

D O R N H E I M

RECHTSANWÄLTE & STEUERBERATER



Leiharbeit in der Pflege

Dr. Markus Plantholz, Fachanwalt für Medizinrecht

Brahmsallee 9, 20144 Hamburg

Tel. (+49) 040/414 614-0 Fax: (+49) 040/44 30 72 plantholz@dornheim-partner.de

- 1. Arbeitsrechtlicher Rahmen – AÜG**
- 2. Aktuelle Probleme der Leiharbeit und politische Diskussion**
- 3. Einschränkungen von Leiharbeit**
 - a) Ordnungsrechtlicher Rahmen und Ansätze zur Beschränkung von Leiharbeit**
 - b) Sozialversicherungsrechtliche Refinanzierung und Ansätze zur Beschränkung von Leiharbeit im Sozialversicherungsrecht**

Arbeitsrechtlicher Rahmen



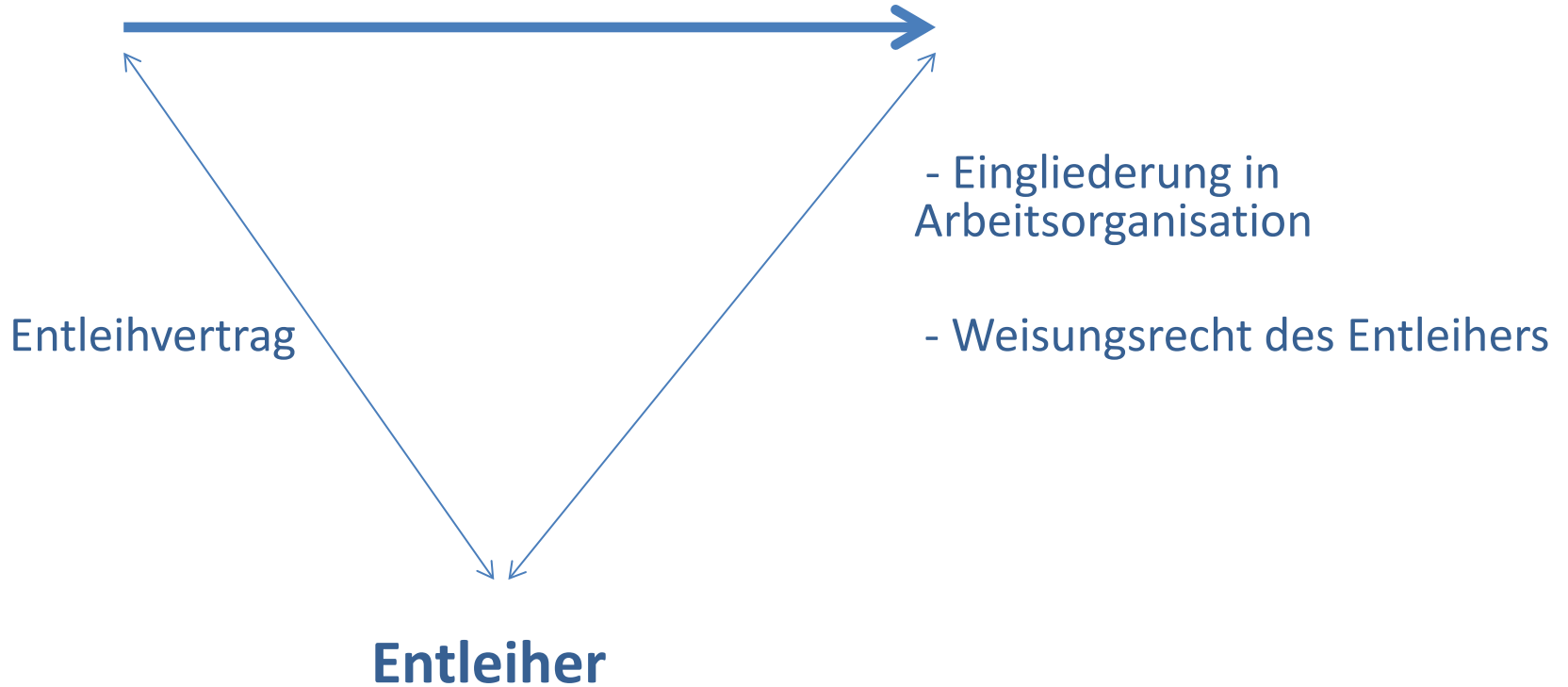
➡ AÜG vom 7.8.1971

- ➡ (BT-Drs. VI/2303) Das Gesetz soll dazu beitragen, *„bei der Arbeitnehmerüberlassung Verhältnisse herzustellen, die den Anforderungen des sozialen Rechtsstaats entsprechen und eine Ausbeutung der betroffenen Arbeitnehmer ausschließen.“*
- ➡ Schutzzweck: Gestaltung der legalen ANÜ, Bekämpfung der ohne Erlaubnis betriebenen ANÜ, Fiktion eines Arbeitsverhältnis zum Entleiher



Verleiher

AV Leiharbeiternehmer



Verleiher

AV

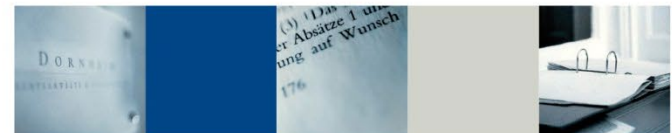
Leiharbeitnehmer



§ 1 b AÜG: maximal 18 Monate in Folge (aufgrund oder durch TV kann verlängert werden)

Kirchen und Religionsgemeinschaften können davon abweichen

Entleiher



Verleiher

AV

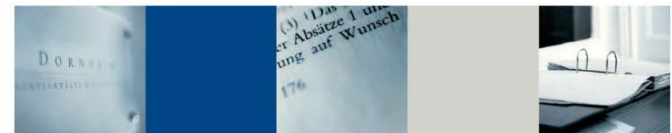
Leiharbeitnehmer

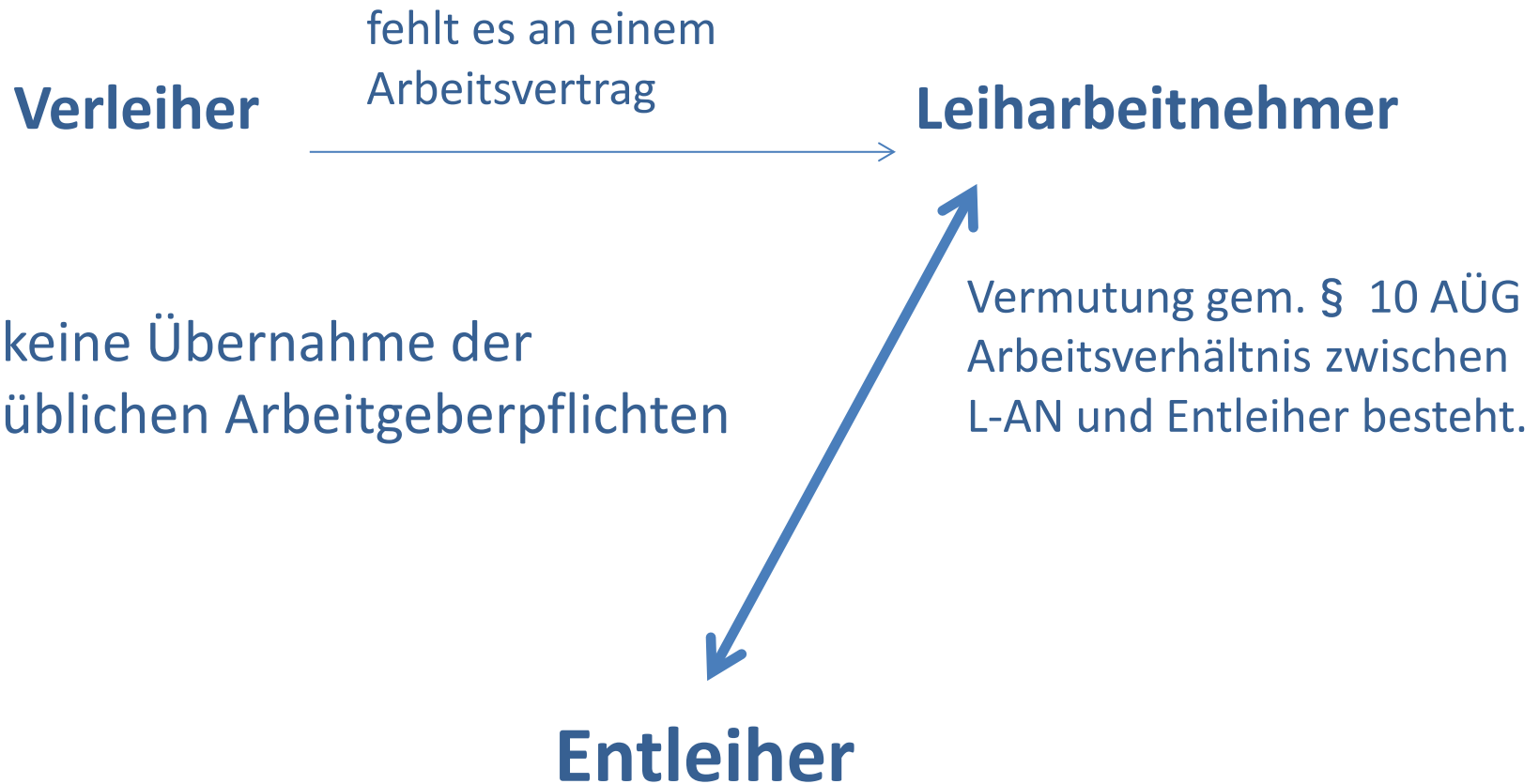


Rechtsbeziehungen in § 12 AÜG geregelt

- Schriftform, Erlaubnis etc.
- tatsächlichen Verhältnisse
- Arbeitsbedingungen beim Entleiher (einschließlich Arbeitsentgelt, TV-Regelungen etc.)

Entleiher





Problem und aktuelle Diskussion



- ➔ Zeitarbeit ist grundsätzlich umsatzsteuerpflichtig

- ➔ Eng verbundene Umsätze, die in Ausübung eines Versorgungsvertrages gem. § 72 SGB XI erzielt werden, sind gem. § 4 Nr. 16 UStG von der Umsatzsteuerbefreit. Folge: Vorsteuerabzugsberechtigung fehlt.

- Personalgestellung im Rahmen des AÜG an stationäre und ambulante Pflegeeinrichtungen fällt sich unter die Befreiungsvorschriften nach § 4 Nr. 14 a bzw. Nr. 16 UStG (EuGH v. 12.3.2015 – C – 594/13; BFH v. 22.7.2015 – V R 20/12, Verfassungsbeschwerde anhängig unter Az. 1 BvR 2296/15 – anders bei Cateringgesellschaften in Organschaft

- Zeitarbeitsfirmen sind keine „als Einrichtung mit sozialem Charakter anerkannte Einrichtung“ iSd Art. 132 Abs. 1 Buchstabe g MwStSyst-Rl.



👉 Pro: Work-Life-Balance und Flexibler Einsatz

- 👉 „morgens erst ab 09:00 Uhr“
- 👉 „am Wochenende nie“
- 👉 „immer nur am Wochenende“
- 👉 „Februar und März bin ich nicht da“
- 👉 „höherer Lohn (?)“

👉 Contra:

- 👉 Keine feste Bindung an ein Unternehmen
- 👉 keine feste Bindung an einen Kollegenkreis
- 👉 keine dauerhaft verlässlicher Arbeitsplatz



ZEIT  ONLINE

Altenpflege

Letzter Ausweg Zeitarbeit

Bessere Bezahlung und mehr Mitsprache machen Zeitarbeit für Pflegekräfte attraktiv. Eine Bundesratsinitiative will Leiharbeit jedoch verbieten – weil sie zu teuer sei.

Eine Analyse von **Tina Groll**

26. November 2019, 19:55 Uhr / [123 Kommentare](#)



Ein Pflegeheim in Niedersachsen: In vielen Altenheimen werden wegen des bundesweiten Fachkräftemangels zunehmend Leiharbeitskräfte eingesetzt. © Holger Hollemann/dpa

"Ich bin Leiharbeiterin aus Überzeugung", sagt Natascha Elgnowski. Die examinierte Altenpflegerin hat sich bewusst für die Zeitarbeit entschieden. Damit verdient sie nicht nur besser, sie hat auch mehr Mitsprache bei ihren Arbeitseinsätzen. "Ich muss nicht befürchten, in eine Frühschicht gedrängt zu werden, obwohl ich lieber Spätschicht arbeite. Und ich kann an freien Tagen auch nicht zur Arbeit gerufen werden, um für einen erkrankten Kollegen einzuspringen", sagt die 42-Jährige aus Berlin. Die Leiharbeit mache die Bedingungen in der Altenpflege erträglich.



Landespflegekammer begrüßt Initiative des Bundesgesundheitsministeriums zur Eindämmung der Leiharbeit – Auch für die Langzeitpflege sind gesetzliche Beschränkungen erforderlich

„Die Initiative des Bundesgesundheitsministeriums zur Eindämmung der Leiharbeit in der beruflichen Pflege ist ein erster wichtiger Schritt. [... Vor allem müssen weniger attraktive Arbeitszeiten und Beschäftigungsbedingungen insgesamt deutlich gerechter honoriert werden.“

<https://www.pflegekammer-rlp.de/index.php/news-lesen-130/leiharbeit-in-der-beruflichen-pflege-muss-drastisch-reduziert-werden.html>



BUNDESRATSINITIATIVE

Berlin will Zeitarbeit in der Pflege

Bundesratsinitiative: Berlin will Zeitarbeit in der Pflege verbieten



VON BRITTA BEEGER - AKTUALISIERT AM 29.10.2019 - 17:12



Die Arbeitsbedingungen in Altenheimen und Kliniken gelten als hart. Ein Teil der Pflegekräfte flieht in die Zeitarbeit – zum Unmut der Betreiber. Berlins Gesundheitssenatorin will dagegen nun vorgehen.

Politik

Berlin will gegen Leiharbeit in der Pflege vorgehen

Montag, 16. Dezember 2019



/dpa

Berlin – Die Berliner Gesundheitssenatorin Dilek Kalayci will Maßnahmen gegen die zunehmende Leiharbeit in der Pflegebranche ergreifen. „Die Entwicklung der Leiharbeit in der Pflege in Berlin gibt inzwischen Anlass zur Sorge“, erklärte sie heute. „Die Krankenhäuser beklagen, dass Pflegepersonal insbesondere im intensivmedizinischen Bereich von den Leasingfirmen gezielt abgeworben wird.“ Als Folge verschlechterten sich die Arbeitsbedingungen für festangestellte Pflegekräfte und deren Belastung nehme zu.



Leasingkräfte in der Pflege

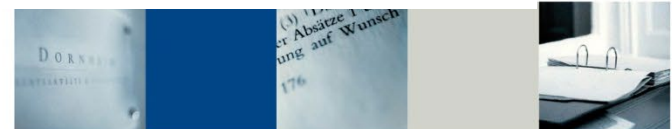
14.11.2019, 14:26 Uhr

„Wir werben nicht aggressiv um Mitarbeiter“

Verschlimmert die Zeitarbeit die Personalnot in der Pflege? Andreas Worch, Chef einer Berliner Leiharbeitsfirma, wehrt sich gegen die Vorwürfe VON INGO BACH

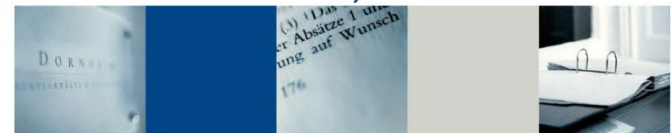


Verstärkt Leiharbeit die Personalnot in den Pflegeheimen - oder lindert sie sie? FOTO: CHRISTOPH SCHMIDT/DPA



- ➡ **Deutscher Pflegerat (DPR) und Aktionsbündnis Patientensicherheit: Positionspapier Fehlentwicklungen bei der Leiharbeit in der Pflege stoppen**
 - ➡ Die befristete Leiharbeit in der Pflege hat rasant zugenommen. In den letzten fünf Jahren hat sie sich in der Krankenpflege fast verdoppelt [22 000 Leiharbeiter/innen in 2018] und weist damit die stärkste Zunahme bei den sozialversicherungspflichtig Beschäftigten auf (*Quelle: Antwort BReg auf Kleine Anfrage in BT-Drs. 19/1270019 v. 26.8.2019*)

- ➡ **Dagegen Pressemeldung des Bundesarbeitgeberverbandes der Personaldienstleister v. 29.10.2019:**
 - ➡ „Ein Arbeitsverhältnis mit einem Zeitarbeitsunternehmen haben 19.582 Pflegekräfte, davon 10.836 im Bereich Krankenpflege und 8.746 in der Altenpflege. Zum Vergleich: Insgesamt waren 2018 1.061.826 Menschen als Krankenpfleger tätig und als Altenpfleger 660.969. Damit liegt die Quote der Zeitarbeitsbranche an allen Pflegekräften gerade einmal bei 1,02 Prozent.“



👉 Deutscher Pflegerat (DPR) und Aktionsbündnis Patientensicherheit: Positionspapier Fehlentwicklungen bei der Leiharbeit in der Pflege stoppen

- 👉 *„Die Partner der Konzertierten Aktion Pflege 2019 haben bestätigt, dass die Entscheidung von Pflegenden, für Leiharbeitsagenturen zu arbeiten, auch mit den aktuellen Arbeitsbedingungen in der Pflege zusammenhängt und ihr Einsatz zu einer zusätzlichen Belastung der Festangestellten führt.“*
- 👉 *„Festangestellte Pflegenden müssen nicht nur vermehrt Nacht-, Wochenend- und Bereitschaftsdienste übernehmen und dafür eine im Vergleich geringere Vergütung hinnehmen. Sie müssen zudem mehr Verantwortung tragen, indem sie die Unkenntnis über die jeweiligen Arbeitsabläufe und Besonderheiten des jeweiligen Hauses oder auch das Verhalten in spezifischen Notfallmaßnahmen von nicht (gut) eingearbeiteten Kolleginnen und Kollegen ausgleichen.“*



Gemeinsam mit Akteuren der Berliner Gesundheits- und Pflegebranche hat Pflegesenatorin Dilek Kalayci ein gemeinsam entwickeltes Maßnahmenpaket zur Eindämmung der Leiharbeit in der Pflege vorgestellt.

Dieses beinhaltet:

- *Passus im Berliner Pakt für die Pflege*
- *eine Berliner Bundesratsinitiative zur generellen Unterbindung der Arbeitnehmerüberlassung im Pflege- und Krankenhausbereich*
- *ein Gutachten zur Prüfung der Auswirkungen der Leiharbeit auf die Pflegequalität und Versorgungssicherheit mit der Charité*
- *Eckpunkte eines Rahmenüberlassungsvertrags für Zeitarbeitsfirmen*
- *eine Verankerung der generellen Unterbindung im Wohnteilhabegesetz (Ordnungsrecht)*



*die Festschreibung der generellen Unterbindung in die Rahmenverträge Pflege
die verstärkte Anzeige und Beschwerdemanagement für Verletzung von
Überlassungsverträgen*

weitere Qualitätskriterien bei der Zulassung von Erlaubnisinhabern

*"Die angestrebte Bundesratsinitiative für ein gesetzliches Verbot der Leiharbeit in der
Pflege begrüße ich, da sie Heimen und ambulanten Diensten dringend benötigtes
Personal raubt und die Pflege unnötig verteuert", sagt der bpa-Landesvorsitzende
Alexander Waldow.*

*Der bpa hatte bereits mehrfach eine Begrenzung der Leiharbeit gefordert und sich mit
konkreten Vorschlägen in die von der Berliner Gesundheitssenatorin Dilek Kalayci
einberufenen Arbeitssitzungen eingebracht. "Die Leiharbeit schließt keine
Versorgungslücken, sondern verschärft das Problem", macht Waldow deutlich.*

<http://www.altenheim.net/Infopool/Nachrichten/Politik/Berlins-Massnahmen-gegen-Leiharbeit-in-der-Pflege>



Ordnungsrechtliche Ansätze



- ➡ 16 Landesgesetze und zugehörige Personalverordnungen

- ➡ Möglicher Anknüpfungspunkt „Betriebsvoraussetzungen“ für Einschränkungen von Zeitarbeit?
 - ➡ Verbreitete Regelung wie z.B. § 11 HmbWBG: *Eine Wohneinrichtung darf nur betrieben werden, wenn der Betreiber eine angemessene Qualität des Wohnens und der Betreuung nach dem allgemein anerkannten Stand der fachlichen Erkenntnisse gewährleistet, insbesondere durch Kontinuität in der Betreuung und Förderung der Bezugsbetreuung (feste Bezugspersonen) sicherstellt.*
 - ➡ Beeinträchtigungen der Sicherheit der Bewohnerinnen und Bewohner?
 - ➡ Es fehlt m.E. an ausreichenden statistischen Belegen hierfür.



- ☞ Von den 16 Landesgesetze und zugehörige Personalverordnungen enthält alleine § 9 HmbWB-PersV eine ausdrückliche Regelung zu Zeitarbeit:

Einsatz von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmern

*Einrichtungsfremdes Personal wie Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmer darf **nur zeitlich begrenzt in Ausnahmesituationen eingesetzt** werden. Zur Vermeidung von Ausnahmesituationen wie die gleichzeitige Erkrankung mehrerer Beschäftigter soll der Betreiber eine feste Gruppe von geeigneten Vertretungskräften aufbauen und vorhalten. Die Nichtverfügbarkeit von Fachkräften auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt ist nur als Ausnahmesituation anzuerkennen, wenn nachhaltige Bemühungen zur Gewinnung geeigneter eigener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nachgewiesen werden.*



- ➔ Totalverbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern in Einrichtungen im Anwendungsbereich des Heimordnungsrechts ist u.U. zweifelhaft:
 - ➔ Empirischer Beleg dafür, dass durch Leiharbeit generell Patienten- oder Bewohnersicherheit gefährdet wird, fehlt.
 - ➔ Bezugspflege kann auch bei maximal nach AÜG zulässiger Dauer der Entleihung von 18 Monaten aufgebaut werden.
 - ➔ Hamburger Regelung ist in sich u.U. wenig schlüssig, wenn einerseits Bezugspflege gefördert und Kontinuität sichergestellt werden soll, Einsatz von Leih-AN aber andererseits zeitlich zu begrenzen ist.



Sozialversicherungsrechtliche Ansätze



- ☞ Keine explizite Aussage in MuG, QPR, einzelnen Versorgungsverträgen
 - ☞ QPR Anlage 2 B Prüfbogen Einrichtung, Teil J differenziert nach Voll- und Teilzeit sowie Qualifikation, nicht aber nach Leiharbeit und sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung beim Träger
 - ☞ QB 6 „Einrichtungsinterne Organisation und Qualitätsmanagement“ enthält Aussagen dazu, ob die VPK ihre Aufgaben wahrnimmt, sowie zu Konzepten, z.B.
 - ☞ Ziffer 6.3.5.: „Sind die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in Verfahren zur Identifizierung von Qualitätsproblemen einbezogen? Zu prüfen ist, ob die Einrichtung regelhafte Verfahrensweisen definiert hat, mit denen die interne Kommunikation von Qualitätsdefiziten oder qualitätssichernde Verfahren erfolgen und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zur Reflexion der Versorgungsqualität im Alltag angehalten werden.“
- ☞ Fragen können die Einbindung entliehener Pflegekräfte höchstens im Einzelfall berühren.



- ☞ Bisher keine Regelung zur Begrenzung von Zeitarbeit in Landesrahmenverträgen gem. § 75 SGB XI oder Rahmenempfehlungen nach § 132a Abs. 1 SGB V

- ☞ Denkbarer Ansatzpunkt: Regelung zur Begrenzung von Leiharbeit wie bei geringfügig beschäftigten üblich
 - ☞ LRVen enthalten Regelungen wie „Der Anteil der Pflegeleistungen, der durch geringfügig Beschäftigte erbracht wird, sollte dabei 20 % möglichst nicht übersteigen“

 - ☞ Vgl. auch Regelung in § 4 Nr. 5 BRe zu § 132a Abs. 1 SGB V



👉 Vorschlag von *Iffland/Knappstein*:

- 👉 Erweiterung der Anforderungen an Abschluss und Behalten des
Versorgungsvertrages durch Einfügung eines **§ 72 Abs. 3 Nr. 5 SGB XI**:
- 👉 *„5. sicherstellen, dass Leistungen der Grund- und Behandlungspflege
ausschließlich durch bei der jeweiligen zugelassenen Pflegeeinrichtung oder
einem im Sinne des § 15 AktG verbundenen Unternehmens
sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiter oder durch den
Geschäftsführer oder Inhaber selbst erbracht werden.“*
- 👉 Flankierung durch Schaffung eines Owi-Tatbestandes in § 121 SGB XI
- 👉 Alternative: Unterbindung der Refinanzierung / der Abrechnungsfähigkeit?



- ➡ Refinanzierung oftmals streitig; Finanzierung des Mehraufwandes für Leiharbeit erfolgt mitunter aus Marge oder gar nicht.

- ➡ BSG, Urt. v. 16.5.2013 (B 3 P 2/12 R):
 - ➡ Mit „angemessene Vergütung des Unternehmerrisikos“ sind nicht die zu plausibilisierenden konkreten Wagnisse eines Einrichtungsträgers, sondern die Möglichkeit der „Realisierung von Gewinnaussichten“ bzw. einen „angemessenen Unternehmensgewinn“ gemeint

 - ➡ Begründung: Symmetrie zwischen Verlustrisiko und Gewinnchance.

 - ➡ Unterscheidung zwischen konkreten Wagnissen und dem allgemeinen, jeden Unternehmer treffenden Risiko – entspricht der allgemein üblichen Unterscheidung in der Betriebswirtschaftslehre



- 👉 Unterscheidung zwischen konkreten Wagnissen und dem allgemeinen, jeden Unternehmer treffenden Risiko – entspricht der allgemein üblichen Unterscheidung in der Betriebswirtschaftslehre
- 👉 Konkrete Wagnisse sind als Kostenpositionen in die Pflegesatzkalkulationen einzustellen und zu plausibilisieren. Betrachtung über einen **über eine Pflegesatzperiode hinausgehenden Zeitraum** notwendig, da es sich um **aperiodischen Aufwand** handelt.
- 👉 Abzugrenzen sind diese konkreten Risiken von einer Gewinnerwartung als Gegenstück zum Verlustrisiko. U.E. **keine Plausibilisierungslast**, weil es um allgemeine Wagnisse in ihrer branchenspezifischen Ausprägung und nicht einrichtungsspezifische Risiken geht.



- ☞ Kosten von Leiharbeit können „ganz normal“ als zu plausibilisierende Personalaufwendungen in die Pflegesatzkalkulation eingestellt werden.
- ☞ Bisher keine bekannten Anhaltspunkte zur Schwelle zur Unwirtschaftlichkeit von Leiharbeit durch Schiedsentscheidungen.



- ☞ Refinanzierungsverbot als vernünftiger Ansatz der Begrenzung?

- ☞ Vgl. § 6a Abs. 2 Satz 8 KHEntG i.d.F. des MDK-Reformgesetzes v. 7.11.2019: *„Bei Beschäftigung von Pflegepersonal ohne direktes Arbeitsverhältnis mit dem Krankenhaus, insbesondere von Leiharbeitnehmern im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, ist der Teil der Vergütungen, der über das tarifvertraglich vereinbarte Arbeitsentgelt für das Pflegepersonal mit direktem Arbeitsverhältnis mit dem Krankenhaus hinausgeht, und damit auch die Zahlung von Vermittlungsentgelten, nicht im Pflegebudget zu berücksichtigen.“*

- ☞ Einrichtungsbetreiber greifen nicht freiwillig auf Verleiher zurück!



👉 Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG

- 👉 Auf der Ebene der Berufsausübung aus Sicht der Einrichtungsträger
- 👉 Ggf. objektive Zulassungsschranke aus Sicht der Leiharbeitnehmer
- 👉 Dto. für Zeitarbeitsfirmen, allerdings als Reflex einer Regelung im SGB XI / V

👉 Drei-Stufen-Lehre des BVerfG: Objektive Zulassungsschranken: Regelung muss dem Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes vor schweren, nachweisbaren Gefahren dienen.

- 👉 Erhalt und Finanzierbarkeit gesetzlicher Sozialversicherung und deren Funktionsfähigkeit = überragend wichtiges Gemeinschaftsgut eingeordnet (z.B. Beschl. v. 13.9.2005, 2 BvF 2/03)
- 👉 Schließt präventives Handeln des Gesetzgebers im Rahmen seiner weiten Entscheidungsprärogative nicht aus.



- ➡ Beschränkung unmittelbar im AÜG als Alternative?

- ➡ Totalverbot der AÜ in der Pflege?

- ➡ BVerfG v. 04.04.1967 - 1 BvR 84/65 – zur Ausdehnung des Vermittlungsmonopols für Arbeitssuchende auf Verbot der AÜ durch § 37 Abs. 3 AVAG: verfassungswidrig.
- ➡ „Auch seine Ausdehnung [des Verbotes der Arbeitsvermittlung] auf den regelmäßigen Abschluss von Arbeitnehmer-Überlassungsverträgen richtet ein objektives Hindernis für die Wahl derjenigen gewerblichen Tätigkeit auf, die Überlassungsverträge der bezeichneten Art zum Gegenstand hat, und kann daher vor Art. 12 Abs. 1 GG nur Bestand haben, wenn sie zum Schutze eines überragenden Gemeinschaftsguts notwendig ist. Dieses Erfordernis ist hier aber nicht erfüllt.“



👉 Totalverbot der AÜ in der Pflege?

- 👉 Anders BVerfG v. 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 – zu § 12a AFG. Verbot der AÜ im Baugewerbe gerechtfertigt.
- 👉 Aber: Hintergrund war der dramatische Anstieg illegaler AN auf wechselnden Baustellen.
- 👉 Zudem EuGH v. 25.10.2001 – C 493/99 - zur Nachfolgenorm des § 1b AÜG: Totalverbot verstößt gegen die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV),
- 👉 Folge: Ergänzung des § 1b AÜG um Satz 3: Danach kann ausländischen Baufirmen unter bestimmten Voraussetzungen AÜ erlaubt werden.



- ☞ Schaffung zusätzlicher Voraussetzungen im AÜG, z.B.
 - ☞ Verbesserte Verpflichtung des Verleihers auf Weiterbildung?
 - ☞ Sicherstellung des Verleihers, dass Leih-AN in gleichmäßigem und angemessenem Umfang zur Übernahme von Diensten zu ungünstigen Zeiten bereit sind?
 - ☞ Beschränkung des Gewinnaufschlages des Verleihers?
 - ☞ Abwerbeverbot?



Danke für Ihre Teilnahme.

