

bpa Arbeitgeberverband e.V.

Stellungnahme anlässlich der

**Öffentlichen Anhörung
im Ausschuss für Gesundheit
am 7. Juni 2021**

zu den

**Änderungsanträgen der Fraktionen der CDU/CSU und SPD
zum**

**Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der
Gesundheitsversorgung**

(Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz – GVWG)

Ausschuss-Drucksache 19(14)320.1

Berlin, 4. Juni 2021

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung	3
Grundsätzliche Überlegungen	3
Zusammenfassung	3
Zu den Vorschriften im Einzelnen:	
I. § 72 Absatz 3a bis 3c SGB XI	
Tarifliche Entlohnung	8
A) Beabsichtigte Neuregelung	8
B) Stellungnahme	8
1. Tarifliche Entlohnung in der föderalen sozialen Pflegeversicherung und der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz – ein unmögliches Verhältnis	8
2. Tarifzwang als Voraussetzung für eine unternehmerische Tätigkeit – Verstoß gegen Art. 9 Absatz 3 und Art. 12 Absatz 1 GG	9
3. Begriff der „Entlohnung“ führt zu de facto Tarifbindung für die gesamte Branche	10
4. Tariflohn als Höchstlohn	11
5. Einseitiges Förderprogramm für Gewerkschaften – das Ende der Tarifpartnerschaft	11
6. Nicht zu rechtfertigender Eingriff in die unternehmerische Freiheit	12
C) Änderungsvorschlag	15
II. § 82c des Entwurfs	
Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen	12
A) Beabsichtigte Neuregelung	13
B) Stellungnahme	13
1. Verstoß gegen negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG) und den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG)	14
2. Systemwidriges Vorgehen – Lohnsonderregelungen für die Pflegebranche in §§ 7a und 10 ff. AEntG werden umgangen	15
C) Änderungsvorschlag	15
III. Gute Bezahlung nicht allein über Tarifverträge zu sichern – Öffnung für weitere Entgeltordnungen	16
IV. Berücksichtigung von betrieblichen Risiken und unternehmerischem Wagnis	18

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung

(Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz – GVWG)

Der Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages hat am 2. Juni 2021 diverse Änderungsanträge zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung bekanntgegeben. Wir kommen der Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 4. Juni 2021 gern nach.

Vorbemerkung

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. ist im Juni 2015 gegründet worden und hat sich seitdem zum größten Arbeitgeberverband der privaten Sozialwirtschaft entwickelt. Er vertritt mittlerweile über 4.800 Mitgliedseinrichtungen der ambulanten, teilstationären und stationären Pflege sowie der Behindertenhilfe und der Kinder- und Jugendhilfe. Die Mitglieder des bpa Arbeitgeberverbandes e.V. beschäftigen über 220.000 Mitarbeiter. Der bpa Arbeitgeberverband e.V. ist eine Vereinigung privater Arbeitgeber im Sinne des § 2 Tarifvertragsgesetzes (TVG).

Wir befassen uns in unserer Stellungnahme schwerpunktmäßig mit der „Tariftreueregelung“, die im Gesetzentwurf der Bundesregierung als Änderungsantrag 5 zum GVWG verfasst ist. Zu allen anderen Änderungsanträgen sowie zum Antrag der Fraktion DIE LINKE „Solidarische Pflegevollversicherung umsetzen“, Bundestags-Drucksache 19/24448 und zum Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Die Pflegeversicherung verlässlich und solidarisch gestalten – Die doppelte Pflegegarantie umsetzen“, Bundestags-Drucksache 19/14827, verweisen wir auf die Stellungnahme des bpa e.V.

Grundsätzliche Überlegungen

Die im Entwurf vorgesehenen Änderungen zur Kopplung von Versorgungsverträgen für Pflegeeinrichtungen an eine tarifliche Entlohnung sowie die sich aus der Neuregelung des § 72 Absätze 3a bis 3f Sozialgesetzbuch XI (SGB) ergebende Folgeregelung in § 82c SGB XI zur Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen bei entsprechender Entlohnung nach Tarif sind mit der heißen Nadel gestrickt und umgehen alle bekannten und angewandten tarifrechtlichen Regelungen in anderen Gesetzen, z.B. Tarifvertragsgesetz (TVG), Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG).

Tarifverträge werden hier zum Standard gesetzt, ohne dass die Maßstäbe des Standards begründet werden. Im AEntG beispielsweise müssen erstreckte Tarifverträge immerhin im öffentlichen Interesse sein und damit gewisse Repräsentativitätserfordernisse erfüllen. Ohne eine Begründung ist ein solcher Gesetzesvorstoß willkürlich und lädt geradezu zu regionalen gerichtlichen Auseinandersetzungen gegen die existenzgefährdende Gesetzgebung ein.

Wenn der Gesetzgeber Tarifabschlüssen in einer Branche, in der der gewerkschaftliche Organisationsgrad von Pflegekräften gegen Null geht, eine solch überragende Rolle einräumt, dann ist das nichts anderes als eine einseitige Parteinahme zugunsten von Gewerkschaften bzw. deren Funktionären. D.h. im Umkehrschluss, Gewerkschaften müssen sich zukünftig nicht mehr um Mitglieder bemühen, um eine gewisse Wirkmächtigkeit zu erreichen. Sie werden zum reinen Funktionärsverband ohne Verankerung bei den Beschäftigten einer Branche. Denn sie können im Zweifel auf Unterstützung des Staates hoffen. Die Prinzipien der Tarifautonomie, die immerhin Eingang in unsere Verfassung erhalten haben, werden damit aufgegeben. Wenn solche Regelungen regelmäßig Gesetzeskraft erlangen, dann braucht es zukünftig keine unabhängigen Tarifparteien mehr, wie wir sie kennen. Sie dienen dann lediglich als Feigenblatt für eine staatlich gestützte gewerkschaftliche Lohnsetzung.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. lehnt die vorgesehenen Änderungen des § 72 und § 82c SGB XI daher ab. Sie sind für unsere Unternehmen existenzgefährdend, können Lohnentwicklungen abbremsen und sind rechtlich in höchstem Maße zweifelhaft. Als Arbeitgeberverband, der mit beiden Füßen fest auf dem Boden unseres Grundgesetzes steht, werden wir unseren Mitgliedern mit einem derart weit gehenden Eingriff in deren Handlungs- und Gestaltungsfreiheiten selbstverständlich bei möglichen rechtlichen Auseinandersetzungen zur Seite stehen.

Zusammenfassung

Die im Entwurf des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) eines „Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung“ geplanten Änderungen des § 72 SGB XI sowie des § 82c SGB XI lehnt der bpa Arbeitgeberverband e.V. vollumfänglich ab.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. unterstützt höhere Löhne für Pflegekräfte. Für höhere Löhne braucht es aber keinen Tariflohnzwang, sondern eine gesicherte Refinanzierung. Bei dieser Refinanzierung dürfen nicht nur einzelne Gehälter mit einbezogen werden, sondern es müssen betriebliche Risiken und ein unternehmerisches Wagnis berücksichtigt werden (hierzu verweisen wir im Einzelnen auf die ausführliche Stellungnahme des bpa e.V.). Die in den Änderungsanträgen vorgesehene Koppelung von Versorgungsverträgen an eine tarifliche Entlohnung lehnt der bpa Arbeitgeberverband e.V. entschieden ab. Sie gefährdet die privaten Pflegeeinrichtungen in ihrer Existenz, weil damit unternehmerisches Handeln in der Pflege weitgehend unmöglich wird.

Ein konstitutives Tariftreuekriterium, wie es der Entwurf in § 72 Absatz 3a SGB XI vorsieht, stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Arbeitsvertragsfreiheit (Art. 12 GG) und die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 Absatz 3 GG) dar. Neben verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Bedenken, tangiert sie außerdem die unternehmerische Freiheit und die europarechtliche Dienstleistungsfreiheit.

Denn selbst wenn die einzelne Einrichtung, die sich grundrechtskonform entschieden hat, keinen Tarifvertrag abzuschließen, nicht gezwungen wird, einen solchen abzuschließen, so soll sie doch gezwungen werden, die Abschlüsse von Dritten gegen sich gelten zu lassen.

Während einzelne landesrechtliche Tariftreueregelungen gerade noch verfassungskonform erscheinen mögen, weil die Auftragnehmer nicht gezwungen sind, für einen öffentlichen Auftraggeber ihre Leistungen zu erbringen, ist diese Grenze hier eindeutig überschritten. Ohne Versorgungsverträge können Pflegebetriebe kaum existieren. Deshalb halten wir ein solches Tariftreuekriterium, das die Existenz von Betrieben gefährdet, wenn sie keinen Tarifvertrag abschließen beziehungsweise sich keinem Tarifvertrag unterwerfen, für verfassungswidrig.

Der Gesetzentwurf umgeht sämtliche gesetzlichen und von der Rechtsprechung definierten Vorgaben zur einseitigen, staatlichen Tarifsetzung. Sowohl die Arbeitgeber wie auch die Gewerkschaften werden zum einen einer eigenständigen Tarifpolitik für ihre Mitglieder beraubt, zum anderen dient der Abschluss von Tarifverträgen dann nicht mehr vorrangig der Regelung von eigenen Arbeitsbedingungen, sondern dem Existenzert der Pflegeeinrichtung. Mit autonomer Gestaltung der eigenen Arbeitsbedingungen nach Art. 9 Absatz 3 GG und dem danach notwendigen „Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit“ (BAG 4.6.2008 – 4 AZR 419/07 – AP TVG § 3 Nr. 38) hat das nichts zu tun – es ist vielmehr „Tarifpolitik im Staatsauftrag“¹.

Es bestehen gravierende Bedenken gegen die Regelungen in § 72 Absatz 3c SGB XI des Entwurfs, die Verfahrens- und Prüfungsgrundsätze für die Einhaltung der Zulassungsvoraussetzungen in Form von Richtlinien des Spitzenverbandes Bund der Pflegekassen festzulegen. Das Erfordernis einer Prüfung der materiellen Voraussetzungen eines Tarifvertrages findet weder im Gesetzesentwurf noch in dessen Begründung Berücksichtigung. Die Erfüllung von Mindeststandards an beispielsweise die Repräsentativität des Tarifvertrages in der Region oder das Vorliegen eines öffentlichen Interesses werden durch den Gesetzgeber nicht beachtet. **Keinesfalls darf die Neuregelung in § 72 Absatz 3c SGB XI dazu führen, dass eine Prüfung dieser materiellen Voraussetzungen entfällt und dies dazu führt, dass ein Tarifvertrag, der nur von einer Minderheit der Arbeitgeber geschlossen wurde, für alle Träger in der Pflege – sei es regional oder bundesweit – verbindlich wird.**

Bereits heute sind die Pflegeeinrichtungen extrem reguliert – insbesondere die Personalmenge, deren Qualifikation sowie die Höhe der Pflegesätze und Vergütung sind festgelegt. Werden jetzt noch die einzelnen Gehälter festgeschrieben und zu durchlaufenden Posten ohne Berücksichtigung der betrieblichen Risiken und des unternehmerischen Wagnisses, sind die Pflegunternehmen gefährdet, weil damit unternehmerisches Handeln in der Pflege weitgehend unmöglich wird.

Im Gesetzentwurf findet sich kein einziger Hinweis zur verlässlichen Berücksichtigung eines notwendigen unternehmerischen Zuschlags bei den Entgeltverhandlungen. Die Personalkosten machen bei Pflegeeinrichtungen und -diensten im Schnitt über 70 Prozent aus. Unsere Träger haften persönlich für den Erfolg ihres Unternehmens, aber selbstverständlich auch für jeden Misserfolg. Wenn politisch so tief in die Finanzierung eingegriffen wird, dann müssen zumindest

¹ vgl. Franzen, ZFA-Heft 2/2021, Seite 153 f.

auch verlässliche Aussagen zur angemessenen Berücksichtigung der unternehmerischen Risiken und des unternehmerischen Wagnisses getroffen werden. Wer A sagt, kann doch bei B nicht einfach schweigen.

Es kommt auf höhere Löhne an – nicht auf eine höhere Tarifbindung!

Zu den Vorschriften im Einzelnen:

I. § 72 SGB XI

Tarifliche Entlohnung

A) Beabsichtigte Neuregelung

Ab dem 1. September 2022 dürfen Pflegeeinrichtungen nur zugelassen sein, wenn sie bezüglich der Entlohnung der Beschäftigten im Pflege- und Betreuungsbereich entweder selbst einen Tarifvertrag abgeschlossen haben oder an kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gebunden sind. Ist dies nicht der Fall, gelten die Zulassungsvoraussetzungen auch dann als erfüllt, wenn die Pflegeeinrichtungen ihren Beschäftigten im Pflege- und Betreuungsbereich mindestens eine Entlohnung in der Höhe eines anwendbaren Tarifvertrages zahlen.

B) Stellungnahme

Eine solche Tariftreuregelung lehnt der bpa Arbeitgeberverband e.V. ab, denn sie bedeutet nichts anderes als einen de facto Tarifzwang: Pflegeeinrichtungen werden dadurch gezwungen, eine vom Staat vorgegebene Tarifentlohnung zu zahlen. Solche konstitutiven Tariftreueforderungen, wie sie der vorliegende Änderungsantrag vorsieht, begegnen tiefgreifenden verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Bedenken. Sie tangieren die grundgesetzlich geschützte Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie, die unternehmerische Freiheit und die europarechtliche Dienstleistungsfreiheit. Im Gegenzug ist beispielsweise mit dem Mindestlohngesetz und dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz bereits ein weitreichender Arbeitnehmerschutz gewährleistet.

1. Tarifliche Entlohnung in der föderalen sozialen Pflegeversicherung und der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz – ein unmögliches Verhältnis

Es bleibt unklar, was genau unter einer tariflichen Entlohnung zu verstehen wäre und vor allem auf welchen Tarifvertrag Bezug genommen wird. Der Wortlaut der im Entwurf beabsichtigten neu einzufügenden Absätze 3a bis 3f von § 72 SGB XI ist zu unbestimmt im Sinne des Art. 80 Absatz 1 GG. Um dieses Problem zu lösen, müsste ein einheitlich geltender Tarifvertrag vorhanden sein, damit für alle Parteien klar und bestimmt ist, von welchem Tarifvertrag die

Zulassung der Versorgungsverträge abhängig gemacht würde. Ist es möglich, aus verschiedenen Tarifverträgen einen eigenen Entlohnungstarif zu schaffen, das sich an tariflich verschiedenen Lohngruppen und -stufen orientiert?

Der dynamische Gesetzesverweis nimmt keinerlei Rücksicht darauf, welche Tarife im konkreten Fall für eine Tariftreueerklärung überhaupt im Betracht kommen.

Neben der sich nicht aus dem Gesetzestext ergebenden Regelung, welcher Tarifvertrag Anwendung findet, bleibt gleichfalls offen, wann in einer Region kein Tarifvertrag gilt. Auch gibt es aktuell Regionen – vorrangig in den ostdeutschen Bundesländern wie beispielsweise Sachsen-Anhalt und Mecklenburg-Vorpommern – in denen kein regionaler Tarifvertrag abgeschlossen wurde. Die Regelung in § 72 Absatz 3b Nr. 1 und Nr. 2 des Entwurfs, dass irgendein im Land oder in einer einzigen Pflegeeinrichtung in der Region geschlossener Tarifvertrag genügt, wird kaum die Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz erfüllen.

Dem Bestimmtheitsgebot wird auch nicht dadurch Rechnung getragen, dass der Gesetzgeber dem Spitzenverband Bund der Pflegekassen in § 72 Absatz 3c SGB XI des Entwurfs die Befugnis erteilt, „das Nähere insbesondere zu den Verfahrens- und Prüfgrundsätzen für die Einhaltung der Vorgaben der Absätze 3a und 3b“ festzulegen. Den Pflegekassen darf jedenfalls keine Rolle übertragen werden, die eine Auswahl oder Überprüfung der anwendbaren Tarifverträge ermöglicht. Das wäre mit der Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie nicht zu vereinbaren. Im Übrigen wären diese für eine solche Funktion, die ihrer eigentlichen Aufgabenstellung völlig fremd ist, auch gar nicht geeignet.

2. Tarifzwang als Voraussetzung für eine unternehmerische Tätigkeit – Verstoß gegen Art. 9 Absatz 3 und Art. 12 Absatz 1 GG

Das Verfahren des geplanten § 72 Absatz 3b in Verbindung mit Absatz 3c SGB XI wirft zwangsläufig die Frage nach einer Erstreckung von Tarifvertragsnormen gem. § 5 TVG und § 7a AEntG auf, womit sich einerseits eine gewisse „Spiralwirkung“ ergeben und andererseits der Sinn und Zweck einer Gesetzesänderung des § 72 SGB XI erübrigt.

Die geplante Änderung von § 72 durch die Einfügung der im Entwurf genannten Absätze 3 b und 3 c SGB XI würde ebenso zu einer Tarifbindung der (Mehrheit von) Außenseiter-Arbeitgeber und Arbeitnehmer führen, wie die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifvertragsnormen nach § 5 TVG oder die Tarifnormerstreckung kraft Rechtsverordnung gem. § 7a AEntG. Das zwingende

Erfordernis einer „Entlohnung [...], die die Höhe der Entlohnung eines Tarifvertrages nicht unterschreitet [...]“ zum Abschluss von Versorgungsverträgen mit den Pflegekassen stellt auch unter diesem „Deckmantel“ einen verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG sowie mittelbar in die Arbeitsvertragsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG dar.

Die im Gesetzentwurf geplante Änderung von § 72 SGB XI ist damit verfassungsrechtlich unzulässig und wird schon deshalb vom bpa Arbeitgeberverband e.V. abgelehnt.

3. Begriff der „Entlohnung“ führt zu de facto Tarifbindung für die gesamte Branche

Die Neuregelung des § 72 Absatz 3b SGB XI definiert den Bindungsumfang aller Pflegeeinrichtungen an die „Entlohnung“ eines einschlägigen Tarifvertrages. Weder im Gesetz noch in der Gesetzesbegründung finden sich nähere oder erläuternde Hinweise, welche Gehaltsbestandteile damit erfasst sind. Es findet sich allein der Hinweis, dass „mindestens eine Entlohnung in der jeweiligen Höhe eines Tarifvertrages“ zu zahlen ist. Sofern dies bedeutet, dass neben der Grundvergütung einschließlich Entgeltbestandteilen, die an die Art der Tätigkeit, Qualifikation und Berufserfahrung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und die Region anknüpfen, auch Zulagen, Zuschläge und Gratifikationen, einschließlich Überstundensätze gehören, kommt eine derart umfangreiche Entlohnungsstruktur einer de facto-Tarifbindung gleich, was den grundrechtlichen Eingriff verschärft.

Weiterhin ist mit dieser Vorgabe nicht klar, welche Entgelte in den einzelnen Regionen gezahlt werden müssen, um den Pflegebetrieb fortsetzen zu können. Es bleibt unklar, ob und gegebenenfalls welche anderweitigen Leistungen auf das Entgelt angerechnet werden können.

In Regionen mit geringer Tarifiedichte wird die Regelung des § 72 Absatz 3b Nr. 1 des Entwurfs für Pflegeeinrichtungen unter Umständen darauf hinauslaufen, dass der bundesweit gültige TVöD für den Dienstleistungsbereich Pflege- und Betreuungseinrichtungen (TVöD-B) zur Anwendung gelangt. Ein bundesweit geltender Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst enthält kaum angemessene Bedingungen für den privaten Pflegesektor. Im Ergebnis nicht anders zu bewerten ist die Entwurfsregelung in § 72 Absatz 3b Satz 1 Nr. 2, der zur Anwendung eines anderen Haustarifs verpflichtet. Die einzelnen Pflegeeinrichtungen können kaum darauf zählen, dass ein auf die spezifische Situation in einem anderen Betrieb oder Unternehmen zugeschnittenes Regelwerk ihren eigenen Bedürfnissen gerecht wird.

Noch einmal ganz erheblich verstärkt wird der Druck, entweder einem tarifschließenden Verband beizutreten oder einen eigenen Haustarifvertrag abzuschließen, durch die Entwurfsregelung zur Refinanzierung in § 82 c des Entwurfs (siehe weiter unten).

4. Tariflohn als Höchstlohn

Tariflöhne sind aufgrund ihres regulatorischen Charakters sehr starr und wirken unter Umständen investitions- und innovationshemmend. Sie können zudem Höchstlohncharakter haben, weil Kostenträger sich die Frage stellen, warum sie übertarifliche Löhne noch bezahlen sollen. Übertarifliche Löhne können aber notwendig sein, um in manchen Regionen Personal zu gewinnen und damit die Versorgung aufrecht zu erhalten.

Der Höchstlohncharakter wird durch die Regelung in § 82 c Absatz 2 des Entwurfs per Gesetz zementiert (siehe unten).

5. Einseitiges Förderprogramm für Gewerkschaften – das Ende der Tarifpartnerschaft

Schließlich fördert die Neuregelung in § 72 SGB XI einseitig Gewerkschaften unabhängig davon, ob überhaupt und wie viele Arbeitnehmer sie in der Branche vertreten. Völlig unabhängig von ihrer Wirkungsmächtigkeit können sie dann Abschlüsse durchsetzen. Denn ohne diese Abschlüsse würden Betriebe ihre Existenz aufs Spiel setzen. Das führt zu einer Bevorzugung von Gewerkschaften und stellt die sozialpartnerschaftliche „balance of power“ völlig auf den Kopf. Unter diese Voraussetzungen werden Tarifverhandlungen zur Farce.

Wie bereits oben erwähnt, ist das eine einseitige Parteinahme zugunsten von Gewerkschaften und deren Funktionären. Die Prinzipien von Tariffreiheit beziehungsweise Tarifautonomie werden damit aufgegeben. Wenn solche Regelungen Schule machen, ist das das Ende der Tarifpartnerschaft.

Grundsätzlich führt eine politisch erzwungene Stärkung der Tarifbindung in einem freiheitlichen System der Tarifautonomie stets zu Ausweichreaktionen, die wiederum neue politische Versuche produzieren, „Abweichler“ einzufangen. Das deutsche System der Tarifautonomie setzt dagegen im Grundsatz auf freiwilligen Verbandsbeitritt und benötigt für seine Funktionsfähigkeit eine breite Mitgliederbasis der Verbände.

6. Nicht zu rechtfertigender Eingriff in die unternehmerische Freiheit

Es gibt in Deutschland ein Recht auf unternehmerische Freiheit (Art. 2, 12, 14 GG). Das heißt nicht, dass ein Unternehmer alles tun kann, was er will. Vielmehr können ihm Vorgaben gemacht werden.

In der Pflege gibt es zahlreiche solcher Vorgaben beziehungsweise Auflagen (Personalanzahl, Fachkräfteanzahl, Vorgaben zur Qualifikation für die einzelne Leistung, Vorgaben zu Investitionen, Vorgaben zu den Preisen etc.). Mit einem mindestens 70-prozentigen Anteil an den Gesamtkosten fallen die Personalkosten in den Pflegeeinrichtungen besonders stark ins Gewicht. Mit der Einführung der Pflegekommission wurde auch der Pflegemindestlohn für Pflegehilfskräfte erstmalig eingeführt. Bei der Schaffung dieser Untergrenze handelt es sich zwar um einen Eingriff in die unternehmerische Freiheit; dieser vergleichsweise noch geringe Eingriff ließ sich vor Einführung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns im Jahr 2015 und im Einzelfall auch darüber hinaus noch mit sozialpolitischen Erwägungen rechtfertigen. Bei einer Koppelung von Versorgungsverträgen an eine tarifliche Entlohnung kommt man jedoch schnell zu einem anderen Ergebnis. Eine solche Vorgabe zielt auf den Kern der unternehmerischen Betätigung, weil ein Pflegeunternehmen gegebenenfalls von der Pflegeversorgung (und der Refinanzierung durch die Pflegeversicherung) ausgeschlossen und damit – anders als bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – auch im Übrigen an einer wirtschaftlich sinnvollen Betätigung gehindert, also gänzlich aus dem Pflegemarkt gedrängt, wird.

Ein derart schwerwiegender Eingriff ist im Ergebnis nicht mehr zu rechtfertigen und stellt somit einen Grundrechtsverstoß dar.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. lehnt die Änderung des § 72 SGB XI ab, weil sie für die Betriebe existenzgefährdend und verfassungswidrig ist.

C) Änderungsvorschlag

Änderungsantrag 5 ist zu streichen.

II. § 82c SGB XI

Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen

A) Beabsichtigte Neuregelung

Der neu einzufügende § 82c SGB XI ist eine Folgeregelung zur Neuregelung des § 72 SGB XI.

Ab dem 1. September 2022 kann bei tarifgebundenen oder an kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gebundenen Pflegeeinrichtungen eine Bezahlung der Beschäftigten bis zur Höhe der aus dieser Bindung resultierenden Vorgaben nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden. Bei Pflegeeinrichtungen, die nicht unter Satz 1 fallen, kann eine Entlohnung der Arbeitnehmer nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden, soweit die Höhe der Entlohnung nach dem für sie maßgeblichen Tarifvertrag das regional übliche Entgeltniveau nicht deutlich überschreitet. Eine deutliche Überschreitung wird mit einem Umfang von mehr als 10 Prozent definiert. Für eine darüberhinausgehende Entlohnung der Beschäftigten bedarf es eines sachlichen Grundes.

Der Spitzenverband Bund der Pflegekassen legt bis zum 30. September 2021 in Richtlinien das Nähere zum Verfahren fest.

Die Landesverbände der Pflegekassen sollen für das jeweilige Land veröffentlichen, welche Tarifverträge und kirchenarbeitsrechtlichen Regelungen eine regional übliche Entlohnung vorsehen.

B) Stellungnahme

Der Gesetzgeber verspricht den Pflegekräften durch die vorgelegten Änderungsanträge deutliche Lohnerhöhungen von mehreren hundert Euro im Monat. Die Regelungen in § 82c SGB XI stehen dazu im Widerspruch. Für nicht tarifgebundene Pflegeunternehmen wird vielmehr ein Refinanzierungs- und damit Lohndeckel eingeführt! Denn bei nicht tarifgebundenen Pflegeeinrichtungen darf der maßgebende Tarifvertrag maximal 10 Prozent über dem regional üblichen Entgeltniveau liegen. Nicht tarifgebundene Pflegeeinrichtungen haben also nicht die Möglichkeit, sich am höchsten Tarif zu orientieren, sondern sind in ihrer Tarifwahl und der Höhe der Entlohnung eingeschränkt. Eine solche Ungleichbehandlung von tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Einrichtungen lehnt der bpa Arbeitgeberverband e.V. strikt ab. Letzten Endes werden durch diese Bestimmung die Gehälter von Pflegeeinrichtungen durch den Gesetzgeber gekappt – was der

verkündeten Intention des Gesetzes klar widerspricht. Auch hier muss sich der Gesetzgeber wieder fragen lassen, was das eigentliche Ziel ist:

Höhere Löhne oder eine höhere Tarifbindung?

Tariflöhne bekommen durch die Regelung in § 82c Absatz 2 SGB XI einen zusätzlichen Höchstlohncharakter, weil Kostenträger den Bedarf an einer übertariflichen Bezahlung regelmäßig ablehnen werden. Der Marktlohn dagegen hebt diese Restriktionen auf, was der rund doppelt so starke Anstieg der Löhne in der Pflege in den letzten fünf Jahren im Vergleich zur Gesamtwirtschaft zeigt.

In den vergangenen zehn Jahren sind die Löhne von Fachkräften in Pflegeheimen sogar um rund 40 Prozent gestiegen. Mit über 3.350 Euro liegt der Durchschnittslohn damit laut Statistischem Bundesamt höher als der Durchschnittslohn aller Fachkräfte.

1. Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG) und den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG)

Insbesondere die Neuregelung in § 82c Absatz 2, wonach eine Entlohnung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Leistungen der Pflege oder Betreuung von Pflegebedürftigen erbringen, als unwirtschaftlich abgelehnt werden kann, wenn für ihre Entlohnung das regional übliche Entgeltniveau deutlich überschritten wird, diskriminiert nicht tarifgebundene Pflegeeinrichtungen und verstärkt den Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützten Grundrechte des Artikel 9 und Artikel 12 Grundgesetz. Die gesetzliche Neuregelung nimmt nicht tarifgebundenen Pflegeeinrichtungen die Möglichkeit, ihre Pflegekräfte übertariflich (um mehr als 10 Prozent des regional üblichen Entgeltniveaus) zu entlohnen. Gleichzeitig gilt diese Begrenzung nicht für tarifgebundene Pflegeeinrichtungen.

Nicht tarifgebundene Pflegeeinrichtungen, die nach einem einschlägigen Tarifvertrag entlohnen, laufen Gefahr, dass die Kostenträger die Wirtschaftlichkeit der Personalaufwendungen ablehnen, weil die Entlohnung nicht „regional üblich“ ist. Insbesondere Pflegeeinrichtungen in Regionen, in denen derzeit kein regionaler Tarifvertrag angewendet wird, laufen bei einem Rückgriff auf einen bundesweit gültigen Tarifvertrag Gefahr, die daraus entstehenden Personalkosten als unwirtschaftlich abgelehnt zu bekommen.

Pflegeunternehmen sind damit ungeachtet ihrer Tariftreue in doppelter Hinsicht strukturell gegenüber tarifgebundenen Anbietern benachteiligt: Zum einen sind sie durch die ungesicherte Refinanzierung der Löhne in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht.

Zum anderen werden sie vor Schwierigkeiten bei der im Pflegesektor ohnehin schon äußerst problematischen Personalgewinnung stehen, wenn tarifgebundene Konkurrenten ohne Rücksicht auf das regionale Entgeltniveau bessere Bedingungen bieten können und dabei uneingeschränkt refinanziert werden.

Weiterhin verstößt der Entwurf des § 82c gegen den Gleichheitsgrundsatz des Artikel 3 Absatz 1 GG, weil die Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen nicht einheitlich beurteilt wird: **Tarifgebundene Arbeitgeber bekommen die von ihnen gezahlten Gehälter nach § 82 c Absatz 1 des Entwurfs selbst dann finanziert, wenn diese weit über dem regional üblichen Entgeltniveau liegen. Demgegenüber soll bei tariftreuen Arbeitgebern, die zwar keine normative Tarifbindung eingegangen sind, aber ebenfalls nach Tarif zahlen, die 10-Prozent-Grenze des § 82c des Entwurfs greifen.**

2. Systemwidriges Vorgehen – Lohnsonderregelungen für die Pflegebranche in §§ 7a und 10 ff. AEntG werden umgangen

Erst im November 2019 hat der Gesetzgeber mit einer Änderung des Arbeitnehmerentsendegesetzes einen Beitrag dafür geleistet, dass die Arbeitsentgelte in der Altenpflege steigen. Zu diesem Zweck sollte neben anderem die Tarifbindung in der Pflegebranche erhöht werden. Deshalb wurde das Arbeitnehmerentsendegesetz um einen § 7a ergänzt und die Voraussetzungen für die Geltung eines branchenweiten Tarifvertrages definiert. Die gesetzlichen Vorgaben an eine Tarifbindung würden durch den Gesetzentwurf umgangen.

Des Weiteren wird die Pflegekommission, die den Besonderheiten bei der Lohnfindung in der Pflegebranche seit Jahren gerecht wird und nunmehr in diesem Jahr erstmalig als ständige Kommission berufen wird, de facto in großen Teilen abgeschafft.

C) Änderungsvorschlag

Änderungsantrag 5 ist zu streichen.

III. Gute Bezahlung nicht allein über Tarifverträge zu sichern – Öffnung für weitere Entgeltordnungen

Die Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen allein an die Entlohnung nach einem Tarifvertrag oder nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelung zu koppeln und daran zu orientieren, ist realitäts- und praxisfern und schränkt den Wettbewerb um die besten Löhne in der Pflege stark ein. Der bpa Arbeitgeberverband e.V. stellt seinen Mitgliedern und den Mitgliedern des bpa e.V. sogenannte Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) zur Verfügung. Bei den AVR handelt es sich um ein tarifähnliches Regelwerk in Form von bundeseinheitlichen Mantelvorschriften und länderspezifischen Entgelttabellen. Es bestehen für jedes Bundesland gesonderte Entgelttabellen, mithilfe derer die Verbandsmitglieder eine Untergrenze ihrer Entlohnungsbedingungen sowohl gegenüber Mitarbeitern und Bewerbern als auch gegenüber Kostenträgern transparent machen können. Wenn die Entgeltordnungen umgesetzt sind, dann sind sie im Übrigen verpflichtend für den Arbeitgeber.

Die sukzessive Einführung der AVR in den einzelnen Bundesländern seit Mitte 2017 stellt sich als eine Erfolgsgeschichte dar. Die Anzahl der umsetzenden Betriebe steigt stetig, auch wenn diese verständlicherweise stark von der jeweiligen Refinanzierung durch die Kostenträger abhängt. Dort, wo Abschlüsse mit den Kassen auf Grundlage der AVR möglich sind, ist die Akzeptanz der Mitglieder besonders hoch. Um einen Wettbewerb um die besten Löhne und Arbeitsbedingungen jenseits von starren Tarifwerken zu ermöglichen, sollten andere, vergleichbare Entgeltordnungen ebenfalls als wirtschaftliche Personalaufwendungen anerkannt werden.

Ohne die Berücksichtigung unserer AVR macht der Gesetzgeber eingeführte und gute Lohnstrukturen kaputt.

Änderungsvorschläge

Sofern der Gesetzgeber sich entschließt, trotz der massiven grundsätzlichen Bedenken und des erheblichen Klagerisikos eine Tariftreuerregelung in der Pflege weiter zu verfolgen, müssen zumindest gewisse Mindestanforderungen an einen solchen Gesetzentwurf angelegt werden.

Sollte der Ausschuss für Gesundheit – trotz unserer kritischen Anmerkungen und der – dem Bundestag den Beschluss des unveränderten Änderungsantrags empfehlen, fordert der bpa Arbeitgeberverband e.V.,

§ 72 Absatz 3a SGB XI des Entwurfs wie folgt zu fassen:

Ab dem 1. September 2022 dürfen Versorgungsverträge nur mit Pflegeeinrichtungen abgeschlossen werden, die ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die Leistungen der Pflege oder Betreuung von Pflegebedürftigen erbringen, eine Entlohnung zahlen, die in Tarifverträgen oder kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen vereinbart ist, an die die jeweiligen Pflegeeinrichtungen gebunden sind. **Dies umfasst auch Pflegeeinrichtungen, die für den in Satz 1 genannten Kreis von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern an eine Entlohnung nach anderen kollektiven Entgeltordnungen ihres Verbandes gebunden sind, sofern die Entlohnung danach die Höhe eines Tarifvertrages nach Absatz 3b Nr. 1 oder Nr. 2 nicht unterschreitet.**

§ 82c Absatz 1 wird wie folgt geändert:

„Ab dem 1. September 2022 kann bei tarifgebundenen, oder an kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gebundenen Pflegeeinrichtungen eine Bezahlung von Gehältern der Beschäftigten bis zur Höhe der aus dieser Bindung resultierenden Vorgaben nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden. **Gleiches gilt für Pflegeeinrichtungen, die an eine Entlohnung nach anderen kollektiven Entgeltordnungen ihres Verbandes gebunden sind, sofern die Entlohnung danach die Höhe eines Tarifvertrages nach § 72 Absatz 3b Nr. 1 oder Nr. 2 nicht unterschreitet.**“

IV. Berücksichtigung von betrieblichen Risiken und unternehmerischem Wagnis

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. unterstützt höhere Löhne für Pflegekräfte. Für höhere Löhne braucht es aber keinen Tariflohnzwang, sondern eine gesicherte Refinanzierung. Bei dieser Refinanzierung dürfen nicht nur einzelne Gehälter mit einbezogen werden, sondern es müssen betriebliche Risiken und ein unternehmerisches Wagnis berücksichtigt werden. Die in den Änderungsanträgen vorgesehene Koppelung von Versorgungsverträgen an eine tarifliche Entlohnung lehnt der bpa Arbeitgeberverband e.V. entschieden ab. Sie gefährdet die privaten Pflegeeinrichtungen in ihrer Existenz, weil damit unternehmerisches Handeln in der Pflege weitgehend unmöglich wird.

Der Bundesminister für Gesundheit hat am 2. Juni 2021 in seiner Pressekonferenz gesagt:

„Aber wir werden jedenfalls schon auch die Möglichkeit unternehmerischen Handelns in der Pflege brauchen, von der Caritas bis zum privaten Anbieter, damit wir ausreichend Angebot haben. Und zwar auch in der Fläche ausreichend Angebot haben. Die Städte jedenfalls als staatliches Angebot alleine werden das nicht stemmen können.“

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. nimmt Jens Spahn beim Wort. Um diese Möglichkeit unternehmerischen Handelns in der Pflege sicherzustellen, verweisen wir auf die Stellungnahme des bpa e.V. und den konkreten Vorschlag zur Berücksichtigung des betrieblichen Risikos und des unternehmerischen Wagnisses.

Berlin, 4.6.2021