

bpa Arbeitgeberverband e.V.

Stellungnahme zur

Formulierungshilfe

des Bundesministeriums für Gesundheit

**„Klarstellungen zum Verfahren zur Entlohnung nach
Tarif in der Langzeitpflege“**

Berlin, 17. März 2022

Stellungnahme zur Formulierungshilfe des Bundesministeriums für Gesundheit zu Klarstellungen zum Verfahren zur Entlohnung nach Tarif in der Langzeitpflege

(Einfügung in Entwurf der Formulierungshilfe zum Pflegebonusgesetz – PfIBG)

Das Bundesministerium für Gesundheit hat am 14. März 2022 eine Formulierungshilfe: Klarstellungen zum Verfahren zur Entlohnung nach Tarif in der Langezeitpflege zum Entwurf der Formulierungshilfe zum Pflegebonusgesetz bekanntgegeben. Wir kommen der Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 17. März 2022 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 5.300 Mitgliedseinrichtungen der ambulanten, teilstationären und stationären Pflege sowie der Behindertenhilfe und der Kinder- und Jugendhilfe. Die Mitglieder des bpa Arbeitgeberverbandes e.V. beschäftigen über 230.000 Mitarbeiter. Der bpa Arbeitgeberverband e.V. ist eine Vereinigung privater Arbeitgeber im Sinne des § 2 Tarifvertragsgesetzes (TVG).

Wir nehmen ausschließlich und ausgewählt Stellung zu der Formulierungshilfe zum Verfahren zur Entlohnung nach Tarif in der Langzeitpflege. Zur Formulierungshilfe des Bundesministeriums für Arbeit für einen Entwurf eines Gesetzes zur Zahlung eines Bonus für Pflegekräfte in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen (Pflegebonusgesetz – PfIBG), verweisen wir auf die Stellungnahme des bpa e.V. Ebenfalls verweisen wir auf die Stellungnahme des bpa e.V. zu weiteren Aspekten zu den Klarstellungen zum Verfahren zur Entlohnung nach Tarif in der Langzeitpflege.

Grundsätzliche Überlegungen

Bereits in unserer Stellungnahme zu den Änderungsanträgen zum Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz (GVWG) vom 7. Mai sowie vom 4. Juni 2021 kritisierten wir, dass die Kopplung von Versorgungsverträgen für Pflegeeinrichtungen an eine tarifliche Entlohnung sowie die sich aus der (Neu-)Regelung des § 72 Absätze 3a bis 3f Sozialgesetzbuch XI (SGB) ergebene Folgeregelung in § 82c SGB XI zur Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen bei entsprechender Entlohnung nach Tarif mit der heißen Nadel gestrickt sind und alle bekannten und angewandten tarifrechtlichen Regelungen in anderen Gesetzen, z.B. Tarifvertragsgesetz (TVG), Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) umgehen.

Die nunmehr – neun Monate (!) nach der Verabschiedung des GVWG – folgenden Klarstellungen zum Verfahren der Entlohnung nach Tarif bekannt gemachte Formulierungshilfe bestätigt diese Einschätzung.

Zusammenfassung

Der zur Stellungnahme vorliegende Entwurf ist ein Eingeständnis in die mangelnde Praktikabilität und Umsetzungsklarheit der §§ 72, 82c SGB XI im Rahmen des GVWG. Es wird nun ein Versuch unternommen, die Mängel des GVWG zu beheben.

Selbst wenn mit der Ergänzung des § 72 Absatz 3 b SGB XI und der Einführung der Orientierung am regional üblichen Entgeltniveau als Voraussetzung für die zukünftige Zulassung als Pflegeeinrichtung, die erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die ursprüngliche Tariftreueregelung teilweise aufgenommen werden, bleiben die wesentlichen Einschränkungen der Grundrechte aus unserer Sicht bestehen. Das sind beispielsweise Verstöße gegen Artikel 12 und Artikel 3 Grundgesetz (GG).

Nachdem das Bundesministerium für Gesundheit in seiner Entwurfsbegründung darauf hinweist, dass maßgebliche und fachlich erforderliche Informationen nicht oder nicht vollständig dem Ministerium bekannt sind, ist es vor diesem Hintergrund den Pflegeeinrichtungen nicht zumutbar, bis zum 01.09.2022 die gesetzlich vorgegebenen Entgeltstrukturen umzusetzen, ohne ihre wirtschaftliche Existenz zu gefährden.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. fordert daher dringend, die Einführung der Zulassungsvoraussetzungen gemäß § 72 Absätze 3a – e SGB XI und der damit einhergehenden

Regelungen zur Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen in § 82c SGB XI, zu verschieben. Logisch wäre eine Verschiebung um 1 Jahr auf den 1. September 2023.

Die Zeit wird benötigt, um die von den tarifgebundenen Unternehmen gemeldeten Regelungen zur Entlohnung plausibel zu erfassen und für alle Pflegeeinrichtungen umsetzbar und nachvollziehbar veröffentlichen zu können. Des Weiteren ist es für eine sachgerechte und faire Umsetzung erforderlich und geboten, dass alle Pflegeeinrichtungen Zugang zu den Regelungen und Entgelttabellen von regional anwendbaren Tarifwerken und kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen haben. Dies ist derzeit nicht der Fall und wird nach derzeitigem Stand mit den vorgeschlagenen Änderungen voraussichtlich auch nicht bis zum 1.9.2022 gelingen.

Zu den Vorschriften im Einzelnen:

I. § 72 Absatz 3b SGB XI

Entlohnung in Höhe des regional üblichen Entgelts

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.

Der Entwurf erweitert nun den Entlohnungsbegriff dahingehend, dass eine Entlohnung in Höhe eines Tarifvertrages oder einer entsprechenden kirchlichen Arbeitsrechtsregelung auch dann als nicht unterschritten gilt, wenn die Entlohnung mindestens dem von den Landesverbänden der Pflegekassen veröffentlichten, regional üblichen Entgeltniveau nach § 82c Absatz 2 SGB XI in mindestens drei Qualifikationsstufen entspricht.

B) Stellungnahme

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. begrüßt die Erweiterung des Entlohnungsbegriffes, wonach eine Entlohnung in Höhe eines Tarifvertrages oder einer entsprechenden kirchlichen Arbeitsrechtsregelung auch dann nicht als unterschritten gilt, wenn die Entlohnung mindestens dem von den Landesverbänden der Pflegekassen veröffentlichten, regional üblichen Entgeltniveau nach § 82c Absatz 2 SGB XI in mindestens drei Qualifikationsstufen entspricht. Denn dieses Verfahren war so im GVWG nicht angelegt. Die Möglichkeit für Pflegeeinrichtungen, durch die Entlohnung in mindestens der Höhe des regional üblichen Entgelts die Zulassungsvoraussetzungen zum Erhalt eines Versorgungsvertrages nach dem SGB XI zu erhalten, fanden sich erstmalig in den Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 72 Absatz 3c SGB XI vom 24.01.2022. Es ist insofern nur konsequent, wenn die Zulassungs-Richtlinie durch die beabsichtigte Neuregelung eine gesetzliche Grundlage erhält.

Gleichwohl lehnt der bpa Arbeitgeberverband e.V. eine Tariftreueregelung weiterhin ab: Pflegeeinrichtungen werden auch über die Entlohnung in Höhe des regional üblichen Entgelts gezwungen, Gehaltsbestandteile - der Höhe und dem Grunde nach - nach einer vom Staat vorgegebene Tarifentlohnung zu zahlen. Solche konstitutiven Tariftreueforderungen begegnen tiefgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie tangieren grundgesetzlich geschützte Rechte wie die Koalitionsfreiheit, Arbeitsvertragsfreiheit, die Berufsfreiheit sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz. Mit dem Mindestlohngesetz und dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz ist übrigens bereits ein weitreichender Arbeitnehmerschutz in der Pflege gewährleistet.

Die Neuregelung des § 72 Absatz 3b SGB XI definiert den Bindungsumfang der Pflegeeinrichtungen an die „Entlohnung in Höhe des regional üblichen Entgelt-niveaus“ für „mindestens ... drei Qualifikationsgruppen“. In der Entwurfsbegründung wird dazu lediglich ausgeführt: „Welche Qualifikationsgruppen jeweils zugrunde gelegt werden und wie die Zuordnung zu diesen Gruppen erfolgt (einschließlich möglicher weiterer Differenzierungen sowie der Aufnahme weiterer Gruppen), wird in den Richtlinien des Spitzenverbandes Bund der Pflegekassen nach § 72 Absatz 3c sowie nach § 82c Absatz 4 konkretisiert.“ Mit dieser Regelung überträgt das Gesetz in der Sache die Anordnung und Ausgestaltung der Entlohnung in einer ganzen Branche auf eine Körperschaft, nämlich den Spitzenverband der Pflegekassen, die weder über eine auf diesen Regelungsinhalt abzielende demokratische noch über eine mitgliedschaftliche Legitimation im Miteinander der Sozialpartner, also im Aushandeln der verbindlichen Entgeltregelungen, verfügt.

Auch die Erweiterung und Neuregelung im Entwurf kann den vorhandenen Konflikt nicht lösen, dass an die Stelle der durch Art. 12 Absatz 1 GG eingeräumten Freiheit, die Entgelte frei zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auszuhandeln, letztlich eine einseitige, staatliche Festsetzung von Entgelttarifen treten soll. In jedem Fall wird praktisch eine Bindung an das von Dritten festgelegte Gehaltsniveau statuiert.

Hinzu kommt, dass bis dato, also ca. 5 Monate vor Inkrafttreten der Zulassungsvoraussetzungen ab dem 1. September 2022, weiterhin mit der gesetzlichen Vorgabe nicht klar ist, welche Entgelte für welche Qualifikationsgruppen gezahlt werden müssen, um den Pflegebetrieb ab dem 01.09.22 fortsetzen zu können. Es bleibt unklar, ob und gegebenenfalls welche anderweitigen Leistungen auf das Entgelt angerechnet werden können und welche Qualifikationsgruppen unter die Regelung fallen.

Diese mangelnde Regelungs- und Umsetzungsklarheit, erhöhen noch einmal ganz erheblich den Druck, entweder einem tarifschließenden Verband beizutreten oder einen eigenen Haustarifvertrag abzuschließen.

Damit wird nicht nur gegen die Arbeitsvertragsfreiheit, sondern auch mindestens gegen die negative Koalitionsfreiheit nach Artikel 9 Absatz 3 GG verstoßen.

C) Änderungsvorschlag

Die Änderung des § 72 Absatz 3b durch Einfügung nach Satz 1 SGB XI kann die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht zerstreuen und wird insbesondere in Verbindung mit einer Umsetzung zum 01.09.2022 abgelehnt.

II. § 72 Absatz 3e SGB XI

A) Beabsichtigte Neuregelung

§ 72 Absatz 3e konkretisiert, welche Informationen von den kollektivrechtlich gebundenen Pflegeeinrichtungen jährlich bis zum 30. September zu melden sind, und verpflichtet diese gleichzeitig zur Übermittlung der zu diesem Datum jeweils geltenden, durchgeschriebenen Fassung des angewendeten Tarifvertrags oder der angewendeten kirchlichen AVR.

B) Stellungnahme

Schon sehr frühzeitig hat der bpa Arbeitgeberverband e.V. darauf hingewiesen, dass der Zugang zu den Regelungen und Entgelttabellen von regional anwendbaren Tarifwerken und kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen nur sehr eingeschränkt möglich ist. Weder sind die Tarifregister auf Bundes- und Landesebene vollständig und aktuell, noch sind die registerführenden Stellen regelhaft bereit, unproblematisch und kurzfristig Abschriften der Vertragswerke zu versenden. Die Verpflichtung der an Tarifverträge oder AVR gebundenen Einrichtungen zur Übersendung der Vertragswerke und die damit verbundene Verpflichtung der Landesverbände der Pflegekassen nach § 82c Absatz 5 SGB XI, diese den Pflegeeinrichtungen zur Verfügung zu stellen, wird ausdrücklich begrüßt. Es wird sich zeigen, ob dies in der Praxis umsetzbar ist. Bereits vor fast einem halben Jahr hätten diese als Entscheidungsgrundlage für die nicht tarifgebundenen Pflegeeinrichtungen zur Verfügung stehen müssen.

Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass die Existenz einer „durchgeschriebenen Fassung“ eines Tarifwerkes bzw. einer AVR nicht die Regel ist. Sofern Absatz 3e ausschließlich der Verpflichtung zur Übersendung der durchgeschriebenen Fassung des angewendeten Vertragswerkes enthält, dürfte die Regelung weitgehend ins Leere laufen, weil die Forderung der Übersendung der aktuellen Vertragswerke, die nicht in einer durchgeschriebenen Fassung zusammengeführt sind, auf dieser Grundlage zurückgewiesen werden könnte.

C) Änderungsvorschlag

Absatz 3e Satz 2 ist so zu präzisieren, dass nur, soweit es eine durchgeschriebene Fassung gibt, diese und ansonsten die jeweils zum 30. September des Jahres geltenden Fassungen

des angewendeten Tarifvertrages oder der angewendeten kirchlichen Arbeitsrechtsregelung zu übermitteln sind.

III. Der Eingriff in verfassungswidrige Grundrechtspositionen der Pflegebetriebe bleibt bestehen

Der uns zur Stellungnahme vorliegende Gesetzesentwurf entkräftet nicht die verfassungsrechtlichen Bedenken an den Regelungen einer tariflichen bzw. in Höhe der regional üblichen Entlohnung gemäß §§ 72, 82c SGB XI, die im Rahmen des GVWG umgesetzt wurden.

Für nicht tarifgebundene Pflegeunternehmen gilt ab dem 1. September 2022 ein Refinanzierungs- und damit Lohndeckel! 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. 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 immer noch fragen lassen, was das eigentliche Ziel ist:

Höhere Löhne oder eine höhere Tarifbindung?

1. Verstoß gegen die Arbeitsvertragsfreiheit (Art. 12 GG) und den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG)

Insbesondere die Regelung in § 82c Absatz 2 SGB XI, 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 das verfassungsrechtlich geschützte Grundrecht des Artikel 12 GG. Die gesetzliche Regelung nimmt nicht tarifgebundenen Pflegeeinrichtungen die Möglichkeit, ihre Pflegekräfte übertariflich (um mehr als 10 Prozent des regional

üblichen Entgelt-niveaus) 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.

Pflegeunternehmen sind damit ungeachtet ihrer Tariftreue bzw. einer Entlohnung auf Grundlage des regional üblichen Entgelt-niveaus 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 Entgelt-niveau bessere Bedingungen bieten können und dabei uneingeschränkt refinanziert werden.

§ 82c SGB XI verstößt weiterhin 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 SGB XI selbst dann finanziert, wenn diese weit über dem regional üblichen Entgelt-niveau liegen. Demgegenüber greift bei allen anderen Arbeitgebern, die zwar keine normative Tarifbindung eingegangen sind, aber ebenfalls nach Tarif zahlen, die 10-Prozent-Grenze des § 82c SGB XI.

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 weiter 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 werden durch das Gesetz weiterhin umgangen.

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

IV. Fristverschiebung notwendig

Die Umsetzungsfrist 01.09.2022 ist nicht haltbar.

Der 1. September 2022 als Umsetzungstermin für die Tarif-treueregelung nach dem GVWG muss ausgesetzt werden. Für eine unternehmerisch verantwortungsvolle Entscheidung der Pflegeeinrichtungen im Hinblick auf die zukünftige Entlohnungsgestaltung bedarf es einer belastbaren Datengrundlage, des kurzfristigen Zugangs zu Informationen über die Inhalte der zur Auswahl stehenden Tarifwerke bzw. AVR und eines adäquaten Zeitraums für Kalkulation und Verhandlung der Vergütungen. Ohne diese verlässlichen, plausibilisierten Daten und die erforderliche Transparenz zu den Wahlmöglichkeiten ist den Pflegeeinrichtungen eine Entscheidung über deren zulassungsrelevante Entlohnungsstruktur nicht möglich. Wie der Gesetzesbegründung zu entnehmen ist, fehlt es hieran gegenwärtig.

Daher empfehlen wir eine Verschiebung des gesamten Projektes, das auch nach Meinung des Gesetzgebers die Mängel des ursprünglichen Gesetzentwurfes erst frühestens zum 30.09.2022 beseitigt, nach der Logik des ursprünglichen Gesetzes und des theoretischen Fahrplans zur Tariftreue um bis zu einem Jahr.