

Arbeitnehmerüberlassungsgesetz für Pflegeeinrichtungen

Seminar für den bpa e.V.

Referent

Rechtsanwalt Ralf Kaminski, LL.M.

Bochum

Wer ist Dr. Ulbrich & Kaminski Rechtsanwälte?

- Dr. Ulbrich & Kaminski Rechtsanwälte arbeiten bundesweit und vertreten stationäre und ambulante Pflegeeinrichtungen. Wir sind im Bereich Pflegerecht, Sozialrecht und Arbeitsrecht tätig.

Ferner beraten wir bei Übertragungen, Umstrukturierungen und Sanierungen von Pflegeeinrichtungen.

Weitere Infos finden Sie unter: www.ulbrich-kaminski.de



- **§ 1 Erlaubnispflicht**
- § 1 verfolgt in erster Linie das Ziel, für die Arbeitnehmerüberlassung rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen, die den Anforderungen eines sozialen Rechtsstaats genügen.

- Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit ist **grundsätzlich verboten**, es sei denn, der Verleiher verfügt über eine entsprechende Erlaubnis
- präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt



- Die Arbeitnehmerüberlassung wird innerhalb eines Dreipersonenverhältnisses abgewickelt, an dem Verleiher, Entleiher und der zu verleihende Arbeitnehmer beteiligt sind.



- Zwischen Verleiher und Entleiher wird der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag geschlossen, mit dem sich der Verleiher verpflichtet, dem Entleiher vorübergehend (§ 1 Abs. 1 S. 2) einen geeigneten Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung zu verschaffen (Gattungsschuld).

- Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers ist der Verleiher, so bleibt es auch während der Überlassungszeit.



- Räumlich beschränkt sich der **Geltungsbereich des AÜG** nach dem Territorialitätsprinzip auf die Bundesrepublik Deutschland.
- Hierzu gehören auch unter der Bundesflagge fahrende Schiffe und Luftfahrzeuge.



- Räumlich beschränkt sich der **Geltungsbereich des AÜG** nach dem Territorialitätsprinzip auf die Bundesrepublik Deutschland.
- Hierzu gehören auch unter der Bundesflagge fahrende Schiffe und Luftfahrzeuge.



- Deutsche Rechtsvorschriften sind jedoch nur dann anzuwenden, wenn die gesetzlich vorgeschriebenen Merkmale auf dem Territorium des betreffenden Staates gegeben sind.



- Das Gesetz bezeichnet als **Verleiher** denjenigen, der Arbeitnehmer überlässt (§ 1 Abs. 1). Verleiher kann jeder sein, der auch Arbeitgeber sein kann, z.B. natürliche und juristische Personen, Personengesellschaften und -gemeinschaften.

- Der legale Verleiher ist Arbeitgeber im arbeitsrechtlichen Sinne. Das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsrechts zu beurteilen.



- Der Verleiher hat mit der Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers das Arbeitgeberberrisiko und die Arbeitgeberpflichten insbesondere nach dem Arbeits-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht



- Dem **Entleiher** ("Dritte") werden die Leiharbeitnehmer vom Verleiher zur Arbeitsleistung überlassen. Als Entleiher kommt mit Ausnahme des Verleihers jeder in Betracht, der selbst Arbeitgeber sein könnte. Die rechtliche Organisationsform ist wie beim Verleiher für die Entleihereigenschaft ohne Belang.

- Als Entleiher ist der **Betrieb** anzusehen, der aufgrund Aufgabenbereich und Organisation eigenständig handelt und zur selbständigen Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern der überlassenen Art berechtigt ist.

- **Leiharbeitnehmer** kann jeder sein, der auch Arbeitnehmer sein kann. Für das AÜG ist der allgemeine arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff maßgeblich.

- Kennzeichnend für die Arbeitnehmereigenschaft ist die persönliche Abhängigkeit, also die Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Dauer, Art und Ort der Arbeitsausführung sowie die Eingliederung in den Betrieb.

- Kennzeichnend für die Arbeitnehmereigenschaft ist die persönliche Abhängigkeit, also die Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Dauer, Art und Ort der Arbeitsausführung sowie die Eingliederung in den Betrieb.

- Der Anwendungsbereich des AÜG erfasst Verleiher, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht.



- Eine wirtschaftliche Tätigkeit liegt nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH (Urteil: 10.01.2006 – Rechtssache C-222/04) vor, wenn Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden. Davon ist bei der Leiharbeit regelmäßig auszugehen.



- **Abgrenzung zu anderen drittbezogenen Personaleinsätzen**
- Von der Arbeitnehmerüberlassung abzugrenzen ist das Tätigwerden von Erfüllungsgehilfen insbesondere im Rahmen von Werk-, Dienst-, Dienstverschaffungs- und Geschäftsbesorgungsverträgen.



- Bei der Unterscheidung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes darf nicht schematisch vorgegangen werden.



- Das Vorliegen eines oder mehrerer Kriterien muss noch nicht für oder gegen einen bestimmten Vertragstyp sprechen; dies gilt insbesondere, wenn für ein solches Kriterium eine objektiv berechtigte Notwendigkeit bestand.



- Im Hinblick auf die Vielfalt der denkbaren Vertragsgestaltungen gibt erst eine (qualitative) Gewichtung der maßgeblichen Abgrenzungskriterien im Rahmen einer **wertenden Gesamtbetrachtung** zuverlässigen Aufschluss über die Zuordnung drittbezogenen Personaleinsatzes zu einer bestimmten Vertragsform.

- Grundsätzlich ist der Geschäftsinhalt der zwischen den Beteiligten vereinbarten **Verträge** entscheidend. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den schriftlichen Vereinbarungen der Beteiligten als auch aus der praktischen Durchführung der Verträge ergeben.



- Widersprechen sich allerdings schriftliche Vereinbarungen und tatsächliche Durchführung des Vertrages, so kommt es auf die **tatsächliche Durchführung** an.
- Diese ist für die Ermittlung des Vertragstyps maßgebend (vgl. BAG vom 06.08.2003 - 7 AZR 180/03).



- Das BAG beschreibt die rechtlich relevanten Unterschiede zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag in seinen Entscheidungen vom 08.11.1978 in AP Nr. 2 zu § 1 AÜG und vom 06.08.2003 - 7 AZR 180/03 wie folgt:



- Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen ausführen.

- Der Entleiher setzt die Leiharbeitnehmer nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie seine eigenen Arbeitnehmer ein.



- Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und dem Entleiher zur Arbeitsleistung zur Verfügung gestellt hat. Er haftet nur für Verschulden bei der Auswahl des verliehenen Arbeitnehmers.



- Im Gegensatz dazu wird beim Werkvertrag ein Unternehmer für einen anderen tätig.
- Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen.



- Für die Erfüllung der vertraglichen Dienstleistung des vertraglich geschuldeten Werks bleibt er seinem Auftraggeber verantwortlich. Die zur Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistung eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen als Erfüllungsgehilfe des Werkunternehmers dessen Weisungsbefugnis.



- Der Werkbesteller kann dem Werkunternehmer oder dessen Erfüllungsgehilfen lediglich solche Anweisungen geben, die sich auf die Erfüllung des Werkes beziehen (§ 645 Abs. 1 S. 1 BGB).



- **Elemente des Werkvertrages** sind insbesondere:
- Vereinbarung und Erstellung eines qualitativ individualisierbaren und dem Werkunternehmer zurechenbaren Werkerggebnisses
- unternehmerische Dispositionsfreiheit des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller



- Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber seinen im Betrieb des Bestellers tätigen Arbeitnehmern, wenn das Werk dort zu erstellen ist.
- Tragen des Unternehmerrisikos, insbesondere der Gewährleistung durch den Werkunternehmer

- erfolgsorientierte Abrechnung der Werkleistung.

- **Gegen einen Werkvertrag** können folgende Vertragsinhalte sprechen:
- wenn gleichzeitig oder über einen bestimmten Zeitraum eine Summe von Klein- und Kleinst-"Projekten" vergeben wird (Aufteilung des Gewerks bis zur "Atomisierung", z.B. Schweißnähte, Verputzarbeit geringen Umfangs im Leistungslohn);

- wenn lediglich die Leistung (nicht erfolgsbezogener) einfacherer Arbeiten benötigt wird (z.B. Schreibarbeiten, Botendienste, einfache Zeichenarbeiten, Maschinenbedienung, Dateneingaben)



- Wird als **Nebenleistung** eines Kauf- oder Mietvertrages über Anlagen, Geräte, Systeme oder Programme Bedienungs-, Wartungs-, Montage- oder Einweisungspersonal überlassen, wird in aller Regel nicht von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen sein.
- So bei APPETITO



- **Nichtanwendung des AÜG (§ 1 Abs. 3)**
- Absatz 3 nimmt vier Fallgestaltungen von der Anwendung des AÜG aus, obwohl im Einzelfall begrifflich
Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit vorliegt.

- **ANÜ zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen**



- **Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen**
- Das AÜG findet bei einer Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen im keine Anwendung, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird.



- "Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes" setzt nicht voraus, dass es sich bei den beteiligten Unternehmen um Aktiengesellschaften handeln muss. Die Verweisung ist vielmehr rechtsformneutral.



- **Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Absatz 3 Nr. 2a)**
- Von der Anwendung des AÜG ausgenommen, ist die gelegentlich Überlassung / Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt

- An das Erfordernis einer „nur gelegentlichen Überlassung“ sind strenge Anforderungen zu stellen.



- D.h. es sollen mit der Regelung gelegentlich auftretende Überlassungsfälle ausgeklammert werden (z.B. Abdeckung eines kurzfristigen Spitzenbedarfs eines anderen Unternehmens), in denen Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer nur gelegentlich Dritten zur Arbeitsleistung überlassen.



- Der Rechtsbegriff „gelegentlich“ wird durch die Rechtsprechung zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit (u.a. BAG vom 02.06.2010 – 7 AZR 946/08, Rn. 19, 26) bestimmt.



- Das Merkmal bezweckt, Bagatellfälle von dem Erlaubniserfordernis zu befreien. Die Privilegierung ist vor dem Hintergrund des weiten Anwendungsbereichs des AÜG geboten, um zum Beispiel die gelegentliche Überlassung durch Handwerksbetriebe oder gemeinnützige Organisationen nicht unnötig zu erschweren.



- **§ 2 Erteilung und Erlöschen der Erlaubnis**
- Über die Bestimmungen des AÜG (z.B. die Erlaubnisvoraussetzungen) können **Auskünfte** allgemeiner Art erteilt werden.

- Es können aber keine negativen Bescheinigungen ausgestellt bzw. verbindliche Auskünfte erteilt werden, ob das AÜG bei konkreten Sachverhalten anzuwenden ist.



- Ein **Antrag** ist jede schriftliche Erklärung, die den Antragsteller und seinen Willen erkennen lassen, eine Erlaubnis nach § 1 zu erhalten. Der Antrag ist vom Antragsteller oder seinem Vertreter eigenhändig zu unterschreiben (§ 126 BGB).

- Für die Bearbeitung von Anträgen werden **Gebühren und Auslagen** erhoben. Die Antragsbearbeitung erfolgt erst nach Zahlung des Gebührenvorschusses.



- **Unterlagen für die erstmalige Erteilung einer Verleiherlaubnis**
- Von den Antragstellern sind zusammen mit dem Antragsvordruck (AÜG 2a) grundsätzlich folgende Unterlagen vorzulegen:

- bei anderen als natürlichen Personen
Gesellschaftsvertrag/ Satzung/Statut
- **Führungszeugnis** für Behörden (Belegart O) für den Antragsteller oder - bei anderen als natürlichen Personen - für die Vertreter nach Gesetz/Satzung/
Gesellschaftsvertrag,

- **Auskunft aus dem Gewerbezentralregister (Belegart 9) für den Antragsteller und - bei anderen als natürlichen Personen - für die Vertreter nach Gesetz/Satzung/Gesellschaftsvertrag sowie für die juristische Person,**



- **Auszug aus dem Handelsregister**, soweit eine Eintragspflicht besteht; dann Verzicht auf Gewerbebeanmeldung und Gesellschaftsvertrag,
- **Bescheinigung der Krankenkassen**, bei der die Mehrzahl der Arbeitnehmer versichert sind, soweit bereits Beiträge abzuführen waren,

- **Bescheinigung der Berufsgenossenschaft**
(Unfallversicherungsträger) – auf
gesondertem Vordruck,



- **Nachweis über liquide Mittel**, z.B. sofort verfügbare Guthaben oder Kreditbestätigungen über Kontokorrentkredit. Hinsichtlich der Bonität müssen mindestens € 10.000,00 nachgewiesen werden.

- Dies gilt bei einer beabsichtigten Beschäftigung von bis zu fünf Leiharbeitnehmern. Bei mehr als fünf Leiharbeitnehmern sind für jeden € 2.000,00 an liquiden Mitteln nachzuweisen;

- **Muster eines Arbeitsvertrages** (bzw. Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag bei Einsatz eines Stammarbeitnehmers als Leiharbeitnehmer in sog. Mischbetrieben) und **Muster eines Überlassungsvertrages**.



- **Unterlagen für die (un-)befristete Verleiherlaubnis**
- Bei der Beantragung einer befristeten Verlängerung bzw. unbefristeten Erteilung der Erlaubnis zur AÜ ist der Antragsvordruck zu verwenden.

- **Führungszeugnis** für Behörden (= Belegart O) für die Antragsteller oder - bei anderen als natürlichen Personen - für die Vertreter nach Gesetz/Satzung/ Gesellschaftsvertrag,

- **Auskunft aus dem Gewerbezentralregister (Belegart 9) für den Antragsteller und - bei anderen als natürlichen Personen - für die Vertreter nach Gesetz/Satzung/Gesellschaftsvertrag - sowie für die juristische Person-,**



- **Nachweis über liquide Mittel**, z.B. sofort verfügbare Guthaben oder Kreditbestätigungen über Kontokorrentkredit. Hinsichtlich der Bonität müssen mindestens € 10.000,00 liquide Mittel nachgewiesen werden. Dies gilt bei einer beabsichtigten Beschäftigung von bis zu fünf Leiharbeitnehmern.



- Bei mehr als fünf Leiharbeitnehmern sind für jeden € 2.000,00 an liquiden Mitteln nachzuweisen. Der Nachweis der liquiden Mittel wird zusätzlich durch die Unbedenklichkeitsbescheinigungen der Sozialversicherungsträger und des Finanzamtes erbracht.



- **Bescheinigung der Berufsgenossenschaft** – auf
gesondertem Vordruck,
- **Bescheinigung der Krankenkasse**, bei
der die Mehrzahl der Leiharbeitnehmer
versichert ist,



- **Gleichstellungsgrundsatz**
- Leiharbeitnehmer während der Beschäftigung bei einem Entleiher grundsätzlich gegenüber vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleihers in Bezug auf die wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts Versagung gleich zu behandeln sind.



- Leiharbeitnehmer haben somit ab dem ersten Tag der Überlassung an einen Entleiher Anspruch auf die im Betrieb des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers des Entleihers.



- **Wesentliche Arbeitsbedingungen** sind nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 alle nach dem allgemeinen Arbeitsrecht vereinbarten Bedingungen wie das Arbeitsentgelt, die Dauer der Arbeitszeit und des Urlaubs sowie die Nutzung sozialer Einrichtungen. Eine abschließende Aufzählung der wesentlichen Arbeitsbedingungen gibt es nicht.



- Beim **Vergleich** der Arbeitsbedingungen ist kein summarischer Vergleich zu ziehen bzw. keine Gesamtschau vorzunehmen. Es sind jeweils die einzelnen **Arbeitsbedingungen** zu vergleichen (Sachgruppenvergleich).

- Beim Vergleich des **Arbeitsentgelts** sind nicht die einzelnen Bestandteile, sondern das Arbeitsentgelt in seiner Gesamtschau zu vergleichen.

- Der Entleiher kann sich im Überlassungsvertrag verpflichten, die gleichartigen Arbeitsbedingungen für die Leiharbeitnehmer unmittelbar zu gewähren.



- **Vergleichbarer Arbeitnehmer** ist der mit gleicher Tätigkeit oder ähnlicher Tätigkeit beim Entleiher beschäftigte oder fiktiv zu beschäftigende Stammarbeitnehmer. Der Gesetzgeber geht vom Begriff der Tätigkeiten "vergleichbare Arbeitnehmer" aus.

- **Ausnahmen vom Gleichstellungsgrundsatz:**
- Das Gesetz sieht zwei Ausnahmetatbestände für das Abweichen vom Gleichstellungsgrundsatz vor:



- Abweichung durch Tarifvertrag, der auf das Arbeitsverhältnis kraft beidseitiger Tarifbindung anzuwenden ist, soweit er nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet,



- Rechtswirksame arbeitsvertragliche Inbezugnahme eines auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifvertrages durch nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer, soweit der Tarifvertrag nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet.



- Soweit ein Tarifvertrag Löhne unterhalb einer festgesetzten Lohnuntergrenze vorsieht, gelten die Rechtsfolgen des § 10 Absatz 4. Vergütet ein Verleiher seine Arbeitnehmer entsprechend dem Tarifvertrag unterhalb der festgesetzten Lohnuntergrenze, ist auch ein Verstoß gegen die arbeitsrechtlichen Pflichten nach § 3 Absatz 1 Nr. 1 zu prüfen.



- Soweit ein Tarifvertrag Löhne unterhalb einer festgesetzten Lohnuntergrenze vorsieht, gelten die Rechtsfolgen des § 10 Absatz 4. Vergütet ein Verleiher seine Arbeitnehmer entsprechend dem Tarifvertrag unterhalb der festgesetzten Lohnuntergrenze, ist auch ein Verstoß gegen die arbeitsrechtlichen Pflichten nach § 3 Absatz 1 Nr. 1 zu prüfen.

- **Die sog. „Drehtürregelung“ nach § 3
Abs. 1 Nr. 3**

- Eine abweichende tarifliche Regelung kommt nicht für Leiharbeitnehmer in Betracht, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 AktG bildet, ausgeschieden sind (sog. **Drehtürregelung**).

Kontakt Daten



Kanzlei Dr. Ulbrich & Kaminski

Hellweg 2

44787 Bochum

Telefon: 0234 579521 – 0

Fax: 0234 5795 21 – 21

Web: www.ulbrich-kaminski.de