

Gutachtliche Stellungnahme
für den
Bundsvorstand des
iGZ – Interessenverbands Deutscher
Zeitarbeitsunternehmen e. V.

erstellt von Professor Franz Josef Düwell,
VRi BAG aD; Honorarprofessor an der Universi-
tät Konstanz; Vorsitzender DJGA

Inhaltverzeichnis

A Problemstellung und Ausgangssachverhalt	4
I. Die Entwicklung der Leiharbeit in der Pflege	4
1. Die Medien zur Flucht in Leiharbeit.....	4
2. Angaben aus der Arbeitsmarktstatistik.....	5
3. Ergebnisse einer Arbeitgeberbefragung	7
4. Wechsel aus der Selbständigkeit zur Leiharbeit	7
5. Erfahrungen als Vorsitzender einer Einigungsstelle.....	9
II. Die Initiative des Landes Berlin.....	10
1. Antrag vom 28. Februar 2020	10
2. Behandlung des Antrags	12
III. Die Initiative der Fraktion der SPD im Landtag NRW	12
1. Antrag vom 3. März 2020	12
2. Behandlung des Antrags	14
B Rechtliche Stellungnahme	14
I. Gang der Untersuchung	14
II. Die Vereinbarkeit eines neuen sektoralen Verbots für die Überlassung von Pflegekräften.....	15
1. Das geltende Verbot der Überlassung in Baubetriebe ..	15
2. Die Rechtfertigung des Überlassungsverbot Verbots für den Pflegesektor	16
III. Die unionsrechtliche Zulässigkeit des Verbots der Überlassung in der Pflegebranche.....	22
1. Die Grundfreiheiten und Richtlinienvorgaben der EU.....	22

2. Die Vorgaben in der Leiharbeitsrichtlinie.....	23
3. Die Nichterfüllung der Verbotsvoraussetzungen	23
4. Beurteilung des Fachbereichs Europa im Deutschen Bundestag.....	24
IV. Erforderlichkeit des sektoralen Verbots.....	26
V. Bessere Alternativlösungen.....	29
C Zusammenfassung	31

A Problemstellung und Ausgangssachverhalt

I. Die Entwicklung der Leiharbeit in der Pflege

1. Die Medien zur Flucht in Leiharbeit

Die Medien berichten: „Pflegekräfte fliehen in die Leiharbeit“.¹ Der für die Süddeutsche Zeitung recherchierende Reporter stellt an Hand eines typischen Falles die Beweggründe einer Krankenschwester dar, die aus der Anstellung beim Krankenhausträger zu einem Zeitarbeitsunternehmen, rechtlich: Verleiher im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG), wechselte. Die Krankenschwester arbeitet jetzt fest angestellt bei dem Zeitarbeitsunternehmen, das sie als Inhaber einer Verleiherlaubnis aufgrund des mit dem Krankenhausträger abgeschlossenen Überlassungsvertrags als Pflegekraft an die Klinik überlässt. Als Motiv für den Wechsel wird angegeben: „Ich stehe einfach nicht mehr unter diesem Druck, etwas zu tun, was ich eigentlich nicht tun will, weil keine Anrufe mehr von Kollegen kommen, ob ich nicht diese oder jene Schicht wegen eines Krankheitsfalles übernehmen könnte.“² Die Medien haben als weiteres Motiv für den Wechsel ausgemacht, nämlich dass bei Leiharbeit in der Pflege die Arbeit besser vergütet wird: „Deutlich über dem Tarif“.³

¹ Süddeutsche Zeitung vom 22. Mai 2018, Beitrag von Thomas Öchsner veröffentlicht unter: www.sueddeutsche.de/wirtschaft/pflegepersonal-letzter-ausweg-leiharbeit-1.3987460 Aufruf 19.9.2020

² Süddeutsche Zeitung vom 22. Mai 2018, aaO.

³ Schwäbisches Tagblatt vom 26. Juni.2019, Beitrag von Ulrich Janßen, veröffentlicht unter: www.tagblatt.de/Nachrichten/Deutlich-ueber-dem-Tarif-419483.html Aufruf 19.9.2020

Der Bericht stellt fest, es gehe in der Pflege Zeitarbeitenden inzwischen besser als Festangestellten. Sie würden von den Zeitarbeitsunternehmen mit Geld und Extras verwöhnt. Auf den Angebotsseiten Kranken- oder Altenpflegerinnen stehe: „Weil uns Ihre Arbeit besonders viel wert ist, erhalten sie bei uns einen Lohn deutlich über dem Tarif zuzüglich sämtlicher Zulagen.“ Derartige Sätze kommen bei vielen in der Pflege Tätigen Arbeitnehmer/innen gut an.⁴

2. Angaben aus der Arbeitsmarktstatistik

In den Jahren 2014 bis 2018 ist die Anzahl der als Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter im Bereich der Alten- und Krankenpflege Beschäftigten konstant gewachsen. Nach der Statistik der DGB Bundesvorstands stieg sie in absoluten Zahlen von Juni 2014 bis Dezember 2018 von 20.189 auf 34.063 und prozentual von 1,37% auf 2.02 %.⁵

	Bedeutung der Leiharbeit in der Kranken- und Altenpflege					
	Juni 2014	Juni 2015	Juni 2016	Juni 2017	Juni 2018	Dezember 2018
Beschäftigte* insgesamt	1.473.547	1.514.597	1.555.373	1.601.765	1.646.924	1.688.000
darunter: Leiharbeiter	20.189	22.928	25.246	27.259	33.435	34.063
Anteil der Leiharbeiter an allen Beschäftigten* in %	1,37	1,51	1,62	1,70	2,03	2,02

* sozialversicherungspflichtig Beschäftigte
Quelle der Daten: DGB (2019): Leiharbeit – neue Trends und alte Probleme, Berlin, S. 4

Nach dem Bericht der Bundesagentur für Arbeit⁶ waren 2014 nur ca. 12.000 Leiharbeiter in der Krankenpflege beschäftigt,

⁴ Schwäbisches Tagblatt vom 26. Juni.2019, Beitrag von Ulrich Janßen, aaO.

⁵ Zitiert nach Sell, „Gute Leiharbeit“? Zur medialen und tatsächlichen Bedeutung der Leiharbeit in der Kranken- und Altenpflege, Blog vom 23. September 2019 veröffentlicht unter: aktuelle-sozialpolitik.de/2019/09/23/zur-medialen-und-tatsaechlichen-bedeutung-der-leiharbeit-in-der-pflege Aufruf 19.9.2020

⁶ Bundesagentur für Arbeit, Bericht: Blickpunkt Arbeitsmarkt vom Mai 2020, Arbeitsmarktsituation im Pflegebereich, S.9.

während es 2018 schon mit 22.000 fast doppelt so viele waren. In der Altenpflege stieg die Zahl der Leiharbeiter in diesem Zeitraum von ca. 8.000 auf 12.000 im Jahr 2018 an. Allerdings setzte sich dieser Trend im Jahr 2019 nicht weiter fort. Danach ging die Zahl der sozialversicherungspflichtig beschäftigten Leiharbeitnehmer sowohl in der Kranken- als auch in der Altenpflege leicht zurück. Nach der Arbeitsmarktstatistik der Bundesagentur soll der Anteil der Leiharbeitnehmer an allen sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in der Pflege zurzeit mit knapp zwei Prozent leicht unterdurchschnittlich sein; denn der Prozentsatz der Leiharbeitsverhältnisse gemessen am gesamten Arbeitsmarkt beträgt gut zwei Prozent.⁷

Ebenso wie die Medien führt die Bundesagentur den von 2014 bis 2018 erfolgten Anstieg der Zeitarbeit auf die Unzufriedenheit des Stammpersonals mit den Arbeitsbedingungen und die besseren Angebote der Zeitarbeitsunternehmen zurück, die mit überdurchschnittlichen Löhnen, Mitbestimmungsrechten bei Dienstplänen und bezahlten Überstunden werben.⁸ Dazu verweist die Bundesagentur auf die Veröffentlichung „Debatte: Leiharbeit in der Pflege“.⁹ Danach wechseln Pflegekräfte in Leiharbeit, weil sie dort vor allem besser planbare Arbeitszeiten angeboten bekommen und insbesondere in der Altenpflege eine bessere Bezahlung als die Stammebelegschaft erhalten. Zudem können Leiharbeiterinnen sich ihre Schichten besser aussuchen und geben das als gro-

⁷ Bundesagentur für Arbeit, Bericht: Blickpunkt Arbeitsmarkt vom Mai 2020, Arbeitsmarktsituation im Pflegebereich, S.9.

⁸ Bundesagentur für Arbeit, Bericht: Blickpunkt Arbeitsmarkt vom Mai 2020, Arbeitsmarktsituation im Pflegebereich, S.9.

⁹ <https://gesundheit-soziales.verdi.de/themen/leiharbeit> Aufruf 19.9.2020

ßen Vorteil an. Beschäftigte der Stammbesetzung müssen demgegenüber regelmäßig kurzfristig einspringen, wenn bei einer viel zu dünnen Personaldecke auch noch Kolleginnen krank werden.¹⁰

3. Ergebnisse einer Arbeitgeberbefragung

Der Bundesverband privater Anbieter sozialer Dienste (bpa) hat eine Mitgliederumfrage gemacht, an der deutschlandweit 696 Unternehmen der Pflegebranche teilgenommen haben.¹¹ Das Ergebnis war: 45 Prozent der Unternehmen, die sich an der Befragung beteiligt haben, nutzen die Leiharbeit, klagen jedoch über 89 Prozent Mehrkosten, die durch Leiharbeit verursacht werden. Weiterhin kritisierten 55,8 Prozent der Befragten, nur rund 19 Prozent der Zeitarbeitskräfte könnten zu ungünstigen Zeiten wie in der Nacht, an Wochenenden und Feiertagen eingesetzt werden. 36,6 Prozent der Unternehmen, die Leiharbeiter einsetzen, gab an, Stammpersonal sei abgeworben und als Leiharbeiter wieder überlassen worden.

4. Wechsel aus der Selbständigkeit zur Leiharbeit

Anstelle der Leih/Zeitarbeit gab es in der Vergangenheit die Möglichkeit, sich Personal als so genannte „freie Honorarkräfte“ zu besorgen. Das war zumeist kostengünstiger als sich Fachkräfte über den Weg der Arbeitnehmerüberlassung zu verschaffen, bei der das Zeitunternehmen als Verleiher als Dritter beteiligt ist. Dieser Weg der Beschäftigung von (Schein-)Selbständigen ist blockiert. Das Bundessozialgericht (BSG) hat die Sozialversicherungspflicht der Arbeit von Honorarärzten festgestellt. Dazu hat

¹⁰ <https://gesundheit-soziales.verdi.de/themen/leiharbeit> Aufruf 19.9.2020

¹¹ Veröffentlicht unter:

www.bpa.de/Aktuelles.112.0.html?&no_cache=1&tx_ttnews%5Btt_news%5D=4933&cHash=c779e673a65c981afb04aea1a1c65f6b Aufruf 19.9.2020

das BSG folgende Rechtssätze aufgestellt: „Der Versorgungsauftrag eines Krankenhauses sowie die Regelungen über die Erbringung und Vergütung von Krankenhausleistungen, zur Qualitätssicherung im Krankenhaus und zum Patientenschutz haben keine zwingende übergeordnete Wirkung hinsichtlich des sozialversicherungsrechtlichen Status von im Krankenhaus tätigen sogenannten Honorärärzten, sind jedoch bei der Gewichtung der Indizien zur Statusbeurteilung zu berücksichtigen. Da diese regulatorischen Rahmenbedingungen im Regelfall die Eingliederung ärztlichen Krankenhauspersonals in die Organisations- und Weisungsstruktur des Krankenhauses mit sich bringen, müssen für die nur ausnahmsweise in Betracht kommende selbstständige Tätigkeit im sozialversicherungsrechtlichen Sinn gewichtige Indizien bestehen.“¹² Der Senatsvorsitzende und Präsident des BSG Rainer Schlegel brachte es bei der Urteilsverkündung auf die Kurzformel: „Finden Krankenhäuser nicht genug Personal, weil die Arbeitsbedingungen als unattraktiv angesehen werden, können sie ihre Probleme nicht mit Honorarvereinbarungen lösen.“¹³ Diese Grundsätze treffen auch vermeintlich selbstständige Pflegekräfte.¹⁴ So hat das BSG entschieden: Pflegekräfte, die als Honorarpflegekräfte in stationären Pflegeeinrichtungen tätig sind, können regelmäßig nicht als Selbstständige angesehen werden, sondern unter-

¹² BSG 04.06.2019 – B 12 R 11/18 R –, BSGE 128, 191, SozR 4-2400 § 7 Nr 42; zustimmend und weiterführend Hamann, jurisPR-ArbR 41/2019 Anm. 4.

¹³ Zitiert nach: Sell, Kein Honorar mehr. Blog vom 5. Juni 2019, veröffentlicht:aktuelle-sozialpolitik.de/2019/06/05/das-bundessozialgericht-und-die-honoraraerzte/ Aufruf 19.09.2020.

¹⁴ So zutreffend: Sell, Kein Honorar mehr. Blog vom 5. Juni 2019, veröffentlicht:aktuelle-sozialpolitik.de/2019/06/05/das-bundessozialgericht-und-die-honoraraerzte/ Aufruf 19.09.2020.

liegen als Beschäftigte der Einrichtungen der Sozialversicherungspflicht.¹⁵

Im Schrifttum wird aus der Sozialversicherungspflicht der Schluss gezogen, dass die Flucht in die (Schein-) Selbständigkeit für Pflegekräfte verbaut ist und die zugrunde liegende Motivation, die Arbeitsbedingungen zu verbessern, jetzt nur noch auf dem Weg der Arbeitnehmerüberlassung durch „Zeitarbeit“ möglich ist.¹⁶

5. Erfahrungen als Vorsitzender einer Einigungsstelle

Ich habe von 2018 bis Anfang 2020 den Vorsitz in einer Einigungsstelle bei einem Norddeutschen Großklinikum geführt. Dort waren zahlreiche Rechtsstreitigkeiten und Einigungsstellenverfahren über die Schichtplanung des Personals für die Pflege und den ärztlichen Dienst konfrontativ geführt worden. Die Fronten waren sehr verhärtet, weil das Personal über ständige Änderungen des Dienstplans und das häufige kurzfristige Rückholen aus dem „frei“ klagte, so dass keine Planung der Freizeit für gesellschaftliche oder familiäre Ereignisse möglich sei. Es zeigte sich, dass eine nicht auf Herstellung von Konsens abzielende Personalführung den Fachkräftemangel durch Abwanderung des Personals verschärft hatte. Erst mit einer neuen Pflegedienstleitung konnte einvernehmlich eine Betriebsvereinbarung getroffen werden, die insbesondere durch Anreize für das Einspringen des Stammpersonals die Probleme entschärfte und die Dienstpläne verlässlicher

¹⁵ BSG 07.06.2019 – B 12 R 6/18 R –, BSGE 128, 205, SozR 4-2400 § 7 Nr 44; Mit Hinweisen auf die Auswirkungen der Entscheidung auf den Arbeitsmarkt: Timme, jurisPR-SozR 5/2020 Anm. 2.

¹⁶ So zutreffend: Sell, Kein Honorar mehr. Blog vom 5. Juni 2019, veröffentlicht: aktuelle-sozialpolitik.de/2019/06/05/das-bundessozialgericht-und-die-honoraraerzte/ Aufruf 19.09.2020.

machen konnte. Zugleich wurde das Krankenhaus für Bewerber attraktiver, die Personalstärke nahm zu und die Anzahl der Einsätze von Zeitarbeit und Honorarkräften nahm ab.

II. Die Initiative des Landes Berlin

1. Antrag vom 28. Februar 2020

Das Land Berlin hat am 28. Februar 2020 den Antrag in den Bundesrat eingebracht, der Bundesrat möge folgende EntschlieÙung fassen¹⁷:

1. Der Bundesrat stellt fest, dass zur Verbesserung der Arbeitssituation in der Pflege spürbare Veränderungen zugunsten der Beschäftigten erforderlich sind. Die Konzertierte Aktion Pflege (KAP) und verschiedene Initiativen der Länder haben bereits umfangreiche Veränderungen angestoÙen. Ziel ist es, sowohl die Vergütung als auch die Arbeitsbedingungen attraktiver zu machen. Diese Aktivitäten auf Bundesebene reichen aber offensichtlich nicht aus. Denn der Anteil der Zeitarbeitnehmer und Zeitarbeitnehmerinnen in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen steigt weiter an. Zunehmend entscheiden sich Pflegekräfte für einen Wechsel von der Festanstellung in die Zeitarbeit. In der Pflege finden dort - im Gegensatz zu anderen Branchen - Fachkräfte häufig bessere Arbeitsbedingungen vor: sie werden besser bezahlt und können sich ihre Arbeitszeiten weitgehend selbst aussuchen. Allerdings geht dies zulasten der festangestellten Pflegekräfte und zulasten der auf Pflege angewiesenen Menschen. Ziel ist es, sowohl die Vergütung als auch die Arbeitsbedingungen attraktiver zu machen.

¹⁷ BR- Drucksache 103/20

2. Zur Verhinderung der negativen Auswirkungen der Arbeitnehmerüberlassung auf die Patientensicherheit und die Pflegequalität sowie auf die Arbeitsbedingungen der in den Einrichtungen festangestellten Pflegefachkräfte besteht dringender Handlungsbedarf.

3. Der Bundesrat fordert die Bundesregierung auf, effektive Maßnahmen zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Pflege zu ergreifen, damit eine Abwanderung festangestellter Pflegefachkräfte in Zeitarbeitsfirmen obsolet wird. Im Sinne der Menschen, die auf Pflege angewiesen sind, und im Sinne der Beschäftigten ist es das Ziel, die Festanstellung auch in der Pflege wieder attraktiver werden zu lassen als die Zeitarbeit. Daran sollen alle Akteure der Selbstverwaltung mitwirken und auch innovative Modelle, wie z. B. die Finanzierung von Beschäftigtenpools in Einrichtungen, prüfen.

4. Der Bundesrat hält im ersten Schritt eine spürbare Beschränkung und im zweiten Schritt ein generelles Unterbinden der Zeitarbeit in Pflegeeinrichtungen und Krankenhäusern für erforderlich und hält dafür eine Änderung des Gesetzes zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG) für geboten. Hält die Bundesregierung aufgrund der Patientensicherheit und der Pflegequalität gesetzliche Regelungen über das Sozialgesetzbuch (SGB) V und SGB XI für zielführender, um ein generelles Unterbinden der Zeitarbeit in der Pflege zu erreichen, ist der Bundesrat auch hierzu Gesprächsbereit.

5. Der Bundesrat bittet die Bundesregierung, die entsprechenden Änderungen zeitnah zu initiieren und weiter die Erhöhung der Attraktivität der Beschäftigung in einer Festanstellung zu forcieren.

2. Behandlung des Antrags

Auf seiner 986. Sitzung am 13. März 2020 hat der Bundesrat den Antrag des Landes Berlin ohne Wortmeldung unter dem Tagesordnungspunkt 12 beraten. Die Vorlage ist dem Ausschuss für Arbeit, Integration und Sozialpolitik als federführend sowie mitberatend dem Gesundheitsausschuss zugewiesen worden.¹⁸ Seitdem ruht die Behandlung der Vorlage. Der federführende Ausschuss hat nämlich die unterm dem Tagesordnungspunkt 7 für den 16. bis 18. März 2020 anstehende Beratung aufgehoben.¹⁹ Die Sache liegt seitdem, im Umlaufverfahren beschlossen, auf Wiedervorlage.²⁰

III. Die Initiative der Fraktion der SPD im Landtag NRW

1. Antrag vom 3. März 2020

Die Fraktion der SPD hat am 3. März 2020 den Antrag in den Landtag des Landes Nordrhein-Westfalen eingebracht „Unsere Patientinnen und Patienten und unsere Pflegekräfte sind es wert - Eindämmung der Leiharbeit im Gesundheits- und Pflegebereich in Nordrhein-Westfalen!“²¹ In diesem Antrag wird geltend gemacht, der vermehrte Einsatz von Leiharbeitnehmern führe dazu, dass die Kosten im refinanzierten Personalbereich so hoch angestiegen seien, dass aus betriebswirtschaftlichen Aspekten die Konsolidierung der Branche gefährdet sei. Im Gesundheitsbereich, in dem

¹⁸ Plenarprotokoll des Bundesrats – 986. Sitzung – 13. März 2020 S. 64.

¹⁹ www.bundesrat.de/SharedDocs/auschuesse-terminen/ais/termine-to/2020-03-19.html Aufruf 19.09.2020

²⁰ Mitteilung über <https://ig-zeitarbeit.de/presse/artikel/berliner-bundesratsinitiative-zur-pflege-verschoben>

²¹ LT- Drucksache 17/8784

das Fachpersonal eine hohe Verantwortung für das Leben und Wohlbefinden der Patienten und Patientinnen trage, könnten Störungen der Arbeitsabläufe und unsolidarische Arbeitsverhältnisse schwerwiegende Folgen nach sich ziehen. Das Wohl der pflegebedürftigen Menschen stehe an erster Stelle und dürfe nicht gefährdet werden. Vor diesem Hintergrund habe das Land Berlin eine Bundesratsinitiative zur „Abschaffung der Leiharbeit in der Pflege“ angekündigt. Die Antragstellerin fordert den Landtag u.a. auf, folgende Feststellungen zu treffen:

„• Im Pflegealltag bedarf es einer Kontinuität der Bezugspersonen, um eine hohe Qualität der Pflege zu gewährleisten. Deswegen ist Leiharbeit insbesondere im Gesundheits- und Pflegebereich mit gebotener Zurückhaltung zu betrachten.

• Leiharbeit in der Pflege ist nicht per se das geeignete Mittel, um dem Personalnotstand zu begegnen. Das grundlegende Problem des Fachkräftemangels in der Pflege kann durch das Instrument der Leiharbeit keinesfalls gelöst werden, sondern kann die Problematik zunehmend verschärfen.“

Die Antragstellerin verlangt vom Landtag, die Landesregierung aufzufordern:

„1. die Bundesratsinitiative zur Abschaffung der Leiharbeit im Pflegebereich aus Berlin konstruktiv zu begleiten. Die Landesregierung muss sich konstruktiv an dem Prozess beteiligen, damit Zeitarbeit in der Pflege eingedämmt wird, ...

3. den Pflegeberuf so attraktiv gestalten, dass sich die Frage einer Anstellung bei einer Zeitarbeitsfirma für das Pflegepersonal erst gar nicht mehr stellen muss.“

2. Behandlung des Antrags

Der Ausschuss für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landtags NRW hat den Termin zur Anhörung von Sachverständigen auf den 23. September 2020 bestimmt.²²

B Rechtliche Stellungnahme

I. Gang der Untersuchung

Zunächst stellen sich die übergeordneten rechtlichen Grundsatfragen:

1. Ist ein sektorales Verbot der Leiharbeit in der Pflege mit dem Grundgesetz vereinbar?
2. Ist ein sektorales Verbot der Leiharbeit in der Pflege mit dem Unionsrecht vereinbar?

Dann stellen sich die weiteren zu beantwortenden rechtspolitischen Fragen:

3. Ist zum Ausräumen der im Antrag des Landes Berlin geäußerten Befürchtung „...der Anteil der Zeitarbeitnehmer und Zeitarbeitnehmerinnen in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen steigt weiter an“ und der im Antrag der SPD Fraktion im Landtag NRW vorgebrachten Besorgnis über den „vermehrte(n) Einsatz von Leiharbeitnehmern“ das sektorale Verbot der Leiharbeit als Gegenmittel überhaupt erforderlich?
4. Gibt es statt des Verbots andere, besser geeignete Möglichkeiten das in beiden Initiativen angestrebte Ziel zu erreichen, die

²² www.landtag.nrw.de/home/parlament-wahlen/ausschuesse-und-gremien/ausschussubersicht-17wp/a01/anhörungen.html

Rahmenbedingungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Pflegealltag zu verbessern, damit eine hohe Qualität der Pflege und eine ausreichende Patientensicherheit sichergestellt werden kann?

II. Die Vereinbarkeit eines neuen sektoralen Verbots für die Überlassung von Pflegekräften

1. Das geltende Verbot der Überlassung in Baubetriebe

Ausgangspunkt jeder verfassungsrechtlichen Prüfung ist das Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 4. April 1967. Dort hat das BVerfG ein generelles Verbot der Überlassung von Arbeitnehmern für unvereinbar mit dem Grundrecht der freien Berufswahl aus Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) erklärt.²³ Kern der Entscheidung war, dass dem spezifischen Schutzbedürfnis des Leiharbeitnehmers nicht mit einem ausnahmslosen Verbot Rechnung zu tragen sei. Dabei führte das BVerfG aus: „...Hinzu kommt, daß Arbeitnehmer-Überlassungsverträge ein besonderes wirtschaftliches Bedürfnis erfüllen können. Sie mobilisieren die Arbeitskraft solcher Arbeitnehmer, die aus verschiedenen Gründen keine Dauerstellung, auch nicht für eine Teilzeitbeschäftigung, annehmen können oder wollen. Dies gilt namentlich für Arbeitskräfte, die einerseits auf eine besonders elastische Gestaltung der Arbeitszeit Wert legen...“.²⁴ Es obliege daher dem Gesetzgeber, die Überlassung sozialverträglich auszugestalten. Aufgrund dieser Entscheidung ist die Arbeitnehmerüberlassung mit dem Arbeit-

²³ Vgl. BVerfG 04.04.1967 – 1 BvR 84/65 – BVerfGE 21, 261.

²⁴ BVerfG 04.04.1967 – 1 BvR 84/65 – Rn. 25.

nehmerüberlassungsgesetz (AÜG) vom 7. August 1972 in einer gesetzlich regulierten Form zugelassen worden.

Als festgestellt wurde, dass sich auf den schwer kontrollierbaren Baustellen der illegale Arbeitskräfteverleih ausdehnte,²⁵ wurde darin eine Gefährdung der Ordnung des Arbeitsmarktes in der Bauwirtschaft gesehen. Mit Artikel 1 § 1 des Gesetzes zur Konsolidierung der Arbeitsförderung vom 22. Dezember 1981 wurde daher in §12a des damaligen Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) mit Wirkung vom 1. Januar 1982 ein generelles Verbot der gewerbsmäßigen Überlassung für Arbeitertätigkeiten in Betriebe des Baugewerbes geschaffen. Das in §12a AFG enthaltene branchenbezogene sektorale Verbot war bereits Gegenstand einer verfassungsrechtlichen Überprüfung: „Das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes (§ 12a AFG) ist mit dem Grundgesetz vereinbar“.²⁶ Die Norm ist durch Artikel 63 des Gesetzes zur Reform der Arbeitsförderung vom 24. März 1997 mit Wirkung vom 1. Januar 1998 nach § 1b AÜG überführt worden.

2. Die Rechtfertigung des Überlassungsverbot Verbots für den Pflegesektor

a) Die Anwendung der Maßstäbe des BVerfG

Das mit den Initiativen aus Berlin und NRW gemeinsam verfolgte Vorhaben, in das AÜG ein weiteres branchenbezogenes Verbot hinsichtlich der Überlassung von in Pflegeberufen tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Einrichtungen der Pflege und

²⁵ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Konsolidierung der Arbeitsförderung vom 28. September 1981, BT- Drucksache 9/846, S. 33

²⁶ BVerfG 06.10.1987 - 1 BvR 1086/82, 1 BvR 1468/82, 1BvR 1623/82 - NZA 1989, 28.

Krankenhäuser einzuführen²⁷, muss den im Urteil des BVerfG vom 6. Oktober 1987 angelegten Maßstäben genügen.

b) Eingriff in die Freiheit der Berufswahl der Verleiher?

In dem Beschluss vom 6. Oktober 1987 hob das BVerfG die erhebliche Intensität des Eingriffs in das Grundrecht aus Art. 12 Abs.1 GG ausdrücklich hervor. Dazu stellte es den Rechtssatz auf: „Mit dem Verbot der Überlassung von Arbeitnehmern an einen bestimmten Personenkreis und zu einem bestimmten Zweck werden weder objektive oder subjektive Zulassungsvoraussetzungen für den Beruf eines Verleihers aufgestellt noch wird dieser Beruf abgeschafft. Der Beruf eines Verleihers kann weiterhin gewählt und auch nach Verschließung eines Teilmarktes...bei der gebotenen generalisierenden Betrachtungsweise, die auf den betreffenden Wirtschaftszweig insgesamt abstellt, sinnvoll ausgeübt werden.“²⁸ Der mit dem Verbot der Überlassung für Arbeitertätigkeiten in die Bauwirtschaft verschlossene Teilmarkt machte etwa 20 vom Hundert des statistisch erfassten Verleihs konzessionierter Verleiher aus.²⁹ Der Prozentsatz der Leiharbeitsverhältnisse in dem für die Pflege relevanten Teilmarkt beträgt demgegenüber nur zwei Prozent.³⁰ Angesichts des geringen Umfangs kann das angestrebte sektorale Verbot nicht als Eingriff in die Berufswahlfreiheit der Verleiher angesehen werden.

²⁷ Vgl. dazu oben unter A II 1 und III 1.

²⁸ BVerfG 06.10.1987 - 1 BvR 1086/82, 1 BvR 1468/82, 1BvR 1623/82 – Rn. 73, NZA 1989, 28.

²⁹ BVerfG 06.10.1987 - 1 BvR 1086/82, 1 BvR 1468/82, 1BvR 1623/82 – Rn. 73, NZA 1989, 28.

³⁰ Vgl. oben A I 2 mit weiteren Nachweisen.

c) Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung der Verleiher?

Obwohl ein mögliches Verbot keine Berufswahlregelung trifft, schränkt es jedoch die berufliche Tätigkeit solcher Verleiher ein, die primär in diesen speziellen Sektor des Arbeitsmarkts Arbeitnehmer überlassen. Deshalb hat das BVerfG 1987 im Fall des sektoralen Verbots der Überlassung in Baubetriebe eine Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit angenommen, die der Einschränkung der Berufswahlfreiheit nahe komme. Dafür hat es besondere Anforderungen an den Rechtfertigungsgrund gestellt. Eine ausreichende Rechtfertigung könne nur mit solchen Allgemeininteressen begründet werden, die so schwer wögen, dass sie den Vorrang vor der Berufsbehinderung der Verleiher verdienen. Sie könnten nicht bloß auf vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gestützt werden. Das sei unzureichend.³¹

Ausgehend von diesen Maßstäben sah das BVerfG in dem sektoralen Verbot der Überlassung in Baubetriebe weder für die Berufsausübungsfreiheit der Verleiher noch für die Entleiher oder für die der Leiharbeitnehmer einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG); denn der Gesetzgeber verfolge mit dem Verbot die Wiederherstellung der durch illegale Überlassung gestörten Ordnung legitime Ziele, nämlich auf dem Teilarbeitsmarkt des Baugewerbes eines geordneten Arbeitsmarkt und eine stabile arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Lage der abhängig Beschäftigte sicherzustellen. Zudem sichere er damit die finanzielle Stabilität der Sozialversicherungsträger, denen sonst ein Großteil der Beiträge vorenthalten werde. Damit verfolge der Gesetzgeber legitime Ziele, die sich innerhalb des gesetzgeberischen Gestal-

³¹ BVerfG 06.10.1987 - 1 BvR 1086/82, 1 BvR 1468/82, 1BvR 1623/82 – Rn. 74, NZA 1989, 28.

tungsspielraums bewegten. Das diene schwerwiegenden Gemeinwohlbelangen. Der Gesetzgeber habe auch zur Verwirklichung dieser Ziele mit dem Mittel des Verbots ein geeignetes Instrument eingesetzt, um die angestrebten Zwecke zu fördern; denn diese könne insbesondere die Bekämpfung illegaler Leiharbeit wirksam gestalten und eine weitere Verschlechterung der Situation verhindern oder einzudämmen. Angesichts des Ausmaßes der festgestellten Missstände bei der Leiharbeit im Baugewerbe sei das Bedürfnis, dagegen einzuschreiten, besonders dringlich gewesen. Deswegen sei das Verbot sowohl erforderlich als auch verhältnismäßig.³²

Eine vergleichbare Gefährdung schwerwiegender Gemeinwohlbelange, wie sie dem sektoralen Verbot der Überlassung in Baubetriebe zugrunde lagen, sind für das angestrebte sektoralen Verbot der Überlassung in Pflegeeinrichtungen und Krankenhäuser nicht erkennbar.

Der Berliner Antrag macht geltend, der angestrebten Regelung lägen Belange des Gemeinwohls zugrunde, nämlich die Patientensicherheit und Pflegequalität zu gewährleisten.³³ Der Antrag der SPD Fraktion im Landtag NRW führt an, im Gesundheitsbereich, in dem das Fachpersonal eine hohe Verantwortung für das Leben und Wohlbefinden der Patienten und Patientinnen trage, könnten Störungen der Arbeitsabläufe und unsolidarische Arbeitsverhältnisse schwerwiegende Folgen nach sich ziehen.³⁴ In beiden Begründungen werden pauschal Besorgnisse geäußert. Durch Leiharbeit eingetretene oder drohende Missstände bei der

³² BVerfG 06.10.1987 - 1 BvR 1086/82, 1 BvR 1468/82, 1BvR 1623/82 – Rn. 75 - 44, NZA 1989, 28.

³³ Vgl. A II 1

³⁴ Vgl. A III 1.

Patientensicherheit oder für das Leben und Wohlbefinden der Patienten, werden nicht aufgezeigt. Es werden allenfalls „vernünftige Erwägungen“ angestellt, in welcher Hinsicht ein Überlassungsverbot im Gemeinwohl liegende Belange wie Verbesserung der Pflegequalität durch stärkere Kontinuität der Bezugspersonen³⁵ oder Konsolidierung der Branche durch Einsparung der Mehrkosten der Leiharbeit³⁶ fördern könnte. Das ist aber schon auf dieser ersten Stufe der Prüfung kein hinreichend gewichtiger Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Zeitarbeitsunternehmen (Verleiher im Sinne des AÜG). Wegen der in einer weiteren Stufe vorzunehmenden Verhältnismäßigkeitsprüfung siehe unter B IV.

Zu dem hier vertretenen Ergebnis ist auch der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestags gelangt.³⁷ Dort wird mit der für den Dienst gebotenen Zurückhaltung darauf hingewiesen, dass eine Rechtfertigung des Eingriffs voraussetzt, die Ordnung auf dem Teilarbeitsmarkt Pflege wäre erheblich gestört und im Interesse der arbeits- und sozialrechtlichen Situation der Arbeitnehmer oder zur Abwendung eines Pflegenotstands wäre ein Verbot erforderlich. Ob eine solche Situation im Teilarbeitsmarkt der Pflege aktuell gegeben sei oder noch drohe, lasse sich aus den im Berliner Antrag enthaltenen Informationen nicht „ohne konkrete weitere Erkenntnisse“ entnehmen. Wenn derartige Voraussetzun-

³⁵ Vgl. A III 1.

³⁶ Vgl. A III 1.

³⁷ Deutscher Bundestag Ausarbeitung WD 6 - 3000 - 138/19 vom 18. Februar 2020.

gen geltend gemacht würden, seien diese „sehr kritisch zu prüfen“.³⁸

d) Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Stammarbeitnehmer?

Wird der Berliner und Düsseldorfer Antrag näher untersucht, zeigt sich, dass deren eigentliche Zielrichtung auf die Einschränkung der Berufsausübung der Pflegekräfte gerichtet ist, die als so genannte Stammarbeitnehmer bei den Pflegeeinrichtungen und Krankenhäuser beschäftigt werden; denn

1. der „Wechsel von der Festanstellung in die Zeitarbeit“ soll verhindert werden,³⁹

2. die „Abwanderung festangestellter Pflegefachkräfte in Zeitarbeitsfirmen (soll) obsolet“ werden,⁴⁰

3. „unsolidarische Arbeitsverhältnisse“⁴¹ sollen verhindert werden.

Für die Einschränkung der Wahlfreiheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wird geltend gemacht, sie verhielten sich beim Wechsel zu einem Verleiher unsolidarisch, weil sie „häufig bessere Arbeitsbedingungen“ wählten, denn sie würden dort „besser bezahlt und können sich ihre Arbeitszeiten weitgehend selbst aussuchen“.⁴² Diese Einschränkung dient keinem Gemeinwohlbelang. Gefördert werden soll in erster Linie das betriebswirtschaftliche Interesse der Arbeitgeber, die Träger der Pflegeeinrichtungen und Krankenhäuser sind. Das räumt auch der Düsseldorfer Antrag of-

³⁸ Deutscher Bundestag Ausarbeitung WD 6 - 3000 - 138/19 vom 18. Februar 2020, Seite 9.

³⁹ Vgl A II 1

⁴⁰ Vgl A II 1

⁴¹ Vgl AIII 1.

⁴² Vgl. A II 1.

fen ein, wenn er die „betriebswirtschaftlichen Aspekte (für) die Konsolidierung der Branche“ anspricht. Den Arbeitgebern dieser Branche sollen die sonst erforderlichen Mehrausgaben für bessere Arbeitsbedingungen erspart werden, die entstehen, um auf dem relevanten Arbeitsmarkt im Wettbewerb mit den Angeboten der Verleiher hinsichtlich Bezahlung („besser bezahlt“) und arbeitnehmerorientierte Arbeitszeitplanung („können sich ihre Arbeitszeiten weitgehend selbst aussuchen“) mitzuhalten. Soweit es um die gewünschte Lage der Arbeitszeit geht, ist das Verbotsanliegen zudem nicht mit der Grundentscheidung des BVerfG vom 4. April 1967 vereinbar; denn dort ist ausdrücklich für Arbeitnehmer, die „auf eine besonders elastische Gestaltung der Arbeitszeit Wert legen“, hervorgehoben, dass ihnen die Freiheit zusteht, ein Leiharbeitsverhältnis eingehen zu dürfen.⁴³

III. Die unionsrechtliche Zulässigkeit des Verbots der Überlassung in der Pflegebranche

1. Die Grundfreiheiten und Richtlinienvorgaben der EU

Für ein sektorales Verbot bestehen in Art. 4 der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG sowie in der nach Art. 56 AUEV gewährleisteten Dienstleistungs- und der in Art. 49 AEUV gewährleisteten Niederlassungsfreiheit rechtliche Hürden.

⁴³ BVerfG 04.04.1967 – 1 BvR 84/65 – Rn. 25.

2. Die Vorgaben in der Leiharbeitsrichtlinie

Art. 2 der Leiharbeitsrichtlinie Richtlinie 2008/104/EG⁴⁴ postuliert als Ziel der Richtlinie, „für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern“. Diesen Zielvorstellungen dienen sowohl die Berliner als auch die Düsseldorfer Initiativen nicht. Diesen geht es nicht darum, die Situation der Leiharbeitnehmer zu verbessern.

Die Initiativen zielen auf ein sektorales Verbot der Leiharbeit ab, um die Arbeitgeber der Branche vor „Abwanderung festangestellter Pflegefachkräfte in Zeitarbeitsfirmen“ zu schützen. Die Zulässigkeit von Einschränkungen und Verbote des Einsatzes von Leiharbeit sind an Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie Richtlinie zu messen. Dort ist bestimmt: „Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit sind nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt; hierzu zählen vor allem der Schutz der Leiharbeitnehmer, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz oder die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten.“

3. Die Nichterfüllung der Verbotsvoraussetzungen

Die in Art. 4 Abs.1 der Leiharbeitsrichtlinie beschriebenen Verbotsvoraussetzung werden nicht erfüllt. Dazu im Einzelnen: Dem Allgemeininteresse an den in Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie genannten Schutzgütern hat der deutsche Gesetzgeber mit der Regulierung der Zeit/Leiharbeit durch das AÜG Rechnung getragen. Die Zeit/Leiharbeitnehmer sind durch den in § 8 AÜG veran-

⁴⁴ RICHTLINIE 2008/104/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 19. November 2008 über Leiharbeit, Amtsblatt der Europäischen Union vom 5.12.2008 L 327/9.

kerten Grundsatz der Gleichstellung mit Stammarbeitnehmern weitgehend wirtschaftlich abgesichert. Hinsichtlich des Rechtfertigungsgrundes der Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz gilt nach § 11 Abs. 6 AÜG, dass die Tätigkeit des Zeit/Leiharbeitnehmers den für den Entleiherbetrieb geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitsschutzrechts unterliegt. Die sich hieraus ergebenden Pflichten obliegen insoweit dem Verleiher sowie dem Entleiher in gleicher Weise. Die 1987 für die Rechtfertigung des sektoralen Verbots der Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes vom Gesetzgeber herangezogene Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und Missbräuche zu Lasten der Arbeitnehmerschaft zu verhüten, kommt hier nicht in Betracht. Der für die Pflege relevante Teilarbeitsmarkt funktioniert. Missbräuchliche Gestaltungsformen der Überlassung sind weder vorgebracht noch erkennbar. Soweit von den Verbotsinitiatoren Störungen geltend gemacht werden, werden sie durch die wenig attraktiven Arbeitsbedingungen verursacht, die Arbeitgeber als Betreiber von Pflegeeinrichtungen und Krankenhäusern ihren Beschäftigten gewähren. Werden die Verleiher vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen, so dient das nicht den Allgemeininteressen, sondern dem Eigeninteresse der Arbeitgeber der Pflegebranche, die sich nicht mehr dem Wettbewerb stellen müssen.

4. Beurteilung des Fachbereichs Europa im Deutschen Bundestag

Der Fachbereich Europa, ein Teil des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags, ist Ende 2019 die Frage vorgelegt worden: „ob und inwieweit ein Verbot des Einsatzes von Leiharbei-

tern im Pflege und Krankenhausbereich – analog zu § 1b Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) – mit dem Unionsrecht vereinbar wäre“. Die für einen Abgeordneten des Bundestages gefertigte Auftragsarbeit ist am 18. Dezember 2019 abgeschlossen worden.

⁴⁵ Als Ergebnis wird festgestellt: „Die Vereinbarkeit des bereits bestehenden Verbots der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe in § 1b AÜG mit Art. 4 Abs. 1 RL 2008/104 wird seitens der weit überwiegenden Ansicht der Literatur abgelehnt. Die insoweit von der Literatur angeführten Argumente, die gegen eine Rechtfertigung des Verbots der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe im Hinblick auf den Schutz der Leiharbeiter bzw. die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz sprechen, lassen sich nach Ansicht des Verfassers im Grundsatz auch auf den Pflege- und Krankenhausbereich übertragen.“ ⁴⁶

Damit wird zum Ausdruck gebracht, ein weiteres sektorales Verbot sei mit dem Unionsrecht schwerlich vereinbar. ⁴⁷ Diplomatisch bringt der Verfasser der gutachterlichen Stellungnahme zum Ausdruck, es seien „keine belastbaren Daten sowie keine (tragfähigen) Angaben zum Hintergrund eines etwaigen Verbots des Einsatzes von Leiharbeitern im Pflege- und Krankenhausbereich“ bekannt, die ein Verbot rechtfertigen könnten. ⁴⁸

⁴⁵ Deutscher Bundestag Fachbereich Europa Ausarbeitung PE 6 - 3000 - 110/19 vom 18.12.2019.

⁴⁶ Deutscher Bundestag Fachbereich Europa Ausarbeitung PE 6 - 3000 - 110/19 vom 18.12.2019 Seite 7.

⁴⁷ Deutscher Bundestag Fachbereich Europa Ausarbeitung PE 6 - 3000 - 110/19 vom 18.12.2019 Seite 7.

⁴⁸ Deutscher Bundestag Fachbereich Europa Ausarbeitung PE 6 - 3000 - 110/19 vom 18.12.2019 Seite 7.

IV. Erforderlichkeit des sektoralen Verbots

Das zur Verwirklichung der gesetzgeberischen Ziele eingesetzte Mittel des Verbotes muss nicht nur geeignet, sondern auch **erforderlich** sein, die angestrebten Zwecke zu fördern, und eine weitere Verschlechterung der von den Berliner und Düsseldorfern Initiatoren beschriebenen Situation zu verhindern oder einzudämmen. Daran fehlt es.

Das Gesetz zur Stärkung des Pflegepersonals (Pflegepersonal-Stärkungsgesetz–PpSG) vom 11. Dezember 2018⁴⁹ hat in seinem Artikel 9 eine Einfügung des § 6a über die Vereinbarung eines Pflegebudgets in das Krankenhausentgeltgesetzes (KHEntgG)⁵⁰ vorgenommen. Danach ist die Finanzierung der Pflegepersonalkosten der Krankenhäuser auf eine neue, von den Fallpauschalen unabhängige, krankenhausespezifische Vergütung der Pflegepersonalkosten umgestellt. Nach § 6a Abs. 2 Satz 5 KHEntgG gilt: „Die Wirtschaftlichkeit der dem einzelnen Krankenhaus entstehenden Pflegepersonalkosten wird nicht geprüft; die Bezahlung von Gehältern bis zur Höhe tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen gilt als wirtschaftlich, für eine darüber hinausgehende Vergütung bedarf es eines sachlichen Grundes.“ Artikel 4 des Gesetzes für bessere und unabhängige Prüfungen (MDK-Reformgesetz) vom 14. Dezember 2019⁵¹ hat mit Wirkung vom 1. Januar 2020 § 6a Abs. 2 KHEntgG durch Anfügen des folgenden Satzes ergänzt: „Bei Beschäftigung von Pflegepersonal ohne direktes Arbeitsverhältnis mit dem Krankenhaus, insbesondere von Leiharbeitneh-

⁴⁹ BGBl 2018 Teil I Nr. 45, 2394.

⁵⁰ Gesetz über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen (Krankenhausentgeltgesetz - KHEntgG) vom 23.04.2002, BGBl. I 2002 S. 1412.

⁵¹ BGBl 2019 Teil I Nr. 5, Seite 2789.

mern 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.“ Dieser Satz ist aufgrund der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) vom 6. November 2019 im laufenden Gesetzgebungsverfahren angefügt worden.⁵² Der Ausschuss hat seine Empfehlung so begründet⁵³: „Mit der Regelung von § 6a Absatz 2 Satz 9 -neu -wird für den Bereich des Pflegebudgets, das auf der Erstattung der Kosten des Krankenhauses basiert, möglichen Fehlentwicklungen im Hinblick auf die Höhe des Arbeitsentgelts und die Zahlung von Vermittlungsentgelten für die Beschäftigung von Pflegepersonal ohne direktes Arbeitsverhältnis mit dem Krankenhaus entgegengewirkt. Vor allem ist damit die Fallgruppe der Leiharbeitnehmer im Sinne des AÜG angesprochen. Vorgegeben wird, dass bei Beschäftigung von Pflegepersonal ohne direktes Arbeitsverhältnis die über das tarifvertragliche Arbeitsentgelt des Krankenhauses für das Pflegepersonal mit direktem Arbeitsverhältnis hinausgehenden Zusatzkosten nicht im Pflegebudget berücksichtigt werden können. Die Kosten für Pflegepersonal ohne direktes Arbeitsverhältnis mit dem Krankenhaus sind damit im Rahmen des Pflegebudgets bis zur Höhe der tarifvertraglich vereinbarten Arbeitsentgelte für das Pflegepersonal mit direktem Arbeitsverhältnis berücksichtigungsfähig. Damit sind bei Pflegepersonal ohne direktes Arbeitsverhältnis mit dem Krankenhaus auch die Kosten für die Zahlung von Vermittlungsentgelten

⁵² BT- Drucksache 19/14871, Seite 67.

⁵³ BT- Drucksache 19/14871, Seite 118.

und weiteren Entgelten für die Vermittlung (z. B. Provisionen) nicht im Pflegebudget berücksichtigungsfähig.“

Somit hatte der Bundesgesetzgeber mit Wirkung vom 1. Januar 2020 eine Maßnahme ergriffen, um den in den Anträgen der Initiatoren beschriebenen Fehlentwicklungen entgegenzuwirken. Da die durch die Zeit/Leiharbeit entstehenden zusätzlichen Kosten seitdem nicht mehr über die Krankenkassen refinanziert werden können, entfällt der finanzielle Anreiz zum Wechsel aus dem Stammarbeitsverhältnis zum Zeitarbeitunternehmen. Vermutlich im Vorgriff auf diese Kostenbremse hat sich der Leiharbeitsmarkt für Pflegekräfte schon 2019 rückläufig entwickelt. So endete der leichte Anstieg der Anzahl der Leiharbeitsverhältnisse zeitgleich mit der Einführung des Pflegebudgets Ende 2018. Im 2019 ging nach der Arbeitsmarktstatistik der Bundesagentur für Arbeit sogar die Zahl der sozialversicherungspflichtig beschäftigten Leiharbeitnehmer sowohl in der Kranken- als auch in der Altenpflege leicht auf knapp zwei Prozent zurück, während der Prozentsatz der Leiharbeitsverhältnisse insgesamt, gemessen am gesamten Arbeitsmarkt, mit gut zwei Prozent höher ausfällt.⁵⁴ Diese Entwicklung haben die Initiatoren des Verbots nicht nur ausgeblendet, sondern sogar falsch dargestellt. So wird im Antrag des Landes Berlin behauptet. „Denn der Anteil der Zeitarbeitnehmer und Zeitarbeitnehmerinnen in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen steigt weiter an.“⁵⁵ Die Daten der Arbeitsmarktsstatistik besagen jedoch das Gegenteil. Es erweist sich, dass die Kostenbremse in § 6a Abs.2 Satz 9 2 KHEntgG effektiv ist. Sie greift. Die Bedeutung der

⁵⁴ Bundesagentur für Arbeit, Bericht: Blickpunkt Arbeitsmarkt vom Mai 2020, Arbeitsmarktsituation im Pflegebereich, S.9.

⁵⁵ Vgl. A II 1.

Auswirkungen der Kostenbremse hat auch der wissenschaftliche Dienst des Bundestags in seiner gutachterlichen Stellungnahme hervorgehoben. Er schreibt dazu zurückhaltend bewertend: ...“Ob die Anreizwirkung (der Kostenbremse)...ausreicht, dürfte im Rahmen der gesetzgeberischen Gefahrenprognose als Voraussetzung für den Erlass eines sektoralen Leiharbeitsverbots in der Pflege zu berücksichtigen sein.“⁵⁶

V. Bessere Alternativlösungen

Der Deutsche Berufsverband für Pflegeberufe hat im September 2019 ein Impulspapier zur Behebung der von den Verbotsinitiatoren beklagten Zustände vorgelegt.⁵⁷ Dort wird ein sinnvolles Maßnahmenpaket vorgeschlagen:

- Anhebung des Pflegefachpersonenbestands inkl. konsequenter Berücksichtigung von Ausfallzeiten;
- analytische Pflegepersonalbemessung, die sich am tatsächlichen Pflegebedarf und der Struktur der Einrichtung orientiert und die Interessen von Patienten bzw. Bewohnern sowie Beschäftigten im Fokus hat;
- geregeltes Personalausfallmanagement: z.B. hauseigene Pool-Lösungen und vergütete Standby- Systeme;
- Führungskräfte achten auf Mitarbeiterbindung;

⁵⁶ Deutscher Bundestag Ausarbeitung WD 6 - 3000 - 138/19 vom 18. Februar 2020, Seite 10.

⁵⁷ Veröffentlicht unter: www.dbfk.de/media/docs/download/DBfK-Positionen/Impulspapier-Arbeitnehmerueberlassung-in-der-Pflege-2019-09.pdf Aufruf 19.09.2020.

- kontinuierliche Personalentwicklung gemeinsam mit den Beschäftigtenvertretungen;
- wertschätzende Personalpolitik;
- Nachwuchsbindung, angefangen bei qualitativ guter und wertschätzender Ausbildung;
- Abzielen auf „Klebe-Effekte“ bei Leiharbeitnehmern, indem man sich als vorbildlicher Arbeitgeber erweist.

Aus meiner Erfahrung als Einigungsstellenvorsitzender kann ich einschätzen, dass dieses Maßnahmenpaket geeignet ist, die Attraktivität der Festanstellung bei den Trägereinrichtungen zu stärken und ein Abwandern eines relevanten Teils des Fachkräftepersonals zu verhindern. In diesem Punkt ist der Forderung des Antrags der SPD Fraktion im Landtag NRW vom 3. März 2020 zuzustimmen, der Pflegeberuf ist „so attraktiv gestalten, dass sich die Frage einer Anstellung bei einer Zeitarbeitsfirma für das Pflegepersonal erst gar nicht mehr stellen muss“.⁵⁸

⁵⁸ Vgl A III 1.

Zusammenfassung

1. Das vom Land Berlin mit Antrag vom 28. Februar 2010 in Vorschlag gebrachte und von der SPD Fraktion im Landtag NRW unterstützte sektorale Verbot der Überlassung von in Pflegeberufen tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Einrichtungen der Pflege und Krankenhäuser ist nicht mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar.
2. Die unionsrechtlich in Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie aufgestellten Vorgaben an ein zulässiges sektorales Verbot werden nicht erfüllt.
3. Ein Verbot ist zur Erreichung des Zwecks der Eindämmung der Leiharbeit auf diesem Teilarbeitsmarkt nicht erforderlich; denn die mit Wirkung vom 1. Januar 2020 in § 6a Abs. 2 Satz 9 KHEntgG eingeführte Kostenbremse wirkt sich dämpfend auf diesen Teilarbeitsmarkt aus.
4. Die Träger der Pflegereinrichtungen und Krankenhäuser haben es als Arbeitgeber weitgehend selbst in der Hand, gemeinsam mit den Beschäftigtenvertretungen ihre Arbeitsbedingungen so attraktiv zu gestalten, dass nur geringe Anreize für einen Wechsel des Arbeitgebers bestehen. Dazu bedarf es einer zeitgemäßen guten Personalführung.

Weimar, den 22.09.2020

Franz Josef Düwell