

MEYER-KÖRING

Anwaltstradition seit 1906

# Auswirkungen der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes auf das Krankenhauswesen

Sebastian Witt



# Auswirkungen der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes auf das Krankenhauswesen

---

Das Stichwort „Arbeitnehmerüberlassung“ hat in der Vergangenheit in Krankenhäusern nur selten eine (bewusste) Rolle gespielt. Erstaunlich häufig war demgegenüber von „Personalgestellung“ die Rede. Dabei fiel mitunter auf, dass eine kritische Auseinandersetzung mit diesen beiden Begriffen, wie auch ihren Voraussetzungen und Folgen unterblieb.

Spätestens die Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und die damit einhergehende Ausweitung seines Anwendungsbereiches zum 1. Dezember 2011 gibt jedoch Veranlassung, sich dieses Themas intensiv anzunehmen. Anlass hierfür sind auch die von verschiedenen Krankenhausgesellschaften vertretenen Thesen. Denn danach wäre künftig jede andere als eine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung unzulässig. Die Krankenhausgesellschaften empfehlen deshalb, kritische Situationen zu bereinigen und ihnen ggf. mit Umstrukturierungen und Entlassungen zu begegnen.

Diese Ansichten finden in dem neuen Gesetzestext keine hinreichende Stütze. Deshalb ist zweifelhaft, ob die betroffenen Krankenhäuser vor einer endgültigen Klärung der Rechtslage durch die Rechtsprechung, Literatur und zuständigen Behörden erhebliche Veränderungsprozesse einleiten sollten.

Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die bevorstehenden Änderungen im Bereich der Personalüberlassung und bewertet – selbstverständlich unter Berücksichtigung der von den Krankenhausgesellschaften geäußerten Ansichten – typische Fallgestaltungen.

## *I. Ausgangspunkt*

Im „klassischen“ Krankenhaus wurden alle ärztlichen und nichtärztlichen Leistungen durch eigenes Personal erbracht. Dies galt sowohl für die patientennahen wie auch die peripheren Bereiche.

Seit mehreren Jahren zwingt der wachsende Kostendruck im Gesundheitswesen die Rechtsträger, ihre Gestaltungsspielräume voll auszuschöpfen. In diesem Zusammenhang wurden insbesondere die patientenfernen Dienstleistungen outgesourct. Zugleich führten neue Trends, wie die MVZ-GmbH in krankenhauseigener Trägerschaft, zu übergreifenden Personaleinsätzen.

Mitunter wurden diese Schritte eingeleitet, ohne den rechtlichen Rahmen im Einzelnen zu prüfen und sich die Konsequenzen vor Augen zu halten. Dieses Versäumnis war schon in der Vergangenheit problematisch, da letztlich auch der unbewusste Verstoß gegen Bestimmungen des AÜG dazu führte, dass die Rechtsträger die sich daraus ergebenden Konsequenzen (gegen ihren Willen) tragen müssen. Mit der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes werden dessen Anwendungsbereich noch einmal ausgeweitet und die Behörden sensibilisiert. Deshalb sollte sich jedes Krankenhaus verstärkt mit der Abgrenzung zwischen der erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung und der nicht regulierten Personalgestellung befassen.

## II. Rechtlicher Rahmen

### 1. Grundmodell

- a) Die Arbeitnehmerüberlassung ist zunächst durch ein Dreiecksverhältnis zwischen dem „Entleiher“, dem „Verleiher“ (bzw. „Gesteller“) und seinem „Leiharbeitnehmer“ (bzw. „gestellten Arbeitnehmer“) gekennzeichnet. Auffällig ist bei dieser Konstellation, dass zwischen den drei Parteien nur zwei vertragliche Verbindungen existieren:
- So ist der Mitarbeiter über einen Arbeitsvertrag an den „Verleiher“ gebunden. Gegenstand des Vertrages ist unter anderem die Verpflichtung des Mitarbeiters, ggf. auch Weisungen eines Dritten entgegenzunehmen.
  - Genau diese Befugnis wird dem „Entleiher“ in einem weiteren (Dienstleistungs-) Vertrag durch den Verleiher eingeräumt. Zugleich enthält diese zuletzt genannte Vereinbarung auch weitere Abreden zur Vergütung des Verleihers und ähnlichem.

Diese Dreieckskonstellation ist zwar einerseits typisch für Arbeitnehmerüberlassung, gleichzeitig jedoch kein Alleinstellungsmerkmal. Denn sie ist bspw. auch bei der Personalgestaltung von DRK-Schwestern anzutreffen. Aber auch bei der Einschaltung externer Dienstleister oder Werkunternehmer sind in aller Regel drei Akteure beteiligt: Das Krankenhaus als Auftraggeber, das ein anderes Unternehmen (Auftragnehmer) mit der Erbringung bestimmter Leistungen beauftragt, die dann letztlich durch einen Arbeitnehmer des Unternehmens erbracht werden. Auch hier fehlt es an einer vertraglichen Verbindung zwischen dem Auftraggeber und dem letztendlichen Leistungserbringer.

- b) Deshalb ist bei der Arbeitnehmerüberlassung festzuhalten, dass sie neben der Dreiecksbeziehung vor allem durch die Übertragung der Weisungsbefugnis geprägt wird. Der Leiharbeitnehmer bzw. gestellte Arbeitnehmer verrichtet seine Tätigkeit unter der Führung und Leitung eines anderen Unternehmens als dem eigenen Vertragsarbeitgeber. Der Entleiher ist dabei berechtigt, die typischen arbeitgeberseitigen Weisungsrechte wahrzunehmen und dadurch Anordnungen zu Zeit, Ort und Inhalt der Arbeitsleistung zu erlassen. Gerade hierdurch unterscheidet sich die Konstellation von beauftragten Handwerksunternehmen oder externen Dienstleistern. Denn sie räumen dem Auftraggeber gerade kein Direktionsrecht gegenüber dem eingesetzten Personal ein.

Entscheidend für die Personalüberlassung ist also die Übertragung der Weisungsbefugnis. Sie muss ausdrücklich vereinbart werden. Denn nach § 613 S. 2 BGB ist der Anspruch auf die Leistungen eines Arbeitnehmers „im Zweifel“ nicht übertragbar. Hieraus folgert die herrschende Auffassung zu Recht, dass die Möglichkeit zur Personalüberlassung einer ausdrücklichen Vereinbarung mit einem Arbeitnehmer bedarf. Häufig finden sich derartige Absprachen im Arbeitsvertrag, bei großen Konzernstrukturen mitunter standardisiert in so genannten Konzernklauseln. Bisweilen sind sie sogar in die für ein Krankenhaus einschlägigen Tarifverträge aufgenommen. So enthält § 4 Abs. 3 TVöD bspw. eine ausdrückliche Regelung zur Personalgestaltung. Arbeitnehmer, die einem (Teil-) Betriebsübergang im öffentlichen Dienst widersprechen, haben danach auf Verlangen ihres Arbeitgebers die gleichen Aufgaben auch bei einem Dritten zu erbringen. Mit einer derartigen – gleich ob vertraglichen oder tariflichen – Übertragung von Weisungsbefugnissen ist indes noch nichts dazu gesagt, ob eine Zusammenarbeit dem Anwendungsbereich des AÜG unterliegt oder nicht.

## 4 | 2. Abgrenzungsfragen

Vor diesem Hintergrund sind die verschiedenen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes zu betrachten. Besonderes Augenmerk verdient dabei die Abgrenzung zwischen der erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung auf der einen Seite und der nicht dem Anwendungsbereich des AÜG unterfallenden Personalgestellung auf der anderen Seite.

### a) Arbeitnehmerüberlassung

Zu dem Begriff der Arbeitnehmerüberlassung heißt es in der bis zum 30. November 2011 geltenden Fassung von § 1 Abs. 1 AÜG:

*„Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis.“*

In der ab dem 1. Dezember 2011 maßgeblichen Fassung der gleichen Bestimmung wird Folgendes geregelt:

*„Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis. Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend.“*

Daraus leiten sich folgende Überlegungen ab:

- Mit der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes kommt es nicht mehr darauf an, ob eine Personalüberlassung gewerbsmäßig erfolgt. Es genügt jede Überlassung eines Mitarbeiters an Dritte „im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit“. Mit dieser Neufassung von § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG ist der Anwendungsbereich des Gesetzes jetzt auch für früher umstrittene Konstellationen, in denen Arbeitnehmer zum Selbstkostenpreis überlassen wurden, eröffnet. Dies gilt auch für gemeinnützige Organisationen, die sich bisweilen auf die fehlende „Gewerbsmäßigkeit“ berufen haben. Der Anwendungsbereich des AÜG ist insoweit erweitert worden.
- Neu ist der eingefügte § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG. Er stellt ab dem 1. Dezember 2011 klar, dass Arbeitnehmerüberlassung „vorübergehend“ erfolgt. Eine zeitliche Höchstgrenze, bis wann von einem „vorübergehenden“ Einsatz auszugehen ist, sieht das Gesetz nicht vor. Der Gesetzgeber hat von einer derartigen Festlegung ausweislich seiner Gesetzesbegründung bewusst abgesehen, um die zeitliche Flexibilität des Modells zu unterstreichen. Berücksichtigt man, dass das Bundesarbeitsgericht schon früher die These vertreten hat, auch ein jahrelanger Einsatz von Leiharbeitnehmern könne noch als „vorübergehend“ angesehen werden, wird bereits deutlich, dass diese Formulierung Probleme aufwirft.

So ist zunächst ungeklärt, wann überhaupt von einer dauerhaften Überlassung auszugehen ist. Wir sind hier mit den Krankenhausgesellschaften der Überzeugung, dass dies nur für Fälle gelten kann, in denen der Verleiher und Entleiher schon bei Abschluss des Dienstleistungsvertrages die Prognose aufstellen, dass das überlassene Personal nicht in den Betrieb des Entleihers zurückkehren wird.

Umstritten ist aber vor allem die Frage, welche Folgen an eine „dauerhafte“ Personalüberlassung knüpfen. Viele Krankenhausgesellschaften vertreten die These, eine derartige dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung sei unzulässig. In der Konsequenz wäre sie damit schon im Ansatz nicht einmal erlaubnisfähig. Die Autoren schlagen deshalb vor, derartige Situationen aufzulösen, um Bußgeldzahlungen und Ordnungswidrigkeiten zu vermeiden. Zur Begründung geben sie an, der neue § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG enthalte letztlich ein Verbot jeder anderen als vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung. Diese These findet indes keinerlei Stütze im Gesetz. Denn § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG ist gerade nicht als Verbotsnorm gefasst. Sie enthält lediglich eine Charakterisierung der Arbeitnehmerüberlassung, die (typischerweise) vorübergehend ist. Es handelt sich insoweit nur um ein Tatbestandsmerkmal, das schon früher durch das Bundesarbeitsgericht bei europarechtskonformer Auslegung des AÜG berücksichtigt wurde. Eine darüber hinausgehende Änderung der Rechtslage ist mit dieser Beschreibung nicht bezweckt. Entsprechend heißt es in der Gesetzesbegründung, die

Aufnahme des neuen Satzes 2 diene lediglich der Klarstellung, dass das deutsche Modell der Arbeitnehmerüberlassung dem Begriff der Leiharbeitsrichtlinie nach europäischem Recht entspreche. Die neue Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit zum AÜG (Stand: Dezember 2011) greift diesen Ansatz auf und erklärt, Arbeitnehmerüberlassung sei immer vorübergehend; weder ein Verbot noch Rechtsfolgen einer Dauerhaften Überlassung werden erwähnt. Auch verschiedene Autoren in der juristischen Literatur haben zu Recht darauf hingewiesen, dass der neue Satz 2 lediglich einen Programmsatz ohne konkrete Rechtsfolgen enthalte. Aus diesen Gründen gehen wir davon aus, dass eine nicht nur vorübergehende, sondern auf Dauer angelegte Personalüberlassung nicht etwa verboten ist, sondern schlicht nicht dem Anwendungsbereich des AÜG unterfällt. Sie ist daher grundsätzlich auch nicht erlaubnispflichtig. Da bereits der Anwendungsbereich des AÜG nicht eröffnet ist, können die betroffenen Unternehmen auch nicht zu Bußgeldzahlungen nach § 16 AÜG verpflichtet sein. Daher besteht nach unserer Überzeugung vorerst kein Änderungsbedarf in Form von Umstrukturierungen oder Entlassungen für die betroffenen Krankenhäuser.

Allerdings weisen wir schon jetzt darauf hin, dass die Rechtsprechung Überlassungen außerhalb des AÜG kaum zulassen bzw. annehmen wird. In Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung wird das Merkmal „vorübergehend“ deshalb sicher extensiv ausgelegt werden. Damit wird nur äußerst selten eine „nicht vorübergehende“ Überlassung vorliegen. Unter Umständen wird sie nur in Fällen angenommen werden, in denen tatsächlich und rechtlich keine Rückkehrmöglichkeit zum Verleiher besteht. Vorsorglich sollte deshalb erwogen werden, eine Erlaubnis zu beantragen, sofern nicht ein Gemeinschaftsbetrieb vorliegt (siehe unten).

- Als weitere Voraussetzung für Arbeitnehmerüberlassung ist nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG erforderlich, dass der Mitarbeiter dem Weisungsrecht eines Dritten unterstellt wird. Auf diese Notwendigkeit haben wir bereits oben hingewiesen.

#### b) *Personalgestellung*

Auffällig ist, dass die drei genannten Überlegungen letztlich auch die (nicht erlaubnispflichtige) Personalgestellung charakterisieren. Sie ist in der Regel ebenfalls durch

- eine (wenngleich nicht zwingend) fehlende Gewinnerzielungsabsicht,
- die unbestimmte Dauer der Gestellung, die von kurzzeitigen bis langfristigen Personalüberlassungen reichen kann und
- die Übertragung des Direktionsrechts

gekennzeichnet. Aufgrund all dessen ist die Abgrenzung der beiden Erscheinungsformen des drittbezogenen Personaleinsatzes noch einmal deutlich erschwert. Jeder Arbeitgeber sollte sich zunächst darauf einrichten, dass die von ihm geplante Personalüberlassung die Voraussetzungen des AÜG erfüllt. Denn in der Rechtsprechung ist die Personalgestellung außerhalb des Anwendungsbereiches des AÜG derzeit nur für zwei Fälle zuverlässig anerkannt:

- Zunächst wurde die Personalgestellung durch die DRK-Schwesterschaft bestätigt. Das Bundesarbeitsgericht lehnte hier eine Arbeitnehmerüberlassung vor allem unter Hinweis darauf ab, dass es sich bei den gestellten Mitarbeitern um Mitglieder der DRK-Schwesterschaft und nicht etwa Arbeitnehmer handelte.
- Daneben wurde eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung durch das Bundesarbeitsgericht bislang für die Fälle abgelehnt (und Personalgestellung angenommen), in denen Personal im so genannten Gemeinschaftsbetrieb an ein anderes Unternehmen überlassen wurde. Denn in einem solchen gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen bestehen – so das Bundesarbeitsgericht – die typischen Gefahren einer Arbeitnehmerüberlassung durch unterschiedliche Vorgesetzte, unterschiedliche Einsatzorte und unterschiedliche Anforderungen, nicht. Der Gemeinschaftsbetrieb und das AÜG schließen sich deshalb aus (vgl. BAG, Urteil v. 21.08.1996 – 7 AZR 727/96), solange sich der Zweck einer der Gesellschaften nicht in der Überlassung von Personal erschöpft und deshalb im Unternehmen des Gestellers auch keinerlei Personal geführt oder geleitet wird.

Der Grund hierfür liegt in der Besonderheit des Gemeinschaftsbetriebes: Er setzt voraus, dass mehrere Unternehmen in arbeitsrechtlicher Hinsicht durch eine einheitliche Leitung geführt werden. Ob diese aus einer einzelnen Person oder einem Gremium besteht, spielt für das Vorliegen des Gemeinschaftsbetriebes keine Rolle. Entscheidend ist zunächst, dass letztlich alle arbeitgebertypischen Entscheidungen (Einstellung, Entlassung, Arbeitszeitplanung und sonstige Weisungsrechte) in einer Hand verantwortet und getroffen werden und dadurch eine Kontinuität für den Arbeitnehmer gewahrt ist; zusätzlich zeichnet sich der Gemeinschaftsbetrieb durch die gemeinsame Nutzung von Ressourcen zur Verfolgung der verabredeten Betriebszwecke aus. Ein Beispiel hierfür können gemeinsame Betriebs- oder Sozialräume sein. Das Bundesarbeitsgericht hat zu Recht vertreten, die besonderen Schutzrechte des AÜG seien in dieser Situation nicht erforderlich. Eine Ausnahme wurde nur für Fälle angenommen, in denen sich der Beitrag eines Unternehmens zum Gemeinschaftsbetrieb auf die Gestellung von Personal beschränkte, d.h. dort weder eigenständige Leistungen erbracht und erst Recht keine Leitung bzw. Führung von Beschäftigten erforderlich war. In dieser Situation wurde eine übergreifende Leitung abgelehnt; sie fand faktisch nur beim „Entleiher“ statt.

An dieser Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist nach unserer Überzeugung auch nach der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes festzuhalten. Die Krankenhausgesellschaften haben diesen Aspekt in ihren bislang bekannten Schreiben nicht beleuchtet. Auch insoweit gilt jedoch, dass weder die Gesetzesbegründung noch Äußerungen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, die Geschäftsanweisung der Bundesagentur oder Aufsätze in der Fachliteratur einen Anhaltspunkt dafür geben, dass der Gesetzgeber mit der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Gemeinschaftsbetrieb aufheben oder verändern wollte. Daher ist bis auf weiteres davon auszugehen, dass das AÜG bei Gestellung im Gemeinschaftsbetrieb keine Anwendung findet.

Der Vollständigkeit halber weisen wir darauf hin, dass die Begriffe „Gemeinschaftsbetrieb“ und „Konzern“ keineswegs deckungsgleich sein müssen. Zwar setzen sich beide Konstrukte aus mehreren Unternehmen, d.h. eigenständigen Rechtsträgern, zusammen, die durch eine einheitliche Leitung geführt werden. Allerdings unterscheiden sich die beiden Formen der Zusammenarbeit in ihrer tatsächlichen Ausgestaltung. Bei einem „Konzern“ arbeitet jedes Unternehmen in der Regel für sich und verfolgt mit den eigenen Ressourcen eigenständige Betriebszwecke. Im „Gemeinschaftsbetrieb“ wiederum liegt die Besonderheit darin, dass die Unternehmen zusammen arbeiten, um die jeweiligen Betriebszwecke oder gar einen gemeinsamen Betriebszweck zu erfüllen; sie arbeiten „wie ein Unternehmen“ zusammen.

#### c) *Werkvertrag/Dienstleistungsvertrag*

Wie in der Vergangenheit, erfasst das AÜG nicht sonstige Fälle des drittbezogenen Personaleinsatzes, insbesondere im Rahmen eines werk- oder dienstvertraglichen Auftrages. Beide Konstellationen sind dadurch gekennzeichnet, dass dem Auftraggeber gerade keine Weisungsbefugnisse hinsichtlich des eingesetzten Personals übertragen werden. Zwar mögen die tätigen Arbeitnehmer im Einzelfall wie eigenes Personal eingegliedert sein, wenn sie bspw. den allgemeinen Torcontrollen unterworfen sind; indes ist der Auftraggeber in aller Regel nicht berechtigt, Weisungen zu Art, Inhalt und Ort der Arbeitsleistung zu erteilen. Sie ergeben sich allenfalls aus der Natur der Sache. Ohne diese Übertragung von Weisungsrechten liegt aber keine Arbeitnehmerüberlassung vor.

### *3. Rechtsfolgen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes*

Vor diesem Hintergrund skizzieren wir im Folgenden kurz die verschiedenen Rechtsfolgen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes:

a) *Erlaubnispflicht*

Ist der Anwendungsbereich des AÜG eröffnet, bedarf der Verleiher einer Erlaubnis der zuständigen Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit. Ein Verstoß kann ein Ordnungsgeld in Höhe von bis zu 25.000,00 € nach sich ziehen. In den ersten drei Jahren wird die Erlaubnis durch die Behörde jeweils befristet für ein Jahr erteilt, anschließend in der Regel unbefristet. Der Antrag auf Erteilung der Erlaubnis ist schriftlich zu stellen. Wurde die Erlaubnis zunächst nur befristet erteilt, ist der Antrag spätestens drei Monate vor Ablauf der Bewilligungsdauer zu erneuern. Die Erlaubnis kann unter einen Widerrufsvorbehalt gestellt, mit Bedingungen verknüpft oder unter Auflagen erteilt werden. In aller Regel wird einem Antrag entsprochen; ein Versagungsgrund ist jedoch die fehlende Zuverlässigkeit des Verleihers, die sich bspw. in der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen oder Lohnsteuer äußern kann.

b) *Gebot des „Equal Pay, Equal Treatment“*

Nach § 9 Nr. 2 AÜG hat der Verleiher seinen Leiharbeitnehmern während der Überlassung die Vergütung zu bezahlen, die sie erhalten würden, wären sie nicht nur als Leiharbeitnehmer, sondern als unmittelbare Arbeitnehmer des Entleihers dort beschäftigt („Equal Payment“). Darüber hinaus ist der Verleiher durch diese Norm verpflichtet, seinen Leiharbeitnehmern während der Überlassungszeit alle sonstigen wesentlichen Arbeitsbedingungen und Sozialbedingungen zu gewähren, die vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers erhalten („Equal Treatment“). Im Ergebnis soll der überlassene Arbeitnehmer also wie ein vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers gestellt werden. Dies gilt nicht nur für die Hauptleistungspflichten (Vergütung, Arbeitszeit), sondern auch sonstige Nebenleistungen.

Von dem Gebot des Equal Pay kann nach § 9 Nr. 2 AÜG nicht einzelvertraglich zu Lasten der Arbeitnehmer abgewichen werden. Klauseln in Leiharbeitsverträgen, die letztlich nur auf eine Absenkung des Gehaltes während der Zeit der Überlassung hinauslaufen oder die Beschäftigten in anderer Weise gegenüber vergleichbaren Kollegen des Entleihers benachteiligen, sind zwingend unwirksam. Aus diesem Grunde können ohne Planung die wirtschaftlichen Ziele eines Outsourcings verfehlt werden.

Der Gesetzgeber hat § 9 Nr. 2 AÜG jedoch tarifdispositiv ausgestaltet. Dadurch besteht die Möglichkeit von dem Gebot des Equal Pay, Equal Treatment durch einen einschlägigen Tarifvertrag abzuweichen.

Diese Alternativität zwischen dem gesetzlichen Mindestlohn und tarifvertraglichen Abweichungen hat in der Praxis dazu geführt, dass nahezu jeder Leiharbeitgeber von der Möglichkeit zum Abschluss bzw. zu Inbezugnahme eines räumlich, fachlich und persönlich einschlägigen Tarifvertrages Gebrauch gemacht hat. Leiharbeit, die mit dem Willen aller Beteiligten vollständig nach der gesetzlichen Regel abgewickelt wurde, gibt es im Grunde nicht. Dies führte kürzlich zu einem besonderen Problem. Denn viele Leiharbeitgeber hatten über ihre Arbeitsverträge die Regelwerke der CGZP (Tarifgemeinschaft christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA) in Bezug genommen. Dieser Organisation fehlt es jedoch nach neuester Rechtsprechung an der notwendigen Tariffähigkeit. Die von ihr geschlossenen Verträge sind deshalb keine Tarifverträge. Die Inbezugnahme dieser Regelwerke ist deshalb gänzlich ungeeignet, das Gebot des Equal Pay zu umgehen. Gleiches dürfte für die Regelwerke der „Medsonet – Die Gesundheitswerkschaft“ gelten, der es ebenfalls bislang an der Tariffähigkeit mangelt; diese Gerichtsentscheidung ist indes noch nicht rechtskräftig.

c) *Besondere Formalia für den Leiharbeitsvertrag*

Jeder Arbeitsvertrag soll den Anforderungen von § 2 Nachweisgesetz genügen. Darüber hinaus sind im Rahmen eines Leiharbeitsvertrages auch die Erlaubnisbehörde sowie Ort und Datum der Erteilung zu benennen (§ 11 AÜG). Überdies hat der Verleiher seinen Mitarbeitern ein Informationsblatt der Erlaubnisbehörde auszuhändigen, sie über den etwaigen Wegfall seiner Erlaubnis unverzüglich zu informieren und zuletzt auch darüber zu belehren, dass in einem bestreikten Betrieb auch für Leiharbeitnehmer keine Arbeitspflicht besteht.

d) *Besondere Formalia für den Dienstvertrag mit dem Entleiher*

Für den Dienstleistungsvertrag zwischen dem Verleiher und Entleiher enthält das AÜG ebenfalls Vorgaben (§ 12 AÜG). Zusätzlich hat der Verleiher zu erklären, dass und welche Erlaubnis ihm erteilt wurde.

8 | Der Dienstleistungsvertrag soll darüber hinaus ein konkretes Anforderungsprofil des Entleiher für die Leiharbeitnehmer enthalten. Zusätzlich hat er das Vergleichsentgelt für vergleichbare Mitarbeiter anzugeben, sofern das Leiharbeitsverhältnis nicht einem Tarifvertrag zur Absenkung des Equal Pay unterliegt. Zuletzt ist der Verleiher verpflichtet, einen etwaigen Wegfall seiner Erlaubnis gegenüber dem Entleiher bekannt zu geben.

e) *Einschränkungen der Vertragsfreiheit*

Um Leiharbeitnehmer weitgehend zu schützen, enthält § 9 verschiedene Unwirksamkeitstatbestände, die teilweise die Rechtsfolgen des § 10 AÜG auslösen.

So sind Dienstleistungsverträge zwischen einem Verleiher und einem Entleiher ohne die erforderliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis gänzlich unwirksam. Als Folge hieraus entsteht mit der Arbeitsaufnahme kraft gesetzlicher Fiktion ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer (§ 10 Abs. 1 AÜG). Der Verleiher wird dadurch jedoch nicht etwa von der Pflicht zur Gehaltszahlung entbunden und insoweit privilegiert. Er hat die zugesagte Vergütung vielmehr gleichwohl zu erbringen und haftet neben dem Entleiher als Gesamtschuldner.

Unwirksam sind weiter alle Vereinbarungen, die einer Umgehung des Equal Pay, Equal Treatment dienen. Der Leiharbeitnehmer kann vielmehr die vergleichbaren Bedingungen von dem Verleiher einfordern.

Unwirksam sind weiter die Vereinbarungen, die es dem Entleiher verbieten, das überlassene Personal nach seinem Ausscheiden beim Verleiher weiter zu beschäftigen. Hingegen ist es zulässig, wenn sich der Verleiher eine angemessene Vermittlungsprovision für derartige Fälle vorbehält. Das AÜG besagt zur „Angemessenheit“ dieser Gebühr nichts. In der Literatur werden diverse Auffassungen vertreten. Sie reichen von pauschalen Beträgen von rund 500,00 € bis hin zu differenzierten Provisionen in Höhe von einem bis – je nach Länge der Vermittlungsdauer – drei Gehältern des Leiharbeitnehmers.

Verboten sind letztlich Vereinbarungen, die es dem Leiharbeiter untersagen, nach seinem Ausscheiden beim Verleiher zum Entleiher zu wechseln.

f) *Mitbestimmungsrechtliche Folgen*

Neben den unmittelbaren Auswirkungen des AÜG knüpfen an Leiharbeit bzw. Personalgestellung in mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht Folgen. Hierbei ist im Einzelfall zwischen dem Inhalt des Betriebsverfassungsgesetzes auf der einen Seite und den kirchlichen Regelungswerken zur Beteiligung der Mitarbeiter auf der anderen Seite zu differenzieren. Je nach Regelungswerk ist der Leiharbeitnehmer aktiv bzw. passiv wahlberechtigt oder dem Anwendungsbereich der jeweils zuständigen Arbeitnehmervertretung unterworfen. Eine detaillierten Darstellung der jeweiligen Folgen des Betriebsverfassungsgesetzes, der Mitarbeitervertretungsgesetzes oder der Mitarbeitervertretungsordnung würden indes an dieser Stelle zu weit führen. Nachfragen stehen wir jedoch offen gegenüber.

### *III. Typische Konstellationen*

Vor dem geschilderten rechtlichen Hintergrund sind die verschiedenen bekannten Erscheinungsformen des drittbezogenen Personaleinsatzes in Krankenhäusern zuzuordnen. Im Folgenden stellen wir dies anhand einiger Beispiele vor:

#### *Beispiel 1: Überlassung von Ärzten im Rahmen einer Kooperation zur Weiterbildungs*

┆ *Zwischen zwei Krankenhäusern bestehen Kooperationsabkommen. Danach werden eigene Ärzte mitunter an den Kooperationspartner entsandt, um dort ihre Weiterbildung abschließen oder vervollständigen zu können.*



In der Vergangenheit wurden diese Konstellationen nicht als Arbeitnehmerüberlassung klassifiziert. An dieser Auffassung wird man – insoweit stimmen wir den Krankenhausgesellschaften zu – in Zukunft kaum mehr festhalten können. Denn mit der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes kommt es nicht mehr auf die Gewerbsmäßigkeit des Handelns, sondern darauf an, ob die Überlassung von Arbeitskraft „im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit“ erfolgt. Dass die Erbringung ärztlicher Leistungen krankenhaustypisch ist und die Weiterbildung von Personal letztlich sogar die Ziele des eigenen Krankenhauses fördert, lässt sich nicht bestreiten. Zwar könnte man versuchen, der Arbeitnehmerüberlassung noch entgegenzuhalten, dass es primär um die Weiterbildung des Arztes und nicht etwa die Überlassung von Arbeitskraft gehe. Diese Argumentation ist jedoch nach unserer Überzeugung nicht durchgreifend. Deshalb ist davon auszugehen, dass der Anwendungsbereich des AÜG eröffnet ist. Die geschilderten Rechtsfolgen (vgl. II. 3.) sind deshalb zu beachten.

## Beispiel 2: Gestellung zwischen Servicegesellschaft und Krankenhaus

*Ein Krankenhaus sourct seine Reinigungskräfte im Wege eines Teilbetriebsübergangs nach § 613a BGB auf eine 100 %ige Tochter, eine Servicegesellschaft aus. Einzelne Arbeitnehmer widersprechen dem Betriebsübergang. Ein Mitarbeiter in Altersteilzeit wird hierzu sogar durch das Krankenhaus ermuntert, da die Übertragung der Wertguthaben größere Implikationen zur Folge hat. Alle Mitarbeiter, die von ihrem Widerspruchsrecht Gebrauch machen, werden trotz ihres fortbestehenden Arbeitsverhältnisses mit dem Krankenhaus in der Servicegesellschaft eingesetzt. Da sich räumlich an ihrem Arbeitsgebiet nichts ändert, ist dies für alle Beteiligten eine praktikable Lösung.*

Derartige Situationen sind nach unserer Erfahrung in der Praxis sehr häufig anzutreffen. Bei der rechtlichen Bewertung ist nach unserer Überzeugung auf die jeweiligen Umstände des Falles zu achten:

- Werden sowohl das Krankenhaus als auch die Servicegesellschaft jeweils durch einen eigenen Geschäftsführer geleitet und werden auch im Übrigen alle arbeitgebertypischen Weisungsrechte nicht durch eine einheitliche Leitung ausgeübt, fehlt es an einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen. In dieser Situation ist davon auszugehen, dass eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Dies gilt mindestens, solange die Gestellung vorübergehender Natur ist. Da das AÜG keine zeitlichen Höchstgrenzen vorsieht, ist hiervon in aller Regel auszugehen. Das Krankenhaus und die Servicegesellschaft müssen sich deshalb in dieser Konstellation darauf einrichten, dass der Anwendungsbereich des AÜG eröffnet ist und ein Verstoß gegen die Bestimmungen die oben geschilderten Folgen auslöst.

Kann in dieser Situation schon zu Beginn der Gestellung abgesehen werden, dass der überlassene Mitarbeiter nicht in den Krankenhausbetrieb zurückkehren wird, mag man darüber streiten, ob nicht bereits eine dauerhafte Überlassung vorliegt. Nach Auffassung der Krankenhausgesellschaften liegt in diesem Fall eine verbotene Arbeitnehmerüberlassung vor, die nicht einmal auf Antrag erlaubt würde. Deshalb müsste der Träger gestaltend eingreifen und die Konstellation beenden. Hierzu wird eine Umstrukturierung der Arbeitsabläufe notwendig sein; ggf. wird man versuchen müssen, die bislang gestellten Mitarbeiter zu einer einvernehmlichen Aufgabe ihres Arbeitsvertrages zu bewegen oder sie einseitig kündigen müssen. Dieser Aufwand ist unseres Erachtens nicht geboten. Denn nach unserer Überzeugung unterfällt eine solche Konstellation nicht dem AÜG; da indes abzustellen ist, welche Situationen noch als „vorübergehend“ bewertet werden, sollte vorsorglich eine Erlaubnis eingeholt werden.

Das so genannte „Konzernprivileg“ hilft bei der Vermeidung dieser Folgen nicht zwingend weiter. Zwar liegt bei der 100 %igen Beteiligung des Krankenhauses an der Tochtergesellschaft sicher ein Konzern vor. Als weitere Voraussetzung muss jedoch hinzu kommen, dass das Personal weder zur Überlassung eingestellt noch beschäftigt wird. Im Grunde werden über das „Konzernprivileg“ des § 1 Abs. 3 AÜG nur Situationen privilegiert, in denen bei einem anderen Konzernunternehmen vorübergehende Arbeitsspitzen abgedeckt werden müssen (Stichwort „Kollegenhilfe“). In dem Beispiel wird der widersprechende Mitarbeiter jedoch zur Erfüllung von Daueraufgaben überlassen; eine Rückkehr in das Krankenhaus

- 10 | scheidet von vornherein aus. In dieser Situation mag man zwar versuchen, sich auf das – überdies nach Auffassung vieler Autoren europarechtswidrige – Konzernprivileg zu berufen und geltend zu machen, der Mitarbeiter sei jedenfalls nicht zur Überlassung eingestellt worden; ein Risiko ist damit jedoch unzweifelhaft verbunden.
- Werden die Servicegesellschaft und das Krankenhaus – wie es häufig anzutreffen ist – durch einen personenidentischen Geschäftsführer geleitet oder werden die typischen Arbeitgeberrechte durch eine sonstige Leitung für beide Gesellschaften einheitlich ausgeübt und liegen auch sonstige Indizien für ein gemeinsames Agieren vor (räumliche Nähe der Räume, Verbleib der Arbeitsplätze am Ort, gemeinsame Nutzung von Sozialräumen usw.), handelt es sich mit hoher Wahrscheinlichkeit um einen gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen. In dieser Situation ist mit der nach unserer Überzeugung fortbestehenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Anwendungsbereich des AÜG nicht eröffnet. Denn die typischen Gefahren der Leiharbeit sind dort nicht gegeben. Damit bedürfen die Gesellschaften weder einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung noch treten die sonstigen oben geschilderten Rechtsfolgen ein.

### *Beispiel 3: Personalgestaltung bei Großgerätekooperationen*

*Eine Krankenhausgesellschaft ist zu 100 % Trägerin einer MVZ-GmbH. Das für das MVZ notwendige ärztliche Personal ist dort, das für den Betrieb des MVZ erforderliche Pflegepersonal bei der Krankenhausgesellschaft angestellt. Die Pflegekräfte werden dem MVZ gegen Aufwendersatz zur Verfügung gestellt.*

Die rechtliche Beurteilung dieses Beispiels ähnelt dem zweiten Beispiel:

- Werden die typischen Arbeitgeberrechte (Einstellungen, Entlassungen usw.) in den beiden Gesellschaften durch unterschiedliche Personen wahrgenommen, fehlt es an einer einheitlichen Leitung und einem Gemeinschaftsbetrieb. Dass die Krankenhausgesellschaft allein aufgrund ihrer Mehrheitsbeteiligung Durchgriffs- und Weisungsrechte hat, spielt für den Gemeinschaftsbetrieb keine Rolle. Denn hier kommt es nur auf die tatsächliche Ausgestaltung der Kooperation an.

Mangels Gemeinschaftsbetrieb liegt hinsichtlich der Pflegekräfte mindestens dem Grunde nach Arbeitnehmerüberlassung vor. Der Anwendung des Gesetzes kann sich die Krankenhausgesellschaft indes entziehen, sofern die Voraussetzungen des so genannten Konzernprivilegs (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG) erfüllt sind.

An dem Vorliegen eines Konzernverhältnisses bestehen in dem Beispiel keine ernsthaften Zweifel. Es kommt mithin darauf an, ob die Pflegekräfte zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden. Da in dem Beispiel im MVZ keine Pflegekräfte beschäftigt sind und dort Daueraufgaben durch Arbeitnehmer des Krankenhauses wahrgenommen werden, lässt sich die Kausalität zwischen der Einstellung bzw. Beschäftigung und der Überlassung kaum leugnen. Es ist daher risikoreich, die Kooperation allein unter Hinweis auf das Konzernprivileg ohne Erlaubnis zu betreiben.

- Häufig ist in dieser Konstellation der Geschäftsführer beider Gesellschaften identisch; er nimmt dann auch die typischen Arbeitgeberbefugnisse wahr. Zudem sind das MVZ und das Krankenhaus selten räumlich so weit getrennt, dass beide Einrichtungen für die Patienten nicht als Einheit wahrgenommen werden. Deshalb wird häufig ein Gemeinschaftsbetrieb vorliegen, in dem das AÜG keine Anwendung findet.

## Beispiel 4: Personalgestellung bei Großgerätekooperationen

Ein Krankenhaus geht eine Großgerätekooperation mit einem Vertragsarzt ein. Zu diesem Zweck schließen beide einen Vertrag, der nicht nur Nutzungsrechte hinsichtlich der Großgeräte vorsieht, sondern zugleich auch die Zurverfügungstellung des zur Bedienung erforderlichen Fachpersonals.

In der Praxis sind derartige Kooperationen häufig anzutreffen.

Nach unserer Einschätzung ist in diesen Fällen der Anwendungsbereich des AÜG nicht eröffnet. Denn der Schwerpunkt des Dienstleistungsvertrages mit dem Vertragsarzt liegt in der Einräumung der Möglichkeit, die vorhandenen Großgeräte zu nutzen. Die Zurverfügungstellung von Krankenhauspersonal dient in diesem Zusammenhang lediglich der qualifizierten Bedienung der Großgeräte. Hingegen wird es in aller Regel nicht darum gehen, dem Vertragsarzt intensive Weisungsrechte zu Ort, Inhalt und Zeit der Tätigkeit zu übertragen. Seine Befugnisse werden sich üblicherweise darauf beschränken, das vorhandene Fachpersonal zu bitten, die Großgeräte in technischer Hinsicht zu bedienen und die notwendigen Untersuchungen durchzuführen.

Obwohl wir davon ausgehen, dass in diesen Situationen der Anwendungsbereich des AÜG in aller Regel nicht eröffnet ist, kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Intensität der Zusammenarbeit letztlich auch eine Arbeitnehmerüberlassung darstellen kann. Dies wird man anhand der Umstände des Einzelfalles jeweils klären müssen.

## IV. Fazit

Nicht nur, aber insbesondere vor dem Hintergrund der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zum 1. Dezember 2011 halten wir es für erforderlich, verstärkt ein Auge auf den Einsatz von Fremdpersonal zu werfen. Denn häufig ist er als Arbeitnehmerüberlassung anzusehen. Entgegen der Auffassung vieler Krankenhausgesellschaften sind wir jedoch der Überzeugung, dass durch die Novelle des AÜG nicht andere Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes, insbesondere dauerhafte Gestellungen verboten sind. Hier gilt es indes, die Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten und die Umstände des Einzelfalles intensiv zu prüfen. Bis auf weiteres sehen wir indes keine Notwendigkeit für Krankenhäuser, erhebliche Veränderungsprozesse anzustoßen.

### Zum Autor

Sebastian Witt wurde 1975 geboren, ist verheiratet und Vater von zwei Söhnen.

Herr Witt ist seit annähernd 10 Jahren ausschließlich im Bereich des Arbeitsrechts anwaltlich tätig. Er ist Fachanwalt und geschäftsführender Partner der Sozietät MEYER-KÖRING Rechtsanwälte Steuerberater in Bonn. Dort berät und vertritt er überwiegend Krankenhäuser, vor allem in katholischer Trägerschaft. Den Schwerpunkt seiner Tätigkeit bildet die Betreuung von Umstrukturierungen, insbesondere Personalabbaumaßnahmen, Outsourcings und Schließungen von Abteilungen oder Einrichtungen.

Daneben ist Herr Witt Referent und Autor in verschiedenen arbeitsrechtlichen Handbüchern. Bspw. hat er im Handbuch Krankenhaus-Arbeitsrecht neben anderen Beiträgen auch das Kapitel „Outsourcing und Betriebsübergang“ verfasst. U.a. hierzu hält er regelmäßig Vorträge vor Fachpublikum.



Kontakt: Tel. +49 (0) 228 72636-48 | [witt@meyer-koering.de](mailto:witt@meyer-koering.de)

**MEYER-KÖRING**

Anwaltstradition seit 1906

**Meyer-Köring | Rechtsanwälte und Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft**

Büro Bonn  
Oxfordstraße 21  
53111 Bonn

Telefon +49 (0) 228 72636-0  
Telefax +49 (0) 228 72636-77

[bonn@meyer-koering.de](mailto:bonn@meyer-koering.de)  
[www.meyer-koering.de](http://www.meyer-koering.de)

Büro Berlin  
Schumannstraße 18  
10117 Berlin

Telefon +49 (0) 30 206298-6  
Telefax +49 (0) 30 206298-89

[berlin@meyer-koering.de](mailto:berlin@meyer-koering.de)  
[www.meyer-koering.de](http://www.meyer-koering.de)

