

Stellungnahme III/2011

Arbeitskräfteüberlassung von Pflegepersonal

1. Situation für die Überlassung von Pflegekräften vor der GuKG-Novelle 2005

Für die Überlassung von Pflegekräften gab es vor der GuKG-Novelle 2005 keine gesetzliche Regelung. Lediglich in einem internen Erlass des Bundesministeriums für soziale Sicherheit und Generationen vom 23.1.2003¹ war nachzulesen, dass *„eine freiberufliche Tätigkeit von diplomiertem Gesundheits- und Krankenpflegepersonal in Krankenanstalten durch Arbeitskräfteüberlassung unzulässig ist“*. Die Arbeitskräfteüberlassung von Pflegekräften war daher nicht zulässig.

Die Vermittlung von selbständigem Krankenpflegepersonal war dagegen zulässig, da es sich dabei nicht um Arbeitskräfteüberlassung, sondern um ein eigenes Vermittlergewerbe, nämlich die Vermittlung von selbständigen zur freiberuflichen Berufsausübung berechtigten diplomierten Krankenschwestern/Pfleger handelte.

2. Rechtslage nach dem GuKG (Stand 01/2011)

Das 1997 erlassene Gesundheits- und Krankenpflegegesetz enthielt ursprünglich keine Regelungen, ob die Überlassung von Gesundheits- und Krankenpflegepersonal zulässig ist. Derartige Regelungen wurden mit der GuKG-Novelle 2005 in das Gesetz eingeführt. Seither ist es ausdrücklich zulässig, dass das Gesundheits- und Krankenpflegepersonal (Personal im gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege sowie Pflegehilfe) ihren Beruf auch als überlassene Arbeitskraft iSd AÜG ausüben kann.

¹ Erlass des (damaligen) Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen vom 23.1.2003, GZ 21250/86-VI/C/13/02; als Begründung wurde angeführt, dass eine freiberufliche Tätigkeit von Pflegekräften in bettenführenden Krankenanstalten gegen § 11 a des Bundesgesetzes über Kranken- und Kuranstalten verstößt.

Der gehobene Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege umfasst gemäß § 11 GuKG die Pflege und Betreuung von Menschen aller Alterstufen bei körperlichen und psychischen Erkrankungen, die Pflege und Betreuung Behinderter, Schwerkranker und Sterbender sowie die pflegerische Mitwirkung an der Rehabilitation, der primären Gesundheitsversorgung, der Förderung der Gesundheit und der Verhütung von Krankheiten. Die Pflegehilfe umfasst gemäß § 82 GuKG die Betreuung pflegebedürftiger Menschen zur Unterstützung von Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege sowie von Ärzten.

3. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Arbeitskräfteüberlassung im Pflegebereich

Zwei Kriterien müssen für eine zulässige Überlassung im Pflegebereich erfüllt sein:

1.) Nach § 35 Abs. 2 Z 1 GuKG (Gesundheits- und Krankenpflege) und nach § 90 Abs. 2 Z 1 GuKG (Pflegehilfe) dürfen höchstens 15% des Pflegepersonals einer Organisationseinheit³ einer Krankenanstalt oder eines Pflegeheims durch Arbeitskräfteüberlassung beschäftigt werden. Eine Organisationseinheit kann bspw. eine Abteilung oder eine sonstige Einheit einer Krankenanstalt oder eines Pflegeheims, wie bspw. eine Station⁴, sein.

FRAGE: Ein Krankenhaus hat insgesamt 200 Pflegekräfte angestellt. In der Station X sind 50, in der Station Y sind 60 Pflegekräfte tätig. Gemäß der 15 % Grenze dürfen höchstens 30 überlassenen Pflegekräfte (15% von 200 = 30) in diesem Krankenhaus beschäftigt werden. Können alle 30 überlassenen Pflegekräfte in der Station X eingesetzt werden, wenn dort gerade Personalbedarf besteht?

Nein, die Quote von 15% muss sowohl in der gesamten Krankenanstalt erfüllt sein als auch in den untergeordneten Stationen. In der Station X dürfen daher maximal 7 (abgerundet), in der Station Y maximal 9 überlassene Pflegekräfte eingesetzt

² ebenso *Flemmich/Nöstlinger*, Kommentar zum GuKG, 2004, 278.

³ Bericht des Gesundheitsausschusses, Nr. 959 der Beilagen XXII. Gesetzgebungsperiode, 2.

werden. Dies ergibt sich auch daraus, dass in den einzelnen Stationen – insb. bei Langzeitpflege – die Pflegekontinuität über einen längeren Zeitraum durch gleichbleibende Pflegekräfte gewährleistet sein muss⁵.

2.) Die Pflegequalität und Pflegekontinuität der Krankenanstalt oder des Pflegeheims muss trotz des Einsatzes von überlassenem Pflegepersonal weiterhin gewährleistet sein. Hierbei sind die Struktur der Krankenanstalt oder des Pflegeheims sowie der Pflege- und Betreuungsbedarf der Patienten zu berücksichtigen. Zur Erhaltung der Pflegequalität muss die tatsächlich durchgeführte Pflege mit dem zuvor für den Patienten entwickelten Pflegeprozess übereinstimmen⁶. Als Mindestanforderung ist davon auszugehen, dass sich die Pflegequalität im Vergleich zur bisherigen Situation nicht verschlechtern darf. Das Ausmaß und Intensität der Pflege in der Krankenanstalt oder im Pflegeheim müssen trotz Überlassung von Pflegekräften erhalten bleiben.

4. Verstöße gegen die Kriterien der §§ 35 und 90 GuKG

Wer gegen die §§ 35 oder 90 GuKG, insb. die Höchstquote, verstößt, begeht gemäß § 105 GuKG eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu EUR 3.600,00 zu bestrafen. Dieses Verbot richtet sich jedenfalls an den Beschäftiger, d.h. an die Krankenanstalt oder an das Pflegeheim (Argument aus § 35 Abs. 2 Z 1 GuKG: „*die Überlassung ist dann zulässig, wenn der Beschäftiger nicht mehr als 15% des Pflegepersonals einsetzt (...)*“).

FRAGE: Kann darüber hinaus auch der Überlasser von Pflegepersonal zur Verantwortung gezogen werden, wenn er einer Krankenanstalt mehr als 15% Pflegepersonal zur Verfügung stellt?

Bei einer typischen Arbeitskräfteüberlassung weiß der Überlasser nicht, wie viele Arbeitskräfte der jeweilige Beschäftiger insgesamt durch Arbeitskräfteüberlassung einsetzt, da er auch von anderen Überlassern Arbeitskräfte einsetzen kann. Überdies müsste der Überlasser bei der Überlassung an eine Krankenanstalt oder ein

⁴ Der Bericht des Gesundheitsausschusses spricht in diesem Zusammenhang von Organisationseinheiten und von Suborganisationseinheiten. Umgelegt auf eine Krankenanstalt wird es sich dabei um Abteilungen und um Stationen handeln.

⁵ Bericht des Gesundheitsausschusses, Nr. 959 der Beilagen XXII. Gesetzgebungsperiode, 2.

Pflegeheim wissen, wie viel Pflegepersonal die Anstalt insgesamt hat, um feststellen zu können, wie viele Arbeitskräfte zulässigerweise überlassen werden dürfen.

Die erläuternden Bemerkungen sprechen davon, dass die berufsrechtlichen Regelungen, d.h. insb. das GuKG, sowohl für den Beschäftiger als auch für die überlassenen Pflegekräfte weiter gelten. Die Strafbestimmung des § 105 GuKG soll nach den erläuternden Bemerkungen⁷ dazu dienen, dass die überlassenen Pflegekräfte und der Beschäftiger die Pflichten des GuKG einhalten. Nicht erwähnt wird dabei der Überlasser.

§ 105 GuKG ordnet eine Verwaltungsstrafe an, wenn jemand einer Anordnung oder einem Verbot nach dem GuKG zuwiderhandelt. Da das Verbot der §§ 35 und 90 GuKG an die Pflegekräfte und an den Beschäftiger gerichtet ist, nicht aber an den Überlasser, ist davon auszugehen, dass diese Strafbestimmung nicht für den Überlasser gilt. Dies ist schon alleine deswegen gerechtfertigt, da der Überlasser keinen Einblick in und keinen Einfluss auf die Zusammensetzung der beim Beschäftiger eingesetzten Pflegekräfte hat, so dass man ihm aus einer allfälligen Nichtbeachtung keinen Vorwurf machen kann.

EMPFEHLUNG: Vorsichtshalber empfehlen wir, in die Überlassungsvereinbarung mit der Krankenanstalt oder dem Pflegeheim folgende Klausel aufzunehmen:

„Der Beschäftiger erklärt, für die Einhaltung von § 35 Abs. 2 und § 90 Abs. 2 GuKG ausschließlich verantwortlich zu sein. Allein der Beschäftiger hat Kenntnis über die Anzahl der bei ihm insgesamt sowie der im Weg der Arbeitskräfteüberlassung eingesetzten Pflegekräfte. Sollte der Überlasser von der zuständigen Behörde nach der Bestimmung des § 105 GuKG in Anspruch genommen werden, verpflichtet sich der Beschäftiger, den Überlasser vollkommen schad- und klaglos zu halten.“

5. Rechte und Pflichten des überlassenen Pflegepersonals, insb. Entgelt

Die Rechte und Pflichten des überlassenen Pflegepersonals werden durch das GuKG geregelt. D.h. eine überlassene Pflegekraft muss die Voraussetzungen für die

⁶ Bericht des Gesundheitsausschusses, Nr. 959 der Beilagen XXII. Gesetzgebungsperiode, 2.

⁷ Nr. 941 der Beilagen XXII. Gesetzgebungsperiode, 4.

Berufsausübung nach dem GuKG erfüllen⁸. Zusätzlich kommen auch die Regelungen des AÜG zur Anwendung, da die überlassene Pflegekraft eine Arbeitskraft im Sinne des § 3 Abs. 4 AÜG ist.

Ein zentraler Punkt ist das Entgelt, das der überlassenen Pflegekraft für ihre Tätigkeit beim Beschäftiger zusteht.

FRAGE: Hat eine überlassene Pflegekraft Anspruch auf Entgelt in derselben Höhe wie eine in der Krankenanstalt oder im Pflegeheim beschäftigte Stammpflegekraft?

Nach § 10 Abs. 1 AÜG hat eine Pflegekraft Anspruch auf das im Beschäftigerbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche oder gesetzlich festgelegte⁹ Entgelt.

BEISPIEL: Arbeitet eine Pflegekraft in einem Landeskrankenhaus ergibt sich ihr Entgeltanspruch aus einem Landesgesetz (Landesbeamtengesetz 1993 idGF). Aufgrund der derzeitigen Rechtslage hat die überlassene Pflegekraft daher einen Anspruch auf Entgelt in Höhe des Entgelts einer Stammpflegekraft.

Eine Überlassung von „Billigpflegekräften“ an Krankenanstalten und Pflegeheime ist damit ausgeschlossen. Das den überlassenen Pflegekräften zu zahlende Entgelt entspricht dem Entgelt, das die Krankenanstalt oder das Pflegeheim vergleichbaren Stammpflegekräften für vergleichbare Tätigkeiten aufgrund eines Kollektivvertrages oder eines Gesetzes mindestens zahlen muss. Entscheidend ist also das kollektivvertraglich oder gesetzliche Mindestentgelt der Stammpflegekräfte. Auf ein über den Kollektivvertrag oder das Gesetz hinausgehendes Entgelt, das die jeweilige Stammarbeitskraft aufgrund eines Einzelvertrages mit der Krankenanstalt oder dem Pflegeheim bekommt, hat die überlassene Arbeitskraft aber keinen Anspruch.

6. Kann der Betriebsrat der Krankenanstalt oder des Pflegeheims eine über die 15%-Grenze hinausgehende Einschränkung der Überlassungsquote verlangen (bspw. 10%)?

⁸ § 27ff GuKG für die gehobenen Gesundheits- und Krankenpflegedienste bzw. § 85ff GuKG für die Pflegehilfe.

⁹ Gesetzlich festgelegte Entgelte wurden mit der Novelle 2005 einbezogen (BGBl. I Nr. 104/2005).

§ 35 Abs. 2 und § 90 Abs. 2 GuKG normieren ausdrücklich, dass der Beschäftigte nicht mehr als 15% des Pflegepersonals durch Arbeitskräfteüberlassung einsetzen darf. Es liegt in der Entscheidung des Trägers der Krankenanstalt, ob überhaupt Pflegepersonal im Weg der Arbeitskräfteüberlassung eingesetzt werden soll und ggf. in welcher Höhe.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Betriebsrat der jeweiligen Krankenanstalt eine Betriebsvereinbarung verlangen kann, in der eine – im Vergleich zum GuKG eingeschränkte – Höchstquote für überlassene Pflegekräfte vorgesehen wird (bspw. Höchstquote von 10% des Pflegepersonals). Der Betriebsrat des Beschäftigten kann gemäß § 97 Abs. 1 Z 1a ArbVG vom Beschäftigten eine Betriebsvereinbarung verlangen¹⁰, mit der die Grundsätze der Beschäftigung von Arbeitskräften nach dem AÜG festgelegt werden (Informationspflichten, Nichteinsatz von überlassenen Arbeitskräften in bestimmten Abteilungen, Festsetzung einer Höchstquote für überlassene Arbeitskräfte in bestimmten Betriebsteilen, Höchst- oder Mindestdauer des Einsatzes, etc).

Es war Absicht des Gesetzgebers, aus gesundheitspolitischen Gründen eine Höchstgrenze für die Überlassung von Pflegepersonal einzuführen¹¹. Weder aus dem Gesetzestext noch aus den erläuternden Bemerkungen ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Rechte der Belegschaft einschränken wollte, weshalb davon auszugehen ist, dass die Höchstquote von 15% durch eine Betriebsvereinbarung weiter herabgesetzt werden kann.

EMPFEHLUNG: Wir empfehlen eine ausdrückliche Regelung in der Überlassungsvereinbarung, dass im Beschäftigterbetrieb keine Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs. 1 Z 1a ArbVG vorliegt.

7. Ergebnis

¹⁰ Hierbei handelt es sich um eine erzwingbare Betriebsvereinbarung. Wenn keine Einigung zwischen Betriebsrat und Krankenanstalt über den Inhalt der Betriebsvereinbarung erzielt wird, kann von beiden Seiten eine Schlichtungsstelle angerufen werden, die dann eine Betriebsvereinbarung durch ihre Entscheidung festlegen kann.

Die Überlassung von Pflegekräften ist nach dem GuKG bei Vorliegen von zwei Voraussetzungen möglich. Einerseits muss die 15%-Quote eingehalten werden, andererseits müssen die Pflegequalität und die Pflegekontinuität erhalten bleiben.

¹¹ Nr. 941 der Beilagen XXII. Gesetzgebungsperiode, 4.