann ohne Ausfüllung durch innerstaatliche Umsetzungsmaßnahmen keine rechtliche Wirkung 53

entfalten. Wie vom Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen, ist weder die Dauer eines bezahlten Mutterschaftsurlaubs noch die Höhe der Vergütung noch der Schuldner der Leistung benannt noch sind diese bestimmbar.

III. Die Klägerin hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der erfolglosen Revision zu tragen. 54

Linck

Biebl

Volk

Busch

Teichfuß