

Petenten Forderungen zur Petition „Würdevolle Pflege“

10.) Die Pflegekosten in Bundesgebiet sollten gleich sein. Dazu sind die Zuschüsse der einzelnen Länder gleichzustellen. Der Eigenanteil in den einzelnen Bundesländern darf nicht, wie zur Zeit, über 1.000,- € abweichen. Zur Gleichstellung ist hierfür ein Bundestarifvertrag-Pflege mit AVE erforderlich, der nur „zum“ und nicht „auf“ AEntG aufgebaut wird.

Begründung vom Petent Gregor Ter Heide

Mit der Corona-Pandemie wurde aktuell in der Kranken- und Alten-Pflege beweisbar festgestellt:

- 1.) Pflegekräfte sind systemrelevant und haben – trotz KabE-Beschluss zum **AEntG** – weiterhin ein **niedrigen Verdienst**, was den fehlenden beruflichen Nachwuchs und fehlende Pflegekräfte erklärt.
- 2.) **Krankenhäuser** sind **gewinnorientiert** und können mit Kranken-Pflege kein Geld verdienen, da Gesundheit nur der geldlichen wirtschaftlichen Maximierung unterworfen wurde, indem nur noch Operationen gewinnbringend sind.

Nun muss es ein Bundestarifvertrag-Pflege (BTV-Pflege) für **1,6 Mio.** sozialversicherte Pflegekräfte in der Kinder-, Kranken- und Altenpflege geben. Davon sind 1,1 Mio. in der Krankenpflege und 0,6 Mio. in der Altenpflege tätig. Über 50 % der Pflegekräfte arbeiten in Teilzeit oder sind geringfügig beschäftigt. In Deutschland befindet sich das Einkommen vielfach bei den Pflegekräften und Pflegefachkräften unterhalb vom soziokulturellen Existenzminimum. Mit dem neuen Fachkräfte-Einwanderungsgesetz (FEG) muss ausländischen Pflegekräften in Deutschland auch eine Teilnahme am gesellschaftlichen, politischen und kulturellen Leben ermöglicht werden, worauf jeder Bürger durch Art. 6 (2) GG iVm. Art. 12 GG, Art. 1 GrCh iVm. Art. 31 GrCh iZm. Art. 33 GrCh, Art. 8 EMRK einen Rechtsanspruch hat, dass derzeit **nur** als Arbeitsvertragsrecht oder Tarifvertragsrecht gilt bzw. dem **Privat-Recht** unterstellt ist.

Pflegekräfte = Mangelberuf. Laut ver.di fehlen in der Krankenpflege **80.000** Pflegekräfte und in ambulanter, stationärer **Altenpflege 63.000**. Durch das **FEG** könnten fehlende Pflegefachkräfte oder Pflegekräfte aus Drittstaaten angeworben werden. Die menschliche Pflege an kranken und alten Menschen ist teils prekär und durch den **Mangelberuf** beweisbar unzureichend. Nach dem aktuellen Gutachten, das i.A. der Bundesregierung erstellt wurde, fehlen 120.000 Pflegekräfte.

Rund **3,9 Mio. Pflegebedürftige** gibt es in Deutschland. 24 % von ihnen werden in stationären Einrichtungen versorgt und 76 % zu Hause – davon 51,7 % durch Angehörige und 24,3 % zusammen mit Angehörigen oder ausschließlich durch ambulante Pflegedienste.

Es gibt 14.480 Pflege-Einrichtungen, davon 53 % in (kirchlich-) freigemeinnütziger und 42 % in privater Trägerschaft. **Nur 5 %** der Einrichtungen befinden sich in kommunaler Öffentlicher Hand.

Die 14.100 ambulante Pflege-Dienste, die zu 62 % in privater Trägerschaft tätig sind, pflegen auch über 1 Mio. **Pflegebedürftige** in sog. „Zu-Hause-Pflege“ und sind auch u.a. für 167.156 Pflegende mit Pflegegrad 1 zuständig, wobei die häusliche Pflege mit bis zu 300.000 „**Live-In-Pflegekräften**“ aus Osteuropa bewerkstelligt wird.

Es werden ca. 70 % der Pflegebedürftigen zu Hause mit sog. „**Live-In-Pflegekräften**“ aus Osteuropa oder über Personal-Dienstleister über die **AÜ** mit Pflgekräften aus Dritt-Staaten geflegt. Auch über die teils illegalen Arbeitsvermittlungen werden Pflgekräfte mit Scheinselbständigkeit zu den Pflegebedürftigen zur häuslichen Pflegehilfe entsendet. Bei den **Live-In-Pflegekräften** kommt sehr oft – ohne Leiharbeitsvertrag – nur ein **Konkludenter Arbeitsvertrag** zustande, der ohne ein schriftliches Angebot mit mündlichen Vereinbarungen zustande kommt, da nur tatsächliche Beschäftigung vorhanden ist, die in Bargeld vergütet wird. Ebenso besteht hier auch die **prekäre Beschäftigung**, die das Arbeitsverhältnis mit niedrigstem Gehalt denn Kost und Wohnung wird als Verdienst berechnet. Häufig ist die Pflegehilfe nicht auf Dauer und Kontinuität angelegt; hat keine Absicherung durch die Sozialversicherung oder weist keine arbeitsrechtliche Schutzrechte auf. Ein **atypisches Beschäftigungsverhältnis** muss hierbei angenommen werden, denn die **Live-In-Pflege** als traditioneller Standard, weicht vom Normalarbeitsverhältnis ab, indem tarifliche Einkommen, die Arbeitszeit, die Integration in die sozialen Sicherungssysteme, die Arbeitnehmer(schutz)rechte, absichtlich nicht berücksichtigt werden. Experten schätzen, dass in Deutschland zwischen 100.000 und 300.000 **Live-In-Pflegekräfte** so tätig sind, da hohe Dunkelziffer besteht. Für das polnische Arbeitsministerium gab es eine Studie, wo 94 % dieser Pflegekräfte **illegal** in Deutschland arbeiten.

Aufgrund der Initiative zur Mobilität, hatte der Rat für Beschäftigung und Soziales am 21.06.2018 die **Entsende-Richtlinie (EU) 2018/957** für „**gleiches Entgelt für gleiche Arbeit am gleichen Ort**“ letztendlich beschlossen. Ein **Bundestarifvertrag-Pflege** (BTV-Pflege) für entsendete Beschäftigte, muss iVm. Arbeitnehmer-Überlassung (**AÜ**) zum deutschen **Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)** über das **TVG** mit einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung (**AVE**) verpflichtend umgesetzt werden:

1. Sämtliche Rechte bei allen Berufen, die am Ort der Entsendung-Tätigkeit zum Tragen kommen, sollen wie bei den Beschäftigten vor Ort gelten.
2. Alle Lohnbestandteile sind einbezogen, die in örtlichen Rechtsvorschriften und allgemein festgelegten verbindlichen Tarifverträgen, sowie Prämien oder Zulagen bestehen.
3. Entsendungen sollen künftig in der Regel nicht länger als 12 Monate, in Ausnahmen 18 Monate andauern.
4. Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern bei Arbeitnehmer-Überlassung mit lokalen Arbeitnehmern

Es müssen nun bis Juli 2020 „**echte Tarifverträge**“ als allgemeinverbindlich für die Pflegebranche nur über das **TVG** erklärt werden, damit es iVm. „Europa- und EU-Recht“ ein Bestand hat, indem „**die gleiche Arbeit, am gleichem Ort, mit gleichem Gehalt**“ umgesetzt wird. Die Personalnot in der Pflege kann nur „zum“ **AEntG** über das **TVG** mit dem **Pflegelöhneverbesserungsgesetz** für insg. **1,6 Mio.** Pflegekräfte durchgesetzt werden, um so mehr Pflegefachkräfte zu gewinnen und um die Arbeitsbedingungen zu verbessern, so dass es u.a. auch mehr Auszubildende gibt. Schon im Jahr 1995 und nochmals ab 2008 wurde von ILO (IAO) eine „**Decent-Work**“ (menschenwürdige Arbeit) iSv. **Art. 31 GrCh** entwickelt, die auch Bemühungen und Vereinbarungen zusammenfasste und dafür sorgen sollte, dass alle Menschen unter würdigen, angemessenen Arbeitsbedingungen, auch gegen angemessene Bezahlung zu angemessenen Zeiten, tätig sein können.

Die „Dritte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche“ (kurz: Pflegearbeitsbedingungenverordnung - 3. PflegeArbbv) trat am 01.11.2017 in Kraft und gilt bis April 2020. Die Pflegekräfte sind angestellt und bekommen ein Gehalt. Die Pflegekommission hatte sich schon am 25.04.2017 auf höhere Mindestgehälter geeinigt, sodass ab 01.01.2018 der Mindestgehalt auf 10,55 € pro Stunde im Westen und 10,05 € im Osten anstieg und die Laufzeit endete zum 30.04.2020. Am 29.02.2020 hatte die Pflegekommission aus Arbeitgebern und

Arbeitnehmern beschlossen, dass bis zum 01.04.2022 das Mindestgehalt für Pflege(hilfs)kräfte in vier Schritten auf **12,55 €** angehoben werden soll. Ab dem 01.07.2021 soll es erstmals einen Mindestgehalt für Pflegefachkräfte von 15 € geben und zum 01.04.2022 auf 15,40 € ansteigen soll. Die geforderte Ost-West-Angleichung geben, und soll zum 01.09.2021 auf einheitlich 12 € erhöht werden. Neu ist auch ein Mindestgehalt für qualifizierte Pflegehilfskräfte (angelernte Pflegekräfte mit einjähriger Ausbildung), das erst ab dem 01.04.2022 auf einheitlich **13,20 €** ansteigt.

Die Bundesregierung wörtlich zu den 13,20 € (**2.287 € Brutto**):

„Von diesem Mindestlohn, der über dem gesetzlichen Mindestlohn liegt, profitieren vor allem Pflegehilfskräfte“.

Die Pflegebeauftragte der SPD-Bundestagsfraktion, **Heike Baehrens** (MdB), lehnt den Beschluss der **Pflegekommission** ab.

Bei ca. **1.400 € Netto** (2.287 € Brutto) im Monat für Pflegekräfte bleibt später eine Grundrente von nur ca. **960 € Brutto** bzw. ca. **854 €** übrig. Für ausgebildete Pflegefachkräfte trifft das allerdings nicht zu. Zwischen den Kranken- und Altenpflegefachkräften gab es deutliche Unterschiede. Das **mittlere Gehalt** betrug im **Jahr 2017** bei den **Krankenpflegefachkräften 3.314 €** und bei den **Altenpflegefachkräften 2.746 €**. Es geht hier **nicht** um Pflege-Mindest-Gehalt von bis zu ca. **14 €**, sondern um einen echter Tarifvertrag, damit **„gleiches Entgelt für gleiche Arbeit am gleichen Ort“** die Gleichbehandlung durch **AVE** in 2 Gehaltsgruppen für alle Pflegekräfte gewährleistet werden kann. Beispiel: Jahresbrutto von 35.000 € = **2.910 € Brutto im Monat** = **16,82 € bei 40 Std./Woche** bedeutet nach 40 Jahren Arbeit bei 48 % Berechnung = 1.292 € Brutto = **1.142 € Nettorente**.

Der Arbeitsminister H. Heil schrieb im **Januar 2019** in der **BMAS** auf über 22 Seiten (wörtlich):

Liebe Leserin, lieber Leser,

gute Pflege verdient höchsten Respekt. Das weiß jeder, der schon einmal auf die Unterstützung anderer angewiesen war, ob als Betroffener oder als Angehöriger. Gerade für den engagierten Dienst am Menschen gilt: Wir brauchen anständige Löhne für die Beschäftigten. Denn diese wichtige Arbeit hat ihren Wert. Der Pflegemindestlohn ist dabei ein wichtiger Baustein. [...] Er regelt eine unterste Lohngrenze, die für alle Pflegebetriebe gilt und in keinem Fall unterschritten werden darf - nicht mehr, aber auch nicht weniger

Warum gibt es neben dem allgemeinen Mindestlohn noch einen Branchenmindestlohn für die Pflege?

Den pflegebedürftigen Mitmenschen eine gute Pflege zu gewährleisten, ist eine der wichtigsten gesamtgesellschaftlichen Aufgaben in der heutigen Zeit. Dafür sind zuverlässige und qualitätsorientierte Pflegebetriebe unabdingbar, in denen es motivierter und gewissenhafter Arbeitskräfte bedarf. Gutes Pflegepersonal wiederum braucht neben der gesellschaftlichen Anerkennung auch angemessene Arbeitsbedingungen.“

Ab **30.07.2020** darf **nicht** mehr ein **Mindest-Gehalt** im **BTV-Pflege** beinhaltet sein und **nicht auf AEntG** aufgebaut werden. BTV-Pflege darf nur „zum“ AEntG und muss „auf“ dem TVG bestehen.

Mit dem Inhalt im **§ 9 AEntG** (Ref.-Entwurf vom 12.11.2019) würde bei den Pflegehilfskräften nur eine solidarische „**Grundrente**“ von ca. **854 € Nettorente** übrig bleiben. Wenn Pflegekräfte 40 Jahre lang mit alten und/oder kranken Menschen verantwortungsvoll und belastend gearbeitet haben, wird ihnen nur ca. **960 € Brutto Grundrente** bzw. ca. **854 € Nettorente** übrig bleiben und so dass **es** nur **72 € Netto Unterschied** im Monat ist, wie als wenn ein sozialversicherungspflichtig Beschäftigter nur 33 Jahre für Grundrente gearbeitet hätte. Beispiel: Im Jahr 2019 lag bei alleinstehenden Pflegekräften der persönliche Bedarf zum Anspruch mit Grundsicherung bei 824 € Netto, zuzgl. 400 € Warmmiete je nach Wohnlage und Heizungszuschuss. Damit ist klar ersichtlich, dass Pflegehilfskräfte erst ab 01.04.2022 als Mindestgehalt 13,20 € verdienen werden, haben sie später nur **854 € Netto-Grundrente** zum (Über-)Leben übrig. Von der Pflegekommission wurden

die Berechnungen mit 13,20 € pro Stunde auch unterhalb vom **60 % Median** berechnet, der im nationalen Median mit 60 % beansichtigt ist, was dann ca. **13,66 €** pro Stunde bedeuten würde.

Bei aktuellen Vorschlägen zum **AEntG** und **BTV-Pflege** mit **AVE** vom Bundesarbeitsminister Heil für Pflegekräfte in der Kinder-, Kranken- und Altenpflege, besteht beweisbar:

- a) „nicht“, „gleiches Entgelt für gleiche Arbeit am gleichen Ort“, dass durch Anwendung allgemeinverbindlicher Tarifverträge, wie bei Beschäftigten vor Ort mit **TVöD-P** eine Gleichbehandlung EU-rechtlich gewährleisten muss.
- b) „nicht“ die Möglichkeit zur Teilnahme am jeweiligen gesellschaftlichen, politischen und kulturellen Leben durch die Beschäftigung im Arbeitsleben als Pflegekraft, das durch Art. 1 GG, Art. 1 EMRK, Art. 1 GrCh iVm. Art. 31 GrCh iZm. Art. 33 GrCh vom Staat zu gewährleisten ist.

Der **BTV-Pflege** muss nun auch mit einer Voraussetzung zum **FEG** innerhalb von Deutschland mit der **AVE** beinhaltet werden, so dass die Dienstleistungsfreiheit für Pflegekräfte räumlich, fachlich, sachlich, persönlich verbindlich wird, indem dann die Gehälter im **BTV-Pflege** mit den staatlichen **Lebenshaltungskosten-Index** automatisch erhöht werden müssen. Das erspart einen unnötigen Verwaltungsaufwand mit der zuständigen Kommissionen zur Tariffindung, wobei die eigentlichen Tarifpartner natürlich zusätzlich bessere bzw. höhere Tarife und Gehälter vereinbaren können. Die Personal-Dienstleister aus den 14 MOE-Staaten können mit Dritt-Staaten durch völkerrechtlich bilaterale **AÜ** mit niedrigen Gehältern eine Dienstleistungsfreiheit bis zu 12 Monate und mit Antrag bis zu 18 Monate für ihre Pflegefachkräfte preiswert ausnutzen. Durch Tarifvertrag kann die **AÜ** bis zu 45 Monate vertraglich erweitert werden.

In Deutschland sollen durch das **FEG** die Pflegekräfte aus EU-Ländern und Dritt-Staaten schon in den Herkunftsländern bei der Sprachausbildung finanziell unterstützt werden und für Vermittler von Pflegefachkräften aus dem Ausland soll ein Gütesiegel entwickelt werden. Die Ausbildungsbedingungen zur Kinder-, Kranken- und Altenpflege werden durch die Berufsausbildungsbeihilfe für ausländische Auszubildende verbessert.

Am 01.06.2013 trat eine neue Beschäftigungsverordnung (Verordnung über die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern = **BeschV**) in Kraft, unter welchen Voraussetzungen ausländische Arbeitnehmer – und bereits in Deutschland lebende Ausländer – zum deutschen Arbeitsmarkt zugelassen werden können. Die BeschV betrifft nur diejenigen Ausländer, die in Deutschland einer Aufenthaltserlaubnis bedürfen und denen dann auch die Beschäftigungsaufnahme gesondert erlaubt werden muss und ist iVm. dem **FEG** zu beachten.

Ein Asylbewerber und/oder Flüchtling bzw. Arbeitsmigrant kann unter Voraussetzungen iZm. dem **FEG** den befristeten Aufenthaltsstatus zur Aufenthaltserlaubnis erwerben. Dafür wird eine Zentrale Servicestelle für berufliche Anerkennung aufgebaut sowie ein Gütesiegel für private Vermittler ausländischer Pflegekräfte entwickelt und die Möglichkeit der Fach- und Sprachausbildung für Ausländer in der Kranken- und Altenpflege, schon in den Herkunftsländern geprüft werden. Nur dann wären Personen sofort zur Kranken- und Altenpflege mit einer Arbeitserlaubnis zuzulassen. Nicht von Verordnungen und vom **FEG** betroffene Bürger die eine Beschäftigung in Deutschland aufnehmen möchten, sind diejenigen Bürger der EU und des EWR (Island, Liechtenstein, Norwegen) oder Bürger aus der Schweiz. Diesem Personenkreis steht bereits aufgrund vom EU-Vertrag, die Personen-Freizügigkeit Art. 21 AEUV und Arbeitnehmerfreizügigkeit Art. 45 AEUV, ein Aufenthaltsrecht und auch das Recht der Dienstleistungsfreiheit Art. 56 AEUV, zur Ausübung einer selbstständigen oder unselbstständigen Erwerbstätigkeit zu.

Innenminister Horst Seehofer hatte zum **FEG** festgelegt, dass für ausländische Beschäftigte die nach Deutschland wollen um eine dauerhafte Tätigkeit als Pflegefachkräfte aus Dritt-Staaten hier auszuüben, unbewusst **21,30 €** für 173 Std. festgelegt. Für Pflegefachkräfte aus Dritt-Staaten – die älter als 45 Jahre sind und durch das FEG eine Tätigkeit ausüben wollen – wird vorausgesetzt, dass bei Beantragung der Aufenthaltserlaubnis im gesamten Arbeitsleben bis zur Rente über eine beweisbare angemessene Altersversorgung verfügt wird. Die Pflegefachkräfte müssen im Alter ab 45 Jahren mind. **3685 € Brutto** verdienen. Somit hätten alle normalen Pflegekräfte in Deutschland über das FEG keine Berechtigung. Damit soll ein unregelmäßiger Zuzug in das deutsche Sozialsystem verhindert werden. Der Nachweis dazu soll im Verfahren zur Zustimmung durch die ARGE mit **§ 39 (2) Nr. 2, (3) Nr. 2 AufenthG-E** geprüft werden, dass durch die **BeschV** der Nachweis in Anlehnung an Regelung in **§ 21 AufenthG** durch ausreichende Rentenanwartschaften oder Geld- oder Sachvermögenswerte erbracht werden kann.

Die **AVE** von Tarifverträgen im **§ 5 (1), 1 TVG**, kann auch vom **BMAS** bzw. vom Arbeitsminister im Einvernehmen mit den Vertretern der zuständigen Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer bestehenden Tarifausschuss, einen Tarifvertrag auf einzelne oder im gemeinsamen Antrag der Tarifvertragsparteien für allgemeinverbindlich erklären, wenn die **AVE** im öffentlichen Interesse geboten erscheint.

- Rund **120.000 Pflegekräfte** fehlen.
- Rund **80 % Pflegekräfte** sind **ohne Tarif-Anspruch**.

Deswegen kann auch das „**öffentliche Interesse**“, die „**wirtschaftlichen Verwerfungen**“ oder der „**soziale- und/oder berufliche Notstand**“ (u.a. mit Corona-Pandemie) begründet werden. Damit könnte der Bundesarbeitsminister die verschiedenen Tarif-Vorschläge berücksichtigen, um dann damit das Instrument der **AVE** zu benutzen, ohne die Balance zwischen autonomer Rechtsetzung der tariflichen Koalitionen und staatlicher Regelung in Frage zu stellen. Die Anerkennung vom „**Öffentliches Interesse**“ für ein **BTV-Pflege** ist somit beweisbar für den Gesetzgeber gegeben.

Die **AVE** von Tarifverträgen wird durch nachrichtlichen Hinweis im Bundesgesetzblatt, dem für Rechtsverordnungen in Art. 82 (1) 2 GG und **§ 1 VkbkmG** (Gesetz über die Verkündung von Rechtsverordnungen) (BGBl 1950 S. 23) vorgesehenen Publikationsverfahren, sowie Eintragungen in den Tarifregister, hinterlegt. Der Akt zur Rechtsetzung der **AVE**, ist den tariflich betroffenen Koalitions-Partnern für ein **BTV-Pflege** natürlich hinlänglich bekannt. Der Wortlaut im für Pflegekräfte zuständigen Tarifvertrag, kann durch dem vom Bundesminister Hubertus Heil geführten Tarifregister, nach **§ 6 TVG** jederzeit durch Einsichtnahme festgestellt werden. Rechtsstaatlich gebotene Wirkung der Veröffentlichung zur Dokumentation, wird durch das Tarifregister gewährleistet und insoweit ist Tarifpartner und Beschäftigten darauf natürlich selbst angewiesen, sich die Auskünfte aus dem Tarifregister einzuholen oder von der Tarifvertragspartei eine Abschrift des Tarifvertrags zu verlangen. Der ungehinderte Zugang von Pflegekräften zu dem öffentlichen Tarifregister, ist eine wesentliche Voraussetzung der Publizität allgemeinverbindlicher Tarifverträge iVm. **§ 5 TVG** als rechtsstaatliche Anforderung. Hierdurch wird gewährleistet, dass die **Kranken- und Altenpflege** auch der Inhalt der getroffenen Regelung, dann ohne Schwierigkeiten zugänglich ist.

Die geplanten oder/und bestehenden **Pflegekammern**, können **nicht** durch Mitgliedschaft der Beschäftigten in der Kranken- und Altenpflege als Tarifpartner durch **Art. 9 (3) GG** iVm. **§ 5 (1) TVG** im Tarif direkt tätig werden oder einen Tarifvertrag mit **AVE** abschließen.

Das OVG Lüneburg hatte die **Pflegekammer** in Nds. nur iVm. **Art 2 (1) GG** erlaubt und die Beschwerde abgewiesen. Wörtliche Begründung:

„Die Förderung des Pflegeberufs könne durch private oder freiwillige Zusammenschlüsse nicht gleich wirksam verwirklicht werden. Die Belastung durch die Mitgliedschaft sei nicht so schwerwiegend, dass der Gesetzgeber sie nicht anordnen dürfe. Das gelte auch für die Beitragspflicht an sich, wobei die Angemessenheit der Höhe des von der Pflegekammer festgesetzten Beitrags für die Frage, ob die Pflichtmitgliedschaft als solche rechtmäßig ist, keine Bedeutung hatte.“

Auch die **Bundespflegekammer** mit Zwangs-Mitgliedschaft kann nicht iVm. **Art 9 (3) GG** bestehen, um mit § 5 (1) TVG direkt ein tarifvertraglichen Abschluss zur AVE zu beschließen. Die einzelnen Pflegekammern in den 16 Bundesländern können alle nicht über Art. 9 (3) GG mit Zwangs-Mitgliedschaft der Beschäftigten iVm. der Kranken- und Altenpflege gesetzlich verordnet werden. vgl. OVG Lüneburg 8 LC 116/18 und Az.8 LC 117/18 vom 22.08.2019

Das **Gutachten (WD 6 - 3000 – 069/16)** vom **Wissenschaftlichen Dienst** des Bundestags, muss zur **AVE** von Tarifverträgen, auch beim **BTV-Pflege** in den Vordergrund gestellt werden.

Die Voraussetzungen zur AVE ist § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 TVG sind in der Regel richtig, wenn:

1. der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen überwiegende Bedeutung erlangt hat,
oder
2. die Absicherung der Wirksamkeit der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklung mit Allgemeinverbindlicherklärung (AVE)

Die Bedeutung von einer **AVE** und den verfassungsrechtlichen Aspekten, wird die grundsätzliche Begrenzung der Tarifgeltung auf Mitglieder der Tarifvertragsparteien ermöglicht. Damit werden nicht-organisierten Arbeitnehmer, bei Arbeitsverträgen, durch die **AVE** tarifvertraglich festgelegten Mindeststandard, besser geschützt und Arbeitgeber können sich dadurch nicht mehr unterbieten. Das BVerfG führt die **AVE** insoweit auf die subsidiäre Regelungszuständigkeit des Staates zurück. Die trete immer dann ein, wenn die tarifliche Koalitionen die ihnen übertragene Aufgabe, das Arbeitsleben durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, im Einzelfall nicht allein erfüllen können und die soziale Schutzbedürftigkeit einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen oder ein sonstiges öffentliches Interesse ein Eingreifen des Staates erforderlich macht. Bei ihrem Einsatz ist stets die Normsetzungsprärogative der Koalitionen zu beachten. Auch darf sie lediglich zum Schutz des strukturell unterlegenen Arbeitnehmers eingesetzt werden. Die **AVE** erfüllt insgesamt ähnliche sozialpolitische Aufgaben wie der Tarifvertrag allgemein. Sie schützt den einzelnen Arbeitnehmer in der sog. Schutzfunktion und gewährleistet die einheitliche Gestaltung der Arbeitsbedingungen als eine sog. Ordnungsfunktion. Damit verhindert, dass die Arbeitgeber an einem Wettbewerb zum Unterbieten bei den Arbeitsbedingungen, die dann in einer sog. Kartellfunktion tätig sind. Würde die **AVE** aufgehoben, so endet dann die Tarifgeltung auch für die bisher von ihr erfassten und auch nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die AVE endet aber auch mit Ablauf des Tarifvertrags nach § 5 Abs. 5 Satz 3 TVG. Sie nimmt den Tarifvertragsparteien allerdings nicht die Herrschaft über den Tarifvertrag. Sie können ihn jederzeit ändern und dadurch die Beendigung der AVE herbeiführen. Der Gesetzesbegründung im TVG zufolge sollen auch solche Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden können, welche den Geltungsbereich von den Tarifverträgen wesentlich prägen. Die überwiegende Bedeutung, kann sich danach in erster Linie aus der gewerkschaftlichen Mitgliedschaft zur Tarifbindung ergeben. Darüber hinaus sind für die überwiegende Bedeutung vom Tarifvertrag, nun auch noch sämtliche Arbeitsverhältnisse, die tarifgemäß ausgestaltet sind, heranzuziehen.

Die Bestimmungen des **§ 5 (1) TVG** sind durch das „**Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie**“ mit der Wirkung vom 16.08.2014 neu gefasst worden. Damit wurde ein Betrieb – ein Tarifvertrag mit der Möglichkeit nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TVG erklärt, das eine tarifliche Allgemeinverbindlichkeit zur Abwehr der Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklung besteht. Durch diese Regelung wird die Funktion der **AVE** gegenüber den bisherigen Ausführungen ausgeweitet, nicht mehr primär den Arbeitnehmerschutz zum Ziel haben muss, sondern auch der Abstützung des tarifvertraglichen Systems selbst dienen kann. Das Verfahren der **AVE** ist in § 5 Abs. 2, 3 und 7 TVG geregelt. Einzelheiten bestimmt die „Verordnung zur Durchführung des Tarifvertragsgesetzes“ (**TVG-DVO**).

Das **BMAS** kann den Antrag der Tarifvertragsparteien, aufgrund der beweisbar sehr niedrige tarifvertraglichen Bindung durch die zuständigen Arbeitgeberverbände, selbstverständlich auch ablehnen, wenn gesetzliche Voraussetzungen § 5 (1) TVG nach Überzeugung vom Minister nicht erfüllt sind. Bezüglich der Frage vom öffentlichen Interesse, muss sich das **BMAS** nicht am positiven Votum bei einem möglich tariflichen Ausschuss binden, sondern er hat dieses in eigener Verantwortung zu prüfen und dabei nicht nur allein die Interessen der Tarifvertragsparteien zu berücksichtigen. Die dann für die allgemeinverbindlich erklärten Tarifnormen, sind danach gegenüber Außenseitern bei den Unternehmen in der Kranken- und Altenpflege, durch staatliche Mitwirkung ausreichend und demokratisch legitimiert, da sich der Staat zum Normsetzungsrecht nicht völlig entäußert. Die **AVE** für den **BTV-Pflege** liegt beweisbar im öffentlichen Interesse und des Staates, da ein allgemeines dringendes Bedürfnis für das Personal in der deutschen Kranken- und Altenpflege besteht, um das die kranken und alten Bürger genug Pflege erhalten. Die Notwendigkeit besteht aktuell, dass gleichartige angemessene soziale und gerechte Arbeitsbedingungen durchgesetzt werden, sodass der Arbeitsfrieden in der Pflege gesichert ist. Die Druckmittel der Gewerkschaft „ver.di“ für einen bundesweiten Tarif etwas mit 10 % bewirken zu können, ist nicht vorhanden. Der fast **tariflose Zustand** mit insg. **20 % Tarifbindung** bei Arbeitgebern in der Kranken- und Altenpflege und zusätzlich noch als **Mangelberuf** darf vom Staat nicht geduldet werden.

Das **BVerfG** bezeichnet in diesem Sinne die **AVE** als „ein Instrument“, das die von **Art. 9 (3) GG** intendierte autonome Ordnung im Arbeitsleben durch tarifliche Koalitionen abstützen soll, indem sie den Normen vom Tarifvertrag zu größerer Durchsetzungskraft verhilft. Empirische Angaben über Defizite als Wirksamkeit der **AVE** der letzten Jahre, stützen die rechtspolitischen Vorschläge, welche auf eine Erleichterung ihres Zustandekommens abzielen, die im Rahmen der Abwägung zur Verhältnismäßigkeit des Art. 12 GG zu berücksichtigen wären. Das BVerfG hatte jedoch sowohl die Bestimmung über die Bekanntmachung der **AVE**, als auch das durch sie sichergestellte Maß an Publizität der allgemeinverbindlichen Tarifnormen, zwar ebenso als nicht befriedigend bezeichnet, zugleich aber festgestellt, dass sie der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung unter dem Aspekt vom Rechtsstaatsprinzip noch standhalten. Da nur noch bei den in Frage kommenden Tarif-Partner bei Unternehmen in **der Altenpflege insg. nur 20 %** der Verband-Mitglieder tarifgebunden sein könnten, besteht somit bundeseinheitlich nicht mehr die Befugnis dort als Tarifpartner vertraglich mitzuwirken. Es besteht beweisbar großer Handlungsbedarf, da die „Mächtigkeit“ der Tarifpartner fehlt, um ein Tarifvertrag abschließen zu können bzw. zu dürfen. Der Staat ist dringend verpflichtet, den tariflosen Zustand in der Kranken- und Altenpflege zu beenden.

Einigkeit besteht im **BVerfG** weitgehend darüber, dass § 5 TVG eigenständig im Licht der Aufgaben im öffentlichen Interesse **nur unter dringendem Mangelberuf** so auszulegen ist, dass wegen der Tarifautonomie, alle tariflich möglichen Koalitionspartner beteiligt werden müssen. Ihr wichtigstes Element ist eigentlich bei allen Forderungen, die Ermöglichung tariflicher Inhalte und Regelungen.

Der Staat darf seine eigene Normsetzungsmacht **nicht** zu weit zurücknehmen, wenn es beweisbar im öffentlichen Interesse ist, dass von der Tarifautonomie umfassender Gebrauch gemacht werden muss, und/oder die Tarifpartner es nicht können bzw. mangels „Mächtigkeit“ zu schwach sind. Öffentliches Interesse und die Zwecke der **AVE** gehen deshalb für Kranken- und Altenpflege ineinander über, denn sie sind eigentlich immer zwei Seiten bei der selben Umsetzung die zur Befriedung und Funktion, sowie zur Aufrechterhaltung von menschlicher Pflege, sehr wichtig sind.

Seit der st. Rspr. **BVerfGE 44, 322**, ist das Öffentliche Interesse zum inhaltlichen Wertungsmaßstab für subsidiäre Regelungskompetenz des Staates bei der **AVE** geworden, wenn sie dringlich geboten ist, um die Tarifnorm auf Außenseiter zu erstrecken:

„Die Normsetzungsprärogative der Koalitionen gelte nicht schrankenlos. Es sei Sache des subsidiär für die Ordnung des Arbeitslebens weiterhin zuständigen Gesetzgebers, die Betätigungsgarantie der Koalitionen in einer den besonderen Erfordernissen des jeweiligen Sachbereichs entsprechenden Weise näher zu regeln“

Das BVerfG spricht hier vom: „*eigenen pflichtgemäßen Ermessen*“ oder „*Gestaltungsfreiraum*“ [...] „*Die antragsabhängige Allgemeinverbindlicherklärung erweise sich als ein Instrument, das die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens durch die Koalitionen abstützen soll, indem sie den Normen der Tarifverträge zu größerer Durchsetzungskraft verhilft.*“

Rechtlich juristische Hinweise bedeuten, indem das BVerfG seit st. Rspr. ab 1977 an erster Stelle die Gefährdungen des Arbeitsfriedens durch Aushöhlung vom Tarifvertrag nennt. Durch staatlichen Hoheitsakt der AVE, wird die Tarifgeltung zum § 5 (4) TVG im Geltungsbereich vom Tarifvertrag, auf die bisher **nicht** tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt. Die AVE soll das Grundrecht der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 (3) GG als intendierte autonome Ordnung im Arbeitsleben durch die Tarifvertragsparteien abstützen. Daneben dient sie dem Ziel, den Außenseitern angemessene Arbeitsbedingungen zu sichern. Gleichrangig geht es um das wirtschaftliche Interesse der Kranken- und Alten-Pflege angemessene Arbeitsbedingungen zu sichern, damit in Deutschland ein ruinöser Wettbewerb beim Gehalt nun beseitigt wird. Nach der höchstrichterlichen **st. Rspr.**, der von der weit überwiegenden Stellungnahmen in der Rechtslehre zugestimmt wird, kommt dabei zur Entscheidung darüber dem **BMAS** zu, ob nun die AVE im öffentlichen Interesse liegt, wobei ein weiter Beurteilungsspielraum besteht. Die **AVE** als staatlicher Hoheitsakt, hat nicht nur die Bedeutung einer unselbständigen Zustimmungserklärung zu autonomer Normsetzung tariflicher Koalitionen, sondern gegenüber Außenseitern. Die Mitwirkung vom Staat beim Zustandekommen einer **AVE**, geht somit auch weit darüber hinaus. So kann das **BMAS** den Antrag der Tarifvertragsparteien selbstverständlich auch ablehnen, wenn gesetzliche Voraussetzungen **§ 5 (1) TVG** nach seiner Überzeugung nicht erfüllt sind. Insb. bezüglich der Frage vom öffentlichen Interesse, ist das **BMAS** nicht am positiven Votum bei einem möglich tariflichen Ausschuss gebunden, sondern hat dieses in eigener Verantwortung zu prüfen und dabei nicht allein die Interessen der Tarifvertragsparteien zu berücksichtigen. Die danach dann für die allgemeinverbindlich erklärten Tarifnormen, sind gegenüber den Außenseitern bei den Unternehmen in der Kranken- und Altenpflege durch staatliche Mitwirkung ausreichend und demokratisch legitimiert, da sich der Staat zum Normsetzungsrecht nicht völlig entäußert.

vgl. BVerfGE 44, 322 = BVerfG 2 BvL 11/74 vom 24.05.1977 – **Leitsatz Allgemeinverbindlich I**

vgl. BVerfGE 55, 7 = BVerfG 1 BvR 24/74 vom 15.07. 1980 – **Leitsatz Allgemeinverbindlich II**

vgl. BVerfG 1 BvR 561/89 vom 10.09.1991 – zu **§ 5 TVG**

vgl. BVerfG 1 BvR 948/00 vom 18.07.2000 – Verordnungsermächtigung § 1 (3) a **AEntG**.

vgl. **Gutachten** für den Bundestag an 01.09.2016 – Wissenschaftlicher Dienst zur AVE (WD 6 - 3000 – 069/16)

Der **EuGH** hatte entschieden, das durch die **AVE** selbst keine Erstreckung auf Arbeitsverhältnisse mit ausländischem Vertragsstatut erfolgt, wenn es sich bei ihr bzw. den erstreckten Tarifverträgen

nicht um ein Regelwerk nicht öffentlich-rechtlicher Art handelt, das die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen iSd. Rechtsprechung des EuGH kollektiv regelt.
vgl. EuGH C-341/05 vom 18.12.2007 - ausländischem Vertragsstatut (Laval), Rn. 98

Das **BAG** in Erfurt geht in st. Rspr. davon aus, dass das zuständige Arbeitsministerium ein „weiten Beurteilungsspielraum“ einzuräumen sei. Lediglich wenn der Minister-Behörde wesentliche Fehler vorzuwerfen sind, kommt gerichtliche Überprüfung der behördlichen Entscheidung in Betracht.
vgl. BAG 10 ABR 48/15 vom 21.09.2016 – Wirksamkeit einer **Allgemeinverbindlichkeitserklärung**
vgl. BAG 4 AZR 536/89 vom 28.03.1990 – **Allgemeinverbindlichkeit**
vgl. BAG 10 AZR 150/95 vom 15.11.1995 – Tarifvertrag, **Allgemeinverbindlichkeitserklärung**

Nach dem **BVerwG** begünstigt **§ 5 TVG** bewusst die Tarifparteien, die bei ihrer Ausgestaltung dazu beitragen sollen, die Effektivität der tariflichen Normsetzung zu wahren. Nach dieser st. Rspr. steht dem Minister bei der Beurteilung des öffentlichen Interesses an der Allgemeinverbindlichkeit ein „weites normatives Ermessen“ zu. Die rechtlichen Grenzen dieses Ermessens seien erst dann überschritten, wenn die getroffene Entscheidung in Anbetracht des Zwecks der Ermächtigung und der hiernach zu berücksichtigenden öffentlichen und privaten Interessen – einschließlich der Interessen der Tarifvertragsparteien – schlechthin unvertretbar oder unverhältnismäßig ist.
vgl. BVerwGE 80, 355 = BVerwG 7 C 115.86 vom 03.11.1988 – Kontrolldichte Antragsablehnung (**TVG / AVE**)

Allgemeinverbindliche Tarifverträge für alle Pflegekräfte, sollten laut Arbeitsminister Hubertus Heil mit einem Gesetz ab 30.07. 2020 in Kraft treten. Zwei Wege sollte der Arbeitsminister eröffnen:

- 1) die Arbeitgeber-Verbände und die Gewerkschaft ver.di einen Tarifvertrag als Vorschlag einbringen, der dann allgemeinverbindlich für die ganze Pflege-Branche gilt.
oder
- 2) dass eine Kommission bis Juni 2020 ihre Vorschläge für ein **BTV-Pflege** inkl. **Gehälter nur „zum“ AEntG** bewerkstelligt, dass für alle Pflegekräfte mit **AVE** in Deutschland gelten soll.

Es benötigt nun aufgrund der Inhalte der neu beschlossenen **Entsende-Richtlinie (EU) 2018/957**, eine Änderung zum deutschen **AEntG**, was allerdings nicht alleine die Voraussetzung zu **BTV-Pflege** für die **Kranken- und Altenpflege**, inkl. **AVE** bei der **AÜ** sein kann. Es muss zwischen staatlichen Mindestgehalt und tarifvertraglichem Grund-Gehalt mit **AVE** wegen der Qualifizierung zum **TVG** sehr genau unterschieden werden. Ein Mindestgehalt mit AVE schafft auch nur eine staatliche Untergrenze beim Einkommen. Deshalb muss es nun ein echter Bundestarifvertrag-Pflege über dem TVG aufgebaut werden und den **TVöD-P** unbedingt berücksichtigen.

vgl. EuGH C-341/02 vom 14.04.2005 – Entsendung und Mindestlohn
vgl. BAG 5 AZR 374/16 vom 21.12.2016 – Auslegung vom MiLoG

Seit 2016 erfolgt in der EU die länderübergreifende Anerkennung im Verfahren im Europäischen Berufsausweis nach der seit dem Jahr 2005 gültigen **Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG**. Der Europäische Berufsausweis (EBA); englisch European Professional Card, kurz: **EPC**) ist ein elektronisches Zertifikat und soll die Anerkennung der beruflichen Qualifikation beim Wechsel zwischen EU-Staaten erleichtern. Es muss nun eine **Neukonzeption der Berufsklassifikation** in der **ISCO-08** und **KLDB** geben, denn durch die neue Pflege-Ausbildung wegen dem **Pflegeberufegesetz**, muss zum Januar 2020, für die Kranken- und Altenpflege eine neue **Berufsqualifikation** im Kenntnisbereich der **KLDB** noch beschlossen werden. Berufsklassifikationen müssen sich aktuell in der Berufsstruktur auch in der Kinder-, Kranken- und Altenpflege den Pflegeberuf realitätsnah zur zukünftigen **Pflegefachfrau** bzw. zum **Pflegefachmann** abbilden. Die **KLDB 2010** orientiert sich an der internationalen Berufsklassifikation (ISCO-08). Die ver.di-Satzung Anhang 1 für den einzelnen Beruf der **Pflegefachfrau** bzw. **Pflegefachmann**, muss neu beinhaltet werden, sodass es dafür eine tarifvertragliche Berechtigung mit dem TVG für die „Kranken- und Alten-Pflege“ gibt.

Berufsqualifikation im Kenntnisbereich der **KLDB 2010** (derzeit „noch“ gültig):

Pflegehelfer - Kranken- und Altenpflege...**82101** (P6 TVöD-P = **2.972 €** Grund-Gehalt)

Pflegefachkraft - Kranken- und Altenpflege...**81302** (P9 TVöD-P = **3.721 €** Grund-Gehalt)

Entgeltgruppe P 6 = Pflegehelfer mit einjähriger Ausbildung und entsprechender Tätigkeit.

Entgeltgruppe P 9 = Pflegefachkraft mit abgeschlossener Fachweiterbildung und entsprechender Tätigkeit.

Alle Pflegekräfte, die zur Zeit akut in Kinder-, Kranken- und Altenpflege tätig sind, „**müssen**“ iVm. der **AVE** nach **TVöD-P** nur noch 2 Stufen Grund-Gehalt im beruflichen **Einstieg** (P6 + P9) verdienen, um bei „**gleicher Arbeit, gleichem Ort, gleiches Gehalt**“ iVm. dem **AEntG** zur **AÜ** „über“ dem **TVG** einen **BTV-Pflege** nicht nur zu garantieren, sondern ihn tatsächlich auch zu gewährleisten.

In Deutschland befinden sich ohne **AVE** zum **TVöD-P** in der Kinder-, Kranken- und Altenpflege, ca. **2/3** der Pflegekräfte im unteren Einkommen und darauf folgend wenig Rente, wobei sie später vielfach unterhalb vom soziokulturellen Existenzminimum leben müssen. Der derzeitige teilweise niedrige, Verdienst mit den zeitbedingten bzw. körperlichen Belastungen im Pflege-Alltag, werden die Pflegefachkräfte es in der jetzigen Situation nicht mehr sehr lange aushalten. Hier muss sofort eine Änderung zum Verdienst und zu den körperlichen Tätigkeiten in der Kinder-, Kranken- und Altenpflege eine erhebliche Verbesserung herbeigeführt werden, denn nur dann werden auch weiterhin alle Pflegekräfte noch bereit sein, ihren sehr verantwortungsvollen und belastenden Beruf, an den kranken und alten Menschen, mit Liebe, Freude und Mühe, aufopfernd fortzuführen.

Abends sind wir klug für den gewesenen Tag - doch niemals klug genug für den der kommen mag !

Die „**Würdevolle Pflege**“ an alten und kranken Menschen, haben sich SPD 60plus Petenten mit 14 Punkten, für die Politik in Berlin zur Aufgabe und Umsetzung gemacht, damit zur Sicherstellung in den zuständigen Gesetzen und Verordnungen, die Politiker in Berlin eine dementsprechende Beinhaltung richtig beschließen.

Die „**Würdevolle Pflege**“, muss Wohlbefinden, Gesundheit, Sicherheit, Bedürfnisse, menschlicher Umgang, menschlicher Wille, passende Pflegemaßnahmen, beinhalten und bedeutet eine Pflicht von Staat und Gesellschaft, diese nicht nur zu gewähren, sondern tatsächlich zu gewährleisten.

Die „**Würdevolle Pflege**“ ist ein Rechtsanspruch und umfasst neben der unveränderbaren Würde des Einzelnen Menschen, auch bestimmte therapeutische und ärztliche Maßnahmen, wobei bestimmte bedeutende menschliche Gewohnheiten und Bedürfnisse „mit“ beachtet werden müssen.

Die „**Würdevolle Pflege**“ bedeutet im Rechtsanspruch, dass der menschlich würdevollen Umgang der betroffenen alten und kranken Menschen, mit Werten und Inhalten der „Menschenwürde“ im Einklang und Vordergrund stehen muss, sodass nachweislich durch Art. 1 AEMR, Art. 1 EMRK, Art. 1 GrCh, Art. 1 GG, eine eindeutige Garantie zur Beachtung und Gewährleistung besteht.

gez. Gregor Ter Heide