



Sachstand

Einzelfragen zu ambulanten Pflegediensten und zur Arbeitnehmerüberlassung

Einzelfragen zu ambulanten Pflegediensten und zur Arbeitnehmerüberlassung

Aktenzeichen: WD 6 - 3000-048/19
Abschluss der Arbeit: 17. April 2019
Fachbereich: WD 6: Arbeit und Soziales

Die Ausführungen zu Punkt 1 wurden vom Fachbereich WD 9 (Gesundheit, Familie, Senioren, Frauen und Jugend) verfasst.

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.	Anforderungen an ambulante Pflegedienste als Leistungserbringer häuslicher Kranken- und Pflegehilfe nach dem Fünften und Elften Buch Sozialgesetzbuch	4
1.1.	Vorbemerkung	4
1.2.	Häusliche Krankenpflege	4
1.2.1.	Anspruch Versicherter auf häusliche Krankenpflege gemäß § 37 SGB V	4
1.2.2.	Anforderungen an ambulante Pflegedienste für einen Vertragsschluss mit den Krankenkassen	5
1.2.3.	Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages bei Vorliegen der Voraussetzungen	7
1.3.	Häusliche Pflegehilfe	8
1.3.1.	Anspruch Versicherter auf häusliche Pflegehilfe gemäß § 36 SGB XI	8
1.3.2.	Anforderungen an ambulante Pflegedienste für einen Vertragsschluss mit den Pflegekassen	8
1.3.3.	Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages bei Vorliegen der Voraussetzungen	10
2.	Einzelfragen zur Arbeitnehmerüberlassung	11
2.1.	Status und öffentlich-rechtliche Pflichten der Verleihunternehmen	11
2.1.1.	Erlaubnispflicht	11
2.1.2.	Anzeigen und Auskünfte	11
2.1.3.	Folgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung	12
2.2.	Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeiternehmer	12
2.3.	Arbeitsbedingungen der Leiharbeiternehmer	12
2.3.1.	Gleichstellungsgrundsatz	12
2.3.2.	Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiternehmer	13
2.3.3.	Betriebliche Mitbestimmung	13
2.3.4.	Mobbing am Arbeitsplatz	14

1. Anforderungen an ambulante Pflegedienste als Leistungserbringer häuslicher Kranken- und Pflegehilfe nach dem Fünften und Elften Buch Sozialgesetzbuch

1.1. Vorbemerkung

Ambulante Pflegedienste erbringen nach dem deutschen Sozialrecht häusliche Krankenpflege nach den §§ 37, 132a Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V)¹ und häusliche Pflegehilfe nach den §§ 36, 71 ff. Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI)².

1.2. Häusliche Krankenpflege

1.2.1. Anspruch Versicherter auf häusliche Krankenpflege gemäß § 37 SGB V

Nach § 37 Abs. 1 Satz 1 SGB V erhalten Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung in ihrem Haushalt, ihrer Familie oder sonst an einem geeigneten Ort neben der ärztlichen Behandlung häusliche Krankenpflege durch geeignete Pflegekräfte, wenn Krankenhausbehandlung geboten, aber nicht ausführbar ist, oder wenn sie durch die häusliche Krankenpflege vermieden oder verkürzt wird (sogenannte **Krankenhausersatzpflege bzw. Krankenhausvermeidungspflege**). Ein Anspruch auf häusliche Krankenpflege besteht gemäß § 37 Abs. 2 Satz 1 SGB V auch dann, wenn diese zur Sicherung des Ziels der ärztlichen Behandlung erforderlich ist (sogenannte **Behandlungssicherungspflege**).

Die Krankenhausersatz- bzw. Krankenhausvermeidungspflege nach § 37 Abs. 1 Satz 1 SGB V umfasst die im Einzelfall erforderliche Grundpflege (Grundverrichtungen des täglichen Lebens: insbesondere Betten, Lagern, Körperpflege, Körperhygiene, Nahrungsaufnahme, Körpertemperaturmessung, Überwachung der Medikamenteneinnahme), Behandlungspflege (krankheitsspezifische, nicht allgemein auf Verbesserung des Gesundheitszustands abzielende Pflegemaßnahmen) und hauswirtschaftliche Versorgung des Versicherten (§ 37 Abs. 1 Satz 3 SGB V). Die Behandlungssicherungspflege umfasst demgegenüber grundsätzlich nur die Leistungen der reinen Behandlungspflege, also krankheitsspezifische Maßnahmen (§ 37 Abs. 2 Satz 1 SGB V).

Die häusliche Krankenpflege nach § 37 Abs. 1 und 2 SGB V umfasst auch die **ambulante Palliativversorgung** (§ 37 Abs. 2b Satz 1 SGB V). Palliativversorgung ist die Versorgung der Versicherten zur Schmerz- und Symptomlinderung, die sowohl als Krankenhausersatz- bzw. Krankenhausvermeidungspflege im Sinne des § 37 Abs. 1 SGB V als auch als Behandlungssicherungspflege im Sinne des § 37 Abs. 2 SGB V erbracht werden kann.

Darüber hinaus erhalten Versicherte als häusliche Krankenpflege in der Form der sogenannten **Unterstützungspflege** an geeigneten Orten im Sinne von § 37 Abs. 1 Satz 1 SGB V wegen schwerer Krankheit oder wegen akuter Verschlimmerung einer Krankheit, insbesondere nach

1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) – **Gesetzliche Krankenversicherung** – (Art. 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 1988, BGBl. I S. 2477, 2482), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 22. März 2019 (BGBl. I S. 350).

2 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) – **Soziale Pflegeversicherung** – (Art. 1 des Gesetzes vom 26. Mai 1994, BGBl. I S. 1014, 1015), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 17. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2587).

einem Krankenhausaufenthalt, nach einer ambulanten Operation oder nach einer ambulanten Krankenhausbehandlung, soweit keine Pflegebedürftigkeit mit einem bestimmten Pflegegrad im Sinne des SGB XI vorliegt, die erforderliche Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung (§ 37 Abs. 1a Satz 1 SGB V.)

Die Verordnung häuslicher Krankenpflege gehört nach § 73 Abs. 2 Nr. 8 SGB V zu den Aufgaben der Vertragsärzte und muss grundsätzlich von der Krankenkasse genehmigt werden. Ohne diese Genehmigung hat ein ambulanter Pflegedienst als Leistungserbringer keinen Vergütungsanspruch gegen die Krankenkasse.

1.2.2. Anforderungen an ambulante Pflegedienste für einen Vertragsschluss mit den Krankenkassen

Die Krankenkassen bedienen sich zur Erfüllung ihrer Pflicht, die Versicherten mit häuslicher Krankenpflege zu versorgen, Dritter, zu denen auch die ambulanten Pflegedienste als „sonstige Leistungserbringer“ nach § 132a SGB V gehören. In Umsetzung des sogenannten Sachleistungsprinzips schließen die Krankenkassen gemäß § 132a Abs. 4 Satz 1 SGB V Verträge mit den ambulanten Pflegediensten über die Einzelheiten der Versorgung, über die Preise und deren Abrechnung. Mit Abschluss des Versorgungsvertrages ist ein ambulanter Pflegedienst als Leistungserbringer zur Versorgung der Versicherten der vertragschließenden Krankenkasse berechtigt.

Für einen Vertragsschluss mit den Krankenkassen müssen ambulante Pflegedienste folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Eignung
- Verpflichtung zur Fortbildung
- Wirtschaftlichkeit und Preisgünstigkeit der Leistungserbringung
- Gewähr für eine leistungsgerechte und wirtschaftliche Versorgung
- Nachweise der personellen und organisatorischen Voraussetzungen.

Im Einzelnen:

Die **Eignung** der Pflegekräfte bzw. der ambulanten Pflegedienste wird durch zwei Komponenten bestimmt: Die Facheignung im Sinne einer hinreichenden fachlichen Qualifikation zur Erbringung der Leistung und die allgemeine Zuverlässigkeitseignung im Sinne einer Prognose, dass die Bereitschaft besteht, die spezifischen Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach § 37 SGB V im Rechtsrahmen der gesetzlichen Krankenversicherung sowie im Interesse des Erhalts ihrer Funktionsfähigkeit zu erfüllen. Ob die erforderliche fachliche und persönliche Eignung tatsächlich vorliegt, muss von der Krankenkasse in jedem Einzelfall vor dem Vertragsschluss überprüft werden.

Im Gegensatz zu der Regelung des § 71 Abs. 3 SGB XI im Pflegeversicherungsrecht, die für eine Pflegefachkraft ausdrücklich eine mehrjährige kranken- oder Altenpflegerische Ausbildung verlangt, enthalten weder § 37 SGB V noch § 132a SGB V nähere eigenständige Kriterien für die Geeignetheit ambulanter Pflegedienste. Die Festlegung, welche fachlichen und persönlichen Anforderungen die Leistungserbringer erfüllen müssen, hat der Gesetzgeber für den Bereich der häuslichen Krankenpflege vielmehr den Vertragspartnern nach § 132a Abs. 4

SGB V selbst bzw. den Spitzenverbänden auf Bundesebene überlassen, die gemäß § 132a Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 SGB V insbesondere auch zur Abgabe von Empfehlungen über die „Eignung der Leistungserbringer“ berufen sind. Die Rahmenempfehlungen der Spitzenverbände auf Bundesebene nach § 132a Abs. 1 SGB V zur Versorgung mit häuslicher Krankenpflege vom 10. Dezember 2013³ regeln hierzu in § 1 Abs. 1, dass die vom ambulanten Pflegedienst angebotenen Leistungen der häuslichen Krankenpflege gemäß § 37 SGB V unter ständiger Verantwortung einer Pflegefachkraft durchzuführen sind.

Die bei einem Betreiber von ambulanten Krankenpflagediensten nicht als verantwortliche Pflegefachkraft beschäftigten sonstigen Pflegekräfte sind demgegenüber schon dann als fachlich hinreichend qualifiziert anzusehen, wenn sie für die qualitativ einwandfreie Erbringung der spezifischen Leistungen der häuslichen Krankenpflege im Sinne des § 37 SGB V geeignet erscheinen. Leistungsrechtlich erfordert die häusliche Krankenpflege nach § 37 SGB V nicht unbedingt eine besondere medizinische Qualifikation, da sie nicht nur die medizinisch geprägte Behandlungspflege, sondern auch die einfache Grundpflege und die hauswirtschaftliche Versorgung erfasst.

Notwendiger Bestandteil der Versorgungsverträge sind gemäß § 132a Abs. 4 Satz 1 SGB V Regelungen zur beruflichen **Fortbildungsverpflichtung** der Leistungserbringer. Hierbei handelt es sich um eine zwingende gesetzliche Vorgabe.

Ein zentraler Regelungsgegenstand der Verträge nach § 132a Abs. 4 Satz 1 SGB V ist die Vergütung der Krankenpflegeleistungen. Nach dem Vertragsmodell des § 132a SGB V unterliegt die Preisvereinbarung grundsätzlich der Ausgestaltungsfreiheit der Beteiligten. Danach ist die Vergütung der erbrachten Leistungen der häuslichen Krankenpflege nach der Vorstellung des Gesetzgebers grundsätzlich frei auszuhandeln. Das Gesetz enthält für die Vereinbarung über die Preise in § 132a Abs. 4 Satz 5 SGB V aber eine allgemeine Vorgabe. Nach dieser Bestimmung haben die Krankenkassen darauf zu achten, dass die Leistungen **wirtschaftlich und preisgünstig** erbracht werden. Die vereinbarten Vergütungen müssen deshalb leistungsgerecht sein und es einem ambulanten Pflegedienst bei wirtschaftlicher Betriebsführung ermöglichen, seinen Versorgungsauftrag zu erfüllen.

Eine weitere gesetzliche Vorgabe für die vertragsschließenden Krankenkassen ist in § 132a Abs. 4 Satz 6 SGB V geregelt, wonach Verträge nur mit Leistungserbringern abgeschlossen werden dürfen, die die Gewähr für eine **leistungsgerechte und wirtschaftliche Versorgung** bieten. Der Leistungserbringer hat deshalb durch geeignete organisatorische Maßnahmen unter Einsatz entsprechender personeller und sachlicher Mittel für die Dauer des Vertrages sicherzustellen, dass die von ihm betriebene Pflegeeinrichtung die Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche pflegerische Versorgung bietet. Hierzu gehört insbesondere, dass die Pflegeeinrichtung die von dem jeweiligen Versorgungsvertrag erfassten Leistungen nach § 37 SGB V entsprechend ihrem Leistungsspektrum erbringt, unter ständiger Verantwortung einer verantwortlichen Pflegefachkraft steht und unabhängig von dem Bestand ihrer Mitarbeiter eine qualitativ ausreichende, gleichmäßige und konstante pflegerische Versorgung in

3 Abrufbar im Internet unter: https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenversicherung/1/ambulante_leistungen/haeusliche_krankenpflege/Bundesrahmenempfehlungen_nach_132a_Abs_1_SGB_V_Fassung_10122013.pdf.

ihrem jeweiligen Einzugsgebiet gewährleistet. Der ambulante Pflegedienst hat eine Versorgung der Versicherten „rund-um-die-Uhr“, auch an Wochenenden und Feiertagen, sicherzustellen und muss ständig erreichbar sein. Darüber hinaus muss der Leistungserbringer selbstständig wirtschaften und über eigene Geschäftsräume verfügen.

Die Krankenkassen machen den Abschluss eines Versorgungsvertrages nach § 132a Abs. 4 Satz 1 SGB V regelmäßig davon abhängig, dass der Betreiber eines ambulanten Pflegedienstes die vorgenannten personellen und organisatorischen Voraussetzungen durch die Vorlage entsprechender Unterlagen nachweist. In der Regel hat ein Leistungsanbieter den Krankenkassen vor Vertragsabschluss insbesondere folgende **Nachweise** einzureichen:

- Nachweis der aktuell beschäftigten Mitarbeiter sowie die Qualifikationsnachweise des eingesetzten Personals
- Nachweise der Berufserfahrung für die verantwortliche und stellvertretende verantwortliche Pflegefachkraft
- Nachweis über den Abschluss einer Weiterbildungsmaßnahme für leitende Funktionen mit einer Mindestanzahl von 460 Stunden für die verantwortliche Pflegefachkraft bzw. Nachweis des einschlägigen Fachhochschul- oder Universitätsabschlusses
- als polizeiliches Führungszeugnis einen aktuellen Auszug aus dem Bundeszentralregister der Generalbundesanwaltschaft über den/die Betriebsinhaber, den/die Geschäftsführer sowie die verantwortliche und die stellvertretende Pflegefachkraft
- aktuelle Gesundheitszeugnisse für die verantwortlichen Pflegefachkräfte
- Nachweis über die Mitgliedschaft bei der zuständigen Berufsgenossenschaft
- Nachweis einer ausreichenden Betriebs-/Berufshaftpflichtversicherung für Personen-, Sach- und Vermögensschäden, die entsprechend an die Betriebsgröße angepasst wird
- bei juristischen Personen einen Auszug aus dem Handelsregister und
- eine Bestätigung des Gesundheitsamtes, aus der hervorgeht, dass die Aufnahme der Tätigkeit dort angezeigt wurde.

Da ambulante Pflegedienste als Leistungserbringer häuslicher Krankenpflege gemäß den Bestimmungen der §§ 37, 132a SGB V nach der ganz überwiegend vertretenen Auffassung nicht als Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung (GewO)⁴ anzusehen sind, können die Krankenkassen über die vorgenannten Unterlagen hinaus jedoch nicht auch den Nachweis einer Gewerbeanmeldung nach § 14 Abs. 1 GewO verlangen.

1.2.3. Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages bei Vorliegen der Voraussetzungen

Jeder ambulante Pflegedienst, der die vorgenannten qualitativ-fachlichen, personellen und räumlichen Voraussetzungen erfüllt, hat einen Rechtsanspruch gegen die Krankenkasse auf Abschluss eines Versorgungsvertrages. Eine Prüfung nach Bedarfskriterien ist nicht vorgesehen und damit auch nicht zulässig. Mangels einer gesetzlichen Regelung, die es den Krankenkassen ausdrücklich erlauben würde, die Menge der Leistungsanbieter zu begrenzen, darf

⁴ Gewerbeordnung (GewO), neugefasst durch Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 29. November 2018 (BGBl. I S. 2666).

folglich auch unter Berufung auf das Wirtschaftlichkeitsgebot ein Vertragsschluss nicht deswegen abgelehnt werden, weil die Versorgung der Versicherten schon anderweitig gesichert ist.

1.3. Häusliche Pflegehilfe

1.3.1. Anspruch Versicherter auf häusliche Pflegehilfe gemäß § 36 SGB XI

Nach § 36 Abs. 1 Satz 1 SGB XI haben Pflegebedürftige im Falle des Vorliegens eines bestimmten Pflegegrades bei häuslicher Pflege Anspruch auf körperbezogene Pflegemaßnahmen und pflegerische Betreuungsmaßnahmen sowie auf Hilfen bei der Haushaltsführung als Sachleistung (häusliche Pflegehilfe). Der Anspruch umfasst pflegerische Maßnahmen in den Bereichen Mobilität, kognitive und kommunikative Fähigkeiten, Verhaltensweisen und psychische Problemlagen, Selbstversorgung, Bewältigung von und selbständiger Umgang mit krankheits- oder therapiebedingten Anforderungen und Belastungen sowie Gestaltung des Alltagslebens und sozialer Kontakte (§ 36 Abs. 1 Satz 2 SGB XI). Nach § 72 Abs. 1 Satz 1 SGB XI dürfen die Pflegekassen häusliche Pflegehilfe nur durch ambulante Pflegeeinrichtungen gewähren, mit denen ein Versorgungsvertrag besteht (zugelassene Pflegeeinrichtungen).

1.3.2. Anforderungen an ambulante Pflegedienste für einen Vertragsschluss mit den Pflegekassen

Die Voraussetzungen, die eine ambulante Pflegeeinrichtung zu erfüllen hat, um durch Versorgungsvertrag zur Erbringung von Leistungen der häuslichen Pflegehilfe im Sinne des § 36 SGB XI zugelassen zu werden, sind abschließend in § 72 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 Nr. 1 bis 4 SGB XI geregelt.

Danach müssen folgende Zulassungsvoraussetzungen vorliegen:

- Erfüllung der Anforderungen nach § 71 SGB XI
- Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche pflegerische Versorgung
- Zahlung einer in ambulanten Pflegeeinrichtungen ortsüblichen Arbeitsvergütung
- Maßnahmen der Qualitätssicherung.

Im Einzelnen:

Nach der Legaldefinition in § 71 Abs. 1 SGB XI sind ambulante Pflegeeinrichtungen (Pflegedienste) im Sinne des SGB XI selbständig wirtschaftende Einrichtungen, die unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft Pflegebedürftige in ihrer Wohnung mit Leistungen der häuslichen Pflegehilfe im Sinne des 36 SGB XI versorgen.

Die Vorschrift des 71 Abs. 1 SGB XI verlangt für Pflegedienste zunächst, dass es sich bei ihnen um **selbständig wirtschaftende Einrichtungen** handelt.

Pflegedienste müssen damit zum einen Einrichtungsqualität haben. Der Begriff der Einrichtung, der in § 71 Abs. 1 SGB XI nicht definiert wird, setzt nach Sinn und Zweck der Norm le-

diglich ein Mindestmaß an Organisationsstruktur voraus, die über die Existenz einzelner Pflegepersonen hinausgeht. Allerdings können die Pflegekassen mit geeigneten einzelnen Pflegekräften Einzelverträge gemäß § 77 Abs. 1 SGB XI abschließen.

Die Vorschrift des § 71 Abs. 1 SGB XI fordert darüber hinaus das Vorliegen einer „selbständig wirtschaftenden“ Einrichtung. Verlangt wird damit keine rechtliche Selbständigkeit. Da das Gesetz neben der ausschließlichen Versorgung von Pflegebedürftigen auch gemischte Einrichtungen zulässt, die neben Pflegeleistungen andere Sozialleistungen erbringen, besteht der Sinn und Zweck des Merkmals des selbständigen Wirtschaftens allein darin, die Vermengung unterschiedlicher Aufgaben- und Finanzierungsverantwortlichkeiten zu vermeiden, ohne Einrichtungen, die in erster Linie Gesundheitsleistungen oder andere Formen der Pflege oder Betreuung anbieten, von vornherein von der Leistungserbringung auszuschließen.

Pflegedienste sind nach § 71 Abs. 1 SGB XI dadurch gekennzeichnet, dass sie Pflegebedürftige in ihrer Wohnung mit Leistungen der häuslichen Pflegehilfe im Sinne des § 36 SGB XI versorgen. Aus dem Verweis in § 71 Abs. 1 SGB XI auf § 36 SGB XI folgt, dass ein Pflegedienst in der Lage sein muss, das **gesamte Leistungsspektrum der häuslichen Pflegehilfe** zur Verfügung zu stellen.

Pflegedienste im Sinne des § 71 Abs. 1 SGB XI sind schließlich nur solche Einrichtungen, in denen die Pflegebedürftigen **unter ständiger Verantwortung einer ausgebildeten Pflegefachkraft** gepflegt werden. Die Vorschrift setzt damit schon im Rahmen der Definition der Pflegedienste voraus, dass die pflegerische Gesamtleitung einer Person übertragen ist, die die Formalqualifikationen des § 71 Abs. 3 SGB XI erfüllt. Nach § 71 Abs. 1 SGB XI muss nicht die Leitung des Pflegedienstes in den Händen einer Pflegefachkraft liegen, sondern die pflegerische Versorgung unter ihrer ständigen Verantwortung stehen. Notwendig ist eine Steuerung, Anleitung, Koordination und Kontrolle der Pflegeleistungen auf der Grundlage eines in jedem Einzelfall gesondert zu erhebenden Bedarfs.

Welche Anforderungen an die Qualifikation der verantwortlichen Pflegefachkraft zu stellen sind, ist in § 71 Abs. 3 SGB XI geregelt. Diese Vorschrift macht die Anerkennung als verantwortliche Pflegefachkraft grundsätzlich von drei formalen Voraussetzungen abhängig:

- Abschluss einer bestimmten beruflichen Ausbildung im Gesundheitswesen
- Praktische Berufserfahrungen in dem erlernten Ausbildungsberuf
- Erfolgreiche Durchführung einer Weiterbildungsmaßnahme für leitende Funktionen.

Zulassungsvoraussetzung ist nach § 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Halbsatz 1 SGB XI ferner, dass die ambulante Pflegeeinrichtung die **Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche pflegerische Versorgung** bietet. Die Gewähr für eine leistungsfähige pflegerische Versorgung bietet nur ein Pflegedienst, der zur Erbringung pflegerischer Leistungen in der Lage ist, die in quantitativer wie in qualitativer Hinsicht den gesetzlichen und vertraglichen Anforderungen entsprechen. Die Leistungsfähigkeit umfasst darüber hinaus auch die Zuverlässigkeit des Einrichtungsträgers. Die Unzuverlässigkeit und damit fehlende Leistungsfähigkeit des Einrichtungsträgers kann sich insbesondere aus nachhaltigen und groben Verstößen gegen wesentliche Grundlagen des Pflegeversicherungsrechts ergeben. Die Wirtschaftlichkeit der pflegerischen Versorgung bezieht sich sowohl auf die Erbringung der Pflegeleistungen als auch auf den Betrieb der Pflegeeinrichtung.

Zulassungsvoraussetzung ist nach § 72 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 Nr. 2 Halbsatz 2 SGB XI darüber hinaus die **Zahlung einer ortsüblichen Arbeitsvergütung** an die Beschäftigten, soweit diese nicht von einer Verordnung über Mindestentgeltsätze aufgrund des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes⁵ erfasst sind. Von diesem Erfordernis der Zahlung einer ortsüblichen Arbeitsvergütung wird jedoch nur ein geringer Teil der in ambulanten Pflegeeinrichtungen Beschäftigten erfasst, da das Bundesministerium für Arbeit und Soziales mit Erlass der „Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Pflegebranche“ für die meisten Beschäftigten ein Mindestentgelt festgelegt hat, das in der Regel allerdings unterhalb der ortsüblichen Arbeitsvergütung liegt.

Voraussetzung für die Zulassung ambulanter Pflegeeinrichtungen ist nach § 72 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 Nr. 3 und 4 SGB XI schließlich, dass sie sich verpflichten, nach Maßgabe der Vereinbarungen nach § 113 SGB XI einrichtungsintern ein **Qualitätsmanagement** einzuführen und weiterzuentwickeln und sich außerdem verpflichten, **alle Expertenstandards** nach § 113a SGB XI anzuwenden.

1.3.3. Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages bei Vorliegen der Voraussetzungen

Nach § 72 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 SGB XI besteht ein Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages, soweit und solange die ambulante Pflegeeinrichtung die vorgenannten gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Der Abschluss des Versorgungsvertrages ist nicht davon abhängig, dass die Einrichtung für eine bedarfsgerechte Versorgung der Versicherten erforderlich ist.

5 Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz) vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799), zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 5 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2739).

2. Einzelfragen zur Arbeitnehmerüberlassung

Die wesentlichen rechtlichen Rahmenbedingungen der Arbeitnehmerüberlassung und die speziellen Schutzvorschriften für die Leiharbeitnehmer sind im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz⁶ geregelt.⁷

2.1. Status und öffentlich-rechtliche Pflichten der Verleihunternehmen

2.1.1. Erlaubnispflicht

Die Überlassung von Arbeitnehmern an Dritte setzt eine Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit voraus, die auf schriftlichen Antrag erteilt wird, soweit keine Versagungsgründe (§ 3 AÜG) vorliegen. Die Erlaubnis ist nach § 2 AÜG grundsätzlich auf ein Jahr befristet und verlängert sich um ein weiteres Jahr, wenn die Erlaubnisbehörde die Verlängerung nicht vor Ablauf des Jahres ablehnt. Sie kann mit Bedingungen und Auflagen versehen werden, um sicherzustellen, dass nicht Versagungsgründe eintreten. Die Erlaubnis kann unbefristet erteilt werden, wenn der Verleiher bereits drei aufeinanderfolgende Jahre erlaubt tätig war.

Keiner Erlaubnis nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz bedarf ein Arbeitgeber mit weniger als 50 Beschäftigten, der zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen einen Arbeitnehmer bis zur Dauer von zwölf Monaten an einen Arbeitgeber überlässt und der Bundesagentur für Arbeit die Überlassung vorher schriftlich angezeigt hat (§ 1a Abs. 1 AÜG).

2.1.2. Anzeigen und Auskünfte

Der Verleiher hat nach § 7 AÜG der Erlaubnisbehörde unaufgefordert bestimmte betriebliche Veränderungen anzuzeigen, soweit diese die Ausübung der Arbeitnehmerüberlassung zum Gegenstand haben. Auf Verlangen hat er der Erlaubnisbehörde die Auskünfte zu erteilen, die zur Durchführung des Gesetzes erforderlich sind, sowie die geschäftlichen Unterlagen vorzulegen, aus denen sich die Richtigkeit seiner Angaben ergibt, oder seine Angaben auf sonstige Weise glaubhaft zu machen.

In begründeten Einzelfällen sind die von der Erlaubnisbehörde beauftragten Personen befugt, Grundstücke und Geschäftsräume des Verleihers zu betreten und dort Prüfungen vorzunehmen. Durchsuchungen können jedoch - außer bei Gefahr im Verzug - nur auf richterliche Anordnung vorgenommen werden.

6 Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I S. 158), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 21. Februar 2017 (BGBl. I S. 258).

7 Die folgenden Ausführungen übernehmen passagenweise die Darstellung in: Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hrsg.), Übersicht über das Arbeitsrecht/Arbeitsschutzrecht, 12. Aufl. 2018, insb. Kapitel 2; auf den Nachweis von Einzelzitate wird insoweit verzichtet.

2.1.3. Folgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung

Im Fall einer nicht genehmigten Arbeitnehmerüberlassung sind der Überlassungsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher sowie der Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und Leiharbeitnehmer unwirksam (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG). Es gilt dann ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer als zustande gekommen (§ 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG). Der Leiharbeitnehmer hat jedoch ein Widerspruchsrecht gegen das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und dem Entleiher.

Daneben drohen für den Fall der illegalen Arbeitnehmerüberlassung Geldbußen (§ 16 AÜG).

2.2. Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer

Der Verleiher tritt gegenüber dem Leiharbeitnehmer nicht als Vermittler auf, sondern es besteht zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis (§ 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG). Der Verleiher ist echter Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers mit allen Rechten und Pflichten. Er muss insbesondere das vereinbarte Arbeitsentgelt zahlen, die Sozialversicherungsbeiträge und Steuern abführen, dem Leiharbeitnehmer den Urlaub gewähren und ihm im Krankheitsfall das Arbeitsentgelt fortzahlen. Auch die Bestimmungen des Mutterschutzgesetzes und des Gesetzes zum Elterngeld und zur Elternzeit sind anwendbar. Die Arbeitnehmer eines Leiharbeitsunternehmens haben wie alle anderen Arbeitnehmer Anspruch auf Freistellung für berufliche Weiterbildung nach dem Bildungsurlaubsgesetz des jeweiligen Bundeslandes. Uneingeschränkt gelten außerdem neben dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 des Grundgesetzes die Regelungen der betrieblichen Mitbestimmung nach dem Betriebsverfassungsgesetz. Der Verleiher hat den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird (§ 11 Abs. 2 AÜG).

Zum Betrieb des Verleihers gehören alle zu dem Zweck ihrer Überlassung an Dritte beschäftigten Arbeitnehmer, unabhängig davon, bei welchem Entleiher (Einsatzbetrieb) die Arbeitnehmer tätig sind. Dazu gehören nicht nur die einsatzfreien, sondern auch die im Einsatz befindlichen Arbeitnehmer (vgl. § 14 Abs. 1 AÜG). Dies ist z.B. im Hinblick auf das Quorum für die Bildung eines Betriebsrats nach dem Betriebsverfassungsgesetz sowie dessen Größe von Bedeutung. Auch für die unternehmerische Mitbestimmung kommt es auf die Gesamtzahl der Arbeitnehmer an.

2.3. Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer

2.3.1. Gleichstellungsgrundsatz

Der Verleiher ist nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 AÜG verpflichtet, Leiharbeitnehmern die im Betrieb dieses Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren (Gleichstellungsgrundsatz). Nach § 8 Abs. 2 AÜG ist eine zeitlich begrenzte Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz durch Tarifvertrag möglich.

Wesentliche Arbeitsbedingungen sind dabei alle nach dem allgemeinen Arbeitsrecht vereinbarten Bedingungen wie die Dauer der Arbeitszeit oder des Urlaubs. Der Gleichstellungsgrundsatz umfasst auch das Gebot der gleichen Vergütung (sog. Equal Pay). Zum Arbeitsentgelt zählen nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung nicht nur das laufende Entgelt, sondern auch Zuschläge

und jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird bzw. aufgrund gesetzlicher Entgeltfortzahlungstatbestände gewährt werden muss, also Leistungen wie Jahressonderzahlungen, Entgeltfortzahlung und Urlaubsentgelt.

Leiharbeitnehmer haben gegenüber dem Entleiher ein Auskunftsrecht über die wesentlichen Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers (§ 13 AÜG).

2.3.2. Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer

Obleich ein Arbeitsverhältnis nur zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer besteht, hat der Entleiher gegenüber dem Leiharbeitnehmer gewisse Arbeitgeberrechte und -pflichten und der Leiharbeitnehmer gewisse Arbeitnehmerrechte und -pflichten gegenüber dem Entleiher. Der Leiharbeitnehmer muss dem Entleiher seine volle Arbeitskraft zur Verfügung stellen und er unterliegt dem Weisungsrecht des Entleihers. Umgekehrt treffen neben dem Verleiher auch den Entleiher die arbeitsvertraglichen Nebenpflichten des Arbeitgebers einschließlich der Fürsorgepflicht und die öffentlich-rechtlichen Pflichten des Arbeitnehmerschutzes.

Nach § 13a AÜG muss der Entleiher den Leiharbeitnehmer über die eigenen Arbeitsplätze informieren, die besetzt werden sollen. Zweck dieser Regelung, die auf Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit beruht, ist es, Leiharbeitnehmern die Bewerbung um eine Stelle im Entleihunternehmen zu ermöglichen.

Vereinbarungen, die dem Entleiher untersagen, den Leiharbeitnehmer zu einem Zeitpunkt einzustellen, in dem dessen Arbeitsverhältnis zum Verleiher nicht mehr besteht, und Vereinbarung, die dem Leiharbeitnehmer untersagen, mit dem Entleiher zu einem Zeitpunkt, in dem das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nicht mehr besteht, ein Arbeitsverhältnis einzugehen, sind nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 und 4 AÜG unwirksam. Die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung zwischen Verleiher und Entleiher für die nach vorangegangenem Verleih oder mittels vorangegangenem Verleih erfolgte Vermittlung ist aber zulässig (§ 9 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 2 AÜG), nicht hingegen eine Vereinbarung, nach der der Leiharbeitnehmer eine Vermittlungsvergütung an den Verleiher zu zahlen hat (§ 9 Abs. 1 Nr. 5 AÜG).

Der Entleiher hat Leiharbeitnehmern Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen zu gewähren wie den vergleichbaren Stammarbeitnehmern (§ 13b AÜG). Solche Einrichtungen sind beispielsweise die Betriebskindertagesstätte, Kantine, Pausenräume.

2.3.3. Betriebliche Mitbestimmung

Wegen ihrer Zugehörigkeit zum Betrieb des Verleihers sind Leiharbeitnehmer bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat im Entleiherunternehmen und bei der Wahl der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmervertretungen im Entleiherbetrieb nicht wählbar. Sie sind aber berechtigt, die Sprechstunden dieser Arbeitnehmervertretungen aufzusuchen und an den Betriebs- und Jugendversammlungen im Entleiherbetrieb teilzunehmen. Außerdem gelten Unterrichts- und Anhörungsrechte sowie Beschwerderechte nach den Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes im Entleiherbetrieb auch in bezug auf die dort tätigen Leiharbeitnehmer.

mer. Soweit betriebsverfassungsrechtliche Bestimmungen eine bestimmte Anzahl oder einen bestimmten Anteil von Arbeitnehmern voraussetzen, sind Leiharbeiter auch im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen. (§ 14 Abs. 2 AÜG)

2.3.4. Mobbing am Arbeitsplatz

Besondere Regelungen gegen Mobbing am Arbeitsplatz gibt es im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerüberlassung nicht. Es gelten die allgemeinen Regelungen. Insoweit kann auf die Ausführungen in einer früheren Arbeit dieses Fachbereichs Bezug genommen werden:

Deutscher Bundestag - Wissenschaftliche Dienste (2017): Gesetzliche Regelungen in Deutschland zum Schutz vor Mobbing am Arbeitsplatz, Sachstand WD 6 - 3000-016/17 vom 28. März 2017, abrufbar im Internetauftritt des Deutschen Bundestages:

<https://www.bundestag.de/resource/blob/508950/893e1796a595656906475166940b8a6a/WD-6-016-17-pdf-data.pdf>

(letzter Abruf: 16. April 2019).
