

## Arbeitskräfteüberlassung von Pflegepersonal endlich zulässig!

### 1. Wie sah die Situation für die Überlassung von Pflegekräften bisher aus?

Für die Überlassung von Pflegekräften gab es bisher keine gesetzliche Regelung. Ein interner Erlass des Bundesministeriums für soziale Sicherheit und Generationen vom 23.1.2003<sup>1</sup> hat festgehalten, dass „eine freiberufliche Tätigkeit von diplomiertem Gesundheits- und Krankenpflegepersonal in Krankenanstalten durch Arbeitskräfteüberlassung unzulässig ist<sup>2</sup>“. Schon knapp ein Jahr später hat dasselbe Ministerium am 14.3.2004 per Erlass<sup>3</sup> ausgesprochen, dass „vor einer abschließenden Klärung der Problematik von Pflegedienstpools von umfassenden, insb. verwaltungsstrafrechtlichen Maßnahmen im gegenständlichen Bereich abzusehen ist.“ Die Arbeitskräfteüberlassung von Pflegekräften war daher bisher nicht zulässig.

Die Vermittlung von selbständigem Krankenpflegepersonal war dagegen schon bisher 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. Durch die GuKG-Novelle 2005 hat sich daran nichts geändert.

### 2. Was bringt die GuKG-Novelle 2005?

Die GuKG-Novelle 2005 erlaubt nun ausdrücklich, dass Gesundheits- und Krankenpflegepersonal (Personal im gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege sowie Pflegehilfe) ihren Beruf auch als Arbeitskraft iSd AÜG ausüben kann.

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, Schwerverkranker und Sterbender sowie die pflegerische Mitwirkung an der Rehabilitation. Die Pflegehilfe umfasst gemäß § 82 GuKG die Betreuung pflegebedürftiger Menschen zur Unterstützung von Angehörigen des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege sowie von Ärzten. Die Berufsausübung von Krankenpflegepersonal erfolgte bisher gelegentlich als freiberufliche, d.h. selbständige Berufsausübung, obwohl die überlassene Pflegekraft in Wirklichkeit nicht selbständig, sondern Arbeitnehmer des Arbeitskräfteüberlassers war. Die GuKG-Novelle 2005 führt erstmals zu einer Regelung dieses Bereichs der Arbeitskräfteüberlassung.

### 3. Wie sieht diese Regulierung für die Arbeitskräfteüberlassung im Pflegebereich aus?

3.1 Nach § 35 Abs. 2 GuKG (Gesundheits- und Krankenpflege) und nach § 90 Abs. 2 GuKG (Pflegehilfe) dürfen höchstens 15% des Pflegepersonals einer Organisationseinheit<sup>4</sup> einer Krankenanstalt oder eines Pflegeheims durch Arbeitskräfteüberlassung beschäftigt werden.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> ebenso *Flemmich/Nöstlinger*, Kommentar zum GuKG, 2004, 278

<sup>3</sup> Erlass des (damaligen) Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen vom 14.3.2004, GZ 21250/22-VI/C/13/03

<sup>4</sup> Bericht des Gesundheitsausschusses, Nr. 959 der Beilagen XXII. Gesetzgebungsperiode, 2

Eine Organisationseinheit kann bspw. eine Abteilung oder einer sonstige Einheit einer Krankenanstalt oder eines Pflegeheims, wie bspw. eine Station<sup>5</sup>, sein.

**FRAGE:** Ein Krankenhaus hat insgesamt 200 Pflegekräfte angestellt, in der Station X sind 50 tätig, in der Station Y sind 60 tätig. Können alle - höchstens - 30 überlassenen Pflegekräfte (15% von 200 = 30) 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 werden. Dies ergibt sich auch daraus, dass in den einzelnen Stationen - insb. bei Langzeitpflege - die Pflegekontinuität über einen längeren Zeitraum durch gleich bleibende Pflegekräfte gewährleistet sein muss<sup>6</sup>.

3.2 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 übereinstimmen<sup>7</sup>. Als Mindestanforderung ist davon auszugehen, dass sich die Pflegequalität im Vergleich zur bisherigen Situation nicht verschlechtern darf. Dies verdeutlicht auch der Ausdruck Pflegekontinuität. Dadurch drückt der Gesetzgeber aus, dass Ausmaß und Intensität der Pflege in der Krankenanstalt oder im Pflegeheim trotz Überlassung von Pflegekräften erhalten bleiben müssen.

3.3 Wer gegen die §§ 35 oder 90 GuKG, insb. die Höchstquote verstößt, begeht gemäß § 105 GuKG<sup>8</sup> eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu EUR 3.600,00 zu bestrafen. Dieses Verbot richtet sich jedenfalls an den Beschäftigten, d.h. an die Krankenanstalt oder an das Pflegeheim (Argument aus § 35 Abs. 2 Z 1 GuKG: „*die Überlassung ist dann zulässig, wenn der Beschäftigte 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 Beschäftigte 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 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 Beschäftigten als auch für die überlassenen Pflegekräfte weiter gelten. Die Strafbestimmung des § 105 GuKG soll nach den erläuternden Bemerkungen<sup>9</sup> dazu dienen, dass die überlassenen Pflegekräfte und der Beschäftigte die Pflichten des GuKG einhalten. Nicht erwähnt wird dabei der Überlasser.

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Bericht des Gesundheitsausschusses, Nr. 959 der Beilagen XXII. Gesetzgebungsperiode, 2

<sup>7</sup> Bericht des Gesundheitsausschusses, Nr. 959 der Beilagen XXII. Gesetzgebungsperiode, 2

<sup>8</sup> richtig: § 105a GuKG, da § 105 GuKG mit 31.12.2001 - in Folge der Euromstellung - außer Kraft getreten ist.

<sup>9</sup> Nr. 941 der Beilagen XXII. Gesetzgebungsperiode, 4

§ 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 Beschäftigten 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 Beschäftigten eingesetzten Pflegekräfte hat, sodass 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 Beschäftigte erklärt, für die Einhaltung von § 35 Abs. 2 und § 90 Abs. 2 GuKG ausschließlich verantwortlich zu sein. Allein der Beschäftigte 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 Beschäftigte, den Überlasser vollkommen schad- und klaglos zu halten.“*

#### **4. Welche Auswirkungen hat die GuKG-Novelle 2005 auf die Rechte und Pflichten des Pflegepersonals, insb. hinsichtlich Entgelt?**

Die Rechte und Pflichten des überlassenen Pflegepersonals werden nach wie vor durch das GuKG geregelt. D.h. eine überlassene Pflegekraft muss die Voraussetzungen für die Berufsausübung nach dem GuKG erfüllen<sup>10</sup>. Zusätzlich kommen auch die Regelungen des AÜG zur Anwendung, da die überlassene Pflegekraft eine Arbeitskraft im Sinne des § 3 Abs. 4 AÜG sind. Ein wichtiger Punkt ist das Entgelt, das der überlassenen Pflegekraft für ihre Tätigkeit beim Beschäftigten zusteht.

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

Nach dem bisherigen Wortlaut von § 10 Abs. 1 AÜG hätte eine Pflegekraft Anspruch auf das im Beschäftigterbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeiten zu zahlende kollektivvertragliche Entgelt. Wenn sich der Entgeltanspruch einer Stammpflegekraft aber bspw. auf ein Gesetz stützt, hätte die überlassene Pflegekraft keinen Anspruch auf das höhere gesetzliche Entgelt dieser Stammpflegekräfte.

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

Eine Novelle des AÜG, die voraussichtlich mit 1.8.2005 in Kraft treten wird<sup>11</sup>, geht davon aus, dass für die Bemessung des Entgeltanspruches der überlassenen Pflegekräfte auch weiterhin auf das Entgelt der Stammpflegekräfte Bedacht zu nehmen ist. 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 - wie auch bisher<sup>12</sup> - das kollektivvertraglich oder gesetzliche Mindestentgelt der Stammpflegekräfte. Auf ein über den Kollektivvertrag oder das Gesetz

<sup>10</sup> § 27 GuKG für die gehobenen Gesundheits- und Krankenpflegedienste bzw. § 85 GuKG für die Pflegehilfe. Zu beachten ist auch § 29 GuKG, der eine erleichterte Anerkennung von bestimmten ausländischen Qualifikationsnachweisen (bspw. aus der ehemaligen DDR, Tschechoslowakei, dem ehemaligen Jugoslawien, aus Estland, Lettland, Litauen und Polen) für Pflegeberufe vorsieht.

<sup>11</sup> Die Novelle wurde am 6.7.2005 im Nationalrat beschlossen und am 21.7.2005 vom Bundesrat bestätigt.

<sup>12</sup> Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, Nr. 1012 der Beilagen XXII. Gesetzgebungsperiode, 2: „Im Sinne einer gebotenen Gleichstellung (mit anderen überlassenen Arbeitskräften) sollen daher die diesbezüglichen Verweise im AÜG (auf das kollektivvertraglich Mindestentgelt) ergänzt werden.“

hinausgehendes Entgelt, das die jeweilige Stammarbeitskraft aufgrund eines Einzelvertrages mit der Krankenanstalt oder dem Pflegeheim bekommt, hat die überlassene Arbeitskraft aber keinen Anspruch.

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

Der Wortlaut der § 35 Abs. 2 und § 90 Abs. 2 GuKG besagt eindeutig, 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 verlangen<sup>13</sup>, 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).

Absicht des Gesetzgebers war, aus gesundheitspolitischen Gründen eine Höchstgrenze für die Überlassung von Pflegepersonal einzuführen<sup>14</sup>. 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.

#### **6. Ergebnis**

Die Überlassung von Pflegekräften ist nach der GuKG-Novelle 2005 bei Vorliegen von zwei Voraussetzungen möglich. Einerseits muss die 15%-Quote eingehalten werden, andererseits müssen die Pflegequalität und die Pflegekontinuität erhalten bleiben.

BRUCKMÜLLER & ZEITLER  
RECHTSANWÄLTE

Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg Bruckmüller  
Vertrauensanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser  
im Namen der Bruckmüller Zeitler Rechtsanwälte GmbH  
Kontakt: [www.bzp.at](http://www.bzp.at)

Stand: Juli 2005

Trotz sorgfältigster Bearbeitung wird für die Ausführungen keine Gewähr übernommen. Nachdruck, Vervielfältigung und Verbreitung jeglicher Art nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Allgemeinen Fachgruppe OÖ des Gewerbes, Berufsgruppe Arbeitskräfteüberlasser, zulässig.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Nr. 941 der Beilagen XXII. Gesetzgebungsperiode, 4