

Geplante Änderungen im Arbeitnehmer-Entsendegesetz mit Tarifautonomie nicht vereinbar

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines „Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege“ vom 4. Juni 2019

11. Juni 2019

Zusammenfassung

Die im Referentenentwurf des Bundesarbeitsministeriums (BMAS) [Bearbeitungsstand 4. Juni 2019, 13:36 Uhr] eines „Gesetzes für bessere Löhne in der Pflege“ geplanten Änderungen des § 7a Arbeitnehmer-Entsendegesetz (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 Referentenentwurf auf S. 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 Referentenentwurf, der versucht, durch Sonderrechte für Religionsgesellschaften, das öffentliche Interesse an einem bundesweiten Tarifvertrag für die Altenpflege zu konstruieren. Diese „Tarifvertragslösung“ hat mit Tarifautonomie nichts zu tun und wird von der BDA entschieden abgelehnt.

Die im aktuellen Referentenentwurf gegenüber dem Vorentwurf vom 2. April 2019 im Bereich der §§ 12 ff. AEntG vorgenommenen 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 schwerwiegender und nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Tarifautonomie

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. Zudem soll ein gemeinsam von den Tarifpartnern gestellter Antrag auf Erlass einer Rechtsverordnung zur Erstreckung eines Tarifvertrags auf die Pflegebranche abhängig sein von der Zustimmung von mindestens zwei Kommissionen von kirchlichen Religionsgesellschaften, die selbst nicht an den Tarifverhandlungen teilgenommen haben und für die auch 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. Auch wenn die Wirksamkeit des betreffenden Tarifvertrags nicht von der Erfüllung der in § 7a AEntG des



Referentenentwurfs 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. Die BDA lehnt daher die geplanten Regelungen vollumfänglich und mit Entschiedenheit ab.

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.

Einbeziehung der Kirchen unangemessen und keine Rechtfertigung für Eingriffe

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 bewährten Tarifvertragssystems ersichtlich. Hierauf hat die BDA auch immer in der mit dem Thema „Entlohnungsbedingungen in der Pflege“ befassten Arbeitsgruppe 5 der Konzentrierten 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 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.

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 schon aktuell eine Regelung zur notwendigen Beteiligung im Verordnungsverfahren von potentiell 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.

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 sollte.

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

Der Referentenentwurf 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 Referentenentwurf 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 Referentenentwurfs enthält die Gesetzesbegründung jetzt 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.

Vorschlagsfrist muss angemessen sein

Begrüßenswert ist die Klarstellung bei der Vorschlagsfrist in § 12 Abs. 5 AEntG des Referentenentwurfs. Diese muss nunmehr angemessen sein.

Ermessensspielraum bei (Nach-)Benennung von Kommissionsmitgliedern zu weitgehend

Laut § 12 Abs. 4 S. 1 sowie Abs. 7 S. 2 AEntG des Referentenentwurfs 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 die (quantitative) Repräsentativität und allenfalls in einem zweiten Schritt 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 entspricht 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 (Tarifvertragspartner / 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 auch die Begründung des Referentenentwurfs zu § 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 zudem die Begründung zum Gesetzentwurf des AEntG vom 21. Januar 2009, Bundestagsdrucksache 16/11669, S. 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 Referentenentwurfs 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 Referentenentwurf 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 Referentenentwurfs enthaltene Möglichkeit, die Beratungen der Pflegekommission auszusetzen, sowie den in § 13 AEntG des Referentenentwurfs geregelten Vorrang einer Verordnung nach § 7a AEntG des Referentenentwurfs.

Keine Änderungen bei inhaltlicher Regelungsbefugnis

Die BDA lehnt auch die Maßgabe in § 12a Abs. 2 S. 1 letzter Halbsatz AEntG des Referentenentwurfs 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 Referentenentwurfs 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 Referentenentwurfs aufgenommen werden.

Im Übrigen erweckt die Begründung des Referentenentwurfs an dieser Stelle den Eindruck (vgl. S. 18), dass die für eine Differenzierung in Frage kommende Qualifikation der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer 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, S. 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 Referentenentwurfs 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 Referentenentwurfs bleiben auch Beschlüsse mit kürzerer Geltungsdauer wirksam, müssen aber von der Pflegekommission schriftlich begründet werden (vgl. S. 19 der Begründung).

Interessenberücksichtigung aller Mitglieder der Pflegekommission konsequenter regeln

Die im aktuellen Referentenentwurf 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 nach der Regelung des Vorentwurfs beschlussfähig gewesen und hätte den Beschluss trotz Abwesenheit oder der Gegenstimmen zweier Mitglieder fassen können.

Nach dem neuen Referentenentwurf 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 alle Interessen widerspiegelt und von allen Mitgliedern der Pflegekommission mitgetragen wird.

Hinzuziehungserfordernis der Bundesministerien konkretisieren

In § 12a Abs. 4 AEntG des Referentenentwurfs 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. S. 19). Es geht jedoch weder aus dem Wortlaut des § 12a Abs. 4 AEntG des Referentenentwurfs 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 Referentenentwurfs 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 korrekt berücksichtigen

Aus Sicht der BDA wären über die Schaffung zweier Planstellen im BMAS mit einem Mehrbedarf von 214.000 € pro Jahr hinaus **weitere 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. S. 3 der Begründung), 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. S. 7 des Gutachtens) vom März 2019.

Ansprechpartner:

BDA | DIE ARBEITGEBER

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Arbeits- und Tarifrecht

T +49 30 2033-1200
arbeitsrecht@arbeitgeber.de

Lohn- und Tarifpolitik

T +49 30 2033-1300
tarifpolitik@arbeitgeber.de

Die BDA organisiert als Spitzenverband die sozial- und wirtschaftspolitischen Interessen der gesamten deutschen Wirtschaft. Wir bündeln die Interessen von einer Million Betrieben mit rund 20 Millionen Beschäftigten. Diese Betriebe sind der BDA durch freiwillige Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden verbunden.