

## Arbeitnehmerüberlassung bei Kooperationsvereinbarungen im Gesundheitswesen\*

Paul Schreiner und

Eva-Maria Rütz \*

### A. Einleitung

Am 1. 12. 2011 trat das Gesetz zur Änderung der Arbeitnehmerüberlassung (Untertitel: Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung) vollständig<sup>1</sup> in Kraft. Es dient der Umsetzung der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 11. 2008

Schreiner, Rütz: Arbeitnehmerüberlassung bei Kooperationsvereinbarungen im Gesundheitswesen (MedR 2012, 373)

374



über Leiharbeit (Leiharbeitsrichtlinie), die am 5. 12. 2008 in Kraft getreten ist<sup>2</sup>. Durch diese Novelle soll der Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung unterbunden und die Leiharbeitsrichtlinie umgesetzt werden<sup>3</sup>.

Insbesondere durch die Erweiterung des Anwendungsbereiches in § 1 Abs. 1 S. 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) sind nunmehr eine Vielzahl von Fällen, die früher keiner Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis bedurften, nach der Novelle erlaubnispflichtig. Besondere Relevanz erhält dies im Bereich des Gesundheitswesens und in anderen Bereichen, in denen (auch) gemeinnützige Tätigkeiten erbracht werden.

### I. Kooperationsmodelle

Häufig werden im Bereich des Gesundheitswesens Kooperationsvereinbarungen zwischen den verschiedenen Leistungserbringern abgeschlossen<sup>4</sup>. Der Begriff der „Kooperation“ im Bereich des Gesundheitswesens ist weit. Er kann im ärztlichen Bereich insbesondere in der Gründung von Berufsausübungsgemeinschaften, Organisationsgemeinschaften, Medizinischen Versorgungszentren oder auch in konsiliar- und belegärztlicher Tätigkeit bestehen. Doch auch für Krankenhausträger stellt sich die Frage nach Kooperationen mit entweder anderen Krankenhausträgern oder anderen Leistungserbringern i. S. des § 95 SGB V, sei es als Wachstums- oder Überlebensstrategie oder zur Standortsicherung. Bei derartigen Kooperationen kommt es häufig zur einseitigen oder auch wechselseitigen Überlassung von ärztlichem wie auch nichtärztlichem Personal. Die Frage ist, wann derartige Überlassungen erlaubnispflichtig nach dem AÜG sind.

### II. Gestaltungsmöglichkeiten

Kooperationsvereinbarungen können in verschiedener Form strukturiert werden, in Betracht kommen hier auf der einen Seite Dienst- und Werkverträge, andererseits aber auch die Personalgestellung im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung.

Die Abgrenzung zwischen diesen unterschiedlichen Gestaltungsformen richtet sich in erster Linie nach der Ausübung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts im Hinblick auf die im Betrieb eingesetzten Arbeitnehmer

des fremden Unternehmens. Die Übertragung des Weisungsrechts ist das wesentliche Abgrenzungskriterium zwischen einer (erlaubnispflichtigen) Arbeitnehmerüberlassung i. S. des AÜG und einem Werkvertrag.

Typischerweise sind nur im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung auch arbeitsrechtliche bzw. personenbezogene Weisungen des Entleihers im Hinblick auf das Personal zulässig, bei Werk- und Dienstverträgen sind demgegenüber nur werk- bzw. objektbezogene Anweisungen möglich. Weisungen des Beschäftigungsunternehmens, die die Art und Weise der Arbeitsleistung (Inhalt, Zeit, Ort, Tempo, Ausführung) betreffen, indizieren Arbeitnehmerüberlassung, werkbezogene Anweisungen (z. B. bestimmte Fertigungsmethoden, Qualitätsanforderungen, Reihenfolge, Stückzahl) dagegen nicht<sup>5</sup>. In der praktischen Durchführung sind die beiden bestehenden Gestaltungsformen schwer voneinander abzugrenzen. Selbst wenn ein Vertrag seinem äußeren Erscheinungsbild nach einen Dienst- oder Werkvertrag darstellt, ist letztlich die konkrete Handhabung des Vertragsverhältnisses für dessen rechtliche Qualifikation ausschlaggebend. Im hier zu betrachtenden Bereich der Kooperationsvereinbarungen ist es in vielen Bereichen bereits aus haftungsrechtlichen Gründen notwendig, dass den Mitarbeitern des Kooperationspartners ins Einzelne gehende Weisungen erteilt werden können. So ist es beispielsweise unabdingbar, dass der verantwortliche Chirurg dem der Operation beiwohnenden (ärztlichen wie nichtärztlichen) Personal verbindlich Weisungen erteilen kann. Hierdurch kommt es regelmäßig zu Situationen, in denen ein erhebliches Risiko besteht, dass die vertragliche Beziehung zwischen den Parteien als Arbeitnehmerüberlassung zu qualifizieren ist.

### **III. Keine Gewerbsmäßigkeit i. S. des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG a. F. (fehlende Gewinnerzielungsabsicht)**

Unstreitig handelte es sich nach bisherigem Verständnis zwar um eine Arbeitnehmerüberlassung, weil das Weisungsrecht auf einen Dritten<sup>6</sup>, den jeweils anderen Kooperationspartner, übertragen wurde. Um aber zu vermeiden, dass eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung i. S. des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG a. F.<sup>7</sup> vorlag, waren die entsprechenden Kooperationsvereinbarungen derart gestaltet worden, dass es an der „Gewerbsmäßigkeit“ der Arbeitnehmerüberlassung fehlte. Dies wurde versucht zu erreichen, indem die Arbeitnehmer – gleich ob ärztliches oder nichtärztliches Personal – lediglich auf Kostenerstattungsbasis<sup>8</sup> überlassen wurden. Dadurch entfiel die Gewinnerzielungsabsicht, die nötig gewesen wäre, um ein gewerbsmäßiges Handeln<sup>9</sup> des Krankenhauses zu bejahen. Überdies wurde unter Verweis auf die unmittelbar gemeinnützigen Zwecke des Krankenhauses die Gewerbsmäßigkeit abgelehnt<sup>10</sup>. Kaum ein Krankenhaus, welches eine Kooperationsvereinbarung unterhält, die auch eine Arbeitnehmerüberlassung zum Gegenstand hat, ist daher heute im Besitz einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nach dem AÜG.

## **B. Änderungen durch die AÜG-Novelle – Erweiterung der Erlaubnispflicht**

### **I. Streichung der „Gewerbsmäßigkeit“ und Ersetzung durch „im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit“, § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG n. F.**

#### **1. Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ i. S. des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG n. F.**

Die Leiharbeitsrichtlinie begrenzt den Anwendungsbereich nicht wie im geltenden Recht auf die „gewerbsmäßige“

Schreiner, Rütz: Arbeitnehmerüberlassung bei Kooperationsvereinbarungen im Gesundheitswesen (MedR 2012, 373)

375



Arbeitnehmerüberlassung, sondern gilt für wirtschaftliche Unternehmen unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht (Art. 1 Abs. 2 Leiharbeitsrichtlinie)<sup>11</sup>. Zur Umsetzung dieser

europarechtlichen Richtlinienvorgaben<sup>12</sup> stellt § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG n. F. nunmehr folglich darauf ab, ob eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ ausgeübt wird<sup>13</sup>. Es kommt daher nicht mehr darauf an, ob das verleihende Unternehmen (oder auch der Entleiher<sup>14</sup>) mit der Zurverfügungstellung von Arbeitnehmern unmittelbar oder mittelbar einen wirtschaftlichen Vorteil anstrebt<sup>15</sup>. Auf die Gewerbsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung i. S. des Gewerberechts kommt es also zukünftig für die Erlaubnispflichtigkeit der Arbeitnehmerüberlassung nicht mehr an<sup>16</sup>.

Die Streichung des Begriffs „gewerbsmäßig“ zielt dabei vor allem auf Konstruktionen, in denen Arbeitnehmer vom Verleiher an den Entleiher zu Selbstkosten, also ohne Gewinnaufschlag verliehen wurden<sup>17</sup>. Wie oben bereits beschrieben, konnten mit dieser Konstruktion in der Vergangenheit sämtliche Bestimmungen des AÜG umgangen werden. Selbst eine Umgehungsabsicht sollte nicht zur Unwirksamkeit führen<sup>18</sup>. Eine Zuflucht in der Gestaltung des Kooperationsvertrags auf Basis der reinen Kostenerstattung ist damit heute nicht mehr möglich.

## **2. Sonderproblem: Gemeinnützige als wirtschaftliche Tätigkeit**

Umstritten ist, ob durch diese Neufassung des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG nunmehr auch gemeinnützige oder karitative Unternehmen von der Erlaubnispflicht erfasst sind. Interessant ist diese Frage im Krankenhausbereich insbesondere deshalb, weil viele Krankenhausträger von der öffentlichen Hand gehalten werden und als gemeinnütziges oder karitatives Unternehmen anzusehen sind.

So ist unter anderem in § 107 Abs. 2 S. 1 Nrn. 2, 3 Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen (GO NW), der die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinde zur Erfüllung ihrer Aufgaben regelt, normiert, dass Einrichtungen auf den Gebieten des Gesundheits- oder Sozialwesens (Krankenhäuser, Bestattungseinrichtungen, Sanatorien, Kurparks, Senioren- und Behindertenheime, Frauenhäuser, soziale und medizinische Beratungsstellen) nicht als wirtschaftliche Betätigung (i. S. des § 107 Abs. 1 GO NW) anzusehen sind. Vor dem Hintergrund solcher Vorschriften wird vertreten, dass auch bei einer Erstreckung des AÜG auf „wirtschaftliche Tätigkeiten“ noch immer Unternehmen ausgeschlossen seien, die ausschließlich gemeinnützige, karitative, wissenschaftliche, künstlerische oder sonstige ideelle Zwecke verfolgen<sup>19</sup>.

Diese Auffassung ist jedoch unzutreffend. Die Neufassung des AÜG basiert auf der gemeinschaftsrechtlichen Leiharbeitsrichtlinie. Deshalb ist davon auszugehen, dass der Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ entsprechend der Auslegung des EuGH anzuwenden ist<sup>20</sup>. Nicht relevant ist hingegen, wie nach nationalen Regelungen der einzelnen Mitgliedsstaaten der Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ in dem Kontext eines Gesetzes, das einen völlig anderen Regelungszweck verfolgt, definiert oder ausgelegt wird. Ob also ein deutsches nationales Gesetz davon ausgeht, dass Einrichtungen des Gesundheitswesens keine wirtschaftliche Betätigung darstellen, ist im Rahmen der Beurteilung des Vorliegens einer wirtschaftlichen Tätigkeit i. S. des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG n. F. irrelevant.

Nach der Rechtsprechung des EuGH heißt wirtschaftliche Tätigkeit nicht allein „eigenwirtschaftliche Tätigkeit“, sondern bedeutet allgemein „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter- oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“<sup>21</sup>. Erfasst wird damit auch die Arbeitnehmerüberlassung durch eine gemeinnützige Institution, weil sie dabei als Verleiher in Konkurrenz zu anderen Verleihern tritt und damit am Wirtschaftsleben teilnimmt, sodass die Überlassung „im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit“ stattfindet<sup>22</sup>.

Eine wirtschaftliche Tätigkeit i. S. des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG n. F. können damit durchaus auch gemeinnützige oder karitative Unternehmen (wie auch Krankenhäuser, insbesondere in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft) erfüllen<sup>23</sup>. Dies führt zu einer erheblichen Erweiterung des Anwendungsbereiches des AÜG, das nunmehr auch die sog. gemeinnützige Arbeitnehmerüberlassung erfasst<sup>24</sup>.

## II. Vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung, § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG n. F.

Ein Scheinproblem wurde aus der Neuregelung des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG kreiert. Danach erfolgt die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher „vorübergehend“. Unklar war, wie dieses Tatbestandsmerkmal „vorübergehend“ auszulegen war. Einigkeit bestand lediglich insofern, dass es nicht zu einer ausschließlichen und dauerhaften Überlassung von Arbeitnehmern an einen Entleiher kommen sollte. Wie das Tatbestandsmerkmal „vorübergehend“ in Situationen, in denen der Arbeitnehmer seine Tätigkeit zeitabschnittsweise, also punktuell, bei Entleiher und Verleiher erbringt, auszulegen ist, ist völlig ungeklärt.

Im Krankenhausbereich findet in vielen – auch ehemals öffentlichen – Krankenhäusern der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) sowie der TV-Ärzte Anwendung. Beide lassen eine Personalgestellung zu. Eine Personalgestellung liegt dann vor, wenn eine auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten geplant ist<sup>25</sup>. Aus dieser Dauerhaftigkeit einer Personalgestellung wurde bisweilen etwas panisch geschlossen, die Neuregelung in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG verbiete nunmehr dieses im Gesundheitswesen wichtige Instrument der Personalgestellung<sup>26</sup>.

Schreiner, Rütz: Arbeitnehmerüberlassung bei Kooperationsvereinbarungen im Gesundheitswesen (MedR 2012, 373)

376



Der Schutzzweck von § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG gebietet eine solche Regelung insbesondere im Krankenhausbereich indes nicht. Im Rahmen der benannten Kooperationsvereinbarungen erfolgt schließlich die Überlassung punktuell. Das bedeutet, dass zwar dauerhaft ein Einsatz beim Kooperationspartner ermöglicht wird. Der Schwerpunkt der Tätigkeit bleibt jedoch – auch bei einer dauerhaften, aber punktuellen Überlassung – beim verleihenden Krankenhaus. Der Schutzzweck der Einholung der Erlaubnis – nämlich auch die Kontrolle der Einhaltung der den überlassenen Arbeitnehmer schützenden Vorschriften – würde konterkariert, gelangte man zu dem Ergebnis, dass die (dauerhafte) Personalgestellung nicht einmal erlaubnisfähig wäre. Diese Auffassung wird auch durch die Bundesagentur für Arbeit geteilt. Denn entscheidend ist aus ihrer Sicht, dass das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers zum Verleiher trotz Überlassung an den Entleiher nicht endet<sup>27</sup>. Auch für die Überlassung von Arbeitnehmern im Wege der Personalgestellung muss nach der Neuregelung damit eine Erlaubnis eingeholt werden<sup>28</sup>.

## III. Rechtsfolgen bei fehlender Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, §§ 9, 16 AÜG

Jedoch nicht nur wegen des bloßen Formalismus der Erlaubnispflichtigkeit ist darauf zu achten, dass die nunmehr erforderliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis eingeholt wird. Insbesondere mit Blick auf die gravierenden Rechtsfolgen bei einer Nichteinholung der einzuholenden Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis kann nur dringend geraten werden, die erforderliche Erlaubnis zeitnah einzuholen.

### 1. §§ 9, 10 AÜG – Nichtigkeit und Fiktionswirkung

Nach § 9 Nr. 1 AÜG sind Überlassungs- und Leiharbeitsverträge unwirksam, wenn dem Verleiher eine nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis fehlt. Dies gilt unabhängig davon, ob der Verleiher von Anfang an keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis hatte oder aber diese später wegfällt<sup>29</sup>. Durch die nachträgliche Erteilung einer Erlaubnis werden laufende Überlassungsverträge auch nicht rückwirkend geheilt, es ist sogar streitig, ob durch die Erlaubniserteilung eine Heilung für die Zukunft eintritt<sup>30</sup>.

Die Funktion von § 9 Nr. 1 AÜG im Hinblick auf die Unwirksamkeit des zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer geschlossenen Arbeitsvertrags liegt darin, die in § 10 AÜG angeordneten Rechtsfolgen vorzubereiten. Nach dessen Abs. 1 S. 1 gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit

vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen. Gemäß § 10 Abs. 1 AÜG bestimmen sich der Inhalt und die Dauer dieses Arbeitsverhältnisses nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen; sind solche nicht vorhanden, gelten diejenigen vergleichbarer Betriebe.

#### **a) Grundsatz**

Diese Fiktionswirkung tritt unabhängig vom Willen oder von der Kenntnis der Beteiligten ein<sup>31</sup>. Nach dem Gesetzeswortlaut entstünde daher für das überlassene ärztliche oder nichtärztliche Personal mit der Überlassung ein Arbeitsverhältnis mit dem Krankenhaus, in das sie verliehen werden.

#### **b) Sonderfall: „Mischbetrieb“**

Die Anwendung dieses gesetzlichen Instrumentariums auf den vorliegenden Fall der Überlassung – insbesondere von ärztlichem Personal – erscheint unseres Erachtens als nicht gerechtfertigt, weil es sich letztlich um einen Fall der Arbeitnehmerüberlassung durch einen sog. „Mischbetrieb“ handelt. Die Arbeitsverhältnisse mit den überlassenen Arbeitnehmern werden gerade nicht durch die Überlassung an ein anderes Unternehmen geprägt, sondern beinhalten in der Hauptsache die Erbringung von Leistungen für den Vertragsarbeitgeber. Fraglich ist damit, ob und in welchem Umfang die §§ 9, 10 AÜG bei der Überlassung von Personal durch Mischbetriebe Anwendung finden.

#### **aa) Uneingeschränkte Anwendbarkeit der §§ 9, 10 AÜG auf Mischbetriebe**

Teilweise werden die §§ 9 und 10 AÜG uneingeschränkt auch auf den Mischbetrieb angewendet<sup>32</sup>. Rechtsfolge der fehlenden Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis wäre damit auch in Überlassungssituationen dieser Art die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages mit dem Verleiher bei gleichzeitiger Fiktion des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher.

Diese Konsequenz der vollständigen Nichtigkeit des Arbeitsvertrages infolge der fehlenden Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis ist unangemessen, weil der wesentliche Tätigkeitsbereich des betroffenen Mitarbeiters im verleihenden Unternehmen liegt. Keine Partei hat ein Interesse daran, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher durch die Überlassung beendet wird. Ein relevantes Interesse des Arbeitnehmers daran, dass ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet wird, ist ebenfalls nicht ersichtlich, weil der vertragsgemäße Schwerpunkt seiner Tätigkeit unverändert in der Tätigkeit für den Verleiher liegt und durch das Verbot der Überlassung gerade kein Entfall des Arbeitsplatzes im Übrigen droht.

Ferner würde der Schutzzweck des Gesetzes durch die strikte Anwendung der §§ 9 und 10 AÜG gerade in sein Gegenteil verkehrt<sup>33</sup>. Der Einsatz beim Entleiher erfolgt typischerweise nur kurzfristig, der Schwerpunkt der Tätigkeit liegt in aller Regel beim Vertragsarbeitgeber, dem Verleiher. Nach § 10 Abs. 1 S. 2 AÜG endet das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher in derartigen Fällen mit dem Einsatz beim Entleiher, obwohl das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher eigentlich unbefristet besteht und auch der Beschäftigungsbedarf fortbesteht. Zum Schutze des Arbeitnehmers würde dieser also kraft Gesetzes von den Bürden seines Arbeitsverhältnisses zum Verleiher befreit; ein paradoxes Ergebnis.

Kehrt der Arbeitnehmer in einer solchen Situation programmgemäß nach Abschluss der Überlassung in den Betrieb des Verleihers zurück und verrichtet seine vertragsgemäßen Tätigkeiten, so wäre er ab diesem Zeitpunkt nur noch auf der Grundlage eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses tätig, von dem sich jede Vertragspartei jederzeit lossagen kann.

Es erscheint als ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber einen diesbezüglichen Regelungswillen bei Erlass der §§ 9 und 10 AÜG hatte.

Schreiner, Rütz: Arbeitnehmerüberlassung bei Kooperationsvereinbarungen im Gesundheitswesen (MedR 2012, 373)

377 ▲▼

Eine andere Auffassung<sup>34</sup> geht demgegenüber davon aus, dass nach § 9 AÜG lediglich die Überlassung unwirksam sein solle, im Übrigen bliebe der Arbeitsvertrag in Fällen der Überlassung aus einem Mischbetrieb erhalten (vgl. § 139 BGB).

Dieser Auffassung ist insofern zuzustimmen, als dass ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis vermieden wird und damit die in der vollumfänglichen Anwendung der §§ 9, 10 AÜG liegende Wertungswidersprüchlichkeit vermieden wird.

Problematisch ist allerdings, dass diese Auffassung ebenfalls § 10 AÜG uneingeschränkt anwendet. Konsequenz ist die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher. Infolge der Arbeitnehmerüberlassung hätte der überlassene Arbeitnehmer – dieser Auffassung folgend – zwei Arbeitgeber. Dies ist für ihn nicht ausschließlich von Vorteil: Er ist auch zwei Arbeitgebern zur Leistung verpflichtet. Dieses Risiko erkennend wird vorgeschlagen, dem Arbeitnehmer ein Lossagungsrecht hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher zuzugestehen<sup>35</sup>.

Für das Anerkenntnis eines Lossagungsrechts besteht aus unserer Sicht kein hinreichender Grund. Wenn die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses anerkannt wird, so ist es nur konsequent, dieses auch den gesetzlichen Regelungen zu unterwerfen. Diese aber sehen – wie von den Befürwortern dieser Auffassung für den Fall der Überlassung in einem reinen Verleihunternehmen auch anerkannt – gerade kein solches Lösungsrecht vor.

Im Ergebnis lässt sich daher unseres Erachtens nicht schlüssig begründen, warum ein einseitiges Wahl- oder Lösungsrecht des überlassenen Arbeitnehmers bestehen sollte. Geht man daher davon aus, dass nach § 9 AÜG der Arbeitsvertrag mit dem überlassenen Arbeitnehmer nur teilunwirksam ist, so muss es zur Entstehung zweier Arbeitsverhältnisse kommen, aus denen der Arbeitnehmer verpflichtet ist. Dieses Ergebnis ist unserer Ansicht nach genauso zwingend wie im Hinblick auf den Zweck der Normen auch unsinnig.

### **cc) Lösung: Teleologische Reduktion der §§ 9, 10 AÜG bei „Mischbetrieben“**

Das von dieser Auffassung vorgeschlagene Lossagungsrecht löst daher ein Problem, dass durch diese Auffassung erst kreiert worden ist. Die §§ 9 und 10 AÜG bilden ein einheitliches Schutzsystem zugunsten eines Arbeitnehmers, der unter Umgehung der Schutzvorschriften des AÜG verliehen wird. Hier ist es in der Tat sachlich begründet, diese Schutzwirkung dadurch herzustellen, dass ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher fingiert wird und das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher als nichtig angesehen wird. So wird der Arbeitnehmer von seinen Verpflichtungen gegenüber dem Verleiher frei, seine Ansprüche aufgrund der Arbeitsleistung aber behält er, nunmehr allerdings direkt gegen den Entleiher gerichtet.

Wird ein Teil dieses ausdifferenzierten Systems nunmehr für einen bestimmten Sachverhalt für unangemessen gehalten, weil der Schutzzweck die Sanktion der Nichtigkeit nicht gebietet, so ist es nur konsequent, diese teleologische Reduzierung auf das gesamte Normsystem zu übertragen. Im vorliegenden Fall der Arbeitnehmerüberlassung von qualifiziertem ärztlichen und nichtärztlichen Personal ist daher davon auszugehen, dass die §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 AÜG insgesamt teleologisch reduziert werden müssen. Infolge der Überlassung ohne Genehmigung kommt es daher weder zu einer Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses mit dem Verleiher noch zu der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher.

## **2. Ordnungswidrigkeitentatbestand, § 16 AÜG**

Darüber hinausgehend stellt die Überlassung eines Leiharbeitnehmers an einen Dritten ohne die erforderliche Erlaubnis eine Ordnungswidrigkeit nach § 16 AÜG dar. Täter dieser Ordnungswidrigkeit ist der Verleiher, also das Krankenhaus, das die Arbeitnehmer überlässt. Nach § 16 Abs. 1 OWiG wird der Ordnungswidrigkeitentatbestand durch die Organe der jeweils überlassenden Gesellschaft verwirklicht. Letztlich haftet also der zuständige Geschäftsführer persönlich<sup>36</sup>. Des Weiteren kommt in Betracht, dass auch diejenigen Personen aufgrund der Ordnungswidrigkeit in Anspruch genommen werden, die faktisch den Betrieb leiten.

Als Nebenfolge der Ordnungswidrigkeit kann auch das Krankenhaus selbst mit einer Geldbuße belastet werden. Die konkrete Höhe des Bußgeldes wird nach dem jeweiligen Unrechtsgehalt bemessen. Ein Bußgeld von bis zu 25.000 € kann bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung sowohl gegen den Verleiher als auch gegen den Entleiher verhängt werden. Dieser Ordnungswidrigkeitentatbestand wird für jeden Verstoß erneut ausgelöst.

### C. Fazit

Krankenhäuser, die im Wege von Kooperationsvereinbarungen Arbeitnehmer an andere Krankenhäuser oder Leistungserbringer überlassen, sind gehalten, dafür eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis i. S. des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG einzuholen. Dies gilt unabhängig davon, ob sie gemeinnützig sind oder nicht. Aus § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG n. F. folgt nicht, dass die Überlassung im Wege der Personalgestellung unzulässig wäre; vielmehr bedarf es auch hier der Einholung einer entsprechenden Erlaubnis. Mit Blick auf die gravierenden Rechtsfolgen kann nur dringend angeraten werden, zeitnah eine entsprechende Erlaubnis einzuholen.

\* DOI: 10.1007/s00350-012-3164-8

\* Rechtsanwalt Paul Schreiner, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Gildehofstraße 1, 45121 Essen, Deutschland

Rechtsanwältin Dr. Eva-Maria Rütz, LL. M., Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50677 Köln, Deutschland

- 1 Ein Teil des Gesetzes, insbesondere die sog. „Drehtürklausel“, ist bereits am 29. 4. 2011 in Kraft getreten. Durch diese sollte verhindert werden, dass Arbeitnehmer entlassen oder nicht weiter beschäftigt werden und anschließend unmittelbar oder nach kurzer Zeit als Leiharbeitnehmer zu schlechteren Arbeitsbedingungen als die Arbeitnehmer des Entleihers wieder in ihrem ehemaligen Unternehmen oder einem anderen Unternehmen desselben Konzerns eingesetzt werden. Der missbräuchliche Einsatz soll künftig dadurch verhindert werden, dass vom Gleichstellungsgrundsatz abweichende Regelungen in Tarifverträgen für sie keine Anwendung finden können (vgl. BR-Dr. 847/10 v. 31. 12. 2010); *Lembke*, NZA 2011, 319, 324.
- 2 BR-Dr. 847/10 v. 31. 12. 2010, S. 5.
- 3 BR-Dr. 847/10 v. 31. 12. 2010.
- 4 Umfassend zu möglichen ärztlichen Kooperationen: *Möller/Michels*, Ärztliche Kooperationen, Rechtliche und steuerliche Beratung, 2. Aufl. 2010.
- 5 BAG, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG.
- 6 Wesentliches Charakteristikum der Arbeitnehmerüberlassung ist, dass der Arbeitnehmer nicht bei seinem Vertragsarbeitgeber, dem „Verleiher“, tätig wird, sondern zur Arbeitsleistung in den Betrieb eines Dritten, des „Entleihers“, überlassen und dort nach dessen Weisungen tätig wird. *Lembke*, 22. Jahresarbeitstagung Arbeitsrecht des DAI, 2010, S. 215.
- 7 Wortlaut des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG a. F.: „Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis.“
- 8 Zur fehlenden Gewinnerzielungsabsicht bei reiner Kostenerstattung s. BAGE 65, 43 ff.; BAGE 113, 218 ff.; BAG, BB 2006, 383 ff.; BAG, DB 2011, 479 ff.; BAG, NZA 2011, 791 ff.; BVerwG, NJW 2008, 1974 f.; *Lembke*, 22. Jahresarbeitstagung Arbeitsrecht des DAI, 2010, S. 232; *Lembke*, DB 2011, 414.
- 9 *Wank*, in: ErfK, 11. Aufl. 2011, § 1 AÜG, Rdnrn. 41 ff.; *Lembke*, 22. Jahresarbeitstagung Arbeitsrecht des DAI, 2010, S. 231; allerdings war auch nach damaligem Recht nicht klar, inwiefern auch eine mittelbare Gewinnerzielungsabsicht zur Bejahung der Gewerbsmäßigkeit ausreichen würde, vgl. dazu nur LAG München, EzAÜG § 10 AÜG Fiktion Nr. 115.
- 10 BAG, DB 2011, 479 ff.; BAG, NZA 2011, 791 ff.; *Wank*, in: ErfK, 12. Aufl. 2012, § 1 AÜG, Rdnr. 34; als gemeinnützig galten danach solche Einrichtungen und Institutionen, die als gemeinnützig i. S.

- 11 BR-Dr. 847/10 v. 31. 12. 2010, S. 7; *Lembke*, 22. Jahresarbeitsstagung Arbeitsrecht des DAI, 2010, S. 239; *Rosenau*, NJW-Spezial 2011, 242, 242; *Leuchten*, NZA 2011, 608, 608 f.; *Oberthür*, Arb-RB 2011, 146, 146; *Lembke*, DB 2011, 414, 414; *Zimmermann*, ArbRAktuell 2011, 62.
- 12 Den Mitgliedsstaaten der EU war eine Umsetzungsfrist bis zum 5. 12. 2011 gesetzt worden.
- 13 BR-Dr. 847/10 v. 31. 12. 2010, S. 7; *Hamann*, NZA 2011, 70, 71; *Leuchten*, NZA 2011, 608, 609.
- 14 *Lembke*, DB 2011, 414, 414.
- 15 *Hamann*, NZA 2011, 70, 71; *Hamann*, in: *Schüren/Hamann*, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 1, Rdnrn. 267 ff.
- 16 BR-Dr. 847/10 v. 31. 12. 2010, S. 7; *Hamann*, NZA 2011, 70, 71; *Leuchten*, NZA 2011, 608, 608; *Lembke*, 22. Jahresarbeitsstagung Arbeitsrecht des DAI, 2010, S. 239.
- 17 BR-Dr. 847/10 v. 31. 12. 2010, S. 7; *Leuchten*, NZA 2011, 608, 609; *Rosenau*, NJW-Spezial 2011, 242, 242; *Lembke*, 22. Jahresarbeitsstagung Arbeitsrecht des DAI, 2010, S. 240; *Lembke*, DB 2011, 414, 414; *Zimmermann*, ArbRAktuell 2011, 62.
- 18 Vgl. *Leuchten*, NZA 2011, 608, 609.
- 19 *Hamann*, NZA 2011, 70, 71.
- 20 Vgl. *Rosenau*, NJW-Spezial 2011, 242, 242.
- 21 EuGH, NJW 2002, 877 ff.; EuGH, EuZW 2006, 306 ff.; *Leuchten*, NZA 2011, 608, 609.
- 22 EuGH, EuZW 2006, 306 ff.; *Leuchten*, NZA 2011, 608, 609; *Lembke*, DB 2011, 414; zutreffend weist *Lembke* in diesem Zusammenhang darauf hin, dass „Selbstlosigkeit“ i. S. der Gemeinnützigkeit des § 52 Abs. 1 AO eine wirtschaftliche Tätigkeit nicht ausschließt, sondern nur voraussetzt, dass mit der Förderung der gemeinnützigen Zwecke „nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke“ verfolgt würden (vgl. § 55 Abs. 1 AO).
- 23 *Leuchten*, NZA 2011, 608, 609.
- 24 *Rosenau*, NJW-Spezial 2011, 242; die Erlaubnispflicht gilt auch für steuerrechtlich als gemeinnützig anerkannte Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht, vgl. *Oberthür*, ArbRB 2011, 146, 147; zur bisherigen Rechtslage vgl. BAG, DB 2011, 479 ff.
- 25 Vgl. z. B. § 4 Abs. 3 TVöD, der die Personalgestellung im öffentlichen Dienst regelt.
- 26 *Hamann*, NZA 2011, 70, 72.
- 27 Vgl. dazu Hinweise der Bundesagentur unter [www.arbeitsagentur.de](http://www.arbeitsagentur.de) unter der Schaltfläche „Unternehmen“, „Rechtsgrundlagen“, „Arbeitnehmerüberlassung“ (letzter Aufruf am 24. 1. 2012).
- 28 Ebenso: Mitteilung Nr. 319/2011 der Niedersächsischen Krankenhausgesellschaft v. 28. 11. 2011.
- 29 *Wank*, in: ErfK, 12. Aufl. 2012, § 9 AÜG, Rdnr. 3; *Ulrici*, in: *Hümmerich/Boecken/Düwell* (Hrsg.), Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 9 AÜG, Rdnr. 7; *Schüren*, in: *Schüren/Hamann*, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 9, Rdnrn. 41 ff.
- 30 *Schüren*, in: *Schüren/Hamann*, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 9, Rdnr. 44; *Wank*, in: ErfK, 12. Aufl. 2012, § 9 AÜG, Rdnr. 6; *Ulrici*, in: *Hümmerich/Boecken/Düwell* (Hrsg.), Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 9 AÜG, Rdnr. 8.
- 31 BGH, NJW 1980, 452; *Wank*, in: ErfK, 12. Aufl. 2012, § 10 AÜG, Rdnr. 5; *Ulrici*, in: *Hümmerich/Boecken/Düwell* (Hrsg.), Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 10 AÜG, Rdnr. 5; *Schüren*, in: *Schüren/Hamann*, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 10, Rdnr. 36.
- 32 *Wank*, in: ErfK, 12. Aufl. 2012, § 10 AÜG, Rdnr. 6.
- 33 *Schüren*, in: *Schüren/Hamann*, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 10, Rdnr. 170.
- 34 ArbG Köln, BB 1996, 800, 801; *Schüren*, in: *Schüren/Hamann*, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 9, Rdnr. 29, § 10, Rdnr. 171; *Mengel*, in: *Thüsing* (Hrsg.), AÜG, 2. Aufl. 2008, § 9, Rdnr. 9.
- 35 *Schüren*, in: *Schüren/Hamann*, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 10, Rdnr. 173; *Däubler u. a.*, in: *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath* (Hrsg.), Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 10 AÜG, Rdnr. 7; *Ulber*, in: *Ulber*, AÜG, 4. Aufl. 2011, § 10, Rdnrn. 13, 27.
- 36 § 9 Abs. 1 OWiG; *Wank*, in: ErfK, 12. Aufl. 2012, § 16 AÜG, Rdnr. 2; *Däubler u. a.*, in: *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath* (Hrsg.), Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2010, § 16 AÜG, Rdnr. 2; *Schüren*, in: *Schüren/Hamann*, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 16, Rdnr. 22.