

## Materialien

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 21. Oktober 2019  
um 13:30 Uhr zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung  
Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhneverbesserungsgesetz)  
- BT-Drucksache 19/13395

b) Antrag der Abgeordneten Pia Zimmermann, Susanne Ferschl, Matthias W. Birkwald,  
weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.  
Pflegelöhne auf Tarifniveau sofort finanzieren - BT-Drucksache 19/14023

### Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung.....	2
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen.....	3
C. Stellungnahmen eingeladener Verbände und Einzelsachverständiger	
Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn .....	4
Arbeitgeberverband Pflege e.V. ....	10
bpa Arbeitgeberverband e.V. ....	20
Kommissariat der deutschen Bischöfe .....	33
Diakonie Deutschland- Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V. ....	38
Deutscher Caritasverband e.V.....	42
Prof. Klaus Bepler, Berlin .....	43
Prof. Dr. Jens M. Schubert, Berlin .....	53
Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband - Gesamtverband e.V. ....	56
D. Stellungnahmen nicht eingeladener Verbände	
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände .....	58

## Mitteilung

Berlin, den 16. Oktober 2019

**Die 59. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales findet statt am Montag, dem 21. Oktober 2019, 13:30 Uhr bis ca. 15:00 Uhr 10557 Berlin, Konrad-Adenauer-Str. 1 Paul-Löbe-Haus, Sitzungssaal E.400**

Sekretariat  
Telefon: +49 30 - 227 3 24 87  
Fax: +49 30 - 227 3 60 30

Sitzungssaal  
Telefon: +49 30 227 3 03 02  
Fax: +49 30 227 3 63 38

**Achtung!**  
**Abweichender Sitzungsort!**  
**Abweichende Sitzungszeit!**

## Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

### **Einziger Punkt der Tagesordnung**

*Öffentliche Anhörung von Sachverständigen*

Gesetzentwurf der Bundesregierung

- a) **Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhneverbesserungsgesetz)**  
**BT-Drucksache 19/13395**

#### **Federführend:**

Ausschuss für Arbeit und Soziales

#### **Mitberatend:**

Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend  
Ausschuss für Gesundheit

#### **Gutachtlich:**

Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

- b) Antrag der Abgeordneten Pia Zimmermann, Susanne Ferschl, Matthias W. Birkwald, Sylvia Gabelmann, Dr. Achim Kessler, Katja Kipping, Jutta Krellmann, Pascal Meiser, Cornelia Möhring, Bernd Riexinger, Jessica Tatti, Harald Weinberg, Sabine Zimmermann

#### **Federführend:**

Ausschuss für Arbeit und Soziales

#### **Mitberatend:**

**Pflegelöhne auf Tarifniveau sofort refinanzieren**

**BT-Drucksache 19/...**

Dr. Matthias Bartke, MdB  
Vorsitzender

**Liste der Sachverständigen**

zur öffentlichen Anhörung am Montag, 21. Oktober 2019, 13.30 – 15.00 Uhr

ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft

Bundesvereinigung Arbeitgeber in der Pflegebranche e.V.

bpa Arbeitgeberverband e.V.

Arbeitgeberverband Pflege e.V.

Kommissariat der deutschen Bischöfe

Diakonie Deutschland- Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.

Deutscher Caritasverband e.V.

Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband - Gesamtverband e.V.

Prof. Klaus Bepler, Berlin

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Prof. Dr. Jens M. Schubert, Berlin

## DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
19. Wahlperiode

## Ausschussdrucksache 19(11)439

17. Oktober 2019

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 21. Oktober 2019  
um 13:30 Uhr zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung  
Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhneverbesserungsgesetz)  
- BT-Drucksache 19/13395

b) Antrag der Abgeordneten Pia Zimmermann, Susanne Ferschl, Matthias W. Birkwald,  
weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.  
Pflegelöhne auf Tarifniveau sofort finanzieren - BT-Drucksache 19/14023

**Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn**

### I. Der Gesetzentwurf (BT-Drs. 19/13395 vom 23.9.2019)

Der Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhneverbesserungsgesetz) dient der Umsetzung des Koalitionsvertrags der Bundesregierung<sup>1</sup>. Darin ist die Absicht formuliert, die Arbeitsbedingungen von Pflegekräften und Betreuern in der Pflege so attraktiv zu machen, dass ausreichend Menschen den Pflegeberuf ergreifen und beibehalten, sodass die Versorgung sichergestellt ist. Der Gesetzentwurf schlägt dazu zwei Wege ein. Es wird zum einen die Möglichkeit erleichtert, tarifvertragliche Arbeitsbedingungen auf der Grundlage von § 7a AEntG durch Rechtsverordnung zu erstrecken. Zum anderen wird das Verfahren des Kommissionsmodells gemäß §§ 10–13 AEntG verändert. In beiden Hinsichten spielen Regelungen zur Wahrung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts eine wesentliche Rolle.

### II. Erstreckung von Tarifverträgen („Tarifvertragslösung“)

Der erste Weg führt über eine Konkretisierung der Erstreckungsmöglichkeit von Tarifinhalten gemäß § 7a AEntG. Nach Maßgabe von § 7a AEntG können auf gemeinsamen Antrag der Parteien eines Tarifvertrags auf der Grundlage einer staatlichen Rechtsverordnung<sup>2</sup> des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales Rechtsnormen eines Tarifvertrags auf alle unter seinen Geltungsbereich fallenden und nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt werden.

#### 1. Bestehende Rechtslage

Bereits jetzt ist es möglich, dass Mindestarbeitsbedingungen, insbesondere Mindestentgelte (§§ 1, 2, 5 AEntG) auch in der Pflegebranche durch Rechtsverordnung nach § 7a AEntG gestaltet werden.<sup>3</sup> Die Bestimmungen der §§ 10–13 AEntG zu Mindestarbeitsbedingungen in der Pflegebranche stellen keine abschließende Sonderregelung dar. Dies ist allerdings umstritten.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 12.3.2018, S. 96 f.

<sup>2</sup> Vgl. BAG, 20.4.2011 – 4 AZR 467/09, NZA 2011, 1105, 1107.

<sup>3</sup> Näher zum hier vertretenen Standpunkt *Waltermann*, Koalitionsvertrag: Flächendeckende Tarifgeltung in der Pflegebranche, NZA 2018, 686, 688 ff. m. w. Nachw.

<sup>4</sup> Für Spezialität *Klumpp*, Die Wirkung der Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages nach § 5 TVG und der Dritte Weg, ZAT 2016, 7, 10 f.; möglicherweise auch *ErfK/Schlachter*, 19. Aufl., 2019, § 11 AEntG Rn. 1; *Schaub/Vogelsang*, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., 2019, § 162 Rn. 50. Anders *Thüsing/Bayreuther*, 2. Aufl., 2016, §§ 7, 7a AEntG Rn. 3; *Riechert/Stomps*, Die Anwendbarkeit staatlicher Mindestlohnregelungen auf kirchliche Einrichtungen, NZA 2012, 707, 709 f.; *Waltermann*, NZA 2018, 686, 688 f.

Die Vorschriften der §§ 10–13 AEntG sollen nach ihrem Zweck die Gestaltung von Mindestarbeitsbedingungen in der Pflegebranche erleichtern, indem sie auf die dort liegenden besonderen Gegebenheiten Rücksicht nehmen. Die Tarifparteien der Pflegebranche hatten vor der Neuordnung des AEntG im Jahr 2009 gemeinsam beantragt, in das AEntG aufgenommen zu werden. Im Lauf der Beratungen im Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales wurden die im Gesetzentwurf zunächst nicht vorgesehenen Bestimmungen zu den Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche in den Entwurf eingefügt.<sup>5</sup> Wenn seit 2014 allen Branchen die Möglichkeit der Erstreckung von Tarifinhalten nach Maßgabe der §§ 7, 7a AEntG eröffnet ist, wäre, wenn man von Spezialität ausgehen wollte, die Pflegebranche als einzige auf einen in seiner Reichweite beschränkten Weg verwiesen. Dabei ist zu bedenken, dass nicht nur in der Pflegebranche kirchliche Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen auf dem "Dritten Weg" gestalten. Dem tragen *de lege lata* § 7 Abs. 4 und § 7a Abs. 3 AEntG Rechnung, indem sie paritätisch besetzten Kommissionen die Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Zugleich zeigt dies, dass das Erstreckungsmodell des AEntG auch für Bereiche gilt, in denen kirchliche Arbeitgeber vertreten sind.

## 2. Konkretisierung durch das Pflegelöhneverbesserungsgesetz

Es ist richtig, wenn der Gesetzgeber durch eine konkretere Fassung der Rahmenbedingungen einer Erstreckung von Tarifinhalten durch Rechtsverordnung in der Pflegebranche gemäß § 7a AEntG Rechtsunsicherheit vorbeugt, die unter dem geltenden Recht durch unterschiedliche Auslegung entstehen könnte.

Der Gesetzentwurf sieht in diesem Sinn zum einen vor, dass bei der Entscheidung über den Erlass der Rechtsverordnung neben den in § 1 AEntG genannten Gesetzeszielen auch die für Arbeitsbedingungen in der Pflege gemäß § 11 Abs. 2 AEntG formulierten Ziele der Sicherstellung der Qualität der Pflegeleistung sowie der Berücksichtigung des Auftrags kirchlicher und sonstiger Träger der freien Wohlfahrtspflege zu berücksichtigen sind. Treten zum anderen Rechtsverordnungen gemäß § 7a Abs. 1 AEntG und gemäß § 11 Abs. 1 AEntG nebeneinander, genießt die Rechtsverordnung gemäß § 7a AEntG innerhalb ihres Geltungsbereichs gem. § 13 S. 1 AEntG-E den Vorrang. Diese Klarstellungen sind zielführend und rechtlich unproblematisch. Die Vorrangregelung berücksichtigt, dass die Beschlussempfehlung gemäß § 12 Abs. 4, Abs. 5 S. 2 AEntG (nach dem Gesetzentwurf § 12a Abs. 2, 3 AEntG-E) einen breiten Konsens in der Kommission voraussetzt, sodass die im Bereich der Pflegebranche vor allem auch in Entgeltfragen sehr vielfältigen Interessen der in der Kommission Vertretenen auf den Kompromiss angewiesen

sind. Damit besteht im Bereich der Kommissionsgestaltung eine Tendenz zu niedrigen Mindestentgelten. Es lässt sich zwar das Notwendige in Gestalt eines Mindestlohns erreichen, der gegenwärtig mit 11,05/10,05 Euro oberhalb des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns von 9,19 Euro liegt. Eine angemessene Vergütungsstruktur mit geordneter Differenzierung, durch welche das Gesetzesziel erreicht wird, die Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche im Allgemeininteresse attraktiv zu machen, hat sich bisher über den Weg der Kommissionen jedoch nicht verwirklichen lassen.

Soweit nach dem im Gesetzentwurf vorgesehenen geänderten Verfahren des Kommissionsmodells gemäß §§ 10–13 AEntG eine dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales angemessen erscheinende Vergütungsstruktur erreicht wird, ist dies bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses an der Erstreckung eines Tarifvertrags gemäß § 7a Abs. 1 AEntG zu berücksichtigen. Die ins Gespräch gebrachte Situation, dass die von der Kommission vorgeschlagenen Bedingungen besser sein könnten als die eines zur Erstreckung vorgelegten Tarifvertrags, birgt also kein Problem.

## 3. Beteiligung der Religionsgesellschaften

Der Gesetzentwurf enthält eine detaillierte Sonderregelung zur Beteiligung der Religionsgesellschaften.

### a) Bestehende Rechtslage

Die Frage, auf welche Weise die Religionsgesellschaften, in deren Bereichen paritätisch besetzte Kommissionen die Arbeitsbedingungen auf der Grundlage kirchlichen Rechts gestalten, bei der Erstreckung von Tarifinhalten zu beteiligen sind, ist rechtswissenschaftlich wenig untersucht.<sup>6</sup> Nach dem Gesetz ist bereits *de lege lata* auch den nach kirchlichem Recht gebildeten Kommissionen gemäß § 7a Abs. 3 AEntG und § 7 Abs. 4 AEntG Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. In diesem Rahmen können die bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales aus dem Blickwinkel der kirchlichen Kommissionen relevanten Gesichtspunkte zur Geltung gebracht werden. *De lege lata* haben also die kirchlichen Kommissionen keinen Einfluss auf die Gestaltung der Inhalte eines zur Erstreckung anstehenden Tarifvertrags. Sie können aber ihr Einverständnis mit der Erstreckung des Tarifinhalts im Weg der Rechtsverordnung ausdrücken oder Ablehnung signalisieren.

Darin wird bisher ein Rechtsproblem, soweit ersichtlich, nicht gesehen. Das ist auch nicht verwunderlich. Denn es sind nicht Rechtsnormen eines Tarifvertrags, die für Arbeitsverhältnisse im Bereich der Kirchen gelten, sondern es gilt die Rechtsverordnung des Staates.<sup>7</sup> Im Zusammenhang mit der Entscheidung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, ob der Inhalt eines bundesweiten Tarifvertrags

<sup>5</sup> BT-Drs. 16/11669, S. 13 f., 21 f., 24 f.

<sup>6</sup> Siehe *Riechert/Stomps*, NZA 2012, 707 ff.; zum hier vertretenen Standpunkt *Waltermann*, NZA 2018, 686, 688 ff.; ausführlich *Waltermann*, Wege zur Verbindlichkeit eines Tarifvertrags auf dem Gebiet der Altenhilfe und Alternativen – Voraussetzungen, Konkurrenzen und Verbindlichkeit in den unterschiedlichen kollektivrechtlichen Systemen, unveröffentlichtes Rechtsgutachten, 2016, S. 63 bis 75 zum AEntG, S. 43–62 zur AVE.

<sup>7</sup> Zutreffend *Riechert/Stomps*, NZA 2012, 707, 710. Siehe auch BAG, 20.4.2011 – 4 AZR 467/09, NZA 2011, 1105, 1107.

erstreckt wird oder nicht, kommt es nicht darauf an, dass die der Rechtsverordnung Unterworfenen an der Erarbeitung des Tarifinhalts beteiligt gewesen sind.<sup>8</sup> Es sollen Tarifinhalte ja gerade auf diejenigen erstreckt werden, die als Arbeitgeber oder Arbeitnehmer nicht tarifgebunden sind (§§ 7 Abs. 1, 7a Abs. 1 AEntG). Das trifft gleichermaßen auf nicht Tarifgebundene, auf anders Tarifgebundene und auf Religionsgesellschaften zu, die sich an der Tarifautonomie des demokratischen Rechtsstaates nicht beteiligen.

Es kann also eigentlich nur darum gehen, dass Tarifinhalte nicht ohne Berücksichtigung der rechtlich geschützten Positionen der nicht an den entsprechenden Tarifvertrag gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer durch staatliche Rechtsverordnung erstreckt werden, also auch nicht ohne Berücksichtigung der Positionen der nicht tarifgebundenen kirchlichen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Im Spannungsfeld der verfassungsrechtlich gewährleisteten Tarifautonomie (Art. 9 Abs. 3 GG) und des verfassungsrechtlich gewährleisteten kirchlichen Selbstbestimmungsrechts (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 Weimarer Reichsverfassung) ist eine hinreichende Beteiligung der Religionsgesellschaften anzustreben und *de lege lata* durch die gesetzlich vorgesehene Beteiligung kirchlicher Kommissionen gewährleistet, die sich mit der Beteiligung der anders organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer zugleich deckt. Dass aus dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht, das die Gestaltung der Arbeitsbeziehungen auf dem „Dritten Weg“ erlaubt, eine stärkere Beteiligung folgen müsste, als sie Koalitionen zukommt, die von der ihnen gemäß Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Tarifautonomie Gebrauch machen, wird man, auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>9</sup>, nicht annehmen können.

#### b) Gesetzentwurf

aa) Der Gesetzentwurf sieht eine dem gegenüber stärkere Beteiligung der Religionsgesellschaften vor. Danach gibt vor dem Abschluss eines Tarifvertrags gemäß § 7a Abs. 1 AEntG, dessen Geltungsbereich die Pflegebranche erfasst, das Bundesministerium für Arbeit und Soziales auf gemeinsame Mitteilung der Tarifvertragsparteien bekannt, dass Verhandlungen über einen derartigen Tarifvertrag aufgenommen worden sind (§ 7a Abs. 1a S. 1 AEntG-E). Die Bekanntgabe soll dazu dienen, den Religionsgesellschaften, in deren Bereichen paritätisch besetzte Kommissionen zur Festlegung von Arbeitsbedingungen auf der Grundlage kirchlichen Rechts für den Bereich kirchlicher Arbeitgeber in der Pflegebranche gebildet sind, die Möglichkeit der Mitwirkung im Verfahren zu eröffnen.<sup>10</sup> Die betreffenden Religionsgesellschaften können dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales gemäß § 7a Abs. 1a S. 2 AEntG-E innerhalb von drei Wochen nach der Bekanntmachung jeweils eine in ihrem Bereich gebildete Kommission benennen, die von den Tarifvertragsparteien zu dem voraussichtlichen Inhalt des Tarifvertrags angehört wird. Die Anhörung der Kommission kann

nach Maßgabe von § 7a Abs. 1a S. 3 AEntG mündlich erfolgen.

bb) § 7a Abs. 1a S. 4–6 AEntG-E sieht vor, dass der Antrag auf Erlass der Rechtsverordnung die schriftliche Zustimmung von wenigstens zwei gemäß § 7a Abs. 1a S. 2 benannten Kommissionen der Religionsgesellschaften voraussetzt und trifft eine nähere Bestimmung zu der Zusammensetzung dieser Kommissionen und zu etwaigen Mängeln im Zusammenhang mit deren Anhörung. Damit soll der großen Bedeutung der Religionsgesellschaften in der Pflegebranche und dem verfassungsrechtlich gewährleisteten kirchlichen Selbstbestimmungsrecht (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 WRV) in angemessener Weise Rechnung getragen werden; Tarifvertragsparteien, die keine Antragsstellung beabsichtigen, müssen die Voraussetzungen des § 7a Abs. 1a S. 4–6 AEntG-E nicht beachten.<sup>11</sup>

cc) Ein annähernd ähnlich starkes Beteiligungsrecht der Religionsgesellschaften hat es bisher im Zusammenhang mit der Gestaltung von Arbeitsbedingungen durch staatliche Rechtsverordnung nicht gegeben: Ohne weiteres war möglich, dass der Gesetzgeber den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn auch für Arbeitsverhältnisse in Religionsgesellschaften zunächst selbst gesetzlich festgelegt hat und fortan durch Rechtsverordnung auf der Grundlage des Vorschlags einer Kommission nach Maßgabe der §§ 4–11 MiLoG durch Rechtsverordnung anpasst; die Religionsgesellschaften sind in der gemäß § 5 MiLoG gebildeten Mindestlohnkommission nicht vertreten, sondern lediglich nach Maßgabe von § 10 Abs. 3 S. 1 MiLoG neben anderen Organisationen, Vereinigungen, Verbänden und von der Anpassung des Mindestlohns Betroffenen vor der Beschlussfassung anzuhören. Das AÜG sieht im Zusammenhang mit dem Erlass einer Rechtsverordnung über den Mindestlohn in der Leiharbeit gemäß § 3a AÜG eine Beteiligung der Religionsgesellschaften in keiner Hinsicht vor. Auch in der seit 2014 geltenden Fassung des AEntG, die allen Branchen die Möglichkeit der Erstreckung von zustande gebrachten Tarifinhalten nach Maßgabe der §§ 7, 7a AEntG eröffnet, ist, wie dargelegt, lediglich die Anhörung der Religionsgesellschaften vorgesehen. Das gilt, obwohl kirchliche Arbeitgeber auch in anderen Bereichen als der Pflegebranche die Arbeitsverhältnisse nach den Vorschriften des "Dritten Wegs" gestalten. Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht steht der Erstreckung tarifvertraglich entstandener Mindestarbeitsbedingungen durch Rechtsverordnung auf kirchliche Arbeitsverhältnisse nicht entgegen.<sup>12</sup>

dd) Es erscheint rechtlich nicht unproblematisch, wenn der Gesetzentwurf das Verfahren so gestaltet, dass der (gemeinsame) Antrag der Tarifvertragsparteien gemäß § 7a Abs. 1 AEntG die schriftliche Zustimmung von Kommissionen der Religionsgesellschaften erfordert. Es kommt dadurch in Bezug auf tarifvertragliche Inhalte, die im weiteren Verlauf durch gemeinsamen Antrag der Tarifparteien in ein

<sup>8</sup> Anders Klumpp, ZAT 2016, 7, 10 f.

<sup>9</sup> BVerfG, 22.10.2014 – 2 BvR 661/12, NZA 2014, 1387 ff.

<sup>10</sup> Begründung des Gesetzentwurfs, Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege, 17.6.2019, S. 14.

<sup>11</sup> Begründung des Gesetzentwurfs, a.a.O., S. 13.

<sup>12</sup> Riechert/Stomps, NZA 2012, 707, 710.

Verfahren nach dem AEntG eingebracht werden können, zu einer ergebnisrelevanten Steuerung. Die Religionsgesellschaften würden nach dem Gesetzentwurf eine Steuerungsmöglichkeit erhalten, die andere, für die der erstreckte Tarifinhalt ebenfalls Geltung erhält, damit auch gemäß Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionen, nicht bekommen. Das wirft im Hinblick auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG Fragen auf. Über dies hinaus können nach dem Gesetzentwurf die Religionsgesellschaften ohne Begründung und ohne rechtsstaatliche Kontrollmöglichkeit die Zustimmung versagen. Stimmen die Religionsgesellschaften auf der Grundlage des Gesetzentwurfs nicht zu, ist dem Bundesministerium die Erstreckung des Tarifvertrags durch Rechtsverordnung verwehrt. Das Ministerium kann dann nicht in seiner Verantwortung prüfen, ob es nicht doch im öffentlichen Interesse liegt, den Tarifvertrag zu erstrecken, weil es an einem tauglichen Antrag fehlt.<sup>13</sup> Es verdichtet sich damit die im Gesetzentwurf vorgesehene Beteiligung der Religionsgesellschaften im Verfahren gemäß § 7a AEntG zu einer Mitentscheidung, die demokratisch legitimiert sein müsste.<sup>14</sup> Es ist fraglich, ob das gemäß Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG erforderliche Legitimationsniveau gewahrt ist.<sup>15</sup> Schließlich ist auch die verfassungsrechtlich gemäß Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit der antragstellenden Tarifvertragsparteien zu bedenken. Es ist zu fragen, ob die antragstellenden Tarifparteien die Verweigerung der Zustimmung durch Kommissionen der Religionsgesellschaften mit deren Folge für die Tauglichkeit ihres Antrags hinzunehmen haben.

ee) Es ist zu empfehlen, dass der Gesetzgeber die Beteiligung der Religionsgesellschaften im Verfahren überdenkt und das Zustimmungserfordernis in § 7a Abs. 1a S. 4–6 AEntG-E streicht. Die rechtlich geschützten Belange der Religionsgesellschaften können im Verfahren auf andere Weise wirksam werden, ohne dass rechtliche Angriffspunkte entstehen, wie sie der Gesetzentwurf bietet.

(1) Der Erlass einer Rechtsverordnung auf der Grundlage des AEntG setzt voraus, dass die Erstreckung des autonom geschaffenen tariflichen Inhalts im öffentlichen Interesse geboten erscheint. Bei der Prüfung des öffentlichen Interesses sind im Anwendungsbereich des AEntG die in § 1 und in § 11 Abs. 2 AEntG formulierten Gesetzesziele zu berücksichtigen, also auch der Auftrag kirchlicher Träger. Vor diesem Hintergrund hat der staatliche Verordnungsgeber sowohl seinen Beurteilungsspielraum bei der Prüfung des öffentlichen Interesses wahrzunehmen als auch eine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Das bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, insbesondere des öffentlichen Interesses, eingeräumte Entscheidungsermessen muss nach allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechts die Grenzen des Rechts beachten und

die Zwecke der Ermächtigung berücksichtigen. Die einschlägigen öffentlichen und privaten Interessen sind nach allgemeinen Grundsätzen der Ermessenslehre gegeneinander abzuwägen.

(2) In diesem Entscheidungsprozess des Bundesministeriums hat die Einschätzung der Religionsgesellschaften erhebliches Gewicht. Die Religionsgesellschaften beschäftigen nicht nur etwa ein Drittel der in der Pflegebranche Tätigen. Die Teilnahme der kirchlichen Institutionen in Pflegebereichen hat, auf langer Tradition beruhend und von großer gesellschaftlicher Akzeptanz getragen, darüber hinaus für die auf nachhaltigen Erfolg ausgerichtete Zielsetzung des Gesetzgebers, die rechtlichen Voraussetzungen für gute Pflege und die rechtlichen Voraussetzungen für attraktive und motivierende Arbeitsbedingungen in der Pflege zu schaffen, die wiederum die Voraussetzung für gute Pflege in der alternden Gesellschaft sind, allergrößtes Gewicht. Die Religionsgesellschaften stehen nicht nur für eine christlichen und kulturellen Werten folgende Pflege ein, sondern sie sind, wie die dortige Entgeltstruktur im Rückblick belegt, auch um die Beibehaltung einer anerkennenden und motivierenden Bezahlung pflegerischer Tätigkeiten bemüht, um die es dem Gesetzentwurf zentral geht. Daraus folgt ein erhebliches Gewicht der Zustimmung der Erstreckung eines gestellten Antrags durch die Religionsgesellschaften sowohl in Bezug auf die Beurteilung des öffentlichen Interesses als auch im Prozess der Ermessensausübung. Die Zustimmung der Kirchen hat für ein wesentliches Kriterium der Entscheidung, nämlich die Frage, ob sich ein Tarifvertrag in der Branche durchgesetzt hat, wesentliche Bedeutung. Es ist innerhalb des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers vor diesem Hintergrund rechtlich möglich, dass der Gesetzgeber das besondere Gewicht der Religionsgesellschaften in der Pflegebranche dadurch zum Ausdruck bringt, dass er für sie einen besonderen Beteiligungsmodus im Verfahren gestaltet, wie er in § 7a Abs. 1a S. 2, 3 AEntG-E im Hinblick auf den Antrag vorgesehen ist. In diesem Zusammenhang des Verfahrens könnte das quantitativ und qualitativ im Hinblick auf die Ziele des AEntG (§§ 1, 11 Abs. 2 AEntG) und die Ziele des Gesetzentwurfs erhebliche Gewicht der Religionsgemeinschaften im Rahmen der Beurteilung des öffentlichen Interesses und des Ermessens in der Weise im Gesetz konkretisiert werden, dass "ein Einverständnis der Religionsgesellschaften mit dem Antrag bei der Entscheidung über den Erlass der Rechtsverordnung besonders zu berücksichtigen" ist. Eine ermessensleitende Konkretisierung dieser Art vermeidet die mit dem Zustimmungserfordernis verbundene Rechtsunsicherheit, die mit einiger Wahrscheinlichkeit in Rechtsstreit münden würde.

<sup>13</sup> Siehe zu parallel liegenden Überlegungen im Hinblick auf die Stellung des Tarifausschusses im Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung *Waltermann*, Ist die Allgemeinverbindlicherklärung erfolgsversprechend reformiert?, RdA 2018, 137, 146 f.

<sup>14</sup> Vgl. BVerfG 31.10.1990 – 2 BvF 3/89, BVerfGE 83, 60, 73 ff.; BVerfG 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98, BVerfGE 107, 57 ff.

<sup>15</sup> Näher zum hier vertretenen Standpunkt *Waltermann*, RdA 2018, 137, 146.

### III. Weiterentwicklung des Kommissionsmodells ("Kommissionslösung")

#### 1. Ständige Kommission und Verlängerungsoption

Der Gesetzentwurf sieht, der Bedeutung der Festsetzung der in § 5 S. 1 Nr. 1 und 2 AEntG normierten Arbeitsbedingungen (Mindestentgeltsätze, Mindestregeln zum Erholungsurlaub) entsprechend, die Einsetzung einer in Zukunft ständigen Kommission vor (§ 12 Abs. 1 AEntG-E), die für die Dauer von fünf Jahren berufen wird (§ 12 Abs. 2 S. 1 AEntG-E). Die Handlungsfähigkeit der Kommission wird dadurch gestärkt und Kontinuität geschaffen.<sup>16</sup> Es ist rechtlich unbedenklich und zweckmäßig, wenn das Bundesministerium für Arbeit und Soziales bei begonnener Beratung über neue Empfehlungen die Dauer der Berufung unter den Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 S. 2 AEntG-E um höchstens vier Monate verlängern kann, um Verzögerungen im Zusammenhang mit der turnusgemäßen Berufung einer Nachfolgekommission zu vermeiden. Die Höchstgrenze von vier Monaten ist maßvoll.

#### 2. Besetzung der Kommission

a) Es bleibt auch nach dem Entwurf bei der Besetzung mit acht Mitgliedern, die ihre Tätigkeit gemäß § 12 Abs. 3 AEntG-E ehrenamtlich und weisungsfrei wahrnehmen. § 12 Abs. 4 AEntG-E regelt das Verfahren der Berufung. Dabei wird klargestellt, dass vorschlagsberechtigte Stellen im Sinn von § 12 Abs. 4 S. 1 AEntG-E, wenn sie nicht aus dem Bereich der kirchlichen Träger kommen, Tarifvertragsparteien gemäß § 2 TVG sein müssen; berechtigt sind nur die in der Pflegebranche tarifzuständigen (und tariffähigen) Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sowie die jeweiligen Spitzenorganisationen, soweit sie gemäß § 2 Abs. 3 TVG Tarifvertragsparteien sein können (§ 12 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 AEntG-E). Interessengemeinschaften sind also nicht vorschlagsberechtigt. Das ist unbedenklich.

b) § 12 Abs. 6 AEntG-E normiert eine detaillierte Regelung für den Fall, dass die Zahl der Vorschläge die Zahl der auf die jeweilige in § 12 Abs. 4 S. 2 AEntG-E genannte Gruppe entfallenden Sitze in der Kommission überschreitet. Die Entscheidung, welchen Vorschlägen zu folgen ist, liegt dann beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales. Bisher fehlen in § 12 AEntG ermessensleitende Kriterien.<sup>17</sup> Der Gesetzentwurf formuliert nun in § 12 Abs. 6 S. 2 AEntG-E ermessenslenkende Kriterien, was der Rechtssicherheit dient.

aa) Im Fall mehrerer Vorschläge von in der Pflegebranche tarifzuständigen Gewerkschaften oder Zusammenschlüssen von Gewerkschaften entscheidet deren Repräsentativität. Das wird in § 12 Abs. 6 S. 3 AEntG-E dahin konkretisiert, dass sich die Repräsentativität nach der Zahl der als Arbeitnehmer in der Pflegebranche beschäftigten Mitglieder der jeweiligen Gewerkschaft oder des jeweiligen Zusammenschlusses und dessen Mitgliedergewerkschaften

richtet. Es erscheint zielführend und rechtlich unbedenklich, wenn mit diesen Kriterien eine quantitative Repräsentativität entscheidet.

bb) Auf der Arbeitgeberseite kommt es nicht nur auf die quantitative Repräsentativität, sondern ferner auf die Abbildung der Vielfalt von freigemeinnützigen, öffentlichen und privaten Trägern an (§ 12 Abs. 6 S. 2 Nr. 2 AEntG-E). Auf der Arbeitgeberseite (nicht auf Seiten der Beschäftigten, die ihre Arbeitsplatzwahl auf bestimmte Träger ausrichten können, dies aber nicht müssen) in der Kommission die Trägervielfalt als Kriterium in das Gesetz aufzunehmen, ist rechtlich möglich und im Hinblick auf das in § 11 Abs. 2 SGB XI formulierte gesetzliche Anliegen naheliegend. Es wird so dem Gedanken des Pluralismus der Träger in der Sozialarbeit Rechnung getragen. Ein wesentlicher Sinn des Kommissionsmodells liegt darin, die Pflegebranche unter Berücksichtigung der dort vorhandenen und historisch gewachsenen Richtungen in der Trägerschaft abzubilden. Das dient zugleich der Verwirklichung der in § 11 Abs. 2 AEntG genannten Ziele. Für die Verwirklichung dieser Anliegen kommt es auch auf die Besetzung der Kommission an.

cc) Die neben der Abbildung der Vielfalt gleichermaßen heranzuziehende Repräsentativität der jeweiligen Vereinigung bzw. des jeweiligen Zusammenschlusses auf Arbeitgeberseite beurteilt sich nach Maßgabe von § 12 Abs. 6 S. 4 und S. 5 AEntG-E. Für Arbeitgebervereinigungen gilt gemäß § 12 Abs. 6 S. 4 AEntG-E die Zahl der in der Pflegebranche beschäftigten Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber Mitglieder der Vereinigung sind und zugleich nach der Art ihrer Mitgliedschaft tarifgebunden sein können. Wenn damit Arbeitgeber mit einer OT-Mitgliedschaft außer Betracht bleiben, entspricht das nach der Gesetzesbegründung dem tarifvertragsersetzenden Charakter der Kommissionslösung.<sup>18</sup>

Es steht dem Gesetzgeber frei, auch die Gestaltung nach dem Kommissionsmodell gedanklich in das in den letzten zehn Jahren verfolgte Gesamtmodell der tarifgestützten Gestaltung von (Mindest-)Arbeitsbedingungen einzuordnen und das Gesetz entsprechend zu fassen. Eine Rechtspflicht, im vorliegenden Zusammenhang OT-Mitgliedschaften zu berücksichtigen, besteht nicht. Gegen deren Berücksichtigung spricht politisch die innerhalb des Verbands bewusst eingeschränkte Beteiligung der OT-Mitglieder im Hinblick auf tarifpolitische Entscheidungen, um die es auch der Gestaltung nach Maßgabe der §§ 10 – 13 AEntG geht.

dd) Bei Zusammenschlüssen von Arbeitgebervereinigungen gilt gemäß § 12 Abs. 6 S. 5 AEntG-E gleiches. Es kommt auf die Zahl der in der Pflegebranche beschäftigten Arbeitnehmer an, deren Arbeitgeber Mitglieder des betreffenden Zusammenschlusses oder der diesem Zusammenschluss angehörenden Vereinigungen von Arbeitgebern sind und die wiederum nach der Art ihrer Mitgliedschaft (ggf. in der jeweiligen Vereinigung) tarifgebunden sein können. Auch

<sup>16</sup> So auch die Begründung des Gesetzentwurfs, a.a.O., S. 16.

<sup>17</sup> Zu Auslegungsmöglichkeiten VG Berlin, 25.5.2018 – 4 K 223.16, BeckRS 2018, 16997. Siehe auch Thüsing/Thüsing, AEntG, 2. Aufl., 2016, § 12 AEntG, Rn. 7.

<sup>18</sup> So die Begründung des Gesetzentwurfs, a.a.O., S. 18.



insoweit wird eine OT-Mitgliedschaft nicht berücksichtigt. Bei der Nachbesetzung gewährleistet § 12 Abs. 7 AEntG-E die angestrebte Abbildung der Branche.

ee) Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung einer (Anfechtungs-)Klage gegen die Benennung eines ordentlichen Mitglieds oder eines Stellvertreters (§ 80 Abs. 1 VwGO) gemäß § 12 Abs. 8 AEntG-E ist notwendig, um die Arbeitsfähigkeit der Kommission zu sichern.

### 3. Verfahren und Beschlussfassung

a) Die Beschlussfähigkeit der Kommission setzt nicht mehr voraus, dass alle Mitglieder anwesend oder vertreten sind, wie es § 12 Abs. 5 S. 1 AEntG bisher fordert. Es soll gemäß § 12a Abs. 3 AEntG-E nunmehr genügen, wenn wenigstens drei Viertel der Mitglieder anwesend sind und zustimmen, damit eine Empfehlung zustande kommt. Diese rechtlich nicht zu beanstandende Veränderung verringert Blockademöglichkeiten aus strategischen Gründen. Das nötige Level der Übereinstimmung bleibt hoch.

b) Der Gesetzentwurf räumt auch im Zusammenhang mit den Beratungen der Kommission den Religionsgesellschaften eine Sonderstellung ein. Gemäß § 12 a Abs. 1 S. 2 AEntG-E können drei Viertel der Mitglieder der Gruppen aus dem Bereich kirchlicher Arbeitgeber gemäß § 12 Abs. 4 S. 2 Nr. 2a und 2b AEntG-E gemeinsam verlangen, dass Beratungen über neue

Empfehlungen frühestens vier Monate nach dem Ablauf der (gemäß § 7a Abs. 1a S. 1 AEntG-E ausgelösten) Frist für die Benennung von Kommissionen gemäß § 7a Abs. 1a S. 2 AEntG-E aufgenommen oder fortgesetzt werden. Die Sonderstellung der Kirchen im Verfahren der gebildeten Kommission stößt auch hier auf Bedenken.

### 5. Differenzierende Mindestentgelte

Gemäß § 12a Abs. 2 S. 3 AEntG-E sollen empfohlene Mindestentgeltsätze nach der Art der Tätigkeit oder der Qualifikation der Arbeitnehmer differenzieren und sich auf eine Dauer von wenigstens 24 Monaten beziehen. Die Vorschrift stellt klar, dass Entgeltgitter möglich sind und regt darüber hinaus die Differenzierung nach Tätigkeit und Qualifikation an. Bereits nach geltendem Recht können Mindestentgeltsätze nach der Art der Tätigkeit, nach der Qualifikation der Arbeitskräfte und nach Regionen differieren (§ 5 S. 1 Nr. 1 AEntG). Auch bisher geht es dem AEntG nicht nur um ein einheitliches unterstes Entgeltniveau, wie es allgemein das MiLoG normiert. Die Praxis ist in der Pflegebranche jedoch anders verfahren und hat lediglich einen Pflegemindestlohn gestaltet. Es ist daher im Interesse einer angemessenen Bezahlung der Pflegefachkräfte und der Verbesserung der Attraktivität der Pflegeberufe richtig, wenn der Gesetzentwurf eine nach der Art der Tätigkeit oder der Qualifikation der Beschäftigten differenzierende Gestaltung anregt.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
19. Wahlperiode

Ausschussdrucksache **19(11)440**

17. Oktober 2019

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 21. Oktober 2019  
um 13:30 Uhr zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung  
Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhneverbesserungsgesetz)  
- BT-Drucksache 19/13395

b) Antrag der Abgeordneten Pia Zimmermann, Susanne Ferschl, Matthias W. Birkwald,  
weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.  
Pflegelöhne auf Tarifniveau sofort finanzieren - BT-Drucksache 19/14023

**Arbeitgeberverband Pflege e.V****Vorbemerkung**

Der AGVP bewertet die mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Regelungen als deutliche Schwächung der bisher bewährten konsentierten Entscheidungsfindung der Mindestlohnkommission. Ob mit der Änderung zu einem ständigen Gremium die Kommission tatsächlich unter den mit dem Referentenentwurf vorgelegten Gesetzesänderungen zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Altenpflege beitragen wird, bezweifelt der AGVP stark. Die willkürliche Entscheidungsfindung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales über die Benennung oder Abberufung des nicht stimmberechtigten Beauftragten zur Leitung der Kommission trägt nicht zu einer stabilen Vertrauensbildung innerhalb der Kommission und zu verlässlichen Beratungsprozessen bei. Vielmehr wird der Anschein erweckt, dass nach Sympathie und „Linientreue“ und nicht nach geeigneter Qualifikation entschieden werden soll.

Auch die vorgeschlagene Anpassung des § 7a AEntG ist unter den aktuellen Arbeitsmarktbedingungen in der Altenpflege nicht nachvollziehbar. Aufgrund des weiter zunehmenden Bedarfs an Pflegefachkräften steigen die Löhne auch ohne politische Einflussnahme. Statt eines Unterbietungswettbewerbes müssen die Arbeitgeber mit immer mehr finanziellen Anreizen und höheren Löhnen um die Fachkräfte werben.

Des Weiteren sieht der AGVP eine Gefahr darin, der in der Altenpflege niedrig organisierten Gewerkschaft ver.di eine politische Bühne zur Durchsetzung

ihrer Forderungen zu bieten, die sie auf dem klassisch tarifpolitischen Weg oder in der Mindestlohnkommission aufgrund des geringen Organisationsgrades bisher nicht beschreiten konnte. Aus kartellrechtlichen Aspekten ist die Einbindung der Religionsgemeinschaften über eine Kommission im § 7a AEntG höchst problematisch, da diese über die Löhne Dritter bestimmen ohne Verpflichtung oder Konsequenz für das eigene Tun, da sie selbst nach ihrem Sonderrecht des Dritten Weges weiter handeln können. Das vom Gesetzgeber geplante Vorgehen verstößt hier gegen die demokratischen Prinzipien der Tarifautonomie.

Die Tarifautonomie steht für die garantierte Freiheit kollektiven Handelns von staatlichen Zwangsmaßnahmen im Geltungsbereich der Arbeitsbeziehungen ebenso wie für eine Gesetzgebung zur detaillierten Ausgestaltung dieser Verfassungsgarantien. Die im Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen des § 7a greifen jedoch erheblich in die Freiheit des kollektiven Handelns ein und bergen die Gefahr, dass sich beide Instrumente – die Möglichkeiten der Lohnfindung nach § 7a AEntG und die Festlegung von Arbeitsbedingungen im Rahmen der Mindestlohnkommission nach §§10 ff. AEntG – gegenseitig lähmen. Daher lehnt der AGVP die vorgeschlagene Anpassung des § 7a AEntG ab.

**Der AGVP warnt eindringlich davor, mit dem Pflegelöhneverbesserungsgesetz ein Pflegesektorschwächungsgesetz zu schaffen, welches die seit zehn Jahren bewährten Prozesse der Entscheidungsfindung über Mindestbedingungen und Lohnfindung in der**

**Altenpflege zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter aller Trägerschaften sowie der Gewerkschaften behindert oder sogar verschlechtern wird.**

**Wir brauchen einen gesetzlichen Rahmen, der sowohl die Autonomie der Tarifpartner als auch die Entwicklungen des Pflegemarktes hinsichtlich der Marktgewichtung berücksichtigt und würdigt.**

**Zu obigem Entwurf nimmt der Arbeitgeberverband Pflege e.V. (AGVP) zu den einzelnen Paragrafen wie folgt Stellung:**

**Artikel 1 Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes**

**Zu § 7a**

Für den AGVP ist nicht nachvollziehbar, weshalb für die Pflegebranche eine Sonderregelung im § 7a A-EntG geschaffen werden soll. In der aktuellen Version des § 7a Abs. (1) wird darauf hingewiesen, mit

der Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenzuwirken. Einen solchen Verdrängungswettbewerb durch Lohnkostenunterbietung gibt es jedoch seit mehreren Jahren in der Altenpflegebranche nicht, sondern aufgrund der starken Konkurrenzsituation in der Pflege hat sich mittlerweile ein Überbietungswettbewerb etabliert, um die dringend benötigten Fachkräfte zur Erfüllung der gesetzlich vorgeschriebenen Personalschlüssel in den Bundesländern zu erreichen.

In den letzten 20 Jahren wurden 530.248 Personen (+85%) für die Arbeit in ambulanten Diensten und stationären Altenpflegeeinrichtungen eingestellt. Gleichzeitig sind jedoch die Bedarfe nach Pflegeleistungen, auch durch die verabschiedeten Pflegestärkungsgesetze, stark angestiegen und haben dazu geführt, dass mit einer Arbeitslosenquote von unter einem Prozent Vollbeschäftigung im Pflegesektor herrscht (vgl. folgende Abbildungen 1 und 2).

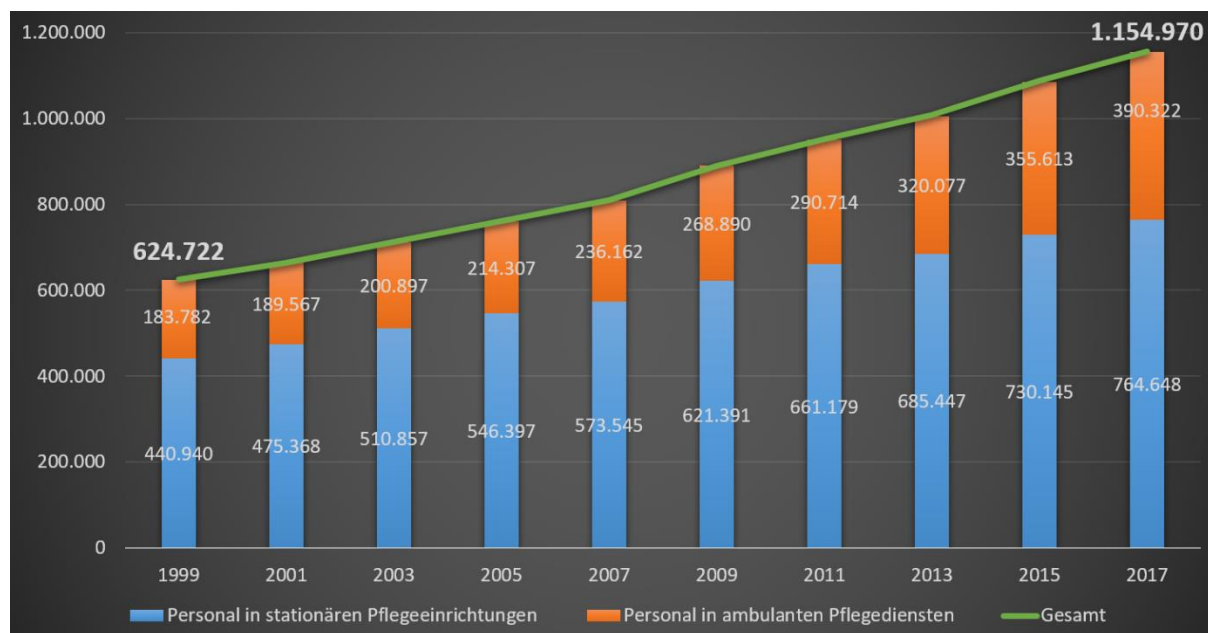


Abbildung 1: Personalentwicklung in der Altenpflege 1999-2017

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an die Daten der Gesundheitsberichterstattung des Bundes vom 03.03.2017 und der Pflegestatistik des Statistischen Bundesamtes vom 18.12.2018

Seit 2017 haben aufgrund der Ausweitung durch das Pflegestärkungsgesetz II 220.000 mehr Menschen Anspruch auf Pflegeleistungen. Allerdings ist die Anzahl an vorhandenen Pflegekräften nicht mitgestiegen, somit schultern die bereits tätigen Pflegekräfte noch mehr zusätzliche Last, was vom Gesetzgeber trotz zahlreicher Stellungnahmen nicht beach-

tet wurde. Es bringt weder den Pflegebedürftigen etwas, einen gesetzlichen Anspruch auf Pflegeleistungen zu ermöglichen, der aber aufgrund der Personalschlüssel, die nicht mit ausgeweitet werden konnte, nicht oder nur durch deutliche Mehrbelastung erfüllt werden kann. Aufgrund dessen wurde auch die Lohnentwicklung in der Altenpflege deutlich beschleunigt.

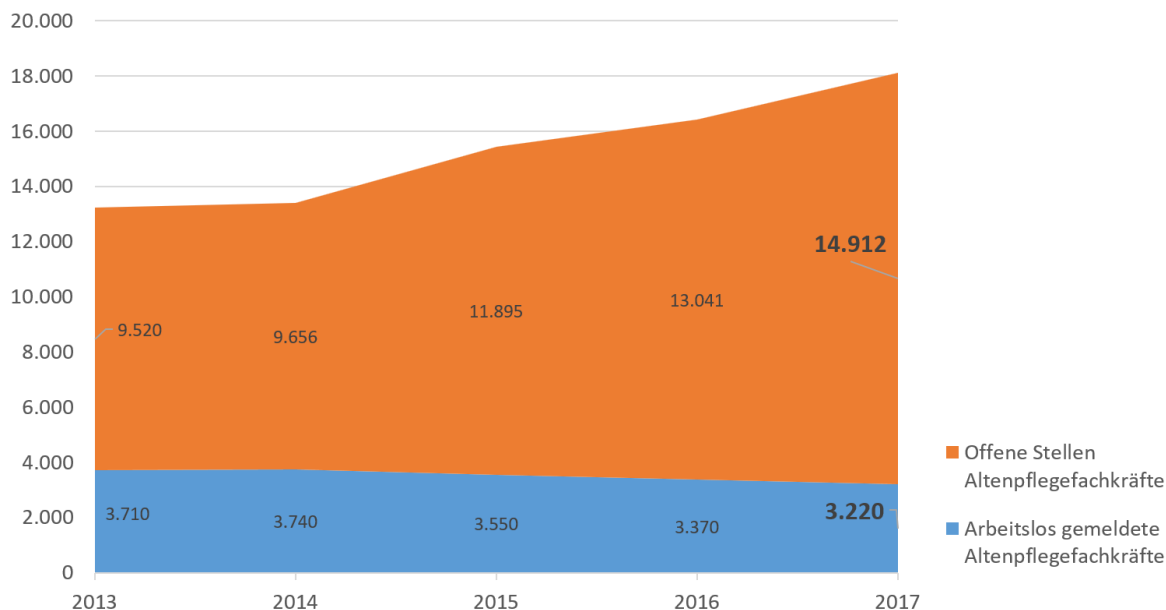


Abbildung 2: Fachkräfteangebot vs. Fachkräftebedarf

Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an die Daten des Berichts der Bundesagentur für Arbeit: Arbeitsmarktsituation im Pflegebereich (05/2018)

Es wird oft polarisierend dargestellt, dass die Attraktivität des Berufsfeldes Pflege vor allem durch eine zu geringe Bezahlung der Pflegekräfte leidet. Jedoch gilt es zu beachten, dass die Pflegebranche von der Erbringung sozialer, überwiegend immaterieller Pflege- und Betreuungsdienstleistungen geprägt und damit keine klassisch wertschöpfende Branche ist. Sie unterscheidet sich dahingehend, als dass sie eine permanente Leistungsfähigkeit des Anbieters sowie die Einbindung der Pflegebedürftigen in die Erstellung der Leistung erfordert und die Preispolitik stark reglementiert ist.

Die Frankfurter Allgemeine Zeitung<sup>1</sup> schrieb 2018 in einem Artikel bereits, dass die Löhne aufgrund der

angespannten Arbeitsmarktlage bezüglich des hohen Fachkraftbedarfes in der Altenpflege schneller steigen als anderen Branchen. Der Autor bezieht sich auf Auswertungen der Bundesagentur für Arbeit. Im Vergleich zwischen 2016 und 2017 sind die Löhne in der Altenpflege für Fachkräfte überdurchschnittlich um 4,7 Prozent gestiegen. Die allgemeine Lohnentwicklung aller Tarifsteigerungen betrug im gleichen Zeitraum hingegen 2,4 Prozent<sup>2</sup>. Auch das IAB (Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung) kommt zu ähnlichen Ergebnissen und hat im Bericht zu den Entgelten von Pflegekräften Ende 2018 ermittelt, dass die Löhne in der Altenpflege deutlicher stärker steigen, als angenommen (vgl. Abbildung 3).

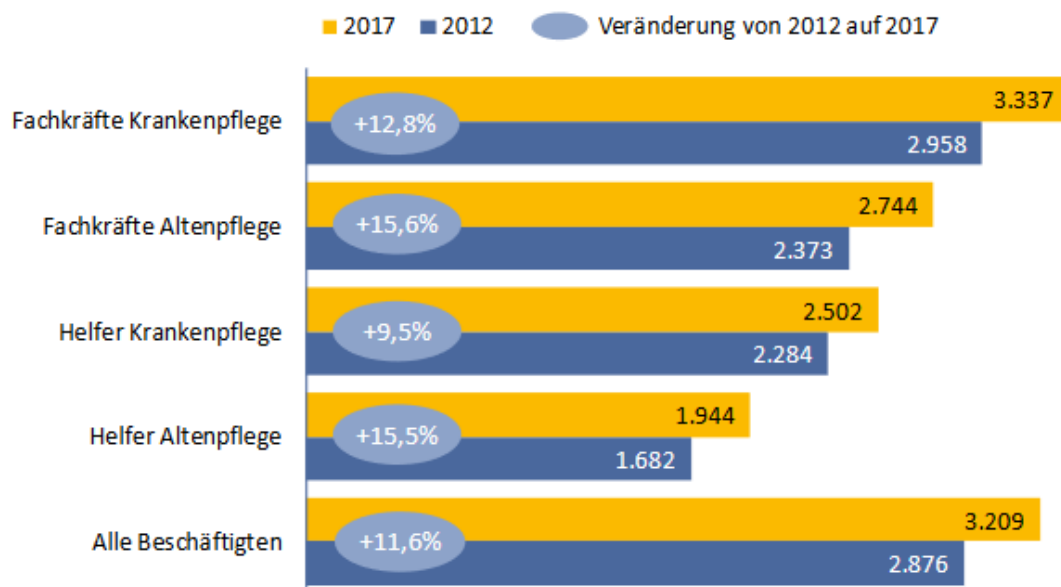
<sup>1</sup> Frankfurter Allgemeine Zeitung: Altenpfleger verdienen mehr, vom 11.08.2018, Online-Zugriff am 10.06.2019:

<https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/gehaelter-von-altenpfleger-steigen-schneller-als-die-aller-deutschen-15732371.html>

<sup>2</sup> Hans-Böckler-Stiftung: Übersicht Tarifsteigerungen, Online-Zugriff am 10.06.2019: [https://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv\\_4833.htm#](https://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv_4833.htm#)

## Monatliche Bruttoentgelte<sup>1</sup> von Pflegekräften

Entgelte in Euro, 2012 und 2017



<sup>1</sup> sozialversicherungspflichtig Beschäftigte (in Vollzeit, ohne Auszubildende) im Jahresdurchschnitt, Medianwerte.

Quelle: Beschäftigungsstatistik der Bundesagentur für Arbeit; eigene Berechnungen.

© IAB

Abbildung 3: Entwicklung der monatlichen Bruttoentgelte von Pflegekräften im Vergleich 2012 und 2017

Quelle: Darstellung des IAB in der Publikation „Entgelte von Pflegefachkräften – große Unterschiede zwischen Berufen, Bundesländern und Pflegeeinrichtungen (11/2018)“

Die Arbeitgeber in der Pflege sind nicht komplett frei in der Lohngestaltung. Neben den lohnpolitischen und arbeitsmarktwettbewerblichen Regelungen richten sich die Lohnkosten zu einem Teil auch danach, was die Leistungsempfänger, nämlich die Pflegebedürftigen zuzahlen können. In dem Zusammenhang ist es wichtig darzustellen, dass die Pflegeversicherung nur einen Teil der anfallenden Kosten im Falle einer Pflegebedürftigkeit übernimmt. Die Pflegeversicherung ist keine Vollkaskoversicherung. Die Forderung nach höheren Löhnen in der Pflege hat direkte Auswirkungen auf die Bezahlbarkeit eines Pflegeplatzes oder ambulanter Pflegeleistungen. Die Pflegeplätze werden durch die Anhebung der Personalkosten teurer. Demzufolge steigt jedoch auch der Eigenanteil für Pflegebedürftige oder deren Angehörige, aber auch für den Sozialhilfeträger, wenn Leistungen zur Hilfe zur Pflege in Anspruch genommen werden. Die Forderung nach höheren Löhnen durch die Arbeitnehmer in der Pflege hat direkte Auswirkungen auf die Bezahlbarkeit eines Pflegeplatzes oder ambulanter Pflegeleistungen. Durch die Preisnominierung in den Pflegesatzverhandlungen, endliche Budgets der Pflege- und Krankenkassen, gesetzlichen Vorgaben für die Personalvorhaltung und des steigenden Defizites von Fachkräftebedarf und am Markt verfügbarem Personal wird der Gesetzgeber nicht drum herumkommen, das System der Pflegeversicherung und der Preisfindung im Markt dem steigenden Bedarf an Pflegeleistungen anzupassen. Der vorgelegte Referentenentwurf sieht zur Finanzierung eventueller Lohnsteigerungen im Zuge der Allgemeinverbindlichkeitserklärung keine Lösung vor, was der AGVP scharf kritisiert.

Das im neuen Absatz 1a des § 7a AEntG aufgenommene Verfahren, die Aufnahme von Tarifvertragsverhandlungen bekannt zu machen, ist weder Pflicht im Tarifrecht noch geltende Praxis bei Tarifverhandlungen in anderen Branchen. Auch das Anhörungsrecht der kirchlichen Arbeitgeber in der Altenpflege ist ein Novum, da diese nach dem Gesetz (§ 7a AEntG) keine Tarifvertragsparteien sind. Mit der Einfügung des Absatzes 1a soll die Mitbestimmung der kirchlichen Träger sichergestellt, gleichzeitig aber das kirchliche Selbstbestimmungsrecht gewahrt werden. Eine derartige Bevorzugung und politisch zementierte Abstimmungsmechanismen kirchlicher Arbeitgeber und dadurch die Möglichkeit einer massiven Beeinflussung tarifpolitischer Entgeltfindung, nur um den Willen des BMAS zu erfüllen, einen Tarifvertrag in der Altenpflege für allgemeinverbindlich zu erklären, lehnt der AGVP strikt ab.

Im deutschen Verfassungsrecht gilt der allgemeine Gleichheitssatz auch für Unternehmen und Institutionen (vgl. Artikel 3 GG). Aus Sicht des AGVP soll mit der unterschiedlichen Anwendung der Rechtsnorm nach § 7a AEntG eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung im Vergleich zu anderen Branchen erfolgen. Die in Absatz 1a neu eingebrachten Verfahrensregelungen sind aus Sicht des AGVP verfassungswidrig und widersprechen dem Grundsatz „gleiche Fälle sollen gleiche Regeln treffen“. Das Tarifrecht sieht bereits verschiedene Wege für tarifliche Vereinbarungen branchenunabhängig vor. Durch eine Vielzahl von Öffnungsklauseln und Abweichungsmöglichkeiten haben Betriebe bereits unter der aktuellen Gesetzgebung die Möglichkeit, abweichende, den betrieblichen Verhältnissen angepasste

Vereinbarungen zu treffen (bspw. im Flächentarifvertrag). Für den AGVP ist nicht nachvollziehbar, weshalb die gelebte Tarifautonomie und etablierte Strukturen der Tarifpartnerschaft über alle Branchen hinweg für die Pflegebranche derart eingeschränkt, und ggf. durch eine tarifpolitische Minderheit bestimmt und für die gesamte Branche erstreckt werden soll. Mit der Mindestlohnkommission für die Pflege wurde bereits eine gesetzliche Sonderregelung zur Lohnfestsetzung etabliert, mit der bereits drei Mal erfolgreich Mindestbedingungen für die Altenpflegebranche vereinbart werden konnten. Der Mindestlohn in der Altenpflege liegt im Osten bereits 16 Prozent und im Westen 21 Prozent über dem gesetzlichen Mindestlohn (siehe hierzu die in der Anlage beigefügten Diagramme). Zukünftige Steigerungen werden die Schere zum gesetzlichen Mindestlohn weiter auseinanderklaffen lassen. Für eine gesetzliche Einengung der tariflichen Entgeltfindung im Sinne der Tarifautonomie sieht der AGVP keine Notwendigkeit, weshalb die im Referentenentwurf vorgeschlagene Anpassung des § 7a AEntG abgelehnt wird.

#### Änderungsvorschlag zu § 7a

Der AGVP schlägt aufgrund der aufgeführten Argumentation die Streichung der für § 7a AEntG vorgesehenen Ergänzungen und Änderungen vor.

#### **§ 12 „Errichtung der Kommission“**

##### **Zu § 12 Abs. (2)**

Der AGVP begrüßt die Einrichtung der Kommission als eine ständige Kommission, die über Empfehlungen zur Festsetzung von Arbeitsbedingungen beschließen kann. Die in der Begründung aufgeführten Argumente, dass damit zugleich eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche sowie die Angleichung der Mindestentgeltsätze in den alten und neuen Bundesländern erleichtert werden, können höchstens als politisch motivierter Wille, nicht jedoch als gesetzlich zu regelnde Tatbestände gewertet werden. Als Regelungstatbestände können Entgelte, Urlaub, die Art der Tätigkeit, Qualifikation und regionale Differenzierungen beschlossen werden. Es obliegt jedoch den berufenen Kommissionsmitgliedern, in welchem Umfang sie Arbeitsbedingungen und/oder Entlohnung in der Kommission regeln werden.

Mit Verweis auf Artikel 9 Abs. 3 Grundgesetz sind Abreden, die das Recht zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, einschränken oder zu behindern suchen, nichtig und darauf gerichtete Maßnahmen

rechtswidrig. Die vorgesehenen gesetzlichen Einschränkung der Entscheidungsfindung der Kommission zur Festlegung von Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche sind unserer ersten Bewertung wahrscheinlich nicht mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit vereinbar, da die Auswirkungen der Angleichung von Löhnen auf die Sozialversicherungsbeiträge, speziell dem Beitrag zur Pflegeversicherung, und die finanziellen Auswirkungen auf die Belastung der Sozialhilfeträger (vgl. § 63 SGB XII „Hilfe zur Pflege“) im Gesetzentwurf nicht näher beziffert werden konnten. Weitere Ausführungen dazu werden unter Punkt 6. vorgenommen.

##### **Zu § 12 Abs. (4)**

Wenn der Gesetzgeber bereits Neuregelung der Kommission zu den Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche vorsieht, gilt es auch zu betrachten, ob die Zusammensetzung der Mitglieder der Kommission die Marktentwicklung und aktuellen Trägerverhältnisse in der Altenpflegebranche widerspiegeln.

Die Einführung der Pflegeversicherung hat neben Wettbewerb und Kosteneffizienz auch den politisch gewünschten Effekt, den Ausbau der dringend notwendigen Kapazitäten zur Versorgung der Pflegebedürftigen ohne zusätzliche staatliche Fördermittel bewirkt. Gerade von privaten Trägern sind erhebliche Investitionen zum Aufbau von dringend notwendigen Kapazitäten zur Versorgung Pflegebedürftiger getätigt worden. Nachweislich ist der Anteil der Investitionen der Privatwirtschaft seit Einführung der Pflegeversicherung deutlich höher, als der der kirchlichen und freigemeinnützigen Träger. Allein von 1999 bis 2013 wurden 46 Mrd. Euro für neue und Bestandseinrichtungen im stationären privaten Bereich investiert (vgl. Pflegeheim Rating Report, 2015).

Mit Blick auf die bisherigen Entwicklungen der Pflegeplätze und Trägerlandschaft (vgl. Abbildungen 4 und 5) dürfen private Träger bei der Berücksichtigung zur Besetzung der Kommission nicht schlechter gestellt werden, als kirchliche und freigemeinnützige Träger. Bereits heute beträgt der aktuelle Marktanteil der Privatwirtschaft bei den ambulanten Trägern 65,8 % und bei den stationären Trägern 42,6 %<sup>3</sup>. Private Arbeitgeber beschäftigen in der ambulanten und stationären Pflege über 42 % aller Arbeitnehmer. Qualitativ hochwertige und bedarfsgerechte Pflege ohne private Träger ist, auch in Hinblick auf die demografische Entwicklung, schlicht unmöglich und muss sich daher auch in der Besetzung der Kommission nach § 12 neu AEntG berücksichtigt werden.

<sup>3</sup> Pflegestatistik des Statistischen Bundesamtes vom 18.12.2018

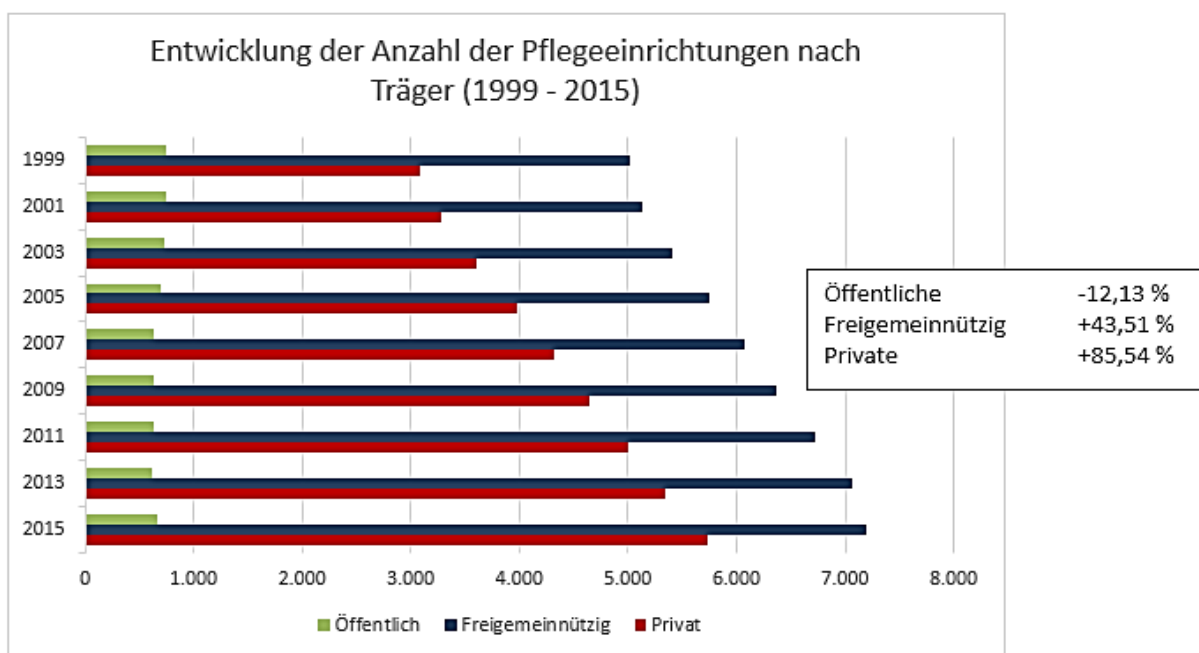


Abbildung 4: Entwicklung der Anzahl der Pflegeeinrichtungen nach Träger

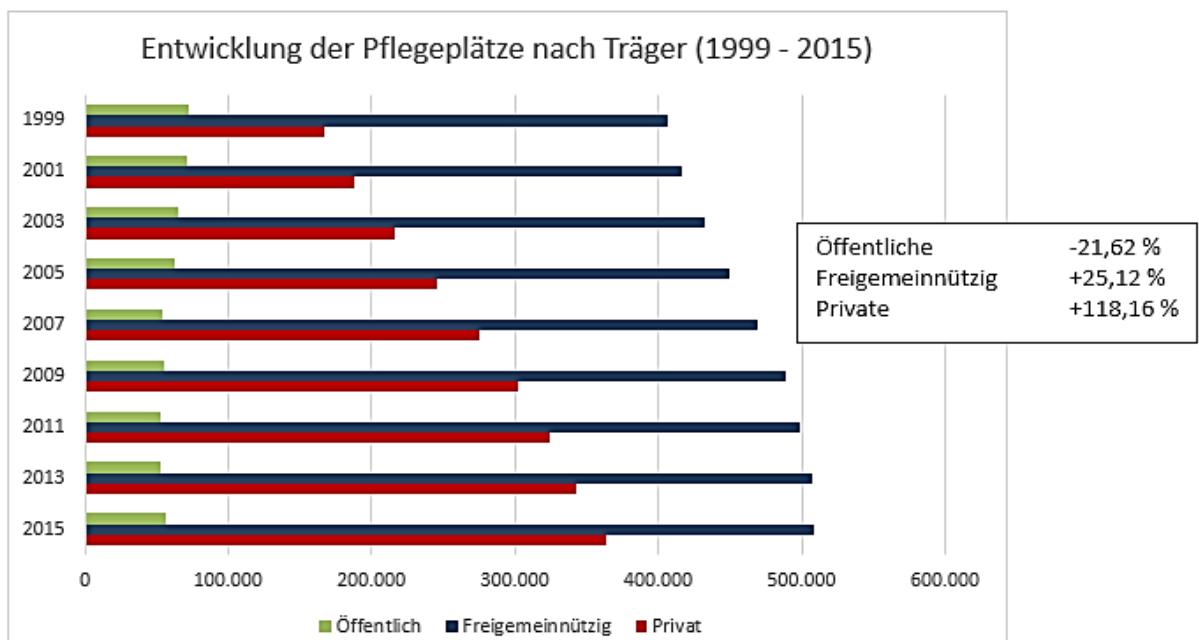


Abbildung 5: Entwicklung der Pflegeplätze nach Träger

Quelle der Abbildungen 4 und 5: Eigene Darstellung in Anlehnung an die Daten der Gesundheitsberichterstattung des Bundes (21.02.2017)

Betrachtet man die Auswertung der Personalzusammensetzung in der Altenpflege nach Trägerschaft, welche in der AG 5 der Konzierten Aktion Pflege aufgearbeitet und aufgrund der aktuellen Datenlage des statistischen Bundesamtes im Auftrag einer Sonderauswertung zusammengestellt wurde, so ist festzustellen, dass die privaten Träger die überwiegende Mehrheit der Pflegekräfte beschäftigen, gefolgt von den kirchlichen Arbeitgebern (Diakonie und Caritas), den nichtkirchlich-freigemeinnützigen sowie den kommunalen Arbeitgebern (siehe hierzu die nachfolgende Abbildung 6).

Der Referentenentwurf sieht jedoch nicht vor, die effektiven Marktanteile und die Anzahl der Beschäftigten nach Trägern in der Altenpflege bei der Besetzung der Kommission zu berücksichtigen. Marktanteile müssen jedoch nach Auffassung des AGVP bei der Entgeltfindung berücksichtigt werden, um eine paritätisch gewichtete, dem Markt angemessene Entscheidungsfindung über Lohn in der Altenpflege in einer Kommission abbilden zu können (siehe hierzu auch die Ausführungen des AGVP in dieser Stellungnahme unter Punkt „Zu § 12 Abs. (6)“).

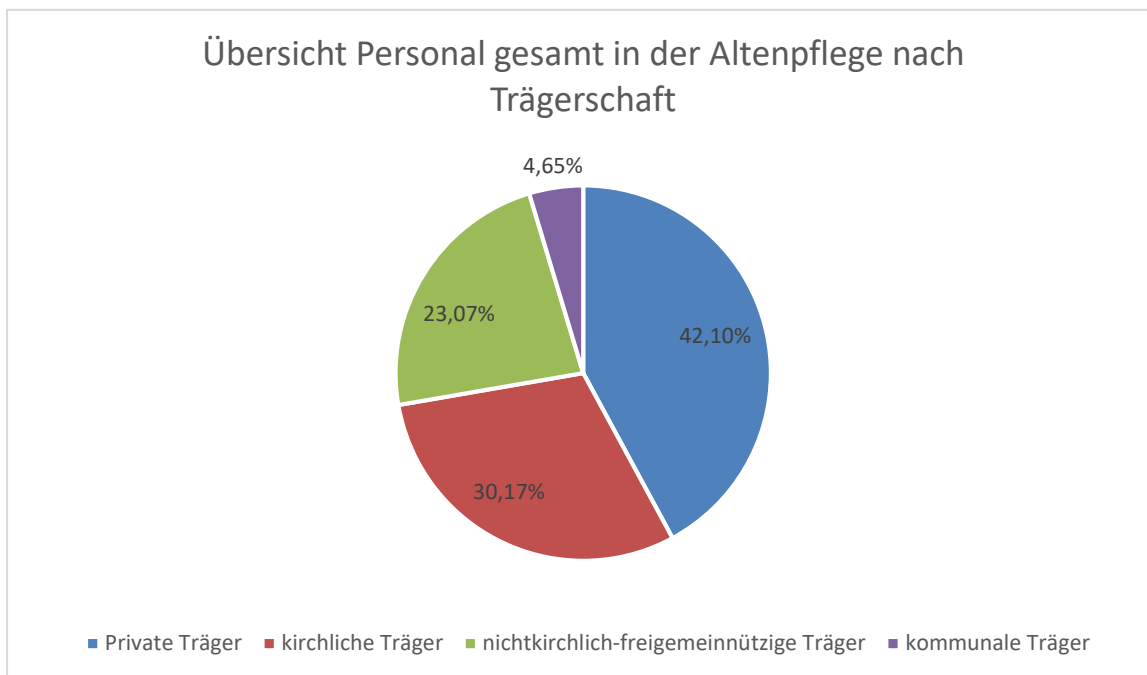


Abbildung 6: Übersicht Personal gesamt in der Altenpflege nach Trägerschaft

Quelle: Darstellung aus der Anlage zum Bericht der AG 5 der Konzentrierten Aktion Pflege basierend auf den Daten des Statistischen Bundesamtes, Seite 10

Wer im Markt wesentlicher Sozialpartner ist, dem muss mehr Gewicht und mehr Mitsprache eingeräumt sein. Zurzeit sind aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben die kirchlichen Träger mit einem Anteil in der Kommission repräsentiert, der nicht dem aktuellen – tendenziell sinkenden – Marktanteil entspricht. Hierdurch ist im Hinblick auf die Marktanteile bereits eine Überrepräsentanz entstanden. Nach den aktuellen Markt- und Arbeitnehmeranteilen müsste bei einer marktgerechten Auswahl von Mitgliedern eine Besetzung der Kommission durch zwei Vertreter der privaten Pflegebranche erfolgen.

#### Änderungsvorschlag zu § 12 Abs. 4

Der AGVP schlägt vor, die Verteilung der Sitze der Kommission gemäß der Markt- und Arbeitnehmerverteilung neu zu fassen. Die Sitzverteilung für die in der Pflegebranche tarifzuständigen Gewerkschaften oder Zusammenschlüsse von Gewerkschaften bleibt davon unberührt und findet mit der im Referentenentwurf vorgeschlagenen Regelung Zustimmung.

#### Zu § 12 Abs. (6)

Im Referentenentwurf begründet das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Schärfung der Besetzungskriterien mit der Schaffung von Rechtssicherheit und Transparenz hinsichtlich der Auswahlkriterien für die zu besetzenden Sitze in der Kommission. Die Neufassung des § 12 Abs. 6 AEntG weist jedoch problematische Auswahlkriterien auf, die verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen.

Die Repräsentativität, die bereits als Schlüsselbegriff für mehrere Allgemeinverbindlichkeitsinstrumente verwendet wird, und auch in diesem Zusammenhang immer wieder der Kritik ausgesetzt war, wird hier u.a. durch die "Wahrung der Vielfalt von freigemeinnützigen, öffentlichen und privaten Trägern"

definiert. Nach dem Wortlaut des Referentenentwurfs besteht insoweit eine Gleichrangigkeit zwischen der "Trägervielfalt" und der Repräsentativität nach der Zahl der potentiell tarifgebundenen Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber Mitglied einer Tarifvereinigung sind. Diese Gleichordnung der Trägervielfalt soll offenbar sicherstellen, dass bei den von der (nichtkirchlichen) Arbeitgeberseite benannten Mitgliedern der Kommission alle in Frage kommenden Trägergruppen repräsentiert sind. Das ist kein legitimes Gesetzesanliegen und wirft daher verfassungsrechtliche Bedenken auf.

Die Struktur der Pflegekommission ist zwingend darauf ausgerichtet, tarifähnliche Regelungen zu schaffen, die auch die kirchlichen Träger binden und die diese keinem (Art. 9 GG, Art. 137 WRV widersprechenden) Druck aussetzen, sich einer Tarifregelung beugen zu müssen. Daneben sollen aber diejenigen Sozialpartner eine Stimme erhalten, die in der Pflegebranche relevant sind. Im Kontext allgemeinverbindlicher Tarifverträge und sonst allgemeinverbindlicher Arbeitsbedingungen, wie sie durch die Kommission geschaffen werden, ist stets zu beachten, dass das Tarifrecht grundsätzlich verbietet, dass eine Minderheit einer Mehrheit ohne gerichtlich prüfbar Sachgründe ihren Willen aufzwingt. Eine solche Vorgehensweise widerspricht der grundgesetzlich verankerten Tarifautonomie.

Bei der aktuellen Gesetzesformulierung wäre es möglich, einen Trägertyp zu besetzen, der unter den Sozialpartnern der Pflegebranche überhaupt keine Bedeutung hat (im Extremfall z.B. ein einziges Pflegeheim betreibt), allein deshalb, weil er aus der Gruppe der Arbeitgeberverbände der einzige eines bestimmten Trägertyps (z.B. kommunal) ist. Ein entscheidender Einfluss auf die Tariffindung kann aber einem solch unbedeutenden Mitglied der Branche



nicht zugestanden werden, weil das die Tarifautonomie der übrigen Sozialpartner und auch nicht in der Sozialpartnerschaft gebundenen Arbeitgeber verletzt. Bereits diese Auswahl verstößt daher gegen Art. 9 GG.

#### Änderungsvorschlag zu § 12 Abs. (6)

Bei der Besetzung sollen die Markt- und Beschäftigtenentwicklung auch künftig sachgerecht in der Kommission abgebildet werden. Daher ist die Aufnahme des Marktanteils und die Aufnahme der durch die Rechtsverordnung nach § 10 ff. AEntG gebundenen Arbeitnehmer als Auswahlkriterien sachlich geboten und auch rechtlich zulässig, da der Repräsentationsgedanke dem Tarifrecht notwendig zu eigen ist.

Weiter gilt es zu beachten, dass bei einem Zusammenschluss von Vereinigungen von Arbeitgebern nur solche zulässig sein sollten, die entweder eine gemeinsame Trägerstruktur abbilden (z.B. Träger der freien Wohlfahrt oder private Trägerzusammenschlüsse), um zu vermeiden, dass durch die Vereinigungen unterschiedlicher Träger mit einem oder mehrerer Religionsgemeinschaften der Arbeitgeberseite Ungleichgewichte entstehen. Bei der Besetzung der tarifzuständigen Vereinigungen oder Zusammenschlüsse von Arbeitgebern muss unmissverständlich geregelt werden, dass Bündnisse, an denen auch Religionsgemeinschaften beteiligt sind, nicht für die Besetzung berücksichtigt werden können. Das Gesetz sieht bereits für die kirchlichen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter jeweils zwei ordentliche Mitgliedssitze vor. Eine Bereinigung der vorgeschlagenen Arbeitgebervereinigung um die konfessionellen Arbeitnehmer muss daher bei Berücksichtigung des Vorschlages erfolgen, bevor die vorgeschlagene Arbeitgebervereinigung nach Repräsentativität und Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer bewertet werden kann.

#### Zu § 12 Abs. (7)

Nach § 12 Abs. 7 des Referentenentwurfs soll künftig in bestimmten Fällen das Bundesministerium für Arbeit und Soziales allein über die Benennung der Kommissionsmitglieder entscheiden, wenn es an Vorschlägen zu Neubesetzung ausgeschiedener Mitglieder fehlt. Ziel dieser Regelung ist offenbar, ein personelles "Ausbluten" der Kommission zu verhindern und damit ihre Handlungsfähigkeit zu sichern. Gemessen an der tarifpolitischen Bedeutung der Kommission und dem Schutz der Koalitionsfreiheit der Marktteilnehmer ist das kein grundrechtlich legitimes Ziel. Vielmehr stellt es einen unzulässigen staatlichen Eingriff in die Tariffindung dar. Ohne, dass der Gesetzesentwurf hierfür gerichtlich nachprüfbar Kriterien benennt, kann das BMAS nach eigenem Gutdünken ein Mitglied der Pflegekommission einsetzen und muss dabei keinerlei Rücksicht auf Repräsentativität oder Trägervielfalt nehmen. Dieses vom BMAS benannte Mitglied handelt mittelbar in staatlichem Auftrag. Eine derartige staatliche Einmischung in die Entgeltfindung verbietet sich aber schon wegen der Koalitionsfreiheit. Besonders bedauerlich ist in diesem Zusammenhang, dass der

Referentenentwurf an keiner Stelle davon ausgeht, dass bestimmte Kriterien dieser Auswahl zugrunde gelegt werden müssen.

#### Änderungsvorschlag zu § 12 Abs. 7

Der AGVP schlägt vor, den § 12 Abs. 7 wie folgt zu ändern:

*„Scheidet ein ordentliches Mitglied oder ein Stellvertreter aus, benennt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales entsprechend folgendem Verfahren eine andere geeignete Person. War das Bundesministerium für Arbeit und Soziales mit der Benennung des ausgeschiedenen ordentlichen Mitglieds oder des Stellvertreters dem Vorschlag einer vorschlagsberechtigten Stelle oder, im Falle eines gemeinsamen Vorschlags nach Absatz 4 Satz 2, vorschlagsberechtigter Stellen gefolgt, erfolgt auch die neue Benennung unter Berücksichtigung deren Vorschlags. Im Falle des Ausscheidens eines ordentlichen Mitglieds rückt die/der Stellvertreter/in als ordentliches Mitglied nach. Der einzureichende Vorschlag erfolgt dann für die Stellvertreterposition. Schlägt die Stelle oder schlagen die Stellen innerhalb einer von dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales zu bestimmenden angemessenen Frist keine geeignete Person vor, entscheidet das Bundesministerium für Arbeit und Soziales über die Benennung. Absatz 5 Satz 3 und 4 gilt entsprechend.“*

Der Text der Begründung zu § 12 Abs. 7 ist entsprechend anzupassen und folgende Passage zu streichen:

*„[...] Geht jedoch dem BMAS innerhalb angemessener Frist kein neuer Vorschlag zu oder werden Personen vorgeschlagen, die für die Mitgliedschaft in der Kommission ungeeignet sind, bestimmt das BMAS eine geeignete Person nach pflichtgemäßem Ermessen (Satz 3). Gleiches gilt für den Fall, dass sich Stellen, deren gemeinsamem Vorschlag das BMAS gefolgt war, nicht fristwahrend auf einen neuen gemeinsamen Vorschlag einigen. [...]“*

#### Zu § 12 Abs. (8)

Neu eingefügt werden soll in Absatz (8) des § 12 die nicht-aufschiebende Wirkung eventueller Klagen gegen die Besetzung der Mindestlohnkommission. Dass Klagen gegen die Benennung von Mitgliedern der Kommission durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales keine aufschiebende Wirkung haben sollen, ist zwar eine im Verwaltungsrecht übliche Gestaltungsweise. Sie berücksichtigt hier aber nicht, dass der Rechtsschutz gegen einen besonders intensiven staatlichen Eingriff – nämlich der bereits ausgeführten, als unzulässig bezeichneten Mitgliedschaft eines allein vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales eingesetzten Kommissionsmitglieds – verkürzt wird. In diesem Kontext dürften die Rechtsschutzgarantien des Grundgesetzes verletzt sein.

#### Änderungsvorschlag zu § 12 Abs. 8

Der AGVP schlägt vor, den Absatz 8 in Paragraph 12 unter Beachtung der Rechtsschutzgarantien des Grundgesetzes und unter Hinzuziehung der Regelungen des § 80 VwGO zu überarbeiten und anzupassen.

**§ 12a „Empfehlung von Arbeitsbedingungen“****Zu § 12a Abs. (4)**

Die Begründung zu § 12a Abs. (4) lässt vermuten, dass dem die Kommission leitenden, nicht stimmberechtigter/n Beauftragten weniger Bedeutung als bisher zugemessen werden soll. Allein schon die Wahl der Bezeichnung für die Leitung – statt Vorsitzende/r soll ein/e Beauftragte/r die Sitzungen leiten, lässt dies vermuten. Nicht nur ist die Benennung des Beauftragten zeitlich nicht an die Benennung der Mitglieder gekoppelt, sondern das BMAS soll die Möglichkeit erhalten, jederzeit und ohne Angaben von Gründen diese/n Beauftragte/n ersetzen zu können. Die willkürliche Entscheidungsfindung des BMAS über die Benennung oder Abberufung des nicht stimmberechtigten Beauftragten zur Leitung der Kommission trägt nicht zu einer stabilen Vertrauensbildung innerhalb der Kommission und zu verlässlichen Beratungsprozessen bei. Vielmehr wird der Anschein erweckt, dass nach Sympathie und „Linientreue“ und nicht nach demokratischen Vorschlagsprinzipien und geeigneter Qualifikation entschieden werden soll. Eine Entscheidung ist demokratisch zustande gekommen, wenn alle, die von ihr betroffen sind, ihre Meinung einbringen und sich an der Entscheidungsfindung gleichermaßen beteiligen können. Dieses Grundrechtsprinzip der Gleichheit wird durch die jederzeitige und unbegründete Eingriffsmöglichkeit der Neubesetzung durch des BMAS verletzt.

**Änderungsvorschlag zu § 12a Abs 4.**

Entsprechend der bereits aufgeführten Argumentation ist der § 12a Abs. (4) sowie die Begründung entsprechend anzupassen. Der AGVP empfiehlt eine Orientierung an der Formulierung des § 6 Mindestlohngesetzes (MiLoG).

**Begründung A. Allgemeiner Teil****Zu VI. Gesetzesfolgen Punkt 6. „Weitere Gesetzesfolgen“**

Der AGVP geht von massiven finanziellen Belastungen aus. Die Mehrkosten steigender Löhne in der Altenpflege wurden jüngst vom IGES-Institut in einer Studie für das Bundesministerium für Gesundheit mit 1,4 bis 5,2 Milliarden Euro beziffert<sup>4</sup>. Bereits in den letzten vier Jahren musste der Beitrag zur Pflegeversicherung drei Mal auf aktuell 3,05 % (3,35 % für Kinderlose) angehoben werden, weil sowohl die Pflegeleistungen der Pflegeversicherung ausgeweitet wurden und die Löhne der Pflegekräfte gestiegen sind. Dies belastet nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch die Arbeitgeber – und dies branchenübergreifend!

Die Arbeitgeber in der Pflege sind nicht komplett frei in der Lohngestaltung. Neben den lohnpolitischen und arbeitsmarktwettbewerblichen Regelungen richten sich die Lohnkosten zu einem Teil auch danach, was die Leistungsempfänger, nämlich die Pflegebedürftigen zuzahlen können. Die Forderung nach höheren Löhnen in der Pflege hat direkte Auswirkungen auf die Bezahlbarkeit eines Pflegeplatzes oder ambulanter Pflegeleistungen. Durch die Preisnominierung in den Pflegesatzverhandlungen, endliche Budgets der Pflege- und Krankenkassen, gesetzlichen Vorgaben für die Personalvorhaltung und des steigenden Defizites zwischen Fachkräftebedarf und am Markt verfügbarem Personal, wird der Gesetzgeber nicht drum herumkommen, das System der Pflegeversicherung und der Preisfindung im Markt dem steigenden Bedarf an Pflegeleistungen anzupassen.

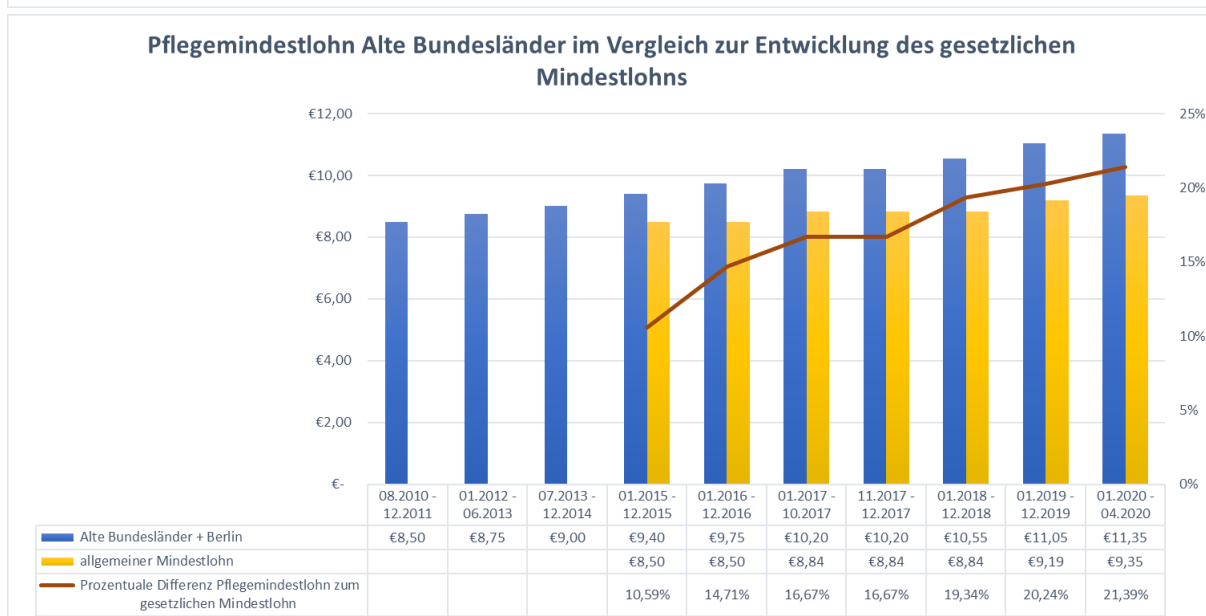
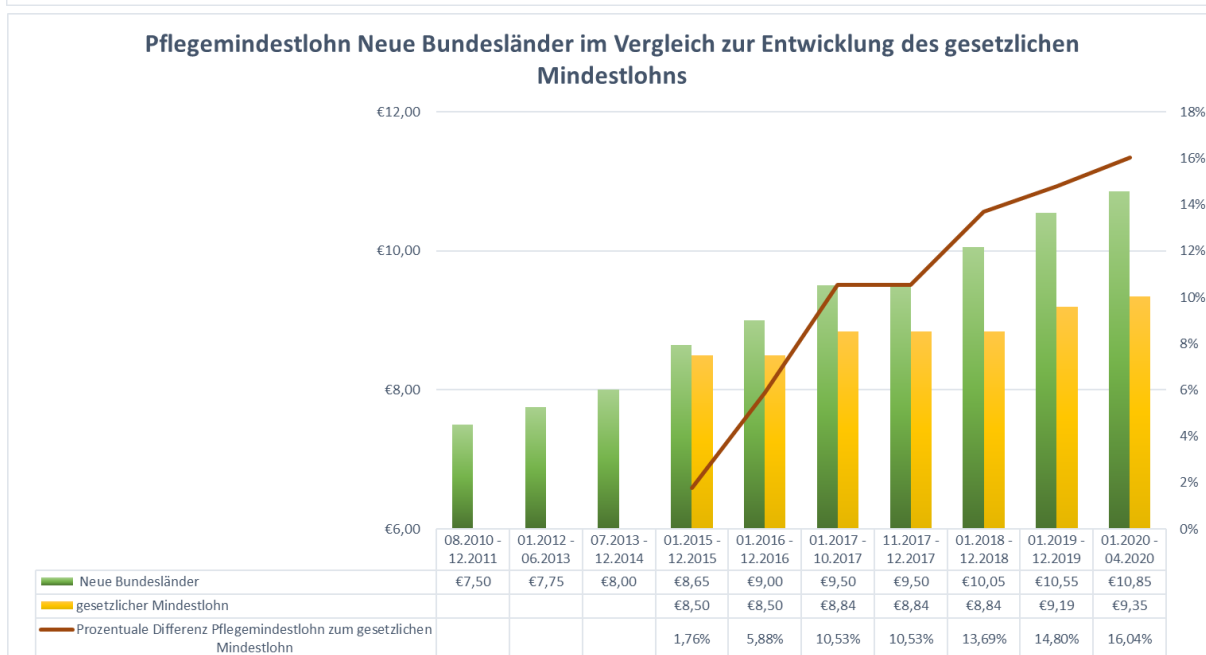
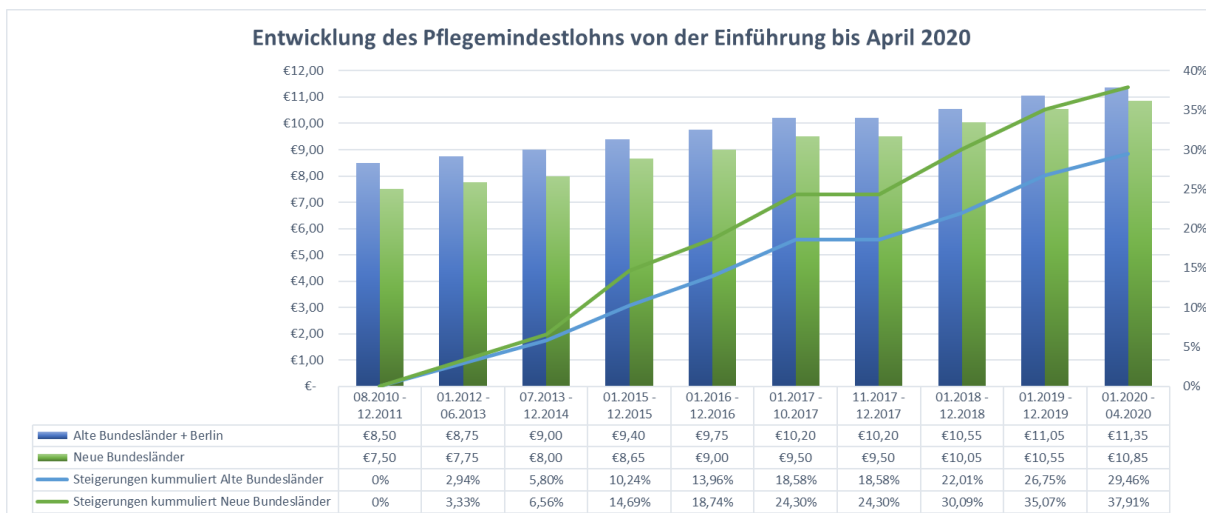
Ein schlüssiges Gesamtkonzept zur zukünftigen Finanzierung der Pflegeversicherung ohne permanent anzupassender Pflegeversicherungsbeiträge konnte bisher von der Regierung nicht vorgelegt werden. Laut einer Studie im Rahmen des Projekts „Perspektive Pflege – Neuausrichtung des Pflegeberufs“ hat das Wirtschaftsforschungsinstitut Prognos im Auftrag der Bertelsmann Stiftung Anfang 2019 bereits dargelegt, dass die letzte Anhebung des Pflegeversicherungsbeitrags lediglich ausreicht, um den Beitragssatz zur Pflegeversicherung bis zum Jahr 2024 unter den bis dato geltenden gesetzlichen Bestimmungen stabil zu halten.<sup>5</sup>

Zur Finanzierung der demografischen Entwicklung und des zu erwartenden Pflegebedarfes müsste der Beitragssatz bis 2045 auf 4,25% angehoben werden. Das wären für ein heutiges Durchschnittseinkommen fast 550 Euro mehr im Jahr, so die Autoren der Studie. Die unter Punkt 6. „Weitere Gesetzesfolgen“ aufgeführte Begründung könnte nicht nur zu höheren Kosten für die Sozialhilfeträger und Pflegebedürftigen führen, sondern wird mit Sicherheit die finanzielle Belastung aller Pflegebedürftigen, Sozialhilfeträger, Arbeitnehmer und Arbeitgeber zur Folge haben.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist dringend zu beachten, wenn es um die Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche geht (vgl. BSG-Urteil vom 07.05.2013 Az. B 1 KR 53/12 R): „Die Leistungen müssen ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten.“ Andernfalls werden die Kostensteigerungen in der Pflege nicht nur von den Pflegebedürftigen, Angehörigen und Sozialkostenträgern, sondern branchenübergreifend von allen Arbeitnehmern/innen und Arbeitgebern getragen werden müssen.

<sup>4</sup> IGES Institut (03/2019): Quantifizierung der finanziellen Auswirkungen flächendeckender Tarife in der Altenpflege

<sup>5</sup> Bertelsmann Stiftung (01/2019): Perspektive Pflege – Finanzentwicklung der Sozialen Pflegeversicherung im rechtlichen Status quo bis 2045



## DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
19. Wahlperiode

## Ausschussdrucksache 19(11)441

17. Oktober 2019

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 21. Oktober 2019  
um 13:30 Uhr zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung  
Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhneverbesserungsgesetz)  
- BT-Drucksache 19/13395

b) Antrag der Abgeordneten Pia Zimmermann, Susanne Ferschl, Matthias W. Birkwald,  
weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.  
Pflegelöhne auf Tarifniveau sofort finanzieren - BT-Drucksache 19/14023

### bpa Arbeitgeberverband e.V.

#### 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 4.000 Mitgliedseinrichtungen der ambulanten, teilstationären und stationären Pflege sowie der Behindertenhilfe und der Kinder- und Jugendhilfe. Die Mitglieder des bpa Arbeitgeberverbandes e.V. beschäftigen über 195.000 Mitarbeiter. Der bpa Arbeitgeberverband e.V. ist eine Vereinigung privater Arbeitgeber im Sinne des § 2 Tarifvertragsgesetzes (TVG).

**Der vorliegende Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhneverbesserungsgesetz)** ist in großen Teilen überflüssig, passt nicht in die Pflegelandschaft und leistet keinen wesentlichen Beitrag zu einer besseren Bezahlung. Er verschiebt Verantwortung und beschäftigt sich inhaltlich mit den Themen von gestern und vorgestern, nämlich wie können Gewerkschaften ohne Mitglieder über allgemeinverbindliche Tarifverträge gestützt werden, statt sich mit den Themen von heute und morgen zu befassen. Diese lauten vor allem: Welche Antworten gibt es auf den demografischen Wandel und wie schaffe ich notwendige Flexibilitäten, um die ständig steigende Nachfrage nach Pflegeleistungen zu bewältigen.

Auch in der Konzentrierten Aktion Pflege (KAP) hat sich gezeigt, dass es gewünscht ist, den professionell Pflegenden kurzfristig mehr Gehalt zu organisieren.

Um dieses Ziel zu erreichen, kann die Bundesregierung zum Beispiel jedes Jahr fünf Milliarden Euro (siehe IGES-Gutachten im Auftrag des BMG) zur Verfügung stellen, die ausschließlich für höhere Gehälter für die Pflegekräfte durch die Träger verwendet werden sollen. Das wäre eine zielgenaue, systemgerechte Maßnahme, die zudem auch die Verantwortung für die Finanzierung (und höheren Kosten) bei demjenigen belässt, der das Geld organisieren muss.

Der Versuch, über Zwangstarife und staatliche Lohn-diktate Verbesserungen für die Pflegekräfte herbeizuführen, ist hingegen rechtlich komplex und schwierig und widerspricht den Interessen der Pflegenden, die in ganz überwiegender Mehrheit durch eine Abstimmung mit den Füßen und ihre Nichtmitgliedschaft in Gewerkschaften längst deutlich gemacht haben, dass sie keine Tarifrouten brauchen, sondern echte und unmittelbare Verbesserungen für ihren Alltag. Auch in den Beratungen der zuständigen Arbeitsgruppe im Rahmen der KAP hat sich gezeigt, dass der vom Gesetzentwurf eingeschlagene Weg von der Mehrheit der Träger abgelehnt wird. Bei dem vorliegenden Entwurf handelt es sich um ein reines Verdi-AWO-Gesetz, das großzügig betrachtet als Symbolpolitik verstanden werden kann.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. lehnt den vorgelegten Gesetzentwurf in großen Teilen daher ab. Nicht nur weil der Titel irreführend ist, sondern auch weil er rückwärtsgewandt, staatsdirigistisch und rechtlich im höchsten Maße zweifelhaft ist.

**Bemerkung zur Liste der Sachverständigen (Stand: 27.9.2019)**

Zur Liste der Sachverständigen für die Öffentliche Anhörung am 21. Oktober 2019 möchten wir deutlich anmerken, dass auf der einen Seite sowohl die Gewerkschaft Verdi als auch die Katholische Kirche quasi doppelt berücksichtigt wurden. Die Verdi ist nicht nur direkt, sondern auch mit dem Verdi-Bereichsleiter Recht und Rechtspolitik Herrn Prof. Dr. Jens Schubert vertreten. Bei der Katholischen Kirche ist sowohl das Kommissariat der deutschen Bischöfe als auch der Deutsche Caritasverband e.V. benannt. Auf der anderen Seite drängt sich die Vermutung auf, dass kritische Stimmen nicht gehört werden sollen, wenn z.B. die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) als Sachverständige eben so wenig berücksichtigt werden wie kritische Verbände der freigemeinnützigen Arbeitgeber (z.B. Deutsches Rotes Kreuz, Tarifgemeinschaften der paritätischen Wohlfahrt, Dienstgeber der Caritas). Es entsteht somit ein offensichtliches Ungleichgewicht in Richtung der Befürworter des vorliegenden Gesetzentwurfs.

**Zusammenfassung**

Die im Entwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) eines „Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege“ geplanten Änderungen des § 7a im Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) lehnt der bpa Arbeitgeberverband e.V. vollumfänglich ab.

Die geplanten Änderungen stellen einen schwerwiegenden Eingriff in die Tarifautonomie dar und greifen gleichzeitig in nicht zu rechtfertigender Weise in die unternehmerische Freiheit (Artikel 2, 12, 14 des Grundgesetzes) ein.

Des Weiteren widerspricht die Erstreckung eines Tarifvertrages nach § 7a AEntG dem im § 11 Abs. 2 SGB XI verankerten Grundsatz der Trägervielfalt, wonach neben der Vielfalt die Selbstständigkeit, das Selbstverständnis und die Unabhängigkeit der Trägergruppen zu achten ist. Diesem Grundsatz entsprechend hat der Gesetzgeber im Jahre 2009 bewusst mit der Pflegekommission einen Sonderweg gewählt, um den unterschiedlichen Interessen der Träger in der Branche umfassend Rechnung zu tragen. Damit ist ein Verfahren nach § 7a AEntG grundsätzlich ausgeschlossen.

Das Mitwirkungs- und Zustimmungsrecht der Kirchen in § 7a Abs. 1a AEntG stellt einen Fundamentalangriff auf die Tarifautonomie und eine systemwidrige, bislang einzigartige Grenzüberschreitung dar. Die vorliegenden Gesetzesänderungen zwingen die Tarifpartner, Dritte an ihren Tarifverhandlungen zu beteiligen und sich ihren Tarifvertrag de facto absegnen lassen zu müssen.

Gleichzeitig bekommen die Kirchen damit eine überragende Wettbewerbsposition, die ihren tatsächlichen Marktanteil (rund 28 %) nicht widerspiegelt. Dies stellt auch einen Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip in der sozialen Pflegeversicherung dar (§ 11 Abs. 2 SGB XI).

Auch mit Blick auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht bleibt völlig unklar, warum die Tarifautonomie als „Selbstbestimmungsrecht“ der Tarif-

partner vor dem Selbstbestimmungsrecht der kirchlichen Religionsgesellschaften, die ihre Arbeitsbedingungen gerade nicht durch einen Tarifvertrag bestimmen, zurücktreten sollte.

Die im aktuellen Gesetzentwurf gegenüber dem im Vorentwurf vom 2. April 2019 im Bereich der §§ 12 ff. AEntG vorgenommenen Veränderungen weisen zum Teil in die richtige Richtung. Der bpa Arbeitgeberverband e.V. begrüßt die Abkehr des BMAS von der Änderung der Regeln zur Beschlussfassung sowie den Verzicht auf die vorzeitige Abberufungsmöglichkeit der Kommission auf Antrag lediglich der Hälfte der Kommissionmitglieder.

Allerdings bestehen nach wie vor gravierende Bedenken gegen das Ermessen des BMAS bei der Bewerberauswahl (§ 12 Abs. 6 AEntG, RefE). Das Verhältnis der quantitativen Repräsentativität zur Trägervielfalt muss so ausgestaltet werden, dass die Repräsentativität das bestimmende Kriterium wird. Sonst bleiben willkürlichen Entscheidungen Tür und Tor geöffnet.

Bei der Anwendung der Repräsentativität sollten alle Mitglieder der vorschlagsberechtigten Stelle berücksichtigt werden und nicht nur die, die nach der Art ihrer Mitgliedschaft tarifgebunden sein können. Die Entscheidungen der Pflegekommission treffen alle Betriebe gleichermaßen, egal ob tarifgebunden oder nicht.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. lehnt des Weiteren eine gesetzgeberische Einflussnahme auf die Arbeit und Entscheidungshoheit der Pflegekommission ab. § 12 Abs. 3 AEntG des RefE sieht richtigerweise eine Weisungsfreiheit der Kommissionsmitglieder vor. Dem widerspricht sowohl die Maßgabe differierende Mindestentgelte zu empfehlen (§ 12a Abs. 2 AEntG, RefE), die Bitte einer Ost-West-Angleichung bei den Mindestentgelten vorzunehmen (Gesetzesbegründung) als auch die geforderte Mindestdauer der Empfehlung. Das BMAS kassiert damit die Weisungsfreiheit der Kommissionsmitglieder gleich wieder ein.

Die Feststellung in der Gesetzesbegründung zu § 12a Abs. 2 AEntG-E, dass eine Qualifikation im Sinne des § 5 S. 1 Nr. 1 grundsätzlich auch durch „einschlägige Berufserfahrung“ erworben werden sein kann, muss gestrichen werden. Sie steht im krassen Widerspruch zum Gesetzeswortlaut „Mindestentgelt“, zur herrschenden Lehre und zur Gesetzesbegründung 2009. Dort heißt es, „die Erstreckung eines Lohngitters ist nicht möglich“ (BT-Drs. 16/10486, S. 12)

Nicht zuletzt müssen die Kostenfolgen des Gesetzentwurfs in aller Klarheit benannt werden. So hat das Bundesministerium für Gesundheit ein Gutachten des IGES-Instituts zur „Quantifizierung der finanziellen Auswirkungen von flächendeckender tariflicher Entlohnung in der Altenpflege bzw. ausdifferenzierter Mindestlohnbedingungen“ vom März 2019 vorgelegt. Dieses muss im Gesetzentwurf Berücksichtigung finden.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. weist darauf hin, dass über 70 Prozent der Gesamtkosten eines Pflegebetriebes Personalkosten sind. Wenn das BMAS mit diesem Gesetzentwurf eine Steigerung der Personalkosten bewirken will, muss es ehrlich darstellen,

dass derzeit allein die Pflegebedürftigen diese Kostensteigerungen durch höhere Zuzahlungen tragen müssen.

Einerseits müssen die Investitionsfähigkeit und die Stabilität der Pflegebetriebe gewahrt werden. Ohne diese wird die Versorgung mit Pflegeleistungen zusammenbrechen. Andererseits braucht es grundsätzlicher politischer Entscheidungen zu anderen Finanzierungswegen (höhere Pflegebeiträge, mehr Steuermittel), die auch angesichts zunehmend angespannter öffentlicher Haushalte nicht von heute auf morgen herbeizuführen sind.

Ohne transparente Darstellung der Kostenfolgen für die Pflegebedürftigen bleibt der Gesetzentwurf unvollständig und unehrlich.

#### Alternativer Vorschlag zur Änderung des Entwurfs

Ergänzend zu den kritischen Anmerkungen in dieser Stellungnahme möchten wir auf die **Empfehlungen des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates** vom 9. September 2019 hinweisen (BR-Drucksache 349/1/19). Darin heißt es u.a.:

„Der Bundesrat hebt jedoch die Notwendigkeit hervor, mit Augenmaß sowie Blick auf die Tarifautonomie (Artikel 9 Absatz 3 GG) und die besonderen Bedingungen der Pflegebranche vorzugehen. Einerseits muss sichergestellt sein, dass die verfassungsrechtlich geschützten Freiräume der Sozialpartner gewahrt bleiben. Andererseits gilt es, die Strukturen im Pflegemarkt angemessen zu berücksichtigen und insbesondere der Bedeutung privater Träger, die einen Großteil der Beschäftigten in der Pflege repräsentieren, hinreichend Rechnung zu tragen.“

Zur sog. „Tarifvertragslösung“ (Änderung des § 7a AEntG) empfiehlt der Wirtschaftsausschuss Folgendes:

„Im Verfahren zur Erstreckung eines Tarifvertrags in der Pflege (§ 7a A-EntG-E) muss sichergestellt sein, dass der Erlass einer Rechtsverordnung auch weiterhin nur erfolgen kann, wenn die Erstreckung im öffentlichen Interesse geboten ist, um die in § 1 AEntG genannten Gesetzesziele zu erreichen und dabei insbesondere einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenzuwirken. Dies muss in Bezug auf den zu erstreckenden Tarifvertrag vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales gesondert und sorgfältig geprüft werden. **Keinesfalls darf die Erfüllung der neuen verfahrensrechtlichen Anhörungs- und Zustimmungserfordernisse zugunsten von Kommissionen im Sinne von § 7a Absatz 1a AEntG-E von der Prüfung dieser materiellen Voraussetzungen entbinden und insbesondere dazu führen, dass ein Tarifvertrag, der nur von einer Minderheit der Arbeitgeber geschlossen wurde, auf alle Träger in der Pflege erstreckt wird. Dies wäre verfassungsrechtlich sehr bedenklich (Artikel 9 Absatz 3 GG).**“

Das Erfordernis einer Prüfung der weiteren materiellen Voraussetzungen einer Erstreckung nach § 7a AEntG findet sich auch in der Gesetzesbegründung des Gesetzentwurfs: „**Die Erfüllung dieser Voraussetzungen und insbesondere die unter § 7a Abs. 1a vorgesehene Zustimmung von Kommissionen aus dem Bereich repräsentativer Religionsgesellschaften entbinden nicht von der Prüfung, ob der Erlass der**

**Rechtsverordnung im öffentlichen Interesse geboten erscheint.**“ (BT-Drs. 19/13395, S. 13)

**Sollte der Ausschuss für Arbeit und Soziales – entgegen unserer kritischen Anmerkungen – dem Bundestag den Beschluss des unveränderten Entwurfs empfehlen, fordert der bpa Arbeitgeberverband e.V. in § 7a Absatz 1a AEntG-E den zuvor zitierten Satz aus der Gesetzesbegründung als Satz 7 in das Gesetz zu übernehmen.**

#### Zu den Vorschriften im Einzelnen:

##### § 7a Abs. 1 Satz 2 und 3 AEntG

#### Öffnung des Verfahrens nach § 7a AEntG für die Pflegebranche (§ 10 AEntG)

##### A) Beabsichtigte Neuregelung

Der Erlass einer Rechtsverordnung nach § 7a AEntG soll fortan auch im Geltungsbereich der Pflegebranche (§ 10 AEntG) zulässig sein. Zuständig ist das BMAS im Einvernehmen mit dem BMG. Nach § 7a Abs. 1 Satz 3 des Entwurfs seien sowohl die in Absatz 1a genannten Voraussetzungen zu erfüllen als auch die in § 11 Abs. 2 genannten Gesetzesziele zu berücksichtigen.

##### B) Stellungnahme

#### Tariferstreckung nach § 7a AEntG und § 11 Abs. 2 SGB XI – ein unmögliches Verhältnis

Im Entwurf des Abs. 1 zu § 7a AEntG wird betont, dass beim Erlass einer Rechtsverordnung die in § 11 Abs. 2 AEntG genannten Gesetzesziele zu berücksichtigen sind. In § 11 Abs. 2 AEntG findet sich vor allem ein Verweis auf die Regelungen in § 11 Abs. 2 SGB XI. Bei genauerem Hinsehen steht § 11 Abs. 2 SGB XI einer Erstreckung eines Tarifvertrags auf Dritte nach § 7a AEntG jedoch vollkommen entgegen.

In § 11 Abs. 2 SGB XI findet der Grundsatz der Trägervielfalt im Bereich der sozialen Pflegeversicherung besonderen Ausdruck. Anders gesagt berücksichtigt diese Regelung die historisch gewachsene Situation des Nebeneinanders von öffentlichen, freigemeinnützigen und privaten Anbietern von Pflegeleistungen. Das in § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB XI fixierte Gebot, bei der Organisation der sozialen Pflegeversicherung die Vielfalt von Pflegeeinrichtungen zu wahren sowie deren Selbstständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit zu achten, ist also ein Kernbestandteil der sozialen Pflegeversicherung, dient es doch letztlich der Garantie der Trägervielfalt und damit der Gewährleistung des Wahlrechts der Leistungsberechtigten.

§ 11 Abs. 2 SGB XI bringt also ein allgemeines Gebot auf den Punkt: Im Rahmen der gesetzlichen bzw. sozialen Pflegeversicherung dürfen die gewachsenen Strukturen, also die Pluralität der Einrichtungen nicht unnötig begrenzt oder eingeengt werden (Dalichau, SGB XI, 1. Aufl. 2014, § 11, Rn. 29). Genau solch eine Einengung der bestehenden Strukturen droht jedoch durch eine Tariferstreckung nach § 7a AEntG einzutreten, wenn nämlich private Einrichtungen in den Geltungsbereich von Tarifverträgen Dritter einbezogen werden, die der wirtschaftlichen Situation der tarifschießenden Einrichtungen ent-

sprechen mögen, jedoch nicht an der wirtschaftlichen Situation anderer Einrichtungen ausgerichtet sind. Daher ist nicht auszuschließen, dass eine Erstreckung von Tarifverträgen nach § 7a AEntG verschiedene Einrichtungen wirtschaftlich derart belastet, dass diese zum Aufgeben gezwungen werden, wodurch letztlich die Trägervielfalt im Bereich der sozialen Pflegeversicherung eingeschränkt wird.

Im Rahmen einer Tarifierstreckung nach § 7a AEntG kann man also – entgegen dem Wortlaut des Entwurfs für Abs. 1 des § 7a AEntG – letztlich gar nicht die Gesetzesziele des § 11 Abs. 2 AEntG berücksichtigen, viel-mehr stehen die Gesetzesziele des § 11 Abs. 2 AEntG regelmäßig einer solchen Tarifierstreckung fundamental entgegen.

Die in § 11 Abs. 2 SGB XI aufgeführte Trägervielfalt war im Jahr 2009 der ausschlaggebende Grund für die Aufnahme des Abschnitts 4 (Arbeitsbedingungen in der Pflege) in das AEntG mit dem Hinweis, dass eine Kommissionslösung geeignet ist, „den unterschiedlichen Brancheninteressen umfassend Rechnung zu tragen“ (BT-Drucksache 16/11669, S. 24). Der Gesetzgeber wollte damit bewusst eine „Parallelvorschrift zu § 7 Abs. 1“ (ebd.) schaffen. Es handelt sich bei den §§ 10 bis 13 AEntG daher um ein „eigenständiges Erstreckungsverfahren“ (Richardi/Bayerle, Kollektives Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2019, § 9 Rn. 32) als bewusst gewählter Sonderweg für die Pflegebranche.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. tritt daher für die interessengerechtere Kommissionslösung ein und lehnt eine Öffnung des Verfahrens nach § 7a in der Pflegebranche strikt ab.

### **Zur Frage des bundesweiten Tarifvertrags nach § 3 AEntG**

Die Regelung in § 3 AEntG, die über § 4 auch im Rahmen des Erstreckungsverfahrens nach § 7a AEntG in der Pflegebranche zur Anwendung kommen soll, verstößt gegen das Grundprinzip der Organisation und Finanzierung von Pflegeleistungen in der sozialen Pflegeversicherung.

Das SGB XI verzichtet ausdrücklich darauf, Einzelheiten zu Pflegeleistungen und deren Finanzierung gesetzlich und einheitlich für die gesamte Bundesrepublik festzulegen, sondern überlässt die Regelung solcher entscheidender Detailfragen den Rahmenvertragspartnern auf Landesebene, § 75 SGB XI. Rahmenverträge müssen danach ausdrücklich für jedes Bundesland einzeln geschlossen werden. Sie dienen damit der Sicherstellung einer wirksamen und wirtschaftlichen pflegerischen Versorgung unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Situation in den einzelnen Bundesländern. Dies wird besonders anhand von § 75 Abs. 2 Nr. 10 SGB XI deutlich, wonach (wenn überhaupt) die ortsübliche Vergütung für Pflegekräfte allein auf Landesebene festzulegen ist.

Indem also Rahmenverträge auf Landesebene abzuschließen sind, wird den wirtschaftlichen Spezifika in den einzelnen Bundesländern Rechnung getragen und auf diese Weise gewährleistet, dass Rahmenverträge auch tatsächlich der Umsetzung des Wirtschaftlichkeitsgebots aus § 29 SGB XI dienen (BeckOK Sozialrecht, Stand: 01.09.2018, § 75 SGB XI, vor Rn. 1).

Ein bundesweit geltender Tarifvertrag i.S.d. § 3 AEntG mit bundesweit einheitlichen Löhnen, Urlaubsregelungen etc. würde diesem föderalen Grundgedanken der sozialen Pflegeversicherung entgegenstehen und damit auch dem Wirtschaftlichkeitsgebot aus § 29 SGB XI. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass eine Tarifierstreckung nach § 7a AEntG in der Pflegebranche, genauer gesagt im Bereich der sozialen Pflegeversicherung, unzulässig ist.

### **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 (z.B. Umweltauflagen).

In der Pflege gibt es zahlreiche solcher Vorgaben bzw. Auflagen (Personalanzahl, Fachkräftenzahl, Vorgaben zu Investitionen, Vorgaben zur Betriebsorganisation, Vorgaben zu den Preisen etc.). Das einzige, was Pflegeunternehmen bis 2009 quasi vollkommen frei mit ihren Beschäftigten aushandeln konnten, waren die Löhne. Mit einem ca. 70-prozentigem Anteil an den Gesamtkosten fallen die Personalkosten in Pflegeeinrichtungen besonders stark ins Gewicht. Mit der Einführung der Kommissionslösung 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 gleichsweise 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 einem per Rechtsverordnung erstrecktem Tarifvertrag kommt man jedoch schnell zu einem anderen Ergebnis, sodass ein derart schwerwiegender Eingriff im Ergebnis nicht mehr zu rechtfertigen ist und somit einen Grundrechtsverstoß darstellt.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. lehnt die Änderung des § 7a AEntG (so-wie des § 13 AEntG, siehe unten) aufgrund starker verfassungsrechtlicher Bedenken im Ergebnis ab.

### **C) Änderungsvorschlag**

§ 7a Abs. 1 Satz 2 und 3 sind ersatzlos zu streichen.

### **§ 7a Abs. 1a des Entwurfs Anhörungsrecht und Zustimmungserfordernis der kirchlichen Kommissionen**

#### **A) Beabsichtigte Regelung**

Der neu einzufügende Abs. 1a schafft zusätzliche Voraussetzungen für die Erstreckung eines Tarifvertrags, dessen Geltungsbereich die Pflegebranche erfasst, in Form einer Rechtsverordnung nach § 7a AEntG. Danach bedarf es vor Abschluss des betreffenden Tarifvertrags einer gemeinsamen Mitteilung der Tarifvertragsparteien an das BMAS. Daraufhin gibt das BMAS bekannt, dass Tarifverhandlungen aufgenommen worden sind. Religionsgesellschaften können anschließend paritätisch besetzte Kommissionen benennen, die von den Tarifvertragsparteien angehört werden müssen. Die Zustimmung der Kommissionen ist erforderlich für einen Antrag nach § 7a Abs. 1.

**B) Stellungnahme****Beteiligung Dritter an Tarifverhandlungen ist schwerwiegender Eingriff in die Tarifautonomie**

Bei dem in Abs. 1a enthaltenen Verfahren bleibt die Bedeutung des Art. 9 Abs. 3 GG und der Tarifpartner im Sinne des TVG völlig unberücksichtigt. Auch wenn die Wirksamkeit des betreffenden Tarifvertrags nicht von der Erfüllung der in § 7a AEntG des Entwurfs geregelten (Verfahrens-)Voraussetzungen abhängt (so die Begründung auf S. 12), wäre jede dieser geplanten Änderungen ein schwerwiegender Eingriff in die Tarifautonomie der Tarifpartner, der nicht – auch nicht durch die besonderen Bedingungen in der Pflegebranche – zu rechtfertigen ist.

Art. 9 Abs. 3 GG schützt das Aushandeln von Tarifverträgen zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften. Zu den der Regelungsbefugnis überlassenen Materien gehört insbesondere das Arbeitsentgelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) wird den von den Tarifpartnern ausgehandelten Löhnen und Gehältern von Verfassung wegen eine Richtigkeitsgewähr eingeräumt. Sowohl das GG als auch der Gesetzgeber gehen davon aus, dass die in frei ausgehandelten Tarifverträgen vereinbarten Entgelte den Besonderheiten der jeweiligen Branche Rechnung tragen.

Dieser Tariffreiheit würde es fundamental entgegenstehen, wenn die Tarifpartner durch die vorliegenden Gesetzesänderungen gezwungen werden, Dritte an ihren Tarifverhandlungen zu beteiligen und sich ihren Tarifvertrag de facto „absegnen“ lassen zu müssen.

Eine solche vorgeschriebene Beteiligung von Dritten an Tarifverhandlungen und dem daraus resultierenden Tarifergebnis wäre ein Fundamentalangriff auf die Tarifautonomie und eine systemwidrige, bislang einzigartige Grenzüberschreitung.

**Zur Rolle der Kirchen in § 7a Abs. 1a AEntG**

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. hatte schon in seiner Stellungnahme vom 5. April 2019 zum Referentenentwurf eines „Pflegearbeitsbedingungenverbesserungsgesetzes“ darauf hingewiesen, dass in Deutschland nur ca. 28 % bis 29 % aller Personen, die in der Altenpflegebranche beschäftigt sind, bei kirchlichen Dienstgebern beschäftigt sind, also deutlich weniger als ein Drittel.

Gleichwohl sollen „Religionsgesellschaften, in deren Bereichen paritätisch besetzte Kommissionen zur Festlegung von Arbeitsbedingungen auf der Grundlage kirchlichen Rechts“ gebildet sind, nach dem Entwurf des Abs. 1a zu § 7a AEntG ein starkes Mitentscheidungsrecht im Hinblick auf den Erlass einer Rechtsverordnung nach § 7a AEntG haben; mehr noch, ohne die ausdrückliche Zustimmung der gerade genannten Religionsgesellschaften (bzw. deren Kommissionen) soll ein Antrag auf Erlass einer Rechtsverordnung durch die Tarifvertragsparteien nach § 7a AEntG nicht möglich sein.

Hintergrund der nunmehr geplanten Einbeziehung der Religionsgesellschaften ist wohl deren gewollte Funktion als „Mehrheitsbeschaffer“ für eine „möglichst flächendeckende Tarifbindung“ und gewisse

Repräsentativität eines zu erstreckenden Tarifvertrags sowie das durch Art. 140 GG verfassungsrechtliche geschützte kirchliche Selbstbestimmungsrecht.

Mit § 7a Abs. 3 AEntG existiert schon aktuell eine Regelung zur notwendigen Beteiligung im Ordnungsverfahren von potenziell durch den Erlass einer Rechtsverordnung Betroffenen. Diese haben Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme. Warum darüber hinausgehend gerade die kirchlichen Religionsgesellschaften mit ihrem „Dritten Weg“ solch weitgehende Sonderrechte erhalten sollen, ist nicht nachvollziehbar.

Auch im Hinblick auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht bleibt völlig unklar, warum die Tarifautonomie als „Selbstbestimmungsrecht“ der Tarifpartner vor dem Selbstbestimmungsrecht der kirchlichen Religionsgesellschaften, die ihre Arbeitsbedingungen gerade nicht durch einen Tarifvertrag bestimmen, zurücktreten sollte.

Der geplanten Einbeziehung der kirchlichen Religionsgesellschaften bedarf es daher nicht und sie wäre verfassungsrechtlich auch nicht geboten, sondern vielmehr als gesetzlich bestimmter Fremdeinfluss Dritter auf die autonome Selbstbestimmung der Tarifpartner verfassungsrechtlich völlig verfehlt.

**Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip aus § 11 Abs. 2 SGB XI**

Darüber hinaus stellt die Position der Kirchen im Entwurf des Abs. 1a zu § 7a AEntG einen Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip in der sozialen Pflegeversicherung dar.

Nach § 11 Abs. 2 SGB XI ist innerhalb der sozialen Pflegeversicherung die Vielfalt, Unabhängigkeit und Selbstständigkeit sowie das Selbstverständnis der Leistungserbringer zu beachten. Für die Versicherten folgt aus dieser Bestimmung das Recht, frei zwischen den einzelnen Leistungserbringern wählen zu können. Mit dem Wahlrecht des einzelnen Versicherten geht auch – und das ist vollkommen unstrittig – einher, dass die verschiedenen Leistungserbringer miteinander in einen Wettbewerb um die Leistungsberechtigten treten sollen. Dieses Wettbewerbsverhältnis zwischen den Leistungserbringern (das auch in anderen Bereichen des deutschen Sozialsystems gilt) im Hinblick auf die Qualität ihrer Leistungen und die Preise für ihre Leistungen ist der Hauptgrund für das Funktionieren des deutschen Sozialsystems (zum Wettbewerbsprinzip aus § 11 Abs. 2 siehe nur: Knickrehm / Kreikebohm / Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 6. Auflage 2019, § 11 SGB XI, Rn. 4).

Der gesetzlich angeordnete Wettbewerb zwischen den einzelnen Leistungserbringern wird aber ausgehebelt, wenn die kirchlichen Wohlfahrtsverbände das Recht bekommen, darüber zu entscheiden, ob und wie tarifvertragliche Regelungen in eine Rechtsverordnung nach § 7a AEntG überführt werden, oder nicht. Dies muss – wie schon eingangs betont – gerade auch vor dem Hintergrund gesehen werden, dass die kirchlichen Wohlfahrtsträger, von deren Zustimmung der Erlass einer Rechtsverordnung abhängig gemacht werden soll, weniger als ein Drittel aller Altenpflegekräfte in Deutschland beschäftigen.



**C) Änderungsvorschlag**

§ 7a Abs. 1a des Entwurfs wird ersatzlos gestrichen.

**§ 12 Abs. 1 und Abs. 2 des Entwurfs  
Errichtung einer ständigen Kommission****A) Beabsichtigte Regelung**

Die Neuregelungen in § 12 Abs. 1 und Abs. 2 des Gesetzentwurfs zielen darauf ab, die Kommission in ein „ständiges Gremium“ umzuformen. Sie soll für die Dauer von jeweils fünf Jahren berufen werden und könnte nach diesen Regelungen in der Ausgangszusammensetzung zwei oder mehrere Empfehlungen zu Mindestarbeitsbedingungen in der Altenpflege abgeben.

Gleichzeitig sieht § 12 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs vor, dass das BMAS die Kommission länger als fünf Jahre amtierend lassen kann, wenn am Ende einer Fünf-Jahres-Periode die bestehende Kommission schon mit Beratungen über neue Mindestarbeitsbedingungen begonnen hat. In diesem Fall soll die Kontinuität der Beratungen einer pünktlichen Neubesetzung vorgehen. Die Entscheidung über eine spätere Berufung einer neuen Kommission ist nach § 12 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs in das Ermessen des BMAS gestellt.

Der Referentenentwurf des „Pflegearbeitsbedingungenverbesserungsgesetzes“ mit Stand vom 2. April 2019 sah in einem § 12 Abs. 2 Satz 3 noch ein vorzeitiges Abberufungsrecht auf Antrag von vier Kommissionsmitgliedern vor. Dieser Satz 3 wurde ersatzlos gestrichen.

**B) Stellungnahme**

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. hat im Ergebnis keine Einwände gegen die Etablierung einer ständigen Kommission. Diese Neuregelung erspart den beteiligten Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften langwierige Bewerbungsverfahren und kann zu einer kontinuierlicheren und planbareren Entwicklung von Mindestarbeitsbedingungen in der Pflegebranche beitragen.

Kritisch sieht der bpa Arbeitgeberverband e.V. dagegen die Regelung in § 12 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs, wonach es ins Ermessen des BMAS gestellt ist, eine amtierende Kommission über den Fünf-Jahres-Zeitraum hinaus im Amt zu belassen, um ggf. ein schnelleres Verhandlungsergebnis zu erhalten. Hierin sieht der bpa Arbeitgeberverband e.V. eine unnötige Stärkung der Position des BMAS, die sogar dazu führen kann, dass das BMAS auf die Arbeit einer Kommission und damit auf mögliche neue Mindestarbeitsbedingungen in der Pflegebranche Einfluss nehmen kann. Eine solche Einflussnahmemöglichkeit soll dem Ministerium nach den Grundsätzen der §§ 10 ff. AEntG gerade nicht zukommen. § 11 Abs. 1 AEntG stellt dem BMAS zwar frei, ob es die von der Kommission vorgeschlagenen Arbeitsbedingungen in eine Rechtsverordnung übernimmt. Eine Abänderung der vorgeschlagenen Bedingungen oder etwaige andere Einfluss- oder Gestaltungsmöglichkeiten sieht das Gesetz hingegen nicht vor. Es ist nach Ansicht des bpa Arbeitgeberverbands e.V. nicht hinnehmbar, dass das BMAS die alleinige Entscheidungsgewalt erhält, eine Kommission im Amt zu belassen oder ein neues Bewerbungsverfahren in Gang zu setzen. Es besteht die Gefahr, dass das BMAS sich

dabei bewusst oder unbewusst davon leiten lässt, mit welchen Beratungsergebnissen bei einer bestimmten Kommissionszusammensetzung gerechnet werden kann. Wenn man hier richtigerweise davon ausgeht, dass es sich bei der Kommission um eine Ausgestaltung der Tarifautonomie der Kommissionsmitglieder handelt, ist eine Eingriffsmöglichkeit der Exekutive hier aufgrund der massiven Beeinträchtigung entschieden abzulehnen. Die Änderung ist auch mit dem Grundverständnis des Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu vereinbaren. Der bpa Arbeitgeberverband e.V. vertritt daher die Position, dass die Amtsperiode einer Kommission nicht verlängert werden darf. Zumindest aber darf eine solche Verlängerung nicht in das Ermessen des Ministeriums gestellt werden.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. begrüßt die ersatzlose Streichung des Abberufungsrechts auf Antrag von vier Mitgliedern (§ 12 Abs. 2 Satz 3 AEntG des Gesetzesentwurfs eines „Pflegearbeitsbedingungenverbesserungsgesetzes“).

**C) Änderungsvorschläge**

Auch § 12 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs wird ersatzlos gestrichen.

**§ 12 Abs. 3 des Entwurfs  
Ehrenamt und Weisungsfreiheit****A) Beabsichtigte Neuregelung**

In § 12 Abs. 3 des Entwurfs findet sich jetzt eine Klarstellung, wonach die Mitglieder der Kommission ihre Tätigkeit ehrenamtlich und weisungsfrei wahrnehmen.

**B) Stellungnahme**

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. begrüßt die Klarstellung in § 12 Abs. 3 des Entwurfs, wonach die Mitglieder der Kommission ihre Tätigkeit ehrenamtlich und weisungsfrei ausüben. Der bpa Arbeitgeberverband e.V. weist an dieser Stelle nochmal darauf hin, dass eine einseitige Verlängerung des Mandats der Kommission durch das BMAS (§ 12 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs) abzulehnen ist. Durch die Möglichkeit des BMAS, die Amtszeit der Kommission über den Fünf-Jahres-Zeitraum hinaus zu verlängern wird die Weisungsfreiheit der Kommissionsmitglieder de facto unterlaufen, weil das BMAS hierdurch Einfluss auf die Arbeit der Kommission nehmen kann (siehe dazu schon oben).

**§ 12 Abs. 4 des Entwurfs  
Zusammensetzung der Kommission****A) Beabsichtigte Neuregelung**

In § 12 Abs. 4 des Entwurfs wird klargestellt, dass aus der Gruppe der weltlichen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nur solche Organisationen vorschlagsberechtigt sind, die Tarifvertragsparteien (§ 2 TVG) in der Pflegebranche im Sinne in der Pflegebranche tarifzuständiger Gewerkschaften oder Zusammenschlüsse von Gewerkschaften sowie in der Pflegebranche tarifzuständiger Vereinigungen von Arbeitgebern oder Zusammenschlüsse von Vereinigungen von Arbeitgebern sind. Der Ausschluss anderer Vereinigungen solle gemäß Gesetzesbegründung der „tarifvertragsersetzenden Funktion“ der Kommissionsbeschlüsse Rechnung tragen.

Im gleichen Absatz wird ferner klargestellt, dass die genannten Gruppen auch „gemeinsame Vorschläge“ abgeben können. Nach der Gesetzesbegründung des vorliegenden Entwurfs müssen alle vorschlagenden Stellen denselben Vorschlag – nicht notwendig in demselben Dokument – als gemeinsamen Vorschlag abgeben. § 12 Abs. 4 Satz 2 des Entwurfs erfasse somit nicht den Fall einer (ggf. nachträglichen) Unterstützung des Vorschlags einer anderen Stelle.

Das BMAS benennt insgesamt acht geeignete Personen „unter Berücksichtigung“ (AEntG 2009 = „aufgrund“) von Vorschlägen der vorschlagsberechtigten Stellen.

## B) Stellungnahme

### Zusammensetzung der Kommission

Der Gesetzentwurf sieht grundsätzlich keine Neuregelungen für die Besetzung der Kommission vor. Nach wie vor soll die Kommission aus zwei weltlichen Arbeitgebervertretern, zwei kirchlichen Dienstgebervertretern, zwei weltlichen Arbeitnehmervertretern und zwei kirchlichen Dienstnehmervertretern bestehen. Der bpa Arbeitgeberverband e.V. tritt entschieden dafür ein, dass die Zusammensetzung der Kommission neu geregelt wird und sich an den tatsächlichen Gegebenheiten der Pflegebranche orientiert.

Ende 2017 waren in Deutschland insgesamt 14.480 stationäre Pflegeeinrichtungen (Pflegeheime) und 14.050 ambulante Pflegedienste tätig. Von den genannten Pflegeheimen waren 6.167, d.h. 42,6 % in privater Trägerschaft; bei den ambulanten Diensten waren 9.243 in privater Trägerschaft, was einem prozentualen Anteil von 65,8 % entspricht (Quelle: Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 2017). Damit stehen mehr als die Hälfte (ca. 54 %) aller Pflegeeinrichtungen in Deutschland unter privater Trägerschaft.

Bezogen auf das Pflegepersonal in den genannten Einrichtungen ergibt sich in diesem Zusammenhang Folgendes: nach einer Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Abgeordneten Nicole Westig u.a. und der Fraktion der FDP betreffend „Marktwirtschaftliche Strukturen in der Pflege“, BT-Drucksache 19/8296 waren Ende 2017 insgesamt 1.155.000 Personen in Deutschland in der Altenpflege beschäftigt, davon 498.000 oder 43 % bei privaten Anbietern und 605.000 oder 52 % bei freigemeinnützigen Anbietern sowie 52.000 oder 5 % bei öffentlichen (kommunalen) Anbietern. Bei den freigemeinnützigen Anbietern werden ca. 43 % des Personals bei den nichtkirchlichen Wohlfahrtsträgern beschäftigt (Quelle: Statistisches Bundesamt in Faktenpapier der AG 5 in der Konzertierte Aktion Pflege, Tabelle 5; Stand: 2015). Übertragen auf die im Jahr 2017 in der Altenpflege beschäftigten Personen bedeutet dies, dass 2017 ca. 260.000 oder 23 % bei nichtkirchlichen Wohlfahrtsträgern beschäftigt sind.

Die privaten Anbieter in Deutschland beschäftigen also 43 % aller Pflegekräfte. Rechnet man die öffentlichen Anbieter und die nichtkirchlichen Wohlfahrtsträger hinzu, so kommt man zu dem Ergebnis, dass etwa 71 % aller Pflegekräfte in der Altenpflege in Deutschland bei weltlichen Anbietern tätig sind

und damit nicht einmal 30 % bei kirchlichen Anbietern.

Nach Ansicht des bpa Arbeitgeberverbands e.V. muss sich diese Marktsituation in der Zusammensetzung der Kommission nach § 12 AEntG widerspiegeln, d.h. zwei Drittel bis drei Viertel der Kommissionsmitglieder müssen weltliche Arbeitgeber und weltliche Arbeitnehmer repräsentieren, lediglich ein Viertel bis ein Drittel der Kommissionsmitglieder sollte kirchliche Dienstgeber und Dienstnehmer repräsentieren. Bezogen auf eine Kommission mit acht Mitgliedern, muss die Kommission demnach aus drei weltlichen Arbeitgebervertretern und drei weltlichen Arbeitnehmervertretern zusammengesetzt sein sowie aus einem kirchlichen Dienstgebervertreter und einem kirchlichen Dienstnehmervertreter.

### Tarifzuständigkeit / Tariffähigkeit

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. begrüßt grundsätzlich die Klarstellungen in § 12 Abs. 4 des Entwurfs, wonach nur solche weltlichen Organisationen (Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften) sich um die Mitgliedschaft in der Kommission bemühen können, bei denen es sich um Tarifvertragsparteien im Sinne des § 2 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz handelt, die auch in der Pflegebranche tarifzuständig und (auf Gewerkschaftsseite) tariffähig sind. Diese Klarstellung darf jedoch nicht dazu führen, dass es (vor allem auf Gewerkschaftsseite) zu einer Art Monopolstellung bei der Besetzung der Kommission kommt. Die Kommission leitet ihre Legitimität auch daraus ab, dass auf Arbeitnehmerseite verschiedene Gewerkschaften bei der Bildung der Kommission berücksichtigt werden und damit auch Arbeitnehmer repräsentiert werden, die sich bewusst für eine Mitgliedschaft in einer anderen Gewerkschaft (Nicht-DGB-Gewerkschaft) entschlossen haben. Ebenso darf bei der Bewertung der Eigenschaft als Tarifvertragspartei im Sinne des § 12 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe b) des Entwurfs das Verhältnis von Mitgliedern mit Tarifbindung zu Mitgliedern ohne Tarifbindung keine Rolle spielen. Eine solche Beschränkung findet keine Stütze im Gesetz.

### Gemeinsame Besetzungsvorschläge

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. begrüßt die klarstellende Konkretisierung eines gemeinsamen Vorschlags im Vergleich zum Entwurf des Pflegearbeitsbedingungenverbesserungsgesetzes. Im Sinne einer rechtssicheren Anwendung wäre die Aufnahme dieser Klarstellung unmittelbar im Gesetzestext jedoch besser.

### Benennung der Mitglieder „unter Berücksichtigung“ von Vorschlägen

Diese Formulierung eröffnet ohne Grund einen erheblichen Ermessensspielraum des BMAS, den der bpa Arbeitgeberverband e.V. ablehnt.

Wegen der Grundrechtsrelevanz und um die Tragfähigkeit und Akzeptanz der Pflegekommission nicht zu gefährden, muss das Ermessen des BMAS in diesem Punkt weitestgehend ausgeschlossen werden und eine Benennung daher zwingend den jeweiligen Vorschlägen folgen.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. fordert daher, den alten Wortlaut („aufgrund von Vorschlägen“) beizubehalten.

**C) Änderungsvorschlag**

§ 12 Abs. 4 des Entwurfs wird wie folgt gefasst:

*Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales benennt je vier geeignete Personen als ordentliche Mitglieder sowie je vier geeignete Personen als deren Stellvertreter **aufgrund** von Vorschlägen*

1. von Tarifvertragsparteien in der Pflegebranche, wobei
  - a) in der Pflegebranche tarifzuständige Gewerkschaften oder Zusammenschlüsse von Gewerkschaften sowie
  - b) in der Pflegebranche tarifzuständige Vereinigungen von Arbeitgebern oder Zusammenschlüsse von Vereinigungen von Arbeitgebern

*jeweils für **drei** ordentliche Mitglieder und **drei** Stellvertreter vorschlagsberechtigt sind,*

2. aus dem Bereich der Religionsgesellschaften, wobei
  - a) die Dienstnehmerseite sowie
  - b) die Dienstgeberseite

*von paritätisch besetzten Kommissionen, die auf der Grundlage kirchlichen Rechts Arbeitsbedingungen für den Bereich kirchlicher Arbeitgeber in der Pflegebranche festlegen, jeweils für **ein ordentliches Mitglied** und **ein stellvertretendes Mitglied** vorschlagsberechtigt sind.*

**§ 12 Abs. 5 des Entwurfs****Vorschlagsfristen****A) Beabsichtigte Neuregelung**

Der Entwurf führt in § 12 Abs. 5 Fristenregelungen ein, die das BMAS ermächtigen innerhalb einer von ihm zu bestimmenden angemessenen Frist zur Abgabe von Vorschlägen sowie Mitteilung und Glaubhaftmachung relevanter Umstände aufzufordern.

**B) Stellungnahme**

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. begrüßt die Änderung der Version des Pflegearbeitsbedingungenverbesserungsgesetzes hin zu einer „angemessenen“ Frist.

Der Ausschluss von nach Fristablauf eingereichten Vorschlägen bzw. die Nichtberücksichtigung von „mitgeteilten oder glaubhaft gemachten Umständen“ ist hingegen eine unverhältnismäßig strenge Folge, insbesondere im Hinblick auf den langen Zeitraum von fünf Jahren, für den die Pflegekommission berufen werden soll.

**§ 12 Abs. 6 des Entwurfs  
Auswahlentscheidung des BMAS bei mehr Vorschlägen als Mitgliedern für weltliche Arbeitgeber- und Arbeitnehmervereinigungen****A) Beabsichtigte Neuregelung**

§ 12 Abs. 6 des Entwurfs enthält „ermessenslenkende Kriterien“ (vgl. S. 16 der Begründung), die das BMAS zu berücksichtigen hat, wenn es sein Ermessen bei der Besetzung der weltlichen Mitglieder der Kommission auszuüben hat, für den Fall, dass sich mehr Organisationen um Sitze in der Kommission

bewerben, als hierfür Plätze vorgesehen sind. Hierbei gelten für Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände unterschiedliche Kriterien. Bei Gewerkschaften ist allein die quantitative Repräsentativität entscheidend, bei Arbeitgeberverbänden soll neben der quantitativen Repräsentativität „gleichermaßen“ auch die Wahrung der Vielfalt von freigemeinnützigen, öffentlichen und privaten Trägern entscheidend sein. In der Begründung zu dieser Regelung wird auf § 11 Abs. 2 Satz 1 SGB XI verwiesen. In der betreffenden Entwurfsregelung des Pflegearbeitsbedingungenverbesserungsgesetzes wurde noch auf die Bestimmung eines konkreten Verhältnisses zwischen diesen beiden Kriterien verzichtet.

Die Repräsentativität einer Gewerkschaft beurteilt sich nach der Anzahl ihrer Mitglieder, die einer Vereinigung von Arbeitgebern gemäß § 12 Abs. 6 des Entwurfs nach der Zahl der in der Pflegebranche beschäftigten Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber Mitglieder der jeweiligen Vereinigung von Arbeitgebern sind und nach Art ihrer Mitgliedschaft tarifgebunden sein können.

**B) Stellungnahme**

Die Gruppen des § 12 Abs. 4 Nr. 1 a) und 1 b) (Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen) werden hinsichtlich der ermessenslenkenden Kriterien in doppelter Hinsicht ungleich behandelt. Zum einen ist allein die Gruppe der Arbeitgebervereinigungen dem Kriterium „Wahrung der Vielfalt von freigemeinnützigen, öffentlichen und privaten Trägern“ (Trägervielfalt, § 11 Abs. 2 Satz 1 SGB XI) ausgesetzt. Zum anderen wird das Kriterium der quantitativen Repräsentativität bei den Arbeitgebervereinigungen da-hingehend konkretisiert, dass nur die Arbeitnehmer gezählt werden, deren Arbeitgeber nach der Art ihrer Mitgliedschaft tarifgebunden sein können.

**Kriterium der Trägervielfalt**

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. lehnt das Kriterium der Trägervielfalt als gleichwertiges ermessenslenkendes Kriterium aus vier Gründen ab:

1. Durch ein zusätzliches ermessenslenkendes Kriterium kommt es zu ungleichen Voraussetzungen für die Bewerbung auf Kommissionssitze für Gewerkschaften auf der einen Seite und Arbeitgeberverbände auf der anderen Seite.
2. Das genannte Kriterium enthält zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe und läuft daher darauf hinaus, dass die Auswahl unter mehreren Bewerbern beliebig bzw. willkürlich werden kann. Hier liegt ein Verstoß gegen das sogenannte Bestimmtheitsgebot nach Art. 20 Abs. 3 GG vor.
3. Das Verhältnis von Repräsentativität und Trägervielfalt als gleichwertige Kriterien widerspricht der Rechtsprechung des VG Berlin fundamental.
4. Eine Bezugnahme auf § 11 Abs. 2 Satz 1 SGB XI verkennt den vollständigen Regelungsgehalt des § 11 Abs. 2 SGB XI, der sich dementsprechend nicht in § 12 Abs. 6 des Entwurfs wiederfindet.

Im Einzelnen sei zu diesem vierten Grund folgendes angemerkt:

Eine derart gewichtige Bezugnahme auf § 11 Abs. 2 SGB XI ist an dieser Stelle nicht überzeugend. § 11

Abs. 2 SGB XI drückt für den Bereich der gesetzlichen Pflegeversicherung einen Grundsatz aus, der sich an vielen Stellen im deutschen Sozialrecht wiederfindet: Das Recht der Versicherten auf freie Anbieterwahl. Dieser Grundsatz ist zu Recht ein Kernbestandteil des deutschen Sozialrechts und bringt zwei Dinge zum Ausdruck. Einerseits geht der Gesetzgeber in Deutschland davon aus, dass Versicherte selbst am besten wissen, welcher Anbieter für sie der Beste ist und andererseits hat sich von Beginn der bundesdeutschen Sozialgesetzgebung der Gedanke durchgesetzt, dass die öffentliche Hand als Kostenträger nicht auch gleichzeitig als Leistungsanbieter auftreten soll. Dieses sogenannte sozialrechtliche Dreiecksverhältnis aus Kostenträger, Leistungsanbieter und Versichertem trägt entscheidend dazu bei, dass in Deutschland ein angemessenes Verhältnis zwischen staatlicher Gesundheits- und Sozialversorgung auf der einen Seite und einem angemessenen Wettbewerb zwischen den Leistungsanbietern auf der anderen Seite existiert. Zu diesem deutschen System gehört aber auch, dass sich die öffentliche Hand als Leistungsanbieter solange zurückhalten soll, wie freigemeinnützige und private Anbieter am Markt tätig sind. Genau dieser Gedanke findet für den Bereich des SGB XI seinen Ausdruck in § 11 Abs. 2 Satz 3 SGB XI wo-nach private und freigemeinnützige Träger Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern haben.

Insgesamt dient die in § 11 Abs. 2 SGB XI statuierte Trägervielfalt im Bereich der gesetzlichen Pflegeversicherung in aller erster Linie den Versicherten mit ihren unterschiedlichen Interessen, Lebenswelten und Gewohnheiten. Es ist daher für den bpa Arbeitgeberverband e.V. nicht nachvollziehbar, weshalb der Gedanke der Trägervielfalt auch bei der Besetzung der Kommission eine so wichtige Rolle spielen muss, da § 12 AEntG grundsätzlich einem ganz anderen sozialpolitischen Ziel dient.

Wenn aber der Gedanke der Trägervielfalt derart in die Besetzung der Kommission einfließen soll, so muss auch konsequenterweise der Gedanke des § 11 Abs. 2 Satz 3 SGB XI dort Berücksichtigung finden, wonach freigemeinnützige Träger und private Träger Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern haben. Bei drei Bewerbungen auf zwei Plätze durch einen privaten Arbeitgeberverband, einen Arbeitgeberverband aus dem Kreis der freigemeinnützigen Träger und einen kommunalen Arbeitgeberverband, dürfte der kommunale Arbeitgeberverband hiernach aufgrund des Vorrangprinzips aus § 11 Abs. 2 Satz 3 SGB XI bei der Besetzung der Kommission keine Berücksichtigung finden.

Nach Ansicht des bpa Arbeitgeberverbands e.V. müsste vielmehr Folgendes gelten: Da das AEntG der Schaffung angemessener Mindestarbeitsbedingungen dienen soll, die typischerweise von Gewerkschaften erkämpft werden, müsste der Gedanke der Vielfalt von Arbeitnehmervereinigungen in Ziffer 1 von § 12 Abs. 6 des Entwurfs einfließen, denn wenn kleinere Gewerkschaften bei der Besetzung der Kommission keine Berücksichtigung finden, wird ihre Betätigung mittel- bis langfristig erschwert, was am Ende auf einen Eingriff in die Tarifautonomie und die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG hinausläuft. Keinesfalls kann aber der Gedanke der Trägervielfalt allein auf die Arbeitgeberseite gemünzt werden, während

der Gedanke der Vielfalt von Arbeitnehmervereinigungen auf Seiten der Gewerkschaftssitze in der Kommission unberücksichtigt bleibt.

Sollte sich das BMAS entschließen, den Gedanken der Trägervielfalt in Ziffer 2 des § 12 Abs. 6 des Entwurfs zu belassen, so muss auch unter Berücksichtigung des Urteils des Verwaltungsgerichts Berlin vom 15. Mai 2018 (VG 4 K 223.16) das Verhältnis von quantitativer Repräsentativität und Trägervielfalt dahingehend ausgestaltet werden, dass die Repräsentativität ganz klar das vorrangige Kriterium darstellt und das Kriterium der Trägervielfalt nur nachrangig bzw. hilfsweise zu Grunde gelegt werden darf. Dafür spricht auch, dass eine Gleichrangigkeit der beiden Kriterien dem BMAS einen zu weiten Ermessensspielraum einräumt.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. fordert daher ein abgestuftes System, wonach der Gedanke der Trägervielfalt erst dann Berücksichtigung findet, wenn zwei nahezu gleich repräsentative Arbeitgeberverbände um einen Sitz in der Kommission konkurrieren. Dies entspräche auch den tatsächlichen Marktverhältnissen in der Branche.

Sollte solch eine Klarstellung nicht erfolgen, wäre jede Besetzungsentscheidung des BMAS, die wie auch immer auf dem Gedanken der Trägervielfalt beruht, gerichtlich angreifbar, weil eine solche Ermessensentscheidung kaum gerichtsfest begründbar wäre und damit als ermessensfehlerhaft zu gelten hätte.

#### **Tarifbindung als Kriterium**

Sollte der Entwurf mit dem Passus „und nach ihrer Mitgliedschaft tarifgebunden sein können“ so zu verstehen ein, dass lediglich Mitglieder von Arbeitgeberverbänden mit dem Status „Mitglied mit Tarifbindung“ (mT) bei der quantitativen Repräsentativität zu berücksichtigen sind, lehnt der bpa Arbeitgeberverband e.V. dies ab. Eine Beschränkung der für die Repräsentativität relevanten Zahl lediglich auf die Zahl der in der Pflegebranche Beschäftigten der mT-Mitglieder findet keine Stütze im Gesetz.

Bei den Beschlüssen der Pflegekommission und dem Erlass entsprechender Rechtsverordnungen geht es nicht um die Erstreckung eines Tarifvertrags, weshalb es hier bei der Frage der Repräsentativität gerade nicht auf eine Tarifgebundenheit ankommt. Die Kommissionslösung hat gerade keinen „tarifvertragsetzenden Charakter“ (so jedoch die Begründung des Entwurfs § 12 Abs. 6, vgl. S. 17), sondern soll der Trägervielfalt und den damit einhergehenden unterschiedlichen, aber gleichrangig geschützten Instrumentarien zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen umfassend Rechnung tragen (vgl. hierzu auch die Begründung zum Gesetzentwurf des AEntG vom 21. Januar 2009, BT-Drs. 16/11669, S. 24).

Anders als bei einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Tarifvertragsgesetz ist im Rahmen des § 12 Abs. 6 des Entwurfs daher nicht die Frage nach der Bedeutung des Tarifvertrags, sondern nach der Bedeutung einer Arbeitgebervereinigung innerhalb der Pflegebranche zu stellen. Das Abstellen lediglich auf die Anzahl der Beschäftigten von potenziell tarifgebundenen Arbeitgebern greift daher zu kurz.

Vielmehr müssen alle Mitglieder – also auch die Mitglieder „ohne Tarifbindung“ – zahlenmäßig berücksichtigt werden, da auch diese Mitglieder sich bewusst für eine Organisation in einem tarifzuständigen Arbeitgeberverband entschieden haben und in der Regel satzungsmäßig jederzeit in eine Mitgliedschaft „mit Tarifbindung“ wechseln können.

### C) Änderungsvorschlag

§ 12 Abs. 6 Satz 2 Ziffer 2 des Entwurfs muss wie folgt lauten:

*„im Falle mehrerer Vorschläge von in der Pflegebranche tarifzuständigen Vereinigungen von Arbeitgebern oder Zusammenschlüssen von Arbeitgebern: die Repräsentativität der jeweiligen Vereinigung bzw. des jeweiligen Zusammenschlusses sowie bei vergleichbar starker Repräsentativität nachrangig die Abbildung der Vielfalt von freigemeinnützigen, öffentlichen und privaten Trägern.“*

Gleichzeitig werden die Sätze 4 und 5 des § 12 Abs. 6 durch folgenden neuen Satz 4 ersetzt:

*„Gleiches gilt für tarifzuständige Vereinigungen von Arbeitgebern oder Zusammenschlüsse von Vereinigungen von Arbeitgebern.“*

### § 12 Abs. 7 des Entwurfs Nachbenennung von Mitgliedern und Stellvertretern

#### A) Beabsichtigte Neuregelung

§ 12 Abs. 7 soll den Fall regeln, dass ein ordentliches Mitglied oder ein Stellvertreter aus der Kommission ausscheidet. War das BMAS mit der Benennung des ausscheidenden Mitglieds oder Stellvertreters einer vorschlagsberechtigten Stelle gefolgt, so erfolgt auch die neue Benennung „unter Berücksichtigung“ deren Vorschlags. Nach dem Entwurf des Pflegearbeitsbedingungenverbesserungsgesetzes erfolgte die neue Benennung noch „auf deren Vorschlag“.

#### B) Stellungnahme

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. lehnt den Wortlaut des vorliegenden Entwurfs „unter Berücksichtigung“ ab. Diese Formulierung gibt dem BMAS einen nicht unerheblichen Ermessenspielraum bei der Auswahl einer Nachbesetzung (siehe auch Argumentation zu § 12 Abs. 4). Vielmehr fordert der bpa Arbeitgeberverband e.V. den Wortlaut des Gesetzesentwurfs zum „Pflegearbeitsbedingungenverbesserungsgesetz“ („auf deren Vorschlag“) zu übernehmen. Es ist nicht begründbar, warum dem BMAS erneut ein derart umfangreiches Ermessen eingeräumt werden soll, wenn Sie dieses bereits bei der Auswahl des ursprünglichen Mitglieds bzw. Stellvertreters hatte.

#### C) Änderungsvorschlag

§ 12 Abs. 7 Satz 2 des Entwurfs wird wie folgt geändert:

*„unter Berücksichtigung deren Vorschlags.“*

wird ersetzt durch

*„auf deren Vorschlag.“*

### § 12 Abs. 8 des Entwurfs Ausschluss der aufschiebenden Wirkung

Der Entwurf sieht einen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung für Klagen gegen die Benennung von Mitgliedern vor.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. lehnt dies ab, da eine Einschränkung des Rechtsschutzes nicht erforderlich ist.

### § 12a Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs Nichtaufnahme bzw. Aussetzen der Verhandlungen

#### A) Beabsichtigte Neuregelung

Die geplante Neuregelung soll es den kirchlichen Vertretern zukünftig erlauben (unter Einhaltung einer Dreiviertelmehrheit), Beratungen über neue Empfehlungen im Rahmen der Kommission für mindestens vier Monate auszusetzen, sofern Verhandlungen über einen Tarifvertrag im Sinne des § 7a Abs. 1a AEntG durch das BMAS bekannt gegeben worden sind.

#### B) Stellungnahme

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. weist an dieser Stelle noch einmal darauf hin, dass er die Änderungen des § 7a AEntG in Gänze ablehnt und daher auch kein Erfordernis sieht im Abschnitt 4 (Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche) auf eine Rechtsverordnung nach § 7a AEntG einzugehen. Die weitere Stellungnahme zu diesem Punkt ist daher höchst vorsorglich.

§ 12a Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs stellt einen Verstoß gegen das Gleichheitsgebot dar. Es werden damit ganze zwei Gruppen der Kommission von dieser Entscheidung ausgeschlossen. Lediglich den Vertretern der kirchlichen Dienstgeber- und Dienstnehmerseite es zu ermöglichen, die Beratungen zu unterbrechen, nicht aber den anderen, weltlichen Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern ist auch mit den Privilegien des Staatskirchenrechts nicht mehr zu rechtfertigen.

Ferner ergibt die Verzögerung einer Empfehlung der Pflegekommission auch gar keinen Sinn, da die Rechtsverordnung nach § 11 AEntG eine eventuelle Rechtsverordnung nach § 7a AEntG nicht verdrängen können soll. Eine Abweichung nach unten soll nach dem vorliegenden Entwurf eben nicht möglich sein, § 13 des Entwurfs (dazu unten).

#### C) Änderungsvorschlag

§ 12a Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs ist ersatzlos zu streichen.

Sollte das BMAS entgegen der oben geschilderten Einwände zur Nichtaufnahme oder zum Aussetzen der Beratungen bzw. zum Verfahren nach § 7a AEntG insgesamt auf einer Verzögerung der Verhandlungen bestehen, ist § 12a Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs wie folgt zu fassen:

*„Hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales bekannt gegeben, dass Verhandlungen über einen Tarifvertrag im Sinne des § 7a Absatz 1a Satz 1 aufgenommen worden sind, können die Mitglieder der*

*Kommission gemeinsam verlangen, dass Beratungen über neue Empfehlungen nach Ablauf einer von den Mitgliedern der Kommission zu bestimmenden Frist für die Benennung von Kommissionen nach § 7a Absatz 1a Satz 2 aufgenommen oder fortgesetzt werden; die Frist darf maximal vier Monate betragen.“*

#### **§ 12a Abs. 2 des Entwurfs Maßgaben zu den Empfehlungen der Kommission**

##### **A) Beabsichtigte Neuregelung**

Die Empfehlungen zur Festlegung von Arbeitsbedingungen nach § 5 Satz 1 oder 2 sollen nun mit der Maßgabe erfolgen, dass empfohlene Mindestentgeltsätze nach der Art der Tätigkeit oder der Art der Qualifikation der Arbeitnehmer differieren sollen (§ 12a Abs. 2 Satz 1 des Entwurfs). In der Gesetzesbegründung heißt es weiter, dass mindestens zwei verschiedene Mindestentgeltsätze empfohlen werden sollen. Weiter heißt es dort, dass „eine Qualifikation grundsätzlich, wie auch bei der Erstreckung von entsprechenden Tarifnormen nach § 7 oder § 7a, durch einschlägige Berufserfahrung erworben worden sein kann (§ 5 Satz 1 Nummer 1 AEntG)“ (S. 18 des Entwurfs). Ferner sei die Ergänzung der Vorschrift zur Steigerung der Attraktivität des Pflegeberufs und wirksameren Bekämpfung des Fachkräftemangels geboten. Die Kommission habe bei künftigen Beschlüssen in der Regel diese inhaltliche Vorgabe zu beachten und könne nur im Ausnahmefall von dieser Vorgabe abweichen. Das Vorliegen eines Ausnahmefalls und die Erforderlichkeit der Abweichung sei schriftlich zu begründen.

Schließlich wird die Kommission in der Gesetzesbegründung „gebeten, sich zeitnah mit dem [...] Ziel gleicher Mindestentgeltsätze in den alten und neuen Bundesländern zu befassen“ (S. 19 des Entwurfs).

Nach § 12a Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs sollen sich die Empfehlungen auf eine Dauer von mindestens 24 Monaten beziehen.

##### **B) Stellungnahme**

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. lehnt diese gesetzgeberische Einflussnahme auf die Arbeit und Entscheidungshoheit der Pflegekommission strikt ab.

Die Regelungen zur Pflegekommission wurden im Jahr 2009 bewusst als „Parallelvorschrift zu § 7 Abs. 1“ (BT-Drucksache 16/11669, S. 24) in das AEntG aufgenommen, unter anderem um den „unterschiedlichen, verfassungsrechtlich gleichrangig geschützten Instrumentarien zur Gestaltung von Arbeitsbedingungen“ (ebd.) zu begegnen. Eine Kommissionslösung sei nach der damaligen Gesetzesbegründung geeignet, den unterschiedlichen Brancheninteressen umfassend Rechnung zu tragen. Ähnlich steht es auch noch auf Seite 1 des Entwurfs zum Pflegearbeitsbedingungenverbesserungsgesetz: „Die Kommissionslösung, die auch der großen Bedeutung der Kirchen und deren verfassungsrechtlich geschützten Verfahren zur Festlegung von Arbeitsbedingungen Rechnung trägt, hat sich in der Praxis bewährt.“

Bei der Kommission handelt es sich um eine mit den Besonderheiten der Altenpflegebranche verträgliche Ausprägung der Tarifautonomie. Durch die Zusam-

mensetzung aus weltlichen und kirchlichen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen erfährt die Kommissionslösung eine breite Legitimation. Das BMAS zeigt mit § 12 Abs. 3 des Entwurfs sogar, dass es die Tarifautonomie eines jeden Mitglieds schützen will, indem es feststellt, dass die **Mitglieder an Weisungen nicht gebunden** sind.

Diesem widerspricht sowohl die Maßgabe, differierende Mindestentgelte zu empfehlen, die Bitte eine Ost-West-Angleichung vorzunehmen als auch die geforderte Mindestdauer der Empfehlungen. **Das BMAS kassiert mit der geplanten Regelung in § 12a Abs. 2 AEntG die Weisungsfreiheit der Kommissionsmitglieder sogleich de facto wieder ein.**

Die Kommission kann gemäß § 5 Satz 1 Nummer 1 AEntG Mindestentgeltsätze empfehlen, die nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und Regionen differieren können. Wenn die Gesetzesbegründung nun feststellt, dass eine Qualifikation im Sinne des § 5 Satz 1 Nr. 1 grundsätzlich auch durch „einschlägige Berufserfahrung“ erworben worden sein kann, so steht dies im krassen Widerspruch zum Wortlaut „Mindestentgelt“, zur Gesetzesbegründung von 2009 und zur herrschenden Lehre. In der „ersten“ Gesetzesbegründung wurde festgestellt, dass „unterschiedliche Entgeltsätze in Bezug auf die ausgeübte Tätigkeit (z.B. Innen- und Unterhaltsreinigung/Glas- und Fassadenreinigung; Dachdecker/Maler und Lackierer), das Qualifikationsniveau (z.B. gelernt/ungelernt) oder regionale Besonderheiten“ (BT-Drucksache 16/10486, S. 12) vereinbart werden können. **„Die Erstreckung eines gesamten Lohngitters ist nicht möglich“** (ebd.; so auch ErfK/Schlachter, 19. Aufl. 2019, AEntG § 5 Rn. 2; Franzen, NZA 2015, 338, 339; wohl auch Lokies in Däubler, TVG, 4. Aufl. 2016, AEntG § 5 Rn. 5). Dieser Ausschluss bezieht sich vor allem auf die teilweise in Entgelttarifverträgen geregelten Zeitstufen, die innerhalb einer Entgeltgruppe z. B. nach der Betriebszugehörigkeit oder Berufserfahrung (so z. B. der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst von Bund und Kommunen) unterscheiden. Damit ist klar, dass erworbene Berufserfahrung gerade kein Differenzierungsmerkmal sein soll und auch nicht unter das Kriterium der Qualifikation fällt.

Die Kommission mag die Kompetenz besitzen, verschiedene Mindestlöhne für verschiedene Berufsgruppen zu empfehlen (z.B. Pflegehilfskraft/Pflegefachkraft). Für eine solche Differenzierung hat sich auch die Arbeitsgruppe 5 der Konzertierte Aktion Pflege in ihrem Abschlussbericht ausgesprochen. Weder diese Empfehlung noch die Gesetzesbegründung zu § 12 Abs. 2 des Entwurfs darf jedoch dazu führen, dass durch die Hintertür ein ausuferndes Gitter aus ausdifferenzierten Entgeltgruppen und Bewährungsstufen über eine Rechtsverordnung durchgesetzt wird. Das ist weder das Ziel der Kommissionslösung noch des AEntG in seiner Gesamtheit.

Die Bitte in der Gesetzesbegründung, die Kommission möge sich zeitnah mit dem Ziel gleicher Mindestentgeltsätze in den alten und neuen Bundesländern befassen, stellt eine nicht minder starke Einflussnahme auf die Mitglieder der Kommission und die Kommissionslösung insgesamt dar. Dieses Ziel mag das im Koalitionsvertrag von 2017 manifestierte

Ziel der Großen Koalition sein. **Die Weisungsbundenheit der Mitglieder** (siehe § 12 Abs. 3 Satz 3 des Entwurfs) **steht mithin über diesem parteipolitischen Ziel.**

Eine Mindestdauer der Empfehlungen von 24 Monaten mag im Einzelfall sinnvoll sein. Nichtsdestotrotz stellt auch diese Passage einen abzulehnenden Eingriff in die Weisungsbundenheit der Kommissionsmitglieder dar.

### C) Änderungsvorschläge

§ 12a Abs. 2 wird wie folgt geändert:

*„Die Kommission beschließt unter Berücksichtigung der in den §§ 1 und 11 Absatz 2 genannten Ziele Empfehlungen zur Festlegung von Arbeitsbedingungen nach § 5 Satz 1 Nummer 1 oder 2. Die Kommission kann eine Ausschlussfrist empfehlen, die den Anforderungen des § 9 Satz 3 entspricht. Empfehlungen sind schriftlich zu begründen.“*

### § 12a Abs. 3 des Entwurfs Beschlussfähigkeit und Abstimmungsmodalitäten in der Kommission

#### A) Beabsichtigte Regelung

Im Gegensatz zu dem Entwurf des Pflegearbeitsbedingungenverbesserungsgesetzes wird die qualifizierte Mehrheit für die Beschlussfassung in der Kommission beibehalten. Danach ist eine Dreiviertelmehrheit in den jeweiligen Gruppen (weltlich, kirchlich, Arbeitnehmer und Dienstnehmer, Arbeitgeber und Dienstgeber) und somit eine faktische Mehrheit von sieben zu eins erforderlich.

Die Beschlussfähigkeit soll sich fortan jedoch nach dem Quorum zur Beschlussfassung richten. Eine Änderung der Beschlussfähigkeit wurde im Entwurf des Pflegearbeitsbedingungenverbesserungsgesetzes noch damit begründet, dass damit die Handlungsfähigkeit der Kommission gestärkt werde.

#### B) Stellungnahme

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. begrüßt die Beibehaltung der Regelungen zur Beschlussfassung. Gleichzeitig lehnt er die Änderung zur Beschlussfähigkeit ab.

Die Änderung der derzeitigen Beschlussfähigkeit stellt einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG dar, und zwar aus folgendem Grunde:

Die Vergangenheit hat gezeigt, dass die Kommission immer konsensfähig war, so dass es gar keinen Grund gibt, die Beschlussfähigkeit bzw. das Quorum zu ändern.

Es fehlt also bereits an einer Erforderlichkeit der Stärkung der Handlungsfähigkeit der Kommission, da diese in der Vergangenheit stets handlungsfähig war. Die Änderung der derzeitigen Gesetzeslage verstieße somit gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot, was wiederum einen Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip darstellt.

Die Pflegekommission sollte weiterhin nur bei Anwesenheit oder Vertretung aller Mitglieder beschlussfähig sein. Ansonsten entsteht die Möglichkeit, dass die Interessen einer Partei völlig übergangen werden. Dies gefährdet die Tragfähigkeit und

Akzeptanz der Arbeit der Pflegekommission, deren Ziel gerade ein Kompromiss ist, der alle Interessen widerspiegelt und von allen Mitgliedern der Pflegekommission mitgetragen wird.

### C) Änderungsvorschlag

§ 12a Abs. 3 des Entwurfs wird durch § 12 Abs. 5 A-EntG geltender Fassung ersetzt.

### § 12a Abs. 4 des Entwurfs Leitung der Kommissionsitzungen und Hinzuziehung von Vertretern des BMAS und des BMG

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. fordert in § 12a Abs. 4 des Entwurfs aufzunehmen, dass die Mitglieder der Kommission berechtigt sind, Vorschläge für die Berufung eines bzw. einer Beauftragten des BMAS zu machen.

Ferner regt der bpa Arbeitgeberverband e.V. eine gesetzliche Klarstellung der regelmäßigen Hinzuziehung von Vertretern des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales und des Bundesministeriums für Gesundheit an. Dies sollte beinhalten, zu welchem Zweck diese Hinzuziehung erfolgen soll und welche Aufgabe die Vertreter der Ministerien dort wahrnehmen sollen.

### § 13 des Entwurfs Vorrang einer Rechtsverordnung nach § 7a AEntG

#### A) Beabsichtigte Neuregelung

Die Regelungen einer Rechtsverordnung nach § 7a sollen den Regelungen einer Rechtsverordnung nach § 11 vorgehen, soweit sich die Geltungsbereiche der Rechtsverordnungen überschneiden.

#### B) Stellungnahme

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. weist an dieser Stelle noch einmal darauf hin, dass er die Änderungen des § 7a AEntG in Gänze ablehnt und daher auch kein Erfordernis sieht im Abschnitt 4 (Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche) auf eine Rechtsverordnung nach § 7a AEntG einzugehen. Die weitere Stellungnahme zu diesem Punkt ist daher höchst vorsorglich.

Die Einführung des Vorrangs der Regelungen eines nach § 7a AEntG erstreckten Tarifvertrags vor den Regelungen einer Pflegearbeitsbedingungenverordnung, also vor der Kommissionslösung, begegnen erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Die grundgesetzlich verankerte Tarifautonomie in Art. 9 Abs. 3 GG verleiht der Kommission bzw. der im Rahmen der Kommission erarbeiteten Regelungen eine größere Durchsetzungskraft als die eines erstreckten Tarifvertrages, denn in der Kommission ist ein deutlich breiterer Teil der Altenpflegebranche abgebildet, als dies bei irgendeinem bundesweiten Tarifvertrag überhaupt der Fall sein könnte. Die breite Legitimation der Kommission darf nicht untergraben werden.

Bei der geplanten Änderung wäre daher die Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen erheblich anzuzweifeln.

### C) Änderungsvorschlag

§ 13 des Entwurfs wird durch § 13 der geltenden Fassung ersetzt.

**Stellungnahme zu VI. 5. und 6. der Begründung  
Weitere Kosten und weitere Gesetzesfolgen**

Nach der Gesetzesbegründung unter VI. 5. (Seite 12) könne der künftige Inhalt tarifgestützter Arbeitsbedingungen bzw. von Beschlüssen über Empfehlungen von Mindestarbeitsbedingungen nicht vorhergesagt werden. Die dadurch ausgelösten Kosten ließen sich nicht quantifizieren.

Dies ist ein lediglich vorgeschobener Einwand. Es ist vielmehr unehrlich, die Tatsache zu verschweigen, dass höhere Löhne zwangsläufig zu höheren Pflegekosten führen. In diesem Zusammenhang ist es nicht nachvollziehbar, dass das BMAS folgenden Absatz aus der Entwurfsbegründung des „Pflegearbeitsbedingungenverbesserungsgesetzes“ nicht in die Entwurfsbegründung des Pflegelohnverbesserungsgesetzes übernommen hat:

„Es ist nicht auszuschließen, dass eine durch dieses Gesetz erleichterte Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu einer Erhöhung der Pflegevergütung führt. Soweit diese Erhöhung nicht durch die Pflegeversicherung refinanziert wird, könnten die Eigenanteile der Versicherten steigen. Dies könnte zu höheren Kosten für die Hilfe zur Pflege durch die Träger der Sozialhilfe führen“ (S. 9 des vorherigen Entwurfs).

Zu diesem Punkt haben auch in der Arbeitsgruppe 5 der Konzierten Aktion Pflege umfangreiche Diskussionen stattgefunden. Das BMG hat dazu ein Gutachten des IGES-Instituts zur „Quantifizierung der finanziellen Auswirkungen von flächendeckender tariflicher Entlohnung in der Altenpflege bzw. ausdifferenzierter Mindestlohnbedingungen“ vom März 2019 vorgelegt. Die hier dargestellten Szenarien mit zusätzlichen Kosten von jährlich bis zu 5,2 Mrd. Euro müssen in die Begründung aufgenommen werden.

Der bpa Arbeitgeberverband e.V. weist darauf hin, dass die Neugestaltung des Gesetzes, insbesondere die Öffnung des Verfahrens nach § 7a A-EntG,

zwangsläufig zu einer Kostenspirale führt, die zu erheblichen zusätzlichen Belastungen von Pflegebedürftigen und Steuerzahlern führen können. Die Gefahr ist groß, dass Gewerkschaften und gewerkschaftsnahe Arbeitgebervereinigungen, die im Markt eine kleine Minderheit vertreten, teure Tarifverträge verhandeln oder teure Beschlüsse herbeiführen, ohne die Finanzierungsverantwortung zu haben. Hierauf muss das BMAS offen und ehrlich hinweisen, den Absatz wieder in die Gesetzesbegründung einfügen und den Konjunktiv durch einen Indikativ ersetzen.

Völlig ausgespart wird auch der Hinweis der Arbeitsgruppe 5 der KAP, dass die Investitionsfähigkeit und Stabilität der Träger Beachtung finden muss. Dieser Hinweis muss in die Gesetzesbegründung unter den Auswirkungen auf Dritte bzw. unter Rubrik „weitere Kosten“ ebenfalls aufgeführt werden.

Besondere Beachtung muss auch parallellaufenden Prozessen gewidmet werden. So mutet es nahezu skurril an, wenn kleine Gruppen wie AWO und Verdi einerseits eine ganz massive Kostensteigerung im System der Altenpflege herbeiführen wollen und gleichzeitig massiv dafür eintreten, dass die Auswirkungen vor Ort für pflegebedürftige Menschen und ihre Angehörigen nicht deutlich werden. Die Idee der Deckelung der Zuzahlung bedeutet eine Verlagerung der Kosten entweder auf die Pflegeversicherung oder auf die Steuerzahler. Bereits heute ist die Pflegeversicherung unterfinanziert. Finanzminister Scholz wies in den letzten Wochen mehrfach deutlich auf erwartete erhebliche Lücken im Bundeshaushalt hin. Hier wird demnach eine massive Kostensteigerung vorbereitet, deren Finanzierung die pflegebedürftigen Menschen nur indirekt bemerken sollen. Die Wirkung dieses Vorgehens beruht lediglich auf der Annahme, dass mehr Geld im System in der Lage wäre, demografische Entwicklungen außer Kraft zu setzen.



**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
19. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 19(11)442**

17. Oktober 2019

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 21. Oktober 2019  
um 13:30 Uhr zum

**a) Gesetzentwurf der Bundesregierung**

Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhneverbesserungsgesetz)  
- BT-Drucksache 19/13395

**b) Antrag der Abgeordneten Pia Zimmermann, Susanne Ferschl, Matthias W. Birkwald,  
weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.**

Pflegelöhne auf Tarifniveau sofort finanzieren - BT-Drucksache 19/14023

**Kommissariat der deutschen Bischöfe****A. Im Allgemeinen****I.**

Die Gewährleistung einer qualitativ guten Pflege im Alter ist eine zentrale Herausforderung einer humanen Gesellschaft. Die demographische Entwicklung führt zu einem höheren Altersdurchschnitt der Bevölkerung und einem steigenden Anteil pflegebedürftiger Menschen. Ausweislich der Pflegestatistik des Statistischen Bundesamts ist die Zahl der Pflegebedürftigen im Zeitraum 2011 bis 2017 von 2,5 Millionen auf 3,4 Millionen gestiegen. Zugleich wächst der Bedarf an Pflegekräften, wobei ein Mangel an Pflegekräften schon heute zu verzeichnen ist. Nicht zu verkennen ist, dass das Lohnniveau in den Pflegeberufen im Vergleich zu anderen Branchen eher im unteren Sektor liegt. Eine höhere Anerkennung der Pflegetätigkeit, die sich auch in einer auskömmlichen Entlohnung ausdrückt, ist mit Blick auf die genannten Herausforderungen und die in dem Bereich Tätigen ausgesprochen wichtig.

Die Kirchen und ihre Wohlfahrtsverbände haben sich an der Konzertierten Aktion Pflege beteiligt, da ihnen eine qualitativ gute Pflege der älteren Menschen und eine deutliche Verbesserung der Arbeitsbedingungen für Pflegekräfte ein herausragendes Anliegen ist. Die Zuwendung zu kranken und pflegebedürftigen Menschen ist ein bedeutender Bestandteil

des christlichen Sendungsauftrags, an dessen Erfüllung die kirchlichen Einrichtungen im Bereich der ambulanten und stationären Altenpflege mitwirken. Die Würde der menschlichen Arbeit zu wahren, was angemessene Arbeitsbedingungen und eine auskömmliche Entlohnung einschließt, ist zudem ein Grundpfeiler der katholischen Soziallehre. Dabei tragen eine auskömmliche Entlohnung der Pflegekräfte und andere Faktoren wie etwa eine ausreichende Personalausstattung zu einer qualitativ guten Pflege und eine Steigerung der Attraktivität der Pflegeberufe bei.

Im Rahmen der Arbeitsgruppe 5 der Konzertierten Aktion Pflege, die sich mit der Verbesserung der Entlohnungssituation in der Altenpflege befasst hat, sind Zahlen und Fakten zur Entlohnungssituation zusammengetragen worden<sup>1</sup>. Dabei hat sich gezeigt, dass die in kirchlichen Einrichtungen der Altenpflege gezahlten Löhne im Vergleich der Träger im oberen Bereich liegen. Zudem kommt den kirchlichen Beschäftigten in der Pflegebranche eine weitestgehend arbeitgeberfinanzierte Zusatzversorgung (betriebliche Altersversorgung) zuteil<sup>2</sup>. Ferner werden die kirchlichen Beschäftigten in der Altenpflege auch grundsätzlich nicht niedriger vergütet als die Beschäftigten in der Krankenpflege. Über den Dritten Weg besteht im kirchlichen Bereich schließlich eine flächendeckende Tarifbindung, was bedeutet, dass

<sup>1</sup> Veröffentlicht unter <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/konzertierte-aktion-pflege.html>, siehe den Vereinbarungstext der Arbeitsgruppe 5 und die dazugehörigen Anlagen 1 bis 3 der Konzertierten Aktion Pflege.

<sup>2</sup> Der Arbeitgeberbeitrag liegt bei der katholischen kirchlichen Zusatzversorgungskasse KZVK derzeit bei 5,8 Prozent, von den Beschäftigten sind Eigenanteile bei der KZVK in Höhe von derzeit 0,3 Prozent zu leisten.

die 151.566 Beschäftigten (Stand 2017)<sup>3</sup> in caritativen Einrichtungen der Altenpflege die im Dritten Weg ausgehandelten Löhne auch erhalten. Entsprechendes gilt für die Diakonie (188.776 Beschäftigte, Stand 2017)<sup>4</sup>.

Demgegenüber ist die Tarifbindung der nichtkirchlichen Akteure im Bereich der Altenpflege nicht sehr ausgeprägt und liegt allem Anschein nach unter der in anderen Branchen erreichten Tarifbindung.

Auch im nichtkirchlichen freigemeinnützigen Sektor ist offenbar keine sehr umfassende Tarifbindung im Bereich der Altenpflege vorzufinden. Es bestehen Tarifverträge, nach Angaben des jeweiligen Verbandes der nichtkirchlichen freigemeinnützigen Wohlfahrtspflege gelten die im Rahmen der Konzertierten Aktion Pflege angegebenen Tarifverträge und darin vereinbarten Entgelte aber nur für einen Teil der Beschäftigten. Nach der Sonderauswertung für freigemeinnützige Träger aus der Pflegestatistik beschäftigen die Arbeiterwohlfahrt im Bereich der Altenpflege im Jahr 2017 67.009, das Deutsche Rote Kreuz 55.885 und der Paritätische Wohlfahrtsverband 65.705 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter<sup>5</sup>. Nach den Angaben der Verbände<sup>6</sup> wurden nach den Tarifverträgen des Arbeitgeberverbandes AWO 30.000<sup>7</sup>, den Tarifverträgen der Bundestarifgemeinschaft des Deutschen Roten Kreuzes 4.200<sup>8</sup>, den Tarifverträgen des Paritätischen Arbeitgeberverbandes PATT 10.000 und den Tarifverträgen der Paritätischen Tarifgemeinschaft PTG 4.700 Beschäftigte vergütet.

Im Bereich der privaten Träger ist die Tarifbindung allem Anschein nach noch deutlich geringer. Der bpa Arbeitgeberverband hat keine tarifvertraglichen Regelungen angegeben. Er empfiehlt seinen Mitgliedern Entgelthöhen. Seine Empfehlungen entfalten Bindungswirkung jedoch erst durch individualvertragliche Vereinbarungen mit den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, also auf dem ersten Weg. Im Mai 2019 werden nach Schätzung des bpa Arbeitgeberverbandes 40.000 Beschäftigte nach diesen Empfehlungen bezahlt<sup>9</sup>. Der Arbeitgeberverband Pflege hat ausdrücklich keine Angaben zu in seinem Bereich bezahlten Entgelten beziehungsweise existierenden Tarifverträgen gemacht.<sup>10</sup>

## II.

Mit Hilfe des Arbeitnehmerentsendegesetzes werden branchenspezifische Mindestarbeitsbedingungen festgelegt, die für grenzüberschreitend entsandte sowie regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Geltung beanspruchen. Der damit verbundene Eingriff in die verfassungsrechtlich gewährleistete Tarifautonomie wird nach

dem Arbeitnehmerentsendegesetz dadurch ausgeglichen, dass den Tarifvertragsparteien u. a. Antrags- und Beteiligungsrechte eingeräumt werden und tarifvertraglich vereinbarte Mindestarbeitsbedingungen Grundlage der Festlegung sind. Die Tarifvertragsparteien sind so in das Verfahren eingebunden und können gestaltend mitwirken.

Die Pflegebranche wurde im Jahr 2009 in das Arbeitnehmerentsendegesetz aufgenommen. Dabei hat der Gesetzgeber in der Begründung auf die starke Prägung der Arbeitsbedingungen in der Pflege durch kollektiv ausgehandelte Regelungen hingewiesen, und zu Recht betont, dass diese kollektivrechtliche Prägung der Arbeitsbedingungen nicht nur auf Tarifverträgen, sondern auch auf spezifischen kirchenrechtlichen Regelungen im gleichfalls verfassungsrechtlich geschützten Dritten Weg (Artikel 140 GG iVm Artikel 137 Absatz 3 WRV) beruht, die das Lohngefüge der Branche in erheblichem Maße prägen. Da „in der Pflegebranche damit unterschiedliche, verfassungsrechtlich gleichrangig geschützte Instrumentarien zur Gestaltung von Arbeitsbedingungen nebeneinander stehen“, hat der Gesetzgeber seinerzeit für den Bereich der Pflegebranche spezialgesetzlich die sog. Kommissionslösung eingeführt und die Errichtung einer Kommission zur Erarbeitung von Mindestarbeitsbedingungen (Pflegekommission) vorgesehen, in der die beiden Systeme zweiter und dritter Weg strukturell gleichrangig abgebildet werden.<sup>11</sup> Seither hat die Pflegekommission einen Pflege Mindestlohn vorgeschlagen und der Pflegebranche so zu einer branchenspezifischen Lohnuntergrenze verholten.

Nicht zuletzt auch angesichts der Befunde aus der Konzertierten Aktion Pflege und vor dem Hintergrund der katholischen Soziallehre ist es aus kirchlicher Sicht aber gut nachvollziehbar, dass der vorliegende Entwurf neben der Kommissionslösung nun einen weiteren Weg zur Festsetzung von Pflege Mindestlöhnen vorsieht und auch Tarifvertragsparteien der Pflegebranche ein gemeinsames Antragsrecht auf Anwendung tarifvertraglich vereinbarter Mindestarbeitsbedingungen auf Tarifungebundene durch Rechtsverordnung einräumt und damit die Tarifbindung auf dem zweiten Weg zu stärken sucht. Die Kirchen und ihre Wohlfahrtsverbände teilen dieses Anliegen ausdrücklich.

Bei diesem neuen tarifvertraglich basierten Weg ist dann aber gleichfalls dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Dritten Weg der Kirchen im Arbeitsrecht unter Berücksichtigung der Bedeutung der Religionsgemeinschaften in der Pflegebranche angemessen Rechnung zu tragen. Dies gelingt dem Entwurf mit dem eingeräumten Anhörungs- und Zustimmungserfordernis der paritätisch besetzten

<sup>3</sup> Siehe die Sonderauswertung für freigemeinnützige Träger aus der Pflegestatistik 2017, Anlage 1 der Arbeitsgruppe 5: Faktenpapier, S. 11.

<sup>4</sup> Siehe Fn 3.

<sup>5</sup> Siehe Fn 3.

<sup>6</sup> Siehe den Vereinbarungstext der Arbeitsgruppe 5 der Konzertierten Aktion Pflege, Punkt II.2.4, S. 162-164.

<sup>7</sup> Siehe Fn 6, S. 164, Angabe aus 2016.

<sup>8</sup> Siehe Fn 6, S. 164, Angabe aus 2016

<sup>9</sup> Siehe Fn 6, S. 164 und dort Fn 15

<sup>10</sup> Siehe Fn 6, S. 164.

<sup>11</sup> Siehe die Begründung des Gesetzentwurfs zum Arbeitnehmerentsendegesetz vom 21.02.2009, Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschuss für Arbeit und Soziales, Bundestagsdrucksache 16/11669, zu Nummer 9, S. 24f.

kirchlichen Kommissionen in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise.

Zugleich ist der Gesetzgeber – wie es der Entwurf auch vorsieht – gut beraten, die Handlungsfähigkeit der Pflegekommission zu stärken. So ist auf jeden Fall gewährleistet, dass entweder über den einen oder den anderen Weg Pflegemindestlöhne in der Branche bestehen und es auch zu einer Verbesserung der Entlohnungssituation, nicht zuletzt auch durch die Empfehlung mehrerer Pflegemindestlöhne, kommen wird. Die Akteure werden die Herausforderungen in der Pflegebranche in den Blick nehmen und ihren Beitrag zur Steigerung der Attraktivität der Pflegeberufe und eine angemessene Entlohnung der Pflegehilfs- und Pflegefachkräfte leisten müssen.

Dabei richten die Kirchen insgesamt die Erwartung an die weltlichen Akteure in der Pflegebranche – und zwar sowohl an den nichtkirchlichen freige-meinnützigen wie an den privaten Bereich – zukünftig in weitaus größerem Umfang ihre Tarifverantwortung auf dem zweiten Weg wahrzunehmen und sich in eine Tarifbindung zu begeben, und zwar auch nicht nur unter der Voraussetzung der Erstreckung im Verfahren nach dem neuen § 7a AEntG-E für die Pflegebranche.

Eine Verbesserung der Entlohnung der Pflegekräfte wird zu höheren Kosten im Rahmen der Pflegeversicherung führen<sup>12</sup>. Den damit verbundenen Herausforderungen muss sich die Politik wie die Gesellschaft nachdrücklich stellen und zeitnah Lösungen bereitstellen. Dabei ist eine finanzielle Überlastung der Pflegebedürftigen durch steigende Eigenanteile ebenso zu verhindern wie eine auskömmliche Refinanzierung sicherzustellen, darüber bestand in der Arbeitsgruppe 5 der Konzertierte Aktion Pflege Einigkeit. Wird dies nicht gewährleistet, werden es die Akteure der beiden Wege, die der Entwurf nun zur Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen in der Pflege vorsieht, aller Voraussicht nach schwerer haben, die angestrebten deutlich höheren Pflegemindestlöhne zu empfehlen.

## **B. Im Einzelnen**

### **I. Zu § 7a Absatz 1 und 1a:**

Wir stimmen dem nun mit dem Entwurf für die Pflegebranche geöffneten und entsprechend modifizierten Verfahren zum Erlass von Rechtsverordnungen nach § 7a AEntG ausdrücklich zu. Die Entwurfsverfasser kommen damit auch dem Auftrag aus dem Koalitionsvertrag nach, die Tarifbindung zu stärken, die – wie oben ausgeführt – im Bereich der Altenhilfe auf dem zweiten Weg ausgesprochen schwach ausgebildet ist.

Bei Öffnung des § 7a AEntG für die Pflegebranche – wie jetzt vorgesehen – ist der Gesetzgeber gehalten, nicht nur der Tarifautonomie Rechnung zu tragen, sondern auch dem verfassungsrechtlich geschützten Dritten Weg der Kirchen im Arbeitsrecht. Dabei hat er die große Bedeutung der Religionsgemeinschaften in der Pflegebranche zu berücksichtigen.

Es ist wohl nicht ausgeschlossen, dass tarifvertragliche Mindestarbeitsbedingungen in der Pflegebranche, die über den Weg des neuen § 7a AEntG durch Rechtsverordnung Geltung beanspruchen, sich auch auf kirchliche Dienstgeber und Dienstnehmer erstrecken. Davon ist jedenfalls der Gesetzgeber bei den Regelungen zur Festlegung von Mindestarbeitsbedingungen im Pflegebereich und auch beim Tarifautonomiestärkungsgesetz ausgegangen.<sup>13</sup> Dies ist auch bei dem jetzigen Gesetzesvorhaben der Fall. Die Öffnung des § 7a AEntG für die Pflegebranche stellt dann ebenso einen Eingriff in das verfassungsrechtlich garantierte Selbstbestimmungsrecht der Kirchen dar, die Arbeitsbedingungen im Rahmen des Dritten Weges festzulegen, wenn die Rechtsverordnung wie vorliegend Bereiche betrifft, in denen auch die Kirchen tätig sind. Der Gesetzgeber ist daher gehalten, auch die kirchliche Rechtsposition angemessen auszugleichen, die angesichts der großen Bedeutung des dritten Weges in der Pflegebranche in erheblichem Maße betroffen ist. Ein reines Anhörungs- oder Stellungnahmerecht ist daher ausdrücklich nicht ausreichend und bedeutete eine auch verfassungsrechtlich nicht vertretbare Benachteiligung der Kirchen im Vergleich zu den Tarifvertragsparteien.

Das in § 7a Absatz 1a nun vorgesehene Anhörungs- und Zustimmungserfordernis der paritätisch besetzten kirchlichen Kommissionen gewährleistet hingegen bei Wahrung der beiden Systeme eine stärkere Einbindung und Mitwirkungsmöglichkeit<sup>14</sup> und ist daher geboten, um das kirchliche Selbstbestimmungsrecht und die große Bedeutung der Religionsgemeinschaften in der Pflegebranche bei der Vorschrift angemessen zu berücksichtigen. Darauf wird in der Gesetzesbegründung zu Recht hingewiesen<sup>15</sup>. Die gefundene Einbindung des Dritten Weges in das Verfahren über das Anhörungs- und Zustimmungserfordernis ist daher ausdrücklich zu begrüßen. Dabei ist den Kirchen insbesondere an der Festlegung von guten Mindestarbeitsbedingungen gelegen. Kirchliche Regelungen können (auch deutlich) oberhalb der Mindestarbeitsbedingungen liegen, die nach der Vorschrift Geltung beanspruchen sollen. Für die Kirchen kann dies den Wettbewerbsdruck erheblich erhöhen.

Ferner begrüßen wir die Klarstellung in der Gesetzesbegründung, dass die Erfüllung der Voraussetzungen nach § 7a Absatz 1a „und insbesondere die unter § 7a Absatz 1a vorgesehene Zustimmung von

<sup>12</sup> Vgl. zu den Kosten auch die Anlage 4: IGES-Gutachten der Arbeitsgruppe 5 der Konzertierte Aktion Pflege, abzurufen unter s. Fn 1. Hier sind Szenarien über Kostenauswirkungen aufgezeigt, die sich etwa zwischen 2 bis 5,2 Milliarden bewegen.

<sup>13</sup> Insoweit dürften auch die europarechtlichen Implikationen zu bedenken sein.

<sup>14</sup> Zwar bleibt diese Einbindung in das Verfahren hinter dem den Tarifvertragsparteien eingeräumten Antragsrecht zurück, eine solche weitergehende Forderung wird wegen der damit verbundenen politischen Schwierigkeiten und nicht gewollten Auswirkungen auf den zweiten Weg an dieser Stelle zurückgestellt.

<sup>15</sup> Siehe die Gesetzesbegründung zum vorliegenden Entwurf eines Pflegegehälterverbesserungsgesetzes, Bundestagsdrucksache 19/13395 vom 23.09.2019, zu Artikel 1, Nummer 1 Buchstabe b, Seite 13.

Kommissionen aus dem Bereich repräsentativer Religionsgesellschaften nicht von der Prüfung entbinden, ob der Erlass der Rechtsverordnung im öffentlichen Interesse geboten erscheint<sup>16</sup>. Hier wird auch zu prüfen sein, ob es sich bei den antragstellenden Tarifvertragsparteien um eine unbedeutende Koalition handelt. Diese Grenze zur Bejahung des öffentlichen Interesses hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zum Arbeitnehmerentsendegesetz aufgezeigt, auf die der Gesetzgeber auch im Rahmen des Tarifautonomiestärkungsgesetzes in der Gesetzesbegründung hingewiesen hat<sup>17</sup>. Diese Grenze bedarf daher sorgfältiger Prüfung. Darüber hinaus dürfte der Gesetzgeber jedoch auch angesichts der mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz erfolgten Änderungen einen weiten Ermessensspielraum bei der Prüfung des öffentlichen Interesses haben, bei der auch die kirchliche Zustimmung neben vielen anderen Gesichtspunkten eine Rolle spielen kann.

Zuzustimmen ist, dass im Fall einer Rechtsverordnung nach § 7a, deren Geltungsbereich die Pflegebranche erfasst, ebenfalls die in § 11 Absatz 2 genannten Gesetzesziele zu berücksichtigen sind.

Zur Wahrung der Systeme des zweiten und dritten Weges ist es auch folgerichtig, dass – wie in der Begründung ausgeführt – die in § 7a Absatz 1a getroffenen Regelungen nur das Antragsverfahren betreffen und die Wirksamkeit des betreffenden Tarifvertrages nicht von der Erfüllung der in § 7a geregelten (Verfahrens-) Voraussetzungen abhängt.

Keine Einwände bestehen schließlich gegen das in § 7a Absatz 1a des Entwurfs näher beschriebene Verfahren zur Wahrnehmung des Anhörungs- und Zustimmungserfordernis und das Mehrheitserfordernis sowie die Berechnung des Quorums.

## II. Zu § 12 Absatz 1 und 2:

Mit dem Entwurf wird die Pflegekommission dauerhaft strukturell gesichert. Die Einführung einer ständigen Kommission mit fünfjähriger Amtszeit stärkt ihre Handlungsfähigkeit. Die Errichtung einer ständigen Kommission wird daher ausdrücklich unterstützt. Die Kommission hat in der Vergangenheit durch ihre Empfehlungen für ein branchenbezogenes Mindestentgelt zu einer besseren Entlohnung in der Pflegebranche beigetragen. Ihre Bedeutung nimmt angesichts der demografischen Entwicklung und der damit einhergehenden Herausforderung der Sicherstellung einer menschengerechten Pflege und eines entsprechenden Personalbedarfs in Zukunft noch zu. Ein ständiges Gremium bietet die dafür nötige Stabilität und Kontinuität und eröffnet die zügige Aufnahme von Beratungen. Vor diesem Hintergrund erscheint auch eine Amtszeit von 5 Jahren sachgerecht, die unter Berücksichtigung der bisherigen Erfahrungen und der vorgesehenen neuen regelmäßigen Geltungsdauer von mindestens 24 Monaten (§12a) zumindest zwei Empfehlungen der Kommission ermöglicht.

## III. Zu § 12 Absatz 4:

Wir begrüßen nachdrücklich die Beibehaltung der Kommissionsgröße von insgesamt 8 Personen, von denen zwei Personen der Dienstgeberseite und zwei Personen der Dienstnehmerseite von paritätisch besetzten Kommissionen, die auf der Grundlage kirchlichen Rechts Arbeitsbedingungen für den Bereich kirchlicher Arbeitgeber festlegen, angehören. Damit werden, wie eingangs erwähnt, die beiden unterschiedlichen Systeme der Festlegung von Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche des zweiten und dritten Weges strukturell gleichrangig abgebildet<sup>18</sup>. Der verfassungsrechtlich geschützte Dritte Weg der Kirchen als Ausprägung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts wird so angemessen berücksichtigt.

## IV. Zu § 12 Absatz 6:

Die vorgeschlagene Ausgestaltung der Besetzungsregeln führt zu mehr Rechtssicherheit und wird begrüßt. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf das gleichrangig zu berücksichtigende Kriterium der Trägervielfalt.

## V. Zu § 12a Absatz 1:

Zuzustimmen ist auch der in § 12a Absatz 1 vorgesehene Möglichkeit, dass drei Viertel der kirchlichen Mitglieder der Kommission für den Fall der Durchführung des Verfahrens nach § 7a Absatz 1a verlangen können, dass Beratungen der Kommission für die Dauer von vier Monaten unterbleiben. Dabei ist es folgerichtig, diese Möglichkeit den kirchlichen Mitgliedern der Kommission einzuräumen, da das Anhörungs- und Zustimmungserfordernis, mithin das Verfahren nach § 7a Absatz 1a, der Sicherung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts dient. So ist gewährleistet, dass das Verfahren jedenfalls innerhalb dieser Zeit ordnungsgemäß durchgeführt werden kann, ohne gegebenenfalls parallel in der Kommission Beratungen führen zu müssen.

## VI. Zu § 12 a Absatz 2:

Beschlüsse der Kommission können sich nach § 12a Abs. 2 bisher auf Mindestentgeltsätze (§ 5 Nummer 1) sowie auf die Dauer des Erholungsurlaubs, das Urlaubsentgelt oder ein zusätzliches Urlaubsgeld (§ 5 Nummer 2) beziehen. Dies eröffnet der Kommission bereits nach geltendem Recht die Möglichkeit, unter anderem auch nach Art der Tätigkeit differierende Mindestentgeltsätze zu empfehlen. Die nun ausdrücklich in den Gesetzestext aufgenommene Vorgabe, mindestens zwei verschiedene Mindestentgeltsätze zu empfehlen, ist hiervon gedeckt und wird nachdrücklich begrüßt. Dabei sind auch mehr als zwei Mindestentgeltsätze rechtlich nicht ausgeschlossen. Von Seiten der Kirchen wird eine deutliche Erhöhung der Mindestentgeltsätze für Pflegehilfskräfte und für Pflegefachkräfte für erforderlich erachtet. Dabei dürfte zu berücksichtigen sein, dass durch eine versicherungspflichtige Vollzeitbeschäftigung eine angemessene Altersversorgung erarbeitet werden kann.

<sup>16</sup> Siehe Fn 11 a.a.o., zu Artikel 1, Nummer 1 Buchstabe a, Seite 13.

<sup>17</sup> BVerfG vom 18. Juli 2000, 1 BvR 948/00 sowie Bundestagsdrucksache 18/1558 vom 28.05.2014 zu Artikel 5, Nummer 1, Buchstabe a, Seite 49.

<sup>18</sup> Siehe oben A. II. und Fn 11, vgl. insoweit auch VG Berlin, Az. VG 4 K 223.16, vom 15. Mai 2018, S. 20.

Die vorgeschlagene Geltungsdauer von mindestens 24 Monaten und damit auch angestrebte Planungssicherheit wird unterstützt, die als Soll-Bestimmung auch eine Abweichungsmöglichkeit eröffnet, wenn dringende Aspekte ausnahmsweise gegen eine 24-monatige Laufzeit sprechen sollten.

VII. Zu § 12 a Absatz 3

Die Beschlussfähigkeit der Kommission wird nach dem Entwurf an die geltenden Regeln zur Beschlussfassung der Kommission angepasst. Eine „Politik des leeren Stuhls“, wie ihn die geltende Regelung des § 12 Absatz 5 Satz 1 AEntG ermöglicht, die zur Beschlussfähigkeit die Anwesenheit aller Mitglieder erfordert und die Handlungsfähigkeit der Kommission in der Vergangenheit erschwert hat, wird damit ver-

hindert. Die vorgeschlagene neue Regelung zur Beschlussfähigkeit ist daher ausdrücklich zu befürworten.

Ob die Änderungen zur Beschlussfähigkeit der Kommission zur Stärkung der Handlungsfähigkeit der Kommission ausreichend und Änderungen im Sinne einer vereinfachten Beschlussfassung entbehrlich sind, bleibt abzuwarten. Eine Evaluierung nach einigen Jahren erscheint sinnvoll.

VIII. Zu § 13

Die vorgeschlagene Regelung eines Anwendungsvorrangs der Rechtsverordnung nach § 7a gegenüber einer Rechtsverordnung nach § 11, sofern sich deren Geltungsbereiche zumindest teilweise überschneiden, wird akzeptiert.

## DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
19. Wahlperiode

## Ausschussdrucksache 19(11)443

17. Oktober 2019

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 21. Oktober 2019  
um 13:30 Uhr zum

## a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhneverbesserungsgesetz)  
- BT-Drucksache 19/13395

b) Antrag der Abgeordneten Pia Zimmermann, Susanne Ferschl, Matthias W. Birkwald,  
weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Pflegelöhne auf Tarifniveau sofort finanzieren - BT-Drucksache 19/14023

**Diakonie Deutschland- Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.**

In der Gemeinsamen Stellungnahme des Bevollmächtigten des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland bei der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union, des Deutschen Caritasverbandes und der Diakonie Deutschland sowie des Kommissariats der deutschen Bischöfe – Katholisches Büro in Berlin vom 11. Juni 2019 haben wir den vorliegenden Gesetzesentwurf zum Pflegelöhneverbesserungsgesetz bereits ausdrücklich begrüßt. Wir verweisen deshalb auf die **beigefügte Stellungnahme**.

**Fazit**

Der Entwurf leistet einen wichtigen Beitrag zur besseren Entlohnung in der Pflegebranche, weil er die Festlegung von Lohnuntergrenzen und weiterer Mindestarbeitsbedingungen durch Erstreckung eines zwischen Tarifvertragsparteien ausgehandelten Tarifvertrages auf alle Arbeitgeber sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Branche ermöglicht. Dem verfassungsrechtlich garantierten kirchlichen Selbstbestimmungsrecht und dem kollektivrechtlichen Dritten Weg der Kirche wird durch das Anhörungs- und Zustimmungserfordernis der paritätisch besetzten Kommissionen ausreichend Rechnung getragen. Gleichzeitig sorgt der Gesetzesentwurf dafür, dass durch das Verfahren zur Einschaltung der nunmehr ständigen, in ihrer Handlungsfähigkeit gestärkten Pflegemindestlohnkommission die Festsetzung eines Pflegemindestlohnes sichergestellt wird, falls es nicht fristgerecht zum Abschluss eines Tarifvertrages oder seiner Erstreckung kommt.

**Einzelheiten**

Durch die Errichtung der Ersten Pflegemindestlohnkommission 2009 und die Festsetzung des Pflegemindestlohnes auf der Grundlage der Empfehlungen der Kommission konnte dem damaligen Trend eines teils stagnierenden, teils unterdurchschnittlich steigenden Lohnniveaus in der Pflegebranche zwar entgegengewirkt werden. Inzwischen ist durch das erste Pflegestärkungsgesetz gesetzlich verankert worden, dass Tariflöhne einschließlich der Vergütungen aufgrund kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen bei der Aushandlung der Pflegesätze als wirtschaftlich gelten müssen und deshalb zu refinanzieren sind. Anders als im kirchlichen Bereich ist die **Tarifbindung im säkularen Bereich** der Pflegebranche trotzdem niedrig geblieben. Sie stellt vielmehr im Hinblick auf das Teilleistungssystem der Pflegeversicherung und die damit verbundenen hohen Eigenanteile der Pflegebedürftigen weiterhin einen Wettbewerbsnachteil dar, der letztendlich zu Lasten einer hohen Versorgungsqualität in der Pflege wirkt, dem Ansehen des Pflegeberufes schadet und dem öffentlichen Interesse zuwiderläuft.

Die Diakonie Deutschland hat sich deshalb bereits seit 2012 zusammen mit weiteren Verbänden der Wohlfahrtspflege sowie der Dienstleistungsgewerkschaft ver.di dafür eingesetzt, die Voraussetzungen für einen **allgemeinverbindlichen Tarifvertrag in der Pflege** zu schaffen.

Allgemeinverbindliche Tarifverträge werden dazu beitragen, die bestehenden Lohnunterschiede in der Pflegebranche zu verringern. Dadurch kann der aktuelle Personalkostenwettbewerb, der zu Lasten einer

fairen und angemessenen Entlohnung der in der Pflege Beschäftigten ausgetragen wird, durch einen Qualitätswettbewerb ersetzt werden. Dies wird nicht nur zu einer **verbesserten Entlohnung in der Pflegebranche** insgesamt führen und den im nichtkirchlichen Bereich bestehenden Abstand zu den Löhnen in der Krankenpflege verringern, sondern auch die Attraktivität des Altenpflegeberufs steigern. Vor dem Hintergrund des zunehmenden Pflegebedarfs und des wachsenden Fachkräftemangels in der Pflege ist dies auch ein wichtiger Beitrag zur Sicherstellung der Qualität in der Pflege.

**Die Diakonie Deutschland setzt sich als Spitzenverband der Freien Wohlfahrtspflege für bessere Rahmenbedingungen in der Pflege kranker, behinderter und alter Menschen ein.** Dazu zählen auch die Arbeitsbedingungen der in der Pflege Beschäftigten. Darüber hinaus gehört die Pflege alter und pflegebedürftiger Menschen zu den originären Aufgaben der Diakonie und ihrer Mitgliedseinrichtungen. Entsprechend stark sind wir neben den Einrichtungen der Caritas auf dem Pflegemarkt vertreten. Die diakonischen Pflegeeinrichtungen sind seit jeher schon aufgrund ihres christlichen Selbstverständnisses einer guten, qualitativ hochwertigen Pflege verpflichtet. Dieser Verpflichtung können sie nur durch angemessene Löhne und faire Arbeitsbedingungen für ihre Mitarbeitenden gerecht werden. Die Pflegeeinrichtungen der Diakonie zeichnen sich entsprechend durch eine hohe Bindung an kollektive Tarife aus.

**Wir unterstützen den vorliegenden Entwurf** in dem Vertrauen darauf, dass die politischen Verantwortungsträger außerdem die erforderlichen Maßnahmen ergreifen werden, um die Pflegebedürftigen bzw. ihre Angehörigen vor einer materiellen Überforderung in Folge der angestrebten branchenweiten Lohnsteigerungen zu schützen. Die Politik muss den Rahmen für eine verlässliche und auskömmliche Refinanzierung setzen.

Die Diakonie Deutschland beteiligt sich an der wichtigen Debatte über eine qualitativ hochwertige, würdevolle Pflege der wachsenden Zahl alter Menschen und die damit zusammenhängende notwendige grundlegende Reform der Pflegeversicherung. Unser Konzept für eine Pflegereform haben wir im Juni 2019 vorgelegt und zur Diskussion gestellt: [www.diakonie.de/diakonie-texte/062019-konzept-fuer-eine-grundlegende-pflegereform](http://www.diakonie.de/diakonie-texte/062019-konzept-fuer-eine-grundlegende-pflegereform)

**Gemeinsame Stellungnahme des Bevollmächtigten des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland bei der Bundesrepublik Deutschland und der Europäischen Union, Deutschen Caritasverbandes und der Diakonie Deutschland sowie des Kommissariats der deutschen Bischöfe – Katholisches Büro in Berlin unter Einbeziehung der Dienstgeber- und Dienstnehmerseite der Arbeitsrechtlichen Kommissionen des Deutschen Caritasverbandes und der Diakonie Deutschland zum Referentenentwurf der Bundesregierung**

**Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelohnverbesserungsgesetz)**

#### I. Im Allgemeinen

Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und nehmen diese gerne wahr. Gemeinsam begrüßen

wir den Gesetzentwurf ausdrücklich, der die Handlungsfähigkeit der Pflegekommission stärken und mit den nun vorgesehenen zwei Wegen zur Festsetzung von Pflegemindestlöhnen – einen auf Antrag von Tarifvertragsparteien nach Anhörung und mit Zustimmung paritätisch besetzter kirchlicher Kommissionen und einen auf Vorschlag der Pflegekommission – einen Beitrag zur besseren Entlohnung in der Pflegebranche leisten soll. Die damit einhergehende Steigerung der Attraktivität des Pflegeberufs trägt auch zur Sicherstellung der Qualität der Pflege bei. Geringere Lohnspreizungen in der Pflegebranche tragen zudem zur Gewährleistung fairer und funktionierender Wettbewerbsbedingungen bei.

Mit dem Entwurf wird die Pflegekommission dauerhaft strukturell gesichert. Die Einführung einer ständigen Kommission mit fünfjähriger Amtszeit stärkt ihre Handlungsfähigkeit, indem sie vor jedem Beschluss über Empfehlungen nicht immer wieder neu errichtet werden muss und auf Antrag einer vorschlagsberechtigten Stelle unverzüglich Beratungen aufnehmen kann. Zu Recht weisen die Entwurfsverfasser in der Begründung darauf hin, dass die Kommissionslösung auch dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht Rechnung trägt. Die angemessene Berücksichtigung des verfassungsrechtlich geschützten Dritten Weges der Kirchen als Ausprägung des kirchlichen Selbstbestimmungsrecht findet in dem Entwurf zudem seinen Ausdruck in der Besetzung der Kommission, da von den acht Kommissionsmitgliedern weiterhin zwei Mitglieder der Dienstnehmer- und zwei Mitglieder der Dienstgeberseite der paritätisch besetzten Kommissionen der Kirchen angehören. Zu befürworten ist ferner die Anpassung der Regelung über die Beschlussfähigkeit der Kommission an die bisherige Regelung über die Beschlussfassung, damit das Zustandekommen von Beschlüssen über Empfehlungen der Kommission erleichtert wird. Die Verfahrensvorschriften und Übergangsregelungen bedeuten im Ergebnis sowohl für die vierte Pflegekommission als auch für die folgende Pflegekommission mit fünfjähriger Amtszeit eine hohe Verfahrenssicherheit. Hierzu trägt auch die geplante Bestimmung bei, dass Klagen gegen Benennungsentscheidungen des BMAS keine aufschiebende Wirkung haben sollen.

Wir stimmen auch dem nun mit dem Entwurf für die Pflegebranche geöffneten und entsprechend modifizierten Verfahren zum Erlass von Rechtsverordnungen nach § 7a AEntG zu. Damit kommen die Entwurfsverfasser auch dem Auftrag aus dem Koalitionsvertrag nach, die Tarifbindung zu stärken, die – wie sich nicht zuletzt im Rahmen der Konzertierten Aktion Pflege gezeigt hat – im Bereich der Altenhilfe auf dem zweiten Weg ausgesprochen schwach ausgebildet ist. Dabei berücksichtigen die Entwurfsverfasser bei dieser Tarifvertragslösung zu Recht das kirchliche Selbstbestimmungsrecht. Das vorgesehene Antrags- und Zustimmungserfordernis der paritätisch besetzten kirchlichen Kommissionen ist aber mindestens erforderlich, um diesem angemessen Rechnung zu tragen.

#### II. Im Einzelnen

##### 1. Zu § 7a Absatz 1 und 1a:

Bei Öffnung des § 7a AEntG für die Pflegebranche – wie jetzt vorgesehen – ist der Gesetzgeber gehalten,

nicht nur der Tarifautonomie Rechnung zu tragen, sondern auch dem verfassungsrechtlich geschützten Dritten Weg der Kirchen im Arbeitsrecht. Dem kommen die Entwurfsverfasser mit der Einführung des Anhörungs- und Zustimmungserfordernisses der paritätisch besetzten kirchlichen Kommissionen nach. Dies ist ausdrücklich zu begrüßen und auch mindestens notwendig, um das kirchliche Selbstbestimmungsrecht und die Bedeutung der Religionsgesellschaften in der Pflegebranche bei der Vorschrift angemessen zu berücksichtigen.

Zur Wahrung der Systeme des zweiten und dritten Weges ist es auch folgerichtig, dass – wie in der Begründung ausgeführt – die Vorschrift nur das Antragsverfahren betrifft und die Wirksamkeit des betreffenden Tarifvertrages nicht von der Erfüllung der in § 7a geregelten (Verfahrens-) Voraussetzungen abhängt.

Dabei bitten wir in geeigneter Weise ausdrücklich klarzustellen, dass das Vorliegen der (Verfahrens-) Voraussetzungen nach Absatz 1a unabhängig ist von der Prüfung des Vorliegens des öffentlichen Interesses nach Absatz 1 in Bezug auf die Rechtsnormen des Tarifvertrages und diese nicht ersetzen oder als solche das öffentliche Interesse begründen.

Zuzustimmen ist, dass im Fall einer Rechtsverordnung nach § 7a, deren Geltungsbereich die Pflegebranche erfasst, auch die in § 11 Absatz 2 genannten Gesetzesziele zu berücksichtigen sind.

Keine Einwände bestehen schließlich gegen das in Absatz 1a näher beschriebene Verfahren zur Wahrnehmung des Anhörungs- und Zustimmungsrechts und das Mehrheitserfordernis sowie die Berechnung des Quorums.

## 2. Zu § 10:

In § 10 AEntG sollten die ambulanten Betreuungseinrichtungen nach § 71 Absatz 1a SGB XI ergänzt werden. Mit dem TSVG wurde zum 11.05.2019 eine weitere Struktur an zugelassenen Leistungserbringern implementiert. Dies sind nach § 71 Abs. 1a SGB XI auch ambulante Betreuungsdienste/-einrichtungen. Sie sind zugelassene Leistungserbringer, die genauso wie die zugelassenen ambulanten Pflegedienste „pflegerische Betreuungsmaßnahmen sowie Hilfen bei der Haushaltsführung als Sachleistung nach § 36 SGB XI“ erbringen. Angesichts des neuen Pflegebedürftigkeitsbegriffs und des damit zusammenhängenden Pflegeverständnisses gehören die körperbezogenen Pflegemaßnahmen, die pflegerischen Betreuungsmaßnahmen sowie die Hilfen bei der Haushaltsführung zu den Sachleistungen nach § 36 SGB XI.

Es muss aus Sicht der Kirchen unbedingt klargestellt werden, dass die ambulanten Betreuungseinrichtungen nach § 71 Abs.1a SGB XI auch unter den Anwendungsbereich des Abschnitt 4 - Arbeitsbedingungen in der Pflegebranche - des AEntG fallen, damit es nicht zu einem Unterbietungswettbewerb mit den ambulanten Pflegediensten kommt. Wir bitten daher ausdrücklich, § 10 um folgenden Satz 3 neu zu ergänzen:

„Hierzu zählen auch ambulante Betreuungseinrichtungen nach § 71 Absatz 1a SGB XI“.

Der nach dem Entwurf neu gefasste Satz 3 wird dann zu Satz 4, Satz 4 wird zu Satz 5.

§ 10 lautete dann insgesamt wie folgt:

„§ 10 Anwendungsbereich

Dieser Abschnitt findet Anwendung auf die Pflegebranche. Diese umfasst Betriebe und selbstständige Betriebsabteilungen, die überwiegend ambulante, teilstationäre oder stationäre Pflegeleistungen oder ambulante Krankenpflegeleistungen für Pflegebedürftige erbringen (Pflegebetriebe). *Hierzu zählen auch ambulante Betreuungseinrichtungen nach § 71 Abs. 1a SGB XI.* Pflegebedürftig sind Personen, die gesundheitlich bedingte Beeinträchtigungen der Selbständigkeit oder der Fähigkeiten aufweisen, deshalb vorübergehend oder auf Dauer der Hilfe durch andere bedürfen und körperliche, kognitive oder psychische Beeinträchtigungen oder gesundheitlich bedingte Belastungen oder Anforderungen nicht selbständig kompensieren oder bewältigen können. Keine Pflegebetriebe im Sinne des Satzes 2 sind Einrichtungen, in denen die Leistungen zur medizinischen Vorsorge, zur medizinischen Rehabilitation, zur Teilhabe am Arbeitsleben oder am Leben in der Gemeinschaft, die schulische Ausbildung oder die Erziehung kranker oder behinderter Menschen im Vordergrund des Zweckes der Einrichtung stehen, sowie Krankenhäuser.“

## 3. Zu § 12 Absatz 1 und 2:

Die Errichtung einer ständigen Kommission wird ausdrücklich unterstützt. Die Kommission hat in der Vergangenheit durch ihre Empfehlungen für ein branchenbezogenes Mindestentgelt zu einer besseren Entlohnung in der Pflegebranche beigetragen. Ihre Bedeutung nimmt angesichts der demografischen Entwicklung und der damit einhergehenden Herausforderung der Sicherstellung einer menschengerechten Pflege und eines entsprechenden Personalbedarfs in Zukunft noch zu. Ein ständiges Gremium bietet die dafür nötige Stabilität und Kontinuität und eröffnet die zügige Aufnahme von Beratungen. Vor diesem Hintergrund erscheint auch eine Amtszeit von 5 Jahren sachgerecht, die unter Berücksichtigung der bisherigen Erfahrungen und der vorgesehenen neuen regelmäßigen Geltungsdauer von mindestens 24 Monaten (§12a) zumindest zwei Empfehlungen der Kommission ermöglicht.

## 4. Zu § 12 Absatz 4:

Wir begrüßen nachdrücklich die Beibehaltung der Kommissionsgröße von insgesamt 8 Personen, von denen zwei Personen der Dienstgeberseite und zwei Personen der Dienstnehmerseite von paritätisch besetzten Kommissionen, die auf der Grundlage kirchlichen Rechts Arbeitsbedingungen für den Bereich kirchlicher Arbeitgeber festlegen, angehören. Damit wird der verfassungsrechtlich gewährleistete Dritte Weg der Kirchen im Arbeitsrecht angemessen in der Kommission berücksichtigt.

## 5. Zu § 12 Absatz 6:

Die vorgeschlagene Ausgestaltung der Besetzungsregeln führt zu mehr Rechtssicherheit und wird begrüßt. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf das gleichrangig zu berücksichtigende Kriterium der Trägervielfalt.



#### 6. Zu § 12a Absatz 1:

Zuzustimmen ist auch der in § 12a Absatz 1 vorgesehene Möglichkeit, dass drei Viertel der kirchlichen Mitglieder der Kommission für den Fall der Durchführung des Verfahrens nach § 7a Absatz 1a verlangen können, dass Beratungen der Kommission für die Dauer von vier Monaten unterbleiben. Dabei ist es folgerichtig, diese Möglichkeit den kirchlichen Mitgliedern der Kommission einzuräumen, da das Anhörungs- und Zustimmungserfordernis, mithin das Verfahren nach § 7a Absatz 1a, der Sicherung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts dient. So ist gewährleistet, dass das Verfahren jedenfalls innerhalb dieser Zeit ordnungsgemäß durchgeführt werden kann, ohne gegebenenfalls parallel in der Kommission Beratungen führen zu müssen.

#### 7. Zu § 12 a Absatz 2:

Beschlüsse der Kommission können sich nach § 12a Abs. 2 bisher auf Mindestentgeltsätze (§ 5 Nummer 1) sowie auf die Dauer des Erholungsurlaubs, das Urlaubsentgelt oder ein zusätzliches Urlaubsgeld (§ 5 Nummer 2) beziehen. Dies eröffnet der Kommission bereits nach geltendem Recht die Möglichkeit, unter anderem auch nach Art der Tätigkeit differierende Mindestentgeltsätze zu empfehlen. Die nun ausdrücklich in den Gesetzestext aufgenommene Vorgabe, mindestens zwei verschiedene Mindestentgeltsätze zu empfehlen, ist hiervon gedeckt und wird begrüßt. Dabei wird von Seiten der Kirchen eine deutliche Erhöhung der Mindestentgeltsätze für Pflegehilfskräfte und für Pflegefachkräfte für erforderlich erachtet.

Insoweit in der Begründung darauf hingewiesen wird, dass „eine Qualifikation grundsätzlich, wie auch bei der Erstreckung von entsprechenden Tarifnormen nach § 7 und § 7a, durch einschlägige Berufserfahrung erworben worden sein kann (§ 5 Satz 1 Nummer 1 AEntG)“, könnte dies dahingehend missverstanden werden, dass die Berufserfahrung eine Qualifikation ersetzen kann. Richtigerweise sollte es

in der Begründung heißen, dass „bei der Qualifikation grundsätzlich, wie auch bei der Erstreckung von entsprechenden Tarifnormen nach § 7 und § 7a, eine einschlägige Berufserfahrung berücksichtigt werden kann (§ 5 Satz 1 Nummer 1 AEntG)“.

Die vorgeschlagene Geltungsdauer von mindestens 24 Monaten und damit auch angestrebte Planungssicherheit wird unterstützt, die als Soll-Bestimmung auch eine Abweichungsmöglichkeit eröffnet, wenn dringende Aspekte ausnahmsweise gegen eine 24-monatige Laufzeit sprechen sollten.

#### 8. Zu § 12 a Absatz 3

Die Beschlussfähigkeit der Kommission wird nach dem Entwurf an die geltenden Regeln zur Beschlussfassung der Kommission angepasst. Eine „Politik des leeren Stuhls“, wie ihn die geltende Regelung des § 12 Absatz 5 Satz 1 AEntG ermöglicht, die zur Beschlussfähigkeit die Anwesenheit aller Mitglieder erfordert und die Handlungsfähigkeit der Kommission in der Vergangenheit erschwert hat, wird damit verhindert. Die vorgeschlagene neue Regelung zur Beschlussfähigkeit ist daher ausdrücklich zu befürworten.

Ob die Änderungen zur Beschlussfähigkeit der Kommission zur Stärkung der Handlungsfähigkeit der Kommission ausreichend und Änderungen im Sinne einer vereinfachten Beschlussfassung entbehrlich sind, bleibt abzuwarten. Eine Evaluierung nach einigen Jahren erscheint sinnvoll.

#### 9. Zu § 13

Die vorgeschlagene Regelung eines Anwendungsvorrangs der Rechtsverordnung nach § 7a gegenüber einer Rechtsverordnung nach § 11, sofern sich deren Geltungsbereiche zumindest teilweise überschneiden, wird akzeptiert.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
19. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 19(11)444**

17. Oktober 2019

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 21. Oktober 2019  
um 13:30 Uhr zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung  
Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhneverbesserungsgesetz)  
- BT-Drucksache 19/13395

b) Antrag der Abgeordneten Pia Zimmermann, Susanne Ferschl, Matthias W. Birkwald,  
weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.  
Pflegelöhne auf Tarifniveau sofort finanzieren - BT-Drucksache 19/14023

**Deutscher Caritasverband e.V.**

Die Mitarbeiterseite der Arbeitsrechtlichen Kommission des Deutschen Caritasverbandes beschließt zusammen mit der Dienstgeberseite auf dem sogenannten Dritten Weg der katholischen Kirche in paritätischer Besetzung Inhalt, Abschluss und Beendigung von etwa 650 000 Dienstverhältnissen im Bereich des Deutschen Caritasverbandes. Davon arbeiten etwa 152 000 Kolleginnen und Kollegen in der stationären und ambulanten Altenpflege. Es ist der Mitarbeiterseite auch unter den Bedingungen des Wettbewerbs gelungen, das Vergütungsniveau und die sonstigen tariflichen Bedingungen für die Kolleginnen und Kollegen nahezu auf dem Niveau des öffentlichen Dienstes zu halten, inklusive der betrieblichen Altersversorgung wie im öffentlichen Dienst. Sie besetzt, wie auch die Dienstgeberseite, einen der acht Sitze in der Pflegekommission nach § 10 ff.

Die Mitarbeiterseite begrüßt ausdrücklich, dass die Bundesregierung mit diesem Gesetz die Pflegekommission ertüchtigt. Durch die Neuregelung wird eine „Politik des leeren Stuhles“, mit der bisher durch Fernbleiben einzelner eine Beschlussfassung verzögert oder verhindert werden konnte, unmöglich gemacht. Statt moralischem oder öffentlichem Druck hilft künftig der Gesetzestext. Dadurch, dass die Pflegekommission ständig besetzt sein soll, kann sie dauerhaft in der hochgradig zergliederten Pflegebranche gemeinsam Monitoring betreiben, frühzeitig Fehlentwicklungen erkennen und entsprechend darauf reagieren. Da das aufwendige Besetzungsverfahren nur noch alle fünf Jahre stattfinden wird, ist sie deutlich handlungsfähiger.

Die Mitarbeiterseite begrüßt ebenfalls ausdrücklich, dass durch die Erweiterung des § 7a auch die Möglichkeit der Erstreckung eines Tarifvertrages auf die gesamte Pflegebranche möglich wird. Durch die Anhörungsmöglichkeit während der Tarifverhandlungen für einen solchen Tarifvertrag und durch das Zustimmungserfordernis der paritätisch besetzten Kommissionen der Religionsgemeinschaften vor Antragstellung auf Erstreckung werden der Tarifvertragsweg und der sogenannte „Dritte Weg“ einander zu Gunsten der Kolleginnen und Kollegen in der Pflege so einander angenähert, dass die Eigenständigkeit beider Tarifgestaltungswege bewahrt bleibt. Sowohl für die Tarifpartner des Tarifvertragsweges als auch für die Dienstgebervertreter und Mitarbeitervertreter auf dem „Dritten Weg“ ergeben sich neue Chancen und Notwendigkeiten zur Zusammenarbeit. Die Mitarbeiterseite der Arbeitsrechtlichen Kommission des Deutschen Caritasverbandes ist dazu bereit und unterstützt das Ziel des Gesetzgebers, durch deutlich höhere Pflegelöhne das Ansehen der Altenpflege und die Anerkennung der beruflich Pflegenden weiter zu steigern.

Erfolgreich kann dieses Vorhaben jedoch nur sein, wenn parallel zur Erhöhung der Pflegelöhne die Eigenbeteiligung der Gepflegten bzw. ihrer Angehörigen begrenzt wird. Diese dürfen nicht überfordert werden. Die Pflegenden und die Gepflegten dürfen nicht weiter gegeneinander ausgespielt werden, weil die Politik den Wettbewerb auch über die Pflegelöhne in die Altenpflege als Teil der Daseinsfürsorge eingeführt hat.

## DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
19. Wahlperiode

## Ausschussdrucksache 19(11)445

17. Oktober 2019

## Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 21. Oktober 2019  
um 13:30 Uhr zum

## a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhneverbesserungsgesetz)  
- BT-Drucksache 19/13395

b) Antrag der Abgeordneten Pia Zimmermann, Susanne Ferschl, Matthias W. Birkwald,  
weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Pflegelöhne auf Tarifniveau sofort finanzieren - BT-Drucksache 19/14023

**Prof. Klaus Bepler, Berlin**

### Vorbemerkung

Der Gesetzentwurf stellt einen gut durchdachten und aus meiner Sicht geglückten Versuch dar, in einer außerordentlich komplizierten Autonomie-Gemengelage (Privat-, Tarif- und Kirchenautonomie) strukturell geeignete Wege vorzuzeichnen, auf denen es zu ausgewogenen und die Attraktivität der Pflegeberufe steigernden Arbeitsbedingungen kommen kann. Es gelingt dem Entwurf gut, die hier aufeinander treffenden Autonomiebereiche in einer Art praktischer Konkordanz miteinander zu verzahnen. Auf dieser Grundlage besteht die Möglichkeit, dass die unmittelbar Beteiligten selbst ohne relevante Einbußen im eigenen Selbstbestimmungsraum auf der Grundlage des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes einen Arbeits- und Wirtschaftsbereich gestalten, in dem es auch um Gemeinwohlbelange geht, weshalb die staatliche Mitwirkung auch materiell angemessen und gerechtfertigt ist.

### I. Aufgaben und Ziele des Gesetzentwurfs<sup>1</sup>

#### 1. Deckung des erheblichen Personalbedarfs durch Steigerung der Attraktivität der Pflegeberufe

Es steht außer Frage, dass zu wenige Menschen in Pflegeberufen arbeiten. Die Situation wird hier tendenziell noch problematischer werden. Unter den bestehenden gesellschaftlichen Rahmenbedingungen ist zu erwarten, dass ambulante Pflege schwieriger und deshalb seltener und die Unterbringung in Pflegeeinrichtungen häufiger werden wird. Man kann auch nicht davon ausgehen, dass die in der ambulanten Pflege Tätigen auch nur zu einem wesentlichen Teil mit den Pflegebedürftigen in die stationäre Pflege wechseln werden.<sup>2</sup>

Es ist fraglos auch richtig, die Wahl eines Pflegeberufs dadurch zu fördern, dass man Mittel und Wege zur Verfügung stellt, die zu besseren Arbeitsentgelten und Urlaubsregelungen führen können. Bessere Arbeitsbedingungen, insbesondere höhere Arbeitsentgelte, wären auch deshalb wünschenswert, weil

<sup>1</sup> Im Folgenden: AEntG-E. Das bestehende Gesetz ist nur mit AEntG zitiert.

<sup>2</sup> Die aktuell noch sehr häufig nachgefragten, ambulanten Betreuungen im häuslichen Bereich, insbesondere die sogenannte 24-Stunden-Pflege werden aktuell wohl besonders von aus Osteuropa stammenden und von dort aus monats- oder quartalsweise einpendelnden Beschäftigten unter höchst zweifelhaften rechtlichen Rahmenbedingungen – und Bezahlungen – erledigt. Selbst in diesem Bereich besteht aber offenbar schon aktuell Personalmangel. In einem Anschreiben eines deutschen Vermittlungsunternehmens an eine Auftraggeberin, deren hochbetagte Mutter zu Hause „rund um die Uhr“ betreut wird, wird darauf hingewiesen, man könne nicht, wie sonst üblich drei Pflegekräfte zur Auswahl für die anstehende Ablösung der derzeit pflegenden Person vorschlagen. In Polen könnten derzeit nur schwer Personen für einen Pflegeeinsatz in Deutschland gefunden und angeworben werden. Im Übrigen: In dem zu Grunde liegenden Dienstleistungsvertrag mit einer polnischen Kapitalgesellschaft für eine 24-Stunden-Pflege ist mit Wirkung ab dem 1. März 2019 ein „Monatspreis von 2.370,00 €“ vorgesehen. Man schreckt davor zurück zu schätzen, was davon wohl bei der polnischen Mitarbeiterin ankommt.

die derzeit gezahlten Vergütungen den vielfach außerordentlichen physischen und psychischen Anforderungen in den Altenpflegeberufen in keiner Weise gerecht werden.

Zur Illustration: Im Haustarifvertrag eines großen Automobilunternehmens sind für „einfachste Tätigkeiten“, für die weder eine Berufsbildung noch eine Berufsvorbildung erforderlich ist, die Entgeltstufen

1 und 2 vorgesehen. Der Mittelwert des Stundenentgelt für diese beiden niedrigsten Entgeltstufen belief sich im Jahre 2018 ohne die nach diesem Tarifvertrag möglichen, teilweise sehr beachtlichen Zulagen auf 15,16 €. Das Stundenentgelt betrug dort für „Beschäftigte, die Tätigkeiten ausüben, für die eine einschlägige Berufsausbildung erforderlich ist oder die gleichwertige Kenntnisse auf andere Weise erworben haben“ (Entgeltstufe 7, die niedrigste Entgeltstufe für in einem erlernten Beruf oder gleichwertig qualifiziert Tätige) 22,27 € je Arbeitsstunde. Es konnte allein durch das Tätigkeitsanforderungsmerkmal einer bis zu zweijährigen Berufserfahrung auf bis zu 4.781,50 € oder 31,51 € je Stunde ansteigen.

Die Konzertierte Aktion Pflege hat für 2018 in den durch Tarifverträge iSd Tarifvertragsgesetzes (TVG) (AWO/DRK/PATT) und Arbeitsvertragsrichtlinien des Dritten Weges (Diakonie/Caritas) regulierten Bereichen sowie dort, wo durch Empfehlungen des bpa Arbeitgeberverband e.V. die Beschäftigungsverhältnisse zumindest beeinflusst werden, die folgenden in der Reihenfolge der genannten Träger aufgeführten Stundenentgelte ohne mögliche, aber nicht feststehende Zuschläge und Zulagen ermittelt:

Einstiegsentgelt für Pflegehilfskräfte, deren Tätigkeit schon im Hinblick auf die psychischen Belastungen sicher niemand nur als einfachst kennzeichnen würde:

10,39 bis 12,16 / 12,71 / 11,45 / 10,97 bis 13,76 / 11,53 bis 12,85 / 10,05 bis 11,87

Einstiegsentgelt für Fachkräfte:

13,14 bis 15,81 / 15,83 / 14,18 / 14,24 bis 17,58 / 14,40 bis 15,99 / 13,80 bis 16,98

Mittelt man – mathematisch wie statistisch unangemessen, für einen ersten Eindruck aber ausreichend – alle festgestellten Stundenentgelte, kommt man für Hilfskräfte in der Pflege auf ein Stundenentgelt von 11,77 € (zu den Entgeltstufen 1 und 2 Metall 15,16 € = 77,6%) und für Fachkräfte auf 15,19 € (nur zur für Fachkräfte niedrigsten Entgeltstufe 7 Metall 22,27 = 68%).

Bei einer präzisen Analyse der tatsächlich gezahlten Vergütungen würden die Entgeltunterschiede im Zweifel noch sehr viel problematischer ausfallen. Eine Ursache hierfür bringt eine erste kritische Stellungnahme zum vorliegenden Gesetzentwurf auf einen mit diesem Inhalt verbreitet eingenommenen Punkt: „Jedoch gilt es zu beachten, dass die Pflegebranche von der Erbringung sozialer, überwiegend immaterieller Pflege- und Betreuungsdienstleistungen geprägt und damit keine klassisch wertschöpfende Branche ist.“<sup>3</sup> Die dem zugrunde liegende Wertung und die sich daraus – sicherlich nicht naturgemäß – ergebenden Konsequenzen bei der Entgeltfindung muss man in einer Gesellschaft, die auf die (Erhaltung und Förderung der) Würde des Menschen unabhängig von seiner „Produktivität“ verpflichtet ist, nicht teilen.

Auf die hier bestehende korrekturbedürftige Situation kann durch Korrekturen im Arbeitnehmer-Entsendegesetz und darauf folgenden Reaktionen der Akteure der Pflegebranche nach den nach diesem Gesetz bestehenden begrenzten Regelungsmöglichkeiten nicht unmittelbar und umfassend eingewirkt werden. Nimmt man die Entgeltstruktur in den „klassisch wertschöpfenden Bereichen“ und bei den „sozialen, überwiegend ideellen Dienstleistungen“ vergleichend in den Blick, können mit Hilfe dieses Gesetzes zwar höhere Mindestentgelte (und Mindesturlaubsbestimmungen), nicht aber ein – einseitig – zwingend wirkendes umfassendes Entgeltsystem geschaffen werden, das aus der Sicht der autonomen Beteiligten und der mit befassten staatlichen Stelle insgesamt angemessen und deshalb „gerecht“ ist. Eine solche Regelungsmöglichkeit im Rahmen des allgemeinen Tarifvertragsrechts bleibt den Tarifvertragsparteien auch nach einem durch das neue Arbeitnehmer-Entsendegesetz erstreckten Mindestentgelttarifvertrag in der Pflege. Dies gilt sowohl für einzelne Unternehmen, wo jüngst offenbar ein solcher Tarifabschluss bei der Pflegen und Wohnen Hamburg GmbH gelungen ist<sup>4</sup>, als auch für Regionen oder auch bundesweit.

Aber auch auf der Grundlage des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes ist es immerhin möglich, für verschiedene Qualifikationsstufen zwei bis drei gestufte Mindestentgelte festzulegen. Unabhängig davon spricht einiges dafür, dass eine möglicherweise nur bei den ungelerten Kräften unmittelbar wirkende Anhebung im Mindestentgeltbereich jedenfalls in dem hier einschlägigen Segment des Arbeitsmarktes „nach oben“ weiterwirkt. Fachkräfte werden nur kommen und/oder bleiben, wenn ein gewisser Mindestabstand zu den ungelerten Kolleginnen und Kollegen bleibt. Außerdem wird jedenfalls für nicht wenige der in der Pflege Beschäftigten ein höher festgesetztes Mindestentgelt unmittelbar zu einer Steigerung gegenüber dem bisher an sie Ausgezählten führen.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Bei der Suche nach weiteren Ursachen für derartige Entgeltunterschiede kommt allerdings auch in den Blick, dass in dem zum Vergleich herangezogenen Automobilunternehmen deutlich über 80% der Beschäftigten Mitglieder der tarifzuständigen IG Metall sind. Der Organisationsgrad in den Pflegeberufen dürfte demgegenüber weit unter 10% liegen.

<sup>4</sup> Die Hamburger Morgenpost v. 02.10.2019 berichtet von einer auf zwei Jahre verteilten Tarifentgelterhöhung um rund 10% und einem Einstiegsentgelt für Pflegekräfte von fast 3.000,00 €.

<sup>5</sup> Dies wird schon deutlich, wenn man die für das Jahr 2018 festgestellten realen Vergütungen (s.o.) mit den von der Pflegekommission empfohlenen und vom Bundesministerium durch Rechtsverordnung festgesetzten Mindestentgelten für das Jahr 2019 (West: 11,05 €; Ost: 10,55 €) vergleicht.

Eine Regelung auf der Grundlage des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes ist in der Sache trotz der eingeschränkten Gestaltungsmöglichkeit naheliegend und geboten. Im Pflegebereich werden schon jetzt zahlreiche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eingesetzt, die zumindest nach den Buchstaben der Verträge aus benachbarten Staaten entsandt sind. Für sie gilt deutsches nationales Tarifrecht, das die meisten Arbeitsbedingungen und insbesondere die Entgelthöhe in tarifgebundenen Arbeitsverhältnissen näher regelt, ohne die besondere Erstreckung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz nicht. Nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge müssen weder Arbeitgeber mit Sitz außerhalb Deutschlands anwenden, noch inländische Träger von Pflegeeinrichtungen, die kraft Mitgliedschaft an Verbandstarifverträge gebunden sind oder mit Gewerkschaften im Rechtssinne Haustarifverträge abgeschlossen haben.<sup>6</sup>

Mit einer teilweise unmittelbaren, teilweisen mittelbaren Erhöhung der Entgelte wird möglicherweise auch eine – zumindest im Helferbereich erforderliche – Steigerung des Sozialprestiges der Pflegeberufe einhergehen.

Die notwendigen Verbesserungen der Arbeitsbedingungen im Pflegebereich werden damit nach allgemeiner Auffassung aber nicht abgeschlossen sein.

- So liegt eine auch im Arbeitsverhältnisrecht wirkende allgemeine Reglementierung nahe, was die Mindestbelegung (Personalschlüssel) von Pflegeeinrichtungen und die damit zusammenhängenden Probleme von Arbeitszeit und Schichtplanung angeht.<sup>7</sup> Dabei wird den autonomen Regelungsgebern sinnvollerweise nur eine nachgeordnete Rolle zukommen. Sie werden wohl in Reaktion auf nach fachkundiger Beratung erfolgten hoheitlichen Vorgaben nur festzulegen haben, inwieweit und in welchem Umfang die abhängige Arbeit in unterbesetzten Bereichen o.ä. zuschlagspflichtig ist und von wann an sie mit den sehr weitreichenden Folgen für die zu Pflegenden verweigert werden kann. Auch insoweit könnten nach § 5 Nr. 1, Nr. 4, § 2 Nr. 5 AEntG Erstreckungsmöglichkeiten bestehen.
- Weiter hört man von Seiten der Pflegenden neben der physisch und psychisch schweren Arbeit als

mit der geforderten Arbeitszeit zusammenhängende Ursachen für die Schwierigkeit (qualifiziertes) Pflegepersonal zu finden besonders,

- die regelmäßige Arbeitszeit sei insgesamt zu hoch,<sup>8</sup>
- es werde vielfach eine zu große Zahl hintereinander geschalteter Dienste festgelegt und
- die beschwerliche, aber notwendige Nacharbeit werde ganz unzureichend zusätzlich vergütet.
- Als für die Qualität der Pflege, aber auch für eine erfolgreiche Zusammenarbeit schädliches Phänomen wird verbreitet der wegen des Personalmanagements erforderliche Einsatz von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern angesehen. Er erschwert die Zusammenarbeit der Pflegekräfte und ist geeignet, den solidarischen Zusammenhalt der Belegschaften und das Betriebsklima zu gefährden. Offenbar können die sog. Leasingkräfte aufgrund ihrer aktuellen Marktmacht durchsetzen, nur dann eingesetzt zu werden, wenn es ihnen gut passt, und so den fest angestellten Beschäftigten die zeitlich ungünstigere Arbeit zu überlassen. Zudem ist für die Qualität der Pflege die durch die notwendige Einbindung von Leasingkräften eintretende Diskontinuität des Pflegepersonals sicherlich nicht förderlich.
- Im Hinblick auf den Bedarf an qualifiziertem Personal wird darauf hingewiesen, dass die Förderung der Weiterqualifizierung im fortbestehenden (Helfer-)Arbeitsverhältnis deutlich stärker an den Bedürfnissen derer orientiert sein sollte, die sich zu einer derartigen, ja durchaus anstrengenden Weiterqualifizierung neben der Berufsausübung bereitfinden.

## 2. Die derzeit fehlende Effektivität von tarifautonom geschaffenen Entgeltregelungen

Die eingangs angesprochene „Autonomie-Gemengelage“ stellt den Gesetzgeber vor beachtliche Schwierigkeiten. Diese Schwierigkeiten sind sicherlich durch den verfassungsrechtlich gewährleisteten (Art. 137 WRV iVm. Art. 140 GG) kirchlichen Sonderweg bei der Schaffung angemessener kollektiver Arbeitsrechtsregelungen mit verursacht, auf den sich große in der Pflegebranche tätige Akteure berufen können.

<sup>6</sup> Es wird zwar auch vertreten, dass bereits allgemeinverbindliche Tarifverträge nach § 5 TVG wegen des hier gebotenen öffentlichen Interesses für die Erstreckung als Eingriffsnormen auf Arbeitsverhältnisse mit Auslandsbezug zumindest teilweise zwingend Anwendung zu finden haben. Dies entspricht indes nicht allgemeiner Auffassung und dürfte wegen der hier bestehenden Konkurrenzregeln (hierzu im Einzelnen *Jacobs/Krois* in FS Bepler S. 241, 247 ff. mwN), die zu Gunsten inländischer Arbeitgeber Abweichungsmöglichkeiten eröffnen, auch mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union im Widerspruch stehen; vgl. *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, 2013, § 10 Rn. 34 ff., 70 ff. mwN; EuGH, 03.04.2008 – C-346/06, „Rüffert“, NZA 2008, 537.

<sup>7</sup> Es wird ein erhebliches Problem darstellen, wie man die Lösung dieser Fragen mit der an sich evident vorrangigen Gewinnung zusätzlichen Pflegepersonals so zeitlich koordiniert, dass einerseits der Pflegebedarf möglichst weitgehend gedeckt, den jetzt schon in der Pflege Tätigen aber möglichst zeitnah auch insoweit angemessenere Arbeitsbedingungen gewährleistet werden.

<sup>8</sup> Was durch den statistischen Befund bestätigt wird, dass in jüngerer Zeit in den Pflegeberufen ein deutlicher Trend zur überhäufigen Teilzeitbeschäftigung auf Wunsch der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu beobachten ist. Das ist angesichts des niedrigen Entgeltniveaus ein überdeutlicher Indikator für die Richtigkeit der Beschwerde. Vgl. auch die Pressemitteilung des Deutschen Berufsverbands für Pflegeberufe (DBfK) unter [www.openpr.de/news/1064008/Teilzeit-als-Resource-gegen-Fachpersonalmangel-Nicht-bei-Weiter-so.html](http://www.openpr.de/news/1064008/Teilzeit-als-Resource-gegen-Fachpersonalmangel-Nicht-bei-Weiter-so.html) (Einsichtnahme 14.10.2019).

Man kann diese Problematik nicht mit der dogmatischen Einordnung bewältigen, bei einem Mindestgelt auf der Grundlage eines durch Rechtsverordnung erstreckten Tarifvertrags handele sich um einen Mindestlohn, den der Staat aufgrund seiner subsidiären Regelungszuständigkeit selbst – für alle – festlege und festlegen könne.<sup>9</sup> Der Entwurf versucht erfreulicherweise auch nicht, aus dieser zweifelhaften dogmatischen Einordnung die Konsequenz zu ziehen, mit Hilfe des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes ohne legitimierende Mitwirkung derer, die in den Kirchen für die Arbeitsrechtsregelungen Verantwortung tragen, umfassend wirkende Mindestgeltregelungen durchzusetzen. Diese Konsequenz wäre auch angesichts der zahlenmäßigen Bedeutung der kirchlichen Einrichtungen in der Pflege nicht vertretbar.

Für ein solches Vorgehen gäbe es auch keinen Grund. Denn der kirchliche Sonderweg im Arbeitsrechts-Regelungsverfahren begründet zwar methodische Schwierigkeiten. Er hat aber nichts mit den Problemen zu tun, um derentwillen es überhaupt zu der Regelungsaufgabe des Gesetzgebers im Pflegebereich gekommen ist. Die Arbeitsentgelte, die in den paritätisch besetzten Kommissionen für die kirchlichen Träger von Pflegeeinrichtungen vereinbart worden sind, liegen im oberen Bereich des in der Branche Gezahlten und außerhalb von realistischen Mindestentgeltregelungen nach § 7a AEntG-E<sup>10</sup>; sie werden zudem in allen kirchlichen Einrichtungen durchgängig gezahlt. In diesem besonderen Bereich einer 100%igen Tarifbindung besteht im Grundsatz nur der angesprochene strukturelle Anpassungsbedarf. Er kann allenfalls in der Branche, eher aber wohl nur gesamtgesellschaftlich und sicherlich nicht im Rahmen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes bewältigt werden.

Ein zentrales Problem des Pflegebereichs, was die Geltung angemessener Arbeitsbedingungen angeht, ist die hier vielfach fehlende Gestaltungskraft der Tarifautonomie. Sie braucht typischerweise einander gleichgewichtig gegenüberstehende soziale Gegenspieler. Tarifverträge gelten bekanntlich ohne hoheitliche Erstreckungshilfe nur zwischen beiderseits Tarifgebundenen im einzelnen Arbeitsverhältnis. Solche Tarifverträge könnten auch die Pflegebranche mit Ausnahme der nach den dort angewendeten materiellen Arbeitsbedingungen grundsätzlich unproblematischen, dem Dritten Weg verpflichteten Pflegeeinrichtungen gestalten.<sup>11</sup> Derartige aufgrund Mitgliedschaft geltende Tarifverträge wären wegen der dann möglichen Regelungsgegenstände gestaltungskräftiger als Gestaltungen auf der Grundlage des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes. Bei den Beschäftigten in der Pflegebranche fehlt es aber vielfach in dem für eine angemessene tarifautonome Regelung erforderlichen Umfang an Mitgliedschaften in den zuständi-

gen Gewerkschaften. Die hieran interessierten Gewerkschaften haben deshalb im Bereich der Pflege auch in zahlreichen Fällen keine tatsächlichen Möglichkeiten, gegenüber Arbeitgebern oder Verbänden, die trotz der schwierigen Personalsituation nicht ohne weiteres zu Tarifabschlüssen bereit sind, Tarifverträge notfalls mithilfe von Arbeitskämpfen zu erzwingen. Daraus ergibt sich wiederum, dass viele Arbeitgeber der Pflegebranche keine Notwendigkeit sehen, sich von sich aus zu Tarifabschlüssen bereit zu finden oder zur Abwehr von gewerkschaftlichem Druck ihre Verhandlungsmacht in tarifwilligen Verbänden zu bündeln. Soweit es bisher gleichwohl in einigen Bereichen zu Tarifverträgen gekommen ist, ist dies nicht branchenbezogen, sondern nur auf einzelne Unternehmen oder Verbände beschränkt und stark differenzierend geschehen. Die unter diesen Umständen erreichten Arbeitsbedingungen sind, wohl auch aufgrund fehlenden Verhandlungsdrucks, offenbar zu einem wesentlichen Teil nicht so, dass sie Pflegeberufe attraktiv machten.

Dieser tatsächliche Befund schließt schon mangels einheitlicher tariflicher Regelungen, die für den gesamten Geltungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes Geltung beanspruchen (§ 3 AEntG) und dies, was die kirchlichen Einrichtungen angeht, auch bisher nicht können, eine an dem Gesetz in seiner bisherigen Fassung orientierte tarifvertragsbasierte umfassende Erstreckungsanordnung aus. Der daraufhin gefundene Weg zu allgemein geltenden Mindestarbeitsbedingungen in der Pflege über die Installierung der Pflegekommission nach §§ 10 ff. AEntG war angesichts dessen aller Ehren wert. An dieser Kommissionslösung wollten sich zwar ursprünglich die tarifunwilligen weltlichen Akteure der Pflege ebenfalls nicht beteiligen. Letztlich ist es aber geglückt, die meisten wichtigen in der Pflegebranche Tätigen in die Aufgabenerfüllung durch die Kommission einzubinden. Die Pflegekommission hat auch, wie ihr die Begründung des Gesetzentwurfs zu Recht attestiert, viel geleistet. Sie war und bleibt ein grundsätzlich gleichwertiges Instrument einer angemessenen Entgeltfindung für alle in der Pflege Beschäftigten.

## II. Der allgemeine Lösungsweg des Gesetzentwurfs

In der einleitenden Vorbemerkung der Stellungnahme wurde der Begriff des Versuchs nicht etwa im Sinne der Zeugnissprache verwendet. Das Gesetz ist vielmehr, was das Ziel angeht, allgemein geltende, bessere Mindestarbeitsbedingungen in der Pflege zu erreichen, um den erheblichen Personalbedarf zu decken, tatsächlich ein Versuch und kann und sollte dies auch nur sein. Denn es geht letztlich darum, dass die im Pflegebereich tätigen Autonomieträger selbst ihr Verhalten besser als bisher bündeln, um das genannte Ziel zu erreichen. Damit sie zusammen

<sup>9</sup> Riechert/Stomps, NZA 2012, 707, 710.

<sup>10</sup> Dies wird besonders deutlich, zieht man ergänzend die von der Konzertierte Aktion Pflege festgestellten, für alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter erreichbaren Vergütungen unter Einschluss der allgemeinen Zulagen heran, wobei dort soweit ersichtlich nicht einmal die – außergewöhnliche – Einbeziehung in die zum weit überwiegenden Teil arbeitgeberfinanzierten kirchlichen Zusatzversorgungseinrichtungen nicht berücksichtigt ist.

<sup>11</sup> Aus den bereits angesprochenen Gründen bliebe allerdings auch bei einer entsprechenden Gestaltungskraft der Tarifautonomie das Problem der aus dem Ausland entsandten Beschäftigten.

mit dem hieran im Gemeinwohlinteresse teilnehmenden Sozialstaat Erfolg haben, sollen ihnen durch das geplante Gesetz mehr und verbesserte Regulationswege zur Verfügung gestellt werden. Ob und wie sie diese Wege gehen, ist deren Sache. Sollte der verbreitet als Pflegenotstand wahrgenommene Zustand so nicht beseitigt werden können, wird der Gesetzgeber andere Wege gehen müssen. Dass dabei auch eine hoheitliche Festlegung von Arbeitsbedingungen erwogen werden wird, ist ebenso offensichtlich, wie die dann auf den Tisch kommende, im Einzelnen nicht eindeutig gelöste Problematik, ob und von wann an derartige Festlegungen an den durch die Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG gezogenen verfassungsrechtlichen Grenzen scheitern können<sup>12</sup>.

Der Gesetzentwurf setzt neben den im Jahre 2009 entwickelten Regelungsweg über die Pflegekommission und eine auf der Grundlage von deren Empfehlung erlassenen Rechtsverordnung zu in der Pflegebranche allgemein geltenden Arbeitsbedingungen (§ 11 Abs. 1 AEntG) eine tarifvertragsbasierte Alternative, die stärker in das deutsche Arbeits- und Wirtschaftsleben verfassungsrechtlich abgesichert prägende Tarifvertragssystem integriert ist.

Es spricht aus meiner Sicht alles dafür, dass diese Alternative auf der Grundlage des derzeitigen § 7a AEntG nicht, jedenfalls nicht ohne einen verfassungsgerichtlich auszutragenden Grundlagenkonflikt vor dem Hintergrund des Art. 137 WRV iVm. Art. 140 GG eröffnet ist. Die Wahl des kooperativen Dritten Wegs zu kollektivvertraglichen Regelungen genießt den hoheitlichen Schutz vor einer Überstül-  
pung des staatlichen Tarifvertragssystems. Dort erreichte Regelungen dürfen den kirchlichen Einrichtungen mit autonom gewähltem anderem Regelungssystem nicht gegen ihren Willen aufgezwungen werden.<sup>13</sup>

Es ist zu begrüßen, dass die Gefahr eines von dieser Rechtsposition ausgehenden verfassungsrechtlichen Konflikts, der im Hinblick auf die in einem solchen Fall eintretende Rechtsunsicherheit für einige Zeit eine effektive Neugestaltung verhindert hätte, durch die Neuregelungen in § 7a Abs. 1 und Abs. 1a AEntG-E gebannt sein dürfte.

Daneben sieht der Gesetzentwurf besonders zwei aus meiner Sicht sehr zu begrüßende grundsätzliche Neuregelungen für die bestehen bleibende Pflegekommission vor, die nicht nur deren Vorschlagsfähigkeit deutlich verbessern werden, sondern auch dazu geeignet sein könnten, diesem Gremium die Qualität einer für die insgesamt problembelastete Pflegebranche hochkompetenten Beratungseinrichtung für die Bundesregierung zu verschaffen.

### III. Die Regelungen des Entwurfs im Einzelnen

#### 1. Zu § 7a AEntG-E

##### a) Der Weg des § 7a AEntG-E und die Tarifautonomie

(1) Am Anfang des neu strukturierten und grundlegend ergänzten Weges, über § 7a AEntG-E allgemein geltende deutlich verbesserte Mindestarbeitsbedingungen für die Pflegebranche zu erreichen, steht der Abschluss eines Tarifvertrages nach dem Tarifvertragsgesetz. Nur ein solches Regelwerk soll und kann durch Hoheitsakt in seiner Wirkung über die tarifschließenden Parteien und deren Mitglieder hinaus erstreckt werden. Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz ist in allen seinen Bestimmungen, die die Erstreckungsmöglichkeit von Tarifverträgen ansprechen, eindeutig: Die Parteien, deren Tarifverträge zur Erreichung der Ziele des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und um der Geltung auch zu Gunsten entsandter Beschäftigter willen erstreckt werden sollen, sind zunächst einmal als tarifautonom Handelnde und nicht etwa als Zuarbeiter des staatlichen Rechtsetzers tätig. Der Staat bedient sich vielmehr nur der Produkte tarifautonomen Handelns, um im Zusammenwirken mit den Tarifvertragsparteien ein auch gemeinwohlbezogenes Regelungsziel zu erreichen. Das folgt im Übrigen auch daraus, dass der Hoheitsträger sich nicht etwa nach einem von ihm wahrgenommenem Bedarf eines Tarifvertrags bedienen und dessen Regelungen erstrecken kann. Er ist inhaltlich von dem Tarifvertrag und in seiner Entscheidungskompetenz von dem in deren Antragstellung auf Erstreckung liegenden Willen der Tarifvertragsparteien abhängig, ob ein Regelwerk, und wenn ja, welches für eine Erstreckungsentscheidung zur Verfügung steht.

Dies muss betont werden, weil bekannt geworden ist, dass auf der Grundlage des neuen § 7a AEntG über „Tarifverträge“ gesprochen werden soll, die keine oder allenfalls geringfügige tarifvertragstypische Regelungsabsichten zwischen den Tarifschließenden und ihren Mitgliedern (§§ 1, 4 Abs. 1 TVG) verfolgen. Es werden offenbar Regelwerke erwogen, die mit aufschiebender Wirkung erst mit der erstreckenden Rechtsverordnung in Kraft treten und/oder unter der auflösenden Bedingung stehen sollen, dass es zu keiner solchen Erstreckungsentscheidung kommt. Demgegenüber nur geringfügig abgemildert wäre eine wohl ebenfalls erwogene Regelungstechnik, die für den Fall, dass es nicht zu einer Erstreckungsentscheidung kommt, den Tarifvertragsparteien ein Sonderkündigungsrecht einräumt. Es spricht alles dafür, dass solche Regelungen, die keine echte tarifvertragstypische Gestaltung beabsichtigen, keine erstreckungsfähigen Tarifverträge

<sup>12</sup> Vgl. hierzu nur ErfK/*Linsenmaier*, 19. Aufl. 2019, GG Art. 9 Rn. 87 ff. mwN.; Dreier/*Hartmut Bauer*, Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 9 Rn. 101 ff.

<sup>13</sup> *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl. 2017, § 5 Rn. 152; *Reichold*, Münchner Handbuch Arbeitsrecht, Band 2, 5. Aufl. 2018, § 160 Rn. 13; iE auch *Richard*, Arbeitsrecht in der Kirche, 6. Aufl. 2012, § 2 Rn. 44; *Hammer*, Kirchliches Arbeitsrecht, 2002, S. 347.

sind. Selbst wenn entgegen der hier vertretenen Erwartung die nationalen Gerichte dies anders sehen sollten, wäre spätestens beim Gerichtshof der Europäischen Union mit einem Veto zu rechnen.

Die Tarifvertragsparteien, die den Weg des vor seiner Ergänzung stehenden Arbeitnehmer-Entsendegesetzes gehen wollen, sind nicht gehindert, Tarifverträge auf unbestimmte Zeit ohne Festlegung einer Mindestlaufzeit mit einer angemessenen Kündigungsmöglichkeit zu schließen. Derartige Tarifverträge sind jedenfalls im Bereich der Metall- und Elektroindustrie in Norddeutschland verbreitet. Sie wären deshalb als „normale“ Tarifverträge einer hoheitlichen Erstreckungsentscheidung nach § 7a AEntG ohne weiteres zugänglich.

**(2)** § 7a Abs. 1a AEntG ordnet die Pflicht der Tarifvertragsparteien an, die dafür benannten paritätisch besetzten Kommissionen des Dritten Weges auf Verlangen vor einem Tarifabschluss nach näher festgelegten Regeln anzuhören. Dafür wird durch das Bundesministerium zunächst die Aufnahme von Verhandlungen über einen Tarifvertrag, der später erstreckt werden soll, öffentlich bekannt gegeben. Diese Regelung ist vernünftig und auch vor dem Hintergrund des Art. 9 Abs. 3 GG nicht zu beanstanden.

Anhörungsrechte zu Gunsten von Personengruppen, die von dem betreffenden Tarifabschluss mittelbar oder unmittelbar betroffen sind, ohne Partei des Tarifvertrages zu sein, sind in der Gesetzgebung nicht neu. Sie sind in § 4a Abs. 5 TVG im Interesse von Minderheitsgewerkschaften und deren Mitglieder vorgesehen. Das Bundesverfassungsgericht hat hierin offenbar keine Beeinträchtigung der positiven Koalitionsfreiheit der unmittelbar am Tarifabschluss Beteiligten gesehen. Es hat diese Regelung nicht nur gebilligt. Es hat die im Wesentlichen „zahnlose“ Bestimmung sogar noch erheblich verschärft. Das Gericht hat angeordnet, dass eine Verletzung des Anhörungsrechts einem gleichwohl abgeschlossenen Mehrheitstarifvertrag von Verfassungs wegen seine Verdrängungswirkung nimmt.<sup>14</sup>

Eine vergleichbare Rechtsfolge sieht § 7a Abs. 1a S. 6 AEntG-E ausdrücklich nicht vor und muss dies auch nicht. Etwaige Mängel des Anhörungsverfahrens wirken sich nicht aus, wenn eine Kommission dem Erstreckungsantrag zugestimmt hat. Denn dann spielt der etwaige Mangel im Anhörungsverfahren für sie offenbar keine entscheidungserhebliche Rolle. Wurde dem Erstreckungsantrag nicht zugestimmt, kann es nicht zu einer Erstreckungsentscheidung kommen. Der im Verfahren unzureichend beteiligten Kommission kann kein Unrecht geschehen, weil ihr kein fremdes Tarifrecht aufgezwungen wird.

Im Übrigen ist dem Anhörungsverfahren auch eine wesentliche praktische Bedeutung zuzuerkennen. Die Wahrscheinlichkeit, dass die erforderliche qualifizierte Mehrheit der Akteure des Dritten Weges für eine Zustimmung zum Erstreckungsantrag der Tarifvertragsparteien zu Stande kommt, wird mit einer ordnungsgemäßen Anhörung deutlich größer.

**(3)** Mit dem Abschluss des Tarifvertrages ist das tarifautonome Handeln zur Herbeiführung branchenweit geltender Mindestarbeitsbedingungen in der Pflegebranche abgeschlossen. Mit dem gemeinsamen Antrag der am Tarifabschluss Beteiligten, durch Rechtsverordnung die Tarifgeltung zu erstrecken, wird die hierfür erforderliche hoheitliche Hilfe in Anspruch genommen.

**(4)** Zu der für einen erfolgreichen Antrag erforderlichen Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der paritätisch besetzten Kommissionen des Dritten Weges wird im Folgenden unter **b)** und **c)** gesondert Stellung genommen. Auch dieser Neuregelung gegenüber sind verfassungsrechtliche Bedenken nicht gerechtfertigt.

**(5)** Im Anschluss an einen formell ordnungsgemäßen Antrag und vor einer Entscheidung des Ministeriums über ihn haben dann noch alle von dieser Entscheidung potentiell Betroffenen Gelegenheit zu dem Erstreckungsantrag unter jedem rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkt Stellung zu nehmen. Die in § 7a Abs. 3 S. 2 AEntG und § 7a Abs. 3 S. 3 AEntG-E genannten Gegenstände einer Stellungnahme sind nur beispielhaft („insbesondere“) aufgeführt und begrenzen den Diskussionsstoff nicht.

#### **b) Die Zustimmung der Repräsentanten des Dritten Weges und Art. 9 Abs. 3 GG**

§ 7a Abs. 2 AEntG-E verlangt, dass eine qualifizierte Mehrheit der paritätisch besetzten Kommissionen des Dritten Weges einem Antrag der Tarifvertragsparteien zustimmen muss, den von diesen abgeschlossenen Tarifvertrag für Mindestarbeitsbedingungen in der Pflege durch Rechtsverordnung zu erstrecken, damit eine Rechtsverordnung ergehen kann. Dies stellt eine verfassungsrechtlich gebotene Mitwirkung der Träger der kirchlichen Autonomie (Art. 137 WRV, Art. 140 GG) bei der Erstreckung von Normen dar, die von Trägern der Tarifautonomie geschaffen wurden und ohne eine solchen konsentierten Erstreckungsantrag im kirchlichen Bereich nicht, jedenfalls nicht unangefochten gelten würden.

Es ist insbesondere nicht zu beanstanden, dass nicht die Zustimmung der Pflegekommission oder aller bedeutenden Akteure der Pflegebranche, sondern nur die der kirchlichen Arbeitsrechtsregelungs-Kommissionen vorgesehen ist. Die nichtkirchlichen Arbeitgeber der Pflegebranche innerhalb und außerhalb der Pflegekommission haben jederzeit die Möglichkeit, sich ohne Verlust ihrer – verfassungsrechtlich geschützten – Identität an der tarifautonomen Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in der Pflegebranche zu beteiligen, müssen dies aber nicht. „Soweit durch eine Geltungserstreckung durch Rechtsverordnung“ eines Pflege-Mindestlohn-Tarifvertrages „ein mittelbarer Druck entstehen sollte, um der größeren Einflussmöglichkeit willen Mitglied einer der tarifvertragsschließenden Parteien zu werden, ist dieser nicht so erheblich, dass die negative Koalitionsfreiheit verletzt würde. Diesbezüglich gelten für die Geltungserstreckung durch Rechtsverordnung die gleichen Erwägungen, mit denen das Bundesverfassungsgericht die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen nach § 5 TVG für mit Art. 9 Abs.

<sup>14</sup> BVerfG, 11.07.2017 – 1 BvR 1571/15 u.a., NZA 2017, 915; hier insbesondere Rn. 195 f., NZA 2017, 924.



3 GG vereinbar angesehen hat“ ... „. Allein die Wahl einer anderen Rechtsform für die Erstreckung eines Tarifvertrages auf Außenseiter ändert an Inhalt und Ergebnis der Erwägung zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, auf die insoweit verwiesen wird, nichts.“<sup>15</sup>

Die nichtkirchlichen Arbeitgeber in der Pflegebranche haben im Übrigen unabhängig davon, ob sie sich am Tarifvertragssystem beteiligen wollen oder nicht, die Möglichkeit, durch ihre Vereinigungen vor Erlass einer Erstreckungs-Rechtsverordnung hierzu im Einzelnen Stellung zu nehmen (§ 7a Abs. 3 AEntG) und bleiben entsprechend ihrer Bedeutung in der Branche als kollektive Regelungsgeber an den Entscheidungen der Pflegekommission beteiligt.

### c) Die Zustimmung zur Antragstellung und die Feststellung des öffentlichen Interesses

Insofern die Frage aufgeworfen wird, ob überhaupt und wenn ja in welchem Umfang eine von Seiten der paritätisch besetzten Kommissionen des Dritten Weges erfolgte Zustimmung zum Antrag auf Tarifierstreckung durch Rechtsverordnung bei der dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales unverändert obliegenden Beurteilung des nach dem Gesetz vorgeschriebenen öffentlichen Interesses für eine solche Erstreckungsentscheidung eine Rolle spielt, ist das grundsätzlich Erforderliche hierzu In der Empfehlung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrats<sup>16</sup> und in der amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs schon gesagt<sup>17</sup>.

Nach dem eindeutigen Wortlaut von Gesetz und Entwurf sind eine Vielzahl von Gesichtspunkten zu prüfen, bevor das Ministerium zu dem Ergebnis kommen kann, es bestehe für die Erstreckungsentscheidung das erforderliche öffentliche Interesse. Der Verordnungsgeber muss schon nach dem geltenden Gesetz prüfen, wie sich die geplante Regelung auf das Ziel der Erhaltung sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung [1] und die Wahrung der Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie [2] auswirkt, sowie ob hierdurch faire und funktionierende Wettbewerbsbedingungen gewährleistet werden können [3] (§ 7 Abs. 1 iVm. § 1 AEntG). Es muss bei dieser Prüfung nicht nur um die Wettbewerbsbedingungen der Einrichtungsträger zueinander, sondern auch darum gehen, inwieweit das Vereinbarte geeignet ist,

einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegen zu wirken [4], dessen Verhinderung um des Arbeitnehmerschutzes willen geboten ist (§ 7a Abs. 1 letzter Halbsatz AEntG). Nach dem Gesetzentwurf wird das Ministerium weiter zu berücksichtigen haben, wie sich die beantragte Erstreckung auf die Erreichung des Zieles, die Qualität der Pflegeleistung sicherzustellen, auswirken wird [5] sowie dass die Ziele des § 11 Absatz 2 AEntG iVm. § 11 Abs. 2 SGB IX<sup>18</sup> berücksichtigt sind [6-8] (§ 7a Abs. 1 Satz 3 AEntG-E).<sup>19</sup>

Schließlich, aber wohl nicht nachrangig, wird eine Rolle spielen müssen, inwieweit ausgeschlossen werden kann, dass es sich bei den am Abschluss des zu erstreckenden Tarifvertrages beteiligten Koalitionen um im Pflegebereich völlig unbedeutende Akteure handelt.<sup>20</sup> Dies setzt ein nicht näher bestimmtes und sinnvollerweise auch nicht näher zu bestimmendes<sup>21</sup> Mindestmaß an Repräsentativität der dort Beteiligten voraus. Dass dieser Gesichtspunkt nicht völlig aus den Augen verloren werden darf, ergibt sich auch aus § 7a Abs. 2 iVm. § 7 Abs. 2 und 3 AEntG: Wenn es für die Entscheidung darüber, welcher von mehreren in Betracht kommenden Tarifverträgen erstreckt werden soll, auf die Repräsentativität der beteiligten Koalitionen ankommen soll, macht dies nur dann einen Sinn, wenn die Repräsentativität der tarifschließenden Parteien auch für die Erstreckungsentscheidung als solche eine Rolle spielt.

Wichtiger erscheint allerdings eine materielle Überlegung, die der Gesetzgeber ersichtlich bereits ähnlichen Regelungen zu Grunde gelegt hat. Der Verordnungsgeber hat nach § 7 Abs. 1 AEntG grundsätzlich nur zwei Möglichkeiten. Er kann einen von Tarifvertragsparteien abgeschlossenen Tarifvertrag auf deren Antrag hin auf alle in dessen Geltungsbereich angesiedelten Arbeitsverhältnisse erstrecken, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten erscheint, um die im Gesetz genannten Ziele zu erreichen. Oder er kann eine solche Erstreckungsentscheidung ablehnen. Er hat nicht die Möglichkeit, die Branchenangemessenheit der materiellen Ergebnisse, die von den Parteien des zu erstreckenden Tarifvertrages gefunden worden sind, im Einzelnen zu überprüfen und nach eigener Einschätzung auf Tarifregelungen mit

<sup>15</sup> BVerfG, 18.07.2000 – 1 BvR 948/00, NZA 2000, 948; der Nichtannahmebeschluss nimmt Bezug auf die Beschlüsse des Gerichts vom 25.05.1977 (- 2 BvL 11/74, AP TVG § 5 Nr. 15) und 15.07.1980 (- 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79, AP TVG § 5 Nr. 17 m. Anm. Wiedemann).

<sup>16</sup> BR-Drucks. 349/1/19 v. 09.09.2019, S. 2 unter c) aa)

<sup>17</sup> BT-Drucks. 19/13395 S. 13 (unter B. Zu Artikel 1, Nr. 1, Buchst. a: „.. die unter § 7a Absatz 1a vorgesehene Zustimmung von Kommissionen aus dem Bereich repräsentativer Religionsgemeinschaften entbinden nicht von der Prüfung, ob der Erlass der Rechtsverordnung im öffentlichen Interesse geboten erscheint.“)

<sup>18</sup> § 11 Abs. 2 SGB IX lautet: „<sup>1</sup>Bei der Durchführung dieses Buches sind die Vielfalt der Träger von Pflegeeinrichtungen zu wahren sowie deren Selbstständigkeit, Selbstverständnis und Unabhängigkeit zu achten. <sup>2</sup>Dem Auftrag kirchlicher und sonstiger Träger der freien Wohlfahrtspflege, kranke, gebrechliche und pflegebedürftige Menschen zu pflegen, zu betreuen, zu trösten und sie im Sterben zu begleiten, ist Rechnung zu tragen. <sup>3</sup>Freige-meinnützige und private Träger haben Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern.“

<sup>19</sup> Angesichts all dessen kann kein Zweifel bestehen, dass die Anforderungen des Art. 80 GG für den Erlass einer Rechtsverordnung nach § 7a AEntG-E erfüllt sind.

<sup>20</sup> Diese vom Gesetzgeber des Tarifautonomiestärkungsgesetzes im Zusammenhang mit der Feststellung des öffentlichen Interesses an einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG angesprochene Voraussetzung (BT-Drucks. 18/1558, S. 49) hatte das BVerfG zuvor für einen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz zu erstreckenden Tarifvertrag angesprochen (BVerfG 18.07.2000 – 1 BvR 948/00, unter II. 2 der Gründe a.E.).

<sup>21</sup> Die schlechten Erfahrungen mit dem starren Quorum nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG a.F. sollten schrecken.

anderem Inhalt hinzuwirken.<sup>22</sup> Dass er dafür nicht die erforderliche, bei Tarifvertragsparteien in ihrem Zuständigkeitsbereich regelmäßig zu unterstellende sachliche Kompetenz besitzt, unterstellt der Gesetzgeber, indem er die angesprochenen Befugnisse nicht einräumt. In Situationen, die denen des § 7a AEntG-E ähnlich sind, hat der Gesetzgeber, damit seine hoheitliche Sachentscheidung, das anderweit Geregelte zu erstrecken, im Grundsatz auch die in dem autonom bestimmten Regelungsbereich bestehende Angemessenheitsvermutung für sich hat, eine gewisse Repräsentativität oder auch nur Akzeptanz des tariflich Festgelegten in seinem Geltungsbereich verlangt. Zumindest letzteres fordert § 5 Abs. 1 S. 2 TVG für die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages. Ersteres, eine gewisse Repräsentativität derer, die an der der Erstreckungsentscheidung vorangehenden, dem tarifautonomen Regelungsbereich an sich zugewiesenen fachlichen Vorentscheidung beteiligt sind, sichert das geschriebene Gesetz in § 5 MiLoG durch die dort vorgesehene Besetzung der Mindestlohnkommission sowie im Arbeitnehmer-Entsendegesetz selbst durch die Festlegung des Kreises der Teilnehmer der Pflegekommission. Es ist auszuschließen, dass der Gesetzgeber des AEntG-E hiervon grundlegend abweichen will.

Es ist nach alledem von vornherein ausgeschlossen, dass allein oder im Wesentlichen mit der Begründung, die arbeitsrechtlichen Kommissionen der kirchlichen Träger hätten mit qualifizierter Mehrheit einem Erstreckungsantrag zugestimmt, bereits das öffentliche Interesse an der Erstreckung durch Rechtsverordnung bejaht werden könnte. Der Gesetzentwurf selbst bringt dies in § 7a Abs. 1 AEntG-E zum Ausdruck, wenn es dort heißt, „Im Falle einer Rechtsverordnung nach Satz 2 [*also einer, die die Pflegebranche betrifft*] sind a u c h die in Abs. 1a genannten Voraussetzungen zu erfüllen ...“. Es ist also nebeneinander unter unterschiedlichem Prüfansatz zu untersuchen, ob nach den genannten Maßstäben ein öffentliches Interesse an der Erstreckungsentscheidung besteht und ob der Antrag auf eine Tarifvertragserstreckung die dazu formell erforderliche Zustimmung von Seiten der Akteure des Dritten Weges hat.

Andererseits sind die einzelnen Kriterien, anhand derer der unbestimmte Rechtsbegriff des öffentlichen Interesses mit einem subsumtionsfähigen Inhalt ausgefüllt wird, nicht abschließend aufgezählt. Dies wird auch in der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den Anforderungen an eine Allgemeinverbindlicherklärung nach 5 TVG<sup>23</sup> so angesprochen. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen und wird auch vom Gesetzentwurf zu Recht nicht ausgeschlossen, dass die Zustimmung der arbeitsrechtlichen Kommissionen zur Antragstellung in einem im

Konfliktfall von der Rechtsprechung im Einzelnen auszulotenden, aber sicherlich nicht entscheidenden Umfang neben den genannten anderen Gesichtspunkten eine – nachgeordnete – Rolle spielen kann.

Mithin ist es insgesamt sehr zu begrüßen, dass der Gesetzentwurf selbst zu der behandelten Frage im Wesentlichen schweigt, sieht man von dem bereits behandelten „Auch“ in § 7a Abs. 1 AEntG-E ab. Wenn man ein Gesetz anstrebt, mit dem begehrt Wege zu einer besseren Vergütung in der Pflege sollen beschritten werden können, macht es keinen Sinn, von vornherein Schranken in diesen Weg einzubauen, für die es keinen erkennbaren sachlichen Grund gibt.

Es ist auch gut, wenn es nicht zu einer in der Sache überflüssigen ausdrücklichen Aussage des Gesetzes zur fehlenden oder stark eingeschränkten Bedeutung der Zustimmung der Akteure des Dritten Weges zu Stellung des Erstreckungsantrags für die Feststellung des öffentlichen Interesses an der Erstreckung kommen wird. Damit würden widersprüchliche Eindrücke geweckt und das Missverständnis gefördert, die Kirchen stünden in einer prinzipiellen Gegnerschaft zum Tarifvertragssystem.

Man würde den paritätisch besetzten Entscheidungsträgern in den Kirchen ausdrücklich absprechen, dass ihre Zustimmung zur Erstreckung auch einen inhaltlichen Hinweis darauf geben kann, dass es der betreffenden tarifvertraglichen Regelung mit branchenweiter Wirkung bedarf. Das steht im Widerspruch zu der auch zahlenmäßig bedeutenden Rolle der kirchlichen Träger in der Pflege und der ihr vom Gesetzgeber in der ja fortbestehenden Pflegekommission zuerkannten institutionalisierten Bedeutung.

Zugleich wäre das Missverständnis einer Gegnerstellung der Kirchen zum Tarifvertragssystem gefördert worden. Die Kirchen und ihre Repräsentanten sind indes lediglich mehrheitlich der Auffassung, dass ihre Einrichtungen dann, wenn sie den Auftrag Christi in der Welt in dienstgemeinschaftlicher, solidarischer Verbundenheit aller zu verwirklichen versuchen, wie dies im Bereich der Pflege geschieht, hierin und nur hierin durch das Tarifvertragssystem beeinträchtigt werden. Denn dieses System beinhaltet jedenfalls auf Zeit eine kämpferische Interessenwahrnehmung gegeneinander und die Auflösung der rollenübergreifenden Solidarität bei der Verfolgung der gestellten Aufgabe. Wo diese verfassungsrechtlich geschützte Aufgabe ideeller Natur ist und gesamt-solidarisches Handeln bei ihrer Verfolgung Wesensmerkmal ist, passen die herkömmlichen Mittel der Tarifautonomie jedenfalls nicht uneingeschränkt.<sup>24</sup> Dort, wo Interessengegensätze bestehen

<sup>22</sup> Nimmt man hinzu, dass der staatliche Verordnungsgeber weder den Zeitpunkt, zu dem ein zu erstreckender Tarifvertrag abgeschlossen wird, noch einen zeitlichen Rhythmus für die nach Maßgabe des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes zu erstreckenden Tarifverträge vorgeben kann, und auch in seiner Erstreckungsentscheidung davon abhängig ist, dass die Tarifvertragsparteien überhaupt einen entsprechenden Antrag auf Erstreckung gestellt haben, wird wohl deutlich, dass auch ein durch Rechtsverordnung erstreckter Tarifvertrag immer noch ein Produkt der praktizierter Tarifautonomie und nicht aus eigener Regelungszuständigkeit erwachsenes staatliches Recht ist (Gegen *Riechert/Stomps*, RdA 2012, 707, 710).

<sup>23</sup> BAG 21.03.2018 – 10 ABR 62/16, Rn. 122, NZA 2018 Beilage 1 S. 8, 22 f.

<sup>24</sup> Dieser Gedanke ist keine kirchliche Besonderheit. In einem 1998 letztinstanzlich vom Bundesarbeitsgericht zu entscheidenden Rechtsstreit trug ein anderer Autonomieträger mit ideeller Zielsetzung, eine dem Deutschen Gewerkschaftsbund

und deren kontroverse Austragung nicht im inhaltlichen Gegensatz zur gestellten, verfassungsrechtlich geschützten Aufgabenwahrnehmung stehen, sind diese auch auf den bewährten und rechtlich geordneten Wegen des Tarifvertragssystems auszutragen. Dies folgt unmittelbar und zwingend aus Art. 9 Abs. 3 GG, und wird – selbstverständlich – auch von den Kirchen anerkannt. Dies belegen im Bereich der katholischen Kirche die Grundaussagen der katholischen Soziallehre<sup>25</sup>. Aus dem Bereich der Evangelischen Kirche sei nur auf deren eindeutige Stellungnahmen in der Denkschrift des Rates der Evangelischen Kirche in Deutschland aus April 2015 hingewiesen.<sup>26</sup> Beide großen Kirchen haben sich dementsprechend auch schon mehrfach bei derartigen Tarifauseinandersetzungen konstruktiv positioniert.

#### **d) Das Erfordernis der – merkbaren – Repräsentativität der Tarifvertragsparteien**

Es ist nicht zu verkennen, dass die Nutzung des hier neu eröffneten gesetzlichen Weges aufgrund des für eine Erstreckung nach § 7a AEntG wohl erforderlichen Mindestmaßes an Repräsentativität der Tarifschließenden schwierig werden könnte. Dies ist aber kein vom Gesetz verursachtes Problem. Derzeit wollen sich offenbar große und wichtige Akteure der Branche, wie das Deutsche Rote Kreuz, die Arbeitgeberverbände des Paritätischen Wohlfahrtsverbandes<sup>27</sup> und nicht gemeinnützige Unternehmen und deren Verbände, nicht an einem der im Bereich der Pflege bestehenden oder auch noch zu gründenden allgemeinen Arbeitgeberverbände mit dem Ziel der Herbeiführung von allgemeiner Tarifbindung beteiligen. Dies ist allein deren Entscheidung und nicht dem Weg geschuldet, den der Gesetzentwurf vorzeichnet. Es ist nicht auszuschließen, dass nach Inkrafttreten des Gesetzes bei dem Einen oder Anderen vor dem Hintergrund der Probleme in der Pflege und der denkbaren, wenn auch verfassungsrechtlich nicht unproblematischen Alternative, einer allein hoheitlichen Regelung von Mindestarbeitsbedingungen, ein Umdenken einsetzen wird.

Ein Hinweis auf die Entwicklung im Betriebsrentenrecht liegt nahe: Am 1. Januar 2018 ist das Betriebsrentenstärkungsgesetz in Kraft getreten. Mit ihm sollte u.a. die bisher ganz unzureichend verbreitete betriebliche Altersversorgung um eine neue, wegen der größeren Flexibilität bei der Geldanlage aussichtsreiche, aber auch riskante Versorgungsform ergänzt werden, die reine Beitragszusage (§ 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG).<sup>28</sup> Deren tatsächliche Einführung hängt nach dem Gesetz davon ab, dass Tarifvertragsparteien für sie eine kollektivrechtliche Grundlage schaffen und sich an deren Durchführung und Steuerung beteiligen (§ 21 Abs. 1 BetrAVG). Dieses sog. Sozialpartnermodell ist bis heute nicht ein einziges Mal in einen Tarifvertrag umgesetzt worden.<sup>29</sup> Deshalb spricht sich nun eine von der Bundesregierung eingesetzte Kommission „Verlässlicher Generationenvertrag“ dafür aus, zur für dringend notwendigen gehaltenen Stärkung der Altersversorgung ein gesetzliches Obligatorium<sup>30</sup> evtl. mit Abwahlmöglichkeit („opting out“) zu installieren, wobei die Einzelheiten noch ungeklärt sind, weil zunächst zur verfassungsrechtlichen Machbarkeit ein Gutachten eingeholt werden soll.<sup>31</sup>

## **II. Zu §§ 10 ff. AEntG-E und den geplanten Änderungen des Rechts der Pflegekommission**

Abschließend sollen wegen der fehlenden eigenen Erfahrungen mit dem besonderen Regelungsgremium Pflegekommission nur einige wenige Sätze zu einigen der geplanten Neuregelungen in den §§ 10 ff. AEntG zur Pflegekommission folgen.

### **1. Installation der Pflegekommission auf fünf Jahre (§ 12 Abs. 2 AEntG-E)**

Es ist sehr zu begrüßen, dass die Pflegekommission in Zukunft auf die Dauer von fünf Jahren fest eingerichtet werden soll. Die bisherige Konstruktion mit ad hoc, für eine konkrete Regelung durch Rechtsverordnung, installierten Pflegekommissionen war allzu

angehörige Einzelgewerkschaft, zur Begründung dafür, dass es keine Gewerkschaft von Gewerkschaftsbeschäftigten geben dürfe, vor: Sie „habe als Gewerkschaft die Interessen ihrer rund 380.000 Mitglieder durchzusetzen. Für diese von der Verfassung gewährleistete Tätigkeit als Kampfverband der Arbeitnehmer sei ein hohes Maß an innerer Geschlossenheit unabdingbar. Gewerkschaftsinterne Tarifauseinandersetzungen und Arbeitskämpfe stünden hierzu in unauflösbarem Widerspruch.“ (BAG, 17.02.1998 – 1 AZR 364/97, BAGE 88,38 = NZA 1998, 754). Die am Streit beteiligte Gewerkschaft setzte sich mit diesem Rechtsstandpunkt zwar nicht in vollem Umfang durch. Es wurde aufgrund des Vorbringens aber immerhin anerkannt, dass die besonderen arbeitsvertraglichen und mitgliedschaftsrechtlichen Loyalitätspflichten der Gewerkschaftsbeschäftigten zu Einschränkungen bei der Ausübung des Streikrechts führten. Diese Aussage des Bundesarbeitsgerichts wurde nie evaluiert. Es gibt bis heute keine Tarifverträge für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Deutschen Gewerkschaftsbundes oder einer seiner Mitgliedsorganisationen, geschweige denn solche, die durch Streik erkämpft wurden.

<sup>25</sup> Hierzu nur, im Anschluss an zahlreiche Aussagen päpstlicher Enzykliken und Lehrbriefe, „Laborem exercens“ Enzyklika Johannes Paul II v. 14. September 1981 unter IV. (Die Rechte der arbeitenden Menschen) Nr. 20 (Die Bedeutung der Gewerkschaften).

<sup>26</sup> „Solidarität und Selbstbestimmung im Wandel der Arbeitswelt“, besonders unter 3.5.2 (<https://www.ekd.de/3-5-Der-deutsche-Arbeitsmarkt-zwischen-Konflikt-und-Konsens-733.htm>; eingesehen am 15.10.2019)

<sup>27</sup> Der Dachverband der Paritätischen Wohlfahrtsverbände verweist auf seiner aktuellen Homepage (Einsichtnahme am 30.09.2019) zwar auf das eine oder andere aktuelle Gesetzesvorhaben, nicht aber auf das zum Pflegegehaltverbesserungsgesetz.

<sup>28</sup> Übersicht des hier Geregelterten bei *Bepler juris-ArbR 27/2017* Anm. 1

<sup>29</sup> Beim 24. Ordentlichen Gewerkschaftstag der IG Metall vom 6. bis 12. Oktober hat sich auch nur der Antrag einer Geschäftsstelle für ein Beschreiten dieses vom Gesetzgeber vorgezeichneten Weges ausgesprochen, während es in den anderen Anträgen zu diesem Thema durchgängig, teils harsche, Kritik gab. Bei der abschließenden Beschlussfassung ist eine eindeutige Stellungnahme für oder gegen das Sozialpartnermodell unterblieben.

<sup>30</sup> Der Begriff stammt aus der Kommissionsarbeit und meint wohl eine gesetzliche Verpflichtung, eine betriebliche Zusatzversorgung zu installieren.

<sup>31</sup> Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 08.10.2019, S. 23; vgl. auch *Hanau/Arteaga*, Der Betrieb 2019, 2183.

sehr an das Modell der Tarifverhandlungen angelehnt. Die geplante Neuregelung wird dem Umstand, dass einer Kommission mit Beschäftigten- und Arbeitgebervertretern die Aufgabe zugewiesen wurde, gemeinsam Regelungsvorschläge zu unterbreiten, eher gerecht. Die geplante Änderung ermöglicht wegen der unveränderten Zusammensetzung ein kontinuierliches und effektives Arbeiten der Kommission. Angesichts der vielen und höchst unterschiedlichen Probleme in der Pflegebranche erscheint es perspektivisch auch wünschenswert, wenn die Pflegekommission sich als auf Dauer angelegte Einrichtung für den Gesetzgeber zu einer Beratungsinstanz in Angelegenheiten der Altenpflege entwickelte. Dass derartige Kommissionen dafür in Ausweitung ihrer originären Aufgabenstellung an sich geeignet sein können, hat der Gesetzgeber schon einmal in § 9 Abs. 4 MiLoG zugrunde gelegt.

### **2. Das Gleichziehen von Anwesenheits- und Zustimmungserfordernis (§ 12a Abs. 3 AEntG-E)**

Diese geplante Neuregelung wird eine Widersprüchlichkeit der ursprünglichen Regelungen zur Arbeit der Pflegekommission beseitigen und ist deshalb sehr zu begrüßen. Es macht keinen Sinn, eine vollständige Anwesenheit der Mitglieder der Pflegekommission für deren Beschlussfähigkeit zu verlangen (§ 12 Abs. 5 S. 1 AEntG) und dann für die Beschlussfassung – im einzelnen durch besonderen Kautelen kompliziert, deren es aber wohl um einer ausgewogenen Teilhabe der verschiedenen Träger der Altenpflege bedarf – nur eine Mehrheit von drei Vierteln der Mitglieder zu verlangen (§ 12 Abs. 5 S. 2 AEntG). Damit wird jedem einzelnen Mitglied der Pflegekommission in S. 1 eine ausschlaggebende Bedeutung durch Präsenz oder Verweigerung der Präsenz bei den Kommissionsverhandlungen zugebilligt, die notwendig auch auf das (Nicht-)Ergebnis durchschlägt, die es nach S. 2 eigentlich gar nicht haben soll. § 12a Abs. 3 AEntG-E wird dem ein Ende setzen.

### **3. Konkurrenzregelung für Rechtsverordnungen nach § 7a und § 11 AEntG-E (§ 13 AEntG-E)**

Dass schließlich in einem etwaigen Überschneidungsbereich von durch Rechtsverordnung erstreckten Tarifregelungen und auf Vorschlag der Pflegekommission hoheitlich Geregelter die erstgenannten Festlegungen nach § 13 AEntG-E Vorrang genießen sollen, ist angemessen. Es trägt dem Umstand Rechnung, dass die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen vorrangig den Tarifvertragsparteien zugewiesen ist und der Gesetzgeber mit Unterstützung der Vertreter des Dritten Weges eine Möglichkeit gefunden hat, dieser Aufgabenstellung ohne Verletzung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts Rechnung zu tragen.

## **IV. Zusammenfassung der wesentlichen Aussagen**

1. Der Personalnotstand in der Pflege macht engagierte Bemühungen erforderlich, die Pflegeberufe attraktiver zu machen. Eine deutliche Anhebung des Entgeltniveaus in der Pflege ist hierfür ein erster wichtiger Schritt.

2. Dies zu erreichen, ist in der geltenden Arbeits- und Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik Deutschland vorrangig Sache der (Kollektiv-)Vertragsparteien. Der Gesetzgeber hat aber die Möglichkeit und das Recht, auf eine Zielerreichung dort dadurch einzuwirken, dass er geeignete Mittel und Wege zur Verfügung stellt und/oder sie ergänzt und verstärkt, auf denen die originär Verantwortlichen das gesetzte Ziel besser erreichen können. Der Sozialstaat ist auch befugt, die Wirkungen des autonom Gestalteten zu fördern sowie sachgerecht und im öffentlichen Interesse auf alle in der Pflegebranche Tätigen zu erstrecken. Er hat dabei allerdings etwa betroffene verfassungsrechtlich geschützte Positionen zu berücksichtigen.

3. Dem wird der Entwurf des Pflegegehälterverbesserungsgesetzes gerecht. Er stellt einen zweiten tarifvertragsbasierten Weg zur Festlegung allgemein geltender Mindestarbeitsbedingungen in der Pflege zur Verfügung und stärkt den bereits vorhandenen Weg über die Pflegekommission. Dabei gelingt es sehr überzeugend, die in der Pflege höchst komplizierte Gemengelage aus Tarif-, Kirchen- und Privatautonomie zu bewältigen. Für einen auf dieser Grundlage zu erreichenden Erfolg sind die Autonomieträger selbst verantwortlich. Ihr Scheitern würde für sie die Gefahr eines weitergehenden hoheitlichen Eingriffs auslösen.

4. Die geplante Regelung des § 7a ist technisch gelungen und verfassungsrechtlich unbedenklich. Dass der Antrag der Tarifvertragsparteien der Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Arbeitsrechtlichen Kommissionen des Dritten Weges voraussetzt, damit der betreffende Mindestentgelt-Tarifvertrag auch in deren Regelungsbereich erstreckt werden kann, ist verfassungsrechtlich geboten. Einer vergleichbaren Einflussmöglichkeit für die nichtkirchlichen freien Träger bedarf es nicht, weil sie sich ohne Identitätsverlust am Tarifvertragssystem beteiligen können.

5. Der tarifvertragsbasierte Weg des § 7a wird allerdings nur dann die erhoffte Gestaltungswirkung haben können, wenn der zur Erstreckung vorgesehene Tarifvertrag von in der Pflegebranche nicht völlig unbedeutenden Koalitionen abgeschlossen wurde und die allgemeinen, für einen Tarifvertrag typischen Merkmale erfüllt.

6. Von den geplanten Neuregelungen für eine noch effektivere Arbeit der Pflegekommission versprechen insbesondere deren Installierung auf (fünfjährige) Dauer und die Bestimmung Erfolg, durch die die für eine Beschlussfassung erforderlichen Teilnahme- und Zustimmungsqouren gleichgezogen werden sollen.

## DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
19. Wahlperiode

## Ausschussdrucksache 19(11)446

17. Oktober 2019

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 21. Oktober 2019  
um 13:30 Uhr zum

## a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhneverbesserungsgesetz)  
- BT-Drucksache 19/13395

b) Antrag der Abgeordneten Pia Zimmermann, Susanne Ferschl, Matthias W. Birkwald,  
weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Pflegelöhne auf Tarifniveau sofort finanzieren - BT-Drucksache 19/14023

**Prof. Dr. Jens M. Schubert, Berlin****1.**

Lösungen zu einer Verbesserung der Pflege in Deutschland zu finden, ist alles andere als trivial. Die Vielfalt der Beteiligten und Interessen

- der zu pflegenden Menschen,
- des Pflegepersonals inklusive ihrer Interessenvertretungen,
- der Träger von Pflegeeinrichtungen (mit einer Bandbreite von Wohlfahrt/Kirche über öffentliche Träger bis hin zu gewinnorientierten Trägern),
- der Angehörigen,
- des Staates (insbesondere Gemeinden) sowie
- der Beitrags- und Steuerzahler,

herausfordernde demographische Entwicklungen und bislang zugelassene Fehlentwicklungen, vor allem auf der Lohnseite, zeigen auf, wie breit Lösungsansätze zu sein haben, um die Pflege nachhaltig auf stabile Füße zu stellen. Dass die gegenwärtige Situation unzureichend ist, ja sogar den Standort Deutschland nachteilig beeinflusst (gute Pflege sichert Arbeitsleistung in anderen Branchen ab), ist bekannt und wurde nicht zuletzt ausführlich und kontrovers in der *Konzertierten Aktion Pflege (KAP)* diskutiert. Nun geht es um Lösungen.

**2.**

Der vorgelegte Entwurf ist dabei ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung. Das Gesetz würde neben den schon verabschiedeten Pflegestärkungsge-

setzen und benötigten verbindlichen Vorgaben zu einer bedarfsgerechten Personalausstattung das Fundament für eine bessere Struktur und Personalentwicklung in der Pflege bilden. Durch ein System von durch Rechtsverordnung erstreckbarem Tarifvertrag nach AEntG und (nachrangig) struktureller Verstärkung der Arbeit der Mindestlohnkommission werden notwendige Anreize gesetzt, Hindernisse für bessere Löhne abzubauen und zwingend erforderliche nachfolgende Schritte (auskömmliche Finanzierung der Pflege, Festschreibung, ggf. Absenkung der Eigenanteile, angemessene Investitionskostenverteilung) einzuleiten. Ein umgekehrtes Vorgehen, zunächst unregelt mehr staatliches Geld ins System zu verbringen, würde nur die Wege stärken, die auch bislang keine Veranlassung gesehen haben, den anspruchsvollen Pflegeberuf attraktiver zu machen und die strukturell Fehlanreize gesetzt haben, Gruppen gegeneinander ausspielen.

**3.**

Die Pflegemindestlohnkommission war in der Vergangenheit kein Garant dafür, Missstände nachhaltig zu beenden. Unsicherheiten in der Besetzung und die Konzeption eines Kommissionsmodells haben dabei ihren Anteil. Ihre gleichwohl bestehende ergänzende Bedeutung wird durch den Entwurf deutlich. Man darf sich aber nichts vormachen: Nur auf tariflicher Basis können wesentliche Arbeitsbedingungen auch in Stufen breit und sachgerecht geregelt werden, und zwar über den kleinsten gemeinsamen Nenner, der in einer Kommission erreicht wird, hinaus. Deswegen ist der gewählte Vorrang der „Tariflösung“ zu begrüßen, die sich nach AEntG auf einen bundesweiten, die Branche insgesamt erfassenden,

Tarifvertrag bezieht. Tariflösung und Kommissionslösung nebeneinander zu stellen (mit „Erstzugang“ Tarifvertrag), ist ein innovativer und lösungsorientierter Ansatz.

#### 4.

Jüngste Entwicklungen im Lohngefüge, auf die von kommerziellen Anbietern hingewiesen wird, sind Beleg für und kein Gegensatz zur Notwendigkeit des Gesetzesvorhabens. Ohne die laufenden Diskussionen, vorangetrieben durch das in seiner Besetzung beachtliche *Bündnis für fairen Wettbewerb in der Pflege* und die Ankündigung, ein Gesetzesvorhaben auf den Weg zu bringen, wäre nicht der Druck aufgebaut worden, der jetzt bestimmte Marktteilnehmer zum „freiwilligen“ Handeln veranlasst. Dieses Manöver ist aber nicht nur offensichtlich, sondern auch rechtlich unzureichend, und zwar aus den folgenden Gründen:

- Ohne Absicherung durch das AEntG sind die aktuell vorgenommenen (überdies nicht flächendeckenden) Erhöhungen wieder absenkbar. Dies kann sogar über Betriebsvereinbarungen erfolgen, wenn die Regelungen im Arbeitsvertrag kollektiv angelegt waren. Die RVO nach AEntG erfasst – durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt – dagegen alle Akteure, auch die, die bislang gar nicht auf Veränderungen in der Branche reagiert haben. Lücken oder Schlupflöcher oder ein Gegeneinander-Ausspielen von Betroffenengruppen kann es so nicht geben;
- ohne Absicherung durch das AEntG (mit der Installierung von Eingriffsnormen) sind Untertunne- lungen durch ausländische Anbieter und durch Haustarifverträge (wo es Flächentarifverträge gibt) möglich. Das kann nur der Weg über das AEntG verhindern;
- die erstreckten Löhne über das AEntG wirken ro- buster in den Verhandlungen zwischen Trägern und der KV. Die Regeln des AEntG stellen zudem sicher, dass auch höhere tarifliche Löhne erstat- tungsfähig sind (über § 8 Abs. 1 AEntG z.B. iVm § 84 Abs. 2 S. 3 SGB XI);
- bei einem echten Verbesserungswillen wäre es für die Kritiker dieses Entwurfs naheliegend gewe- sen, schlicht Tarifverträge abzuschließen. Die in bestimmten Bereichen feststellbare (und von be- stimmten Anbietern gewollte) Tariflosigkeit wäre so eingedämmt. Da dies aber nicht zu erwarten ist, bleibt nur der Weg über das AEntG.

#### 5.

Um die Missstände in der Pflege anzugehen, hat der Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum, der durch die §§ 1 und 11 Abs. 2 AEntG eingehegt ist. Eine Überschreitung dieser Grenzen ist nicht ersicht- lich. Prognosen darf er verfassungsrechtlich stellen. Soweit Kritiker entgegenstehende Entwicklungen vorhersagen, sind diese ebenso Prognosen, die sich allerdings von den Vorgaben der §§ 1, 11 Abs. 2 AEntG nicht gebunden fühlen müssen. Dass der Ge- setzgeber zusätzlich die Tarifautonomie stärken will, steht dem benannten Spielraum nicht entgegen: Im Gegenteil wird der Auftrag des Sozialstaatsprinzips,

den der Gesetzgeber hier wahrnimmt, durch Art. 9 Abs. 3 GG flankiert. Im Übrigen dient die gesetzliche Regelung auch der Klarstellung des Verhältnisses von § 7a AEntG zu §§ 10 ff. AEntG. Nach Ansicht des Verfassers wäre eine solche zwar nicht erforder- lich gewesen, sie ist aber unschädlich.

#### 6.

Die Umsetzung hat, wie stets, unter Beachtung an- derer verfassungsrechtlicher Güter zu erfolgen. Der Ge- setzgeber hatte hier zudem zwei besondere Pole zu beachten:

- Dass die Kirchen durch die Rechtsverordnung von einer tariflichen Regelung erfasst und nach dieser gebunden werden, wie weltliche Arbeitge- ber auch, ist möglich, weil die Vorgaben der Art. 140 GG, 137 Abs. 3 WRV, gleichgültig wie eng oder weit man diese interpretiert, jedenfalls im Verfahren des § 7a Abs. 1a AEntG-E ausrei- chend Berücksichtigung gefunden haben.
- Dass umgekehrt die Tarifautonomie zu stark be- einträchtigt wäre, kann allein deshalb nicht be- hauptet werden, weil diese durch das Gesamtvor- haben mit seiner Tarifvertragsanknüpfung gera- dezü gestärkt wird. Hinzu kommt, dass der Tarif- vertrag als solcher in der Konzeption des Entwur- fes unberührt bleibt. Auf Abschluss und Inhalt des Tarifvertrages haben Dritte (auch die Kirchen) keinen bestimmenden Einfluss. Der Tarifvertrag wirkt zwischen den Tarifvertragsparteien, wie sonst auch. Beeinflusst wird aber in der Tat die Erstreckungsmöglichkeit. Das ist aber etwas An- deres. Hier folgt der Entwurf den Vorgaben des § 11 Abs. 2 AEntG, der nicht nur das Verfassungs- rechtliche, sondern auch die tatsächliche Rolle der Kirchen in den Blick zu nehmen hat. Dies hatte der Gesetzgeber ohnehin schon im Umfeld der Pflegemindestlohnkommission gemacht und konnte dies hier wiederholen. Im Übrigen wird durch diese Vorgaben eine Erstreckung nicht schlechthin unmöglich gemacht (keine Totalver- drängung). Der Weg über § 5 TVG (sogar regional gestaltbar) bleibt bestehen, ohne vergleichbare Be- teiligung der Kirchen.

Der Tarifvertragsweg wäre in der Tat noch besser un- terstützt, wenn die Kirchen durchweg den Zweiten Weg beschritten. Das zeichnet sich aber bislang nicht ab, was jedenfalls zur Kenntnis zu nehmen ist. Mit dem hier vorliegenden Modell wird entsprechend noch vertretbar das notwendige Zusammenspiel von Kirche und Tarifvertrag geregelt. Es stimmt, ohne die Kirchen können Tarifvertragsparteien keinen Erstre- ckungsantrag stellen. Die Kombination von Tarifver- trag und Kirche wird aber aktuell eher zu einer Errei- chung der Ziele führen als dies andere Wege bislang vermochten oder wollten. Diese Ziele dürfen bei al- len theoretischen Überlegungen (vom Gesetzgeber) nicht aus den Augen verloren werden: Wie können die Bedingungen in der Pflege nachhaltig und flä- chendeckend verbessert werden? Wie können alle an der Pflege beteiligten Beschäftigten von fairen Re- geln profitieren? Und wie können mehr Fachkräfte (jeglichen Geschlechts) gewonnen werden? Sobald der Tarifvertrag dies wieder uneingeschränkt alleine kann, was zu wünschen ist, bedarf es keiner Rechts- verordnung mehr.

Zu bedenken ist ferner:

- Das Recht auf Erstreckung oder zumindest die Befassung des Staates mit einem Antrag ist kein ausschließlicher Gegenstand des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG. Dies wäre ein Missverständnis. Ein Anspruch auf Allgemeinverbindlichkeit i.w.S. besteht in der Regel nicht. Dort, wo der Staat ausnahmsweise zur Erstreckung - jedenfalls zu deren Prüfung - gehalten ist, geschieht dies im Wesentlichen aus anderen, sozialstaatlichen Zwecken.
- Dritte und Antragstellung: Wenn eine kirchliche Kommission die Zustimmung zur Antragstellung verweigert, können Rechte von Dritten nicht verletzt sein. Es ist schlicht nicht ihr Antrag. Sie haben keinen Anspruch auf Prüfung oder gar Erstreckung, da die Antragstellung den vertragsschließenden Tarifparteien obliegt. Den Dritten ist der Abschluss eines eigenen Tarifvertrages möglich mit eigenem Verfahrensgang zur Erstreckung. Stimmt die kirchliche Kommission dagegen zu, liegt exakt die Situation vor, die es auch ohne die Neufassung gibt. Der Staat prüft (auch) im Verfahren nach dem bisherigen § 7a AEntG die Zulässigkeit einer Erstreckung. Das muss er also sowieso, auch ohne das Zustimmungserfordernis der Kirchen tun. Es kann daher keine belastende Wirkung für Dritte haben. Nicht jeder andere Marktteilnehmer kann zudem verfassungsrechtliche Sonderrechte wie die Kirchen vorweisen. Selbst wenn man diese eingeschränkt versteht, verbietet es Art. 3 GG, Ungleiches gleich zu behandeln.
- Bei alledem kann sich der Staat, ohne sogleich Prinzipien des Art. 20 GG zu verletzen, selbst zügelnd und Verfahrensvoraussetzungen auf andere verlagern. Dabei ist § 7a AEntG kein Solitär. Auch nach § 5 TVG oder § 10 AEntG wird der Staat ohne Tarifausschuss/ohne Kommissionsempfehlung nicht tätig. Im Grunde werden hier der Subsidiaritätsgedanke ausgefüllt und zwei Bereiche kombiniert: Tarifautonomie und kirchliche Besonderheiten, umgesetzt aber nur, wenn ein öffentliches Interesse (hier unter Berücksichtigung der §§ 1, 11 Abs. 2 AEntG) vorliegt. Mit dem Mindestlohngesetz hat dies alles nichts zu tun. Dieses beruht auf anderen verfassungsrechtlichen Grundlagen (Artikel 1, 2, und 12 GG) und hat eine viel

grundsätzlichere Ausrichtung. In einer abgrenzbaren Branche wie der Pflege können dagegen andere Aspekte und rechtstatsächliche Erwägungen hinzukommen. Die Pflegebranche, das zeigt sich nicht zuletzt am nicht funktionierenden Markt, weist Besonderheiten auf. Deswegen führt auch ein Vergleich zu § 3a AÜG (der Leiharbeitsbranche) nicht weiter. Bleibt die Frage, wann die kirchlichen Besonderheiten aus dem Grundgesetz Berücksichtigung finden dürfen/sollen: Beim Antrag oder erst bei der Prüfung des öffentlichen Interesses. Letztlich kann dies dahinstehen. Unbestritten ist nämlich, dass die kirchliche Zustimmung zum Antrag beim Ermessen zum öffentlichen Interesse ohnehin stark berücksichtigt werden muss. Der hier gewählte Antragszeitpunkt ermöglicht es allerdings im Unterschied zu einem späteren Zeitpunkt, den Kirchen Verantwortung in der Sache zuzuweisen (§ 7a Abs. 1 S. 2 u. 3 AEntG-E).

7.

Zur Pflegemindestlohnkommission sei lediglich das wiederholt, was der DGB in seiner Stellungnahme bereits ausgeführt hat, dass bei der Feststellung der Repräsentativität einer Gewerkschaft neben den Gewerkschaftsmitgliedern in der Pflege auch solche Fälle mitgezählt werden, in denen der Tarifvertrag dieser Gewerkschaft in der Pflege in Bezug genommen wird oder wesentlich als Orientierung für die konkreten Arbeitsbedingungen wirkt (vergleichbar § 7 Abs. 2 AEntG). Hinzu kommt die Zahl der Mitglieder der Gewerkschaft insgesamt (soziale Mächtigkeit), um tatsächliche Stärke ermitteln zu können. Insofern käme auf Seiten der Gewerkschaften ein ausdifferenzierteres quantitatives Element zum Tragen.

8.

Insgesamt ist der Entwurf zu begrüßen, seine baldige Umsetzung voranzutreiben. Mit seinen Instrumenten wird Verwerfungen in der Pflegebranche entgegengewirkt. Mit dem Gesetz können (endlich) mehr Fachkräfte gewonnen werden. Das Modell seiner Umsetzung berücksichtigt die verschiedenen, nicht einfach in Ausgleich zu bringenden, verfassungsrechtlichen Positionen und ist rechtskonform.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
19. Wahlperiode

Ausschussdrucksache **19(11)461**

18. Oktober 2019

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 21. Oktober 2019  
um 13:30 Uhr zum

## a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhneverbesserungsgesetz)  
- BT-Drucksache 19/13395

b) Antrag der Abgeordneten Pia Zimmermann, Susanne Ferschl, Matthias W. Birkwald,  
weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Pflegelöhne auf Tarifniveau sofort finanzieren - BT-Drucksache 19/14023

**Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband - Gesamtverband e.V.****Vorbemerkung**

Der Paritätische hat in der Konzertierten Aktion Pflege mitgearbeitet. Nicht erst dort ist er für eine deutliche Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Pflege – insbesondere der Entlohnung – eingetreten. Insoweit unterstützt er das Anliegen des Gesetzentwurfes.

Die schlechte Bezahlung in der Pflege wurde ausgelöst durch die Vergütungsfindung im SGB XI. Der von der Politik geforderte verschärfte Preiswettbewerb wurde vom Bundessozialgericht durch den sogenannten externen Vergleich bei der Preisbildung befeuert. Folge waren unzumutbare Arbeitsverdichtung und eine systematische Tarifflicht.

Durch eine Änderung der Rechtsprechung ab 2009 und in der Folge Änderungen im SGB XI und SGB V, die vorschreiben, Tarifgehälter nicht als unwirtschaftlich zurückzuweisen, hat sich diese Situation geändert.

Es bleibt aber das Problem, dass jede Tarifierhöhung die Eigenanteile der Versicherten ansteigen lässt und sie in hohem Maße in die Sozialhilfeabhängigkeit treibt. Dieser Effekt führt dazu, dass die Pflegeeinrichtungen sich nicht in der Lage sehen, die Gehälter zu zahlen, die Qualifikation, Belastung und Leistung der Pflege(hilfs)kräfte entsprechen. In Zeiten des Fachkräftemangels ist das im Wettbewerb mit anderen Branchen fatal und gefährdet nachhaltig die pflegerische Versorgung der Bevölkerung.

Es ist vor diesem Hintergrund zunächst nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber nunmehr über das Arbeitnehmerentendengesetz für eine allgemeinverbindliche Anhebung der Pflegelöhne sorgen will.

Das löst aber nicht das Problem, dass die Auswirkungen allein von den Pflegebedürftigen und ihren Angehörigen zu tragen sind. Deshalb muss gleichzeitig die Refinanzierung der allseits gewollten Lohnerhöhung durch die Pflegekassen und/oder aus allgemeinen Haushaltsmitteln sichergestellt werden. Andernfalls würde hier ein Pakt zu Lasten Dritter geschlossen werden; insbesondere auch, weil weiterhin die im Koalitionsvertrag vorgesehene pflegepersonalbezogene Leistungsdynamisierung aussteht.

Deshalb unterstützen wir in der Zielsetzung uneingeschränkt den Antrag der Fraktion DIE LINKE, die notwendige Refinanzierung zeitgleich durch Gesetz sicherzustellen. Die vom Bundesgesundheitsminister Anfang 2019 ausgesprochenen Ankündigungen sind bislang ohne Folge geblieben. Die Pflegebedürftigen dürfen nicht mit ebensolchen Ankündigungen für Anfang 2020 getröstet werden, deren Realisierung in den Sternen steht.

Es muss ein Gesamtpaket geschnürt werden, dass eine angemessene Bezahlung der Pflege(hilfs)kräfte **und** deren Refinanzierung ohne Belastung der Pflegebedürftigen sicherstellt. Die berechtigten Interessen von Pflege(hilfs)kräften und Pflegebedürftigen dürfen nicht länger gegeneinander ausgespielt werden.



**Zum Entwurf eines Pflegelöhneverbesserungsgesetzes**

Auch viele Mitgliedsorganisationen des Paritätischen haben in der Vergangenheit angesichts der oben skizzierten Entwicklung in der Pflegeversicherung ihre (oft einzelvertraglich vereinbarte) Tarifbindung aufgegeben. Inzwischen fordern wir unsere Mitglieder auf, Tarifverträge abzuschließen beziehungsweise sich Arbeitgeberverbänden anzuschließen. Diese Bemühungen tragen Früchte. So ist beispielsweise im Januar 2019 in Brandenburg ein Tarifvertrag Pflege im Paritätischen in Kraft getreten, der sich mit den Regelungen des öffentlichen Dienstes durchaus messen lassen kann.

Angesichts der insgesamt in der Pflege zu beobachtenden desolaten Tarifsituation bedarf es bis auf weiteres flankierender Maßnahmen zur Absicherung eines verbindlichen Mindestniveaus. Hierfür ist nach Auffassung des Paritätischen die Entwicklung eines Mindestlohns durch die Pflegemindestlohnkommission nicht ausreichend. Die Gestaltungsmöglichkeiten sind bekanntlich begrenzt.

Deshalb ist es richtig, die Erstreckung tarifbasierter Lösungen nach § 7a AEntG als weiteres Instrument auf die Besonderheiten der Pflegebranche anzupassen. Die hierfür gefundenen Regelungen erscheinen uns zielführend und geeignet.

Allerdings ist es erforderlich, in § 10 auch die ambulanten Betreuungseinrichtungen nach § 71 Abs. 1a SGB XI in den Anwendungsbereich der Regelung aufzunehmen. Auch hier muss es angemessene Mindestarbeitsbedingungen geben, deren Konkretisierung den Tarifpartnern vorbehalten bleibt.

Ob es künftig noch der Arbeit der Pflegemindestlohnkommission bedarf, bleibt abzuwarten. Jedenfalls muss ihre Handlungsfähigkeit auf der Basis der Erfahrungen ihres bisherigen Wirkens auch weiter sichergestellt werden. Die hierzu im Gesetzentwurf enthaltenen Regelungen erscheinen uns zielführend und geeignet.

**Zum Antrag „Pflegelöhne auf Tarifniveau sofort finanzieren“**

Die allseits gewollte Verbesserung der Tarifsituation in der Pflege geht derzeit allein zu Lasten der Pflegebedürftigen und ihrer Angehörigen. Deshalb muss gleichzeitig ein Finanzrahmen bereitgestellt werden, der diese Entwicklung verhindert. Auch hierzu bestand Einigkeit in der Konzierten Aktion Pflege.

Der Paritätische fordert den Umbau des bestehenden Finanzierungssystems zu einer solidarischen Bürger-vollversicherung. Bekanntlich werden auch andere (Misch)Modelle diskutiert, die alle darauf hinauslaufen, die Eigenanteile der Pflegebedürftigen für die Pflegeleistungen – nicht die Leistungen Unterkunft und Verpflegung – abzuschaffen oder zumindest auf ein sozialverträgliches Maß zu reduzieren. Bedauerlicherweise hat die Bundesregierung die vielfältigen Vorschläge bisher nicht konstruktiv aufgegriffen. Nun läuft uns die Zeit davon.

Deshalb ist es unumgänglich, eine Übergangslösung durch Sofortmaßnahmen zu schaffen. Hierfür erscheinen uns die Bestandteile des Antrags zielführend und geeignet.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für  
Arbeit und Soziales  
19. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 19(11)453

18. Oktober 2019

## Information für den Ausschuss

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

**Unaufgeforderte Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 21. Oktober 2019 um 13:30 Uhr zum****a) Gesetzentwurf der Bundesregierung****Entwurf eines Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhnerverbesserungsgesetz) - BT-Drucksache 19/13395****b) Antrag der Abgeordneten Pia Zimmermann, Susanne Ferschl, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.****Pflegelöhne auf Tarifniveau sofort finanzieren - BT-Drucksache 19/14023**

### **Vorbemerkung**

Der Entwurf eines „Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhnerverbesserungsgesetz)“ der Bundesregierung ist seiner Bezeichnung nach irreführend, verletzt die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie und ist im Wesentlichen überflüssig.

Nach Untersuchungen u. a. der Bundesagentur für Arbeit (BA) und dessen Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) sind die Entgelte in der Altenpflege in den vergangenen Jahren überdurchschnittlich gestiegen – auch im Vergleich zu der Krankenpflege sind die Entgelte für die Beschäftigten in der Altenpflege stärker erhöht worden (vgl. BA-Bericht: Blickpunkt Arbeitsmarkt – Arbeitsmarktsituation im Pflegebereich, Mai 2019; IAB-Publikation „Entgelte von Pflegefachkräften – große Unterschiede zwischen Berufen, Bundesländern und Pflegeeinrichtungen“, November 2018).

Auch hat sich das im Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) geregelte Verfahren einer Pflegekommission für die Findung von Mindestarbeitsbedingungen für die gesamte Pflegebranche bewährt. Die bisherigen drei Pflegekommissionen haben einen verantwortungsvollen Umgang mit ihrer Aufgabe gezeigt und im Ergebnis jedes Mal trägerübergreifend einvernehmliche und tragfähige Lösungen beschlossen.

Die geplante Einbeziehung von Religionsgesellschaften in das Ordnungsverfahren nach § 7a AEntG stellt eine mehr als fragwürdige Vermischung des „Zweiten Wegs“ der Vereinbarung von Tarifverträgen und des kirchlichen „Dritten Wegs“ zur Findung von kollektiven Arbeitsbedingungen zu Lasten der

verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie dar. Eine solche gesetzlich vorgesehene Einmischung eines Dritten in laufende Tarifverhandlungen ist bislang beispiellos, verfassungsrechtlich mehr als nur grenzwertig und auch mit dem Selbstbestimmungsrecht der Kirchen kaum zu legitimieren.

Die Bundesregierung macht auch keinen Hehl daraus, dass mit Hilfe des Pflegelöhnerverbesserungsgesetzes die bisher erfolglosen Bestrebungen von Teilen der Pflegebranche nach einem neuen bundesweiten Branchentarifvertrag für die Altenpflege auf dem Niveau des öffentlichen Dienstes flankiert bzw. ein solcher dadurch überhaupt erst ermöglicht werden soll. Eine solche staatliche Unterstützung von organisations- und tarifpolitischen Interessen Einzelner auf Kosten einer gesamten Branche hat mit Tarifautonomie überhaupt nichts mehr zu tun und übergeht – nach dem Motto „der Zweck heiligt die Mittel“ – die rechtlichen Voraussetzungen für die branchenweite Erstreckung eines von tariffähigen Vereinigungen abgeschlossenen repräsentativen Tarifvertrags.

Zudem lässt die Bundesregierung die Finanzierung dieses zweifelhaften Vorhabens völlig offen. Klar ist, dass durch bessere Verdienste und Arbeitsbedingungen in der Altenpflege die Pflegekosten und damit der künftige Finanzbedarf der Pflegeversicherung weiter steigen werden. Der zusätzliche Finanzierungsbedarf der Pflegeversicherung ist auch der Bundesregierung bewusst: „eine Verbesserung der Entlohnung in der Pflege (macht) eine Anhebung der Leistungsbeträge und damit einhergehend eine weiter verbesserte Finanzausstattung der Pflegeversiche-

rung erforderlich“ (vgl. Seite 4). Die Bundesregierung muss sich im Rahmen des PflegeLohnverbesserungsgesetzes deshalb auch mit der im Raum stehenden weiteren Belastung der Pflegebedürftigen und der Beitragszahler ernsthaft auseinandersetzen. Der pauschale Hinweis, dass die Pflegebedürftigen und ihre Familien vor einer Überforderung bei den Eigenanteilen in der Pflege geschützt werden und der Anstieg der gesamten Sozialversicherungsbeiträge über 40 % vermieden werden sollen (vgl. Seite 4), reicht hierfür nicht. Die Kostenfrage bei einer sich abschwächenden Konjunktur in die nächste Legislaturperiode zu verschieben, ist jedenfalls das Gegenteil von seriöser und nachhaltiger und damit verantwortungsvoller (Finanz-)Politik.

### **Zusammenfassung**

Die im Entwurf der Bundesregierung eines „Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege (PflegeLohnverbesserungsgesetz)“ geplanten Änderungen des § 7a AEntG greifen schwerwiegend in die Tarifautonomie ein. Dabei werden die Bedeutung des Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz (GG) und die Selbstverantwortung der Tarifpartner im Sinne des Tarifvertragsgesetzes (TVG) völlig ausgeblendet. Die BDA lehnt daher die geplanten Regelungen in § 7a AEntG ab.

Für die „Durchsetzung spürbarer Verbesserungen insbesondere in der Altenpflege“ bedarf es, anders als der Gesetzentwurf auf Seite 1 behauptet, auch keiner Erstreckung tarifbasierter Arbeitsbedingungen auf der Grundlage des § 7a AEntG. Die besonderen Marktbedingungen in der Altenpflege sind bereits in der bewährten Pflegekommission besser abgebildet als in dem Gesetzentwurf, der versucht, durch Sonderrechte für Religionsgesellschaften das öffentliche Interesse an einem bundesweiten Tarifvertrag für die Altenpflege zu konstruieren. Dieses irreführend als „Tarifvertragslösung“ bezeichnete Gesetzesziel hat mit Tarifautonomie nichts zu tun und wird von der BDA entschieden abgelehnt.

Die im Gesetzentwurf gegenüber dem Vorentwurf vom 2. April 2019 im Bereich der §§ 12 ff. AEntG vorgesehenen Änderungen weisen zum Teil in die richtige Richtung. Es sind jedoch weiterhin kritische Punkte, insbesondere Einschränkungen der Arbeit der Pflegekommission enthalten. So sind die geplanten Änderungen nach wie vor dazu geeignet, einzelne Kommissionsmitglieder von der Entscheidung einer Empfehlung der Pflegekommission auszuschließen.

### **Im Einzelnen**

#### **1. Änderungen des § 7a Arbeitnehmer-Entsendegesetz sind Fundamentalangriff auf die Tarifautonomie und eine bisher einzigartige Grenzüberschreitung**

Die geplanten Änderungen des § 7a AEntG sehen Vorgaben für Tarifpartner in der Pflegebranche vor, die „Aufnahme“ von Tarifverhandlungen mitzuteilen und zusätzlich vor einem möglichen Abschluss eines Branchentarifvertrags Dritte anzuhören. Sie sollen Gelegenheit erhalten, vor Abschluss des Tarifvertrags zu dessen voraussichtlichem Inhalt „Stellung zu nehmen“ und sogar „eigene Regelungsvorstellungen“ vorzutragen (vgl. Seite 2). Daneben soll ein gemeinsam von den Tarifpartnern gestellter An-

trag auf Erlass einer Rechtsverordnung zur Erstreckung eines Tarifvertrags auf die Pflegebranche abhängig sein von der Zustimmung von mindestens zwei Kommissionen von kirchlichen Religionsgesellschaften, für die unmittelbar keine Bindung gem. §§ 3, 4 TVG gegeben ist. Die Bedeutung des Art. 9 Abs. 3 GG und der Tarifpartner im Sinne des TVG bleibt dabei völlig unberücksichtigt.

Art. 9 Abs. 3 GG schützt das Aushandeln von Tarifverträgen zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) wird den von den Tarifpartnern ausgehandelten Löhnen und Gehältern von Verfassung wegen eine Richtigkeitsgewähr eingeräumt. Sowohl das GG als auch der Gesetzgeber gehen davon aus, dass die in frei ausgehandelten Tarifverträgen vereinbarten Entgelte den Besonderheiten der jeweiligen Branche Rechnung tragen. Dieser Tariffreiheit würde es fundamental entgegenstehen, wenn die Tarifpartner durch die vorliegenden Gesetzesänderungen gezwungen werden, Dritte an ihren Tarifverhandlungen zu beteiligen und sich ihren Tarifvertrag de facto „absegnen“ lassen zu müssen.

Dabei hilft den betroffenen Tarifpartnern auch nicht, dass die Pflicht zur Anhörung nur für die Tarifvertragsparteien gelten sollen, die eine Antragstellung beabsichtigen. Um die Möglichkeit einer späteren Antragstellung nicht von vornherein zu verbauen, wird die an einer Antragstellung interessierte Tarifvertragspartei immer darauf drängen, die kirchlichen Kommissionen zu beteiligen. Die Fragen des „Ob“ der Beteiligung der kirchlichen Kommissionen und des „Wann“ der gemeinsamen Mitteilung könnten sich daher zu eigenständigen Konfliktpunkten zwischen den Tarifpartnern entwickeln und die Tarifverhandlungen unverhältnismäßig belasten.

Eine solche vorgeschriebene Beteiligung von Dritten an Tarifverhandlungen und dem daraus resultierenden Tarifergebnis wäre daher ein **Fundamentalangriff auf die Tarifautonomie** und eine **systemwidrige, bislang einzigartige Grenzüberschreitung**.

Auch wenn Tarifvertragsparteien, die keine Antragstellung beabsichtigten, die Voraussetzungen nicht beachten müssen sowie die Wirksamkeit des betreffenden Tarifvertrags nicht von der Erfüllung der in § 7a AEntG des Gesetzentwurfs geregelten (Verfahrens-)Voraussetzungen abhängt (so jeweils die Begründung auf Seite 13), wäre jede dieser geplanten Änderungen ein schwerwiegender Eingriff in die Tarifautonomie der Tarifpartner, die nicht – auch nicht durch die besonderen Bedingungen in der Pflegebranche – zu rechtfertigen wäre. Die BDA lehnt daher die geplanten Regelungen vollumfänglich und mit Entschiedenheit ab.

#### **Einbeziehung der Kirchen unangemessen und durch Selbstbestimmungsrecht nicht gerechtfertigt**

So berechtigt das Anliegen ist, die Pflegebranche zu fördern, so ist doch in diesem Einzelfall kein ausreichender Grund für einen solch schwerwiegenden Eingriff in die geschützte Autonomie der Tarifpartner und des sich in Deutschland bewährten Tarifvertragssystems ersichtlich. Hierauf hat die BDA auch immer in der mit dem Thema „Entlohnungsbedingungen in der Pflege“ befassten Arbeitsgruppe 5 der Konzierten Aktion Pflege der Bundesregierung hingewiesen.

Hintergrund der nunmehr geplanten Einbeziehung der Religionsgesellschaften ist wohl deren gewollte Funktion als „Mehrheitsbeschaffer“ für eine „möglichst flächendeckende Tarifbindung“ und eine gewisse Repräsentativität eines zu erstreckenden Tarifvertrags sowie das durch Art. 140 GG verfassungsrechtlich geschützte kirchliche Selbstbestimmungsrecht.

Das notwendige Vorliegen der materiellen Voraussetzungen (öffentliches Interesse, Erreichung der Gesetzesziele) für eine Rechtsverordnung nach § 7a AEntG muss sich allerdings allein auf den zu erstreckenden Tarifvertrag beziehen. Insbesondere auch, weil die kirchlichen Religionsgesellschaften ihre Arbeitsbedingungen überwiegend gerade nicht durch Tarifverträge festlegen (sog. „Dritter Weg“), kann das öffentliche Interesse nicht bereits durch deren formale Beteiligung und Zustimmung zu einem Antrag nach § 7a Abs. 1 AEntG gegeben sein. So stellt auch der Wirtschaftsausschuss des Bundesrats in seiner Empfehlung vom September 2019 (Bundesratsdrucksache 319/1/19 vom 9. September 2019, Seite 2) klar, dass die Einbeziehung von Religionsgesellschaften nicht von der Prüfung der materiellen Erstreckungsvoraussetzungen entbinden und insbesondere nicht dazu führen darf, „dass ein Tarifvertrag, der nur von einer Minderheit der Arbeitgeber geschlossen wurde, auf alle Träger in der Pflege erstreckt wird“. **Es muss daher im Gesetz klargestellt werden, dass die Zustimmung als solche ein öffentliches Interesse nicht begründet.** Ein lediglich in der Gesetzesbegründung dazu enthaltener Satz reicht hierfür nicht (vgl. Seite 13).

Zudem sind die Belange der Religionsgesellschaften – ebenso wie die von anderen durch eine Rechtsverordnung Betroffenen – im Rahmen der Anhörungs- und Beteiligungsrechte des aktuellen § 7a Abs. 3 und 4 AEntG sowie bei der notwendigen Interessenabwägung im Rahmen der Prüfung der materiellen Voraussetzungen bereits zu berücksichtigen. Mit § 7a Abs. 3 AEntG existiert eine Regelung zur notwendigen Beteiligung im Ordnungsverfahren von potentiell durch den Erlass einer Rechtsverordnung Betroffenen. Diese haben Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme. Warum darüber hinaus gerade die kirchlichen Religionsgesellschaften mit ihrem „Dritten Weg“ solch weitgehende Sonderechte erhalten sollen, ist nicht nachvollziehbar.

Auch im Hinblick auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht bleibt völlig unklar, warum die Tarifautonomie als „Selbstbestimmungsrecht“ der Tarifpartner vor dem Selbstbestimmungsrecht der kirchlichen Religionsgesellschaften, die ihre Arbeitsbedingungen gerade nicht durch einen Tarifvertrag bestimmen, zurücktreten sollte.

Der geplanten Einbeziehung der kirchlichen Religionsgesellschaften bedarf es daher nicht und sie wäre verfassungsrechtlich auch nicht geboten, sondern vielmehr als gesetzlich bestimmter Fremdeinfluss Dritter auf die autonome Selbstbestimmung der Tarifpartner verfassungsrechtlich völlig verfehlt.

**Bewährter Sonderweg der Pflegekommission trägt den Besonderheiten der Pflegebranche besonders Rechnung**

Den speziellen Anforderungen der kirchlichen Religionsgesellschaften und ihres „Dritten Weges“ wird bereits über die §§ 10 ff. AEntG ausreichend Rechnung getragen. Die differenzierten Besonderheiten der Pflegebranche mit ihren verschiedenen Trägern und deren unterschiedlichen Wegen zur Festlegung von Arbeitsbedingungen finden gerade dort besondere Berücksichtigung und führen zu einem von allen wesentlichen Akteuren in der Pflegebranche getragenen Kompromiss.

Eines zweiten Sonderwegs für die Pflegebranche bedarf es daher nicht. Dies gilt erst recht, wenn dieser Irrweg die verfassungsrechtliche geschützte Tarifautonomie preisgeben würde.

## **2. § 12 Arbeitnehmer-Entsendegesetz – Unabhängigkeit der Pflegekommission bewahren**

Der Gesetzentwurf enthält eine Neuregelung der Errichtung einer ständigen Kommission zur Erarbeitung von Arbeitsbedingungen für den Bereich der Pflegebranche (Pflegekommission).

Richtigerweise ist die noch im Vorentwurf vom 2. April 2019 enthaltene vorzeitige Abberufungsmöglichkeit auf Antrag lediglich der Hälfte der Pflegekommission im aktuellen Gesetzentwurf gestrichen worden. Diese Regelung hätte dazu genutzt werden können, auf die Arbeit der Pflegekommission Einfluss zu nehmen oder einzelne Mitglieder der Pflegekommission unter Druck zu setzen. Sie wäre mit der Unabhängigkeit der Pflegekommission nicht zu vereinbaren gewesen.

## **„Gemeinsamer Vorschlag“ – Klarstellung im Gesetzestext besser**

Zu dem „gemeinsamen Vorschlag“ in § 12 Abs. 4 S. 2 AEntG des Gesetzentwurfs enthält die Gesetzesbegründung die notwendige Klarstellung, dass bei einem solchen Vorschlag alle vorschlagenden Stellen „denselben Vorschlag“ gegenüber dem BMAS als gemeinsamen Vorschlag abgeben. Im Sinne einer rechtssicheren Anwendung wäre die Aufnahme dieser Klarstellung unmittelbar im Gesetzestext jedoch besser.

## **Ermessensspielraum bei (Nach-)Benennung von Kommissionsmitgliedern zu weitgehend**

Laut § 12 Abs. 4 S. 1 sowie Abs. 7 S. 2 AEntG des Gesetzentwurfs soll sowohl die Benennung der Kommissionsmitglieder als auch im Falle des Ausscheidens eines Mitglieds der Pflegekommission die Nachbenennung lediglich „unter Berücksichtigung“ von Vorschlägen vorschlagsberechtigter Stellen erfolgen. Diese Formulierung eröffnet ohne Grund einen erheblichen Ermessensspielraum des BMAS, den die BDA ablehnt. Um die Tragfähigkeit und Akzeptanz der Arbeit der Pflegekommission nicht zu gefährden, muss eine Benennung den jeweiligen Vorschlägen folgen. Der Zusatz „unter Berücksichtigung“ ist daher zu streichen.

## **Quantitative Repräsentativität muss das bestimmende Kriterium für die Auswahlentscheidung sein**

Überschreitet die Zahl der Vorschläge die Zahl der Sitze in der Pflegekommission, soll das BMAS nach

den Grundsätzen der Trägervielfalt sowie gleichermaßen der Repräsentativität entscheiden. Beide Kriterien sollen dabei gleichrangig sein.

Primär muss jedoch die (quantitative) Repräsentativität und allenfalls in einem zweiten Schritt sollte die Trägervielfalt maßgeblich sein. Denn im Sinne der Tragfähigkeit und Akzeptanz der Empfehlungen der Pflegekommission sollte es in erster Linie darum gehen, die mitgliederstärksten Akteure der Pflegebranche in der Pflegekommission abzubilden. Dies entspräche auch den tatsächlichen Marktverhältnissen in der Branche. Zudem wird der Trägervielfalt im Sinne des § 11 Abs. 2 Elftes Buch Sozialgesetzbuch durch die verschiedenen Gruppen der Mitglieder der Pflegekommission (Tarifpartner / Religionsgesellschaften) ausreichend Rechnung getragen.

Bei der Anwendung der Repräsentativität sollen dabei alle Mitglieder der vorschlagsberechtigten Stelle berücksichtigt werden. Eine Beschränkung der für die Repräsentativität relevanten Zahl lediglich auf die Zahl der in der Pflegebranche Beschäftigten der Mitglieder der jeweiligen Arbeitgebervereinigung, die „nach der Art ihrer Mitgliedschaft tarifgebunden sein können“, birgt die Gefahr, dass die Zusammensetzung der Pflegekommission nicht den Marktbedingungen in der Pflegebranche entspricht. Bei den Beschlüssen der Pflegekommission und dem Erlass entsprechender Rechtsverordnungen geht es gerade nicht um die Erstreckung eines Tarifvertrags, weshalb es hier bei der Frage der Repräsentativität auch nicht auf eine Tarifgebundenheit ankommt, sondern auf die Anzahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der in der jeweiligen Arbeitgebervereinigung organisierten Betriebe. So hat die Kommissionslösung gerade keinen „tarifvertragsersetzenden Charakter“ (so jedoch die Begründung des Gesetzentwurfs zu § 12 Abs. 6, vgl. Seite 17), sondern sie soll der Trägervielfalt und den damit einhergehenden unterschiedlichen, aber gleichrangig geschützten Instrumentarien zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen umfassend Rechnung tragen (vgl. hierzu die Begründung zum Gesetzentwurf des AEntG vom 21. Januar 2009, Bundestagsdrucksache 16/11669, Seite 24).

Anders als bei einer Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) nach § 5 TVG oder einer Rechtsverordnung nach § 7 bzw. § 7a AEntG ist im Rahmen des § 12 Abs. 6 des Gesetzentwurfs daher nicht die Frage nach der Bedeutung eines Tarifvertrags, sondern nach der Bedeutung einer Arbeitgebervereinigung innerhalb der Pflegebranche maßgeblich. Das Abstellen lediglich auf die Anzahl der Beschäftigten von potentiell tarifgebundenen Arbeitgebern greift daher viel zu kurz.

### **3. §§ 12a und 13 Arbeitnehmer-Entsendegesetz – Bedeutung der Pflegekommission nicht schmälern**

Die BDA lehnt die geplanten Änderungen des § 7a AEntG ab und damit auch jede geplante Neuregelung, die die Bedeutung der Pflegekommission gegenüber dem Verordnungsweg schmälert. Der Gesetzentwurf zu den §§ 12a und 13 AEntG enthält kritische Einschränkungen der Arbeit der Pflegekommission und wertet diese dadurch gegenüber dem Verordnungsweg des § 7a AEntG ab. Dies betrifft die in § 12a Abs. 1 AEntG des Entwurfs enthaltene Mög-

lichkeit, die Beratungen der Pflegekommission auszusetzen, sowie den in § 13 AEntG des Gesetzentwurfs geregelten Vorrang einer Verordnung nach § 7a AEntG des Gesetzentwurfs.

### **Keine Änderungen bei inhaltlicher Regelungsbefugnis**

Die BDA lehnt auch die Maßgabe in § 12a Abs. 2 S. 1 letzter Halbsatz AEntG des Gesetzentwurfs für die Empfehlungen zur Festlegung von Arbeitsbedingungen als Einschränkung der freien inhaltlichen Regelungsbefugnis der Pflegekommission ab, die gem. § 12 Abs. 3 S. 3 AEntG des Gesetzentwurfs auch an Weisungen nicht gebunden sein soll. Soll die Pflegekommission wirklich frei entscheiden können, müsste es bei der geltenden Regelung der § 11 Abs. 1 AEntG in Verbindung mit § 5 S. 1 Nr. 1 AEntG verbleiben, nach der Mindestentgeltsätze u. a. nach Art der Tätigkeit, Qualifikationen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Regionen differieren „können“. Diese „Kann“-Bestimmung sollte aus Gründen der Rechtsklarheit auch in § 12a AEntG des Gesetzentwurfs aufgenommen werden.

Im Übrigen erweckt die Begründung des Gesetzentwurfs an dieser Stelle den Eindruck (vgl. Seite 18), dass die für eine Differenzierung in Frage kommende Qualifikation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer schon bisher auch durch „einschlägige Berufserfahrung“ erworben werden kann. Dies ist jedoch gerade ausweislich der Gesetzesbegründung zum AEntG nicht der Fall. Danach ist eine Differenzierung nach „Qualifikationsniveau (z. B. gelernt / ungelernt)“ möglich, nicht jedoch die Erstreckung eines ganzen Lohngitters (Bundestagsdrucksache 16/10486 vom 7. Oktober 2008, Seite 14). Dieser Ausschluss bezieht sich vor allem auf die teilweise in Entgelttarifverträgen geregelten Zeitstufen, die innerhalb einer Entgeltgruppe z. B. nach der Betriebszugehörigkeit oder Berufserfahrung (so z. B. der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst von Bund und Kommunen) unterscheiden. Damit ist klar, dass erworbene Berufserfahrung gerade kein Differenzierungsmerkmal sein soll und auch nicht unter das Kriterium der Qualifikation fällt.

### **Dauerhaftigkeit der Empfehlungen der Pflegekommission**

Die in § 12a Abs. 2 AEntG des Gesetzentwurfs vorgesehene Mindestdauer der Empfehlungen von 24 Monaten verhindert kurzfristige und ständige Änderungen und kann dadurch Planungssicherheit für Betroffene schaffen. Gleichzeitig behält die Pflegekommission die Möglichkeit, auch eine längere Dauer ihrer Empfehlungen zu beschließen. Nach der Begründung zu § 12a AEntG des Gesetzentwurfs bleiben auch Beschlüsse mit kürzerer Geltungsdauer wirksam, müssen aber von der Pflegekommission schriftlich begründet werden (vgl. Seite 18).

### **Interessenberücksichtigung aller Mitglieder der Pflegekommission konsequenter regeln**

Die im aktuellen Gesetzentwurf gegenüber dem Vorentwurf vom 2. April 2019 im Bereich § 12a Abs. 3 AEntG vorgenommenen Änderungen weisen zum Teil in die richtige Richtung.

Nach dem Vorentwurf sollte ein Beschluss der Pflegekommission bereits zu Stande kommen, wenn

sechs der acht Mitglieder anwesend sind und für eine Empfehlung stimmen. Dadurch hätte die Gefahr bestanden, eine der vier in der Pflegekommission vertretenen Gruppen übergehen zu können und damit ihre berechtigten Interessen bei der Beschlussfassung nicht hinreichend zu berücksichtigen. Wären nämlich danach zwei Mitglieder nicht anwesend oder hätten sie als einzige Mitglieder dagegen gestimmt, wäre dennoch die Pflegekommission beschlussfähig gewesen und hätte den Beschluss trotz Abwesenheit oder der Gegenstimmen zweier Mitglieder fassen können.

Nach dem Gesetzentwurf bleibt es hinsichtlich der Beschlussfassung bei der aktuell geltenden Regelung. Damit ist der Ausschluss einer der vier Gruppen bei der Beschlussfassung richtigerweise nicht mehr möglich.

Jedoch sollte auch hinsichtlich der Beschlussfähigkeit der Pflegekommission die jetzige Rechtslage beibehalten werden. Die Pflegekommission sollte weiterhin nur bei Anwesenheit oder Vertretung aller Mitglieder beschlussfähig sein. Ansonsten besteht weiterhin die Möglichkeit, dass die Interessen einer Partei völlig übergangen werden. Dies gefährdet die Tragfähigkeit und Akzeptanz der Arbeit der Pflegekommission, deren Ziel gerade ein Kompromiss ist, der von allen Mitgliedern der Pflegekommission mitgetragen wird und damit alle Interessen widerspiegelt.

#### ***Hinzuziehungserfordernis der Bundesministerien konkretisieren***

In § 12a Abs. 4 AEntG des Gesetzentwurfs soll eine Regelung getroffen werden, dass die Pflegekommission zu ihren Sitzungen regelmäßig Vertreter des BMAS und des Bundesgesundheitsministeriums (BMG) hinzuziehen soll. Ausweislich der Begründung soll die Hinzuziehung der gesetzliche Regelfall sein (vgl. Seite 19). Es geht jedoch weder aus dem Wortlaut des § 12a Abs. 4 AEntG des Gesetzentwurfs noch aus der Begründung hervor, zu welchem Zweck diese Hinzuziehung erfolgen soll und welche Aufgabe die Vertreter der beiden Bundesministerien dort wahrnehmen sollen. Hier wäre eine entsprechende Konkretisierung erforderlich.

Nach dem Wortlaut des aktuell geltenden § 12 Abs. 3 S. 2 AEntG kann sich die Pflegekommission

eine Geschäftsordnung geben. Ihr steht demnach ein Ermessensspielraum zu. In § 12a Abs. 4 des Gesetzentwurfs heißt es nun: „Näheres ist in der Geschäftsordnung der Kommission zu regeln.“ Nach diesem Wortlaut besteht kein Ermessensspielraum der Pflegekommission mehr, sondern die Pflegekommission muss sich eine Geschäftsordnung geben. In dieser Geschäftsordnung soll die Pflegekommission „insbesondere Voraussetzungen und Verfahren (regeln), soweit Vertreter der Bundesministerien abweichend vom gesetzlichen Regelfall nicht teilnehmen sollen“. Eine Konkretisierung zu der Teilnahme der Vertreter der Bundesministerien wird dadurch auf die Ebene der Geschäftsordnung verlagert. Sinnvoller wäre hier eine gesetzliche Klarstellung.

#### ***Kostenfolgen berücksichtigen***

Aus Sicht der BDA wären bei den „Weiteren Kosten“ **konkretere Ausführungen zu den Gesetzesfolgen** (z. B. die erwarteten Mehrkosten für die Pflegeversicherung, für die Eigenanteile der Versicherten oder die Hilfe zur Pflege durch die Träger der Sozialhilfe) erforderlich. Der vorgeschobene Einwand, Kosten ließen sich nicht quantifizieren, weil „der zukünftige Inhalt tarifgestützter Arbeitsbedingungen (...) nicht vorhergesagt werden kann“ (vgl. Seite 4), ist auch mit Blick auf die Diskussion in der Arbeitsgruppe 5 der Konzentrierten Aktion Pflege zu diesem Thema reichlich unpassend. Zudem gibt es zu dieser konkreten Frage ein aktuelles vom BMG in Auftrag gegebenes Forschungsgutachten des IGES Institut zur „Quantifizierung der finanziellen Auswirkungen von flächendeckender tariflicher Entlohnung in der Altenpflege bzw. ausdifferenzierter Mindestlohnbedingungen“ (vgl. Seite 7 des Gutachtens) vom März 2019.

Die überaus knappen und oberflächlichen Aussagen zur künftig notwendigen Finanzausstattung der Pflegeversicherung, dem anvisierten Schutz vor einer Überforderung bei den Eigenanteilen sowie der Vermeidung eines Anstiegs der gesamten Sozialversicherungsbeiträge von über 40 % sind daher völlig unzureichend. Es bleibt mehr als unklar, wie diese politischen Ziele überhaupt erreicht werden sollen. Die gerade in diesem Gesetzgebungsverfahren notwendige ernsthafte Auseinandersetzung mit der Finanzierungsfrage fehlt.