HSI
Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Das HSI ist ein Institut
der Hans-Böckler-Stiftung

Band 55
HSI-SCHRIFTENREIHE

Sozialrecht und Tarifbindung

Regulierung von Arbeitsbedingungen durch Leistungserbringungsrecht?

Judith Brockmann/Felix Welti (Hrsg.)

BUND
VERLAG

Judith Brockmann/Felix Welti (Hrsg.)
Sozialrecht und Tarifbindung
Regulierung von Arbeitsbedingungen durch Leistungserbringungsrecht?

HSI
Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Das HSI ist ein Institut
der Hans-Böckler-Stiftung

Band 55
HSI-Schriftenreihe

Sozialrecht und Tarifbindung

Regulierung von Arbeitsbedingungen durch Leistungserbringungsrecht?

Judith Brockmann/Felix Welti (Hrsg.)

BUND
VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

© Bund-Verlag GmbH, Emil-von-Behring-Straße 14, 60439 Frankfurt am Main, 2025

Umschlaggestaltung: A&B one Kommunikationsagentur GmbH, Berlin
Satz: Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld
Druck: CPI books GmbH, Birkstraße 10, 25917 Leck

ISBN 978-3-7663-7581-0

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung
außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des
Verlages unzulässig und strafbar.
Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Speicherung
und Verarbeitung in elektronischen Systemen.
Die Inhalte dürfen nicht zur Entwicklung, zum Training und/oder zur Anreicherung von KI-Anwendungen, insbesondere von generativen KI-Anwendungen verwendet werden. Dies umfasst auch jede Verwendung der digitalen Inhalte in KI-Anwendungen. Die Nutzung der Inhalte für Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG ist ausdrücklich vorbehalten und damit vorbehalten.

kontakt@bund-verlag.de
www.bund-verlag.de

Vorwort

Der vorliegende Sammelband widmet sich dem Zusammenspiel zwischen dem sozialrechtlichen Leistungserbringungsrecht und der Tarifbindung als Grundlage für die Ausübung der Tarifautonomie. Die Beiträge aus Wissenschaft und Praxis verbleiben nicht in der Sphäre der rechtswissenschaftlichen Dogmatik. Sie beziehen die ökonomischen Hintergründe und die Organisationsstrukturen der Arbeit als Grundlage der kollektiven Interessenvertretung ein und beleuchten allgemein die Auswirkungen der gesetzlichen Regelungen auf Arbeitsbedingungen und Tarifverträge. Beiträge aus dem Feld der Gewerkschaften und der kommunalen Pflegeeinrichtungen runden die Betrachtung ab.

Dieser Band bündelt die Ergebnisse eines Forschungsprojektes des Hugo Sinzheimer Instituts (HSI) und der Fachbereiche von Judith Brockmann sowie Felix Welti an der Universität Kassel. Im Namen des HSI bedanke ich mich herzlich bei den beiden Herausgeber*innen für die überaus ertragreiche Zusammenarbeit sowie den Autor*innen, die mit ihren Beiträgen ein komplexes rechtswissenschaftliches Feld erschließen. Ein herzlicher Dank geht außerdem an Antonia Seeland, Referentin für Forschungstransfer, die das Forschungsprojekt von Seiten des HSI federführend kompetent geleitet hat.

Frankfurt a. M. im April 2025 Ernesto Klengel

Einführung

Das Ziel, Gesundheits-, Pflege- und Sozialberufe attraktiver zu machen, ist nicht nur im Koalitionsvertrag der neuen Bundesregierung vorgesehen. Es war auch in der Vergangenheit Gegenstand sozialrechtlicher Reformen. Dabei wurde auch bei der Verbreitung von Tariflöhnen und der Stärkung der Tarifbindung angesetzt. In diesem Zusammenhang stellen sich Rechtsfragen, die bisher wenig erforscht wurden: Wie beeinflussen sozialrechtliche Regelungen die Arbeits- und Entlohnungsbedingungen in den betreffenden Branchen, die Voraussetzungen für die Ausübung der Koalitionsfreiheit und die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie? Inwiefern kann das Sozialrecht die Tarifbindung in den Gesundheits-, Pflege- und Sozialberufen fördern?

Koalitionsfreiheit und Sozialpartnerschaft haben unter dem Grundgesetz Verfassungsrang (Art. 9 Abs. 3 GG). Arbeitsbedingungen und Arbeitsentgelte sind regelmäßig dort besser, wo sie von Tarifverträgen geregelt werden. Trotzdem stagniert der gewerkschaftliche Organisationsgrad in Deutschland wie in vielen anderen EU-Mitgliedstaaten. Dabei scheint der Organisationsgrad im Sozial-, Gesundheits- und Pflegebereich besonders niedrig, obwohl die Beschäftigten mit dem Entgelt und insbesondere mit weiteren Arbeitsbedingungen keineswegs zufrieden sind. Mit diesen Dimensionen befassen sich Wolfgang Schroeder aus politikwissenschaftlicher, Silke Trumpa und Maximilian Schöner aus pflegewissenschaftlicher und Stefan Greß und Christian Jessberger aus gesundheitsökonomischer Sicht und helfen damit, die Voraussetzungen der Debatte zu klären.

Dienste und Einrichtungen des Sozial-, Gesundheits- und Pflegewesens werden in Deutschland vor allem über öffentliche Sozialleistungsträger finanziert, die als Sozialversicherungsträger (Krankenkassen, Pflegekassen, Renten- und Unfallversicherungsträger) oder als kommunale Körperschaften (Sozialhilfe, Eingliederungshilfe, Jugendhilfe) organisiert sind. Diese schließen mit den Diensten und Einrichtungen im Rahmen gesetzlicher Regelungen Verträge über die Leistungen und ihre Finanzierung. Die Dienste und Einrichtungen sind teils öffentlich (z.B. Universitätskliniken, kommunale Krankenhäuser und Heime), teils frei-gemeinnützig (freie Wohlfahrtspflege, z.B. AWO, zu einem erheblichen Teil kirchlich, Diakonie und Caritas), teils private gewinnorientierte Unternehmen. Entsprechend der diversen Eigentumsstruktur sind auch die Zuordnung zu Arbeitgeberverbänden und die Tarifbindung unterschiedlich, zum Teil gilt das kirchliche Arbeitsrecht.

Wie sich dieses vom deutschen Sozialstaat des Grundgesetzes vorgefundene und in ihm weiterentwickelte institutionelle Arrangement zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Tarifverträge grundsätzlich verhält, reflektieren die Herausgeberin und der Herausgeber, Karl-Jürgen Bieback und Daniel Hlava übergreifend, zugleich zieht sich die Fragestellung durch alle Beiträge des Bandes. In durchaus kritischer Distanz zu den konkreten Regelungen argumentieren sie jeweils spezifisch für eine praktische Konkordanz sozialstaatlicher Konstruktionsprinzipien, die Stärkung von gesellschaftlicher Selbststeuerung und den Schutz der Funktionsbedingungen sozialer Dienste und Einrichtungen.

Spätestens seit den 1990er Jahren wird über den Zusammenhang zwischen dem Leistungserbringungsrecht der Sozialleistungsträger und den Arbeitsbedingungen der Beschäftigten diskutiert. In dieser Zeit wurde das Sozialrecht reformiert, um Kosteneinsparungen und Kosteneffizienz sowie mehr Wettbewerb zwischen den Leistungserbringern zu erreichen. Der Vorrang der freien Wohlfahrtspflege vor privaten Unternehmen wurde aufgegeben. Für die Vergütungen wurde das Kostendeckungsprinzip abgeschafft und es wurden im Einzelnen differenzierte Regelungen geschaffen. Für die Krankenhäuser wurden die Fallpauschalen eingeführt. In der 1995 neu eingeführten Pflegeversicherung und in der Sozialhilfe mit den Einrichtungen der Eingliederungshilfe wurde eine prospektive Vereinbarung von Vergütungen eingeführt. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip wurde hier durch den „externen Vergleich“ konkretisiert. Das führte zu einer Orientierung am jeweils unteren Drittel der Vergütungen. Es wurde kritisiert, dass diese sozialrechtliche Gestaltung Privatisierung und Tarifflucht fördere und Druck auf die Lohnentwicklung im Ganzen ausübe.

Die kritische Diskussion führte bereits ab ca. 2010 zu Veränderungen in der Rechtsprechung des BSG und in der Gesetzgebung. Es wurde festgehalten, dass Entgelte von Pflegeeinrichtungen nicht als unwirtschaftlich gelten könnten, wenn sie auf tariflichen Regelungen beruhten. In Zeiten des Fachkräftemangels liegt es nahe, die Attraktivität von Beschäftigung durch gute Arbeitsbedingungen zu erhöhen, um Personal zu gewinnen. Die Gesundheits- und Pflegebranche sowie die Eingliederungshilfe gehören zu den vom Fachkräftemangel besonders betroffenen Branchen. Insofern verwunderte es nicht, dass die Regierungskoalition der letzten Legislaturperiode sich vorgenommen hatte, „die Bezahlung in der Altenpflege nach Tarif [zu] stärken, um [g]emeinsam mit den Tarifvertragsparteien […] dafür [zu] sorgen, dass Tarifverträge flächendeckend zur Anwendung kommen,“ (Koalitionsvertrag 2021). In der Folge haben Expert*innen im Rahmen der Konzertierten Aktion Pflege Vorschläge dafür erarbeitet, wie unter Wahrung des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts und der Tarifvertragsfreiheit eine angemessene Vergütung von Beschäftigten

in der Pflege erreicht werden könnte. Nun soll Tarifbindung nicht nur respektiert, sondern auch gefördert werden.

Für die stationären Pflegeeinrichtungen hat der Gesetzgeber in der Folge eine Regelung geschaffen, die die Zulassung von Einrichtungen zur Versorgung durch die Pflegeversicherung von einer Vergütung nach Tarifvertrag oder kirchenarbeitsrechtlichen Regelungen bzw. einer daran orientierten Vergütung abhängig macht. Gegen diese Regelung haben Anbieter privater Pflegedienste Verfassungsbeschwerde erhoben, das Verfahren ist noch anhängig. Seitdem wurde die fragliche Regelung in der vergangenen Legislaturperiode zum ersten Mal reformiert. Nicht nur im Hinblick auf die negative Koalitionsfreiheit sind unterschiedliche Bedenken an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der derzeitigen Regelungen geäußert worden. Die Regelungen werden bereits evaluiert, worüber Michaela Evans-Borchers berichtet.

Die Regelungen werden im Einzelnen detailliert für die Krankenversicherung von Sören Deister, die Langzeitpflege von Alexander Schraml und die Eingliederungshilfe von Torsten Schaumberg untersucht. Auch sie kommen zu konstruktiv-kritischen Ergebnissen, die auch möglicherweise nicht-intendierte Effekte und Konstruktionsmängel der Regelungen offenlegen. Eine politische Bilanz der Regelungen aus gewerkschaftlicher Sicht – ebenfalls „ernüchternd" – ziehen Grit Genster und Matthias Gruß.

Dieser Band dokumentiert eine intensive interdisziplinäre, Theorie und Praxis einbeziehende Diskussion und soll helfen, wissenschaftliche Durchdringung und politische Gestaltung voranzubringen und so die Voraussetzungen sozialer Dienstleistungen zu sichern.

Judith Brockmann
Felix Welti

Inhaltsverzeichnis

Vorwort 5

Einführung 7

Abkürzungsverzeichnis 13

Prof. Dr. Daniel Hlava
Zusammenhänge von Tarifrecht und Sozialrecht 19

Prof. Dr. Karl-Jürgen Bieback
Regelung der Lohnkosten von Dienstleistungserbringern im Sozialrecht und Koalitionsfreiheit 58

Prof. Dr. Torsten Schaumberg
Das Vertragsrecht der Eingliederungshilfe vor dem Hintergrund der Tarifbindung 92

Dr. Sören Deister
Vorgaben des GKV-Rechts zur Personalbesetzung in Krankenhäusern und ihr Verhältnis zur Tarifautonomie 129

Prof. Dr. Stefan Greß/Christian Jesberger
Ökonomische Perspektive auf die Entwicklung der Langzeitpflege 167

Prof. Dr. Wolfgang Schroeder
Organisationswelt im Gesundheitssektor am Beispiel der Altenpflege 195

Prof. Dr. Silke Trumpa/Maximilian Schöner
Nicht-monetäre Einflüsse auf die Arbeitszufriedenheit in der Pflege 214

Michaela Evans-Borchers
***Contest of terrains:* Genese, Wirkungen und Spannungsfelder der tarifgerechten Entlohnung in der Altenpflege** 252

Grit Genster/Matthias Gruß
Genese und Wirkung der „Tariflohnpflicht" in der Langzeitpflege aus gewerkschaftlicher Perspektive – Eine ernüchternde Bilanz 285

Prof. Dr. iur. utr. Alexander Schraml
Tariftreue für Pflegeeinrichtungen – Recht und Praxis aus der Sicht kommunaler Pflegeeinrichtungen 306

Prof. Dr. Judith Brockmann/Prof. Dr. Felix Welti
Tarifverträge und sozialrechtliche Leistungserbringung 323

Abkürzungsverzeichnis

AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AG	Arbeitsgruppe
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGV AWO e.V.	Arbeitgeberverband AWO Deutschland e.V.
AGVP	Arbeitgeberverband Pflege e.V.
AOK	Allgemeine Ortskrankenkassen
ARK	Arbeitsrechtliche Kommissionen
ARR	Kirchliche Arbeitsrechtsregelung
ASB	Arbeiter-Samariter-Bund Deutschland e.V.
ASMK	Arbeits- und Sozialministerkonferenz
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AVE	Allgemeinverbindlicherklärung
AVR	Arbeitsvertragsrichtlinien
AVR DD	Arbeitsvertragsrichtlinien der Diakonie Deutschland
AWO	Arbeiterwohlfahrt
BA	Bundesagentur für Arbeit
BAGFW	Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege e.V.
BAGüS	Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe
BAT	Bundes-Angestelltentarifvertrag
BAT-KF	Bundes-Angestelltentarifvertrag in kirchlicher Fassung
bAV	Betriebliche Altersversorgung
BB	BochumerBund
BDA	Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V.
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMFSFJ	Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
bpa	Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienste e.V.
BSG	Bundessozialgericht
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BTHG	Bundesteilhabegesetz
BVAP	Bundesvereinigung der Arbeitgeber in der Pflegebranche

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DBfK	Deutscher Berufsverband für Pflegeberufe e.V.
DCS	Daten-Clearing-Stelle
DDN	Diakonischer Dienstgeberverband Niedersachsen e.V.
Der Paritätische	Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband – Gesamtverband e.V.
Destatis	Statistisches Bundesamt
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DKG	Deutsche Krankenhausgesellschaft e.V.
DRG	Diagnosis Related Groups
EEE	Einrichtungseinheitlicher Eigenanteil
EstG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
G&S	Gesundheits- und Sozialpolitik (Zeitschrift)
G+G	Gesundheit + Gesellschaft (Zeitschrift)
G+G Wissenschaft	Gesundheit + Gesellschaft Wissenschaft (Zeitschrift)
G-BA	Gemeinsamer Bundesausschuss
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.
GesR	Gesundheitsrecht (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GKV-SV	Spitzenverband Bund der gesetzlichen Krankenkassen
GRV	Gesetzliche Rentenversicherung
GSG	Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung
GTE	Geschäftsstelle tarifliche Entlohnung in der Langzeitpflege beim GKV-SV
GuP	Gesundheit und Pflege (Zeitschrift)
GVWG	Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWVG	Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz
HKP	Häusliche Krankenpflege
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesagentur für Arbeit
IAT	Institut für Arbeit und Technik
ILO	International Labour Organization
InEK	Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus GmbH

IT NRW	Landesbetrieb Information und Technik NRW
jM	juris – Die Monatszeitschrift
KAP	Konzertierte Aktion Pflege
KAV	Kommunaler Arbeitgeberverband Bayern
KHEntG	Krankenhausentgeltgesetz
KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LSG	Landessozialgericht
MAGS NRW	Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen
MAVO	Mitarbeitervertretungsordnung der Caritas
MDK	Medizinischer Dienst der Krankenkassen
MedR	Medizinrecht (Zeitschrift)
MiLoG	Mindestlohngesetz
MVG	Mitarbeitervertretungsgesetz der Diakonie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NRW	Nordrhein- Westfalen
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
ÖTV	Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr
PBC	Personal-Bemessung-Charité
PflBG	Gesetz zur Zahlung eines Bonus für Pflegekräfte in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen
PflegeArbbV	Pflegearbeitsbedingungenverordnung
PflegeWEG	Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung
PKV-Verband	Verband der Privaten Krankenversicherung e.V.
PPBV	Pflegepersonalbemessungsverordnung
PPP-RL	Personalausstattung Psychiatrie und Psychosomatik – Richtlinie
PPR 2.0	Pflegepersonalregelung 2.0
PPRV	Personal-Patient*innen-Verhältnis
PpUGV	Pflegepersonaluntergrenzen-Verordnung
PPV	Private Pflegepflichtversicherung
PSG	Pflegestärkungsgesetze

PUEG	Pflegeunterstützungs- und -entlastungsgesetz
QFR-RL	Qualitätssicherungsrichtlinie Früh- und Reifgeborene
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rs.	Rechtssache
RV-Träger	Rentenversicherungsträger
SAPV	Spezialisierte ambulante Palliativversorgung
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SozR	Sozialrecht (Zeitschrift)
SPV	Soziale Pflegeversicherung
SR	Soziales Recht (Zeitschrift)
SRa	Sozialrecht aktuell
SV	Sozialversicherung
SvEV	Verordnung über die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Zuwendungen des Arbeitgebers als Arbeitsentgelt
TV	Tarifvertrag
TV AWO NRW	Tarifvertrag der Arbeiterwohlfahrt NRW
TV PPV	Tarifvertrag Pro Personal Vivantes
TV-E NRW	Tarifvertrag Entlastung an den Universitätskliniken des Landes NRW
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVGDV	Verordnung zur Durchführung des Tarifvertragsgesetzes
TVöD	Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst
TVöD VKA BT-B	Tarifvertrag öffentlicher Dienst im Bereich der kommunalen Arbeitgeberverbände Pflege- und Betreuungseinrichtungen
vdek	Verband der Ersatzkassen e.V.
ver.di	Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
VersRücklG	Versorgungsrücklagegesetz
VKA	Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände
VS	Volkssolidarität Bundesverband e.V.
VSSAR	Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht
VZÄ	Vollzeitäquivalente
WBVG	Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz
WIdO	Wissenschaftliches Institut der AOK

WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut der Hans-Böckler-Stiftung
ZAT	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Tarifpolitik in kirchlichen Unternehmen
ZFA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZögU	Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Zusammenhänge von Tarifrecht und Sozialrecht

*Prof. Dr. Daniel Hlava**

Inhaltsübersicht

I. Ausgangslage 21
1. Erodierende Tarifbindung 21
2. Fachkräftemangel und Attraktivität des Pflegeberufs 22
3. Spezifika der Leistungserbringung im Sozialrecht 23
II. Relevanz von Tarifverträgen für den Sozialstaat 24
III. Relevanz des Sozialrechts für Tarifverträge 26
1. Bestandsaufnahme tarifvertraglicher Bezugnahmen im Sozialgesetzbuch – Eine Übersicht 26
2. Bezugnahme auf Tarifverträge im Sozialgesetzbuch – Eine Systematisierung 30
a) Tarifbindung der Sozialleistungsträger in ihrer Rolle als Arbeitgeber 30
b) Sozialrechtliche Auswirkungen für Versicherte und ihre Arbeitgeber 31
aa) Tariföffnungsklauseln im Sozialrecht 31
bb) Förderung tarifgebundener Arbeitgeber 32
(1) Förderung von Weiterbildung und Qualifizierung 32
(2) Zuschüsse zum Arbeitsentgelt 33
cc) Sonderregelungen zur Einkommensberechnung und Leistungshöhe 34
(1) Im Recht der Unfallversicherung (SGB VII) 35
(2) Im Recht der Arbeitsförderung (SGB III) 35
dd) Unzumutbarkeit einer tarifwidrigen Beschäftigung 36

* Der Beitrag basiert auf einem Aufsatz des Autors, der unter dem Titel „Sozialrechtliche Privilegierung von Tarifverträgen“ in der Zeitschrift Soziales Recht (SR) 2021, 233–252 erschienen ist und in Teilen fortgeführt wird.

ee) Einfluss von Tarifverträgen auf den Versicherungsschutz und die Trägerzuständigkeit 37
c) Sonderregelungen im Baugewerbe 38
d) Förderung von Tariflohn bei Leistungserbringern 38
aa) Annahme der Angemessenheit von Tariflöhnen 39
(1) Beispiel Pflegeversicherung 39
(2) Angemessenheit von Tariflöhnen in weiteren Sozialleistungsbereichen 40
bb) Forderung einer Tarifbindung oder -orientierung für die Zulassung zur Versorgung 42
e) Arbeitskampf und Sozialrecht 43
3. Weiterer Einfluss des Sozialrechts auf Arbeitsbedingungen 44
IV. Tariftreue im Vergaberecht 45
V. Verfassungs- und unionsrechtliche Implikationen 47
1. Verfassungsrechtlicher Rahmen 47
2. Unionsrechtliche Bezüge 49
VI. Fazit 51
Literatur 52

Das Arbeits- und Sozialrecht sind rechtspolitisch eng verzahnte Gebiete, die sich wechselseitig beeinflussen, aber allzu häufig nicht hinreichend aufeinander abgestimmt sind.[1] Insofern liegt es nahe, dass auch zwischen Tarifverträgen, die originär dem kollektiven Arbeitsrecht zuzuordnen sind, und dem Sozialrecht wechselseitige Beziehungen und Einflussnahmen bestehen. Vor dem Hintergrund einer schwächelnden Tarifbindung und einem zunehmenden Fachkräftemangel in Gesundheits- und Pflegeberufen stellt sich umso mehr die Frage, welchen Beitrag das Sozialrecht leistet bzw. leisten könnte, um diesem Trend entgegenzuwirken. Dabei enthält das Sozialgesetzbuch bereits einige Normen, die explizit auf tarifvertragliche Gestaltungen Bezug nehmen. Welche Regelungen dies sind und wie sie sich im Sozialrecht auswirken, wird in diesem Beitrag einführend dargestellt und ein Versuch ihrer Systematisie-

1 Eingehend hierzu *Deinert/Maksimek/Sutterer-Kipping*, Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts; allgemein zum Verhältnis siehe *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht.

rung unternommen. Anschließend wird die verfassungs- und unionsrechtliche Bedeutung des Themas skizziert.

I. Ausgangslage

1. Erodierende Tarifbindung

Um die Tarifbindung in Deutschland ist es nicht gut bestellt. Insgesamt zeigt sich jedenfalls in den letzten drei Jahrzehnten der Trend einer rückläufigen Tarifbindung. Nach den Ergebnissen des IAB sank der Anteil tarifgebundener Beschäftigter seit Beginn der Erhebungen im Jahr 1996 bis zum Jahr 2022 um 26 % in Westdeutschland bzw. um 23 % in Ostdeutschland.[2] Damit hatten 2022 insgesamt 49 % der Beschäftigten und 75 % der Betriebe keinen Tarifvertrag.[3] Innerhalb der EU belegt Deutschland bei der Tarifbindung damit den 15. Platz.[4] Die Entwicklung ist jedoch regional unterschiedlich.[5] In der Altenpflege ist der Organisationsgrad der Beschäftigten nochmals deutlich geringer, wenngleich hier keine aktuellen Zahlen verfügbar sind.[6] Der Anteil tarifgebundener Einrichtungen in der Altenpflege lag 2022 nach Schätzungen ähnlich niedrig wie der branchenübergreifende Bundesdurchschnitt aller Betriebe.[7] Bei einer im Jahr 2019 durchgeführten Befragung unter Arbeitnehmervertretungen in medizinischen Rehabilitationseinrichtungen gaben 27 % der Antwortenden an, dass in ihrer Einrichtung kein Tarifvertrag zur Anwendung kommt.[8] Hinzu kommen die zahlreichen Einrichtungen von Caritas und Diakonie, für die die kirchlichen Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) gelten. Bei den AVR handelt es sich zwar nicht um Tarifverträge, aber um „Kollektivvereinbarungen besonderer Art", in denen die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten in kirchlichen Einrichtungen geregelt sind.[9]

2 *Hohendanner/Kohaut*, Tarifbindung und Mitbestimmung in: IAB-Forum.
3 *Hohendanner/Kohaut*, Tarifbindung und Mitbestimmung in: IAB-Forum.
4 *Lübker/Schulten*, Tarifbindung in den Bundesländern in: WSI Analysen zur Tarifpolitik Nr. 103, 8.
5 Für eine Übersicht nach Bundesländern vgl. *Lübker/Schulten*, Tarifbindung in den Bundesländern in: WSI Analysen zur Tarifpolitik Nr. 103.
6 *Schroeder*, Kollektives Beschäftigtenhandeln in der Altenpflege, Forschungsförderung Study Nr. 373, 103, zu möglichen Gründen des geringen Organisationsgrads vgl. 202 ff.
7 Hiernach könnten etwa 27,51 % der Altenpflegeeinrichtungen in Deutschland tarifgebunden sein, vgl. *Lenzen/Evans-Borchers*, Tariftreue in der Altenpflege, 31.
8 *Baldauf/Vitols*, Branchenanalyse medizinische Rehabilitation, Forschungsförderung Working Paper Nr. 160, 60.
9 *Linck* in: Schaub, ArbR-HdB, § 184 Rn. 10.

Von der auch seitens des EU-Gesetzgebers forcierten tarifvertraglichen Abdeckung von 80 %, wie sie Art. 4 Abs. 2 Mindestlohn-Richtlinie (EU) 2022/2041 vorsieht,[10] ist man somit insgesamt noch weit entfernt.

2. Fachkräftemangel und Attraktivität des Pflegeberufs

Bekanntermaßen besteht insbesondere im Pflegesektor ein Fachkräftemangel, bei dem vor dem Hintergrund der demografischen Entwicklung jedenfalls mittelfristig keine Entspannung erwartet wird.[11] Vielmehr zeigt eine Vorausberechnung des Statistischen Bundesamts, dass bei einer Fortsetzung des bisherigen Trends im Jahr 2029 etwa 90.000 Pflegekräfte fehlen werden und sich die Zahl bis zum Jahr 2049 sogar auf 280.000 erhöhen kann.[12] Notwendig ist insofern eine Steigerung der Attraktivität des Pflegeberufs. Die im Rahmen der „Konzertierten Aktion Pflege" im Auftrag des BMG durchgeführte Studie zur Arbeitsplatzsituation in der Akut- und Langzeitpflege ergab bei den befragten Pflegekräften und Auszubildenden, dass die Vergütung hierfür durchweg als relevantes Kriterium angesehen wurde (ausgewählt von 96 % der Befragten).[13] Insoweit verwundert es auch nicht, dass für diejenigen Pflegekräfte, die die Absicht haben, aus dem Beruf auszusteigen, eine bessere Vergütung der mit 73 % am häufigsten genannte Grund wäre, um im Beruf zu verbleiben.[14]

Nach einer im Auftrag der Arbeitnehmerkammer Bremen u.a. durchgeführten Erhebung unter teilzeitbeschäftigten Pflegefachkräften und aus dem Beruf ausgeschiedenen Pflegefachkräften besteht in Deutschland (nach konservativer Berechnung) ein Potential von 302.000 zusätzlichen Vollzeit-Pflegekräften (davon 172.000 in der Krankenpflege und 130.000 in der Langzeitpflege).[15] Als wichtigste Arbeitsbedingungen für einen Wiedereinstieg bzw. eine Stundenaufstockung wurde von den Befragten gleich nach dem Aspekt „Mehr Zeit für eine gute Pflege durch mehr Personal" eine „Höhere Bezahlung" genannt; die „Tarifbindung" als solche findet sich separat an fünfter Stelle.[16] Nicht-monetäre Anreize sind hierbei jedoch ebenfalls nicht zu vernachlässigen.[17]

---

10 Dazu unten, Abschnitt V. 2.

11 S. nur Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarktsituation im Pflegebereich, 21.

12 Destatis, Bevölkerungsvorausberechnung – Pflegekräftevorausberechnung.

13 Bezogen auf Nicht-Leitungskräfte: *Peters u.a.*, Endbericht zur Studie „Arbeitsplatzsituation in der Akut- und Langzeitpflege und Ermittlung sowie modellhafte Implementierung von Indikatoren für gute Arbeitsbedingungen in der Langzeitpflege", 435, Abb. 114.

14 Vgl. *Peters u.a.*, Endbericht zur Studie „Arbeitsplatzsituation in der Akut- und Langzeitpflege und Ermittlung sowie modellhafte Implementierung von Indikatoren für gute Arbeitsbedingungen in der Langzeitpflege", 474, Abb. 143.

15 *Auffenberg u.a.*, „Ich pflege wieder, wenn …", 51, Tab. 15.

16 *Auffenberg u.a.*, „Ich pflege wieder, wenn …", 53, Tab. 16.

17 Vgl. hierzu *Trumpa/Schöner* in diesem Band.

Bezogen auf Beschäftigte in medizinischen Rehabilitationseinrichtungen gaben in einer Studie der Hans-Böckler-Stiftung 70 % der befragten Arbeitnehmervertretungen an, dass die Entlohnung nicht angemessen sei (weitere 19 % bewerteten die Entlohnung teils/teils als angemessen).[18]

3. Spezifika der Leistungserbringung im Sozialrecht

Eine höhere Entlohnung bzw. eine generelle Verbesserung der Arbeitsbedingungen wird jedoch nach marktwirtschaftlichen Prinzipien für die Anbieter von Pflege- und Gesundheitsleistungen nur möglich sein, wenn deren Refinanzierung gesichert ist.

In der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung sind etwa 73,6 Millionen Menschen versichert, was einem Bevölkerungsanteil von 87,3 % entspricht.[19] Ein Großteil der im Gesundheits- und Pflegewesen erbrachten Leistungen sind Sozialleistungen, die sozialrechtlich reguliert sind. Dabei handelt es sich insbesondere um Sachleistungen (als Grundprinzip der gesetzlichen Krankenversicherung in § 2 Abs. 2 SGB V).

Der Leistungsanspruch der Versicherten kann auf verschiedene Arten realisiert werden. In Frage kommt zunächst die Ausführung der Leistungen durch Einrichtungen unter der Trägerschaft der Sozialleistungsträger (wie berufsgenossenschaftliche Unfallkliniken oder Rehabilitationseinrichtungen der Deutschen Rentenversicherung). Rechtliche Einschränkungen ergeben sich bspw. aus § 140 SGB V. Des Weiteren können Leistungen durch externe (private, freigemeinnützige/kirchliche oder kommunale) Anbieter erbracht werden. Zu diesem Zweck bestehen im sog. sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis direkte Beziehungen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern (bzw. deren Verbänden), um den Anspruch der Versicherten zu realisieren. Die Ausführung der Sozialleistungen und deren Vergütung richten sich teils nach den Ergebnissen von Aushandlungsprozessen (Vertragsbeziehungen), teils sind sie (ohne Umsetzungsspielraum) gesetzlich determiniert (vgl. Regelungen zum Leistungserbringerrecht u.a. in §§ 69 ff. SGB V, §§ 69 ff. SGB XI, §§ 28, 36 ff. SGB IX, §§ 123 ff. SGB IX).

Insofern bewegen sich Anbieter von Sozialleistungen stets in einem sozialrechtlich geprägten Gefüge, auf das sie nur bedingt Einfluss haben. Neben Mindestanforderungen an die Qualität der Leistungen verlangen die einzelnen

18 *Baldauf/Vitols*, Branchenanalyse medizinische Rehabilitation, Forschungsförderung Working Paper Nr. 160, 66.

19 Vdek, Daten zum Gesundheitswesen.

Leistungsgesetze die Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots (vgl. u.a. § 69 SGB IV, §§ 12, 70 SGB V, §§ 38 Abs. 3, 123 Abs. 2 SGB IX, §§ 29, 73 SGB XI), das – mit dem Ziel, die Finanzierbarkeit des gesamten Systems zu wahren – einer völlig freien Preisbildung entgegensteht und in der Folge auch die Wahlfreiheit der Versicherten (§ 33 S. 2 SGB I, § 8 SGB IX) bei der Auswahl eines geeigneten Leistungserbringers einschränkt.[20] Hinzu kommt, dass in manchen Konstellationen außerdem das Vergaberecht Anwendung finden kann, wenngleich dies aufgrund der Besonderheiten im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis eine eher untergeordnete Bedeutung hat.[21]

In diesem besonderen Feld, steht auch die inhaltliche Ausgestaltung von Tarifverträgen unter dem Einfluss des Sozialrechts.

II. Relevanz von Tarifverträgen für den Sozialstaat

Bislang kaum beleuchtet wurde dabei das Verhältnis von Tarifverträgen und sozialrechtlicher Regulierung. Dies verwundert insofern, als dass die Sozialversicherung zu einem großen Teil an das arbeits- und ggf. tarifvertraglich ausgestaltete Arbeitsverhältnis anknüpft und damit „die tarifautonome Gestaltung der Arbeitsbedingungen herausragende Bedeutung für das [Sozialversicherungs-]System insgesamt [hat]“[22].

Tarifverträge führen größtenteils zu einer besseren Entgeltentwicklung als dies bei nichttarifgebundenem Arbeitsentgelt der Fall ist. Dies lässt sich auch empirisch belegen. So müssen Beschäftigte mit Tarifvertrag weniger arbeiten und erhalten durchschnittlich 10,2 % mehr Lohn als vergleichbare Beschäftigte in nicht-tarifgebundenen Betrieben.[23] Nach den unter Abschnitt I.2. genannten Studien steigert eine angemessenere Entlohnung die Attraktivität des Pflegeberufs und wirkt damit dem bestehenden Fachkräftemangel entgegen. Eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen kann zugleich mit einer nachhaltigen Verbesserung der Pflegequalität einhergehen.[24]

20 Dazu *Theben/Hlava* in: Deinert u.a., SWK-BehindertenR, Wunsch- und Wahlrecht, Rn. 20 f.

21 Dazu *Hauck*, SRa 2017, 231, 240; *Dörr* in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Einleitung Rn. 89.

22 *Deinert* in: Deinert/Maksimek/Sutterer-Kipping, Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts, 545; allgemein zum Verhältnis zwischen Arbeits- und Sozialrecht siehe *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht.

23 *Lübker/Schulten*, Tarifbindung in den Bundesländern in: WSI Analysen zur Tarifpolitik Nr. 103, 11.

24 *Waltermann*, Tarifautonomie und Pflegebranche in: Gewerkschaftsrechte heute, 67, 77 f.

Da allein im Gesundheitswesen 5,7 Millionen Menschen – und damit jeder achte Erwerbstätige – beschäftigt sind,[25] betrifft eine höhere (tarifgebundene oder hieran orientierte) Entlohnung potenziell einen nicht unerheblichen Teil der Bevölkerung. Hinzu kommen einige weitere Branchen, in denen Sozialleistungen erbracht werden, so z.B. in der Arbeitsförderung und in der Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderungen. Tariflöhne in diesen Branchen stützen aufgrund der damit verbundenen höheren Beitragszahlung die Finanzierbarkeit der Sozialversicherung. Außerdem helfen Sie dabei, Mitnahmeeffekte von ergänzenden Grundsicherungsleistungen im Niedriglohnsektor zu begrenzen. Hier kommt es durchaus vor, dass beim angebotenen Entgelt bereits aufstockende Sozialleistungen (wie Bürgergeld) mit einkalkuliert werden.[26] Daneben erfüllen tarifvertraglich geregelte Arbeitsbedingungen weitere Gemeinwohlbelange, wie die Förderung höherer Altersrenten aufgrund besserer Entgelte (und damit die Reduzierung von Altersarmut) – bei einer funktionierenden, flächendeckend wahrgenommenen Tarifautonomie wären somit manche gesetzgeberische Eingriffe bzw. Korrekturen obsolet.[27]

Schließlich werden tarifvertraglich zum Teil Defizite bei der Ausgestaltung der Sozialversicherung kompensiert. Gemeint sind Lücken in der Absicherung sozialer Risiken, die die Sozialversicherung in ihrer derzeitigen Konzeption nicht zu schließen vermag. Zu denken ist hier zum einen an die betriebliche Altersversorgung, die oftmals tarifvertraglich oder im Rahmen einer Betriebsvereinbarung geregelt ist. Zum anderen existiert in der Chemiebranche ein Tarifvertrag, der mit einer Pflegezusatzversicherung die Leistungen der sozialen Pflegeversicherung, die nur eine „Teilkaskoversicherung“[28] ist, ergänzt.[29]

Jenseits der Aushandlung von Tarifverträgen übernehmen die Sozialpartner weitere wichtige Rollen im Gefüge des Sozialrechts, bspw. durch die Mitwirkung in der Selbstverwaltung der Sozialversicherungsträger, bei der Festlegung der Pflegepersonaluntergrenzen in pflegesensitiven Bereichen (§ 137i Abs. 1 S. 13 SGB V) und in der Pflegekommission, die mit über die Empfehlungen über Mindestlöhne für Pflegekräfte entscheidet (§ 12 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 AEntG) etc.

25 BMAS, Gesundheitswirtschaft als Jobmotor.

26 *Waltermann* spricht hier von einem »Kombilohnmodell«, vgl. *ders.*, NZA 2013, 1041, 1045 f.; s. auch *Deinert/Walser*, AuR 2015, 386, 389.

27 Vgl. dazu *Waltermann*, SR 2021, 177, 180.

28 Vgl. nur *Luik* in: Krauskopf, SGB XI, § 8 Rn. 3.

29 So seit Juli 2021 die „CareFlex Chemie“, vgl. dazu IGBCE, Tarifliche Pflegezusatzversicherung.

III. Relevanz des Sozialrechts für Tarifverträge

Tarifvertragliche Gestaltungen haben nicht nur eine besondere Relevanz für die Materie des Sozialrechts, sondern auf der Kehrseite hat auch die Gesetzgebung im Sozialrecht Einfluss auf Inhalte, Abschluss oder Anwendung von Tarifverträgen.

1. Bestandsaufnahme tarifvertraglicher Bezugnahmen im Sozialgesetzbuch – Eine Übersicht

Tarifvertragliche Regelungen sind in den einzelnen Büchern des Sozialgesetzbuchs kein Fremdkörper, sondern durchaus verbreitet, wie die nachfolgende Erhebung zeigt. Mit Ausnahme der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) wird in allen Sozialleistungsbereichen auf Tarifverträge Bezug genommen – insgesamt in derzeit[30] 65 Vorschriften (wobei hier nur die Anzahl der Paragrafen gezählt und nicht innerhalb dieser nach unterschiedlichen Regelungsbereichen differenziert wurde).

Im Einzelnen werden in folgenden Vorschriften Tarifverträge erwähnt:

- **Grundsicherung für Arbeitsuchende** (**SGB II**) – *3 Vorschriften*:
  - § 6c Abs. 3 S. 3, § 6c Abs. 5 S. 1 – Personalübergang bei Zulassung weiterer kommunaler Träger und bei Beendigung der Trägerschaft
  - § 16i Abs. 2 S. 2 – Teilhabe am Arbeitsmarkt
  - § 44g Abs. 1 S. 1 – Zuweisung von Tätigkeiten bei der gemeinsamen Einrichtung

- **Arbeitsförderungsrecht** (**SGB III**) – *22 Vorschriften*:
  - § 67 Abs. 3 – Einkommensanrechnung [bei Berufsausbildung im familiären Betrieb]
  - § 82 Abs. 4 S. 1 – Förderung beschäftigter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer [bzgl. der Kostenbeteiligung des Arbeitgebers bei beruflicher Weiterbildung]
  - § 82a Abs. 2 S. 1, 3 u. 6 – Qualifizierungsgeld [bestehende Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag als Voraussetzung]
  - § 82b Abs. 3 S. 2 – Höhe und Bemessung des Qualifizierungsgeldes
  - § 91 S. 1 Nr. 1 – Zu berücksichtigendes Arbeitsentgelt und Auszahlung des [Eingliederungs-]Zuschusses

30 Stand: Juni 2024; die nähere Auswertung erfolgte auf Basis der Schlagwortsuche „Tarif“ und „kollektiv“.

- § 106 Abs. 2 S. 3 – Nettoentgeltdifferenz [Kurzarbeitergeld]
- § 109 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 2 – Verordnungsermächtigung [Kurzarbeitergeld]
- § 133 Abs. 4 S. 1 – Saison-Kurzarbeitergeld und ergänzende Leistungen im Gerüstbauerhandwerk
- § 140 Abs. 2 – Zumutbare Beschäftigungen
- § 151 Abs. 5 S. 3 – Bemessungsentgelt [Arbeitslosengeld]
- § 152 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 – Fiktive Bemessung [Arbeitslosengeld]
- § 160 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 3, 5, 6 – Ruhen bei Arbeitskämpfen [Arbeitslosengeld]
- § 299 Nr. 9 – Informationspflicht bei grenzüberschreitender Vermittlung [über „Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind"]
- § 323 Abs. 3 S. 3 – Antragserfordernis [Nachweispflichten des Arbeitgebers bei Folgeanträgen auf Qualifizierungsgeld]
- § 354 S. 2 – Grundsatz [Winterbeschäftigungs-Umlage]
- § 356 Abs. 2 S. 1 – Umlageabführung [Winterbeschäftigungs-Umlage]
- § 379 Abs. 1 S. 1 – Vorschlagsberechtigte Stellen [Selbstverwaltung der Bundesagentur für Arbeit]
- § 387 Abs. 6 S. 2 – Personal der Bundesagentur
- § 389 Abs. 1 S. 1 – Anstellungsverhältnisse oberster Führungskräfte [der Bundesagentur für Arbeit]
- § 390 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 5 S. 1 – Außertarifliche Arbeitsbedingungen und Vergütungen
- § 421d Abs. 2 – Vorübergehende Sonderregelungen zum Arbeitslosengeld
- § 437 Abs. 3 u. 4 – Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt [Übergangsregelungen]

– **Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung** (**SGB IV**) – *3 Vorschriften*:
  - § 7d Abs. 3 S. 2 Nr. 1 – Führung und Verwaltung von Wertguthaben
  - § 7e Abs. 1 S. 2 – Insolvenzschutz [Wertguthaben]
  - § 28p Abs. 8 S. 10 u. Abs. 11 S. 1 – Prüfung bei den Arbeitgebern

– **Krankenversicherungsrecht** (**SGB V**) – *7 Vorschriften*:
  - § 44 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 – Krankengeld
  - § 111 Abs. 5 S. 3 – Versorgungsverträge mit Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen, Verordnungsermächtigung
  - § 111c Abs. 3 S. 3 – Versorgungsverträge mit Rehabilitationseinrichtungen, Verordnungsermächtigung
  - § 132 Abs. 1 S. 2 – Versorgung mit Haushaltshilfe

- § 132a Abs. 1 S. 4 Nr. 5 u. Abs. 4 S. 7 – Versorgung mit häuslicher Krankenpflege
- § 132l Abs. 2 Nr. 7 u. Abs. 5 S. 2 – Versorgung mit außerklinischer Intensivpflege, Verordnungsermächtigung
- § 412 Abs. 3 S. 5 – Errichtung der Medizinischen Dienste und des Medizinischen Dienstes Bund

– **Rentenversicherungsrecht** (**SGB VI**) – *4 Vorschriften*:
  - § 15 Abs. 3 S. 5 u. Abs. 8 S. 2 Nr. 3 – Leistungen zur medizinischen Rehabilitation
  - § 137e Abs. 1 S. 2 – Beirat [Seemannskasse]
  - § 150 Abs. 3 S. 10 – Dateisysteme bei der Datenstelle
  - Anlage 9 Nr. 2 Unter-Nr. 2 – Hauerarbeiten

– **Unfallversicherungsrecht** (**SGB VII**) – *9 Vorschriften*:
  - § 10 Abs. 2 – Erweiterung in der See- und Binnenschifffahrt [Versicherungsfall]
  - § 82 Abs. 1 S. 2 – Regelberechnung [Jahresarbeitsverdienst]
  - § 92 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 5 S. 2 – Jahresarbeitsverdienst für Seeleute
  - § 116 Abs. 3 S. 6 HS 2 – Unfallversicherungsträger im Landesbereich
  - § 118 Abs. 3 S. 2 HS 2 – Vereinigung von Berufsgenossenschaften
  - § 129 Abs. 1 Nr. 3 – Zuständigkeit der Unfallversicherungsträger im kommunalen Bereich [für in Eigenarbeit nicht gewerbsmäßig ausgeführte Bauarbeiten]
  - § 144 S. 1 – Dienstordnung
  - § 172c Abs. 1 S. 3 – Altersrückstellungen
  - § 218e Abs. 2 – Übergangsregelungen aus Anlass des Übergangs der Beitragsüberwachung auf die Träger der Deutschen Rentenversicherung

– **Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderung** (**SGB IX**) – *9 Vorschriften*:
  - § 38 Abs. 2 – Verträge mit Leistungserbringern
  - § 50 Abs. 4 S. 1 – Leistungen an Arbeitgeber [Eingliederungszuschüsse]
  - § 61 Abs. 1 – Budget für Arbeit
  - § 61a Abs. 2 S. 2 – Budget für Ausbildung
  - § 68 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 – Berechnungsgrundlage [des Übergangsgeldes] in Sonderfällen
  - § 124 Abs. 1 S. 6 – Geeignete Leistungserbringer [der Eingliederungshilfe]
  - § 178 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 – [Überwachungs-]Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung
  - § 196 Abs. 2 – Finanzielle Leistungen [Integrationsfachdienste]
  - § 208 Abs. 1 S. 2 – Zusatzurlaub [für schwerbehinderte Menschen]

- **Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz** (**SGB X**) – *1 Vorschrift*:
  - § 69 Abs. 2 – Übermittlung für die Erfüllung sozialer Aufgaben

- **Pflegeversicherungsrecht** (**SGB XI**) – 4 Vorschriften:
  - § 61 Abs. 3 S. 1 – Beitragszuschüsse für freiwillige Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung und Privatversicherte
  - § 72 Abs. 3a bis 3e – Zulassung zur Pflege durch Versorgungsvertrag
  - § 82a Abs. 1 – Ausbildungsvergütung
  - § 82c – Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen

- **Sozialhilfe** (**SGB XII**) – 1 Vorschrift:
  - § 75 Abs. 2 S. 13 – Allgemeine Grundsätze [Vertragsrecht]

- **Soziale Entschädigung** (**SGB XIV**) – 2 Vorschriften:
  - § 89 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 – Voraussetzung und Höhe [des Berufsschadensausgleichs]
  - § 90 Abs. 2 – Feststellung [Berufsschadensausgleich]

Daneben existieren außerhalb des Sozialgesetzbuchs – aber mit (un)mittelbarem Bezug zum Sozialleistungssystem – in weiteren angrenzenden Regelungsbereichen Bezugnahmen auf Tarifverträge. So existieren im Krankenhausentgeltgesetz (KHEntG) 6 Vorschriften mit Bezug auf Tarifverträge:

- § 4 Abs. 9 S. 6 u. Abs. 10 S. 11 KHEntG – Vereinbarung eines Erlösbudgets [Berücksichtigung von Tariferhöhungen in Abs. 9 S. 6 und Tariflohn als Grenzbetrag für berücksichtigungsfähige Löhne und Gehälter von Hebammen nach Abs. 10 S. 11]
- § 6 Abs. 3 S. 5 KHEntG – Vereinbarung sonstiger Entgelte [Erhöhungsrate bei Tariferhöhungen]
- § 6a Abs. 2 S. 5 u. 9 sowie Abs. 4 KHEntG – Vereinbarung eines Pflegebudgets [Tariflohn als Höchstgrenze der Wirtschaftlichkeit nach Abs. 2 S. 5, hinsichtlich Leiharbeit in Abs. 2 S. 9 und nach Abs. 4 Erhöhung des krankenhausindividuellen Pflegeentgeltwerts um die prozentuale Tariferhöhung]
- § 9 Abs. 1 Nr. 7 KHEntG – Vereinbarung auf Bundesebene [von Spitzenverband Bund der Krankenkassen und dem Verband der Privaten Krankenversicherung gemeinsam mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft über Erhöhungsrate für Tariferhöhungen]
- § 10 Abs. 5, Abs. 6 S. 4, Abs. 7 KHEntG – Vereinbarung auf Landesebene [Berücksichtigung von Tariferhöhungen bei der Vereinbarung des Basisfallwerts]

– § 11 Abs. 1 S. 5 KHEntG – Vereinbarung für das einzelne Krankenhaus [Rückzahlung nicht zweckentsprechend für die Finanzierung der Tariferhöhungen von Pflegepersonal verwendeten Mitteln]

Im Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBVG) findet sich keine explizite Bezugnahme auf Tarifverträge, jedoch kann nach § 9 Abs. 1 S. 1 WBVG einseitig durch den Unternehmer eine Entgelterhöhung verlangt werden, „wenn sich die bisherige Berechnungsgrundlage verändert". Aufgrund einer tariflichen Lohnerhöhung gestiegene Kosten können hierunter gefasst werden.[31]

2. Bezugnahme auf Tarifverträge im Sozialgesetzbuch – Eine Systematisierung

Welche Bedeutung Tarifverträgen in den jeweiligen Regelungszusammenhängen zukommt, ist – ebenso wie die Materie des Sozialrechts als solche – höchst unterschiedlich und reicht von einem bloßen Hinweis auf die Beachtung tarifvertraglicher Regelungen bis hin zur Privilegierung von Tarifbindung bei Sozialleistungen. Es lassen sich jedoch verschiedene Muster erkennen.

a) Tarifbindung der Sozialleistungsträger in ihrer Rolle als Arbeitgeber

Zunächst lassen sich einige Regelungen identifizieren, in denen der Gesetzgeber die Sozialleistungsträger verpflichtet, die für ihre Beschäftigten geltenden Tarifverträge anzuwenden. Dies betrifft bspw. den gesetzlichen Personalübergang von Arbeitnehmer*innen der Bundesagentur für Arbeit (BA) auf neu zugelassene Optionskommunen als Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach § 6c Abs. 3 SGB II oder der Zuweisung von Tätigkeiten (§ 6c Abs. 5 und § 44g SGB II). Die Regelungen erschöpfen sich jedoch größtenteils in dem Hinweis darauf, dass die jeweiligen bestehenden tarifvertraglichen Regelungen Gültigkeit haben.[32] In den übrigen Fällen geht es im Wesentlichen um die Fortgeltung von Arbeitsbedingungen für das Personal, das von einem anderen Träger übernommen wurde, da sich der gesetzliche Aufgabenzuschnitt des Sozialleistungsträgers geändert hat.[33] Insoweit könnte man hier von Spezialregelungen zum Betriebsübergang nach § 613a BGB sprechen.

Daneben existieren aber auch Regelungen, die ausdrücklich einen Tarifvorrang statuieren. So hat die Vertreterversammlung der Unfallversicherungsträ-

31 *Wrackmeyer-Schoene* in: Schwedler-Allmendinger, HK-WBVG, § 9 Rn. 19.

32 So z.B. auch bei beurlaubten Beamt*innen mit einem befristeten Arbeitsvertrag: § 387 Abs. 6 SGB III.

33 Vgl. bspw. § 28p Abs. 11 SGB IV zur Übernahme des Personals der Krankenkassen, die früher für die Betriebsprüfungen zuständig waren, durch die nun zuständigen Rentenversicherungsträger; vgl. ferner § 412 Abs. 3 S. 5 SGB V und § 218e Abs. 2 SGB VII.

ger nach § 144 S. 1 SGB VII angemessene Arbeitsbedingungen für die Angestellten zu regeln, „soweit nicht die Angestellten nach Tarifvertrag oder außertariflich angestellt werden".

Genau genommen handelt es sich bei den vorgenannten Beispielen aber nicht um sozialrechtliche Regulierung, sondern um arbeitsrechtliche Gestaltungen im sozialrechtlichen Gewand.[34] Adressat dieser originär arbeitsrechtlichen Verpflichtung ist der Sozialleistungsträger in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber.

b) Sozialrechtliche Auswirkungen für Versicherte und ihre Arbeitgeber

aa) Tariföffnungsklauseln im Sozialrecht

In verschiedenen Bereichen gestattet es der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien, von gesetzlichen Arbeitsbedingungen durch Branchen- oder Firmentarifverträge abzuweichen. Er schafft somit einen Anreiz zum Abschluss von Tarifverträgen, um die Möglichkeit von Sonderregelungen nutzen zu können. Problematisch ist an den gesetzlichen Öffnungsklauseln oftmals, dass auch nicht-tarifgebundene Arbeitgeber von diesen profitieren können, indem sie die Inhalte eines Tarifvertrags lediglich über eine Bezugnahme im Arbeitsvertrag anwenden. Dieser Umstand ist jedoch nicht zwingend. Kingreen stellte in einem Gutachten für das Hugo Sinzheimer Institut fest, dass der Gesetzgeber durchaus Tariföffnungsklauseln regeln kann, die exklusiv nur für tarifgebundene Arbeitgeber gelten; dies wäre verfassungsrechtlich zulässig.[35]
Weniger bekannt ist, dass Tariföffnungsklauseln auch im Sozialrecht existieren. Ein Beispiel ist § 7d Abs. 3 SGB IV, der die Anlagemöglichkeiten von Wertguthaben regelt. Wertguthaben sind eine Art Arbeitszeitkonto, auf dem Zeit oder Entgelt für eine längere Freistellungsphase angespart werden kann (bspw. für Pflege, Kinderbetreuung oder ein Sabbatical).[36] Gleitzeitkonten sind damit nicht gemeint.[37] Im Allgemeinen darf bis zu 20 % des Wertguthabens in Aktien und Aktienfonds angelegt werden (§ 7d Abs. 3 S. 1 SGB IV). Abweichend von dieser Grenze kann aber nach § 7d Abs. 3 S. 2 Nr. 1 SGB IV mittels Tarifvertrags oder auf Grund eines Tarifvertrags in einer Betriebsvereinbarung ein höherer Anlageanteil festgelegt werden.

Das angesprochene Wertguthaben ist gegen eine Insolvenz des Arbeitgebers geschützt. Nach § 7e Abs. 1 S. 1 SGB IV ist das Guthaben vollständig abzusichern, wenn kein Anspruch auf Insolvenzgeld besteht und das Wertguthaben,

34 Zur Einordnung dieser Kategorie s. *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, 56.
35 *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln.
36 BMAS, Wertguthaben, 8.
37 *Rolfs/Witschen*, NZS 2009, 295, 297.

inkl. des Gesamtsozialversicherungsbeitrags, oberhalb des Betrags der monatlichen Bezugsgröße liegt. Tarifvertraglich kann hier ein anderer Grenzbetrag für die Insolvenzsicherung vereinbart werden (§ 7e Abs. 1 S. 2 SGB IV). Dies kann im Ergebnis einerseits zu einer Abschwächung der Sicherungspflicht führen (z.B. erst für Beträge ab der dreifachen monatlichen Bezugsgröße), andererseits die Insolvenzsicherung bereits bei Kleinstbeträgen festlegen.[38]

bb) Förderung tarifgebundener Arbeitgeber

Neben den bereits genannten Anreizen wird Tarifbindung punktuell auch direkt durch den Zugang zu (höheren) Sozialleistungen belohnt, auf die ohne Tarifvertrag kein Anspruch bestehen würde. Da Sozialleistungen nach dem Vorbehalt des Gesetzes (§ 31 SGB I) nur auf der Grundlage eines Gesetzes erbracht werden dürfen, sind solche Vorteile eng mit den Tariföffnungsklauseln verwandt.

(1) Förderung von Weiterbildung und Qualifizierung

Ein solcher rechtlicher Vorteil besteht im Kontext der Förderung von Weiterbildung und Qualifizierung nach § 82 SGB III. Diese Norm sieht – gestaffelt nach der Gesamtanzahl der Beschäftigten – die volle oder teilweise Übernahme der Lehrgangskosten und einen Zuschuss zum Arbeitsentgelt während der Weiterbildung vor. Diese Förderung durch die BA erhöht sich – unabhängig von der Betriebsgröße – um 5 % der Lehrgangskosten und 5 % des Lohnkostenzuschusses, sofern in dem Betrieb eine Betriebsvereinbarung oder ein Tarifvertrag über berufliche Weiterbildung existiert (§ 82 Abs. 4 SGB III). Der Gesetzgeber wollte damit erreichen, dass „die Verantwortung der Sozialpartner für die Weiterbildung der Beschäftigten bei der Bewältigung struktureller betrieblicher Anpassungsprozesse gestärkt und Anreize gesetzt [werden], die Weiterbildungsförderung von Beschäftigten in Tarifverträgen bzw. Betriebsvereinbarungen zu verankern.“[39] Die Gewerkschaftsmitgliedschaft der Arbeitnehmer*innen wird hierbei nicht gefordert.[40] Da die finanzielle Förderung den Arbeitgebern zugutekommt, ist der Anreiz daher primär auf die Stärkung ihrer Tarifbindung gerichtet.

Einen Schritt weiter gehen die Regelungen zum Qualifizierungsgeld in § 82a SGB III, die zum 1.4.2024 in Kraft traten. Hierbei handelt es sich um eine Entgeltersatzleistung für Arbeitnehmer*innen, die sich weiterbilden. Um das Qualifizierungsgeld von der BA beanspruchen zu können, muss als eine der betrieblichen Voraussetzungen mittels Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag

38 Vgl. *Zieglmeier* in: BeckOGK (KassKomm), SGB IV, § 7e Rn. 15.
39 BT-Drs. 19/17740, 23.
40 *Jüttner* in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, § 82 Rn. 30.

geregelt worden sein, dass ein strukturwandelbedingter Qualifizierungsbedarf im Betrieb besteht, wie die nachhaltigen Beschäftigungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer*innen sind und wie das Qualifizierungsgeld in Anspruch genommen wird (s. § 82a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB III). Ohne eine solche kollektivrechtliche Regelung kann die Leistung nicht in Anspruch genommen werden. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung ausdrücklich auch einen Anreiz für die Betriebs- und Tarifpartner setzen, „in stärkerem Umfang als bisher die berufliche Weiterbildung der Beschäftigten in kollektivrechtlichen Regelungen zu verankern“[41]. Obwohl Inhaber des Anspruchs auf Qualifizierungsgeld die Beschäftigten sind, fördert das Instrument damit auch die Tarifbindung von Arbeitgebern. Die Beantragung erfolgt über den Arbeitgeber (§ 323 Abs. 3 SGB III).

(2) Zuschüsse zum Arbeitsentgelt

Arbeitgeber können über die Jobcenter Zuschüsse zum Arbeitsentgelt erhalten, wenn sie Langzeitarbeitslose einstellen (§ 16i SGB II). Der Lohnkostenzuschuss beträgt einen bestimmten Prozentsatz des gesetzlichen Mindestlohns in Abhängigkeit zur Dauer des Arbeitsverhältnisses. Sofern der Arbeitgeber aufgrund eines Tarifvertrags ein höheres Arbeitsentgelt zahlen muss, wird dieses anstelle des Mindestlohns zugrunde gelegt (§ 16i Abs. 2 S. 2 SGB II). Tarifgebundene Arbeitgeber profitieren somit von einer höheren Förderung, wenngleich noch nicht geklärt ist, ob auch „tariforientierte Arbeitgeber“[42] von den höheren Zuschüssen profitieren können.[43]

Auch die Arbeitslosenversicherung kennt Lohnkostenzuschüsse. Der Eingliederungszuschuss nach den §§ 88 ff. SGB III bezieht sich auf das vom Arbeitgeber gezahlte Arbeitsentgelt. Nach § 91 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III wird dieses aber nur bis zur Höhe des tariflich geschuldeten Arbeitsentgelts berücksichtigt oder – falls ein solches nicht vorhanden ist – des ortsüblichen Entgelts (und zusätzlich bis max. zur Beitragsbemessungsgrenze in der Arbeitslosenversicherung). Im Gegensatz zum Lohnkostenzuschuss nach § 16i SGB II ist damit für den Eingliederungszuschuss nicht der Tariflohn maßgeblich, sondern das tatsächlich gezahlte Entgelt, wobei der Tarifvertrag eine Grenze nach oben einzieht, bis zu der das Entgelt berücksichtigt werden kann.[44] Ähnliches wurde vom Grundgedanken her bereits früher im Arbeitsförderungsgesetz (AFG) geregelt. § 94 Abs. 1 S. 2 AFG a.F. bestimmte, dass bei Zuschüssen zu Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen dasjenige Arbeitsentgelt berücksichtigungsfähig ist, das –

41 BT-Drs. 20/6518, 41.

42 Hierauf ebenfalls bezugnehmend: BT-Drs. 19/5588, 19.

43 Vgl. *Deinert* in: Deinert/Maksimek/Sutterer-Kipping, Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts, 551.

44 *Schneil* in: BeckOGK (Gagel), SGB III, § 91 Rn. 5.

neben weiteren Bedingungen – 80 % des tariflichen Arbeitsentgelts nicht übersteigt.[45]

Eine § 91 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III entsprechende Regelung findet sich auch in § 50 Abs. 4 S. 1 SGB IX in Bezug auf Eingliederungszuschüsse als Leistung zur Teilhabe von Menschen mit Behinderungen am Arbeitsleben. Hiernach können Eingliederungszuschüsse höchstens 50 % des Entgelts betragen, „soweit sie die tariflichen Arbeitsentgelte oder, wenn eine tarifliche Regelung nicht besteht, die für vergleichbare Tätigkeiten ortsüblichen Arbeitsentgelte im Rahmen der Beitragsbemessungsgrenze in der Arbeitsförderung nicht übersteigen". Ein Tariflohn bildet nach § 61a Abs. 2 S. 2 SGB IX auch die Grenze für das Budget für Ausbildung. Diese Bezugnahmen auf Tarifverträge schaffen damit keine Bevorzugung von Tarifverträgen, sondern dienen als Bezugsgröße, um den Umfang einer Sozialleistung angemessen zu begrenzen.

Anders sieht es beim Lohnkostenzuschuss im Rahmen eines Budgets für Arbeit[46] (§ 61 SGB IX) aus. Der Lohnkostenzuschuss wird hier nur dann gewährt, wenn das angebotene Arbeitsverhältnis tarifvertraglich oder ortsüblich entlohnt wird (§ 61 Abs. 1 SGB IX). Dem liegt die Intention zugrunde sicherzustellen, „dass der Mensch mit Behinderungen seinen Lebensunterhalt oder zumindest einen Großteil davon durch Einkommen bestreiten kann".[47]

Zugeschnitten auf die Branche der Gerüstbauer findet sich eine Sonderregelung in § 133 Abs. 4 SGB III. Hiernach erhalten Arbeitnehmer*innen Zuschuss-Wintergeld (§ 102 Abs. 2 SGB III) unter der Bedingung, dass die erbrachte Vorausleistung (zur Vermeidung witterungsbedingter Arbeitsausfälle) „durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag geregelt ist".

cc) Sonderregelungen zur Einkommensberechnung und Leistungshöhe

Die Höhe einer Entgeltersatzleistung richtet sich in der Sozialversicherung regelmäßig nach dem vor Eintritt des Versicherungsfalls erzielten oder des während des Leistungsbezugs hinzuverdienten Entgelts, wobei je nach Leistung unterschiedliche Bezugszeiträume und weitere Modalitäten zu beachten sind. Das Ergebnis der Einkommensberechnung wirkt sich damit unmittelbar auf die Höhe einer Sozialleistung aus. Bei der Frage, welches Entgelt zugrunde zu legen ist, gelten im Recht der Unfallversicherung und der Arbeitsförderung in

45 Diese Regelung für Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen wurde anschließend auch in § 265 Abs. 1 S. 1 SGB III in der Fassung bis 31.12.2003 übernommen, vgl. BT-Drs. 13/4941, 71 (zu § 263).

46 Zu diesem *Nebe* in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § 61.

47 BT-Drs. 18/9522, 256.

verschiedenen Zusammenhängen Sonderregelungen, die sich auf Tarifverträge beziehen.

(1) Im Recht der Unfallversicherung (SGB VII)

Eine unmittelbare Begünstigung von Tarifverträgen findet sich in einer Sonderregelung zur Berechnung des Jahresarbeitsverdientes in der gesetzlichen Unfallversicherung (§§ 81 ff. SGB VII). Der Jahresarbeitsverdienst ist ein relevanter Bezugsfaktor für die Berechnung von Leistungen nach dem SGB VII, wie Verletztengeld und Verletztenrente. Er setzt sich aus dem Arbeitsentgelt und dem Arbeitseinkommen innerhalb der letzten zwölf Monate vor dem Versicherungsfall (Arbeitsunfall oder Berufskrankheit) zusammen. Gemäß § 82 Abs. 1 S. 2 SGB VII zählt zum Arbeitsentgelt aber „auch das Arbeitsentgelt, auf das ein nach den zwölf Kalendermonaten abgeschlossener Tarifvertrag dem Versicherten rückwirkend einen Anspruch einräumt". Rückwirkende Entgelterhöhungen durch einen Tarifvertrag werden damit bevorzugt. Andere rückwirkende Erhöhungen werden dagegen nicht mehr leistungssteigernd berücksichtigt.[48]

Für die Bestimmung des Jahresarbeitsverdienstes von Seeleuten sind die auf Tarifverträge bezogenen Spezialregelungen in § 92 Abs. 1 S. 2 und Abs. 5 S. 2 SGB VII zu beachten.

(2) Im Recht der Arbeitsförderung (SGB III)

Auch bei der Einkommensanrechnung auf den Bedarf an Berufsausbildungsbeihilfe gibt es eine Sonderregelung mit Tarifbezug – hier jedoch zugunsten der Versichertengemeinschaft und nicht der/des betroffenen Auszubildenden. Wird die Berufsausbildung im familiären Betrieb durchgeführt, ist nach § 67 Abs. 5 SGB III „für die Feststellung des Einkommens der oder des Auszubildenden mindestens die tarifliche Bruttoausbildungsvergütung als vereinbart zugrunde zu legen" bzw. beim Fehlen einer solchen die ortsübliche Vergütung.

Bei der Berechnung des für das Arbeitslosengeld relevanten Bemessungsentgelts wird bei einer fiktiven Bemessung (§ 152 SGB III) und gleichzeitiger Herabbemessung (§ 151 Abs. 5 SGB III) – zur Vermeidung von Schwierigkeiten bei der Zuordnung einer Referenz-Arbeitszeit – die tarifliche Arbeitszeit für Beschäftigte im öffentlichen Dienst zugrunde gelegt (§ 151 Abs. 5 S. 3 SGB III, vgl. daneben auch § 152 Abs. 2 Nr. 4 SGB III und für das Übergangsgeld wäh-

48 *Zimmermann* in: Becker u.a., LPK-SGB VII, § 82 Rn. 14.

rend einer Rehabilitations- oder Teilhabeleistung § 68 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 SGB IX).[49]

Beim Kurzarbeitergeld berechnet sich die Höhe der Leistung nach einem bestimmten Prozentsatz der Nettoentgeltdifferenz im Anspruchszeitraum (§ 105 SGB III). Gemeint ist damit – vereinfacht gesagt – die Differenz zwischen dem Soll-Entgelt, das ein*e Arbeitnehmer*in ohne die Kurzarbeit erzielt hätte, und dem aufgrund der Kurzarbeit reduzierten (tatsächlichen) Ist-Entgelt (§ 106 Abs. 1 SGB III). § 106 Abs. 2 S. 3 Hs. 1 SGB III legt abweichend fest, dass bei der Berechnung der Nettoentgeltdifferenz vorübergehende Änderungen der vertraglichen Arbeitszeit unberücksichtigt bleiben, wenn die Arbeitszeitreduzierung aufgrund einer kollektivrechtlichen Beschäftigungssicherungsvereinbarung erfolgt. Die Regelung hat zur Folge, dass nicht das aufgrund der vorherigen Arbeitszeitreduzierung verminderte Entgelt für die Berechnung des Kurzarbeitergelds herangezogen wird, sondern ein (höheres) fiktives Soll-Entgelt, das die/der Arbeitnehmer*in ohne die vorübergehende Reduzierung der Arbeitszeit erhalten hätte.[50] Dieser Vorteil wird jedoch nur gewährt, wenn die Änderung der Arbeitszeit auf einer Beschäftigungssicherungsvereinbarung der Tarif- oder Betriebspartner beruht. Der Gesetzgeber wollte damit einen Anreiz setzen, „den Arbeitsausfall zunächst im Betrieb aufzufangen, ohne dass Kurzarbeit eingeführt werden muss“[51]. Die Regelung knüpfte damit an die frühere (befristete) Vorschrift in § 421t Abs. 2 Nr. 3 SGB III in der Fassung bis 31.3.2012 an und verstetigt diese.[52] Inwieweit auch Sanierungstarifverträge unter diese Ausnahme fallen können, ist umstritten.[53]

Eine vergleichbare Sonderregelung, die an § 106 Abs. 2 SGB III angelehnt ist,[54] existiert ferner beim Qualifizierungsgeld. Wird die vertragliche Arbeitszeit vorübergehend auf Grund einer kollektivrechtlichen Beschäftigungssicherungsvereinbarung verringert, hat dies keine Auswirkungen auf die Höhe des Qualifizierungsgelds (§ 82b Abs. 3 S. 2 SGB III).

dd) Unzumutbarkeit einer tarifwidrigen Beschäftigung

Wer arbeitslos ist, hat grundsätzlich die Pflicht, jede zumutbare Beschäftigung aufzunehmen (§ 2 Abs. 5 Nr. 2 SGB III), anderenfalls droht eine Sperrzeit beim Arbeitslosengeld und auch beim Kurzarbeitergeld (§ 140 und § 98 Abs. 4 S. 3

49 Vgl. *Rolfs* in: BeckOGK (Gagel), SGB III, § 151 Rn. 48 ff.
50 *Bieback* in: BeckOGK (Gagel), SGB III, § 106 Rn. 37.
51 BT-Drs. 17/6277, 102.
52 BT-Drs. 17/6277, 102.
53 Ablehnend hinsichtlich zusätzlicher unbezahlter Stunden: *Kühl* in: Brand, SGB III, § 106 Rn. 5; dies bejahend, sofern dadurch die verbliebene Beschäftigung stabilisiert werden soll: *Bieback* in: BeckOGK (Gagel), SGB III, § 106 Rn. 37.
54 BT-Drs. 20/6518, 43.

SGB III). Ein Arbeitsloser kann jedoch nicht dazu verpflichtet werden, eine Beschäftigung aufzunehmen, bei der „gegen gesetzliche, tarifliche oder in Betriebsvereinbarungen festgelegte Bestimmungen über Arbeitsbedingungen oder gegen Bestimmungen des Arbeitsschutzes [verstoßen wird]“ (§ 140 Abs. 2 SGB III). Eine solche Beschäftigung ist stets unzumutbar. Voraussetzung ist jedoch die beiderseitige Tarifbindung – des Arbeitgebers und der/des Arbeitnehmer*in – oder eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG.[55]

Fehlt eine solche, können arbeitslose Menschen an Arbeitgeber vermittelt werden, selbst wenn diese keinen Tariflohn zahlen. Eine Lohnuntergrenze stellt dann regelmäßig nur noch die Sittenwidrigkeit des gezahlten Entgelts (Lohnwucher als Verstoß gegen § 138 BGB) oder ein Verstoß gegen die Mindestlohnvorschriften dar.[56] Unzulässiger Lohnwucher liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn ein „auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung [besteht]“, das anzunehmen ist, „wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht“.[57] Die BA geht in ihren Fachlichen Weisungen insoweit davon aus, dass ein sittenwidriges Entgelt vorliegt, wenn dieses „um 30 Prozent und mehr unter dem tariflichen oder ortsüblichen Arbeitsentgelt liegt“.[58]

ee) Einfluss von Tarifverträgen auf den Versicherungsschutz und die Trägerzuständigkeit

Eine Spezialregelung im Recht der Unfallversicherung ermöglicht die Erweiterung des gesetzlichen Versicherungsschutzes für Seeleute auf der Grundlage einer tarifvertraglichen Regelung in der Schifffahrt. Konkret geht es um § 10 Abs. 2 SGB VII, der insofern zwar ein Alleinstellungsmerkmal im Sozialrecht hat, in der Praxis jedoch keine besondere Bedeutung spielt.[59] Die Norm enthält die gesetzliche Fiktion, dass in Seefahrtsunternehmen auch die „freie Rückbeförderung“ als versicherte Tätigkeit gilt, sofern sie „nach dem Seearbeitsgesetz oder tariflichen Vorschriften“ erfolgt.

Ferner kann sich auch die sachliche Zuständigkeit eines Unfallversicherungsträgers an Tarifnormen festmachen. § 129 Abs. 1 Nr. 3 SGB VII legt fest, dass die Unfallversicherungsträger im kommunalen Bereich bei Unfällen infolge privat durchgeführter Bauarbeiten zuständig sind, „wenn für die einzelne ge-

55 *Baldschun* in: BeckOGK (Gagel), SGB III, § 140 Rn. 84.
56 *Baldschun* in: BeckOGK (Gagel), SGB III, § 140 Rn. 86 ff.
57 LSG Hamburg 16.7.2009 – L 5 AS 20/07 mit Bezug auf BAG 22.4.2009 – 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837.
58 BA, Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld § 140 SGB III, Zumutbare Beschäftigungen, Ziff. 140.2
59 Näher *Hlava*, SR 2021, 233, 242 m.w.N.

plante Bauarbeit nicht mehr als die im Bauhauptgewerbe geltende tarifliche Wochenarbeitszeit tatsächlich verwendet wird".

c) Sonderregelungen im Baugewerbe

Das Baugewerbe ist seiner Natur nach durch verschiedene Besonderheiten geprägt. Neben der starken Fluktuation der Beschäftigten zählt hierzu, dass es sich um stark saison- und witterungsabhängige Tätigkeiten in meist kleineren Betrieben handelt.[60] Um den Besonderheiten der Bauwirtschaft zu begegnen, haben die Sozialpartner Sozialkassentarifverträge ausgehandelt, in denen verschiedene Leistungen wie eine Renten-Zusatzversorgung und das Urlaubsentgelt geregelt sind.[61] Zur Durchführung dieser Leistungen, wurden auf tarifvertraglicher Grundlage Organisationen in Form von gemeinsamen Einrichtungen geschaffen,[62] die unter dem Dach der Urlaubs- und Lohnausgleichkasse der Bauwirtschaft (SOKA-BAU) stehen. Für die Baubranche gelten auch sozialrechtliche Besonderheiten bei der Bezugnahme auf Tarifverträge (vgl. § 109 Abs. 2 u. 3 SGB III, §§ 354, 356 SGB III, § 150 Abs. 3 S. 10 SGB VI),[63] die aber kaum auf andere Branchen wie das Gesundheitswesen übertragbar sind.

d) Förderung von Tariflohn bei Leistungserbringern

Sozialleistungen werden vergleichsweise selten direkt in Eigeneinrichtungen der Sozialleistungsträger, wie Unfallkliniken oder Rehabilitationseinrichtungen der DRV, erbracht. Weitaus häufiger werden sie von Leistungserbringern angeboten, die in der Trägerschaft der freien Wohlfahrtspflege, privater Unternehmen oder der Länder und Kommunen stehen.[64] Angesichts der Anbietervielfalt verwundert es nicht, dass auch die Vergütungsstrukturen und die Tarifbindung teils sehr unterschiedlich sind.[65]

Die Erbringung von Sozialleistungen ist durch komplexe Vertragsstrukturen zwischen Sozialleistungsträgern und Leistungserbringern[66] gekennzeichnet. Der dezidierte rechtliche Rahmen für diese Verträge ist als Recht der Dienste und Einrichtungen in den einzelnen Büchern des Sozialgesetzbuchs geregelt. Von Bedeutung sind hierbei die Vergütungsvereinbarungen. Im Allgemeinen müssen Vergütungssätze vereinbart werden, die dem Wirtschaftlichkeits-

60 Vgl. *Bachner/Walser* in: Deinert/Heuschmid/Zwanziger, Arbeitsrecht – Handbuch für die Praxis, § 123 Rn. 72.

61 *Bachner/Walser* in: Deinert/Heuschmid/Zwanziger, Arbeitsrecht – Handbuch für die Praxis, § 123 Rn. 72.

62 *Deinert* in: Deinert/Heuschmid/Zwanziger, Arbeitsrecht – Handbuch für die Praxis, § 11 Rn. 114 ff.

63 Für eine Übersicht: *Hlava*, SR 2021, 233, 243.

64 *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59, 60.

65 Vgl. *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59, 60.

66 Die Besonderheiten der Leistungserbringung in der vertragsärztlichen Versorgung mit den dort vorhandenen Kassenärztlichen Vereinigungen werden hier nicht gesondert dargestellt.

grundsatz[67] genügen und die Stabilität der Beitragssätze[68] in der Sozialversicherung gewährleisten. Hier bestünde die Gefahr, dass eine Bindung an Tarifverträge für Leistungserbringer nachteilig sein könnte, wenn ihre Konkurrenz die Leistungen günstiger anbieten kann, indem sie ihren Beschäftigten (angestellten Ärzt*innen, Pflegekräften, Physiotherapeut*innen etc.) untertarifliche Löhne bezahlt.

aa) Annahme der Angemessenheit von Tariflöhnen

(1) Beispiel Pflegeversicherung

Dieser Gefahr des Lohndumpings wird entgegengewirkt, indem der Gesetzgeber in einigen Bereichen ausdrücklich bestimmt hat, dass die Zahlung von Tariflohn nicht unwirtschaftlich sein kann. Für Pflegeheime und ambulante Pflegedienste besteht diese Maßgabe seit dem Jahr 2015 (zunächst in §§ 84 Abs. 2 S. 5 und 89 Abs. 1 S. 4 SGB XI a.F., seit 20.7.2021 in § 82c Abs. 1 SGB XI); doch auch zuvor war durch die Rechtsprechung anerkannt, dass „die Einhaltung einer Tarifbindung und ein deswegen höherer Personalkostenaufwand stets den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung [genügen]“[69]. Dies war jedoch keineswegs schon immer der Fall. Im Jahr 2000 stellte das Bundessozialgericht (BSG) noch fest, dass für die Ermittlung einer wirtschaftlichen Vergütung in stationären Pflegeeinrichtungen ein externer (Preis-)Vergleich mit anderen Einrichtungen „die Methode der Wahl“ sei.[70] Soweit ein Einrichtungsträger in den Vergütungsverhandlungen „besondere nicht für alle Einrichtungsträger geltende Tarifbindungen und übertarifliche Aufwendungen“ geltend macht, konnte dies nach der früheren Ansicht des BSG nicht berücksichtigt werden, da „alle Einrichtungen nach den geltenden Bestimmungen des Arbeitsrechts wirtschaften; wer einen vergleichsweise zu hohen Personalaufwand hat, muß[te] diesen reduzieren, wenn er nicht das Ausscheiden aus dem Wettbewerb in Kauf nehmen will“.[71]

Mit der gesetzlichen Klarstellung, die inzwischen in § 82c Abs. 1 SGB XI zu finden ist, sollte aber nicht nur Lohndumping unterbunden, sondern auch ein Anreiz geschaffen werden, die Beschäftigten nach Tarifvertrag zu entlohnen.[72]

---

67 Vgl. hierzu nur § 3 SGB II, § 7 SGB III, § 69 SGB IV, § 12 SGB V, § 13 SGB VI, § 78b SGB VIII, § 123 SGB IX, § 29 SGB XI, § 75 SGB XII.

68 Vgl. hierzu nur §§ 71 f. SGB V, § 70 SGB XI.

69 BSG 29.1.2009 – B 3 P 7/08 R, NZS 2010, 35, 36, Rn. 36; Hintergrund war eine 2008 erfolgte Änderung des § 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XI, wonach die Zahlung einer „ortsüblichen Arbeitsvergütung“ zur Voraussetzung für die Zulassung zur Pflege wurde, vgl. *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59, 61.

70 BSG 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R, BSGE 87, 199; s. auch *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59, 61.

71 BSG 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R, BSGE 87, 199.

72 BT-Drs. 18/2909, 44 (noch zur Vorgängerregelung in §§ 84 Abs. 2 S. 5 und 89 Abs. 1 S. 4 SGB XI a. F.).

Ein Zwang zur Tarifbindung geht damit aber nicht einher.[73] Bei den nicht-tarifgebundenen Einrichtungen wird stattdessen das regional übliche Entlohnungsniveau zugrunde gelegt. Sofern das Pflege- und Betreuungspersonal nicht besser als 10 % über diesem Niveau vergütet wird, kann dies nicht als unwirtschaftlich angesehen werden (§ 82c Abs. 2 S. 1 SGB XI).

Ferner legt § 82c Abs. 3 S. 1 SGB XI fest, dass bei einer Bezahlung über dem Tariflohn[74] eine sachliche Begründung erforderlich ist. Ein sachlicher Grund kann bspw. die übertarifliche Bezahlung von Führungskräften sein oder die Notwendigkeit vor dem Hintergrund einer „besonders herausfordernden Fachkräftesituation in der Region wettbewerbsfähige Löhne zu zahlen".[75] Neben Anreizen für die Personalgewinnung und -haltung können bspw. auch Springer-Zulagen eine übertarifliche Vergütung begründen.[76]

Die Umsetzung von alledem ist in § 82c SGB XI recht detailreich geregelt. Näheres hierzu und zur bestehenden Kritik im Beitrag von *Bieback* in diesem Band.

(2) Angemessenheit von Tariflöhnen in weiteren Sozialleistungsbereichen

Dem § 82c Abs. 1 SGB XI vergleichbare Regelungen zur Angemessenheit von Tariflöhnen finden sich

- für die Vergütung der Haushaltshilfe im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung in § 132 Abs. 1 S. 2 SGB V,
- für die Vergütung der häuslichen Krankenpflege in § 132a Abs. 4 S. 7 SGB V,
- für die außerklinische Intensivpflege in § 132l Abs. 5 S. 2 SGB V,
- für Verträge mit Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen in § 38 Abs. 2 SGB IX
- und speziell für Versorgungsverträge der Krankenkassen mit stationären Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen in § 111 Abs. 5 S. 3 SGB V bzw.
- für ambulante Leistungen der medizinischen Rehabilitation in § 111c Abs. 3 S. 3 SGB V,
- für Leistungserbringer der Eingliederungshilfe in § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX,
- für Integrationsfachdienste in § 196 Abs. 2 SGB IX sowie
- für Leistungserbringer der Sozialhilfe in § 75 Abs. 2 S. 13 SGB XII.

73 Zum verfassungsrechtlichen Rahmen näher unten, Abschnitt V.1.

74 Für nicht-tarifgebundene Einrichtungen ist selbiges in § 82c Abs. 3 S. 2 SGB XI geregelt.

75 BT-Drs. 19/30560, 69.

76 *Richter*, NZS 2023, 481, 486 f.

Durch das „Gesetz Digitale Rentenübersicht“[77] wurden mit Wirkung ab 1.7.2023 im neuen § 15 Abs. 8 S. 2 SGB VI Vorgaben für die Vereinbarung der Vergütungssätze zwischen dem Träger der Rentenversicherung und einer Einrichtung zur medizinischen Rehabilitation geregelt. Hierdurch können über das nach dem ebenfalls neuen § 15 Abs. 9 S. 1 Nr. 2 SGB VI ermittelte Vergütungssystem, das für alle Rehabilitationseinrichtungen gilt, hinaus weitere Faktoren bei der Vergütung berücksichtigt werden. Dies betrifft bspw. den „regionalen Faktor“ (§ 15 Abs. 8 S. 2 Nr. 2 SGB VI), der auch regional unterschiedliche Tarifstrukturen berücksichtigen soll.[78] In § 15 Abs. 8 S. 2 Nr. 3 SGB VI werden explizit auch „tariflich vereinbarte Vergütungen“ (bzw. solche nach kirchenrechtlichen Regelungen) genannt. Tarifliches Arbeitsentgelt ist danach von den Rentenversicherungsträgern „als wirtschaftlich anzuerkennen und damit zu refinanzieren“[79]. Dies entspricht der allgemeinen Regelung in § 38 Abs. 2 SGB IX.[80]

Daneben sieht auch das Krankenhausentgeltgesetz eine Regelung bei der Vereinbarung des Pflegebudgets vor, wonach „die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen (…) als wirtschaftlich [gilt], für eine darüber hinausgehende Vergütung bedarf es eines sachlichen Grundes“ (§ 6a Abs. 2 S. 5 KHEntG). Auch bei der Berücksichtigung der Personalkosten für Hebammen bildet der Tariflohn die Obergrenze berücksichtigungsfähiger Löhne und Gehälter bei der Bemessung des Erlösbudgets (§ 4 Abs. 10 S. 11 Hs. 1 KHEntG). Hierzu findet sich zudem die Regelung, dass der maßgebliche Tariflohn von Hebammen nur derjenige sein kann, der sich aus dem im Krankenhaus vorherrschenden (für die meisten Beschäftigten anzuwendenden) Tarifvertrag ergibt (§ 4 Abs. 10 S. 11 Hs. 2 KHEntG).

Die Maßgabe, dass die Zahlung von Tariflohn als wirtschaftlich gilt, findet sich auch teils in den Landesrahmenvereinbarungen zur Eingliederungshilfe nach § 131 SGB IX wieder (vgl. z.B. Abschnitt 4.1 (8) S. 5 Hessischer Rahmenvertrag nach § 131 SGB IX sowie Abschnitt 4.6 (4) Rahmenvertrag nach § 131 SGB IX in Bayern).

77 Gesetz zur Verbesserung der Transparenz in der Alterssicherung und der Rehabilitation sowie zur Modernisierung der Sozialversicherungswahlen und zur Änderung anderer Gesetze v. 11.2.2021, BGBl. 2021 I S. 154.

78 BT-Drs. 19/23550, 99.

79 BT-Drs. 19/23550, 99.

80 Hierauf hindeutend: BT-Drs. 19/23550, 99.

bb) Forderung einer Tarifbindung oder -orientierung für die Zulassung zur Versorgung

Durch das Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz[81] ging der Gesetzgeber noch einen Schritt weiter. Seit dem 1.9.2022 dürfen Pflegekassen gemäß § 72 Abs. 3a SGB XI Versorgungsverträge nur noch mit Pflegeeinrichtungen abschließen, die selbst tarifgebunden sind und ihr Pflege- und Betreuungspersonal nach Tarif bezahlen (oder nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen). Mit Pflegeeinrichtungen sind nicht nur Pflegeheime, sondern auch ambulante Pflegedienste gemeint (Begriffsdefinition in § 71 SGB XI). Da ein bestehender Versorgungsvertrag eine unabdingbare Voraussetzung dafür ist, dass eine Pflegeeinrichtung ambulante und stationäre Pflege auf Kosten der Pflegekassen erbringen kann (§ 72 Abs. 1 SGB XI) dürften nach diesem Grundsatz seit September 2022 nur noch solche Einrichtungen zugelassen werden, die ihren Beschäftigten in der Pflege und Betreuung „eine Entlohnung aufgrund eigener tariflicher (einschließlich unternehmens- oder haustarifvertraglicher) oder kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen zahlen“[82].

Dieser Grundsatz wird jedoch durch § 72 Abs. 3b SGB XI wieder aufgebrochen, indem für die Zulassung zur Versorgung auch eine Vergütung nach Tarifvertrag oder einer kirchlichen Arbeitsrechtsregelung ausreicht. Nähere Vorgaben dazu, auf welche Tarifverträge Bezug genommen werden kann, sind in § 72 Abs. 3b S. 1 Nr. 1 u. 2 SGB XI geregelt. Für einige Berufsgruppen und Entlohnungsbestandteile reicht alternativ eine Orientierung am jeweiligen regional üblichen Entlohnungsniveaus aus, das nicht unterschritten werden darf (§ 72 Abs. 3b S. 1 Nr. 4 SGB XI). Eine Pflicht zur Tariftreue ist damit nicht mehr verbunden.

Trotz der Aufweichung der geforderten Tarifbindung bieten § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI einen begrüßenswerten Ansatz, um Tarifbindung nicht nur indirekt durch die Anerkennung von Tariflöhnen als angemessenes Entgelt im Rahmen von Vergütungsverhandlungen zu fördern, sondern die Zahlung von Tariflöhnen unmittelbar schon bei der Zulassung zur Leistungserbringung zu fordern. Diese Forderung wird in den Absätzen 3c bis 3e des § 72 SGB XI zudem mit Berichtspflichten und Kontrollmöglichkeiten flankiert. Ein Nachjustieren ist an verschiedenen Stellen der Norm gleichwohl geboten.[83] Eine Evaluation soll bis Ende 2025 durchgeführt werden.

81 Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung v. 11.7.2021, BGBl. 2021 I S. 2754.

82 BT-Drs. 19/30560, 65.

83 Zu alledem näher *Bieback* in diesem Band.

Die Ausnahme des § 72 Abs. 3b SGB XI vom kurz zuvor aufgestellten Grundsatz der Tarifbindung könnte auch verfassungsrechtlich geboten sein. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) ermöglicht dem Gesetzgeber, Anreize zum Beitritt zu einer Gewerkschaft oder einem Arbeitgeberverband zu setzen, solange hierdurch kein erheblicher Beitrittsdruck entsteht.[84] Hätte ein Unternehmer nur dann die Möglichkeit, Zugang zur Versorgung von Sozialversicherten zu erhalten und seine Dienstleistungen gegenüber den Sozialleistungsträgern abzurechnen, wenn er selbst tarifgebunden ist, dann wäre diese Grenze hier wohl überschritten. Ein Leistungserbringer stünde unter einem erheblichen Druck einen Tarifvertrag abzuschließen oder sich über die Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband Tarifnormen zu unterwerfen (vgl. § 3 Abs. 1 TVG), um sich in diesem Bereich wirtschaftlich betätigen zu können. Verfassungsrechtlich unproblematisch ist es hingegen, wenn ein Unternehmer – wie in § 72 Abs. 3b SGB XI geschehen – lediglich dazu verpflichtet wird, seinen Beschäftigten ein Entgelt in Höhe des einschlägigen Tariflohns zu zahlen. Dies schafft zwar einen gewissen Anreiz zur eigenen Tarifbindung, um auf das Ergebnis der Tarifvertragsverhandlungen Einfluss nehmen zu können, jedoch wäre damit kein unzulässiger (erheblicher) Beitrittsdruck verbunden. Eine Verfassungswidrigkeit von § 72 Abs. 3a u. 3b SGB XI kann dahingehend (auch in ihrer ursprünglichen Konzeption) – trotz teils anderer Ansicht in der Literatur[85] – nicht angenommen werden.[86] Aufgrund mehrerer anhängiger Verfassungsbeschwerden von Pflegeeinrichtungen und ihren Verbänden[87] wird das BVerfG die Gelegenheit haben, sich eingehend zu der Frage zu äußern.

e) Arbeitskampf und Sozialrecht

Ferner kann sich sozialrechtliche Regulierung auch auf die Führung von Arbeitskämpfen zur Durchsetzung von Tarifforderungen auswirken. Der BA obliegt während eines Arbeitskampfes eine (passive) Neutralitätspflicht (§ 160 Abs. 1 SGB III).[88] Es soll vermieden werden, dass durch die Zahlung oder Verweigerung von Leistungen nach dem SGB III „ausgleichende Korrekturen im Bereich der Kampfparität“[89] vorgenommen werden. Wird jemand aufgrund der Beteiligung an einem Streik arbeitslos oder ist auch nur mittelbar durch eine kalte Aussperrung hiervon betroffen, ruht daher während dieser Zeit der

84 BVerfG 20.7.1971 – 1 BvR 13/69, NJW 1971, 2301; BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, NJW 1981, 215.

85 Vgl. *Hartmann,* RdA 2023, 90, 97 ff.

86 Vgl. dazu ausführlich *Bieback* in diesem Band; zudem *Hänlein*, SGb 2023, 201, 207; s. ferner die Expertise des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages, Verfassungskonformität von Tariftreueregelungen in der Pflege nach dem Entwurf des Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetzes, WD 6 - 3000 - 046/21.

87 Vgl. bpa, Verfassungsbeschwerde gegen die gesetzlichen Regelungen zum Tarifzwang in der Pflege in Karlsruhe eingereicht.

88 *Düe* in: Brand, SGB III, § 160 Rn. 4.

89 BSG 4.10.1994 – 7 KlAr 1/93, NZA 1995, 320, 342.

Anspruch auf Arbeitslosengeld (§ 160 Abs. 2 u. 3 SGB III) ebenso wie ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld (§ 100 Abs. 1 SGB III).

Diese Ausnahme für kalt Ausgesperrte hat weitreichende Konsequenzen für die Arbeitskampfstrategien der Gewerkschaften, da die Betroffenen auch keine finanzielle Unterstützung aus den Streikkassen erhalten konnten.[90] Das BVerfG sah hierin im Jahr 1995 zwar eine Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften; diese bewege sich aber noch im zulässigen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.[91] Es betonte weiter, dass sich „eine verfassungswidrige Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie (noch) nicht feststellen [lasse]"[92].[93] Diese Rechtsprechung steht insbesondere vor dem Hintergrund der inzwischen stetig zunehmenden wirtschaftlichen Verflechtungen etc. in der Kritik.[94]

3. Weiterer Einfluss des Sozialrechts auf Arbeitsbedingungen

Vorliegend wurden nur Regelungen einbezogen, die in den Büchern des Sozialgesetzbuchs explizit auf Tarifverträge Bezug nehmen. Daneben enthalten das Sozialrecht und angrenzendes Recht weitergehende Regelungen, die auf die Gestaltung von Arbeitsbedingungen und damit mittelbar auf Tarifverhandlungen Einfluss nehmen. So werden bei den Vorgaben zur Qualitätssicherung von Sozialleistungen Rahmenbedingungen gesetzt, die sich auf die Arbeitsbedingungen bei den Leistungserbringern auswirken, wie durch die Festlegung von Pflegepersonaluntergrenzen in Krankenhäusern (§ 137i SGB V)[95] oder zur Personalbemessung in Pflegeeinrichtungen (§ 113c SGB XI).[96]

Feste Entgelte für erbrachte Sozialleistungen, wie das bisherige Fallpauschalensystem zur Finanzierung von Krankenhausleistungen (vgl. § 17b Krankenhausfinanzierungsgesetz [KHG]), sollen Anreize zur Kostenreduzierung setzen. Damit wird aber zugleich Druck auf die Arbeitsentgelte und Arbeitszeiten ausgeübt.[97]

Durch die Ausschreibung von Sozialleistungen (insbesondere von Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung, § 45 Abs. 3 SGB III) entsteht ebenfalls Druck auf die Preisgestaltung der Anbieter und damit mittelbar

90 *Kocher u.a.*, Noch verfassungsgemäß?, 24; vgl. zum geschichtlichen Hintergrund und den Folgen des „Streikparagrafen" zusammenfassend *Kittner*, 50 Urteile, 314 ff.
91 BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, NZA 1995, 754, 755.
92 BVerfG 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, NZA 1995, 754, 757.
93 Im Einzelnen zur Argumentation des BVerfG, vgl. *Kocher u.a.*, Noch verfassungsgemäß?, 24 ff.
94 Hierzu im Einzelnen und m.w.N. *Kocher u.a.*, Noch verfassungsgemäß?.
95 S. hierzu *Deister* in diesem Band.
96 Näher *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59, 62 f.
97 *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59, 61.

auf die Arbeitsbedingungen der dort Beschäftigten.[98] Das Vergaberecht bietet aber auch die Möglichkeit, zu sozialem Fortschritt beizutragen.

IV. Tariftreue im Vergaberecht

Der erodierenden Tarifbindung versucht der Gesetzgeber auch im Vergaberecht entgegenzuwirken, das ebenfalls maßgeblichen Einfluss auf die Arbeitsbedingungen derjenigen Beschäftigten nimmt, die in einem Betrieb arbeiten, der einen Zuschlag für einen öffentlichen Auftrag erhalten möchte. Dies kann auch für die Vergabe einiger Sozialleistungen relevant sein.[99] Zudem zeigen sich bei den Diskussionen um die Verfassungs- und Europarechtskonformität der vergaberechtlichen Tariftreueregelungen Parallelen zu sozialrechtlichen Privilegierungen von Tarifverträgen, wenngleich hierbei immer zu beachten ist, dass es sich um zwei unterschiedliche Rechtssysteme handelt.

Das – auch unionsrechtlich geprägte – Vergaberecht befindet sich seit einiger Zeit in der politischen und rechtlichen Diskussion. Der Koalitionsvertrag der vergangenen Bundesregierung ließ als Ziel verlautbaren:

> „*Zur Stärkung der Tarifbindung wird die öffentliche Auftragsvergabe des Bundes an die Einhaltung eines repräsentativen Tarifvertrages der jeweiligen Branche gebunden, wobei die Vergabe auf einer einfachen, unbürokratischen Erklärung beruht.*“[100]

Eine öffentliche Konsultation zur Bindung der Auftragsvergabe des Bundes an die Einhaltung von Tarifverträgen fand bis Ende 2022 statt. Es sind 65 Stellungnahmen eingegangen, die in die Erarbeitung eines Gesetzentwurfs einfließen sollten.[101] Der erwartete Entwurf für ein Bundestariftreuegesetz wurde schließlich im November 2024 von der damaligen Bundesregierung beschlossen. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

Daneben bestehen in allen Bundesländern, bis auf Bayern und Sachsen, landesrechtliche Tariftreueregelungen. Die meisten Landesregelungen sind jedoch eher deklaratorisch, indem dort auf ohnehin geltendes Recht verwiesen

98 *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59, 62.

99 Allgemein zu den Spezifika bei der Anwendung von Vergaberecht in Sozialleistungsbereichen, *Hauck*, SRa 2017, 231, 240.

100 SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP, Koalitionsvertrag 2021–2025, 56.

101 Einsehbar bei Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Öffentliche Konsultation zur Bindung der Auftragsvergabe des Bundes an die Einhaltung von Tarifverträgen („Bundes-Tariftreue“).

wird (wie die Einhaltung allgemeinverbindlicher Tarifverträge oder per Rechtsverordnung verbindlicher Branchenmindestlöhne).[102] Eine darüber hinausgehende konstitutive Einhaltung tariflicher Arbeitsbedingungen wird bislang nur in wenigen Ländern gefordert und ist dort hinsichtlich der erfassten Auftragsarten und Schwellenwerte, ab deren eine Tariftreuepflicht greift, unterschiedlich ausgestaltet.[103] Im Berliner Vergaberecht wird von Unternehmen bspw. gefordert, „mindestens die Entlohnung (einschließlich der Überstundensätze) nach den Regelungen des Tarifvertrags zu gewähren, der im Land Berlin auf das entsprechende Gewerbe anwendbar ist (…)" (§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz). Im Saarland hat man sich dafür entschieden, die einzuhaltenden Arbeitsbedingungen per Rechtsverordnung zu regeln, wobei diese Rechtsverordnungen „die maßgeblichen Kernarbeitsbedingungen der jeweils geltenden Branchentarifverträge mit tariffähigen Gewerkschaften [widerspiegeln]" (§ 3 Abs. 2 S. 1 Saarländisches Tariftreue- und fairer-Lohn-Gesetz v. 8.12.2021).

Kontrovers wird zum Teil die Frage der Unionsrechtskonformität von Tariftreueregelungen diskutiert.[104] Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Rs. *Rüffert*[105], das eine Zäsur für die damaligen Bestrebungen von Landes-Tariftreueregelungen darstellte, kann aufgrund der nachfolgenden Änderungen im zugrundeliegenden Unionrechts weitgehend als überholt angesehen werden. In einem späteren Urteil in der Rs. *RegioPost*[106] stellte der EuGH klar, dass ein vergabespezifischer Mindestlohn aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt sein kann. Zwar gehen Stimmen in der Literatur davon aus, dass der EuGH die Rs. *RegioPost* nun vor dem Hintergrund des inzwischen geltenden allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns anders bewerten würde,[107] jedoch bleibt bei dieser Argumentation die weitere Fortentwicklung des Unionsrechts außer Betracht.[108] Jedenfalls nach der Neufassung der Entsenderichtlinie durch die Richtlinie 2018/957/EU kann ein allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn nicht mehr als Argument gegen die Zulässigkeit eines vergabespezifischen Mindestlohns herhalten, worauf u.a. *Klocke* zu Recht hinweist.[109]

---

102 S. Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage zu „Überblick über den Stand der Tariftreue bei der öffentlichen Auftragsvergabe", BT-Drs. 20/6466, 3.

103 Vgl. BT-Drs. 20/6466, 3.

104 Einen Verstoß von Tariftreueregelungen, die über den Mindestlohn hinausgehen, gegen die Entsenderichtlinie sieht bspw. *Caspers,* ZFA 2024, 225, 234 ff.

105 EuGH 3.4.2008 – C-346/06 (*Rüffert*), NZA 2008, 537.

106 EuGH 17.11.2015 – C-115/14 (*RegioPost*), NZA 2016, 155.

107 *Hartmann*, RdA 2023, 90, 93.

108 *Klocke*, Mindestlohn und Tariftreue im Landesvergaberecht der Freien Hansestadt Bremen, 16.

109 *Klocke*, Mindestlohn und Tariftreue im Landesvergaberecht der Freien Hansestadt Bremen, 16 f. m.w.N.

V. Verfassungs- und unionsrechtliche Implikationen

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Aus der Pflicht zur Gewährleistung der in Art. 9 Abs. 3 GG verorteten Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie hat der Staat die Aufgabe, „die Rechtsinstitute und Normenkomplexe zu setzen, die dem Handeln der Koalitionen und insbesondere der Tarifautonomie Geltung verschaffen“[110]. Diese Schutzpflicht kommt zum Tragen, wenn die Tarifvertragsfreiheit von einem der Sozialpartner gefährdet ist.[111] Das Grundrecht gewährleistet damit „die tatsächlich realisierbare Chance“ der Sozialpartner zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.[112] Besteht diese Chance nicht, „weil der gesetzliche Rahmen die Realisierung strukturell nicht zulässt, kann aus Art. 9 Abs. 3 GG Abhilfe verlangt werden“[113]. Der Gesetzgeber hat nach dem BVerfG insofern zwar die Möglichkeit, die Durchsetzung der von den Sozialpartnern verfolgten Ziele zu fördern, verpflichtet ist er aber nur dazu, die Funktionsbedingungen zu sichern, und nicht die Fähigkeiten zur Mitgliederwerbung bzw. -mobilisierung.[114]
Hieraus lässt sich schließen, dass es dem Gesetzgeber im Rahmen seines Handlungsspielraums unbenommen bleibt, Anreize zur Stärkung der Tarifbindung zu setzen – welchen Grenzen er hierbei unterliegt, wird kontrovers diskutiert.[115] Die Diskussionen entzünden sich insbesondere an der ins Feld geführten negativen Koalitionsfreiheit – dem Recht, einer Koalition fernzubleiben.[116] Wo ein solches Fernbleiberecht möglicherweise zu verorten ist, sei es in Art. 9 Abs. 3 GG oder in Art. 2 Abs. 1 GG, kann hier dahingestellt bleiben.[117] Das BVerfG nimmt jedenfalls an, dass

> *„allein die Tatsache, daß Organisierte anders behandelt werden als Nichtorganisierte, (…) noch keine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit [bedeutet]. Voraussetzung für eine Beeinträchtigung der negativen Koali-*

110 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, NZA 2017, 915, 918, Rn. 145.
111 *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln, 50.
112 BVerfG 10.1.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253, 254, Rn. 18.
113 BVerfG 10.1.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253, 254, Rn. 18.
114 BVerfG 10.1.2020 – 1 BvR 4/17, NZA 2020, 253, 254, Rn. 17; s. auch *Rudkowski*, NZA 2021, 315, 315 f.
115 Vgl. nur *Rudkowski*, NZA 2021, 315, 316 ff.
116 Zum Streitstand vgl. *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465, 466 f.
117 Vgl. zur Thematik *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln, 39 ff.

> *tionsfreiheit wäre es vielmehr, daß ein Zwang oder Druck auf die Nichtorganisierten ausgeübt wird, einer Organisation beizutreten.*"[118]

Die wesentliche Frage lautet somit, ab wann aufgrund gesetzlicher Maßnahmen ein mittelbarer „faktischer Zwang" oder ein unzumutbarer Druck zum Gewerkschaftsbeitritt besteht.[119] Faktische Anreize zum Beitritt zu einer Koalition, die zwar einen gewissen, aber keinen erheblichen Druck dazu ausüben, sind verfassungsrechtlich zulässig.[120] Aus der Rechtsprechung des BVerfG lassen sich keine näheren Kriterien für die Abgrenzung zwischen leichtem und erheblichem Beitrittsdruck ableiten, jedoch hatte das BVerfG selbst bislang in keinem Fall eine solche Erheblichkeit festgestellt.[121]

Die Grenzen der Zulässigkeit werden bislang vor allem im Kontext des Arbeitsrechts diskutiert, bspw. in Bezug auf die Möglichkeit Differenzierungs- und Spannenklauseln in Tarifverträgen zu vereinbaren[122] oder Vorteile aus gesetzlichen Tariföffnungsklauseln nur tatsächlich tarifgebundenen Arbeitgebern zugutekommen zu lassen[123]. Ebenso werden Möglichkeiten erwogen, die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen dahingehend zu reformieren, dass Differenzierungen zum Vorteil von Gewerkschaftsmitgliedern ermöglicht werden.[124] Ob die verfassungsrechtlichen Grenzen überschritten werden, lässt sich nicht pauschal festmachen, sondern muss anhand der jeweiligen Regelung beurteilt werden – nichts anderes gilt für die sozialrechtliche Privilegierung von Tarifverträgen.

Was die erwähnten Tariftreueregelungen betrifft, so stellen diese im Allgemeinen keinen Eingriff in die (negative) Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG dar. Bezogen auf die (damalige) Berliner Tariftreueregelung führte das BVerfG im Jahr 2006 aus:

> *„[67]bb) Die Tariftreueverpflichtung schränkt das durch Art. 9 Abs. III GG geschützte Recht der am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmer, der tarifvertragsschließenden Koalition fernzubleiben, nicht ein. Durch das Gesetz wird auch kein faktischer Zwang oder erheblicher Druck zum Beitritt ausgeübt.*

118 BVerfG 20.7.1971 – 1 BvR 13/69, NJW 1971, 2301.
119 *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465, 467.
120 BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, NJW 1981, 215.
121 *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln, 52.
122 Vgl. *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, 45 ff.; vgl. auch *Waltermann*, SR 2021, 177, 182.
123 *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln.
124 *Deinert,* Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung.

Dass sich ein nicht tarifgebundener Unternehmer wegen des Tariftreuezwangs veranlasst sehen könnte, der tarifvertragsschließenden Koalition beizutreten, um als Mitglied auf den Abschluss künftiger Tarifverträge Einfluss nehmen zu können, auf die er durch die Tariftreueerklärung verpflichtet wird, liegt fern und ist für Unternehmen mit Sitz außerhalb des Landes Berlin ohnehin ausgeschlossen. (…)

[68] Das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit schützt nicht dagegen, dass der Gesetzgeber die Ergebnisse von Koalitionsvereinbarungen zum Anknüpfungspunkt gesetzlicher Regelungen nimmt, wie es besonders weitgehend bei der vom BVerfG für verfassungsrechtlich zulässig angesehenen Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen geschieht (…). Allein dadurch, dass jemand den Vereinbarungen fremder Tarifvertragsparteien unterworfen wird, ist ein spezifisch koalitionsrechtlicher Aspekt nicht betroffen (…). Gegen eine gleichheitswidrige oder unverhältnismäßige Auferlegung der Ergebnisse fremder Koalitionsvereinbarungen ist der Unternehmer gegebenenfalls durch Art. 3 Abs. I und Art. 12 Abs. I GG geschützt.“[125]

2. Unionsrechtliche Bezüge

Abseits der nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen wird eine Stärkung der Tarifbindung auch von Seiten der Europäischen Union (EU) forciert. Beachtung hat hier eine Regelung in der Richtlinie (EU) 2022/2041 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union (Mindestlohn-Richtlinie) erlangt. Dieser europäische Rechtsakt soll nicht nur einen unionsweiten Rahmen für gesetzliche Mindestlöhne schaffen (ohne deren Einführung in den Mitgliedstaaten verpflichtend vorzusehen, was in der fehlenden Unionskompetenz für Regelungen zu Arbeitsentgelten begründet ist, vgl. Art. 153 Abs. 5 AEUV). Anliegen der Mindestlohn-Richtlinie ist zudem die Stärkung der Tarifbindung. Das Ziel des EU-Gesetzgebers ist es, dass in jedem Mitgliedstaat mindestens 80 % der Arbeitsverhältnisse einem Tarifvertrag unterliegen (Art. 4 Abs. 2 Richtlinie (EU) 2022/2041). Hintergrund dieses Schwellenwerts ist die Erkenntnis, dass

„In Mitgliedstaaten mit einer hohen tarifvertraglichen Abdeckung (…) der Anteil der Geringverdienenden tendenziell niedrig [ist], und die Mindestlöhne befinden sich in der Regel auf einem hohen Niveau. In Mitgliedstaa-

125 BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NZA 2007, 42.

> *ten mit einem niedrigen Anteil an Geringverdienenden liegt die tarifvertragliche Abdeckung bei über 80 %. Auch in den meisten Mitgliedstaaten mit hohen Mindestlöhnen im Vergleich zum Durchschnittslohn beträgt die tarifvertragliche Abdeckung mehr als 80 %." (Erwägungsgrund 25 Richtlinie (EU) 2022/2041).*

Wird der Schwellenwert nicht erreicht, ist ein Mitgliedstaat verpflichtet, einen Aktionsplan zur Förderung von Tarifverhandlungen bzw. einer schrittweisen Erhöhung der Tarifbindung zu erarbeiten (Art. 4 Abs. 2 Richtlinie (EU) 2022/2041).[126] Die Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht hatte bis zum 15.11.2024 zu erfolgen (Art. 17 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2022/2041). Die Mindestlohn-Richtlinie hat insoweit durchaus das Potenzial einer „Tarifautonomiestärkungsrichtlinie"[127].

Welchen Rahmen indes das Unionsrecht selbst vorgibt, ist ebenfalls umstritten. In älteren Entscheidungen hatte der EuGH die Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen an den wirtschaftlichen Grundfreiheiten (Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV, und Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV) gemessen,[128] was vielfach auf Kritik[129] gestoßen ist. Gleichwohl ist das Recht auf Kollektivverhandlungen (und auf Streikmaßnahmen) ein in Art. 28 EU-Grundrechtecharta verbürgtes Grundrecht. Was die rechtliche Behandlung von Tarifverträgen und ihr Verhältnis zu den Grundfreiheiten anbelangt, kam es in der Vergangenheit teils zu einigen einschränkenden Gerichtsentscheidungen,[130] aber auch zur Bestätigung bzw. Stärkung[131] von Kollektivverträgen. Sofern der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist, wird sich daher vor dem Hintergrund der bisherigen EuGH-Rechtsprechung im Zweifel die Frage stellen, ob eine staatliche Maßnahme zur Förderung von Tarifverträgen die Grundfreiheiten rechtmäßig beschränkt, mithin aus unionsrechtlicher Sicht verhältnismäßig ist. Hierbei wird besonders die Fortentwicklung des Unions-

126 Gegen die Mindestlohn-Richtlinie ist derzeit eine Nichtigkeitsklage Dänemarks vor dem EuGH anhängig (Rs. C-19/23); dazu *Klengel/Höller/Sutterer-Kipping*, HSI-Report 3/2023, 27.

127 *Sagan,* SR 2023, 144, 155.

128 EuGH 11.12.2007 – C-438/05 (*Viking*), NZA 2008,124; EuGH 18.12.2007 – C-341/05 (*Laval*), NZA 2008, 159.

129 Statt vieler, vgl. *Ulber/Wiegandt*, Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten.

130 S. nur EuGH 3.4.2008 – C-346/06, NZA 2008, 537; EuGH 18.12.2007 – C-341/05 (*Rüffert*), NZA 2008, 159, in dem der Gerichtshof die Landes-Tariftreueregelungen als unionsrechtswidrig angesehen hatte; weitere Urteile – kritisch beleuchtet mit ihren negativen Auswirkungen – bei *Seikel/Absenger*, Industrielle Beziehungen 2015, 51 ff.

131 Zum Beispiel hinsichtlich der Billigung des AEntG und der darin enthaltenen Verpflichtungen bei der Arbeitnehmerentsendung: EuGH 18.7.2007 – C-490/04 (*Kommission/Deutschland*), NZA 2007, 917; oder die Ausnahme von Tarifverträgen für Arbeitnehmer*innen und „Scheinselbstständige" vom EU-Kartellverbot: EuGH 21.9.1999 – C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751 sowie EuGH 4.12.2014 – C-413/13 (*FNV*), NZA 2015, 55.

rechts mit der vom Unionsgesetzgeber zunehmend forcierten Stärkung der Tarifbindung – besonders in der Mindestlohn-Richtlinie – zu berücksichtigen sein.

VI. Fazit

Tarifverträge haben für den Regelungsbereich des Sozialrechts eine besondere Bedeutung, da sie im Allgemeinen zu besseren Arbeitsbedingungen beitragen und Tariflöhne die Finanzierbarkeit der Sozialversicherung stützen. Doch auch das Sozialrecht selbst nimmt weit häufiger auf Tarifverträge Bezug, als dies auf den ersten Blick erscheinen mag. Die exemplarischen Darstellungen haben gezeigt, dass die Bezugnahme auf Tarifverträge keineswegs einen Fremdkörper im Sozialrecht darstellt. Gleichwohl ist das Verhältnis stets nur punktuell geregelt und lässt eine umfassende Systematik vermissen. Zudem verlangt nur ein kleinerer Teil dieser Regelungen explizit eine Tarifbindung, damit sozialrechtliche Vorteile in Anspruch genommen werden können. Für den weitaus größeren Teil reicht eine (arbeitsvertragliche) Bezugnahme auf Tarifverträge aus.

Neben einer wünschenswerten rechtssystematisch besseren Abstimmung der Regelungsbereiche sollte sozialrechtliche Regulierung als Chance begriffen werden, Anreize für eine Stärkung der Tarifbindung zu setzen. Einige Ansätze zu einer dahingehenden Weiterentwicklung wurden an anderer Stelle dargestellt[132] und finden sich übergreifend unter Berücksichtigung interdisziplinärer Aspekte insbesondere im Beitrag von *Brockmann/Welti* in diesem Band. Eine Stärkung der Tarifbindung erfordert darüber hinaus Anstrengungen auf verschiedensten Ebenen.[133] Das Sozialrecht kann hierbei nur ein weiterer Baustein sein, dessen Bedeutung aber nicht zu unterschätzen ist. Die Ausgaben für Sozialleistungen beliefen sich im Jahr 2023 auf etwa 1.249 Milliarden €, was 30,3 % des Bruttoinlandsprodukts entspricht.[134] Die Erbringung von Sozialleistungen ist insofern ein beachtlicher Markt, auf dem ein falsch verstandener Unterbietungswettbewerb zulasten des eingesetzten Personals fehl am Platz ist. Hinzu kommt, dass die beschriebenen Zusammenhänge zwischen einer als nicht gerecht empfundenen Entlohnung und dem bestehenden Fachkräftemangel in den Pflege- und Gesundheitsberufen offenkundig sind. Eine Stärkung von Tarifbindung oder -orientierung kann dem entgegenwirken. Dem Gesetzgeber

132 Dazu *Hlava*, SR 2021, 233, 247 ff. m.w.N.

133 Aktuelle Vorschläge im Regelungsbereich des Arbeitsrechts u.a. bei *Rödl/Syrovatka/Wolff*, ZRP 2024, 5, 6 ff.

134 BMAS, Sozialbudget 2023, 5.

steht ein breites Instrumentarium zur Verfügung, um tarifliche Arbeitsbedingungen bei der Ausführung von Sozialleistungen zu fördern. Die verfassungs- und unionsrechtlich vorhandenen Spielräume sollten stärker genutzt werden – nicht zuletzt auch, um eine deutliche Steigerung der Tarifbindung i. S. d. Mindestlohn-Richtlinie erreichen zu können.

Literatur

Auffenberg, Jennie/Becka, Denise/Evans, Michaela/Kokott, Nico/Schleicher, Sergej/Braun, Esther, „Ich pflege wieder, wenn …" – Potenzialanalyse zur Berufsrückkehr und Arbeitszeitaufstockung von Pflegefachkräften, Bremen 2022, abrufbar unter: *https://www.arbeitnehmerkammer.de/fileadmin/user_upload/Downloads/Politik/Rente_Gesundheit_Pflege/Bundesweite_Studie_Ich_pflege_wieder_wenn_Langfassung.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Baldauf, Sabine/Vitols, Katrin, Branchenanalyse medizinische Rehabilitation – Wirtschaftliche Perspektiven, Arbeitsplätze und Arbeitsbedingungen in medizinischen Rehabilitationseinrichtungen, Forschungsförderung Working Paper Nr. 160, 2019, abrufbar unter: *https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-007359* (zuletzt abgerufen am 28.11.2024).

Becker, Harald/Franke, Edgar/Molkentin, Thomas/Hedermann, Denis (Hrsg.), SGB VII – Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl., München 2024 (zit.: *Bearbeiter* in: Becker u.a., LPK-SGB, VII, § Rn.).

BMAS (Hrsg.), Wertguthaben – Arbeitsleben aktiv gestalten – So profitieren Arbeitgeber und Beschäftigte von Wertguthaben, Januar 2022, abrufbar unter: *https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/broschuere-wertguthaben-1837324* (zuletzt abgerufen am 9.9.2024).

BMAS, Gesundheitswirtschaft als Jobmotor, abrufbar unter: *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/gesundheitswesen/gesundheitswirtschaft/gesundheitswirtschaft-als-jobmotor.html* (zuletzt abgerufen am 9.9.2024).

BMAS, Sozialbudget 2023, abrufbar unter: *https://www.bmas.de/DE/Service/Publikationen/Broschueren/a230-24-sozialbudget-2023.html* (zuletzt abgerufen am 23.9.2024).

bpa, Verfassungsbeschwerde gegen die gesetzlichen Regelungen zum Tarifzwang in der Pflege in Karlsruhe eingereicht, 13.9.2021, abrufbar unter: *https://www.bpa-arbeitgeberverband.de/Presse.590.0.html?&tx_ttnews%5Btt_news%5D=539&cHash=3942bf8e9527ec7a0630d61ad25c8d24* (zuletzt abgerufen am 12.9.2024).

Brand, Jürgen (Hrsg.), SGB III, 9. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: Brand, SGB III, § Rn.).

Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarktsituation im Pflegebereich, Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt, Mai 2024, abrufbar unter: *https://statistik.arbeitsagentur.de/DE/Statischer-Content/Statistiken/Themen-im-Fokus/Berufe/Generische-Publikationen/Altenpflege.pdf?__blob=publicationFile&v=7* (zuletzt abgerufen am 2.7.2024).

Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Öffentliche Konsultation zur Bindung der Auftragsvergabe des Bundes an die Einhaltung von Tarifverträgen („Bundes-Tariftreue"), 12.1.2023, abrufbar unter: *https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/Gesetzesvorhaben/oeffentliche-konsultation-zur-bundes-tariftreue.html* (zuletzt abgerufen am 27.6.2024).

Burgi, Martin/Dreher, Meinrad/Opitz, Marc (Hrsg.), Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter* in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § Rn.).

Caspers, Georg, Tarifanwendung bei der öffentlichen Auftragsvergabe, ZFA 2/2024, 225–244.

Deinert, Olaf, Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung, HSI-Schriftenreihe Bd. 53, Frankfurt am Main 2024 , abrufbar unter: *https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-schriftenreihe-21418.htm* (zuletzt abgerufen am 12.4.2025).

Deinert, Olaf, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, Baden-Baden 2007.

Deinert, Olaf/Heuschmid, Johannes/Zwanziger, Bertram (Hrsg.), Arbeitsrecht – Handbuch für die Praxis, 10. Aufl., Frankfurt am Main 2019.

Deinert, Olaf/Maksimek, Elena/Sutterer-Kipping, Amélie, Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts, HSI-Schriftenreihe Bd. 30, Frankfurt am Main 2020, abrufbar unter: *https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-schriftenreihe-21418.htm* (zuletzt abgerufen am 12.4.2025).

Deinert, Olaf/Walser, Manfred, Zur Förderung der Mitgliedschaft von Arbeitgebern in Verbänden, AuR 2015, 386–392.

Destatis, Bevölkerungsvorausberechnung – Pflegekräftevorausberechnung, abrufbar unter: *https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Bevoelkerungsvorausberechnung/pflegekraeftevorausberechnung.html* (zuletzt abgerufen am 8.7.2024).

Feldes, Werner/Kohte, Wolfhard/Stevens-Bartol, Eckart (Hrsg.), SGB IX, Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen – Kom-

mentar für die Praxis, 5. Aufl., Frankfurt am Main 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § Rn).

Hänlein, Andreas, Tarifbindung bzw. Tariforientierung als Voraussetzung der Zulassung von Pflegeeinrichtungen, SGb 2023, 201–211.

Hartmann, Felix, Tariftreue in der Pflegebranche – Unions- und verfassungsrechtliche Bedenken gegen §§ 72, 82 c SGB XI nF, RdA 2023, 90–103.

Hauck, Ernst, Vergaberecht und Sozialleistungserbringung aus Sicht der Sozialgerichtsbarkeit, SRa 2017, 232–240.

Heinz, Andreas/Schmidt-De Caluwe, Reimund/Scholz, Bernhard (Hrsg.), Sozialgesetzbuch III – Arbeitsförderung – NomosKommentar, 7. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, § Rn.).

Hlava, Daniel, Sozialrechtliche Privilegierung von Tarifverträgen, SR 2021, 233–252.

Hohendanner, Christian/Kohaut, Susanne, Tarifbindung und Mitbestimmung: Keine Trendumkehr in Westdeutschland, Stabilisierung in Ostdeutschland, in: IAB-Forum 20. Juli 2023, verfügbar unter: *https://www.iab-forum.de/tarifbindung-und-mitbestimmung-keine-trendumkehr-in-sicht/* (zuletzt abgerufen am 28.11.2024).

IGBCE, Tarifliche Pflegezusatzversicherung, abrufbar unter: *https://igbce.de/igbce/themen/careflex-chemie* (zuletzt abgerufen am 9.9.2024).

Kingreen, Thorsten, Exklusive Tariföffnungsklauseln – Einfach-rechtliche Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Zulässigkeit, HSI-Schriftenreihe Bd. 35, Frankfurt am Main 2020, abrufbar unter: *https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-schriftenreihe-21418.htm* (zuletzt abgerufen am 12.4.2025).

Kittner, Michael, 50 Urteile – Arbeitsgerichte schreiben Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2020.

Klengel, Ernesto/Höller, Johannes/Sutterer-Kipping, Amélie, Report zum Europäischen Arbeits- und Sozialrecht (HSI-Report) 3/2023, abrufbar unter: *https://www.boeckler.de/fpdf/HBS-008730/p_hsi_report_3_2023.pdf* (zuletzt abgerufen am 12.9.2024).

Klocke, Daniel, Mindestlohn und Tariftreue im Landesvergaberecht der Freien Hansestadt Bremen, Bremen 2021.

Kocher, Eva/Kädtler, Jürgen/Voskamp, Ulrich/Krüger, Laura, Noch verfassungsgemäß? Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie und die Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III,

HSI-Schriftenreihe Bd. 19, Frankfurt am Main 2017, abrufbar unter: *https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-schriftenreihe-21418.htm* (zuletzt abgerufen am 12.4.2025).

Krauskopf (Begr.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung – Kommentar, Band 1, 121. EL, München 2024 (zit.: *Bearbeiter* in: Krauskopf, Gesetz § Rn.).

Lenzen, Julia/Evans-Borchers, Michaela, „Tariftreue in der Altenpflege" – Expertise zur Umsetzung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG) in Nordrhein-Westfalen, 2023, abrufbar unter: *https://www.iat.eu/aktuell/veroeff/2024/Tariftreue_in_der_Altenpflege_Evans-Borchers_Lenzen.pdf* (zuletzt abgerufen am 28.11.2024).

Lübker, Malte/Schulten, Thorsten, Tarifbindung in den Bundesländern – Entwicklungslinien und Auswirkungen auf die Beschäftigten, in: WSI Analysen zur Tarifpolitik Nr. 103, April 2024, abrufbar unter: *https://www.wsi.de/de/analysen-zur-tarifpolitik-15270.htm* (zuletzt abgerufen am 12.4.2025).

Peters, Verena u.a., Endbericht zur Studie „Arbeitsplatzsituation in der Akut- und Langzeitpflege und Ermittlung sowie modellhafte Implementierung von Indikatoren für gute Arbeitsbedingungen in der Langzeitpflege" – Los 1: Analyse, Befragungen und Maßnahmenempfehlungen zum Pflegearbeitsplatz der Zukunft, Bochum 2022, abrufbar unter: *https://www.wifor.com/uploads/2023/05/Endbericht-Studie-zur-Arbeitsplatzsituation-in-der-Pflege-Los-1.pdf* (zuletzt abgerufen am 28.11.2024).

Preis, Ulrich/Ulber, Daniel, Tariftreue als Verfassungsproblem, NJW 2007, 465–471.

Richter, Ronald, Die Tariftreue im SGB XI aus Sicht der Leistungserbringer, NZS 2023, 481–520.

Rödl, Florian/Syrovatka, Felix/Wolff, Johanna, Zukunft der Tarifautonomie – Aktionsplan für eine Rückkehr zu flächendeckender Tarifbindung, ZRP 2024, 5–8.

Rolfs, Christian/Witschen, Stefan, Neue Regeln für Wertguthaben, NZS 2009, 295–302.

Rolfs, Christian/Knickrehm, Sabine/Deinert, Olaf (Hrsg.), beck-online. GROSSKOMMENTAR (Gagel), Stand: 1.8.2024, München 2024 (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOGK (Gagel), Gesetz § Rn.).

Rolfs, Christian/Körner, Anne/Krasney, Martin/Mutschler, Bernd (Hrsg.), beck-online GROSSKOMMENTAR (Kasseler Kommentar), Stand: 15.8.2024, München (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOGK (KassKomm), Gesetz § Rn.).

Rudkowski, Lena, Abnehmender Organisationsgrad der Arbeitnehmer als Herausforderung für den Gesetzgeber – oder die Gewerkschaften?, NZA 2021, 315–318.

Sagan, Adam, Tarifautonomie unter Druck? – Die Perspektive des Unionsrechts, SR 2023, 144–156.

Schaub, Günter (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl., München 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Schaub, ArbR-HdB, § Rn.).

Schroeder, Wolfgang, Kollektives Beschäftigtenhandeln in der Altenpflege, Forschungsförderung Study Nr. 373, Dezember 2017, abrufbar unter: *https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_373.pdf* (zuletzt abgerufen am 2.7.2024).

Schwedler-Allmendinger, Anna (Hrsg.), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, 1. Aufl., Baden-Baden 2024 (zit.: *Bearbeiter* in: Schwedler-Allmendinger, HK-WBVG, § Rn.).

Seikel, Daniel/Absenger, Nadine, Die Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf das Tarifvertragssystem in Deutschland, Industrielle Beziehungen 2015, 51–71.

Theben, Martin /Hlava, Daniel in: Deinert, Olaf/Welti, Felix/Luik, Steffen/Brockmann, Judith (Hrsg.), Stichwortkommentar Behindertenrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit.: *Bearbeiter* in: Deinert u.a., SWK-BehindertenR, Stichwort Rn.).

Ulber, Daniel/Wiegandt, Karoline, Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten, HSI-Schriftenreihe Bd. 24, Frankfurt am Main 2017, abrufbar unter: *https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-schriftenreihe-21418.htm* (zuletzt abgerufen am 12.4.2025).

vdek, Daten zum Gesundheitswesen: Versicherte, Krankenversicherungsschutz der Bevölkerung, Stand: 02.04.2024, abrufbar unter: *www.vdek.com/presse/daten/b_versicherte.html* (zuletzt abgerufen am 9.9.2024).

Waltermann, Raimund, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, HSI-Schriftenreihe Bd. 15, Frankfurt am Main 2016, abrufbar unter: *https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-schriftenreihe-21418.htm* (zuletzt abgerufen am 12.4.2025).

Waltermann, Raimund, Gesetzliche und tarifvertragliche Gestaltung im Niedriglohnsektor, NZA 2013, 1041-1048.

Waltermann, Raimund, Mitgliederexklusivität der Tarifbindung versus Tariferstreckung, SR 2021, 177–188.

Waltermann, Raimund, Tarifautonomie und Pflegebranche, in: HSI (Hrsg.), Gewerkschaftsrechte heute – Sammelband zur Tagung des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeits- und Sozialrecht am 23./24. Juni 2022, HSI-Schriftenreihe Bd. 52, Frankfurt am Main 2024, S. 67–79, abrufbar unter: *https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hsi-schriftenreihe-21418.htm* (zuletzt abgerufen am 12.4.2025).

Welti, Felix/Wiebelitz-Spangenberg, Christina, Sozialrechtlicher Rahmen für Arbeitsbedingungen im Gesundheitswesen, AuR 2017, 59–64.

Regelung der Lohnkosten von Dienstleistungserbringern im Sozialrecht und Koalitionsfreiheit

*Prof. Dr. Karl-Jürgen Bieback**

Inhaltsübersicht

I. Grundmodell: Anerkennung der Tariflöhne als „wirtschaftlich“ 61
1. Entwicklung 62
2. Tarifvertragliche Probleme des Grundmodells 63
II. Standardmodell im SGB XI, SGB V, SGB VIII, SGB IX, SGB XII 64
1. Ausweitung des Grundmodells auf nicht kollektiv gebundene Unternehmen 64
2. Verbreitung des Standardmodells 65
3. Zentrale Vagheit: Was ist als Vergütung anzuerkennen? 66
4. Tarifvertragliche und arbeitsrechtliche Probleme des Standardmodells 67
a) Ziele des Modells 67
aa) Verhinderung einer Lohnspirale nach unten und Steigerung der Löhne 67
bb) Gleiche Bedingungen für die Konkurrenz um Arbeitskräfte 68
b) Eingriff in Grundrechte der kollektiv gebundenen Arbeitgeber 68
aa) Ungleichbehandlung durch selektive Übernahme der tariflichen Bezahlung 68
bb) Ungleiche Durchsetzung der Tarif/AVR-Entgelte 69
III. Das neue Modell 2021/2 des SGB XI: Zwang zu Löhnen auf kollektivrechtlichem Niveau 70
1. Grundzüge des Modells 70

* Der Beitrag in ausführlicher Fassung wurde unter dem Titel „Sozialrechtliche Regulierung der Löhne von Dienstleistungserbringern“ veröffentlicht in der Zeitschrift Soziales Recht 2024, 189.

a) Anwendung eines TV/AVR oder Bindung an das regional durchschnittliche TV/AVR-Entlohnungsniveau 70
aa) TV/AVR-orientierte Lohnzahlung wird strikte Zulassungsbedingung 71
bb) Statt TV-Bindung Wahl des regional üblichen Entlohnungsniveaus 71
cc) Definition was gezahlt werden muss 71
b) Kein allgemeines Niveau und große Spielräume für die Nicht-TV/AVR-Gebundenen 72
aa) Wahl zwischen den TV/AVR-Niveaus 72
bb) Unklare Flexibilität bei Bezahlung der Durchschnittsanwender innerhalb ihrer Qualifikationsgruppen 72
cc) Ergebnis: Große Varianz und Selektivität der Löhne bei den Nicht-TV/AVR-Gebundenen 74
dd) Pauschale Obergrenze für alle Nicht-TV/AVR-Gebundenen 74
c) Weitere Unklarheiten 75
2. Tarifvertragliche und arbeitsrechtliche Probleme des neuen Modells 2021/2 75
a) Ziele des neuen SGB XI Modells 75
aa) Erhöhung der Löhne im Sektor Altenpflege 75
bb) Verbesserung der Arbeitskräfteversorgung durch Erhöhung der Löhne 76
cc) Preisdeckelung bei den Nicht-TV/AVR-Gebundenen 76
b) Verstoß gegen Grundrechte der nicht-TV/AVR-gebundenen Arbeitgeber 77
aa) Zulassungsvoraussetzung Entlohnung nach TV/AVR und Vertragsfreiheit (Art. 12 und 2 GG) 77
(1) Stärke des Eingriffs 77
(2) Rechtfertigende Ziele – Verhältnismäßigkeit einer Arbeitsmarktregulierung 78

(3) Nicht beziehungsweise wenig geeignete Ziele 78
(4) Bekämpfung des Arbeitskräftemangels 78
(5) *„Ordnungsfunktion"* der kollektiven Lohnbestimmung 79
(6) Erhöhung des Lohnniveaus auch der Nicht-TV/AVR-Gebundenen 79
(7) Fazit 79
bb) Koalitionsfreiheit der Nicht-TV/AVR-gebundenen Arbeitgeber (Art. 9 Abs. 3 GG) 80
c) Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie der tarifgebundenen Arbeitgeber und Beschäftigten sowie der TV-Parteien (Art. 9 Abs. 3 GG) 80
aa) Kein Schutz der TV/AVR-Partner vor Übernahme ihrer Lohnniveaus durch Nicht-TV/AVR-Gebundene 80
bb) Negieren des Unterschieds zwischen TV und AVR 81
cc) Schutz der Kollektivregelungen unterhalb des regionalen TV/AVR-Durchschnitts 81
(1) Stärke des Eingriffs 81
(2) Rechtfertigung des Eingriffs 82
d) Ungleichbehandlungen 84
aa) Ungleichbehandlungen TV/AVR-Gebundene und TV/AVR-Anwender/Durchschnittsanwender 84
bb) Unterschiedliche Wirksamkeit und Kontrolle der Lohnzahlung 85
cc) Pflegende und nichtpflegende Beschäftigte 85
IV. Ergebnisse 86
Literatur 87
Sonstige Quellen 91

Der heute allseits übliche Begriff der Tariftreue hat sich im Vergaberecht etabliert. Er sollte aber genauso wenig wie der Begriff der Tarifbindung in Bezug auf das SGB benutzt werden. Wenn SGB XI, IX und XII regeln, bei der Ver-

handlung um die Preise der Sozialleistungen seien Lohnkosten der Anbieter immer anzuerkennen, wenn sie auf dem Niveau von Tarifverträgen (TV) lägen, so ab 2000 im SGB XI (unter I.), dann haben die nicht-TV-gebundenen Arbeitgeber im Verhältnis zu den gebundenen immer noch große Freiheiten (unter II.). Auch um „Treue" – die es im BGB als Gesetzesbegriff nicht (mehr) gibt – geht es deshalb nicht, zumal die nicht kollektiv Gebundenen sich neuerdings im SGB XI sogar an einem abstrakten, virtuellen Mittelwert orientieren können, der nichts mehr allgemein wie konkret mit einem TV zu tun hat (unter III.). All das und das legislative, sozialrechtliche und sozialpolitische Umfeld gilt es im Folgenden zu analysieren. Dabei stützen diese wie auch weitere, hier nicht behandelte sozialrechtliche Regelungen[1] die Tarifvertragsfreiheit (so unten I. und II.), wie sie sie aber zum Teil auch gefährden (so unten III.).

I. Grundmodell: Anerkennung der Tariflöhne als „wirtschaftlich"

Für das neue SGB XI sollte bei der Festlegung der Preise für Pflegeleistungen der Pflegeeinrichtungen nicht mehr das Selbstkostenerstattungsprinzip, sondern das Marktprinzip gelten.[2] Folglich betonte das Bundessozialgericht (BSG) 2000,[3] der Wettbewerb bestimme die Preise, Quantität und Qualität der Leistungen weshalb nur die unteren Preise am Markt den Anforderungen der „Wirtschaftlichkeit" der Leistungserbringung genügten. Höhere Lohnkosten der TV/AVR-Gebundenen als wirtschaftlich gerechtfertigt anzusehen, sei in einem Wettbewerbssystem nicht zu akzeptieren.[4]

Aber so eindeutig, wie das BSG meinte, war das gesetzliche Konzept schon 1995 nicht;[5] zusätzlich sahen ab 2001 §§ 84/85 SGB XI vor, dass die individuelle Kosten- und Leistungsstruktur der Leistungserbringer offen zu legen und in der Verhandlung zu berücksichtigen sei.

---

1 Dazu umfassend *Hlava*, SR 2021, 233 ff., und *Hlava* in: Deinert u.a., Festschrift für Michael Kittner, 161–169.

2 BT-Drs. 12/5262, 84 r. Sp. „Ein Selbstkostendeckungsprinzip nach dem Vorbild des Krankenhausfinanzierungsgesetzes ist nicht vorgesehen". Ähnlich auch der Tenor anderer Gesetze dieser Zeit: BT-Drs. 12/3608, 130 ff. zum Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (GSG) und BT-Drs. 12/5510, 10 ff. zu § 93 Bundessozialhilfegesetz (BSHG). Zum Ganzen *Udsching*, SGb 2024, 125.

3 BSG 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R, BSGE 87, 199, Rn. 23 f. mit Verweis auf Einschränkungen schon im SGB XII.

4 BSG 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R, BSGE 87, 199, Rn. 26 die „nicht für alle Einrichtungsträger geltende Tarifbindungen … kann … nach der gesetzlichen Abkehr vom Kostenerstattungsprinzip grundsätzlich keine Berücksichtigung mehr finden".

5 *Bieback* in: Welti u.a., Festschrift für Gerhard Igl, 185 ff.

1. Entwicklung

Bei den „Lohnkosten" erfolgte die deutliche Abkehr vom Marktprinzip 2008,[6] wonach Einrichtungen nur noch zuzulassen waren, die ihren Beschäftigten eine „*ortsübliche Arbeitsvergütung*" zahlten (§ 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XI) – ohne dass allerdings die Vorgaben für die Preisverhandlungen geändert wurden. Die Gesetzesbegründung[7] verwies „im Regelfall auf fachlich und räumlich einschlägige Tarifverträge". Das stieß zwar als Zulassungsbedingung auf zahlreiche Vorbehalte,[8] aber für die Preisverhandlungen stellte das *BSG 2009*, in Korrektur des Urteils von 2000, fest, TV-Löhne seien immer als wirtschaftlich anzusehen. Neben dem Verweis auf das Gesetz von 2008 und seine Motive begründete es diese Kehrtwende damit, es gelte zu verhindern, über den externen Vergleich[9] der nicht-TV-gebundenen mit den tarifgebundenen Einrichtungen nur noch die (niedrigeren) Löhne der Nichtgebundenen als „wirtschaftlich angemessen" anzuerkennen, was „eine Vergütungsspirale nach unten ... auf Kosten ... der Arbeitsvergütung" in Gang setzen würde; lapidar wird bemerkt, das habe auch schon vorher gegolten.[10]

Erst im Pflegestärkungsgesetz I von 2014[11] wurde auf Anregung des Bundesrats[12] im Bundestagsausschuss unter Verweis auf die Rechtsprechung des BSG[13] und – im Unterschied zum Bundesrat – jetzt *erweitert um die AVR* eingefügt:[14]

> „*Die Bezahlung tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden*" (§ 84 Abs. 2 S. 5 und Abs. 7

6 Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (PflegeWEG) v. 28.5.2008, BGBl. 2008 I S. 874.

7 BT-Drs. 26/7439, 67.

8 *Papperger*, Mindestlohn in der Pflege, 308 f. m.w.N.

9 Der interne Vergleich vergleicht bei ein und derselben Einrichtungen den alten Preis mit den neuen Preisforderungen, die frühere Kostenstruktur mit der neuen sowie die Kosten in einem Bereich mit denen in einem anderen Bereich und verlangt Begründungen, damit geänderte Werte in der Preisverhandlung anerkannt werden können. Der externe Vergleich tut dasselbe nur im Verhältnis zu den Daten anderer Anbieter.

10 BSG 29.1.2009 – B 3 P 7/08 R, BSGE 102, 227, juris, Rn. 35/6; BSG 17.12.2009 – B 3 P 3/08 R, BSGE 105, 126, Rn. 56 und 63, und danach BSG 16.5.2013 – B 3 P 2/12 R, BSGE 113, 258–270, Rn. 16 (Zitat), 17.

11 Forderung des Bundesrats BT-Drs. 18/2379, 10 zu Nr. 14 und einiger Verbände in der Anhörung: AWO Bundesverband, Stellungnahme Ausschussdrucksache 18_14_0049-23, 13 und Caritasverband 18_14_0049-14, 22, mit der Forderung auch die Bindung an kircheneigene Regelungen einzubeziehen.

12 BT-Drs. 18/2379, 10, Nr. 14 zu Art. 1 Nr. 24a.

13 BT-Drs. 18/2379, 10 zu Nr. 14; BT-Drs. 18/2909, 44 zu Nummer 24a – neu und 26a – neu.

14 BT-Drs. 18/2909, 44 zu Nummer 24a - neu - (§ 84 Absatz 2 Satz 5 und Absatz 7 SGB XI) und zu Nummer 26a – neu – (§ 89 Absatz 1 Satz 3 bis 5 und Absatz 3 SGB XI).

sowie § 89 Abs. 1 S. 3-5 und Abs. 3 SGB XI; gleichzeitig auch § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX).

Das sollte nach Ansicht des Bundesrats[15] die „Tarifvertragslohn-Anerkennung" sicherstellen und „ein deutliches Signal setzen, dass in der Pflege überall angemessene Löhne zu zahlen sind und eine Weitergabe des Kostendrucks an das Personal – gerade vor dem Hintergrund des Fachkräftemangels – nicht legitim ist". Dies gilt und galt nur für pflegende Beschäftigte, nicht für Beschäftigte außerhalb der Pflege.

Zusätzlich konnten die Pflegekassen und Sozialhilfeträger (Kostenträger) kontrollieren, dass diese Löhne auch ausgezahlt werden (§ 84 Abs. 7 SGB XI n.F. 2014):

> „*Der Träger der Einrichtung ist verpflichtet, …die entsprechende Bezahlung der Beschäftigten jederzeit einzuhalten. Auf Verlangen einer Vertragspartei hat der Träger der Einrichtung dieses nachzuweisen.*" Werden die Löhne nicht gezahlt, können die Kostenträger die gezahlte Vergütung von den Dienstleistungsunternehmen zurückfordern (§ 115 Abs. 3 SGB XI).

2. Tarifvertragliche Probleme des Grundmodells

Gibt es – wie das BSG voraussetzte – einen Anspruch der tarifgebundenen Dienstleister gegen die Kostenträger, dass die TV-bedingten Lohnkosten als wirtschaftlich anzuerkennen seien? War der Wandel des BSG von 2000 zu 2009 also geboten und gilt er nicht nur für das SGB XI?

Das BSG rechtfertigte seine Wendung zwar ohne empirischen Beleg damit, dass „Arbeitskräfte üblicherweise nur zu den tariflichen Lohnbedingungen am Arbeitsmarkt gewonnen werden können".[16] Das will deutlich machen: Hier geht es um „Marktlöhne". Modifiziert man das zu einer normativen, nicht tatsächlichen Begründung, hieße es: TV-Löhne verdienen gemäß Art. 9 Abs. 3 GG besonderen Schutz und besondere Anerkennung; sie sind der einzige An-

15 Stellungnahme des Bundesrats BT-Drs. 18/2379, 10 zu Nr. 14 zum Entwurf Erstes Pflegestärkungsgesetz – PSG **I**.

16 BSG 29.1.2009 – B 3 P 7/08 R, BSGE 102, 227 = SozR 4-3300 § 85 Nr. 1 Rn. 36; ebenso: BSG 17.12.2009 – B 3 P 3/08 R, BSGE 105, 126, Rn. 56 und 63, und danach BSG 16.5.2013 – B 3 P 2/12 R, BSGE 113, 258–270, Rn. 17.

haltspunkt für sozialstaatskonforme und vertragsgerechte Löhne;[17] eine „tarifvertragsfreundliche Interpretation" der Gebote der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit ist geboten. Ähnliche (Rechtfertigungs-) Argumente spielen bei der Durchsetzung der Tarif-„Treue" im Vergabeverfahren (§ 128 Abs. 1 und Abs. 2 GWB) eine Rolle.[18]

Verstärkt wird diese Pflicht zur Anerkennung von Tariflöhnen durch die Pflicht der Kostenträger, eine ausreichende Anzahl von Dienstleistern zur Verfügung zu stellen, also auch die Gruppe der tarifgebundenen Dienstleister angemessen zu berücksichtigen (Struktursicherungsauftrag: § 70 Abs. 1 S. 1 SGB V, § 36 Abs. 1 SGB VI, § 35 Abs. 1 SGB IX, § 69 SGB XI).

II. Standardmodell im SGB XI, SGB V, SGB VIII, SGB IX, SGB XII

1. Ausweitung des Grundmodells auf nicht kollektiv gebundene Unternehmen

Erst im Ausschussbericht nach der Anhörung[19] verallgemeinerte das Pflegestärkungsgesetz III 2016 das Grundmodell. Auch nicht tarifgebundene Einrichtungen können ihre Löhne *bis zum Tarif-/AVR-Niveau* bei den Verhandlungen mit den Kostenträgern als „wirtschaftlich angemessen" refinanziert bekommen:

> „*Die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden.*" (§ 84 Abs. 2 S. 5 SGB XI 2016).

17 *Rödl,* WSI Mitteilungen 3/2023, 168, 172 f.; *Klocke*, Tarifautonomie und Außenseiter, 252 ff., 281 f. ausführlich zu den Grundlagen im internationalen Recht *Hlava*, SR 2021, 233, 234 ff.

18 BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, AP GG Art. 9 Nr. 129; EuGH 17.11.2015 – C-15/14 *(RegioPost)*; NZA 2016, 155; *Lakies* in: NK-TVG, § 5 Anhang 1 Rn. 54; *Krause*, AuR 2020, 152, 155.

19 Protokoll 18/90 des Gesundheitsausschusses, 29, 39, Wortprotokoll Anhörung 3. PSG 90_17-10-2016_psg-iii-data, mit Stellungnahmen für die Ausdehnung der Vertreter des Deutschen Pflegerats, des AOK Bundesverbands und des Bundesverbands privater Anbieter sozialer Dienste e.V. Der Bundesrat befürwortete sie ebenfalls BR-Drs. 720/16, 9.

Übertarifliche Bezahlung ist allgemein nur noch dann als „wirtschaftlich" anzuerkennen, wenn es für sie einen „sachlichen Grund"[20] gibt. Und die Vorschriften über den Nachweis der Weitergabe der „bewilligten" Lohnkosten an die Beschäftigten (§ 84 Abs. 7 SGB XI) und Sanktionen und Rückzahlungspflicht bei Verstoß (§ 115 Abs. 3 SGB XI) galten auch für die Tarifanwender.

2. Verbreitung des Standardmodells

Dieses Modell wurde sodann auf das Vertragsrecht vieler Bücher des SGB übertragen und wird zum SGB-Standardmodell. Jedoch gilt es außerhalb des SGB XI immer für das *gesamte Personal*. Andererseits gibt es außerhalb des SGB XI nur die Pflicht die geltend gemachten Lohnkosten auf Verlangen der Kostenträger nachzuweisen; Sanktionen fehlen. Das Standardmodell findet sich jetzt in:

SGB	**Norm mit Formel des Standardmodells**	**Nachweis der Entlohnung nach TV/AVR**
SGB V	§ 111 Abs. 5 S. 3, § 111c Abs. 3 S. 3 Reha	Nur allg. Nachweisverpflichtung § 111c Abs. 3 S. 4
	§ 132d i.V.m. § 16 Abs. 1 Rahmenvertrag (spezialisierte ambulante Palliativversorgung)	Nur allg. Nachweisverpflichtung § 16 Abs. 1 Rahmenvertrag
	§ 132 Abs. 1 S. 2 (Haushaltshilfe), § 132a Abs. 4 S. 5-6 (häusliche Krankenpflege), § 132l Abs. 5 S. 2 und 3 (außerklinische Intensivpflege)	Rahmenempfehlungen häusliche Krankenpflege § 7 Abs. 10, intensive Nachweispflichten, keine Sanktionen; Rahmenempfehlung außerklinische Intensivpflege § 14 Abs. 4, Abs. 11 Nachweise, Sanktion § 20 Abs. 2
SGB VI	§ 15 Abs. 3 S. 5 und Abs. 8 S. 2 Nr. 3 SGB VI Reha	Nur allg. Nachweisverpflichtung; noch im Werden

20 BT-Drs. 18/10510, 116 nennt besondere Leistungsverantwortung und Übernahme besonderer Aufgaben. Ganz anders und weiter jetzt: § 6 Abs. 6 Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 82c Absatz 4 SGB XI zum Verfahren nach § 82c Absätze 1 bis 3 und 5 SGB XI (Pflegevergütungs-Richtlinien) i.d.F. v. 12.7.2023.

SGB	**Norm mit Formel des Standardmodells**	**Nachweis der Entlohnung nach TV/AVR**
SGB IX	§ 38 Abs. 2 (restriktiver aber: § 124 Abs. 1 S. 6 „tariflich *vereinbarter*“)[21]	Nur allg. Nachweisverpflichtung
SGB XI	§ 82c Abs. 2a ab Juni 2022 nur für das nichtpflegende Personal	Schärfere Kontrolle, Sanktionen, Rückzahlung § 84 Abs. 7, § 115 Abs. 3
SGB XII	§ 75 Abs. 2 S. 13	Eigene Regeln mit Sanktion Rückzahlung §§ 78, 79

Die Vorgaben an die Rentenversicherungsträger (RV-Träger) für die Regelung der Zulassung von Reha-Einrichtungen und die Entgelt-Verhandlungen folgen noch dem Grundmodell (§ 15 Abs. 3 S. 5 und Abs. 8 S. 2 Nr. 3 SGB VI).[22] Während das bisherige Vergütungssystem rein von den Maximen der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit bestimmt wurde, heißt es nun in § 15 Abs. 3 S. 5 SGB VI: „Dabei hat sie tariflich vereinbarte Vergütungen sowie entsprechende Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen zu beachten“, und in Abs. 8 S. 2 heißt es „…besonders zu beachten“. Die Materialien[23] verweisen allerdings auf das weitergehende Standardmodell in § 38 Abs. 2 SGB IX als Vorbild. Daraus kann gefolgert werden, dass die nicht kollektiv gebundenen Arbeitgeber auch Tarifgehälter zahlen können und dies von der Gesetzlichen Rentenversicherung (GRV) refinanziert werden muss.[24]

3. Zentrale Vagheit: Was ist als Vergütung anzuerkennen?

Maßgeblich sind die „*Gehälter*“ – ein Begriff, der im SGB und im Arbeitsrecht nicht definiert ist. Definiert ist im SGB das (beitragspflichtige) Arbeitsentgelt/Arbeitseinkommen (§§ 14/15 SGB IV), was als „Einnahme“ aus einem Arbeits-

21 Diese Diskrepanz wurde in der Literatur nirgendwo diskutiert. Vgl. jetzt *Schaumberg* in diesem Band.

22 § 15 i.d.F Art. 3 Nr. 2 Gesetz zur Verbesserung der Transparenz in der Alterssicherung und der Rehabilitation sowie zur Modernisierung der Sozialversicherungswahlen und zur Änderung anderer Gesetze v. 11.2.2021, BGBl. 2021 I S. 154 m.W.v. 1.7.2023.

23 BT-Drs. 19/23550, 94 zu Art. 3 Nr. 2 Buchst. b und Nr. 3, 98 zu Abs. 8. Erst der BT-Ausschuss hat die jetzige Formulierung in Abs. 2 S. 1 Nr. 2 eingefügt, BT-Drs. 19/24487 (neu), 8 Nr. 5 zu Art. 3, c, aa), bbb), 20 „Mindestkriterien an das zu entwickelnde Vergütungssystem“, 29 Orientierung an den tatsächlich gezahlten Vergütungen und Löhnen.

24 *Kreikebohm*, NZS 2023, 361, 364; *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, Das neue System der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Rentenversicherung, 110 ff.

verhältnis verstanden wird,[25] weshalb § 1 SvEV[26] einige Entgeltbestandteile ausschließt. Da es um die Refinanzierung von „Aufwendungen" geht (§ 84 Abs. 2 S. 3 SGB XI), liegt es nahe, zum „Gehalt" nicht nur den Monatslohn, sondern auch anderen „Personalaufwand" zu zählen (z.B. die Sozialversicherungsbeiträge (SV-Beiträge), Sonderzahlungen, betriebliche Alterssicherung).[27] Die Grenze aber bleibt unklar.

2021/2 (unten III. 1. a) cc)) definiert das SGB XI nunmehr präzise, welche Vergütungsbestandteile genau zum für Nicht-Tarif/AVR-Gebundene maßgeblichen Durchschnittsniveau zu zählen sind (§ 72 Abs. 3b Satz 2 SGB XI i.d.F v. 28.6.2022). Dort wird dann auch bei der Anerkennung als „wirtschaftlich" zwischen den TV/AVR-Gebundenen („Gehälter") und den Nichtgebundenen („Entlohnungsbestandteile") unterschieden (§ 82c Abs. 1 und Abs. 2 SGB XI).

4. Tarifvertragliche und arbeitsrechtliche Probleme des Standardmodells

a) Ziele des Modells

aa) Verhinderung einer Lohnspirale nach unten und Steigerung der Löhne

Mit dem Standardmodell wollte der Gesetzgeber 2016 mit derselben Begründung wie 2014 zum Grundmodell „ein deutliches Signal setzen, dass in der Pflege überall angemessene Löhne zu zahlen sind und eine Weitergabe des Kostendrucks an das Personal – gerade vor dem Hintergrund des Fachkräftemangels – nicht legitim ist".[28] Diese Ziele scheinen auch erreicht worden zu sein. In den Jahren 2012 bis 2019 sind die Löhne in der Altenpflege überdurchschnittlich, in der Krankenpflege dagegen nur durchschnittlich gestiegen[29] Das fiel ab 2014 mit der Anerkennung der TV und ab 2016 mit der Einführung und Praktizierung des Standardmodells zusammen. Bei aller Schwierigkeit, direkte Kausalitäten nachzuweisen, spricht das dafür, dass das Modell sein Ziel erreicht hat.[30] Dabei dürfte am unteren Rand auch der Pflegemindestlohn (§ 11 AEntG 2009) und seine Erhöhungen eine Rolle gespielt haben, wobei

25 *Zieglmeier* in: BeckOGK (KassKomm), § 14 SGB IV Rn. 5 ff.

26 Verordnung zur Neuordnung der Regelungen über die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Zuwendungen des Arbeitgebers als Arbeitsentgelt v. 21.12.2006, BGBl. 2006 I S. 3385.

27 So auch *Schütze* in: Udsching/Schütze SGB XI, § 84 Rn 32, wobei nicht jeder tariflich begründete Personalaufwand als „wirtschaftlich" zu akzeptieren sei.

28 Bericht BT-Ausschuss zum Dritten Pflegestärkungsgesetz (PSG III) BT-Drs. 18/10510, 27 und 115 f.

29 *Carstensen/Seibert/Wiethölter*, Aktuelle Daten und Indikatoren, Entgelte von Pflegekräften 2022.

30 Diskussion bei *Lenzen/Evans-Borchers*, Tarifgerechte Entlohnung in der Pflege im Spiegel der Attraktivität des Pflegeberufs, Forschung aktuell 04/2024, 1, 5 f.

der Mindestlohn für Ungelernte von 2010 bei 8,50/7,50 € (West/Ost) auf 11,05/10,55 € ab 1.1.2019 stieg.[31]

Beide Ziele, Verhinderung einer Lohnspirale nach unten und Steigerung der Löhne, sind vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG)[32] mehrfach – meist in Verbindung mit der Ausdehnung der Geltung von TV – als wichtige, eigenständige Ziele zur Regulierung des Arbeitsmarktes und der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit von Arbeitgebern anerkannt worden.[33] Die Freiheit der Arbeitgeber, jederzeit ihre Entgelte an die der TV anzupassen, wird eher abgesichert, ein Zwang zur „Tariftreue" besteht nicht. Geht die Lohnzahlung über das Tarifniveau hinaus, wird sie allerdings bei *allen* Leistungsanbietern auf ihre wirtschaftliche Angemessenheit geprüft. Zudem kann das Standardmodell auch noch einem anderen Ziel dienen: die Konkurrenz vom Preis mehr auf die Aspekte der Qualität der Dienstleistung zu verlagern.

bb) Gleiche Bedingungen für die Konkurrenz um Arbeitskräfte

Gerechtfertigt wurde die Ausweitung des Grundmodells auch damit, den nicht-kollektiv gebundenen Arbeitgebern zu ermöglichen, mit den TV/AVR-gebundenen effektiv um Arbeitskräfte konkurrieren zu können.[34]

b) Eingriff in Grundrechte der kollektiv gebundenen Arbeitgeber

Es gibt keinen Schutz der TV-Parteien davor, dass die Nicht-TV/AVR-gebundenen Arbeitgeber Löhne auf dem Niveau der Tarife zahlen (unten III. 2. c) aa)). Dass den Nicht-TV-Gebundenen die Zahlung von TV/AVR Löhnen erleichtert wird, stärkt aber auch das TV/AVR-System (Verhinderung der Lohnspirale nach unten). Insoweit liegt kein Eingriff in die Koalitionsfreiheit der Tarifparteien vor.

aa) Ungleichbehandlung durch selektive Übernahme der tariflichen Bezahlung

Für alle Einrichtungen war die übertarifliche Bezahlung allgemein in § 84 Abs. 2 S. 6 SGB XI (2016) geregelt: „*Für eine darüber hinausgehende Bezahlung bedarf es eines sachlichen Grundes*". Der Bundesrat[35] sah aber zu Recht die Ge-

31 *Nielebock/Nakielski*, Die lange Auseinandersetzung um attraktivere Löhne für Pflegende.

32 Zuletzt BVerfGE 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 (Tariftreue im Vergaberecht), Rn. 87, bis hin zu BVerfG 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, BVerfGE 55, 7, 23 f., Rn. 44 f. (AV TV II) und vor allem BVerfG 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322, 342 (AV TV I, Rn. 57 f., 61; BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82, BVerfGE 77, 84, 107 (Verbot AN-überlassung), Rn. 77.

33 Umstritten, vgl. *Hänlein*, Externer Vergleich und ortsübliche Vergütung, 26 ff.; *Papperger*, Mindestlohn in der Pflege, 308 f. m.w.N.

34 BT-Drs. 18/10510, 26, 116.

35 BR-Drs. 720/16, 8 ff.

fahr, dass das Tarifsystem entwertet wird, indem die nichtgebundenen Arbeitgeber selektiv die besonders knappen Fachkräfte (z.B. Pflegedienstleitungen) nach dem höchsten Tarif/AVR (plus eventuell übertariflicher Zuschläge) bezahlen, den anderen Beschäftigten aber niedrigere Löhne bezahlen und dadurch mit niedrigeren Preisen gegenüber den durchgängig TV/AVR-Gebundenen besser konkurrieren können. Diesen Bedenken ist aber im Gesetz nicht explizit Rechnung getragen worden.

Diese Möglichkeit zur selektiven Übernahme der TV/AVR ist nicht durch das Ziel, eine Wettbewerbsgleichheit herzustellen, gedeckt, sie verstößt vielmehr gegen dieses Ziel und verletzt Art. 3 GG sowie die Koalitionsfreiheit der TV-Gebundenen (dazu unten III. a, b) und c)).

Beides kann nur durch eine strikte Auslegung der Übernahmemöglichkeit und der Überschreitungsregelung im Standardmodell verhindert werden, die sich am Ziel des Gesetzes orientiert, Wettbewerbsgleichheit herzustellen. Übernommen werden können nur TV/AVR für *alle pflegende* Beschäftigte.[36]

bb) Ungleiche Durchsetzung der Tarif/AVR-Entgelte

Zwar sehen wie gezeigt (oben II. 2.) alle Regelungen vor, dass die Kostenträger die Zahlung der geltend gemachten Tarif/AVR-Entgelte kontrollieren können. Aber nur das SGB XI und SGB XII enthalten eigene Sanktionen. Und alles geschieht im Nachhinein und in komplizierten Verfahren. Aber diese speziellen sozialrechtlichen Regelungen sind in ganz unterschiedliche arbeitsrechtliche Systeme eingebettet, die noch viel stärker zu insgesamt unterschiedlichen Kontrollen führen.

(1) Die Ansprüche aus Tarifverträgen und AVR werden publiziert, die Beschäftigten kennen ihre Rechte und können sie individuell einklagen. Bei den Tarif/AVR-Anwendern gibt es keine Publizität für die Beschäftigten. Die Ankündigung, welcher TV/AVR als Referenzgröße dient, geschieht nur gegenüber den Kostenträgern, nicht gegenüber den Beschäftigten. Arbeitsrechtlich dürfte das Standardmodell keine Regelung zu Gunsten der Beschäftigten von nicht gebundenen Arbeitgebern sein.[37] Nichts spricht pauschal für eine automatische arbeitsrechtliche Inkorporation in den Arbeitsvertrag,[38] etwa durch einen „Ver-

36 So für TV/AVR-Anwender jetzt auch § 3 Abs. 4 Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 82c Absatz 4 SGB XI zum Verfahren nach § 82c Absätze 1 bis 3 und 5 SGB XI (Pflegevergütungs-Richtlinien) i.d.F. v. 8.7.2022.

37 So für das Modell 2021/2 *Richter*, NZA 2023, 481, 482.

38 Andeutungsweise *Hartmann*, RdA 2023, 90, 93 „Selbstverpflichtung auch den Beschäftigten gegenüber".

trag zu Gunsten Dritter“. Sozialrechtlich vorgeschrieben ist die Übernahme in die Arbeitsverträge nicht (zum neuen Modell 2021/2 unten III. 2. d) bb).[39]

(2) Hinzu kommt, dass es im Gegensatz zu den wenigen TV-Gebundenen und zu den ca. 20 % AVR-gebundenen Arbeitgebern bei den Nicht-Gebundenen so gut wie keine betrieblichen Interessenvertretungen gibt,[40] die die interne Kontrolle der Lohnzahlungen ausüben könnten.

Das Ergebnis erstaunt nicht. Bei Tarifbindung erhalten die Beschäftigten feste Ansprüche. Tarifanwender sind nur im Verhältnis zu ihren Kostenträgern und dann auch nur pauschal über die Anerkennung von Lohnkosten, nicht aber ihren Beschäftigten gegenüber gebunden. Deshalb ist es schwer zu begründen, dass das eine Diskriminierung nach Art. 3 GG sei, die individuell von Beschäftigten oder den TV/AVR-Parteien geltend gemacht werden kann. Damit ist auch die Kontrolle der TV-Gebundenen stärker als die der Ungebundenen, was aber ebenfalls schwer über Art. 3 GG geltend gemacht werden kann.

III. Das neue Modell 2021/2 des SGB XI: Zwang zu Löhnen auf kollektivrechtlichem Niveau

1. Grundzüge des Modells

a) Anwendung eines TV/AVR oder Bindung an das regional durchschnittliche TV/AVR-Entlohnungsniveau

Sehr spät wurde im Gesetzgebungsprozess des Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetzes (GVWG)[41], und bei den Änderungen durch das Pflegebonusgesetz [42] und das Pflegeunterstützungs- und Entlastungsgesetz (PUEG)[43] für die *nicht-Tarif/AVR-gebundenen Leistungserbringer* bei der Zulassung wie bei der Vereinbarung der Entgelte ein völlig neues System eingeführt.

39 Dazu *Hinzpeter-Schmidt*, ZAT 2022, 117, 120 f.

40 Vgl. *Genster/Gruß* in diesem Band.

41 Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung v. 11.7.2021, BGBl. 2021 I S. 2754.

42 Gesetz zur Zahlung eines Bonus für Pflegekräfte in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen v. 28.6.2022, BGBl. 2022 I S. 938.

43 Gesetz zur Unterstützung und Entlastung in der Pflege v. 19.6.2023, BGBl 2023 I Nr. 155.

aa) TV/AVR-orientierte Lohnzahlung wird strikte Zulassungsbedingung

Ab dem 1.9.2022 werden Leistungserbringer nur *zugelassen* (§ 72 Abs. 3a–3g SGB XI), wenn sie selbst TV/AVR gebunden sind oder als *Nichtgebundene* bei der *„Entlohnung" des Pflegepersonals d.h. bei den meisten Entlohnungsbestandteilen*

- *die Regelungen eines TV oder AVR nicht unterschreiten,* wobei die TV/AVR entweder generell fachlich, zeitlich und persönlich gelten müssen oder von einer anderen Pflegeeinrichtung zeitlich und persönlich angewandt werden (*TV/AVR-Anwender*) oder
- *dem „regionalen üblichen Entlohnungsniveau", d.h. dem Durchschnitt der regionalen Kollektivregelungen,* folgen jeweils differenziert nach drei Qualifikationsgruppen (*Durchschnittsanwender*).

Schon zugelassene Einrichtungen mussten sich bis zum 1.9.2022 anpassen (§ 72 Abs. 3f SGB XI).

bb) Statt TV-Bindung Wahl des regional üblichen Entlohnungsniveaus

Ab dem 1.9.2022 werden die Löhne der Nicht-TV/AVR-Gebundenen bei der Festsetzung der Preise für die Leistungen aber nur dann als *„wirtschaftlich" anerkannt, und damit refinanziert, wenn sie das „regional übliche Entlohnungsniveau" plus 10 % nicht übersteigen (§ 82c Abs. 2 S. 1 SGB XI).* Das gilt für die TV/AVR-Anwender wie für die Durchschnittsanwender. D.h. die Entgelte der „hochpreisigen" TV/AVR können nicht mehr übernommen werden und die Orientierung an den TV/AVR um den Durchschnitt herum wird gefährlich, da die nächste TV/AVR-Runde die Entlohnung über die 10 %-Marke heben kann. Das „regional übliche Entlohnungsniveau" hat der GKV-Spitzenverband[44] als einen regionalen TV-AVR-*Durchschnitt* bestimmt.

cc) Definition was gezahlt werden muss

Nunmehr wird auch leicht weitergehender als § 1 Mindestlohngesetz (MiLoG) und § 2 Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)[45] definiert, welche Entgeltbestandteile in beiden Varianten als „Entlohnung" zu zahlen sind: 1. der Grundlohn, 2. regelmäßige Jahressonderzahlungen, 3. vermögenswirksame Leistungen, 4. pflegetypische Zulagen, 5. der Lohn für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft, 6. pflegetypische Zuschläge (für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit). Nicht dazu gehören z.B. Urlaubslänge, zusätzliches Urlaubsgeld, sonstige

44 § 3 f. Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 82c Absatz 4 SGB XI zum Verfahren nach § 82c Absätze 1 bis 3 und 5 SGB XI (Pflegevergütungs-Richtlinien) i.d.F. v. 8.7.2022.

45 *Franzen* in: ErfK, MiLoG, § 1 Rn. 11 ff. Zum Ganzen auch *Schraml* in diesem Band.

Lohnnebenkosten und vor allem die betriebliche Altersversorgung (bAV), Gutscheine, Leistungszulagen, Anwesenheitsprämien, Dienstwagen. Die bAV erreicht in einigen AVR 5–7 % der Bruttolohnkosten.[46]

b) Kein allgemeines Niveau und große Spielräume für die Nicht-TV/AVR-Gebundenen

aa) Wahl zwischen den TV/AVR-Niveaus

Die Nicht-TV/AVR-Gebundenen können einmal wählen zwischen der Anwendung unterschiedlicher TV/AVR unter bzw. leicht über dem regionalen Durchschnitt oder zwischen diesen TV/AVR und dem regionalen TV-AVR-Durchschnitt.

Entlohnen die Nicht-TV/AVR-Gebundenen nach einem TV/AVR oder dem regionalen TV-AVR-Durchschnitt, können sie bei der Refinanzierung über den Preis ohne weiteren Grund noch jeweils „*insgesamt*" 10 % über dem Durchschnitt zahlen (§ 82c Abs. 2 S. 1 SGB XI). Die Durchschnittsanwender können mit diesem 10 %-Zuschlag über dem regionalen TV-AVR-Durchschnitt eventuell gar die Spitze aller gebundenen Einrichtungen in der Region erreichen/übertreffen, da gar nicht klar ist, wie viele TV/AVR-Gebundene mehr als 10 % über dem Durchschnitt entlohnen. Es verwundert deshalb nicht, dass die Nicht-TV/AVR-Gebundenen überwiegend nach dem regionalen TV-AVR-Durchschnitt entlohnen.[47]

Bei TV/AVR-Gebundenen wie den Anwendern ist dagegen die „*übertarifliche*" *Bezahlung* bei der Preisbildung nur als wirtschaftlich zu berücksichtigen, wenn für sie ein „sachlicher Grund" vorliegt (§ 82c Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 SGB XI[48]).

bb) Unklare Flexibilität bei Bezahlung der Durchschnittsanwender innerhalb ihrer Qualifikationsgruppen

Es wird vertreten, dass die Durchschnittsanwender innerhalb der jeweiligen Qualifikationsgruppe ihrer Beschäftigten die ausgewiesenen Entgelte nur „insgesamt", d.h. im Durchschnitt einhalten müssen, d.h. zwischen den Beschäftigten ohne Angabe irgendeiner Grenze differenzieren können. Heißt das, dass Durchschnittsanwender z.B. neuen mehr als den alten Beschäftigten zahlen

46 So bei der Caritas 5,8 %, Faktenblatt Altersversorgung.

47 *Lenzen/Evans-Borchers*, Tarifgerechte Entlohnung in der Pflege im Spiegel der Attraktivität des Pflegeberufs, Forschung aktuell 04/2024, 1, 14 f.

48 Art. 1 Nr. 30 Buchst. a Gesetz zur Unterstützung und Entlastung in der Pflege (Pflegeunterstützungs- und Entlastungsgesetz) v. 19.6.2023, BGBl. 2023 I Nr. 155 m.W.v. 1.7.2023.

können etc.,[49] z.B. den neuen über den Spitzenlöhnen der geltenden TV/AVR[50] und den alten nur den Mindestlohn-Pflege, der i.d.R. ca. 3,26–4,54 € unter dem Durchschnitt der TV-Entgelte liegt?[51]

Diese offene, weite Interpretation ist aber nicht vom Wortlaut der § 72 Abs. 3b S. 1 Nr. 4 und § 82c Abs. 2 S. 1 SGB XI und dem Ziel der Neuregelung gedeckt und würde auch gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. In § 72 Abs. 3b S. 1 wird als Zulassungsvoraussetzung für alle Gruppen der Nicht-TV/AVR-Gebundenen vorweg im ersten Teil des Satzes verlangt, dass sie „ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern" – und nicht der jeweiligen Qualifikationsgruppe – in der Pflege „eine Entlohnung zahlen", die bei den TV/AVR-Anwendern (Nr. 1–3) die „Höhe der Entlohnung" des jeweiligen TV/AVR nicht unterschreitet und die bei den Durchschnittsanwendern (Nr. 4) den Durchschnitt der Entlohnung *der* (nicht: in den) jeweiligen drei Qualifikationsgruppen „nicht unterschreitet".

Auch die Ziele der Neuregelungen setzen hier Grenzen. Könnten die Nicht-TV/AVR-Gebundenen beliebig innerhalb ihrer Belegschaft differenzieren, würde ihnen das einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gerade in der Anwerbung von neuen Arbeitskräften geben. Es ging und geht bei der Einbeziehung der Nicht-TV/AVR-Gebundenen in das kollektiv ermittelte Lohnniveau immer auch um gleiche Bedingungen im Wettbewerb und nicht um die Begründung von Wettbewerbsvorteilen; zudem soll das Lohnniveau *aller* Pflegebeschäftigten angehoben werden (II. 4. a) und III. 2.). Hier gibt der Zuschlag von 10 % schon einen sehr starken, in dieser Form nicht mehr gerechtfertigten Spielraum. Er würde noch einmal gesteigert werden, wenn die Durchschnittsanwender beliebig die Löhne differenzieren könnten, so lange sie nur den Durchschnitt innerhalb ihrer Beschäftigten der jeweiligen Qualifikationsgruppe einhalten.

Zwar ist eine interne Differenzierung möglich und auch nötig, aber nur eine, die sich *an die üblichen, allgemeinen Kategorien der Lohndifferenzierung* der TV/AVR hält. Das werden vor allem die Beschäftigungs-/Erfahrungsdauer und besondere Qualifikationen (z.B. Pflegedienstleitung) sein. Eine solche Flexibilität ist aber auch notwendig. Denn die Durchschnittsbildung basiert auf den *tat-*

49 So *Schumann* in: Udsching/Schütze, SGB XI, § 72 Rn. 7c; *Richter*, NZS 2023, 481, 486; GKV-Spitzenverband, Zulassungs-Richtlinien i. d. F. 8.7.2022, § 3 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 5 aktuell (Juli 2024) nicht mehr im Netz; GKV-Spitzenverband Fragen und Antworten zur Umsetzung der Zulassungs-Richtlinien nach § 72 Absatz 3c SGB XI und der Pflegevergütungs-Richtlinien nach § 82c Absatz 4 SGB XI, v. 20.1.2023 Frage Nr. 7, 18, 46.

50 Das stellen *Genster/Gruß* in diesem Band auch in der Praxis fest.

51 Vgl. Stand Mai 2024 Sechste Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (6. PflegeArbbV) v. 28.11.2023, BGBl. 2023 I Nr. 336.

sächlichen Zahlungen der TV/AVR-Gebundenen in den jeweiligen Qualifikationsgruppen und bildet nicht die interne Differenzierung nach Beschäftigungsdauer, Qualifikation und die einzelnen Entlohnungsbestandteile ab (§ 72 Abs. 3e Nr. 2, § 82c Abs. 2 S. 3). Nun verlangen weder das Zulassungs- noch das Refinanzierungsrecht, dass die Nicht-TV/AVR-gebundenen Arbeitgeber auch alle Lohnbestandteile zahlen, sondern sie können z.B. die Sonderzahlungen in das monatliche Grundgehalt einarbeiten.[52] Das macht auch die (Ausnahme-)Vorschrift deutlich, dass (nur) die Durchschnittsanwender die pflegetypischen Zulagen besonders zahlen müssen (§ 72 Abs. 3b S. 4 SGB XI). Ebenfalls sind die Durchschnittsanwender nicht verpflichtet, eine bestimmte interne Differenzierung der Löhne nach Qualifikation oder Beschäftigungszeit abzubilden, sie können es aber.

cc) Ergebnis: Große Varianz und Selektivität der Löhne bei den Nicht-TV/AVR-Gebundenen

In der Praxis ist die Varianz der Löhne zwischen den einzelnen ungebundenen Unternehmen stark.[53] Ob das mit den Spielräumen der Nicht-TV/AVR-Gebundenen zusammenhängt, wäre zu untersuchen, genauso, ob die Konkurrenz um neue Arbeitskräfte zu einer stärkeren Spreizung innerhalb der Belegschaften führt.[54] Auf jeden Fall etabliert die Neuregelung *kein allgemeines Mindestlohn-Niveau*.

dd) Pauschale Obergrenze für alle Nicht-TV/AVR-Gebundenen

Gleichzeitig wird bei aller Flexibilität normativ und faktisch für alle Nicht-TV/AVR-Gebundenen eine pauschale Obergrenze durch die Bestimmungen der Refinanzierung in § 82c Abs. 2 SGB XI festgelegt. Dass die Ungebundenen nur Gehälter von 10 % über dem regional üblichen Entlohnungsniveau refinanziert bekommen, wird sie faktisch zwingen, nicht den Durchschnitt, sondern einen TV/AVR unterhalb des Durchschnitts zu wählen, allein um eine Sicherheitsmarge bei unvorhergesehenen TV/AVR-Erhöhungen zu haben. Näher liegt es, dass die Ungebundenen deshalb gleich das regional übliche Entlohnungsniveau mit dem Deckel von plus 10 % wählen.

52 *Kaminski/Plantholz* in: *Krahmer/Plantholz/Kuhn-Zuber,* LPK-SGB XI, § 72 Rn. 35 und § 82c Rn. 6. Ebenso kann GKV-Spitzenverband, Zulassungs-Richtlinien i.d.F. v. 8.7.2022, § 3 Abs. 7 verstanden werden, der die Weitergabe von Erhöhungen der Durchschnitte nicht an die Gesamtheit der Beschäftigten in einer Qualifikationsgruppe bindet.

53 *Lenzen/Evans-Borchers*, Tariftreue in der Altenpflege, 65 ff.; etwas eingeschränkter *Lenzen/Evans-Borchers*, Tarifgerechte Entlohnung in der Pflege im Spiegel der Attraktivität des Pflegeberufs, Forschung aktuell 04/2024, 1, 12 f.

54 Vgl. zu beiden Fragestellungen *Lenzen/Evans-Borchers*, Tariftreue in der Altenpflege, 77 f.

c) Weitere Unklarheiten

Das „*regional übliche Entlohnungsniveau*" ist gemäß § 82c Abs. 3 SGB XI „der *Durchschnitt* (!) der Entlohnungsbestandteile …in der jeweiligen Region nach den jeweils angewendeten Tarifverträgen und kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen". Das bleibt aber angesichts der fehlenden zwingenden Bindung der AVR problematisch.[55] Und „Durchschnitt" ist ein sehr vielfältiges statistisches Rechenmittel, das festzulegen Aufgabe der Richtlinie des GKV-Spitzenverbands ist.[56]

2. Tarifvertragliche und arbeitsrechtliche Probleme des neuen Modells 2021/2

a) Ziele des neuen SGB XI Modells

Erstaunlich ist, dass die Gesetzesmaterialien von 2020 und 2022 keinen Aufschluss geben, warum das Standardmodell von 2016 grundlegend und mit welchem Ziel geändert wurde. Der Gesetzgeber bezieht sich 2020[57] zwar auf die Vorschläge der Konzertierten Aktion Pflege (KAP). Die hatte aber nur die Verbesserung der Instrumente der Allgemeinverbindlichkeit vorgeschlagen (§ 7a AEntG, Pflegekommission).[58] Aber entsprechend der Allgemeinverbindlichkeit ein *allgemeines*, hohes Niveau anzusteuern, ist weder normativ gewollt noch wird es real erreicht (oben III. 1. b)).

Aber die Neuregelung 2021/22 steht in der Tradition der Zielsetzung der Vorläufermodelle. Auch ohne, dass man es auf die vom BVerfG favorisierte objektive Auslegung des Gesetzes[59] abstellt, die unabhängig von expliziten Motiven des Gesetzgebers ist, gibt es genug valide Anhaltspunkte, um die Ziele der Neuregelung zu bestimmen. Dies sind traditionell: (1) Die Lohnhöhe aus der Konkurrenz um günstige Preise auf dem Pflegemarkt rauszunehmen, zu standardisieren und eine Lohnspirale nach unten zu verhindern; (2) Lohnerhöhungen durchzusetzen; (3) die Konkurrenz durch Unterbietung der TV/AVR-Löhne einzuschränken, was die kollektivrechtlichen Lohnregelungen stärkt.

aa) Erhöhung der Löhne im Sektor Altenpflege

Ein allgemeiner Trend zur Lohnerhöhung wird vor allem ausgelöst werden durch die Dynamik der unteren Hälfte der TV/AVR, die in der Lohnkonkur-

55 *Reichhold* in: Kiel/Lunk/Oetker, MHdB ArbR, § 161 Rn. 7 ff.

56 § 3 f. Pflegevergütungs-Richtlinien.

57 BT-Drs. 19/30560, 80 (Verweis auf die KAP) und BT-Drs. 20/1909, 54 („Optimierungs- und Klarstellungsbedarf").

58 BMG, Vereinbarungen der Arbeitsgruppen 1 bis 5, 158 ff. 170; zu ihrer Bedeutung *Bieback*, SGb 2023, 8, 11; *Hänlein,* SGb 2023, 201.

59 So seit BVerfGE 11, 126, 129 f. Eher enger und stärker auf Wortlaut und subjektiven Gesetzeswillen konzentriert: BVerfG 25.1.2011 – 1 BvR 918/10, Rn. 51 f.

renz um neue Arbeitskräfte nur „überleben“ können, wenn sie nicht mehr in der unteren Hälfte stecken. Zudem wird die obere Hälfte der TV/AVR, die nie genau weiß, ob die nicht-TV/AVR-gebundenen Unternehmen im Vorteil bei den Löhnen für Neueingestellte sind (oben III. 1. b), versuchen müssen, im Verhältnis zu den Durchschnittsanwendern wie zu den TV-Anwendern der oberen TV höhere Löhne zu etablieren, um in Konkurrenz um neue Arbeitskräfte im Vorteil zu sein. Beides hebt das „regional übliche Entlohnungsniveau“ an. Nach Einführung des neuen Modells sind die Löhne in der Pflege weiterhin gestiegen;[60] ob stärker als vorher, lässt sich noch nicht sagen.

bb) Verbesserung der Arbeitskräfteversorgung durch Erhöhung der Löhne

Deutlich spielt das Ziel eine Rolle, mit höheren Löhnen den Pflegeberuf attraktiver zu machen und damit den *Personalmangel zu beheben* (unter I. 2. und III. 2. a) aa)).

cc) Preisdeckelung bei den Nicht-TV/AVR-Gebundenen

Für den erst 2022 eingeführten regionalen TV-AVR-Durchschnitt mag es drei Gründe, geben, die bisher in der Entgeltregelung keine Rolle spielten. Er ist als genereller Wert leichter zu handhaben, erhöht (teilweise) die Wahlfreiheit der Nicht-TV/AVR-Gebundenen und vor allem begrenzt er die Möglichkeit, dass die Nicht-TV/AVR-Gebundenen durchweg TV/AVR aus dem oberen Segment wählen und diese Kosten zwingend bei der Preisfestsetzung refinanziert werden müssen. Das schützt die Finanzen der Pflegeversicherung und die Pflegebedürftigen. Es spricht allerdings einiges dafür, dass sich das TV/AVR-Niveau intern angleichen wird (oben III. 2. a) aa) und unten III. 2. c) cc) (1)) und Nicht-TV/AVR-Gebundene mit dem Plus von 10 % dann eventuell sogar an das höchste TV/AVR-Niveau heranreichen werden. Im gesetzgeberischen Spielraum (sogleich unter b) aa) (2)) liegt aber die Annahme, dass das „regional übliche Entlohnungsniveau“ geeignet ist, das Ziel der Deckelung zu erreichen. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtfertigung besteht aber ein „tradeoff“: Wird dieses Ziel im Interesse der Pflegeversicherten und Pflegeversicherung erreicht, wird die Wahlfreiheit der Nicht-TV/AVR-Gebundenen eher eingeschränkt und der Eingriff in Art. 12 GG insoweit verstärkt.

60 *Lenzen/Evans-Borchers*, Tarifgerechte Entlohnung in der Pflege im Spiegel der Attraktivität des Pflegeberufs, Forschung aktuell 04/2024, 1, 8 f.; *Lenzen/Evans-Borchers*, Tariftreue in der Altenpflege, 93 f.

b) Verstoß gegen Grundrechte der nicht-TV/AVR-gebundenen Arbeitgeber

aa) Zulassungsvoraussetzung Entlohnung nach TV/AVR und Vertragsfreiheit (Art. 12 und 2 GG)

(1) Stärke des Eingriffs

Da es 2021 ohne die Übernahme eines TV/AVR oder ab 2022 zumindest die Orientierung an dem (durchschnittlichen) regional üblichen Entlohnungsniveau keine Zulassung gibt, reguliert die Neuregelung den Zugang der Unternehmen zum gesamten „Pflegemarkt". Aber auch hier sind es keine unüberwindlichen objektiven Zulassungsschranken,[61] sondern die verlangten Investitionen in höhere Löhne werden vollständig refinanziert, es gibt insoweit kein besonderes Risiko oder Belastungen. So ist die Eingriffsstärke eine völlig andere als bei der Tariftreueanforderung im Vergaberecht.[62] Hier wird von jedem Marktteilnehmer verlangt, dass er Tariflöhne zahlt, ohne dass ihre Refinanzierung (durch spätere Aufträge der öffentlichen Hand) gesichert ist. Die von den Nicht-TV/AVR-Gebundenen verlangte Investition in die Beschäftigtenlöhne zahlt sich also immer aus. Gemessen an der Zielrichtung und Eingriffsintensität handelt es sich eher um eine Regelung der Berufsausübung.[63] Es wird die freie Gestaltung eines Parameters im Wettbewerb mit anderen Dienstleistern, die Bestimmung/Aushandlungsfreiheit des Lohns einer personalintensiven Dienstleistung, wesentlich eingeschränkt.

Schließlich bleibt den Unternehmen ein Spielraum. Einmal konnten sie 2021 unter den einschlägigen TV/AVR wählen. 2022 wurde das zwar auf die Wahl eines TV/AVR unterhalb des regionalen TV-AVR-Durchschnitts begrenzt, an die Seite trat aber die Alternative des regionalen TV-AVR-Durchschnitts plus 10 % mit erheblichen Spielräumen (oben III. 1. b)). Der durchgehende Einwand von *Hartmann*,[64] es gäbe keine hinreichende Wahlfreiheit, bleibt Behauptung. Zumindest die AVR der kirchlich gebundenen Einrichtungen sind sehr vielfältig und in allen Regionen präsent.[65] Es geht auch nicht darum, dass sie – so *Hartmann* – in ihrer Spezifizität übernommen werden und deshalb nicht passen, sondern nur, dass die dort geregelten Lohnbestandteile in bestimmter Höhe übernommen werden. Ohne Begründung bleibt *Hartmanns* Argument, die Höhe von Geldzahlungen und die Bildung von qualifikations-

61 So aber *Hartmann*, RdA 2023, 90, 99 f.

62 A.A. eher stärker als im Fall des Vergaberechts: *Hänlein*, SGb 2023, 201, 207; *Hartmann*, RdA 2023, 90, 95.

63 Vgl. *Hänlein*, SGb 2023, 201, 207; *Hartmann*, RdA 2023, 90, 95.

64 *Hartmann*, RdA 2023, 90, 99 f.

65 *Lenzen/Evans-Borchers*, Tariftreue in der Altenpflege, 33 f. und *Evans-Borchers* in diesem Band.

orientierten Lohngruppen der AVR sei „kirchenspezifisch“ und nicht für „weltliche“ Arbeitsverhältnisse passend, wo sich z.B. die Caritas weitgehend am TVöD orientiert.

(2) Rechtfertigende Ziele – Verhältnismäßigkeit einer Arbeitsmarktregulierung

Eine gegenüber dem Standardmodell noch stärkere Regulierung zu erlassen, lässt sich mit dem Prognose- und Einschätzungs- Spielraum des Gesetzgebers rechtfertigen. Dieser Spielraum wird nach der Rechtsprechung des BVerfG[66] gerade für die Regulierung der wirtschaftlichen Freiheit der Arbeitgeber auf Arbeitsmärkten nur dann überschritten und die eingesetzten Mittel und ihre Wirkung sind nur dann unverhältnismäßig, insbesondere ungeeignet und nicht erforderlich, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers „so offensichtlich fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können“. Und es reicht i.d.R. der Vorwurf nicht aus, „der Gesetzgeber habe die Fakten nicht hinreichend ermittelt, auf die er seine Entscheidungen stütze.“[67]

(3) Nicht beziehungsweise wenig geeignete Ziele

Angesichts der großen Wahlfreiheiten der Nichtgebundenen (oben I. 2.) kann das neue Modell wie gesagt kaum durch das von der KAP angestrebte Ziel, ein *allgemeines* Lohnniveau oberhalb des Mindestlohns herzustellen, gerechtfertigt werden (unter III. 2.).

Zwar mag das Ziel erreicht werden und geeignet sein, mit dem „regional üblichen Entlohnungsniveau“ die Preise insgesamt zu Gunsten der finanziellen Solidität der Pflegeversicherung zu deckeln (oben III. 2. a) cc)). Aber dann wird die Wahlfreiheit der Nicht-TV/AVR-Gebundenen eingeschränkt und die Eingriffsintensität erhöht.

(4) Bekämpfung des Arbeitskräftemangels

Die Neuregelung erreicht das Ziel, die Arbeitskräfteversorgung in der Pflege zu verbessern. Allerding geht dieses Ziel bei abnehmender Zahl der Erwerbstätigen leicht zu Lasten anderer Bereiche personaler Dienstleistungen (z.B. Erziehung und Bildung, Sozialarbeit, Beratung), es sei denn, es könnten ausgeschiedene Pflegekräfte wieder gewonnen werden. Zwar ist dafür zum einen die Verbesserung der Arbeitsbedingungen im umfassenden Sinnen notwendig, die das neue Modell nicht anstrebt, wie die bessere Vereinbarkeit von Familie und

66 BVerfGE 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 225 (Tariftreue im Vergaberecht), Rn. 93 und 95; BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82, BVerfGE 77, 84 (Verbot AN-überlassung), Rn. 75 (Zitat) m.w.N.

67 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, BVerfGE 146, 71 (Tarifeinheit), Rn. 127 immerhin unter Verweis auf einige Ausnahmen.

Beruf, passende Schichtmodelle, moderne Leitungsstrukturen etc., aber zum anderen auch die Entlohnung.[68] Der Eingriff ist aber vom gesetzgeberischen Spielraum gedeckt, nur das leicht zu regulierende und nicht „ganz untaugliche" und abwegige[69] Instrument einer Erhöhung der Löhne einzusetzen.

(5) *„Ordnungsfunktion"* der kollektiven Lohnbestimmung

Das BVerfG[70] hat die Wichtigkeit der „*Ordnungsfunktion" des Tarifrechts* gerade im Zusammenhang mit dem Zwang betont, mit einem bestimmten Tarifniveau soziale Standards zu sichern. In Bezug auf die erste Fassung des Modells (irgend-) einen TV/AVR zu wählen, ließe sich dies rechtfertigen. Aber diese Ordnungsfunktion wird durch die Erweiterung 2022 um den regionalen TV/AVR-Durchschnitt nicht erreicht, sondern zerstört, vor allem, weil mit dieser Orientierung die Nicht-TV-AVR-Gebundenen die an TV/AVR gebundenen Unternehmen, die unter dem Durchschnitt liegen, mühelos übertreffen können (unter III. 2. c) cc)). Die Ordnungsfunktion kollektiv ausgehandelter Entgelte dürfte also, wenn überhaupt, nur gering geschützt, eher sogar kräftig verletzt werden.[71]

(6) Erhöhung des Lohnniveaus auch der Nicht-TV/AVR-Gebundenen

Schließlich wird das wichtige Ziel erreicht, die Entgelte der Nicht-TV/AVR-gebundenen Beschäftigten allgemein zu verbessern und damit gleichzeitig die Attraktivität des Berufs und das Beschäftigungsniveau insgesamt zu erhöhen. Hierzu ist das Modell auch besser geeignet als das Standardmodell. Denn das Standardmodell überlässt es den Arbeitgebern, ob und wie sie die Löhne verbessern.

(7) Fazit

Gemessen an der Intensität des Eingriffs in die Berufsfreiheit der Nicht-TV/AVR-gebundenen Arbeitgeber ist das Modell 2021/2 zur Erreichung des Ziels, Lohnerhöhung allgemein für Fachkräfte der Altenpflege durchzusetzen und den Personalmangel zu beheben, erforderlich, geeignet und nicht übermäßig. Mit einer hinlänglich publizierten[72] Ausnahme: Ändern sich die Referenzwerte der angewandten TV/AVR bzw. des regional üblichen Entlohnungsniveaus,

68 *Auffenberg u.a.*, „Ich pflege wieder, wenn …"; *Lenzen/Evans-Borchers*, Tarifgerechte Entlohnung in der Pflege im Spiegel der Attraktivität des Pflegeberufs, Forschung aktuell 04/2024, 1, 14 f. sowie *Schwierk u.a.* in: DAK Pflegereport 2024, 122 ff. und 215 ff. m.w.N.; insgesamt *Trumpa/Schöner* in diesem Band.

69 BVerfGE 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 225 (Tariftreue im Vergaberecht), Rn. 93 und 95; BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82, BVerfGE 77, 84 (Verbot AN-überlassung), Rn. 75 (Zitat) m.w.N.

70 BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 (Berliner VergabeG).

71 A.A. *Hänlein,* SGb 2023, 201, 209 f. aber ohne genauere Analyse der Wirkungen.

72 Vgl. *Kaminski/Plantholz* in: *Krahmer/Plantholz/Kuhn-Zuber*, LPK-SGB XI § 72 Rn. 38 f.; *Richter,* SGb 2023, 481, 485 f.; *Bieback,* SGb 2023, 8. 12.

dann haben die Nicht-TV/AVR-Gebundenen nur zwei Monate Zeit, ihre Löhne anzupassen, ohne dass auch nur annähernd gesichert ist, dass sie diese Erhöhung der Kosten in den Preisen weitergeben können.

bb) Koalitionsfreiheit der Nicht-TV/AVR-gebundenen Arbeitgeber (Art. 9 Abs. 3 GG)

Zwar enthält Art. 9 Abs. 3 GG nach Ansicht des BVerfG[73] auch das Recht, „einer Koalition fernzubleiben". Dies Recht sieht *Hartmann* als verletzt an.[74] Aber diese „negative Koalitionsfreiheit" schützt nicht davor, „dass der Gesetzgeber die Ergebnisse von Koalitionsvereinbarungen zum Anknüpfungspunkt gesetzlicher Regelungen nimmt", wobei das Gericht auf die allgemein als verfassungsrechtlich zulässig angesehene Allgemeinverbindlicherklärung von TV verweist. Um einen solchen, aber viel offeneren Fall einer lockeren „Anknüpfung" geht es in den beiden Varianten des Modells 2021/2: Es kann gewählt werden zwischen einem TV/AVR unterhalb des regionalen Durchschnitts plus 10 % oder einem vom Gesetzgeber neu geschaffenen allgemeinen Entgeltniveau, das sich nur im „Durchschnitt" an das Niveau *aller* einschlägigen TV/AVR orientiert. Das ist keine strikte Bindung an einen bestimmten TV/AVR.

Die Folge ist allein wettbewerbsrechtlich: Die Möglichkeit, durch niedrige Löhne mit niedrigen Preisen im Wettbewerb um Kunden Erfolg zu haben, wird unterbunden. Das wiederum ist allein im Rahmen des Schutzes durch Art. 12 GG zu prüfen und wie gezeigt – bis auf eine kleine Nebenregelung – gerechtfertigt.

c) Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie der tarifgebundenen Arbeitgeber und Beschäftigten sowie der TV-Parteien (Art. 9 Abs. 3 GG)

Das Modell 2021/2 beeinträchtigt auch die Koalitionsfreiheit der TV/AVR-Gebundenen (Arbeitgeber, Beschäftigte). Und dieser Eingriff ist eng mit den Benachteiligungen der TV/AVR-Gebundenen in der Refinanzierung der Lohnkosten (oben III. 1. b)) verknüpft.

aa) Kein Schutz der TV/AVR-Partner vor Übernahme ihrer Lohnniveaus durch Nicht-TV/AVR-Gebundene

Wenn die nicht-TV/AVR-gebundenen Arbeitgeber das Lohnniveau eines TV wählen, machen sie von ihrem Recht auf freie Gestaltung ihrer Arbeitsverträge

73 BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 (Berliner VergabeG) Rn. 66 und 68 m.w.N. Zum (un-)gleichen Gewicht der negativen zur positiven Koalitionsfreiheit: *Klocke*, Tarifautonomie und Außenseiter.

74 *Hartmann*, RdA 2023, 90, 96 f.; allgemein *Hartmann*, ZfA 2023, 510.

Gebrauch.[75] Ein „Gegenrecht" der Koalitionen, dass ihre TV nicht kopiert oder übernommen werden, gibt es nicht.[76]

bb) Negieren des Unterschieds zwischen TV und AVR

Seit 2016 werden TV und AVR gleichbehandelt, obwohl sie sich erheblich unterscheiden: Die AVR gelten nicht direkt normativ und begründen keine Ansprüche der Beschäftigten;[77] die Arbeitgeber müssen auf sie in den Arbeitsverträgen Bezug nehmen, wobei sie nach weltlichem Recht nicht gebunden sind, sondern große Spielräume haben. Aber es geht in dieser Gleichbehandlung von TV und AVR nur um das, was sie gleichermaßen sind: *Tatsächlich kollektiv ausgehandelte* Arbeits- und Entlohnungsbedingungen unter Beteiligung der Beschäftigten.[78] Bei der Bestimmung des Durchschnitts wird ein Arbeitgeber nur dann als durch AVR gebunden angesehen und „mitgezählt", wenn er kraft Satzung Mitglied der Caritas oder der Diakonie ist[79] – aber das ist nur eine „innerverbandliche" kirchenrechtliche Bindung und von außen schwer zu kontrollieren.

cc) Schutz der Kollektivregelungen unterhalb des regionalen TV/AVR-Durchschnitts

Stark getroffen ist die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) der unter einen TV fallenden Einrichtungen, ihrer Beschäftigten und der TV-Parteien, deren vereinbartes Lohnniveau unterhalb des (durchschnittlichen) regional üblichen Entlohnungsniveaus liegt. Dabei können die Betroffenen wechseln; denn immer, wenn das Durchschnittsniveau der TV/AVR steigt, können andere TV/AVR-Gebundene neu unter den regionalen TV/AVR-Durchschnitt fallen.

(1) Stärke des Eingriffs

Die Tarifparteien der „unterdurchschnittlichen" TV und ihre Mitglieder sind an ihre Tarife gebunden, eine Refinanzierung übertariflicher Entgelte bedarf eines sachlichen Grundes. Die Nicht-TV/AVR-Gebundenen brauchen einen sachlichen Grund erst, wenn sie den regionalen TV-AVR-Durchschnitt um 10 % übersteigen. Diese sehr viel geringere Handlungsfreiheit und Benachteiligung der einen Hälfte der TV/AVR-Gebundenen greift immer, solange es eine Durchschnittsberechnung gibt. Die Unsicherheit und der Anpassungsdruck

75 BAG v. 30.8.2017 – 4 AZR 443/15, BAGE 160, 106; BAG 16.10.1992 – 4 AZR 66/18, BAGE 168, 96; *Eylert/Rinck*, RdA 2022, 146, 147 m.w.N.

76 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, BVerfGE 146, 71, Rn. 131 f.; BVerfGE 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202, 225, Rn. 73 f.; a.A. *Hartmann* ZfA 2023, 510, 547 ff.

77 BAG 5.10.2023 – 6 AZR 308/22, NZA 2024, 569, Rn. 17 f. (Wirkung wie AGB).

78 *Reichhold* in: Kiel/Lunk/Oetker, MHdB ArbR, § 161.

79 Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 72 Abs. 3c SGB XI zu den Verfahrens- und Prüfgrundsätzen zur Einhaltung der Vorgaben für Versorgungsverträge nach § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI (Zulassungs-Richtlinien) v. 24.1.2022, zuletzt geändert durch Beschluss v. 12.7.2023.

treffen alle TV/AVR-Gebundenen. Dass sie – anders als bei den Ungebundenen – zusätzlich zum Lohn noch andere geldwerte Vorteile vereinbaren können, die auch refinanziert werden (§ 82c Abs. 1 zu Abs. 2), kompensiert diese Eingriffe nicht. Diese zusätzlichen Leistungen haben eher geringe Bedeutung. Ob sie Vorteile bei der Rekrutierung neuer Arbeitskräfte schaffen, ist unsicher. Die wichtigste von ihnen, die betriebliche Altersvorsorge, ist wegen ihrer langfristigen Bindung für die meist kleinen Arbeitgebern nicht kalkulierbar.

Diese Abdrängung und Benachteiligung der unteren Hälfte der TV-Gebundenen ist auch kein Nebeneffekt des neuen Modells 2021/2, sondern mit dem regionalen TV-AVR-Durchschnitt notwendig so angelegt. Es mag sogar sein, dass sich das TV/AVR-Niveau intern insgesamt angleichen wird; dann aber liegt die den TV/AVR-Anwendern zugestandene Spanne von 10 % eventuell sogar über dem höchsten TV/AVR. Die TV-gebundenen Arbeitgeber, deren Tarife unterhalb und leicht oberhalb des regional üblichen Entlohnungsniveaus liegen, gewinnen mehr Handlungsfreiheit, wenn sie aus dem Arbeitgeberverband austreten.[80] Wie stark dieser Druck ist, dürfte sich erst nach längerer Wirkung des Instruments „regional übliches Entlohnungsniveau" zeigen.

Das BVerfG[81] hat in seiner Entscheidung zur Tarifeinheit im Betrieb eine „Beeinflussung im Vorfeld" der Tarifverhandlungen und damit eine Beeinträchtigung der freien Grundrechtswahrnehmung darin gesehen, dass eine gesetzliche Regelung die Entscheidungen der Tarifvertragsparteien zur Änderung ihrer TV und zu neuen Verhandlungen nach deren Auslaufen stark beeinflusst und sie nicht mehr die Wirkung ihres TV im Verhältnis zu anderen TV, hier zudem auch zu Nicht-TV/AVR-Gebundenen, übersehen können. Dadurch erleiden sie bei der Mitgliederwerbung und der Mobilisierung der Mitglieder, die nach Ansicht des BVerfG durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt sind, Nachteile. Ein solcher Eingriff in die Koalitionsfreiheit eines großen Teils der Tarifparteien im Pflegesektor liegt hier vor.

(2) Rechtfertigung des Eingriffs

Nun können Beeinträchtigungen des Art. 9 Abs. 3 GG zugunsten anderer Ziele mit Verfassungsrang gerechtfertigt werden, wenn sie die Grundrechte Dritter sowie sonstige wichtige Gemeinwohlbelange verfolgen und zur Zielerreichung geeignet und erforderlich sind.[82]

80 Vgl. die Beiträge von *Evans-Borchers, Schraml* und *Genster/Gruß* in diesem Band.
81 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, BVerfGE 146, 71, Rn. 140 f.
82 BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, BVerfGE 146, 71, Rn. 141 ff. m.w.N.

Für die Einführung des regionalen TV-AVR-Durchschnitts gibt es mehrere Gründe. (1) Er erleichtert dem Spitzenverband der Pflegekassen die Umsetzung der neuen Regelung, weshalb er in einer gewagten, erweiterten Auslegung seiner Befugnisse, dieses Instrument schon in den ersten Durchführungsrichtlinien vor der gesetzlichen Neuregelung entwickelt hatte.[83] (2) Es soll verhindern, dass die Nicht-TV/AVR-Gebundenen durchweg TV/AVR aus dem oberen Segment wählen und diese Kosten zwingend bei der Preisfestsetzung beachtet werden müssen (oben III. 1. b) dd) und III. 2. a) cc)). Dies schont die Pflegebedürftigen und stabilisiert die Pflegeversicherung.

Das erste Ziel hat wenig Gewicht. Das zweite wird von dem neuen Instrument nicht erreicht, wenn die Löhne der TV/AVR-Gebundenen enger zusammenrücken und selbst die „Hochlohn"-TV/AVR noch innerhalb der Spanne von 10 % über dem Durchschnitt liegen, in der sich die Nicht-TV/AVR-Gebundenen ohne Probleme platzieren können. Es ist also nur sehr begrenzt zur Zielerreichung *geeignet*. Zudem ist es *„übermäßig"* und in sich widersprüchlich, die Refinanzierung der Löhne der Nicht-TV/AVR-Gebundenen dadurch zu deckeln, dass man den Lohnfindungsprozess der TV/AVR-Gebundenen benachteiligt, obwohl deren Löhne an sich immer ohne Deckelung voll refinanziert werden sollen.

Das seit 2016 proklamierte Ziel, für die Nicht-TV/AVR-Gebundenen und die Gebundenen gleiche Wettbewerbsbedingungen in der Konkurrenz um das knappe Fachpersonal herzustellen und die Löhne zu erhöhen (oben II. 1., II. 4. a) und III. 2. a) aa) und bb)), wird zu Lasten der unteren Hälfte der TV/AVR-Gebundenen im zentralen Bereich der Entlohnung außer Kraft gesetzt. Erst recht würde das gelten, wenn die großen Spielräume in der Anwendung des regional üblichen Entlohnungsniveaus und seiner Überschreitung um 10 % nicht eingegrenzt werden (oben III. 1. b) bb)).

Aber es gibt *weniger eingreifende* Mittel. Das Standardmodell ist weniger eingreifend, wird in den anderen Zweigen des SGB für ausreichend angesehen und erreicht auch das vorrangige Ziel, Lohnerhöhungen in der Pflege durchzusetzen. Auch die erste Fassung des neuen Modells von 2021 machte aus der Möglichkeit irgendeinen TV/AVR anzuwenden eine Pflicht, aber ohne den regionalen TV-AVR-Durchschnitt mit seiner Ausschlusswirkung und Diskriminierung der TV/AVR unterhalb des Durchschnitts. Alle Modelle, weder das Standardmodell noch die unterschiedlichen Zwänge zur Anlehnung an TV/AVR oder an den regionalen Durchschnitt im neuen Modell des SGB XI von 2022 bringen ein hohes *allgemeines* Niveau. Aber anders als das Standardmo-

83 So § 3 Abs. 3 Zulassung-RL, Stand 24.1.2022, nicht mehr im Netz, wohl aber die gemeinsame Pressemitteilung des GKV-Spitzenverbands und BMAS v. 28.1.2022, die von dieser Innovation kündet.

dell und die erste Fassung des neuen Modells von 2021 entwertet das neue Modell in der endgültigen Fassung vom Juni 2022 in nicht mehr gerechtfertigter Weise massiv die Koalitionsfreiheit und die Geltung der unteren Hälfte der TV/AVR und schafft starke Anreize zum Verbandsaustritt.

d) Ungleichbehandlungen

Viele der Verletzungen der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG sind auch nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung zwischen TV-gebundenen und nichtgebundenen Unternehmen. Darüber hinaus sind auch weitere Ungleichbehandlungen zu prüfen.

aa) Ungleichbehandlungen TV/AVR-Gebundene und TV/AVR-Anwender/Durchschnittsanwender

Den Durchschnittsanwendern wie den TV/AVR-Anwendern wird ermöglicht, den 10 % Zuschlag selektiv auf einige Beschäftigte zu konzentrieren, womit sie einen Wettbewerbsvorteil in der Konkurrenz um neue Arbeitskräfte erhalten (oben III. 1. bb)). Erst darauf sattelt für alle gleich das Erfordernis des sachlichen Grundes auf, wollen sie „übertariflich" bezahlen. Hinzu kommt noch im Wettbewerb um Fachkräfte die nachteilige Regelung für die Hälfte der TV/AVR-Gebundenen, die unter dem „regional üblichen Entlohnungsniveau" liegen.

Bedenkt man, dass alle bisherigen Regelungen von Zielen gerechtfertigt werden, die die Neuregelung nicht erreicht, nämlich (1) für *alle* Pflegekräfte eine Lohnerhöhung zu bringen, (2) das TV/AVR-Niveau der Löhne zu verallgemeinern und (3) im Wettbewerb um Fachkräfte alle Unternehmen möglichst gleichzustellen, dann bleiben für diese Ungleichbehandlung keine rechtfertigenden Gründe mehr.

Der 10 % Zuschlag für die Nicht-Gebundenen ist auch keine Kompensation für Vorteile der TV/AVR-Gebundenen. Dass bei den Gebundenen neben den Lohnbestandteilen noch zusätzliche Lohnbestandteile, anders als bei den Ungebundenen refinanziert werden (Gutscheine, bAV, Anwesenheitsprämien und Dienstwagen), ist eher unwahrscheinlich und wäre auch unwirksam. Denn transparent, klar und ökonomisch sofort sichtbar sind in der Konkurrenz um Personal die Lohnbestandteile. Zudem müssen diese alle auch durch TV/AVR geregelt werden und der Hauptposten, die bAV, ist nur bei einigen kirchlichen Trägern üblich. Für die untere Hälfte der TV/AVR-Arbeitgeber dürfte all´ das sowieso nicht zutreffen. Auch die Refinanzierung der Ungebundenen mit dem Durchschnitt plus 10 % schafft eher Vorteile als den Nachteil einer Deckelung, denn die Nicht-TV/AVR-Gebundenen können „Spitzengehälter" zahlen in der Konkurrenz zu jenen TV/AVR-Gebundenen, die unterhalb des regional üblichen Entlohnungsniveaus liegen, und sogar noch zu einigen, die darüber liegen (oben III. 1. b)).

Ließe man gar die oben (III. 1. b) bb)) abgelehnte Interpretation zu, wonach die Durchschnittsanwender innerhalb der jeweiligen Qualifikationsgruppe ihrer Beschäftigten beliebig differenzieren könnten, wäre die Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG noch stärker und noch weniger zu rechtfertigen.

bb) Unterschiedliche Wirksamkeit und Kontrolle der Lohnzahlung

Der sehr starke Unterschied in der Wirksamkeit und Kontrolle zwischen den Lohnzahlungen der TV/AVR-Gebundenen und der Nicht-TV/AVR-Gebundenen (oben II. 4. b) bb)) wird in der Überarbeitung des neuen Modells im Juni 2022 noch durch den 10 % Zuschlag und die Spielräume der Durchschnittsanwender erheblich gesteigert. Da der Durchschnitt von jedem Arbeitgeber nur im Durchschnitt seiner Beschäftigten eingehalten werden muss, wäre das Lohnkonto jedes/jeder Beschäftigten zu prüfen. Und die Beschäftigten selbst haben keine Transparenz, geschweige denn klare Rechtsposition.

cc) Pflegende und nichtpflegende Beschäftigte

Darüber hinaus sollen gezielt[84] die nichtpflegenden Beschäftigten gegenüber den pflegenden ungleich behandelt werden; für die Nichtpflegenden gilt im SGB XI ab 2022 (nur) das Standardmodell (§ 82c Abs. 2a SGB XI)[85]. Das Standardmodell gilt dagegen in allen anderen Zweigen des SGB für *alle* Beschäftigten.

Rechtfertigen lässt sich diese Ungleichbehandlung zwischen pflegenden und nichtpflegenden Beschäftigten bei den Nicht-TV/AVR-Gebundenen nur mit dem Ziel, gerade bei den Pflegekräften über Lohnsteigerung den Personalengpass abzumildern. Wird die nach Heimrecht erforderliche Fachkraftquote in stationären Einrichtungen nicht erreicht, muss die Einrichtung ihre Kapazitäten senken oder schließen[86] und einen entsprechenden Teil der nichtpflegenden Beschäftigten reduzieren. Zudem kann man in den anderen Bereichen eines Pflegeunternehmens (Hotelbetrieb etc.) auf den allgemeinen Arbeitsmarkt zurückgreifen. Das dürfte als Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ausreichen,[87] auch wenn die anderen Zweige des SGB, die ja genauso von diesem Personalmangel betroffen sind, ohne diese Differenzierung auskommen.

84 So auch Begründung Gesetz zur Unterstützung und Entlastung in der Pflege v.19.6.2023, BGBl. I 2023 Nr. 155, BT-Drs. 20/6544, 76 f. zu Nr. 30, zu Buchstabe a.

85 *Richter*, NZS 2023, 481, 482 f. über Verweis auf die alte Rspr. des BSG v. 20.1.2009 – B 3P 7/08 R.

86 Zu den Problemen in Hamburg und die Senkung der Fachkraftquote durch den Senat von 50 auf 40 %, Deutsches Ärzteblatt v. 2.10.2024; Hamburg, Pressemitteilung v. 1.10.2024.

87 Bedenken ohne klares Urteil bei *Hinzpeter-Schmidt,* ZAT 2022, 117, 120 unter VIII. Wahrscheinlich noch auf dem alten Gesetzesstand bezieht *Richter*, NZS 2023, 481, 483 zu Recht das nichtpflegende Personal ein.

Zwar können die TV/AVR-Gebundenen wie die TV/AVR-Anwender die Löhne des nichtpflegenden Personals nach dem im TV/AVR festgelegten Niveau auch im neuen Modell des SGB XI refinanziert bekommen. Aber in der Konkurrenz um niedrige Preise ist der Druck groß, die hauswirtschaftlichen Leistungen über (unternehmenseigene) Servicegesellschaften außerhalb von TV/AVR zu platzieren.[88]

IV. Ergebnisse

1. Das Standardmodell und das neue Modell 2021/2 des SGB XI greifen in die Grundrechte der Dienstleistungsunternehmen (Art. 12, 2 und 9 Abs. 3 GG) ein, was aber gerechtfertigt ist.

2. Die Einführung des regionalen TV-AVR-Durchschnitts im neuen Modell greift unverhältnismäßig stark in die Koalitionsfreiheit jener TV-Gebundenen ein, die mit ihrem Lohnniveau unter dem Durchschnitt liegen.

3. Es besteht eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung zwischen TV/AVR-Gebundenen und Nicht-TV/AVR-Gebundenen bei der Kontrolle der refinanzierten Lohnzahlung und bei der größeren Flexibilität sowohl in der Spreizung der Löhne wie im Einsatz des Zuschlags von 10 % zum regional üblichen Entlohnungsniveau.

4. Insgesamt ist das außerhalb des SGB XI weit verbreitete, zurückhaltende Standardmodell von 2016 mit den Grundsätzen der arbeitsrechtlichen Regulierungen kompatibel und lässt hinreichend Wettbewerb zwischen den Pflegeunternehmen zu.

5. Die arbeitsrechtlichen und sozialen „Kosten" des neuen Modells von 2021/2 im SGB XI sind hoch: (1) Dieses „rein sozialrechtliche" Modell der Arbeitsmarkt- und Lohnregulierung lässt eine starke Spreizung der Löhne zu und erreicht die verpflichtende Allgemeinheit eines Mindestlohns oder eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags nicht. (2) Es gibt den nicht TV/AVR-gebundenen Arbeitgebern ungerechtfertigterweise mehr Spielräume als den gebundenen. (3) Es beeinträchtigt mit dem regional üblichen Entlohnungsniveau als regionalem Durchschnitt aller gezahlten TV/AVR-Gehälter die Koalitionsfrei-

88 In der Diakoso; in einem privaten Pflegeunternehmen: Korian, Pressemitteilung v. 11.3.2022; dazu eine der „einschlägigen" Beratungs- und Leistungsfirmen: Lünendonk & Hossenfelder, Servicegesellschaften für das Gesundheitswesen, Whitepaper 2024.

heit der unter diesem Durchschnitt liegenden TV-Parteien ebenfalls in nicht gerechtfertigter Weise.

Literatur

Auffenberg, Jennie/Becka, Denise/Evans, Michaela/Kokott, Nico/Schleicher, Sergej/Braun, Esther, „Ich pflege wieder, wenn …", Potenzialanalyse zur Berufsrückkehr und Arbeitszeitaufstockung von Pflegefachkräften, Bremen 2022, abrufbar unter: *https://www.arbeitnehmerkammer.de/fileadmin/user_upload/Downloads/Politik/Rente_Gesundheit_Pflege/Bundesweite_Studie_Ich_pflege_wieder_wenn_Langfassung.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Bieback, Karl-Jürgen, Aktuelle Probleme der Entgeltbestimmung in der Pflege – zwischen Arbeitskräftemangel und Wirtschaftlichkeitsprinzip, SGb 2023, 8–13.

Bieback, Karl-Jürgen, Verhandlungen über Leistungen und Entgelte im SGBXI - Probleme der Regulierung, in: Welti, Felix/Fuchs, Maximilian/Fuchsloch, Christine/Naegele, Gerhard/Udsching, Peter (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Igl, Baden-Baden 2017, 185–195.

Bieback, Karl-Jürgen, Sozialrechtliche Regulierung der Löhne von Dienstleistungserbringern, SR 2024, 189.

BMG (Hrsg.), Konzertierte Aktion Pflege, Zweiter Bericht zum Stand der Umsetzung der Vereinbarungen der Arbeitsgruppen 1 bis 5, Berlin 2019, abrufbar unter: *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/user_upload/KAP_Zweiter_Bericht_zum_Stand_der_Umsetzung_der_Vereinbarungen_der_Arbeitsgruppen_1_bis_5.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Brosius-Gersdorf, Frauke/Gersdorf, Hubertus, Das neue System der Beschaffung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation durch die Rentenversicherung, Berlin 2024.

Brünner, Frank, Die Gesetzesänderungen durch das GVWG in der ambulanten und stationären Pflege sowie in der häuslichen Krankenpflege, SRa 2021, 281–285.

Caritas, Faktenblatt Altersversorgung 2019, abrufbar unter: *Faktenblatt_Altersversorgung_2019_online.pdf* (zuletzt abgerufen am 21.10.2024).

Carstensen, Jeanette/Seibert, Holger/Wiethölter, Doris, Aktuelle Daten und Indikatoren, Entgelte von Pflegekräften 2022, Nürnberg 2023, abrufbar unter: *https://doku.iab.de/arbeitsmarktdaten/Entgelte_von_Pflegekraeften_2022.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Deutsches Ärzteblatt, Hamburger Senat senkt Fachkraftquote in Pflegeheimen, 2.10.2024, abrufbar unter: *www.aerzteblatt.de/nachrichten/154709/Hamburger-Senat-senkt-Fachkraftquote-in-Pflegeheimen* (zuletzt abgerufen am 9.1.2025).

Däubler, Wolfgang (Hrsg.), NomosKommentar, Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmerentsendegesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit.: *Bearbeiter* in: NK-TVG, § Rn.).

Eylert, Mario/Rinck, Ursula, Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge – eine aktuelle Bestandsaufnahme, RdA 2022, 146–159.

Felix, Dagmar, Konfliktlösungsinstrumente bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen der Selbstverwaltung im System der gesetzlichen Krankenversicherung, Münster 2018.

GKV-Spitzenverband, Bundesministerium für Gesundheit, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Gemeinsame Pressemitteilung v. 28.1.2022, Bezahlung mindestens in Tarifhöhe – Richtlinien für die Langzeitpflege treten in Kraft, abrufbar unter: *https://www.gkv-spitzenverband.de/gkv_spitzenverband/presse/pressemitteilungen_und_statements/pressemitteilung_1373056.jsp* (zuletzt abgerufen am 20.1.2025).

Günther, Sebastian/Kreutzberg, Luisa, Zahlung von Tarifentgelten in der Pflege, AuA 2022, Nr. 6, 46–49.

Hamburg, Pressemitteilung v. 1.10.2024, Senat beschließt Flexibilisierung der Fachkraftquote und stärkt die akademische Ausbildung in der Pflege, abrufbar unter: *www.hamburg.de/politik-und-verwaltung/behoerden/schulbehoerde/veroeffentlichungen/pressemeldungen/2024-10-01-bsb-senat-beschliesst-flexibilisierung-der-fachkraftquote-und-staerkt-die-akademische-ausbildung-in-der-pflege-973064* (zuletzt abgerufen am 9.1.2015).

Hänlein, Andreas, Tarifbindung bzw Tariforientierung als Voraussetzung der Zulassung von Pflegeeinrichtungen, SGb 2023, 201–211.

Hänlein, Andreas, Externer Vergleich und ortsübliche Vergütung, Freiburg im Breisgau 2010.

Hartmann, Felix, Tariftreue in der Pflegebranche, Unions- und verfassungsrechtliche Bedenken gegen §§ 72, 82 c SGB XI nF, RdA 2023, 90–103.

Hartmann, Felix, Unionsrechtliche und verfassungsrechtliche Grenzen für ein Bundestariftreuegesetz, ZfA 2023, 510–560.

Heger, Dörte u.a., Pflegeheim Rating Report 2022, Der Pflegemarkt unter Druck – Zeit für Veränderung, Heidelberg 2021.

Hinzpeter-Schmidt, Rosa, Die Neuregelung der §§ 72 und 82 c SGB XI, ZAT 2022, 117–123.

Hlava, Daniel, Sozialrechtliche Privilegierung von Tarifverträgen, SR 2021, 233–252.

Hlava, Daniel, Stärkung der Tarifbindung durch Sozialrecht, in: Deinert, Olaf/Klebe, Thomas/Pieper, Ralf/Schmidt, Marlene/Wankel, Sybille (Hrsg.), Arbeit, Recht, Politik und Geschichte – Festschrift für Michael Kittner zum 80. Geburtstag, Frankfurt am Main 2021, 161–169.

Kaminski, Ralf, Tariftreueregelung des § 72 SGB XI und Refinanzierung nach § 82 c SGB XI, GuP 2022, 56–64.

Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band II, 5. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: Kiel/Lunk/Oetker, MHdB ArbR, § Rn.).

Klie, Thomas, Die Baby-Boomer und die Zukunft der Pflege – Beruflich Pflegende im Fokus: Befunde, Analysen und Perspektiven – der Pflegereport 2024, in: DAK Pflegereport 2024, Hamburg 2024, 1–27.

Klocke, Kyra, Tarifautonomie und Außenseiter, Tübingen 2023.

Korian, Pressemitteilung v. 11.3.2022, Korian gründet Korian Services GmbH, abrufbar unter: *www.korian.de/pressemeldungen/korian-gruendet-korian-services-gmbh/* (zuletzt abgerufen am 9.1.2025).

Krahmer, Utz/Plantholz, Markus/Kuhn-Zuber, Gabriele (Hrsg.), SGB XI

Soziale Pflegeversicherung, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl., Baden-Baden 2024 (zit.: *Bearbeiter* in: LPK-SGB XI, § Rn.).

Krause, Rüdiger, Perspektiven für eine Weiterentwicklung des Tariftreuerechts, AuR 2020, 152–157.

Kreikebohm, Ralf, Darf das Sozialrecht Tarifbindung von Leistungserbringern fordern?, NZS 2023, 361–366.

Lenzen, Julia/Evans-Borchers, Michaela, Tariftreue in der Altenpflege, Expertise zur Umsetzung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG) in Nordrhein-Westfalen, Gelsenkirchen 2024. abrufbar unter: *https://www.iat.eu/aktuell/veroeff/2024/Tariftreue_in_der_Altenpflege_Evans-Borchers_Lenzen.pdf* (zuletzt abgerufen am 2.7.2024).

Lenzen, Julia/Evans-Borchers, Michaela, Tarifgerechte Entlohnung in der Pflege im Spiegel der Attraktivität des Pflegeberufs, Forschung aktuell 04/2024, 1–22.

Liebscher, Christopher/Rinckhoff, Christopher, Tariflöhne in der Pflegebranche – Verknüpfung mit Versorgungsverträgen, öAT 2021, 249–252.

Lünendonk & Hossenfelder (Hrsg.), Servicegesellschaften für das Gesundheitswesen, Whitepaper 2024, Mindelheim 2024, abrufbar unter: *https://www.luenendonk.de/download/44390/?tmstv=1710403345* (zuletzt abgerufen am 9.1.2025).

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Gallner, Ingrid/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Bd. 51, München 2024 (zit.: *Bearbeiter* in: ErfK, MiLoG, § Rn.).

Nielebock, Helga/Nakielski, Hans, Die lange Auseinandersetzung um attraktivere Löhne für Pflegende, in: Netzwerk Sozialrecht, August 2022, abrufbar unter: *https://netzwerk-sozialrecht.net/die-lange-auseinandersetzung-um-attraktivere-loehne-fuer-pflegende/* (zuletzt abgerufen am 20.10.2024).

Papperger, Inka, Mindestlohn in der Pflege, Dissertation Kassel, Baden-Baden 2016.

Richter, Ronald, Die Tariftreue im SGB XI aus Sicht der Leistungserbringer, NZS 2023, 481–487.

Rixen, Stephan, Anmerkung zu BSG 17.5.23, SGb 2024, 246–249.

Rolfs, Christian/Körner, Anne/Krasney, Martin/Mutschler, Bernd (Hrsg.), beck-online GROSSKOMMENTAR (Kasseler Kommentar), Stand: 15.8.2024, München (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOGK (KassKomm), Gesetz § Rn.).

Rödl, Florian, Der Tarifvertrag, Ausdruck privater oder politischer Autonomie?, WSI Mitteilungen 3/2023, 168–176.

Schroeder, Wolfgang, Kollektives Beschäftigtenhandeln in der Altenpflege, Forschungsförderung Study Nr. 373, Dezember 2017, abrufbar unter: *https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_373.pdf* (zuletzt abgerufen am 2.7.2024).

Schwierk, Sam/Schön, Isabel/Klie, Thomas, „Das war mein Traumberuf" – Interviews mit Pflegenden aus der Baby-Boomer-Generation, in: DAK Pflegereport 2024, Hamburg, 2022, 122–210.

Senghaas, Monika/Struck, Olaf, Arbeits- und Personalsituation in der Alten- und Krankenpflege, Wie beurteilen Beschäftigte und Führungskräfte Belastungsfaktoren, Ressourcen und Handlungsmöglichkeiten?, IAB-Forschungsbericht 08/2023.

Udsching, Peter, Neue Rechtsprechung zum Vergütungsrecht in der stationären Pflege, SGb 2024, 125–130.

Sonstige Quellen

GKV-Spitzenverband, Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 82c Abs. 4 SGB XI zum Verfahren nach § 82c Abs. 1 bis 3 und 5 SGB XI (Pflegevergütungs-Richtlinien) v. 24.1.2022 zuletzt geändert durch Beschluss v. 12.7.2023, abrufbar unter: *2024_01_30_Pflegeverguetungs-Richtlinien_nach_82c_Abs.4_SGB_XI_genehmigt.pdf* (zuletzt abgerufen am 21.10.2024).

GKV-Spitzenverband, Fragen und Antworten zur Umsetzung der Zulassungs-Richtlinien nach § 72 Abs. 3c SGB XI und der Pflegevergütungs-Richtlinien nach § 82c Abs. 4 SGB XI, abrufbar unter: *https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegeversicherung/gs_tarife/2023_01_20_Pflege_FAQ_Tarife-RL_5.0..pdf* (zuletzt abgerufen am 22.10.2024).

GKV-Spitzenverband, Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 72 Abs. 3c SGB XI zu den Verfahrens- und Prüfgrundsätzen zur Einhaltung der Vorgaben für Versorgungsverträge nach § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI (Zulassungs-Richtlinien) v. 24.1.2022 zuletzt geändert durch Beschluss v. 12.7.2023, abrufbar unter: *https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegeversicherung/gs_tarife/2024_01_30_Zulassungs-Richtlinien_nach_72_Abs.3c_SGB_XI_genehmigt.pdf* (zuletzt abgerufen am 22.10.2024).

Das Vertragsrecht der Eingliederungshilfe vor dem Hintergrund der Tarifbindung

Prof. Dr. Torsten Schaumberg

Inhaltsübersicht

I. Einleitung 94

II. Die Träger der Eingliederungshilfe als Rehabilitationsträger 95

III. Zulassung der Leistungserbringer zum System der Eingliederungshilfe 96

IV. Geeignete Leistungserbringer 97

V. Der Einfluss der Personalgehälter auf die Wirtschaftlichkeit der vom Leistungserbringer geforderten Vergütung 99

1. Grundsatz 99

2. Tarifbindung oder Tariflohnzahlung als Voraussetzung der Vergütungsprivilegierung nach § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX 99

a) Unterschiedliche Verständnismöglichkeiten des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX 99

b) Arbeitsrechtliche Definition des Begriffs „Tarifbindung“ 101

c) Zwischenergebnis 101

d) Auslegung des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX 102

aa) Methodische Vorüberlegung 102

bb) Grammatikalische Auslegung 103

cc) Systematische Auslegung 104

dd) Ergebnis der Auslegung 106

3. Tariflohnzahlung als Voraussetzung der Vergütungsprivilegierung nach § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX 106

VI. Konkretisierung der Vergütungsprivilegierung des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX durch Landesrahmenverträge 106

1. Landesrahmenverträge nach § 131 Abs. 1 SGB IX aus den Ländern 107

a) Landesrahmenvertrag Baden-Württemberg 107
b) Landesrahmenvertrag Bayern 108
c) Landesrahmenvertrag Berlin 108
d) Landesrahmenvertrag Brandenburg 108
e) Landesrahmenvertrag Bremen 109
f) Landesrahmenvertrag Hamburg 109
g) Landesrahmenvertrag Hessen 110
h) Landesverordnung Mecklenburg-Vorpommern 110
i) Landesrahmenvertrag Niedersachsen 112
j) Landesrahmenvertrag Nordrhein-Westfalen 112
k) Landesrahmenvertrag Rheinland-Pfalz 113
l) Landesrahmenvertrag Saarland 114
m) Landesrahmenvertrag Sachsen 114
n) Landesrahmenvertrag Sachsen-Anhalt 114
o) Landesrahmenvertrag Schleswig-Holstein 115
p) Landesrahmenvertrag Thüringen 116

2. Ergebnis 116

VII. Auswahl der Leistungserbringer durch den Träger der Eingliederungshilfe nach § 124 Abs. 3 SGB IX 117

1. Problemdarstellung 117
2. Wortlaut und Entstehung des § 124 Abs. 3 SGB IX 118
3. § 124 Abs. 3 SGB IX als Grundlage für einen zweiten externen Vergleich 119
4. Rechtsfolge des Vergleichs nach § 124 Abs. 3 SGB IX 120

a) Rechtsfolge – Ablehnung von geeigneten, aber teureren Leistungserbringern 120

aa) Rechtsanspruch geeigneter Leistungserbringer auf Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung 120

bb) Zwischenergebnis 123

b) Verdrängung des Anspruchs auf Abschluss von Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen durch § 124 Abs. 3 SGB IX 123

c) Zwischenergebnis 124

d) Andere Rechtsfolge des § 124 Abs. 3 SGB IX 124

5. Ergebnis 126
VIII. Endergebnisse 126
Literatur 127

I. Einleitung

Durch das Bundesteilhabegesetz (BTHG) wurden mit den §§ 123 bis 134 SGB IX die Grundprinzipien des sozialrechtlichen Leistungsdreiecks auch im Recht der Eingliederungshilfe verankert. Damit werden auch im Anwendungsbereich des SGB IX, Teil 2, Leistungserbringer vom Leistungsträger mit der Ausführung von Sozialleistungen, konkret von Leistungen der Eingliederungshilfe beauftragt. Voraussetzung für diese Leistungserbringung ist nach § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX eine schriftliche Vereinbarung zwischen dem Träger des Leistungserbringers und dem für den Ort der Leistungserbringung zuständigen Träger der Eingliederungshilfe. Diese schriftliche Vereinbarung wird nach § 124 Abs. 1 S. 1 SGB IX dann abgeschlossen, wenn ein externer Leistungsanbieter „geeignet" ist. Dies ist er gemäß § 124 Abs. 1 S. 2 SGB IX dann, wenn er unter Sicherstellung der Grundsätze des § 104 SGB IX die Leistungen wirtschaftlich und sparsam erbringen kann. Die Vergütung für die Erbringung von Leistungen der Eingliederungshilfe ist nach § 124 Abs. 1 S. 3 SGB IX wirtschaftlich angemessen, wenn sie im Vergleich mit der Vergütung vergleichbarer Leistungserbringer im unteren Drittel liegt.

Die Wirtschaftlichkeit der vom externen Leistungserbringer angebotenen Leistung – und damit die Wirtschaftlichkeit der an ihn zu leistenden Vergütung – hängt zu einem wesentlichen Teil auch davon ab, welche Löhne bzw. Gehälter den Beschäftigten gezahlt werden. Nach § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX kann die Bezahlung *„tariflich vereinbarter Vergütungen"* an die Beschäftigten des Leistungserbringers dann nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden, wenn die von ihm geltend gemachte Vergütung für die Erbringung der Eingliederungshilfeleistungen aus diesem Grunde oberhalb des unteren Drittels liegt.

Im Rahmen des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX stellt sich die Frage, ob *„tariflich vereinbarte Vergütungen"* im Sinne einer strikten arbeitsrechtlichen Tarif-/AVR-Bindung zu verstehen sind oder, ob auch die faktische Zahlung von Tariflohn die Privilegierung auslöst.

Ein weiteres Problem mit der Tarifbindung von Leistungserbringern kann sich dann ergeben, wenn sich der Träger der Eingliederungshilfe im Rahmen der Vertragsverhandlungen auf die Regelung des § 124 Abs. 3 SGB IX beruft. Nach dieser Vorschrift hat er Vereinbarungen vorrangig mit solchen Leistungser-

bringern abzuschließen, deren Leistungsvergütung bei vergleichbarem Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung nicht höher ist als die anderer Leistungserbringer. Diese Regelung dürfte damit im Widerspruch zu § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX stehen. In der Folge könnten nämlich auf Grundlage von § 124 Abs. 3 SGB IX doch Leistungserbringer, die keinen Tariflohn zahlen, gegenüber tariftreuen Unternehmen bevorzugt werden. Dies wiederum könnte als Eingriff des SGB IX in die Tarifautonomie gewertet werden.

Im vorliegenden Beitrag wird versucht werden, diesen Widerspruch zu lösen.

II. Die Träger der Eingliederungshilfe als Rehabilitationsträger

Aufgabe der Eingliederungshilfe ist es nach § 90 Abs. 1 S. 1 SGB IX, Leistungsberechtigten durch die Gewährung von Teilhabeleistungen eine individuelle Lebensführung zu ermöglichen, die der Würde des Menschen entspricht, und die volle, wirksame und gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu fördern. Damit setzt die Eingliederungshilfe die Zielrichtung des § 1 S. 1 SGB IX um, Menschen mit (drohenden) Behinderungen Leistungen nach dem SGB IX und den für die Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen zu gewähren, um dadurch ihre Selbstbestimmung und ihre volle, wirksame und gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft zu fördern, Benachteiligungen zu vermeiden oder ihnen entgegenzuwirken. Folgerichtig führt auch § 6 Abs. 1 Nr. 7 SGB IX die Träger der Eingliederungshilfe als Rehabilitationsträger auf.

Verbunden mit der gesetzlichen Bestimmung als Rehabilitationsträger ist die Einordnung der Träger der Eingliederungshilfe in das sog. „gegliederte System" des Rehabilitationsrechts.[1] Kern dieses Systems ist die Regelung des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IX, wonach sich die Zuständigkeit und die Voraussetzungen für die Leistungen zur Teilhabe nach den für den jeweiligen Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen richten. Nur dann, wenn sich aus den Leistungsgesetzen der Rehabilitationsträger nichts Abweichendes ergibt, gelten über § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IX für Leistungen zur Teilhabe die Vorschriften im Teil 1 des SGB IX. Das Leistungsgesetz der Träger der Eingliederungshilfe ist nach § 7 Abs. 1 S. 3 SGB IX das Recht der Eingliederungshilfe im Teil 2 des SGB IX.

1 Vgl. hierzu z.B. *Eicher*, jM 2023, 192 ff.; *Schaumberg*, Das gegliederte System des Rehabilitationsrechts, DVfR Forum A, A9-2020.

Träger der Eingliederungshilfe haben damit grundsätzlich auf der Basis des Teils 2 des SGB IX zu handeln und ergänzend auf die Regelungen des Teils 1 des SGB IX zurückzugreifen. Dies gilt auch für die Grundsätze der Leistungserbringung, die in den §§ 123 ff. SGB IX verortet sind.

III. Zulassung der Leistungserbringer zum System der Eingliederungshilfe

Grundsätzlich verpflichtet § 124 Abs. 1 S. 1 SGB IX die Träger der Eingliederungshilfe dazu, von eigenen Leistungsangeboten abzusehen, sofern *geeignete* (externe) *Leistungserbringer* vorhanden sind. Gleichwohl können Leistungen der Eingliederungshilfe von externen Anbietern nicht ohne Weiteres zu Lasten der Träger der Eingliederungshilfe erbracht werden. So wie in nahezu allen sozialrechtlichen Bereichen[2] ist auch im Recht der Eingliederungshilfe grundsätzlich eine Systemzulassung des Leistungserbringers erforderlich. Deutlich wird dieses Erfordernis in § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX. Nach dieser Regelung darf der Träger der Eingliederungshilfe grundsätzlich[3] Leistungen der Eingliederungshilfe durch Dritte (Leistungserbringer) nur dann erbringen lassen, wenn eine *schriftliche Vereinbarung* zwischen dem Träger des Leistungserbringers und dem für den Ort der Leistungserbringung zuständigen Träger der Eingliederungshilfe besteht.[4]

Die Vereinbarung i.S.v. § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX setzt sich – was sich aus § 125 Abs. 1 SGB IX ergibt – aus einer *Leistungsvereinbarung* und einer *Vergütungsvereinbarung* zusammen.

Der Begriff des *Leistungserbringers* wird im Eingliederungshilferecht – trotz der in § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX verwandten Gesetzestechnik – nicht legaldefiniert.[5] Grundsätzlich sind unter diesen Begriff Dritte zu subsumieren, die

2 So z.B. im vertragsärztlichen Krankenversicherungsrecht (§§ 95 ff. SGB V), im sozialen Pflegeversicherungsrecht (§§ 71 ff. SGB XI) oder im Kinder- u. Jugendhilferecht (§§ 78a ff. SGB VIII); vgl. hierzu auch *Bieback* in diesem Band.

3 Ausgenommen sind Leistungen nach § 113 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. mit § 78 Abs. 5 und § 116 Abs. 1 SGB IX.

4 Besteht keine derartige Vereinbarung, so ist eine Leistungserbringung nur nach § 123 Abs. 5 SGB IX möglich.

5 A.A. *Winkler* in: *Neumann u.a.,* SGB IX, § 123 Rn. 8; *Süsskind* in: Hauck/Noftz, § 123 SGB IX Rn. 24, nach denen § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX Leistungserbringer als „Dritte, die Leistungen der Eingliederungshilfe erbringen" definiert. Dies gibt der Wortlaut der Norm jedoch nicht zwingend her, der wohl lediglich auf „Dritte" abstellt; i.d.S. auch *Lange* in: Kossens/von der Heide/Maaß, SGB IX, § 123 Rn. 11; vgl. auch VG Berlin, Urt. v. 24.5.2023 – 26 K 58/23, juris Rn. 34. Große praktische Bedeutung dürfte diese Frage jedoch nicht haben.

Leistungen der Eingliederungshilfe anbieten bzw. erbringen.[6] Hierunter fallen sowohl Personen als auch Organisationen.[7] Private und öffentliche Arbeitgeber im Rahmen eines Budgets für Arbeit (§ 61 SGB IX) sind allerdings nach der ausdrücklichen Anordnung des § 123 Abs. 3 SGB IX keine Leistungserbringer, da sie keine Eingliederungshilfeleistung erbringen, die vom Träger der Eingliederungshilfe vergütet werden.[8]

Die Systemzulassung nach § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX erfolgt zugunsten des *Trägers* des Leistungserbringers. Dies ist diejenige juristische oder natürliche Person, die die mit der Leistungserbringung verbundenen Rechte und Pflichten im Erfüllungsverhältnis gegenüber dem Leistungsberechtigten treffen.[9] Der Träger des Leistungserbringers ist vom *Leistungsträger* zu unterscheiden. Leistungsträger sind nach § 12 S. 1 SGB I die für die Sozialleistungen zuständigen und in den §§ 18 bis 29 SGB I genannten Körperschaften, Anstalten und Behörden. Sie werden gelegentlich auch als Kostenträger bezeichnet. Im hier interessierenden Kontext sind die Träger der Eingliederungshilfe Leistungsträger.

Mit Abschluss der Vereinbarungen nach § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX ist der Träger der Eingliederungshilfe berechtigt, Leistungen der Eingliederungshilfe i.S.v. § 102 SGB IX unter Beteiligung des entsprechenden Leistungserbringers zu bewilligen. Zudem hat der durch Vereinbarung zugelassene Leistungserbringer gegen den Träger der Eingliederungshilfe nach § 123 Abs. 6 SGB IX einen Anspruch auf Vergütung der gegenüber dem Leistungsberechtigten erbrachten Leistungen der Eingliederungshilfe.

IV. Geeignete Leistungserbringer

Auch wenn § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX nicht ausdrücklich an eine Leistungserbringung durch „*geeignete*“ Leistungserbringer anknüpft, ist § 124 SGB IX insoweit als *Konkretisierung* der inhaltlichen Anforderungen an die Leistungserbringer nach § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX zu verstehen.[10] Damit dürfen letztlich Vereinbarungen i.S.v. § 125 Abs. 1 SGB IX, also Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen, als Grundlage für die externe Leistungserbringung nur mit *geeigneten Leistungserbringern* abgeschlossen werden.

6 Vgl. *Busse* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, § 123 Rn. 50.
7 *Winkler* in: Neumann u.a., SGB IX, § 123 Rn. 8.
8 Vgl. BT-Drs. 18/9522, 289.
9 *Lange* in: Kossens/von der Heide/Maaß, SGB IX, § 123 Rn. 11.
10 *Busse* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, § 124 Rn. 9.

Externe Leistungserbringer sind i.S.v. § 124 Abs. 1 S. 2 SGB IX *geeignet*, wenn sie unter Sicherstellung der Grundsätze des § 104 SGB IX die Eingliederungshilfeleistungen *wirtschaftlich* und *sparsam* erbringen können. Letzteres ist konsequent, da auch nach § 123 Abs. 2 S. 2 SGB IX die mit dem Träger des Leistungserbringers abzuschließenden Vereinbarungen den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit entsprechen müssen und das Maß des Notwendigen nicht überschreiten dürfen.

Für die Beurteilung, ob die vom Leistungserbringer geforderte Vergütung für die Leistungserbringung *wirtschaftlich* ist, greift das Gesetz mit § 124 Abs. 1 S. 3–6 SGB IX die Grundsätze der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) zum sog. „externen Vergleich" in der sozialen Pflegeversicherung auf.[11]

Nach § 124 Abs. 1 S. 3 SGB IX ist die vom Leistungserbringer geforderte Vergütung (für die Erbringung von Eingliederungshilfeleistungen) dann wirtschaftlich angemessen, „wenn sie im *Vergleich mit der Vergütung vergleichbarer Leistungserbringer* im unteren Drittel liegt".[12] Sie kann jedoch nach § 124 Abs. 1 S. 4 SGB IX auch dann, wenn sie oberhalb des unteren Drittels liegt, noch wirtschaftlich angemessen sein, sofern sie nachvollziehbar auf einem höheren Aufwand des Leistungserbringers beruht und wirtschaftlicher Betriebsführung entspricht.

Ein wesentlicher Bestandteil der vom Leistungserbringer geforderten und vom Träger der Eingliederungshilfe zu zahlenden Leistungsvergütung, ist nach dem Zusammenspiel von § 125 Abs. 3 S. 1 und Abs. 2 SGB IX auch die Entlohnung für das vom Leistungserbringer eingesetzte Personal, also deren *Löhne* bzw. *Gehälter*. Die Höhe der Entlohnung des Personals hat daher Einfluss auf die Höhe der vom Leistungserbringer geforderten Vergütung für die Leistungserbringung und damit auch auf deren *Wirtschaftlichkeit*.

11 BT-Drs. 18/9522, 295; grundlegend hierzu BSG 29.1.2009 – B 3 P 7/08 R, BSGE 102, 227 ff.

12 Dies ist nach der Legaldefinition des S. 3 der externe Vergleich.

V. Der Einfluss der Personalgehälter auf die Wirtschaftlichkeit der vom Leistungserbringer geforderten Vergütung

1. Grundsatz

§ 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX greift auf das sog. *Standardmodell* des SGB XI[13] zurück und überträgt es auf den Bereich der Eingliederungshilfe. Nach dieser Norm kann die Bezahlung *tariflich vereinbarter Vergütungen* sowie entsprechender *Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen* nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden, soweit die Vergütung aus diesem Grunde oberhalb des unteren Drittels liegt. Mitumfasst ist die Zahlung von Gehältern, die auf einer zutreffenden *Einstufung* der jeweiligen Arbeitnehmer auf Grundlage eines TV/einer AVR beruht.[14] § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX setzt damit leistungsgesetzlich für den Bereich der Eingliederungshilfe die grundsätzlich für alle Rehabilitationsträger geltende allgemeine Regelung des § 38 Abs. 2 SGB IX um. Auch nach dieser kann die Bezahlung tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen bei Verträgen auf der Grundlage des SGB IX nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden.

Mit der Regelung des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX soll erreicht werden, dass höhere Personalkosten der Leistungserbringer, die den überwiegenden Anteil an den Kosten ausmachen, im Rahmen des externen Vergleichs insoweit nicht zu Lasten der Leistungserbringer berücksichtigt werden, als diese eine *Folge der Tarifgebundenheit* des Leistungserbringers sind.[15]

2. Tarifbindung oder Tariflohnzahlung als Voraussetzung der Vergütungsprivilegierung nach § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX

a) Unterschiedliche Verständnismöglichkeiten des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX

Betrachtet man diese gesetzgeberische Zielrichtung, so stellt sich die Frage, in welchem Sinne die in der Gesetzesbegründung zum BTHG benannte „*Tarifgebundenheit*“ des Leistungserbringers zu verstehen ist. Dies umso mehr, als auch

13 Ausführlich hierzu *Bieback* in diesem Band.

14 So ausdr. BSG 25.4.2018 – B 8 SO 26/16 R, SRa 2018, 238, 241.

15 BT-Drs. 18/9522, 295.

der Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages in seiner Beschlussempfehlung ausdrücklich ausführt:

> *„Die Einhaltung einer Tarifbindung und ein daraus entstehender höherer Personalkostenaufwand genügen stets den Grundsätzen wirtschaftlichen Betriebsführung, das heißt auch in den Fällen, in denen die geforderte Vergütung allein aus diesem Grunde nicht im unteren Drittel liegt.*“[16]

§ 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX könnte im Sinne der Gesetzesbegründung so verstanden werden, dass die Bezahlung *tariflich vereinbarter Vergütungen* sowie entsprechender *Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen* nur dann als wirtschaftlich betrachtet werden kann, wenn die Leistungserbringer an einen TV oder eine AVR *gebunden* sind und entsprechende Gehälter zahlen. Tariflohnzahlungen bzw. Lohnzahlungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen, die von ungebundenen Arbeitgebern *freiwillig* gezahlt werden, wären nach diesem Verständnis nicht nach § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX privilegiert.

Vertretbar wäre aber auch ein Verständnis des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX dahingehend, dass jede tatsächliche Zahlung von Tarif- oder AVR-Lohn – egal ob aufgrund freiwilliger Entscheidung des Arbeitgebers oder aufgrund seiner Tarif-/AVR-Bindung – zu einer Privilegierung führt.

In der Literatur finden sich beide Auffassungen wieder. *Goldbach* weist etwa darauf hin, dass Vergütungen, die deswegen oberhalb des unteren Drittels liegen, weil sie aus der *Einhaltung einer Tarifbindung* resultieren, stets einer wirtschaftlichen Betriebsführung genügen.[17] Auch andere Autoren übernehmen diese Sichtweise.[18]

Darüber hinaus wird im rechtswissenschaftlichen Diskurs aber auch auf die *tatsächliche Zahlung* einer Arbeitsvergütung entsprechend der tarifvertraglichen oder der kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen abgestellt.[19]

Vor der Beantwortung der Frage, ob § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX auf die (arbeitsrechtliche) Tarif-/AVR-Bindung des Leistungserbringers abstellt oder aber auf

16 BT-Drs. 18/10523, 65.

17 *Goldbach* in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § 124 Rn. 12.

18 So z.B. *Busse* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, § 124 Rn. 37; *Lange* in: Kossens/von der Heide/Maaß, SGB IX, § 124 Rn. 15; wohl auch *Süsskind* in: Hauck/Noftz, § 124 SGB IX Rn. 27.

19 So z.B. *Winkler* in: Neumann u.a., SGB IX, § 124 Rn. 7; *Bieritz-Harder* in: Dau/Düwell/Joussen/Luik, LPK-SGB, IX, § 124 Rn. 4; wohl auch *Wurtmann* in: Knittel, SGB IX, § 124 Rn. 11, der auf die arbeitsvertragliche Verpflichtung zur Zahlung einer Tarifvergütung abstellt.

die tatsächliche Zahlung von Tarif-/AVR-Lohn, ist es sinnvoll, nachfolgend den Begriff „*Tarifbindung*“ zu definieren.[20]

b) Arbeitsrechtliche Definition des Begriffs „Tarifbindung“

Nach § 3 Abs. 1 TVG sind *tarifgebunden*

a) die *Mitglieder der Tarifvertragsparteien* und
b) der *Arbeitgeber*, der selbst Partei des Tarifvertrags ist.

Der Begriff „tarifgebunden“ bestimmt damit den Personenkreis, für den Regelungen eines Tarifvertrages mit gesetzesgleicher, also normativer Wirkung unmittelbar gelten.[21] Für das Entstehen einer Tarifbindung müssen grundsätzlich einerseits der Arbeitnehmer Mitglied der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft und andererseits der Arbeitgeber Mitglied des am Tarifabschluss beteiligten Arbeitgeberverbands sein. Der Arbeitgeber ist aber auch ohne weiteres an einen Tarifvertrag gebunden, wenn er ihn selbst mit einer Gewerkschaft abgeschlossen hat (§ 3 Abs. 1 TVG, sog. „Haustarifvertrag“ oder „Firmentarifvertrag“).[22]

Über § 5 TVG kann zudem die *Allgemeinverbindlichkeit* eines Tarifvertrages zu einer Tarifbindung führen.

Eine *arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel* auf einen Tarifvertrag führt hingegen aufgrund ihres schuldrechtlichen Charakters *nicht zur Tarifbindung des Arbeitgebers*. Die in diesem Fall in Bezug genommenen Tarifbestimmungen wirken nicht unmittelbar (normativ) auf das Arbeitsverhältnis ein.[23]

Leistungserbringer sind damit als Arbeitgeber nur dann im strengen arbeits- bzw. tarifvertragsrechtlichen Sinne tarifgebunden, wenn sie selbst mit einer Gewerkschaft einen Tarifvertrag abgeschlossen haben, einer Arbeitgebervereinigung angehören, die einen Tarifvertrag mit einer Gewerkschaft abgeschlossen hat oder, wenn ein für sie einschlägiger Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt wurde.

c) Zwischenergebnis

Bezogen auf § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX bedeutet dieses Verständnis von Tarifbindung Folgendes:

---

20 Hierbei kann aus Platzgründen nur auf die Bindung an einen Tarifvertrag, nicht aber die an eine AVR untersucht werden; ausführlich zu Letzterer *Schaumberg*, Inhaltskontrolle im kirchlichen Arbeitsrecht.

21 Vgl. auch *Giesen* in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching BeckOK ArbR, TVG, § 3 Rn. 2.

22 *Koch* in: Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Tarifbindung.

23 So z.B. *Oetker* in: Wiedemann, TVG, § 3 Rn. 328 m.w.N.

Versteht man die Norm tatsächlich in dem Sinne, dass nur die Zahlung von Tariflohn durch arbeitsrechtlich tarifgebundene Leistungserbringer privilegiert ist, dann können sich nur

1. Leistungserbringer, die selbst mit einer Gewerkschaft einen Tarifvertrag abgeschlossen haben und dessen Tariflohn zahlen,
2. Leistungserbringer, die einer Arbeitgebervereinigung angehören, die einen Tarifvertrag mit einer Gewerkschaft abgeschlossen hat und die dessen Tariflohn zahlen oder
3. Leistungserbringer, die auf der Grundlage eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrages Tariflohn zahlen,

auf diese Privilegierung berufen.

Leistungserbringer, die lediglich im Arbeitsvertrag einen Lohn in Höhe des Tariflohns vereinbaren und zahlen und solche, die auf einen Tarifvertrag arbeitsvertraglich Bezug nehmen, könnten sich demgegenüber als tarifungebundene Arbeitgeber nicht auf die Privilegierung des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX berufen.

Dies würde dazu führen, dass nicht tarifgebundene Leistungserbringer im Vergleich zu tarifgebundenen Leistungserbringern schlechter behandelt würden. Eine solche Ungleichbehandlung dürfte jedoch verfassungsrechtlich – auch im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG – durchaus zulässig sein.[24]

d) Auslegung des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX

Da § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX sowohl mit Bezug auf eine Tarifbindung als auch mit Bezug auf die Zahlung von Tariflohn verstanden werden kann, ist die Norm auszulegen.

aa) Methodische Vorüberlegung

Für die Auslegung eines Gesetzes bzw. einer gesetzlichen Vorschrift gibt es vier klassische Auslegungsmethoden: die grammatikalische oder Wortlautauslegung, ferner die systematische, objektiv-teleologische und historische Auslegung.[25]

24 Ausführlich hierzu *Bieback* in diesem Band.

25 Vgl. nur *Larenz,* Methodenlehre, 320 ff.; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 35.

Die grammatikalische Auslegung orientiert sich streng am Wortlaut der Norm, fragt also nach der Bedeutung eines Ausdrucks oder einer Wortverbindung im allgemeinen Sprachgebrauch.[26]

Die *systematische* Auslegung zielt auf das Verhältnis einzelner Normen zueinander ab. Es muss ein Bedeutungszusammenhang zwischen den entsprechenden Normen bestehen. Es wird somit nach der Stellung der auszulegenden Norm im System des Gesetzes oder im System des Rechtsgebietes gefragt.[27]

Im Rahmen der *objektiv-teleologischen* Auslegung wird nach Sinn und Zweck der Norm, also nach ihrem Telos, gefragt.[28]

Hinsichtlich der Rangfolge dieser Auslegungsmethoden folgt dieser Beitrag grundsätzlich der Auffassung von *Larenz* und betrachtet die grammatikalische Auslegung als Ausgangspunkt. Dieser folgt zur evtl. Klärung weiterer Fragen die systematische Auslegung. Reicht diese nicht aus, um die Bedeutung der auszulegenden Norm vollständig zu klären, so ist auf die objektiv-teleologische Auslegung zurückzugreifen.[29]

bb) Grammatikalische Auslegung

Die Auslegung des Wortlauts von § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX dürfte dafür sprechen, dass der Gesetzgeber die (eingliederungshilferechtliche) Privilegierung der Arbeitsvergütung nicht an die Tarifbindung, sondern an die faktische Zahlung von Tariflohn knüpfen wollte. Der Gesetzestext nutzt die Wörter „*Die Bezahlung tariflich vereinbarter Vergütungen…*". Ein Hinweis darauf, dass hier die Bezahlung durch *tarifgebundene* Leistungserbringer gemeint ist, lässt sich dem Wortlaut der Norm nicht entnehmen. Insbesondere sagt die Norm nicht, von wem die Vergütung tariflich vereinbart worden sein muss, und damit auch nicht, dass der Leistungserbringer, der sich auf die Privilegierung des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX berufen möchte, selbst am Abschluss des Tarifvertrages beteiligt gewesen sein muss. Vielmehr muss die an die Arbeitnehmer gezahlte Vergütung schlicht nur tariflich vereinbart sein.

Da zudem auch der nicht tarifgebundene Leistungserbringer, der dennoch seinem Personal Tariflöhne zahlt, eine *tariflich* (von anderen) *vereinbarte Vergütung bezahlt*, spricht der Wortlaut von § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX für dessen Anknüpfung an die faktische Zahlung von Tariflohn und nicht für die Anknüpfung an eine Tarifbindung.

---

26 *Larenz,* Methodenlehre, 320.
27 *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 35; *Larenz,* Methodenlehre, 324 f.
28 *Larenz,* Methodenlehre, 333.
29 *Larenz,* Methodenlehre, 333 f.

cc) Systematische Auslegung

In systematischer Hinsicht kann § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX mit § 38 Abs. 2 S. 1 SGB IX verglichen werden, der eine allgemeine und grundsätzlich für alle Rehabilitationsträger geltende Regelung enthält. § 38 Abs. 2 S. 1 SGB IX ist im Teil 1 des SGB IX verortet. Nach § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IX gelten die Vorschriften im Teil 1 des SGB IX für die Leistungen zur Teilhabe, soweit sich aus den für den jeweiligen Rehabilitationsträger geltenden Leistungsgesetzen nichts Abweichendes ergibt. § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX ist – als Teil des Leistungsgesetzes der Eingliederungshilfe – im Verhältnis zu § 38 Abs. 2 S. 1 SGB IX *lex specialis*. Trotz seines Anwendungsvorrangs dürfte § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX so auszulegen sein, dass der Grundgedanke des § 38 Abs. 2 S. 1 SGB IX möglichst wenig eingeschränkt wird.

§ 38 Abs. 2 S. 1 SGB IX lautet:

> *„Die Bezahlung tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann bei Verträgen auf der Grundlage dieses Buches nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden.“*

Angesichts der fast vollständigen Wortgleichheit beider Normen ist allerdings ein Vergleich zwischen ihnen im Hinblick auf die systematische Auslegung wenig ergiebig. Interessant ist jedoch, dass in der Begründung zu § 38 SGB IX kein Hinweis auf eine (streng verstandene) Tarifbindung zu finden ist. Vielmehr stellt sie auf die Zahlung von Tariflöhnen ab, um so Anreize zu setzen, *„… die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter entsprechend zu entlohnen.“*[30] Im Falle einer Tarifbindung müssten solche Anreize nicht gesetzt werden, da in diesem Fall die Regelungen des Tarifvertrages normativ, also unmittelbar und zwingend, gelten.[31]

Zielführender ist ein Vergleich zwischen § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX und § 82c Abs. 1 SGB XI. § 82c Abs.1 SGB XI hat folgenden Inhalt: *„Ab dem 1. September 2022 kann bei tarifgebundenen oder an kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gebundenen Pflegeeinrichtungen eine Bezahlung von Gehältern der Beschäftigten bis zur Höhe der aus dieser Bindung resultierenden Vorgaben nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden.“*

Damit ist auch im Bereich der sozialen Pflegeversicherung eine Privilegierung von tariflichen Gehältern möglich. Anders als § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX spricht

30 BT-Drs. 18/9522, 248 (zu § 38).

31 Ähnlich *Fuchs* in: Fuchs/Ritz/Rosenow, SGB IX, § 38 Rn. 20.

aber § 82c Abs. 1 SGB XI nur tarifgebundene Pflegeeinrichtungen an. Auch wenn § 82c SGB XI in Abs. 2 auch nicht tarifgebundenen Pflegeeinrichtungen eine Privilegierung gezahlter Gehälter ermöglicht, macht die Regelung in § 82c Abs. 1 SGB XI deutlich, dass der Gesetzgeber sehr bewusst zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Leistungserbringern unterscheidet. Die Tatsache, dass er dennoch § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX nicht sprachlich angepasst hat, spricht dafür, dass die Norm gerade nicht nur tarifgebundene Leistungserbringer einbeziehen soll.

Auch ein Vergleich von § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX mit der alten eingliederungshilferechtlichen Vorschrift des § 75 Abs. 3 S. 2 SGB XII a.F., nach dem die Bestimmung der Vergütungshöhe unter Beachtung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit zu erfolgen hat, stützt dieses Ergebnis. Das BSG hat zu dieser Vorschrift festgestellt, dass, wenn „*…aber eine Einrichtung Gehälter nach Tarifvertrag (bzw. AVR) oder sonstige ortsübliche Arbeitsvergütungen* [zahlt]*, kann ihr regelmäßig nicht entgegengehalten werden, dass andere Träger geringere Entgelte zahlen und deshalb ihr Aufwand einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht entspreche, wie bereits zu Recht der 3. Senat des BSG entschieden hat; die Einhaltung der „Tarifbindung" und die Zahlung ortsüblicher Gehälter sind danach grundsätzlich als wirtschaftlich angemessen zu werten und genügen insoweit den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung …*".[32] Bereits die Tatsache, dass das BSG den Begriff *Tarifbindung* in doppelte Anführungszeichen setzt macht deutlich, dass es ihm hier nicht um das enge tarifrechtliche Verständnis von „Tarifbindung" geht, sondern allgemein um die Zahlung von Tariflöhnen.

Hierfür spricht auch, dass das BSG in seiner Entscheidung vom 10.7.2015 ausdrücklich auf eine pflegeversicherungsrechtliche Entscheidung vom 16.5.2013 Bezug nimmt. Dort heißt es:

> *„Zahlt*[33] *eine Einrichtung Gehälter nach Tarifvertrag oder ortsübliche Arbeitsvergütungen i. S. von § 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XI idF des PflegeWEG, kann ihr nicht entgegengehalten werden, dass andere Träger geringere Entgelte zahlen und deshalb ihr Aufwand einer wirtschaftlichen Betriebsführung i. S. von § 84 Abs. 2 S. 4 SGB XI insoweit nicht entspricht.*"[34]

Auch hier wird auf die Zahlung, nicht aber auf die arbeitsrechtliche Tarifbindung abgestellt.

32 BSG 10.7.2015 – B 8 SO 21/14 R, SRa 2016, 108 ff.
33 Hervorhebung durch den Verf.
34 BSG 16.5.2013 – B 3 P 2/12 R, juris Rn. 21.

Somit ergibt auch die systematische Auslegung des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX, dass die Norm an die faktische Zahlung von Tariflohn anknüpft und nicht an eine rechtliche Tarifbindung. Eines Rückgriffs auf die teleologische Auslegung bedarf es daher nicht.

dd) Ergebnis der Auslegung

Die Auslegung des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX hat ergeben, dass die Norm *nicht* hinsichtlich der Vergütungsprivilegierung auf die arbeitsrechtliche Tarif-/AVR-Bindung des Leistungserbringers abstellt, sondern auf die tatsächliche Zahlung von Tarif-/AVR-Lohn durch externe Leistungserbringer im Sinne des Eingliederungshilferechts.

3. Tariflohnzahlung als Voraussetzung der Vergütungsprivilegierung nach § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX

Im Ergebnis lässt sich damit feststellen, dass die *tatsächliche* Zahlung von Tarif- bzw. AVR-Gehältern durch Leistungserbringer insofern Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit der vom Leistungserbringer geforderten Vergütung hat, als dass diese nach § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden kann, soweit die Vergütung aus diesem Grunde oberhalb des unteren Drittels liegt.

Versteht man § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX in diesem Sinne, ist etwas Weiteres zu beachten. § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX stellt nach hier vertretener Auffassung auf die Bezahlung tariflich vereinbarter Vergütungen ab. Hierbei differenziert die Vorschrift jedoch nicht zwischen der Tariflohnzahlung an Fachkräfte (z.B. Betreuungskräfte) und der an anderes Personal (z.B. Bürokräfte). Auch insoweit unterscheidet sich § 124 Abs. 1 SGB IX von § 82c SGB XI, der eine solche Differenzierung vornimmt. Eingliederungshilferechtlich ist daher die Tariflohnzahlung an alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des betroffenen Leistungserbringers durch § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX privilegiert.

VI. Konkretisierung der Vergütungsprivilegierung des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX durch Landesrahmenverträge

Nach § 130 Abs. 1 S. 1 SGB IX schließen die Träger der Eingliederungshilfe auf Landesebene mit den Vereinigungen der Leistungserbringer gemeinsam und

einheitlich Rahmenverträge[35] zu den schriftlichen Vereinbarungen nach § 125 SGB IX ab. Diese beinhalten über § 130 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB IX u.a. auch die Grundsätze und Maßstäbe für die *Wirtschaftlichkeit* und Qualität einschließlich der Wirksamkeit der Leistungen sowie Inhalt und Verfahren zur Durchführung von Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsprüfungen. Mit dem Bezug auf die Wirtschaftlichkeit der Leistungen sollten die Landesrahmenverträge damit auch Bestimmungen über Tarif- bzw. AVR-Löhne enthalten und regeln, welche Gehälter unter das Vergütungsprivileg des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX fallen können. Dies wird nachfolgend für die einzelnen Landesrahmenverträge überprüft und kurz ausgewertet.

1. Landesrahmenverträge nach § 131 Abs. 1 SGB IX aus den Ländern

a) Landesrahmenvertrag Baden-Württemberg

Im Rahmenvertrag für Baden-Württemberg gemäß § 131 Abs. 1 SGB IX[36] regelt § 16 Abs. 2 Nachfolgendes zur Frage Personalaufwendungen:

> *„Der Personalaufwand umfasst die Arbeitgeberbruttolöhne und -gehälter nebst Sonderzahlungen (inkl. der Verpflichtungen zur betrieblichen Alters- und Zusatzversorgung) und sonstigen Leistungen in Geld oder Geldeswert, die grundsätzlich nach den jeweils geltenden Tarifverträgen, kirchenarbeitsrechtlichen Arbeitsvertragsrichtlinien oder vergleichbaren Regelungen bei funktionsgerechter Eingruppierung entstehen. Im Einvernehmen mit dem Leistungsträger ist auch eine übertarifliche Vergütung umfasst, wenn der Leistungserbringer nachweisen kann, dass die übertarifliche Vergütung notwendig und angemessen ist, wenn ansonsten das erforderliche Personal nicht gewonnen werden kann.“*

Die Regelung spricht von Leistungen, die grundsätzlich nach den jeweils geltenden Tarifverträgen, kirchenarbeitsrechtlichen Arbeitsvertragsrichtlinien oder vergleichbaren Regelungen bei funktionsgerechter Eingruppierung entstehen. Auch hier wird kein Bezug auf eine arbeitsrechtliche Tarifbindung genommen. Durch die Regelung im Landesrahmenvertrag Baden-Württemberg dürfte daher im Hinblick auf die Privilegierung des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX in Baden-Württemberg nicht auf eine Tarifbindung der Leistungserbringer, sondern auf die – auch freiwillige – Zahlung von Tariflohn abzustellen sein.

35 Vgl. grds. zu den Landesrahmenverträgen nach § 130 SGB IX *Schaumberg,* SGb 2021, 474 ff.

36 Vertrag v. 28.7.2020 in der elften ergänzten Fassung v. 24.4.2024.

b) Landesrahmenvertrag Bayern

Der Rahmenvertrag nach § 131 SGB IX in Bayern beschäftigt sich in Ziff. 4.6.1. mit dem Personalaufwand. Dort heißt es in Abs. 1:

> *„Der Personalaufwand umfasst den gesamten zur Erbringung der vereinbarten Leistung notwendigen Aufwand, der dem Leistungserbringer durch die Beschäftigung des für die Erbringung der Leistung einzusetzenden Personals entsteht, soweit dieser auf Grundlage eines Tarifvertrages oder kirchlicher Arbeitsrechtsregelungen vereinbart oder ortsüblich angemessen ist.“*

Auch nach diesem Rahmenvertrag kommt es hinsichtlich der Privilegierung des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX nicht auf die Tarifbindung des Leistungserbringers an, sondern darauf, dass Gehälter auf der Grundlage eines Tarifvertrages vereinbart werden. Zudem nimmt in Bayern auch eine ortsüblich angemessene Personalvergütung an der Privilegierung des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX teil.

c) Landesrahmenvertrag Berlin

Im Berliner Rahmenvertrag gemäß § 131 Abs. 1 SGB IX[37] finden sich kurze Ausführungen zum Personalaufwand in § 27, der sich mit der Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung beschäftigt. Gegenstand der Wirtschaftlichkeitsprüfung ist danach u.a.

> *„die Bezahlung angemessener, tariflicher oder gegebenenfalls vereinbarter Vergütungen einschließlich der bundes- und landesgesetzlichen Mindestlohnvorgaben …“.*

Auch wenn diese Regelung letztlich nicht sehr aussagekräftig ist, macht sie doch deutlich, dass auch in Berlin nicht zwingend auf eine Tarifbindung des Leistungserbringers abzustellen ist. Auch die Zahlung vereinbarter Vergütungen kann hier wirtschaftlich sein.

d) Landesrahmenvertrag Brandenburg

Der Rahmenvertrag gemäß § 131 SGB IX des Landes Brandenburg, Teil A,[38] enthält in § 15 (Ermittlung von Vergütungen) auch Regelungen zum Personalaufwand. Diese finden sich in Absatz 3, wo Folgendes geregelt ist:

> *„Personalaufwand umfasst Vergütungen, Löhne und sonstige Leistungen in Geld oder Geldeswert, die nach geltenden Tarifverträgen, Arbeitsbedingungen oder Arbeitsvertragsrichtlinien bei funktionsgerechter Eingruppierung*

37 Vertrag v. 5.6.2019.
38 Vertrag v. 28.8.2019.

> *entstehen. Die Bezahlung tariflich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen kann dabei nicht als unwirtschaftlich vom Träger der Eingliederungshilfe abgelehnt werden, soweit die Vergütung aus diesem Grunde oberhalb des unteren Drittels der Vergütungen im Vergleich mit der Vergütung vergleichbarer Leistungserbringer liegt (externer Vergleich).*"

Da mit Satz 2 der Regelung lediglich der Text des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX wiederholt wird, ist sie für die hier zu diskutierende Frage wenig aussagekräftig. Allerdings stellt Satz 1 nicht zwingend auf eine arbeitsrechtliche Tarifbindung ab.

e) Landesrahmenvertrag Bremen

Im Bremischen Landesrahmenvertrag nach § 131 Abs. 1 SGB IX[39] enthält § 9 Regelungen zu tarifvertraglichen Bindungen der Leistungserbringer. Dort heiß es in Absatz 2:

> *„Die Vereinbarungspartner haben landeseinheitliche Kriterien für die personelle Ausstattung bezogen auf Gruppen von Leistungsberechtigten mit vergleichbarem Hilfebedarf und die jeweiligen Leistungstypen entwickelt und vereinbart. Dabei sind in angemessenem Umfang berücksichtigt*
>
> *– tarifvertragliche Bindungen und Vorschriften des Betriebsverfassungsrechts bzw. des Mitarbeitervertretungsgesetzes und der Mitwirkungsverordnung in Werkstätten für behinderte Menschen.*"

Auch diese Regelung trägt nicht viel zur Beantwortung der Frage bei, welche von Leistungserbringern gezahlten Gehälter über § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX privilegiert sind.

f) Landesrahmenvertrag Hamburg

Der Landesrahmenvertrag nach § 131 Abs. 1 SGB IX für die Freie- und Hansestadt Hamburg enthält in § 6 Abs. 6 Ausführungen zur Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen. Dort heißt es:

> *„Als tarifgebunden gelten neben den Direktanwendern auch sog. Analoganwender, die in Form von Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) oder Arbeitsvertraglichen Bedingungen (AVB) für alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Trägers die wesentlichen Regelungen eines Tarifvertrages (z.B.: Arbeitszeit, Tabellenerhöhung, Eingruppierung, Sonderzuwendung, Ur-*

39 Vertrag v. 9.8.2019.

> *laubsanspruch) regelhaft umsetzen. Diese tarifgebundene*(n) *Vergütungen werden dabei nicht als unwirtschaftlich bewertet.*"

Die Regelung bedient sich zwar des Terminus „tarifgebunden", ohne ihn aber im engen arbeitsrechtlichen Sinne zu verstehen. Ausschlaggebend für die Privilegierung nach § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX ist nach dem hamburgischen Landesrahmenvertrag allein die faktische Umsetzung tarifvertraglicher Regelungen.[40]

g) Landesrahmenvertrag Hessen

Auch der Hessische Rahmenvertrag nach § 131 SGB IX [41] beschäftigt sich mit der Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen. In Ziff. 4.1. heißt es hierzu in Abs. 8:

> *„Die durch den Leistungserbringer geforderte Vergütung ist wirtschaftlich angemessen, wenn sie im Vergleich mit der Vergütung vergleichbarer Leistungserbringer im unteren Drittel liegt (externer Vergleich). In den externen Vergleich sind die im Einzugsbereich tätigen Leistungserbringer einzubeziehen. Liegt die geforderte Vergütung oberhalb des unteren Drittels, kann sie wirtschaftlich angemessen sein, sofern sie nachvollziehbar auf einem höheren Aufwand des Leistungserbringers beruht und wirtschaftlicher Betriebsführung entspricht. Dies ist von dem Leistungserbringer plausibel darzustellen. Die Bezahlung tariflich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach Arbeitsvertragsrichtlinien kann dabei nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden, soweit die Vergütung aus diesem Grunde oberhalb des unteren Drittels liegt.*"

Auch diese Regelung wiederholt und verknappt lediglich den Text des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX. Sie trägt daher nicht viel zur Beantwortung der Frage bei, welche von Leistungserbringern gezahlten Gehälter über § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX privilegiert sind.

h) Landesverordnung Mecklenburg-Vorpommern

In Mecklenburg-Vorpommern ist es den Akteuren nicht gelungen, sich auf den Abschluss eines Landesrahmenvertrages zu verständigen. Die Landesregierung hat daher auf der Grundlage des § 131 Abs. 4 SGB IX eine Landesverordnung zum Ersatz eines Landesrahmenvertrages für Mecklenburg-Vorpom-

40 Unglücklich ist jedoch der Verweis auf die AVR, da diese kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen keine Inhalte von Tarifverträgen *um*setzen, sondern vielmehr Tarifverträge im Bereich kirchlicher Einrichtungen *er*setzen; ausführlich hierzu *Schaumberg*, Inhaltskontrolle im kirchlichen Arbeitsrecht.

41 Rahmenvertrag 2 v. 27.6.2023.

mern nach § 131 Abs. 1 SGB IX erlassen.[42] Gemäß § 1 dieser Verordnung werden die Inhalte des Entwurfes eines Landesrahmenvertrages für Mecklenburg-Vorpommern nach § 131 Abs. 1 SGB IX mit seinen Anlagen 1, 2, 3, 4a, 4b, 5, 6a, 6b, 6c, 6d, 7, 8a, 8b, 8c, 9, 10a, 10b, 10c und 10d nach § 131 Abs. 4 SGB IX für anwendbar erklärt.

§ 21 des Entwurfs eines Landesrahmenvertrages für Mecklenburg-Vorpommern beschäftigt sich mit der Bemessung von Personalaufwendungen und hat folgenden Inhalt:

> *„Die Bemessung der Personalaufwendungen richtet sich nach den für den Leistungserbringer geltenden Tarifen sowie den einschlägigen gesetzlichen verpflichtenden Vorgaben. Über die gesetzlichen und tariflichen Vorgaben hinausgehende freiwillige Leistungen werden nicht anerkannt. Vergütungen nach den kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen (AVR) werden Tarifen gleichgesetzt. Tarifgebundene Leistungserbringer erklären mit ihrem Antrag ausdrücklich die Anwendung des für sie geltenden und der Kalkulation zugrunde gelegten Tarifwerkes. Für nicht tarifgebundene Leistungserbringer werden die tatsächlich entstehenden Personal- und Personalnebenkosten, maximal jedoch bis zur Höhe der entsprechenden Entgeltregelungen des TVÖD anerkannt. Sie erklären ausdrücklich, ihr Personal mindestens nach den in Ansatz gebrachten Personalkosten zu vergüten. Maßnahmen zur Personalgewinnung und -bindung werden im Rahmen der Leistungsqualität vereinbart.“*

Mit dieser Regelung wird für das Land Mecklenburg-Vorpommern klargestellt, dass auch tarifungebundene Leistungserbringer am Privileg des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX teilnehmen können. Deren Personalkosten und Personalnebenkosten sind allerdings *„maximal jedoch bis zur Höhe der entsprechenden Entgeltregelungen des TVÖD“* als wirtschaftlich anzuerkennen. Die ausdrückliche Unterscheidung zwischen tarifgebundenen und tarifungebundenen Leistungserbringern in § 21 scheint aber nicht darauf hinzudeuten, dass hier die Tarifbindung im engen arbeitsrechtlichen Sinn verstanden wird. Vielmehr deutet das Abstellen auf die *„für den Leistungserbringer geltenden“* Tarife darauf hin, dass von dieser Formulierung auch solche Leistungserbringer erfasst sind, die nach einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel Tarifverträge anzuwenden haben. Auch für diese Leistungserbringer *„gelten“* Tarife, wenn auch nicht normativ.

42 VO v. 17.12.2019, GVBl. M-V 2019, 858.

i) Landesrahmenvertrag Niedersachsen

Der Rahmenvertrag nach § 131 SGB IX zur Erbringung von Leistungen der Eingliederungshilfe in Niedersachsen enthält wenig Vorgaben für die Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen. Lediglich in § 8 Abs. 2 findet sich folgender Hinweis:

> *„Die Leistungspauschale muss zur Refinanzierung des Personalaufwandes, d.h. der Vergütungen, Löhne und sonstigen Leistungen in Geld oder Geldeswert, die grundsätzlich nach den in der Bundesrepublik geltenden Tarifverträgen, Arbeitsbedingungen und Arbeitsvertragsrichtlinien bei funktionsgerechter Eingruppierung entstehen, geeignet sein.“*

Der Hinweis auf „*Arbeitsbedingungen*“ könnte jedoch so verstanden werden, dass auch arbeitsvertraglich vereinbarte Gehälter wirtschaftlich sein und an der Privilegierung des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX teilnehmen können.

j) Landesrahmenvertrag Nordrhein-Westfalen

Im Rahmenvertrag nach § 131 SGB IX Nordrhein-Westfalen[43] gibt es in Teil A.4.6. Abs. 5 Hinweise auf die Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen. Dort findet sich folgende Regelung:

> *„Im Falle einer landeseinheitlichen Vergütung erfolgt eine Differenzierung nach Tarifwerken. Tariflich vereinbarte Vergütungen sowie entsprechende Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen können nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden (§ 124 Abs. 1 Satz 6 i.V.m. § 38 Abs. 2 Satz 1 SGB IX und Ziffer 4.3 der „Eckpunkte für Empfehlungen zu Rahmenverträgen zur Erbringung von Leistungen der Eingliederungshilfe nach § 131 Abs. SGB IX“, Positionspapier der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege e.V. (BAGFW) und der Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe (BAGüS) vom 18.04.2018.“*

Auch diese Regelung wiederholt weitestgehend nur den Wortlaut von § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX. Auch der Hinweis auf Ziff. 4.3. der Eckpunkte führt nicht deutlich weiter. Dort heißt es lediglich:

> *„Die Rahmenverträge sollen vorsehen, dass eine Tarifbindung eines Leistungserbringers in der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung aufgeführt wird (§ 38 Abs. 2 S. 2 SGB IX).“*

43 Stand 27.9.2023.

Die Regelung im Landesrahmenvertrag Nordrhein-Westfalen trägt daher nicht viel zur Beantwortung der Frage bei, welche von Leistungserbringern gezahlten Gehälter über § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX privilegiert sind.

k) Landesrahmenvertrag Rheinland-Pfalz

Der Landesrahmenvertrag nach § 131 SGB IX[44] enthält mit § 14 eine Regelung, die sich mit Personalaufwendungen beschäftigt. Dort enthält Abs. 1 S. 2 und 3 Hinweise auf Tarifverträge:

> *„Der Personalaufwand setzt sich insbesondere zusammen aus*
>
> *1. Brutto-Lohn- und Gehaltsaufwendungen nebst Sonderzahlungen und sonstigen Leistungen in Geld oder Geldwert sowie*
>
> *2. Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung und*
>
> *3. Aufwendungen für betriebliche Alters- oder Zusatzversorgungseinrichtungen oder sonstige Sozialleistungen,*
>
> *soweit sie mit dem einzusetzenden Personal vereinbart sind. Dies gilt bei Anwendung eines Tarifes, des kirchlichen Arbeitsvertragsrechts oder eines vergleichbaren Vergütungssystems des Leistungserbringers.“*

Nach dieser, inhaltlich sehr knappen Regelung, könnte auch ein Leistungserbringer, der ohne Tarifbindung Tariflöhne zahlt (also bei Anwendung eines Tarifes), eine i.S.v. § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX wirtschaftliche Vergütung zahlen. Gestützt wird diese Auffassung durch § 31 Abs. 2 S. 1 des Landesrahmenvertrages. Dort findet sich folgende Regelung:

> *„Leistungserbringer die weder direkt noch indirekt (z.B. arbeitsvertraglich) einen Tarif anwenden, können die Kalkulation dann auf Basis des Tarif TV-L S oder TV L allgemein (E) oder Mix TV-L S/E durchführen, wenn sie die sich dann nach Kalkulation ergebende Gesamtvergütung der Personalkosten des Assistenzpersonals zu mindestens 98 % für Personalkosten des Assistenzpersonals einsetzen.“*

Durch diese Regelungen machen die Vertragsparteien deutlich, dass unter die Anwendung eines Tarifvertrages auch die (freiwillige) Zahlung von Tariflohn auf der Grundlage einer arbeitsvertraglichen Inbezugnahme fällt. Eine Privile-

44 Stand 9.8.2023.

gierung nach § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX kommt damit auch für die „indirekte Tarifbindung“ in Betracht.

l) Landesrahmenvertrag Saarland

Im Landesrahmenvertrag Eingliederungshilfe Saarland gemäß § 131 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch enthält zunächst § 6 Abs. 5 Hinweise auf Tarifverträge. Dort heißt es:

> *„Bestehende Bindungen des Leistungserbringers aufgrund von Tarifverträgen oder kirchlichem Arbeitsrecht oder einem Vergütungssystem des Leistungserbringers (z.B. Arbeitsvertragsrichtlinien, individuelle) sind nach Maßgabe des § 124 Absatz 1 SGB IX bei der Berechnung der Nettojahresarbeitszeit zu berücksichtigen.“*

Flankiert wird diese Regelung durch § 10 Abs. 10 S. 1:

> *„Die Personalkosten, bei Anwendung eines Tarifes, des kirchlichen Arbeitsvertragsrechts oder eines vergleichbaren Vergütungssystems, umfassen den gesamten zur Erbringung der vereinbarten Leistung notwendigen Aufwand, der dem Leistungserbringer durch die Beschäftigung des für die Erbringung der Leistung einzusetzenden Personals entsteht.“*

Diese Regelung stellt auf die Anwendung eines Tarifs, nicht aber auf die Bindung an einen Tarifvertrag ab, so dass auch freiwillig gezahlte Tariflöhne wirtschaftlich i.S.v. § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX sein können.

m) Landesrahmenvertrag Sachsen

Der Rahmenvertrag nach § 131 Abs. 1 SGB IX Sachsen[45] enthält zwar im Teil B mit Ziff. 3.3 Hinweise zu den Personalaufwendungen. Tarifverträge oder ähnliche Regelwerke werden im Rahmenvertrag jedoch nicht erwähnt.

n) Landesrahmenvertrag Sachsen-Anhalt

Im – zwischenzeitlich vom Land gekündigten – Rahmenvertrag des Landes Sachsen-Anhalt zur Erbringung von Leistungen der Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderungen nach § 131 Abs. 1 SGB IX[46] befasst sich die Anlage 5 mit Personalaufwendungen. Dort heißt es in Abs. 1 aber lediglich:

45 Vertrag v. 5.8.2019 i.d.F. ab 1.1.2024.

46 Vertrag v. 14.8.2019.

> *„Der Personalaufwand setzt sich insbesondere zusammen aus:*
>
> *1. Brutto-Lohn- und Bruttogehaltsaufwendungen nebst Sonderzahlungen und sonstigen Leistungen in Geld oder Geldwert sowie*
>
> *2. Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung und*
>
> *3. Aufwendungen für betriebliche Alters- oder Zusatzversorgungseinrichtungen oder sonstige Sozialleistungen,*
>
> *soweit sie mit dem einzusetzenden Personal vereinbart sind. Dies gilt bei Anwendung eines Tarifs- bzw. der kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen oder bis zur Höhe des TVöD / TV-L bei anderweitigen Vergütungssystemen (z.B. Arbeitsvertragsrichtlinien).“*

Auch diese Regelung stellt auf die Anwendung eines Tarifs, nicht aber auf die Bindung an einen Tarifvertrag ab, so dass auch freiwillig gezahlte Tariflöhne wirtschaftlich i.S.v. § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX sein können. Vergütungen die Leistungserbringer ohne Bezug auf einen Tarifvertrag zahlen, können bis zur Höhe des TVöD/TV-L als wirtschaftlich anerkannt werden.

o) Landesrahmenvertrag Schleswig-Holstein

Der Rahmenvertrag nach § 131 SGB IX zur Erbringung von Leistungen der Eingliederungshilfe in Schleswig-Holstein[47] regelt in § 23 Abs. 2 Fragen von Personalaufwendungen und Tarifbindung wie folgt:

> *„Der Personalaufwand umfasst Vergütungen, Löhne und sonstige Leistungen sowie die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung und sonstige arbeitsvertragliche Leistungen, die nach den jeweils geltenden Tarifverträgen, Arbeitsvertragsrichtlinien oder vergleichbaren kollektivarbeitsrechtlichen Regelungen zu leisten sind. Ist der Leistungserbringer an tarifvertragliche, kirchenarbeitsrechtliche oder sonstige arbeitsrechtlich verbindliche Regelungen zur Gehaltsstruktur gebunden, sind diese Regelungen für die Kalkulation der Personalaufwendungen verbindlich. Bei Leistungserbringern, die nicht tarifvertraglich gebunden sind, werden die vom Leistungserbringer verpflichtend zu leistenden Arbeitsentgelte als Personalkosten bis zur summarischen Höhe der nach dem Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes (TVöD VKA west) entstehenden Kosten eines Leistungsangebotes anerkannt. Die Vertragsparteien stimmen überein, dass die Zahlung der Arbeitsentgelte der Grundlage der Kalkulation der Personalkosten entsprechend erfolgt.“*

47 Vertrag v. 12.8.2019.

§ 23 Abs. 2 des Landesrahmenvertrages unterscheidet zwischen tarifgebundenen und tarifungebundenen Leistungserbringern. Die Regelung dürfte jedoch die „Tarifbindung" nicht im engen arbeitsrechtlichen Sinn zum Gegenstand haben. Vielmehr ist davon auszugehen, dass auch Leistungserbringer, die sich lediglich arbeitsvertraglich – und damit nicht normativ – an einen Tarifvertrag gebunden haben, als i.S.v. § 23 Abs. 2 „tarifgebundene" Leistungserbringer anzusehen sind. Hierfür spricht auch, dass die vorzulegenden Angebotsunterlagen nach § 28 Abs. 4 Nr. 3 a. iv. Landesrahmenvertrag Informationen zu einem Tarifvertrag bzw. zu Arbeitsvertragsrichtlinie oder den Auszug aus dem Arbeitsvertrag enthalten müssen. Zudem hat nach § 13 Abs. 5 Nr. 4 Landesrahmenvertrag die die Information, ob ein Betriebsrat bzw. eine gewählte Mitarbeitervertretung vorhanden ist sowie welcher Tarifvertrag *angewendet* wird, offenzulegen.

p) Landesrahmenvertrag Thüringen

Der Landesrahmenvertrag gemäß § 131 Abs. 1 SGB IX Thüringen[48] ist im Hinblick auf das Vergütungsprivileg des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX wenig aussagekräftig. Hier findet sich lediglich in § 7 Abs. 1 der Hinweis, dass die Kriterien für die personelle Ausstattung bezogen auf Gruppen von Leistungsberechtigten mit vergleichbarem Bedarf insbesondere auch *„die Bezahlung tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entsprechender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen"* zu berücksichtigen hat. Allerdings findet sich, etwas versteckt, auf Seite 2.1 der Anlage 3 zum Landesrahmenvertrag der Hinweis, dass sich Jubiläumszuwendungen, die zu den Personalnebenkosten zählen, aus einem Tarif oder einer Betriebsvereinbarung ergeben können und bis zur Höchstgrenze des TV-L angesetzt werden können. Dies könnte ein Indiz dafür sein, dass die Vertragspartner des Landesrahmenvertrages Thüringen die Vergütungsprivilegierung des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX auch auf solche Leistungserbringer anwenden wollen, die nicht im engen arbeitsrechtlichen Sinn tarifgebunden sind.

2. Ergebnis

Die Auswertung der Landesrahmenverträge nach § 131 Abs. 1 SGB IX zeigt, dass die einzelnen Rahmenverträge der Länder dann, wenn sie Aussagen zu den Personalaufwendungen treffen, auch Leistungserbringer in die Regelung des § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX einbeziehen, die auf der Grundlage einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel Tarifgehälter zahlen. Sie folgen damit nicht einem engen, sondern einem weiten eingliederungshilferechtlichen Verständnis von „Tarifbindung". In einigen Landesrahmenverträgen werden sogar Ge-

48 Vertrag v. 31.5.2019.

hälter, die ohne jeden Bezug auf einen Tarifvertrag oder eine AVR gezahlt werden, bis zur Höhe von TVöD- oder TV-L-Vergütungen als wirtschaftlich betrachtet. Damit kann § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX sein Ziel erfüllen, die Zahlung von Gehältern auf der Grundlage von Tarifverträgen oder AVR-Regelwerken durch Privilegierung im Hinblick auf ihre Wirtschaftlichkeit zu fördern.

VII. Auswahl der Leistungserbringer durch den Träger der Eingliederungshilfe nach § 124 Abs. 3 SGB IX

1. Problemdarstellung

§ 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX steht damit der Annahme entgegen, Leistungserbringer seien deswegen ungeeignet, weil sie ihren Beschäftigten Tarif- oder AVR-Vergütungen und damit ggf. mehr als andere Leistungserbringer zahlen. Derartige Personalvergütungen können nach dem insoweit sehr deutlichen Wortlaut der Norm nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden.

Allerdings weist das Leistungserbringungsrecht der Eingliederungshilfe eine Besonderheit auf, die es z.B. von dem des Pflegeversicherungsrechts unterscheidet. § 124 Abs. 3 SGB IX vermittelt nämlich den Eindruck, der Träger der Eingliederungshilfe habe bei der Frage mitzubestimmen, welcher konkrete Leistungserbringer die jeweilige Eingliederungshilfeleistung zu erbringen hat.

Nach dieser Vorschrift hat der Träger der Eingliederungshilfe Vereinbarungen vorrangig mit solchen Leistungserbringern abzuschließen, deren Vergütung bei vergleichbarem Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung nicht höher ist als die anderer Leistungserbringer. § 124 Abs. 3 SGB IX könnte damit dahingehend interpretiert werden, dass diese Regelung dem Träger der Eingliederungshilfe eine Auswahlentscheidung ermöglicht. Kommen mehrere Leistungserbringer nach Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung als geeignet in Betracht, so könnte er sich für denjenigen (geeigneten) Leistungserbringer entscheiden, dessen Vergütung nicht höher ist als die anderer (geeigneter) Leistungserbringer.

Eine derartige Auslegung des § 124 Abs. 3 SGB IX hätte zur Folge, dass der Träger der Eingliederungshilfe zwar die Bezahlung von Tariflohn durch einen Leistungserbringer nach § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX nicht als unwirtschaftlich ablehnen kann. Gibt es aber einen geeigneten Leistungserbringer, dessen geforderte Vergütung niedriger ist, da er keinen Tariflohn zahlt, könnte sich der

Träger der Eingliederungshilfe über § 124 Abs. 3 SGB IX für diesen Leistungserbringer entscheiden. Ein solches Verständnis des § 124 Abs. 3 SGB IX wäre nicht nur ein erheblicher Wertungswiderspruch zur Wirtschaftlichkeit von Tarifgehältern nach § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX, sondern auch verfassungsrechtlich im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG bedenklich.[49]

Zunächst ist daher zu prüfen, ob § 124 Abs. 3 SGB IX dem Träger der Eingliederungshilfe tatsächlich die Möglichkeit einer Auswahlentscheidung zugunsten des günstigsten Leistungserbringers einräumt.

2. Wortlaut und Entstehung des § 124 Abs. 3 SGB IX

§ 124 Abs. 3 SGB IX hat folgenden Wortlaut:

> *„Sind mehrere Leistungserbringer im gleichen Maße geeignet, so hat der Träger der Eingliederungshilfe Vereinbarungen vorrangig mit Leistungserbringern abzuschließen, deren Vergütung bei vergleichbarem Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung nicht höher ist als die anderer Leistungserbringer."*

Die Vorschrift wurde durch das BTHG neu in das SGB IX eingefügt. Zur Begründung heißt es im Gesetzesentwurf:

> *„Sind mehrere Leistungserbringer geeignet im Sinne der Absätze 1 und 2, ist eine vergleichende Bewertung erforderlich (externer Vergleich). Die Erforderlichkeit eines externen Vergleichs, also des Vergleichs mit Entgelten, wie sie auch andere Leistungserbringer für vergleichbare Leistungen erheben, folgt bereits aus der Verpflichtung der Träger der Eingliederungshilfe, nur wirtschaftliche und sparsame Pflegesätze zu vereinbaren."*[50]

Eine mit § 124 Abs. 3 SGB IX vergleichbare Regelung gab es bereits im Eingliederungshilferecht des SGB XII. § 75 Abs. 2 S. 10 SGB XII a.F. sah vor:

> *„Sind Einrichtungen vorhanden, die in gleichem Maße geeignet sind, hat der Träger der Sozialhilfe Vereinbarungen vorrangig mit Trägern abzuschließen, deren Vergütung bei vergleichbarem Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung nicht höher ist als die anderer Träger."*

49 So auch *Goldbach* in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § 124 Rn. 26.
50 BT-Drs. 18/9522, 296.

3. § 124 Abs. 3 SGB IX als Grundlage für einen zweiten externen Vergleich

Nach der ausdrücklichen Regelung des § 124 Abs. 1 S. 3 SGB IX hat der Träger der Eingliederungshilfe für die Feststellung geeigneter Leistungserbringer einen (ersten) externen Vergleich durchzuführen. Nach diesem externen Vergleich steht fest, wer geeigneter Leistungserbringer ist.

Sind nach dem (ersten) externen Vergleich des § 124 Abs. 1 S. 3 SGB IX mehrere Leistungserbringer als geeignet festgestellt wurden, so scheint nach dem Wortlaut des § 124 Abs. 3 SGB IX und dessen Begründung ein weiterer, zweiter externer Vergleich – diesmal unter den geeigneten Leistungserbringern – erforderlich zu sein.

Allerdings ist dieses Verständnis des § 124 Abs. 3 SGB IX nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Die Begründung zu § 124 Abs. 3 SGB IX, die einen weiteren externen Vergleich fordert, widerspricht sich, wenn sie darauf hinweist, dass sich die Notwendigkeit bereits aus der Berücksichtigung der Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit ergäbe.[51] Diese Grundsätze werden, wie sich insbesondere aus § 124 Abs. 1 S. 2 u. 3 SGB IX ergibt, bereits im „ersten" externen Vergleich berücksichtigt.[52] Der „zweite" externe Vergleich wäre damit überflüssig.

Auch die Tatsache, dass die Regelung des § 124 Abs. 3 SGB IX bereits inhaltsähnlich in § 75 Abs. 2 S. 10 SGB XII a.F. enthalten war, lässt Zweifel an ihrem Inhalt entstehen. In § 75 Abs. 2 S. 10 SGB XII a.F. war die Regelung nämlich durchaus sinnvoll, da es in § 75 SGB XII a.F. keinen normativ festgelegten (ersten) externen Vergleich gab.[53] Dieser ist in § 124 Abs. 1 S. 3 SGB IX nunmehr aber vorgeschrieben.

Ob hieraus tatsächlich der Schluss gezogen werden kann, § 124 Abs. 3 SGB IX mit seinem zweiten externen Vergleich sei ein redaktionelles Versehen, so dass sein Anwendungsbefehl ignoriert werden müsse,[54] ist eine Frage, der nachzugehen ist.

Der Gesetzgeber hat – trotz entsprechender Diskurse in der Literatur – § 124 Abs. 3 SGB IX bislang in den diversen SGB IX-Änderungsgesetzen nicht korri-

51 BT-Drs. 18/9522, 296.

52 So z.B. *Goldbach* in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § 124 Rn. 12; zum ähnlich formulierten § 75 Abs. 3 SGB XII vgl. *v. Boetticher* in: Bieritz-Harder/Conradis/Palsherm, LPK-SGB XII, § 75 Rn. 29.

53 *v. Boetticher* in: Bieritz-Harder/Conradis/Palsherm, LPK-SGB XII, § 75 Rn. 29.

54 So *v. Boetticher*, Das neue Teilhaberecht, § 3 Rn. 374.

giert. Unabhängig von dieser Tatsache – die ggf. zu bewerten ist – kann über die Frage, ob der von § 124 Abs. 3 SGB IX vorgesehene zweite externe Vergleich überflüssig ist oder nicht, erst dann sinnvoll entschieden werden, wenn die Rechtsfolge dieses zweiten Vergleichs ermittelt ist.

4. Rechtsfolge des Vergleichs nach § 124 Abs. 3 SGB IX

Nach § 124 Abs. 3 SGB IX hat der Träger der Eingliederungshilfe, wenn mehrere Leistungserbringer geeignet sind, Vereinbarungen vorrangig mit solchen Leistungserbringern abzuschließen, deren Vergütung bei vergleichbarem Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung nicht höher ist als die anderer Leistungserbringer. Es stellt sich auf der Rechtsfolgenseite die Frage, was unter dem *vorrangigen Abschluss von Vereinbarungen* zu verstehen ist.

a) Rechtsfolge – Ablehnung von geeigneten, aber teureren Leistungserbringern

Die Rechtsfolge des § 124 Abs. 3 SGB IX kann dahingehend verstanden werden, dass der Träger der Eingliederungshilfe den Abschluss von Vereinbarungen mit geeigneten Leistungserbringern mit der Begründung ablehnen kann, deren Vergütung sei bei vergleichbarem Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung *höher* als die anderer Leistungserbringer.[55] Eine solche Sichtweise wirft aber die Frage auf, ob geeigneten Leistungserbringern grundsätzlich der Abschluss von Vereinbarungen verweigert werden darf. Dies wäre dann problematisch, wenn sie einen Anspruch gegen den Träger der Eingliederungshilfe auf Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung haben. Sollte ein solcher Anspruch grundsätzlich bestehen, wäre zu fragen, ob ein derartiger Anspruch durch § 124 Abs. 3 SGB IX verdrängt werden kann.

aa) Rechtsanspruch geeigneter Leistungserbringer auf Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung

In den §§ 123 ff. SGB IX findet sich keine Regelung, die explizit einen Anspruch geeigneter Leistungserbringer auf Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung beinhaltet.[56] Allerdings dürfte § 123 Abs. 1 SGB IX dahingehend zu verstehen sein, dass der Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung grundsätzlich zwingende Voraussetzung für eine Leistungserbringung zulasten des Trägers der Eingliederungshilfe ist und damit für eine Zulassung zum System „Eingliederungshilfe".[57]

---

55 I.d.S wohl *Süsskind* in: Hauck/Noftz, § 124 SGB IX Rn. 7; wohl auch *Lange* in: Kossens/von der Heide/Maß, SGB IX, § 124 Rn. 16; § 126 Rn. 7; *Winkler* in: Neumann u.a., SGB IX, § 124 Rn. 11; einschränkender *Wurtmann* in: Knittel, SGB IX, § 124 Rn. 25.

56 *Goldbach* in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § 123 Rn. 16.

57 I.d.S. *Goldbach* in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § 123 Rn. 12 m.w.N.

Dies hat zur Folge, dass der Nichtabschluss einer solchen Leistungs- und Vergütungsvereinbarung zur Nichtzulassung zum Leistungssystem führt, was einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Leistungserbringer darstellt.[58] Art. 12 Abs. 1 GG gewährt dem Einzelnen das Recht, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als Beruf zu ergreifen und zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen. Er konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzerhaltung und zielt auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab. Ein Eingriff in die Berufsfreiheit liegt nicht erst dann vor, wenn die grundrechtlich geschützte Tätigkeit ganz oder teilweise unterbunden wird. Es genügt, dass sie aufgrund der staatlichen Maßnahme nicht mehr in der gewünschten Weise ausgeübt werden kann.[59] Das Erbringen von Leistungen der Eingliederungshilfe ist als Beruf anzusehen.[60]

Allerdings lässt Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG Eingriffe in die Berufsfreiheit zu. Dies setzt aber voraus, dass für diesen Eingriff eine gesetzliche Grundlage existiert, die gewählten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich sind und die durch sie bewirkten Beschränkungen für die Betroffenen zumutbar sind.[61]

Sollte ein Anspruch geeigneter Leistungserbringer auf Abschluss von Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nicht bestehen, sollten also die Träger der Eingliederungshilfe auswählen können, ob sie Verträge mit Leistungserbringern abschließen oder nicht, dann müsste es hierfür eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage geben.

Diese Ermächtigungsgrundlage könnte § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX sein. Danach *darf* der Träger der Eingliederungshilfe Leistungen der Eingliederungshilfe durch Leistungserbringer grundsätzlich nur bewilligen, soweit eine schriftliche Vereinbarung zwischen dem Träger des Leistungserbringers und dem für den Ort der Leistungserbringung zuständigen Träger der Eingliederungshilfe besteht. „*Darf*" bedeutet aber nicht zwingend „muss".[62]

Nach der Gesetzesbegründung soll § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX im Wesentlichen inhaltsgleich die Regelung des § 75 Abs. 3 S. 1 SGB XII a.F. auf das Recht der

58 Vgl. hierzu insb. *Bieback*, NZS 2007, 505, 506; vgl. auch BVerfG 17.10.20027 – 2 BvR 1095/05, SRa 2008, 29 ff.; BVerfG 12.6.1990 – 1 BvR 355/86, NJW 1990, 2306 ff.

59 BVerfG 12.6.1990 – 1 BvR 355/86, NJW 1990, 2306 ff.

60 Vgl. BVerfG 17.10.20027 – 2 BvR 1095/05, SRa 2008, 29 ff.

61 Vgl. nur BVerfG 15.12.1999 – 1 B vR 1904/95, FamRZ 2000, 345 ff.

62 *Banafsche* in: Deinert u.a., SWK-BehindertenR, Leistungserbringungsrecht Rn. 48.

Eingliederungshilfe übertragen.[63] Nach dieser Vorschrift war der Träger der Sozialhilfe zur Übernahme der Vergütung für die Leistung *nur verpflichtet*, wenn mit dem Träger der Einrichtung oder seinem Verband eine Vereinbarung bestand.

Banafsche weist überzeugend nach, dass das Wort „*dürfen*" in § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX mit „*dürfen nur, müssen aber nicht*" zu übersetzen ist, so dass die Regelung eine Ermächtigungsgrundlage dafür ist, dass das „*Ob*" des Vertragsschlusses mit geeigneten Anbietern im Ermessen des Trägers der Eingliederungshilfe liegt.[64] Somit hat ein geeigneter Leistungserbringer grundsätzlich nur einen Anspruch auf eine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen[65] durch den Träger der Eingliederungshilfe über den Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung.[66]

Das Ermessen des Trägers der Eingliederungshilfe kann sich aber auf null reduzieren und sich somit zu einem Rechtsanspruch des Leistungserbringers auf Vereinbarungsabschluss verdichten. Eine derartige Ermessensreduktion auf null wird für den Fall angenommen, dass ein Leistungserbringer die Voraussetzungen für den Abschluss einer Vereinbarung erfüllt, er also einerseits geeignet und leistungsfähig ist und andererseits die von ihm geforderte Vergütung auch den Geboten der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit genügt.[67] Bei Vorliegen der Voraussetzungen ist daher dem Leistungserbringer – gerade auch im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG – im Wege der Ermessensreduzierung auf null ein Rechtsanspruch auf Abschluss der Vereinbarung zuzubilligen.[68] Da insbesondere eine Nichtberücksichtigung geeigneter Leistungserbringer aus Bedarfsgesichtspunkten ausgeschlossen ist,[69] sind Ermessensgründe, die gegen den Abschluss von Vereinbarungen mit geeigneten Leistungserbringern sprechen, nur schwer vorstellbar. Dies gilt umso mehr, als durch den Träger der Eingliederungshilfe verweigerte Vereinbarungsabschlüs-

63 BT-Drs. 18/9522, 292 [zu § 123].

64 Ausführlich *Banafsche* in: Deinert u.a., SWK-BehindertenR, Leistungserbringungsrecht Rn. 48; so auch *Rosenow* in: Fuchs/Ritz/Rosenow, SGB IX, § 126 Rn. 20; *Streichsbier* in: Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, § 123 Rn. 13; Schaumberg, SRa 2020, 273, 278; zum inhaltsähnlichen § 75 SGB XII vgl. *Krohn* in: Hauck/Noftz, § 123 SGB XII Rn. 21; a.A. *Goldbach* in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § 123 Rn. 16, die vorrangig von einem Abschlussanspruch ausgeht; ähnlich *Busse* in: Schlegel/Voelzke, juris-PK SGB IX, § 123 Rn. 100 f.

65 § 39 Abs. 1 S. 1 SGB I.

66 Vgl. nur *Rosenow* in: Fuchs/Ritz/Rosenow, SGB IX, § 126 Rn. 20; *Goldbach* in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol/*Goldbach*, SGB IX, § 123 Rn. 16 m.w.N.; OVG Sachsen, Urt. v. 26.10.2010 – 4 A 280/08 -, juris.

67 *Streichsbier* in: Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, § 123 SGB IX Rn. 13; *Schaumberg*, SRa 2020, 273, 278; *Goldbach* in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § 123 Rn. 16; vgl. zu § 75 SGB XII LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 2.9.2011 – L 23 SO 147/11 B ER, SRa 2011, 229 ff.

68 Vgl. LSG Berlin-Brandenburg 2.9.2011 – L 23 SO 147/11 B ER, SRa 2011, 229 ff.

69 Vgl. nur BSG 7.10.2015 – B 8 SO 19/14 R, NJOZ 2016, 1266 ff.

se mit geeigneten Leistungserbringern auch im Hinblick auf das nach § 8 SGB IX garantierte Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten kritisch zu hinterfragen wären.

bb) Zwischenergebnis

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass geeignete Leistungserbringer nach § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX zwar grundsätzlich nur einen Anspruch auf eine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen durch den Träger der Eingliederungshilfe über den Abschluss einer Leistungs- und Vergütungsvereinbarung haben. Dieser Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensausübung verdichtet sich jedoch regelmäßig durch Ermessensreduktion auf null zu einem Anspruch auf Abschluss von Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen.

b) Verdrängung des Anspruchs auf Abschluss von Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen durch § 124 Abs. 3 SGB IX

Folgt man der hier vertretenen Prämisse, dass § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX im Wege der Ermessensreduktion auf null regelmäßig zu einem Rechtsanspruch geeigneter Leistungserbringer auf Abschluss von Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen führt, dann stellt sich die Frage, ob dieser Anspruch durch die Regelung des § 124 Abs. 3 SGB IX verdrängt werden kann.

Könnte der Träger der Eingliederungshilfe auf der Grundlage von § 124 Abs. 3 SGB IX unter mehreren geeigneten Leistungserbringern auswählen, mit wem er Vereinbarungen abschließt, dann wäre dies ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit i.S.v. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG derjenigen Leistungserbringer, mit denen keine Vereinbarung abgeschlossen wird.[70] Ein solcher Eingriff benötigt nach Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage. Hierbei muss das einschränkende Gesetz hinreichend bestimmt sein, muss also Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lassen.[71] Die Anforderungen an die Bestimmtheit sind umso größer, je intensiver in die Berufsfreiheit eingegriffen wird.[72] Zudem muss das Gesetz hinreichend klar sein.[73]

Diese Anforderungen, die an die Bestimmtheit einer Ermächtigungsgrundlage i.S.v. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG gestellt werden, erfüllt die vielfältig auslegbare Regelung des § 124 Abs. 3 SGB IX nicht.[74] § 124 Abs. 3 SGB IX kann daher den Anspruch eines geeigneten Leistungserbringers auf Abschluss von Leistungs-

70 Vgl. hierzu Fn. 56.
71 Vgl. nur. BVerfG 25.3.1992 – 1 BvR 298/86, NJW 1992, 2621 ff.
72 So z.B. BVerfG 4.11.1992 – 1 BvR 79/85, NJW 1993, 317 ff.
73 BVerfG 14.2.1973 – 2 BvR 667/72, NJW 1973, 696.
74 So auch *Goldbach* in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § 124 Rn. 26; *Bieritz-Harder* in: Dau/Düwell/Joussen/Luik, LPK-SGB, IX, § 124 Rn. 9.

und Vergütungsvereinbarungen, der sich regelmäßig aus § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX ergibt, bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht verdrängen.

c) Zwischenergebnis

Wenn § 124 Abs. 3 SGB IX den Anspruch eines geeigneten Leistungserbringers auf Abschluss von Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen, der sich regelmäßig aus § 123 Abs. 1 S. 1 SGB IX ergibt, bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht verdrängen kann, dann kann die Rechtsfolge des § 124 Abs. 3 SGB IX nicht die Verweigerung des Abschlusses von Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen gegenüber geeigneten Leistungserbringern sein.

Damit darf der Träger der Eingliederungshilfe den Abschluss von Vereinbarungen mit geeigneten Leistungserbringern *nicht* mit der Begründung ablehnen, deren Vergütung sei bei vergleichbarem Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung *höher* als die anderer Leistungserbringer.

d) Andere Rechtsfolge des § 124 Abs. 3 SGB IX

Wenn aber der Träger der Eingliederungshilfe geeignete Leistungserbringer nicht auf der Grundlage des § 124 Abs. 3 SGB IX ablehnen kann, dann stellt sich die Frage, was sonst die Rechtsfolge des nach dieser Vorschrift vorzunehmenden Vergleichs sein kann.

In der Literatur werden hierzu unterschiedliche Auffassungen vertreten:

Goldbach weist darauf hin, dass § 124 Abs. 3 SGB IX im Hinblick auf die Rechtsfolge des dort angeordneten zweiten externen Vergleichs eng auszulegen sei. Die Höhe der Vergütung könne bei der Auswahl geeigneter Leistungserbringer im Einzelfall maßgeblich sein, aber nicht bei der Zulassung, sondern beim Zugang zur Leistungserbringung im Einzelfall.[75] Bei dieser Auffassung erschließt sich jedoch nicht ohne weiteres, was der Unterschied zwischen einer Vereinbarung zur Zulassung des Leistungserbringers zur Leistungserbringung und einer Vereinbarung zu seinem Zugang zur Leistungserbringung im Einzelfall sein soll. Gemeint könnte sein, dass der Träger der Eingliederungshilfe im Rahmen der einzelfallbezogenen Gesamtplanung nach § 121 Abs. 4 i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 5 SGB IX unter mehreren geeigneten Leistungserbringern den auszuwählen hat, dessen Vergütung bei vergleichbarem Inhalt, Umfang und Qualität der Leistung *niedriger* als die der anderen. Dem dürfte jedoch der Wortlaut des § 124 Abs. 3 SGB IX entgegenstehen, der ausdrücklich vom Abschluss von Vereinbarungen mit Leistungserbringern spricht. Im Rahmen der Gesamtplanung kommt es aber nicht zu solchen Vereinbarungsabschlüssen.

75 *Goldbach* in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § 124 Rn. 26.

Demgegenüber stellen *Rosenow* und *Streichsbier* darauf ab, dass mit dem Begriff „*vorrangig*" in § 124 Abs. 3 SGB IX eine Rangfolge gemeint sei. Nach Auffassung von *Streichsbier* bezieht sich § 124 Abs. 3 SGB IX auf die zeitliche Bearbeitung der Angebote durch den Träger der Eingliederungshilfe.[76] Der Träger der Eingliederungshilfe sei danach verpflichtet, Vergütungsvereinbarungen zuerst mit den Leistungserbringern abzuschließen, deren Vergütungsforderung bei insgesamt vergleichbaren Leistungen nicht höher als die der anderen ist. Diese würden daher noch vor den Leistungserbringern, die höhere, aber immer noch angemessene, Vergütungen verlangen, eine Vergütungsvereinbarung mit dem Träger der Eingliederungshilfe erhalten.[77]

Rosenow stellt hingegen auf das Initiativrecht des Trägers der Eingliederungshilfe ab, einen unbestimmten Kreis von Leistungserbringern aufzufordern, Angebote für Leistungen abzugeben. Werden in einem solchen Verfahren nun Angebote von mehreren Leistungserbringern abgegeben, so darf nach Auffassung von *Rosenow* der Träger der Eingliederungshilfe aus eigener Initiative nur mit denjenigen Leistungserbringern Vereinbarungen abschließen, deren Vergütungsforderung bei insgesamt vergleichbaren Leistungen nicht höher als die der anderen ist.[78]

Allerdings bleibt nach beiden Auffassungen der Anspruch der Leistungserbringer gegenüber den Trägern der Eingliederungshilfe auf Abschluss von Vereinbarungen unberührt.[79]

Beide Auffassungen zur Rechtsfolge des § 124 Abs. 3 SGB IX können nicht vollständig überzeugen. Die Norm selbst gibt weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrer systematischen Stellung, ihrem Sinn und Zweck oder ihrer historischen Begründung heraus einen Hinweis darauf, dass sie als Rangverhältnis ausgestaltet sein soll.

Vielmehr spricht die Gesetzesbegründung[80], nach der die Regelung auf die „*Verpflichtung der Träger der Eingliederungshilfe, nur wirtschaftliche und sparsame Pflegesätze zu vereinbaren*" zurückgeht, eher dafür, dass es sich bei § 124 Abs. 3 SGB IX um ein gesetzgeberisches Versehen handelt. § 124 Abs. 3 SGB IX mit seinem (zweiten) externen Vergleichs dürfte aufgrund des (ersten) externen Vergleichs in § 124 Abs. 1 SGB IX keinen eigenen Anwendungsbereich haben.

76 *Streichsbier* in: Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, § 123 SGB IX Rn. 15.
77 *Streichsbier* in: Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, § 123 SGB IX Rn. 15.
78 *Rosenow* in: Fuchs/Ritz/Rosenow, SGB IX, § 124 Rn. 71 f.
79 *Rosenow* in: Fuchs/Ritz/Rosenow, SGB IX, § 124 Rn. 72; *Streichsbier* in: Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, § 123 SGB IX Rn. 15.
80 BT-Drs. 18/9522, 296.

5. Ergebnis

Insgesamt ist daher tatsächlich der Schluss zu ziehen, dass § 124 Abs. 3 SGB IX mit seinem zweiten externen Vergleich ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers ist, so dass sein Anwendungsbefehl ignoriert werden muss.[81]

§ 124 Abs. 3 SGB IX räumt damit dem Träger der Eingliederungshilfe nicht die Möglichkeit einer Auswahlentscheidung zugunsten des günstigsten Leistungserbringers ein.

Der Träger der Eingliederungshilfe darf sich folglich, wenn es einen geeigneten Leistungserbringer gibt, dessen geforderte Vergütung im Vergleich zu anderen Leistungserbringern aus dem Grund niedriger ist, da er keinen Tariflohn zahlt, nicht über § 124 Abs. 3 SGB IX für diesen Leistungserbringer entscheiden.

VIII. Endergebnisse

Insgesamt lassen sich folgende Endergebnisse feststellen:

1. § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX stellt auf die *tatsächliche* Zahlung von Tarif- bzw. AVR-Gehältern durch Leistungserbringer ab und nicht auf eine arbeitsrechtlich zu verstehende Tarif-/AVR-Bindung.
2. § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX ist so zu verstehen, dass die faktische Zahlung von Tarif- oder AVR-Löhnen nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden kann, soweit die Vergütung aus diesem Grunde oberhalb des unteren Drittels liegt.
3. § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX differenziert – anders als § 82c SGB XI – nicht zwischen der Tariflohnzahlung an Fachkräfte (z.B. Betreuungskräfte) und der an anderes Personal (z.B. Bürokräfte). Eingliederungshilferechtlich ist vielmehr die Tariflohnzahlung an alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Leistungserbringers durch § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX privilegiert.
4. § 124 Abs. 3 SGB IX mit seinem zweiten externen Vergleich ist als ein redaktionelles Versehen des Gesetzgebers zu bewerten, so dass sein Anwendungsbefehl ignoriert werden muss.

81 So *v. Boetticher*, Das neue Teilhaberecht, § 3 Rn. 374.

Literatur

Bieback, Karl-Jürgen, Leistungserbringungsrecht im SGB II sowie SGB III und XII – Insbesondere die Verpflichtung zum Einsatz des Vergaberechts, NZS 2007, 505–513.

Bieritz-Harder, Renate/Conradis, Wolfgang/Palsherm, Ingo (Hrsg.), SGB XII, Sozialhilfe, Lehr- und Praxiskommentar, 13. Aufl., Baden-Baden 2024 (zit.: *Bearbeiter* in: Bieritz-Harder/Conradis/Palsherm, LPK-SGB XII, § Rn.).

Dau, Dirk H./Düwell, Franz Josef/Joussen, Jacob/Luik, Steffen (Hrsg.), Sozialgesetzbuch IX, Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit.: *Bearbeiter* in: Dau/Düwell/Joussen/Luik, LPK-SGB, IX § Rn.).

Deinert, Olaf/Welti, Felix/Bockmann, Judith/Luik, Steffen (Hrsg.), StichwortKommentar Behindertenrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit.: *Bearbeiter* in: Deinert u.a., SWK-BehindertenR, Stichwort Rn.).

Eicher, Wolfgang, Rehabilitation im Sozialrecht, jM 2023, 192–199.

Feldes, Werner/Kohte, Wolfhard/Stevens-Bartol, Eckart, SGB IX, Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen – Kommentar für die Praxis, 5. Aufl., Frankfurt am Main 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol, SGB IX, § Rn.).

Fuchs, Harry/Ritz, Hans-Günther/Rosenow, Roland (Hrsg.), SGB IX – Kommentar zum Recht behinderter Menschen, 7. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter* in: Fuchs/Ritz/Rosenow, SGB IX, § Rn.).

Flint, Thomas (Hrsg.), SGB XII, Sozialhilfe mit Eingliederungshilfe (SGB IX Teil 2) und Asylbewerberleistungsgesetz, Kommentar, 8. Aufl., München 2024 (zit.: *Bearbeiter* in: Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, § Rn.).

Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Begr.), Sozialgesetzbuch (SGB) Gesamtkommentar, Band: SGB IX, Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen, (Bandherausgeber: Oppermann, Dagmar), Stand: 03/2023, Loseblatt Berlin (zit.: *Bearbeiter* in: Hauck/Noftz, § SGB IX Rn.).

Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Begr.), Sozialgesetzbuch (SGB) Gesamtkommentar, Band: SGB XII, Sozialhilfe, (Bandherausgeber: Luthe, Ernst-Wilhelm), Stand: 06/2020, Loseblatt Berlin (zit.: *Bearbeiter* in: Hauck/Noftz, § SGB XII Rn.).

Knittel, Bernhard (Hrsg.), SGB IX, Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderung, Kommentar, 12. Aufl., München 2024 (zit.: *Bearbeiter* in: Knittel, SGB IX, § Rn.).

Kossens, Michael/von der Heide, Dirk/Maaß, Michael (Hrsg.), SGB IX, Rehabilitation und Teilnahme von Menschen mit Behinderungen und Behindertengleichstellungsgesetz – Kommentar, 5. Aufl., München 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Kossens/von der Heide/Maaß, SGB IX, § Rn.).

Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 1995.

Neumann, Dirk/Pahlen, Ronald/Greiner, Stefan/Winkler, Jürgen/Westphal, Dirk/Krohne, Christine (Bearb.), Sozialgesetzbuch IX, Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen, Kommentar, 15. Aufl. München 2024 (zit.: *Bearbeiter* in: Neumann u.a., SGB IX, § Rn.).

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 71. Ed., Stand: 1.3.2024, München (zit.: *Bearbeiter* in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK ArbR, § Rn.).

Schaub, Günter (Begr.)/Koch, Ulrich (Hrsg.), Arbeitsrecht von A-Z, 28. Aufl., München 2024 (zit.: *Bearbeiter* in: Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Stichwort).

Schaumberg, Torsten, Das Vertragsrecht der Eingliederungshilfe – Ein Überblick, SRa 2020, 273–280.

Schaumberg, Torsten, Inhaltskontrolle im kirchlichen Arbeitsrecht, Zulässigkeit und Grenzen beim Rückgriff der Kirchen auf weltliche Instrumente - Dissertation, Baden-Baden 2012.

Schaumberg, Torsten, Der Landesrahmenvertrag über die Eingliederungshilfe (§ 131 SGB IX) – Ein Diskussionsansatz, SGb 2021, 474–479.

Schaumberg, Torsten, Das gegliederte System des Rehabilitationsrechts, DVfR Forum, A9-2020, 14.5.2020, abrufbar unter: *https://www.reha-recht.de/fileadmin/user_upload/RehaRecht/Diskussionsforen/Forum_A/2020/A9-2020_Gegliedertes_System_Rehabilitationsrecht.pdf* (zuletzt abgerufen am: 6.11.2024).

Schlegel, Rainer/Voelzke (Hrsg.), Thomas/Kreitner, Jochen/Luthe, Ernst-Wilhelm (Bandhrsg.), juris-PraxisKommentar, Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX), Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen SGB IX, 4. Aufl., Saarbrücken 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, § Rn.)

v. Boetticher, Arne, Das neue Teilhaberecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2020.

Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 9. Aufl., München 2023 (zit.: *Bearbeiter* in: Wiedemann, TVG, § Rn.).

Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre,12. Aufl., München 2021.

Vorgaben des GKV-Rechts zur Personalbesetzung in Krankenhäusern und ihr Verhältnis zur Tarifautonomie

Dr. Sören Deister

Inhaltsübersicht

I. Die Arbeitssituation in den Krankenhäusern: Bestandsaufnahme und Reforminstrumente 131
1. Bestandsaufnahme 131
2. Reforminstrumente 132
II. Die Pflegepersonalvorgaben im SGB V 134
1. Das Regelungssystem im Überblick 134
2. Zielsetzung der Regelungen 136
3. Die einzelnen Instrumente 137
a) Pflegepersonaluntergrenzen 138
aa) Allgemeine Funktionsweise 138
bb) Erhöhung der Komplexität: Regelungsebenen 139
cc) Aufgaben und Befugnisse des InEK – unzulässige Hoheitstätigkeit Privater? 140
dd) Zulässigkeit der pauschalen Festlegung starrer Verhältniszahlen nach Fachabteilung 142
ee) Rechtspolitische Kritik an der PpUGV 143
b) Pflegepersonalquotient 144
c) Personalbemessung nach § 137k SGB V – Bedarfsermittlung statt Untergrenze 146
aa) Allgemeine Funktionsweise 146
bb) Der erste Umsetzungsschritt: Die Pflegepersonalbemessungsverordnung 147
cc) Schrittweise Anpassung der Personalausstattung: Ein langwieriges Projekt 149
dd) Vorläufige Einordnung 150

4. Verhältnis der Regelungen zueinander 150
a) Verhältnis von § 137i SGB V zu den G-BA Richtlinien 151
b) Verhältnis von § 137k SGB V zu den G-BA Richtlinien 151
c) Verhältnis von § 137i SGB V und § 137k SGB V 152
III. Das Verhältnis der SGB V-Vorgaben zu tarifvertraglichen Regelungen 152
1. Funktionsweise der Entlastungstarifverträge 153
2. Auswirkung der SGB V-Vorgaben auf die Vereinbarkeit der Tarifverträge Entlastung 155
a) Die allgemeine Zulässigkeit von Besetzungsregeln in Tarifverträgen 155
b) Auswirkung der Pflegepersonaluntergrenzen nach § 137i SGB V 156
c) Auswirkung der Personalbemessung nach § 137k SGB V 158
IV. Fazit 161
Literatur 163
Sonstige Quellen 166

Das SGB V regelt in seinem umfangreichen vierten Kapitel in knapp 200 Paragrafen die komplexen rechtlichen Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern. Im neunten Abschnitt dieses vierten Kapitels – dem Recht der Qualitätssicherung – finden sich sowohl Vorschriften, die unmittelbar den Inhalt der Behandlungsleistung definieren, als auch solche, die als sogenannte Strukturqualitätsvorgaben die strukturellen Voraussetzungen einer qualitativ hochwertigen Behandlung gewährleisten sollen.[1] Da die personelle Ausstattung eines Leistungserbringers und die dortigen Arbeitsbedingungen die Qualität der Leistungen im Sinne eines Strukturqualitätsmerkmals sichern können, ergibt sich hier eine Schnittstelle zwischen Sozialversicherungsrecht und solchen tarifvertraglichen Vereinbarungen, die darauf zielen, die Beschäftigten vor Überlastung zu schützen. Dies wird besonders deutlich am Beispiel des Pflegepersonals in Krankenhäusern. Hier ist in den vergangenen Jahren

1 Zum System der Qualitätssicherung im SGB V *Deister* in: Hauck/Noftz, § 135a SGB V Rn. 10a ff.; *Harney/Huster/Recktenwald*, MedR 2014, 273 und 365; *Roters* in: BeckOGK (KassKomm) Vorbemerkung zu §§ 135–139d Rn. 24.

vor dem Hintergrund einer stetig zunehmenden Arbeitsbelastung eine Vielzahl neuer krankenhausfinanzierungsrechtlicher und sozialversicherungsrechtlicher Regelungen geschaffen worden (dazu I.). Zugleich sind zur Entlastung des Krankenhauspersonals einige stark umkämpfte Tarifverträge abgeschlossen worden. Dies wirft die Frage des Verhältnisses der verschiedenen Instrumente zueinander auf. Vor diesem Hintergrund untersucht der vorliegende Beitrag die maßgeblichen Vorgaben des GKV-Leistungserbringungsrechts zum Pflegepersonal im Krankenhaus, analysiert die gegenwärtig zentralen Rechtsprobleme in diesem Bereich (dazu II.) und entfaltet das ebenfalls kontrovers diskutierte Verhältnis der Vorgaben des SGB V zu tarifvertraglichen Vereinbarungen (dazu III.).

I. Die Arbeitssituation in den Krankenhäusern: Bestandsaufnahme und Reforminstrumente

1. Bestandsaufnahme

Die Arbeitssituation des Pflegepersonals in den deutschen Krankenhäusern ist von Unterbesetzung und Arbeitsverdichtung geprägt.[2] Gemessen an den zu versorgenden Fällen ist die Anzahl des Pflegepersonals auch im Vergleich zu anderen europäischen Ländern sehr gering.[3] Das hat inzwischen für die Behandlungsqualität bedrohliche Ausmaße angenommen: Selbst die als zwingender Minimalstandard konzipierten Pflegepersonaluntergrenzen (dazu im Detail unter II. 3. a)) wurden in den Jahren 2022 und 2023 in ca. 15 % der Schichten regelhaft nicht eingehalten, in einigen Bereichen, wie der Schlaganfallversorgung, sind sogar 20 % der Schichten – gemessen an diesem bewusst niedrig kalkulierten Mindeststandard der Patientensicherheit – unterbesetzt.[4] Auch aus Sicht der Krankenhausleitungen besteht erhebliche Unterbesetzung, 2023 klagten 94 % der Krankenhäuser über vakante Stellen auf Allgemeinstationen.[5] Der gegenwärtige Zustand steht dabei auch im Zusammenhang mit

2 Vgl. Deutscher Ethikrat, Patientenwohl als ethischer Maßstab für das Krankenhaus, 78 f. m.w.N.; *Simon*, Von der Unterbesetzung in der Krankenhauspflege zur bedarfsgerechten Personalausstattung, Working Paper Forschungsförderung Nummer 096, 27 ff.; *Auffenberg u.a.*, „Ich pflege wieder, wenn…", 7 f. m.w.N. zur Altenpflege und zur Krankenhauspflege.

3 *Köppen/Busse* in: Klauber/Wasem u.a., Krankenhaus-Report 2023, 20, 26.

4 DKG/GKV-SV, Bericht über die Auswirkungen der Pflegepersonaluntergrenzen gemäß § 137i Abs. 6 SGB V, 12 und 28 f.

5 *Penter/Blum/Schumacher*, BDO/DKI-Studie 2023, Personalnotstand im Krankenhaus – Quo vadis?, 6.

der Einführung[6] des sogenannten DRG-Systems (Diagnosis Related Groups) zu Beginn der 2000er Jahre.[7] Dabei handelt es sich um ein System der Vergütung von Krankenhausbehandlungen durch Fallpauschalen. Die landeseinheitliche Vergütung mittels solcher Pauschalen – deren Höhe nicht von den tatsächlich anfallenden Personalkosten abhängt – hat gezielte Anreize zur Kosteneinsparung im „nicht erlösrelevanten" Pflegepersonalbereich bei gleichzeitigen Anreizen zur Erhöhung der Fallzahlen gesetzt und ging auch tatsächlich mit einem Personalabbau in den Krankenhäusern im Einführungszeitraum und in den Jahren danach einher.[8] Dies hat zum heute bestehenden Problem beigetragen.

2. Reforminstrumente

Der Gesetzgeber hat in den vergangenen Jahren verstärkt versucht diese – zumindest in Teilen selbstverschuldete – Situation zu verbessern. Ein Hebel dafür, der im Folgenden allerdings nicht im Fokus der Betrachtung stehen soll, ist die Reform des Vergütungsrechts selbst. Dazu wurden zunächst im Rahmen des Pflegepersonal-Stärkungsgesetzes vom 11.12.2018[9] die Pflegepersonalkosten der unmittelbaren Patientenversorgung auf bettenführenden Stationen aus der DRG-Vergütung ausgegliedert.[10] Sie sind seitdem gesondert über ein nach § 6a Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) zu vereinbarendes Pflegebudget zu finanzieren. Das erklärte übergeordnete Ziel dieser Reform aus dem Hause Spahn bestand darin, dass „zukünftig jede zusätzliche und jede aufgestockte Pflegestelle am Bett vollständig refinanziert" wird.[11] Vereinfacht gesagt sollten sämtliche Anreize, an der Pflege zu sparen, aus dem Vergütungssystem getilgt werden. Die praktische Umsetzung des Pflegebudgets verlief jedoch aufgrund von Unstimmigkeiten zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern darüber, welche Kosten genau die unmittelbare Patientenversorgung im Sinne des Pflegebudgets betreffen, sehr schleppend.[12] Dennoch gibt es – allerdings noch validierungsbedürftige – Hinweise für eine Erhöhung des Pflegepersonalbestands „am Bett" in Folge der Einführung des Pflegebudgets,[13] wobei nicht ganz klar ist, ob es sich dabei lediglich um finanziell motivierte „Umbuchun-

6 Durch Gesetz zur Einführung des diagnose-orientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser v. 23.4.2002, BGBl. 2002 I S. 1412.

7 Ebenso zum Zusammenhang von DRG-Einführung und Personalknappheit *Männle* in: BeckOK-Sozialrecht, § 137k SGB V Rn. 1; *Roters* in: BeckOGK (KassKomm), § 137i SGB V Rn. 4.

8 Zur Entwicklung der Personalzahlen und den Anreizen des DRG-Systems ausführlich *Simon*, Das DRG-Fallpauschalensystem für Krankenhäuser, Working Paper Forschungsförderung Nummer 196, 178 ff.; *Wasem/Blase* in: Klauber/Wasem u.a., Krankenhaus-Report 2023, 3, 16.

9 Gesetz zur Stärkung des Pflegepersonals v. 11.12.2018, BGBl. 2018 I S. 2394.

10 Vgl. dazu *Vollmöller* in: BeckOK-KHR, § 6a KHEntgG Rn. 1 ff.

11 BT-Drs. 19/4453, 40.

12 Vgl. *Schmedders/Trewendt/Egerer* in: Klauber/Wasem u.a., Krankenhaus-Report 2023, 213, 219.

13 *Schmedders/Trewendt/Egerer* in: Klauber/Wasem u.a., Krankenhaus-Report 2023, 213, 220.

gen“ des Personals aus nicht vom Pflegebudget erfassten Bereichen der Krankenhäuser wie dem Funktionsdienst oder den Ambulanzen handelt, sodass letztlich gar keine faktische Verbesserung eingetreten wäre.[14] Der Gesetzgeber hat auf die Umsetzungsprobleme des Pflegebudgets im GKV-Finanzstabilisierungsgesetz vom 7.11.2022[15] mit weiteren Klarstellungen zur Abgrenzung und mit qualifikationsbezogenen Mindestvorgaben für das im Pflegebudget erfasste Personal reagiert, die ab 2025 greifen.[16] Im Übrigen befindet sich zur Zeit des Verfassens dieses Beitrages eine umfassende Reform der Krankenhausvergütung im Gesetzgebungsverfahren.[17] Vorgesehen ist unter anderem eine Ergänzung des reinen Fallpauschalensystems um eine stärkere Finanzierung der Vorhaltung von Leistungen mit dem Ziel einer Senkung der Anreize zur ökonomisch induzierten Ausweitung der Behandlungsfälle.[18] Das DRG-System wird also nur ergänzt und bleibt weiterhin zentral, sodass fraglich ist, ob die Reform das proklamierte Ziel einer „Entökonomisierung“ tatsächlich erreichen können wird. Im Kontext des hiesigen Bandes ist schließlich noch die im Gesetzesentwurf vorgesehene vollständige und zeitnahe Refinanzierung von Tariflohnsteigerungen aller Krankenhausbeschäftigen von Interesse.[19] In welchem Umfang die Reform tatsächlich Realität werden wird, ist gegenwärtig – auch aufgrund von Bedenken in Bezug auf die Bundesgesetzgebungskompetenz[20] – noch nicht absehbar. Auch deshalb konzentriert sich dieser Beitrag im Folgenden auf die bereits bestehenden quantitativen Personalvorgaben im SGB V und ihr umstrittenes Verhältnis zum Tarifrecht.

Im Folgenden werden zunächst die verschiedenen Instrumente des GKV-Leistungserbringungsrechts zur Pflegepersonalbesetzung in Krankenhäusern näher untersucht (II.). Daran anknüpfend wird das Verhältnis von GKV-Pflegepersonalvorgaben und Entlastungstarifverträgen diskutiert (III.).

14 Vgl. *Hentscker/Goerdt/Scheller-Kreinsen* in: Klauber/Wasem u.a., Krankenhaus-Report 2023, 251, 261.

15 Gesetz zur finanziellen Stabilisierung der gesetzlichen Krankenversicherung v. 7.11.2022, BGBl. 2022 I S. 1990.

16 Dazu *Hentscker/Goerdt/Scheller-Kreinsen* in: Klauber/Wasem u.a., Krankenhaus-Report 2023, 251, 261; *Vollmöller* in: BeckOK-KHR, § 6a KHEntgG Rn. 1.

17 BT-Drs. 20/11854 (Regierungsentwurf); zu einigen verfassungsrechtlichen Rechtsfragen der Reform ausführlich *Deister*, GesR 2024, 422.

18 Zum Konzept vgl. die 3. Stellungnahme der Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung, 20 ff.

19 Vgl. § 10 Abs. 5 KHEntgG-E, dazu BT-Drs. 20/11854, 120, 226.

20 Eingehende Kritik bei *Wollenschläger*, Krankenhausreform und Grundgesetz 2023; für eine weitere Bundeskompetenz; *Deister*, GesR 2024, 422.

II. Die Pflegepersonalvorgaben im SGB V

1. Das Regelungssystem im Überblick

Um den negativen Folgen der Personalkostenreduktion für die Patientenversorgung entgegenzuwirken, enthält das SGB V mit §§ 137i, 137j, 137k und 137f gegenwärtig vier Paragrafen, die spezifisch auf eine Sicherung und Weiterentwicklung der Pflegequalität in der Krankenhausversorgung gerichtet sind. Hinzu treten Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA), die insbesondere – aber nicht nur – personalbezogene Vorgaben für die psychiatrische und psychosomatische Versorgung enthalten.

§ 137i SGB V ist die Ermächtigungsgrundlage für die Pflegepersonaluntergrenzenverordnung (PpUGV). Dieses Instrument ist auf die Festlegung von Untergrenzen für sogenannte „pflegesensitive Bereiche", für die das Verhältnis Pflegekraft pro Patient vorgegeben wird, ausgerichtet. In ihrer gegenwärtigen Form handelt es sich um eine relativ bestimmte Untergrenze, die auf eine Verbesserung der Pflegepersonalausstattung in den 25 % der Fachabteilungen mit der schlechtesten Personalausstattung zielt.[21] Es geht mithin um die Einhaltung eines Minimums an Versorgungsqualität.

Der in § 137j SGB V geregelte „Pflegepersonalquotient" ist ebenfalls auf die Festlegung einer zwingend einzuhaltenden Untergrenze gerichtet, beschränkt diese – der Idee nach – allerdings nicht auf bestimmte Bereiche, sondern soll das gesamte Krankenhaus erfassen. Das Instrument ist aber bislang aufgrund des Ausbleibens der eigentlich vorgesehenen Rechtsverordnung praktisch bedeutungslos geblieben.[22]

Ein echter Paradigmenwechsel ist hingegen mit § 137k SGB V verbunden, auf dessen Grundlage jüngst die Pflegepersonalbemessungsverordnung (PPBV) beschlossen worden ist.[23] § 137k SGB V zielt nicht bloß auf die Festlegung einer Untergrenze, sondern auf die Ermittlung des tatsächlich anfallenden Pflegepersonalbedarfs und einen schrittweisen Personalaufbau zur Sicherstellung eines angemessenen Niveaus der pflegerischen Versorgung. Konzeptionell ist die Vorschrift auf die Umsetzung der ursprünglich von der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di), dem Deutschen Pflegerat und der Deutschen

21 Zur methodischen Ermittlung der Untergrenzen anhand des sogenannten „Quartilsansatzes" *Deister* in: Hauck/Noftz, § 137i SGB V Rn. 47.

22 Dazu unter II. 3. b).

23 Verordnung über die Grundsätze der Personalbedarfsbemessung in der stationären Krankenpflege vom 12.6.2024 BGBl. 2024 I Nr. 188; vgl. BR-Drs. 65/24, 3.

Krankenhausgesellschaft (DKG) entwickelten Pflegepersonalregelungen 2.0 ausgerichtet.[24]

§ 137l SGB V enthält kein eigenes Instrument, sondern zielt auf die wissenschaftliche Weiterentwicklung und stetige Anpassung des in § 137k vorgesehenen Instruments zur Pflegepersonalbemessung.

Der G-BA schließlich wird in § 136a Abs. 2 S. 2 SGB V verpflichtet, „insbesondere" verbindliche Mindestvorgaben für die Ausstattung der stationären Einrichtungen der psychiatrischen und psychotherapeutischen Versorgung mit dem für die Behandlung erforderlichen therapeutischen Personal zu bestimmen. Dies ist in der „Personalausstattung Psychiatrie und Psychosomatik Richtlinie" (PPP-RL) erfolgt. Ferner ist der G-BA ermächtigt, auf Grundlage von § 136 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V – der Grundnorm für Qualitätsvorgaben – u.a. Mindestanforderungen der Strukturqualität für die Erbringung von Krankenhausleistungen festzulegen.[25] Dies erfasst – jedenfalls theoretisch – auch quantitative Vorgaben zur Besetzung des Pflegepersonals im somatischen Bereich. Solche hat der G-BA allerdings bislang, soweit ersichtlich, nur in der Qualitätssicherungsrichtlinie Früh- und Reifgeborene (QFR-RL) zur pflegerischen Versorgung in der Neonatologie erlassen.[26] Typischerweise beziehen sich die Vorgaben in den Mindestanforderungsrichtlinien des G-BA auf die Qualifikation des Pflegepersonals und nicht auf die bedarfsgerechte Anzahl des Personals bzw. einen Pflegepersonalschlüssel. In der arbeitsrechtlichen Terminologie handelt es sich also um qualitative Besetzungsregelungen.[27] § 136a Abs. 5 SGB V ermächtigt zum Erlass von Richtlinien zur Qualität der Anwendung von Arzneimitteln für neuartige Therapien und erfasst ebenfalls Strukturqualitätsanforderungen in Bezug auf die Leistungserbringer.[28]

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf Pflegepersonalvorgaben für die somatische Krankenhausversorgung, mithin auf die §§ 137i-137l SGB V und die zu ihrer Umsetzung erlassenen untergesetzlichen Normen.

24 Vgl. Deutsche Krankenhausgesellschaft, Personal & Weiterbildung, PPR 2.0 – Was ist das?.

25 Zu diesen Richtlinien und ihren Voraussetzungen *Deister* in Hauck/Noftz, § 136 SGB V Rn. 14 ff.

26 Für Level 1-Zentren unter I.2.2. der Anlage 2 der QFR-RL des G-BA; die Pflichten sind allerdings nach Abs. 12 von I.2.2 der Anlage 2 gegenwärtig suspendiert, vgl. zur Suspendierung LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 3.12.2021 – L 1 KR 425/14 KL, Rn. 87, diese und alle folgenden Gerichtsentscheidungen zitiert nach juris.

27 Vgl. zur arbeitsrechtlichen Einordnung unter III. 2.

28 *Heberlein* in: BeckOK-Sozialrecht, § 136a SGB V Rn. 20 ff.

2. Zielsetzung der Regelungen

Die §§ 137i-137l SGB V sind ebenso wie § 136a Abs. 2 und § 136 Abs. 1 SGB V Teil des Qualitätssicherungsabschnitts im Leistungserbringungsrechts des SGB V.[29] Sie zielen daher – wie letztlich alle Regelungen des Qualitätssicherungsrechts – darauf ab, zu gewährleisten, dass die Behandlungsleistungen dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse entsprechen und in der fachlich gebotenen Qualität erbracht werden, vgl. § 135a Abs. 1 S. 2 SGB V. Es geht, wie es in den Gesetzesmaterialien zu den Pflegepersonaluntergrenzen formuliert wird, um die „Sicherung des Patientenschutzes und der Versorgungsqualität in der pflegerischen Patientenversorgung".[30]

Dabei steht – wie auch bei anderen Vorgaben an die Strukturqualität[31] von Krankenhäusern – der Gedanke der Risikominimierung[32] bei der Behandlung von Versicherten im Vordergrund. Sie beruhen also auf der Annahme, dass eine unzureichende Ausstattung mit Pflegekräften das Risiko für die im Krankenhaus behandelten Personen erhöht und zur Reduktion dieses Risikos verbindliche Vorgaben für die Personalausstattung notwendig sind. Besonders stark ausgeprägt ist dies bei den Pflegepersonaluntergrenzen, die nach der gesetzgeberischen Vorstellung gerade für die Konstellationen, in denen die Risiken bei unzureichender Personalbesetzung besonders hoch sind, Mindestvorgaben machen sollen. Es geht nach den Ausführungen in den Gesetzesmaterialien darum, Mindestvorgaben für Bereiche zu treffen, die „für unerwünschte Ereignisse anfällig sind, soweit dort eine Pflegepersonalunterbesetzung vorliegt".[33] § 137j SGB V, die bislang rechtsfolgenlose Vorschrift zum Pflegepersonalquotienten, erweitert diesen Gedanken der Minimierung des Patientenrisikos auf das gesamte Krankenhaus. Der Gesetzgeber war dabei von der Überlegung geleitet, dass ein Unterschreiten eines Mindestpersonalstandards in jedem Bereich des Krankenhauses patientengefährdend ist: „Da eine unzureichende Ausstattung mit Pflegepersonal aber nicht nur in pflegesensitiven Bereichen, sondern in allen Krankenhausbereichen und für alle dort pflegerisch zu versorgenden Fälle für eine nicht patientengefährdende Versorgung relevant ist, sind Maßnahmen zur Verbesserung der Pflegepersonalausstattung in Bezug auf das gesamte Krankenhaus erforderlich".[34]

---

29 Zum System der SGB V-Qualitätssicherung m.w.N. *Deister* in Hauck/Noftz, § 135a SGB V Rn. 10a f.

30 BT-Drs. 18/12604, 78.

31 Strukturqualität meint die personelle und sachliche Ausstattung von Krankenhäusern.

32 Vgl. zu diesem Ansatz *Roters*, GesR 2012, 604; auch das BSG spricht insoweit von „Risikominimierung", BSG 18.12.2012 – B 1 KR 34/12 R, Rn. 38.

33 BT-Drs. 18/12604, 79.

34 BT-Drs. 19/4453, 75.

Ein gewisser Paradigmenwechsel, weg von der bloßen Sicherung eines Minimalniveaus hin zur Gewährleistung einer angemessenen Pflegequalität[35], tritt mit der Schaffung von § 137k und der darauf basierenden Pflegepersonalbemessungsverordnung (PPBV) ein. Ferner zielt § 137k SGB V nach der Gesetzesbegründung auch auf die Gewährleistung „guter Rahmenbedingungen für die Pflege" und die Verbesserung der „Arbeitssituation der Pflegekräfte".[36] Es geht nicht mehr nur um einen Minimalstandard zur Risikobegrenzung, sondern, wie § 137k Abs. 1 S. 1 SGB V unmittelbar selbst vorgibt, um den schrittweisen Aufbau einer „angemessenen Personalausstattung".

Allerdings handelt es sich bei § 137k SGB V und der PPBV dennoch nicht um Arbeitnehmerschutzvorschriften im engeren Sinne, sondern um SGB V-Qualitätssicherungsrecht, welches allerdings als Reflex – aufgrund der tatsächlichen Zusammenhänge – auch die Arbeitsbedingungen beeinflusst.[37] Die Einführung einer Personalbemessung nach § 137k SGB V beruht auf der Annahme, dass die Funktionsfähigkeit der Krankenhausversorgung insgesamt vom Vorhandensein einer dem Behandlungsbedarf angemessenen Menge an Pflegepersonal abhängt.[38] Die Verbesserung der Arbeitssituation der Pflegekräfte ist mithin im Funktionszusammenhang der Qualitätssicherung Mittel zu dem aus Sicht des SGB V maßgeblichen Zweck, eine qualitativ hochwertige Krankenhausversorgung dauerhaft zu gewährleisten.

Zusammenfassend lässt sich sagen: Die Pflegepersonaluntergrenzen zielen darauf ab, den Eintritt gesundheitsschädigender Ereignisse bei der Behandlung einzelner Versicherter in Bereichen zu unterbinden, in denen dieses Risiko besonders ausgeprägt ist. Die Pflegepersonalbemessung zielt zusätzlich darauf ab, langfristig die Funktionsfähigkeit der Krankenhausversorgung zu sichern und die Qualität der Krankenhauspflege auf ein insgesamt angemessenes Niveau zu heben. Auf diese Zielsetzung wird später, bei der Abgrenzung zu tarifvertraglichen Vereinbarungen,[39] noch zurückzukommen sein.

3. Die einzelnen Instrumente

Im Folgenden werden die Qualitätssicherungsinstrumente des SGB V, die auf die Krankenhauspflege ausgerichtet sind, hinsichtlich ihrer allgemeinen Funktionsweise und unter Einbeziehung der wesentlichen umstrittenen Rechtsfragen dargestellt.

35 Vgl. BT-Drs. 20/3876, 45 f.
36 BT-Drs. 20/3876, 45.
37 Vgl. *Ricken*, VSSAR 2023, 371, 378.
38 So treffend *Männle* in: BeckOK-Sozialrecht, § 137k SGB V Rn. 1.
39 Unter III.

a) Pflegepersonaluntergrenzen

aa) Allgemeine Funktionsweise

Die Pflegepersonaluntergrenzen nach § 137i SGB V sind ein Qualitätssicherungsinstrument zur Minimierung der Risiken für gesundheitliche Schäden, die aus einer Unterbesetzung in der Krankenhauspflege resultieren. Die Untergrenzen bestimmen für die somatische Versorgung auf bettenführenden Stationen, in den Bereichen, in denen eine Gefährdung durch Personalunterbesetzung für das Behandlungsergebnis angenommen wird (sog. „pflegesensitive Bereiche") einen Mindestpersonalschlüssel, der nicht unterschritten werden darf. Konkret werden die pflegesensitiven Bereiche und die daran anknüpfenden Untergrenzen in einer Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG), der PpUGV, festgelegt.[40] Dafür gibt zunächst § 1 Abs. 2 PpUGV vor, welche Leistungsbereiche grundsätzlich pflegesensitiv sind. Hier ist eine – durchaus vom ursprünglichen Normzweck abweichende – Tendenz der stetigen Ausweitung erkennbar, laut BMG fallen inzwischen „gemessen an Belegungstagen ca. 93,5 % der Fachabteilungen in den Anwendungsbereich der PpUGV".[41] Ob konkret in einem Krankenhaus ein pflegesensitiver Bereich vorliegt, richtet sich sodann nach § 3 PpUGV und wird vom Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus (InEK) nach § 5 Abs. 1 PpUGV mittels Verwaltungsakts verbindlich festgestellt.[42] Ein pflegesensitiver Bereich liegt pauschal bereits dann vor, wenn eine Fachabteilung für einen der in § 3 Abs. 2 Nr. 1 PpUGV genannten pflegesensitiven Bereiche ausgewiesen ist. Alternativ[43] können pflegesensitive Bereiche gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 2 PpUGV nach dem Umfang der Abrechnung bestimmter Indikatoren-DRGs, die den Leistungsbereichen in der Anlage der PpUGV zugeordnet sind, bestimmt werden. Dies soll verhindern, dass eine irreführende namentliche Organisationsstruktur eines Krankenhauses zur Umgehung der Untergrenzen führt.[44] § 3 Abs. 2 Nr. 3 PpUGV bestimmt als dritte Alternative den pflegesensitiven Bereich schließlich nicht fachabteilungsbezogen, sondern nach der Anzahl der Belegungstage in den jeweiligen Indikatoren-DRGs der Leistungsbereiche.

Liegt nach diesen Grundsätzen ein pflegesensitiver Bereich vor, gelten die in § 6 PpUGV bestimmten Untergrenzen unmittelbar Kraft der Rechtsverordnung selbst und ohne weiteren Vollzugsakt.[45] Die Untergrenzen werden be-

40 Ausführlich zum System der Festlegung *Deister* in: Hauck/Noftz, § 137i SGB V Rn. 37 ff.

41 Begründung zum Referentenentwurf der Pflegepersonalbemessungsverordnung v. 26.10.2023, S. 81.

42 Zu der mit dem InEK verbundenen Problematik sogleich unter III. 3. a) cc).

43 Vgl. zur Auslegung der Aufzählung als alternativ LSG Niedersachsen-Bremen 23.7.2021 – L 16 KR 221/21 B ER, Rn. 38 ff.

44 Referentenentwurf des BMG zur PpUGV für das Jahr 2019 v. 23.8.2018, 31.

45 Ausnahmen sind allerdings nach § 7 PpUGV möglich.

reichs- und schichtbezogen festgelegt und durch ein Verhältnis „Pflegekraft je Patient:in" ausgedrückt. So lautet beispielsweise die Untergrenze in der Tagschicht in der Geriatrie gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) PpuGV „10 zu 1", also eine Pflegekraft je 10 Patient:innen. Die Einhaltung wird allerdings nicht tagesbezogen, sondern gemäß § 6 Abs. 5 PpUGV anhand monatlicher Durchschnittswerte ermittelt. Zusätzlich haben die Krankenhäuser gemäß § 137i Abs. 4 S. 6 SGB V dem InEK und den Krankenkassen vor Ort (Parteien nach § 11 KHEntgG) quartalsweise die Anzahl der Schichten mitzuteilen, in denen die Untergrenzen nach § 6 PpUGV nicht eingehalten worden sind. Bei Verstößen gegen die festgelegten Untergrenzen – ohne dass einer der in § 7 PpUGV benannten Ausnahmetatbestände vorliegt – sind nach § 137i Abs. 5 SGB V Sanktionen in Form von Vergütungsabschlägen oder einer vereinbarten Fallzahlverringerung in dem jeweiligen Bereich vorgesehen, was wiederum nur bezogen auf die monatlichen Durchschnittswerte erfolgt.

bb) Erhöhung der Komplexität: Regelungsebenen

§ 137i SGB V ist aufgrund des historisch bedingt ungewöhnlichen Aufbaus der Vorschrift und der Vielzahl der beteiligten Akteure eine schwer verständliche Norm. Ihr Gehalt erschließt sich erst bei genauerer Betrachtung der über alle Absätze verteilten Zuweisung von Regelungs- und Entscheidungsbefugnissen.

Die maßgebliche untergesetzliche Regelung in Form der PpUGV wird durch das BMG auf Grundlage von § 137i Abs. 3 SGB V erlassen. Die inhaltlichen Kriterien dafür finden sich allerdings in § 137 Abs. 1 SGB V. Das liegt daran, dass es sich nach der gesetzlichen Konzeption bei der Rechtsverordnung um eine Ersatzvornahme handelt, die erst dann greift, wenn die eigentlich nach Abs. 1 zur Vereinbarung der maßgeblichen Vorgaben ermächtigten Institutionen der Selbstverwaltung auf Bundesebene – der GKV-Spitzenverband (GKV-SV) und die DKG – sich nicht auf eine solche Vereinbarung einigen konnten. Da dies bislang stets der Fall war, werden die Vorgaben zu pflegesensitiven Bereichen und konkreten Untergrenzen schlicht in der PpUGV fortgeschrieben.[46]

Auf einer dritten Ebene unterhalb von Gesetz und PpUGV existieren Normenverträge zwischen dem GKV-SV und der DKG im Benehmen mit dem Verband der Privaten Krankenversicherung (PKV-Verband). Diese binden die einzelnen Krankenhausträger und die Krankenkassen vor Ort (Vertragsparteien nach § 11 KHEntgG). Bedeutsam ist die PpUG-Sanktions-Vereinbarung, die auf Grundlage von § 137i Abs. 1 S. 10 SGB V das Nähere zu Inhalt und Umsetzung von Sanktionen bei Nichteinhalten der Untergrenzen sowie bei einem

46 Vgl. dazu *Deister* in: Hauck/Noftz, § 137i SGB V Rn. 34.

Verstoß gegen Mitteilungspflichten durch die Krankenhäuser regelt.[47] Hinzu kommt die von denselben Vertragsparteien auf Basis von § 137i Abs. 4 S. 2 SGB V abgeschlossene PpUGV-Nachweis-Vereinbarung. Sie regelt verbindlich für die nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhäuser, in denen pflegesensitive Bereiche identifiziert wurden und für die Pflegepersonaluntergrenzen gelten (§ 1 Abs. 1 S. 2 PpUG-Nachweis-Vereinbarung 2023), das Nähere zu Meldungen und Nachweisen von Krankenhäusern zur Einhaltung der Pflegepersonaluntergrenzen.[48]

Die vierte und letzte Ebene bilden schließlich Vereinbarungen der Vertragsparteien vor Ort (Vertragsparteien nach § 11 KHEntgG), also von Krankenhaus und Krankenkassen auf Ortsebene. Diese Vertragsparteien sind dabei an die auf Bundesebene geschlossenen Vereinbarungen gebunden. Konkret vereinbaren die Vertragsparteien vor Ort die Sanktionen bei Nichteinhalten der Personaluntergrenzen nach Maßgabe von § 137i Abs. 5 SGB V und der PpUG-Sanktions-Vereinbarung sowie die Vergütungsabschläge bei Verletzung von Mitteilungs- oder Datenübermittlungspflichten auf Grundlage von Abs. 4b und der PpUGV-Nachweis-Vereinbarung

cc) Aufgaben und Befugnisse des InEK – unzulässige Hoheitstätigkeit Privater?

Zentral für die Umsetzung der Pflegepersonaluntergrenzen – und mit einigen Rechtsproblemen, die gegenwärtig die Sozialgerichte beschäftigen, verbunden – sind die dem InEK im Rahmen der Ermittlung und Durchsetzung von Pflegepersonaluntergrenzen zukommenden Aufgaben und Befugnisse.

Dem InEK obliegt zunächst nach § 137i Abs. 3a SGB V die Gewinnung der Datengrundlage für die Festlegung der Untergrenzen. § 137i Abs. 3a S. 3 SGB V ermächtigt das InEK dazu, die Krankenhäuser, die Daten übermitteln müssen, auszuwählen und diese zur Übermittlung der erforderlichen Daten zu verpflichten. Kommen die Krankenhäuser ihrer Datenübermittlungspflicht nicht nach, informiert das InEK gemäß § 137i Abs. 4b S. 3 SGB V die Vertragsparteien auf Krankenhausebene darüber, die dann entsprechende Vergütungsabschläge als Sanktion der Pflichtverletzung vereinbaren. Ferner entwickelt das InEK auf Grundlage von § 137i Abs. 1 S. 3 und 4 SGB V einen Katalog zur Risikoadjustierung für Pflegeaufwand, den sogenannten Pflegelast-Katalog.[49] Auf der Grundlage dieses Pflegelast-Kataloges ist der Pflegeaufwand zu ermitteln, der wiederum nach der gesetzlichen Konzeption in Abs. 1 S. 2 Grundlage

47 InEK, PpUG-Sanktions-Vereinbarung.

48 Zum Nachweisverfahren *Deister* in: Hauck/Noftz, § 137i SGB V Rn. 64 f.

49 InEK, Aktuelles, Katalog zur Risikoadjustierung für Pflegeaufwand (Pflegelast-Katalog) Version 2024.

für eine Differenzierung der Pflegepersonaluntergrenzen nach „Schweregradgruppen" ist, die freilich bislang noch nicht in der PpUGV umgesetzt wurde.

Eine zentrale Rolle kommt dem InEK außerdem bei der Umsetzung der PpUGV zu. Es ermittelt auf Grundlage von § 3 Abs. 1 PpUGV, ob in einem Krankenhaus ein pflegesensitiver Bereich gegeben ist und damit letztlich, ob nach § 6 PpUGV dort Untergrenzen gelten. Sodann übermittelt das InEK gemäß § 5 Abs. 1 PpUGV den Krankenhäusern, bei denen es pflegesensitive Bereiche festgestellt hat, dieses Ergebnis.

Die dargestellten Tätigkeiten des InEK sind unter anderem deshalb Gegenstand juristischer Auseinandersetzung, weil das Institut in der Rechtsform einer GmbH, also privatrechtsförmig, organisiert ist. Jedenfalls bei Auswahl und Verpflichtung von Krankenhäusern zur Datenübermittlung nach Abs. 3a S. 2 und 3 sowie bei der Mitteilung des Vorliegens eines pflegesensitiven Bereichs nach § 5 Abs. 1 PpUGV handelt das InEK nach überwiegender und überzeugender Auffassung durch Verwaltungsakt.[50] Ein solcher Erlass von Verwaltungsakten durch Privatpersonen kommt lediglich in Betracht, wenn eine wirksame Beleihung vorliegt. Die Beleihung bedarf als Übertragung von Hoheitsrechten auf Grund des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips sowie aufgrund von Art. 33 Abs. 4 GG einer parlamentsgesetzlichen Grundlage.[51] Eine solche ist mit Wirkung zum 20.7.2021[52] mit § 31 Abs. 2 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) – pauschal für alle Tätigkeiten des InEK auf Grundlage des SGB V – geschaffen worden. Für die Zeit vor Einführung von § 31 Abs. 2 KHG ist allerdings strittig – und Gegenstand eines gegenwärtig beim Bundessozialgericht (BSG) anhängigen Revisionsverfahrens[53] – ob eine wirksame Beleihung vorlag. Das ist nach hier vertretener Auffassung für die Tätigkeit nach § 5 Abs. 1 PpUGV, also der rechtsverbindlichen Feststellung des Vorliegens eines pflegesensitiven Bereichs an die dann die Geltung der Untergrenze anknüpft, zu verneinen.[54] Denn diese Kompetenz wird dem InEK im Wortlaut von § 137i SGB V selbst nicht übertragen, es fehlt mithin an einer parlamentsgesetzlichen Grundlage.

50 *Roters* in: BeckOGK (KassKomm), § 137i SGB V Rn. 28a, 34; ausführlich m.w.N. *Deister* in: Hauck/Noftz, § 137i SGB V Rn. 25 f.

51 BVerwG 26.8.2010 – 3 C 35.09, Rn. 24.

52 Durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG) v. 11.7.2021, BGBl. 2021 I S. 2754.

53 Anhängig unter dem Aktenzeichen B 1 KR 3/24 R.

54 Im Ergebnis ebenso SG Karlsruhe 10.10.2022 – S 9 KR 2984/21, Rn. 22; anders hingegen LSG Baden-Württemberg 13.12.2023 – L 5 KR 3223/22, Rn. 21.

dd) Zulässigkeit der pauschalen Festlegung starrer Verhältniszahlen nach Fachabteilung

Im Zentrum der gerichtlichen Auseinandersetzung über die Untergrenzen steht die pauschale Festlegung eines pflegesensitiven Bereichs mit starren Untergrenzen allein aufgrund des Vorliegens einer bestimmten Fachabteilung nach § 3 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 6 PpUGV. Konkret bedeutet dies, dass beispielsweise alle Krankenhäuser, die über eine neurologische Fachabteilung verfügen, die für eine solche Abteilung festgelegten Untergrenzen erfüllen müssen, unabhängig davon, ob sie besonders schwere oder besonders leichte neurologische Fälle behandeln. Dies kann dazu führen, dass Krankenhäuser, die ein für diesen Fachbereich ungewöhnliches Leistungsangebot mit geringerem Pflegebedarf anbieten, mit Untergrenzen konfrontiert werden, die ihrem tatsächlichen Leistungsspektrum nicht angemessen sind. Gleichsam führt die pauschale Festlegung nach Leistungsbereichen dazu, dass Krankenhäuser, die besonders pflegeintensive Leistungen innerhalb eines Leistungsbereichs erbringen, möglicherweise zu niedrige, weil pauschal für den gesamten Leistungsbereich festgelegte Untergrenzen einhalten müssen. Das Sozialgericht Karlsruhe hat vor diesem Hintergrund angenommen, die pauschale Bestimmung eines pflegesensitiven Bereichs nach dem Vorliegen eines Fachbereichs verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 GG.[55] Das Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg ist dem als Berufungsinstanz im Ergebnis gefolgt. Es hat allerdings maßgeblich nicht auf Art. 3 Abs. 1 GG, sondern darauf abgestellt, dass § 137i Abs. 1 S. 3 SGB V seit dem PpSG m.W.v. 11.12.2018[56] eine nach Schweregradgruppen differenzierte Festlegung der Pflegepersonaluntergrenzen fordert, was bislang schlicht in der PpUGV nicht umgesetzt worden ist.[57] Die pauschale, insoweit nicht differenzierende Festlegung starrer Untergrenzen für Fachbereiche, die das BMG in der Rechtsverordnung vorgenommen hat, verstoße somit gegen § 137i Abs. 1 S. 3 SGB V. Die Revision gegen diese Entscheidung ist derzeit beim BSG anhängig,[58] sodass mit einer baldigen Beurteilung der Rechtmäßigkeit der PpUGV zu rechnen ist. Ob die Argumentation des LSG Baden-Württemberg trägt, hängt davon ab, ob man die in § 137i Abs. 1 S. 3 SGB V i.V.m. § 137i Abs. 3 S. 1 SGB V vorgegebene Differenzierung nach Schweregradgruppen als einen zukünftigen aber grundsätzlich offenen Regelungsauftrag oder als eine die Regelungsmacht des BMG beschränkende Tatbestandsvoraussetzung auslegt. Für ersteres spricht, dass der § 137i Abs. 1 SGB V insgesamt nur noch auf eine „Weiterentwicklung" der bestehenden Untergrenzen ausgerichtet ist, für letzteres allerdings der Wortlaut, der diese Differenzierung zwingend vorgibt und nicht lediglich eine Ermächtigung zur fakultativen Regelung

55 SG Karlsruhe 10.10.2022 – S 9 KR 2984/21, Rn. 27 ff.
56 Gesetz zur Stärkung des Pflegepersonals v. 11.12.2018, BGBl. 2018 I S. 2394.
57 LSG Baden-Württemberg 13.12.2023 – L 5 KR 3223/22, Rn. 34 f.
58 Unter dem Aktenzeichen B 1 KR 3/24 R.

enthält, also nicht als „Kann-Regelung“ ausgestaltet ist. Dieses Ergebnis wird schließlich auch durch eine grundrechtsorientierte Auslegung gestützt. Die Differenzierung nach Schweregradgruppen verringert die – mit einer pauschalen Festlegung nach Fachbereichen – verbundene Intensität des Eingriffs in die Berufsfreiheit der Krankenhausträger, da die Regelung differenzierter und letztlich verhältnismäßiger ausgestaltet wird. Insoweit sprechen im Ergebnis die besseren Argumente für ein Verständnis dieser Vorgabe als eine die Regelungsmacht des Verordnungsgebers beschränkende Voraussetzung, deren Nichterfüllung zur Rechtswidrigkeit der PpUGV führt. Freilich könnte dieses Defizit durch eine Gesetzesänderung und Streichung der Voraussetzung der Schweregradgruppen behoben werden.

ee) Rechtspolitische Kritik an der PpUGV

Das Instrument der Pflegepersonaluntergrenzen wird sowohl von den Krankenhäusern als auch von ver.di und den Pflegeverbänden kritisiert. Aus gewerkschaftlicher Perspektive wird vor allem die Methodik der Pflegepersonaluntergrenzen kritisiert, die aufgrund der Orientierung an den 25 % der Krankenhäuser mit der „schlechtesten“ Personalbesetzung zur Verfestigung eines zu niedrigen Standards führt.[59] Auch nach Einschätzung der Deutschen Krankenhausgesellschaft führt die gegenwärtige PpUGV zu einer „Regelbesetzung auf Mindestniveau“.[60] Ferner führe die PpUGV zu einem erheblichen Mehraufwand für Dokumentation und Controlling und binde dadurch Personal, das an anderer Stelle fehle.[61] Dies lässt sich auf eine Studie des Instituts für Gesundheits- und Sozialforschung stützen, nach der zwei Drittel der Befragten den Aufwand im Nachweisverfahren als hoch oder sehr hoch einschätzen.[62]

Diese Kritik ist im Kern überzeugend. Die Pflegepersonaluntergrenzen enthalten tatsächlich keine Vorgaben zu einer bedarfsgerechten oder angemessenen Personalausstattung, sondern orientieren sich am Quartil der Krankenhäuser mit der geringsten Personalbesetzung. Aufgrund dieser lediglich relativ anhand eines Vergleichs der bestehenden Personalausstattung bestimmten Untergrenze, die vollständig vom tatsächlichen Personalbedarf für eine Versorgung der behandelten Patienten abstrahiert, erscheint die Eignung der Untergrenzen zur wesentlichen Verbesserung der Personalsituation fraglich.

Bezieht man den hohen Umsetzungsaufwand in die Betrachtung ein, die sich in der Praxis für die PpUGV ergibt, stellt sich in der Tat die Frage, ob jedenfalls

59 ver.di, Stellungnahme zum Referentenentwurf für die PpUGV v. 7.10.2020, 2.

60 Fazit der DKG im Bericht über die Auswirkungen der Pflegepersonaluntergrenzen gemäß § 137i Abs. 6 SGB V von Deutscher Krankenhausgesellschaft und GKV-Spitzenverband v. 22.1.2024, 31.

61 DKG im Bericht von DKG und GKV-SV, a.a.O., 31.

62 DKG im Bericht von DKG und GKV-SV, a.a.O., 31 f.

bei Einführung einer funktionierenden Pflegepersonalbemessung nach § 137k SGB V[63] noch ein Bedürfnis für die PpUGV besteht.

b) Pflegepersonalquotient

§ 137j SGB V, die gesetzliche Grundlage des Pflegepersonalquotienten, ist mit Wirkung vom 1.1.2019 in das SGB V eingefügt worden.[64] Der Pflegepersonalquotient war insbesondere als Ergänzung zu den Pflegepersonaluntergrenzen nach § 137i SGB V gedacht und sollte die Pflegepersonalausstattung auch außerhalb der von § 137i SGB V fokussierten pflegesensitiven Bereiche sicherstellen, sich also insbesondere auf das gesamte Krankenhaus und nicht bloß pflegesensitive Bereiche erstrecken.[65] Kern dieses Instruments ist die Ermittlung eines Quotienten, der in § 137j Abs. 1 S. 1 SGB V als „das Verhältnis der Anzahl der Vollzeitkräfte in der unmittelbaren Patientenversorgung auf bettenführenden Stationen zu dem Pflegeaufwand eines Krankenhauses" definiert wird. Die Ermittlung erfolgt gemäß § 137j Abs. 1 S. 2 SGB V je Krankenhausstandort.[66] Sie wird nach § 137j Abs. 1 S. 1 SGB V wiederum jährlich vom InEK durchgeführt.

Das erste Element des Quotienten, die Anzahl der Vollzeitkräfte, wird gemäß § 137j Abs. 1 S. 4 SGB V auf Grundlage der dem InEK nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 lit. e) KHEntgG ohnehin standortbezogen und differenziert nach Berufsbezeichnungen zu übermittelnden Daten der Krankenhäuser zur Anzahl des insgesamt in der unmittelbaren Patientenversorgung auf bettenführenden Stationen beschäftigten Pflegepersonals festgestellt.

Das zweite – und methodisch anspruchsvollere – Element ist der Pflegeaufwand eines Krankenhauses. Dieser wird durch das InEK gemäß § 137j Abs. 1 S. 6 SGB V auf Basis eines Katalogs zur Risikoadjustierung des Pflegeaufwandes, dem sogenannten Pflegelast-Katalog, bestimmt. Diesen Katalog hat das InEK ohnehin bereits für die Bestimmung der Pflegepersonaluntergrenzen gemäß § 137i Abs. 1 S. 4 SGB V zu ermitteln; insofern konnte bei Erlass von § 137j SGB V auf bereits erfolgte Vorarbeiten zurückgegriffen werden.[67] Der Katalog ist auf der Website des InEK samt Anwendungshinweisen einsehbar.[68] Er weist in der Version 2024 laut InEK „für alle vollstationären Fallpauschalen des aG-DRG-Katalogs für 2024 ein tagesbezogenes Relativgewicht für den Pfle-

63 Dazu sogleich unter III. 3. c).

64 Mit dem Gesetz zur Stärkung des Pflegepersonals (PpSG) v. 11.12.2018, BGBl. 2018 I S. 2394.

65 BT-Drs. 19/4453, 75.

66 Vgl. dazu *Roters* in: BeckOGK (KassKomm), § 137j SGB V Rn. 3; zum Standortbegriff § 2 der zwischen dem GKV-Spitzenverband und der DKG auf Grundlage von § 2a Abs. 1 KHG getroffenen Vereinbarung über die Definition von Standorten der Krankenhäuser und ihrer Ambulanzen.

67 BT-Drs. 19/4453, 76.

68 InEK, Aktuelles, Katalog zur Risikoadjustierung für Pflegeaufwand (Pflegelast-Katalog) Version 2024.

geaufwand eines Patienten aus."[69] Auf Grundlage des Pflegelast-Kataloges und der dem InEK nach § 21 Abs. 2 des KHEntgG übermittelten Daten zum eingesetzten Pflegepersonal ermittelt das InEK zur Bestimmung des Pflegeaufwandes gemäß § 137j Abs. 1 S. 8 SGB V für jeden Standort eines Krankenhauses die Summe der Bewertungsrelationen. Diese Methode zur Bestimmung des Pflegeaufwands wird dafür kritisiert, sie lasse aufgrund ihrer Beschränkung auf DRG-bezogene Bewertungsrelationen den in der Versorgung tatsächlich angefallenen pflegerischen Aufwand auf einer Station unberücksichtigt. Der Pflegepersonalquotient könne daher allenfalls als grober Anhaltspunkt eines krankenhausinternen Benchmarkings dienen.[70]

Die „Scharfschaltung" des Pflegpersonalquotienten sollte nach der gesetzlichen Konzeption eigentlich mittels einer in § 137j Abs. 2 SGB V vorgesehenen Rechtsverordnung des BMG, welche „eine Untergrenze für das erforderliche Verhältnis zwischen Pflegepersonal und Pflegeaufwand" festlegt, erfolgen.[71] Diese Rechtsverordnung existiert allerdings gegenwärtig – ca. sechs Jahre nach Einführung des § 137j SGB V – noch immer nicht. Es sind auch keine Bestrebungen bekannt, dies nachzuholen. Somit handelt es sich um ein bislang rechtsfolgenloses Instrument.

Die praktische Bedeutung des Pflegepersonalquotienten beschränkt sich daher auf die in § 137j Abs. 1 S. 9 SGB V vorgesehene jährliche Veröffentlichung einer vergleichenden Zusammenstellung der für jeden Standort eines Krankenhauses ermittelten Pflegepersonalquotienten auf der Internetseite des InEK,[72] deren Kenntnisnahme in der Öffentlichkeit allerdings bislang nicht sehr ausgeprägt war. Eine gewisse, unerwartete Bekanntheit hat der Pflegepersonalquotient allerdings im Zuge der Veröffentlichung des Krankenhaus-Transparenzverzeichnisses („Klinik-Atlas") nach § 135d SGB V erlangt, da er dort als Qualitätskriterium veröffentlicht wird.[73] Es ist durchaus fraglich, ob der Quotient, der sich auf das gesamte Krankenhaus und nicht spezifisch auf die im Atlas gesuchte Krankheit bezieht, geeignet ist, die Entscheidungsfindung für das passende Krankenhaus zu fördern.

69 InEK, Aktuelles, Katalog zur Risikoadjustierung für Pflegeaufwand (Pflegelast-Katalog) Version 2024.

70 *Evers*, Die Schwester | Der Pfleger, 12/2021, 62, 63.

71 Zur Widersprüchlichkeit der gesetzlichen Vorgaben zu dieser Untergrenze *Roters* in: BeckOGK (KassKomm), § 137j SGB V Rn. 10 f.

72 InEK, Pflegepersonalquotienten, Hinweise zur Veröffentlichung der vergleichenden Zusammenstellung der Pflegepersonalquotienten gemäß § 137j Abs. 1 Satz 9 SGB V im Jahr 2023.

73 Siehe Bundes-Klinik-Atlas.

c) Personalbemessung nach § 137k SGB V – Bedarfsermittlung statt Untergrenze

Ein drittes Instrument, das sich gegenwärtig in der Einführung befindet, ist die Personalbemessung. Sie findet ihre gesetzliche Grundlage in § 137k SGB V und basiert methodisch auf der von ver.di, der DKG und dem Deutschen Pflegerat entwickelten Pflegepersonalregelung 2.0 (PPR 2.0).

aa) Allgemeine Funktionsweise

Mit der Einführung des § 137k SGB V ist ein Paradigmenwechsel für die Pflegepersonalregelungen des SGB V verbunden. Anders als die Untergrenzen und der Pflegepersonalquotient, ist § 137k SGB V darauf ausgerichtet, den tatsächlich in der Versorgung auf einer Station anfallenden Pflegebedarf zu ermitteln und nicht nur eine (relativ bemessene) Untergrenze für eine gerade noch hinnehmbare Qualität der Pflege festzulegen. Die Vorschrift zielt, wie sich unmittelbar aus dem Wortlaut des Abs. 1 S. 1 ergibt, auf eine „angemessene Personalausstattung" und eine „bedarfsgerechte Pflege am Bett".[74] Dieses Ziel soll nach § 137k SGB V in zwei Schritten erreicht werden. In einem ersten, in § 137i Abs. 1 S. 2 SGB V vorgesehenen Schritt, wird der Bedarf im Sinne eines „Ist-Soll-Abgleiches" ermittelt. Aufbauend auf die Ermittlung des Pflegebedarfs werden in einem zweiten Schritt die zur GKV-Versorgung zugelassenen Krankenhäuser zur Anpassung der Anzahl der tatsächlich eingesetzten Pflegekräfte an die Anzahl der nach der Bedarfsermittlung einzusetzenden Pflegekräfte verpflichtet, § 137k Abs. 1 S. 3 SGB V. Beide Schritte – also Bedarfsermittlung und Anpassung – erfolgen auf Grundlage einer Rechtsverordnung, die das BMG im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen und mit Zustimmung des Bundesrates nach den Vorgaben in § 137k Abs. 4 und Abs. 5 SGB V erlässt. Erst durch die Rechtsverordnung werden die konkreten Modalitäten der Bedarfsermittlung festgelegt und die konkreten Ermittlungs- und Übermittlungspflichten der Krankenhäuser nach Abs. 1 S. 2 begründet.[75] Der Anwendungsbereich des § 137k SGB V ist auf bettenführende Stationen der somatischen Versorgung von Erwachsenen und Kindern begrenzt.[76] Die Pflege im Operationsdienst, in Dialyseeinheiten, in der Anästhesie, in der Endoskopie, in der Funktionsdiagnostik, in der Ambulanz und in der Notaufnahme sind daher nicht erfasst.[77] Die Intensivmedizin gehört hingegen – anders als ursprünglich geplant – grundsätzlich zum Regelungsbereich.[78]

74 Vgl. auch *Ricken*, VSSAR 2023, 371, 375.
75 Näher *Deister* in: Hauck/Noftz, § 137i SGB V Rn. 24.
76 Vgl. dazu *Deister* in: Hauck/Noftz, § 137i SGB V Rn. 13.
77 BT-Drs. 20/3876, 47.
78 Vgl. zur Erweiterung im Gesetzgebungsverfahren BT-Drs. 20/4708, 104 f.

§ 137k SGB V ist konzeptionell auf die Einführung der PPR 2.0 ausgerichtet.[79] Die PPR 2.0 ist als Ergebnis eines Arbeitsauftrages der Konzertierten Aktion Pflege Anfang 2020 von der DKG, dem Deutschen Pflegerat und ver.di entwickelt worden.[80] Es handelt sich um ein Instrument zur Bedarfsermittlung, das an die 1993 eingeführte und 1996 sowie 1997 außer Kraft gesetzte erste Pflegepersonalregelung anknüpft. Für die pflegerische Versorgung von Kindern ist eine Kinder-PPR 2.0 entwickelt worden.[81] Nach der PPR 2.0 wird eine Soll-Personalbesetzung auf Grundlage der Einstufung von Patient:innen in Pflegekategorien der allgemeinen und speziellen Pflege ermittelt. Diesen Kategorien sind wiederum Minutenwerte zugeordnet. Die Einstufung in die Pflegekategorien ist täglich vom Pflegedienst für jede stationär oder teilstationär behandelte Person vorzunehmen. Als Summe dieser Minutenwerte sowie eines patientenindividuellen Grundwerts und eines einheitlichen Fallwertes wird ein Zeitwert gebildet, der den patientenindividuellen Pflegepersonalbedarf abbildet. Durch Addition der patientenindividuellen Werte kann sodann der Gesamtpflegebedarf einer Station ermittelt werden.[82]

Vor Konkretisierung der Bedarfsbemessung durch eine Rechtsverordnung sollte eine Erprobung erfolgen, was in § 137k Abs. 2 und Abs. 3 SGB V geregelt ist. Diese wurde mit der PPR 2.0 und der Kinder-PPR 2.0 von März bis August 2023 durchgeführt.[83]

bb) Der erste Umsetzungsschritt: Die Pflegepersonalbemessungsverordnung

Sowohl die Bedarfsermittlung als auch die schrittweise Anpassung an den Bedarf bedürfen zu ihrer konkreten Umsetzung wie dargelegt der Konkretisierung durch eine Rechtsverordnung. Die Ermächtigung dafür findet sich in § 137i Abs. 4 und Abs. 5 SGB V. § 137i Abs. 4 SGB V ermächtigt zur Regelung des Näheren zur Bedarfsermittlung („Ist-Soll-Abgleich"), § 137i Abs. 5 SGB V zur Regelung des Näheren zur schrittweisen Anpassung der „Ist-Besetzung" an die „Soll-Besetzung". Die Rechtsverordnung ist an ungewöhnlich hohe Hürden[84] geknüpft, sie wird durch das BMG im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen und mit Zustimmung des Bundesrates erlassen.[85] Die ist verfassungsrechtlich nicht zwingend, aber zulässig.[86]

79 Vgl. BT-Drs. 20/3876, 47.
80 Deutsche Krankenhausgesellschaft, Personal & Weiterbildung, PPR 2.0 – Was ist das?.
81 Insgesamt zur Entstehung BT-Drs. 20/3876, 45.
82 BT-Drs. 20/3876, 47.
83 KPMG, Erprobung der PPR 2.0 und der Kinder-PPR. 2.0, Abschlussbericht v. 31.8.2023.
84 Derartige Voraussetzungen bestehen für die PpUGV, die nach § 137i Abs. 3 SGB V allein vom BMG erlassen werden kann, nicht.
85 § 137k Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 S. 1 SGB V.
86 Ausführlich *Deister* in: Hauck/Noftz, § 137i SGB V Rn. 28.

Der erste Umsetzungsschritt – also die Regelung des Näheren zur Bedarfsermittlung nach § 137i Abs. 4 SGB V – erfolgte durch die PPBV vom 12.6.2024, die am 1.7.2024 in Kraft getreten ist.[87] Der Bundesrat hat dieser Rechtsverordnung am 26.4.2024 nach kontroverser Debatte und Einfügung einiger Änderungen, u.a. zu einer höheren Berücksichtigungsfähigkeit von Pflegehilfskräften, zugestimmt.[88]

Die PPBV enthält konkretisierende Vorgaben zu Ermittlung und Übermittelung der „Ist-Personalbesetzung" und der „Soll-Personalbesetzung" auf Grundlage der PPR 2.0.[89] Sie gilt für bettenführende Normalstationen der somatischen Erwachsenenversorgung sowie bettenführende Normal- und Intensivstationen der Kinderversorgung, mithin nicht für Intensivstationen der Erwachsenenversorgung. Die folgende, lediglich exemplarische und keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebende Darstellung der Funktionsweise bezieht sich auf die Bedarfsermittlung auf Normalstationen der Erwachsenenversorgung. § 4 Abs. 1 PPBV verpflichtet Krankenhäuser für jede Normalstation für Erwachsene die Anzahl der dort jeweils auf Grundlage des Pflegebedarfs einzusetzenden Pflegefachkräfte, angegeben in Vollzeitäquivalenten, zu ermitteln und zu erfassen. Dies erfolgt für jeden Kalendermonat und jeweils getrennt für die Tagschicht (6 bis 22 Uhr) und die Nachtschicht (22 bis 6 Uhr).[90] Grundlage ist die in Vollzeitäquivalente umgerechnete Gesamtstundenzahl, die sich für die Tagschicht als Summe der in § 4 Abs. 2 S. 2 PPBV im Einzelnen aufgelisteten Elemente ergibt. Maßgeblich für die Bestimmung des Pflegeaufwandes ist neben dem in § 12 Abs. 1 PPBV mit 33 Minuten pro Tag und Patient festgelegten „Pflegegrundwert" die Zuordnung von Patienten zu einer der in § 9 Abs. 2 PPBV aufgeführten Patientengruppen. Dafür wird jeder Patient einmal täglich durch die Pflegefachkräfte auf Grundlage der für diese konkrete Person notwendigen Pflegeleistungen zwei Leistungsstufen zugeordnet, einer Leistungsstufe der allgemeinen Pflege (Stufe A1-A4) und einer Leistungsstufe der speziellen Pflege (Stufe S1-S4). Für die Zuordnung zu den Leistungsstufen enthalten § 10 und § 11 sowie die Anlage 2 PPBV nähere Vorgaben und Zuordnungsmerkmale. Jeder im Ergebnis denkbaren Leistungsstufenzuordnung (z.B. A1 und S 2, S 1 und A2 usw.) wird in § 12 Abs. 2 PPBV sodann ein konkreter Minutenwert zugeordnet, der zu weiteren Werten, unter anderem einem Pflegegrundwert, addiert wird. Durch diese differenzierte Bestimmung von patientenbezogenen Minutenwerten soll der insgesamt gegebene Pflegebedarf auf den jeweiligen Stationen ermittelt werden. Die gesammelten Angaben zur so

87 Verordnung über die Grundsätze der Personalbedarfsbemessung in der stationären Krankenpflege v. 12.6.2024, BGBl. 2024 I Nr. 188; Entwurf des BMG und Begründung veröffentlicht in BR-Drs. 65/24.
88 BR-Drs. 65/24 (Beschluss) v. 26.4.2024.
89 Vgl. BR-Drs. 65/24, 3.
90 § 2 Abs. 11 PPBV.

ermittelten „Soll-Personalbesetzung“ sowie der nach Maßgabe von § 6 PPBV bestimmten „Ist-Personalbesetzung“ werden durch die Krankenhäuser getrennt nach Kalendermonaten quartalsweise und als Jahresmeldung an das InEK übermittelt, § 7 Abs. 2 und Abs. 3 PPBV. Das InEK wertet die übermittelten Angaben daraufhin aus, inwieweit durch die „Ist-Personalbesetzung“ die „Soll-Personalbesetzung“ erfüllt wird und stellt so den „Erfüllungsgrad“ fest, § 8 Abs. 1 PPBV. Auf Grundlage der so ermittelten tatsächlichen Erfüllungsgrade sollen Zielwerte für zukünftige Pflichterfüllungsgrade nach § 137i Abs. 5 SGB V bestimmt werden.[91]

Dem dargelegten stufenweisen Einführungsmodell entsprechend enthält die PPBV noch keine Maßnahmen zur Anpassung der „Ist-Besetzung“ an die „Soll-Besetzung“ und der dabei zu erreichenden Erfüllungsgrade. Sie enthält sogar insgesamt überhaupt keine Rechtsfolgen, sondern lediglich Berechnungsregeln und Übermittlungspflichten. Allerdings sieht § 137i Abs. 4 S. 3 SGB V eine Pflicht der Selbstverwaltungsparteien auf Bundesebene vor, Vergütungsabschläge für den Fall eines Verstoßes gegen durch die Rechtsverordnung begründete Erfassungs- und Übermittlungspflichten zu vereinbaren.

cc) Schrittweise Anpassung der Personalausstattung: Ein langwieriges Projekt

Aufbauend auf die nach § 137k Abs. 4 SGB V erlassene PPBV wird das BMG in § 137i Abs. 5 SGB V „zur Festlegung des konkreten erforderlichen Erfüllungsgrades der Soll-Personalbesetzung“ ermächtigt. Die Regelungen nach § 137k Abs. 5 sind „in der Rechtsverordnung nach Absatz 4“ zu treffen, es erfolgt also eine Ergänzung der bereits bestehenden Rechtsverordnung mit den in Abs. 5 bestimmten Regelungsinhalten. Im Einzelnen zu regeln sind die schrittweise Anpassung der „Ist-Personalbesetzung“ an den konkreten erforderlichen Erfüllungsgrad der „Soll-Personalbesetzung“, der Nachweis dieser Anpassung gegenüber dem InEK sowie Vergütungsabschläge bei Unterlassen der Anpassung oder Unterlassen des Nachweises der Anpassung. Festzulegen ist also zunächst ein Grad der Erfüllung der Soll-Personalbesetzung. Damit unterstellt das gesetzliche Konzept, dass der eigentlich erforderliche, bedarfsgerechte Personaleinsatz zunächst nicht sichergestellt werden kann und es eines schrittweisen Personalaufbaus bedarf; die Gesetzesbegründung spricht insoweit von einer „Konvergenzphase“ und nennt beispielhaft einen Erfüllungsgrad von 70 %, der in einer konkret festgelegten Zeitspanne zu erreichen ist, wobei sich der Erfüllungsgrad an „realisierbaren Werten“ orientieren soll.[92]

91 Vgl. BR-Drs. 65/24, 80.
92 BT-Drs. 20/3876, 48.

Die tatsächliche Aktivierung der Personalbemessung im Sinne der aufgezeigten Festlegung von Pflichterfüllungsgraden wird allerdings noch einige Zeit in Anspruch nehmen.[93] Nach den Vorgaben in § 7 Abs. 2 und Abs. 3 PPBV werden erste monatliche Werte zur Personalbesetzung zum 31.1.2025 vorliegen. Eine zusammenfassende Jahresmeldung ist erstmals zum 30.6.2026 für 2025 vorgesehen. Mit einer zeitnahen Ableitung von Pflichterfüllungsgraden aus den bisherigen Erfüllungsgraden ist daher nicht zu rechnen.

dd) Vorläufige Einordnung

Der durch die PPBV eingeläutete Paradigmenwechsel birgt große Chancen für eine Pflegepersonalvorgabe, die nicht lediglich mit in Abstraktion vom tatsächlichen Versorgungsgeschehen gebildeten Minimalanforderungen operiert, sondern einen angemessenen Versorgungsstandard abbildet. Bis die Personalbemessung nach § 137k SGB V Rechtsfolgen zeitigen bzw. ihre Wirkung entfalten wird, steht allerdings noch ein langer Weg bevor, von dem bislang nur der erste Schritt, die Vereinbarung eines Bemessungssystems, gegangen worden ist. Dieses wird aber immerhin ab Lieferung der ersten Zahlen Ende Januar 2025 Transparenz darüber schaffen können, wie groß die Differenz zwischen Personalbesetzung und Personalbedarf in den Krankenhäusern ausfällt. Viel wird davon abhängen, ob sich diese Bemessung in der Praxis bewährt, es also insbesondere ohne erheblichen Zusatzaufwand durchgeführt werden kann, und welche konkreten Schritte zur Anpassung des „Ist-Zustandes" an den „Soll-Zustand" unternommen werden. Bislang sieht das Gesetz als Sanktion bei langfristiger Inaktivität der Krankenhäuser – im Sinne einer Nicht-Anpassung der „Ist-" an die „Soll-Besetzung" – in § 137k Abs. 5 Nr. 3 SGB V lediglich Vergütungsabschläge vor. Man kann durchaus kritisch fragen, ob es nicht zielführender wäre – zumindest auch – eine Reduktion der Fallzahlen als Rechtsfolge einzuführen und nicht lediglich eine finanzielle Sanktion.

4. Verhältnis der Regelungen zueinander

In Anbetracht der Vielzahl und Komplexität der Regelungen stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis diese zueinanderstehen. Dabei sind auch die Richtlinien des G-BA in die Betrachtung einzubeziehen. Ausgeblendet wird mangels praktischer Bedeutung der Pflegepersonalquotient nach § 137j SGB V.[94]

93 Vgl. zum Zeitplan insgesamt *Deister* in: Hauck/Noftz, § 137i SGB V Rn. 28.

94 Hier bestimmt § 137j Abs. 1 S. 4 SGB V das Verhältnis zur ebenfalls getrennt zu betrachtenden Regelung der PPP-RL des G-BA, die Regelungen stehen also nebeneinander, vgl. *Deister* in: Hauck/Noftz, § 137j SGB V Rn. 9.

a) Verhältnis von § 137i SGB V zu den G-BA Richtlinien

Das Verhältnis der Pflegepersonaluntergrenzen nach § 137i SGB V zu den G-BA Richtlinien ergibt sich aus § 137i Abs. 1 S. 6 SGB V, der vorgibt, dass die Mindestvorgaben des G-BA – sowohl zur psychiatrischen als auch zur somatischen Versorgung – „unberührt" bleiben. Ferner ordnet § 1 Abs. 3 PpUGV an, dass die Untergrenzen aus der PpUGV keine Anwendung finden, soweit Beschlüsse des G-BA „eine niedrigere Anzahl von Patientinnen und Patienten im Verhältnis zu einer Pflegekraft festlegen". Hier bedarf es freilich einer klarstellenden Differenzierung. Die Vorgaben zur psychiatrischen und psychosomatischen Versorgung fallen insgesamt nach § 136a Abs. 2 SGB V in den alleinigen Kompetenzbereich des G-BA und stehen insoweit solitär neben den Vorgaben der PpUGV.[95] Für die übrigen Vorgaben – also die wenigen Fälle, in denen auch der G-BA Personalvorgaben für die somatische Versorgung regelt, gilt dann der in § 1 Abs. 3 PpUGV festgelegte Vorrang der patientengünstigeren G-BA Regelung, mithin ein „patientensichtbezogenes Günstigkeitsprinzip".[96]

b) Verhältnis von § 137k SGB V zu den G-BA Richtlinien

Für die neue Personalbemessung nach § 137k SGB V ergibt sich das Verhältnis zu den G-BA Richtlinien aus § 137k Abs. 6 SGB V. Danach bleiben die Mindestvorgaben, die der G-BA getroffen hat, unberührt. Das bedeutet, dass die Vorgaben des GBA neben diejenigen nach § 137k SGB V treten und von diesen nicht ersetzt werden. Dies hat zur Folge, dass sowohl die GBA-Vorgaben als auch diejenigen nach § 137k SGB V einzuhalten sind und bei Nichteinhalten die jeweiligen spezifischen Rechtsfolgen greifen, eine Verdrängung findet mithin nicht statt. In eine andere Richtung deuten allerdings die Ausführungen in der Gesetzesbegründung, wonach die Vorgaben nach § 137k SGB V (§ 137l der Entwurfsfassung) dann nicht gelten, wenn der G-BA strengere Vorgaben für die Ausstattung mit erforderlichem Pflegepersonal normiert hat.[97] Diese Formulierung ist erkennbar an die bereits dargestellte Regelung in § 1 Abs. 3 der PpUGV angelegt. Sie passt allerdings nicht auf das Verhältnis der G-BA Mindestanforderungen zur Personalbemessung nach § 137k SGB V. Denn die G-BA-Mindestanforderungen sind leistungsbezogen auf das Einhalten von Qualitätsvorgaben gerichtet, wohingegen die Rechtsverordnungen nach § 137k SGB V auf Bedarfsermittlung und einen stationsbezogenen schrittweisen Personalaufbau hin zu einer bedarfsgerechten Personalausstattung zielen. Es würde der Zielsetzung und Funktionsweise von § 137k SGB V nicht gerecht werden, ein Krankenhaus allein deshalb nicht zur schrittweisen Anpassung an das bedarfsnotwendige Personal im Sinne von § 137k Abs. 1 S. 3 SGB V zu ver-

95 Ebenso *Roters* in: BeckOGK (KassKomm), § 137i SGB V Rn. 18.
96 Begriff nach *Ricken*, VSSAR 2023, 371, 377.
97 BT-Drs. 20/3876, 49 f.

pflichten oder von der Ermittlung des angemessenen Personalbedarfs auszunehmen, weil einzelne Leistungen dieser Station aufgrund von unerfüllten G-BA Mindestanforderungen bei Erbringung dieser Leistung nicht vergütet werden. Die Angaben in der Gesetzesbegründung haben sich in dieser Form nicht im Wortlaut niedergeschlagen und entsprechen nicht dem Zweck von § 137k SGB V. Erst recht ergeben sie keinen Sinn in Bezug auf die vom Wortlaut des § 137k Abs. 6 SGB V ebenfalls erfassten G-BA Vorgaben zur psychiatrischen und psychosomatischen Versorgung in der PPP-RL nach § 136a Abs. 2 S. 2 SGB V. Denn § 137k SGB V betrifft ohnehin in seinem Anwendungsbereich nur die somatische Versorgung. Insofern kann von „strengeren" Vorgaben keine Rede sein. Es geht daher insgesamt nach Wortlaut des § 137k Abs. 6 SGB V und Funktionsweise der jeweiligen Vorgaben um ein Nebeneinander verschiedener Instrumente. Die Vorgaben des § 137k SGB V und der PPBV treten neben die G-BA Richtlinien.[98]

c) Verhältnis von § 137i SGB V und § 137k SGB V

Nicht explizit gesetzlich geregelt ist das Verhältnis der Pflegepersonaluntergrenzen zur Personalbemessung nach § 137k SGB V. Rechtspolitisch ist zum Teil, insbesondere von den Krankenhäusern, die Erwartung formuliert worden, die Personalbemessung nach § 137k SGB V trete an die Stelle der Untergrenzen, könne diese also ablösen.[99] Dies setzt freilich eine gesetzliche Regelung voraus, die so bislang nicht getroffen worden ist und wohl sinnvollerweise auch erst getroffen werden kann, wenn die PPBV konkrete Vorgaben zur schrittweisen Anpassung des „Ist-Zustandes" an den „Soll-Zustand" enthält. Bis dahin treten die beiden Instrumente mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung nebeneinander.[100] Eine Konkurrenz im engeren Sinne tritt auch nicht auf, da die Untergrenzen einen zwingend einzuhaltenden Mindeststandard vorgeben, die Personalbemessung hingegen auf die Ermittlung der angemessenen Personalausstattung zielt.

III. Das Verhältnis der SGB V-Vorgaben zu tarifvertraglichen Regelungen

In den vergangenen Jahren sind – nach intensiven Arbeitskampfmaßnahmen – verschiedene „Tarifverträge Entlastung" abgeschlossen worden, so z.B. für Uni-

98 Im Ergebnis ebenso *Ricken*, VSSAR 2023, 371, 377.

99 Positionierung der Deutschen Krankenhausgesellschaft, Personal & Weiterbildung, PPR 2.0 – Was ist das?.

100 Ebenso *Ricken*, VSSAR 2023, 371, 377.

versitätskliniken in Nordrhein-Westfalen (NRW)[101], für die Charité in Berlin[102] und mit der Vivantes GmbH,[103] dem öffentlichen Krankenhausträger des Landes Berlin. An weiteren Standorten, wie beispielsweise der Medizinischen Hochschule Hannover, werden entsprechende Tarifverträge aktuell eingefordert.[104] Im Folgenden werden zunächst Inhalt und Funktionsweise der Entlastungstarifverträge dargestellt (unter 1.). Daran anknüpfend wird untersucht, wie sich Tarifverträge und Personalvorgaben des SGB V zueinander verhalten, wobei insbesondere die Frage im Mittelpunkt steht, ob die Vorgaben des SGB V die Vereinbarkeit von Entlastungstarifverträgen beeinflussen (unter 2.).

1. Funktionsweise der Entlastungstarifverträge

Auch wenn die Entlastungstarifverträge zum Teil unterschiedliche Regelungen enthalten, basieren sie doch in Bezug auf den hier interessierenden Bereich – Vorgaben zum Pflegepersonal für die somatische Patientenversorgung auf bettenführenden Stationen – auf einer im Kern identischen Funktionsweise. Im Unterschied zu den Regelungen des SGB V betreffen sie allerdings nicht lediglich Pflegekräfte, sondern auch andere Beschäftigte, z.B. im medizinisch-technischen Dienst[105] oder im Case- und Patient:innenmanagement.[106] Gemeinsam ist ihnen, dass sie Ansprüche der Beschäftigten auf Entlastung enthalten, die entstehen, wenn eine nach den Kriterien der Tarifverträge festgestellte Belastungssituation besteht. So definiert der Tarifvertrag Pro Personal Vivantes Besetzungsregeln, deren Unterschreitung Anspruch auf „Vivantes Freizeitpunkte“ auslöst.[107] Die Besetzungsregeln werden als in den Anlagen im Einzelnen festgelegte „schichtbezogene Ratios im Sinne eines Personal-Patient*innen-Verhältnisses (PPRV)“ definiert,[108] also beispielsweise für examinierte Pflegefachpersonen als Besetzung 1:3 auf der Stroke Unit im Frühdienst und Besetzung 1:5 im Nachtdienst.[109] Anders als die Pflegepersonaluntergrenzen nach der PpUGV und die Personalbemessung nach der PPBV differenziert der Tarifvertrag Pro Personal Vivantes nicht lediglich nach Tag- und Nachtschicht, sondern nach Frühdienst, Spätdienst und Nachtdienst. Die „Freizeitpunkte“, die Beschäftigte bei Unterschreiten dieser Besetzungsregeln erhalten, können in

101 Tarifvertrag Entlastung an den Universitätskliniken des Landes NRW (TV-E NRW).
102 Tarifvertrag Gesundheitsfachberufe Charité (TV Gesundheitsfachberufe) v. 15.12.2021.
103 Tarifvertrag Pro Personal Vivantes (TV PPV) v. 12.10.2021.
104 Vgl. dazu ver.di, Einigung über Eckpunktepapier für Entlastungsvereinbarung.
105 Vgl. z.B. die Definition des Geltungsbereichs in § 1 Abs. 1 TV Gesundheitsfachberufe Charité.
106 Vgl. § 5 Nr. 1 TV-NRW.
107 § 2 Abs. 1 S. 2 TV PPV.
108 § 3 Abs. 1 S. 1 TV PPV.
109 Anlage 2: Somatik des TV PPV.

Form von Arbeitsbefreiung oder von zusätzlichem Entgelt ausgeglichen werden.[110]

In der Funktionsweise ähnliche Vorgaben enthält der Tarifvertrag Gesundheitsfachberufe Charité. Vorgesehen ist für die bettenführenden somatischen Stationen und Intensivstationen eine „Personal-Bemessung-Charité" (PBC), die „das Verhältnis von Pflegefachkraft zu betreuten, stationären Patienten und Patientinnen" stations- und schichtbezogen differenziert nach Früh-, Spät- und Nachtschicht festlegt.[111] Belastung tritt ein, wenn ein Mitarbeitender in einer Schicht gearbeitet hat, in der die PBC zum jeweiligen Messpunkt unterschritten wurde.[112] Bei Unterschreiten der PBC entstehen wiederum – von der Anzahl der geleisteten und belasteten Schichten abhängige – Charité Entlastungspunkte.[113] Ein solcher „Charité Entlastungspunkt" hat einen Gegenwert von acht Stunden Arbeitszeit. Die Punkte können wiederum auf unterschiedliche Weisen eingesetzt werden, zum Beispiel in Form von beschäftigungsfreien Ausgleichsschichten, der Einzahlung auf ein „Sabbatical-Konto", als finanzieller Ausgleich in Form der Einzahlung auf einen „Charité Pay Pass" oder auch als Kinderbetreuungszuschuss,[114] wobei der Einsatz vorrangig dem Freizeitausgleich dienen „soll".[115]

Der Tarifvertrag Entlastung an den Universitätskliniken des Landes NRW weicht von den Berliner Tarifverträgen insofern konzeptionell ab, als vier verschiedene „Entlastungsmodelle" sowie ein Modell zur Entlastung von Auszubildenden und Dual-Studierenden vereinbart worden sind.[116] Für die hier vorzunehmende Betrachtung ist das schichtgenaue Belastungsmodell ausschlaggebend, da dieses für den Einsatz von Pflegpersonal in den von den SGB V Regelungen erfassten Bereichen gilt. Das schichtgenaue Belastungsmodell („Modell 1") nach vereinbarten Verhältniszahlen entspricht wiederum in seiner Funktionsweise den dargestellten Berliner Tarifverträgen. Eine Belastungssituation wird hier im Wesentlichen definiert durch die Unterschreitung der in den Anlagen festgelegten Verhältniszahl in einer Schicht.[117] Belastungssituationen führen wiederum – bei Erreichen einer Mindestanzahl – zum Entstehen von Ansprüchen auf freie Entlastungstage.[118] Die Gewährung von Entlastungstagen ist vorrangig zu einer Auszahlung in Geld, letztere ist auf Wunsch der Beschäf-

110 § 8 TV PPV.
111 § 3 Abs. 1 S. 1 TV Gesundheitsfachberufe Charité.
112 § 9 Abs. 1 S. 1 TV Gesundheitsfachberufe Charité.
113 § 10 Abs. 1 S. 1 TV Gesundheitsfachberufe Charité.
114 Im Einzelnen festgelegt in § 11 Abs. 2 TV Gesundheitsfachberufe Charité.
115 § 11 Abs. 3 TV Gesundheitsfachberufe Charité.
116 § 2 Nr. 2 TV-E NRW.
117 § 2 Nr. 2 lit. a) TV-E NRW, im Detail § 3 Nr. 3 lit. a. TV-E NRW.
118 § 3 Nr. 4 TV-E NRW.

tigungen allerdings auch möglich.[119] Alle drei Tarifverträge enthalten eine im Einzelnen unterschiedlich ausgestaltete Obergrenze für jährlich maximal erreichbare Entlastungstage.[120]

2. Auswirkung der SGB V-Vorgaben auf die Vereinbarkeit der Tarifverträge Entlastung

Dem Abschluss der Tarifverträge Entlastung gingen, insbesondere in NRW, langanhaltende Streiks voraus.[121] Vor diesem Hintergrund ist es nicht überraschend, dass von Seiten der Arbeitgeber versucht worden ist, die Arbeitskämpfe gerichtlich zu unterbinden. Dabei ist unter anderem auch argumentiert worden, aufgrund des bestehenden „austarierten" Systems von Pflegepersonalvorgaben des SGB V – sowie abschließender gesetzlicher Vorgaben zur Ausbildung u.a. aus dem Pflegeberufegesetz – handele es sich um nicht tariflich regelbare Forderungen.[122] Die Arbeitsgerichte sind dem nicht gefolgt.[123] Sie haben argumentiert, bei den Regelungen des Pflegeberufegesetzes handele es sich um gesetzliche Mindeststandards, die von den Tarifvertragsparteien überschritten werden können.[124] Die gesetzlichen Regelungen zur Mindestbesetzung zielten demgegenüber primär auf den Schutz der Patienten und die Sicherung der Behandlungsqualität und nicht auf den Arbeits- und Gesundheitsschutz der Beschäftigten, was sich auch an den unterschiedlichen Rechtsfolgen zeige.[125] Dessen ungeachtet sind in jüngerer Zeit in der Literatur auf die Pflegepersonalvorgaben des SGB V gestützte Einwände gegen die tarifliche Regelbarkeit der Entlastungsforderungen oder jedenfalls ihre Durchsetzbarkeit mittels Arbeitskampfmaßnahmen formuliert worden.[126] Im Folgenden soll untersucht werden, ob die dargestellten Regelungen auf Grundlage des SGB V tatsächlich der Vereinbarung von Entlastungstarifverträgen entgegenstehen.

a) Die allgemeine Zulässigkeit von Besetzungsregeln in Tarifverträgen

Dass Besetzungsregeln – quantitative wie qualitative – zur Vermeidung einer Überlastung der Belegschaft tariflich regelbar sind, ist in der Rechtsprechung

119 § 3 Nr. 6 TV-E NRW.

120 § 3 Nr. 5 TV-E NRW; § 11 Abs. 2 lit. a) TV Gesundheitsfachberufe Charité; § 8 Abs. 3 TV PPV.

121 Notruf NRW, Gemeinsam stark für Entlastung, konkret wurde 77 Tage lang gestreikt.

122 Vgl. ArbG Bonn 14.6.2022 – 3 Ga 14/22, Rn. 10 f.

123 LAG Köln 1.7.2022 – 10 SaGa 8/22; ArbG Bonn 14.6.2022 – 3 Ga 14/22; zustimmend *Nielebock*, AuR 2023, 259; zuvor bereits zu den Berliner Entlastungstarifverträgen LAG Berlin-Brandenburg 24.6.2015 – 26 SaGA 1059/15.

124 LAG Köln 1.7.2022 – 10 SaGa 8/22, Rn. 65; ArbG Bonn 14.6.2022, Rn. 55 ff.

125 ArbG Bonn 14.6.2022, Rn. 60; das LAG hat sich nicht explizit mit den SGB V Vorschriften beschäftigt.

126 *Ricken*, VSSAR 2023, 371; *Thüsing/Bleckmann/Peisker*, ZFA 2023, 60.

geklärt und begegnet keinen ernsthaften Zweifeln.[127] Die Anzahl der in einer Schicht tätigen Beschäftigten hat – das wird bei der Pflege im Krankenhaus ganz besonders deutlich – maßgeblichen Einfluss auf die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten und das Ausmaß der körperlichen und psychischen Belastung, der diese ausgesetzt sind. Es gehört, wie es das LAG Berlin-Brandenburg formuliert hat, „zum elementaren Aufgabenbereich gewerkschaftlicher Betätigung, hier kollektive Schutzmaßnahmen zu vereinbaren, um diesen Bereich dem „freien Spiel der Kräfte" zu entziehen."[128]

Es kann daher im Folgenden nur um die Frage gehen, ob die gesetzlichen und untergesetzlichen Vorgaben des GKV-Rechts einer Entlastungsregelung in Tarifverträgen bei Unterschreiten tariflich festgelegter Besetzungsquoten entgegenstehen. Dies ist im Folgenden jeweils differenziert für die Pflegepersonaluntergrenzen auf Grundlage von § 137i SGB V und die neu geschaffene Pflegepersonalbemessung auf Grundlage von § 137k SGB V zu betrachten.

b) Auswirkung der Pflegepersonaluntergrenzen nach § 137i SGB V

Bei den Pflegepersonaluntergrenzen der PpUGV auf Grundlage von § 137i SGB V handelt es sich nach ihrem Zweck, ihrer Funktionsweise und ihrer gesetzlichen Benennung um Untergrenzen im Sinne eines aus Gründen des Patientenschutzes zwingend einzuhaltenden Mindeststandards.[129] Dies hat auch der Verordnungsgeber der PpUGV klar benannt: „Ziel der Regelung ist ein Zugewinn an Versorgungssicherheit durch eine Anhebung des Ausstattungsniveaus auf ein gesetzlich vorgeschriebenes Minimum, nicht aber die Festlegung einer im Einzelfall angemessenen Personalausstattung. Es obliegt den Krankenhäusern, den konkreten Personalbedarf anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu ermitteln, etwa unter Berücksichtigung der jeweiligen Organisation der Arbeitsabläufe, der Aufgabenverteilung zwischen den Berufsgruppen, der baulichen Verhältnisse, der technischen Ausstattung, des jeweiligen Versorgungsbereichs und der Bedürfnisse der spezifischen Patientengruppen."[130]

Schon aufgrund dieser Ausgestaltung als Untergrenze, bei der eine Abweichung nach oben bereits im Binnensystem der SGB V-Qualitätssicherung ge-

127 Vgl. BAG 17.6.199 – 2 AZR 456/9, Rn. 16; BAG 19.6.1984 – 1 AZR 361/82, Rn. 52; zu qualitativen Besetzungsregeln BAG 26.4.1990 – 1 ABR 84/87; zum Ganzen m.w.N. *Preis/Greiner*, Arbeitsrecht – Kollektivarbeitsrecht Rn. 406 ff.; *Ulber* in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag, Teil 5 (7) Besetzungsregeln.

128 LAG Berlin Brandenburg 24.6.2015 – 26 SaGa 1059/15, Rn. 84.

129 Vgl. dazu oben unter II. 3. a) aa).

130 Referentenentwurf des BMG zur PpUGV für das Jahr 2019 v. 23.8.2018, 26.

wollt ist, stehen § 137i SGB V und die PpUGV einer tariflichen Vereinbarung von Besetzungsregeln, die ein für die Patienten und die Beschäftigten günstigeres Verhältnis „Pflegekraft zu Patient" vorsehen, nicht entgegen.[131] Dies wird auch von *Thüsing/Bleckmann/Peisker* im Grundsatz anerkannt.[132] Allerdings wollen diese der PpUGV dennoch eine bei der Vereinbarung von Tarifverträgen oder jedenfalls den Arbeitskampfmaßnahmen begrenzend wirkende „Wertung" entnehmen. Der Gesetzgeber habe die betroffenen Gemeinwohl- sowie Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen durch die Untergrenzen zu einem „schonenden Ausgleich gebracht" und „eine erste Grenze zwischen Belastung und Überlastung vorgezeichnet".[133] Insbesondere habe er dabei auf „harte" Sanktionen wie Betten- oder Stationsschließungen bei Unterschreiten der Untergrenze verzichtet. Daraus folge im Ergebnis, dass „eine tarifliche Regelung, die das im Gesetzgebungsprozess verfolgte Ziel der Gewährleistung der Versorgungssicherheit durch allzu strenge Maßstäbe konterkariert, die faktisch nur durch Betten- oder Stationsschließungen gewahrt werden können, ausgeschlossen sein muss."[134] Damit wird der Gehalt der Pflegepersonaluntergrenzen verkannt. Anders, als von *Thüsing* u.a. suggeriert, geht es bei den Untergrenzen gerade nicht um einen schonenden Ausgleich aller beteiligten Interessen, sondern um einen aus Gründen des Patientenschutz zwingend einzuhaltenden Mindeststandard, der methodisch schlicht so bestimmt worden ist, dass allein die 25 % der Krankenhäuser mit dem „schlechtesten" Personalschlüssel diesen erhöhen müssen.[135] Damit sollte, wie die zitierten Ausführungen des Verordnungsgebers sehr deutlich zeigen, gerade keine Aussage zu einem angemessenen Qualitätsniveau getroffen werden. Erst recht lässt sich der PpUGV keine gesetzgeberische Wertung hinsichtlich einer Belastungsgrenze des Pflegepersonals entnehmen, denn eine solche sollte mit der PpUGV nicht ermittelt werden, was aufgrund des gewählten methodischen Ansatzes auch gar nicht möglich war. Die Ausführungen zur vermeintlich „sanften" Sanktion der PpUGV verkennen ebenfalls den Gehalt der gesetzlichen Regelungen. Denn bei Unterschreiten der festgelegten Grenzen sind, wie § 137i Abs. 5 S. 1 SGB V vorgibt, entweder Vergütungsabschläge oder eine Verringerung der Fallzahlen zu vereinbaren, § 137i Abs. 5 S. 1 SGB V. Mithin hat der Gesetzgeber genau die Folge, die von *Thüsing* u.a. missbilligt wird – eine Verringerung der Behandlungskapazitäten des Krankenhauses – als eine adäquate Rechtsfolge bei Unterschreiten der vorgegebenen Personalausstattung vorgesehen. All dies sollte aber nicht den Blick auf das Wesentliche versperren: Die Personaluntergrenzen stehen als Mindeststandard, als bewusst so konstruierte Untergrenze, der

131 Im Ergebnis ebenso *Ricken*, VSSAR 2023, 371, 387.
132 *Thüsing/Bleckmann/Peisker*, ZFA 2023, 60, 64.
133 *Thüsing/Bleckmann/Peisker*, ZFA 2023, 60, 64.
134 *Thüsing/Bleckmann/Peisker*, ZFA 2023, 60, 64.
135 Vgl. zur Methodik oben unter II. 3. a) aa).

tariflichen Vereinbarung von aus Patienten- bzw. Beschäftigtensicht günstigeren Personalschlüsseln nicht entgegen.

Ähnlich wie die Pflegepersonaluntergrenzen dürften letztlich auch die Vorgaben in Richtlinien des G-BA zur Pflegepersonalausstattung zu beurteilen sein.[136] Auch bei ihnen handelt es sich bereits nach dem Wortlaut in § 136 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V und § 136a Abs. 2 S. 2 SGB V um „Mindestanforderungen" bzw. „Mindestvorgaben". Auch wenn sie methodisch stärker auf die nach dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse angemessene Qualität ausgerichtet sind als die Untergrenzen mit ihrem methodischen Fokus auf das „schlechteste" Quartil der Krankenhäuser,[137] ist dem Gesetz keinerlei Hinweis darauf zu entnehmen, dass aus Beschäftigtensicht günstigere Vorgaben zum Schutz des Personals vor Überlastung unzulässig sein sollten.

c) Auswirkung der Personalbemessung nach § 137k SGB V

Anders könnte möglicherweise die Personalbemessung auf Grundlage von § 137k SGB V und der PPBV, die zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidungen über die Arbeitskampfnahmen zu den NRW-Tarifverträgen noch nicht existierte, zu beurteilen sein. So geht *Ricken* davon aus, § 137k SGB V stelle eine zwingende Regelung dar, die einer tariflich anderweitigen Gestaltung der Personalbemessung entgegensteht.[138] „Spätestens sobald also die in § 137k Abs. 4 und Abs. 5 SGB V vorgesehenen Rechtsverordnungen in Kraft treten, sind tarifliche Regelungen, die nicht diesen Vorgaben entsprechen, wegen Verstoßes gegen höherrangige Rechtsnormen rechtswidrig und nicht mehr anwendbar."[139] Es stellt sich also die Frage, ob sich dem § 137k SGB V tatsächlich ein Verbot abweichender tarifvertraglicher Vereinbarungen zum Arbeits- und Gesundheitsschutz der Beschäftigten entnehmen lässt.

Der Wortlaut des § 137k SGB V gibt dafür erkennbar nichts her, er enthält keine Aussage dazu, ob und in welchem Umfang auch ein aus Beschäftigtensicht günstigerer Personalschlüssel tarifvertraglich zulässig ist. Betrachtet man den Zweck von § 137k SGB V, so lässt sich feststellen, dass die sozialversicherungsrechtliche Personalbemessung tatsächlich nicht mehr auf einen bloßen Minimalstandard im Sinne der Untergrenzen, sondern bereits nach dem Wortlaut von § 137k Abs. 1 S. 1 SGB V auf eine „angemessene" Personalausstattung ausgerichtet ist. Die Argumentation zu § 137i SGB V, es handele sich ausschließlich um eine Untergrenze, lässt sich so also in Bezug auf § 137k SGB V nicht ohne Weiteres aufrechterhalten.

136 Vgl. *Ricken*, VSSAR 2023, 371, 387.
137 Vgl. nur § 136a Abs. 2 SGB V.
138 *Ricken*, VSSAR 2023, 371, 387 ff.
139 *Ricken*, VSSAR 2023, 371, 388 f.

Entscheidend ist aber etwas anderes: Die Entlastungstarifverträge und die SGB V-Qualitätssicherung dienen unterschiedlichen Zielen, begründen Pflichten in unterschiedlichen Rechtsverhältnissen und stehen nicht im Konflikt miteinander, weshalb sie nebeneinander anwendbar sind.[140] § 137k SGB V zielt primär auf eine Gewährleistung der Behandlungsqualität im Sinne der Patientensicherheit und der Funktionsfähigkeit der GVK-Versorgung.[141] Die Vorschrift begründet Pflichten der Krankenhäuser als Leistungserbringer gegenüber den Krankenkassen und mittelbar gegenüber den Patienten. Die Entlastungstarifverträge zielen hingegen primär auf den Arbeits- und Gesundheitsschutz der Beschäftigten im Sinne eines (präventiven) Schutzes vor Überlastung.[142] Sie begründen Pflichten der Krankenhäuser nicht als Leistungserbringer, sondern in ihrer „Arbeitgeberfunktion" gegenüber ihren Arbeitnehmer:innen. Das zeigt sich klar an den unterschiedlichen Rechtsfolgen. Während die Personalbemessung die Krankenhausträger zu Anpassungsmaßnahmen verpflichtet und bei deren Nichtvornahme Vergütungsabschläge vorsieht, vermitteln die Entlastungstarifverträge Ausgleichsansprüche der betroffenen Arbeitnehmer auf Freistellung oder hilfsweise finanzielle Abgeltung.[143] Die Vorgaben weisen mithin eine unterschiedliche Schutzrichtung auf und berühren sich lediglich insofern reflexhaft, als dass Arbeitsbedingungen und Qualität der Behandlung einander praktisch beeinflussen. Aus dem Umstand, dass § 137k SGB V ein aus Sicht des SGB V „angemessenes" Niveau der Patientenversorgung bestimmt, lässt sich mithin kein Verbot für vorteilhaftere tarifliche Vereinbarungen zum Gesundheitsschutz der Beschäftigten ableiten.

Die Einordnung von § 137k SGB V als beidseitig zwingendes Recht wird von *Ricken* dann auch im Wesentlichen nicht mit dem Zweck, sondern mit der Entstehungsgeschichte von § 137k SGB V begründet.[144] In der Fassung des Regierungsentwurfs zu § 137k (§ 137l der Entwurfsfassung) war nämlich noch eine explizite tarifliche Abweichungsmöglichkeit vorgesehen, die eine Abweichung „nach unten" erlaubt hätte. Die sich aus der Rechtsverordnung ergebenden Pflichten zur Personalbemessung sollten nach der Fassung des Regierungsentwurfs entfallen, „sofern für ein Krankenhaus in einem Tarifvertrag oder einer sonstigen Vereinbarung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern verbindliche Vorgaben zur Anzahl des in der unmittelbaren Patientenversorgung von Erwachsenen und Kindern auf bettenführenden Stationen einzusetzenden Pflegepersonals vereinbart wurden und diese Vereinbarung nach dem übereinstimmenden schriftlich oder elektronisch erklärten Willen der Ta-

140 In diese Richtung argumentierend bereits ArbG Bonn 14.6.2022 – 3 Ga 14/22, Rn. 60.
141 Ausführlich dazu oben unter 2. b).
142 Ausführlich zu dieser Zielrichtung LAG Berlin-Brandenburg 24.6.2015 – 26 SaGa 1059/15, Rn. 78 ff.
143 Vgl. ArbG Bonn 14.6.2022 – 3 Ga 14/22, Rn. 60.
144 *Ricken*, VSSAR 2023, 371, 387 ff.

rifvertragsparteien der Anwendung der Rechtsverordnung nach den Absätzen 3 und 4 vorzuziehen ist."[145] In der Begründung des Regierungsentwurfs ist dabei konkret auf die Entlastungstarifverträge verwiesen worden.[146] Diese Abweichungsklausel ist im Gesundheitsausschuss gestrichen worden. Die Streichung ist nach den Ausführungen im Ausschussbericht erfolgt, „um eine bundesweite Anwendung und Vergleichbarkeit der Ergebnisse der Bemessungsverfahren sicherzustellen."[147]

Was folgt aus diesem Vorgang, einer zunächst vorgesehenen und dann im Gesetzgebungsverfahren gestrichenen Abweichungsmöglichkeit „nach unten" durch Tarifvertrag? Richtig ist, dass tarifvertragliche Vereinbarungen, die eine bundesweit einheitliche Anwendung der Personalbemessung unterlaufen, nach dem sich aus den Materialien ergebenden gesetzgeberischen Willen nicht gewollt sind. Tatsächlich hätte die zunächst vorgeschlagene Vorschrift, die eine Suspendierung der Pflichten des § 137k SGB V durch Tarifvertrag vorsah, die Einheitlichkeit der bundesweiten Anwendung des § 137k SGB V gefährdet, worauf die Begründung des Gesundheitsausschusses Bezug nimmt. Eine solche Gefährdung der Durchführung der Personalbemessung nach § 137k SGB V begründen die Entlastungstarifverträge aber gerade nicht. Vielmehr sind die Personalbemessung nach § 137k SGB V und die Tarifverträge vollständig nebeneinander anwendbar, ohne sich durch ihre parallele Anwendung gegenseitig zu beeinträchtigen. Die PPBV begründet als Rechtsverordnung zur Umsetzung des § 137k SGB V Rechtspflichten der Krankenhäuser zu Ermittlung und Übermittlung sowohl ihrer „Ist-Personalbesetzung" als auch einer „Soll-Personalbesetzung". Dabei liegt der Ermittlung der „Soll-Personalbesetzung" die Methodik der PPR 2.0 zugrunde. Diese Pflichten und ihre bundeseinheitliche Durchführung werden durch einen etwaigen zusätzlichen Personalschlüssel, den die Krankenhäuser aus Gründen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes erfüllen müssen, in keiner Form beeinträchtigt. Es muss weiterhin eine Ermittlung der „Ist-Personalbesetzung" und der „Soll-Personalbesetzung" nach den in der PPBV vorgegebenen Regeln erfolgen, ebenso wie eine spätere schrittweise Anpassung an die „Soll-Besetzung". Keine Beeinträchtigung der einheitlichen Anwendung der Personalbemessung liegt darin, dass Krankenhäuser mit Entlastungstarifvertrag möglicherweise deshalb über einen günstigeren „Ist-Zustand" der Personalbesetzung verfügen. Dass die Krankenhäuser in Deutschland gegenwärtig über eine voneinander abweichende „Ist-Personalbesetzung" verfügen, hat mannigfaltige Gründe, zu der neben der Größe des Hauses, der Finanzkraft des Trägers und der Lage der Klinik auch das Vorhan-

145 BT-Drs. 20/3876, 17.
146 BT-Drs. 20/3876, 48.
147 BT-Drs. 20/4708, 105.

densein eines Entlastungstarifvertrages gehören können. Das unterläuft die einheitliche Anwendung der Personalbemessung jedoch nicht. Sie setzt nicht voraus, dass alle Krankenhäuser bereits bei der Erfassung des Status quo „gleich gut" sind, was auch höchst unwahrscheinlich wäre.

Letztlich erweist sich das Verhältnis hier als identisch mit dem Verhältnis von Pflegepersonalbemessung und G-BA Richtlinien. Beide Instrumente zielen auf unterschiedliche Rechtsfolgen und sind nebeneinander anwendbar.

Im Ergebnis lässt sich § 137k SGB V kein Verbot der Vereinbarung eines zusätzlichen – als Maßstab für die Feststellung der Überlastung der Beschäftigten – geltenden Personalschlüssels in Tarifverträgen entnehmen. Unzulässig wären nur solche tariflichen Vereinbarungen, die eine Durchführung der Personalbemessung beeinträchtigen, in dem sie von den Pflichten der PPBV disponieren. Das tun die Entlastungstarifverträge, die sozialversicherungsrechtliche Anforderungen unberührt lassen, mithin neben diesen anwendbar sind, nicht.[148]

IV. Fazit

Das Leistungserbringungsrecht des SGB V enthält mit den Pflegepersonaluntergrenzen, dem Pflegpersonalquotienten und der Pflegepersonalbemessung drei Instrumente, die spezifisch auf die Personalbesetzung in der Pflege der somatischen Krankenhausversorgung ausgerichtet sind. Hinzu treten quantitative und qualitative Personalvorgaben in Richtlinien des G-BA, die bislang ganz überwiegend – aber nicht zwingend – die stationäre psychiatrische und psychosomatische Versorgung betreffen. Diese Instrumente zielen als Teil des SGB V-Qualitätssicherungsrechts primär auf die Minimierung von Behandlungsrisiken, die sich bei Unterbesetzung in der Krankenhauspflege ergeben sowie auf die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Krankenhausversorgung insgesamt. Sie regeln die Personalbesetzung in der Pflege als strukturelle Voraussetzung einer Krankenhausversorgung, die dem anerkannten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse entspricht. Ein Paradigmenwechsel ist allerdings insoweit mit der Einführung der Personalbemessung auf Grundlage von § 137k SGB V und der PPBV verbunden, als dass diese nicht mehr nur auf einen Mindeststandard, sondern auf eine „angemessene Personalausstattung" ausgerichtet ist. Anders als Personaluntergrenzen und Personalquotient abstrahiert die Personalbemessung auch nicht vom tatsächlichen Versorgungsbedarf

148 So sogar explizit § 1 Abs. 2 TV PPV v. 12.10.2021.

auf den Stationen der Krankenhäuser, sondern setzt den Abgleich eines „Ist-Zustandes“ mit einem anhand des tatsächlich anfallenden Pflegebedarfs auf den Stationen bestimmten „Soll-Zustand“ voraus. Die Pflegepersonalvorgaben des SGB V sind grundsätzlich nebeneinander anwendbar. Allein für das Verhältnis von Untergrenzen und Verhältniszahlen in G-BA Richtlinien statuiert § 1 Abs. 3 PpUGV eine Art „patientensichtbezogenes Günstigkeitsprinzip“,[149] das aber bislang praktisch keine Bedeutung erlangt hat.

Während der Pflegepersonalquotient bislang rechtsfolgenlos geblieben ist, sind die Personaluntergrenzen auf Grundlage der PpUGV erheblicher rechtlicher und rechtspolitischer Kritik ausgesetzt. Rechtlich steht primär die pauschale Vorgabe einheitlicher Verhältniswerte für die Anzahl von Pflegekräften pro Patient, die allein aufgrund der Benennung einer Station erfolgt, in der Kritik. Diese erweist sich in der Tat als schwerlich mit der Ermächtigungsgrundlage des § 137i Abs. 1 S. 3 SGB V vereinbar. Bis zur Einführung des § 31 KHG fehlte es im Übrigen an einer hinreichend bestimmten Beleihung des InEK. Im Übrigen drohen die Untergrenzen aufgrund ihrer Orientierung an dem Viertel der Krankenhäuser mit der „schlechtesten“ Personalbesetzung eine „Regelbesetzung auf Mindestniveau“ zu verfestigen, was ihre Tauglichkeit in rechtspolitischer Hinsicht infrage stellt.

Auf der Ebene des kollektiven Arbeitsrechts sind insbesondere Entlastungstarifverträge von Bedeutung, die nach intensiven Arbeitskämpfen mit verschiedenen Krankenhäusern, insbesondere solchen der Maximalversorgung, geschlossen werden konnten. Diese bestimmen anhand des Unterschreitens von Verhältniszahlen „Pflegekraft pro Patient“ den Eintritt einer Belastungssituation für das Personal und knüpfen daran Ausgleichsansprüche, primär in Form von Entlastungstagen. Die Entlastungstarifverträge zielen auf den Gesundheitsschutz der Beschäftigten vor Überlastung und sind, da sie mit einer anderen Schutzrichtung Pflichten in einem anderen Rechtsverhältnis begründen, neben den Pflegepersonalvorgaben des SGB V anwendbar. Auch die Pflegpersonalbemessung nach § 137k SGB V steht – entgegen einer in der Literatur vertretenen Einschätzung – der Vereinbarkeit von Verhältniszahlen in Entlastungstarifverträgen nicht entgegen. Denn die Entlastungstarifverträge suspendieren – anders als es eine zunächst geplante tarifliche Abweichungsmöglichkeit nach „unten“ getan hätte – nicht von den durch § 137k SGB V und die PPBV begründeten Pflichten und behindern die bundesweite Durchführung der Pflegepersonalbemessung nach dem SGB V nicht. Eine Angleichung der Personalbemessung nach § 137k SGB V und derjenigen, die den Entlastungstarifverträgen zugrunde liegt, dürfte aber, sofern nicht ohnehin beide bereits auf der PPR 2.0 basieren, aus Praktikabilitätsgründen empfehlenswert sein.

149 *Ricken*, VSSAR 2023, 371, 377.

Literatur

Auffenberg, Jennie/Becka, Denise/Evans, Michaela/Kokott, Nico/Schleicher, Sergej/Braun, Esther, „Ich pflege wieder, wenn …" – Potentialanalyse zur Berufsrückkehr und Arbeitszeitaufstockung von Pflegefachkräften, Bremen 2022, abrufbar unter: *https://www.arbeitnehmerkammer.de/fileadmin/user_upload/Downloads/Politik/Rente_Gesundheit_Pflege/Bundesweite_Studie_Ich_pflege_wieder_wenn_Langfassung.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Deister, Sören, Verfassungs- und sozialrechtliche Überlegungen zu den geplanten sektorenübergreifenden Versorgungseinrichtungen, GesR 2024, 422–431.

Dettling, Heinz-Uwe/Gerlach, Alice (Hrsg.), BeckOK Krankenhausrecht, 8. Edition, Stand: 1.6.2024, München (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOK-KHR, § Rn.).

Deutsche Krankenhausgesellschaft/GKV-Spitzenverband, Bericht über die Auswirkungen der Pflegepersonaluntergrenzen gemäß § 137i Absatz 6 SGB V, 22.1.2024 Berlin, abrufbar unter: *https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung_1/krankenhaeuser/flegepersonaluntergrenzen/2024-01-22_KH_Gem_Bericht_ueb_d_Auswirkungen_d_PpUG_final.pdf* (zuletzt abgerufen am 9.11.2024).

Deutsche Krankenhausgesellschaft, Personal & Weiterbildung, PPR 2.0 – Was ist das?, abrufbar unter: *https://www.dkgev.de/themen/personal-weiterbildung/ppr-20/* (zuletzt abgerufen am 9.11.2024).

Deutscher Ethikrat (Hrsg.), Patientenwohl als ethischer Maßstab für das Krankenhaus, Stellungnahme, Berlin 2016, abrufbar unter: *https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-patientenwohl-als-ethischer-massstab-fuer-das-krankenhaus.pdf* (zuletzt abgerufen am 9.11.2024).

Evers, Arne, Ein grober Anhaltspunkt, Die Schwester | Der Pfleger, 12/2021, 63–65.

Harney, Anke/Huster, Stefan/Recktenwald, Britta, Das Recht der Qualitätssicherung im SGB V – rechtliche Grundlagen und Systematisierung Teil 1 und Teil 2, MedR 2014, 273–282 und 365–372.

Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Begr.), Sozialgesetzbuch (SGB) Gesamtkommentar, Band: SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung, (Bandherausgeber: Rademacker, Olaf), Stand: 10/2024, Loseblatt Berlin (zit.: *Bearbeiter* in: Hauck/Noftz, § SGB V Rn.).

Hennsler, Martin/Moll, Wilhelm/Bepler, Klaus (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2. Aufl., Köln 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: Henssler/Moll/Bepler, Der Tarifvertrag).

Hentschker, Corinna/Goerdt, Gideon/Scheller-Kreinsen, David, Das Pflegebudget im dritten Jahr der Umsetzung: Analysen und Entwicklungen, in: Klauber, Jürgen/Wasem, Jürgen/Beivers, Andreas/Mostert, Carina (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2023, Berlin 2023, 251–264.

Köppen, Julia/Busse, Reinhard, Die Personalsituation im Krankenhaus im internationalen Vergleich, in: Klauber, Jürgen/Wasem, Jürgen/Beivers, Andreas/Mostert, Carina (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2023, Berlin 2023, 19–32.

Körner, Anne/Krasney, Martin/ Mutschler, Bernd/Rolfs, Christian (Hrsg.) beck-online. GROSSKOMMENTAR (Kasseler Kommentar), Stand: 1.1.2024, München (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOGK (KassKomm) § Gesetz Rn.).

KPMG, Erprobung der Pflegpersonalregelung 2.0 (PPR 2.0) und der Kinder-Pflegepersonalregelung 2.0 (Kinder-PPR 2.0), Abschlussbericht, August 2023, abrufbar unter: *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/publikationen/details/erprobung-der-pflegepersonalregelung-20-ppr-20-und-der-kinder-pflegepersonalregelung-20-kinder-ppr-20* (zuletzt abgerufen am 9.11.2024).

Nielebock, Helga, Rechtmäßiger Arbeitskampf um einen Entlastungstarifvertrag in Unikliniken, AuR 2023, 259–261.

Penter, Volker/Blum, Karl/Schuhmacher, Luisa, „Personalnotstand im Krankenhaus – Quo vadis?, BDO/DKI-Studie 2023, abrufbar unter: *https://www.dki.de/fileadmin/user_upload/BDO_DKI_Studie_2023.pdf* (zuletzt abgerufen am 9.11.2024).

Preis, Ulrich/Greiner, Stefan, Arbeitsrecht – Kollektivarbeitsrecht, 6. Aufl., Köln 2024.

Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung, 3. Stellungnahme und Empfehlung der Regierungskommission für eine moderne und bedarfsgerechte Krankenhausversorgung, Grundlegende Reform der Krankenhausvergütung vom 6.12.2022, abrufbar unter: *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/krankenhaus/regierungskommission-krankenhausversorgung* (zuletzt abgerufen am 27.9.2024).

Ricken, Oliver, Tarifliche Personalbemessung im Gesundheitssektor als Schnittstelle zwischen Arbeits- und Sozialrecht, VSSAR 2023, 371–390.

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, SGB V, 73. Edition, Stand: 1.6.2024, München (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOK Sozialrecht, § SGB V Rn.).

Roters, Dominik, Wie viel Evidenzbasierung braucht die Qualitätssicherung? GesR 2012, 604–610.

Schmedders, Mechtild/Trewendt, Christina/Egerer, Johannes, Pflegepersonalvorgaben im Krankenhaus, in: Klauber, Jürgen/Wasem, Jürgen/Beivers, Andreas/Mostert, Carina (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2023, Berlin 2023, 213–232.

Simon, Michael, Das DRG-Fallpauschalensystem für Krankenhäuser, Working Paper Forschungsförderung Nummer 196, Düsseldorf November 2020.

Simon, Michael, Von der Unterbesetzung in der Krankenhauspflege zur bedarfsgerechten Personalausstattung, Working Paper Forschungsförderung Nummer 096, Düsseldorf Oktober 2018.

Thüsing, Gregor/Bleckmann, Lena/Peisker, Yannick, Gemeinwohlschranken des Arbeitskampfes und des Tarifvertrags – Zur Regelbarkeit und zur Erstreikbarkeit von pflegerischen Besetzungs- und Entlastungsregeln in Universitätsklinika, ZfA 2023, 60–99.

ver.di, Stellungnahme zum Referentenentwurf des BMG zu einer Verordnung zur Festlegung von Personaluntergrenzen in pflegesensitiven Bereichen in Krankenhäusern für das Jahr 2021, Berlin 7.10.2022, abrufbar unter: *https://gesundheit-soziales-bildung.verdi.de/++file++5f8dba7d571570473b8e5823/download/20201007verdi-stn-RefE-PpUGV_2021.pdf* (zuletzt abgerufen am 9.11.2024).

ver.di, Betriebsgruppe Universitätsklinikum Münster, Tarifvertrag Entlastung, abrufbar unter: https://vlukm.blog.muenster.org/tarifvertrag-entlastung/ (zuletzt abgerufen am 9.11.2024).

ver.di, Einigung über Eckpunktepapier für Entlastungsvereinbarung, abrufbar unter: *https://www.mhh-verdi.de/tv-e/* (zuletzt abgerufen am 9.11.2024).

ver.di, Wir haben gewonnen! Tarifverhandlung erfolgreich abgeschlossen, abrufbar unter: *https://notruf-entlastungnrw.de/* (zuletzt abgerufen am 18.11.2024).

Wasem, Jürgen/Blase, Nikola, Die Personalentwicklung im Krankenhaus seit 2000, in: Klauber, Jürgen/Wasem, Jürgen/Beivers, Andreas/Mostert, Carina (Hrsg.), Krankenhaus-Report 2023, Berlin 2023, 3–18.

Wollenschläger, Ferdinand, Krankenhausreform und Grundgesetz, Tübingen 2023.

Sonstige Quellen

BMG, Referentenentwurf einer Verordnung zur Festlegung von Pflegepersonaluntergrenzen in pflegesensitiven Krankenhausbereichen für das Jahr 2019 (Pflegepersonaluntergrenzen-Verordnung PpUGV), Bearbeitungsstand: 23.08.2018 14:01 Uhr, abrufbar unter: *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/GuV/P/PpUGV_RefE.pdf* (zuletzt abgerufen am 18.11.2024).

Charité, Tarifvertrag Gesundheitsfachberufe Charité (TV Gesundheitsfachberufe) vom 15.12.2021, abrufbar unter: *https://www.charite.de/fileadmin/user_upload/portal_relaunch/karriere/dokumente/tarife/Tarifvertrag_Gesundheitsfachberufe.pdf* (zuletzt abgerufen am 9.11.2024).

InEK, PpUG-Sanktions-Vereinbarung, abrufbar unter: *https://www.g-drg.de/pflegepersonaluntergrenzen-2023/ppug-sanktions-vereinbarung* (zuletzt abgerufen am 9.11.2024).

InEK, Aktuelles, Katalog zur Risikoadjustierung für Pflegeaufwand (Pflegelast-Katalog) Version 2024, 20.10.2023, abrufbar unter: *https://www.g-drg.de/aktuelles/katalog-zur-risikoadjustierung-fuer-pflegeaufwand-pflegelast-katalog-version-2024* (zuletzt abgerufen am 9.11.2014).

InEK, Pflegepersonalquotienten, Hinweise zur Veröffentlichung der vergleichenden Zusammenstellung der Pflegepersonalquotienten gem. § 137j Abs. 1 Satz 9 SGB V im Jahr 2023, 20.10.2023, abrufbar unter: *https://www.g-drg.de/pflegepersonaluntergrenzen-2023/pflegepersonalquotienten* (zuletzt abgerufen am 9.11.2014).

Vivantes, Tarifvertrag Pro Personal Vivantes (TV PPV) v. 12.10.2021, abrufbar unter: *https://www.dgina.de/images/download/tarifvertrag_vivantesverdi.pdf* (zuletzt abgerufen am 9.11.2024).

Ökonomische Perspektive auf die Entwicklung der Langzeitpflege

Prof. Dr. Stefan Greß/Christian Jesberger

Inhaltsübersicht

I. Einleitung 167
II. Finanzierung der Pflegeversicherung 168
1. Verschiebung der Finanzierungsverantwortung zu Lasten der Pflegebedürftigen 169
2. Gerechte Lastenverteilung zwischen sozialer und privater Pflegeversicherung? 171
III. Lösungsansätze 173
1. Maßnahmen zur Leistungsdynamisierung 174
a) Sockel-Spitze-Tausch 175
b) Leistungszuschläge 176
2. Ad-hoc Maßnahmen 179
a) Anstieg der Beitragssätze 179
b) Steuerfinanzierter Bundeszuschuss 180
c) Finanzierung der Behandlungspflege 182
3. Strukturelle Maßnahmen 183
a) Reform der Beitragsfinanzierung 183
b) Obligatorische private Zusatzversicherungen 185
IV. Zusammenfassung 191
Literatur 192
Sonstige Quellen 194

I. Einleitung

Die Finanzierung der Langzeitpflege ist nicht erst seit Einführung der Pflegeversicherung als eigenständigem Zweig der Sozialversicherung ein Dauerthema in der politischen und wissenschaftlichen Debatte. Der seit Einführung der Pflegeversicherung im Jahr 1995 in den Grundzügen weitgehend konstante Finanzierungsmix steht derzeit auf dem Prüfstand. Hintergrund dieser Entwicklung sind primär die schlechten Arbeitsbedingungen und die im Vergleich zur Akutkrankenpflege deutlich schlechtere Entlohnung in der Langzeitpflege.

Die schlechten Arbeitsbedingungen – verursacht vor allem durch einen akuten Personalmangel – führen in Kombination mit der unterdurchschnittlichen Entlohnung dazu, dass sich Pflegekräfte aus ihrem Beruf zurückziehen und damit den Personalmangel noch weiter verschärfen. Gegenmaßnahmen gegen diesen Trend – etwa steigende Vergütungen – mildern zwar die beschriebene Problematik. Steigende Vergütungen für die Pflegekräfte werden allerdings nach der derzeitigen Finanzierungslogik nicht von der Pflegeversicherung, sondern im Rahmen steigender Eigenanteile von den Pflegebedürftigen, deren Angehörigen bzw. den kommunalen Sozialhilfeträgern finanziert. Damit wird die Finanzierungsfunktion der Pflegeversicherung sukzessive ausgehöhlt.[1]

Vor diesem Hintergrund gehen wir in diesem Beitrag zunächst aus einer ökonomischen Perspektive auf die zentralen Gestaltungsprinzipien der Pflegeversicherung ein. Im folgenden Abschnitt stellen wir die oben angedeuteten aktuellen Herausforderungen für die Finanzierung der Pflegeversicherung vor dem Hintergrund der Bemühungen des Gesetzgebers um eine bessere Entlohnung und eine bessere Personalausstattung in der Langzeitpflege dar. Im Anschluss diskutieren wir Lösungsoptionen, die aus unserer Sicht in einer Neujustierung der Finanzierungsverantwortung und Finanzierungslogik liegen.

II. Finanzierung der Pflegeversicherung

In diesem Abschnitt analysieren wir zwei zentrale Problemfelder in der Langzeitpflege, die konstitutiv für die Finanzierung von pflegerischen Leistungen in der aktuellen pflegepolitischen Debatte sind. Erstens stiegen die einrichtungseinheitlichen Eigenanteile in der stationären Langzeitpflege in den letzten Jahren sehr stark an. Diese Entwicklung höhlt sukzessive die Finanzierungsfunktion und damit auch die Legitimation der Pflegeversicherung aus. Zweitens wirkt sich die Risikoselektion der privaten Krankenvollversicherung zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) mittelbar auch auf die soziale Pflegeversicherung (SPV) und die private Pflegepflichtversicherung (PPV) aus. Von einer schon im Jahr 2001 vom Bundesverfassungsgericht angemahnten gerechten Lastenverteilung zwischen den beiden Zweigen einer Pflegevolksversicherung kann weiterhin keine Rede sein.

1 *Greß/Jesberger* in: Zerth/Francois-Kettner, Pflege-Perspektiven, Ordnungspolitische Aspekte, Erkenntnisse aus der Versorgungsforschung und Implikationen für eine ‚gute Praxis' der Pflege, 11 ff.; *Greß/Jesberger*, G+G 10/2022, 19 ff.

1. Verschiebung der Finanzierungsverantwortung zu Lasten der Pflegebedürftigen

Die ursprüngliche Gründungsidee der Pflegeversicherung bestand darin, dass Pflegebedürftige durch Beitragszahlungen Ansprüche auf die Finanzierung pflegerischer Leistungen erwerben sollten. Die Leistungsgewährung nach Antragstellung und Begutachtung sollte zumindest im Grundsatz eine häufig als entwürdigend empfundene Bedürftigkeitsprüfung beim Sozialamt ersetzen. Für die kommunalen Sozialhilfeträger ergab sich als Konsequenz eine deutliche finanzielle Entlastung. Insbesondere aus Finanzierungsgründen – und damit nicht zuletzt aus Gründen der politischen Durchsetzbarkeit – ist die gesetzliche Pflegeversicherung im Gegensatz zur gesetzlichen Krankenversicherung als Teilleistungssystem konzipiert. Das bedeutet, dass nur ein Teil des festgestellten Bedarfs aus den Mitteln der Pflegeversicherung finanziert wird.

Der Begriff des Teilleistungssystems ist zwar nicht einheitlich definiert, impliziert zumindest in der stationären pflegerischen Versorgung jedoch unterschiedliche Finanzierungszuständigkeiten. Weitgehend unstrittig ist, dass die Kosten für Unterkunft und Verpflegung von den Pflegebedürftigen selbst zu tragen sind, weil diese Kosten der Lebensführung auch außerhalb einer Pflegeeinrichtung angefallen wären. Die Finanzierungsverantwortung für die Investitionskosten liegt grundsätzlich bei den Bundesländern. Diese sollen gemäß der gesetzlichen Regelung in § 9 SGB XI zur finanziellen Förderung der Investitionskosten der Pflegeeinrichtungen Einsparungen einsetzen, die den Trägern der Sozialhilfe durch die Einführung der Pflegeversicherung entstehen. Die Pflegeversicherung soll schließlich pflegebedingte Kosten finanzieren. Es lässt sich durchaus kontrovers diskutieren, ob der Gesetzgeber bei der Einführung der Pflegeversicherung eine vollständige Finanzierung der pflegebedingten Kosten durch die Pflegeversicherung zum Ziel hatte.[2] Empirisch zeigt sich jedoch bei der Analyse des von den Pflegebedürftigen zu zahlenden Eigenanteils, dass der für die pflegebedingten Kosten zu zahlende Eigenanteil bei der Einführung der Pflegeversicherung sehr gering bzw. nahe null gewesen ist.[3]

Die Entwicklung der Eigenanteile in den Jahren 1999 bis 2024 (vgl. „Tabelle 1: Entwicklung der Eigenanteile in der stationären Pflege 1999 bis 2024 (alle Beträge in Euro)“) zeigt, dass sich die oben beschriebenen Finanzierungszuständigkeiten sukzessive zu Lasten der Pflegebedürftigen verschoben haben. Besonders stark

2 *Rothgang*, Ausschussdrucksacke 19(14)0014(15).

3 Bundesweite Daten hierzu liegen erst seit 1999 vor. Daten aus Nordrhein-Westfalen bestätigen jedoch einen Eigenanteil für pflegebedingte Kosten, der direkt nach der Einführung der Pflegeversicherung im Jahr 1996 zumindest in den Pflegestufen I und II nahe null lag, Rot*hgang*, Ausschussdrucksacke 19(14)0014(15).

sind die Eigenanteile für die pflegebedingten Kosten gestiegen. Ursache hierfür ist die in der Finanzierungssystematik nicht angelegte Dynamisierung von Leistungen der Pflegeversicherung. So war der Leistungsbetrag in der stationären Versorgung von 1994 bis 2008 konstant, so dass steigende Kosten ausschließlich von den Pflegebedürftigen zu tragen waren.[4]

Tabelle 1: Entwicklung der Eigenanteile in der stationären Pflege 1999 bis 2024 (alle Beträge in Euro)

Jahr	Unterkunft und Verpflegung	Investitionskosten	Pflegekosten	Gesamt
1999	560	293	244	1.097
2001	578	332	302	1.212
2003	578	360	393	1.331
2005	578	376	423	1.377
2007	608	387	454	1.449
2009	617	397	513	1.527
2011	629	408	532	1.569
2013	651	418	596	1.665
2015	681	416	643	1.740
2017	714	401	628	1.743
2019	728	447	655	1.830
2020	756	453	731	1.940
2021	776	458	831	2.068
2022	801	466	912	2.179
2023	857	472	1.139	2.468
2024	921	485	1.377	2.783

Alle Beträge in Euro. Werte für Pflegestufe II bzw. Pflegegrad 3. Die einrichtungseinheitlichen Eigenanteile für pflegebedingte Kosten seit 2022 werden ohne die Leistungszuschläge nach § 43c SGB XI (siehe unten) ausgewiesen.

Quelle: *Rothgang/Müller,* Pflegereport 2019, Ambulantisierung der Pflege; *vdek*, Pressemitteilung v. 11.1.2024.

4 In den Jahren 2008, 2010 und 2012 kam es dann zu Anpassungen des Leistungsbetrags – im stationären Sektor aber nur in der Pflegestufe III.

Die Dynamik beim Anstieg der pflegebedingten Kosten hat sich aktuell deutlich verschärft. Hintergrund sind für die Attraktivität des Pflegeberufs dringend notwendige Verbesserungen bei der Entlohnung, die schon vor den gesetzlichen Interventionen zu steigenden Kosten für die Einrichtungsträger und damit zu steigenden einrichtungseinheitlichen Eigenanteilen für die Pflegebedürftigen geführt haben. Seit Implementierung der sog. Tariftreueregelung ab dem 1. September 2022 hat sich der Anstieg noch weiter erhöht. Seit Januar 2022 sind die durchschnittlichen einrichtungseinheitlichen Eigenanteile in der stationären Pflege um 465 € angestiegen (vgl. „Tabelle 1: Entwicklung der Eigenanteile in der stationären Pflege 1999 bis 2024 (alle Beträge in Euro)"). Dabei sind die Entlastungen für die Pflegebedürftigen im Rahmen des § 43c SGB XI (Leistungszuschläge) allerdings noch nicht berücksichtigt.

Für die stationäre Pflege ist die Verschiebung der Finanzierungsverantwortung zu Lasten der Pflegebedürftigen vergleichsweise transparent. Dies ist in der ambulanten Pflege anders. Die Empfänger*innen von ambulant erbrachten Pflegesachleistungen sind allerdings von den steigenden Personalkosten und der mangelnden Leistungsdynamisierung ebenfalls betroffen. Die Pflegedienste geben steigende Vergütungen für die professional erbrachten Dienstleistungen ebenfalls an die Pflegebedürftigen weiter. Die Leistungssätze der Pflegeversicherung wachsen jedoch wie in der stationären Pflege deutlich langsamer als die Kosten. Somit stehen die Pflegebedürftigen vor der Wahl, entweder weniger Leistungen im Rahmen der Pflegeversicherung in Anspruch zu nehmen oder zusätzliche Leistungen privat zu finanzieren.

Die derzeitige Finanzierungssystematik in der Pflegeversicherung führt somit dazu, dass diese dringend notwendigen Maßnahmen zur Bekämpfung des Fachkräftemangels ausschließlich von den Pflegebedürftigen, deren Angehörigen und den kommunalen Sozialhilfeträgern zu finanzieren sind. Damit werden nach und nach die Finanzierungsfunktion und somit auch die Legitimation der Pflegeversicherung ausgehöhlt.

2. Gerechte Lastenverteilung zwischen sozialer und privater Pflegeversicherung?

Die oben diskutierten steigenden Eigenanteile verschieben die Finanzierungverantwortung sukzessive von der Versichertengemeinschaft zu den Pflegebedürftigen. Ursache ist vor allem die schon bei der Gründung der Pflegeversicherung angelegte mangelnde Leistungsdynamisierung, die vor allem bei rasch steigenden Kosten besonders virulent wird. Ebenfalls bei der Gründung der Pflegeversicherung hat der Gesetzgeber die Zweiteilung von gesetzlicher und privater Krankenversicherung auch in der Pflegeversicherung angelegt. Allerdings haben die Versicherten im Grundsatz kein eigenständiges Wahl-

recht zwischen sozialer Pflegeversicherung und privater Pflegepflichtversicherung.[5] Die Wahlentscheidung in der Krankenversicherung gilt auch für die Pflegeversicherung. Im Unterschied zur Krankenversicherung haben die Pflegeversicherten allerdings identische Leistungsansprüche in den beiden Versicherungszweigen. Auch das Begutachtungsverfahren ist identisch. Unterschiede in der Ausgabenentwicklung müssen daher auf unterschiedlich hohe Pflegerisiken zurückgehen.

Ein Blick auf die Finanzkennzahlen in den beiden Zweigen der Pflegeversicherung zeigt, dass es sich um zwei grundsätzlich verschiedene Risikopools in den beiden Versicherungszweigen handelt (vgl. „Tabelle 2: Finanzkennzahlen soziale Pflegeversicherung und private Pflegepflichtversicherung 2005 und 2023"). Die Anzahl der Pflegebedürftigen je 100 Versicherte war in der SPV im Jahr 2023 fast doppelt so hoch wie in der PPV. Zwar nähern sich die Altersstrukturen zwischen den beiden Versicherungszweigen nach und nach an – in der Pflegeprävalenz gibt es seit 2005 nur eine marginale Annäherung zwischen den beiden Versicherungszweigen.[6] Ähnliches gilt für die Leistungsausgaben je Pflegebedürftigen in Euro. Hier sind die Ausgaben in der SPV weiterhin deutlich höher als in der PPV, speziell ohne Einbezug der aus Steuermitteln finanzierten Beihilfeausgaben.[7] Die Privatversicherten haben daher nicht nur ein niedrigeres Pflegerisiko – insbesondere wegen des engen Zusammenhangs zwischen sozioökonomischem Status und Pflegebedürftigkeit. Im Durchschnitt ist außerdem das Ausmaß der Pflegebedürftigkeit geringer als in der sozialen Pflegeversicherung. In der Konsequenz ist es nicht überraschend, dass die finanzielle Belastung für die Privatversicherten deutlich niedriger ist als in der sozialen Pflegeversicherung.

5 Freiwillig gesetzlich Versicherte können zeitlich sehr begrenzt in die private Pflegepflichtversicherung wechseln.

6 *Haun,* G+ G Wissenschaft 2/2024, 30 ff.

7 *Haun,* G+G Wissenschaft 2/2024, 30 ff.

Tabelle 2: Finanzkennzahlen soziale Pflegeversicherung und private Pflegepflichtversicherung 2005 und 2023

	SPV	PPV	Relation SPV/ PPV	SPV	PPV	Relation SPV/ PPV
	2005			2023		
Anzahl Pflegebedürftige je 100 Versicherte	2,77	1,27	2,2	7,02	3,75	1,9
Leistungsausgaben je Pflegebedürftigen in €	8.699	4.744	1,8	10.868	6.954	1,6
Beiträge bzw. Prämien je Versicherten in €	246	204	1,2	785	635	1,2

Quelle: *Haun*, G+G Wissenschaft 2/2024, 30-34; BMG, Zahlen und Fakten zur Pflegeversicherung; BMG Die Finanzentwicklung der sozialen Pflegeversicherung; PKV-Verband, Rechenschaftsbericht 2024.

Die vom Bundesverfassungsgericht im Jahr 2001 geforderte ausgewogene Lastenverteilung bei der Einführung einer Pflegevolksversicherung in Gestalt von zwei Versicherungszweigen[8] ist damit weiterhin nicht erreicht. Die Versichertengemeinschaft der privaten Pflegepflichtversicherung muss bei identischem Leistungsanspruch deutlich geringere Lasten tragen als die Versichertengemeinschaft der sozialen Pflegeversicherung. Unverändert wird damit die Finanzierungsfunktion und damit auch die Legitimation zumindest der sozialen Pflegeversicherung geschwächt.

III. Lösungsansätze

Vor dem Hintergrund der oben diskutierten Problemlagen gehen wir bei der Diskussion der Lösungsansätze in zwei Schritten vor. Wir unterscheiden ers-

8 BVerfG 3.4.2001 – 1 BvR 2014/95.

tens Maßnahmen zur Dynamisierung der Leistungen für die Pflegebedürftigen und zweitens Maßnahmen zur Finanzierung der aus der Leistungsdynamisierung resultierenden steigenden Ausgaben für die soziale Pflegeversicherung. Darüber hinaus unterscheiden wir zwischen Ad-hoc-Maßnahmen und strukturellen Maßnahmen. Ad-hoc Maßnahmen sind eher kurzfristige Lösungsansätze, die allerdings tendenziell die Ursachen der Finanzierungprobleme nicht beseitigen. Strukturelle Maßnahmen haben den Anspruch, dass sie zu einer langfristigen Problemlösung und dauerhaft nachhaltigen Finanzierung der sozialen Pflegeversicherung beitragen. Die in diesem Beitrag diskutierten Maßnahmen haben wir ohne Anspruch auf Vollständigkeit im Überblick in Tabelle 3 dargestellt.

Tabelle 3: Überblick Lösungsansätze

	Ad-hoc-Maßnahmen	**Strukturelle Maßnahmen**
Maßnahmen zur Leistungsdynamisierung	Leistungszuschläge	Sockel-Spitze-Tausch
Finanzierung der Leistungsdynamisierung	Anstieg Beitragssätze	Reform der Beitragsfinanzierung – insbes. Finanzierungsbeitrag der Privatversicherten
	Steuerfinanzierter Bundeszuschuss	Obligatorische private Zusatzversicherungen im Umlageverfahren
	Finanzierung der Behandlungspflege durch die Krankenversicherung	Obligatorische private Zusatzversicherungen mit Kapitaldeckung

Quelle: Eigene Abbildung.

1. Maßnahmen zur Leistungsdynamisierung

Bei den Maßnahmen zur Leistungsdynamisierung unterscheiden wir als strukturelle Maßnahme auf der einen Seite den Sockel-Spitze-Tausch und als ad-hoc Maßnahme die 2021 eingeführten und bereits im Jahr 2023 wieder modifizierten Leistungszuschläge.

a) Sockel-Spitze-Tausch

Für eine bessere Planbarkeit der aufzubringenden Eigenanteile wird vor allem von wissenschaftlicher Seite vorgeschlagen, die Finanzierungslogik in der Pflegeversicherung umzukehren. Dies würde bedeuten, dass statt der Höhe der Leistungsbeträge die Höhe der Eigenanteile für die pflegebedingten Kosten festgeschrieben wird. Dieser so genannte „Sockel-Spitze-Tausch" könnte zudem vorsehen, dass auch die Dauer des aufzubringenden Eigenanteils durch die Definition einer Karenzzeit begrenzt wird.[9] Das Risiko steigender Kosten – etwa durch Einstellung zusätzlichen Pflegepersonals und bessere Vergütung – würde von den Pflegebedürftigen auf die Versichertengemeinschaft verlagert.

Eine solche Neujustierung der Finanzierungsverantwortung hätte jedoch wichtige politische Festlegungen zur Voraussetzung. In jedem Fall müsste die Höhe des zumutbaren Eigenanteils für pflegebedingte Kosten definiert werden. Eine Möglichkeit bestünde darin, den Eigenanteil zu einem bestimmten Zeitpunkt einzufrieren. Das wäre für die Versichertengemeinschaft zunächst kostenneutral, würde aber zu zusätzlichen Belastungen in der Zukunft führen. Allerdings würde ein Einfrieren der Eigenanteile dazu führen, dass Pflegebedürftige in Regionen mit zum Umstellungszeitpunkt niedrigen Eigenanteilen dauerhaft weniger zahlen müssten als Pflegebedürftige in Regionen mit hohen Eigenanteilen. Das ist problematisch, weil niedrige Eigenanteile insbesondere aus ungünstigen Personalschlüsseln und niedrigen Lohnkosten resultieren können. Auch Pflegebedürftige in Pflegeheimen mit einem zum Umstellungszeitpunkt überdurchschnittlichen Pflege- und damit Personalbedarf könnten vom Einfrieren negativ betroffen sein, wenn der auf Landesebene durchschnittliche Eigenanteil deutlich unterhalb des individuellen Eigenanteils liegt.[10] Eine Alternative könnte daher darin bestehen, einen festen Eigenanteil auf dem Niveau des Bundeslandes mit dem zum Umstellungszeitpunkt niedrigsten Eigenanteil festzuschreiben.[11] Damit würde auch für die Pflegebedürftigen in Bundesländern mit hohen Eigenanteilen der aufgrund der Kostenentwicklung und mangelnden Leistungsdynamisierung entstandene Kaufkraftverlust weitgehend kompensiert werden. Zu bedenken gilt allerdings, dass hierdurch zum Umstellungszeitpunkt unterschiedliche Rahmenvorgaben der Bundesländer hinsichtlich des Betriebs von Pflegeheimen festgeschrieben werden könnten. Vor diesem Hintergrund könnte der Sockelbetrag in regelmäßigen Abständen überprüft und bei Veränderung struktureller Vorgaben angepasst werden.

9 *Rothgang/Kalwitzki*, Alternative Ausgestaltung der Pflegeversicherung – Abbau der Sektorengrenzen und bedarfsgerechte Leistungsstruktur.

10 *Haun* in: Jacobs u.a., Pflege-Report 2020: Neuausrichtung von Versorgung und Finanzierung, 191–208.

11 *Greß/Stegmüller,* Umsetzung und Implementierung der Personalstandards nach § 113c SGB XI in der Langzeitpflege.

Einen ersten konkreten Vorschlag zur Realisierung eines Sockel-Spitze-Tausches hat das Bundesgesundheitsministerium (BMG) noch vor dem Ende der letzten Legislaturperiode im Rahmen eines Eckpunktepapiers vorgelegt.[12] In dem Papier war keine vollständige Übernahme der pflegebedingten Kosten durch die Pflegeversicherung vorgesehen. Die Eigenanteile für die pflegebedingten Kosten sollten vielmehr auf 700 € pro Monat für einen Zeitraum von 36 Monaten begrenzt werden. Der Sockel-Spitze-Tausch in Verbindung mit der Karenzzeit hätte die Finanzierbarkeit der pflegebedingten Kosten durch individuelles Sparen oder durch private Pflegezusatzversicherungen deutlich verbessert. Zudem war vorgesehen, dass die Pflegebedürftigen aus Mitteln der Bundesländer um 100 € pro Monat bei den Investitionskosten entlastet werden. Als Konsequenz wäre allein im Jahr 2022 die Summe der Eigenanteile im Vergleich zum Jahr 2021 um knapp 4 Milliarden € gesunken.[13]

Die Umsetzung des Eckpunktepapiers hätte nicht nur die Pflegebedürftigen dauerhaft entlastet. Der Anteil der Pflegebedürftigen mit Sozialhilfebezug wäre zudem zumindest bis 2025 auf unter 25 % gesunken. Spiegelbildlich wären die Ausgaben der Pflegeversicherung im Jahr 2022 um etwa 6 Milliarden angestiegen, was einem Anstieg des Beitragssatzes um etwa 0,4 Beitragssatzpunkte entsprochen hätte. Bis zum Jahr 2025 wurde ein Ausgabenwachstum um weitere 5 Milliarden € prognostiziert.[14] Diese Finanzwirkungen auf die Pflegeversicherung und der daraus resultierende Widerstand in der Unionsfraktion waren dem Vernehmen nach der Grund dafür, warum der Sockel-Spitze-Tausch letztlich nicht realisiert wurde.

b) Leistungszuschläge

An die Stelle des Sockel-Spitze-Tausches traten im weiteren Gesetzgebungsverfahren des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG)[15] im Jahr 2021 so genannte Leistungszuschläge für stationär Pflegebedürftige. Diese werden seit Beginn des Jahres 2022 gezahlt und sind abhängig von der Bezugsdauer vollstationärer Leistungen. Im ersten Jahr fiel die Entlastung für die Pflegebedürftigen mit 5 % vergleichsweise moderat aus, im zweiten und dritten Jahr stieg die Entlastung auf 25 bzw. 40 %. Bei einer Bezugsdauer von mehr als drei Jahren stieg die Entlastung auf 70 %. Parallel hat der Gesetzgeber die eigentlich für 2021 vorgesehene Dynamisierung der Leistungen ausgesetzt.

12 BMG, Pflegeversicherung neu denken, Eckpunkte der Pflegereform 2021.

13 *Rothgang/Heinze/Kalwitzki*, G&S 4–5/2021, 19 ff.

14 *Rothgang/Heinze/Kalwitzki*, G&S 4–5/2021, 19 ff.

15 Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung v. 11.7.2021, BGBl. 2021 I S. 2754.

Als Konsequenz dieser so genannten kleinen Pflegereform wurde im Gegensatz zum ursprünglich angestrebten Sockel-Spitze-Tausch kein Systemwechsel bei der Finanzierung der stationären pflegebedingten Kosten realisiert. Die Pflegeversicherung muss seither lediglich einen Teil des Kostenrisikos der pflegebedingten Kosten übernehmen. Insofern sind die finanziellen Konsequenzen des GVWG nicht überraschend. Die Entlastung für die Pflegebedürftigen und die Sozialhilfeträger war zwar spürbar. Jedoch wurde prognostiziert, dass schon nach wenigen Jahren das nominale Ausgangsniveau der Sozialhilfeausgaben sowie der Eigenanteile wieder erreicht werden würde. Hintergrund ist, dass Kostensteigerungen die Entlastungswirkungen überkompensieren.[16] Als Konsequenz hat der Gesetzgeber die Höhe der Leistungszuschläge im Rahmen des Pflegeunterstützungs- und -entlastungsgesetzes (PUEG)[17] zum 1.1.2024 erhöht. Parallel sind auch die Leistungssätze für das Pflegegeld und ambulante Pflegesachleistungen angestiegen. Tabelle 4 zeigt die finanziellen Auswirkungen der Leistungszuschläge auf die Pflegebedürftigen in Abhängigkeit von der Aufenthaltsdauer in der stationären Pflege. Will der Gesetzgeber auch weiterhin das Entlastungsniveau auf dem derzeitigen Niveau halten, werden auch in den kommenden Jahren Anpassungen der Leistungszuschläge erforderlich werden. Um jährliche Verhandlungen nach Kassenlage zu vermeiden und damit auch zumindest eine gewisse Planungssicherheit für die Pflegebedürftigen und Pflegeeinrichtungen zu erreichen, wäre hierbei ein regelbasierter Anpassungsautomatismus empfehlenswert. Im Ergebnis wären auch Leistungszuschläge dann den strukturellen Maßnahmen zuzurechnen und würden letztlich zu ähnlichen Effekten wie ein Sockel-Spitze-Tausch führen.

Hier zeigt sich, dass alle Pflegebedürftigen mit einer Aufenthaltsdauer ab 24 Monaten zum Jahresbeginn zumindest im Bundesdurchschnitt pflegebedingte Kosten aufbringen müssen, die unter dem im Eckpunktepapier geplanten Sockelbetrag von 700 € liegen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die durchschnittliche Verweildauer in der stationären Langzeitpflege rückläufig ist. In der Zugangskohorte des Jahres 2017 lebten nach zwei Jahren noch 42 % im Pflegeheim. In der Zugangskohorte des Jahre 2021 ist dieser Wert bereits auf 30,7 % gesunken.[18] Einer aktuellen Befragung des Deutschen Caritasverbandes zufolge sind die Hauptursachen hierfür der Wunsch möglichst lange zu Hause wohnen zu können, gefolgt von der Sorge vor hohen Eigenanteilen und einem damit verbundenen Verbrauch des Ersparten.[19] Im Ergebnis dürften derzeit rund zwei Drittel der stationär Pflegebedürftigen selbst unter

16 *Rothgang/Heinze/Kalwitzki*, G&S 4–5/2021, 19 ff.
17 Gesetz zur Unterstützung und Entlastung in der Pflege v. 19.6.2023, BGBl. 2023 I Nr. 155.
18 *Rothgang/Müller,* Barmer Pflegereport 2023, Pflegebedürftige im Krankenhaus, 44.
19 Vgl. Deutsches Ärzteblatt v. 4.1.2024.

Berücksichtigung der modifizierten Leistungszuschläge einen Eigenanteil bezahlen, der deutlich über einem Sockelbetrag von 700 € liegt.

Da die pflegebedingten Kosten jedoch nur einen Teil der Belastung von pflegebedürftigen Menschen ausmachen, müssen flankierend auch die Bundesländer ihren Investitionsverpflichtungen nachkommen. Hinzu kommt, dass steigende Kosten für Unterkunft und Verpflegung ein zunehmendes gesamtgesellschaftliches Problem darstellen, insbesondere für Menschen ohne Wohneigentum. Beide Probleme werden jedoch weder mittels Sockel-Spitze-Tausch noch mittels Leistungszuschlägen adressiert.

Tabelle 4: Finanzielle Belastungen von Pflegebedürftigen in der stationären Pflege zum 1.1.2024 unter Berücksichtigung der Leistungszuschläge nach § 43c SGB XI

	Ausgangswert	Bis 12 Monate	Ab 12 Monate	Ab 24 Monate	Ab 36 Monate
Pflegebedingte Kosten in €	1.377	1.170	*964*	*689*	344
Leistungszuschlag in %	–	*15*	*30*	*50*	*75*
Leistungszuschlag in €	–	*207*	*413*	*689*	*1.033*
Investitionskosten in €	485	485	485	485	485
Unterkunft und Verpflegung in €	921	921	921	921	921
Summe in €	2.783	2.576	2.370	2.095	1.750

Quelle: Vdek, Pressemitteilung v. 11.1.2024.

2. Ad-hoc Maßnahmen

Bei den ad-hoc Maßnahmen unterscheiden wir eine Finanzierung der durch eine Leistungsdynamisierung entstehenden zusätzlichen Ausgaben über einen Anstieg der Beitragssätze, einen Ausbau des steuerfinanzierten Bundeszuschusses und die Finanzierung der Behandlungspflege in der stationären pflegerischen Versorgung durch die Krankenkassen.

a) Anstieg der Beitragssätze

Die Festlegung der Beitragssätze in der sozialen Pflegeversicherung weist zwei Besonderheiten auf. Erstens gibt es in der Pflegeversicherung im Gegensatz zur gesetzlichen Krankenversicherung keinen Wettbewerb zwischen den Pflegekassen, daher gibt es nur einen gesetzlich festgelegten für alle Pflegekassen einheitlichen Beitragssatz, der paritätisch von Versicherten und Arbeitgebern aufgebracht werden muss.[20] Tabelle 5 zeigt die Entwicklung dieses Beitragssatzes seit Einführung der Pflegeversicherung. Größere Sprünge beim Beitragssatz gab es insbesondere aufgrund der im Jahre 2017 beschlossenen Leistungsverbesserungen im Rahmen der Einführung eines neuen Pflegbedürftigkeitsbegriffs und zuletzt im Juli 2023 zur Finanzierung der Leistungszuschläge sowie zur Leistungsdynamisierung in der ambulanten Pflege.

Die zweite Besonderheit besteht im Beitragszuschlag für Kinderlose, der auf mehrere Urteile des Bundesverfassungsgerichts zurückgeht. Das Bundesverfassungsgericht hat schon im Jahr 2001 festgestellt, dass Familien mit Kindern für die soziale Pflegeversicherung nicht primär einen Kostenfaktor darstellen. Vielmehr würden die kinderlosen Versicherten in größerem Umfang einen Nutzen aus der Erziehungs- und Betreuungsleistung für die zukünftigen Beitragszahler ziehen. Als Konsequenz hat das Gericht gefordert, diese Benachteiligung von Versicherten im Beitragsrecht auszugleichen.[21]

20 Beitragssatzerhöhungen bis zu 0,5 % dürfen unter bestimmten Voraussetzungen gemäß § 55 Abs. 1 durch die Bundesregierung im Rahmen einer Rechtsverordnung vorgenommen werden.

21 BVerfG 3.4.2001 – 1 BvR 1629/94.

Tabelle 5: Beitragssätze in der sozialen Pflegeversicherung 1995–2024

	1995	2017	2019	2021	2022	2024
Beitragssatz* in %	1,0	2,55	3,05	3,05	3,05	3,4***
Beitragszuschlag für Kinderlose gem. § 55 Abs. 3 SGB XI** in %	–	0,25	0,25	0,25	0,35	0,6
Summe	1,0	2,8	3,3	3,3	3,4	4,0

Quelle: Vdek, Daten zum Gesundheitswesen: Soziale Pflegeversicherung.
* paritätisch durch Arbeitgeber und Versicherte finanziert
** ausschließlich durch Versicherte finanziert
*** ohne Berücksichtigung der temporären Beitragsentlastung bei zwei oder mehr Kindern

Kinderlose Versicherte müssen daher seit dem Jahr 2005 einen höheren Beitragssatz aufbringen. Seit dem 1.7.2023 erhalten darüber hinaus – ebenfalls als Konsequenz eines Urteils des Bundesverfassungsgerichts – Versicherte mit zwei und mehr Kindern einen Beitragsabschlag, dessen Höhe von der Anzahl und dem Alter der Kinder abhängt. Die Arbeitgeber werden weder an den Beitragszuschlägen noch an den Beitragsabschlägen beteiligt. Diesen Umstand hat die Bundesregierung im Jahr 2021 genutzt, als ausschließlich der Beitragszuschlag um 0,1 Beitragssatzpunkte erhöht wurde. Damit sollte eine Einhaltung der im Koalitionsvertrag vereinbarten Sozialgarantie gewährleistet werden, die eine Obergrenze für die Belastung von Versicherten und Arbeitgebern definierte. Die ausschließlich von den Versicherten zu tragenden Beitragszuschläge wurden bei der Berechnung dieser Obergrenze nicht berücksichtigt. Aktuell enthält der Koalitionsvertrag keine Sozialgarantie, die eine Erhöhung des gesetzlich definierten Beitragssatzes zum 1.7.2023 verhindert hätte. Im Koalitionsvertrag hatte die Bundesregierung daher eine moderate Beitragssatzerhöhung angekündigt.[22] Im Gegensatz zu den Vereinbarungen im Koalitionsvertrag zum Ausbau der Steuerfinanzierung und zur Finanzierung der Behandlungspflege durch die Krankenversicherung wurde die Beitragssatzerhöhung dann auch tatsächlich realisiert.

b) Steuerfinanzierter Bundeszuschuss

Im Gegensatz zur gesetzlichen Krankenversicherung musste die soziale Pflegeversicherung lange Zeit ohne einen steuerfinanzierten Bundeszuschuss auskommen. Gefordert wurde ein solcher Bundeszuschuss auch für die Pflegever-

22 SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP, Koalitionsvertrag 2021–2025.

sicherung erstmals durch die Bundesländer.[23] Diese Forderung ist aus Ländersicht durchaus nachzuvollziehen, weil durch die steigenden Eigenanteile auch die kommunalen Sozialhilfeträger zunehmend belastet werden. Der Bundesgesetzgeber hat auf diese Forderungen zumindest teilweise reagiert, indem ein erstmals im Jahr 2022 gezahlter Bundeszuschuss in Höhe von einer Milliarde € im Rahmen des GVWG eingeführt wurde.

Einen Bundeszuschuss gibt es in der gesetzlichen Krankenversicherung zur pauschalen Abgeltung versicherungsfremder Leistungen seit dem Jahr 2004. In der Krankenversicherung sind die Erfahrungen mit diesem Finanzierungsinstrument durchaus zwiespältig. Einerseits müssten ohne den Bundeszuschuss in Höhe von aktuell 14,5 Milliarden € die Zusatzbeitragssätze in der GKV im Durchschnitt um knapp einen Beitragssatzpunkt höher sein. Außerdem zeichnet sich das Steuersystem insgesamt durch eine höhere Finanzierungsgerechtigkeit aus als das derzeitige System der Beitragsfinanzierung. Das Problem des Bundeszuschusses in der Krankenversicherung besteht in der schwachen Regelbindung. Der Begriff der versicherungsfremden Leistungen ist unklar und wird unterschiedlich interpretiert.[24] Allein die häufig darunter gefasste beitragsfreie Finanzierung der Ausgaben für mitversicherte Kinder und Jugendliche würden einen mindestens doppelt so hohen Bundeszuschuss erfordern. Tatsächlich ist aber die Höhe des Bundeszuschusses in der Krankenversicherung häufig abhängig von der Haushaltslage.[25] Dies zeigte sich erst jüngst wieder in der Ampel-Koalition. Im Koalitionsvertrag wurde hier noch – wenn auch reichlich kryptisch – von einer regelhaften Dynamisierung des GKV-Bundeszuschusses gesprochen. Diese wurde dann jedoch, vermutlich auch aufgrund budgetärer Überlegungen, nicht realisiert.[26]

In der SPV gab es bis zum Jahr 2022 gar keinen Bundeszuschuss. Die Analogie zur GKV zur Rechtfertigung von Steuerfinanzierung stößt relativ rasch an Grenzen, weil die beitragsfreie Mitversicherung von Kindern und Jugendlichen als Rechtfertigungsgrund aufgrund des oben zitierten Urteils des Bundesverfassungsgerichts nicht in Betracht kommt. Insofern würde es auch wenig Sinn ergeben, einen steuerfinanzierten Bundeszuschuss mit der Belastung der Versichertengemeinschaft durch die beitragsfreie Mitversicherung von Kindern und Jugendlichen zu rechtfertigen.

23 ASMK, Externes Ergebnisprotokoll der 95. Konferenz der Minister und Ministerinnen, Senatoren und Senatorinnen für Arbeit und Soziales der Länder; BR-Drs. 106/19.

24 *Jacobs*, G+G 10/2020, 21 ff.

25 *Greß/Bieback*, ifo Schnelldienst 7/2014, 6 ff.

26 SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP, Koalitionsvertrag 2021-2025.

Eine enge Regelbindung könnte sich dagegen durch die Koppelung des Steuerzuschusses an die von der Pflegeversicherung finanzierten Leistungen zur sozialen Absicherung von nicht professionell tätigen Pflegepersonen nach § 44 SGB XI ergeben. Das entspräche einem Finanzierungsvolumen von etwa 2,7 Milliarden €.[27] Im Koalitionsvertrag hat die Bundesregierung dann auch vereinbart, die Rentenbeiträge für pflegende Angehörige aus Steuermitteln zu finanzieren. Eine Aufstockung des Bundeszuschusses für die Pflegeversicherung ist jedoch ausgeblieben. Im Gegenteil, der 2022 eingeführte Bundeszuschuss wurde am Ende des Jahres 2023 im Rahmen der Haushaltskonsolidierung zumindest für die Jahre 2024 bis 2027 ausgesetzt.[28] Der fiskalische Spielraum der Bundesregierung ist aktuell nach dem Ende des Aussetzens der Schuldenbremse und durch gestiegene Zinsen deutlich eingeengt. Parallel ist die Konkurrenz durch andere Ausgabentitel angestiegen. Ausgaben etwa für Klimaschutz und Verteidigung haben derzeit höhere politische Priorität als die Stabilisierung des Beitragssatzes in der sozialen Pflegeversicherung.

c) Finanzierung der Behandlungspflege

In der politischen und der wissenschaftlichen Debatte besteht ein weitgehender Konsens darüber, dass die Finanzierung der Behandlungspflege in der stationären Versorgung durch die Pflegeversicherung nicht sachgerecht ist. Es gibt gute inhaltliche Argumente, ähnlich wie in der ambulanten pflegerischen Versorgung die Finanzierungszuständigkeit eher in der Kranken- als in der Pflegeversicherung zu sehen. Eine vollständige Finanzierung der Behandlungspflege im stationären Setting durch die Krankenversicherung würde die Pflegeversicherung um weitere 2 Milliarden € entlasten. Gegen eine solche Maßnahme lässt sich einwenden, dass keine neue Finanzierungsquelle erschlossen wird. Es werden lediglich Mittel von der Kranken- in die Pflegeversicherung verschoben. Letztlich besteht der zentrale Effekt darin, dass die Eigenanteile der Versicherten in der stationären Langzeitpflege zu Lasten der Versichertengemeinschaft in der GKV stabilisiert werden könnten. Dennoch hat die Bundesregierung im Koalitionsvertrag angekündigt, die Behandlungspflege in der stationären Versorgung der gesetzlichen Krankenversicherung zu übertragen und pauschal auszugleichen. Dies ist bisher nicht erfolgt. Dies ist wenig überraschend. Es ist schließlich unklar, wie die ebenfalls mit strukturellen Defiziten kämpfende GKV diese Zusatzausgaben finanzieren sollte.

27 *Greß/Haun/Jacobs* in: Jacobs u.a., Pflege-Report 2019, Mehr Personal in der (Langzeit-)Pflege – aber woher?, 241 ff.

28 BT-Drs. 20/12600, 43.

3. Strukturelle Maßnahmen

Bei den strukturellen Maßnahmen unterscheiden wir zwischen einer Reform der Beitragsfinanzierung und der im Koalitionsvertrag thematisierten Einführung einer Vollversicherung im Rahmen von Zusatzversicherungen.

a) Reform der Beitragsfinanzierung

Die ungleiche Lastenverteilung zwischen den beiden Zweigen der Pflegeversicherung wird durch die bisher genannten Maßnahmen nicht aufgehoben. Allenfalls ein bundesfinanzierter Steuerzuschuss würde die Lasten etwas gleicher verteilen, da dazu auch Steuermittel von Privatversicherten verwendet würden. Sachgerechter wäre jedoch ein Finanzierungsbeitrag der Privatversicherten, weil diese sich als Konsequenz der gesetzlichen Regelungen bisher der systemübergreifenden Solidarität einer vom Bundesverfassungsgericht postulierten Pflegevolksversicherung entziehen. Die Notwendigkeit eines solchen Finanzierungsbeitrags lässt sich aus den weit unterdurchschnittlichen Ausgabenrisiken der Versicherten in der privaten Pflegepflichtversicherung ableiten. Zudem ist ihr Einkommen mehr als doppelt so hoch wie das der Versicherten in der sozialen Pflegeversicherung. Würden die Versicherten in der privaten Pflegepflichtversicherung nach den gleichen Prinzipien zu Beiträgen herangezogen wie die Versicherten in der sozialen Pflegeversicherung, so könnten für das Jahr 2026 zusätzliche Finanzmittel in Höhe von etwa 5,6 Milliarden € generiert werden. Damit könnte der Beitragssatz in der sozialen Pflegeversicherung um 0,29 Prozentpunkte gesenkt werden.[29]Alternativ stünden diese Mittel für die Stabilisierung bzw. Senkung der Eigenanteile zur Verfügung. Bei diesem Effekt sind die Effekte einer erhöhten Beitragsbemessungsgrenze auf das Niveau der gesetzlichen Rentenversicherung sowie die Verbeitragung sämtlicher Einkommensarten noch gar nicht berücksichtigt. Die beiden Maßnahmen würden für die Versichertengemeinschaft im Jahr 2026 nochmals um rund 5,2 Milliarden € entlasten.[30]

Die Erhöhung der Beitragsbemessungsgrenze hat allerdings auch Nachteile. Prozentual wird hierbei ein vergleichsweise kleiner Teil der Bevölkerung überproportional belastet, der bereits heute eine – gemessen am Einkommen – nicht unerhebliche Steuer- und Abgabenlast zu tragen hat. Dies sind Personen, deren beitragspflichtige Einnahmen oberhalb der aktuellen Beitragsbemessungsgrenze und unterhalb der dann neuen Beitragsbemessungsgrenze liegen. Zudem sind es Personen, deren Haupteinkommensquelle aus Einkommen aus nichtselbstständiger Tätigkeit oder Renteneinkünften besteht, da in der Regel

29 BT-Drs. 20/12600, 102.
30 BT-Drs. 20/12600, 94.

nur diese bei den beitragspflichtigen Einnahmen herangezogen werden. Personen mit beitragspflichtigen Einnahmen oberhalb der neuen Beitragsbemessungsgrundlage würden auch mehr belastet, aber gemessen an ihrem Einkommen prozentual weniger stark. Hinzu kommt, dass beim beitragspflichtigen Einkommen in der Regel – anders als etwa bei der Einkommensteuer – keine Kosten, die im Zusammenhang mit den erzielten Einkünften stehen, berücksichtigt werden. Dazu zählen etwa Werbungskosten, wie die Kosten für den Weg zur Arbeitsstelle oder eine beruflich bedingte Zweitwohnung. Vor diesem Hintergrund sollte in der Debatte über die Finanzierung künftiger Mehrausgaben die Möglichkeit einer partiellen Steuerfinanzierung in Betracht gezogen werden, da im Steuersystem das Leistungsfähigkeitsprinzip, die horizontale und vertikale Gerechtigkeit sowie das objektive Nettoprinzip beachtet werden. Eine Verteilung der Lasten entsprechend der tatsächlichen Leistungsfähigkeit könnte somit erheblich zielgenauer umgesetzt werden.

Abhängig vom Umfang der Steuerfinanzierung sind sowohl Senkungen der Beitragssätze als auch Entlastung durch nicht erforderliche Beitragssatzerhöhungen vorstellbar. Bei den zu erwartenden Verteilungswirkungen kommt es allerdings darauf an, welche Steuern zur Finanzierung herangezogen werden. Während Verbrauchssteuern tendenziell Menschen mit geringen und mittleren Einkommen überproportional belasten, würde eine Finanzierung über die Einkommensteuer eine Stärkung des Leistungsfähigkeitsprinzips nach sich ziehen.[31]

Teilweise wird als Argument gegen eine Ausdehnung der Steuerfinanzierung angeführt, dass hierfür die Steuern erhöht werden müssen. Relevant ist jedoch für die einzelnen Bürger*innen nicht die Höhe der einzelnen Steuer- und Abgabenposten, sondern die Gesamtbelastung. Da einer Erhöhung der Steuern aber Entlastungseffekte auf der Seite der Sozialabgaben gegenüberstehen, ist zumindest im Mittel von keiner Mehrbelastung auszugehen. Zwar ist es nicht auszuschließen, dass sich die individuelle Gesamtbelastung verglichen mit dem Status quo verändert. Bei einer Finanzierung über die Einkommensteuer wären allerdings die oben genannten Gerechtigkeitsprinzipien zielgenauer als im Status Quo realisiert – insbesondere die Lastenverteilung wäre stärker an der tatsächlichen Leistungsfähigkeit orientiert.

Ein weiteres Argument, welches immer wieder gegen eine Ausweitung der Steuerfinanzierung in der Sozialversicherung angeführt wird, ist, dass dies zu einer Finanzierung der sozialen Sicherung nach Kassenlage führen würde. Es wäre daher unbedingt zu empfehlen, derartigen Tendenzen durch gesetzlich

31 *Jacobs*, G+G 10/2020, 21 ff.

verankerte Automatismen mit Regelbindung bereits präventiv entgegenzuwirken. Bei einer Ablehnung einer ergänzenden Steuerfinanzierung gilt es allerdings auch die Alternative zu bedenken. So wären in diesem Fall in den kommenden Jahren weitere Erhöhungen der Beitragssätze zur Pflegeversicherung zu erwarten. Diese sind – wie zuvor dargestellt – jedoch mit deutlich größeren Gerechtigkeitsdefiziten verbunden, als dies bei einer ergänzenden Steuerfinanzierung der Fall wäre, insbesondere wenn die Finanzierung aus Einkommensteuereinnahmen erfolgt. Zwar ist zumindest kurzfristig nicht mit einer Umsetzung zu rechnen. Es ist aber durchaus zu erwarten, dass die Diskussion spätestens nach der Bundestagswahl im Jahr 2025 an Fahrt aufnehmen könnte.

b) Obligatorische private Zusatzversicherungen

Die Bundesregierung hat im letzten Koalitionsvertrag etwas überraschend folgende Formulierung aufgenommen: „Wir prüfen, die soziale Pflegeversicherung um eine freiwillige, paritätisch finanzierte Vollversicherung zu ergänzen, die die Übernahme der vollständigen Pflegekosten umfassend absichert. Eine Expertenkommission soll bis 2023 konkrete Vorschläge vorlegen, die generationengerecht sind.“[32] Die Vorschläge dieser Kommission sind mittlerweile in Anlage 3 des Berichts der Bundesregierung zur zukunftssicheren Finanzierung der sozialen Pflegeversicherung veröffentlicht worden.[33]

Unter Vollversicherung wird in der Pflegeversicherung im Regelfall die Abdeckung der pflegbedingten Kosten verstanden. Ceteris paribus würde eine solche Maßnahme zu erheblichen Beitragssatzerhöhungen für die Versichertengemeinschaft führen. Nach aktuellen Berechnungen wäre kurzfristig im Jahr 2026 mit Mehrausgaben in Höhe 6,9 Milliarden € zu rechnen – diese entspräche einer Anhebung des Beitragssatzes um 0,36 %. Langfristig würde der Beitragssatzanstieg bis zum Jahr 2050 auf 0,49 % ansteigen.[34]

Mit einer freiwilligen Vollversicherung können die angestrebten Ziele allenfalls teilweise erreicht werden. Wir wissen theoretisch und empirisch, dass freiwillige Sozialversicherungen nur einen kleinen Teil der Bevölkerung erreichen.[35] Aus den verschiedensten Gründen – insbesondere die hohe Gegenwartspräferenz, ein subjektiv als gering empfundenes Pflegerisiko, Verdrängung des eigenen Pflegerisikos – ist eine adverse Selektion zu erwarten. Versicherte mit subjektiv hohem Pflegerisiko würden die Vollversicherung häufiger in Anspruch nehmen als Versicherte mit einem subjektiv niedrigen Pflegerisiko. Versicherte, die erwarten, dass sie im Falle der Pflegebedürftigkeit

32 SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP, Koalitionsvertrag 2021-2025.
33 BT-Drs. 20/12600.
34 BT-Drs. 20/12600, 107.
35 BT-Drs. 20/12600, 389.

auf staatliche finanzielle Unterstützung angewiesen sind und zugleich erwarten, dass die ggf. vorhandenen Kinder aufgrund der gesetzlichen Einkommensfreigrenzen nicht zur Finanzierung herangezogen werden, dürften einer freiwilligen Zusatzversicherung ebenfalls eher zurückhaltend gegenüberstehen. Wir wissen aus der Rentenversicherung, dass die freiwillige sog. Riester-Rente die entstandenen Lücken in der gesetzlichen Rente nur für einen kleinen Teil der Bevölkerung schließen konnte. Ähnlich ernüchternd sind die Erfahrungen mit der staatlich subventionierten Pflegezusatzversicherung („Pflege-Bahr"). Daher sollte eine Vollversicherung – sofern diese politisch gewollt ist – trotz der damit verbundenen Einschränkung der Souveränität des Einzelnen mit einer Versicherungspflicht verbunden werden.

Die bestehende soziale Pflegeversicherung ist verpflichtend, weitgehend paritätisch finanziert und kann zu einer Vollversicherung ausgebaut werden. Eine ergänzende Zusatzversicherung im Umlageverfahren wäre daher wenig sinnvoll. Eine solche Zusatzversicherung könnte daher allenfalls im Kapitaldeckungsverfahren eine zielführende Ergänzung der sozialen Pflegeversicherung darstellen.[36] Grundsätzlich gilt, dass sowohl Umlage- und Kapitaldeckungsverfahren anfällig sind für demographische Risiken – allerdings aus unterschiedlichen Gründen. Damit könne die Alterung der Gesellschaft die Finanzmärkte aber genauso treffen wie das Umlageverfahren.[37] Sowohl für das Kapitaldeckungs- als auch das Umlagesystem sei vielmehr die Höhe der zukünftigen realen Produktion entscheidend.[38] Dabei gilt es zu beachten, dass eine Rendite am Kapitalmarkt keinesfalls risikofrei ist, insbesondere, wenn diese zu einem bestimmten Stichtag betrachtet wird.

Doch selbst wenn unterstellt würde, dass risikobehaftete Kapitalmarktrenditen eines kapitalgedeckten Systems dem Umlageverfahren überlegen wären, wäre aus ökonomischer Sicht die Risikobereitschaft der Gesellschaft bzw. der Versicherten entscheidend dafür, ob bzw. in welchem Ausmaß kapitaldeckende Elemente eingeführt werden sollten. Die hohe gesellschaftliche Zustimmung zur solidarischen Finanzierung etwa in der Krankenversicherung dürfte an dieser Stelle zumindest einen Hinweis bezüglich dieser Präferenzen darstellen. Hinzu kommt, dass die Umstellung eines einmal etablierten Umlageverfahrens

36 BT-Drs. 20/12600, 116, in der angesprochenen Expertenkommission gab es keinen Konsens zur Einführung einer Zusatzversicherung mit Kapitaldeckung. Aus diesem Grund gehen wir an dieser Stelle etwas ausführlicher auf dieses Thema ein.

37 *Lindner*, Die Asset Meltdown Hypothese – ein kritischer Literaturüberblick, IMK Study Nr. 87, 35.

38 *Lindner*, Die Asset Meltdown Hypothese – ein kritischer Literaturüberblick, IMK Study Nr. 87, 35.

hin zu einem System vollständiger Kapitaldeckung ohnehin kaum realisierbar wäre.[39]

Zur Deckung der durch den demografischen Wandel bedingten zu erwartenden Mehrkosten, wenn die Generation der „Baby-Boomer" in Altersgruppen kommt, die mit einem hohen Pflegerisiko assoziiert sind, wurde 2015 in der Pflegeversicherung mit dem Pflegevorsorgefonds bereits ein Element der kollektiven Kapitaldeckung etabliert. Finanziert wird der Fonds aus Beitragsmitteln der SPV. In der Ansparphase bis Ende 2033 werden 0,1 % der jährlichen Beiträge der SPV in einen von der Bundesbank verwalteten Fonds eingezahlt. Ab 2035 soll dieser dann zu Zwecken der Beitragsglättung wieder abgeschmolzen werden. Die bisherigen Erfahrungen mit dem Pflegevorsorgefonds sind heterogen und erfordern eine differenzierte Betrachtung.

Betrachtet man die Entwicklung des Pflegevorsorgefonds zwischen den Jahren 2015 und 2020, so wird deutlich, dass die Wertentwicklung erheblichen Schwankungen unterlag. Erwartungsgemäß waren die größten Schwankungen im Bereich der Aktien und Aktienfonds zu verzeichnen mit plus 28,2 % (2019) und minus 12,1 % (2018). Aber auch bei den Staatsanleihen (+5,1 % im Jahr 2016 und –0,3 % im Jahr 2017) sowie den sonstigen Schuldverschreibungen (+6,3 % im Jahr 2019 und –3,2 % im Jahr 2015) waren Schwankungen zu verzeichnen. Im Ergebnis erzielte der Fonds zwischen 2015 und 2020 in zwei Jahren ein negatives und in vier Jahren ein positives Jahresergebnis, was einer durchschnittlichen Rendite von 2,6 % entsprach.[40] Diese Rendite war zwar – auch verglichen mit anderen Staatsfonds – nicht überragend, aber in einer Phase anhaltender Niedrigzinsen sowie insbesondere unter Berücksichtigung der Anlagevorschriften durchaus erwartbar.[41] Im Jahr 2022 hingegen musste der Fonds deutliche Verluste hinnehmen, die sich über alle Anlagearten erstreckten. Nicht zuletzt die stark negative Rendite auf Anleihen von minus 18,3 % führte 2022 zu einer Gesamtrendite des Fonds von minus 17 %.[42] Seit seiner Auflage im Jahr 2015 ergab sich für den Pflegevorsorgefonds bis Ende 2022 damit eine insgesamt negative Rendite.

Zu bemerken ist hierbei allerdings, dass es sich bei den Renditeanalysen bis zum geplanten Auszahlungsbeginn im Jahr 2035 ausschließlich um Buchwertgewinne bzw. Buchwertverluste handelt. Diese würden sich erst realisieren, wenn die Anteile verkauft würden. Die hohen Buchwertverluste des Jahres

39 *Werding u.a.*, Ergänzende Kapitaldeckung der Altersvorsorge, Gründe, Gestaltungsoptionen und Auswirkungen.

40 BT-Drs. 19/31676.

41 *Feld u.a.,* Kapitalgedeckt finanzierte Pflegekosten – Machbarkeitsstudie.

42 *Thelen*, Tagesspiegel Background v. 12.7.2023.

2022 waren wiederum auf die – in dieser Form nicht vorhersehbare – Zinswende der Europäischen Zentralbank zurückzuführen. Wie hoch die Buchwertverluste zwischenzeitlich noch sind, ist mangels Stellungnahme des BMG nicht bekannt. Die fiktive Rendite über die Gesamtlaufzeit des Fonds war allerdings bereits im ersten Quartal 2023 wieder leicht positiv.[43]

Vor dem Hintergrund, dass bis zum Jahr 2035 ein hinreichendes Kapitalvermögen aufgebaut und abrufbereit sein sollte, sind für den Pflegevorsorgefonds tendenziell strenge Anlagevorgaben zu erwarten. Mit einem seit Juli 2021 möglichen Aktienanteil von 30 % (davor: 20 %) liegt gemäß § 5 Versorgungsrücklagegesetz (VersRücklG)[44] der Anteil an Aktien des Pflegevorsorgefonds allerdings zumindest deutlich höher als etwa bei ebenfalls langfristig ausgerichteten Rückstellungen privater Krankenversicherungen. So lag der Aktienanteil des Pflegevorsorgefonds Ende 2019 bereits etwas über 20 %, Ende Juni 2022 dann bei knapp 24 %.[45] Demgegenüber lag der Aktienanteil an den Kapitalanlagen privater Krankenversicherungsunternehmen – auch nach der Neufassung des Versicherungsaufsichtsgesetzes 2019 – im Jahr 2023 bei nur 6,9 %.[46] Obgleich auch die Anlagegrundsätze des Pflegevorsorgefonds – Sicherheit, Liquidität und Rendite (§ 5 VersRücklG) – einen hohen Wert auf die Sicherheit der Anlage legen, sind die dort verankerten Vorgaben zudem weniger restriktiv als etwa bei den Rücklagen gesetzlicher Krankenkassen, bei denen ein Verlustrisiko weitgehend ausgeschlossen werden soll (vgl. § 80 SGB IV).

Die dargestellte Entwicklung verdeutlicht, dass auch über einen Anlagezeitraum von fast zehn Jahren unter den gegebenen Anlagevorschriften Buchwertverluste möglich sind. Bei einer eher kurzen, geplanten Ansparphase von ca. 20 Jahren ist dies durchaus bedenklich. Hinzu kommt, dass der bisherige Pflegevorsorgefonds in seinem jetzigen Umfang kaum ausreichend ist, nennenswerte Effekte auf die Beitragssatzhöhe auszuüben. Auch eine im Rahmen des Berichts der Bundesregierung simulierte Erhöhung der Mittelzuflüsse in den Fonds zeigt, dass trotz einer möglichen Beitragssatzglättung nur begrenzte Effekte auf den Beitragssatz zu erwarten sind.[47] Dies liegt darin begründet, dass „die Effektstärke der Glättung aufgrund der Zahlungssystematik des Pflegevorsorgefonds nicht proportional mit den Einzahlungsbeträgen zunimmt."[48] Ins-

43 *Thelen*, Tagesspiegel Background v. 12.7.2023.
44 Versorgungsrücklagegesetz v. 27.3.2007, BGBl. 2007 I S. 482.
45 BT-Drs. 19/31676; BT-Drs. 20/2992, 77.
46 GDV, Statistiken zur deutschen Versicherungswirtschaft.
47 BT-Drs. 20/12600.
48 BT-Drs. 20/12600, 282.

gesamt stellt sich somit die Frage, ob Aufwand, Risiko und Nutzen unter den gegenwärtigen Rahmenbedingungen in einem günstigen Verhältnis stehen.

Vor dem Hintergrund des zu erwartenden, marginalen Effekts des Pflegevorsorgefonds in seiner aktuellen Ausgestaltung auf den Beitragssatz der SPV, wurden zuletzt auch Alternativen eines kapitalgedeckten Fonds mit größerem Umfang diskutiert. Im Bericht der Bundesregierung wird ein Alternativkonzept eines aus Steuermitteln gespeisten, auf Dauer angelegten Fonds vorgestellt, welcher bereits bis 2034 einen Kapitalstock von 100 Milliarden € aufbauen soll.[49] Hierzu würden ab dem Jahr 2025 jährlich mehrere Milliarden Euro in den Fonds eingezahlt. Der Anfangsbetrag von 6,5 Milliarden € würde bis 2034 jährlich um 3 % angehoben, ab 2035 auf dem dann aktuellen Niveau konstant gehalten. Die Gelder würden am internationalen Kapitalmarkt angelegt, mit dem Ziel Überschüsse zu generieren. In der Modellrechnung wird mit einer Rendite von durchschnittlich 6 % pro Jahr gerechnet. Anders als in der bisherigen Finanzierungslogik des Pflegevorsorgefonds würde dieser ab 2035 jedoch nicht aufgelöst, sondern die jeweiligen jährlichen Erträge des Fonds würden an die SPV ausgeschüttet. Unklar bleibt im Bericht der Bundesregierung jedoch, woher angesichts der derzeitigen Haushaltslage die jährlichen Steuermittel kommen sollen.

Ein alternativer Vorschlag wurde bereits 2020 im Zuge einer Machbarkeitsstudie für das BMG vorgestellt.[50] Ziel ist es auch hier eine Beitragsglättung, allerdings erst ab dem Jahr 2040. Im Gegensatz zum Vorschlag aus dem aktuellen Bericht der Bundesregierung[51] sollte der Fondsaufbau in diesem Fall mittels Kreditfinanzierung durch Ausgabe von Bundesanleihen finanziert werden. Angesichts der derzeitigen Haushaltslage und der Menge des erforderlichen Kapitals scheint dies durchaus realistisch. Neben der zu erwartenden Rendite der Kapitalanlage sind in diesem Fall allerdings auch die Kosten der Kreditaufnahme zu berücksichtigen. Es werden unterschiedliche Szenarien simuliert, von einer einmaligen Kreditaufnahme im Jahr 2021, über eine zeitlich gestaffelte Kreditaufnahme und -rückzahlung und einer Mischform der beiden Alternativen. Da sowohl eine einmalige als auch eine zeitlich gestaffelte Kreditaufnahme und ein damit korrespondierender Fondsaufbau Reaktionen der Märkte nach sich ziehen können, die sich etwa auf die erwartete Rendite auswirken können, wird eine flexible Aufbauphase vorgeschlagen. Die zeitlich gestaffelte Kreditaufnahme entspricht am ehesten der im Bericht der Bundesregierung[52] vorgestellten Variante, wobei der Gesamtkapitalstock nochmals erheblich grö-

49 BT-Drs. 20/12600, 314.
50 *Feld u.a.,* Kapitalgedeckt finanzierte Pflegekosten – Machbarkeitsstudie.
51 BT-Drs. 20/12600.
52 BT-Drs. 20/12600.

ßer wäre. So hätte das simulierte Volumen der Ausgabe von Bundesanleihen bei einmaliger Kreditaufnahme im Jahr 2021 über 800 Milliarden € betragen. Zu bedenken ist hierbei auch, dass zum Zeitpunkt der Machbarkeitsstudie das Zinsniveau deutlich unter dem derzeitigen Zinsniveau lag. Aber auch bei einer gestaffelten Kreditaufnahme wären allein im Jahr 2021 über 60 Milliarden € an Volumen angefallen.[53]

Fonds dieser Größe – dazu sollte auch der im Bericht der Bundesregierung[54] dargestellte, auf Dauer angelegte Fonds gezählt werden – können zahlreiche Aus- und Wechselwirkungen auf nationalen wie internationalen Märkten bewirken, die es zu bedenken gilt. Hinzukommen wettbewerbsrechtliche Fragestellungen, nicht zuletzt, ob ein Staatsfonds eine unerlaubte staatliche Beihilfe im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts (Art. 107 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union) darstellt. Aus ökonomischer Sicht ist zudem die Frage zu diskutieren, ob ein solcher Staatsfonds eine eher passive oder eine aktive Anlagestrategie verfolgen sollte. Letztere bietet – schon ob der Größe des Fondsvermögens – etwa die Möglichkeit bei direkten Unternehmensbeteiligungen aktiv auf die Unternehmenspolitik Einfluss zu nehmen. Hierbei besteht allerdings das Risiko, dass der Fonds auch für andere politische Ziele eingesetzt wird, die dem eigentlichen Ziel – einer Rendite zur Finanzierung eines Teiles der pflegebedingten Kosten – entgegenstehen.[55] Überdies ist zu bedenken, dass ein Fonds dieser Größe immer politische Begehrlichkeiten wecken wird und diese tendenziell zunehmen, je mehr Geld im Fonds enthalten ist. So gab es selbst beim jetzigen Pflegevorsorgefonds wiederholt Überlegungen diesen aufzulösen und die Gelder der aktuellen Finanzierung der SPV zuzuführen. Nicht zuletzt sind Modellrechnungen bei einem Anlagehorizont von 20 oder mehr Jahren mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Diese betreffen etwa die Renditeerwartungen, die Zinsentwicklung oder Schwankungen an den Kapitalmärkten. Es bietet sich daher an, eher konservative Modellannahmen zu treffen und diese zudem um Variationsrechnungen zu ergänzen.[56]

Unabhängig von der künftigen Ausgestaltung und dem Umfang des Pflegevorsorgefonds wäre es allerdings wünschenswert, dass eine regelhafte Berichterstattung Transparenz darüber schafft, wie sich Anlagezusammensetzung, Ausgestaltung und Rendite im Zeitverlauf darstellen. Derzeit erfolgt dies überwiegend über Anfragen im Bundestag, Medienberichte und sonstige Quellen in nicht regelmäßigen Abständen.

53 *Feld u.a.*, Kapitalgedeckt finanzierte Pflegekosten – Machbarkeitsstudie.
54 BT-Drs. 20/12600.
55 *Feld u.a.*, Kapitalgedeckt finanzierte Pflegekosten – Machbarkeitsstudie.
56 *Feld u.a.*, Kapitalgedeckt finanzierte Pflegekosten – Machbarkeitsstudie.

IV. Zusammenfassung

Der bei der Einführung der gesetzlichen Pflegeversicherung konsentierte Mix der Finanzierungsverantwortung steht aktuell auf dem Prüfstand. In der stationären Pflege verschiebt sich diese Verantwortung durch die steigenden Eigenanteile erstens zunehmend von der Versichertengemeinschaft hin zu den Pflegebedürftigen, deren Angehörigen und damit auch zu den kommunalen Sozialhilfeträgern. Der gesellschaftliche Konsens bei der Einführung der Pflegeversicherung wird damit im doppelten Sinne unterlaufen. So wird die Finanzierung von Pflegeleistungen durch Hilfe zur Pflege bei Fortdauer der aktuellen Entwicklungen zukünftig weiter ansteigen. Außerdem nutzen die Bundesländer die ursprünglich durch die Einführung der Pflegeversicherung realisierten Einsparungen nicht zur Finanzierung der Investitionskosten, was sowohl die Pflegebedürftigen als auch die Kommunen belastet. In der Summe geraten die Finanzierungsfunktion und damit die Legitimation der Pflegeversicherung zunehmend unter Druck.

Zweitens hat der Gesetzgeber bis heute keine ausgewogene Lastenteilung zwischen den beiden Zweigen der Pflegevolksversicherung realisiert. Die Risikopools der sozialen und der privaten Pflegepflichtversicherung unterscheiden sich durch eine dauerhaft niedrigere Pflegeprävalenz und niedrigere Fallkosten im privaten Zweig. Außerdem sind die durchschnittlichen Einkommen in der privaten Pflegepflichtversicherung mehr als doppelt so hoch wie in der sozialen Pflegeversicherung. Beide Entwicklungen sind konstant im Zeitablauf. Eine Angleichung der Risikostrukturen in den beiden Versicherungszweigen ist weder zu erkennen noch zu erwarten.

Eine Neujustierung der Finanzierungsverantwortung durch eine Stabilisierung bzw. Senkung der Eigenanteile wäre im Rahmen eines Sockel-Spitze-Tausches möglich. Stattdessen setzt der Gesetzgeber hier auf Leistungszuschläge für die Pflegebedürftigen. Eine regelmäßige, regelbasierte Anpassung der Leistungszuschläge führt letztlich zu ähnlichen Effekten wie ein Sockel-Spitze-Tausch. Zur Vermeidung einer übermäßigen Belastung der Versichertengemeinschaft in der Pflegeversicherung könnte die Behandlungspflege in der stationären Versorgung komplett durch die Krankenversicherung finanziert werden. Ein steuerfinanzierter Bundeszuschuss könnte die Beitragszahler ebenfalls entlasten. Eine doppelte Funktion hätte ein Finanzierungsbeitrag der privat Pflegeversicherten. Hiermit könnte der Gesetzgeber nicht nur die Eigenanteile stabilisieren, sondern auch eine ausgewogene Lastenverteilung zwischen den beiden Zweigen der Pflegversicherung realisieren. Keine dieser Maßnahmen wurden vom Gesetzgeber umgesetzt. Die Leistungsverbesserungen werden vielmehr ausschließlich durch

eine Anhebung des gesetzlich festgelegten Beitragssatzes und der Beitragszuschläge für Kinderlose finanziert.

Literatur

BMG, Pflegeversicherung neu denken, Eckpunkte der Pflegereform 2021, Stand: 4.11.2020, Berlin 2020.

BMG, Zahlen und Fakten zur Pflegeversicherung, Stand 15.7.2024, abrufbar unter: *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Statistiken/Pflegeversicherung/Zahlen_und_Fakten/Zahlen-Fakten_Pflegeversicherung.pdf* (zuletzt abgerufen am 21.11.2024).

BMG, Die Finanzentwicklung der sozialen Pflegeversicherung, abrufbar unter: *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Statistiken/Pflegeversicherung/Finanzentwicklung/03-Finanzentwicklung-der-sozialen-Pflegeversicherung__2023_bf.pdf* (zuletzt abgerufen am 21.11.2024).

Deutsches Ärzteblatt, Caritas: Lebenszeit in Pflegeeinrichtungen immer kürzer, 4.1.2024, abrufbar unter: *https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/148385/Caritas-Lebenszeit-in-Pflegeeinrichtungen-immer-kuerzer* (zuletzt abgerufen am 22.11.2024).

Gesamtverband der Versicherer, Statistiken zur deutschen Versicherungswirtschaft, Berlin 2024.

Greß, Stefan/Bieback, Karl-Jürgen, Steuerfinanzierung in der Gesetzlichen Krankenversicherung – Keine Verlässlichkeit und Stetigkeit, ifo Schnelldienst 7/2014, 6–9.

Greß, Stefan/Dieter Haun/Klaus Jacobs, Zur Stärkung der Solidarität bei der Pflegefinanzierung, in: Jacobs, Klaus/Kuhlmey, Adelheid/Greß, Stefan/Klauber, Jürgen/Schwinger, Antje (Hrsg.), Pflege-Report 2019: Mehr Personal in der (Langzeit-)Pflege – aber woher?, Berlin/Heidelberg 2019, 241–54.

Greß, Stefan/Jesberger, Christian, Pflege im Spannungsfeld zwischen Eigenverantwortung, Versicherung und staatlicher Fürsorge, in: Zerth, Jürgen/Francois-Kettner, Hedwig (Hrsg.), Pflege-Perspektiven: Ordnungspolitische Aspekte: Erkenntnisse aus der Versorgungsforschung und Implikationen für eine ‚gute Praxis' der Pflege, Heidelberg 2020, 11–28.

Greß, Stefan/Christian Jesberger, Kostspielige Konstruktionsfehler, G+G 10/2022, 19–23.

Greß, Stefan/Stegmüller, Klaus, Umsetzung und Implementierung der Personalstandards nach § 113c SGB XI in der Langzeitpflege, pg-papers 02/2018, Diskussionspapiere aus dem Fachbereich Pflege und Gesundheit, Fulda 2018.

Haun, Dietmar, Pflegefinanzierung in regionaler Perspektive, Ergebnisse eines Vier-Länder-Vergleichs zu den Selbstkosten der stationären Langzeitpflege, in: Jacobs, Klaus/ Kuhlmey, Adelheid/Greß, Stefan/Klauber, Jürgen/ Schwinger, Antje, Pflege-Report 2020, Neuausrichtung von Versorgung und Finanzierung. Berlin/Heidelberg 2020, 191–208.

Haun, Dietmar, Finanzausgleich in der Pflegeversicherung weiterhin sinnvoll, G+G Wissenschaft 2/2024, 30–34.

Jacobs, Klaus, Beitrag oder Steuer?, G+G 10/2020, 21–25.

Lindner, Fabian, Die Asset Meltdown Hypothese – ein kritischer Literaturüberblick, IMK Study Nr. 87, Düsseldorf 2023.

Feld, Lars/Fratzscher, Marcel/Fuest,Clemens/Hüther, Michael Hüther u.a., Kapitalgedeckt finanzierte Pflegekosten – Machbarkeitsstudie, Berlin/Freiburg/Heidelberg/Köln/München 2020.

PKV-Verband, Was uns bewegt, Rechenschaftsbericht 2024, Berlin 2024, abrufbar unter: *https://www.pkv.de/fileadmin/user_upload/PKV/3_PDFs/Publikationen/Rechenschaftsbericht_2024_final.pdf* (zuletzt abgerufen am 22.11.2024).

Rothgang, Heinz/Heinze, Franziska/Kalwitzki, Thomas, Zur Notwendigkeit einer Finanzreform der Pflegeversicherung jenseits der „kleinen Pflegereform" des GVWG, G&S 4–5/2021 19–28.

Rothgang, Heinz/Kalwitzki, Thomas, Alternative Ausgestaltung der Pflegeversicherung – Abbau der Sektorengrenzen und bedarfsgerechte Leistungsstruktur, Initiative Pro-Pflegereform, Bremen 2017.

Rothgang, Heinz/Müller, Rolf, Pflegereport 2019, Ambulantisierung der Pflege, Schriftenreihe zur Gesundheitsanalyse – Bd. 20, Berlin 2019.

Rothgang, Heinz/Müller, Rolf, Barmer Pflegereport 2023, Pflegebedürftige im Krankenhaus, Schriftenreihe zur Gesundheitsanalyse – Bd. 44, Berlin 2023.

Thelen, Peter, Rendite pro Jahr: minus 0,2 Prozent, Tagesspiegel Background v. 12.7.2023, abrufbar unter: *https://background.tagesspiegel.de/gesundheit/rendite-pro-jahr-minus-0-2-prozent* (zuletzt abgerufen am 22.11.2024).

Vdek, Anstieg der Eigenanteile für Pflegebedürftige in Pflegeheimen durch gestiegene Zuschüsse abgebremst, Pressemitteilung v. 11.1.2024, abrufbar unter: *https://www.vdek.com/presse/pressemitteilungen/2024/eigenanteile-pflegeheim-anstieg-zuschuesse.html* (zuletzt abgerufen am 22.11.2024).

Vdek, Daten zum Gesundheitswesen: Soziale Pflegeversicherung, abrufbar unter: *https://www.vdek.com/content/dam/vdeksite/vdek/daten/f_pflegeversicherung/spv_beitragssaetze_zeitreihe_saeulen.jpg.thumb.1280.1280.png* (zuletzt abgerufen am 22.11.2024).

Werding, Martin/Schaffranka, Claudia/Nöh, Lukas/Lembcke, Franziska K., Ergänzende Kapitaldeckung der Altersvorsorge, Gründe, Gestaltungsoptionen und Auswirkungen, Arbeitspapier 02/2023, Wiesbaden 2023.

Sonstige Quellen

ASMK, Externes Ergebnisprotokoll der 95. Konferenz der Minister und Ministerinnen, Senatoren und Senatorinnen für Arbeit und Soziales der Länder, Düsseldorf 2018, abrufbar unter: *https://www.berlin.de/asmk/_assets/beschluesse/externes_ergebnisprotokoll_asmk_2018.pdf* (zuletzt abgerufen am 21.11.2024).

Rothgang, Heinz, Stellungnahme zum Antrag der Fraktion DIE LINKE „Eigenanteile in Pflegeheimen senken – Menschen mit Pflegebedarf finanziell entlasten" BT-Drucksache 19/960 anlässlich der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages am 4.6.2018, Ausschussdrucksache 19(14)0014(15) vom 4.6.2018.

Organisationswelt im Gesundheitssektor am Beispiel der Altenpflege

Prof. Dr. Wolfgang Schroeder

Inhaltsübersicht

I. Einleitung 195
II. Einordnung der Altenpflege im Drei-Welten-Modell 197
III. Betriebliche Interessenvertretung innerhalb der fragmentierten Trägerschaft 199
IV. Schwierigkeiten einer umfassenden Interessenvertretung 201
1. Individuelle Ebene 201
2. Historische Pfadabhängigkeiten 201
3. Arbeitsbedingungen in der Altenpflege 202
V. Defekte Interessenvertretung 203
1. Beschäftigte: Organisationsunfähigkeit und Teufelskreis der defekten Interessenvertretung 203
2. Arbeitgeber: Segmentierung und Gestaltungsunwille 205
VI. Eingreifen des Staates und alternative Interessenvertretung 206
1. Konzertierte Aktion Pflege (KAP) 206
2. Landespflegekammern 208
3. Bochumer Bund 209
VII. Fazit 210
Literatur 211

I. Einleitung

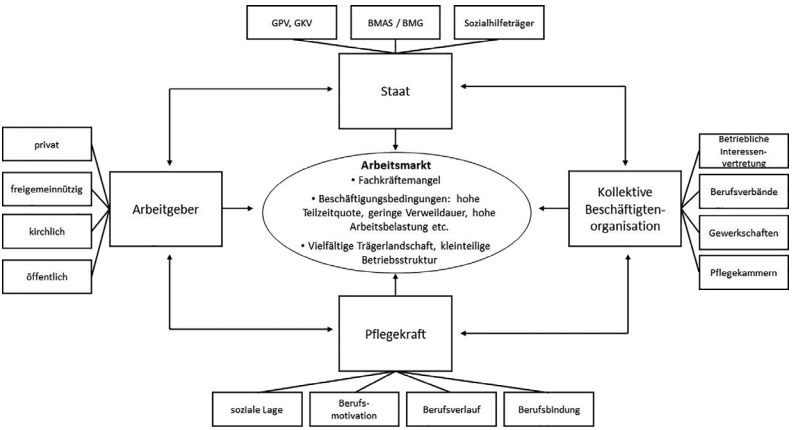
Die teilweise hohen Anforderungen an Beschäftigte in der Altenpflege sind mittlerweile, nicht zuletzt durch die Corona-Pandemie, im Bewusstsein einer breiten Öffentlichkeit angekommen. Der Pflegesektor ist einer der Bereiche mit den meisten Beschäftigten in Deutschland. Dennoch scheiterten bisherige Bemühungen zur Verbesserung der Arbeits- und Lohnbedingungen. Dies liegt

vor allem an der Organisationsschwäche der Beschäftigteninteressen. Um dem immer akuter werdenden Pflegenotstand entgegenzuwirken, gibt es seit einigen Jahren zunehmend staatliche Aktivitäten zur Aufwertung der Repräsentanz der Beschäftigteninteressen. Mit der Konzertierten Aktion Pflege sollten sowohl die Missstände behoben als auch der selbstverwaltete Wachstumssektor der Altenpflege erhalten werden. Ob diese staatlich initiierten Veränderungsschübe wirklich in permanente politische Einflusspotenziale übersetzt werden konnten, bedarf einer kritischen Überprüfung. Das staatliche Eingreifen trägt hinsichtlich fehlender Selbstorganisation in betrieblichen und gewerkschaftlichen Organisationen einen ambivalenten Charakter. Denn jede staatliche Aktivität kann potenziell die Selbstverwaltung auch schwächen. Dies muss allerdings nicht so sein.

Der vorliegende Text gibt einen Überblick über die Interessenvertretung in der Langzeitpflege[1] und die Hindernisse, die dieser im Weg stehen. Zuerst werden die betrieblichen Interessenvertretungsorganisationen vorgestellt und die aktuelle Situation der Interessenvertretung in das Drei-Welten-Modell des Autors eingefügt. Da die Altenpflege von einer fragmentierten Trägerlandschaft geprägt ist, finden sich dort verschiedene Konzepte: Betriebsräte, Personalräte und Mitarbeitervertretungen. Anschließend behandelt der Text die Hindernisse einer Interessenvertretungsorganisation auf individueller Ebene, bevor der Frage nachgegangen wird, warum es sich in der Altenpflege, trotz formal existierender Voraussetzungen um eine *defekte Interessenvertretung* handelt. Danach werden politische Maßnahmen vorgestellt, die auf staatlicher Ebene (Konzertierte Aktion Pflege, KAP) und auf Länderebene (Pflegekammern) unternommen wurden, um die Organisation einer funktionsfähigen Interessenvertretung zu gewährleisten. Zudem wird der Bochumer Bund vorgestellt, bei dem es sich um den wenig erfolgreichen Versuch einer Spartengewerkschaft für Pfleger:innen, ähnlich dem Marburger Bund für Ärzt:innen handelt. Der letzte Abschnitt schließt die Diskussion ab.

1 Gemeint sind damit im Wesentlichen die ambulanten und stationären Einrichtungen, die nach dem SGB XI finanziert werden. Im Folgenden werden die Begriffe Altenpflege und Langzeitpflege synonym verwendet.

Abb. 1: Idealtypische Ordnung kollektiven Handelns in der Altenpflege



Quelle: *Schroeder,* Interessenvertretung in der Altenpflege, Zwischen Staatszentrierung und Selbstorganisation.

II. Einordnung der Altenpflege im Drei-Welten-Modell

Beschäftigten- und Arbeitgeberinteressen sind in Deutschland je nach Branche unterschiedlich organisiert, sodass wir es mit einem heterogenen System der Arbeitsbeziehungen zu tun haben. Eine Orientierung bildet dabei das Konzept der drei Welten der Arbeitsbeziehungen von *Schroeder und Weßels*,[2] welches Systeme von Arbeitsbeziehungen anhand spezifischer Akteurskonstellationen, Konstellationen von Arbeitsbeziehungen und unterschiedlichen Outcomes unterscheidet.

Als Kernbereich identifizieren die Autoren in der *ersten Welt* des deutschen Modells vor allem Großbetriebe des verarbeitenden Gewerbes, der chemischen Industrie sowie den Öffentlichen Dienst. Zentrales Merkmal dieser Welt sind hochentwickelte Akteurskonstellationen in beiden Sphären des dualen Systems der Arbeitsbeziehungen. Konkret bedeutet dies sowohl eine in den Betrieben stark verankerte betriebliche Mitbestimmung durch Betriebsratsgremien als auch eine gut funktionierende Sozialpartnerschaft, die auf mitglieder- und ressourcenstarken sowie durchsetzungs- und verpflichtungsfähigen Ge-

2 *Schroeder/Weßels* in: Schroeder/Weßels, Die Gewerkschaften in Politik und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland, 11.

werkschaften und Arbeitgeberverbänden aufbaut und im Modus einer deeskalierenden Konfliktpartnerschaft agiert.

Der *zweiten Welt* ordnen *Schroeder/Weßels* mittelgroße Betriebe des verarbeitenden Gewerbes und des Dienstleistungssektors zu. In diesem Typus sind zwar durchaus Institutionen betrieblicher Mitbestimmung und der Sozialpartnerschaft existent, aber im Vergleich zur ersten Welt weniger konsistent und flächendeckend verbreitet sowie in ihrer Funktionsweise aufgrund stärker situativer Arrangements weniger professionalisiert. Daher existiert in Betrieben dieses Typs häufig nur ein (Haus-)Tarifvertrag oder ein Betriebsratsgremium.

In der *dritten Welt* finden sich schließlich viele kleine und mittlere Unternehmen sowie große Teile des Dienstleistungssektors. Dieser Typ zeichnet sich dadurch aus, dass kaum Strahlkraft von der ersten Welt auf diese Bereiche ausgeht und daher keine, oder nur wenig institutionalisierte, Strukturen betrieblicher Mitbestimmung und der Tarifautonomie existieren. Dementsprechend schwach sind in dieser Welt auch die Akteure aufgestellt. Wenngleich dieser Typ als Peripherie der Arbeitsbeziehungen zu verstehen ist, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass die in diesem Feld agierenden Unternehmen nicht wettbewerbsfähig sind. Im Gegenteil erkennen *Schroeder und Weßels*[3] in diesen Bereichen häufig Unternehmen, die in einem ausgeprägten Innovationswettbewerb stehen und eine hohe Wertschöpfungstiefe besitzen.

Wichtig im Umgang mit dieser Typologie ist das Verständnis als heuristisches Modell. Auf der Grundlage einer starken Verallgemeinerung der Akteurskonstellationen und damit verbundenen Wirkmechanismen dient es dazu, historisch gewachsene Unterschiede bezüglich der Arbeitsbeziehungen in Deutschland zu erklären und sichtbar zu machen. Seine Stärke liegt darin, dass die grundlegenden Ausformungen der Arbeitsbeziehungen mit den jeweils zu Grunde liegenden Akteurskonstellationen, Interaktionsformen und Outcomes deutlich werden. So lassen sich im Zeitverlauf Hinweise zur Entwicklung der Funktions- und Leistungsfähigkeit der Sozialpartnerschaft in Deutschland gewinnen. Gleichzeitig sind die Übergänge zwischen den Typen in der Realität weniger statisch als sie hier dargestellt sind. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass es an den Rändern der jeweiligen Typen immer auch Überschneidungen gibt. Anhand der Daten zur Verbreitung von (Flächen-)Tarifverträgen sowie zur betrieblichen Mitbestimmung lässt sich ein Bild von ebendiesen Entwicklungen zeichnen. Der ersten Welt können alle Betriebe zugeordnet werden, die sowohl einem (Flächen-)Tarifvertrag unterliegen als auch über ein Be-

3 *Schroeder/Weßels* in: Schroeder/Weßels, Die Gewerkschaften in Politik und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland, 11, 20.

triebsratsgremium verfügen. In der zweiten Welt werden Betriebe verortet, die entweder einem (Flächen-)Tarifvertrag unterliegen oder ein Betriebsratsgremium haben, während in Betrieben der dritten Welt keine dieser Strukturen anzutreffen sind.

Die Altenpflegebranche ist aufgrund der unterschiedlichen Trägerschaft in allen drei Welten vertreten. Jedoch ist der Anteil, der in der ersten Welt mit Tarifverträgen und guter Entlohnung angesiedelt ist, am geringsten. Da in der Altenpflege sowohl öffentliche, private, freie wohlfahrtsverbandliche als auch konfessionelle Träger aktiv sind, spielen die dort jeweils vorhandenen „Unternehmensphilosophien" auch eine Rolle für die Akzeptanz von Gewerkschaften und kollektiven Arbeitsbeziehungen. Während die Pflegeeinrichtungen der öffentlichen Träger und freigemeinnützigen Wohlfahrtsverbände meist in der „Zweiten Welt" eingeordnet werden können, liegen die privat-gewerblichen Einrichtungen in der „Dritten Welt". Gremien zur Arbeitnehmervertretung sind dort selten oder Beschäftigte wissen – aus unterschiedlichen Gründen – nicht von diesen. In einer Beschäftigtenbefragung gaben nur 10,6 % der befragten Altenpflegekräfte, die bei privaten Trägern arbeiten, an, es gäbe in ihrer Pflegeeinrichtung einen Betriebsrat. Bei frei-gemeinnützigen (außer kirchlichen) Trägern waren es 36,4 %. 29,9 % der bei öffentlichen Trägern Beschäftigten wussten vom Personalrat, 38,5 % der bei Caritas und Diakonie Beschäftigten gaben an, es gäbe eine Mitarbeitervertretung.[4]

III. Betriebliche Interessenvertretung innerhalb der fragmentierten Trägerschaft

Die betrieblichen Interessenvertretungsorganisationen spielen eine wichtige Rolle bei der Mitbestimmung und dem Schutz der Rechte der Beschäftigten. Die Trägerschaft im Altenpflegebereich ist stark fragmentiert (siehe „Abb. 1: Idealtypische Ordnung kollektiven Handelns in der Altenpflege") und je nach Trägerschaft der Einrichtung und ihrer jeweiligen Unternehmensphilosophie ist die betriebliche Interessenvertretung unterschiedlich organisiert. Auch für die Akzeptanz von Gewerkschaften spielen die Unternehmensphilosophien eine Rolle.

4 *Schroeder*, Interessenvertretung in der Altenpflege, Zwischen Staatszentrierung und Selbstorganisation, 85.

Privatwirtschaftliche und freigemeinnützige Träger ohne konfessionelle Bindungen nutzen *Betriebsräte* zur Regelung der Arbeitsbeziehungen. Ihre Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte werden durch das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) geregelt. Konkret bedeutet dies, dass die Betriebsräte in vielen betrieblichen Angelegenheiten informiert und angehört werden müssen; in manchen Bereichen müssen Maßnahmen außerdem die Zustimmung des Gremiums erhalten, um wirksam zu sein. Dies verleiht den Betriebsräten grundsätzlich eine starke Position in der Gestaltung der Arbeitsbedingungen und der Unternehmenspolitik.

Während die *Personalräte* im öffentlichen Dienst hinsichtlich ihrer Rechte mit den Betriebsräten vergleichbar sind,[5] sehen sich die *Mitarbeitervertretungen* der konfessionellen Träger insbesondere in ihren Mitbestimmungsmöglichkeiten stärker eingeschränkt. Nach dem Arbeitsrecht der Kirchen ist die betriebliche Interessenvertretung in kirchlichen Einrichtungen auf der Mitarbeitervertretungsordnung der Caritas (MAVO) beziehungsweise dem Mitarbeitervertretungsgesetz der Diakonie (MVG) geregelt. Im Unterschied zum BetrVG und den Personalvertretungsgesetzen des Bundes und der Länder sind die kirchlichen Regelwerke auf die gemeinschaftliche Regelung der Arbeitsbedingungen ausgerichtet, wodurch der Konflikt zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen in den Hintergrund gestellt wird. Diese Form der betrieblichen Interessenvertretung wird oft als „dritter Weg" bezeichnet, indem sie eine Alternative sowohl zur einseitigen Festlegung der Arbeitsvertragsgestaltung durch den Arbeitgeber (erster Weg) als auch zum Abschluss von Tarifverträgen zwischen Arbeitgeber und Mitarbeitenden (zweiter Weg) bietet. In diesem Sinne gewährt das kirchliche Arbeitsrecht den Mitarbeitervertretungen zwar weitgehende Befugnisse was Unterrichtung und Beratung anbelangt, doch sind ihre Mitbestimmungsrechte mit einigen Ausnahmen schwächer als die der Betriebs- und Personalräte. Dieser Unterschied wird dadurch weiter betont, dass kirchliche Arbeitsgerichte für das Austragen von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten zuständig sind – der staatliche Rechtsweg ist hier in der Regel nicht vorgesehen. Zugleich werden den Gewerkschaften in den kirchlichen Mitarbeitervertretungsgesetzen keine eigenen Rechte gewährt, auch wenn ihre Mitarbeit bei der Regelung von Lohn- und Arbeitsbedingungen per se nicht ausgeschlossen ist. Obwohl die gesetzliche Rolle der Arbeitnehmervertretungen daher je nach Träger unterschiedlich ist, hängt die praktische Durchsetzungsfähigkeit der jeweiligen betrieblichen Interessenvertretungen letztlich auch von weiteren Faktoren ab, darunter etwa die interne Arbeitsweise und -verteilung im Gremium selbst.

5 Die Rechtsgrundlage hierfür bilden die Personalvertretungsgesetze des Bundes (BPersVG) und der Länder.

IV. Schwierigkeiten einer umfassenden Interessenvertretung

In der Altenpflege lässt sich das Vorhandensein berufsspezifischer Bedingungen erkennen, die nicht selten historischen Pfadabhängigkeiten unterliegen und kollektive Aktivitäten von Seiten der Beschäftigten erschweren dürften.

1. Individuelle Ebene

Das schwach ausgeprägte Arbeitnehmerbewusstsein vieler Altenpflegekräfte, das maßgeblich als Folge einer intrinsischen Arbeitsmotivation zu verstehen ist, steht einer kollektiven Organisation im Weg. Eine Beschäftigtenumfrage ergab, dass mehr als jede zweite Altenpflegekraft ihren beruflichen Antrieb in dem Wunsch sieht, Menschen zu helfen.[6] Die Kehrseite dieser Motivation ist, dass Altenpflegekräfte ihre Interessen als Beschäftigte häufig hinter das Wohl der Pflegebedürftigen zurückstellen, was mit der Ablehnung kollektiver Aktivitäten – wie etwa Streiks – als Imstichlassen der Pflegebedürftigen einher geht.[7] Andererseits dürfte auch eine generelle Zufriedenheit im Hinblick auf die Rahmenbedingungen der Beschäftigung die Pflegekräfte von interessenpolitischer Mobilisierung abhalten: Denn solange zwei Drittel der Beschäftigten ihre Arbeitsbedingungen als fair empfinden oder sich wenigstens mit diesen arrangieren können, besteht für sie keine Notwendigkeit, Verbesserungen mittels kollektiven Handelns anzustreben.[8] Zusammengenommen bewirken diese Faktoren, dass die Anreize für kollektive Interessenvertretung auf der Ebene der Beschäftigten nicht unbedingt in Zusammenhang mit den objektiven Arbeitsstrukturen in der Altenpflege stehen.

2. Historische Pfadabhängigkeiten

Lange Zeit galt die Altenpflege als weibliche Berufung, bei der den Beschäftigtenbedingungen nur eine untergeordnete Bedeutung zukam. Die historische Entwicklung der Pflegetätigkeit als karitative Arbeit wirkt durch strukturelle Pfadabhängigkeiten noch heute auf Arbeitsbedingungen und Entlohnung in der Branche ein. Anders als die industrielle Erwerbsarbeit, die in Deutschland lange als zentrale Referenz für das sogenannte „Normalarbeitsverhältnis“ galt, wich die Entwicklung der Pflegeberufe schon früh von dieser Norm ab. Während das Wirken von Gewerkschaften in der Industrie dafür sorgte, dass die

6 *Schroeder*, Interessenvertretung in der Altenpflege, Zwischen Staatszentrierung und Selbstorganisation, 149.
7 *Schroeder*, Interessenvertretung in der Altenpflege, Zwischen Staatszentrierung und Selbstorganisation, 197.
8 *Schroeder*, Interessenvertretung in der Altenpflege, Zwischen Staatszentrierung und Selbstorganisation, 165.

meist männlichen Arbeiter bestimmte Rechte für sich beanspruchen konnten, galten Pflegeberufe als natürliche Verlängerung der meist weiblichen Haus- und Familienarbeit. Die professionelle Pflege wurde zunächst in den Ordens- und Schwesterngemeinschaften der Kirchen geboren, wo sie vorwiegend als christlich-orientierter *Liebesdienst* am Nächsten verstanden wurde.[9] Entsprechend wurde die Pflege nicht als freie Erwerbstätigkeit innerhalb von Arbeitsrecht und Ausbildungsregelungen organisiert. Stattdessen wurde die Tätigkeit von Frauen in Pflegeberufen mit biologischen Eigenschaften, wie Mütterlichkeit, Emotionalität und Aufopferungsfähigkeit begründet[10] und entsprach der damals üblichen arbeitsteiligen Trennung zwischen den Geschlechtern: Der Mann war allein für die Ernährung der Familie zuständig und die Rolle der Frau beschränkte sich auf untergeordnete reproduktive Aufgaben im Kreis der Familie.

Mit dem steigenden Bedarf an Pflegepersonal in den 1950er Jahren begann allmählich die Verberuflichung der Pflege. Durch arbeitsrechtliche und arbeitsorganisatorische Reformen, wie dem Übergang zur Schichtarbeit (1960er Jahre) und der Einführung der 40-Stunden-Woche (1970er Jahre), entwickelte sich die Pflegetätigkeit zu einem „normalen Frauenberuf".[11] Zudem begann sich die Altenpflege als eigenständiges Arbeitsgebiet von der Krankenpflege zu trennen. 1969 trat die erste staatliche Ausbildungs- und Prüfungsordnung in Kraft.[12] Die neugegründeten Altenpflegeschulen waren föderal aufgestellt und erst im Jahr 2003 entstand mit dem Altenpflegegesetz eine bundeseinheitliche Regelung für eine dreijährige Ausbildung zur Altenpflegefachkraft.[13] Trotz Reformen wirkt die Geschichte weiterhin auf die konkrete Struktur der Altenpflege von heute nach. Die Langzeitpflege alter Menschen ist nach wie vor ein stark weiblicher Beruf, gekennzeichnet von belastenden Arbeitsbedingungen, einer vergleichsweise geringen Entlohnung und einem hohen Anteil von an- und ungelerntem Personal. Diese Strukturmerkmale werden unter anderem durch die historisch gewachsene Motivation und Berufsmentalität in der Altenpflege reproduziert, welche das Einfordern von besseren Arbeitsbedingungen und höherer Entlohnung vielfach als berufsfremd erscheinen lassen.

3. Arbeitsbedingungen in der Altenpflege

Erwerbstätigkeit in der Altenpflege geht in der Regel einher mit hohen psychischen und physischen Belastungen. Unter die physischen Belastungen fallen

9 *Bischoff-Wanner* in: Schaeffer/Wingenfeld, Handbuch Pflegewissenschaft, 19, 26.
10 *Breinbauer,* Arbeitsbedingungen in der Pflege, Eine empirische Untersuchung in Rheinland-Pfalz, 48.
11 *Kreutzer*, Vom „Liebesdienst" zum modernen Frauenberuf, Die Reform der Krankenpflege nach 1945, 28.
12 *Breinbauer,* Arbeitsbedingungen in der Pflege, Eine empirische Untersuchung in Rheinland-Pfalz, 53.
13 Voges, Pflege alter Menschen als Beruf, 116.

das Tragen schwerer Lasten, langes Stehen, Zwangshaltung sowie ein hohes Infektionsrisiko. Zu typischen psychischen Belastungen gehören bspw. der Umgang mit Sterben und Tod, häufige Störungen bei der Arbeit, ein hoher Termin- und Leistungsdruck, sowie verschiedene Arbeiten, die gleichzeitig betreut werden müssen.[14] Diese hohen Belastungen veranlassen Beschäftigte dazu, auf verschiedene individuelle Strategien zurückzugreifen, um die Belastung zu reduzieren, anstatt ihre Arbeitsbedingungen durch Organisation einer kollektiven Interessenvertretung zu verbessern. Dazu gehören Teilzeitarbeit (49 % aller Beschäftigten),[15] sowie Krankschreibungen, die in der Altenpflegebranche mit durchschnittlich 34,2 Tagen pro Jahr überdurchschnittlich hoch sind.[16]

Allerdings stehen die Bedingungen in der Altenpflege dem Entstehen und der Weiterentwicklung kollektiver Interessenvertretung, trotz aller Hindernisse, nicht gänzlich entgegen. Die Voraussetzungen für Partizipation an kollektiven Aktivitäten sind grundsätzlich gegeben.

V. Defekte Interessenvertretung

Die zentralen Fragen der Arbeitsmarktpolitik werden in Deutschland üblicherweise im Rahmen einer konstruktiven Konfliktpartnerschaft zwischen Arbeitnehmer:innen und Arbeitgeber:innen verhandelt. Dazu sind allerdings starke Gewerkschaften und gestaltungswillige Arbeitgeberorganisationen notwendig. Beide Voraussetzungen sind im Bereich der Altenpflege jedoch nicht, oder nur unzureichend gegeben.

1. Beschäftigte: Organisationsunfähigkeit und Teufelskreis der defekten Interessenvertretung

Unter den Organisationen der Beschäftigten lassen sich drei Arten von Gewerkschaften ausmachen: Zuerst ist die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) zu nennen, die bundesweit Beschäftigte in der Altenpflege, Krankenpflege und weiteren Branchen organisiert. ver.di besitzt insgesamt 1,9 Millionen Mitglieder;[17] gleichwohl ist die Mitgliederzahl in der Altenpflege unzureichend, um die Transformation der Arbeitgeberverbände zu gestaltungswilli-

14 Institut DGB-Index Gute Arbeit, Arbeitsbedingungen in der Alten- und Krankenpflege; *Rothgang/Müller,* BARMER Pflegereport 2023.

15 Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarktsituation im Pflegebereich, 13.

16 Techniker Krankenkasse, Pressemitteilung v. 12.5.2024.

17 DGB, Mitgliederzahlen 2023.

gen Akteuren zu befördern. Zugleich gibt es Kleinstorganisationen, die als sogenannte „gelbe" Gewerkschaften gelten und lediglich in einzelnen Regionen, wie in Ostdeutschland, aktiv sind.[18] Diese Organisationen sind meist nicht gegnerfrei finanziert, also unabhängig von den Arbeitgebern und ihren Ressourcen organisiert, und sie ziehen insofern ihre Bedeutung sehr stark aus der Konkurrenz zu ver.di. Zuletzt sind Spartengewerkschaften jüngeren Datums zu nennen, die im Unterschied zu den DGB-Gewerkschaften nicht dem Industrieverbands- bzw. Multibranchenverbandsprinzip folgen, sondern vorrangig einzelne Berufsgruppen organisieren.[19] So macht seit 2020 der Bochumer Bund (BB) auf sich aufmerksam, der – analog zum Marburger Bund bei den angestellten und beamteten Ärzt:innen – ausschließlich Pflegekräfte vertreten möchte.

Obwohl ver.di für die Interessenvertretung in der Altenpflege verantwortlich ist, spielt die Gewerkschaft allenfalls eine marginale Rolle: nur 12,3 % der Beschäftigten sind Gewerkschaftsmitglied.[20] Einige Gründe für die mangelnde Fähigkeit eine kollektive Interessenvertretung zu organisieren wurden bereits vorgestellt (karitative Historie der Altenpflege; späte Professionalisierung des Berufs; Berufsmentalitäten, welche zur Zurückstellung des eigenen Interesses zum Wohle der Pflegebedürftigen führen). Hinzu kommt eine mangelnde Kontaktfläche zwischen den Beschäftigten und den Gewerkschaften: Mehr als vier Fünftel der beruflich Pflegenden (80,3 %) wurden von einer Gewerkschaft noch nie kontaktiert, wenngleich zwei Drittel (66,1 %) ver.di kennen und diese positiv oder eher positiv einschätzen.[21] Der Zugang zu Betrieben und Beschäftigten wird zudem durch die Kleinteiligkeit der Einrichtungen und die Expansion des privaten ambulanten Bereichs, in dem Gewerkschaften durch Altenpfleger:innen weniger positiv bewertet werden behindert.[22] Damit fehlt der Selbstorganisation der Beschäftigten vor allem eine *kritische Masse* von Organisationsaktivist:innen.

Die begrenzte Organisationsfähigkeit von ver.di bedeutet, dass ver.di sich in einem „Teufelskreis der defekten Interessenvertretung" befindet.[23] Die Beschäftigten haben kaum Berührungspunkte mit der zuständigen Gewerkschaft ver.di und kommen dadurch selten mit gewerkschaftlichen Ideen und Angeboten in Berührung. Die Gewerkschaften haben in diesen Bereichen keine Mitglieder, weil sie hier kaum präsent und greifbar für die Beschäftigten sind.

18 *Evans*, Arbeitsbeziehungen der Care-Arbeit im Wandel, 26.
19 *Schroeder/Greef* in: Schroeder, Handbuch Gewerkschaften in Deutschland, 29.
20 *Schroeder,* Interessenvertretung in der Altenpflege, Zwischen Staatszentrierung und Selbstorganisation, 209.
21 *Schroeder*, Interessenvertretung in der Altenpflege, Zwischen Staatszentrierung und Selbstorganisation, 207.
22 *Schroeder*, Interessenvertretung in der Altenpflege, Zwischen Staatszentrierung und Selbstorganisation, 139.
23 *Schroeder/Kiepe* in: Bundeszentrale für politische Bildung, Pflege. Praxis – Geschichte – Politik, 214, 218.

Andersherum sind sie jedoch unter anderem deshalb dort kaum präsent, weil sie durch die geringe Mitgliederzahl und die schwache bzw. nicht vorhandene betriebliche Verankerung nur über sehr begrenzte Ressourcen und keine Zugänge zur Ansprache der Beschäftigten verfügen. Durch ihre Abwesenheit können sie allerdings auch keine neuen Mitglieder hinzugewinnen. Durch die Mitgliederschwäche der Gewerkschaften in manchen Branchen fehlt das Trampolin für eine aktive Mitgliederpolitik.

2. Arbeitgeber: Segmentierung und Gestaltungsunwille

Auf der Arbeitgeberseite existiert eine – vom Gesetzgeber in § 11 Abs. 2 SGB XI explizit gewünschte – vielfältige Trägerlandschaft: Getragen wird die Altenpflege von privaten, freigemeinnützigen, konfessionellen und öffentlich-rechtlichen Trägerorganisationen mit einer erheblichen Heterogenität der Betriebs- und Unternehmensstrukturen. Diese Heterogenität wird durch unterschiedliche Mitbestimmungspraxen sowie Unternehmensphilosophien noch verstärkt. Die öffentlichen Träger spielen kaum eine Rolle; stattdessen werden die mittel- und kleinbetrieblichen Strukturen der Altenpflege in den ambulanten Diensten privatwirtschaftlich dominiert (67,8 %), während die freigemeinnützigen Träger im stationären Bereich überwiegen (52,8 %).[24]

Anders als bei den Krankenhäusern besteht in der Altenpflege damit eine kleinteilige Betriebsstruktur, entsprechend fragmentiert sind die kollektiven Akteure der Arbeitgeber:innen. Im Bereich der Wohlfahrtspflege bestehen seit geraumer Zeit Arbeitgeberstrukturen, die allerdings nur bei der Dienstgeberseite von Caritas und Diakonie flächendeckend ausgeformt sind. In der weltlichen Wohlfahrtspflege dagegen erfasst beispielsweise der Arbeitgeberverband AWO Deutschland (AGV AWO) nur einen Teil der jeweils autonomen AWO-Träger.

Der privat-gewerbliche Arbeitgeberverband Pflege (AGVP), aus dem sich später der bpa AGV abspaltete, wurde erst 2010 auf staatliche Intervention hin gegründet. Diese reaktionäre Genese hat zur Folge, dass der AGVP vordergründig als „Abwehrverband" zu verstehen ist.[25] Wie die ersten deutschen Arbeitgeberverbände, die im 19. Jahrhundert in der metallverarbeitenden Industrie entstanden, ist er nicht darauf ausgerichtet, durch tarifpolitische Gestaltung Arbeitgeber – Unternehmen respektive Pflegeeinrichtungen – an sich zu binden. Vielmehr geht es darum, eine geschlossene Abwehrfront gegen die Ge-

24 Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 2021.

25 *Schroeder* in: Schroeder/Weßels, Handbuch Arbeitgeber- und Wirtschaftsverbände in Deutschland, 29, 35 ff.

werkschaften und die Politik aufzubauen, um eine strengere Regulierung des Altenpflegesektors zu verhindern. Letzten Endes ist diese Unwilligkeit in der Tarifpolitik auf das Geschäftsmodell der privat-gewerblichen Arbeitgeber zurückzuführen, in dem die Personalkosten einen entscheidenden Wettbewerbsfaktor darstellen.

Diese defekte Interessenvermittlung führt zu einer geringen Tarifbindung in der Altenpflege: In den öffentlichen Pflegeeinrichtungen gilt für circa 39.000 Beschäftigte ein Tarifvertrag des Öffentlichen Dienstes.[26] Im kirchlichen Bereich erfassten 2016 die Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) von Caritas und Diakonie 156.000 bzw. 188.000 Beschäftigte. Während im öffentlichen und kirchlichen Bereich somit für (fast) alle Beschäftigte Tarifverträge oder kirchenarbeitsrechtliche Regelungen gelten, werden bei den „weltlichen" Wohlfahrtsverbänden DRK, AWO und Paritätischer insgesamt nur 50.000 Beschäftigte tarifiert.[27] Obwohl der Abschluss von Tarifverträgen zu den satzungsgemäßen Aufgaben von AGVP und bpa AGV gehören, ist im privat-gewerblichen Bereich bisher keine umfassendere Tariftätigkeit ersichtlich.[28]

VI. Eingreifen des Staates und alternative Interessenvertretung

Der Staat erkennt die Probleme bezüglich der Interessenvertretung im Bereich der Pflege. Da die Arbeit in der Altenpflege für ihn eine existentielle Bedeutung hat und die Anzahl pflegebedürftiger Personen in Deutschland nach Schätzungen des Statistischen Bundesamtes bis 2055 auf 6,8 Millionen (von heute 5,0 Millionen) ansteigen dürfte,[29] hat der Staat ein Interesse an der Attraktivität von Pflegeberufen und greift durch diverse Maßnahmen in die Interessenvertretung ein. Im Folgenden sollen die KAP auf staatlicher Ebene, sowie die Pflegekammern auf Länderebene vorgestellt werden.

1. Konzertierte Aktion Pflege (KAP)

Nachdem die Pflege im Bundestagswahlkampf 2017 eine prominente Rolle einnahm und 51 % der Wahlberechtigten angaben, dass die Pflege eine bedeutsame Rolle bei ihrer Wahlentscheidung spielte, wurde der Wählerwille in eine Akteursplattform (KAP) übersetzt, die sich das Ziel setzte, mit den dafür zen-

26 Bundesregierung, Konzertierte Aktion Pflege, Vereinbarungen der Arbeitsgruppen 1 bis 5, 164.
27 Bundesregierung, Konzertierte Aktion Pflege, Vereinbarungen der Arbeitsgruppen 1 bis 5, 164.
28 *Franzen*, RdA 2020, 75.
29 Statistisches Bundesamt, Pflegevorausberechnung, Deutschland und Bundesländer.

tralen Akteuren die „bedarfsgerechte Weiterentwicklung der Situation in der Pflege auf den Weg zu bringen".[30] In fünf Arbeitsgruppen wurden konkrete Maßnahmen erarbeitet. Die Arbeitsgruppe 5, welche für die zentrale Frage der Entlohnungsbedingungen unter Berücksichtigung der Tarifautonomie und des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts verantwortlich war, zielte auf die Überwindung der defekten Interessenvertretung ab. Durch staatliches Eingreifen sollte eine von oben geschaffene „improvisierte Tarifautonomie" installiert werden.[31] Die Idee war, einen ausgehandelten Tarifvertrag durch eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) auf alle Beschäftigten in der Altenpflegebranche zu erstrecken.

Am 1.2.2021 einigten sich ver.di und die einst für diesen Zweck gegründete Bundesvereinigung Arbeitgeber in der Pflegebranche (BVAP) auf einen Tarifvertrag über die Mindestbedingungen in der Altenpflege. Jedoch lehnte die Dienstgeberseite der Arbeitsrechtlichen Kommission der Caritas die flächendeckende Ausweitung des Tarifvertrags unter Bezugnahme auf das kirchliche Selbstbestimmungsrecht ab, wodurch eine Abstimmung zwischen Politik und Arbeitgeber:innen in der Pflege scheiterte. Daraufhin favorisierten Union und SPD die Refinanzierung von Pflegelöhnen zukünftig durch die Pflegeversicherung (SGB XI) an die Tarifbindung zu koppeln.

Durch Inkrafttreten des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG)[32] am 1.9.2022 sind Arbeitgeber:innen im Bereich der Altenpflege dazu verpflichtet, ihre Pflege- und Betreuungskräfte mindestens in Höhe eines Tarifvertrages zu entlohnen. Zur Erfüllung der neuen Zulassungsvoraussetzung können die Arbeitgeber:innen zwischen der Bindung bzw. Orientierung an ein(em) Tarifvertragswerk oder eine(r) kirchliche(n) Arbeitsrechtsregelung wählen. Des Weiteren haben sie die Option, die Bezahlung an einen „Durchschnittswert" zu koppeln. Dies setzt voraus, dass Pflegeeinrichtungen ihre Beschäftigten in der jeweiligen Qualifikationsgruppe (Fachkräfte, Hilfskräfte, Angelernte) im Durchschnitt mindestens nach dem regional üblichen Entlohnungsniveau in ihrem Bundesland entlohnen.[33] Seit der Einführung dieser „Tariftreueregelungen" ist das allgemeine Lohnniveau in der Branche deutlich gestiegen, insbesondere in privaten Pflegeeinrichtungen, deren Tarifbindung traditionell die niedrigste aller Trägerschaften war. Andererseits ist die Bedeutung des GVWG für die allgemeine Tarifbindung bislang eher bescheiden geblieben, insbesondere weil bislang nicht-tarifgebundene Pflegean-

30 Bundesregierung, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, 96.
31 *Schroeder/Kiepe* in: Bundeszentrale für politische Bildung, Pflege. Praxis – Geschichte – Politik, 214, 218.
32 Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung v. 11.7.2021, BGBl. 2021 I S. 2754.
33 *Lenzen/Evans-Borchers*, „Tariftreue in der Altenpflege", Expertise zur Umsetzung des GVWG in Nordrhein-Westfalen, 2.

bieter sich überwiegend für die Option des regional üblichen Durchschnittwertes entschieden haben.[34]

2. Landespflegekammern

Als Körperschaften des öffentlichen Rechts übernehmen Pflegekammern regulative Aufgaben des Pflegeberufes und dienen somit nach dem Vorbild anderer medizinischer Berufe der Selbstregulierung der Pflegekräfte als Berufsgruppe. Diese Aufgaben beziehen sich insbesondere auf den Erlass einer Berufsordnung und deren Überwachung, die Formulierung von Weiterbildungsstandards sowie die Beteiligung der Berufsgruppe an politischen Gremien und der Gesetzgebung. Auf diese Weise soll eine Pflegekammer die berufliche Qualifikation der Pflegenden und die Qualität der Pflege im Interesse der Bevölkerung sicherstellen. Die Gründung einer Pflegekammer erfolgt auf der Ebene der Bundesländer. Dabei ist eine Mitgliedschaft für alle Pflegefachkräfte mit einer staatlich anerkannten Ausbildung Pflicht; hierfür zahlen sie einen einkommensabhängigen Mitgliedsbeitrag.

In der politischen Debatte galt die Errichtung von Pflegekammern von Anfang an als umstritten. Die Befürworter:innen der Kammern, allen voran der Deutsche Pflegerat und der Deutsche Pflegeverband, waren voll des Lobes bezüglich der neuartigen Interessenvertretungsgremien, in denen sie eine Chance sahen, die Stimme der Pflege in Politik und Öffentlichkeit zu stärken und die Professionalisierung des Berufsstandes voranzutreiben. Stattdessen wiesen die Gegner – darunter die Gewerkschaft ver.di und einige Arbeitgeberverbände – auf einen Mehraufwand an Bürokratie und Kosten durch die Zwangsmitgliedschaft hin. Zugleich äußerten sie Zweifel daran, dass eine Kammerlösung dem Mangel an Wertschätzung und Qualitätsentfaltung in der Altenpflege entgegenwirken könne; schließlich bliebe die Vertretung der materiellen Interessen der Beschäftigten Aufgabe der Gewerkschaften.

ver.di-Vorstandsmitglied Sylvia Bühler spricht in dieser Hinsicht sogar von einem „Mythos Pflegekammer". Aus diesem Blickwinkel können „Pflegekammern […] auch nicht mehr Einfluss nehmen als schon jetzt Gewerkschaften".[35] Eine wirkliche Verbesserung der strukturellen Problematiken von schlechten Arbeitsbedingungen, Unterentlohnung, Engpässen usw. könne nur durch die Gewerkschaften geleistet werden und nicht durch privatisierte und auf dem Prinzip der Zwangsmitgliedschaft beruhende Organisationen.[36] An der Seite

34 *Lenzen/Evans-Borchers*, „Tariftreue in der Altenpflege", Expertise zur Umsetzung des GVWG in Nordrhein-Westfalen, 5 f.

35 *Bühler,* Mythos Pflegekammer.

36 *Bühler,* Mythos Pflegekammer.

der Gewerkschaften sprechen sich vor allem auch Arbeitgeberverbände – exemplarisch der Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienste (bpa) – gegen die Pflegekammern aus. Der bpa schließt sich nicht nur einigen Teilen der Kritik der Gewerkschaft an, sondern erweitert sie um die Themen von beträchtlichen öffentlichen Ausgaben, kostenpflichtiger Zwangsmitgliedschaft und unnötiger Bürokratie.[37] Diese Konfliktlinie zog sich auch durch die Belegschaften, wie etwa die Befragungen unter Pflegekräften zeigen, die von 2010 bis 2018 in insgesamt zwölf Bundesländern durchgeführt wurden.[38]

Die Kontroverse um die Kammerfrage hatte zur Folge, dass die Einrichtung von Pflegekammern bislang nur sehr langsam vorangeschritten ist: Bis dato haben sich nur fünf Bundesländer für die Gründung einer Kammer entschieden. Zwei von ihnen – Niedersachsen und Schleswig-Holstein – haben ihre bereits eingerichteten Kammern inzwischen wieder auflösen müssen, nachdem sich die Mehrheit der Pflegekräfte in Umfragen gegen diese ausgesprochen hatte. In Nordrhein-Westfalen fand die konstituierende Sitzung der ersten Kammerversammlung im Dezember 2022 statt; in Baden-Württemberg sollte Ende 2024 die gewählte Vertreterversammlung zum ersten Mal zusammentreten. Allerdings ist es auch hier nicht zur Kammergründung gekommen, da im Rahmen der vorgelagerten Gründungsphase der Landespflegekammer mehr als 53.000 Pflegefachkräfte Einwendungen gegen ihre Registrierung und damit auch gegen die Errichtung der Kammer erhoben hatten, woraufhin die Landesregierung im Juni 2024 das Projekt für gescheitert erklärte.[39]

3. Bochumer Bund

Der geringe Organisationsgrad unter den Beschäftigten, gekoppelt mit der mangelnden Kontaktfläche zu ver.di, schafft eine Möglichkeitsstruktur für die Gründung konkurrierender Gewerkschaften. Dieses Gelegenheitsfenster nutzt auch der am 12.5.2020 gegründete Bochumer Bund (BB) aus. Die Gewerkschaft entstand aus einer Gruppe Studierender an der Bochumer Hochschule für Gesundheit und nimmt für sich in Anspruch, die Pflegekräfte „als größte Berufsgruppe im Gesundheitswesen“ zu vertreten. Dabei zeigt sich als Leitmotiv der Verbandsgründung der Versuch, die Berufsidentität und Profession zu stärken. Im Fokus der Mitgliederwerbung stehen Pflegefachkräfte insbesondere in der Krankenpflege, wobei es im BB sogar Bestrebungen gab, die Mitgliedschaft von an- und ungelernten Pflegekräften zu verhindern. Im Kern basiert also das Modell der Berufsgewerkschaft auf der exklusiven Solidarität, wäh-

37 bpa, Stellungnahme zur BT-Drs. 19/19136 und BT-Drs. 19/18957, Ausschussdrucksache 19(14)199(11).
38 *Schroeder,* WSI-Mitteilungen 1/2022, 37.
39 Ministerium für Soziales, Gesundheit und Integration Baden-Württemberg, Pressemitteilung v. 10.6.2024.

rend ver.di als Multibranchengewerkschaft dem Leitbild „ein Betrieb – ein Tarifvertrag“ und damit einer inklusiven Solidarität aller Berufsgruppen in der Pflege folgt.

Auch wenn der BB mittels sozialer Medien schnell und nachdrücklich auf sich hat aufmerksam machen können, ist es ihm bislang nicht gelungen, sich als ernsthafter Herausforderer von ver.di zu etablieren. So verriet der Bundesvorsitzende des BB in einem Interview, dass seine Organisation nach vier Jahren weniger als 3.000 Mitglieder habe.[40] Auch die finanzielle Lage der Gewerkschaft ist angespannt: bei einem regulären Monatsbeitrag von 12,50 € verfügt der BB gegenwärtig über ein jährliches Finanzvolumen von grob geschätzt 338.850 €. Dies ermöglicht keine hauptamtliche Gewerkschaftsarbeit, während ver.di bundesweit Mitarbeitende beschäftigt, finanziert von einem Mitgliedsbeitrag in Höhe von einem Prozent des Bruttolohns. Hinzu kommt, dass ver.di bereits vielfach Tarifverträge in der Altenpflege verantwortet, während der BB zurzeit nicht in der Lage ist, Tarifverhandlungen zu führen. Hierfür fehlt es dem Verband insbesondere an sozialer Mächtigkeit, weshalb seine Tariffähigkeit rechtlich angreifbar ist und auf Antrag arbeitsgerichtlich überprüft werden könnte (§ 97 Arbeitsgerichtsgesetz).

Insgesamt kann man somit feststellen, dass der BB keines der Probleme lösen kann, an denen ver.di bislang gescheitert ist. Zugleich wird durch die mediale Stärke des BB der Eindruck erweckt, dass sich ein neuer schlagkräftiger Akteur etabliert hat, der perspektivisch in der Lage sein könnte, die Organisations-, Repräsentations- und Aktionsdefizite in der Altenpflege zu beseitigen. Letzten Endes könnte dies eine weitere Fraktionierung der Beschäftigten fördern, wodurch die ohnehin geringen Ressourcen zukünftig zwischen zwei Gewerkschaften geteilt werden müssen, die sich eher gegenseitig hemmen als die geschlossene Auseinandersetzung mit den Arbeitgeber:innen zu suchen. So könnte es sein, dass der BB mehr ein Problem für die Arbeitsbeziehungen in der Altenpflege ist, denn ein Problemlöser.

VII. Fazit

Eine organisierte Interessenvertretung in der Altenpflege steht vor komplexen Herausforderungen. Es sind jedoch auch Potentiale zu erkennen. Trotz Defiziten und fragmentierten Strukturen sind die Grundlagen für kollektive Interessenvertretung vorhanden, was Möglichkeiten für Verbesserungen und Verän-

40 *Lücke,* Die Schwester | Der Pfleger, 6/2024, 26.

derungen eröffnet. Gleichwohl spielen staatliche Interventionen, wie die KAP eine wichtige Rolle, da sich der Teufelskreis der defekten Interessenvertretung ohne diese wohl nicht durchbrechen lassen wird. Bei konstruktiver Zusammenarbeit aller Beteiligten sind die Perspektiven für eine effektive und nachhaltige Interessenvertretung gegeben.

Literatur

Bischoff-Wanner, Claudia, Pflege im historischen Vergleich, in: Schaeffer, Doris/Wingenfeld, Klaus (Hrsg.), Handbuch Pflegewissenschaft, Weinheim/Basel 2014, 19–36.

Breinbauer, Mareike, Arbeitsbedingungen in der Pflege, Eine empirische Untersuchung in Rheinland-Pfalz, Wiesbaden 2020.

Bühler, Sylvia, Mythos Pflegekammer, Berlin 12.4.2016, abrufbar unter: *https://gesundheit-soziales.verdi.de/themen/pflegekammern/++co++0613bf48-bd52-11e6-8f5b-525400423e78* (zuletzt abgerufen am 20.12.2024).

Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Arbeitsmarktsituation im Pflegebereich, Nürnberg Mai 2024, abrufbar unter: *https://statistik.arbeitsagentur.de/DE/Statischer-Content/Statistiken/Themen-im-Fokus/Berufe/Generische-Publikationen/Altenpflege.pdf?__blob=publicationFile* (zuletzt abgerufen am 20.12.2024).

Bundesregierung, Mindestlohn in der Altenpflege steigt, 23.4.2024, abrufbar unter: *https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/arbeit-und-soziales/mindestlohn-altenpflege-steigt-2216632* (zuletzt abgerufen am 20.12.2024).

Bundesregierung (Hrsg.), Konzertierte Aktion Pflege. Vereinbarungen der Arbeitsgruppen 1 bis 5, 3. Aufl., Berlin 2019.

Bundesregierung, Ein neuer Aufbruch für Europa, Eine neue Dynamik für Deutschland, Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 19. Legislaturperiode, 2018, abrufbar unter: *https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/archiv/alt-inhalte/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906* (zuletzt abgerufen am 20.12.2024).

DGB (Hrsg.), Mitgliederzahlen 2023, abrufbar unter: *https://www.dgb.de/der-dgb/wer-wir-sind/#c8912* (zuletzt abgerufen am 20.12.2024).

Evans, Michaela, Arbeitsbeziehungen der Care-Arbeit im Wandel, Bonn 2016.

Evans, Michaela/Szepan, Nadine-Michéle, Über den Applaus hinaus Gesundheit & Gesellschaft 4/2023, abrufbar unter: *https://archiv.gg-digital.*

de/2023/04/ueber-den-applaus-hinaus/index.html (zuletzt abgerufen am 20.12.2024).

Franzen, Martin, Das Pflegelöhneverbesserungsgesetz, RdA 2020, 75–84.

Institut DGB-Index Gute Arbeit (Hrsg.), Arbeitsbedingungen in der Alten- und Krankenpflege, Berlin 2018, abrufbar unter: *https://index-gute-arbeit.dgb.de/++co++df07ee92-b1ba-11e8-b392-52540088cada* (zuletzt abgerufen am 20.12.2024).

Kreutzer, Susanne, Vom „Liebesdienst" zum modernen Frauenberuf, Die Reform der Krankenpflege nach 1945, Frankfurt am Main 2005.

Lenzen, Julia/Evans-Borchers, Michaela, „Tariftreue in der Altenpflege", Expertise zur Umsetzung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG) in Nordrhein-Westfalen, Gelsenkirchen 2024, abrufbar unter: *https://www.iat.eu/aktuell/veroeff/2024/Tariftreue_in_der_Altenpflege_Evans-Borchers_Lenzen.pdf* (zuletzt abgerufen am 20.12.2024).

Lücke, Stephan, Vier Jahre Bochumer Bund, Die Schwester Der Pfleger 6/2024, 26.

Meyer, Dirk, Der Mindestlohn-Pflege, ZögU 2012, ,44–60.

Ministerium für Soziales, Gesundheit und Integration Baden-Württemberg, Pressemitteilung vom 10. Juni 2024, abrufbar unter: *https://sozialministerium.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse/pressemitteilung/pid/quorum-zur-errichtung-einer-landespflegekammer-verfehlt* (zuletzt abgerufen am 06.02.2025).

Pflegenetzwerk-Deutschland, Entlohnung nach Tarif in der Langzeitpflege, 11.5.2023, abrufbar unter: *https://pflegenetzwerk-deutschland.de/entlohnung-nach-tarif-in-der-langzeitpflege* (zuletzt abgerufen am 20.12.2024).

Rothgang, Heinz/Müller, Rolf, BARMER Pflegereport 2023, Pflegebedürftige im Krankenhaus, in: Barmer (Hrsg.), Schriftenreihe zur Gesundheitsanalyse, Bd. 44, 1. Aufl., Wuppertal 2023.

Schroeder, Wolfgang, Grenzen staatlichen Handelns zur Förderung schwacher Interessen, WSI-Mitteilungen 1/2022, 37–44.

Schroeder, Wolfgang, Interessenvertretung in der Altenpflege, Zwischen Staatszentrierung und Selbstorganisation, Wiesbaden 2018.

Schroeder, Wolfgang, Geschichte und Funktion der deutschen Arbeitgeberverbände, in: Schroeder, Wolfgang/Weßels, Bernhard (Hrsg.), Handbuch Arbeitgeber- und Wirtschaftsverbände in Deutschland, Ein Handbuch, 2. Aufl., Wiesbaden 2017, 29–51.

Schroeder, Wolfgang/Greef, Samuel, Struktur und Entwicklung des deutschen Gewerkschaftsmodells, Herausforderungen durch Sparten- und Berufsgewerkschaften, in: Schroeder/Wolfgang (Hrsg.), Handbuch Gewerkschaften in Deutschland, 2. Aufl., Wiesbaden 2014, 123–145.

Schroeder, Wolfgang/Kiepe, Lukas, Improvisierte Tarifautonomie in der Altenpflege, Zur Rolle von Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden und Staat, in: Bundeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), Pflege. Praxis – Geschichte – Politik, Bonn 2020, 214–226.

Schroeder, Wolfgang/Weßels, Bernhard, Das deutsche Gewerkschaftsmodell im Transformationsprozess, Die neue deutsche Gewerkschaftslandschaft, in: Schroeder, Wolfgang/Weßels, Bernhard (Hrsg.), Die Gewerkschaften in Politik und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland, Ein Handbuch, Wiesbaden 2003, 11–37.

Schwinger, Antje/Klauber, Jürgen/Tsiasioti, Chrysanthi, Pflegepersonal heute und morgen, in: Jacobs, Klaus/Kuhlmey, Adelheid/Greß, Stefan/Klauber, Jürgen/Schwinger, Antje (Hrsg.), Pflege-Report 2019, Berlin/Heidelberg 2020, 3–21.

Statistisches Bundesamt, Pflegevorausberechnung, Deutschland und Bundesländer, 2024, abrufbar unter: *https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Bevoelkerungsvorausberechnung/Publikationen/publikationen-innen-statistischer-bericht-pflegevorausberechnung.html* (zuletzt abgerufen am 20.12.2024).

Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 2021, Deutschlandergebnisse, 21.12.2022, abrufbar unter: *https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Pflege/Publikationen/Downloads-Pflege/laender-pflegebeduerftige-5224002219005.html* (zuletzt abgerufen am 20.12.2024).

Techniker Krankenkasse, Pressemitteilung v. 12.5.2024, Zum Tag der Pflegenden: Krankenstand auf neuem Höchstwert, Hamburg, abrufbar unter: *https://www.tk.de/presse/themen/pflege/pflegepolitik/krankenstand-bei-pflegekraeften-auf-rekordhoch-2149302?tkcm=ab* (zuletzt abgerufen am 20.12.2024).

ver.di, Mythos Pflegekammer, Redemanuskript Sylvia Bühler, Berlin 12.4.2016, abrufbar unter: *https://gesundheit-soziales.verdi.de/themen/pflegekammern/++co++0613bf48-bd52-11e6-8f5b-525400423e78* (zuletzt abgerufen am 20.12.2024).

Voges, Wolfgang, Pflege alter Menschen als Beruf, Soziologie eines Tätigkeitsfeldes, Westdeutscher Verlag, Opladen 2002.

Nicht-monetäre Einflüsse auf die Arbeitszufriedenheit in der Pflege

Prof. Dr. Silke Trumpa und Maximilian Schöner

Inhaltsübersicht

I. Situation der Pflege und Arbeitszufriedenheit 215

II. Empirische Ergebnisse zur Arbeitszufriedenheit 219

1. Berufstätiges und ehemaliges Pflegepersonal 221

a) Peters u.a., 2022 zur Arbeitsplatzsituation in der Akut- und Langzeitpflege 221

b) Breinbauer, 2021 zu Arbeitsbelastung und -bedingungen in Rheinland-Pfalz 224

c) Auffenberg u.a., 2022 zu Potenzialanalyse zur Berufsrückkehr 225

2. Pflegepersonal aus dem Ausland 228

a) Pütz u.a., 2019 zur betrieblichen Integration von Pflegefachkräften aus dem Ausland 228

b) Lugert-Jose, 2023 zu Philippinischen Pflegekräfte in Deutschland 230

3. Pflegepersonal in spezifischen Settings 231

a) Gencer u.a., 2019 zu Belastungen von Palliativ-Pflegekräften 231

b) Janson & Rathmann, 2021 zu berufliche psychische Beanspruchung und Gesundheitskompetenz bei Pflegekräften in der ambulanten Altenpflege 233

c) Jäckel u.a., 2019 zu Einfluss des Safewards-Modells auf das Stationsklima in einer Psychiatrie 234

4. Auszubildende und Berufseinsteiger*innen 236

a) Isfort u.a., 2022 zur Situation von Berufseinsteiger*innen, Berufstätigen der Pflege sowie Perspektive der Arbeitgeber 236

b) Ulrich u.a., 2019 zur Arbeitszufriedenheit von Berufseinsteiger*innen in Gesundheitsberufen im Vergleich mit anderen Gesundheitsberufen 237

c) Baumann & Kugler, 2019 zu Berufsperspektiven von Absolvent*innen grundständig qualifizierender Pflegestudiengänge 238
III. Nicht-monetäre Maßnahmen zur Förderung von Arbeitszufriedenheit im Pflegeberuf 240
IV. Abschluss 245
Literatur 247

I. Situation der Pflege und Arbeitszufriedenheit

Die professionelle Pflege bildet die größte Berufsgruppe im Gesundheitswesen, die auch den engsten Kontakt zu kranken und pflegebedürftigen Menschen hat.[1] Im Jahr 2022 waren ca. 1,7 Millionen Pflegekräfte in den deutschlandweiten Sozialversicherungen gemeldet, die in Krankenhäusern, Langzeiteinrichtungen oder ambulanten Pflegediensten tätig sind. [2]

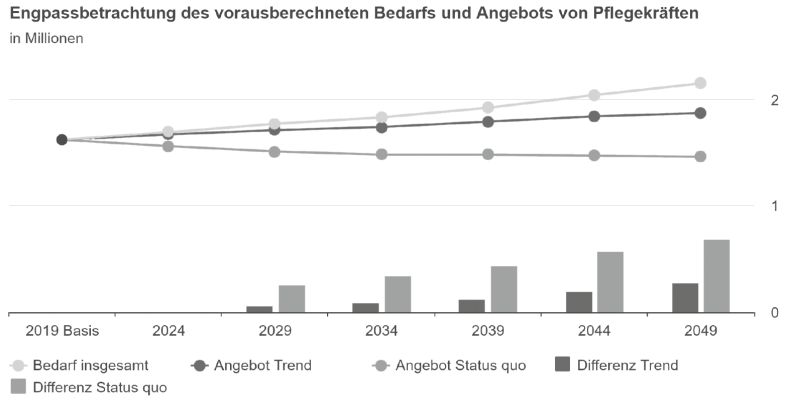
Ende 2021 konnten laut dem BARMER-Pflegereport etwa 4,961 Millionen Pflegebedürftige verzeichnet werden. In diese Kategorie fallen Personen, denen bei der Erstbegutachtung des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen (MDK) mindestens der Pflegegrad 1 anerkannt wurde. Damit stieg die Anzahl pflegebedürftiger Menschen seit 2017, also innerhalb von vier Jahren, um 1,39 Millionen.[3] Im Mai 2024 gab der Bundesgesundheitsminister in einer Pressemeldung bekannt, dass die deutsche Pflegeversicherung einen überraschenden Anstieg der Zahl neuer Pflegebedürftiger verzeichnet: 360.000 anstelle von erwarteten 50.000 Menschen.

Regional kann bereits jetzt der Bedarf an Fachkräften in der Pflege nicht mehr sichergestellt werden, was dazu führt, dass vereinzelt Pflegedienste keine zusätzlichen Klient*innen mehr aufnehmen und temporär stationäre Wohneinrichtungen geschlossen werden.[4] Im Pflegethermometer 2022 wurde berichtet, dass der größte Fachkräftemangel bei den ambulanten Diensten besteht. 85 von 94 befragten Leitungen gaben offene Stellen an; 68 Leitungen lehnten Versorgungsanfragen aufgrund von Personalmangel ab.[5] Dieser Fachkräftemangel dürfte sich in den nächsten Jahren verschärfen. Bis 2049 könnte auf-

1 *Büker/Lademann/Müller*, Moderne Pflege heute, Beruf und Profession zeitgemäß verstehen und leben, 16.
2 Bundesagentur für Arbeit, Statistik der Bundesagentur für Arbeit, Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt – Arbeitsmarktsituation im Pflegebereich.
3 *Rothgang/Müller*, BARMER Pflegereport 2023, Pflegebedürftige im Krankenhaus, 11.
4 *Evans*, Public Health Forum 1/2018, 7.
5 *Isfort/Gessenich/Trucman*, Berufseinmündung und -verbleib in der Pflege in NRW, 12.

grund des demografischen Wandels der Bedarf an Pflegefachkräften auf ca. 2,15 Millionen steigen.[6] Diese Zahlen variieren je nach Quelle und den zugrundeliegenden Annahmen über die Entwicklung von Angebot und Nachfrage. Allen gemeinsam ist jedoch eine prognostizierte, deutliche Differenz zwischen Pflegebedarf und zur Verfügung stehenden Pflegefachkräften.

Abb. 1: Engpassbetrachtung des Pflegebedarfs, entnommen aus: Destatis, Bevölkerungsvorausberechnung, Pflegekräftevorausberechnung



Der Fachkräftemangel kann dabei sowohl als Ursache, als auch als Resultat schlechter Arbeitsbedingungen gedeutet werden: Die Personalnot wirkt sich negativ auf die Arbeitsbedingungen in der Pflege aus, was wiederum in einer Abwärtsspirale auf die Attraktivität des Berufs zurückwirkt.[7] In einer Umfrage des Deutschen Berufsverbands für Pflegeberufe (DBfK) aus dem Jahr 2019 gaben 40 % der 2.253 befragten Pflegekräfte an, mehrmals im Monat darüber nachzudenken, den Arbeitgeber zu wechseln. Ca. 35 % der Befragten gaben sogar an, mehrmals im Monat über einen Berufswechsel, also einen vollständigen Ausstieg aus der Pflege nachzudenken.[8] Die Umfrage fand noch vor der Covid-19-Pandemie statt, die vermutlich auch einen starken Einfluss auf Überlegungen zu Arbeits- und Berufswechseln hatte. Aufgrund der drohenden Verschärfungen des Personalmangels ist es daher sinnvoll, sich mit der Arbeitszu-

6 Vgl. Abb. 1.
7 *Evans*, Public Health Forum 1/2018, 7.
8 DBfk, Ergebnisse einer Online-Umfrage zum ‚Dienstplan', Impulse zur Mitarbeiterbindung.

friedenheit von Pflegenden und ihren nicht-monetären Einflussfaktoren zu beschäftigen.

Der Begriff der Arbeitszufriedenheit ist von anderen Konstrukten, wie der Berufszufriedenheit, abzugrenzen. Die Berufszufriedenheit beschreibt die allgemeine Zufriedenheit mit der eigenen Erwerbstätigkeit über einen langen Zeitraum hinweg.[9] Arbeitszufriedenheit indessen wird definiert als „Zufriedenheit mit einem gegebenen (betrieblichen) Arbeitsverhältnis […] Arbeitszufriedenheit' bezeichnet damit eine Attitüde, die das Arbeitsverhältnis, mit allen seinen Aspekten, hinsichtlich der Beurteilungsdimension ›zufrieden-unzufrieden' betrifft".[10]

Das Interesse an dem Konzept der Arbeitszufriedenheit entstand mit der Industrialisierung. Der Taylorismus, der mit Standardisierung und Aufteilung von Arbeitsschritten einherging, hatte einseitige Belastung, eingeschränkte Gestaltungsmöglichkeiten, Fremdbestimmung und Monotonie zur Folge. Diese Entfremdung der Arbeit von den Arbeitenden und ihrem Gegenstand war auch eine der Grundlagen für Marx' Kapitalismuskritik. Erste systematische Betrachtungen von Arbeitszufriedenheit fanden zu Beginn des 20. Jahrhunderts statt. Thorndike beobachtete 1912, dass Pausen während der Arbeitszeit die Produktivität im leichten Ausmaß steigern, vor allem aber die Arbeitszufriedenheit deutlich erhöhen. Er veröffentlichte diese Erkenntnisse in einer der ersten empirischen Studien über Arbeitszufriedenheit.[11]

Heutzutage gilt Arbeitszufriedenheit als eines der am häufigsten untersuchten Konzepte der Arbeits- und Organisationspsychologie. Das hohe Interesse der Organisationspsychologie am Thema Arbeitszufriedenheit ist vor allem auf den angenommenen Zusammenhang zwischen Arbeitszufriedenheit und ökonomischen Faktoren wie Leistung oder Fluktuation zurückzuführen. Arbeitszufriedenheit wird in diesem Kontext als eine Variable betrachtet, die im Zusammenhang mit anderen gewinnorientierten Faktoren steht.[12]

Tatsächlich ist der Zusammenhang nicht einfach nachzuweisen, wie eine Übersichtsarbeit zeigt.[13] Zwar gibt es Studien, die auf negative Korrelationen von Arbeitszufriedenheit und Fehlzeiten oder Fluktuation hinweisen, aber auch andere, die lediglich einen schwachen Einfluss der Zufriedenheit auf die Leistung belegen. Die teils widersprüchlichen Forschungserkenntnisse hängen

9 *Ferreira*, Arbeitszufriedenheit, Grundlagen, Anwendungsfelder, Relevanz, 22.
10 *Bruggemann/Groskurth/Ulich*, Arbeitszufriedenheit, 19.
11 *Ferreira*, Arbeitszufriedenheit, Grundlagen, Anwendungsfelder, Relevanz, 17 ff.
12 *Nerdinger* in: Nerdinger/Blickle/Schaper, Arbeits- und Organisationspsychologie, 421.
13 *Ferreira,* Zeitschrift für Arbeitswissenschaft 61/2007, 89 ff.

auch mit der eingeschränkten Messbarkeit von Arbeitszufriedenheit zusammen. *Ferreira* identifizierte bei einer systematischen Recherche über 300 Messinstrumente zur Erhebung der Arbeitszufriedenheit, bei denen es sich überwiegend um quantitativ auswertbare Fragebögen handelt, die unterschiedliche Teilaspekte von Arbeitszufriedenheit in den Blick nehmen. Die Analyse dokumentiert zahlreiche Probleme mit der Erhebung von Arbeitszufriedenheit. So war beispielsweise bei 40,8 % der Fragebögen nicht nachvollziehbar, auf welcher Basis diese konzipiert wurden. Zudem waren die meisten der Instrumente nicht ausreichend nach wissenschaftlichen Gütekriterien getestet, weswegen die Autorin zu dem Schluss kommt, dass es „augenscheinlich kein adäquates Messinstrument für dieses Konstrukt gibt".[14]

Trotz der Herausforderungen bei der Messung von Arbeitszufriedenheit gibt es empirische Hinweise darauf, dass niedrige Arbeitszufriedenheit beim Pflegepersonal mit hoher Fluktuation und schlechter Pflegequalität korreliert.[15] Zudem scheint niedrige Arbeitszufriedenheit auch einen starken Einfluss auf die Fehlzeiten des Pflegepersonals zu haben.[16] Vor diesem Hintergrund geben wir im vorliegenden Beitrag einen Überblick über deutsche Studienergebnisse aus den Jahren 2018 bis 2023, aus denen relevante nicht-monetäre Einflussfaktoren für die Arbeitszufriedenheit im Pflegeberuf hervorgehen. Daraus lassen sich relevante Dimensionen für die Arbeitszufriedenheit schlussfolgern, aus denen Steuerungsmaßnahmen auf verschiedenen Ebenen abgeleitet werden können. Folgende Fragestellung war handlungsleitend:

Welche nicht-monetären Einflussfaktoren werden in deutschen Studien in den Jahren 2018 bis 2023 als relevant für die Arbeitszufriedenheit von beruflich Pflegenden identifiziert?

Die Studienrecherche erfolgte im Mai und Juni 2024 in folgenden Datenbanken: WiSO, FIS Bildung, PubMed und CINAHL. Danach fand eine Selektion nach Sichtung der Abstracts statt. Wir haben uns für elf Studien entschieden, die eine möglichst große Bandbreite an Arbeitskontexten und Perspektiven abdecken. Aus der Zusammenschau der Studienergebnisse leiten wir Schlussfolgerungen über potenziell wirksame, nicht-monetäre Maßnahmen zur Steigerung der Arbeitszufriedenheit von beruflich Pflegenden ab.

14 *Ferreira,* Zeitschrift für Arbeitswissenschaft 61/2007, 89, 93.
15 *Lu/While/Bariball,* International journal of nursing studies 2/2005, 211 ff.
16 *Wenderlein,* Das Gesundheitswesen 11/2023, 620 ff.

II. Empirische Ergebnisse zur Arbeitszufriedenheit

Zunächst folgt eine tabellarische Übersicht über die eingeschlossenen Studien in der vorliegenden Übersichtsarbeit. Hieraus gehen neben den Autor*innenangaben die betrachteten Themen, die Befragungsform und die Stichprobe hervor. Es erfolgte eine thematische Sortierung entlang der Bereiche berufstätiges und ehemaliges Pflegepersonal, Pflegepersonal aus dem Ausland, Pflegepersonal in spezifischen Settings, Auszubildende und Berufseinsteiger*innen, die auch für die anschließende Vorstellung der zentralen Ergebnisse strukturgebend sind. Es handelt sich dabei um ausgewählte Ergebnisse, mit denen wir keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben.

Tabelle 1: Studienübersicht

	Autor*innen	Thema	Befragungsform	Stichprobe / Sampling
	Berufstätiges und ehemaliges Pflegepersonal			
I	Peters u.a. 2022	Arbeitsplatzsituation in der Akut- und Langzeitpflege	a) systematisches Review b) Dokumentenanalyse c) Experten- und Gruppeninterviews	a) 642 Studien b) 6.697 Freitextangaben c) 34 befragte Pflegekräfte
II	Breinbauer 2021	Arbeitsbelastung und -bedingungen in Rheinland-Pfalz	Entwicklung und Validierung eines Fragebogens im Kontext einer Dissertation	830 Pflegekräfte
III	Auffenberg u.a. 2022	Potenzialanalyse zur Berufsrückkehr	Querschnittsbefragung	3.115 ehemalige Pflegekräfte 9.569 Teilzeitpflegekräfte
	Pflegepersonal aus dem Ausland			
IV	Pütz u.a. 2019	Betriebliche Integration von Pflegefachkräften aus dem Ausland	biographisch-narrative Interviews	17 Pflegekräfte aus dem Ausland

V	Lugert-Jose 2023	Philippinische Pflegekräfte in Deutschland	Querschnitts-befragung	224 philippinische Pflegekräfte in Deutschland
	Pflegepersonal in spezifischen Settings			
VI	Gencer u.a. 2019	Belastungen von Palliativ-Pflegekräften	Querschnitts-befragung	167 Pflegekräfte im Palliativ-Sektor
VII	Jansons & Rathmann 2021	Berufliche psychische Beanspruchung und Gesundheitskompetenz bei Pflegekräften in der ambulanten Altenpflege	Querschnittsbefragung	261 Pflegekräfte in der ambulanten Altenpflege
VIII	Jäckel u.a. 2019	Einfluss des Safewards-Modells auf das Stationsklima in einer Psychiatrie	Prä-Post-Erhebung	88 Pflegekräfte auf akutpsychiatrischen Stationen
	Auszubildende und Berufseinsteiger*innen			
IX	Isfort & Gessenich 2022	Situation von Berufseinsteiger*innen, Berufstätigen der Pflege sowie Perspektive der Arbeitgeber	Querschnitts-befragung	872 Ausbildungsabsolvent*innen 1.070 Berufstätige
X	Ulrich u.a. 2019	Arbeitszufriedenheit von Berufseinsteiger*innen in Gesundheitsberufen im Vergleich mit anderen Gesundheitsberufen	Querschnitts-befragung	189 Berufseinsteiger*innen in Gesundheitsberufen (davon 121 aus der Pflege)
XI	Baumann & Kugler 2019	Berufsperspektiven von Absolvent*innen grundständig qualifizierender Pflegestudiengänge	Querschnitts-befragung	273 Absolvent*innen Grundstudium Pflege

Quelle: Eigene Darstellung.

Entlang der erstellten Kategorien von Zielgruppen werden nun im Folgenden die Zusammenfassungen der relevanten Forschungsergebnisse aus den jeweiligen Studien wiedergegeben. Für jede der Kategorien geben wir am Ende des

Abschnitts einen Überblick über die Schlussfolgerungen über nicht-monetäre Einflussfaktoren auf die Arbeitszufriedenheit der jeweiligen Zielgruppe, die sich aus den Ergebnissen ableiten lassen.

1. Berufstätiges und ehemaliges Pflegepersonal

a) Peters u.a., 2022 zur Arbeitsplatzsituation in der Akut- und Langzeitpflege

Diese Studie entstand im Rahmen der „Konzertierten Aktion Pflege" im Auftrag des Bundesministeriums. Ziel war es, die Datengrundlage für die Arbeitssituation Pflegender und für die Implementierung wirksamer Maßnahmen zu verbessern. Zu diesem Zweck wurden verschiedene Teilanalysen durchgeführt, deren jeweilige Ergebnisse mit Bezug auf nicht-monetäre Einflussfaktoren auf die Arbeitszufriedenheit nachfolgend exemplarisch vorgestellt werden.

aa) Systematisches Literaturreview

Mittels systematischer Recherche wurden 642 Studien der Jahre 2015 bis 2021 identifiziert und hinsichtlich der Fragen nach Faktoren und Maßnahmen analysiert, die auf die Beschäftigung beruflich Pflegender wirken. Für die Belastungsfaktoren ergaben sich fünf Hauptkategorien: Ausbildung, Weiterbildung und Karrieremöglichkeiten, Arbeitsbedingungen und Arbeitsorganisation, Zeit- und Leiharbeit, Quereinstieg sowie Berufsrückkehr.

Für einen genauen Einblick in die quantitative Verteilung der Faktoren, wie sie sich durch die Zusammenschau der 642 Studien darstellt, verweisen wir auf die Primärquelle.[17] Hier möchten wir lediglich einige ausgewählte Befunde herausstellen. Bedeutsam erscheint, dass in der Pflege eine hohe Arbeitsbelastung beklagt wird, die bereits Auszubildende wahrnehmen. Diese konstituiert sich vor allem im Zeitdruck, der wenig Handlungsspielraum für fachliche Kernaufgaben lässt. Zudem herrscht ein starker Mangel an Ausbildungspersonal, der zur Einschränkung fachlicher Anleitungen führt. Weiterbildungs- und Karrieremöglichkeit steigern die Attraktivität und haben das Potential zur Verbesserung der Pflegequalität und Arbeitszufriedenheit beizutragen. Gleichzeitig führt sie zur Personalreduktion, indem sich dadurch andere berufliche Handlungsfelder eröffnen.

Auf politisch-gesellschaftlicher Ebene zeigt sich in Bürgerbefragungen, dass die Pflege zwar viel Anerkennung genießt, aber als unattraktiver Beruf gilt. Pflegende selbst empfinden die von der Gesellschaft entgegengebrachte Wert-

17 *Peters u.a.*, Arbeitsplatzsituation in der Akut- und Langzeitpflege und Ermittlung sowie modellhafte Implementierung von Indikatoren für gute Arbeitsbedingungen in der Langzeitpflege, 26.

schätzung als gering. Auf organisationaler Ebene zeigt sich ein hoher Einfluss des Verhaltens von Vorgesetzten auf die Arbeitsbedingungen, die Gesundheit und die organisationale Bindung der Beschäftigten und letztlich auf die Attraktivität der Einrichtungen. Aufgrund der hohen körperlichen und psychischen Belastung spielt das betriebliche Gesundheitsmanagement eine große Rolle, das jedoch aufgrund fehlender Ressourcen oft nicht ausreichend bereitgestellt wird.

Die Arbeitszeit sowie die fehlende Vereinbarkeit mit der Familie wird in Studien als einer der Hauptgründe für Berufsausstiege und Arbeitszeitreduktion erfasst. Außerdem führt der Fachkräftemangel zu einer Unzuverlässigkeit des Dienstplans, was als Stressor wirkt. Auf personaler Ebene prägen hohe psychische und körperliche Belastung die Arbeit in der Pflege. Ursachen sind schweres Heben, kurze Pausen, hohe Gleichzeitigkeit von Anforderungen sowie Emotionsarbeit. Zudem zeigt sich ein risikoreiches Gesundheitsverhalten von Pflegekräften, wie z.B. Rauchen oder Präsentismus (Arbeiten trotz Erkrankung).

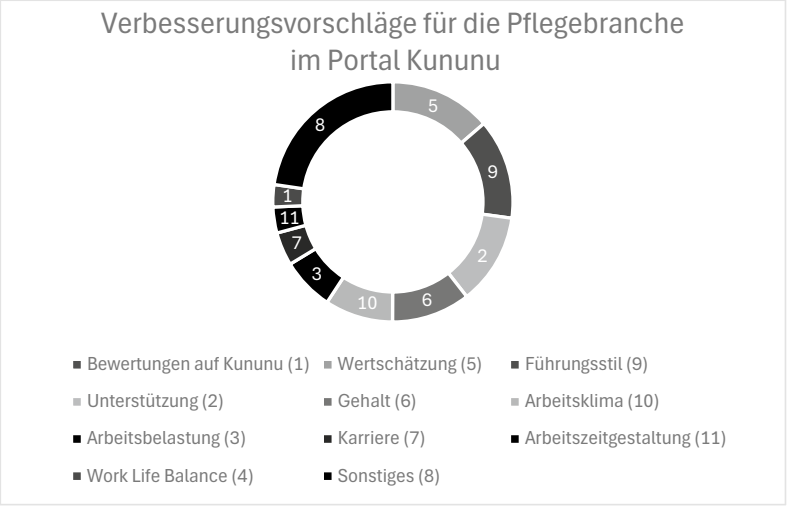
bb) Analyse von Bewertungsportalen

In einer Dokumentenanalyse wurden die Bewertungen auf dem Portal Kununu analysiert. Hierbei handelt es sich um eine Webseite, auf der Arbeitnehmer*innen Unternehmen bewerten. Bewertungen im Bereich Gesundheit, Soziales und Pflegebranche (GSP-Branche) (n = 13.955) wurden mit denen aus der Gesamtwirtschaft (n = 71.247) verglichen. Insgesamt liegen die Bewertungen in der GSP-Branche knapp unterhalb der Gesamtwirtschaft. In beiden zeigen sich die besten Bewertungen in der Kategorie Diversity, dicht gefolgt von Arbeitsbedingungen. Ein auffälliger Unterschied zeigt sich bei der „Vereinbarkeit von Beruf und Familie". Diese wird in der GSP-Branche mit der Begründung Überstunden und Arbeitszeiten deutlich schlechter bewertet. Auch „Arbeitsbedingungen" und „Führungsverhalten" werden schlechter bewertet.[18]

Zudem wurden aus dem Portal 6.697 Freitextangaben entnommen, um Verbesserungsvorschläge zu analysieren. Sie ließen sich in zehn Kategorien subsumieren und sind der Abb. 2 zu entnehmen. Auffällig erscheint, dass keine konkrete Angabe deutlich hervorsticht. Die zwei häufigsten Verbesserungsvorschläge beziehen sich mit jeweils etwas mehr als 13 % auf Wertschätzung und den Führungsstil.

18 *Peters u.a.,* Arbeitsplatzsituation in der Akut- und Langzeitpflege und Ermittlung sowie modellhafte Implementierung von Indikatoren für gute Arbeitsbedingungen in der Langzeitpflege, 77.

Abb. 2: Verbesserungsvorschläge für die Pflegebranche im Portal Kununu



Nachgestellt: *Peters u.a.*, Arbeitsplatzsituation in der Akut- und Langzeitpflege und Ermittlung sowie modellhafte Implementierung von Indikatoren für gute Arbeitsbedingungen in der Langzeitpflege, 183.

cc) Qualitative Analyse

Als Teilstudie wurden 34 Experteninterviews mit Pflegekräften, Auszubildenden und Leitungskräften sowie fünf Gruppendiskussionen mittels qualitativer Inhaltsanalyse ausgewertet. Im Zusammenhang mit Arbeitszufriedenheit sind vor allem die Gründe für den Berufseinstieg in die Pflege sowie die Maßnahmen zur Steigerung der Attraktivität des Berufs.[19] Hinsichtlich der Motivation für den Berufseinstieg werden intrinsische und extrinsische Gründe unterschieden:

Tabelle 2: Intrinsische und extrinsische Gründe

Intrinsische Gründe für Berufseinstieg	Extrinsische Gründe für Berufseinstieg
– Interesse an sozialen, psychologischen und medizinischen Tätigkeitsbereich	– Krisensicherheit des Berufs – Flexibilität durch Schichtdienst

19 *Peters u.a.*, Arbeitsplatzsituation in der Akut- und Langzeitpflege und Ermittlung sowie modellhafte Implementierung von Indikatoren für gute Arbeitsbedingungen in der Langzeitpflege, 299 ff.

Intrinsische Gründe für Berufseinstieg	Extrinsische Gründe für Berufseinstieg
– Möglichkeit des Beziehungsaufbaus mit Patient*innen – Zusammenarbeit im Team – Menschen helfen wollen – Wunsch nach Abwechslung im Beruf – Sinnhaftigkeit im Beruf	– Hohes gesellschaftliches Ansehen – Weiterentwicklungsmöglichkeiten und Zukunftsperspektiven – Möglichkeit, sichtbare Veränderungen zu bewirken

Quelle: Eigene Darstellung der Studienergebnisse (vgl. *Peters u.a.*, Arbeitsplatzsituation in der Akut- und Langzeitpflege und Ermittlung sowie modellhafte Implementierung von Indikatoren für gute Arbeitsbedingungen in der Langzeitpflege, 300 ff.).

Aus Sicht von Expert*innen könnte die Attraktivität des Berufs durch mehrere Maßnahmen gesteigert werden: Zunächst ist es wichtig, eine umfassende Aufklärung über die tatsächlichen Tätigkeitsbereiche zu bieten, um ein realistisches Bild des Berufs zu vermitteln. Ebenso sollte aufgezeigt werden, welche Weiterentwicklungsmöglichkeiten innerhalb des Berufsfeldes bestehen, um langfristige Perspektiven zu eröffnen. Zudem kann die Krisensicherheit des Berufs herausgestellt werden, was besonders in unsicheren Zeiten ein entscheidender Vorteil ist. Schließlich spielt auch die Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben eine große Rolle, die durch flexible Arbeitsmodelle und unterstützende Rahmenbedingungen gefördert werden sollte.

b) Breinbauer, 2021 zu Arbeitsbelastung und -bedingungen in Rheinland-Pfalz

In der Dissertation von *Breinbauer*[20] wurden Einflussfaktoren auf Arbeitsbelastung, Burnout-Risiko, Bewältigungsstrategien und Arbeitszufriedenheit, die Motivation für den Pflegeberuf, Zusammenhänge zwischen Arbeitszufriedenheit, Arbeitsbelastung sowie Unterschiede zwischen Geschlechtern und Altersklassen untersucht. Dabei wurden auch potenzielle Unterschiede zwischen den Pflegebereichen Akutpflege, (teil)stationäre Pflege und ambulante Pflege in den Blick genommen. Die Daten wurden mit einer Online-Erhebung der Mitglieder der Landespflegekammer Rheinland-Pfalz (n = 830) im Jahr 2017 erhoben. Der Fragebogen umfasst insgesamt 76 Fragen und wurde vor der Erhebung mehrstufig entwickelt, getestet und validiert.

Die Arbeitszufriedenheit wird von knapp 70 % der Befragten mit zufrieden oder sehr zufrieden angegeben. Hohe Unzufriedenheit war nur bei 4 % zu ver-

20 *Breinbauer*, Arbeitsbedingungen und Arbeitsbelastung in der Pflege, Eine empirische Untersuchung in Rheinland-Pfalz.

zeichnen. Die hohe Zufriedenheit zieht sich durch alle Pflegebereiche, wobei mit 37 % in der ambulanten Pflege tendenziell eine höhere Zufriedenheit zu bestehen scheint. In einer Regressionsanalyse konnten als Einflussfaktoren auf die Arbeitszufriedenheit vor allem Probleme bei der Patientenversorgung, Burnout-Risiko, Arbeitsbelastung und die Lebenssituation identifiziert werden. Die Versorgungsprobleme haben demzufolge den größten Einfluss: je größer die Versorgungsprobleme sind, desto niedriger ist die Arbeitszufriedenheit. Maßgeblich positiv beeinflusst wird die Arbeitszufriedenheit durch ein hohes Sozialkapital, hohe Führungsqualität im Team sowie individuelle Ressourcen.

Im Fazit zum Thema Arbeitszufriedenheit wird betont, dass trotz schwieriger Arbeitsbedingungen und hoher Arbeitsbelastung die Arbeitszufriedenheit bei den untersuchten Pflegekräften in Rheinland-Pfalz vergleichsweise hoch war. Die Zusammenarbeit im Team, die Führungsqualität der Vorgesetzten und individuelle Ressourcen spielen eine maßgebliche Rolle bei der Arbeitszufriedenheit der Pflegekräfte. Eine hohe Arbeitszufriedenheit wirkt sich positiv auf die wahrgenommene Arbeitsbelastung und das Burnout-Risiko aus. Diese Erkenntnisse werden durch verschiedene nationale und internationale Studien unterstützt.

c) Auffenberg u.a., 2022 zu Potenzialanalyse zur Berufsrückkehr

Auffenberg u.a.[21] befragten 3.115 ehemalige Pflegekräfte sowie 9.569 Teilzeitpflegekräfte u.a. danach, welche Arbeitsbedingungen erfüllt sein müssten, damit sie wieder in der Pflege arbeiten bzw. unter welchen Bedingungen sie ihre Arbeitszeit aufstocken würden. Das Instrument der Erhebung war ein von der Forschergruppe entwickelter und in einer Pilotstudie getestete Fragebogen.

Bei der Betrachtung der zehn wichtigsten Arbeitsbedingungen für einen Wiedereinstieg fällt auf, dass acht davon aus den Themenfeldern „Organisation und Führung“ oder „Berufliches Selbstverständnis und Anerkennung“ stammen.

21 *Auffenberg u.a.,* „Ich pflege wieder, wenn…“ – Potenzialanalyse zur Berufsrückkehr und Arbeitszeitaufstockung von Pflegefachkräften.

Tab. 3: Zehn wichtigste Arbeitsbedingungen für Rückkehr bzw. Stundenerhöhung von Pflegepersonal

Arbeitsbedingungen	Themenbereiche	wichtig/ganz wichtig (%)	n
Fairer Umgang unter Kolleg*innen	Organisation und Führung	97,4 %	6.654
Vorgesetzte, die wertschätzend und respektvoll sind	Organisation und Führung	96,5 %	6.655
Bedarfsgerechte Personalbemessung	Berufliches Selbstverständnis und Anerkennung	95,1 %	7.707
Vorgesetzte, die sensibel für meine Arbeitsbelastung sind	Organisation und Führung	94,4 %	6.644
Nicht unterbesetzt arbeiten müssen	Berufliches Selbstverständnis und Anerkennung	93,9 %	7.741
Mehr Zeit für menschliche Zuwendung	Berufliches Selbstverständnis und Anerkennung	93,6 %	7.730
Vereinfachte Dokumentation	Organisation und Führung	91,0 %	6.642
Verbindliche Dienstpläne	Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben	89,1 %	7.392
Augenhöhe gegenüber der Ärzteschaft	Organisation und Führung	89,1 %	6.647
Fort-/Weiterbildung = höheres Gehalt	Weiterbildung und Karriere	88,9 %	6.344

Quelle: Auffenberg u.a., „Ich pflege wieder, wenn …“ – Potenzialanalyse zur Berufsrückkehr und Arbeitszeitaufstockung von Pflegefachkräften, 13.

Besonders bedeutsam mit deutlich über 90 % wurden im Bereich „Organisation und Führung" ein fairer Umgang unter Kolleg*innen sowie Vorgesetzten als wichtigste Arbeitsbedingung für eine Rückkehr in den Pflegeberuf bewertet, die wertschätzend und sensibel für die Arbeitsbelastung ihrer Mitarbeitenden sind. Zudem legen die Befragten Wert auf Augenhöhe mit der Ärzteschaft sowie eine vereinfachte Dokumentation. Im Bereich „Berufliches Selbstverständnis und Anerkennung" ist eine bedarfsgerechte Personalbemessung besonders wichtig, ebenso wie die Vermeidung von Unterbesetzung und mehr Zeit für zwischenmenschliche Zuwendung. Bezüglich der Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben besteht der Wunsch nach verbindlichen Dienstplänen, und im Bereich „Weiterbildung und Karriere" wird der Wunsch geäußert, dass eine Fort- oder Weiterbildung sich auch finanziell auszahlt.

Die zehn bedeutendsten Arbeitsbedingungen für eine Stundenerhöhung bei Teilzeitpflegekräften ist identisch mit den „Top 10" für einen Wiedereinstieg, allerdings ist die Reihenfolge etwas anders, z.B.: „wertschätzende und respektvolle Vorgesetzte" sind hier höher platziert als „bedarfsgerechte Personalbemessung", „mehr Zeit für menschliche Zuwendung" wird hier etwas weiter unten priorisiert, „vereinfachte Dokumentation" höher.

Die Autor*innengruppe leitet hieraus folgende nicht-monetären Handlungsempfehlungen ab:

(1) Um mehr Zeit für eine qualitativ hochwertige Pflege zu schaffen, sollten aus Sicht der Forscher*innen Personalbemessungsgrundlagen und -konzepte in allen Bereichen der Pflege eingeführt werden.

(2) Die Verlässlichkeit von Arbeitszeiten soll durch partizipative und selbst organisierte Dienstplangestaltung ermöglicht werden.

(3) Wertschätzende Führungskultur und Kollegialität sollen durch neue Weiterbildungscurricula für Führungskräfte, einheitliche Leitungskräftefortbildungen, Gefährdungsbeurteilungen (v.a. von psychischer Belastung) sowie Zeitfenstern für kollegiale Beratung und Teamprozesse gefördert werden.

(4) Die Motivation für Wiedereinstiege soll außerdem durch Onboarding-Programme gefördert werden.

(5) Bei der Weiterentwicklung des Berufsbildes und der Attraktivität der Tätigkeit wird vor allem auf Praxisanleiter*innen und Lehrkräfte an Pflegeschulen gesetzt.

Schlussfolgerung für nicht-monetäre Einflussfaktoren auf die Arbeitszufriedenheit aus Studien mit berufstätigem Pflegepersonal

- bedarfsgerechte Personalplanung mit Zeit für qualitativ hochwertige Pflege
- angemessene Arbeitsorganisation, Aufgabenverteilung und Priorisierungen
- vereinfachte Dokumentation und Bürokratie
- ergonomische Arbeitsumgebung mit Zugang zu Hilfsmitteln und Schulungen zur Reduktion körperlicher Belastungen
- positives Arbeitsklima, kollegiale Zusammenarbeit
- Zeit für kollegiale Beratung und Maßnahmen für Teambuilding
- verbindliche und partizipative Dienst- und Pausenregelungen
- Vereinbarkeit von Beruf und Familie
- wertschätzender und respektvoller Führungsstil, transparente Kommunikationskultur
- Ausbau von Weiterbildungs- und Karrieremöglichkeiten
- Onboarding-Programme
- betriebliches Gesundheitsmanagement
- gesellschaftliche Wertschätzung gegenüber dem Pflegeberuf

2. Pflegepersonal aus dem Ausland

a) Pütz u.a., 2019 zur betrieblichen Integration von Pflegefachkräften aus dem Ausland

Die Autor*innengruppe im Projekt „Betriebliche Integration auf globalisierten Arbeitsmärkten" geht der Frage nach, wie Integration von Pflegefachkräften aus dem Ausland gelingen kann, um Arbeitskräfte längerfristig in Deutschland zu halten. Zu den betrachteten Daten zählen: Auswertungen der Statistiken der Bundesagentur für Arbeit, 14 Expert*inneninterviews mit Vertreter*innen der Arbeitgeber und der Verbände, Vermittlungsagenturen, Weiterbildungsanbieter, Anerkennungsbehörden und Expert*innen der Migrationsforschung, 17 biographisch-narrative Interviews mit neu migrierten Pflegekräften, die nach 2008 nach Deutschland kamen, sowie 24 narrative Interviews mit Vorgesetzten und Kolleg*innen dieser Fachkräfte. Für die vorliegende Übersichtsarbeit geben wir einen Einblick in die Interviewergebnisse, die der fallrekonstruktiven Narrationsanalyse anhand von drei Fallbeispielen

migrierter Pflegekräfte zugrunde liegen.[22] Im Fokus stand dabei der individuelle betriebliche Integrationsprozess in der jeweiligen Pflegeeinrichtung als Teil der Biographie. Diese Auswahl nehmen wir vor, um die Vielschichtigkeit von Arbeitszufriedenheit und Anreizstrukturen im Pflegeberuf zu verdeutlichen.

Die portugiesische Pflegekraft Maria steht zum Zeitpunkt ihres Interviews unter starken psychischen und physischen Belastungen. Sie leidet unter Erfahrungen des Alltagsrassismus und der Unfreundlichkeit und Unzufriedenheit ihrer Kolleg*innen. Lediglich ihre Patient*innen und ihr privates Umfeld (Mutter, Partner) motivieren sie weiterzumachen. Sie hadert zwischen Verbleib und einem beruflichen Exit. Berufliche Weiterbildungsmöglichkeiten sieht sie nicht.

Antonio, ein OP-Pfleger aus Griechenland, zeichnet sich durch eine hohe Selbstsicherheit und Zufriedenheit mit eigenen Erfolgen aus. Gleichzeitig gibt er aber auch Enttäuschung über die Erfahrung von Missachtung in der Arbeit an. Er sieht sich der Anstrengung ausgesetzt, sich im Arbeitsfeld ständig behaupten zu müssen, und äußert vorsichtig den Verdacht über rassistische Einstellungen bei Kolleg*innen und Vorgesetzten. Er versucht, sein Wissen und seine Qualifikation einzubringen, was aber oft auf Ablehnung stößt. Er zieht daher einen beruflichen Exit in Betracht.

Anne aus Polen ist aufgrund der sozioökonomischen Lage in ihrem Heimatland kurz nach ihrem Pflegestudium nach Deutschland migriert. Sie beschreibt einen Anpassungsprozess in der Arbeit, die sie stark hierarchisch strukturiert erlebt. Sie beschreibt das Ringen um einen Platz im Arbeitsfeld, wobei sie die Gruppe der neu migrierten Pflegekräfte als Stütze erlebt. Wichtig sind ihr Weiterbildungsmöglichkeiten, weswegen sie ihre aktuelle Arbeit eher als Übergang erlebt.

Die Erfahrungen der insgesamt 17 vorgestellten Fälle unterscheiden sich u.a. je nach Arbeitsfeld. Eine geteilte Meinung der interviewten, im Ausland qualifizierten Pflegekräfte im Tätigkeitsfeld Krankenhaus ist die verweigerte Anerkennung ihrer Kompetenzen und Qualifikationen, was zu Unzufriedenheit aufgrund der fehlenden Realisierungsmöglichkeiten des eigenen Pflege-Ideals oder der beruflichen Weiterbildungen führt. Insgesamt zeigt sich dabei eine ambivalente Anpassung: Sie passen sich einerseits in unterschiedlichem Ausmaß an die jeweiligen Bedingungen an, erwägen andererseits aber einen Berufswechsel oder eine Rückkehr in das Heimatland.

22 *Pütz u.a.*, Betriebliche Integration von Pflegefachkräften aus dem Ausland, Innenansichten zu Herausforderungen globalisierter Arbeitsmärkte, Study Nr. 416, 75 ff.

Die meisten Pflegekräfte migrieren aufgrund einer prekären sozioökonomischen Lage im Herkunftsland. Begünstigend auf die Entscheidung wirken sich biographische Erfahrungen mit Migration, familiäre Migrationsmuster und transnationale familiäre Netzwerke aus. Die Analyse zeigt auch, dass es sich bei Migration in der Regel nicht um individuelle, sondern familienbezogene Entscheidungen handelt. Die Integration von Familienangehörigen hat einen starken Einfluss auf den Verbleib oder die Rückkehr der Pflegekräfte, was von den Arbeitgebern und den anwerbenden Organisationen unterschätzt wird.

Laut Interviews scheint die akademische und medizinisch ausgerichtete Ausbildung der migrierten Pflegekräfte in der Praxis nicht gewürdigt zu werden. Dies löst bei den Interviewten oft das Gefühl fehlender Wertschätzung sowie eine Diskrepanz zwischen professionellen Selbstbild und tatsächlichen Tätigkeiten und Erwartungen aus. Von jüngeren Pflegekräften wird die Pflegearbeit daher eher als Übergangsphase erfahren, in der eine berufliche Neuorientierung stattfinden kann.

Besonders im Krankenhaus werden Konflikte in der Wissenskommunikation beschrieben, die bei den Interviewten für Unsicherheit sorgen und das Konfliktpotential erhöhen. Oft erleben die Interviewten das Krankenhaus als Machtfeld, in dem Rassismuserfahrungen keine Seltenheit sind. In Altenpflegeeinrichtungen wird weniger über Konflikte berichtet, allerdings gibt es da starke Diskrepanzen zwischen dem eigenen Pflegeideal und den tatsächlichen Möglichkeiten. In der häuslichen Intensivpflege stehen die Akteur*innen vor der Herausforderung, sich gegenüber den Familien abzugrenzen, die zum Teil als grenzüberschreitend erlebt werden.

b) Lugert-Jose, 2023 zu Philippinische Pflegekräfte in Deutschland

Lugert-Jose führte 2023[23] eine nicht randomisierte Online-Umfrage unter 224 philippinischen Pflegefachkräften durch, die deutschlandweit im Gesundheitswesen arbeiteten. Das Ziel war, die Zufriedenheit am Arbeitsplatz und die berufliche Laufbahn zu bewerten. Nicht-monetäre Anreizstrukturen kommen dabei indirekt zum Ausdruck.

Der durchschnittliche Grad der Gesamtzufriedenheit (63,3 %) schwankt lediglich zwischen 69,9 % und 56,2 %. Die unteren Plätze belegen die angemessene Vorbereitung auf die interkulturelle Zusammenarbeit vor der Anreise, Bemühungen der Einrichtung, die Arbeitsbedingungen für migriertes Personal zu

23 *Lugert-Jose,* Philippinische Pflegekräfte in Deutschland, Eine Studie zur Mitarbeiterzufriedenheit – Schwerpunkt Diskriminierung und Rassismus.

verbessern, und eine angemessene Einarbeitung. Ein zentrales Erkenntnisinteresse bei dieser Zielgruppe liegt bei der Erhöhung der Verweildauer im deutschen Gesundheitswesen. Als Empfehlung zur Verbesserung der Anreizstruktur sind interne Personalmaßnahmen fokussiert: Sensibilität des Personals für Vielfalt als Chance, angemessene Einarbeitung und vertrauensvolle Zusammenarbeit mit kompetenten Ansprechpersonen sowie Kommunikation über Bemühungen zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen und spürbare Wertschätzung für geleistete Arbeit.

Da der Fokus der Studie auf den Erfahrungen mit Diskriminierung und Rassismus am Arbeitsplatz lag, da dies eines der zentralen Ergebnisse des Vorjahres war und eine genauere Untersuchung erforderte, lassen sich noch Maßnahmen ergänzen, die Diskriminierung und Rassismus verhindern. Die genannten Erfahrungen mit Herablassung/Beleidigungen (56 %), Isolation/Ablehnung (26 %), Vernachlässigung/Geringschätzung (22 %), Mobbing (22 %) und Zurechtweisung/Unhöflichkeit (19 %) wurden in 43 % der Fälle mit dem Kollegium und in 13 % mit Vorgesetzten verbunden. Dies verweist auf die Bedeutung von interkulturellen Trainings und damit einhergehende Sensibilität im Umgang mit Multikulturalität als Personalentwicklungsmaßnahmen.

Schlussfolgerung für nicht-monetäre Einflussfaktoren auf die Arbeitszufriedenheit aus Studien mit im Ausland angeworbenen Pflegekräften

- kultursensible Wertschätzung gegenüber im Ausland erworbenen Qualifikationen und Kompetenzen
- angemessene Einarbeitung und vertrauensvolle Zusammenarbeit mit kompetenten Ansprechpersonen
- gleichberechtigter, respektvoller und solidarischer Umgang mit kultureller Vielfalt im Arbeitsumfeld
- Berücksichtigung familiärer Kontexte und sozialer Integration in Deutschland

3. Pflegepersonal in spezifischen Settings

a) Gencer u.a., 2019 zu Belastungen von Palliativ-Pflegekräften

Die Studie von *Gencer u.a.*[24] umfasste eine anonyme Befragung von Pflegekräften in stationären Palliativstationen und spezialisierten ambulanten Palliativversorgung (SAPV) in Baden-Württemberg. Es wurden insgesamt 167 Pflege-

24 *Gencer u.a.*, Das Gesundheitswesen 2/2019, 92 ff.

kräfte aus 34 Einrichtungen in die Studie einbezogen. Von den Befragten waren 65,4 % im stationären Bereich tätig, während 34,6 % in der ambulanten Palliativversorgung arbeiteten. Die Studie zielte darauf ab, den Ist-Zustand der aktuellen Versorgungssituation im Bereich Palliative Care zu erfassen und potenzielle berufsbedingte Belastungen, Arbeitszufriedenheit und das psychische Befinden von Palliativpflegekräften zu untersuchen.

Der Fragebogen zielt darauf ab, belastende Faktoren im Berufsalltag von Palliativpflegekräften, wie Arbeitsbelastung und -anforderungen, Umgang mit emotionalen und psychischen Belastungen, Arbeitszufriedenheit und -motivation, Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben, Gesundheitszustand und Wohlbefinden der Pflegekräfte, strukturelle Bedingungen und Ressourcen in der Palliativversorgung, spezifische Herausforderungen in der Pflege von Palliativpatient*innen, Stressbewältigung und Unterstützungsbedarf zu erfassen. Durch sie konnten die Forscher*innen ein umfassendes Bild der Belastungen im Berufsalltag von Palliativpflegekräften erhalten und potenzielle Ansatzpunkte für Verbesserungen identifizieren.

Die Auswertung der Belastungen der Pflegekräfte zeigte signifikante Unterschiede zwischen stationär und ambulant Pflegenden. Stationäre Pflegekräfte wiesen höhere Belastungswerte auf, insbesondere in den Bereichen unbequeme Patient*innen und strukturelle Bedingungen. Die Gesamtbelastung war ebenfalls bei stationären Pflegekräften deutlich höher.

In den durchgeführten multiplen Regressionsanalysen wurden Zusammenhänge zwischen verschiedenen Stressoren und einer erhöhten Belastung sowie einer schlechteren Arbeitszufriedenheit identifiziert. Pflegekräfte mit einer schlechteren Selbsteinschätzung ihres Gesundheitszustands und Pflegekräfte in stationären Palliativeinrichtungen zeigten höhere Gesamtbelastungswerte. Prädiktoren für eine höhere Zufriedenheit waren geringere Belastungswerte in den Bereichen „Beruf/Privatleben“, „strukturelle Bedingungen“, „Probleme mit Kollegen“ und höhere Werte in der Skala „Mitleid“.

In der Befragung von Palliativpflegekräften in Baden-Württemberg wurden potenzielle Faktoren für zunehmende Arbeitsunzufriedenheit identifiziert. Es wird vermutet, dass auf Palliativstationen nur schwer kranke Patienten behandelt werden, was zu einer höheren Belastung der Pflegekräfte führen könnte. Die Ergebnisse legen nahe, dass strukturelle Probleme auf Palliativstationen bestehen, die mit schlechten Arbeitsbedingungen, fehlender Weiterbildung, hohen Arbeitszeiten, Schichtarbeit und fehlender Erfahrung zusammenhängen. Es besteht ein direkter Zusammenhang zwischen berufsbedingter Belastung, psychischem Wohlbefinden und Gesundheitseinschätzung. Die belastendere Arbeit auf Palliativstationen im Vergleich zum ambulanten Dienst könn-

te zu einer Verschlechterung des psychischen Zustands und möglicherweise zu gesundheitlichen Problemen führen. Es wird betont, dass strukturelle Verbesserungen notwendig sind, insbesondere in Bezug auf den Personalschlüssel im Bereich Palliative Care. In der Diskussion der Studienergebnisse ist ein Vergleich zu anderen europäischen Ländern integriert. Hierbei liegt Deutschland im Mittelfeld.

In der Diskussion wird darauf verwiesen zu beachten, dass die Tätigkeitsbereiche von Pflegenden in SAPV-Teams (vorwiegend Beratung und Anleitung) und auf Palliativstationen (primär pflegerische Aufgaben) stark variieren. Dieser Unterschied beeinflusst die Alltagsbelastung der Pflegekräfte. Die Belastungen bei Palliativpflegekräften scheinen nicht nur für Palliative Care typisch zu sein, sondern auch bei der Versorgung onkologischer Patienten. Daher wird empfohlen, bereits während der Pflegeausbildung Maßnahmen zur Stressbewältigung zu vermitteln und regelmäßig Supervisionen unter professioneller Anleitung durchzuführen. Zudem wird verdeutlicht, dass Belastungen im Pflegeberuf je nach Versorgungssetting unterschiedliche Maßnahmen zur Entlastung erfordern können.

b) Janson & Rathmann, 2021 zu berufliche psychische Beanspruchung und Gesundheitskompetenz bei Pflegekräften in der ambulanten Altenpflege

Janson & Rathmann[25] rekrutierten in sieben bayerischen Regierungsbezirken in der jeweils größten Stadt durch die Kontaktierung aller dort gelisteten ambulanten Pflegedienste 261 Pflegekräfte für die Teilnahme an einer Online-Befragung. Dabei interessierten sie berufliche Belastung, psychische Beanspruchung und Gesundheitskompetenz sowie Zusammenhänge mit Gedanken an einen Berufswechsel. Arbeitszufriedenheit wurde hierdurch indirekt betrachtet. Für die Datenerhebung wurde ein Instrument entwickelt, das durch die Zusammenführung von drei validierten Fragebögen entstanden ist.

82,4 % der Befragten (n = 197) nannten hohe quantitative Anforderungen als Beanspruchung, zu denen sehr schnelles Arbeiten, nicht genügend Zeit für alle Aufgaben oder Überstunden gehörten. 86,2 % (n = 206) gaben hohe emotionale Anforderungen an, wie z.B. das Verstecken von Emotionen oder eigenen Meinungen. Sogenannte Work-Privacy-Konflikte wurden von 87,4 % (n = 209) der Befragten angegeben. Ferner schätzten etwa 80 % (n= 193) ihre Entwicklungsmöglichkeiten als gering, allerdings auch knapp 80 % (n = 189) die Bedeutung der Arbeit als hoch ein. 77,1 % (n = 182) gaben eine geringe Verbundenheit mit dem Arbeitsplatz an, 76,5 % (n = 179) hohe physische An-

25 *Janson/Rathmann,* Prävention und Gesundheitsförderung 4/2021, 344 ff.

forderungen. Hinsichtlich der eigenen Gesundheit schätzte etwa über die Hälfte (52,4 %) den eigenen Gesundheitszustand als niedrig ein; ähnlich viele (55,9 %) gaben an, häufig trotz Krankheit zur Arbeit zu gehen.

Häufige Gedanken an einen Berufswechsel (58,5 %) stehen im Zusammenhang mit wenig Spielraum bei Pausen (70 %), hohen physischen Anforderungen (67,0 %), wenig Entwicklungsmöglichkeiten (62,3 %), hohen Belastungen durch Work-Privacy-Konflikte (61,5 %), wenig Verbundenheit mit der Arbeit (60,0 %), hohen quantitativen Anforderungen (59,8 %), hohen emotionalen Anforderungen (56,4 %) und niedriger Gesundheitskompetenz.

Am Ende des Artikels werden Schlussfolgerungen für die pflegerische Praxis gezogen, die Auswirkungen auf die Arbeitszufriedenheit haben könnten: Die physischen Arbeitsanforderungen können durch Hilfsmittel und räumliche Gegebenheiten reduziert werden. In der Arbeitsorganisation sollten Work-Privacy-Konflikte reduziert werden, die u.a. durch Rufbereitschaft oder Einspringen verursacht werden. Die Partizipation von Pflegekräften in der Pausengestaltung sowie der Einfluss auf die Arbeit sollten deutlich verstärkt werden. Es wird angeregt, die Gesundheitskompetenz der Mitarbeiter*innen durch betriebliches Gesundheitsmanagement, Fortbildungen oder Workshops zu erhöhen.

c) Jäckel u.a., 2019 zu Einfluss des Safewards-Modells auf das Stationsklima in einer Psychiatrie

Die Fragestellung der Studie zielt darauf ab, die Auswirkungen des Safewards-Modells auf Mitarbeiter*innen und Patient*innen in Bezug auf verschiedene Interventionen und Aspekte des Stationsklimas sowie der Arbeitszufriedenheit in der Akutpsychiatrie zu bewerten. Die Methodik umfasste die Verwendung eines selbst entwickelten Fragebogens zur Einschätzung der Umsetzung der Safewards-Interventionen auf Mitarbeiterebene. Die Autor*innen führen eine Reihe von Limitationen ihrer Studie auf. Hierzu zählen u.a. eine instabile Personalsituation, fehlende Kontrollgruppe, Randomisierung und Validierung des Fragebogens.

Für die Studie wurden Mitarbeiter (n = 88) vor und nach der Intervention befragt, die auf zwei geschützten akutpsychiatrischen Stationen tätig waren. Zudem bezog sie Patient*innen (n = 80) ein, die sich mindestens fünf Tage in stationärer Behandlung befanden und über ausreichende Deutschkenntnisse verfügten.

Das Safewards-Modell ist ein Konzept, das darauf abzielt, die Sicherheit und das Wohlbefinden von Patient*innen und Mitarbeiter*innen in psychiatrischen Einrichtungen zu verbessern. Es basiert auf der Idee, dass durch die Im-

plementierung verschiedener Interventionen das Risiko von Konflikten und Gewalt reduziert werden kann, was wiederum zu einem positiven Stationsklima und einer höheren Arbeitszufriedenheit führt. Es umfasst eine Vielzahl von Interventionen, die darauf abzielen, das Verständnis und die Kommunikation zwischen Patient*innen und Mitarbeiter*innen zu verbessern, die Selbstkontrolle der Patient*innen zu stärken, die Umgebung sicherer zu gestalten und die Beziehungen innerhalb des Teams zu fördern. Durch die gezielte Umsetzung dieser Interventionen soll das Risiko von Konflikten und Aggressionen reduziert werden, was letztendlich zu einem positiven und sicheren Umfeld in der psychiatrischen Versorgungseinrichtung führt.

Die Ergebnisse der Studie zeigen signifikante Verbesserungen im Stationsklima nach der Implementierung des Safewards-Modells. Mitarbeitende berichteten von einer positiven Entwicklung in den Dimensionen des therapeutischen Halts und des Zusammenhalts der Patient*innen, während das Sicherheitserleben auf einem unterdurchschnittlichen Niveau blieb. Diese Veränderungen wurden auch durch Daten aus anderen stationären Versorgungssettings bestätigt. Des Weiteren wurde festgestellt, dass eine Verbesserung des Stationsklimas mit einer Steigerung der Arbeitszufriedenheit einhergeht. Mitarbeiter*innen, die die Umsetzung bestimmter Interventionen, wie beispielsweise dem gegenseitigen Kennenlernen und den Entlassnachrichten, positiv bewerteten, zeigten eine höhere Arbeitszufriedenheit. Die Studie unterstreicht somit das Potenzial des Safewards-Modells – also einer settingspezifischen Maßnahme – zur Förderung eines positiven Arbeitsumfelds in der psychiatrischen Akutversorgung.

Ergänzende Schlussfolgerung zu nicht-monetären Einflussfaktoren aus der Perspektive Arbeitszufriedenheit von Pflegepersonal in spezifischen Settings

- multifaktorielle Betrachtung von Arbeitszufriedenheit unter Berücksichtigung persönlicher Lebenslagen, wie physischer und psychischer Gesundheitszustand der Pflegekräfte sowie Befähigung zur Selbstfürsorge und soziale Ressourcen
- Sicherheitsgefühl am Arbeitsplatz
- Maßnahmen zur Stressbewältigung
- Förderung von Gesundheitskompetenz
- Regelmäßige Supervision unter professioneller Anleitung
- spezifische pflegerische Setting erfordern spezifische Interventionen

4. Auszubildende und Berufseinsteiger*innen

a) Isfort u.a., 2022 zur Situation von Berufseinsteiger*innen, Berufstätigen der Pflege sowie Perspektive der Arbeitgeber

Der Studienbericht des Deutschen Instituts für angewandte Pflegeforschung beschäftigt sich mit der Berufseinmündung und dem Verbleib in der Pflege in Nordrhein-Westfalen. Hierbei wurden 872 Auszubildende im dritten Ausbildungsjahr, 1.072 Pflegende in der Versorgungspraxis und 241 Träger von Einrichtungen mit einem Online-Survey befragt. Untersucht wurde in erster Linie, was junge Pflegende motiviert, sich für oder gegen eine erste Arbeitsstelle zu entscheiden.

Bezüglich Arbeitszufriedenheit unterscheiden sich die Angaben je nach Dauer der Berufszugehörigkeit: Die Mehrheit der Auszubildenden in der Pflege ist mit ihrer Berufsausbildung zufrieden. Auf einer Skala von 1 (sehr unzufrieden) bis 10 (sehr zufrieden) liegt die durchschnittliche Zufriedenheit bei 6,25. Besonders hervorzuheben ist, dass 87,8 % der Auszubildenden angeben, dass die praktischen Einsätze die Vielschichtigkeit der Arbeitsmöglichkeiten in der Pflege gut aufzeigen.

Anders sieht die Situation bei den beruflich Pflegenden aus: Zum Zeitpunkt der Befragung waren nur 49,2 % mit ihrem Beruf zufrieden oder sehr zufrieden. Die aktuellen Arbeitsbedingungen werden sogar mit nur 34,9 % noch niedriger bewertet. Bezüglich der wahrgenommenen Veränderungen im Laufe der Berufsjahre geben viele Pflegende kritische Beobachtungen an. 49,3 % bemerken eine Verschlechterung der Wertschätzung ihrer Arbeit durch die Arbeitgeberseite. Diese Wahrnehmung korrespondiert mit der Aussage, dass 65,6 % eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen beobachten. Dies führt letztlich bei 55 % zu einer Abnahme der eigenen Berufsmotivation.

Für junge Pflegende sind besonders wichtig: gute Einarbeitung (93,0 %), Möglichkeit zur Teilzeitarbeit (80,2 %), Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten (75,0 %) sowie Möglichkeiten, neue Aufgaben zu übernehmen und dazuzulernen (74,5 %). Pflegende im Beruf bewerten die Attraktivität eines Arbeitgebers – jenseits monetärer Anreize – hauptsächlich nach den folgenden Kriterien: guter Personalschlüssel (91,1 %), gute Zusammenarbeit im Team (89,6 %), gute Einarbeitung durch den Arbeitgeber (87,1 %). Unterstützung bei der Wohnraumsuche, eine Kita oder Mobilitätszuschüsse sind für beide Gruppen keine entscheidenden Faktoren bei der Auswahl eines Arbeitgebers.

Die Befragung der Arbeitgeber*innen (n = 241) zeigt, dass diese auch die gute Einarbeitung und Zusammenarbeit im Team und einen guten Personalschlüssel als besonders wichtig einschätzen, aber die Relevanz von Fort- und Weiter-

bildungsangeboten unterschätzen (35,3 % vs. 74,6 %). Auch die Möglichkeit, neue Aufgaben übernehmen und lernen zu können, wurde von den Arbeitgeber*innen unterschätzt (38,6 % vs. 74,6 %), ebenso wie Angebote der betrieblichen Gesundheitsförderung (25,3 % vs. 56,6 %).

b) Ulrich u.a., 2019 zur Arbeitszufriedenheit von Berufseinsteiger*innen in Gesundheitsberufen im Vergleich mit anderen Gesundheitsberufen

Die Forschungsarbeit von *Ulrich u.a.*[26] verfolgt das Ziel, die Arbeitszufriedenheit von Berufseinsteiger*innen in verschiedenen Gesundheitsberufen zu erfassen und Einflussfaktoren zu ermitteln. Zu diesem Zweck wurden von einer Akademie für Gesundheitsberufe mittels Online-Survey 189 Datensätze erhoben und ausgewertet. Von den Befragten waren 121 in der Pflege tätig, 36 in diagnostischen Berufen (medizinisch-technische*r Laboratoriumsassistent*in, medizinisch-technische*r Radiologieassistent*in) und 32 in Therapieberufen (Logopädie und Physiotherapie).

Insgesamt war die Arbeitszufriedenheit der Pflegenden niedriger als die der Therapeut*innen und Berufstätigen in den Diagnostik-Berufen. Der angegebene Mittelwert für die Skala 1 (sehr unzufrieden) bis 7 (sehr unzufrieden) liegt bei den Pflegekräften bei 4,7 (+/–1,6 SD), bei den Therapieberufen bei 5,6 (+/–1,5) und bei den Diagnostikberufen bei 5,0 (+/–1,5).

Als entscheidende Zufriedenheitsfaktoren werden Arbeitszeit und Autonomie im beruflichen Handeln hervorgehoben. Die Autor*innen vermuten, dass Therapeut*innen mehr Handlungsspielraum in Bezug auf die Wahl ihrer Methoden haben als Pflegende, was sich positiv auf die Arbeitszufriedenheit auswirkt. Ebenso scheint sich Schichtarbeit bei den Pflegenden im Vergleich zu den anderen Gesundheitsberufen negativ auf die Arbeitszufriedenheit auszuwirken. Laut der Regressionsanalyse hatte der Faktor Anerkennung einen starken Einfluss auf die Arbeitszufriedenheit, der ebenfalls bei den Pflegenden am niedrigsten bewertet wurde. Der höchste Einfluss auf Zufriedenheit wird in der Zusammenarbeit mit den Kolleg*innen und Mitarbeiter*innen vermutet. Dieser Befund deckt sich lt. der Autor*innen mit anderen Studien im Gesundheitsbereich. Dies unterstreicht die besondere Bedeutung eines kollegialen und unterstützenden Arbeitsklimas sowie den Wunsch, sich auf Kolleg*innen verlassen zu können.

26 *Ulrich u.a.,* Das Gesundheitswesen 2/2019, 99 ff.

c) Baumann & Kugler, 2019 zu Berufsperspektiven von Absolvent*innen grundständig qualifizierender Pflegestudiengänge

Baumann & Kugler[27] untersuchten den beruflichen Verbleib, die Zufriedenheit und die Zukunftsperspektiven von Bachelorabsolvent*innen, die zwischen 2009 und 2016 einen grundständig qualifizierenden Pflegestudiengang in Deutschland abgeschlossen haben. Ziel der Studie war es, Erkenntnisse darüber zu gewinnen, in welchen Praxisfeldern die Absolvent*innen tätig sind, wie zufrieden sie mit ihrer beruflichen Situation sind und welche beruflichen Zukunftsperspektiven sie sehen. Die Untersuchung wurde mittels eines anonymen Online-Fragebogens durchgeführt, der zwischen Juni und Juli 2016 zur Verfügung stand. Die Ergebnisse sollen Hinweise zur Weiterentwicklung der Pflegestudiengänge und zur Gestaltung von Berufsperspektiven und -zufriedenheit liefern.

Das Forschungsdesign umfasste die Entwicklung und Pilotierung eines Online-Fragebogens, der spezifisch auf die Erhebung von Daten zum beruflichen Verbleib, zur Zufriedenheit und zu den Zukunftsaussichten der Absolvent*innen ausgerichtet war. Die Stichprobe bestand aus 273 Absolvent*innen, von denen ein Drittel bereits ein weiterführendes Studium aufgenommen hatte, während mehr als ein weiteres Drittel die Absicht formulierte, ein weiterführendes Studium aufnehmen zu wollen. Die Weiterqualifizierung nach dem Bachelorabschluss erfolgt somit in verschiedene Richtungen, wobei ein beträchtlicher Anteil der Absolvent*innen Interesse an einer Vertiefung oder Erweiterung ihrer fachlichen Kenntnisse zeigte.

Die Absolvent*innen verteilten sich auf verschiedene Praxisfelder, wobei die Mehrheit in der Gesundheits- und Krankenpflege (61,5 %), Altenpflege (9,5 %) und Kinderkrankenpflege (6,6 %) tätig war. Weitere Tätigkeitsbereiche umfassten Qualitätsmanagement, Management, Forschung, Praxisanleitung, Lehre, Pflegeberatung und Produktvertrieb, wobei über 30 % in mehreren Praxisfeldern aktiv waren. Es zeigt sich, dass Befragte, die zwischen 2014 und 2016 ihren Abschluss gemacht haben, zu 77,7 % in der direkten Versorgung von Patient*innen arbeiteten, während diejenigen, deren Abschluss mindestens zwei Jahre zurücklag, zu 64,2 % nicht im direkten Patientenkontakt standen.

Bezüglich der Zufriedenheit mit den situativen Rahmenbedingungen zeigen sich Arbeitsplatzsicherheit (68,1 %), Betriebsklima (65,9 %) Wertschätzung durch Kolleg*innen (62,7 %) und Arbeitsplatzumgebung (52,7 %) als sehr zufriedenstellend. Am unzufriedensten waren die Befragten mit der Ausstattung

27 *Baumann/Kugler,* Pflege 1/2019, 7 ff.

des Arbeitsplatzes (19,8 % nicht zufrieden, 25,3 % mittlere Zufriedenheit) sowie Wertschätzung durch Vorgesetzte (18 % nicht zufrieden, 23,1 % mittlere Zufriedenheit). Bezogen auf Bereiche der Work-Life-Balance verteilte sich die Zufriedenheit in den Bereichen Freizeitmöglichkeiten und Vereinbarkeit Privat und Beruf mit ca. je einem Drittel auf nicht zufrieden, mittlere Zufriedenheit und sehr zufrieden. Im Bereich Arbeitszeitgestaltung überwiegt die Gruppe der sehr zufriedenen mit 39,5 % gegenüber 30 % nicht zufrieden und 20,1 % mittlere Zufriedenheit.

Die berufliche Zufriedenheit unterscheidet sich signifikant zwischen Absolvent*innen, die in der Gesundheits- und (Kinder-) Krankenpflege oder Altenpflege arbeiten, im Vergleich zu denen, die in erweiterten pflegerischen Praxisfeldern tätig sind. Lediglich in den drei von 18 Bereichen „Möglichkeit, die Pflege zu verbessern", „Betriebsklima" und „Sicherheit des Arbeitsplatzes" konnten keine signifikanten Unterschiede erfasst werden. Dies deutet darauf hin, dass die Zufriedenheit mit der beruflichen Arbeitssituation vom spezifischen Praxisfeld abhängig ist. Die höhere Zufriedenheit beim Pflegefachpersonal, das in erweiterten pflegerischen Praxisfeldern tätig ist, bezieht sich auf verschiedene Aspekte ihrer beruflichen Situation. Insbesondere zeigt sie eine höhere Zufriedenheit in Bezug auf qualifikationsbezogene Handlungsspielräume sowie situative Rahmenbedingungen. Die Unterschiede in der Zufriedenheit weisen darauf hin, dass das Arbeitsumfeld und die Tätigkeitsbereiche einen Einfluss auf die Zufriedenheit der Pflegekräfte haben.

Die Ergebnisse unterstreichen die Bedeutung der Akademisierung in der Pflegepraxis zur Deckung des steigenden und komplexer werdenden Versorgungsbedarfs. Ein zentrales Ergebnis war, dass die Mehrheit der Absolvent*innen unmittelbar nach ihrem Studienabschluss in der direkten Patientenversorgung tätig ist, was die Empfehlung des Wissenschaftsrates unterstützt, eine Quote von 10–20 % akademisch qualifizierter Pflegekräfte in jedem Ausbildungsjahrgang zu erreichen.

Gleichzeitig wurde beobachtet, dass Absolvent*innen, deren Abschluss bereits zwei Jahre zurückliegt, häufig in erweiterten pflegerischen Tätigkeiten arbeiten. Dies deutet darauf hin, dass Gesundheitseinrichtungen Positionen schaffen, die die erweiterten Kompetenzen dieser Absolvent*innen nutzen. Etwa ein Drittel der Befragten arbeitet in mehr als zwei Praxisfeldern, was möglicherweise auf die Suche nach Möglichkeiten zur umfassenderen Anwendung der im Studium erworbenen Kompetenzen hinweist.

Zur Steigerung der Arbeitszufriedenheit werden Maßnahmen vorgeschlagen, wie die Anpassung der Entgeltordnung und die Verbesserung der Wertschätzung durch Vorgesetzte. Die Studie dokumentiert auch den Wunsch vieler

Absolvent*innen nach weiterführenden Studienangeboten, was teilweise mit der Unzufriedenheit über das Einkommen korreliert. In Deutschland befähigt ein Masterabschluss vor allem zu Tätigkeiten in der erweiterten pflegerischen Versorgung, wobei nur wenige Hochschulen konsekutive Masterstudiengänge im Bereich Advanced Practice Nursing anbieten.

Insgesamt betonen die Ergebnisse die Wichtigkeit der Akademisierung in der Pflegepraxis und die Notwendigkeit von Maßnahmen zur Unterstützung und Weiterentwicklung der beruflichen Perspektiven von Pflegefachkräften. Dies umfasst auch die Einführung und Etablierung von Trainee-Programmen sowie die Schaffung neuer Stellenprofile, die den erweiterten Kompetenzen von Bachelorabsolvent*innen gerecht werden.

Ergänzende Schlussfolgerung zu nicht-monetären Einflussfaktoren aus der Perspektive Arbeitszufriedenheit aus Studien mit Berufseinsteiger*innen und Auszubildenden

- Einarbeitungskonzept für Berufseinsteiger*innen mit Entwicklungsmöglichkeiten, neue Aufgaben zu übernehmen und dazuzulernen
- Autonomie im pflegerischen Handeln
- Verlässlichkeit im Team
- Arbeitsplatzsicherheit
- Tätigkeiten in erweiterten pflegerischen Praxisfeldern
- qualifikationsbezogene Handlungsspielräume und Aufgabenbereiche
- Etablierung von Trainee-Programmen
- Stellenprofile für akademisch qualifiziertes Pflegepersonal
- Etablierung konsekutiver Masterstudiengänge im Bereich Advanced Practice Nursing

III. Nicht-monetäre Maßnahmen zur Förderung von Arbeitszufriedenheit im Pflegeberuf

Die vorgestellten Studien, aus denen abschließend Rückschlüsse für die Förderung von Arbeitszufriedenheit gezogen werden sollen, verdeutlichen die Vielschichtigkeit möglicher nicht-monetärer Maßnahmen für Pflegepersonal. Sie tangieren verschiedene Entscheidungsebenen und stehen auch in wechselseitigen Abhängigkeiten. Auch das Studiendesign hat Einfluss auf die erhobenen Daten und die daraus abgeleiteten Erkenntnisse. Daher sollten alle nachfolgenden Vorschläge nicht solitär, sondern immer in einem Gesamtkontext betrach-

tet werden. Spezifische Pflegesettings mit ihren kontextbezogenen Rahmenbedingungen und institutionellen Voraussetzungen sowie individuelle Lebenslagen des Pflegepersonals verhindern, One-size-fits-all Vorschläge unterbreiten zu können. Zudem sind keine linearen Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge zu erwarten. D.h. die Einführung von einzelnen Maßnahmen, wie bspw. Supervision, sind (lediglich) als Baustein zu betrachten, der Einfluss auf die Organisationskultur haben kann. Solitäre Durchführungen oder als Maßnahme in besonders kritischen Situationen können keine nachhaltige Antwort auf Arbeitszufriedenheit sein. Dennoch nehmen wir hier eine Zusammenschau der abgeleiteten Maßnahmen zur Förderung von Arbeitszufriedenheit im Pflegeberuf vor. Diese strukturieren wir entlang der Entscheidungs- und Umsetzungsebenen, die für die Initiierung und Durchführung maßgeblich sind.

Das drängende Problem der Pflege steht im Zusammenhang mit der Personalausstattung. Dies tangiert zum einen die Vorgaben zur Personalbemessung in der Pflege, die im Juli 2023 neu geregelt wurden.[28] Zum anderen können die besten Vorgaben ihre Wirkung an der Basis nicht entfalten, wenn auf dem Arbeitsmarkt das Personal weder in der geforderten Anzahl noch mit adäquater Qualifikation zur Verfügung steht. Dieser Umstand erfordert Maßnahmen auf der Makroebene des Gesundheitswesens. Es gilt, Qualifizierungsmaßnahmen und nachhaltige Anwerbestrategien für im Ausland qualifizierte Pflegekräfte massiv zu fördern. Dies schließt diverse Maßnahmen zur Steigerung der Attraktivität des Pflegeberufs und des gesellschaftlichen Ansehens des Berufsstandes ein. Einen Beitrag dazu hat die Änderung des Pflegeberufegesetzes geleistet, das 2020 in Kraft getreten ist.[29] Initiativen, wie die Ausbildungsoffensive 2019–2023 des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, gingen mit einer Vereinbarung von 111 Maßnahmen zur Steigerung der Motivation junger Menschen für den Pflegeberuf einher.[30] Daneben wurden durch die Konzertierte Aktion Pflege relevante Akteure zur Vereinbarung zahlreicher Maßnahmen zur Verbesserung in der Pflege bewegt.[31] Zudem gibt es verstärkte Bemühungen, Pflegekräfte im Ausland zu rekrutieren. Hierbei spielt die Bundesagentur für Arbeit gemeinsam mit den Landesregierungen eine wesentliche Rolle. Die Rahmenbedingungen wurden durch Änderungen im Fachkräfteeinwanderungsgesetz im November 2023 neu geregelt[32] und sollen zu vereinfachten Anerkennungsverfahren beitragen. Die bisherigen Bemühungen weisen in die richtige Richtung. Ihre Wirkungen gingen bislang jedoch

28 Gesetz zur Unterstützung und Entlastung in der Pflege v. 19.6.2023, BGBl. I 2023 Nr. 155.
29 Gesetz zur Reform der Pflegeberufe v. 17.7.2017, BGBl. 2017 I S. 2581.
30 BMFSFJ, Ausbildungsoffensive Pflege (2019-2023), Zweiter Bericht.
31 BMG, Pflegearbeitsplatz mit Zukunft! Die Ergebnisse der Studie zur Arbeitsplatzsituation in der Akut- und Langzeitpflege auf einen Blick.
32 Gesetz zur Weiterentwicklung der Fachkräfteeinwanderung v. 16.8.2023, BGBl. I 2023 Nr. 217.

noch nicht mit einer Trendwende einher und weitere strukturelle Anstrengungen erscheinen dringend erforderlich, wie die bereits dargelegten Prognosen zum Fachkräftemangel belegen.

Zu den übergeordneten strukturellen Maßnahmen gehören u.a. ein strategischer Ausbau der Qualifikationswege mit verschiedenen Aufgabengebieten und Stellenprofilen in der Pflege. Diese sollen autonome pflegerische Handlungsfelder und Karrierewege eröffnen, um die pflegerische Versorgung zu gewährleisten und die Arbeitsperspektiven zu einem Verweilen im Beruf einzuladen. Hierzu zählt u.a. die Entstehung von entsprechenden Stellenprofilen und die Etablierung von Masterstudienangeboten im Bereich Advanced Practice Nursing. Auch hier gibt es bereits Vorschläge, die insbesondere zur Verbesserung der Gesundheitsversorgung der ländlichen Bevölkerung beitragen sollen, wie dem Nachhaltigkeitsbericht für Gesundheit und Pflege des Bundesministeriums für Gesundheit zu entnehmen ist. Bislang steht eine Trendwende aus, auch wenn sich die Rollenentwicklung immer mehr internationalen Standards annähert.[33]

Jenseits der großen Einflussfaktoren auf die Attraktivität des Pflegeberufs machen die Studienergebnisse auf eine Reihe von Maßnahmen aufmerksam, die auf institutioneller Ebene umgesetzt werden können. Hierzu zählen organisations-, arbeits- und personenbezogene Maßnahmen.

Viele organisationale Vorschläge, die von den Pflegekräften bei den Befragungen als relevant markiert wurden, lassen sich als Angebot eines betrieblichen Gesundheitsmanagements zusammenfassen. Hierbei gibt es zahlreiche Bausteine, die als Antwort auf gesundheitliche Belastungen am Arbeitsplatz verstanden werden.[34] Sie sollen dazu beitragen, die Leistungsfähigkeit Beschäftigter zu erhalten und das Wohlbefinden zu fördern. Hierbei sind neben dem Verhalten des Personals, die Tätigkeit, die Arbeits- und institutionellen Rahmenbedingungen im Fokus. Konkret kann es sich um Maßnahmen handeln, wie ausgewogene Kantinenkost, Rückenschule, Entspannungsangebote, Kurse zur Tabakentwöhnung, Konflikt- und Kommunikationstraining u.v.m. Für einen Überblick über eine systematische Implementierung von betrieblichem Gesundheitsmanagement in die Praxis verweisen wir auf entsprechende Literatur.[35]

33 *Von der Lühe*, Die Schwester | Der Pfleger 1/2024, 40 ff.

34 BMG, Betriebliche Gesundheitsförderung.

35 *Schmidt u.a.*, Betriebliches Gesundheitsmanagement im Krankenhaus, Strukturen, Prozesse und das Arbeiten im Team gesundheitsfördernd gestalten; nach DIN-Norm: *Kaminski*, Betriebliches Gesundheitsmanagement für die Praxis.

Ein besonderes Augenmerk sollte zudem auf den Bereich Gesundheitskompetenz gelegt werden. Der 2018 verabschiedete nationale Aktionsplan zielt auf eine Förderung von Wissen und Motivation in der Gesamtbevölkerung, relevante Gesundheitsinformationen zu finden, zu verstehen, zu beurteilen und im Alltag anzuwenden.[36] Hierbei kommt nicht zuletzt aufgrund des Teilziels, das Gesundheitssystem nutzerfreundlich und gesundheitskompetent zu gestalten, dem Pflegepersonal aufgrund von hohen Kontaktfrequenzen mit Patient*innen und deren Angehörigen in allen Lebenslagen eine besondere Aufgabe zu. Die Verankerung von Gesundheitskompetenz als Standard auf allen Ebenen des Gesundheitssystems kann nur dann gelingen, wenn das Pflegepersonal als Multiplikator dient und entsprechend qualifiziert wird. Gesundheitskompetenz oder die Bezeichnung Health Literacy jedoch ist weder im Pflegeberufegesetz noch in der novellierten Ausbildungs- und Prüfungsverordnung enthalten.[37] Er ist lediglich untergeordnet im Rahmenlehrplan der Fachkommission erwähnt[38] und für die Ausbildungscurricula kaum relevant, wie *Stephan u.a.*[39] in einem Positionspapier konstatieren. Die Autorengruppe trägt zusammen, dass die individuelle Gesundheitskompetenz bei Pflegefachpersonen als problematisch bis inadäquat einzustufen ist. Entsprechend werden Forderungen an die Entscheidungsträger im Gesundheitswesen gestellt, die Gesundheitskompetenz bei Pflegepersonal systematisch zu fördern. Hierzu zählen entsprechende Qualifikationsstrukturen auf allen Ausbildungs- und Weiterbildungsebenen, Rahmenbedingungen, die gesundheitskompetenzförderliches Handeln ermöglichen, sowie Erhebungsinstrumente und Forschung.

Im Bereich der organisationsbezogenen Strukturen sind Onboarding-Programme für neu angeworbenes Personal als Maßnahmen zur Stärkung von Arbeitszufriedenheit zu benennen. Hierbei gilt es neben den Mitteilungen über spezifische Abläufe und Kulturen der Einrichtung, das neue Personal mit seinen Qualifikationen und Berufsperspektiven wahrzunehmen und Einsatzmöglichkeiten in Aussicht zu stellen. Berufliche Perspektiven, Fachweiterbildungen und erweiterte pflegerische Handlungsfelder sind insbesondere für an Weiterbildung interessiertes oder akademisch qualifiziertes Pflegepersonal attraktiv und tragen zur Bindung und Gesunderhaltung bei. Hierfür sind regelmäßige Entwicklungsgespräche mit den Mitarbeitenden und weitere Maßnahmen der Personalentwicklung in den Blick zu nehmen. Für einen Überblick

36 *Schaeffer u.a.*, Nationaler Aktionsplan Gesundheitskompetenz, Die Gesundheitskompetenz in Deutschland stärken.

37 Pflegeberufe-Ausbildungs- und -Prüfungsverordnung v. 2.10.2018, BGBl. 2018 I S. 1572, zuletzt geändert durch Gesetz v. 12.12. 2023, BGBl. 2023 I Nr. 359.

38 Fachkommission nach § 53 Pflegeberufegesetz, Rahmenpläne der Fachkommission nach § 53 PflBG. o.O., 2020.

39 *Stephan u.a.,* Pflegewissenschaft 3/2023, 121 ff.

über Personalentwicklungskonzepte in Pflege- und Gesundheitseinrichtung im In- und Ausland verweisen wir auf entsprechende Literatur.[40] Da die Lebenslagen mit unterschiedlichen Bedürfnissen und Ressourcen verbunden sind, sollten Unterstützungsangebote individuell adressiert werden. Dies kann im Einzelfall die Unterstützung bei einer Wohnungssuche, Vermittlung von Angeboten der Kinderbetreuung oder der Mobilität zum Arbeitsplatz sein. Für im Ausland angeworbenes Pflegepersonal sollte sich das Angebot auf die Angehörigen erweitern und auch die Vermittlung von Sprachkursen und andere Möglichkeiten der Freizeitgestaltung umfassen, um zur Integration in Deutschland beizutragen. Als konkrete Personalentwicklungsmaßnahme mit hohem Potential zur Förderung von Arbeitszufriedenheit soll noch auf spezifische Trainings zur Förderung von interkultureller Kompetenz verwiesen werden.[41] Hierbei geht es darum, Handeln in kulturell heterogenen Teams und mit multikultureller Klientel zu betrachten und die Zufriedenheit und das Wohlbefinden aller Beteiligten zu erhöhen.

Die bisher vorgestellten Maßnahmen zielen auf die Makro- und Mesoebene des Gesundheitssystems und sollen zur Veränderung von Arbeitszufriedenheit auf der Mikroebene beitragen. Sie alle gehen mit erheblichem finanziellem Aufwand und Strukturveränderungen einher, die bürokratische Erfordernisse mit sich bringen. Im Arbeitsalltag selbst können auch Maßnahmen geringerer Reichweite, wie Prozesse von bedarfsgerechter Personalplanung, die Zeit für qualitativ hochwertige Pflege ermöglicht, maßgeblich die Arbeitszufriedenheit fördern. Hierzu zählt auch die Etablierung von verbindlichen und partizipativen Dienst- und Pausenregelungen, die Erholung ermöglichen und zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie beitragen. Arbeitsabläufe sollten strukturiert und Aufgaben priorisiert verteilt sein. Ein Großteil dieser Umstände sind maßgeblich vom Führungsverhalten abhängig, tangieren jedoch alle auch das kollegiale Verhalten im Team. Dieses kann sich als Schlüssel für die Arbeitszufriedenheit am konkreten Arbeitsplatz erweisen. Wertschätzender Umgang und Respekt füreinander können durch Teambuilding-Maßnahmen, Supervision und Führungskräfteweiterbildung gefördert werden, benötigen aber eine Konkretisierung in der persönlichen Begegnung. Inwiefern sich Wertschätzung und Anerkennung für die geleistete Arbeit und eine kollegiale Unterstützung bei emotional und körperlich belastenden Situationen einstellt, ist vor allem eine Frage von Kultur und Arbeitsklima. Hierbei geht es darum, den beteiligten Personen jenseits ihrer Rolle wertschätzend und auf Augenhöhe zu begegnen und Zeit und Raum für die gemeinsame Problemlösung zu finden. Alle

40 *Tewes/Stockinger*, Personalentwicklung in Pflege- und Gesundheitseinrichtungen, Erfolgreiche Konzepte und Praxisbeispiele aus dem In- und Ausland.

41 *Böcek-Schleking,* Pflegezeitschrift 12/2021, 34 ff.

Menschen haben einen individuellen physischen und psychischen Gesundheitszustand und befinden sich in einer persönlichen Lebenslage mit sozialen Ressourcen und verfügen über unterschiedliche Befähigungen zur Lösungsfindung und Selbstfürsorge. Dies anzuerkennen, Arbeitszufriedenheit multifaktoriell zu betrachten und situationsangemessene Maßnahmen zu ergreifen, erscheint als wirkmächtiger nicht-monetärer Faktor.

IV. Abschluss

Bei der Arbeit an dieser Zusammenschau der nicht-monetären Einflüsse auf die Arbeitszufriedenheit von Pflegepersonal entstand schnell der Eindruck, dass wir zu diesem Thema kein Erkenntnis-, sondern ein Umsetzungsdefizit haben. Die Ursachen für die Unzufriedenheit von Pflegepersonal, die den Verbleib im Beruf und die Anwerbung erschweren, liegen bereits seit Langem offen und wurden auch innerhalb der letzten Jahre hinreichend mit Erhebungen belegt – auch wenn es berechtigte Kritik an den Erhebungsinstrumenten zur Arbeitszufriedenheit gibt.[42] Zudem gibt es eine Reihe an strukturellen Steuerungsmaßnahmen auf der Makroebene des Gesundheitssystems und Struktur- und Implementierungsvorschläge auf der Mesoebene, die bislang ihre Wirkung noch nicht umfassend entfalten konnten. Dies wirft die Frage auf, was eine Trendwende verhindert.

Hierfür möchten wir abschließend auf zwei Indizien verweisen: Zum einen handelt es sich um hochkomplexe Zusammenhänge, wie sie z.B. am Wunsch des Pflegepersonals nach vereinfachter Dokumentation und Verringerung bürokratischer Erfordernisse verdeutlichen lässt. Diese Erfordernisse sind mit zahlreichen gesetzlichen, qualitätssichernden und institutionellen Vorgaben verwoben, die sich nicht in einfachen Prozessen aufheben oder verringern lassen. Die Komplexität dokumentiert sich auch am Beispiel einer Bestandsaufnahme zum betrieblichen Gesundheitsmanagement im System Krankenhaus, die die Hans-Böckler-Stiftung beauftragte. Dabei zeigten sich die hohe Komplexität und unterdurchschnittliche Veränderungsbereitschaft sowie langwierige Entscheidungsprozesse als größte Herausforderungen.[43] Zum anderen erweist sich die Entwicklung des Pflegeberufs hin zu internationalen Standards als schwerfällig. Eine wissenssoziologische Untersuchung über das berufliche Selbstverständnis von Pflegekräften im Krankenhaus deckt mittels Deutungsmusteranalyse auf, dass traditionelle quasi-religiöse und berufliche Deutungen

42 *Ferreira*, Zeitschrift für Arbeitswissenschaft 61/2007, 89 ff.

43 *Müller*, Betriebliches Gesundheitsmanagement im System Krankenhaus, Bestandsaufnahme und Ausblick.

von Pflege durch die Organisation Krankenhaus gestützt werden.[44] Hierdurch wird ein institutioneller Wandel erschwert und politische Bemühungen zur Förderung von Professionalisierung von Pflege ausgebremst. Daher wird es noch einige Zeit in Anspruch nehmen, in der auch Kulturveränderungen begleitet werden müssen, bis Steuerungsmaßnahmen an der Basis ankommen und sich strukturelle Anpassungen positiv auf den Arbeitsalltag im Pflegeberuf auswirken können.

Als Impuls für die beteiligten Personen an der Basis schlagen wir regelmäßige persönliche Gespräche im Kollegium und zusammen mit den Führungskräften vor. Dies erscheint als preiswerte und zumindest im kleinen Radius als Maßnahme zur Förderung von Arbeitszufriedenheit empfehlenswert. Diesen unspezifischen Vorschlag ergänzen wir um eine konkrete Empfehlung, mit der regelmäßig ein Stimmungsbild eingeholt werden kann und individuelle Unzufriedenheiten sichtbar werden. Da Arbeitszufriedenheit von unterschiedlichen Faktoren beeinflusst sowie abhängig von persönlichen Lebenslagen und Ressourcen ist und – wie eingangs dargelegt – kein wirklich valides Instrument zur Messung von Arbeitszufriedenheit verfügbar ist, empfehlen wir Skalierungsabfragen zu stellen. Hierfür bietet sich eine Skala von 0-10 an (0 = völlig unzufrieden, 10 = völlig zufrieden), die von den Mitarbeitenden individuell und in regelmäßigen Abständen ausgefüllt werden. Items können sein: Zufriedenheit mit der Dienstplangestaltung bspw. auf den letzten Monat bezogen, die Arbeitsdichte und -verteilung, emotionale Belastung, körperliche Beanspruchung, aber auch Atmosphäre im Team und Zusammenarbeit mit ärztlichem Personal oder anderen Abteilungen. Die Items können sowohl vorgegeben als auch von einem Team erarbeitet werden – und sich im Laufe der Zeit auch ändern –, um die jeweils aktuell relevanten Faktoren zu identifizieren. Festzulegen wäre auch, wie häufig die Abfrage erfolgen sollte, um ein möglichst aktuelles Stimmungsbild in einem Team zu haben. Hilfreich könnte es sein, mit einer anonymen Abfrage zu starten, um ein unverfälschtes Bild zu erhalten. Hierbei ist es wichtig, nicht nur Unzufriedenheiten äußern, sondern auch Verbesserungsvorschläge unterbreiten zu können, mit der Möglichkeit sie zu diskutieren und zu konkretisieren. Bspw. gilt es gut zu reflektieren, was passieren müsste, damit sich ein Gefühl von Mangel an Wertschätzung, wie er von Pflegepersonal vielfach als Faktor von Unzufriedenheit benannt wird, verringert. Hierdurch kann das Selbstwirksamkeitsgefühl gestärkt werden, den Arbeitsbelastungen nicht hilflos ausgeliefert zu sein, was sich erwiesenermaßen positiv auf Beanspruchungen und ihre Folgen auswirkt.[45] Voraussetzung für die Partizipation der Beschäftigten wäre aber auch eine Verhandlungsbasis

44 *Starystach u.a.*, Arbeit 3/2018, 191 ff.

45 *Stöcker,* Der Anti-Stress-Ratgeber für Pflege- und Betreuungskräfte, 35 ff.

auf Augenhöhe. Diese kann durch betriebliche Organisation in Form von Betriebsräten, bzw. auf der Makroebene durch Gewerkschaften und Berufsverbände angestrebt werden. Das Vorhaben, Belastungserleben wahr- und ernst zu nehmen und Vorschläge zur Verbesserung individueller Arbeitszufriedenheit umzusetzen, benötigt Zeit. Genau diese jedoch gilt als maßgeblicher Mangelfaktor im Pflegeberuf – ein Teufelskreis, den es zu durchbrechen gilt.

Literatur

Auffenberg, Jennie/Becka, Denise/Evans, Michaela/Kokott, Nico/Schleicher, Sergej/Braun, Esther, „Ich pflege wieder, wenn…" – Potenzialanalyse zur Berufsrückkehr und Arbeitszeitaufstockung von Pflegefachkräften, Bremen 2022, abrufbar unter: *https://www.arbeitnehmerkammer.de/fileadmin/user_upload/Presse-Downloads/Pr%C3%A4sentation_Ich_pflege_wieder_wenn_bundesweite-Studie.pdf* (zuletzt abgerufen am 11.11.2024).

Baumann, Anna-Lena/Kugler, Christiane, Berufsperspektiven von Absolventinnen und Absolventen grundständig qualifizierender Pflegestudiengänge – Ergebnisse einer bundesweiten Verbleibstudie, Pflege 1/2019, 7–16.

BMG (Hrsg.), Pflegearbeitsplatz mit Zukunft! Die Ergebnisse der Studie zur Arbeitsplatzsituation in der Akut- und Langzeitpflege auf einen Blick, Berlin 2023, abrufbar unter: *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/K/Konzertierte_Aktion_Pflege/BMG_Ergebnisse_der_zweiteiligen_Studie_Arbeitsplatzsituation_bf.pdf* (zuletzt abgerufen am 29.8.2023).

BMG, Betriebliche Gesundheitsförderung, 2024, abrufbar unter: *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/praevention/betriebliche-gesundheitsfoerderung*, zuletzt aktualisiert am 29.08.2024 (zuletzt abgerufen am 29.8.2024).

BMFSFJ (Hrsg.), Ausbildungsoffensive Pflege (2019-2023), Zweiter Bericht, Berlin 2022, abrufbar unter: *https://www.bmfsfj.de/resource/blob/205226/c027c13b94c48d20ad64b5a4136b5448/ausbildungsoffensive-pflege-zweiter-bericht-2019-2023-data.pdf* (zuletzt abgerufen am 29.8.2024).

Böcek-Schleking, Jasmin, Interkulturelle Kompetenz durch spezifische Trainings, Pflegezeitschrift 12/2021, 34–37.

Breinbauer, Mareike, Arbeitsbedingungen und Arbeitsbelastung in der Pflege, Eine empirische Untersuchung in Rheinland-Pfalz, Wiesbaden 2021.

Bruggemann, Agnes/Groskurth, Peter/Ulich, Eberhard, Arbeitszufriedenheit, Schriften zur Arbeitspsychologie Nr. 17, Bern/Stuttgart 1975.

Büker, Christa/Lademann, Julia/Müller, Klaus, Moderne Pflege heute, Beruf und Profession zeitgemäß verstehen und leben, Stuttgart 2018.

Bundesagentur für Arbeit, Statistik der Bundesagentur für Arbeit, Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt – Arbeitsmarktsituation im Pflegebereich, Nürnberg Mai 2024, abrufbar unter: *https://statistik.arbeitsagentur.de/DE/Statischer-Content/Statistiken/Themen-im-Fokus/Berufe/Generische-Publikationen/Altenpflege.pdf* (zuletzt abgerufen am 21.11.2024).

Bundesinstitut für Berufsbildung (Hrsg.), Fachkommission nach § 53 Pflegeberufegesetz, Rahmenpläne der Fachkommission nach § 53 PflBG, o.O., Bonn 2020, abrufbar unter: *https://www.bibb.de/dienst/publikationen/de/16560* (zuletzt abgerufen am 23.11.2024).

DBfK (Hrsg.), Ergebnisse einer Online-Umfrage zum ‚Dienstplan', Impulse zur Mitarbeiterbindung, 2019, abrufbar unter: *https://www.dbfk.de/wLayout/wGlobal/scripts/accessDocument.php?forceDownload=0&document=%2Fmedia%2Fdocs%2Fnewsroom%2Fpublikationen%2FUmfrage-Dienstplan-Ergebnisse.pdf* (zuletzt abgerufen am 11.11.2024).

Destatis, Bevölkerungsvorausberechnung, Pflegekräftevorausberechnung, abrufbar unter: *https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Bevoelkerungsvorausberechnung/pflegekraeftevorausberechnung.html* (zuletzt abgerufen am 22.11.2024).

Evans, Michaela, Fachkräftemangel Pflege – Von disorganisierten Interessen zur Gestaltung, Public Health Forum 1/2018, 7–9.

Ferreira, Yvonne, Evaluation von Instrumenten zur Erhebung der Arbeitszufriedenheit - Ist das Konzept der Arbeitszufriedenheit noch zeitgemäß?, Zeitschrift für Arbeitswissenschaft 61/2007, 89–94.

Ferreira, Yvonne, Arbeitszufriedenheit. Grundlagen, Anwendungsfelder, Relevanz, 1. Aufl., Stuttgart 2020.

Gencer, Deniz/Meffert, Cornelia/Herschbach, Peter/Hipp, Matthias/Becker, Gerhild, Belastungen im Berufsalltag von Palliativpflegekräften – eine Befragung in Kooperation mit dem KompetenzZentrum Palliative Care Baden-Württemberg, Das Gesundheitswesen 2/2019, 92–98.

Gessenich, Helga/Isfort, Michael, Gute Verbindung von Anfang an: Warum Ausbildung lohnt, Altenheim 12/2022, 30–37.

Isfort, Michael/Gessenich, Helga/Tucman, Daniel, Berufseinmündung und -verbleib in der Pflege in NRW, Eine Analyse der Einstiegs-, Bindungs- und

Haltefaktoren im Berufsfeld der Pflege einschließlich der Ermittlung relevanter Gehaltsstrukturen und -daten, Köln 2022.

Isfort, Michael/Hüsken, Johann-Moritz/Sachs, Susanne/Tuchmann, Daniel, Pflege-Thermometer 2022, Situation und Versorgung von Menschen in der häuslichen Intensivversorgung in Deutschland, Köln 2022, abrufbar unter: *https://www.dip.de/fileadmin/data/pdf/Pressemitteilungen_Institut/Pflege-Thermometer_2022_Studie.pdf* (zuletzt abgerufen am 21.11.2024).

Jäckel, Dorothea/Baumgardt, Johanna/Helber-Böhlen, Heike/Stiehm, Nicole/Morgenstern, Karin/Voigt, Andre u.a., Veränderungen des Stationsklimas und der Arbeitszufriedenheit nach Einführung des Safewards-Modells auf zwei geschützten akutpsychiatrischen Stationen – Eine multiperspektivische Evaluation, Psychiatrische Praxis 7/2019, 369–375.

Janson, Patrick/Rathmann, Katharina, Berufliche Belastungen, psychische Beanspruchung und Gesundheitskompetenz bei Pflegekräften in der ambulanten Altenpflege: Eine quantitative Online-Befragung in ausgewählten bayerischen Großstädten, Paralleltitel: Occupational stress, mental strain and health literacy of outpatient nurses for the elderly: a quantitative online survey in selected large Bavarian cities, Prävention und Gesundheitsförderung 4/2021, 344–353.

Kaminski, Martin, Betriebliches Gesundheitsmanagement für die Praxis, Wiesbaden 2013.

Lu, Hong/While, Alison E./Barriball, K. Louise, Job satisfaction among nurses: a literature review, International journal of nursing studies 2/2005, 211–227.

Lugert-Jose, Grace, Phillipinische Pflegekräfte in Deutschland, Eine Studie zur Mitarbeiterzufriedenheit - Schwerpunkt Diskriminierung und Rassismus 2023, GLJ InterkulturelleTrainings & Beratung, Hamburg 2023, abrufbar unter: *https://gracelugert.com/umfassende-studie-zur-jobzufriedenheit-philippinischer-pflegefachkraefte/* (zuletzt abgerufen am 11.11.2024).

Müller, Brigitte, Betriebliches Gesundheitsmanagement im System Krankenhaus, Bestandsaufnahme und Ausblick, Wuppertal 2009, abrufbar unter: *https://www.boeckler.de/pdf_fof/96761.pdf* (zuletzt abgerufen am 29.08.2024).

Nerdinger, Friedemann W., Arbeitsmotivation und Arbeitszufriedenheit, in: Nerdinger, Friedemann, W./Blickle, Gerhard/Schaper, Niclas (Hrsg.), Arbeits- und Organisationspsychologie, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2014, 419–440.

Peters, Verena/Herten, Benjamin/Kirstein, Katharina/Schulte-Coerne, Nora/Seidel, Jonas/Wellmer, Amber u.a., Arbeitsplatzsituation in der Akut- und Langzeitpflege und Ermittlung sowie modellhafte Implementierung von Indikatoren für gute Arbeitsbedingungen in der Langzeitpflege, Los 1: Analyse, Befragungen und Maßnahmenempfehlungen zum Pflegearbeitsplatz der Zukunft, im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, Bochum 2022, abrufbar unter: *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/K/Konzertierte_Aktion_Pflege/Abschlussbericht_Studie_Arbeitsplatzsituation_in_der_Akut-_und_Langzeitpflege_Los-1_barrierefrei.pdf* (zuletzt abgerufen am 11.11.2024).

Pütz, Robert/Kontos, Maria/Larsen, Christa/Rand, Sigrid/Ruokonen-Engler, Minna-Kristiina, Betriebliche Integration von Pflegefachkräften aus dem Ausland, Innenansichten zu Herausforderungen globalisierter Arbeitsmärkte, Hans-Böckler-Stiftung, Study Nr. 416, Düsseldorf 2019, abrufbar unter: *https://www.boeckler.de/pdf/p_study_hbs_416.pdf* (zuletzt abgerufen am 12.4.2025).

Rothgang, Heinz/Müller, Rolf, BARMER Pflegereport 2023, Pflegebedürftige im Krankenhaus, in: Barmer (Hrsg.), Schriftenreihe zur Gesundheitsanalyse, Bd. 44, 1. Aufl., Wuppertal 2023.

Schaeffer, Doris/Hurrelmann, Klaus/Bauer, Ulrich/Kolpatzik, Kai (Hrsg.), Nationaler Aktionsplan Gesundheitskompetenz, Die Gesundheitskompetenz in Deutschland stärken, Berlin 2018.

Schmidt, Christian/Bauer, Jens/Schmidt, Kristina/Bauer, Martin (Hrsg.), Betriebliches Gesundheitsmanagement im Krankenhaus, Strukturen, Prozesse und das Arbeiten im Team gesundheitsfördernd gestalten, 1. Aufl., Berlin 2015.

Starystach, Sebastian/Bär, Stefan/Ernst, Carolin/Streib, Christina, Organisationale Hindernisse auf dem Weg zur Profession, Arbeit 3/2018, 191–212.

Stephan, Johannes/Fischbock, Nadine/Guenther, Frederike/De Gani, Saskia/Dierks, Marie Luise, Gesundheitskompetenz – eine Schlüsselposition für die Pflege?!, Pflegewissenschaft 3/2023, 121–124.

Stöcker, Margarete, Der Anti-Stress-Ratgeber für Pflege- und Betreuungskräfte, So bewältigen Sie berufliche Belastungen, Die besten Strategien für mehr Gelassenheit im Job, Hannover 2022.

Tewes, Renate/Stockinger, Alfred (Hrsg.), Personalentwicklung in Pflege- und Gesundheitseinrichtungen, Erfolgreiche Konzepte und Praxisbeispiele aus dem In-und Ausland, Berlin/Heidelberg 2014.

Ulrich, Gert/Homberg, Angelika/Karstens, Sven/Goetz, Katja/Mahler, Cornelia, Die Arbeitszufriedenheit von Berufseinsteigern in den Gesundheitsberufen, Das Gesundheitswesen 2/2019, 99–105.

Von der Lühe, Verena, Was machen APN in Deutschland?, Die Schwester | Der Pfleger 1/2024, 40–43.

Wenderlein, Friederike U., Arbeitszufriedenheit und Fehlzeiten in der Krankenpflege – Untersuchung an 1021 Examinierten und Schülern, Das Gesundheitswesen 11/2023, 620–628.

Contest of terrains: Genese, Wirkungen und Spannungsfelder der tarifgerechten Entlohnung in der Altenpflege

Michaela Evans-Borchers

Inhaltsübersicht

I. Einleitung 252

II. Governance im „Contest of terrains": Genese der tarifgerechten Entlohnung 257

1. Logic of constraints: Konflikte um Wirtschaftlichkeit und Refinanzierung von Tariflöhnen 260

2. Logic of alliances: Konflikte um Tarifautonomie und staatliche Intervention 263

3. Logic of institutions: Konflikte um institutionalisierte Arbeitsbeziehungen und Entlohnungsansprüche 267

III. Blick in die Praxis: Wirkungen und Spannungsfelder der tarifgerechten Entlohnung 270

IV. Zusammenfassung und Ausblick 278

Literatur 280

I. Einleitung

In der beruflichen Pflege mangelt es an Pflegefachpersonal. Die schon länger angespannte Lage auf dem Arbeitsmarkt hat sich in den vergangenen Jahren deutlich verschärft. Laut Pflegekräftevorausberechnung liegt die erwartete Zahl an Pflegekräften im Jahr 2049 zwischen 280.000 und 690.000 unter dem erwarteten Bedarf.[1] Folge ist, dass Einrichtungen der stationären Langzeitpflege und ambulante Pflegedienste Schwierigkeiten haben, offene Stellen zeitnah zu besetzen. Die Vakanzzeit offener Stellen in Berufen der Altenpflege weicht bundesländerspezifisch mit bis zu +172 Tagen deutlich von der über alle Berufe ermittelten bundesdurchschnittlichen Vakanzzeit ab.[2] In einigen

1 Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung v. 24.1.2024.

2 Bundesagentur für Arbeit, Faktencheck zum Arbeitsmarkt.

Regionen können ambulante Dienste keine neuen Patient:innen mehr aufnehmen, Wohnbereiche in der stationären Langzeitpflege oder ganze Pflegeeinrichtungen müssen mangels Personals schließen. Zudem haben Pflegeeinrichtungen und Pflegedienste durch eine personalbedingte Kapazitätseinschränkung Erlöseinbußen und geraten auch wirtschaftlich unter Druck. Aufgrund von Angebotseinschränkungen, insolvenzbedingten Betriebsübernahmen oder Schließungen[3] droht sich die Versorgungsqualität pflegebedürftiger Menschen und ihrer An- und Zugehörigen vor Ort zu verschlechtern.

Um politische Antworten auf den lange absehbaren Pflegefachpersonalmangel zu finden, haben das Bundesministerium für Gesundheit (BMG), das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) und das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) im Juli 2018 die „Konzertierte Aktion Pflege" (KAP) initiiert. Länder, Pflegeberufe- und Pflegeberufsausbildungsverbände, Verbände der Pflegeeinrichtungen und Krankenhäuser, Kirchen, Pflege- und Krankenkassen, Betroffenenverbände, Berufsgenossenschaft, die Bundesagentur für Arbeit (BA) sowie Sozialpartner waren in den fünf Arbeitsgruppen (AG) aufgerufen, konkrete Maßnahmen gegen den Pflegepersonalmangel zu vereinbaren und umzusetzen. Die KAP folgte der Logik korporatistischer Koordination und Kooperation, eines der zentralen Ziele adressierte die Verbesserung der Arbeits- und Entlohnungsbedingungen im Pflegeberuf. Dies gilt als zentraler Baustein zur Erhöhung der Attraktivität des Pflegeberufes, zur Förderung des Berufsverbleibs von Pflege- und Betreuungskräften sowie zur Sicherstellung einer qualitativ hochwertigen Pflegeversorgung.

In der AG 5 „*Entlohnungsbedingungen in der Pflege*" bestand, unter Vorsitz des BMAS und Co-Vorsitz des BMG, Einigkeit darüber, dass in der Altenpflege weitere Verbesserungen bei der Entlohnung notwendig sind.[4] Vor diesem Hintergrund befassten sich die Mitglieder[5] der AG 5 mit der Frage, wie im Pflegesektor – unter Wahrung der Tarifautonomie und des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts – die Verbesserung der Entlohnungsbedingungen für Pflegebeschäftigte realisiert werden kann. Zwei Zielsetzungen standen zunächst im Fokus: Die flächendeckende Etablierung angemessener Löhne und die Erhöhung der Tarifbindung für Beschäftigte im Pflegesektor.[6]

3 Arbeitgeberverband Pflege, Deutschlandkarte Heimsterben 2024.

4 BMG, Konzertierte Aktion Pflege, Erster Bericht zum Stand der Umsetzung der Vereinbarungen der Arbeitsgruppen 1 bis 5, 76.

5 BMG, Konzertierte Aktion Pflege, Erster Bericht zum Stand der Umsetzung der Vereinbarungen der Arbeitsgruppen 1 bis 5, 88.

6 BMG, Konzertierte Aktion Pflege, Zweiter Bericht zum Stand der Umsetzung der Vereinbarungen der Arbeitsgruppen 1 bis 5, 105.

Nach dem Scheitern des allgemeinverbindlichen „Tarifvertrags Altenpflege“ im Februar 2021 wurden mit dem „Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung“ (GVWG)[7] die Weichen für eine „tarifgerechte Entlohnung“ in der Altenpflege gestellt. Im Änderungsantrag 5 zum Entwurf der im GVWG vorgeschlagenen Tariftreueregelung wurde betont, dass die Einführung von „Tariftreueregelungen“ in der Pflege im Sinne einer „*flächendeckenden Entlohnung nach Tarif*“ ein wesentliches Element zur Verbesserung der Entlohnung in der Pflege ist.[8]

In § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI wurden Pflegeeinrichtungen und -dienste bundesweit dazu verpflichtet, ihre Pflege- und Betreuungskräfte mit Wirkung zum 1.9.2022 mindestens in Höhe von in der jeweiligen Region[9] geltenden Tarifverträgen bzw. kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen (ARR) zu entlohnen. Die Zulassung zur Versorgung wurde unmittelbar an das Entlohnungsniveau der Beschäftigten in Pflege und Betreuung geknüpft. Während § 72 Abs. 3a SGB XI die Zulassung von tarifgebundenen Pflegeeinrichtungen (sog. 3a-Pflegeeinrichtungen) zur Versorgung normiert, definiert § 72 Abs. 3b SGB XI die Zulassungsvoraussetzungen für tarifungebundene Pflegeeinrichtungen (sog. 3b-Pflegeeinrichtungen). Die Konkretisierung der Verfahrens- und Prüfgrundsätze der gesetzlichen Neuregelungen in Form von Richtlinien[10] oblag dem GKV-Spitzenverband (GKV-SV).

Unter „Tarifbindung“ fällt die Bindung des Trägers der Pflegeeinrichtung bzw. der Pflegeeinrichtung an eine kollektivvertragliche Reglung zur Normierung von Löhnen und Arbeitsbedingungen. Dies inkludiert im Sinne des Gesetzes sowohl Tarifverträge als auch kirchliche ARR[11]. Einrichtungen erfüllen durch die Bindung an eine kollektivvertragliche Regelung unmittelbar die Voraussetzungen zur Zulassung zur Versorgung. Pflegeeinrichtungen, die nicht an eine kollektivvertragliche Regelung gebunden sind, haben hingegen die Möglichkeit, entweder über den Weg der „*Tariforientierung*“ oder über die Anwendung des „*regional üblichen Entlohnungsniveaus*“ (Durchschnittsanwendung), die Zulassungsvoraussetzung zu erfüllen. Zuletzt mit dem Pflegebonusgesetz[12] wurde zudem definiert, welche konkreten *Entlohnungsbestandteile* zur tarifgerechten Entlohnung zählen (Grundlohn, regelmäßige Jahressonderzahlungen, ver-

7 Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung v. 11.7.2021, BGBl. 2021 I S. 2754.

8 WD 6 - 3000 - 046/21, 5.

9 Als Region wurde das Bundesland definiert [Anm. d. Verf.].

10 Richtlinien nach § 72 Abs. 3c SGB XI zu den Verfahrens- und Prüfgrundsätzen zur Einhaltung der Vorgaben für Versorgungsverträge nach § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI (Zulassungs-Richtlinien) und Richtlinien nach § 82c Abs. 4 SGB XI zum Verfahren nach § 82c Abs. 1 bis 3 und 5 SGB XI (Pflegevergütungs-Richtlinien).

11 Nachfolgend wird zur Vereinheitlichung der Begriff „kollektivvertragliche Regelung“ verwendet, es sei denn, die Differenzierung von „Tarifvertrag“ und „kirchliche Arbeitsrechtsregelung“ ist sachlich erforderlich.

12 Gesetz zur Zahlung eines Bonus für Pflegekräfte in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen v. 28.6.2022, BGBl. 2022 I S. 938.

mögenswirksame Leistungen des Arbeitgebers, pflegetypische Zulagen, Lohn für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft[13] sowie pflegetypische Zuschläge) und welche pflegetypischen Zuschläge darüber hinaus für die „tarifgerechte Entlohnung" bindend sind (Nacht-, Sonntags- und Feiertagszuschläge). Die Neuregelungen gelten nicht für alle Beschäftigten- und Berufsgruppen in der Langzeitpflege, sondern ausschließlich für Pflege- oder Betreuungskräfte *ohne mindestens einjährige* Berufsausbildung, Pflege- oder Betreuungskräfte *mit mindestens einjähriger Berufsausbildung* sowie für Fachkräfte in Pflege oder Betreuung *mit mindestens dreijähriger* Berufsausbildung. Zugleich müssen die Beschäftigten überwiegend, d.h. mindestens zu 50 % ihrer vertraglich vereinbarten Tätigkeit in Pflege oder Betreuung tätig sein.

Die „tarifgerechte Entlohnung" gemäß GVWG berührt die *Sphären des Sozialrechts, der Tarifautonomie und des Individualarbeitsrechts* gleichermaßen.[14] Sie stellt im deutschen Sozialrecht und insb. im Recht der gesetzlichen Pflegeversicherung eine bis dato unbekannte Neuregelung dar.[15] Denn zum einen wird die Zulassung zur pflegerischen Versorgung an das Entlohnungsniveau der Beschäftigten, die überwiegend in Pflege und Betreuung tätig sind, geknüpft. Zum anderen sind die Vergütungen zwischen Träger der Pflegeeinrichtung und Pflegekassen entsprechend zu vereinbaren, vorausgesetzt die Entlohnung der Beschäftigten ist wirtschaftlich im Sinne des Pflegeversicherungsrechts, die Einrichtungsträger zahlen entsprechende Löhne an ihre Beschäftigten und können das gegenüber den Leistungsträgern auch nachweisen *(Nachweis-Richtlinien*[16]*)*. Und schließlich müssen Pflegeeinrichtungen, die die Durchschnittsanwendung als Zulassungsvoraussetzung gewählt haben, entsprechende Lohnerhöhungen jeweils ab dem 1. Januar des Folgejahres, das nach der Veröffentlichung des regional üblichen Entlohnungsniveaus folgt, arbeitsrechtlich umsetzen (§ 72 Abs. 3b SGB XI).

Tarifgerechte Entlohnung: Institutioneller Wandel durch „Bypass-Intervention"

Die gesetzlichen Neuregelungen zur „tarifgerechten Entlohnung" markieren einen institutionellen Wandel im Verhältnis von Staat und Tarifautonomie mit Blick auf die Steuerung und Regulierung der Entlohnungsbedingungen

13 Der Bereitschaftsdienst ermöglicht, dass im Bedarfsfall die sofortige Arbeitsaufnahme möglich ist, so dass der Bereitschaftsdienst am Arbeitsplatz zu leisten ist. Die Rufbereitschaft hingegen ermöglicht Arbeitnehmer:innen grundsätzlich die Gestaltung der an sich arbeitsfreien Zeit.

14 *Evans*, WSI-Mitteilungen 3/2023, 221, 227.

15 *Bauckhage-Hoffer*, ZAT 2024, 62, 95.

16 Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 84 Abs. 7 SGB XI zum Nachweisverfahren über die bei der Pflegevergütung zu Grunde gelegte Bezahlung von Beschäftigten in Pflegeeinrichtungen (Nachweis-Richtlinien) v. 7.11.2022 zuletzt geändert durch Beschluss v. 12.7.2023.

im Pflegesektor.[17] Die Ausgangshypothese des Beitrags ist, dass die Neuregelungen – entgegen der üblichen Lesart – nicht originär als Reaktion auf den gescheiterten allgemeinverbindlichen „Tarifvertrag Altenpflege" zu interpretieren sind. Denn der Vorschlag für eine alternative gesetzliche Neuregelung wurde noch während der laufenden Verhandlungen für einen allgemeinverbindlichen „Tarifvertrag Altenpflege" auf der politischen Bühne platziert. Die Neuregelungen zur „tarifgerechten Entlohnung" sind vielmehr Ausdruck einer akteursspezifischen *„Bypass-Intervention" mit staatlicher Unterstützung,* die in einem Steuerungs- und Regulierungskontext möglich und politisch durchsetzbar wurde, der (auch historisch) in hohem Maße durch einen *contest of terrains* geprägt ist.

Ausgehend hiervon stehen folgende Fragestellungen im Mittelpunkt des Beitrags: Wie ist die Einführung der „tarifgerechten Entlohnung" in der Altenpflege in der Geschichte der Lohnaufwertung der Altenpflege zu verorten? Welche Rolle spielen die Handlungssphären des Sozialrechts, der Tarifautonomie und des Individualarbeitsrechts? Welche Handlungsarenen, Akteurskonstellationen, Konfliktfelder und Handlungslogiken waren für den institutionellen Wandel zur „tarifgerechten Entlohnung" prägend? Inwiefern haben Spannungsfelder und Konflikte innerhalb und zwischen den Handlungsarenen ihren Niederschlag in der Normsetzung für die „tarifgerechte Entlohnung" gefunden? Und schließlich: Welche diesbezüglichen Auswirkungen der gesetzlichen Neuregelungen werden im Pflegesektor erkennbar?

Nachfolgend wird zunächst der institutionelle Wandel zur tarifgerechten Entlohnung aus akteurszentrierter Perspektive als Ergebnis eines „*contest of terrains*" beschrieben, welcher einerseits die Rahmenbedingungen der handelnden Akteure definiert als auch andererseits eben durch ihre Handlungen einen Wandel erfährt *(Kapitel II.)*. Deutlich wird, wie zentrale Akteure des Feldes „Altenpflege" – v.a. Pflegekassen und deren Spitzenverbände, Trägerverbände, Arbeitgeber- und Dienstgeberverbände, Gewerkschaften und Staat – in wechselnden Interessenkoalitionen Einfluss auf Normsetzungen der Entlohnungsbedingungen in der Altenpflege genommen haben. Darauf basierend stehen praktische Folgen der gesetzlichen Neuregelungen für Pflegeeinrichtungen, Beschäftigte, Pflegebedürftige und Pflegekassen im Mittelpunkt *(Kapitel III.)*. Auf Basis empirischer Befunde wird aufgezeigt, welche Wirkungseffekte und Spannungsfelder die Regelungen zur tarifgerechten Entlohnung in der Pflegepraxis entfalten und welche Schlussfolgerungen hieraus zu ziehen sind. Abschließend widmet sich der Beitrag weitergehenden Gestaltungsherausforderungen und Forschungsfragen *(Kapitel IV.)*.

17 *Evans*, WSI-Mitteilungen 3/2023, 221 ff.

II. Governance im „Contest of terrains": Genese der tarifgerechten Entlohnung

Die Altenpflege ist durch sozialrechtliche Regulierungen des Pflegeversicherungssystems einerseits sowie durch unterschiedliche „*Welten von Arbeitsbeziehungen*"[18] mit ihren jeweiligen tarif- und individualarbeitsrechtlichen Institutionen, Handlungsorientierungen und Handlungsstrategien der Akteure industrieller Beziehungen andererseits geprägt.[19] Institutionell konkretisiert sich dies in einem Nebeneinander tarifvertraglicher Regelungen *(Zweiter Weg)*, kirchlicher ARR *(Dritter Weg)* und der arbeitgeberseitigen Normierung von Entlohnungs- und Arbeitsbedingungen *(Erster Weg)*. Das organisationale Feld „Altenpflege" ist seit Einführung der sozialen Pflegeversicherung (SPV, 1995) insbesondere durch einen Bedeutungsgewinn privater Anbieter in der Pflege geprägt. Der bundesweite Anteil privater Träger von Alten- und Pflegeheimen lag im Jahr 1999 bei 34,9 %,[20] bei den ambulanten Pflegediensten lag dieser mit 50,9 % noch höher.[21] Öffentliche Träger realisierten – entsprechend dem Vorrang freigemeinnütziger und privater Träger nach dem SGB XI – einen Trägeranteil von lediglich 8,5 % bzw. 2,0 %. Nach Einführung der Pflegeversicherung zeichneten sich zudem bereits unterschiedliche länderspezifische Entwicklungspfade hinsichtlich der Trägeranteile privater Anbieter im Pflegesektor ab.[22] Bis zum Jahr 2021 stiegen bundesweit die Trägeranteile privater Anbieter in der stationären Langzeitpflege (2021: 42,7 %) und insbesondere in der ambulanten Pflege (2021: 67,8 %) weiter deutlich.[23]

Konstitutiv für das organisationale und institutionelle Feld der Altenpflege ist zudem der Zusammenhang zwischen Trägerschaft und Tarifbindung. Denn insbesondere Pflegeeinrichtungen und -dienste in privater Trägerschaft waren deutlich seltener an einen Tarifvertrag gebunden.[24] Folge der steigenden Marktanteile privater Träger war nicht nur der Wandel von Trägerstrukturen, sondern auch ein politisch gewollter Preis- und Lohnwettbewerb der Anbieter

18 *Schroeder*, WSI-Mitteilungen 3/2017, 189.

19 *Evans/Galchenko/Hilbert,* Sozialer Fortschritt 8–9/2013, 209 ff.; *Evans*, WISO-Diskurs 23/2016.

20 Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 1999, Pflege im Rahmen der Pflegeversicherung, 4. Bericht: Ländervergleich – Pflegeheime, 3.

21 Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 1999, Pflege im Rahmen der Pflegeversicherung, 3. Bericht: Ländervergleich – ambulante Pflegedienste, 3.

22 Bei den ambulanten Diensten konnten private Träger insbesondere in Hamburg, Berlin, Bremen, Sachsen und Sachsen-Anhalt hohe Trägeranteile realisieren, bei den Pflegeheimen in Niedersachsen und Schleswig-Holstein.

23 Statistisches Bundesamt, 2022, Pflegestatistik 2021.

24 TNS Infratest, Studie zur Wirksamkeit des Pflege-Neuausrichtungs-Gesetzes (PNG) und des ersten Pflegestärkungsgesetzes (PSG I) in: Evans/Ludwig, Zwischen Aufwertung, Abwertung und Polarisierung: Chancen der Tarif- und Lohnpolitik für eine arbeitspolitische „High-Road-Strategie" in der Altenpflege, Working Paper Forschungsförderung Nr. 128, 14.

untereinander. Diese Entwicklung ging einher mit der Erosion von Flächentarifverträgen, der Bedeutungszunahme der Steuerung und Regulierung von Arbeitsbedingungen und Löhnen im Ersten Weg und der Fragmentierung arbeitspolitischer Verhandlungsarenen. Zugleich waren die zentralen Akteure industrieller Beziehungen im Pflegesektor (hier: v.a. weltliche und kirchliche Arbeit- und Dienstgeberverbände, Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft [ver. di]) aufgrund wechselseitiger Interessenblockade im System der Arbeitgeber-Arbeitnehmerbeziehungen des Pflegesektors selbst nicht in der Lage, diese Entwicklungstendenzen einzuhegen.[25] Die prinzipielle Notwendigkeit zur institutionellen Stärkung der industriellen Beziehungen und Arbeitsmarktinstitutionen zur Aufwertung systemrelevanter Berufe, zu denen auch die Pflegeberufe zählen, thematisierte jüngst auch die International Labour Organization (ILO) in ihrem Flagship Report „*The value of essential work*".[26]

Tabelle 1: „Contest of terrains": Handlungssphären und Dimensionen

Dimensionen	**Handlungssphären**		
	Sozialrecht	**Tarifautonomie**	**Individual-arbeitsrecht**
Regelungs-gegenstand	Soziale Absicherung des Risikos Pflegebedürftigkeit	Koalitionsfreiheit nach Art. 9 GG	Regelung unselbständiger und abhängiger Arbeitsverhältnisse
Handlungsarenen und Konfliktfeld	Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen Refinanzierung tariflicher Entlohnung	Recht der Koalitionen, Vereinbarungen mit normativer Wirkung frei von staatlichen Einflüssen abzuschließen Staatliche Intervention hinsichtlich arbeitsbezogener Mindeststandards	Erster, Zweiter und Dritter Weg des Arbeitsrechts Faktische Wirkung individueller Ansprüche aufgrund des Arbeitsverhältnisses
Handlungslogik	Logic of constrains	Logic of alliances	Logic of institutions
Normsetzung GVWG	Zulassungs-bedingungen	Wahloptionen	Entlohnungs-ansprüche

Quelle: Eigene Darstellung.

25 *Evans /Galchenko/Hilbert*, Sozialer Fortschritt 8–9/2013, 209 ff.

26 ILO, The value of essential work, World employment and social outlook, Flagship report, 143 f.

In diesem Kontext markieren die gesetzlichen Neuregelungen der „tarifgerechten Entlohnung" im Pflegesektor einen institutionellen Wandel der Steuerung und Regulierung der Entlohnungsbedingungen. Als Untersuchungsfall für den institutionellen Wandel „industrieller Beziehungen" generell weist die für den Pflegesektor gesetzlich vorgenommene Re-Regulierung der Entlohnungsbedingungen gleichzeitig darüber hinaus. Konstitutiv für den institutionellen Wandel ist, dass er die Handlungssphären des Sozialrechts, der Tarifautonomie und des Individualarbeitsrechts gleichermaßen adressiert und in diese eingebettet ist. Hierüber konstituiert sich ein „*contest of terrains*", der die Perspektive auf einen von Macht und Gegenmacht geprägten Entwicklungspfad lenkt. Die Konzeptualisierung des institutionellen Wandels zur „tarifgerechten Entlohnung" als Ergebnis einer Governance im „*contest of terrains*" lehnt sich begrifflich an die Konzeptualisierung von Arbeitspolitik als Feld politischer Auseinandersetzungen und Aushandlungsprozesse im Sinne eines „*terrains of contest*"[27] an.

Prägend für die „tarifgerechte Entlohnung" in der Genese sind unterschiedliche Handlungsspähren, Institutionen und Akteurskonstellationen, strukturelle Konfliktfelder und Handlungslogiken der zentralen Akteure. Diese spannen sich sowohl innerhalb als auch zwischen den Handlungssphären des Sozialrechts, der Tarifautonomie und des Individualarbeitsrechts auf („Tabelle 1: „Contest of terrains": Handlungsspähren und Dimensionen"), sind durch Kontingenz geprägt und zugleich füreinander Kontext. Die gesetzlichen Neuregelungen der „tarifgerechten Entlohnung" sind ausgehend hiervon das Ergebnis multikausaler *(sachliche Dimension)* und polykontextueller *(soziale Dimension)* Einflüsse und Gelegenheitsfenster *(zeitliche Dimension)*. Die Genese gleicht – bildlich gesprochen – einem Simultan-Schachspiel, bei welchem mehrere Spieler unterschiedlicher Spielstärke mehrere Partien zugleich spielen.

Über die Konzeptualisierung von Institutionenwandel im Feld der Steuerung und Regulierung von Entlohnungsbedingungen im Pflegesektor in einem „*contest of terrains*" eröffnet sich eine Analyseperspektive, die über unterschiedliche Welten von Arbeitsbeziehungen, deren organisationale und institutionelle Verfasstheit hinausreicht. Der Zugang öffnet den Blick für das Gelände weiterer Handlungssphären, die in ihren wechselseitigen Bezügen und Einflüssen einen Erklärungsbeitrag für Institutionenwandel leisten. Auf Basis dieser konzeptionellen Vorüberlegungen wird nachfolgend skizziert, wie die Genese der „tarifgerechten Entlohnung" in der Geschichte der Lohnaufwertung der Altenpflege zu verorten ist und welche Relevanz die Handlungssphären des Sozi-

27 *Burawoy*, Socialist Review 58/1981.

alrechts, der Tarifautonomie und des Individualarbeitsrechts in diesem Kontext haben.

1. Logic of constraints: Konflikte um Wirtschaftlichkeit und Refinanzierung von Tariflöhnen

Ziel der sozialen Pflegeversicherung nach SGB XI ist die Absicherung des Risikos „Pflegebedürftigkeit". Kosten für stationäre Pflegeleistungen werden teils von der Pflegekasse, teils von den Versicherten selbst bzw. vom örtlichen/überörtlichen Träger der Sozialhilfe aufgebracht. Die Pflegesätze werden in Pflegesatzverfahren zwischen dem Träger des zugelassenen Pflegeheims sowie den Pflegekassen, dem zuständigen Träger der Sozialhilfe sowie den Arbeitsgemeinschaften der Pflegekassen/Sozialversicherungsträger und dem Träger der Sozialhilfe vereinbart. Der Träger des Pflegeheims trifft mit den Kostenträgern (Pflegekassen) eine Pflegesatzvereinbarung (§ 85 Abs. 2 SGB XI), die „[…] *im voraus, vor Beginn der jeweiligen Wirtschaftsperiode des Pflegeheimes, für einen zukünftigen Zeitraum (Pflegesatzzeitraum)*" zu treffen ist, § 85 Abs. 3 SGB XI. Nach den Bemessungsgrundsätzen müssen Pflegesätze gemäß § 84 Abs. 2 SGB XI leistungsgerecht sein. Im ambulanten Pflegesektor erfolgt die Vergütung gemäß § 89 Abs. 1 SGB XI über Leistungskomplexe nach einheitlichen Grundsätzen, diese müssen ebenfalls leistungsgerecht sein. Die Vergütungen können, je nach Art und Umfang der Pflegeleistung, nach dem dafür erforderlichen Zeitaufwand oder unabhängig vom Zeitaufwand nach dem Leistungsinhalt des jeweiligen Pflegeeinsatzes, nach Komplexleistungen oder in Ausnahmefällen auch nach Einzelleistungen bemessen werden.

Ob und inwiefern bei der Preisfindung für Pflegeleistungen in Pflegesatzverhandlungen eine Tarifbindung der Einrichtungen zu berücksichtigen ist, war in der Vergangenheit ein Konfliktfeld und Gegenstand umfänglicher sozialrechtlicher Auseinandersetzungen.[28] Das Bundessozialgericht (BSG) stellte im Jahr 2000 fest, dass die Höhe der Vergütung in erster Linie über die Feststellung von Marktpreisen zu ermitteln sei.[29] Unter den Bedingungen des Wettbewerbs sei die leistungsgerechte Vergütung der Preis, der durch Angebot und Nachfrage bestimmt werde; es komme weder auf die Gestehungskosten des Anbieters noch auf die soziale oder finanzielle Lage des Nachfragers der Leistung an. Die Methode der Wahl, um für die angebotene Leistung die leistungsgerechte Vergütung zu ermitteln, sei deshalb ein „*externer Vergleich*" der Ein-

28 *Hänlein*, SozialRecht aktuell 2008, 100 ff.
29 BSG, Urteil v. 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R.

richtungen.[30] Für die Festlegung der Vergütung war also ausschließlich der Marktpreis relevant, ohne Berücksichtigung einer Tarifbindung der am Pflegemarkt tätigen Einrichtungen.[31]

Für tarifungebundene Träger war diese Rechtsprechung von Vorteil, weil über den „externen Vergleich" mit tarifgebundenen Trägern höhere Pflegesätze kalkuliert werden konnten. Zugleich hatten die Träger aufgrund der fehlenden Tarifbindung deutlich geringere Personalkosten, sie konnten Pflegeleistungen zu einem geringeren Preis als tarifgebundene Träger auf dem „Pflegemarkt" anbieten. Tarifgebundene Träger hingegen mussten befürchten, dass aufgrund der niedrigeren Personalkosten tarifungebundener Träger im unmittelbaren Marktumfeld ihre Pflegesätze von den Pflegekassen trotz tariflich bedingt höherer Personalkosten gekürzt werden.[32] Die sozialrechtlichen Vorgaben zur Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen und die Refinanzierungsbedingungen kollektivvertraglich vereinbarter Löhne standen somit miteinander in Konflikt: Denn aus Sicht der Pflegekassen ging es um die „*Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen*", aus Sicht tarif- und AVR-gebundener Träger um die Sicherstellung der Refinanzierung von Personalkosten. Tarifungebundene Träger konnten wiederum Preisvorteile auf dem Pflegemarkt bei gleichzeitiger Option auf höhere Pflegesätze erzielen, während gewerkschaftliche Akteure die sozial- und leistungsrechtliche Verankerung angemessener Löhne für geboten erachteten.

Mit dem Pflege-Weiterentwicklungsgesetz (PfWG)[33] wurde gesetzlich verankert, dass Pflegeheime ihre Pflegekräfte nach der „ortsüblichen Vergütung" entlohnen müssen. Bei der Verhandlung über die Pflegesätze einer Einrichtung konnten die Sätze anderer Pflegeeinrichtungen allerdings angemessen berücksichtigt werden. Voraussetzung war, dass diese nach Art und Größe vergleichbar sind. Dieser „externe Vergleich" erfolgte nur, wenn sich die Verhandlungspartner darauf einigten. Im Jahr 2009 – also vierzehn Jahre nach Einführung der SPV – eröffnete das BSG den Raum, dass die Bindung an eine kollektivvertragliche Regelung einen sachlichen Grund darstellen könne, um die damit einhergehenden Personalkosten der Träger in den Vergütungsverhandlungen gegenüber den Pflegekassen auch geltend zu machen.[34] Gleichwohl war das Ziel – einer flächendeckenden Anerkennung der Wirtschaftlich-

30 *Hänlein*, Externer Vergleich und ortsübliche Vergütung in der stationären Pflege, 15. Das hier zitierte Rechtsgutachten wurde vom Verband katholischer Altenhilfe in Deutschland e. V. (VKAD) beauftragt und herausgegeben.

31 *Hänlein*, SozialRecht aktuell 2008, 100 ff.

32 *Hänlein,* Externer Vergleich und ortsübliche Vergütung in der stationären Pflege, 22.

33 Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung v. 28.5.2008, BGBl. 2008 I S. 874.

34 *Hänlein,* Externer Vergleich und ortsübliche Vergütung in der stationären Pflege, 23.

keit von Personalaufwendungen aufgrund einer kollektivrechtlichen Bindung des Trägers – in der Verhandlungspraxis nicht gelöst. Dies führte zu weiteren Anpassungen im Rahmen der Pflegestärkungsgesetze I bis III (PSG, 2015 bis 2017). Deren Umsetzung adressierte unmittelbar die Anerkennung der Wirtschaftlichkeit einer Entlohnung nach Tarifvertrag oder kirchlicher ARR durch die Pflegekassen, die Pflegekassen wiederum bestanden im Gegenzug auf Maßnahmen zur Einhaltung und Überprüfung der Bezahlung der Mitarbeitenden im Pflegesektor. Hier bot sich ein Gelegenheitsfenster für eine Regelung im Rahmen des SGB XI, weil die Vergütung von Leistungen der häuslichen Krankenpflege (HKP-Leistungen) nach dem SGB V aufgrund des Primats der Beitragssatzstabilität in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) an die allgemeine Lohnsummenentwicklung gekoppelt war. Da Tarifabschlüsse z.T. oberhalb der Lohnsummenentwicklung lagen, entstand ein Finanzierungsdelta, was über die Anerkennung der Wirtschaftlichkeit von Tariflöhnen im SGB XI zugleich für HKP-Leistungen nach SGB V mitgeregelt wurde.

Die Novellierungen des PSG waren, angesichts der großen trägerspezifischen Unterschiede in der Tarifbindung, als Instrument nicht hinreichend, um die Tarifbindung signifikant zu erhöhen und eine flächendeckend tarifgerechte Entlohnung im Pflegesektor sicherzustellen.[35] Die Besonderheit der tarifgerechten Entlohnung gemäß GVWG besteht darin, dass nunmehr die Zulassung der Pflegeeinrichtungen und -dienste zur pflegerischen Versorgung an das Entlohnungsniveau im Sinne der tarifgerechten Bezahlung gebunden ist. Für tarifgebundene Pflegeeinrichtungen gilt auch nach Einführung der „tarifgerechten Entlohnung", dass die Pflegekassen die Bezahlung bis zur Höhe der aus dieser Bindung resultierenden Vorgaben in den Vergütungsverhandlungen nicht als unwirtschaftlich ablehnen dürfen. Für tarifungebundene Pflegeeinrichtungen gilt dies jedoch nicht uneingeschränkt: Sie sind zwar frei in der Wahl des anwendbaren Tarifvertrags. Aber die Höhe der Löhne darf das regional übliche Entlohnungsniveau (durchschnittliche Entlohnung der Beschäftigten in Betreuung oder Pflege in einem Bundesland, die nach Tarif bezahlt werden) grundsätzlich um nicht mehr als 10 % übersteigen. Damit verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, eine Preisobergrenze über die Regelung zur Wirtschaftlichkeit zu ziehen. Gleichzeitig wollte er aber auch einen Anstieg der Löhne um bis zu 10 % ermöglichen, um regional bestehende Unterschiede nicht dauerhaft festzuschreiben.[36] Im Vergleich der Regelungen nach PSG und GVWG ist zudem ein weiterer Unterschied von zentraler Bedeutung: Denn vor Ein-

35 *Evans/Ludwig*, Zwischen Aufwertung, Abwertung und Polarisierung: Chancen der Tarif- und Lohnpolitik für eine arbeitspolitische „High-Road-Strategie" in der Altenpflege, Working Paper Forschungsförderung Nr. 128, 14.

36 *Evans/Szepan*, G+G 4/2023.

führung des Pflegebonusgesetzes[37] mussten bei Tarifanwendern *alle Entgeltbestandteile* gemäß § 2a des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) berücksichtigt werden. Mit Einführung des Pflegebonusgesetzes gilt dies nur für die *Entgeltbestandteile des regional üblichen Entlohnungsniveaus* einschließlich der jeweiligen *Eingruppierungsgrundsätze*.

Angesichts der derzeitigen Teilkasko-Logik in der Pflegeversicherung führen höhere Löhne in der Altenpflege zu steigenden einrichtungseinheitlichen Eigenanteilen (EEE) der Pflegebedürftigen in der stationären Langzeitpflege und zu einer veränderten Preiskalkulation bei ambulanten Pflegeleistungen (Beitrag von *Greß/Jesberger* in diesem Band). Bereits im ersten Ergebnisbericht der KAP wurde darauf verwiesen, dass höhere Löhne zu einer weiteren finanziellen Belastung der Pflegebedürftigen führen werden, was eine Anhebung der Leistungsbeträge und damit eine verbesserte Finanzausstattung der SPV erforderlich machen werde.[38] Trotz der Einführung der Leistungszuschläge zur Begrenzung der Eigenanteile, wird der größere Teil der Kosten für eine bedarfsgerechte Personalausstattung bei tarifgerechter Bezahlung durch die Eigenanteilszahlungen der Pflegebedürftigen getragen.[39] Die bundesdurchschnittliche Belastung pflegebedürftiger Menschen in stationären Pflegeeinrichtungen liegt derzeit im ersten Jahr, trotz der gesetzlichen Zuschüsse zum Eigenanteil, bei monatlich rund 2.600 €.[40] In diesem Kontext weist auch der Deutsche Städtetag aktuell darauf hin, dass notwendige Maßnahmen zur Bekämpfung des Fachkräftemangels, wie eine tarifgerechte Entlohnung, auch bei den Sozialhilfeträgern infolge der Personalkostensteigerungen zu höheren Kosten führen.[41]

2. Logic of alliances: Konflikte um Tarifautonomie und staatliche Intervention

Die Handlungssphäre des Tarifrechts fokussiert auf die Regelung der Beziehungen zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden durch Tarifverträge. Ein zentrales Konfliktfeld liegt in der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Staat in die Steuerung und Regulierung von Löhnen und Arbeitsbedingungen eingreifen sollte oder darf. Im Jahr 2009 wurde mit staatlicher

37 Gesetz zur Zahlung eines Bonus für Pflegekräfte in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen (Pflegebonusgesetz) v. 28.6.2022, BGBl. 2022 I S. 938.

38 BMG, Konzertierte Aktion Pflege, Erster Bericht zum Stand der Umsetzung der Vereinbarungen der Arbeitsgruppen 1 bis 5, 76.

39 *Rothgang u.a.*, Auswirkungen der Regelungen des GVWG auf die stationären Pflegekosten und ihre Aufteilung, 26.

40 Vdek, Pressemitteilung v. 10.7.2024, Stationäre Pflege, Finanzielle Eigenbeteiligung von Pflegebedürftigen in Pflegeheimen steigt weiter – Bund und Länder in der Verantwortung.

41 Deutscher Städtetag, Zukunftsfeste Versorgung älterer und pflegebedürftiger Menschen in den Städten, Positionspapier des Deutschen Städtetages, 6.

Unterstützung die erste Pflegekommission etabliert mit dem Ziel, dem BMAS gesetzliche Mindestlöhne für den Pflegesektor zu empfehlen. Das Kommissionsverfahren zur Festsetzung eines Pflegemindestlohns wurde nötig, weil es in der Pflegebranche zu diesem Zeitpunkt keinen bundesweiten Tarifvertrag gab, der Voraussetzung für die Festlegung einer gesetzlichen Lohnuntergrenze über eine Allgemeinverbindlicherklärung ist. Für die Pflegekommission[42] wurde eine Sonderregelung für die Pflegebranche geschaffen, um dem Dritten Weg des kirchlichen Arbeitsrechts entgegenzukommen. Die Etablierung der Pflegekommission war nicht zuletzt der Tatsache geschuldet, dass es aufgrund der enormen Marktzuwächse von Einrichtungen in privater Trägerschaft, und angesichts des politischen gewollten Markt- und Preiswettbewerbs, unter der Bedingung des externen Vergleichs zu einer Zunahme des Geringverdieneranteils in der Altenpflege kam.

Die Eingriffsintensität des Pflegemindestlohns[43] war nach seiner Einführung entsprechend hoch, jedoch regional sehr unterschiedlich ausgeprägt. Insbesondere ostdeutsche Pflegeeinrichtungen – wo private Arbeitgeber:innen eine starke Marktposition hatten – waren vom Mindestlohn betroffen, während in den meisten westdeutschen Einrichtungen die Löhne bereits vor Einführung deutlich höher lagen.[44] Bei den stationären Einrichtungen waren 17,6 % der ostdeutschen und 10,5 % der westdeutschen Beschäftigten von der Mindestlohneinführung insofern betroffen, als Löhne angehoben werden mussten. Im ambulanten Bereich lag dieser Anteil in Ostdeutschland mit 28,5 % zudem weitaus höher als in Westdeutschland (8,9 %).[45]

Die Debatte um einen Pflegemindestlohn war in eine allgemeine politische Debatte über die Einführung gesetzlicher Mindestlöhne eingebettet, insofern bot sich für die tarif- und ARR-gebundenen Arbeitgeber:innen sowie für die Gewerkschaft ver.di ein Gelegenheitsfenster für den Pflegesektor. Schon damals war die Frage, ob und in welcher Form der Staat in die Lohnfestsetzung der Altenpflege eingreifen soll, über die politischen Lager hinweg umstritten. Die Empfehlungen der ersten Pflegekommission sollten auf Grundlage der „Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche" (Pflegearbeitsbedingungenverordnung – PflegeArbbV) für allgemeinverbind-

42 In der ersten Pflegekommission waren beteiligt: Zwei Vertreter:innen von ver.di, VKA – Verband der kommunalen Arbeitgeber, AGV – Arbeitgeberverband Pflege sowie je zwei Vertreter der Dienstnehmer- und Dienstgeberseite von Caritas und Diakonischem Werk der EKD. Dies entsprach den vier Bänken (1) Nichtkirchlicher Pflegedienste, (2) Kirchlicher Pflegedienste, (3) Arbeitnehmer/Dienstnehmer und (4) Arbeitgeber/Dienstgeber.

43 Der Pflegemindestlohn betrug 2010 8,50 €/Stunde (West) und 7,50 €/Stunde (Ost).

44 *Harsch/Verbeek*, Journal for Labour Market Research 3/2012, 355 ff.

45 *Boockmann u.a.*, Evaluation bestehender Mindestlohnregelungen, Abschlussbericht für das BMAS, 98 ff.

lich erklärt werden. Durch einen Mindestlohn in der Pflegebranche sollten Arbeitgeber:innen ein fairer Wettbewerb ermöglicht und Arbeitnehmer:innen vor Lohndumping geschützt werden. Eine zentrale Konfliktlinie waren Differenzen zwischen dem CDU-geführten Arbeitsministerium und dem FDP-geführten Wirtschaftsministerium. So wollte die damalige Arbeitsministerin Ursula von der Leyen (CDU) einen Mindestverdienst für die Beschäftigten in Altenheimen und ambulanten Pflegediensten per Rechtsverordnung ab 1.7.2010 einführen. Dagegen legte das FDP-geführte Wirtschaftsministerium unter Rainer Brüderle jedoch einen Leitungsvorbehalt ein, zudem sollte die Einführung des Pflegemindestlohns zunächst nur befristet bis zum 31.12.2011 erfolgen.

Durch die Einführung des Pflegemindestlohns konnte der Anteil von Geringverdienern in der Pflegebranche gesenkt werden, die schrittweisen Erhöhungen des Pflegemindestlohn zogen zudem kollektivvertraglich geregelte Lohnsteigerungen im Pflegesektor nach sich. Der Pflegemindestlohn entwickelte sich insbesondere seit 2017 zu einem zentralen Treiber der Lohnentwicklung in der Pflege insgesamt.[46] Die nominale Lohnentwicklung von Fachkräften in der Altenpflege ist – gemessen an den durchschnittlichen Bruttomonatsentgelten – zwischen 2012 und 2022 um insgesamt +52 %, und damit im Vergleich zur Lohnentwicklung der Beschäftigten in Deutschland insgesamt (+27 %), überdurchschnittlich gestiegen. Gleichwohl bewegt sich das Lohnniveau von Fachkräften in der Altenpflege (3.611 €) nach wie vor sowohl unterhalb des durchschnittlichen Lohniveaus aller Berufe (3.646 €) als auch des Lohnniveaus in der Gesundheits- und Krankenpflege (3.944 €). Helfer:innen in der Altenpflege konnten in den letzten Jahren zwar ebenfalls deutliche Lohnzuwächse verzeichnen (+57 %), das durchschnittliche Lohnniveau (2.635 €) liegt jedoch nur geringfügig über dem durchschnittlichen Lohnniveau aller Helferberufe (2.570 €).[47]

Das Konfliktfeld, ob und inwieweit der Staat in pflegemarktspezifische Lohnfindungsprozesse eingreifen darf bzw. sollte, prägte auch die gesetzlichen Novellierungen zur tarifgerechten Entlohnung. Die Kritik richtete sich zum einen darauf, dass durch die Pflegelohnkommission bereits eine untere Lohngrenze gesetzt werde, zum anderen wurde auf die überdurchschnittlichen Lohnzuwächse infolge der Fachkräfteknappheit auf dem Pflegearbeitsmarkt verwie-

46 Seit 2017 ist der Mindestlohn in der Pflege erheblich gestiegen. Am 1.11.2017 lag er in den neuen Bundesländern bei 9,50 €/Stunde, in den alten Bundesländern (inkl. Berlin) bei 10,20 €/Stunde. Zum Stand Mai 2024 betrug dieser 15,50 €/Stunde (Pflegehilfskräfte), 16,50 €/Stunde (qualifizierte Pflegehilfskräfte) und 19,50 €/Stunde (Pflegefachkräfte). Zum 1.7.2025 ist die nächste stufenweise Erhöhung (16,10 €; 17,35 €; 20,50 €) des Pflegemindestlohns vorgesehen.

47 *Carstensen/Seibert/Wiethöler*, Aktuelle Daten und Indikatoren, Entgelte von Pflegekräften 2022, 3 ff. Aufgrund des Datenzeitraums inkludiert dies auch bereits mögliche Lohneffekte durch die tarifgerechte Entlohnung.

sen. Die gesetzliche Neuregelung würde – so die Kritik insbesondere aus dem Lager der Arbeitgeberverbände privater Träger – gegen die grundgesetzlich verankerte Tarifautonomie und Koalitionsfreiheit verstoßen. Um dies zu klären, wurde im Vorfeld der gesetzlichen Neuregelungen durch die wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags geprüft, ob die in § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI-Entwurf (SGB XI-E) vorgesehene Tariftreueregelung eine Verletzung der in Art. 9 Abs. 3 des Grundgesetzes (GG) garantierten Koalitionsfreiheit der tarifungebundenen Pflegeeinrichtungen/-dienste und deren unternehmerischer Freiheit in ihrer Ausprägung als Arbeitsvertragsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG darstellen könnte, was im Ergebnis verneint wurde.[48] Der bpa Arbeitgeberverband e.V. gab wiederrum ein eigenes Rechtsgutachten in Auftrag, um die Verfassungskonformität der gesetzlichen Neuregelungen zu prüfen. Das Gutachten kam zu dem Ergebnis, dass Unternehmen nach Grundgesetzartikel 12 zur Berufsfreiheit das Recht haben, Arbeitsbedingungen frei auszuhandeln. Dieses werde durch die Verpflichtung, Tariflöhne zu zahlen, verletzt. Eine weitere Argumentation war, dass Pflegeanbieter faktisch darauf angewiesen sind, Versorgungsverträge mit den Pflegekassen abzuschließen und ihre Leistungen darüber abzurechnen.[49] Mehrere Pflegeunternehmen haben folgend, gestützt durch den bpa Arbeitgeberverband e. V., den bpa e.V. – Bundesverband private Anbieter sozialer Dienste und den VDAB – Verband Deutscher Alten- und Behindertenhilfe e. V. gegen die Regelungen zur tarifgerechten Entlohnung eine Beschwerde beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG) eingelegt. Sie sahen durch die vorgenommenen Änderungen im SGB XI eine „Willkür des Staates" und Grundrechte auf Tarifautonomie, Berufsfreiheit und Gleichbehandlung verletzt.[50]

Der GKV-Spitzenverband (GKV-SV), der in seinen Richtlinien die gesetzlichen Vorgaben zur tarifgerechten Entlohnung zu konkretisieren hatte, hat schließlich als dritte Option der Zulassung zur Versorgung die Orientierung am regional üblichen Entlohnungsniveau („Durchschnittsanwender") ermöglicht: Einrichtungen müssen dann mindestens in Höhe der Durchschnittswerte für die drei Qualifikationsgruppen (Hilfs-, Assistenz- und Fachpersonal) sowie der Durchschnittswerte der variablen Zuschläge entlohnen. Damit war der Intention des Gesetzgebers Rechnung getragen, mindestens in Höhe eines in der Region anwendbaren Tarifvertrags zu entlohnen, da es immer mindestens einen Tarifvertrag gibt, der unter dem regionalen Durchschnitt liegt. Mit dem Pflegebonusgesetz (Juni 2022) wurde, nicht zuletzt angesichts des Drucks aufgrund der anhängigen Verfassungsklage, nicht nur diese dritte Option gesetz-

48 WD 6 - 3000 - 046/21.

49 *Hartmann*, RdA 2023, 90 ff.

50 Vgl. bpa Arbeitgeberverband e.V., Pressemitteilung v. 13.9.2021, Verfassungsbeschwerde gegen die gesetzlichen Regelungen zum Tarifzwang in der Pflege in Karlsruhe eingereicht.

lich nachgebessert, sondern gleichzeitig wurden über die Definition der Entgeltbestandteile des regional üblichen Entlohnungsniveaus auch die Preise von Tarifverträgen für die „Tariforientierer" definiert.[51]

Entscheidend für die Normsetzung zur „tarifgerechten Entlohnung" ist, dass das „regional übliche Entlohnungsniveau" ursprünglich *nur* als Verfahrens- und Vergleichsstandard für die Wirtschaftlichkeitsprüfung sowie für die Veröffentlichung der Übersicht, welche Tarifverträge das regional übliche Entlohnungsniveau um nicht mehr als 10 % überschreiten, konzipiert war. Es war hingegen *nicht* als Zulassungsoption für tarifungebundene Einrichtungen vorgesehen. Die nunmehr geltenden Regelungen ermöglichen es jedoch, dass neben den ursprünglichen Optionen der „Tarifbindung" und „Tarifanwendung" tarifungebundene Pflegeeinrichtungen über die „Durchschnittsanwendung" eine weitere Option zur Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen haben.

3. Logic of institutions: Konflikte um institutionalisierte Arbeitsbeziehungen und Entlohnungsansprüche

Im Gegensatz zu klassischen Tarifverhandlungen und Tarifverträgen (Zweiter Weg) werden bei kirchlich-konfessionellen Trägern die Arbeits- und Entlohnungsbedingungen der Beschäftigten auf Basis des kirchlichen Arbeitsrechts über paritätisch besetze Kommissionen in Form von ARR (Dritter Weg) normiert. Zugleich existiert der Erste Weg, in welchem die Festlegung von Löhnen und Arbeitsbedingungen ausschließlich durch den Arbeitgeber erfolgt (Erster Weg). Ausgehend hiervon entfalteten sich im Vorfeld der Neuregelungen zur „tarifgerechten Entlohnung" Konfliktlagen zwischen den unterschiedlichen Arenen institutionalisierter Arbeitsbeziehungen. Auf Seiten der Gewerkschaften – insbesondere der Vorgängerorganisation von ver.di, der Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr (ÖTV) – spielte die Altenpflege als strategisches gewerkschaftliches Handlungsfeld lange Zeit nur eine untergeordnete Rolle. Dies war nicht zuletzt der Tatsache geschuldet, dass die Altenpflege ursprünglich eine Domäne kirchlich-konfessioneller Träger war, die Beschäftigten einem Streikverbot unterlagen und zudem gewerkschaftlich schwer zu organisieren waren.[52] Nach wie vor ist die Altenpflege zudem durch einen geringen Organisationsgrad der Beschäftigten in Gewerkschaften (ca. 12,3 %) und Berufsverbänden geprägt.[53] Die Normsetzung der Arbeits- und Entlohnungsbedingungen in Einrichtungen kirchlich-konfessioneller Trägerschaft geriet entsprechend schon früh in die Kritik, weil weder

51 *Evans/Szepan*, G+G 4/2023.

52 *Wiede*, Die ÖTV und die Altenpflege seit den 1970 Jahren, Stagnation einer Wachstumsbranche, Study der Hans Böckler Stiftung Nr. 476.

53 *Schroeder*, WSI-Mitteilungen 3/2017, 189, 192.

weltliches Arbeitsrecht, Streikrecht noch das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) Anwendung fanden[54] und finden. Ausgehend hiervon sind Konflikte um die Gleichwertigkeit kollektivvertraglicher Regelungen nach Tarifvertrag und kirchlichen ARR mit Blick auf individualrechtlich einklagbare Entlohnungsansprüche historisch für das Feld prägend.[55]

Der ursprünglich in der KAP avisierte Weg zur Lohnaufwertung in der Altenpflege verfolgte das Ziel, den zwischen der im Jahr 2019 gegründeten Bundesvereinigung der Arbeitgeber in der Pflegebranche (BVAP)[56] und ver.di ausgehandelten „Tarifvertrag Altenpflege" durch das BMAS für allgemeinverbindlich zu erklären. Damit wurden mehrere Zielsetzungen verfolgt: Zum einen sollte in Erweiterung des Pflegemindestlohns eine flächendeckende Lohnuntergrenze auf Tarifniveau gesetzt werden und damit der Lohnwettbewerb nach unten zulasten der Beschäftigten eingehegt werden. Zum anderen zielte der allgemeinverbindliche Tarifvertrag darauf, der Erosion im Tarifvertragssystem und der Tariffragmentierung im Pflegesektor zu begegnen. Und schließlich hatte die Gewerkschaft ver.di ein Interesse daran, über einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag jenseits der Kommissionslösung arbeits- und beschäftigungspolitische Standards für den Pflegesektor durchzusetzen, was ansonsten nur über einen ressourcenaufwendigen „Häuserkampf" möglich wäre.[57]

Mit dem „Gesetz für bessere Löhne in der Pflege" (Pflegelöhneverbesserungsgesetz)[58] wurden die Weichen zur Festsetzung verbindlicher Lohnuntergrenzen über das AEntG über die Erstreckung eines Tarifvertrags auf die Pflegebranche gestellt. Um die Beteiligung der Kirchen am Verfahren, die immer noch über eine hohe Marktmacht im Pflegesektor verfügten, sicherzustellen, waren gesetzliche Neuregelungen notwendig. Den Kirchen wurde mit Änderung des § 7a Abs. 1 AEntG mittels des neuen Absatzes 1a ein Anhörungsrecht zu dem voraussichtlichen Inhalt des Tarifvertrages eingeräumt. Zudem wurde die Zustimmungspflicht von mindestens zwei Kommissionen aus dem Bereich repräsentativer Religionsgesellschaften vor der Vorlage des Tarifvertragswerks zur Allgemeinverbindlicherklärung beim BMAS (unter Leitung von Bundesminister Hubertus Heil) normiert.

54 *Bäcker*, Arbeitsbedingungen in der Altenpflege.

55 *Evans/Ludwig/Kobus*, Der lange Weg zur Aufwertung der Altenpflege, Was lässt sich aus der Geschichte lernen? Working Paper Forschungsförderung Nr. 290.

56 Gründungsmitglieder waren Pflegeeinrichtungen der Arbeiterwohlfahrt (AWO), des Arbeiter-Samariter-Bundes Deutschland e. V. und des DDN - Diakonischen Dienstgeber Niedersachsens. Unterstützt wurde der Verband vom Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband - Gesamtverband e. V. und der Volkssolidarität. Die Funktion des Vorstandssprechers oblag den Arbeitgeberverband AWO Deutschland e. V.

57 *Evans/Galchenko/Hilbert*, Sozialer Fortschritt 8–9/2013, 209 ff.

58 Gesetz für bessere Löhne in der Pflege v. 22.11.2019, BGBl. 2019 I S.1756.

Während insbesondere BVAP und ver.di, die den allgemeinverbindlichen Tarifvertrag verhandelten, eine Lösung darin sahen, den Kirchen, die außerhalb des Tarifvertragsgesetzes (TVG) und des BetrVG agierten, ein gesetzliches Anhörungs- und Vetorecht einzuräumen, wurden das (lediglich eingeräumte) Anhörungsrecht von den Kirchen kritisch als fehlende Mitwirkungsmöglichkeit interpretiert. Zugleich entzündete sich im Lager der privaten Arbeitgeberverbände[59] Kritik daran, dass mit ver.di auf der Arbeitnehmerseite und dem BVAP auf Arbeitgeberseite nur eine verschwindende Minderheit der Pflegebranche in dem zu verhandelnden Tarifvertrag repräsentiert seien. Aufgrund des eklatanten Fachkräftemangels gäbe es, so die weitere Kritik, ohnehin einen Arbeitnehmermarkt, auf dem die privaten Unternehmen bereits jetzt schon höhere Löhne und Gehälter zahlen.[60] Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e. V. (BDA),[61] in dem der BVAP nicht Mitglied war, warf dem damaligen Bundesminister *Hubertus Heil* vor, Arbeitsbedingungen in einer Branche staatlich regeln zu wollen. Unterstützung erhielt die BDA vom Arbeitgeberverband Pflege e.V. (AGVP). Weil ver.di in der Pflegebranche kaum Mitglieder habe, könne die Dienstleistungsgewerkschaft gar keinen Tarifvertrag aushandeln, so die Argumentation des AGVP. Dieser wollte, gemeinsam mit der Evangelischen Heimstiftung Württemberg, ver.di gerichtlich für tarifunfähig erklären lassen. Das in erster Instanz zuständige Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin-Brandenburg wies die Anträge jedoch ab, die gegen die LAG-Entscheidung erhobene Rechtsbeschwerde blieb schließlich vor dem Ersten Senat des BAG erfolglos.[62]

Im Februar 2021 scheiterte das Vorhaben zum allgemeinverbindlichen Tarifvertrag letztlich am Veto der Dienstgeberseite der Caritas. Die Befürworter des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags interpretierten das Veto der Caritas-Dienstgeber als Ausdruck des „Protektionismus" des Dritten Weges. Demgegenüber argumentierte die Dienstgeberseite der Caritas, dass der Tarifvertrag lediglich die Ergebnisse der Pflegekommission in der Entlohnung fortgeschrieben hätte und betriebliche Altersvorsorge, passgenaue Arbeitszeitmodelle oder Überstundenzuschläge, sprich AVR-Caritas relevante kollektivvertragliche Ansprüche der Beschäftigten aus dem Arbeitsverhältnis, nicht berücksichtigt worden wären. In einer Begründung der Dienstgeberseite der Caritas wurde zudem drauf verwiesen, dass auch Dienstgeber der Diakonie dem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag kritisch gegenüberständen. Zudem sehe die BDA wie

59 Vgl. *Arbeitgeberverband Pflege e.V.*, Pressemitteilung v. 17.9.2020, Täuschen und Melken und den Wettbewerb killen; *bpa Arbeitgeberverband e.V.*, Pressemitteilung v. 12.11.2020, *Brüderle*: „Allgemeinverbindlicher Tarifvertrag in der Pflege ist überflüssig, unwirksam und verfassungswidrig".

60 Vgl. u.a. *Sleziona*, Arbeitgeberverbände gegen „Zwangstarif".

61 Sowohl der bpa Arbeitgeberverband e.V. als auch der AGVP sind Mitglieder der BDA.

62 Das BAG hat ver.di für tariffähig erklärt, vgl. BAG 13.9.2022 – 1 ARB 24/21.

auch Teile der Wirtschaftswissenschaft die Tarifautonomie gefährdet, die Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) befürchte größere Verwerfungen in ihrer Tarifstruktur, und Arbeitsrechtler würden davor warnen, dass der Dritte Weg grundsätzlich in Frage gestellt werde. Auch wurde darauf verwiesen, dass Jens Spahn als damaliger Bundesgesundheitsminister – noch während der laufenden Verhandlungen zum „Tarifvertrag Altenpflege" – einen Alternativvorschlag in die öffentliche Diskussion eingebracht habe. Dieser Vorschlag lautete, nur noch Leistungserbringer mit Tarifbindung oder Tarif ähnlichen Vertragswerken zuzulassen.[63]

Angesichts des großen öffentlichen und politischen Drucks war, kurz vor Ende der Legislaturperiode, nach dem Scheitern des allgemeinverbindlichen Tarifvertrags Altenpflege eine zeitnahe politische Lösung im Rahmen der bestehenden Koalition aus CDU und SPD notwendig. Im Plenarprotokoll vom 11.6.2021 ist zu lesen: „*Nachdem die Erstreckung der Tarifverträge vorläufig gescheitert ist, machen wir Gesundheitspolitiker aus SPD und Union heute gemeinsam den Sack zu: Die tarifvertragliche Entlohnung der Pflegemitarbeiter ist künftig Voraussetzung dafür, dass ein Unternehmen überhaupt die Zulassung als Pflegeeinrichtung erhält*".[64] Im Ergebnis wurden die Regelungen zur tarifgerechten Entlohnung im GVWG, begleitet von den skizzierten Konfliktlagen, gesetzlich normiert. Die Umsetzung der gesetzlichen Regelungen in Form von Richtlinien oblag wiederum dem GKV-SV und damit einem Akteur, dessen Regelungsfelder klassischerweise außerhalb des kollektiven Tarifrechts und des Individualarbeitsrechts liegen. Die Genehmigung der Richtlinien erfolgte durch das BMG im Einvernehmen mit dem BMAS.

III. Blick in die Praxis: Wirkungen und Spannungsfelder der tarifgerechten Entlohnung

Vorab wurde aufgezeigt, inwiefern Spannungsfelder und Konfliktlinien innerhalb und zwischen den Handlungssphären von Sozialrecht, Tarifautonomie und Individualarbeitsrecht ihren Niederschlag in der Normsetzung für die „tarifgerechte Entlohnung" gefunden haben. Nachfolgend werden die Auswirkungen der gesetzlichen Neuregelungen auf den Pflegesektor skizziert. Grundlage sind Befunde der länderspezifischen Umsetzungsanalyse zur Erfassung der

63 Vgl. *Gundel*, Warum die Dienstgeber einen Einheitstarif ablehnen.
64 BT-Plenarprotokoll 19/234 v. 11.6.2021.

Auswirkungen der gesetzlichen Neuregelungen zur tarifgerechten Entlohnung. Die Studie wurde im Auftrag des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes NRW (MAGS NRW) im Zeitraum Frühjahr 2021 bis Herbst 2023 durchgeführt. Ziel war es, Struktureffekte und Strategien der Einrichtungen in der Umsetzung der GVWG-Regelungen zu erheben, zielgruppenspezifische Praxiserfahrungen zu erfassen und Folgeeffekte valide abzuschätzen.[65]

Zum 30.4.2022 waren alle Pflegeeinrichtungen in NRW aufgefordert zu melden, wie sie künftig ab dem 1.9.2022 die *Zulassungsvoraussetzungen* nach § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI erfüllen werden. Die zum Zeitpunkt dieser Meldung tarifungebundenen Pflegeeinrichtungen mussten zudem angeben, an welche kollektivvertragliche Regelung (Tarifvertrag oder kirchliche ARR) sie sich bei Wahl der Option „Tariforientierung" maßgebend orientieren. Darüber hinaus konnten tarifungebundene Pflegeeinrichtungen und -dienste sich auch für die Option der "Durchschnittsanwendung" entscheiden. Zum 30.4.2022 gaben insgesamt 32 % der Pflegeeinrichtungen und -dienste in NRW an, dass sie die Zulassungsvoraussetzung durch die Option „*Tarifbindung*" erfüllen, weitere 30 % meldeten zu diesem Zeitpunkt die Option „*Tariforientierung*" und 26 % die Option der „*Anwendung des regional üblichen Entlohnungsniveaus*" (Durchschnittsanwendung).[66]

Zum 30.9.2022 meldeten nach Plausibilitätsprüfung letztlich 1.555 Pflegeeinrichtungen in NRW eine Bindung an einen Tarifvertrag bzw. kirchliche ARR.[67] Dies entsprach zum Zeitpunkt der Meldung ca. 25 % aller Einrichtungen in NRW und damit einer im Vergleich zur Bundesebene um ca. 5 Prozentpunkte höheren Tarifbindungsquote.[68] Die Tarifbindungsquote von den Beschäftigten zeigte ein ähnliches Bild; so wurde für mehr als 39.334 Beschäftigte nach Vollzeitäquivalenten (VZÄ) in Einrichtungen der stationären Langzeitpflege und ambulanten Pflegediensten eine Tarifbindung ausgewiesen, was einem Anteil von rund 26 % aller Beschäftigten in Pflege und Betreuung im Geltungsbereich des SGB XI in NRW entspricht. Auf Bundesebene lag der Anteil der Beschäftigten in Pflege und Betreuung mit Tarifbindung, gemessen an VZÄ bei rund 22 %.

65 *Lenzen/Evans-Borchers*, „Tariftreue in der Altenpflege".

66 Fehlende Werte sind auf fehlende oder implausible Meldungen zurückzuführen; *Lenzen/Evans-Borchers*, „Tariftreue in der Altenpflege", 47.

67 *Lenzen/Evans-Borchers*, „Tariftreue in der Altenpflege", 27.

68 Bei kirchlichen AVR handelt es sich nicht um Tarifverträge, gleichwohl wird im Folgenden der Begriff „Tarifbindung" synonym sowohl für die Bindung an einen Tarifvertrag (Zweiter Weg) als auch für die Bindung an eine kirchliche ARR (Dritter Weg) gewählt. Der Begriff „Tarifbindung" steht insofern für die Bindung an eine kollektivvertragliche Regelung.

Erwartungsgemäß wiesen stationäre Pflegeeinrichtungen im Vergleich zu ambulanten Pflegediensten eine höhere Tarifbindungsquote auf. Rund 36 % der stationären Einrichtungen in NRW meldeten eine Tarifbindung, wohingegen die Tarifbindungsquote bei ambulanten Diensten lediglich einen Anteil von 13 % aufwies. Die überwiegende Mehrheit der tarifgebundenen stationären Einrichtungen in NRW ließen sich einer freigemeinnützigen Trägerschaft zuordnen, wohingegen nur wenige stationäre Einrichtungen in privater Trägerschaft eine Tarifbindung meldeten.[69]

Für NRW waren zum Meldezeitpunkt (30.9.2022) für tarifgebundene Pflegeeinrichtungen und -dienste insbesondere die folgenden kollektivvertraglichen Regelungen prägend: AVR-Caritas, BAT-KF, AVR DD, TV AWO NRW und TVöD VKA-BTB. Rund jede zweite Einrichtung in NRW, die nach eigener Angabe an einen Tarifvertrag oder an eine kirchliche ARR gebunden war, meldete eine Bindung an die AVR-Caritas (52,6 %). Es folgen der BAT-KF (21,6 %) und die AVR Diakonie Deutschland (11,9 %). Die höchste durchschnittliche Entlohnung unter den Top 5 gemeldeten kollektivvertraglichen Regelungen – auf Grundlage kollektivvertraglicher Ansprüche bei einer Vollzeitbeschäftigung über alle Qualifikationsgruppen – erzielte der TVöD VKA-BTB mit ca. 22,55 € pro Stunde, gefolgt von dem BAT-KF mit rund 21,73 € pro Stunde.

Effekte auf das Lohnniveau, aber nicht auf Tarifbindung

Die Befunde plausibilisierten insbesondere Lohnsteigerungen für diejenigen Beschäftigten, die vor Einführung des GVWG weder an einen Tarifvertrag noch an eine kirchliche ARR gebunden oder an einer solchen orientiert waren. Hohe Lohnsteigerungen um bis zu 30 % waren insbesondere für solche Pflegeeinrichtungen in privater Trägerschaft in NRW plausibel, die vor Einführung des GVWG die „AVR bpa Nordrhein-Westfalen" anwendeten und sich zur Erfüllung der Zulassungsvoraussetzung für die Option „Tariforientierung" oder „Anwendung des regional üblichen Entlohnungsniveaus" entschieden haben. Zur Wahrung des innerbetrieblichen Lohngefüges wurde die Notwendigkeit seitens der Pflegeeinrichtungen gesehen, die Löhne von Beschäftigten, die nicht in den Geltungsbereich der tarifgerechten Entlohnung fallen, entsprechend anzupassen. Allerdings fallen steigende Personalkosten von Pflegeeinrichtungen aufgrund des Fachkräftemangels z.T. mit sinkenden Erlösen zusammen. Erhöhte (Lohn-) Kosten bei gleichzeitig sinkenden Erlösen können in Kombination mit langwierigen Einzelverhandlungen mit den Pflegekassen und Sozialhilfeträgern in der Praxis zu Liquiditätsengpässen in Pflegeeinrichtungen führen.

69 *Lenzen/Evans-Borchers*, „Tariftreue in der Altenpflege", 28.

Zur Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen ist es möglich, dass tarifungebundene Einrichtungen auch eine kirchliche ARR anwenden können. So wählte jede zweite tarifungebundene Pflegeeinrichtung, die sich in NRW für die Option „Tariforientierung" entschieden hatte, den TVöD VKA BT-B (26,2 %) oder die AVR-Caritas (26,1 %). Weitere relevante Tarifvertragswerke waren der Manteltarifvertrag VPD, der TV AWO NRW und die AVR DD.[70] Der Fachkräftemangel in der Pflege sowie ein erhoffter Wettbewerbsvorteil (Attraktivität für die Beschäftigten) begründeten seitens der befragten Pflegeeinrichtungen die Wahl eines höherpreisigen Tarifwerks oder kirchlichen ARR.

Für NRW war zu konstatieren, dass das Ziel einer höheren Tarifbindung in der Fläche durch die gesetzlichen Neuregelungen nicht erreicht wurde. Dies liegt zum einen daran, dass der Pflegesektor NRW aufgrund seiner Trägerstrukturen im Vergleich der Bundesländer (etwa Niedersachsen) bereits vor Einführung des GVWG durch eine hohe Bindungsquote der Pflegeeinrichtungen an kollektivvertragliche Regelungen geprägt war. Zum anderen existieren mit der „Tariforientierung" und der „Anwendung des regional üblichen Entlohnungsniveaus" zusätzliche Optionen für tarifungebundene Pflegeeinrichtungen zur Erfüllung der Zulassungsvoraussetzungen. Der Vergleich der Bundesländer zeigte, dass sich tarifungebundene Pflegeeinrichtungen und -dienste in NRW zu einem deutlich höheren Anteil (53 %) zur Erfüllung der Zulassungsvoraussetzung für die Option „*Tariforientierung*" entschieden hatten. Die Verteilung der Wahloptionen zeigte deutliche Unterschiede zwischen den Bundesländern: Insbesondere in den Bundesländern Sachsen-Anhalt (86 % aller tarifungebundenen Pflegeeinrichtungen), Berlin (85 %), Mecklenburg-Vorpommern (83 %), Thüringen (80 %) und Hessen (79 %) entschieden sich tarifungebundene Pflegeeinrichtungen überwiegend für die Anwendung des regional üblichen Entlohnungsniveaus.[71]

Die Wahl der jeweiligen Zulassungsoption wird nach Hinweisen aus den geführten Interviews vor allem betriebsspezifisch begründet: Der Vorzug der „Tariforientierung" gegenüber der „Durchschnittsanwendung" wurde bspw. durch eine höhere Institutionalisierung der Entlohnung und damit erhoffte Vorteile in den Vergütungsverhandlungen gegenüber den Pflegekassen begründet. Demgegenüber wurde die Wahl der Option „Durchschnittsanwendung" bspw. mit einer höheren betrieblichen Flexibilität mit Blick auf die bisherigen Entlohnungsstrukturen und eine einfachere Handhabung (u.a. gegenüber dem Umfang von Tarifverträgen, kirchlichen ARR etc.) argumentiert.

70 *Lenzen/Evans-Borchers*, „Tariftreue in der Altenpflege", 49.
71 *Evans/Szepan*, G+G 4/2023.

Fehlende Transparenz und arbeitsvertragliche Umsetzung der Entlohnungsansprüche

Die Zulassungsoption „Durchschnittsanwendung" sieht vor, dass Einrichtungen ihre Beschäftigten einer Qualifikationsgruppe *im Durchschnitt mindestens in Höhe* der Werte des „regional üblichen Entlohnungsniveau" ihres Bundeslands entlohnen. Dabei zeigt sich, dass NRW und Baden-Württemberg (BW) mit jeweils 21,30 pro Stunde das höchste landesspezifische regional übliche Entlohnungsniveau aufweisen. Mecklenburg-Vorpommern (MV) bildet mit einem landesspezifischen regional üblichen Entlohnungsniveau von 19,58 €/Stunde hingegen das Schlusslicht im Ländervergleich. Berlin (B) weist mit 18,01 €/Stunde den höchsten Wert des regional üblichen Entlohnungsniveaus für das Hilfspersonal auf, während NRW beim Entlohnungsniveau für das Pflegeassistenzpersonal mit 20,44 €/Stunde im Ländervergleich auf dem ersten Platz liegt. Das Pflegefachpersonal in Hamburg erzielt mit 24,58 €/Stunde im Ländervergleich das höchste regional übliche Entlohnungsniveau („Tabelle 2: Regional übliches Entlohnungsniveau nach Bundesländern (Stichtag 30.9.2023)").

Am Beispiel von NRW müsste eine Pflegeeinrichtung bei Durchschnittsanwendung ihr Pflegefachpersonal also entsprechend im Durchschnitt der Beschäftigten-/Qualifikationsgruppe mindestens mit einem Stundenlohn von 24,06 € vergüten. Obgleich im Idealfall alle Fachkräfte einer Einrichtung bei gleicher Eingruppierung mindestens einen Stundenlohn von 24,06 € erhielten, können hohe Lohndifferenzen zwischen den Beschäftigten einer Einrichtung *innerhalb einer Qualifikationsgruppe bei gleicher Qualifikation/Berufserfahrung nicht ausgeschlossen* werden. Denn das regional übliche Entlohnungsniveau definiert keine echte Lohnuntergrenze.

Der Pflegemindestlohn bildet insofern weiterhin die einzige Norm für die individuelle Lohnuntergrenze. Der jeweils günstigste Tarifvertrag/die günstigste kirchliche ARR, der/die im jeweiligen Bundesland zur Anwendung kommt, setzt im Konstrukt des regional üblichen Entlohnungsniveaus wiederum die untere Lohngrenze für die durchschnittliche Entlohnung in der Beschäftigten-/Qualifikationsgruppe. Dies kann in der Praxis dazu führen, dass Beschäftigte, die eine Entlohnung aufgrund einer Bindung an eine kollektivvertragliche Regelung erhalten, in der Entlohnung sogar schlechter gestellt sind als Beschäftigte, deren Pflegeeinrichtung das regional übliche Entlohnungsniveau + 10 % anwendet. In der Untersuchung zeigte sich, dass es für Beschäftigte oftmals nicht hinreichend transparent ist, für welche der möglichen Zulassungsoptionen sich ihre Pflegeeinrichtung entschieden hat.

Tabelle 2: Regional übliches Entlohnungsniveau nach Bundesländern (Stichtag 30.9.2023)

Bundesland	regional übliches Entlohnungs-niveau im Bundesland	Beschäftigten-/Qualifikationsgruppe		
		Hilfs-personal	Pflege-assistenz-personal	Fach-personal
Baden-Württemberg	21,30	17,81	19,89	24,07
Bayern	20,80	17,48	19,37	23,94
Berlin	20,39	18,01	18,80	23,84
Brandenburg	19,94	17,19	18,12	23,22
Bremen	19,69	17,62	18,79	23,16
Hamburg	21,21	17,32	20,08	24,58
Hessen	20,39	17,46	19,14	23,44
Mecklenburg-Vorpommern	19,58	16,77	18,26	22,78
Nieder-sachsen	20,20	17,19	19,15	23,31
Nordrhein-Westfalen	21,30	17,84	20,44	24,06
Rheinland-Pfalz	21,21	17,65	20,03	24,16
Saarland	20,56	17,20	19,80	23,84
Sachsen	20,14	17,28	18,44	22,76
Sachsen-Anhalt	20,25	17,28	18,76	23,37
Schleswig-Holstein	20,88	17,62	19,14	24,07
Thüringen	19,64	16,84	17,82	22,81

Quelle: AOK-Bundesverband, Bundesweite Übersicht der regional üblichen Entlohnungsniveaus 2023 (Stand: 31.10.2023); eigene Darstellung.

Pflegeeinrichtungen und -dienste müssen bei der Option „Durchschnittsanwendung“ die Entlohnung ihrer Beschäftigten jährlich auf Basis der Meldungen der tarifgebundenen Pflegeeinrichtungen anpassen und dies mit Blick auf den Individualanspruch der Beschäftigten arbeitsvertraglich umsetzen. Eine Herausforderung in der Praxis liegt darin, dass Entlohnung und Pflegesatzverhandlungen nicht zeitgleich erfolgen, so dass Pflegeeinrichtungen zumeist die höhere Entlohnung der Beschäftigten zahlen müssen, während Pflegesatzverhandlung noch nicht abgeschlossen ist. Dies kann dazu führen, dass in Arbeitsverträgen etwa eine Entlohnung „unter Vorbehalt der Refinanzierung durch die Pflegekassen/Sozialhilfeträger“ gezahlt wird. Berücksichtigt werden muss zudem, dass die Lohnuntergrenze auch in der Option „Durchschnittsanwendung“ nicht durch die jeweils veröffentlichten Werte normiert wird, sondern weiterhin durch den Pflegemindestlohn, der unabhängig von den Regelungen der tarifgerechten Entlohnung seine Gültigkeit behält.

Höhere Kosten für Pflegebedürftige

Um sich den potenziellen Effekten der „Tariftreue“-Regelung auf die Gesamtleistungsentgelte anzunähern, bietet es sich an, die Kostenentwicklungen zwischen den Einrichtungen, die bereits vor Einführung des GVWG an einen Tarifvertrag oder eine kirchliche ARR gebunden waren, mit den nicht-tarifgebundenen Einrichtungen zu vergleichen. Dabei wurde die These zu Grunde gelegt, dass Einrichtungen in freigemeinnütziger und öffentlicher Trägerschaft ihre Beschäftigten bereits vor der „Tariftreue“-Regelung überwiegend nach einer kollektivvertraglichen Regelung entlohnten, wohingegen Einrichtungen in privater Trägerschaft sich in der Entlohnung ihrer Beschäftigten in der Tendenz eher an der einseitigen Festlegung von Löhnen und Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber orientierten (Erster Weg), und damit tendenziell höhere Personalkosteneffekte durch die gesetzlichen Vorgaben erfahren. Im Ergebnis des Vergleichs der prozentualen Steigerung des durchschnittlichen Pflegesatzes zwischen den Stichtagen 31.12.2021 und 31.12.2022 wurde sichtbar, dass insbesondere Einrichtungen in privater Trägerschaft im Vergleich eine weitaus höhere Steigerung des durchschnittlichen Pflegesatzes über alle stationären Versorgungssettings aufwiesen als Einrichtungen in freigemeinnütziger und öffentlicher Trägerschaft. Der einrichtungseinheitliche Eigenanteil (EEE), der die pflegebedingten Kosten widerspiegelt, ist in NRW im Zeitraum 2021 bis 2022 um 14 % gestiegen. Der Trägervergleich zeigte, dass diese Kostensteigerungen insbesondere Einrichtungen in privater Trägerschaft betrafen: So lagen die durchschnittlichen Kostensteigerungen bei privaten Trägern bei rund

35 %, und damit deutlich oberhalb der Kostensteigerungen von Einrichtungen in freigemeinnütziger und öffentlicher Trägerschaft.[72]

Rothgang u.a.[73] untersuchten anhand eines Mikrosimulationsmodells die Auswirkungen der Regelungen des GVWG auf die stationären Pflegekosten. Neben den Entlastungswirkungen durch die Leistungszuschläge nach § 43c SGB XI, den Kosten für Personalmehrungen und die Integration des Personals, werden die Kosten der Tariftreue ab dem 1.9.2022 berücksichtigt.[74] Im Ergebnis kamen sie zu der Einschätzung, dass trotz Einführung der Leistungszuschläge zur Begrenzung der Eigenanteile, der größere Teil der Kosten für eine bedarfsgerechte Personalausstattung bei angemessener Bezahlung durch die Eigenanteilszahlungen der Pflegebedürftigen getragen würde.[75] Nicht nur Tarifentwicklungen und die Anhebung des Pflegemindestlohns, sondern auch das Personalbemessungsverfahren in der Langzeitpflege werden voraussichtlich dazu beitragen, dass aufgrund der Personalknappheit höhere Löhne gezahlt werden, in deren Folge angesichts der jetzigen Refinanzierungslogik von Pflegeleistungen der EEE und die von den Pflegebedürftigen zu tragenden Kosten weiter steigen werden.

Mehraufwände der Pflegeeinrichtungen

Die gesetzlichen Regelungen führen zunächst für diejenigen Pflegeeinrichtungen, die an eine kollektivvertragliche Regelung gebunden sind, zu deutlichen Mehraufwänden. Denn diese müssen jährlich bis zum 31. August die maßgeblichen Informationen aus den Tarifverträgen/kirchlichen ARR an die Landesverbände der Pflegekassen zu übermitteln. Diese Informationen werden für die Erstellung der Tarifübersicht und für die Berechnung des regional üblichen Entlohnungsniveaus sowie für die Berechnung des regional üblichen Niveaus der pflegetypischen Zuschläge abgefragt und erfasst. Dies erfordert von den Pflegeeinrichtungen und -diensten eine ressourcenaufwändige Vorberechnungen der Entlohnungsdaten. Darüber hinaus führen auch die Optionen „Tariforientierung" und „Durchschnittsanwendung" im Zuge der Pflegesatzverhandlungen bei Pflegeeinrichtungen wie Pflegekassen zu einem erhöhten zeitlichen und personellen Ressourcenaufwand, insbesondere dann, wenn Einzelverhandlungen geführt oder Schiedsstellenverfahren eingeleitet werden. Seitens der Pflegekassen erfordert die Umsetzung des GVWG nicht nur zusätz-

72 *Lenzen/Evans-Borchers*, „Tariftreue in der Altenpflege", 91 ff.

73 *Rothgang u.a.*, Auswirkungen der Regelungen des GVWG auf die stationären Pflegekosten und ihre Aufteilung.

74 *Rothgang u.a.*, Auswirkungen der Regelungen des GVWG auf die stationären Pflegekosten und ihre Aufteilung, 20.

75 *Rothgang u.a.*, Auswirkungen der Regelungen des GVWG auf die stationären Pflegekosten und ihre Aufteilung, 26.

liche Tarifexpertise, sondern auch eine regelmäßige Aktualisierung vorliegender Informationen und des Wissens zur Entwicklung der Tarif- und Entlohnungslandschaft. Die Berechnung des regional üblichen Entlohnungsniveaus obliegt mittlerweile der neu eingerichteten Geschäftsstelle tarifliche Entlohnung in der Langzeitpflege (GTE) beim GKV-SV, die zudem eine Beratungsfunktion für die Landesverbände der Pflegekassen einnimmt.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die gesetzlichen Neuregelungen zur „tarifgerechten Entlohnung" sind das vorläufige Ende der langen Geschichte der Lohnaufwertung in der Altenpflege. Konstitutiv für den Entwicklungspfad waren die unterschiedlichen Handlungssphären des Sozialrechts, der Tarifautonomie und des Individualarbeitsrechts, mit ihren jeweiligen Akteurskonstellationen, (potenziellen) Konfliktlagen und Handlungslogiken. Die gesetzlichen Neuregelungen zur „tarifgerechten Entlohnung" sind das Ergebnis multikausaler und polykontextueller Einflüsse und zeitlicher Gelegenheitsfenster. Über die Konzeptualisierung des Institutionenwandels zur tarifgerechten Entlohnung basierend auf einem „*contest of terrains*" eröffnet sich eine Analyseperspektive, die den Blick für akteursspezifische Handlungslogiken, Konfliktlagen und Spannungsfelder der Genese und Normsetzung der „tarifgerechten Entlohnung" im Pflegesektor eröffnet. Als zentrale Konfliktlinien wurden die Wirtschaftlichkeit von Personalaufwendungen versus die Refinanzierung von Löhnen auf Basis kollektivrechtlicher Vereinbarungen *(Logic of constraints)*, Tarifautonomie versus staatliche Intervention *(Logic of alliances)* sowie institutionalisierte Arbeitsbeziehungen versus faktische Wirkung individueller Ansprüche auf Grundlage des Arbeitsverhältnisses *(Logic of institutions)* benannt.

Die ursprünglich avisierten Ziele der KAP lagen in der flächendeckenden Etablierung angemessener Löhne und der Erhöhung der Tarifbindung im Pflegesektor. Im Zuge des GVWG wurde diese Zielsetzung als flächendeckende Entlohnung nach Tarif reformuliert. Die gesetzlichen Neuregelungen können nicht ausschließlich als politische Reaktion auf den gescheiterten Versuch der Allgemeinverbindlicherklärung des „Tarifvertrags Altenpflege" erklärt werden. Vielmehr handelte es sich um eine „Bypass-Intervention" mit staatlicher Hilfe. Die skizzierten Spannungsfelder und Konfliktlagen zwischen Sozial-, Arbeits- und Tarifrecht haben in den gesetzlichen Neuregelungen zur tarifgerechten Entlohnung ihren Niederschlag gefunden. Dies konkretisiert sich zum einen in Form der Bindung der Zulassungsvoraussetzungen an das Entlohnungsniveau, in den Wahloptionen Tarifbindung, Tarifanwendung und Anwendung des regional üblichen Entlohnungsniveaus sowie in den hieraus re-

sultierenden Entlohnungsansprüchen der Beschäftigten in Pflege und Betreuung. Deutlich wurde, dass die gesetzlichen Regelungen zur tarifgerechten Entlohnung als politischer Kompromiss zu verstehen sind, dies zeigt sich insbesondere in der Funktionsverschiebung des regional üblichen Entlohnungsniveaus vom Vergleichsmaßstab für die Wirtschaftlichkeit der Entlohnung hin zur Zulassungsvoraussetzung.

Die empirischen Befunde legen nahe, dass die „tarifgerechte Entlohnung" dazu beiträgt, die Entlohnung von Beschäftigen insbesondere in jenen Pflegeeinrichtungen, die vorher weder tarifgebunden waren noch eine kollektivvertragliche Regelung anwendeten, zu verbessern. Es zeichnet sich jedoch ab, dass die gesetzlichen Neuregelungen bis dato keine nachhaltige Wirkung auf die Erhöhung der Tarifbindung entfalten. Die empirischen Befunde der Umsetzungsanalyse in NRW haben gezeigt, dass die skizzierten Spannungsfelder von Leistungs-, Arbeits- und Tarifrecht im Pflegesektor in Form ihrer Normierung durch das GVWG für den Pflegesektor weiterhin relevant sind. In diesem Zusammenhang wurden u.a. die länderspezifisch unterschiedlichen Ausprägungen der Wahloptionen Tarifbindung, Tarifanwendung und Durchschnittsanwendung, die ungleiche Lastenverteilung einer höheren Entlohnung zu Lasten der Pflegeversicherten, die fehlende Transparenz hinsichtlich der Lohnstrukturen und deren Fortschreibung bei Anwendung des regional üblichen Entlohnungsniveaus sowie bürokratische Mehraufwände beschrieben.

Tarifungebundene Pflegeeinrichtungen profitieren von den kollektivrechtlichen Verhandlungsergebnissen der tarif- und AVR-gebundenen Pflegeeinrichtungen und -dienste, ohne jedoch selbst potenziell konfliktträchtige Aushandlungsprozesse für Entlohnungs- und Arbeitsbedingungen führen zu müssen. Tarifergebnisse werden damit mindestens in der Dimension der Entgeltordnung zum Kollektivgut, deren Entstehungskosten und -risiken die organisierten Sozialpartner und arbeitsrechtlichen Kommissionen (und manchmal auch die Gesellschaft insgesamt) tragen, während die Dividende für tarifungebundene Pflegeinrichtungen und -dienste kollektiviert wird. Denn die Zulassung zur Versorgung ist auf Basis unterschiedlicher Zulassungsoptionen möglich, dieser Kompromiss basiert jedoch auf einer Risiko- und Entstehungskostenverlagerung von tarifgebundenen auf tarifungebundene Unternehmen und ihren Beschäftigten.

Ob und inwiefern die für NRW skizzierten Befunde auch in anderen Bundesländern Gültigkeit haben, werden Ende 2025 die Ergebnisse der bundesweiten Evaluation zeigen. Dabei ist von besonderem Interesse, wie sich länderspezifische Konstellationen hinsichtlich der Verteilung der Wahloptionen entwickeln werden und, welche Effekte dies auch auf den Pflegearbeitsmarkt hat. Darüber hinaus sind die Auswirkungen steigender Löhne auf die Inanspruch-

nahme von Pflegeleistungen in den Blick zu nehmen. Die skizzierten Befunde deuten an, dass es angesichts der Kostenentwicklung für Pflegebedürftige und Träger der „Hilfe zur Pflege" einer Reform der Pflegeversicherung drängend bedarf. Der Institutionenwandel in Form „tarifgerechter Entlohnung" ist nicht nur für den Pflegesektor, sondern für das Untersuchungsfeld industrieller Beziehungen generell von Relevanz. Denn entgegen der Behauptung von einer Innovationsrückständigkeit des Pflegesektors zeigt der Entwicklungspfad zur „tarifgerechten Entlohnung", wie in einem komplexen, konfliktträchtigen und kompetitiven Feld, das durch eine Governance im „*contest of terrains*" geprägt ist, Lohnaufwertung gelingen kann.

Literatur

AOK-Bundesverband, Bundesweite Übersicht der regional üblichen Entlohnungsniveaus, Stand 31.10.2023, abrufbar unter: *https://www.aok.de/gp/fileadmin/user_upload/Pflege/Gesetze/Datenuebersicht_Pflege_bundesweit.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Arbeitgeberverband Pflege e.V., Deutschlandkarte Heimsterben 2024, abrufbar unter: *https://arbeitgeberverband-pflege.de/deutschlandkarte-heimsterben/* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Arbeitgeberverband Pflege e.V., Pressemitteilung v. 17.9.2020, Täuschen und Melken und den Wettbewerb killen, abrufbar unter: *https://arbeitgeberverband-pflege.de/das-haben-wir-zu-sagen/taeuschen-und-melken-und-den-wettbewerb-killen/* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Bäcker, Gerhard, Arbeitsbedingungen in der Altenpflege, Düsseldorf 1988.

Bauckhage-Hoffer, Florian, Die Tariftreueregelungen für Pflegeeinrichtungen in §§ 72, 82c SGB XI – Teil 1: Die Zulassungsregelungen in § 72 SGB XI, ZAT 2024, 62–68.

BMG (Hrsg.), Konzertierte Aktion Pflege, Erster Bericht zum Stand der Umsetzung der Vereinbarungen der Arbeitsgruppen 1 bis 5, Berlin 2020, abrufbar unter: *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Pflege/Broschueren/2020-12-09_Umsetzungsbericht_KAP_barrierefrei.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

BMG (Hrsg.), Konzertierte Aktion Pflege, Zweiter Bericht zum Stand der Umsetzung der Vereinbarungen der Arbeitsgruppen 1 bis 5, Berlin 2021, abrufbar unter: *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/user_upload/KAP_Zweiter_Bericht_zum_Stand_der_Umsetzung_der_*

Vereinbarungen_der_Arbeitsgruppen_1_bis_5.pdf (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

bpa Arbeitgeberverband e.V., Pressemitteilung v. 13.9.2021, Verfassungsbeschwerde gegen die gesetzlichen Regelungen zum Tarifzwang in der Pflege in Karlsruhe eingereicht, abrufbar unter: *https://www.bpa-arbeitgeberverband.de/Presse.590.0.html?&tx_ttnews%5Btt_news%5D=539&cHash=3942bf8e9527ec7a0630d61ad25c8d24* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

bpa Arbeitgeberverband e.V., Pressemitteilung v. 12.11.2020, Brüderle: „Allgemeinverbindlicher Tarifvertrag in der Pflege ist überflüssig, unwirksam und verfassungswidrig"/bpa Arbeitgeberverband zu Forderungen auf dem Deutschen Pflegetag, abrufbar unter: *https://www.presseportal.de/pm/118969/4761269* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Boockmann, Bernhard/Harsch, Karin/Kirchmann, Andrea/Klee, Günther/Kleimann, Rolf/Klempt, Charlotte/Koch, Andreas/Krumm, Raimund/Neumann, Michael/Rattenhuber, Pia/Rosemann, Martin/Sappl, Regina/Späth, Jochen/Strotmann, Harald, Evaluation bestehender Mindestlohnregelungen, Branchen: Pflege, Abschlussbericht für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS), Tübingen 2011.

Bundesagentur für Arbeit, Faktencheck zum Arbeitsmarkt, abrufbar unter: *https://arbeitsmarktmonitor.arbeitsagentur.de/faktencheck/fachkraefte/karte/513/91838/0/* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Burawoy, Michael, Terrains of Contest, Factory and State under Capitalism and Socialism, Socialist Review 58/1981, 83–124.

Carstensen, Janette/Seibert, Holger/Wiethölter, Doris, Entgelte von Pflegekräften 2022, Nürnberg 2023, abrufbar unter: *https://doku.iab. de/arbeitsmarktdaten/Entgelte_von_Pflegekraeften_ 2022.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Deutscher Städtetag, Zukunftsfeste Versorgung älterer und pflegebedürftiger Menschen in den Städten, Positionspapier des Deutschen Städtetages, Berlin 2024, abrufbar unter: *https://www.staedtetag.de/files/dst/docs/Publikationen/Positionspapiere/2024/positionspapier-versorgung-pflegebeduerftiger-menschen-staedte-2024.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Evans, Michaela, „Tariftreue" in der Altenpflege, Neue Governance zwischen Tarifpolitik und Sozialstaat, WSI-Mitteilungen 3/2023, 221–227.

Evans, Michaela, Arbeitsbeziehungen der Care-Arbeit im Wandel, WISO-Diskurs 23/2016, abrufbar unter: *https://library.fes.de/pdf-files/wiso/12940.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Evans, Michaela/Galchenko, Viacheslav/Hilbert, Josef, Befund Sociosclerose – Sozialwirtschaft in der Interessensblockade? Sozialer Fortschritt 8–9/2013, 209–216.

Evans, Michaela/Ludwig, Christine, Zwischen Aufwertung, Abwertung und Polarisierung: Chancen der Tarif- und Lohnpolitik für eine arbeitspolitische „High-Road-Strategie" in der Altenpflege, Working Paper Forschungsförderung Nr. 128, Düsseldorf 2019.

Evans, Michaela/Ludwig, Christine/Kobus, Julia, Der lange Weg zur Aufwertung der Altenpflege, Was lässt sich aus der Geschichte lernen?, Hans-Böckler-Stiftung, Working Paper Forschungsförderung Nr. 290, Düsseldorf Mai 2023 abrufbar unter: *https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-008631* (zuletzt abgerufen am 12.4.2025).

Evans, Michaela/Szepan, Nadine-Michéle, Pflegelöhne, Über den Applaus hinaus, G+G 4/2023, abrufbar unter: *https://archiv.gg-digital.de/2023/04/ueber-den-applaus-hinaus/index.html* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Gundel, Elke, Warum die Dienstgeber einen Einheitstarif ablehnen, 17.3.2021, abrufbar unter: *https://www.caritas.de/fuerprofis/fachthemen/caritas/warum-die-dienstgeber-einen-einheitstari* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Harsch, Katrin/Verbeek, Hans, Der Mindestlohn in der Pflegebranche – Die Folgen eines Mindestlohns in einer Wachstumsbranche, Journal for Labour Market Research 3/2012, 355–378.

Hänlein, Andreas, Externer Vergleich und ortsübliche Vergütung in der stationären Pflege, Freiburg im Breisgau 2010.

Hänlein, Andreas, Preisfindung durch „externen Vergleich" – aktuelle Rechtsprechung zur Vergütung stationärer Pflegeleistungen, SozialRecht aktuell 2008, 100–103.

Hartmann, Felix, Tariftreue in der Pflegebranche – Unions- und verfassungsrechtliche Bedenken gegen §§ 72, 82c SGB XI n.F., RdA 2023, 90–103.

ILO, The value of essential work, World employment and social outlook, Flagship report, Geneva 2023, abrufbar unter: *https://www.ilo.org/publications/flagship-reports/world-employment-and-social-outlook-2023-value-essential-work* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Lenzen, Julia/Evans-Borchers, Michaela, „Tariftreue in der Altenpflege", Expertise zur Umsetzung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG) in Nordrhein-Westfalen, Gelsenkirchen 2024, abrufbar unter: *https://www.iat.eu/aktuell/veroeff/2024/Tariftreue_in_der_Altenpflege_Evans-Borchers_Lenzen.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Rothgang, Heinz/Heinze, Franziska/Kalwitzki, Thomas/Wagner, Christian, Auswirkungen der Regelungen des GVWG auf die stationären Pflegekosten und ihre Aufteilung, Expertise im Auftrag der DAK-Gesundheit, Bremen 2021, abrufbar unter: *https://www.dak.de/dak/download/studie-2476878.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Schroeder, Wolfgang, Altenpflege zwischen Staatsorientierung, Markt und Selbstorganisation, WSI-Mitteilungen 3/2017, 189–196.

Sleziona, Mark, Arbeitgeberverbände gegen „Zwangstarif", 18.9.2020, abrufbar unter: *https://www.bibliomed-pflege.de/news/arbeitgeberverbaende-gegen-zwangstarif* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 33 v. 24.1.2024: Bis 2049 werden voraussichtlich mindestens 280 000 zusätzliche Pflegekräfte benötigt, abrufbar unter: *https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2024/01/PD24_033_23_12.html* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 1999, Pflege im Rahmen der Pflegeversicherung, 4. Bericht: Ländervergleich – Pflegeheime, Wiesbaden 2022, abrufbar unter: *https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00012318/5224102999004.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Statistisches Bundesamt, Pflegestatistik 1999, Pflege im Rahmen der Pflegeversicherung, 3. Bericht: Ländervergleich – ambulante Pflegedienste, Wiesbaden 2002, abrufbar unter: *https://www.statistischebibliothek.de/mir/servlets/MCRFileNodeServlet/DEHeft_derivate_00012311/5224101999004.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

TNS Infratest Sozialforschung, Studie zur Wirksamkeit des Pflege-Neuausrichtungs-Gesetzes (PNG) und des ersten Pflegestärkungsgesetzes (PSG I), Abschlussbericht, München 2017.

TNS Infratest Sozialforschung, Abschlussbericht, Studie zur Wirkung des Pflege-Neuausrichtungs-Gesetzes (PNG) und des ersten Pflegestärkungsgesetzes (PSG I) im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit, 2017, abrufbar unter: *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Pflege/Berichte/Abschlussbericht_Evaluation_PNG_PSG_I.pdf* (zuletzt abgerufen: 19.12.2024).

Vdek, Pressemitteilung v. 10.7.2024, Stationäre Pflege, Finanzielle Eigenbeteiligung von Pflegebedürftigen in Pflegeheimen steigt weiter – Bund und Länder in der Verantwortung, abrufbar unter: *https://www.vdek.com/presse/pressemitteilungen/2024/finanzielle-eigenbeteiligung-in-pflegeheimen-steigt-weiter/_jcr_content/par/download/file.res/vdek_pm_20240710_Eigenanteile-Pflege_final.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Wiede, Wiebke, Die ÖTV und die Altenpflege seit den 1970 Jahren, Stagnation einer Wachstumsbranche, Study der Hans Böckler Stiftung Nr. 476, Düsseldorf 2022, abrufbar unter: *https://www.boeckler.de/fpdf/HBS-008495/p_study_hbs_476.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Genese und Wirkung der „Tariflohnpflicht“ in der Langzeitpflege aus gewerkschaftlicher Perspektive – Eine ernüchternde Bilanz[1]

Grit Genster/Matthias Gruß

Inhaltsübersicht

I. Kommerzialisierung der Langzeitpflege 286
II. Pflegenotstand und wachsender Bedarf an professioneller Pflege 287
III. Schlechte Arbeitsbedingungen als Triebkraft der Berufsflucht 288
IV. Maßnahmen für verbesserte Arbeitsbedingungen in der Langzeitpflege 290
1. Einführung des Pflegemindestlohnes und Refinanzierung tarifvertraglicher Entlohnung 290
2. Konzertierte Aktion Pflege und flächendeckender Tarifvertrag Altenpflege 291
3. Blockade der flächendeckenden Erstreckung des „Tarifvertrag Altenpflege“ durch die Arbeitgeber der Diakonie und Caritas 293
V. Die „Geburt“ der Tariflohnpflicht in der Altenpflege 294
1. Ursprüngliche Fassung der sogenannten Tariflohnpflicht 295
2. Weitere Aufweichung durch nachträglich eingeführte Durchschnittsniveaus 296
3. Betriebliche und arbeitsvertragliche Auswirkungen der Tariflohnpflicht 297
4. Folgen für die Tarifbindung 300
VI. Ausblick 302
Literatur 303

1 Dieser Beitrag beruht auf Beiträgen des Autors Matthias Gruß (Soziale Sicherheit 11/2023, 390–393 und WSI Mitteilungen 4/2024, 305–309) und entwickelt diese weiter.

„Pflegenotstand“ ist in den letzten Jahren immer stärker zum geflügelten Wort geworden. Die Vorstellung darüber, was sich hinter diesem Begriff verbirgt, ist jedoch nicht immer einheitlich. Oft wird darunter schlicht der Versorgungsengpass in der Pflege[2] verstanden, der insbesondere durch einen Pflegekräftemangel gekennzeichnet ist. Häufig wird dieser Mangel als Ursache für den Pflegenotstand markiert. Dabei wird verkannt, dass dieser Mangel keine „höhere Gewalt“ ist, sondern durch falsche oder unzureichende gesundheits- und pflegepolitische Entscheidungen in Kauf genommen oder gar forciert wurde. Diese liegen zum Teil schon Jahrzehnte zurück und hängen eng mit der Genese des Berufes und dem Wesen der Langzeitpflege zusammen.

In den letzten Jahren wurden eine Reihe von Gesetzesänderungen und Maßnahmen auf den Weg gebracht, die die Folgen des „Pflegenotstandes“ bekämpfen sollen. Die sogenannte Tariflohnpflicht, die seit September 2022 in der ambulanten und stationären Pflege gilt, reiht sich darin ein. Doch was haben diese Maßnahmen und im Speziellen die „Tariflohnpflicht“ bewirkt? Sind sie geeignet, dazu beizutragen, die pflegerische Versorgung jetzt und in Zukunft sicherzustellen? Wurde die Tarifbindung erhöht? Diesen Fragen möchten wir im Beitrag nachgehen.

I. Kommerzialisierung der Langzeitpflege

Ein Aspekt, der zur Entwicklung der heutigen Situation beigetragen hat, ist in der Pflege selbst verankert – in der karitativ geprägten Geschichte der ambulanten und stationären Pflege und der späten Professionalisierung des Pflegeberufes. Erst im Jahr 2003 wurde mit dem Altenpflegegesetz[3] eine bundeseinheitliche Fachausbildung geschaffen, die dann 2020 mit der generalistischen Pflegefachausbildung reformiert wurde[4]. Aus dieser Historie erklärt sich, dass sich die meisten Pflegekräfte früher nicht primär als Arbeitnehmer*innen mit eigenen und kollektiven Interessen gesehen und zur Durchsetzung dieser Interessen organisiert haben. Es besteht daher keine gewerkschaftliche Tradition, wie es in vielen männerdominierten Berufen außerhalb des Gesundheits- und Sozialwesens der Fall ist, wie zum Beispiel in der Metallindustrie. Die kleinteilige Struktur der Betriebe begünstigt dies. Bis heute gibt es nur in einem Bruchteil der Pflegeeinrichtungen einen Betriebsrat, Tarifverträge sind die Ausnah-

2 Wenn nicht anders angegeben, sprechen wir in diesem Beitrag von ambulanter und (teil-)stationärer Langzeitpflege. Diese meinen wir auch, wenn wir von „Altenpflege“ sprechen, wohlwissend, dass Leistungen des Sozialgesetzbuchs XI nicht nur für ältere Menschen erbracht werden.

3 Gesetz über die Berufe in der Altenpflege v. 25.8.2003, BGBl. 2003 I S. 1690.

4 Gesetz zur Reform der Pflegeberufe v. 17.7.2017, BGBl. 2017 I S. 2581.

me. Noch immer ist es so, dass viele Pflegekräfte ihre eigenen Interessen hinter die Bedürfnisse der pflegebedürftigen Menschen zurückstellen und auf Dauer dabei krank werden.

Auf diesen Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge traf in den 1990er Jahren mit voller Wucht die Kommerzialisierung zuvor öffentlicher Bereiche. Im neoliberalen Geiste dieser Zeit hat die damalige Regierung mit der Einführung der Pflegeversicherung zugleich den Markt der Altenpflege für kommerzielle Träger und damit für Profitinteressen geöffnet. Da die Pflegeversicherung aber nur als Teilkostenversicherung ausgestaltet wurde, sind die Kosten, die die Pflegeversicherung übernimmt, gedeckelt. Die Folge war ein schädlicher Wettbewerb der Träger um niedrige Zuzahlungen, von dem sich auch die kirchlichen und weltlichen Wohlfahrtsverbände erfassen ließen. Wer niedrige Löhne zahlt und wenig Personal einsetzt, hat geringere Kosten und einen höheren Spielraum für Gewinne. Vor diesem Umbruch galt der Bundesangestelltentarifvertrag (BAT) unmittelbar oder wurde von den weltlichen und konfessionellen Wohlfahrtsverbänden durch Tarifverträge bzw. kirchliche Arbeitsvertragsrichtlinien nahezu eins zu eins übernommen. Eine massive Erosion der Tariflandschaft setzte ein, dem die gewerkschaftlich schlecht organisierten Beschäftigten nichts entgegenzusetzen hatten. Die geringe Regulierung und das niedrige Lohnniveau, verbunden mit einer wachsenden Zahl von pflegebedürftigen Menschen im wirtschaftsstarken Deutschland, lockte zunehmend Investoren. Sie kauften in schnellem Tempo private Ketten und formten immer größere Konzerne. So gehörten 2022 etwa 30 % der Pflegeheimplätze in Deutschland Private-Equity-Gesellschaften. Für die größten Anbieter häuslicher und stationärer Pflege arbeiten inzwischen jeweils mehr als 20.000 Beschäftigte. Heute sind etwa zwei Drittel der ambulanten Pflegedienste und 43 % der stationären Pflegeeinrichtungen in kommerzieller Trägerschaft.[5]

II. Pflegenotstand und wachsender Bedarf an professioneller Pflege

Ein weiterer wesentlicher Faktor ist der demografische Wandel. Der Bedarf an professioneller Pflege in Deutschland nimmt seit Jahrzehnten kontinuierlich zu. Die Zahl der Menschen, die Pflegeleistungen nach dem SGB XI empfangen, hat sich von 2,45 Millionen Menschen im Jahr 2012 auf 4,875 Millionen

5 Destatis, Statistischer Bericht – Pflegestatistik – Pflege im Rahmen der Pflegeversicherung – 2023.

Menschen im Jahr 2022 fast verdoppelt.[6] Zwar ist ein Teil dieser Zunahme durch den veränderten Pflegebedürftigkeitsbegriff zu erklären, der im Jahr 2017 eingeführt wurde. Dabei wurden die bisherigen Pflegestufen durch fünf Pflegegrade ersetzt und der Kreis der im Sinne des SGB XI pflegebedürftigen Menschen deutlich erweitert.[7] Der exponentielle Anstieg ergibt sich jedoch vor allem aus der demografischen Entwicklung der Bevölkerung in Deutschland. Die sinkende Zahl der Menschen im jüngeren Alter und die gleichzeitig steigende Zahl älterer Menschen verschieben das demografische Gefüge unserer Gesellschaft. Hinzu kommen sich verändernde familiäre Strukturen, die durch größere Entfernungen der An- und Zugehörigen eine Versorgung pflegebedürftiger Menschen durch diese erschweren.

Zugleich sind die fachlichen Anforderungen an Pflegekräfte durch ein sich wandelndes Berufsbild im Zuge der Professionalisierung und durch veränderte Bedarfe (z.B. steigender Anteil von Multimorbidität bei pflegebedürftigen Menschen) deutlich gestiegen. Dass die Personalausstattung in den stationären Einrichtungen dem tatsächlichen Pflegebedarf nicht gerecht wird, spiegelt sich unter anderem in den Ergebnissen aktueller wissenschaftlicher Untersuchungen wider. Diese Untersuchungen gehen der Frage nach, wieviel Pflegepersonal notwendig ist, um einen bestimmten pflegerischen Bedarf adäquat zu decken. Das Team um *Heinz Rothgang* entwickelte ein Instrument zur Personalbemessung, das einen immensen Pflegepersonalbedarf attestiert. Den Berechnungen zufolge fehlten bereits 2018 allein im stationären Sektor etwa 115.000 Pflegekräfte (Vollzeit), um die pflegebedürftigen Menschen bedarfsgerecht zu versorgen.[8]

III. Schlechte Arbeitsbedingungen als Triebkraft der Berufsflucht

Unter den derzeitigen Bedingungen sind nicht genügend Menschen bereit, in der Pflege zu arbeiten bzw. sie arbeiten in Teilzeit, um den Beruf überhaupt langfristig gesund ausüben zu können, oder verlassen die Branche gänzlich. Dies führt einerseits zu Unterversorgung, sodass es für pflegebedürftige Menschen und ihre Angehörigen zum Beispiel immer schwieriger wird, einen ambulanten Pflegedienst zu finden, der noch Kapazitäten hat. Andererseits findet

6 Destatis, Mehr Pflegebedürftige; vdek, SPV – Leistungsempfänger:innen, Statistisches Bundesamt, Gesundheitsberichtserstattung des Bundes.

7 Zweites Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 21.12.2015, BGBl. 2015 I S. 2424.

8 *Burfeindt u.a.*, BMC Nursing, 23/2024; *Rothgang*, bpa.Magazin 2/2023, 13.

seit Jahren eine zunehmende Verdichtung der pflegerischen Arbeit statt, die sich in einem erschreckenden Maße in steigenden Krankheitsquoten und der Frühverrentung von Pflegekräften niederschlägt.[9] Der durchschnittliche Krankenstand ist in kaum einer Branche so hoch wie in der Altenpflege. Die Eintritte in die Erwerbsminderungsrente sind doppelt so hoch wie in den anderen Berufen. Nur 26 % der Altenpflegekräfte können sich unter den derzeitigen Bedingungen vorstellen, bis zur Rente in ihrem Beruf zu arbeiten. Mehr als zwei Drittel arbeiten in Teilzeit; viele von ihnen reduzieren ihre Arbeitszeit aus gesundheitlichen Gründen.[10]

Die wesentlichen Maßnahmen, um einen Beruf attraktiver zu machen, sind Aufwertung und Entlastung. So zeigte die Studie „Ich pflege wieder, wenn…" im Jahr 2022, dass durch Rückkehr ausgestiegener Pflegefachkräfte ein Potenzial von zwischen 263.000 und 583.000 Vollzeitäquivalenten erschlossen werden könnte, 152.000 bis zu 335.000 Vollzeitäquivalente allein im Bereich der Altenpflege.[11] Hinzu kommt noch ein Pflegefachkraftpotenzial, dass sich aus der freiwilligen Erhöhung der Teilzeitarbeitszeit ergibt. Für die Altenpflege liegt dieses zwischen 19.000 und 35.000 Vollzeitäquivalenten. Die Rückkehr oder Aufstockung der Arbeitszeit wird von den Pflegefachkräften jedoch an Bedingungen geknüpft. Die Befragten nennen unter anderem mehr Zeit für gute Pflege durch mehr Personal, eine höhere Bezahlung, verlässliche Arbeitszeiten, mehr Wertschätzung durch Vorgesetzte sowie Tarifbindung.[12]

Die Entlohnung der Pflegepersonen spielt also für die notwendige Aufwertung, die dann wiederum zur Entlastung beitragen kann, eine wichtige Rolle. Damit fungiert die Entlohnung als eine der initialen Stellschrauben, um den Teufelskreis aus schlechten Arbeitsbedingungen, Berufsflucht und Arbeitsverdichtung zu durchbrechen. Das hat auch der Gesetzgeber spätestens ab 2010 erkannt und sukzessive Maßnahmen auf den Weg gebracht, die zu einer Erhöhung der Entlohnung beitragen sollen. Die seit September 2022 geltende sogenannte Tariflohnpflicht ist die bisher letzte in dieser Reihe. Bevor wir diese und ihre Auswirkungen beleuchten, möchten wir zunächst die vorgelagerten Schritte betrachten.

9 *Rothgang,/Müller/Preuß*, BARMER Pflegereport 2020, Belastungen der Pflegekräfte und ihre Folgen, 208.

10 Institut DGB-Index Gute Arbeit, Kompakt 02/2023, 1, 10.

11 *Auffenberg u.a.*, „Ich pflege wieder, wenn …", 45.

12 *Auffenberg u.a.*, „Ich pflege wieder, wenn …", 53.

IV. Maßnahmen für verbesserte Arbeitsbedingungen in der Langzeitpflege

1. Einführung des Pflegemindestlohnes und Refinanzierung tarifvertraglicher Entlohnung

Die Langzeitpflege ist seit Jahrzehnten durch schlechte Arbeitsbedingungen, Kommerzialisierung, geringe Tarifbindung und im Gros der Einrichtungen durch fehlende betriebliche Mitbestimmung geprägt. Dies spiegelt sich auch in der Bezahlung wider. Um auf die größten Verwerfungen in der Pflegebranche zu reagieren, wurde 2010 der Pflegemindestlohn[13] auf der Basis einer Rechtsverordnung nach § 11 Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) eingeführt[14] und seitdem immer wieder angepasst. ver.di ist als zuständige Gewerkschaft in der paritätisch besetzten Pflegekommission von Beginn an vertreten. Zunächst galt in den ostdeutschen Ländern ein Mindeststundenentgelt von gerade einmal 7,50 € pro Stunde (8,50 € in den westdeutschen Ländern). Von Anfang an zeigte sich, dass eine Steigerung der Löhne in einem Maße, das notwendig ist, um dem Pflegenotstand zu begegnen, nicht möglich ist. Trotz des bereits damals enormen Bedarfs an Pflegekräften und dem Wissen, dass dieser perspektivisch zunehmen wird, gelang in den ersten fünf Jahren bis 2015 gerade einmal eine Steigerung des Pflegemindestlohns um 90 Cent (West) bzw. einen Euro (Ost) pro Stunde. Im Jahr 2013 lag das mittlere Entgelt einer examinierten Altenpflegekraft in Ostdeutschland bei nur 1.945 € monatlich in Vollzeit und damit 28 % unter dem von Pflegefachkräften im Krankenhaus (2.738 €).[15] Die Vertreter der Arbeitgeber, insbesondere der kommerziellen Träger, blockierten mit aller Kraft jegliche spürbare Verbesserung. Es waren die gleichen Trägerverbände, die den Pflegekräftemangel seit Jahren als vermeintlich unveränderbare Tatsache beklagen.

Ein nächster Schritt wurde unternommen. Um Vorbehalte, Tarifverträge in der Langzeitpflege würden nicht refinanziert, auszuräumen, stellte der Gesetzgeber 2015 mit dem Pflegestärkungsgesetz klar,[16] dass die Bezahlung tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen oder entsprechender Vergütungen gemäß kirchlicher Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) in Pflegesatzverhandlungen von den Pflegekassen nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden darf. Dennoch

13 Pflegearbeitsbedingungenverordnung v. 15.7.2010, BAnz. 2010 Nr. 110 S. 2571.

14 Arbeitnehmer-Entsendegesetz v. 20.4.2009, BGBl. 2009 I S. 799.

15 *Bogai/Seibert/Wiethölter* in: IAB-Forum 2/2015, 108, 110.

16 Erstes Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 17.12.2014, BGBl. 2014 I S. 2222.

führte dies nicht zu einer wesentlichen Steigerung der Tarifbindung im Bereich der Altenpflege, insbesondere nicht bei kommerziellen Trägern, die seit Mitte der 1990er Jahre verstärkt in den Pflegemarkt drängen. Mit Ausnahme einiger Haustarifverträge gibt es im Bereich der kommerziellen Träger keine Tarifbindung. Vielmehr erlebt ver.di eine grundlegende Ablehnung von Tarifverträgen bis hin zu union busting, also der systematischen Bekämpfung gewerkschaftlicher Aktivitäten. Allein um Arbeitgeber überhaupt an den Verhandlungstisch zu bringen, sind oft wochenlange Arbeitskämpfe erforderlich. Die Geduld und die Empathie der Beschäftigten für die ihnen anvertrauten Menschen werden gezielt ausgenutzt.

Erst als ver.di und gemeinnützige Träger weitere politische Maßnahmen zur Aufwertung energisch vorantrieben, waren die kommerziellen Trägerverbände in der Pflegekommission bereit, für die Empfehlung zum Mindestlohn gemäß der 4. Pflegearbeitsbedingungenverordnung (4. PflegeArbbV)[17] Zugeständnisse hinsichtlich des Entgeltniveaus und der Ausweitung der Regelungsgegenstände (z.B. Mindesturlaub, nach Qualifikation gestaffelte Mindestentgelte oder die Ost-West-Angleichung) zu machen. Damit sollten weitere Maßnahmen, die unter anderem Gegenstand und Ergebnis der Konzertierten Aktion Pflege (KAP) waren, vermeintlich überflüssig werden.

2. Konzertierte Aktion Pflege und flächendeckender Tarifvertrag Altenpflege

Die KAP wurde im Juli 2018 durch das Bundesministerium für Gesundheit (BMG), das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) und das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) ins Leben gerufen. Als zentrale Ziele wurden von der Bundesregierung „mehr Auszubildende, bundeseinheitliche Personalbemessung, eine höhere (tarifliche) Entlohnung, [und] bessere Arbeits- und Ausbildungsbedingungen in der Pflege“ benannt.[18]

Vertreter*innen der Bundesministerien, Bundesländer, Berufsverbände, Verbände der Träger, Kirchen, Pflege- und Krankenkassen, Betroffenenverbände, Berufsgenossenschaften, Bundesagentur für Arbeit sowie die Sozialpartner vereinbarten in fünf Arbeitsgruppen konkrete Maßnahmen. Unter anderem waren sich in der entsprechenden Arbeitsgruppe (AG 5) der KAP die meisten Akteure – inklusive Caritas und Diakonie – einig, dass die Festlegung von Lohn-

17 Vierte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche v. 22.4.2020, BAnz. AT 28.4.2020 V2.

18 BMG, Konzertierte Aktion Pflege.

untergrenzen und weiterer Mindestarbeitsbedingungen (z.B. Mindesturlaub, Höchstarbeitszeiten) durch Erstreckung eines Tarifvertrages auf Grundlage von § 7a AEntG der geeignete Weg sei, die Entgelte in der Fläche spürbar zu erhöhen.[19]

Eine Allgemeinverbindlicherklärung (AVE), wie sie im § 5 Tarifvertragsgesetz (TVG) und der Verordnung zur Durchführung des Tarifvertragsgesetzes (TVGDV) geregelt ist, wurde nicht als praktikabler Weg erachtet, da eine Blockade im Tarifausschuss durch die Arbeitgeberorganisationen als äußerst wahrscheinlich erachtet wurde. Entsprechende Erfahrungen hatten die Sozialpartner bereits auf Landesebene sammeln müssen. Gemäß § 12 TVGDV kann das „Bundesministerium für Arbeit und Soziales […] der obersten Arbeitsbehörde eines Landes für dessen Bereich das Recht zur Allgemeinverbindlicherklärung oder zur Aufhebung der Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrages mit regional begrenztem Geltungsbereich übertragen". Im Jahr 2015 hatte der ver.di-Landesbezirk Niedersachsen-Bremen mit dem Arbeitgeberverband „Tarifgemeinschaft Pflege in Bremen" sowie mit den Wohlfahrtsverbänden in Niedersachsen jeweils gleichlautende Tarifverträge für Auszubildende in der Altenpflege abgeschlossen. In beiden Bundesländern wurden von den tarifschließenden Parteien AVE-Anträge gestellt. Ende 2015 scheiterten die Anträge durch die Ablehnung der Arbeitgeberbänke im paritätisch besetzten Tarifausschuss. Bei einer Pattsituation endet das Verfahren, da das jeweilige Land nur ermächtigt ist, bei einer Mehrheitsentscheidung eine AVE zu erlassen. Wegen der grundsätzlich ablehnenden Haltung der Unternehmerverbände, die über die Besetzung der Arbeitgebervertreter*innen in den Tarifausschüssen entscheiden, ist damit der Weg über eine AVE verbaut.

Um den Weg über das AEntG zu ebnen, wurden schließlich im Zuge des Pflegelöhneverbesserungsgesetzes[20] entsprechende gesetzliche Anpassungen am AEntG vorgenommen. Daneben wurde auch die Pflegekommission gestärkt und dauerhaft eingerichtet. Entsprechend § 7a Abs. 1 AEntG „kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates bestimmen, dass die Rechtsnormen [eines] Tarifvertrages auf alle unter seinen Geltungsbereich fallenden und nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen Anwendung finden, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten erscheint". Notwendige Voraussetzungen sind also lediglich das öffentliche Interesse, das angesichts des Pflegenotstandes außer Frage steht, sowie ein durch eine tariffähige Gewerkschaft und einen Arbeitgeberverband verhandelter Tarifvertrag

19 BMG, Konzertierte Aktion Pflege, Vereinbarungen der Arbeitsgruppen 1 bis 5, 170.
20 Gesetz für bessere Löhne in der Pflege v. 22.11.2019, BGBl. 2019 I S. 1756.

mit einem Geltungsbereich, der die Pflegebranche in der Bundesrepublik Deutschland umfasst. Blockaden durch kommerzielle Träger wären, anders als in der Pflegekommission, nicht mehr möglich.

Auf Trägerseite schlossen sich mehrere Verbände, unter anderem der Arbeiter-Samariter-Bund, die Arbeiterwohlfahrt, die Diakonischen Dienstgeber in Niedersachsen, der Paritätische Gesamtverband und die Volkssolidarität zum neuen Arbeitgeberverband „Bundesvereinigung der Arbeitgeber in der Pflegebranche“ (BVAP) zusammen. ver.di bildete eine Bundestarifkommission, die sich aus Beschäftigten verschiedener Träger und Bundesländern zusammensetzte. BVAP und ver.di haben dann in mehreren Verhandlungsrunden einen entsprechenden Tarifvertrag über Mindestarbeitsbedingungen verhandelt und die Arbeitsrechtlichen Kommissionen von Caritas und Diakonie entsprechend den gesetzlichen Vorgaben einbezogen. Das heißt konkret: Die Arbeitsrechtlichen Kommissionen (ARK) von Caritas und Diakonie mussten von den Tarifvertragsparteien zum voraussichtlichen Inhalt des Tarifvertrags angehört werden und am Ende einem Antrag auf Erstreckung zustimmen. Dies war aus Sicht des Gesetzgebers notwendig, weil so sichergestellt werden sollte, dass die Mindestbedingungen auch arbeitgeberseitig breit getragen werden. Die Beteiligung ging so weit, dass den kirchlichen Arbeitgebern de facto ein Veto-Recht eingeräumt wurde, denn ein Antrag der Sozialpartner beim BMAS auf Erstreckung bedarf entsprechend § 7a Abs. 1a AEntG der Zustimmung der Kommissionen von mindestens zwei repräsentativen Religionsgesellschaften. Die Liste der erstreckbaren Regelungsgegenstände ist durch § 7a AEntG i.V.m. § 5 AEntG abschließend geregelt. Dieser Regelungsumfang wurde durch die Sozialpartner ausgeschöpft.

3. Blockade der flächendeckenden Erstreckung des „Tarifvertrag Altenpflege“ durch die Arbeitgeber der Diakonie und Caritas

Die Anhörung der ARK Caritas fand am 15.1.2021, die der ARK Diakonie am 21.1.2021 statt. BVAP und ver.di werteten die Anhörungen aus und nahmen daraufhin noch einmal Veränderungen am Tarifvertrag vor. Dennoch stimmte die Bundeskommission der Caritas gegen die Stimmen der Arbeitnehmerseite dem Antrag von ver.di und BVAP auf Erstreckung des Tarifvertrags über Mindestarbeitsbedingungen in der Pflegebranche am 25.2.2021 unerwartet nicht zu. Damit hat die ARK Caritas ihr gesetzlich eingeräumtes Beteiligungsrecht pervertiert und in eine Blockadehaltung verwandelt. Die ARK Diakonie befasste sich im Anschluss gar nicht mehr damit. Die Arbeitgeber der Caritas und der Diakonie haben auf diese Weise verhindert, dass der Tarifvertrag bundesweit mittels Verordnung als Untergrenze durch das BMAS erstreckt werden

konnte. Auf Grundlage des Tarifvertrages wären die Mindestentgelte in der Pflegebranche bis Mitte 2023 um durchschnittlich 25 % gestiegen.

Die entscheidenden Faktoren für die Blockade waren vermutlich wirtschaftliche und ideologische Überlegungen. Einerseits sind die meisten kirchlichen Arbeitgeber gegen Tarifverträge, um ihre besonderen kirchlichen Rechte zu schützen („Dritter Weg"). Andererseits wurden offensichtlich die eigenen ökonomischen Vorteile im harten Wettbewerb um Pflegepersonal höher priorisiert als eine flächendeckend angemessene Entlohnung der Pflegekräfte. Die kirchlichen Träger agierten damit nicht anders als profitgeleitete Träger und haben dadurch erheblich an sozialpolitischer Glaubwürdigkeit verloren. Die kommerziellen Träger hatten angekündigt, beim Bundesverfassungsgericht gegen eine Erstreckung vorzugehen. Dies hatte sich mit dem Veto der ARK Caritas vorerst erübrigt. Der „Arbeitgeberverband Pflege" (AGVP), ein Verband, in dem vor allem große kommerzielle Träger vertreten sind, strebte dennoch an, ver.di die Tariffähigkeit in der Altenpflege gerichtlich absprechen zu lassen. Nachdem sich zunächst das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg mit dem Antrag befasste,[21] ist der AGVP am 13.9.2022 abschließend beim Bundesarbeitsgericht gescheitert. Das Gericht stellte fest: ver.di ist auch in der Pflegebranche tariffähig.[22]

V. Die „Geburt" der Tariflohnpflicht in der Altenpflege

Noch während ver.di und BVAP mit den Arbeitsrechtlichen Kommissionen von Caritas und Diakonie in Abstimmungsgesprächen zum Tarifvertrag Altenpflege waren, warb der damalige Bundesgesundheitsminister Jens Spahn (CDU), im völligen Gegensatz zum Arbeitsminister Hubertus Heil (SPD), für eine Alternative zur Erstreckung des Tarifvertrags Altenpflege, die im Sozialgesetzbuch verankert werden sollte. Darin liegt bereits ein Kernproblem, denn bei einer Regelung im Leistungserbringungsrecht dürfte es schwierig sein, verbindliche Ansprüche der Beschäftigten zu begründen; das SGB XI regelt im Wesentlichen Ansprüche und wechselseitige Pflichten von Trägern, Pflegekassen und Leistungsberechtigten. Zuständig für Streitigkeiten sind laut § 51 Abs. 1 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) die Sozialgerichte und nicht wie beim AEntG die Arbeitsgerichte. Damit werden diejenigen, für die Regelungen mit dem Ziel einer besseren Bezahlung und besseren Arbeitsbedingungen getrof-

21 LAG Berlin-Brandenburg 24.6.2021 – 21 BVL 5001/21, BeckRS 2021, 23630.
22 BAG 13.9.2022 – 1 ABR 24/21, NZA 2023, 117.

fen werden sollen, schon von vornherein systematisch ausgeschlossen. Daraus ergeben sich praktische Auswirkungen für die Beschäftigten und ihre Interessenvertretungen, auf die wir im Folgenden noch eingehen werden.

Mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG)[23] verabschiedete die Bundesregierung im Sommer 2021 schließlich ein Gesetz, das neben einer Reihe von weiteren kleinen Reformschritten (u.a. Personalhöchstwerte und Leistungszuschläge für den einrichtungseinheitlichen Eigenanteil der Bewohner*innen in der stationären Langzeitpflege) auch die sogenannte „Tariftreue“ oder „Tariflohnpflicht“ im SGB XI auf den Weg brachte. Den Pflegeeinrichtungen werden damit ab dem 1.9.2022 Vorschriften hinsichtlich der Bezahlung ihrer Beschäftigten in Pflege und Betreuung gemacht. Zu dem oben skizzierten Kernproblem kommt ein weiteres: Der Gesetzgeber setzt Tarifverträge und AVR im SGB XI rechtlich gleich, ungeachtet der juristischen Unverbindlichkeit der AVR. Ihnen fehlt im Gegensatz zu Tarifverträgen und Verordnungen die normative Wirkung, die einen einklagbaren Anspruch der Beschäftigten unabhängig vom Arbeitsvertrag begründet. AVR sind anders als Tarifverträge keine kollektiv wirksamen Regelungen, sondern gelten erst durch individuelle Bezugnahme im Arbeitsvertrag. Sie haben also den Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), und werden nicht zwischen den Sozialpartnern ausgehandelt. Diese Tatsache wird verschleiert, indem diese Richtlinien unter den Begriffen „Tariftreue“ oder „Tariflohn“ subsumiert und im Sinne der „Tariflohnpflicht“ gar als gleichwertig betrachtet werden. Dies ist möglich, weil die „Tariflohnpflicht“, wie bereits beschrieben, keinen unmittelbaren und verbindlichen Rechtsanspruch der Beschäftigten begründet, schließlich greift auch diese nicht in die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten in der Langzeitpflege ein.

1. Ursprüngliche Fassung der sogenannten Tariflohnpflicht

Jede (teil-)stationäre und ambulante Pflegeeinrichtung im Sinne des § 71 SGB XI benötigt einen Versorgungsvertrag nach § 72 SGB XI, um Leistungen im Sinne des SGB XI zu erbringen und diese mit den Pflege- und Krankenkassen abrechnen zu können. Mit dem GVWG wurde dieser Versorgungsvertrag an Kriterien hinsichtlich der Bezahlung des Pflege- und Betreuungspersonals geknüpft. Nur wenn diese Kriterien erfüllt sind, kann ein Versorgungsvertrag geschlossen werden. Bestehende Verträge können bei Nichteinhaltung gekündigt werden.

23 Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung v. 11.7.2021, BGBl. 2021 I S. 2754.

Wenn eine Einrichtung entweder an einen Tarifvertrag oder an kirchliche AVR gebunden ist, wird die leistungserbringungsrechtliche Anforderung automatisch erfüllt, unabhängig von der Höhe der Vergütung.

Mit dem GVWG wurde zudem eine zweite Möglichkeit geschaffen, die Voraussetzungen für einen Versorgungsvertrag zu erfüllen, die jedoch keine direkte Tarifbindung erfordert: Einrichtungen können die Entlohnungsbedingungen eines regional geltenden Tarifvertrags oder einer entsprechenden AVR dynamisch übernehmen, um die Anforderungen der Tariflohnpflicht zu erfüllen. Wie diese tariflichen Regelungen im Betrieb umgesetzt werden sollen, sodass wie bei einer echten Tarifbindung ein rechtlicher Anspruch der Beschäftigten entsteht, bleibt offen. Dies wird von den Pflegekassen auch nicht überprüft. In der Praxis zeigt sich ein sehr gemischtes Bild. Selbst innerhalb von Konzernen und Trägern wird von Einrichtung zu Einrichtung unterschiedlich vorgegangen. In einer Einrichtung werden die Entgelte beispielsweise stillschweigend erhöht, ohne die Lohnstruktur zu ändern oder die Beschäftigten über den maßgeblichen Tarifvertrag zu informieren. In einer anderen Einrichtung erhalten die Beschäftigten Änderungskündigungen und dynamische Bezugnahmen auf den Tarifvertrag eines anderen Trägers. Es ist nicht selten, dass sich die tatsächlichen Entgeltregelungen in Struktur und Umfang deutlich von den Tarifverträgen oder AVR unterscheiden, die gegenüber den Pflegekassen als maßgeblich angegeben wurden. Dies gilt teilweise sogar für Betriebsvereinbarungen. Damit wird das Wesen der zweiten Option völlig konterkariert, da ein Bezug zum Tarifvertrag nicht mehr gegeben ist. Selbst die Bezugnahme auf kirchliche AVR durch nichtkirchliche Einrichtungen kommt vor, was vor dem Hintergrund des oben beschriebenen Charakters von AVR irritierend ist. In den meisten Einrichtungen, die die zweite Option gewählt haben, wissen die Beschäftigten und die Interessenvertretungen gar nicht, ob und wie ihre Arbeitgeber die Vorgaben der „Tariflohnpflicht" umsetzen. Insbesondere die später im Pflegebonusgesetz (PflBG)[24] zusätzlich eingeführte dritte Option macht eine Überprüfung realistisch kaum noch möglich.

2. Weitere Aufweichung durch nachträglich eingeführte Durchschnittsniveaus

Die dritte Option wurde nachträglich eingeführt, da aus verschiedenen Richtungen verfassungsrechtliche Bedenken geäußert wurden. Begründet wurden diese durch eine vermeintliche Einschränkung unternehmerischer Freiheit und des Rechtes auf freie Berufswahl. Mehrere große kommerzielle Altenpfle-

24 Gesetz zur Zahlung eines Bonus für Pflegekräfte in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen v. 28.6.2022, BGBl. 2022 I S. 938.

geunternehmen reichten mit Unterstützung des Arbeitgeberverbandes bpa eine Verfassungsbeschwerde ein. Mit der dritten Option wurden die Kriterien der sogenannten Tariflohnpflicht weiter aufgeweicht und haben sich noch weiter von dem Ziel entfernt, die Tarifbindung zu stärken. Die Regelung sollte rechtlich weniger angreifbar gemacht werden, indem die unternehmerische Freiheit weniger berührt würde. Gemäß dieser Option können Pflegeeinrichtungen ihre Beschäftigten im Pflege- und Betreuungsbereich entsprechend des durchschnittlichen tariflichen Entlohnungsniveaus der jeweiligen Qualifikationsgruppe (z.B. Pflegefachkräfte) in der Region (i.d.R. Bundesland) bezahlen. Die Pflegeeinrichtungen müssen diese Durchschnittswerte wiederum nur im Durchschnitt der jeweiligen Qualifikationsgruppe einhalten. Eine Pflegeeinrichtung muss also beispielsweise alle angestellten Pflegefachkräfte im Durchschnitt auf der Höhe des regionalen tariflichen Durchschnitts aller Pflegefachkräfte im Bundesland vergüten. Das gleiche gilt für Pflegehilfskräfte ohne Ausbildung und Pflegeassistenzkräfte mit mindestens einjähriger Ausbildung.[25] Die Entgeltniveaus für die verschiedenen Qualifikationsgruppen werden jährlich von den Pflegekassen auf Basis der eingereichten Tarifverträge und AVR sowie der zugehörigen Beschäftigtendaten der tarifgebundenen und AVR-anwendenden Einrichtungen neu berechnet. Dadurch wurde auf Kosten der Pflegeversicherung eine Art inoffizielles Tarifregister geschaffen, dessen Pflege für die Pflegekassen, aber auch für die tarifgebundenen Einrichtungen mit hohem Aufwand verbunden ist. Insbesondere die Zusatzbelastung tarifgebundener Einrichtungen wirkt dem Ziel, die Tarifbindung in der Altenpflege auszubauen, eher entgegen.

Da die Entgelterhöhungen, die sich aus den Entgeltniveaus ergeben, in den Einrichtungen, die die dritte Option anwenden, immer erst zum 1. Januar des Folgejahres vollzogen werden müssen, bedeutet das für die Pflegekräfte in diesen Einrichtungen eine deutliche Verzögerung von Entgelterhöhungen. Die dritte Option verwässert die sogenannte Tariflohnpflicht gänzlich, da zu den konkreten Entlohnungsbedingungen in den Einrichtungen ohne die Kenntnis aller Arbeitsverträge in der Einrichtung keinerlei Aussage getroffen werden kann.

3. Betriebliche und arbeitsvertragliche Auswirkungen der Tariflohnpflicht

Ein großes Problem liegt in der Verankerung der „Tariflohnpflicht“ im Leistungserbringungsrecht. Wie bereits erwähnt führt diese dazu, dass die Regelung keinen unmittelbaren rechtlichen Anspruch auf eine bestimmte Entloh-

25 Das Nähere regeln Landesgesetze; BAnz. AT 17.2.2016 B3.

nung oder eine bestimmte Entgeltsystematik begründet. Auch wenn die Einrichtung nach Option 2 einen bestimmten Tarifvertrag als maßgeblich bei den Kostenträgern angibt, führt dies nicht dazu, dass dessen Regelungsgegenstände auf die Arbeitsverhältnisse der Beschäftigten in den Pflegeeinrichtungen unmittelbar Anwendung finden. Es besteht noch nicht einmal ein Anspruch der Beschäftigten auf eine entsprechende Information darüber, wie die Einrichtung der „Tariflohnpflicht" gerecht wird.

Rechte und Pflichten von Beschäftigten und Arbeitgebern sind im Arbeitsvertrag geregelt, die Inhalte gelten als vereinbart. Daher kann der Arbeitgeber die festgelegten Vereinbarungen und Bedingungen nicht einseitig zu Ungunsten der Beschäftigten ändern, auch dann nicht, wenn in dem gegenüber den Pflegekassen als „maßgeblich" angegebenen Tarifvertrag oder der AVR etwas Entsprechendes geregelt ist. Möchte er dies tun, so geht dies nur durch einen Änderungsvertrag, dem der bzw. die Beschäftigte wiederum zustimmen muss. Mit der Einführung der Tariflohnpflicht zum 1.9.2022 mussten die meisten nicht tarifgebundenen Pflegeeinrichtungen ihre Entlohnungsbedingungen anpassen und mit den neuen leistungserbringungsrechtlichen Anforderungen synchronisieren. Oft wurden einfach Lohnerhöhungen vollzogen. Nicht selten wurden jedoch den Beschäftigten Änderungsverträge vorgelegt, die mit einer Änderungskündigung verbunden waren. Dabei wurden die Beschäftigten vor die Wahl gestellt: entweder die Änderungen akzeptieren, oder die Pflegeeinrichtung verlassen. Ein häufiger Grund war, dass die Träger damit arbeitsvertragliche Altansprüche der Beschäftigten aus der Vergangenheit tilgen wollten. Über die Jahre hatte sich in vielen Pflegeeinrichtungen eine oft kaum überschaubare Vielzahl verschiedener Entlohnungsbedingungen aus nachwirkenden Tarifverträgen, Altansprüchen, einzelvertraglichen Regelungen, Betriebsvereinbarungen, betrieblichen Übungen oder Gesamtzusagen gebildet. Häufig wurde im Zuge einer Lohnerhöhung auch die arbeitsvertragliche Arbeitszeit verändert, weshalb Änderungsverträge notwendig wurden. Es klingt angesichts der Arbeitsmarktsituation in der Pflege unglaublich, aber tatsächlich gingen einige Träger sogar so weit, dass sie Löhne senken wollten, weil das neue Gesetz sie vermeintlich dazu nötigen würde.

Große Ketten wie z.B. Korian[26] hatten seit einiger Zeit einseitig festgelegte Entgeltsysteme mit arbeitsvertraglicher Bezugnahme etabliert, die in Inhalt und Struktur eigenen Haustarifverträgen ähneln. Da diese einseitig umgesetzten Entgeltsysteme jedoch nicht als Tarifvertrag im Sinne der „Tariflohnpflicht" gelten, bestand mit Einführung der „Tariflohnpflicht" die Herausforderung für den Träger, mit den Entgeltwerten der Tabellen in Verbindung mit

26 Korian, WORX – Vergütung, Faire Gehälter für Pflegekräfte.

dem jeweiligen Durchschnitt der Belegschaft der Einrichtung das Durchschnittsniveau des Bundeslandes zu „treffen“, um eine Refinanzierung zu erlangen. Dies ist einerseits mit Schwierigkeiten und Unwägbarkeiten für den Träger verbunden und führt andererseits auch bei den Beschäftigten zu Unsicherheit bzgl. der weiteren Lohnentwicklung.

In den meisten Tarifabschlüssen der letzten Zeit wurden Inflationsausgleichszahlungen vereinbart, die bis zur Höhe von 3.000 € gemäß § 3 Abs. 11c Einkommenssteuergesetz (EStG) vom 26.10.2022 bis zum 31.12.2024 steuer- und beitragsfrei sind. Diese Prämien zählen bei der Berechnung des Durchschnittsniveaus jedoch nicht. Da häufig die Lohnerhöhungen der Tarifabschlüsse in diesem Zeitraum mit den erhöhten Tabellenwerten erst im Laufe des Jahres 2024 wirksam werden, also auch erst dann bei der Durchschnittsberechnung erfasst werden, ist davon auszugehen, dass im Jahr 2025 eine deutliche Erhöhung der durchschnittlichen Entgeltniveaus erfolgen wird. Fraglich bleibt, ob das die Träger und Kassen in den Pflegesatzverhandlungen, die prospektiv gestaltet sind, entsprechend antizipiert haben. Für die Beschäftigten in nicht tarifgebundenen Einrichtungen, die die dritte Option anwenden, bedeutet dies aber in jedem Fall – neben der ohnehin bestehenden – noch eine weitere Verzögerung notwendiger Entgelterhöhungen; und dies in Zeiten einer hohen Inflation.

Die dritte Option lässt dem Arbeitgeber bei der Verteilung der Entgelte innerhalb einer Qualifikationsgruppe völlige Freiheit. Damit sind weiterhin massive Ungleichbehandlungen von Beschäftigten mit gleicher Ausbildung und Tätigkeit im Betrieb möglich. Theoretisch würde die Einrichtung den Kriterien der „Tariflohnpflicht“ genügen, wenn sie eine Pflegekraft pro Qualifikationsgruppe sehr gut vergütet. So ist es möglich, dass eine Pflegekraft in Höhe des Pflegemindestlohnes bezahlt wird, ihre Kollegin mit gleicher Tätigkeit und Qualifikation hingegen deutlich mehr Gehalt bekommt. Für den Träger ist es nur wichtig, dass im Durchschnitt der jeweiligen Beschäftigtengruppe im Betrieb (z.B. Pflegefachkräfte) das durchschnittliche regionale tarifliche Entgeltniveau eingehalten und nicht um mehr als 10 % (entsprechend § 82c SGB XI) überschritten wird. Aus diesem Grund ist auch weiterhin der Pflegemindestlohn notwendig. Dieser zieht eine verbindliche Untergrenze und stellt einen durchsetzbaren Mindestanspruch der Beschäftigten dar.

Um Ungerechtigkeiten einzudämmen und verbindliche Ansprüche zu begründen, nutzen einige Betriebsräte die neue rechtliche Konstellation der dritten Option, um eine Betriebsvereinbarung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zur „Mitbestimmung bei Fragen der betrieblichen Lohngestaltung, insbesondere die Aufstellung von Entlohnungsgrundsätzen“ zu initiieren. Im Wesentlichen wird dabei ein gestaffelter dynamischer Bezug auf

die von den Pflegekassen nach § 82c Abs.5 SGB XI veröffentlichten tariflichen Entlohnungsniveaus vereinbart, der den Tarifvorbehalt nach § 77 Abs. 3 BetrVG wahrt. Dies erübrigt Folgeverhandlungen, reduziert Kalkulationen bzgl. des Entgeltniveaus im Rahmen der Refinanzierung und sichert eine Bindung an die durchschnittliche tarifliche Lohnentwicklung. Doch bisher konnten nur vereinzelt entsprechende Betriebsvereinbarungen abgeschlossen werden.

Ein weiteres grundsätzliches Problem der „Tariflohnpflicht" ergibt sich aus dem eingeschränkten Geltungsbereich. Von der Regelung werden nach § 72 SGB XI nur Beschäftigte erfasst, die „Leistungen der Pflege oder Betreuung für Pflegebedürftige erbringen". Damit sind ganze Beschäftigtengruppen im Bereich der Therapie, Verwaltung, Hauswirtschaft, Küche, Reinigung, des Soziales Dienstes usw. ausgeschlossen. Das Gesetz begünstigt damit eine Spaltung der Belegschaft und wird von vielen Beschäftigten als ungerecht empfunden. Die Versorgung von pflegebedürftigen Menschen ist Teamarbeit und jede*r Beschäftigte in den Einrichtungen der Langzeitpflege ist für die Versorgung wichtig und wird gebraucht. In den Tarifverträgen von ver.di werden daher, sofern es keine zwingenden Gründe gibt, die etwas anderes erforderlich machen, grundsätzlich alle Tätigkeitsbereiche tarifiert.

4. Folgen für die Tarifbindung

Es ist wenig überraschend, dass auch anderthalb Jahre nach Einführung der Tariflohnpflicht nur wenige Arbeitgeber den Weg in eine direkte Tarifbindung mit ver.di eingeschlagen haben. Abgesehen von einigen neuen Haustarifverträgen kleinerer Träger oder Einrichtungen und unverbindlichen Gesprächen gibt es bisher kaum Fortschritte in Richtung einer stärkeren Tarifbindung im Bereich der Altenpflege.

ver.di trifft auf Arbeitgeber, die weder sozial- noch tarifpartnerschaftliche Erfahrungen haben und erhebliche Vorbehalte gegenüber Tarifverträgen hegen – nicht zuletzt aufgrund der breiten demokratischen Beteiligung der Beschäftigten u.a. in gewerkschaftlichen Tarifkommissionen. Vermeintliche Unsicherheiten für Träger aufgrund der Beschäftigtenpartizipation im Rahmen von Tarifverhandlungen sind vermutlich auch der Grund, warum einige Nischengewerkschaften und sogenannte gelbe Gewerkschaften, die den gewerkschaftlichen Kampf ablehnen, nicht durchsetzungsfähig sind und unternehmerfreundlich auftreten, im Kontext der „Tariflohnpflicht" sichtbarer werden. Einige wenige Arbeitgeber nutzen diese Vereine, um sich unkompliziert mit Gefälligkeitstarifverträgen eine (vermeintliche) Tarifbindung zu verschaffen.

Etwa ein Viertel (22 %) aller Einrichtungen bundesweit hat sich für die zweite Option entschieden, nämlich die Übernahme der Entlohnungsbedingungen

aus einem Tarifvertrag oder einer AVR, die in mindestens einer Einrichtung des jeweiligen Bundeslandes gilt.[27] Aufgrund ihres vergleichsweise niedrigen Niveaus sind die AVR der Diakonie in Hessen und Nassau auch über Hessen hinaus bei kommerziellen Trägern beliebt.

Der weit größere Teil der Einrichtungen (45 %) hat gegenüber den Kassen angegeben, die „Tariflohnpflicht“ gemäß der dritten Option zu erfüllen. Für die ver.di-Tarifarbeit in der Altenpflege bedeuten die Regelungen zur „Tariflohnpflicht“, dass ein Tarifabschluss nicht nur im Geltungsbereich des Tarifvertrages wirkt, sondern indirekt auf das Entlohnungsniveau im gesamten Bundesland oder, bei einem größeren Geltungsbereich, auf das Entlohnungsniveau mehrerer Länder einwirkt. Es ist für betriebliche Interessenvertretungen und Gewerkschaften praktisch kaum möglich zu überprüfen, ob das Gesetz eingehalten wird. Besonders in Betrieben ohne betriebliche Interessenvertretung, die die Mehrheit bilden, ist es für die Beschäftigten nahezu unmöglich herauszufinden, ob sie gesetzeskonform bezahlt werden, wenn der Arbeitgeber diese Information nicht preisgibt.

Es ist noch zu früh, um die Auswirkungen der sogenannten Tariflohnpflicht umfassend zu bewerten. Während sich für tarifgebundene und bereits gut vergütende Einrichtungen außerhalb der regulären Tariferhöhungen kaum Veränderungen bei den Lohnniveaus ergeben haben, sind die Gehälter in einigen Regionen und bei bestimmten, insbesondere kommerziellen Trägern erheblich gestiegen. Das liegt vor allem an der zuvor schlechten Bezahlung in diesen Einrichtungen. Zwischen 2021 und 2022 sind die monatlichen Bruttogehälter (Vollzeit) von Altenpflegefachkräften von 3344 € auf 3611 € (+8 %) und von Helfer*innen in der Altenpflege von 2352 € auf 2635 € (+12 %) gestiegen.[28] Diese Lohnsteigerungen lassen sich jedoch nicht allein oder unmittelbar auf die Regelungen des GVWG zurückführen, da es zum einen durch Tarifabschlüsse deutliche Lohnsteigerungen gab und zum anderen der Pflegemindestlohn seit 2022 deutlich gestiegen ist. So erhöhte sich vom Mai 2022 bis Mai 2024 beispielsweise das Mindestentgelt für Pflegefachkräfte nach der Fünften und Sechsten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche von 15,40 € auf 19,50 € pro Stunde (+26,6 %).[29] Bis Juli 2025 wird das

27 *Lenzen/Evans-Borchers*, Tariftreue in der Altenpflege, Expertise zur Umsetzung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG) in Nordrhein-Westfalen, 43.

28 *Carstensen/Seibert/Wiethölter*, Entgelte von Pflegekräften 2022.

29 Fünfte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche v. 20.4.2022, BAnz. AT 26.4.2022 V1; Sechste Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche v. 28.11.2023, BGBl. I 2023 Nr. 336.

Mindestentgelt weiter auf 20,50 € pro Stunde steigen[30] und damit unabhängig vom GVWG das Lohngefüge von unten stützen.

Das zum 31.10.2023 vom GKV-Spitzenverband veröffentlichte durchschnittliche tarifvertragliche Entgelt einer Pflegefachkraft in der Altenpflege betrug im Bundesschnitt 23,75 € pro Stunde. Dies entspricht bei einer 39-Stunden-Woche etwa 4.030 € brutto im Monat. Die in vielen Tarifverträgen vereinbarten Inflationsausgleichszahlungen sind in dieser Berechnung noch nicht enthalten. Zwischen Medianentgelt und durchschnittlichem Tarifentgelt besteht weiterhin eine enorme Diskrepanz von über 400 € im Monat. Dies macht deutlich, dass sich Tarifverträge trotz „Tariflohnpflicht" schon allein in Bezug auf das Entgeltniveau noch immer deutlich abheben. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Medianentgelte zukünftig den durchschnittlichen tariflichen Entgelten weiter angleichen.

Bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern ist es aufgrund der intransparenten Umsetzung der „Tariflohnpflicht" – insbesondere bei der Anwendung der Durchschnittsoption ohne betriebliche Interessenvertretung – kaum möglich, verlässliche Aussagen zu den Entlohnungsbedingungen in einer Einrichtung zu treffen.

Zudem fühlen sich etliche tarifgebundene Arbeitgeber nun benachteiligt, da viele tarifvertragliche Regelungen, die über die reine Entlohnung hinausgehen, vom Gesetz nicht berücksichtigt werden. Viele nicht tarifgebundene Arbeitgeber nutzen die durch die „Tariflohnpflicht" geschaffene Möglichkeit, höhere Pflegesätze refinanziert zu bekommen, um mit übertariflichen Einstiegsgehältern aggressiv Pflegekräfte zu werben. Gleichzeitig erfahren langjährige Pflegekräfte nur geringe Entgelterhöhungen. Damit riskiert die Regelung eine Schwächung der Tarifbindung, anstatt sie zu stärken, und setzt möglicherweise zusätzliche Anreize für die ohnehin problematische Fluktuation von Pflegekräften.

VI. Ausblick

Das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (MAGS NRW) hat für Nordrhein-Westfalen noch vor der Bundesebene die Einführung der Tariflohnpflicht wissenschaftlich begleiten lassen.

30 Sechste Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche v. 28.11.2023, BGBl I 2023 Nr. 336.

Diese Begleitung erfolgte durch das Institut Arbeit und Technik der Westfälischen Hochschule Gelsenkirchen Bocholt Recklinghausen. Dabei zeigte sich unter anderem, „dass durch die bundesrechtlich eingeführte Option des regionalüblichen Entlohnungsniveaus die Erhöhung der Tarifbindung oder gar ihre flächendeckende Einführung nicht erreicht wird […] und dass das regionalübliche Entgeltniveau zu erheblichen Lohnvarianzen bei einzelnen Beschäftigten innerhalb der gleichen Qualifikationsgruppe führen kann.“[31]

Daher ist es folgerichtig, dass Nordrhein-Westfalen und andere Länder gesetzliche Nachbesserungen fordern. Dies wird auch notwendig sein, da die Europäische Kommission im Rahmen der Europäischen Pflegestrategie die Mitgliedstaaten und Sozialpartner aufgefordert hat, einen wirksamen sozialen Dialog zu fördern und Tarifverträge für den Pflegesektor zu etablieren, um Pflegekräften faire Arbeitsbedingungen und angemessene Löhne zu bieten. Die neue europäische Richtlinie zu Mindestlöhnen und Tarifbindung vom November 2022 fordert die Mitgliedstaaten, in denen die tarifvertragliche Abdeckung weniger als 80 % beträgt, zudem auf, einen Aktionsplan zur Förderung von Tarifverhandlungen zu erstellen, um die Tarifbindung zu erhöhen. Das Bundestariftreuegesetz, das sich derzeit in Erarbeitung befindet, soll dazu beitragen, zielt aber auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch den Bund und hat daher keine Auswirkungen auf die Pflegebranche. Die „Tariflohnpflicht“ in der Altenpflege, die auf etwa 25.000 der insgesamt 31.500 Betriebe mit hunderttausenden Beschäftigten in der ambulanten und (teil-)stationären Langzeitpflege wirkt, hätte großes Potential gehabt, zum Ausbau der Tarifbindung in Deutschland maßgeblich beizutragen. In der jetzigen Ausgestaltung tut sie dies nicht, sie sorgt vielmehr für mehr Intransparenz und riskiert die Entwertung von Tarifverträgen in der Altenpflege.

Literatur

Auffenberg, Jennie/Becka, Denise/Evans, Michaela/Kokott, Nico/Schleicher, Sergej/Braun, Esther, „Ich pflege wieder, wenn …“ – Potentialanalyse zur Berufsrückkehr und Arbeitszeitaufstockung von Pflegefachkräften, Bremen 2022, abrufbar unter: *https://www.arbeitnehmerkammer.de/fileadmin/user_upload/Downloads/Politik/Rente_Gesundheit_Pflege/Bundesweite_Studie_Ich_pflege_wieder_wenn_Langfassung.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

31 MAGS NRW, Pressemitteilung v. 30.1.2024.

BMG (Hrsg.), Konzertierte Aktion Pflege, Stand: 2. Mai 2024, abrufbar unter: *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/konzertierte-aktion-pflege#:~:text=Mehr%20Auszubildende%2C%20bundeseinheitliche%20Personalbemessung%2C%20eine%20h%C3%B6here%20%28tarifliche%29%20Entlohnung%2C,Bundesregierung%20im%20Rahmen%20der%20Konzertierten%20Aktion%20Pflege%20%28KAP%29* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

BMG (Hrsg.), Konzertierte Aktion Pflege. Vereinbarungen der Arbeitsgruppen 1 bis 5, 3. Aufl., Berlin 2019, abrufbar unter: *https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/K/Konzertierte_Aktion_Pflege/191129_KAP_Gesamttext__Stand_11.2019_3._Auflage.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2014).

Bogai, Dieter/Seibert, Holger/Wiethölter, Doris, Löhne in der Kranken- und Altenpflege Regionale Unterschiede sind beträchtlich in: IAB-Forum 2/2015, 108–115, abrufbar unter: *https://doku.iab.de/forum/2015/Forum2_2015_Bogai_Seibert_Wiethoelter.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Burfeindt, Corinna/Darmann-Finck, Ingrid/Stammann, Carina/Stegbauer, Constance/Stolle- Wahl, Claudia/Zündel, Matthias/Rothgang, Heinz, Study protocol for the development, trial, and evaluation of a strategy for the implementation of qualification-oriented work organization in nursing homes, BMC Nursing 23/2024.

Carstensen, Jeanette/Seibert, Holger/Wiethölter, Doris, Aktuelle Daten und Indikatoren, Entgelte von Pflegekräften, Nürnberg 2023, abrufbar unter: *https://doku.iab.de/arbeitsmarktdaten/Entgelte_von_Pflegekraeften_2022.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Destatis, Statistischer Bericht – Pflegestatistik – Pflege im Rahmen der Pflegeversicherung – 2023, Wiesbaden 18.12.24, abrufbar unter: *https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Pflege/Publikationen/_publikationen-innen-pflegestatistik-deutschland-ergebnisse.html* (zuletzt abgerufen am 9.1.2025).

Destatis, Mehr Pflegebedürftige, abrufbar unter: *https://www.destatis.de/DE/Themen/Querschnitt/Demografischer-Wandel/Hintergruende-Auswirkungen/demografie-pflege.html* (zuletzt abgerufen am 9.1.2025).

Destatis, Gesundheitsberichterstattung des Bundes, abrufbar unter: *https://www.gbe-bund.de/gbe/isgbe.impressum?p_uid=gast&p_aid=89046438&p_sprache=D#m1* (zuletzt abgerufen am 20.1.2025).

Institut DGB-Index Gute Arbeit (Hrsg.), Arbeitsbedingungen in der Pflege revisited, Was hat sich in den vergangenen Jahren getan? Kompakt 02/2023, 1–13, verfügbar unter: *https://index-gute-arbeit.dgb.de/++co++e6d7006e-ef35-11ed-baf5-001a4a160123* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Korian, WORX – Vergütung, Faire Gehälter für Pflegekräfte, abrufbar unter: *https://karriere.korian.de/worx* (zuletzt abgerufen am 20.1.2025).

Lenzen, Julia/Evans-Borchers, Michaela, Tariftreue in der Altenpflege, Expertise zur Umsetzung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG) in Nordrhein-Westfalen, Gelsenkirchen 2024, abrufbar unter: *https://www.iat.eu/aktuell/veroeff/2024/Tariftreue_in_der_Altenpflege_Evans-Borchers_Lenzen.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

MAGS NRW (Hrsg.), Pressemitteilung: Nordrhein-Westfalen liegt vorne bei tarifgerechter Entlohnung in der Pflege, 30.1.2024, abrufbar unter: *https://www.mags.nrw/nrw-tarifgerechte-entlohnung-der-pflege* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

Rothgang, Heinz, Die neue Personalbemessung: eine große Chance, aber (noch) keine Verpflichtung, bpa.Magazin 2/2023, 13.

Rothgang, Heinz/Müller, Rolf/Preuß, Benedikt, BARMER Pflegereport 2020, Belastungen der Pflegekräfte und ihre Folgen, Schriftenreihe zur Gesundheitsanalyse – Bd. 26, Berlin 2020, abrufbar unter: *https://www.barmer.de/resource/blob/1025982/6b0313d72f48b2bf136d92113ee56374/barmer-pflegereport-2020-band-26-bifg-data.pdf* (zuletzt abgerufen am 19.11.2024).

vdek, SPV – Leistungsempfänger:innen, abrufbar unter: *https://www.vdek.com/content/dam/vdeksite/vdek/daten/f_pflegeversicherung/spv_leistungsempfaenger_ambulant_stationaer_behindertenhilfe_2010_2023_neu.jpg* (zuletzt abgerufen am 9.1.2025).

Tariftreue für Pflegeeinrichtungen – Recht und Praxis aus der Sicht kommunaler Pflegeeinrichtungen

Prof. Dr. iur. utr. Alexander Schraml

Inhaltsübersicht

I. Personal in Pflegeeinrichtungen 307
II. Zulassungsrecht 309
1. Versorgungsvertrag gemäß § 72 SGB XI 309
2. Tariftreue bzw. Tariforientierung (§ 72 Abs. 3a–3g SGB XI) 310
a) Tarifbindung 310
b) Tariforientierung 311
III. Vergütungsrecht 313
1. Unternehmen, die an einen Tarifvertrag oder an eine kirchliche Arbeitsrechtsregelung gebunden sind 313
2. Unternehmen, die nicht an einen Tarifvertrag oder an eine kirchliche Arbeitsrechtsregelung gebunden sind 314
3. Das regional übliche Entlohnungsniveau 314
4. Leiharbeitskräfte, Werk- und Dienstverträge 315
5. Sachlicher Grund im Sinne des § 82c Abs. 3 SGB XI 315
6. Neuverhandlung der Pflegesätze bei Gehaltssteigerungen 317
IV. Kritik und Fazit 318
1. Alternative „Mindestlohn“ 318
2. Bürokratieaufbau 318
3. Sog. Leiharbeitskräfte 318
4. Diskriminierung von Nichtpflege- und Nichtbetreuungskräften 319
5. Benachteiligung von Tarifanwendern 320
6. Verfassungsrechtliche Bedenken 321
Sonstige Quellen 322

I. Personal in Pflegeeinrichtungen

Pflegeeinrichtungen sind personalintensive Unternehmen. Ohne Pflege- und Betreuungskräfte, ohne Reinigungs- und Küchenpersonal, ohne Verwaltungskräfte und ohne den technischen Dienst gäbe es keine Pflegeheime und keine ambulanten Pflegedienste. Und daran wird sich auch nichts ändern: Die Digitalisierung ist zwar auch im Pflegebereich ein Thema, sie wird allerdings nur in einem geringen Umfang zu Personaleinsparungen führen können. Insbesondere bei der Pflege und Betreuung sind menschliche Nähe und Zuwendung, Versorgung und Betreuung weitestgehend unersetzbar. Mehr als 80 % der Kosten einer Pflegeeinrichtung sind dem Personal zuzuordnen – und das wird auch so bleiben.

Aufgrund der besonderen Gefährdungssituation in der sich ältere, hilfsbedürftige Menschen befinden, hat der Gesetzgeber seit jeher gesetzliche Schutzbestimmungen – zu Recht – für notwendig erachtet. Diese betrafen immer auch das Pflegepersonal. So enthielt das bis zum September 2006 bundesweit geltende Heimgesetz zahlreiche Vorschriften zur Personalausstattung. Die nach der Föderalismusreform sukzessiv folgenden Heimgesetze der Länder haben diese Regelungen fortgeschrieben und zum Teil verschärft. Erwähnt werden dürfen an dieser Stelle nur Vorgaben für den Nachtdienst oder die umstrittene sog. Fachkraftquote. So waren in vielen Bundesländern ein Anteil von mindestens 50 % an Fachkräften beim Pflegepersonal erforderlich.[1]

Mit Einführung der Pflegeversicherung 1995 und nach weiteren Reformgesetzen sind Personalregelungen für Pflege und Betreuung fester Bestandteil des Leistungserbringungsrechts. Das Personalbemessungssystem – § 113c SGB XI, Bundesempfehlungen, Rahmenverträge in den Ländern und Pflegesatzvereinbarungen vor Ort – schafft zusätzliche strukturelle Qualitätsanforderungen, die für Pflegeheime verbindlich sind.

Viele Pflegeeinrichtungen – insbesondere solche der Kommunen oder der Wohlfahrtsverbände – sind tarifgebunden oder unterliegen kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen. Aber aus Gründen mangelhafter Refinanzierung durch das Ergebnis der Pflegesatzverhandlung weichen auch diese Träger häufig aus. Sie gründen sog. Service-Gesellschaften, die dann ohne kollektivrechtliche Bindung niedrigere Löhne und Gehälter zahlen. Alternativen bieten auch die Arbeitnehmerüberlassung oder die Gründung sog. Gemeinschaftsbetriebe. Gemeinschaftsbetriebe gehören zu unterschiedlichen Rechtspersonen, stehen aber unter einer einheitli-

1 So z.B. in Bayern gemäß der Verwaltungsvorschrift zu § 15 Abs. 1 S. 2 AVPfleWoqG.

chen Leitung, was eine Arbeitnehmerüberlassung ausschließt. Eine entgegengesetzte Wirkung haben sog. Leiharbeitskräfte in der Pflege, mit denen Personalengpässe ausgeglichen werden sollen – mit Entgelten, die oft das Doppelte des Gehalts einer Fachkraft übersteigen. Auch in diesen Fällen ist die Refinanzierung der zusätzlichen Kosten (noch) ausgeschlossen.

Verschärft wird die Personalsituation aktuell und vor allem in den nächsten Jahren durch den demografischen Wandel. Die sog. Baby-Boomer-Generation geht in Kürze in den Ruhestand und wird – statistisch gesehen – ein Jahrzehnt später möglicherweise gebrechlich und pflegebedürftig. Und die Anzahl der Jugendlichen, der Umschülerinnen und Umschüler, die mit einer Pflegeausbildung die freiwerdenden Stellen übernehmen könnten, ist zu gering. Zum einen gibt es nicht so viele, zum anderen ist die Konkurrenz anderer Berufe sehr groß. Und außerdem werden die Personalkosten bei Umschulungen meist nicht vollständig durch die Ausbildungsumlage und die Förderung der Bundesagentur für Arbeit refinanziert. Eine nicht unerhebliche Rolle spielen aber auch die dauerhaften und intensiven Debatten über die – so vor allem die Klagen der Berufsverbände – extremen Belastungen der Pflegekräfte.

Vor dem Hintergrund dieser Probleme bei der Personalgewinnung und Personalsicherung trifft das Pflegeversicherungsrecht Regelungen, die mit der Vergütung der Pflege- und Betreuungskräfte zusammenhängen. Das Pflegeversicherungsrecht regelt zwar vorrangig das Rechtsverhältnis zwischen den Versicherten bzw. Pflegebedürftigen und der Pflegekasse sowie das Rechtsverhältnis zwischen den Leistungserbringern und den Pflegekassen. Zur Sicherung der Qualität ist letzteres jedoch durchzogen von zahlreichen Personalregelungen.

Die Tariftreue wird im Pflegeversicherungsrecht im Wesentlichen geregelt in § 72 Abs. 3a bis 3g SGB XI (Zulassungsrecht) und § 82c SGB XI. Ergänzt und konkretisiert werden diese Normen durch Richtlinien des Spitzenverbandes Bund der Pflegekassen:

- Zulassungsrichtlinie gemäß § 72 Abs. 3c SGB XI[2]
- Pflegevergütungsrichtlinie gemäß § 82c Abs. 4 SGB XI[3]
- Nachweisrichtlinie gemäß § 84 Abs. 7 SGB XI[4]

2 Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 72 Abs. 3c SGB XI zu den Verfahrens- und Prüfgrundsätzen zur Einhaltung der Vorgaben für Versorgungsverträge nach § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI (Zulassungs-Richtlinien) v. 24.1.2022.

3 Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 82c Abs. 4 SGB XI zum Verfahren nach § 82c Abs. 1 bis 3 und 5 SGB XI (Pflegevergütungs-Richtlinien) v. 24.1.2022 zuletzt geändert durch Beschluss v. 12.7.2023.

4 Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 84 Abs. 7 SGB XI zum Nachweisverfahren über die bei der Pflegevergütung zu Grunde gelegte Bezahlung von Beschäftigten in Pflegeeinrichtungen (Nachweis-Richtlinien) v. 7.11.2022 zuletzt geändert durch Beschluss v. 12.7.2023.

Die Zulassungs- und die Pflegevergütungsrichtlinie bedürfen der Zustimmung des Bundesministeriums für Gesundheit (im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales).

II. Zulassungsrecht

1. Versorgungsvertrag gemäß § 72 SGB XI

Ambulante und stationäre Pflegeeinrichtungen dürfen nur dann für die Pflegekassen tätig werden, wenn sie kraft Versorgungsvertrag zugelassen werden (§ 72 Abs. 1 S. 1 SGB XI). Begrifflich differenziert das Gesetz in § 71 Abs. 1 und 2 SGB XI zwischen Pflegediensten (ambulant) und Pflegeheimen (stationär, d.h. vollstationär und teilstationär).

Voraussetzung für einen Versorgungsvertrag ist es in personeller Hinsicht, dass die Einrichtung unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft steht (§ 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB XI i.V.m. § 71 Abs. 1 und 2 SGB XI). Die Anforderungen an die verantwortliche Pflegefachkraft werden in § 71 Abs. 3 SGB XI festgelegt.

Seit 2008 ist der Gesetzgeber bemüht, auch die angemessene Vergütung von Pflegekräften im Sozialrecht zu verankern. Damit soll aufgrund der demografischen Entwicklung drohenden Personalengpässen vorgebeugt werden. Zum einen wird (potenziellen) Auszubildenden verdeutlicht, dass ihre künftige Vergütung nicht abhängig ist vom Arbeitgeber. Zum anderen wird Pflege- und Betreuungskräften der Anreiz genommen, allein wegen der Vergütungshöhe den Arbeitgeber zu wechseln.

Bislang letzter Schritt in dieser Rechtsentwicklung ist die Aufnahme der Tariftreue bzw. Tariforientierung in § 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 SGB XI i.V.m. Abs. 3a und 3b SGB XI.[5] Zusammen mit den nachfolgenden Absätzen (§ 72 Abs. 3c bis 3g SGB XI) beabsichtigt der Gesetzgeber, die Vergütung der Pflege- und Betreuungskräfte zu vereinheitlichen. Normsetzende Kompetenz erhält der Spitzenverband Bund der Pflegekassen: Er legt in Richtlinien „das Nähere insbesondere zu den Verfahrens- und Prüfgrundsätzen für die Einhaltung der

5 Eingefügt durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG) v. 11.7.2021, BGBl. 2021 I S. 2754 und geändert durch das Gesetz zur Zahlung eines Bonus für Pflegekräfte in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen (Pflegebonusgesetz) v. 28.6.2022, BGBl. 2022 I S. 938.

Vorgaben“ der Tariftreue bzw. Tariforientierung fest (§ 72 Abs. 3c S. 1 SGB XI). Diese GKV-Zulassungsrichtlinie[6] ist am 28.1.2022 in Kraft getreten.

Vorab festzuhalten gilt, dass die Forderung Tariftreue bzw. Tariforientierung nur für Pflege- und Betreuungskräfte gilt. Ob für sonstige Beschäftigte – Verwaltungs- und Küchenpersonal, Hauswirtschaft, Gebäudereinigung und Technik – ein Tarifvertrag oder kirchliche Arbeitsrechtsregelung gilt – ist für den Abschluss eines Versorgungsvertrages irrelevant.

Ebenso ohne Bedeutung ist es, ob und in welchem Umfang die Pflegeeinrichtung im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages Leistungen Externer in Anspruch nimmt. Dies wird bei der Pflege und Betreuung eher selten der Fall sein, ist aber rein formal nicht ausgeschlossen. Von größerer Bedeutung sind demgegenüber die Arbeitnehmerüberlassung und der sog. Gemeinschaftsbetrieb in einer Pflegeeinrichtung, die ebenfalls von der Vorgabe des § 72 Abs. 3a–3g SGB XI nicht erfasst sind.

2. Tariftreue bzw. Tariforientierung (§ 72 Abs. 3a–3g SGB XI)

a) Tarifbindung

Unproblematisch und unverändert bleibt die Rechtslage für alle Pflegeeinrichtungen, die an einen Tarifvertrag gebunden sind oder für die kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gelten. Sie erhalten ohne weitere Prüfung einen Versorgungsvertrag (§ 72 Abs. 3a SGB XI). Kommunale und freigemeinnützige Arbeitgeber sind damit – bis auf wenige Ausnahmen – von der Neuregelung insoweit nicht betroffen. Auch die Anpassungsverpflichtung nach § 72 Abs. 3g SGB XI läuft bei diesen Pflegeeinrichtungen ins Leere.

Voraussetzung für die Tariftreue ist, dass die Pflegeeinrichtung an einen Tarifvertrag oder eine kirchliche Arbeitsrechtsregelung gebunden ist („Tarifanwender“). Arbeitgeber, die in ihren Arbeitsverträgen freiwillig auf solche Kollektivregelung verweisen, genießen nicht dieses Privileg. Sie müssen sich den komplexen Vorgaben des § 72 Abs. 3b SGB XI unterordnen.

Wird eine Pflegeeinrichtung wegen Tariftreue gemäß § 72 Abs. 3a SGB XI zugelassen, so führt dies nicht kraft Gesetzes zu einer Anpassung der Arbeitsverträge der Pflege- und Betreuungskräfte. Auch ein Anspruch der Beschäftigten auf Änderung des Arbeitsvertrages entsteht dadurch nicht.

6 Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 72 Abs. 3c SGB XI zu den Verfahrens- und Prüfgrundsätzen zur Einhaltung der Vorgaben für Versorgungsverträge nach § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI (Zulassungs-Richtlinien) v. 24.1.2022.

Ein Verstoß der Pflegeeinrichtung gegen die Tariftreue hat aber zulassungsrechtliche Folgen. Gemäß § 74 Abs. 1 S. 1 SGB XI können die Landesverbände der Pflegekassen den Versorgungsvertrag mit einer Frist von einem Jahr kündigen, wenn die Voraussetzungen des § 72 Abs. 3a SGB XI nicht oder nicht mehr erfüllt sind.

Um diese Kontrolle zu ermöglichen, werden die Pflegeeinrichtungen verpflichtet, dem jeweiligen Landesverband der Pflegekassen mitzuteilen, an welchen Tarifvertrag oder an welche kirchliche Arbeitsrechtsregelung sie gebunden sind (§ 72 Abs. 3e S. 1 Nr. 1 SGB XI). Details hierzu enthält die GKV-Prüfrichtlinie. Ein Verstoß gegen die Mitteilungspflichten kann sanktioniert werden. Auch hierzu muss die Prüfrichtlinie Festlegungen treffen (§ 72 Abs. 3c S. 2 SGB XI). Die Konsequenzen bei einem Verstoß gegen die Mitteilungspflicht (keine Mitteilung, eine falsche Mitteilung, eine unvollständige Mitteilung, eine verspätete Mitteilung) müssen verhältnismäßig sein. Dies gilt auch für die Anwendung durch den jeweiligen Landesverband der Pflegekassen im Einzelfall.

Details hinsichtlich der Einhaltung der in § 72 Abs. 3a SGB XI genannten Vorgaben werden in Richtlinien des Spitzenverbandes Bund der Pflegekassen festgelegt (§ 72 Abs. 3c S. 1 SGB XI). Dazu gehören insbesondere Verfahrens- und Prüfgrundsätze sowie die Konkretisierung der nach § 72 Abs. 3e S. 1 Nr. 2 SGB XI erforderlichen Angaben. Diese Richtlinien sind für die Pflegekassen, ihre Verbände und für die Pflegeeinrichtungen verbindlich (§ 72 Abs. 3c S. 7 SGB XI). Im Hinblick auf das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip sind derartige Rechtssetzungskompetenzen mehr als fragwürdig. Die Richtlinien bedürfen zwar gemäß § 72 Abs. 3c S. 5 SGB XI der Zustimmung des Bundesministeriums für Gesundheit und des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales. Gleichwohl legt eine Partei des Pflegesatzverfahrens einseitig Inhalte fest.

b) Tariforientierung

Pflegeeinrichtungen, die nicht einem Tarifvertrag oder einer kirchlichen Arbeitsrechtsregelung unterliegen, müssen sich daran orientieren. Kurz zusammengefasst: Wer nicht Tarif zahlt, muss Gehälter und Löhne zahlen, die dem Tarifvertrag entsprechen.

Das Gesetz sieht in § 72 Abs. 3b S. 1 SGB XI für die Vergleichbarkeit der Entlohnung drei Fallgruppen vor:

– Die Pflegeeinrichtung zahlt Entgelte für Pflege- und Betreuungskräfte, die die eines einschlägigen Flächentarifvertrages (oder einer einschlägigen kirchlichen Arbeitsrechtsregelung) nicht unterschreiten (Nr. 1 und 3); maßgeblich für die Vergleichbarkeit ist der räumliche, zeitliche, fachliche und persönliche Geltungsbereich der Kollektivregelung.

- Die Pflegeeinrichtung zahlt Entgelte für Pflege- und Betreuungskräfte, die die eines Haus- oder Unternehmenstarifvertrages (oder einer einschlägigen kirchlichen Arbeitsregelung) der Region nicht unterschreiten (Nr. 2 und 3); maßgeblich für die Vergleichbarkeit ist hier der zeitliche und persönliche Geltungsbereich.
- Die Pflegeeinrichtung zahlt Entgelte, die den Durchschnitt des regional üblichen Entgeltniveaus nicht unterschreitet (Nr. 4).

Doch was ist nun eigentlich Entlohnung im Sinne des § 72 Abs. 3b S. 1 SGB XI?

Antworten darauf gibt § 72 Abs. 3b S. 2, 3 und 5 SGB XI. Zur Entlohnung im Sinne des Gesetzes zählen demzufolge nur folgende Geldleistungen:

- der Grundlohn,
- regelmäßige Jahressonderzahlungen,
- vermögenswirksame Leistungen des Arbeitsgebers
- pflegetypische Zulagen,
- der Lohn für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft,
- pflegetypische Zuschläge (Nacht-, Sonntags- und Feiertagszuschläge).

Die Beschränkung auf Geldleistungen geht an der Realität vorbei. Viele Pflegeeinrichtungen gewähren ihren Beschäftigten nichtmonetäre Vergünstigungen. Zum einen sollen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer entlastet und unterstützt werden. Zum anderen versucht man dadurch die Wettbewerbsfähigkeit des Berufes und des Arbeitsgebers zu verbessern. Zu solchen Leistungen gehören zusätzliche Urlaubstage für Beschäftigte mit Schulkindern oder pflegebedürftigen Angehörigen (Konzepte „familienfreundlicher Arbeitgeber“) und Unterstützung bei der Wohnungssuche oder bei der Eingliederung ausländischer Pflegekräfte. Diese geldwerten Leistungen bleiben ausdrücklich unberücksichtigt.

Ebenso an der Realität geht es vorbei, dass nur „pflegetypische Zuschläge“ relevant sind. Zuschüsse zum ÖPNV-Ticket („Job-Ticket“), Zuschüsse für Gebühren bei Kindertagesstätten oder eine vom Arbeitgeber mitfinanzierte Altersversorgung bleiben außer Betracht.

Von großer Bedeutung ist es, wie das regional übliche Entlohnungsniveau ermittelt wird. Die Mitteilung der Tarifanwender gemäß § 72 Abs. 3e S. 1 SGB XI muss auch Angaben über die Entlohnung der Pflege- und Betreuungskräfte enthalten. Diese Angaben werden benötigt, um das regional übliche Entlohnungsniveau zu ermitteln.

Im Zulassungsrecht geregelt (§ 72 Abs. 3b S. 6 ff. SGB XI) ist auch der Fall, dass sich Tarifvertrag, kirchliche Arbeitsrechtsregelungen oder das regional übliche Entlohnungsniveau ändern. Sogenannte Tarifanlehner (§ 72 Abs. 3b S. 1 Nr. 1 bis 3 SGB XI) haben die Entgeltanpassungen spätestens zwei Monate nach Veröffentlichung vorzunehmen.

Ein neu festgesetztes regional übliches Durchschnittsentgelt muss ab dem 1. Januar des Jahres bezahlt werden, das auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung der neuen Werte folgt. Unklar bleibt das Verhältnis zu § 84 Abs. 7 SGB XI. Demzufolge hat die Pflegeeinrichtung die bei der Vereinbarung der Pflegsätze zugrunde gelegte Bezahlung der Gehälter jederzeit einzuhalten. Wird eine Pflegesatzvereinbarung mit Wirkung zum 1. Oktober mit einer Laufzeit von einem Jahr abgeschlossen, so stellt sich die Frage, ob den Beschäftigten das regional übliche Entgelt bereits zum 1. Januar des Folgejahres gezahlt werden muss oder erst am 1.Oktober des Folgejahres.

III. Vergütungsrecht

Das Zulassungsrecht ist die eine Seite der Medaille, das Vergütungsrecht die andere. In §§ 84 Abs. 2 S. 5 und 6 SGB XI sowie § 89 Abs. 1 S. 4 und 5 SGB XI war bis zum Inkrafttreten des Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz (GWVG) geregelt, dass eine Entlohnung zum Niveau eines Tarifvertrages oder einer kirchlichen Arbeitsrechtsregelung nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden durfte. Diese Regelung galt für alle Beschäftigten, nicht nur für Pflege- und Betreuungskräfte. Daraus konnte aber keine Verpflichtung der Pflegeeinrichtung abgeleitet werden, nach Tarif zu bezahlen.

Mit der Änderung des Zulassungsrechts und der damit einhergehenden Verpflichtung der Pflegeeinrichtungen zur Tariftreue bzw. Tariforientierung wurde auch das Vergütungsrecht angepasst. § 82c wurde neu in das SGB XI aufgenommen.

1. Unternehmen, die an einen Tarifvertrag oder an eine kirchliche Arbeitsrechtsregelung gebunden sind

§ 82c Abs. 1 SGB XI legt fest, dass bei tarifgebundenen oder an kirchliche Arbeitsrechtsregelungen gebundene Unternehmen eine Bezahlung von Gehältern der Beschäftigten bis zur Höhe der aus dieser Bindung resultierenden Vorgaben nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden darf. Anders als § 72 Abs. 3a SGB XI erfasst § 82c Abs. 1 SGB XI nicht nur Pflege- und Betreuungskräfte, sondern alle „Beschäftigte“. In Pflegesatzverhandlungen müssen also die Gehälter aller

Beschäftigten akzeptiert werden, wenn sie dem Tarifvertrag oder der kirchlichen Arbeitsrechtsregelung entsprechen. Dabei spielt es keine Rolle, ob im Einzelfall das Entgeltniveau in einer Pflegeeinrichtung aufgrund vieler langjähriger Beschäftigter über dem Durchschnitt anderer Tarifanwender liegt. Tarif ist Tarif! Zur Vergütung gehören alle Gehalts- und Lohnbestandteile; die Aufzählung in § 72 Abs. 3b S. 3 SGB XI ist für § 82c Abs. 1 SGB XI unerheblich.

2. Unternehmen, die nicht an einen Tarifvertrag oder an eine kirchliche Arbeitsrechtsregelung gebunden sind

Für alle anderen Pflegeeinrichtungen – also solche, die nicht unter § 82c Abs. 1 SGB XI fallen – kann in den Pflegesatzverhandlungen die Zahlung von Entlohnungsbestandteilen nach § 72 Abs. 3b S. 2 Nr. 1 bis 5 SGB XI nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden, wenn das regional übliche Entlohnungsniveau nicht um mehr als 10 % überschritten wird (§ 82c Abs. 2 S. 1 SGB XI). Anders als § 82c Abs. 1 SGB XI gilt diese Regelung aber nur für Beschäftigte, die Leistungen der Pflege und Betreuung erbringen. Zahlt eine Pflegeeinrichtung also in Anlehnung an einen Tarifvertrag auch dem sonstigen Personal in Verwaltung, Küche, Technik, Hauswirtschaft und Gebäudereinigung das regional übliche Durchschnittsentgelt, dann besteht die Gefahr, dass die Kostenträger wegen vermeintlicher Unwirtschaftlichkeit die Refinanzierung über die Pflegesätze verweigern. Dem wird aber wohl § 84 Abs. 2 S. 4 und 5 SGB XI entgegenstehen: Wirtschaftliche Betriebsführung kann nicht verneint werden, wenn jemand regional durchschnittliche Entgelte bezahlt, die sich schließlich aus Tarifverträgen und kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen ergeben. Eine rechtliche Konsequenz, die der Gesetzgeber bei der Formulierung des § 82c Abs. 2 S. 1 SGB XI ignoriert hat.

3. Das regional übliche Entlohnungsniveau

Die Landesverbände der Pflegekassen ermitteln gemäß § 82c Abs. 2 S. 2 SGB XI anhand der von den Tarifanwendern gemachten Angaben (§ 72 Abs. 3e S. 1 SGB XI):

- das regional übliche Entlohnungsniveau,
- das regional übliche Entlohnungsniveau für die drei nach Ausbildung gestaffelten Pflege- und Betreuungskräfte und
- die regional üblichen Niveaus der pflegetypischen Zuschläge.[7]

Von besonderer Bedeutung ist die Ermittlung des regional üblichen Entlohnungsniveaus. In § 82c Abs. 2 S. 3 SGB XI heißt es dazu: „Das regional übliche

7 Details dazu in § 82c Abs. 2 Sätze 3 bis 5 SGB XI.

Entlohnungsniveau […] ist der Durchschnitt der Entlohnungsbestandteile nach § 72 Absatz 3b Satz 2 Nummer 1 bis 5 SGB XI, die die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Leistungen der Pflege oder Betreuung erbringen, in der jeweiligen Region nach den jeweils angewendeten Tarifverträgen und kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen erhalten". Differenziert wird dabei (nur) nach den folgenden drei Qualifikationsgruppen:

- Pflege- und Betreuungskräfte ohne mindestens einjährige Berufsausbildung,
- Pflege- und Betreuungskräfte mit mindestens einjähriger Berufsausbildung und
- Fachkräfte, in den Bereichen Pflege und Betreuung mit mindestens dreijähriger Berufsausbildung.

Eine weitere Differenzierung wird in § 82c Abs. 2 SGB XI vorgenommen: Bei „Tarifanlehnern" im Sinne des § 72 Abs. 3b Nr. 1 bis 3 SGB XI kann auch das Gehalt von Beschäftigten, die nicht in der Pflege oder Betreuung tätig sind, bis zur Höhe des Tarifvertrages oder der kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden.

Nicht erfasst von der Tarifbindungsregelung werden somit nur die Beschäftigten von Pflegeeinrichtungen, die nicht in der Pflege oder Betreuung tätig sind und für die kein Tarifvertrag und keine kirchliche Arbeitsrechtsregelung gilt. Für diese Beschäftigte verweist § 82 Abs. 2a S. 3 SGB XI lediglich auf die allgemeinen Bemessungssätze nach §§ 84 bis 89 SGB XI.

4. Leiharbeitskräfte, Werk- und Dienstverträge

Grundsätzlich sind die Pflegekassen gemäß § 82 Abs. 1 SGB XI nur verpflichtet, Tarifgehälter oder das regional übliche Entgelt zu bezahlen. Dies gilt entsprechend, wenn Beschäftigte ohne Arbeitsvertrag mit der Pflegeeinrichtung dort tätig werden. Erfasst werden damit auch Konstellationen, in denen Pflegeeinrichtungen im Wege der Arbeitnehmerüberlassung („Leiharbeitskräfte") oder aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages Pflege- oder Betreuungskräfte einsetzen (§ 82c Abs. 2b S. 1 SGB XI). Vermittlungsentgelte sind aber gemäß § 82c Abs. 2b S. 2 SGB XI von der Refinanzierung ausgeschlossen.

5. Sachlicher Grund im Sinne des § 82c Abs. 3 SGB XI

Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn ein sachlicher Grund im Sinne des § 82c Abs. 3 SGB XI vorliegt. Dann werden auch Entgelte in die Pflegesätze einkalkuliert, die über den Tarif hinausgehen oder das regional übliche Entgeltniveau um mehr als 10 % übersteigen.

Die Selbstverwaltungsorganisationen sind (bzw. waren) verpflichtet, bis zum 31.12.2023 gemeinsame Empfehlungen zum „sachlichen Grund" abzugeben (§ 82c Abs. 3 S. 4 SGB XI). Kommt keine Einigung zustande wird ein Schiedsgremium gebildet, das dann entscheidet (§ 82c Abs. 3 S. 3 und 5 i.V.m. § 113 Abs. 4 S. 2 bis 8 SGB XI). Abgesehen von zahlreichen und ergebnislosen Gesprächen ist bisher noch nichts passiert. Auch das Schiedsgremium wurde noch nicht eingesetzt, und das, obwohl wegen der hohen Kosten für Leiharbeitskräfte dringender Handlungsbedarf besteht!

Unabhängig davon, ob „gemeinsame Empfehlungen" bereits gegeben wurden, kann ein sachlicher Grund vorliegen. Ob dafür die Regelbeispiele der Pflegevergütungsrichtlinie (§ 6 Abs. 9) herangezogen werden dürfen, ist äußerst fraglich. In der Richtlinie ist gemäß § 82c Abs. 4 S. 1 SGB XI das „Verfahren" der Entgeltermittlung festgelegt. Die Beurteilung, ob ein sachlicher Grund vorliegt, ist jedoch keine Verfahrensfrage, sondern eine materiell-rechtliche. Die Richtlinien überschreiten damit ihre Ermächtigungsgrundlage.

Trotz dieser gesetzeswidrigen Regelung, können die dort (§ 6 Abs. 9 der Pflegevergütungsrichtlinie) genannten Überlegungen als „sachlicher Grund" gelten:

- eine in den Erfahrungsstufen abweichende Beschäftigtenstruktur bei Pflegeeinrichtungen nach § 72 Abs. 3b SGB XI, die ihre Beschäftigten in Höhe entsprechend dem maßgebenden Tarifvertragswerk bzw. den kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen entlohnen,
- eine vorliegende Vereinbarung auf Grundlage höhere Gehälter oder einer höheren Entlohnung, die in einer früheren Pflegesatz- oder Vergütungsvereinbarung der Pflegeeinrichtung nicht als unwirtschaftlich abgelehnt wurde,
- eine übertarifliche Bezahlung von beispielsweise Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in der Pflege und Betreuung mit einem Hochschulabschluss nach Teil 3 des Pflegeberufsgesetzes, die eine spezifische Tätigkeit mitübernehmen sowie
- die Zahlung wettbewerbsfähiger Löhne aufgrund einer besonders herausfordernden Fachkräftesituation in der Region.

Von besonderer Bedeutung wird diese Interpretation dann, wenn das regional übliche Entgeltniveau sinkt und nicht steigt. Dies ist gerade in den nächsten Jahren nicht unwahrscheinlich. Viele Pflege- und Betreuungskräfte der Baby-Boomer-Jahrgänge werden in Kürze in den Ruhestand gehen. Und damit gehen Beschäftigte mit – bedingt durch die Beschäftigungsdauer – hohen Gehältern. Ein niedriges Entgeltniveau ist jedoch kein Grund für eine Änderungskündigung mit Anpassung der Vergütung nach unten. Diese Fälle stellen also zwingend einen sachlichen Grund dar, da ansonsten die Personalkosten nicht mehr vollständig refinanziert wären.

6. Neuverhandlung der Pflegesätze bei Gehaltssteigerungen

Unbeantwortet lässt das Gesetz die Frage, wie mit Gehaltssteigerungen im Laufe eines Pflegesatzzeitraums umzugehen ist.

Gemäß § 85 Abs. 3 SGB XI wird eine Pflegesatzvereinbarung „im Voraus, vor Beginn der jeweiligen Wirtschaftsperiode, für einen zukünftigen Zeitraum" getroffen. Nachdem der wesentliche Anteil der Kosten einer Pflegeeinrichtung Personalkosten darstellen, ist eine unzutreffende Prognose über die Gehaltsentwicklung mitunter existenzgefährdend. Tarifanwender wissen zwar, wann der Tarifvertrag endet und möglicherweise mit Gehaltssteigerungen zu rechnen ist. Sie wissen aber nicht in welchem Umfang dies geschieht. Für nicht tarifgebundene Pflegeeinrichtungen begründet – wie oben dargestellt – § 72 Abs. 3b S. 6 ff. SGB XI Anpassungspflichten, die den laufenden Pflegesatzzeitraum berühren.

Eine Lösungsmöglichkeit bietet § 85 Abs. 7 S. 1 SGB XI: „Bei unvorhersehbaren wesentlichen Veränderungen der Annahmen, die der Vereinbarung oder Festsetzung der Pflegesätze zugrunde lagen, sind die Pflegesätze auf Verlangen einer Vertragspartei für den laufenden Pflegesatzzeitraum neu zu verhandeln." In Satz 2, der Regelbeispiele aufführt, wird zwar die Änderung des Lohnniveaus nicht genannt. Man könnte auch die Auffassung vertreten, dass Gehaltssteigerungen regelmäßig erfolgen und damit nicht unvorhersehbar sind. Unvorhersehbar ist jedoch die Höhe der Gehaltssteigerung. Und bereits ein Prozentpunkt mehr als in der Pflegesatzvereinbarung einkalkuliert, kann Pflegeeinrichtungen in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten bringen. Ausreichend ist es dann auch nicht – wie in der Praxis mitunter üblich – die Korrektur bei der nächsten Pflegesatzvereinbarung vorzunehmen, da Pflegeeinrichtungen dadurch in Liquiditätsengpässe geraten. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung von Personalkosten in Pflegeeinrichtungen sind nicht einkalkulierte Gehaltssteigerungen grundsätzlich als unvorhersehbare wesentliche Veränderung im Sinne des § 85 Abs. 7 S. 1 SGB XI einzustufen. Der Gesetzgeber ist im Interesse der Rechtssicherheit aufgerufen, dies als Regelbeispiel in § 85 Abs. 7 S. 2 SGB XI aufzunehmen.

Von praktischem Interesse wäre diese gesetzliche Änderung auch deshalb, da Pflegeeinrichtungen, die das regional übliche Entgelt zahlen, wegen des in § 72 Abs. 3b S. 7 SGB XI genannten Zeitpunkts ihre Pflegesatzverhandlungen auf den Herbst verschieben werden. Nur dann könnten Entgeltanpassungen zeitgleich zum 1. Januar in die Pflegesatzvereinbarung einkalkuliert werden. Der Verhandlungsstau im Herbst wäre aber für alle Beteiligten unerträglich.

IV. Kritik und Fazit

1. Alternative „Mindestlohn"

Es ist unbestritten, dass der Gesetzgeber aus sozialstaatlichen Gründen (Art. 20 Abs. 1 GG) Regelungen zur Vergütung von Beschäftigten treffen kann – vielleicht sogar muss. Er hat dies mit dem Mindestlohngesetz getan. Und es ist auch unbestritten, dass es angesichts des steigenden Bedarfs an Pflege und Betreuung im Alter und des sinkenden Angebots an Personal attraktiver Arbeitsbedingungen für Pflege- und Betreuungskräfte bedarf.

Speziell dafür wurden auch mit der Sechsten Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche[8] Sondervorschriften geschaffen. Diese Regelungen sind systematisch und (relativ) bürokratiearm. Warum hat der Gesetzgeber nicht diese Möglichkeit genutzt? Stattdessen wird das Sozialversicherungsrecht mit rechtsgebietsfremden Inhalten überzogen.

2. Bürokratieaufbau

Die gesetzlichen Regelungen zur Umsetzung der Tariftreue führen zu einem weiteren Aufbau von Bürokratie in Pflegeeinrichtungen. Die Mitteilungspflichten (§ 72 Abs. 3d, Abs. 3e, § 84 Abs. 7 SGB XI) sowie das darauf basierende Kontroll- und Ermittlungsverfahren (§ 82c Abs. 2 S. 2, Abs. 5 SGB XI) belasten die Verwaltung der Pflegeeinrichtungen zusätzlich. Zu guter Letzt wird auch noch eine Geschäftsstelle eingerichtet, die sich auf Seiten der Pflegekassen um diesen zusätzlichen Verwaltungsaufwand kümmert (§ 82c Abs. 6 SGB XI).

Der beschriebene Verwaltungsaufwand trifft vor allem Pflegeeinrichtungen, die an einen Tarifvertrag oder an eine kirchliche Arbeitsrechtsregelung gebunden sind, da deren Daten für die Ermittlung des regional üblichen Entlohnungsniveaus benötigt werden.

3. Sog. Leiharbeitskräfte

Völlig unzureichend bleibt der gesetzliche Umgang mit sog. Leiharbeitskräften in der Pflege und Betreuung. Aufgrund von vergütungs-, haftungsrechtlichen und heimaufsichtlichen Vorgaben sind die Pflegeeinrichtungen verpflichtet, immer ausreichend Personal einzusetzen. Vorrangig aber aus Grün-

8 Sechste Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche (Sechste Pflegearbeitsbedingungenverordnung – 6. PflegeArbbV) v. 28.11.2023, BGBl. I 2023 Nr. 336.

den der Versorgungsqualität darf nicht auf Pflege- und Betreuungskräfte zeit- oder teilweise verzichtet werden. Der generelle Personalmangel führt immer wieder zu spontanen und auch länger andauernden Notlagen. Personalagenturen mit sog. Leiharbeitskräften nutzen dies aus. Die Entgelte für sog. Leiharbeitskräfte überschreiten in der Regel das Doppelte der üblichen Personalkosten, die von den Personalagenturen verlangten Arbeitskonditionen für ihre sog. Leiharbeitskräfte entsprechen meist nicht dem 24/7-Bedarf bei Pflege und Betreuung. Leiharbeitskräfte fordern nicht selten ausschließlich Dienst tagsüber und verwehren sich gegen Dienste am Wochenende oder an Feiertagen. Pflege und Betreuung ist aber rund um die Uhr an allen Tagen der Woche erforderlich.

Und wie reagiert der Gesetzgeber auf diesen Missstand?

Er nutzt nicht die Möglichkeit, in § 72 Abs. 2 SGB XI als Zulassungsvoraussetzung den (weitestgehenden) Verzicht auf sog. Leiharbeitskräfte in der Pflege und Betreuung anzuordnen. Diese Norm dient vor allem dazu, die Qualität in Pflegeeinrichtungen zu sichern. Es wäre sachgerecht, den Einsatz von sog. Leiharbeitskräften in der Pflege und Betreuung zu verbieten, auf nachgewiesene Notfälle zu beschränken oder bezogen auf das Gesamtpersonal prozentual auf ein Minimum zu beschränken. Diese Regelungsvorschläge stoßen häufig auf verfassungsrechtliche Bedenken. Dabei wird aber verkannt, dass der Handlungsbedarf nicht deshalb besteht, weil sog. Leiharbeit zu nicht refinanzierten Mehrkosten für Pflegeeinrichtungen führt. Sog. Leiharbeit – so die mittlerweile informell auch von Prüfinstanzen belegte Bewertung – verschlechtern die Pflegequalität erheblich. Dies liegt zum einen an der unzureichenden Einarbeitung der neuen Pflegekräfte, zum anderen aber an der Tatsache, dass Leiharbeitskräfte aufgrund ihres kurzfristigen Einsatzes selten mit der Qualität ihrer Arbeit konfrontiert werden. Im Gesetzgebungsverfahren sind diese evidenten Erkenntnisse zu verifizieren, um eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung zu schaffen.

Der Gesetzgeber hat diesen Handlungsbedarf noch nicht erkannt - im Gegenteil: In § 82 Abs. 2b S. 2 SGB XI untersagt er es, Vermittlungsentgelte als wirtschaftlich und damit refinanzierbar anzuerkennen. Und in § 82 Abs. 3 SGB XI versäumt er es, Leiharbeitsentgelte, die mehr als 10 % über das regional übliche Entlohnungsniveau hinausgehen, ausdrücklich als „sachlichen Grund“ anzuerkennen.

4. Diskriminierung von Nichtpflege- und Nichtbetreuungskräften

Die Zulassungs- und Vergütungsregelungen diskriminieren – wie oben dargestellt – an einigen Punkten Beschäftigte, die nicht in der Pflege oder Betreuung

arbeiten. Diese Differenzierung ist nicht sachgerecht und sorgt für Unzufriedenheit bei Beschäftigten, die nicht minder wichtig sind für die Versorgungsqualität in einer Pflegeeinrichtung. Ohne Verwaltungs-, Reinigungs- und Küchenkräfte, ohne den technischen Dienst funktioniert kein Pflegeheim.

5. Benachteiligung von Tarifanwendern

Die Tarifbindungsregelungen führen zu einer doppelten Benachteiligung von Tarifanwendern. Vor September 2022 war es ein wichtiger Wettbewerbsvorteil nach Tarif zahlen zu müssen bzw. zu dürfen. Kommunen und Wohlfahrtsverbände profitierten davon, dass sie höhere Gehälter und Löhne gezahlt haben und dadurch attraktiver für Pflege- und Betreuungskräfte waren. Die Heimentgelte waren dadurch in der Regel höher als bei nicht tarifgebundenen Einrichtungen; die Kontinuität und die Qualität beim Personal kamen den Bewohnerinnen und Bewohnern zugute.

Tarifgebundene Pflegeeinrichtungen sind aufgrund ihrer Verbandsmitgliedschaft in der Regel gezwungen, den Tarif einzuhalten. So verpflichtet z.B. § 5 Abs. 1 Nr. 2 der Satzung des Kommunalen Arbeitgeberverbands Bayern (KAV) alle Mitglieder, die vom KAV oder seiner Spitzenorganisation „abgeschlossenen Tarifverträge durchzuführen und diese weder zu unter- noch zu überschreiten". Während also nicht tarifgebundene Pflegeeinrichtungen über § 82c Abs. 3 SGB XI höhere Vergütungen mit besonderen Beschäftigtengruppen (z.B. Führungskräften) verhandeln können, ist dies tarifgebundenen Pflegeeinrichtungen verwehrt. Dies wird sich zu einem schwerwiegenden Nachteil für kommunale Pflegeeinrichtungen, die in der Regel tarifgebunden sind, entwickeln.

Besonders gravierend ist in dieser Hinsicht jedoch die Ermittlung des regional üblichen Durchschnittniveaus. Innerhalb der Qualifikationsgruppen wird ein Entgeltniveau ermittelt, das alle Beschäftigten dieser Gruppe erfasst. Langjährige Beschäftigte und Beschäftigte mit besonderen Zusatzqualifikationen werden in einen Topf geworfen mit Berufsanfängerinnen und Berufsanfängern. Dadurch ergibt sich ein durchschnittliches Entgeltniveau, das über dem Niveau der Eingangsvergütung liegt. Während Tarifanwender – wie bisher auch – an die Eingruppierungs- und Einstufungsregelungen z.B. des Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes gebunden sind, können Durchschnittanwender höhere Einstiegsgehälter zahlen, die dann auch mit dem Heimentgelt refinanziert werden müssen. Dadurch werden tarifungebundene Einrichtungen in finanzieller Hinsicht attraktiver für junge Pflege- und Betreuungskräfte oder für Quereinsteiger, und Tarifanwender haben wegen ihre Bindungspflicht das Nachsehen.

Verschärft wird diese Situation durch die 10-Prozent-Regelung des § 82c Abs. 2 S. 1 SGB XI. Die in Tarifen übliche Stufenregelung mit Gehaltsanstieg bei längerer Beschäftigungsdauer wäre bei der uneingeschränkten Anwendung des

Durchschnittsentgelts ausgeschlossen. Der Entlohnungsspielraum von 10 % kann jetzt jedoch für eine vergleichbare Stufenlösung auch bei Durchschnittsanwendern genutzt werden.

Was kann das für die Praxis bedeuten – Durchschnittsanwender können ihr Entlohnungssystem so gestalten, dass die für alle Pflege- und Betreuungskräfte finanziell attraktiver werden. Und tarifgebundene Pflegeeinrichtungen sollten sich überlegen, ob sie nicht – im Interesse ihrer Beschäftigten – aus dem Tarifvertrag aussteigen.

Ein kurioses Ergebnis!

6. Verfassungsrechtliche Bedenken

Und schließlich ist es mehr als fraglich, ob der Gesetzgeber mit den Tarifbindungsregelungen des SGB XI nicht in unzulässiger Art und Weise in die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) eingreift.

Zum einen schafft die gesetzliche Privilegierung von Tarifanwendern in den §§ 72, 82c SGB XI faktisch den Druck, sich einem Arbeitgeberverband anzuschließen bzw. sich dessen Tarifverträgen zu unterwerfen. Die (negative) Koalitionsfreiheit umfasst die Tarifautonomie, die hier tangiert wird.

Zum anderen werden möglicherweise Tarifanwender aufgrund der beschriebenen Konsequenzen bei der Ermittlung des regional üblichen Durchschnittsniveaus veranlasst, aus dem kommunalen Arbeitgeberverband auszutreten, um weiterhin attraktiv für junge Pflegekräfte zu bleiben.

Wenn und soweit Tarifbindungsregelungen sozialstaatlich motiviert und gerechtfertigt sein könnten, stellt sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeit die Frage nach der Erforderlichkeit, wenn Mindestlohn-Regelungen den gleichen Zweck erfüllen könnten. Die Einhaltung von Mindestlöhnen wird zudem staatlich kontrolliert. Verstöße gegen das Mindestlohn-Gesetz werden überdies mit Bußgeld sanktioniert, so dass der Gesetzesvollzug besser gewährleistet werden kann.

Äußerst bedenklich sind im Hinblick auf das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) und das Rechtsstaatsgebot (Art. 20 Abs. 2 GG) die weitreichenden Befugnisse des Spitzenverbandes Bund der Pflegekassen. Mit den Richtlinien wird Recht geschaffen, das mit der Ablehnung oder Kündigung von Versorgungsverträgen massive Einschnitte in die Berufsfreiheit von Pflegeeinrichtungen nach sich ziehen. Nicht unerwähnt bleiben darf auch der zusätzliche Verwaltungsaufwand, der nicht über eine Anpassung der Pflegesätze refinanziert

wird. Anders als sonst im SGB XI üblich, wird diese Aufgabe nicht den Selbstverwaltungspartnern und im Konfliktfall einer Schiedsstelle oder dem Bundesministerium für Gesundheit übertragen. Die nötige verfassungsrechtliche Legitimation hätte auch eine Rechtsverordnung des Ministeriums; auch dieser Weg wurde nicht gewählt.

Zusammen mit den anderen Kritikpunkten zeigt es sich, dass die Tariftreue-Vorschriften fehl am Platz sind. Es gibt die sozialstaatliche Alternative des (angemessenen) Mindestlohns, die weniger Verwaltungsaufwand verursacht und die Benachteiligung von Tarifanwendern vermeidet. Der Gesetzgeber sollte diese gut gemeinte, aber schlecht gemachte Reform baldmöglichst korrigieren.

Sonstige Quellen

GKV-Spitzenverband, Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 72 Abs. 3c SGB XI zu den Verfahrens- und Prüfgrundsätzen zur Einhaltung der Vorgaben für Versorgungsverträge nach § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI (Zulassungs-Richtlinien) v. 24.1.2022, abrufbar unter: *https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegeversicherung/gs_tarife/2024_01_30_Zulassungs-Richtlinien_nach_72_Abs.3c_SGB_XI_genehmigt.pdf* (zuletzt abgerufen am 24.11.2024).

GKV-Spitzenverband, Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 82c Abs. 4 SGB XI zum Verfahren nach § 82c Abs. 1 bis 3 und 5 SGB XI (Pflegevergütungs-Richtlinien) v. 24.1.2022 zuletzt geändert durch Beschluss v. 12.7.2023, abrufbar unter: *https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegeversicherung/gs_tarife/2024_01_30_Pflegeverguetungs-Richtlinien_nach_82c_Abs.4_SGB_XI_genehmigt.pdf* (zuletzt abgerufen am 24.11.2024).

GKV-Spitzenverband, Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes nach § 84 Abs. 7 SGB XI zum Nachweisverfahren über die bei der Pflegevergütung zu Grunde gelegte Bezahlung von Beschäftigten in Pflegeeinrichtungen (Nachweis-Richtlinien) v. 7.11.2022 zuletzt geändert durch Beschluss v. 12.7.2023, abrufbar unter: *https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/pflegeversicherung/richtlinien__vereinbarungen__formulare/rahmenvertraege__richlinien_und_bundesempfehlungen/2024_01_30_Nachweis-Richtlinien_nach__84_Abs._7_SGB_XI_genehmigt.pdf* (zuletzt abgerufen am 24.11.2024).

Tarifverträge und sozialrechtliche Leistungserbringung

Prof. Dr. Judith Brockmann/Prof. Dr. Felix Welti

Inhaltsübersicht

I. Einführung 323
II. Sozialpolitische Hintergründe 325
1. Politik 325
2. Verwaltung 326
3. Leistungserbringer und ihre Beschäftigten 326
4. Tarifvertragsparteien 326
5. An der Schnittstelle 328
III. Begriffsklärungen 329
IV. Verfassungsrechtliche Grundlagen 331
1. Sozialstaatsgebot 332
a) Staatsstrukturprinzip 332
b) Sozialstaat als Verfahren 332
2. Tarifautonomie als Grundrecht und als Institut des Sozialstaats 334
3. Kirchliches Selbstbestimmungsrecht 337
V. Unionsrecht 337
VI. Schluss 338
Literatur 339
Sonstige Quelle 342

I. Einführung

Mit den in diesem Buch dokumentierten Beiträgen und dem zu ihnen gehörenden Diskussionsprozess ist das Verhältnis von arbeitsrechtlichem Tarifrecht und sozialrechtlichem Leistungserbringungsrecht in Gesetzgebung, Recht-

sprechung und Vertragspraxis näher beleuchtet worden.[1] Dabei zeigt sich die Suche nach verbindenden systematischen und normativen Grundsätzen. Ebenso deutlich wird, dass die Weiterentwicklung dieses Verhältnisses nur in Kenntnis und Reflexion der sozialen Realitäten und der zum Teil nicht intendierten Folgen der aktuell geltenden Rechtsnormen erfolgen kann. Insoweit muss der Blick von der Norm zur Empirie und zurück wandern und auch die bestehenden Interessen zur Kenntnis nehmen.

Dabei kann sich ein Spannungsverhältnis selbst mit Blick auf die Rollen der einzelnen Menschen im Sozialstaat zeigen, die als abhängig Beschäftigte, Beitragszahlende in der Sozialversicherung und im Lebensverlauf wegen Krankheit, Behinderung und Pflegebedürftigkeit auf Leistungen angewiesene Versicherte gleichermaßen gut entlohnt, nicht unnötig mit Beiträgen belastet und gut und sicher versorgt sein wollen. Das scheint ganz einfach, mit Blick auf die Ergebnisse dieses Bandes aber zugleich kompliziert zu sein. An dieser Komplexität muss sich wissenschaftliche Expertise beweisen.

Die Schnittstellen von Arbeits- und Sozialrecht sind nicht von der Hand zu weisen und grundsätzlich anerkannt.[2] Dabei wird der Fokus in der rechtswissenschaftlichen Forschung allerdings bisher primär auf den Zusammenhang von Arbeitsverhältnissen, Arbeitnehmenden- und Beschäftigteneigenschaft und sozialer Sicherung (Statusfragen, Versicherungs- und Beitragspflicht einschließlich der Leistungsansprüche) gelegt und nur vereinzelt auf kollektivarbeitsrechtliche Bezüge. Zu Letzteren gehört etwa die Rolle der Verbände und Gewerkschaften in der Selbstverwaltung der Sozialversicherungsträger.[3]

Obgleich *Hlava* in seiner Bestandsaufnahme gezeigt hat, dass Tarifverträge in unterschiedlicher Weise in zahlreichen sozialrechtlichen Vorschriften Erwähnung finden,[4] und die hier relevante Entwicklung der Berücksichtigung von Tariflöhnen im Sozial-, Gesundheits- und Pflegewesen von der rechtswissenschaftlichen Literatur begleitet worden ist, ist die grundlegende rechtswissenschaftliche Befassung mit dem Verhältnis von Tarif- und Sozialrecht bislang weitgehend ein Desiderat.[5]

1 S. auch den Problemaufriss von *Brockmann*, SR 3/2025, im Erscheinen, dem einzelne Passagen dieses Beitrages entnommen sind.

2 Grundsätzlich: *Fuchs*, Zivilrecht und Sozialrecht; *Deinert/Maksimek/Sutterer-Kipping*, Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts.

3 Dazu *Braun u.a.*, SozSich 2008, 245 ff. sowie *Welti*, SGb 2011, 485 ff. je m.w.N.; zur Doppelrolle der Gewerkschaften als Tarifvertragsparteien und Interessenvertretung in der sozialen Selbstverwaltung auch *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59.

4 *Hlava*, SR 2021, 233 ff., sowie *Hlava* in: diesem Band.

5 Dies schmälert freilich nicht den Beitrag der hier zitierten Literatur.

II. Sozialpolitische Hintergründe

Die sozialpolitischen Hintergründe der hier untersuchten Gesetzgebung, Rechtsprechung, Verwaltungs- und Vertragspraxis sind als allgemeine und besondere Interessen im Rahmen gewachsener Beziehungen von Kooperation, Konflikt und gemeinsamer Normsetzung zu betrachten.

Dienste und Einrichtungen des Sozial-, Gesundheits- und Pflegewesens werden in Deutschland vor allem durch öffentliche Sozialleistungsträger finanziert, die als Sozialversicherungsträger (Krankenkassen, Pflegekassen, Renten- und Unfallversicherungsträger) oder als kommunale Körperschaften (Sozialhilfe, Eingliederungshilfe, Jugendhilfe) organisiert sind. Diese schließen mit den Diensten und Einrichtungen im Rahmen gesetzlicher und untergesetzlicher Regelungen Verträge über die zu erbringenden Leistungen und deren Vergütung.[6]

1. Politik

Bundestag und Bundesregierung als kreierende und ausführende Akteure sozialstaatlicher Gesetzgebung sind auf Handlungsfähigkeit angewiesen, um sozialpolitische Ziele definieren und umsetzen zu können. Wenn sie dabei ein leistungsfähiges und zugängliches Sozial-, Gesundheits- und Pflegewesen mit überwiegender Beitrags- und Steuerfinanzierung sicherstellen wollen, ist es notwendig, dass einerseits soziale Unternehmen mit leistungsfähigen Arbeitskräften zur Verfügung stehen, andererseits Beiträge und Steuern begrenzt sind und bleiben. Letzteres hängt davon ab, was wählende Bürgerinnen und Bürger zur solidarischen Finanzierung öffentlicher Aufgaben zu zahlen bereit sind. Zugleich sind auch der Wettbewerb politischer Programme – etwa einer mehr oder weniger solidarischen und auf professionelle Dienstleistungen setzenden Pflegepolitik – und die Konkurrenz von Institutionen innerhalb des Staatsapparates um die Verwendung der zur Verfügung stehenden Mittel erheblich.[7] Die aktuelle Diskussion um die Relevanz öffentlicher Infrastruktur zeigt, dass aktuell nicht Privatisierung gesellschaftlicher und öffentlicher Risiken und Aufgaben gefragt ist, wohl aber eine erhebliche Konkurrenz um die aufzubringenden Mittel besteht.

6 *Hänlein*, Recht der sozialen Dienste.

7 Vgl. *Rothgang* in: Masuch u.a., Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats – Bundesozialgericht und Sozialstaatsforschung, 139 ff.

2. Verwaltung

Für die Sozialverwaltung – hier insbesondere Sozialversicherung und Kommunen – ist von Bedeutung, ihre Aufgaben mit den zur Verfügung stehenden Mitteln verlässlich ausführen zu können. Soweit sie, wie die Kommunen bei Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen und die Sozialversicherungsträger bei Rehabilitationseinrichtungen, einen Teil der Leistungen selbst erbringt, hat sie ein Interesse daran, diese verlässlich und im Rahmen der für den öffentlichen Dienst geltenden Tarifverträge mit hinreichendem und qualifiziertem Personal betreiben zu können. Soweit die Sozialleistungsträger sich gemeinnütziger und privater Leistungserbringer bedienen, richtet sich ihr Interesse auf vergleichbare und gut administrierbare Bedingungen. Soweit in ihnen Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften im Rahmen der sozialen Selbstverwaltung berufen sind, Wirtschaftlichkeit und Nachhaltigkeit des Verwaltungshandelns zu überprüfen, sollte ihnen aus eigener Erfahrung bekannt sein, dass Tarifverträge dazu beitragen.

3. Leistungserbringer und ihre Beschäftigten

Für die privaten und gemeinnützigen Leistungserbringer besteht das Interesse, ihren Arbeitskräftebedarf bedarfsgerecht und möglichst günstig zu decken. Mit der gesellschaftlich und insbesondere demografisch bedingten Knappheit von Arbeitskräften wird dabei das Motiv der Arbeitskräftesicherung und Arbeitskräftegewinnung im Verhältnis zur Arbeitskostenbegrenzung stärker. In der Verfügbarkeit von Arbeitskräften und den Arbeitsmarktbedingungen bestehen dabei erhebliche regionale und sektorale Unterschiede auch innerhalb des Sozial-, Gesundheits- und Pflegewesens, über die wir im Einzelnen oft nicht genug wissen, um die Wirkungen einzelner Maßnahmen abschätzen zu können.

Arbeitskräfte können zwischen Unternehmen, Regionen und Sektoren in unterschiedlichem Maße wechseln. Dabei sind auch, wie etwa die Pandemie-Zeit gezeigt hat, Faktoren zu beachten, die den Wechsel von Arbeitskräften in den und aus dem sozialen Sektor begünstigen. Ein schwach regulierter Arbeitsmarkt würde beim Ausgleich dieser Faktoren zu viele negative Nebenfolgen für Beschäftigte, Unternehmen, Sozialversicherung und Staat mit sich bringen.

4. Tarifvertragsparteien

Dem europäischen Gesellschaftsmodell, wie es auch im deutschen Verfassungsrecht und Arbeitsrecht verankert ist, gilt deshalb die kollektive Setzung der Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge grundsätzlich als durch Flexibilität und Sachnähe gleichermaßen der individuellen wie der staatlichen Regulie-

rung als überlegen.[8] An einer solchen tariflichen Regelung haben aus institutionellen Gründen auch die Gewerkschaften und die Arbeitgeberverbände ein Interesse. Sie positionieren sich als regelungs- und gestaltungsfähige Akteure und können die Interessen ihrer Mitglieder vertreten, auch über den unmittelbar geregelten Bereich hinaus.

Für einen größeren Teil der bei der Erbringung sozialrechtlicher Leistungen regulierungsbedürftigen Arbeitsbedingungen schiene daher ein in sich hinreichend differenzierter und flexibler Flächentarifvertrag funktional. Doch hat ein solcher Flächentarif Voraussetzungen, die das deutsche Sozial-, Gesundheits- und Pflegewesen offensichtlich aus sich heraus nicht sicherstellen kann. Auf der Arbeitgeberseite sind drei, bei genauerem Hinsehen vier, Fraktionen erkennbar: die öffentlichen Unternehmen, die an die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes gebunden sind, die Unternehmen von Diakonie und Caritas, die in der Sonderwelt des kirchlichen Arbeitsrechts agieren, die weiteren gemeinnützigen Unternehmen, insbesondere unter dem Dach von PARITÄT, Arbeiterwohlfahrt und DRK sowie die privaten Leistungserbringer, diese wiederum geteilt in Unternehmen bis zur multinational tätigen Aktiengesellschaft und freiberuflich Tätige, namentlich im vertragsärztlichen Bereich und bei Pflegediensten. Quer zu dieser Differenzierung nach Inhaberschaft und Eigentum, die die Verbandszugehörigkeit mit bestimmt, sind auch die Betriebsgrößen im sozialen Sektor sehr heterogen, ohne dass es – wie etwa zwischen Industrie und Handwerk – eine Differenzierung gibt, die auch die Reichweite von Tarifverträgen vorgeben könnte. Dazu kommt, dass Abschluss, Geltung und Durchsetzung von Tarifverträgen teils durch einen niedrigen Organisationsgrad auf Beschäftigtenseite erschwert sind, der längerfristige und strukturelle Gründe zu haben scheint.

§ 11 Abs. 2 S. 3 SGB XI regelt für die Pflegeversicherung, dass frei-gemeinnützige und private Träger Vorrang gegenüber öffentlichen Trägern haben. Etwas zurückhaltender, aber auch im Sinne einer Subsidiarität eigener Angebote öffentlicher Träger, formulieren § 4 SGB VIII für das Recht der Kinder- und Jugendhilfe, § 96 SGB IX für die Eingliederungshilfe und § 5 SGB XII für die Sozialhilfe das Verhältnis zur freien Wohlfahrtspflege, den Kirchen und Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts bzw. der freien Jugendhilfe. § 2 Abs. 3 SGB V gibt ebenfalls vor, dass bei der Auswahl der Leistungserbringer ihre Vielfalt zu beachten und den religiösen Bedürfnissen der leistungsberechtigten Versicherten Rechnung zu tragen ist.[9] Insgesamt besteht damit ein

8 Vgl. grundsätzlich: *Blanke*, Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900.

9 Dieser Grundsatz wird beispielsweise in § 132 Abs. 2 S. 2 SGB V für die Auswahl von Leistungserbringern von Haushaltshilfe nochmals konkretisiert.

rechtlich gewollter Quasi-Markt unterschiedlicher Leistungsanbieter, der reguliert werden muss.

Während die Tarifbindung bei den öffentlichen und nicht-konfessionellen frei-gemeinnützigen Trägern eher hoch ist, gilt dies nicht für die privatwirtschaftlich-gewinnorientierten Träger.[10] Für die konfessionellen Träger findet dagegen das kirchliche Arbeitsrecht Anwendung.[11] Dies führt zu einer Bereichsausnahme für die Geltung des staatlichen Rechtsrahmens u.a. für kollektive Arbeitsbeziehungen.[12] Dies entspricht zwar dem religiösen Selbstverständnis der Kirchen und ihrer karitativ-diakonischen Einrichtungen, ist angesichts der Art und Weise ihrer Marktteilnahme und aktueller arbeitsrechtlicher Entwicklungen[13] aber zu Recht kritisiert worden.[14] Nur vereinzelt haben Landeskirchen und Trägerverbände für den so genannten Zweiten Weg optiert, also den Abschluss von Tarifverträgen.[15] Als Rahmenbedingung der hier behandelten Fragen ist entscheidend, dass die Arbeitsverhältnisse derzeit überwiegend auf Basis des so genannten Dritten Weges durch kirchliche Arbeitsrechtsregelungen festgelegt werden, insbesondere durch Arbeitsvertragsrichtlinien.[16] In der Vergangenheit sind gesetzgeberische Ansätze gescheitert, die auf eine Erstreckung tarifautonomer Regelungen gesetzt hatten.[17] Entscheidende Ursache dafür war eine Veto-Position kirchlicher Träger, die sich mehrheitlich gegen eine Nutzung von Tarifverträgen entschieden haben.[18]

5. An der Schnittstelle

Es kommt hinzu, dass die Arbeitsbedingungen im Sozial-, Gesundheits- und Pflegewesen in der Zone liegen, in der die „Plattenverschiebungen" zwischen Industrie und Dienstleistung besonders deutlich werden. Diese zeigen sich als Veränderungen und Spannungen in der Erwerbstätigenstruktur, im Geschlechterverhältnis, in der Demografie und den Proportionen der Wirtschafts- und Unternehmenssektoren. Diesen Verschiebungen kann nicht mit dem Dogma der Beitragssatz- und Kostenstabilität begegnet werden. Wenn die Produktivität des Industrie- und des Humandienstleistungssektors sich unter-

10 *Evans-Borchers* und *Schroeder* in diesem Band.
11 *Franzen,* RdA 2020, 75 ff.
12 Statt vieler *Waltermann* in: Marhold u.a., Festschrift für Maximilian Fuchs, 319 ff.
13 Vgl. BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, BAGE 143, 354, vgl. dazu *Schubert/ Wolter*, AuR 2013, 285.
14 *Waltermann* in: Marhold u.a., Festschrift für Maximilian Fuchs, 319 ff.; *Stein*, Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht im Arbeitsrecht und seine Grenzen, 74 ff., je m.w.N.
15 Bestandsaufnahme bei *Stein* (Fn. 23), 75. Zum Tarifvertrag Diakonie Niedersachsen s. auch *Kettler/ Schubert* in: Brose u.a., Festschrift für Ulrich Preis, 583, 585 sowie ver.di, Tarifvertrag Diakonie Niedersachsen (TV DN) v. 19.9.2014.
16 Kritisch wegen des fehlenden Ausgleichs bestehender Machtasymmetrien *Lührs*, AuR 2025, 64 ff.
17 Eingehend *Bieback* in diesem Band.
18 Dazu *Waltermann* in: Marhold u.a., Festschrift für Maximilian Fuchs, 319, 328 f.

schiedlich entwickeln, muss es vielmehr zu materiellen Verschiebungen kommen, wie der Arbeitskräftemangel[19] und die Kosten- und Beitragsentwicklungen in der Pflege- und Krankenversicherung zeigen. Ob und wie diese Mittel den Unternehmen und den Beschäftigten der Humandienstleistungen zugutekommen, ist nicht konfliktfrei regelbar. Ein auf Branchentarifverträgen aufbauendes System kann den Transfer von Arbeitskräften und Geld von Industrie zu Dienstleistung jedoch nicht allein regulieren. Das Sozialleistungssystem ist hier ein weiterer Faktor. Dass die Schnittstelle beider Regulierungssysteme relevant ist, liegt also auf der Hand.

III. Begriffsklärungen

Den nicht ganz kongruenten Interessenlagen entsprechen eine Unschärfe und Variabilität der benutzten Begriffe. Was das Ziel der untersuchten Regelungen und Praxen ist, kann unterschiedlich bezeichnet und gesehen werden. Insbesondere betrifft das die Begriffe der Tariftreue, Tarifbindung, Tarifgeltung oder tariflichen Bezahlung.

Die Rechtswissenschaft tut gut daran, hier zu differenzieren,[20] dies gilt auch und insbesondere im Hinblick auf die sozialrechtlichen Regelungen. Die begriffliche Differenzierung ist allerdings kein Selbstzweck. Sie ist einerseits für die rechtliche Einordnung und Behandlung der fraglichen Regelungen von Bedeutung.[21] Sie ist andererseits vor allem deshalb relevant, weil der jeweilige Ansatzpunkt und Fokus für die Beurteilung der Wirkung von rechtlichen Maßnahmen im Sinne einer Stärkung der Tarifbindung einen erheblichen Unterschied machen.[22]

Im Zusammenhang mit § 72 Abs. 3a bis 3g SGB XI wird im Kontext einer *Stärkung der Tarifautonomie* der Begriff der *Tariftreue* verwendet. Dieser ist vor allem in der vergaberechtlichen Diskussion geprägt worden, etwa mit der Einführung tarifvertragsbezogener Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Zusammenhang mit der Schaffung von Vergabegesetzen verschiedener Bundesländer seit den späten 1990er-Jahren.[23] Das Bundesverfassungsgericht

19 Vgl. *Fitzenberger*, Warum Arbeitskräfte trotz Rekordbeschäftigung und Rezession knapp sind, in: IAB-Forum 10.01.2024.

20 So auch *Waltermann*, NZA 2018, 686, 688; *Seiwerth*, NZA 2025, 137, 138, und ausführlich *Brockmann*, SR 3/2025, im Erscheinen.

21 Eingehend *Schlachter*, SR 2020, 205 ff.

22 Dazu eingehend *Seiwerth*, NZA 2025, 137, 138 ff.

23 Überblick bei *Schulten/Pawicki*, WSI-Mitteilungen 4/2008, 184, 186.

hat Anforderungen an eine verfassungsrechtlich zulässige Gestaltung solcher Tariftreueklauseln formuliert.[24]

Die *Tarifautonomie* bezeichnet demgegenüber einen Aspekt der grundrechtlichen Garantien aus Art. 9 Abs. 3 GG.[25] In positiver Wirkrichtung gewährt die Tarifautonomie die Freiheit zur autonomen vertraglichen Rechtsgestaltung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen im Rahmen eines kollektiven Aushandlungsprozesses, mit der in negativer Hinsicht eine prinzipielle staatliche Neutralitätspflicht einhergeht.[26] Allerdings bestehen ein Gestaltungsauftrag und eine staatliche Handlungspflicht zur Schaffung eines Rechtsrahmens für die Verwirklichung der Tarifautonomie.[27]

Daneben tritt der Begriff der *Tarifbindung*. Dieser wird mit unterschiedlichen Bedeutungen belegt. *Seiwerth* verwendet ihn, vor allem in Abgrenzung von der Tarifautonomie, in einem weiten Sinn, der nicht nur die Tarifgebundenheit, sondern die Tarifgeltung aus anderen Gründen einschließt.[28] Dafür spricht etwa der Wortlaut von § 5 Abs. 4 S. 1 TVG, in dem es heißt, dass die für allgemeinverbindlich erklärten „*Rechtsnormen des Tarifvertrages in seinem Geltungsbereich auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer*“ erfassen. *Waltermann* weist dagegen darauf hin, dass etwa im Hinblick auf die Regelungen der §§ 10 ff. AEntG zwischen Tarifbindung und *Tarifgeltung* zu differenzieren sei.[29] Denn diese Regelungen ermöglichen die Erstreckung der Geltung von Tarifnormen durch Rechtsverordnung gerade auf nicht-tarifgebundene Arbeitnehmende und Arbeitgebende. Rechtsfolge ist die Geltung ausgewählter tarifvertraglicher Regelungen,[30] nicht aber die Tarifbindung. Schließlich ist in rechtlicher Hinsicht noch nach dem Geltungsgrund zu differenzieren: Die *Tarifanwendung* kann aufgrund gesetzlicher Regelungen etwa des TVG oder des AEntG beruhen, bekanntermaßen ist davon eine Tarifanwendung zu unterscheiden, die auf einer vertraglichen Einbeziehung im Rahmen sog. Verweisungsklauseln beruht. Dies führt zu relevanten Unterschieden in der Beurteilung der Rechtsnatur der Regelungen, Tarifnormcharakter hier, vertragliche Natur dort. Dies hat erhebliche Folgen für den rechtlich zwingenden Charakter und die Abdingbarkeit der tarifvertraglichen Vorschriften.[31] Demgegenüber wird in Statistiken oder empirischen Studien häufig die tat-

24 BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, BVerfGE 116, 202 ff.
25 So auch *Seiwerth,* NZA 2025, 137, 138.
26 *Linsenmaier* in: ErfK GG Art. 9 Rn. 51 in Bezugnahme auf: BVerfG 18.11.1954 – 1 BvR 629/52; *Scholz* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 9 Rn. 165, 283 f.
27 *Hensel*, AuR 2025, 15, 18 m.w.N.
28 *Seiwerth*, NZA 2025, 137, 139.
29 *Waltermann*, NZA 2018, 686, 688.
30 Vgl. § 11 Abs. 1 AEntG.
31 *Schlachter*, SR 2020, 205 ff.

sächliche Anwendung von tariflichen Regelungen auf Arbeitsverhältnisse unabhängig von dem Geltungsgrund erfasst. Insoweit hat S*chlachter* vorgeschlagen, in diesem Zusammenhang den Begriff der *Tarifwirkung* zu verwenden.[32]

Im Unionsrecht hat in der sog. Mindestlohn-Richtlinie[33] mit der *tarifvertraglichen Abdeckung* ein weiterer Begriff Einzug in die Diskussion gehalten. Dieser bezeichnet nach Art. 3 Nr. 5 RL (EU) 2022/2041 den „*Anteil der Arbeitnehmer auf nationaler Ebene, für die ein Tarifvertrag gilt, berechnet als das Verhältnis der Zahl der Arbeitnehmer, für die ein Tarifvertrag gilt, zu der Zahl der Arbeitnehmer, deren Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge gemäß dem nationalen Recht und im Einklang mit den nationalen Gepflogenheiten geregelt werden können*."

Vorrangig dürfte aus einer sozial- und ordnungspolitischen Perspektive eine Sicherstellung qualitativ hochwertiger sozialer Dienstleistungen durch Vermeidung eines Verdrängungswettbewerbs über die Lohnkosten (so § 7a Abs. 1 S. 1 a.E. AEntG) und die Gewährleistung guter Arbeitsbedingungen sein, indem der rechtliche Rahmen so gestaltet wird, dass eine flächendeckende Tarifgeltung erreicht wird.[34] Dies ist grundsätzlich nicht nur durch mitgliedschaftlich begründete Tarifbindung, sondern auch durch die Allgemeinverbindlichkeitserklärung und Erstreckung von Tarifverträgen möglich, die auch im kirchlichen Arbeitsrecht vollzogen werden könnten.[35] Sie scheitert aber aus prinzipiellen Erwägungen an einer gegenteiligen Praxis der kirchlichen Träger.[36] Letztere erklärt auch das differenzierte Regelungskonzept der §§ 7a und 10 ff. AEntG und auch die Fassung des § 72 Abs. 2a bis 2f SGB XI.

IV. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Wo versucht wird, sozialpolitische Regelungsziele und Interessen mit dem Medium des Rechts zu entscheiden, sind verfassungsrechtliche Grundlagen zu beachten, mit denen Argumentationsstrukturen und Handlungsspielräume in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtspraxis beeinflusst werden können. Verfassungsrechtlicher Streit kann bis zum Bundesverfassungsgericht getragen werden, entfaltet aber oft schon viel früher Wirkungen auf Politik, Rechtsetzung und Rechtsprechung.

32 *Schlachter*, SR 2020, 205 ff.

33 Richtlinie (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.10.2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, ABl. 2022, L 275/33.

34 *Waltermann*, NZA 2018, 686, 688.

35 *Waltermann* in: Marhold u.a., Festschrift für Maximilian Fuchs. 319, 328.

36 *Kettler/Schubert* in: Brose u.a., Festschrift für Ulrich Preis, 583, 597; *Waltermann*, NZA 2018, 686, 692.

1. Sozialstaatsgebot

a) Staatsstrukturprinzip

Das Sozialstaatsgebot gilt oft als kaum justiziabel, da es Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung zwar als Staatsstrukturprinzip umfassend bindet, ihnen jedoch erhebliche Spielräume gibt. Die Grenzen dieses Spielraums lassen sich oft auch mit der sozialen Seite der Grundrechte begründen[37]. Gleichwohl ist das Sozialstaatsprinzip ein gewichtiges Argument dafür, soziale Bedarfslagen und Probleme nicht unberücksichtigt zu lassen. Dies gilt sowohl für die Existenz einer funktionsfähigen sozialen Sicherung bei Krankheit, Behinderung und Pflegebedürftigkeit wie für die Arbeitsbedingungen derjenigen, welche die dafür benötigten sozialen Dienstleistungen erbringen.

Relevant ist das Sozialstaatsgebot auch für die Strukturentscheidungen sozialer Normgebung. Die Festschreibung des sozialen Bundesstaats (Art. 20 Abs. 1 GG) und sozialen Rechtsstaats (Art. 28 Abs. 1 GG) im Grundgesetz 1949 knüpfte bewusst an die Weimarer Reichsverfassung von 1919 an, auch wenn das Grundgesetz im Wortlaut der sozialen Rechte weit weniger ausführlich gefasst ist. Die politische und soziale Situation nach beiden Weltkriegen führte dazu, dass die Verfassungsdokumente einen umfassenden Kompromiss zwischen Arbeit und Kapital und zwischen konservativ-christlichen, liberalen und sozialistischen Strömungen der Gestaltung von Staat und Gesellschaft ratifizierten.[38] Wie der soziale Staat und seine Regeln aussehen sollten, wird durch die Verfassung nicht im Einzelnen vorgegeben, sondern soll in einem nicht konfliktfreien, aber am Ende partnerschaftlichen Verfahren ausgehandelt werden. Das spricht gegen eine volle Verstaatlichung von Arbeitswelt und Sozialwesen ebenso wie gegen das freie Spiel der Marktkräfte bei ihrer Ausgestaltung.

b) Sozialstaat als Verfahren

Die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Tarifverträge der Arbeitgebervereinigungen und Gewerkschaften ist insoweit nicht nur ein Grundrecht im Rahmen der Vereinigungsfreiheit, sondern gehört zum Kernbestand sozialstaatlicher Normen. Daraus ergibt sich dann auch ein Gebot an den Staat, die mittelbaren Träger der Staatsverwaltung und die Gerichte, die Koalitionsfreiheit und die tarifliche Gestaltung zu respektieren.[39] Ob sich daraus auch ein Auftrag ergibt, tarifliche Gestaltung aktiv zu fördern, wird weder in der Wissenschaft noch in der Staats-

37 Vgl. *Bieback*, EuGRZ 1985, 657; *Neumann*, DVBl. 1997, 92; *Welti*, Betrifft Justiz 2011, 81.
38 *Scholle*, KJ 2019, 247.
39 Vgl. BVerfG 11.12.2024 – 1 BvR 1109/21, u.a. AP Nr. 157 zu Art. 9 GG.

praxis einheitlich gesehen. Angesichts der Vielfalt sozial- und wirtschaftspolitischer Zwecke und Konstellationen, die sich mit tariflich regelbaren Materien überschneiden, kann dies kaum anders sein. Im Mindestmaß müsste aber ein Gebot erkennbar sein, tarifliche Regelungen und Regelungsmöglichkeiten zu beachten, stärker dort, wo sie bereits bestehen.[40] Dem Gesetzgeber, der tarifliche Regelung erschwert oder ersetzt, müsste dafür eine Begründung abverlangt werden. Mit der hergebrachten Handlungsform der Allgemeinverbindlichkeit wird deutlich, dass tarifliche und staatliche Regelungen im sozialen Rechtsstaat auch nicht strikt getrennten Sphären angehören, sondern sich ergänzen und überschneiden können.

Die kooperative vertragliche Gestaltung sozialer Dienste und Einrichtungen durch die Sozialleistungsträger und durch Sozialleistungserbringer in kommunaler, frei-gemeinnütziger, freiberuflicher und privater Trägerschaft blickt, wie etwa die Formel von der öffentlichen und privaten Fürsorge zeigt, auf eine ebenso lange und vom Sozialstaatsgebot umfasste Tradition[41] zurück wie die tarifliche Normsetzung. Bei den freiberuflich Tätigen kann man sogar sagen, dass die Leistungserbringungsverträge etwa der Kassenärzte eine tarifähnliche Funktion hatten oder haben wie Tarifverträge.[42] Zusammen mit der Regulierung von Entgelten hat das vertragliche Leistungserbringungsrecht die Funktion, den Grad inhaltlicher und fachlicher Autonomie bei der Gestaltung von Sozialleistungen abzustecken. Gerade für die kirchlichen Wohlfahrtsverbände und für die freien Gesundheits- und Sozialberufe war und ist dieser Aspekt von zentraler Bedeutung. Indem diese ihre Autonomie auch in der innerbetrieblichen Gestaltung ihrer Verhältnisse geltend machen, können hier jedoch die Ordnungsprinzipien von Tarifrecht und Leistungserbringungsrecht in Konflikt geraten, auch jenseits von Entgelten und arbeitsrechtlicher Gestaltung.

In dieser Form der gesellschaftlichen Gestaltung des Sozialen durch teils kollektive Verträge stehen die sozial- und gesundheitswirtschaftlichen Unternehmen zwischen den Vertragspartnern auf Leistungsträgerseite, die ihnen den Wirtschaftlichkeitsdruck der öffentlichen Haushalte weitergeben und den Vertragspartnern auf Beschäftigtenseite, die ihnen den Kostendruck der organisierten Arbeit vermitteln. Dieses sozialstaatliche Arrangement kann funktionieren, wenn und weil alle Seiten Verhandlungsmacht, aber keine Exit-Option haben und grundsätzlich an der guten Erbringung der Sozialleistungen interessiert sind. Die Verhandlungsmacht der gewerkschaftlichen Seite ist dabei, ab-

40 Vgl. BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, BVerfGE 94, 268.

41 Vgl. BVerfG 18.7.1967 – 2 BvF 3/62, BVerfGE 22, 180; *Neumann*, Sozialrecht aktuell 2007, 216.

42 Dies zeigt auch die historische Entwicklung, dazu eingehend *Käsbauer*, Die Neuordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Ärzten und Krankenkassen durch das Berliner Abkommen vom 23.12.1913; vgl. auch *Rixen*, Soziales Recht 2024, 150.

hängig von der Arbeitsmarktlage und der Organisierbarkeit, wohl am stärksten variabel. Wo sie strukturell schwach ist, kann jedoch der Kostendruck einseitig zu Lasten der abhängig Beschäftigten wirken und damit die Voraussetzungen der Sozialleistungserbringung untergraben. Ein solcher Befund führt zu sozialstaatlichem Handlungsbedarf.

Bestätigt wird dies durch die Konkretisierungen, die das Sozialstaatsgebot im allgemeinen Sozialrecht gefunden hat. Nach § 2 Abs. 2 SGB I sind die sozialen Rechte, also die grundlegenden Leistungsrechte, bei der Auslegung aller Vorschriften des SGB und bei der Ausübung von Ermessen zu beachten. Dabei ist sicherzustellen, dass die sozialen Rechte möglichst weitgehend verwirklicht werden. Mit dieser Leitlinie der Auslegung[43] wird verdeutlicht, dass das Leistungserbringungsrecht eine gegenüber dem Leistungsrecht dienende Funktion hat. Es darf nicht so ausgestaltet werden, dass die Voraussetzungen der Sozialleistungen, etwa die Beschäftigung qualifizierter Fachkräfte, untergraben werden. Verdeutlicht wird dies durch die Bestimmung in § 17 Abs. 1 Nr. 2 SGB I, wonach die Leistungsträger verpflichtet sind, darauf hinzuwirken, dass die zur Ausführung von Sozialleistungen erforderlichen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen. Dieser Sicherstellungsauftrag wird in allen Büchern des Sozialgesetzbuches ausgeformt, meist in Verbindung mit dem Abschluss von Leistungserbringungsverträgen. Die Beachtung tariflicher oder tarifgleicher Entgelte kann als Konkretisierung des Sicherstellungsauftrags gelesen werden, die der Verwirklichung der sozialen Rechte dient. In den im Sozialgesetzbuch zu findenden leistungsrechtlichen Grundsätzen Qualität und Wirtschaftlichkeit können sie als Regelung der Strukturqualität verstanden werden. Sie bestimmt das Maß der Qualität, das gerade nicht unwirtschaftlich ist, sondern in einem anerkannten Verfahren diejenigen Entgelte festlegt, die nicht zu hoch und nicht zu niedrig sind.

2. Tarifautonomie als Grundrecht und als Institut des Sozialstaats

Es entspricht dem Doppelcharakter der Tarifautonomie als Freiheitsrecht und als sozialstaatliches Ordnungsprinzip, dass nicht leicht zu entscheiden ist, ob eine positive gesetzliche Bezugnahme auf Tarifverträge oder deren Inhalte ein Verstoß gegen die sogenannte negative Koalitionsfreiheit sein könnte, also die Freiheit, sich nicht tariflich zu binden. Dabei ist zu beachten, dass mit der Allgemeinverbindlichkeit ein Instrument besteht, mit dem der Staat sehr direkt Tarifverträge über den Kreis der Vertragsparteien hinaus anwendbar machen kann. Dieses ist jedoch an formelle und inhaltliche Hürden gebunden, näm-

43 Vgl. *Eichenhofer*, SGb 2011, 301.

lich das Einvernehmen der Sozialpartner und das öffentliche Interesse. So könnte argumentiert werden, dass der Gesetzgeber diese im Interesse der negativen Koalitionsfreiheit errichteten Schranken nicht umgehen sollte.

Bei den hier behandelten Normen scheint es, dass der Gesetzgeber sich bemüht hat, als deren Ziel nicht die Geltung von Tarifverträgen, sondern nur ausgewählter Inhalte, namentlich der Entgelte, zu deklarieren, um Konflikte mit der negativen Koalitionsfreiheit zu umgehen. Ob das eher politischen Rücksichtnahmen oder rechtlicher Vorsicht mit Blick auf das Bundesverfassungsgericht zuzuschreiben ist, wird nicht aufklärbar sein. Sieht man jedoch Tarifgeltung als ein generell geltendes und inhaltlich überlegenes Ordnungsprinzip bei der Gestaltung von Arbeitsbedingungen an, spricht viel dafür, dass auch eine unmittelbare positive Bezugnahme auf sie zulässig ist.

Der Gesetzgeber könnte geltend machen, dass der Arbeitskräftemangel im Sozial-, Gesundheits- und Pflegewesen eine konkrete Gefahr für das Erreichen der Ziele des Sozialrechts ist. Niedrige Entgelte, die in den aktuellen Regelungen primär adressiert werden, sind ein Grund dafür. Unattraktive Arbeitsbedingungen haben aber viele Facetten, wie auch die Forschung zu den Arbeitsbedingungen gezeigt hat.[44] Insofern wäre es der offenere und im Grunde weniger direktive Weg für die betroffene Berufsfreiheit der Leistungserbringer und ihrer Beschäftigten, wenn der Gesetzgeber ihnen die Regulierung der Arbeitsverhältnisse selbst überließe und nur auf das bewährte Instrumentarium des Kollektivvertrags verwiese. Dann ließe sich besser arbeitsmarktkonform klären, ob zum Beispiel höhere Entgelte, anders regulierte Arbeitszeiten oder betriebliche Sozialleistungen am ehesten geeignet sind, der Arbeitskräfteknappheit entgegenzuwirken.

Die Konzentration auf Arbeitsentgelte ist zwar nachvollziehbar, weil sie in personalintensiven Bereichen wie dem Gesundheits-, Pflege- und Sozialwesen einen erheblichen Anteil der Arbeitskosten ausmachen. Zweifelsohne trägt die Vergütung einer Tätigkeit zu ihrer Attraktivität bei. Und es ist auch richtig, dass die Beschäftigten im Sozial- und Gesundheitswesen einschließlich der Pflegebranche die „schlechte" Vergütung beklagt haben. Allerdings zeigen die empirischen Befunde weiterhin, dass Arbeitsbedingungen jenseits der Vergütung eine zentrale Bedeutung für die Arbeitszufriedenheit nicht nur, aber auch in den Pflegeberufen haben.[45]

44 Vgl. *Trumpa/Schöner* in diesem Band.

45 Eingehend *Senghaas/Struck*, Arbeits- und Personalsituation in der Alten- und Krankenpflege, Wie beurteilen Beschäftigte und Führungskräfte Belastungsfaktoren, Ressourcen und Handlungsmöglichkeiten, IAB-Forschungsbericht 8/2023 sowie *Trumpa/Schöner* in diesem Band.

Dieser Befund kann aus arbeitsrechtlicher Sicht nicht überraschen. Er ist einer der Gründe dafür, dass in Tarifverträgen nicht nur Arbeitsentgelte geregelt werden, sondern eine Vielzahl von Arbeitsbedingungen. Diese für die Beschäftigten relevanten Arbeitsbedingungen und nicht-monetären Vorteile werden aber nicht erfasst.

Zentrale Themen sind neben der Entlohnung die Arbeitszeit und Arbeitszeitgestaltung, berufliche (Weiter-)Bildung und sonstige Arbeitsbedingungen.[46] Dazu gehören etwa auch vereinbarkeitsfreundliche Teilzeitmodelle und Entlastungskonzepte, einschließlich neuer Wege einer alter(n)sgerechten Arbeitsorganisation. Auch (tarifvertragliche) Mindestpersonalbesetzungsregelungen können hierzu gezählt werden.[47] Es sind gerade solche Gestaltungsoptionen, die ausweislich der empirischen Befunde für die Beschäftigten besonders bedeutsam sind.[48]

Die Tatsache, dass alle genannten Vorschriften des Sozialrechts nur die Entlohnung betreffen, zeigt eine Schwäche im Verhältnis zu einer echten Stärkung der Tarifbindung. Sie unterscheiden sich im „Ausmaß" des Tarifbezuges deutlich etwa von einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung oder einer gesetzlich angeordneten Tarifgeltung. Es ist wesentlicher Ausdruck der Tariflogik, dass die Vereinbarungen über unterschiedliche Regelungsgegenstände einander bedingen. Auch wenn Arbeitsentgelte typischerweise in Entgelttarifverträgen mit kürzeren Laufzeiten verhandelt werden,[49] als sog. Mantel- oder sonstige Tarifverträge, die die übrigen Arbeitsbedingungen beinhalten,[50] stehen die Regelungen über das Arbeitsentgelt und andere Arbeitsbedingungen doch in einem engen sachlichen Zusammenhang. Der Abschluss von Tarifverträgen beruht auf Kompromissen:[51] Die Tarifvertragsparteien beurteilen im Rahmen ihrer Verhandlungsautonomie, wie einzelne Vereinbarungsinhalte im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zueinanderstehen, so dass insgesamt ein interessengerechter „Gesamtausgleich" erfolgt.[52] Dieser Zusammenhang wird durch die Selektion einzelner Entgeltbestandteile und einzelner Beschäftigtengruppen aufgelöst.

46 *Evans*, Public Health Forum 1/2018, 7, 8.
47 Zur Personalbemessung, Tarifverträgen und möglichen Tarifvorbehalten im Leistungserbringungsrecht des SGB V: *Deister* in diesem Band.
48 *Evans*, Public Health Forum 1/2018; 7, 8 sowie *Trumpa/Schöner* in diesem Band.
49 *Nebe* in: Däubler, TVG § 1 Rn. 84 ff.
50 *Nebe* in: Däubler, TVG § 1 Rn. 100 ff., 108.
51 *Ulber* in: Däubler, TVG Einl. Rn. 380 m.w.N.
52 *Ulber* in: Däubler, TVG Einl. Rn. 379 m.w.N.

3. Kirchliches Selbstbestimmungsrecht

Sperrig zum Regelungsanliegen verhält sich das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgesellschaften, die nach Art. 140 GG mit Art. 137 Abs. 3 WRV ihre Angelegenheiten selbstständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes ordnen und verwalten. Nach herrschender Auffassung gibt dies Caritas und Diakonie das Recht, in ihrer inneren Ordnung vom für alle geltenden Arbeitsrecht abzuweichen, Streikrecht und Tarifvertrag abzulehnen. Voraussetzung dafür ist nach dem Bundesarbeitsgericht allerdings, dass die diakonischen und karitativen Einrichtungen tatsächlich zum kirchlichen Aufgabenbereich gehören – der die praktizierte Nächstenliebe umfasst – und dass in ihnen ein äquivalentes partnerschaftliches Verfahren zur Bestimmung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen eingesetzt wird.[53] Obwohl der Wortlaut der Verfassungsnorm also keineswegs eindeutig ist, Streiks und Koalitionen grund- und menschenrechtlich geschützt sind,[54] setzt das BAG auf eine lange Linie der Konvergenz von weltlichem und kirchlichem Arbeitsrecht. Damit kann es einen Quasi-Tarifvertrag geben, der sich in vielem an die weltlichen Tarife anpasst. Einem einheitlichen Flächentarifvertrag für Soziales und Gesundheit, der so vieles erleichtern könnte, steht der Kirchenvorbehalt jedoch entgegen.

V. Unionsrecht

Das Verhältnis des Europäischen Unionsrechts zum Tarifrecht wie zum Sozialrecht ist nicht spannungsfrei. Zwar sind ein hohes Beschäftigungsniveau und angemessener sozialer Schutz (Art. 9 AEUV) und Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 14 AEUV) Querschnittsziele der Union. Ebenso enthält ihre Charta der Grundrechte einen ganzen Titel zur Solidarität (Art. 27–38) mit den Rechten auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen (Art. 28), auf soziale Sicherheit und soziale Unterstützung (Art. 34) und Gesundheitsschutz (Art. 35). Gleichwohl sind EU-Normsetzung und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs immer wieder in Konflikt mit Gewerkschaftsrechten und sozialen Regulierungen geraten.[55] Grundsätzlich ist die sozialrechtliche Leistungserbringung Gegenstand der Marktfreiheiten in der EU.

53 Vgl. BAG 20.11.2012 – 1 AZR 179/11, BAGE 143, 354.

54 *Buschmann* in: Schubert, Festschrift für Otto Ernst Kempen, 255 m.w.N.

55 Vgl. nur *Rödl* in: Masuch u.a., Grundlagen und Herausforderungen des Sozialrechts – Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht, 539 ff.; EuGH 11.12.2007 – C-438/05 *(Viking)*, dazu *Kocher*, AuR 2008, 409; *Däubler*, AuR 2008, 409; *Nagel*, AuR 2009, 150.

Die Ortsgebundenheit der meisten Sozial-, Gesundheits- und Pflegedienstleistungen scheint jedoch bisher verhindert zu haben, dass die hier behandelten Regelungen auf den Prüfstand des EU-Rechts gestellt werden. Allenfalls in Grenzregionen könnte thematisiert werden, wie mit einer Entgeltzahlung nach Tarif oder Tarifniveau eines Nachbarlandes umzugehen wäre. In weiterer Entfernung verhindert das Prinzip der Sachleistungsaushilfe zum ortsüblichen Niveau einen Konflikt. Einer Entsendung unter Nutzung des Lohngefälles ähneln nur die oft arbeits- und sozialrechtlich fragwürdig ausgestalteten Modelle einer Pflege durch im Haushalt aufgenommene Pflegekräfte.[56] Diese unterfällt aber, da durch Pflegegeld und privat finanziert, im Regelfall nicht den hier untersuchten Regelungen.

Sogenannte Tariftreueregelungen im Vergaberecht haben auch europarechtliche Fragen aufgeworfen, wobei nach der inzwischen sehr ausdifferenzierten Rechtsprechung des EuGH[57] Tariftreueregelungen unionsrechtskonform ausgestaltet werden können.[58]

Mit der Mindestlohn-Richtlinie wurden die EU-Mitgliedstaaten sogar aus Art. 4 Abs. 2 RL (EU) 2022/2041[59] zur Entwicklung eines nationalen Aktionsplans verpflichtet, mit dem Ziel der Erhöhung der Tarifabdeckung.[60] Von daher ist zu prüfen, ob die sozialrechtlichen Regelungen insoweit als Modell bei der Entwicklung geeigneter Instrumente und Maßnahmen dienen können.

VI. Schluss

Die sozialrechtlichen Regelungen in ihrer jetzigen Fassung haben zwar zu einer Erhöhung des Entgeltniveaus beigetragen,[61] können das Ziel verbesserter Arbeitsbedingungen durch eine Stärkung der Tarifbindung in ihrer jetzigen Fassung aber kaum erreichen. Sie scheinen weder für Einrichtungsträger noch für Arbeitnehmende einen Anreiz zum Verbands- oder Gewerkschaftsbeitritt, zum Abschluss von Tarifverträgen oder zur Tarifanwendung zu setzen. Für eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen, die zu einer Verbesserung der

56 *Kocher*, SozSich 2022, 260; *Kocher/Scheiwe*, NDV 2022, 494.

57 EuGH 3.4.2008 – C-346/06 *(Rüffert)*; EuGH 12.2.2015 – C-396/13 *(Sähköalojen ammattiliitto ry)*; EuGH 17.11.2015 – C-115/14 *(Regio Post)*.

58 Siehe zuletzt EuGH 12.2.2015 – C-396/13 *(Sähköalojen ammattiliitto ry),* sowie die Vergabe-RL 2014/24/EU, ABl. 2014, L 94/65, insbes. ErwGr. 39.

59 Richtlinie (EU) 2022/2041 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.10.2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union, ABl. 2022, L 275/33.

60 Dazu *Hensel*, AuR 2025, 15 ff.

61 *Evans-Borchers* in diesem Band.

Qualität der Sozialleistungen führt, greift die Beschränkung auf ausgewählte Entgeltbestandteile und bestimmte Beschäftigtengruppen zu kurz. Für die Weiterentwicklung von rechtlichen Instrumenten zur Stärkung der Tarifbindung im Gesundheits-, Sozial- und Pflegewesen wird es entscheidend darauf ankommen, den empirischen Befunden über die Arbeitsbedingungen auch jenseits der Vergütung sowie über die Arbeitsbeziehungen in den jeweiligen Bereich der Sozialleistungserbringung Rechnung zu tragen.

Insofern ist zunächst zu ermitteln, ob und inwiefern die Rahmenbedingungen etwa in Krankenhäusern und Rehabilitationseinrichtungen oder auch Einrichtungen der Eingliederungshilfe, für die bislang keine der Regelungen zur Sicherung von Mindestarbeitsbedingungen greift, vgl. § 10 S. 1 und 4 AEntG, denen in der Langzeitpflege vergleichbar sind. Dabei ist auch zu untersuchen, welche der bisherigen Vereinbarungen zum Beispiel zu Arbeitszeitmodellen, Mindestbesetzungsregelungen oder auch anderen Ausgleichsmechanismen etwa in sog. Entlastungstarifverträgen zu verbesserten Arbeitsbedingungen führt, die geeignet sind, die Attraktivität dieser Berufsfelder zu erhöhen und dem Fachkräftemangel entgegenzuwirken.

Literatur

Bieback, Karl-Jürgen, Sozialstaatsprinzip und Grundrechte, EuGRZ 1985, 657-669.

Blanke, Sandro, Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie? Hugo Sinzheimer im Kontext nach 1900, Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 46, Tübingen 2005.

Braun, Bernard/Klenk, Tanja/Nullmeier, Frank/Kluth, Winfried/Welti, Felix, Modernisierung der sozialen Selbstverwaltung und der Wahl ihrer Vertreter, Soziale Sicherheit 2008, 245–250.

Brockmann, Judith, Schnittstellen von Leistungserbringungsrecht und Tarifrecht: Exploration eines Problemfelds am Beispiel des SGB XI, SR 3/2025 (im Erscheinen).

Buschmann, Rudolf, Arbeitskampf zwischen Europäischem Unionsrecht, Europäischen und Internationalen Menschenrechten und Verfassungsrecht, in: Schubert, Jens (Hrsg.), Anforderungen an ein modernes kollektives Arbeitsrecht, Festschrift für Otto Ernst Kempen, Baden-Baden 2013, 253–278.

Däubler, Wolfgang (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmerentsendegesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit.: *Bearbeiter* in: Däubler, TVG § Rn.).

Däubler, Wolfgang, Europa und/oder Internationale Arbeitsnormen: ITF-Aktionen gegen Billig-Flaggen-Schiffe – im Widerspruch zum EG-Recht?, AuR 2008, 409–417.

Deinert, Olaf/Maksimek, Elena/Sutterer-Kipping, Amélie, Die Rechtspolitik des Sozial- und Arbeitsrechts, HSI-Schriftenreihe Bd. 30, Frankfurt am Main 2020, abrufbar unter: *https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-007366* (zuletzt abgerufen am 22.4.2025).

Eichenhofer, Eberhard, Soziale Rechte im Sozialgesetzbuch, SGb 2011, 301–304.

Evans, Michaela, Fachkräftemangel Pflege – Von disorganisierten Interessen zur Gestaltung, Public Health Forum 1/2018, 7–9.

Fitzenberger, Bernd, Warum Arbeitskräfte trotz Rekordbeschäftigung und Rezession knapp sind, in: IAB-Forum 10.01.2024.

Franzen, Martin, Das Pflegelöhneverbesserungsgesetz, RdA 2020, 75-83.

Fuchs, Martin, Zivilrecht und Sozialrecht: Recht und Dogmatik materieller Existenzsicherung in der modernen Gesellschaft, München 1992.

Hänlein, Andreas, Recht der sozialen Dienste, München 2018.

Hensel, Isabell, Höhere Tarifbindung durch Aktionspläne nach der Mindestlohnrichtlinie?, AuR 2025, 15-33.

Hlava, Daniel, Sozialrechtliche Privilegierung von Tarifverträgen, SR 2021, 233–252.

Käsbauer, Anna, Die Neuordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Ärzten und Krankenkassen durch das Berliner Abkommen vom 23.12.1913, Schriften zum Sozialrecht Bd. 32, Baden-Baden 2015.

Kettler, Gero/Schubert, Jens, Tariflöhne in der Pflege– Eine Geschichte ohne Happy End?, in: Brose, Wiebke/Rolfs, Christian/Greiner, Stefan/Sagan, Adam/Schneider, Angie/Stoffels, Markus/Temming, Felipe/Ulber, Daniel (Hrsg.), Grundlagen des Arbeits- und Sozialrecht, Festschrift für Ulrich Preis zum 65. Geburtstag, München 2021, 583–598.

Kocher, Eva, Position: Alternativen zu rechtswidrigen Formen von Live-In-Care, Soziale Sicherheit 2022, 260–261.

Kocher, Eva, Kollektivverhandlungen und Tarifautonomie – welche Rolle spielt das europäische Recht? (gleichzeitig Anmerkung zu den Entscheidungen des EuGH vom 11.12.2007 *(Viking)* und 18.12.2007 *(Laval)*), AuR 2008,13–18.

Lührs, Hermann, Verhandeln ohne Macht: Kollektives Betteln beim Diakonischen Werk, AuR 2025, 64–68.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Stand: 105 EL., München 2024 (zitiert: *Bearbeiter* in Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. Rn.).

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Gallner, Ingrid/Schmidt, Ingridt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 25. Aufl., München 2025 (zit.: *Bearbeiter* in: ErfK GG Art. Rn.).

Nagel, Bernhard, Europäische Marktfreiheiten, Koalitionsfreiheit und Sozialstaatsprinzip, AuR 2009, 155–160.

Neumann, Volker, Die Stellung der freien Wohlfahrtspflege im SGB XII, Sozialrecht aktuell 2007, 216–218.

Neumann, Volker, Sozialstaatsprinzip und Grundrechtsdogmatik, DVBl. 1997, 92–100.

Scheiwe, Kirsten/Kocher, Eva, Welche Regelungen sind für eine sozial verantwortliche Absicherung der häuslichen Betreuung erforderlich? Eine Erwiderung auf den Beitrag von Herweck und Weg im NDV 8/2022, NDV 10/2022, 494–497.

Rixen, Stephan, Sozialisierung selbständiger Arbeit: »Kassenarztrecht« als Intervention des Weimarer Wohlfahrtsstaates, SR 2024, 150–160.

Rothgang, Heinz, Pflege aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht: Die Pflegeversicherung als Erfolgsmodell mit Schönheitsfehlern in: Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker, Ulrich/Leibfried, Stephan (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats – Bundesozialgericht und Sozialstaatsforschung, Berlin 2015, 139–169.

Rödl, Florian, Die dialektische Entwicklung des Sozialen im Prozess der europäischen Integration, Die Dimension der kollektiven Arbeitsbeziehungen in: Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang Becker, Ulrich/Leibfried, Stephan (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialrechts – Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht, Berlin 2014, 539–557.

Schlachter, Monika, Rechtliche Anreize zur Tarifbindung im Ausland – Modell für Deutschland?, SR 2020, 205–216.

Scholle, Thilo, Verfassung und gesellschaftliche Kräfteverhältnisse oder Verfassung der gesellschaftlichen Kräfteverhältnisse? Verfassungsdebatten der radikalen Linken in der Revolution 1918/19, KJ 2019, 247–264.

Schubert, Jens M./Wolter, Henner, Fremdbestimmung des gewerkschaftlichen Streikrechts durch Kirchen – verfassungswidrig?, AuR 2013, 285–290.

Schulten, Thorsten/Pawicki, Michael, Tarifregelungen in Deutschland – ein aktueller Überblick, in: WSI-Mitteilungen Nr. 4, 2008, 184–190.

Seiwerth, Stephan, Rechtliche Möglichkeiten zur Stärkung der Tarifbindung, NZA 2025, 137–145.

Senghaas, Monika/Struck, Olaf, Arbeits- und Personalsituation in der Alten- und Krankenpflege, Wie beurteilen Beschäftigte und Führungskräfte Belastungsfaktoren, Ressourcen und Handlungsmöglichkeiten?, IAB-Forschungsbericht 8/2023, Nürnberg 2023.

Stein, Peter, Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht im Arbeitsrecht und seine Grenzen, Frankfurt am Main 2023.

Waltermann, Raimund, Gesetz für bessere Löhne in der Pflege – Gesetzgebung zwischen Sozialrecht, Arbeitsrecht und kirchlichen Sonderwegen, in: Marhold, Frank/Becker, Ulrich/Eichenhofer, Eberhard/Igl, Gerhard/Prosperetti, Giulio (Hrsg.), Arbeits- und Sozialrecht für Europa – Festschrift für Maximilian Fuchs, Baden-Baden 2020, 319–334.

Waltermann, Raimund, Koalitionsvertrag: Flächendeckende Tarifgeltung in der Pflegebranche, NZA 2018, 686–692.

Welti, Felix, Soziale Selbstverwaltung und Bürgerbeteiligung im sozialen Gesundheitswesen, SGb 2011, 485–491.

Welti, Felix, Teilhabe im sozialen Rechtsstaat, Betrifft Justiz 2011, 81–89.

Welti, Felix/Wiebelitz-Spangenberg, Christina, Sozialrechtlicher Rahmen für Arbeitsbedingungen im Gesundheitswesen, AuR 2017, 59–64.

Sonstige Quelle

ver.di, Tarifvertrag Diakonie Niedersachsen (TV DN) vom 19. September 2014, abrufbar unter: *https://ag-mav.org/wp-content/uploads/2024/12/TVDN_2024.pdf* (zuletzt abgerufen am 22.4.2025).

In der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeits- und Sozialrecht sind zuletzt erschienen:

Band 54 Anneliese Kärcher/Manfred Walser
Durchsetzung von Arbeitsrecht – das Arbeitsschutzkontrollgesetz als Modell?
ISBN 978-3-7663-7579-7

Band 53 Olaf Deinert
Die konditionierte Allgemeinverbindlicherklärung
ISBN 978-3-7663-7399-1

Band 52 HSI
Gewerkschaftsrechte heute
ISBN 978-3-7663-7368-7

Band 51 Uwe Fuhrmann
Frauen in der Geschichte der Mitbestimmung – Pionierinnen in Betriebsräten, Gewerkschaft und Politik
ISBN 978-3-7663-7344-1

Band 50 Wolfram Cremer/Olaf Deinert
Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts
ISBN 978-3-7663-7367-0

Band 49 Wolfgang Däubler
Klimaschutz und Arbeitsrecht
ISBN 978-3-7663-7366-3

Band 48 Reingard Zimmer
Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz
ISBN 978-3-7663-7312-0

Band 47 Peter Stein
Das kirchliche Selbstbestimmungsrecht im Arbeitsrecht und seine Grenzen
ISBN 978-3-7663-7295-6

Band 46 Bernd Waas
Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht
ISBN 978-3-7663-7294-9

Band 45 Victoria Koch-Rust/Gabriele Rosentreter
Rechtsstellung Dual Studierender
ISBN 978-3-7663-7287-1

Alle Bände der HSI-Schriftenreihe sind kostenlos abrufbar unter:
www.hugo-sinzheimer-institut.de