



Ausarbeitung

**Verfassungsrechtliche Aspekte eines Leiharbeitsverbots in der Pflege
vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen**

Verfassungsrechtliche Aspekte eines Leiharbeitsverbots in der Pflege vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen

Aktenzeichen: WD 6 - 3000 - 038/23
Abschluss der Arbeit: 28. Juni 2023 (gleichzeitig letzter Abruf der Internetquellen)
Fachbereich: WD 6: Arbeit und Soziales

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Leiharbeit in der Pflege	5
3.	Aktuelle politische Standpunkte	7
3.1.	Bundratsinitiativen	7
3.1.1.	Land Berlin	7
3.1.2.	Freistaat Bayern	7
3.2.	Interessenvertreter	8
3.2.1.	Positionspapier der Deutschen Krankenhausgesellschaft	8
3.2.2.	Deutscher Pflegerat	8
4.	Bundessozialgericht zur Zulässigkeit von Fremdpersonaleinsatz	9
5.	Verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Leiharbeitsverbots in der Pflege	10
5.1.	Leiharbeitsverbot im Baugewerbe	10
5.2.	Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft	11
5.3.	Besonders schwerwiegende Allgemeininteressen in der Pflege	11
5.3.1.	Arbeitsbedingungen der Stammbeschäftigten in der Pflege	11
5.3.2.	Personalkosten für die Einrichtungen	12
5.3.3.	Patientensicherheit und Qualität der Versorgung	13
5.3.4.	Abwägung	14
6.	Weniger einschneidende Maßnahmen zur Beschränkung der Zeitarbeit	16
7.	Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Pflege	16
7.1.	Forderungen aus Praxis und Wissenschaft	16
7.2.	Gesetzgeberische Maßnahmen	17
7.2.1.	Verbesserung der Arbeitsbedingungen	17
7.2.2.	Verringerung des Einsatzes von Leiharbeit	18

1. Einleitung

Die Pflegeberufe zählen zu den Berufsgruppen mit dem größten Fachkräftemangel. Laut der Fachkräfteengpassanalyse der Bundesagentur für Arbeit (BA) für das Jahr 2022 handelt es sich um einen der beschäftigungsstärksten Engpassberufe. Eine kurz- bis mittelfristige Entspannung der Situation ist danach mit Blick auf die demografische Entwicklung in Deutschland derzeit nicht erkennbar.¹

Damit Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen trotzdem arbeitsfähig bleiben, sind sie vielfach auf den Einsatz von Leiharbeitskräften angewiesen. Gut zwei Prozent aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in der Pflege sind in einem Leiharbeitsverhältnis angestellt. Damit hat sich die Leiharbeit in diesem Bereich auf etwas geringerem Niveau etabliert als in der Gesamtbeschäftigung.² Während der Anteil der in der Leiharbeit Beschäftigten in anderen Bereichen ab dem Jahr 2018 konjunktur- und coronabedingt spürbar gesunken war, blieb er im Bereich der Pflege stabil.³ Insbesondere in den Krankenhäusern ist die Leiharbeit weit verbreitet. Nach Angaben des Deutschen Krankenhausinstituts (DKI) setzte 2021 gut die Hälfte aller Krankenhäuser auf den Allgemein- und Intensivstationen Honorar- und Leiharbeitskräfte ein.⁴

Mit Hilfe der Leiharbeit können Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen zwar Personalengpässe überbrücken, sie ist jedoch zumeist mit hohen Kosten verbunden und kann auch betriebliches Konfliktpotenzial bergen.⁵ Daher werden immer wieder Forderungen nach einem Verbot der Leiharbeit in der Pflege oder zumindest einer Beschränkung des Einsatzes laut.

-
- 1 BA: Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt: Fachkräfteengpassanalyse 2022, Mai 2023, Nürnberg, abrufbar über: <https://statistik.arbeitsagentur.de/DE/Navigation/Statistiken/Interaktive-Statistiken/Fachkraeftebedarf/Engpassanalyse-Nav.html;sessionid=47FE69217BCA8A371D33D56DAFB045A4>; Statistik der BA: Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt: Entwicklungen in der Zeitarbeit, Juli 2022, Nürnberg, S. 13, abrufbar über: <https://statistik.arbeitsagentur.de/DE/Statischer-Content/Statistiken/Themen-im-Fokus/Zeitarbeit/generische-Publikation/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf? blob=publicationFile>.
 - 2 Statistik der BA: Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt, Arbeitsmarktsituation im Pflegebereich, Mai 2023, Nürnberg, S. 13; abrufbar über: <https://statistik.arbeitsagentur.de/DE/Statischer-Content/Statistiken/Themen-im-Fokus/Berufe/Generische-Publikationen/Altenpflege.pdf? blob=publicationFile&v=14>; Statistik der BA: Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt, Entwicklungen in der Zeitarbeit, Juli 2022, Nürnberg, S. 13, abrufbar über: <https://statistik.arbeitsagentur.de/DE/Statischer-Content/Statistiken/Themen-im-Fokus/Zeitarbeit/generische-Publikation/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf? blob=publicationFile>.
 - 3 Statistik der BA: Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt, Entwicklungen in der Zeitarbeit, Juli 2022, Nürnberg, S. 13, abrufbar über: <https://statistik.arbeitsagentur.de/DE/Statischer-Content/Statistiken/Themen-im-Fokus/Zeitarbeit/generische-Publikation/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf? blob=publicationFile>.
 - 4 DKI: Krankenhaus Barometer Umfrage 2022, S. 76 f.; abrufbar über: <https://www.dki.de/barometer/krankenhaus-barometer>.
 - 5 Vgl. DPR: Ursachen und Auswirkungen der Leiharbeit in der Pflege entgegenwirken, Berlin, 28. April 2023, S. 2, abrufbar über: http://deutscher-pflegerat.de/wp-content/uploads/2023/05/dpr_ursachen-und-auswirkungen-der-leiharbeit-in-der-pflege_aktualisiert_230428.pdf.

Die verfassungsrechtlichen sowie unionsrechtlichen Aspekte der Zulässigkeit eines Leiharbeitsverbots in der Pflege waren bereits Gegenstand früherer Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages:

Deutscher Bundestag - Fachbereich Europa: Zur Vereinbarkeit eines Verbots des Einsatzes von Leiharbeitern im Pflege- und Krankenhausbereich mit dem Unionsrecht, Ausarbeitung vom 18. Dezember 2019, abrufbar über: <https://www.bundestag.de/resource/blob/680130/0dc9db70fde554717e2b74bef7bd521e/PE-6-110-19-pdf-data.pdf>;

Deutscher Bundestag - Wissenschaftliche Dienste: Verfassungsrechtliche Aspekte eines Verbots der Arbeitnehmerüberlassung in den Pflegebereich, Ausarbeitung WD 6-3000-138/19 vom 18. Februar 2020, abrufbar über: <https://www.bundestag.de/resource/blob/689718/fda1cb55f326aca2c4bc5a65f03bf3a8/WD-6-138-19-pdf-data.pdf>.

Vor dem Hintergrund des sich weiter verschärfenden Personalmangels in der Pflege wurden die Wissenschaftlichen Dienste um eine verfassungsrechtliche Neubewertung der Frage eines Leiharbeitsverbots in diesem Bereich gebeten. Hierzu werden im Folgenden die Besonderheiten der Leiharbeit im Pflegesektor und aktuelle Entwicklungstendenzen skizziert sowie deren verfassungsrechtliche Relevanz im Hinblick auf ein Verbot der Leiharbeit in der Pflege betrachtet.

2. Leiharbeit in der Pflege

Leiharbeit ist eine etablierte Form des flexiblen Personaleinsatzes, durch deren Einsatz bei schwankender Konjunktur Flexibilität gewährleistet oder Personalkosten gesenkt werden können. Sie ist daher im Allgemeinen „infolge von Konjunkturanfälligkeit und wechselnden Einsätzen mit Unsicherheiten für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verbunden. Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter werden teilweise auch bei längeren Einsatzdauern zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen beschäftigt als vergleichbare Stammbeschäftigte.“⁶ Leiharbeitsverhältnisse werden daher üblicherweise zu den „prekären“ Arbeitsverhältnissen gezählt.⁷

Die Leiharbeit in der Pflege unterscheidet sich jedoch erheblich von anderen Bereichen. „Aus qualitativen Studien geht hervor, dass sich Pflegefachpersonen trotz des Überangebots an Festanstellungen in Krankenhäusern für Leiharbeit entscheiden, um individuelle Beschäftigungsbedingungen auszuhandeln, die in einem regulären Angestelltenverhältnis nicht durchsetzbar wären [...]. Die Leiharbeitsunternehmen bieten den Pflegefachkräften eine Festanstellung mit wechseln-

6 Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 1.

7 Vgl. Doil, Lukas: „Flexibel“ und „prekär“. Arbeits- und Zeitverhältnisse in der bundesdeutschen Zeitarbeit, Dissertationsprojekt am Leibniz-Zentrum für Zeithistorische Forschung, Projektbeschreibung, abrufbar über: <https://zzf-potsdam.de/de/forschung/projekte/flexibel-prekaer-arbeits-zeitverhaeltnisse-der-bundesdeutschen-zeitarbeit>.

den Einsatzgebieten, die nach ihren Bedingungen ausgesucht werden (z. B. Verzicht auf Nachtschichten, höhere Löhne)⁸ und werben auch gezielt mit diesem Argument.⁹ Einer aktuelle Kurzstudie des Kölner Instituts der Deutschen Wirtschaft (IW Köln) zufolge, das auf der Grundlage einer Zufallsbefragung von etwa 4.000 in der Zeitarbeit tätigen Pflegekräften beruht, waren im Juli 2022 fast 80 Prozent der Befragten vor Aufnahme der Beschäftigung in der Zeitarbeit in einer Gesundheits- oder Pflegeeinrichtung beschäftigt.¹⁰

„Die Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen sind aufgrund des massiven Personalmangels auf die Beschäftigten aus der Leiharbeit angewiesen, um gesetzlich vorgeschriebene Pflegepersonalquoten einzuhalten, da ansonsten die Schließung von Betten droht.“¹¹ Den Zeitarbeitsfirmen kommt deshalb eine starke Verhandlungsposition zu. Für Zeitarbeitseinsätze können daher oft höhere Vergütungen oberhalb der in der Pflege üblichen Löhne erzielt werden, die jedoch im Krankenhausbereich seit dem Jahr 2020 nur bis zum Tariflohn vergütet werden und auch Zahlungen von Vermittlungsentgelten nicht im Pflegebudget berücksichtigt werden können.¹²

Die Beschäftigten der Leiharbeitsunternehmen profitieren von einer verlässlicheren Dienstplanung, bei der individuelle Präferenzen berücksichtigt werden. In den Gesundheits- und Pflegeeinrichtungen kann der Einsatz von Leiharbeitskräften demgegenüber zu Störungen des Betriebsfriedens führen. Denn „die Arbeitsbedingungen für die Stammbesetzung verschlechtern sich, da diese vermehrt Nacht-, Wochenend- und Bereitschaftsdienste übernehmen sowie die Leiharbeiterinnen und -arbeitnehmer einarbeiten und einweisen bzw. deren Arbeit kontrollieren muss [...]. Entsprechend werden Leiharbeiterinnen und -arbeitnehmer vom festangestellten

-
- 8 Unterrichtung durch die Bundesregierung: Gutachten 2023 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen - Resilienz im Gesundheitswesen - Wege zur Bewältigung künftiger Krisen, Bundestagsdrucksache 20/5500 vom 24. Januar 2023, S. 264 (Rn. 479); vgl. dazu aus der aktuellen medialen Berichterstattung z.B. Nehls, Anja: Leiharbeit in der Pflege - Fachkräfte wechseln zu Zeitarbeitsfirmen, Deutschlandfunk vom 19. Dezember 2022, abrufbar über: <https://www.deutschlandfunk.de/prekaere-arbeit-fleischindustrie-online-handel-mindestlohn-100.html>.
- 9 Vgl. z.B. den Internetauftritt der Firma Pflegeagenten: https://jetztbewerben.pflegeagenten.de/bewerben?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=19807321570&utm_content=148287987033&gclid=EAIaIQobChMI5LbD1afS_wIVr4VoCR3XpgwXEAAYAAEgLKhPD_BwE.
- 10 Schäfer, Holger; Stettes, Oliver: Zeitarbeiterbefragung - Zeitarbeit in der Pflegebranche, Kurzstudie, Institut der Deutschen Wirtschaft, Köln, 29. April 2023, S. 9, Tabelle 3.1, abrufbar über: <https://www.iwkoeln.de/studien/holger-schaefer-oliver-stettes-zeitarbeit-in-der-pflegebranche.html>.
- 11 Unterrichtung durch die Bundesregierung: Gutachten 2023 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen - Resilienz im Gesundheitswesen - Wege zur Bewältigung künftiger Krisen, Bundestagsdrucksache 20/5500 vom 24. Januar 2023, S. 264 (Rn. 479).
- 12 Gesetz für bessere und unabhängige Prüfungen (MDK-Reformgesetz) vom 14. Dezember 2019 (§ 6a Abs. 2 des Krankenhausentgeltgesetzes).

Personal als Bedrohung und Mehrbelastung wahrgenommen.“¹³ Die Unterschiede bei den Arbeitsbedingungen der beiden Beschäftigtengruppen bergen Konfliktpotential, weil sie zur Entsolidarisierung in der Belegschaft führen.¹⁴

3. Aktuelle politische Standpunkte

3.1. Bundesratsinitiativen

3.1.1. Land Berlin

Der Berliner Senat hat am 28. Februar 2020 einen Entschließungsantrag mit dem Ziel einer spürbaren Verbesserung der Situation in allen Bereichen der Pflege in den Bundesrat eingebracht.¹⁵ Explizit soll die Bundesregierung unter anderem aufgefordert werden, die Zeitarbeit in Pflegeeinrichtungen und Krankenhäusern zunächst zu beschränken und schließlich generell zu unterbinden. Die Vorlage liegt seit dem 13. März 2020 dem Ausschuss für Arbeit, Integration und Sozialpolitik (federführend) sowie dem Gesundheitsausschuss (mitberatend) zur Entscheidung vor.¹⁶

3.1.2. Freistaat Bayern

Die Bayerische Staatsregierung hat am 16. Mai 2023 einen Entschließungsantrag zur Eindämmung der Leiharbeit in der Pflege in den Bundesrat eingebracht.¹⁷ Danach soll die Bundesregierung aufgefordert werden, alle rechtlichen Möglichkeiten zur Rückführung oder Begrenzung von Leiharbeit in der Pflege auszuschöpfen, um einem drohenden Ungleichgewicht zwischen Leiharbeitsunternehmen und Leistungserbringern im Markt entgegenzuwirken. Neben einer bundesgesetzlichen Beschränkung überzogener Vergütungen der Leiharbeitsunternehmen im Bereich der Pflege sollen die Pflegeeinrichtungen verpflichtet und wirtschaftlich in die Lage versetzt werden, belastbare Konzepte für einen Ausfall von Pflegekräften, wie beispielsweise trägerübergreifende Springerpools, mit einer sicheren Finanzierung aufzustellen, um die Inanspruchnahme von Leiharbeit überflüssig zu machen. Es müsse sichergestellt werden, dass die durch derartige Konzepte

13 Unterrichtung durch die Bundesregierung: Gutachten 2023 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen - Resilienz im Gesundheitswesen - Wege zur Bewältigung künftiger Krisen, Bundestagsdrucksache 20/5500 vom 24. Januar 2023, S. 264 (Rn. 479).

14 Blum, Karl: Leiharbeit im Krankenhaus, in: Das Krankenhaus 2023, Sonderheft, S. 54 (54).

15 Antrag des Landes Berlin: Entschließung des Bundesrates - Die Situation in allen Bereich der Pflege spürbar verbessern - Kein Ersatz von festangestellten Pflegekräften durch Leiharbeitskräfte, Bundesratsdrucksache 103/20 vom 28. Februar 2020, abrufbar über: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2020/0101-0200/103-20.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

16 Bundesrat, Plenarprotokoll 986 vom 13. März 2020, S. 64.

17 Antrag des Freistaates Bayern: Entschließung des Bundesrates - Eindämmung der Leiharbeit in der Pflege, Bundesratsdrucksache 214/23 vom 16. Mai 2023, abrufbar über: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2023/0201-0300/214-23.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

entstehenden Mehrkosten nicht von den Pflegebedürftigen getragen werden. Ein Verbot der Leiharbeit in der Pflege wird darin nicht gefordert. Der Antrag wurde in der Sitzung am 16. Juni 2023 zur weiteren Beratung dem Gesundheitsausschuss (federführend) und mitberatend dem Ausschuss für Arbeit, Integration und Sozialpolitik sowie dem Wirtschaftsausschuss (jeweils mitberatend) zugewiesen.¹⁸

3.2. Interessenvertreter

3.2.1. Positionspapier der Deutschen Krankenhausgesellschaft

Die Deutsche Krankenhausgesellschaft (DKG) fordert in einem im Februar 2023 veröffentlichten Positionspapier¹⁹ entschiedene Reformen zur Begrenzung der Leiharbeit in der Pflege, um die verbreitete Abwanderung von Pflegepersonal in die Leiharbeit zu unterbinden, die zu einer „ernsthaften Gefahr im Hinblick auf die Fachkräftesicherung - und damit auch für die Gewährleistung der Patientenversorgung“ geworden sei. Wünschenswertes Ziel sei ein grundsätzliches gesetzliches Verbot der gewerblichen Leiharbeit in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen, das sich auf Pflegekräfte und Ärzte erstrecken solle. Eine Überlassung von Arbeitskräften solle lediglich zwischen diesen Einrichtungen sowie ausnahmsweise in medizinischen Not- und Krisenlagen zulässig sein. Für den Fall, dass ein generelles Verbot nicht oder nicht kurzfristig umsetzbar sei, wird zumindest eine spürbare Begrenzung der Kosten der Leiharbeit in Krankenhäusern gefordert. Die Deutsche Krankenhausgesellschaft schlägt hierzu eine Begrenzung der Stundenverrechnungssätze auf das 1,5-fache des durchschnittlichen einschlägigen Bruttolohns inklusive Arbeitgebernebenkosten vor.

3.2.2. Deutscher Pflegerat

Der Deutsche Pflegerat e.V. (DPR) hat am 28. April 2023 ein Positionspapier veröffentlicht, in dem die zum Teil schwerwiegenden Folgen des Anstiegs der Leiharbeit in der Pflege hervorgehoben werden, die auch zu einer Gefährdung der Patientensicherheit führen könnten. Eine gesetzliche Quotenregelung für den Einsatz von Leiharbeit in der Pflege oder gar ein Verbot hält der Deutsche Pflegerat jedoch ausdrücklich für verfassungsrechtlich problematisch.²⁰

18 Bundesrat, Plenarprotokoll 1034 vom 16. Juni 2023, S. 180.

19 DKG: Positionen der Deutschen Krankenhausgesellschaft zur Leiharbeit im Krankenhaus, Februar 2023, Berlin; abrufbar über: https://www.dkgev.de/fileadmin/default/Mediapool/1_DKG/1.7_Presse/1.7.1_Pressemitteilungen/2023/Anlage_PM_DKG_Positionspapier_Leiharbeit_im_Krankenhaus.pdf.

20 DPR: Ursachen und Auswirkungen der Leiharbeit in der Pflege entgegenwirken, Berlin, 28. April 2023, abrufbar über: http://deutscher-pflegerat.de/wp-content/uploads/2023/05/dpr_ursachen-und-auswirkungen-der-leiharbeit-in-der-pflege_aktualisiert_230428.pdf.

4. Bundessozialgericht zur Zulässigkeit von Fremdpersonaleinsatz

Das Bundessozialgericht (BSG) hat in mehreren Entscheidungen seit 2011 grundsätzliche Zweifel an der leistungsrechtlichen Zulässigkeit des Einsatzes von Fremdpersonal in Krankenhäusern geäußert.²¹ Das Gericht deutet in einem Urteil die Rechtsauffassung an, dass es rechtlich unzulässig sein könnte, „in größerem Umfang nicht auf fest angestellte, sondern von Leiharbeitsunternehmen punktuell entliehene Ärzte“ zurückzugreifen.²²

Diesen Gedanken stützt das Gericht maßgeblich auf § 107 Abs. 1 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V). Danach ist ein Krankenhaus eine Einrichtung, die unter anderem „mit Hilfe von jederzeit verfügbarem ärztlichem, Pflege-, Funktions- und medizinisch-technischem Personal darauf eingerichtet ist, vorwiegend durch ärztliche und pflegerische Hilfeleistung Krankheiten der Patienten zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten, Krankheitsbeschwerden zu lindern oder Geburtshilfe zu leisten“ (§ 107 Abs. 1 Nr. 3 SGB V). Diese Norm stellt eine Definitionsnorm dar, welche die Merkmale eines Krankenhauses charakterisiert. Nach Ansicht des BSG enthalte sie unter anderem die Vorgabe, „dass die Leistungserbringung des Krankenhauses grundsätzlich durch dessen eigenes Personal erfolgen soll.“²³ Eine vergleichbare Vorschrift findet sich für Pflegeeinrichtungen in § 71 Abs. 2 des Elften Buches Sozialgesetzbuch - Soziale Pflegeversicherung (SGB XI).

Die vom BSG stets nur im Wege eines „obiter dictum“ angedeutete Auffassung wird im Schrifttum kritisch betrachtet, weil dadurch der Aussagegehalt des § 107 Abs. 1 SGB V über den Wortlaut hinaus ausgedehnt werde.²⁴ § 107 Abs. 1 SGB V regelt lediglich, dass das Krankenhaus sicherstellen müsse, dass jederzeit ausreichend Personal verfügbar sei, um auch kurzfristige Unterbesetzungen aufzufangen.²⁵ Das erfordere eine gewisse Eingliederung des Personals in den Krankenhausbetrieb und eine Weisungsabhängigkeit, ob die Leistung durch eigenes Stammpersonal oder durch Leiharbeitskräfte gewährleistet werde, lege die Norm jedoch nicht fest.²⁶

Die weiter oben zitierten Entscheidungen des BSG beziehen sich ausnahmslos auf den Einsatz auf Honorarbasis selbständig tätiger Ärzte und Pflegekräfte bis hin zur vollständigen Ausgliederung des Heilmittelbereichs eines Krankenhauses der Allgemeinversorgung auf eine rechtlich selbständige Einrichtung. Die Bedenken des BSG stützten sich dabei augenscheinlich vor allem

21 Vgl. BSG, Urteil vom 23. März 2011, B 6 KA 11/10 R, Rn. 59; Urteil vom 19. September 2013, B 3 KR 8/12 R, Leitsatz 2 und Rn. 34; Urteil vom 17. November 2015, B 1 KR 12/15 R, Rn. 12; Urteil vom 4. Juni 2019, B 12 R 11/18 R, Rn. 26 f.; Urteil vom 7. Juni 2019, B 12 R 6/18 R, Rn. 27 (jeweils zitiert nach juris).

22 BSG, Urteil vom 4. Juni 2019, B 12 R 11/18 R, Rn. 27 (zitiert nach juris).

23 Vgl. BSG, Urteil vom 23. März 2011, B 6 KA 11/10 R, Rn. 59 (zitiert nach juris).

24 Greiner, Stefan; Kalle, Ansgar: Fremdpersonaleinsatz bei ärztlichem und pflegerischem Krankenhauspersonal, in: Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht (VSSAR) 2021, S. 163 (180).

25 Greiner, Stefan; Kalle, Ansgar: Fremdpersonaleinsatz bei ärztlichem und pflegerischem Krankenhauspersonal, in: Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht (VSSAR) 2021, S. 163 (182).

26 Greiner, Stefan; Kalle, Ansgar: Fremdpersonaleinsatz bei ärztlichem und pflegerischem Krankenhauspersonal, in: Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht (VSSAR) 2021, S. 163 (182).

auf fehlende Weisungsgebundenheit des so eingesetzten Fremdpersonals. Leiharbeitskräfte sind jedoch anders als Honorararbeitskräfte oder selbständige Werkvertragsunternehmen dem Weisungsrecht des entleihenden Arbeitgebers unterworfen und werden auch entsprechend in die Organisation des Entleihunternehmens eingegliedert, sodass die vom BSG geäußerten Bedenken den Einsatz von Pflegekräften aus der Leiharbeit letztlich nicht in Frage stellen dürften.

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) versteht den Grundsatz der eigenen Leistungsbringung nach § 107 Abs. 1 SGB V lediglich als „Leitbild“ des Krankenhauses. Jedenfalls solange der Einsatz vom Fremdpersonal die Leistungsfähigkeit des Krankenhauses nicht gefährde, stehe diesem nichts entgegen.²⁷

5. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Leiharbeitsverbots in der Pflege

Als Modell für ein zum Teil gefordertes gesetzliches Verbot der Leiharbeit in der Pflege kommen die geltenden branchenbezogenen Leiharbeitsverbote in Betracht und als Maßstab für die Frage nach dessen verfassungsrechtlicher Zulässigkeit kann die in diesem Zusammenhang ergangene verfassungsgerichtliche Rechtsprechung herangezogen werden.

5.1. Leiharbeitsverbot im Baugewerbe

Ein Verbot der Arbeitnehmerüberlassung in das Baugewerbe gilt seit 1982 und ist in nach § 1b Satz 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) geregelt.²⁸

Das im damaligen § 12a des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) verankerte ausnahmslose Leiharbeitsverbot im Baugewerbe hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mit Beschluss vom 6. Oktober 1987 bestätigt.²⁹ Die Wiederherstellung der gestörten Ordnung auf dem Teilarbeitsmarkt des Baugewerbes stelle ein besonders schwerwiegendes Allgemeininteresse dar, das den mit dem Verbot für Leiharbeitsunternehmen verbundene Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertige.³⁰ Weitere Grundrechte sind nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts

27 BVerwG, Urteil vom 26. Februar 2020, 3 C 14/18, Rn. 30 (zitiert nach juris).

28 Vgl. zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift Deutscher Bundestag - Wissenschaftliche Dienste: Verfassungsrechtliche Aspekte eines Verbots der Arbeitnehmerüberlassung in den Pflegebereich, Ausarbeitung WD 6-3000-138/19 vom 18. Februar 2020, S. 5 f., abrufbar über: <https://www.bundestag.de/resource/blob/689718/fda1cb55f326aca2c4bc5a65f03bf3a8/WD-6-138-19-pdf-data.pdf>.

29 BVerfG, Beschluss vom 6. Oktober 1987, 1 BvR 1086/82, 1 BvR 1468/82, 1BvR 1623/82.

30 Vgl. zur Rechtsprechung des BVerfG zum Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe: Deutscher Bundestag - Wissenschaftliche Dienste: Verfassungsrechtliche Aspekte eines Verbots der Arbeitnehmerüberlassung in den Pflegebereich, Ausarbeitung WD 6-3000-138/19 vom 18. Februar 2020, S. 6 f., abrufbar über: <https://www.bundestag.de/resource/blob/689718/fda1cb55f326aca2c4bc5a65f03bf3a8/WD-6-138-19-pdf-data.pdf>.

nicht berührt. Das Gericht hat in diesem Zusammenhang den weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung hervorgehoben.

5.2. Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft

Seit dem 1. Januar 2021 ist in Betrieben der Fleischwirtschaft der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von Werkverträgen aufgrund des Gesetzes zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz) vom 22. Dezember 2020 verboten (§ 6a Abs. 2 des Gesetzes zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft - GSA Fleisch). Zudem schränkt § 6a Abs. 3 GSA Fleisch mit Wirkung vom 1. April 2021 die Leiharbeit in diesen Bereichen der Fleischwirtschaft ein und untersagt sie ab dem 1. April 2024.

Anträge auf Aussetzung des Inkrafttretens des Fremdpersonalverbots in der Fleischwirtschaft im Wege einer einstweiligen Anordnung hat das Bundesverfassungsgericht durch Beschluss vom 29. Dezember 2020 nach einer Folgenabwägung abgelehnt.³¹ Die gegen das Fremdpersonalverbot erhobenen Verfassungsbeschwerden wurden wegen mangelnder Substantiierung nicht zur Entscheidung angenommen.³²

5.3. Besonders schwerwiegende Allgemeininteressen in der Pflege

Ein branchenbezogenes Verbot der Leiharbeit im Pflegesektor wäre nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG zu werten, der jedoch aufgrund seiner Auswirkungen für die Leiharbeitsunternehmen in der Pflege einem Eingriff in die Berufswahl nahekommt. Im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Leiharbeitsverbot im Baugewerbe kann ein solches Verbot nur durch besonders schwerwiegende Allgemeininteressen gerechtfertigt werden.

5.3.1. Arbeitsbedingungen der Stammbeschäftigten in der Pflege

Deutsche Krankenhausgesellschaft und Deutscher Pflegerat legen in ihren Positionspapieren (siehe oben S. 8, Punkt 3.2.1 und 3.2.2) übereinstimmend dar, dass die zunehmende Abwanderung von Pflegekräften in die Leiharbeit bei gleichzeitig fortbestehendem Mangel an Pflegefachkräften zu einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen der Stammbeschäftigten führe und betriebliches Konfliktpotenzial berge.

31 BVerfG, Beschluss vom 29. Dezember 2020, 1 BvQ 152/20, 1 BvQ 153/20, 1 BvQ 154/20, 1 BvQ 155/20, 1 BvQ 156/20, 1 BvQ 157/20.

32 BVerfG, Beschluss vom 1. Juni 2022, 1 BvR 2888/20, 1 BvR 1152/21, 1 BvR 1153/21, 1 BvR 1154/21, 1 BvR 1155/21, 1 BvR 1156/21.

So heißt es im Positionspapier der Deutsche Krankenhausgesellschaft:

„Während sich Leiharbeitnehmer immer häufiger Wunscharbeitszeiten zusichern lassen, muss die Stammebelegschaft die verbleibenden, teils unattraktiven Dienste an Wochenenden, Feiertagen und nachts überproportional häufig übernehmen, was die Arbeits-Lebens-Balance langfristig einschränkt und zu zusätzlichen Belastungen führt. Darüber hinaus müssen die angestellten Pflegekräfte und Ärzte die Einarbeitung der Zeitarbeitskräfte übernehmen. Das spaltet am Ende die Belegschaft und verschlechtert die Arbeitsbedingungen.“³³

Weder die bloße Abwanderung von Pflegepersonal in die Leiharbeit noch die dadurch verursachte Verschlechterung von Arbeitsbedingungen beim Stammpersonal begründen jedoch für sich genommen eine erhebliche Störung des Teilarbeitsmarkts der Pflege wie dies im Baugewerbe als Folge häufig illegaler Leiharbeit ohne angemessenen Sozialschutz vom Gesetzgeber angenommen wurde und die das Bundesverfassungsgericht als verfassungsrechtliche Rechtfertigung für das Leiharbeitsverbot im Baugewerbe anerkannt hat.³⁴ Das Verbot des Einsatzes von Fremdpersonal in der Fleischwirtschaft wurde vom Gesetzgeber mit einer ähnlich schwerwiegenden Störung begründet, die zu erheblichen Mängeln bei der Einhaltung der arbeitsrechtlichen und arbeitschutzrechtlichen Regelungen führte.³⁵ Auch eine solche Situation liegt in der Pflege nicht vor.

Ein sektorales Verbot der Leiharbeit in der Pflege dürfte daher nicht allein auf die Schlechterstellung der Stammbeschäftigten gegenüber den Leiharbeitskräften gestützt werden können.

5.3.2. Personalkosten für die Einrichtungen

Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen beklagen immer wieder auch die zum Teil sehr hohen Personalkosten des Fremdpersonaleinsatzes, die nur zum Teil budgetiert werden können:

„Leiharbeitskräfte sind deutlich teurer als festangestellte und tarifvertraglich entlohnte Mitarbeiter. Im Durchschnitt sind die Personalkosten für Leiharbeitskräfte doppelt so hoch wie für festangestellte Mitarbeiter. Teilweise wird sogar das Vierfache verlangt. Während die Kosten für Leiharbeit in den vergangenen Jahren in der Pflege explodiert sind, können diese zusätzlichen Leiharbeitskosten nicht mehr im Pflegebudget geltend gemacht werden.“³⁶

33 DKG: Positionen der Deutschen Krankenhausgesellschaft zur Leiharbeit im Krankenhaus, Berlin, Februar 2023, S. 4; abrufbar über: https://www.dkgev.de/fileadmin/default/Mediapool/1_DKG/1.7_Presse/1.7.1_Pressemitteilungen/2023/Anlage_PM_DKG_Positionspapier_Leiharbeit_im_Krankenhaus.pdf.

34 BVerfG, Beschluss vom 6. Oktober 1987, 1 BvR 1086/82, 1 BvR 1468/82, 1BvR 1623/82, Rn. 85 (zitiert nach juris).

35 Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz), Bundestagsdrucksache 19/21978 vom 31. August 2020, S. 19 ff.

36 DKG: Positionen der Deutschen Krankenhausgesellschaft zur Leiharbeit im Krankenhaus, Berlin, Februar 2023, S. 4; abrufbar über: https://www.dkgev.de/fileadmin/default/Mediapool/1_DKG/1.7_Presse/1.7.1_Pressemitteilungen/2023/Anlage_PM_DKG_Positionspapier_Leiharbeit_im_Krankenhaus.pdf.

Die unbestritten hohen Kosten der Leiharbeit in der Pflege dürften aber für sich genommen als legitimes Ziel eines Leiharbeitsverbots in der Abwägung gegenüber dem damit verbundenen erheblichen Eingriff in die Berufsfreiheit ebenfalls nicht für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung ausreichen.

5.3.3. Patientensicherheit und Qualität der Versorgung

Als besonders schwerwiegende Allgemeinwohlinteressen, die ein branchenbezogenes Leiharbeitsverbot in der Pflege rechtfertigen könnten, kommen jedoch die Patientensicherheit und die Aufrechterhaltung der Qualität der pflegerischen Versorgung in Betracht. Diese Gesichtspunkte stehen daher im Fokus der allgemeinen Diskussion um ein Verbot der Leiharbeit in der Pflege.³⁷ Insgesamt lassen sich diese Schutzgüter unter dem Begriff der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems (Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG) zusammenfassen.³⁸

Aspekte der Gefährdung der Patientensicherheit und der Versorgungsqualität sind nach im Schrifttum vertretener Auffassung „durchaus geeignete Ansatzpunkte, im Allgemeininteresse Leiharbeit in der Pflege zu regulieren. Die Politik [sei] von Unionsrecht oder Verfassungs wegen keineswegs dazu verdammt, öffentlich finanzierte Krankenhäuser, Pflegeheime und Betreuungseinrichtungen auf die Unzulänglichkeit ihrer Arbeitsbedingungen und einen Überbietungswettbewerb mit den Zeitarbeitsunternehmen zu verweisen.“³⁹

Ob diese Aspekte aber ein Leiharbeitsverbot in der Pflege verfassungsrechtlich rechtfertigen könnten, muss unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts unter anderem zum Verbot der Leiharbeit im Baugewerbe und vor dem Hintergrund der im Schrifttum darüber geführten Diskussion sehr kritisch geprüft werden.

37 Vgl. Antrag des Landes Berlins, Entschließung des Bundesrates, Die Situation in allen Bereich der Pflege spürbar verbessern, Kein Ersatz von festangestellten Pflegekräften durch Leiharbeitskräfte, Bundesratsdrucksache 103/20 vom 28. Februar 2020. S. 3, abrufbar über: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2020/0101-0200/103-20.pdf?__blob=publicationFile&v=1; Schumacher, Lutz: Auswirkungen der Zeitarbeit in der Pflege auf die Patientenversorgung, in: Das Krankenhaus 2023, Sonderheft, S. 57; Schreiner, Marc: Zeitarbeit in der Pflege - eine polarisierende Angelegenheit, in: Das Krankenhaus 2022, S. 672 (673).

38 Greiner, Stefan; Kalle, Ansgar: Fremdpersonaleinsatz bei ärztlichem und pflegerischem Krankenhauspersonal, in: Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht (VSSAR) 2021, S. 163 (185).

39 Sprenger, Markus: Fünf Jahre AÜG-Reform im Spiegel der Rechtsprechung, in: ZTR 2022 ,S. 216 (224).

5.3.4. Abwägung

Der Einsatz von Fremdpersonal ist für die Praxis im Gesundheitssektor ein wichtiges Instrument zur Personalbeschaffung⁴⁰ und nach Aussage der Bundesagentur für Arbeit schätzen die Arbeitgeber im Pflegebereich durchaus die Flexibilität der Arbeitnehmerüberlassung.⁴¹ Der Deutsche Pflegerat räumt ein, dass Leiharbeitskräfte gewinnbringend eingesetzt werden könnten, „wenn sie gut qualifiziert sind, ihre Expertise in den bestehenden Strukturen einbringen können und von Leiharbeitsagenturen entsandt werden, die für eine vertrauensvolle Zusammenarbeit stehen. In solch günstigen Konstellationen bestehen keine Unterschiede bei der Versorgungsqualität im Vergleich zur Stammebelegschaft.“⁴²

Aus der Praxis wird jedoch vorgetragen, dass die Leiharbeitskräfte die Qualitätsanforderungen oft nicht in gleichem Umfang gewährleisten könnten wie die Stammebelegschaft.⁴³ Einem Bericht der Bundesagentur für Arbeit zufolge hat jedoch die Zeitarbeitsbranche insoweit bereits reagiert und beispielsweise Qualitätsstandards für die Zeitarbeit in der Pflege mit entsprechenden Siegeln eingeführt.⁴⁴

Kritisiert wird vielfach auch, dass „durch die kurzzeitige Beschäftigung und die häufigen Wechsel der Leiharbeitnehmer die Identifikation mit der Abteilung und dem Behandlungsteam fehl[e] und keine Routine in der Anwendung der Behandlungsstandards sowie der Arbeits- und Verfahrensweisungen erworben werden [können].“⁴⁵ Schließlich hätten Leiharbeitskräfte zumeist auch keine Möglichkeit, Patienten kennenzulernen und eine vertrauensvolle Beziehung aufzubauen.⁴⁶

-
- 40 Greiner, Stefan; Kalle, Ansgar: Fremdpersonaleinsatz bei ärztlichem und pflegerischem Krankenhauspersonal, in: Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht (VSSAR) 2021, S. 163 (187).
- 41 Statistik der BA: Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt, Arbeitsmarktsituation im Pflegebereich, Mai 2023, Nürnberg, S. 13; abrufbar über: <https://statistik.arbeitsagentur.de/DE/Statischer-Content/Statistiken/Themen-im-Fokus/Berufe/Generische-Publikationen/Altenpflege.pdf?blob=publicationFile&v=14>.
- 42 DPR: Ursachen und Auswirkungen der Leiharbeit in der Pflege entgegenwirken, Berlin, 28. April 2023, S. 2, abrufbar über: http://deutscher-pflegerat.de/wp-content/uploads/2023/05/dpr_ursachen-und-auswirkungen-der-leiharbeit-in-der-pflege_aktualisiert_230428.pdf.
- 43 DPR: Ursachen und Auswirkungen der Leiharbeit in der Pflege entgegenwirken, Berlin, 28. April 2023, S. 2, abrufbar über: http://deutscher-pflegerat.de/wp-content/uploads/2023/05/dpr_ursachen-und-auswirkungen-der-leiharbeit-in-der-pflege_aktualisiert_230428.pdf; so auch Schreiner, Marc: Zeitarbeit in der Pflege - eine polarisierende Angelegenheit, in: Das Krankenhaus 2022, S. 672 (673).
- 44 Statistik der BA: Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt, Arbeitsmarktsituation im Pflegebereich, Mai 2023, Nürnberg, S. 13; abrufbar über: <https://statistik.arbeitsagentur.de/DE/Statischer-Content/Statistiken/Themen-im-Fokus/Berufe/Generische-Publikationen/Altenpflege.pdf?blob=publicationFile&v=14>.
- 45 DKG: Positionen der Deutschen Krankenhausgesellschaft zur Leiharbeit im Krankenhaus, Berlin, Februar 2023, S. 4; abrufbar über: https://www.dkgev.de/fileadmin/default/Mediapool/1_DKG/1.7_Presse/1.7.1_Pressemitteilungen/2023/Anlage_PM_DKG_Positionspapier_Leiharbeit_im_Krankenhaus.pdf.
- 46 Schumacher, Lutz: Auswirkungen der Zeitarbeit in der Pflege auf die Patientenversorgung, in: Das Krankenhaus 2023, Sonderheft, S. 57 (60).

Schumacher befasst sich in einem Beitrag mit der wissenschaftlichen Forschung zu Auswirkungen der Zeitarbeit auf die Versorgungsqualität in der Pflege. Zwar zeigten Studien, dass Anzahl und Qualifikation der Pflegekräfte einen erheblichen Einfluss auf die Qualität der Pflege haben,⁴⁷ empirische Erkenntnisse darüber, inwieweit es durch den Einsatz von Fremdpersonal zu einer Gefährdung von Patientensicherheit und Qualität der pflegerischen Versorgung kommt, fehlten jedoch für Deutschland. Der internationale Forschungsstand zu diesem Thema sei uneinheitlich, lege aber die Vermutung nahe, „dass die negativen Wirkungen der Zeitarbeit auf die Qualität der Patientenversorgung von der Dosis abhängen und im Vergleich zu einer Unterbesetzung von Schichten zu werten ist.“⁴⁸

Geht man danach von einer Gefährdung der Versorgungsqualität durch Einsatz von Leiharbeit aus, stellt sich die Frage, ob ein branchenweites Verbot der Leiharbeit überhaupt geeignet wäre, dem festgestellten Missstand abzuhelpfen.

Die Forderung nach einem gesetzlichen Verbot der Zeitarbeit in der Pflege gründet auf der Annahme, dass dann die Pflegekräfte aus der Leiharbeit wieder in die Festanstellung wechseln und damit genau die Lücken füllen, die vorher durch Einsatz von Zeitarbeit geschlossen wurde. Die weiter oben bereits zitierte Studie des IW Köln, die vom Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V. und dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V. in Auftrag gegeben wurde, gelangt jedoch zu dem Ergebnis, dass lediglich 18,2 Prozent der 4.000 befragten Leiharbeitskräfte im Falle eines Verbots der Zeitarbeit in eine Festanstellung wechseln wolle. 55,1 Prozent hätten angegeben, in diesem Fall eine Beschäftigung in einem anderen Segment zu erwägen, und weitere 11,2 Prozent würden ihre Erwerbstätigkeit aufgeben.⁴⁹ Mit Blick auf die Ergebnisse dieser Studie würde ein Verbot der Leiharbeit die mit ihr einhergehenden Probleme womöglich nicht lösen, sondern könnte die bestehenden Fachkräfteengpässe im Pflegebereich weiter verschärfen.⁵⁰

Allerdings betont das Bundesverfassungsgericht insoweit stets den Einschätzungs- und Prognosepielraum des Gesetzgebers, der gerade bei der Geeignetheit im Wirtschafts- und Arbeitsrecht besonders weitreichend ist.⁵¹

47 Schumacher, Lutz: Auswirkungen der Zeitarbeit in der Pflege auf die Patientenversorgung, in: Das Krankenhaus 2023, Sonderheft, S. 57 (59 f.)

48 Vgl. Schumacher, Lutz: Auswirkungen der Zeitarbeit in der Pflege auf die Patientenversorgung, in: Das Krankenhaus 2023, Sonderheft, S. 57 (62) mit Verweisen auf konkrete Studien.

49 Schäfer, Holger; Stettes, Oliver: Zeitarbeiterbefragung - Zeitarbeit in der Pflegebranche, Kurzstudie, Institut der Deutschen Wirtschaft, Köln, 29. April 2023, S. 14, abrufbar über:
<https://www.iwkoeln.de/studien/holger-schaefer-oliver-stettes-zeitarbeit-in-der-pflegebranche.html>.

50 Vgl. Schumacher, Lutz: Auswirkungen der Zeitarbeit in der Pflege auf die Patientenversorgung, in: Das Krankenhaus 2023, Sonderheft, S. 57 (62).

51 Vgl. z.B. BVerfG, Urteil vom 23. Oktober 2013, 1 BvR 1842/11, 1 BvR 1843/11, Rn. 79 (zitiert nach juris).

6. Weniger einschneidende Maßnahmen zur Beschränkung der Zeitarbeit

Vor Erlass einer gesetzlichen Maßnahme hat der Gesetzgeber auch zu prüfen, ob die vorgesehene Maßnahme erforderlich ist, um das gesetzgeberische Ziel zu erreichen, oder ob es gleich geeignete weniger einschneidende Mittel dazu gibt.

Statt eines generellen Verbots der Leiharbeit in der Pflege, das nur von einem Teil der Praxis sowie der Wissenschaft gestützt wird, werden auch alternative Maßnahmen vorgeschlagen, um die Versorgungssicherheit und -qualität sicherzustellen. So werden etwa auch Quotenregelungen favorisiert, die den zulässigen Fremdpersonaleinsatz zum vorhandenen Stammpersonal in ein angemessenes Verhältnis setzen könnten.⁵² Dies käme der Erkenntnis entgegen, dass die negativen Auswirkungen der Leiharbeit vom Umfang des Einsatzes abhängig sind. Maßnahmen zur bloßen Deckelung der Kosten der Pflege, wie sie vor allem von Seiten der Einrichtungsträger gefordert werden, dürften zur Sicherung der Patientensicherheit und Qualität der Pflege wenig beitragen.

Die Entscheidung, welche konkreten Maßnahmen zur Verbesserung der Situation in der Pflege zu treffen sind, obliegt dem Gesetzgeber. Er ist in der Verantwortung, einen gesetzlichen Rahmen zu schaffen, der es den Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen ermöglicht, von der Leiharbeit sinnvoll und vertretbar Gebrauch zu machen.⁵³ Die abschließende Bewertung der Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher Maßnahmen zur Regulierung und Begrenzung der Leiharbeit in der Pflege obliegt alleine dem Bundesverfassungsgericht und hängt von der konkreten Gestaltung und der Schwere des daraus resultierenden Grundrechtseingriffs ab. Hierzu bedürfte es eines konkreten Regelungsentwurfs.

7. Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Pflege

7.1. Forderungen aus Praxis und Wissenschaft

Gesetzgeberische Maßnahmen zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit und Qualität in der Pflege müssen vor dem Hintergrund des akuten Fachkräftemangels nach überwiegender Auffassung in Praxis und Schrifttum vor allem Anreize für eine Festanstellung für die Pflegekräfte

52 Greiner, Stefan; Kalle, Ansgar: Fremdpersonaleinsatz bei ärztlichem und pflegerischem Krankenhauspersonal, in: Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht (VSSAR) 2021, S. 163 (186).

53 Greiner, Stefan; Kalle, Ansgar: Fremdpersonaleinsatz bei ärztlichem und pflegerischem Krankenhauspersonal, in: Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht (VSSAR) 2021, S. 163 (187).

schaffen. Daher wird vermehrt gefordert, dass der Pflegeberuf gestärkt und die Arbeitsbedingungen in der Festanstellung dauerhaft verbessert werden, sodass der Pflegeberuf selbst wieder attraktiver wird.⁵⁴

Auch der Deutsche Pflegerat konstatiert in seinem Positionspapier, Leiharbeit in der Pflege sei „nicht das Problem, sondern das Ergebnis unzureichender Arbeitsbedingungen und zum Teil auch fehlender Führungskompetenzen. [...] Grundsätzliches Ziel [müsse] es sein, gute Arbeitsbedingungen in den Einrichtungen zu schaffen, auch durch gut ausgebildete Führungspersonen, um damit die Leiharbeit überflüssig zu machen.“⁵⁵

Ähnlich wird in der Berliner Bundesratsinitiative formuliert, wonach die Bundesregierung in erster Linie aufgefordert werden soll, „effektive Maßnahmen zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Pflege zu ergreifen, damit eine Abwanderung festangestellter Pflegefachkräfte in Zeitarbeitsfirmen obsolet wird.“⁵⁶

Zum Teil werden auch die Gesundheits- und Pflegeeinrichtungen selbst in die Pflicht genommen, deren Bemühung darauf gerichtet sein müsse, „ein attraktiver Arbeitgeber zu werden, dem es gelingt, Fachkräfte für sich zu begeistern und damit auch langfristig an sich zu binden.“⁵⁷

7.2. Gesetzgeberische Maßnahmen

7.2.1. Verbesserung der Arbeitsbedingungen

In den vergangenen Jahren hat der Gesetzgeber bereits eine Reihe von Maßnahmen ergriffen, die eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Pflege zum Ziel hatten.

54 Schreiner, Marc: Zeitarbeit in der Pflege - eine polarisierende Angelegenheit, in: Das Krankenhaus 2022, S. 672 (674); Schumacher, Lutz: Auswirkungen der Zeitarbeit in der Pflege auf die Patientenversorgung, Das Krankenhaus 2023, Sonderheft, S. 57 (62 f.); Rupprecht-Flacke, Kerstin: Pflege- und Ärztenotstand - bessere Versorgung durch mehr Gesetze? Veranstaltungsbericht zum 18. Kölner Sozialrechtstag, in: NZS 2021, 56 (56 f.).

55 DPR: Ursachen und Auswirkungen der Leiharbeit in der Pflege entgegenwirken, Berlin, 28. April 2023, S. 3, abrufbar über: http://deutscher-pflegerat.de/wp-content/uploads/2023/05/dpr_ursachen-und-auswirkungen-der-leiharbeit-in-der-pflege_aktualisiert_230428.pdf.

56 Antrag des Landes Berlin: Entschließung des Bundesrates - Die Situation in allen Bereich der Pflege spürbar verbessern - Kein Ersatz von festangestellten Pflegekräften durch Leiharbeitskräfte, Bundesratsdrucksache 103/20 vom 28. Februar 2020, S. 2, abrufbar über: https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2020/0101-0200/103-20.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

57 Schumacher, Lutz: Auswirkungen der Zeitarbeit in der Pflege auf die Patientenversorgung, in: Das Krankenhaus 2023, Sonderheft, S. 57 (63).

Neben dem seit Ende 2019 geltenden **Pflegelöhneverbesserungsgesetz**⁵⁸, das Änderungen bei der Festlegung des Mindestlohns in der Pflege zum Gegenstand hatte, ist in diesem Zusammenhang das **Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz**⁵⁹ zu nennen, das im Juli 2021 in Kraft getreten ist und unter anderem regelt, dass ab dem 1. September 2022 Versorgungsverträge nur mit Pflegeeinrichtungen abgeschlossen werden dürfen, die ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die Leistungen der Pflege oder Betreuung von Pflegebedürftigen erbringen, Gehälter zahlen, die in Tarifverträgen oder kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen vereinbart sind, an die die jeweiligen Pflegeeinrichtungen gebunden sind (§ 72 Abs. 3a SGB XI).

Das **Krankenhauspflegeentlastungsgesetz**⁶⁰ hatte die Verbesserung der Qualität der Patientenversorgung und der Arbeitssituation der Pflegekräfte in den Krankenhäusern zum Ziel und führte zur verbindlichen Pflegepersonalbemessung im Krankenhaus die Pflegepersonalregelung 2.0 kurzfristig als Übergangsinstrument ein. Die Erprobungsphase startete am 1. Januar 2023 in einer repräsentativen Auswahl von Krankenhäusern.

7.2.2. Verringerung des Einsatzes von Leiharbeit

Eine Verringerung des Einsatzes von Leiharbeit in der Pflege hatte unter anderem das **MDK-Reformgesetz**⁶¹ zum Ziel. Mit Wirkung vom 1. Januar 2020 wurde in § 6a Abs. 2 Satz 9 des Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) geregelt, dass die Kosten für den Einsatz von Leiharbeitskräften, die über dem tarifvertraglich vereinbarten Arbeitsentgelt des Stammpersonals liegen, und damit auch die Zahlung von Vermittlungsentgelten, nicht im Pflegebudget zu berücksichtigen sind.

Am 1. Juli 2023 tritt schließlich das **Pflegeunterstützungs- und -entlastungsgesetz (PUEG)**⁶² in Kraft, das vor allem die finanzielle Entlastung der Pflegebedürftigen und die Stabilisierung der Einnahmen der sozialen Pflegeversicherung zum Ziel hat. Folgende Änderungen zielen auf die Reduzierung des Einsatzes von Leiharbeitskräften im Pflegesektor:

In § 75 Abs. 3 SGB XI wird die Pflegeselbstverwaltung beauftragt, durch Ergänzung der Landesrahmenverträge „auch für ambulante und teilstationäre Pflegeeinrichtungen die Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, Personal- bzw. „Springerpools“ sowie vergleichbare betriebliche Ausfallkonzepte zu etablieren. Das Ziel ist - entsprechend der Vereinbarungen der Konzertierten Ak-

58 Gesetz für bessere Löhne in der Pflege (Pflegelöhneverbesserungsgesetz) vom 22. November 2019 (BGBl. I 2019, S. 1756).

59 Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz - GVWG) vom 11. Juli 2021 (BGBl. I 2021, S. 2754).

60 Gesetz zur Pflegepersonalbemessung im Krankenhaus sowie zur Anpassung weiterer Regelungen im Krankenhauswesen und in der Digitalisierung (Krankenhauspflegeentlastungsgesetz, KHPfLEG) vom 20. Dezember 2022 (BGBl. I 2022, S. 2793).

61 Gesetz für bessere und unabhängige Prüfungen (MDK-Reformgesetz) vom 14. Dezember 2019 (BGBl. I 2019, S. 2789).

62 Gesetz zur Unterstützung und Entlastung in der Pflege (Pflegeunterstützungs- und -entlastungsgesetz - PUEG) vom 19. Juni 2023 (BGBl. I Nr. 155 vom 23. Juni 2023).

tion Pflege - die Anzahl der Leiharbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer in der Langzeitpflege wieder zu reduzieren und - entsprechend der Vereinbarungen des Koalitionsvertrags - Pflegekräfte zügig und spürbar zu entlasten und den Pflegeberuf wieder attraktiver zu machen. Für vollstationäre Pflegeeinrichtungen wird die Möglichkeit zur Vereinbarung von Personal- bzw. Springerpools ergänzend die Zulässigkeit von Personalpools oder vergleichbarer betrieblicher Ausfallkonzepte zur Vermeidung des Einsatzes von Fremdpersonal in ambulanten und teilstationären Pflegeeinrichtungen geregelt.⁶³ Für vollstationäre Pflegeeinrichtungen wird die Möglichkeit zur Beschäftigung von Personal für Personal- bzw. Springerpools ergänzend in § 113c Abs. 3a SGB XI konkretisiert.

Außerdem wird § 82c Abs. 2b SGB XI eingefügt, der die bereits für die Entlohnung von Beschäftigten von Pflegeeinrichtungen geltenden Wirtschaftlichkeitsgrundsätze auf die Wirtschaftlichkeitsbewertung von Überlassungsentgelten für Leiharbeitskräfte in Pflegeeinrichtungen überträgt. Insbesondere soll die Anerkennung von Entgelten für die Vermittlung von Leiharbeitskräften nicht mehr als wirtschaftlich angesehen werden können. Damit soll insgesamt vermieden werden, wirtschaftliche Anreize für die Beschäftigung von Leiharbeitskräften zu setzen.⁶⁴

* * *

63 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP: Entwurf eines Gesetzes zur Unterstützung und Entlastung in der Pflege (Pflegeunterstützungs- und -entlastungsgesetz - PUEG), Bundestagsdrucksache 20/6544 vom 25. April 2023, S. 74.

64 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP: Entwurf eines Gesetzes zur Unterstützung und Entlastung in der Pflege (Pflegeunterstützungs- und -entlastungsgesetz - PUEG), Bundestagsdrucksache 20/6544 vom 25. April 2023, S. 76.