



## Forschungsstelle Recht der Gesundheitswirtschaft

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht

Fakultät für Rechtswissenschaft - Universität Bielefeld

Professor Dr. Oliver Ricken

Wiss. Mit.: Denis Hedermann • Bastian Reuter • Nicole Wiegard • Mandy Zibolka

### Entscheidung des Monats 2/2013

**LAG Berlin – Brandenburg, Teilurteil vom 9.1.2013 – 15 SA 1635/12**

#### Risiken der Arbeitnehmerüberlassung im Krankenhausbereich

##### Sachverhalt :

Die Beklagte betrieb in mehreren Orten Krankenhäuser, die sie vor einigen Jahren vom Land Brandenburg übernommen hatte. In diesen Krankenhäusern beschäftigte sie im Bereich der Krankenpflege ausschließlich Leiharbeiter. Verleiher waren zwei Unternehmen, die demselben Konzern angehörten, wie die Beklagte. Beide Tochterunternehmen besaßen eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Eine der Leiharbeiterinnen, die Klägerin dieses Verfahrens, hatte mit einer dieser Personal-Service-Gesellschaften einen Arbeitsvertrag als Gesundheits- und Krankenpflegerin abgeschlossen, wonach sie verpflichtet war, in einem bestimmten Postleitzahlenbereich in Kliniken tätig zu werden. Seit Abschluss dieses Arbeitsvertrages war die Klägerin jedoch durchgängig auf einer Station der Beklagten eingesetzt. Mit ihrer Klage machte sie nun u.a. geltend, dass von Beginn an zwischen ihr und der Beklagten, als der Krankenhausträgerin und nicht etwa mit der Personal-Service-Gesellschaft ein Arbeitsverhältnis als Gesundheits- und Krankenpflegerin bestehe.

##### Entscheidungsgründe:

Das LAG Berlin-Brandenburg bestätigte nun diese Rechtsauffassung der Klägerin. Soweit es hierbei um Zeiten ging, die vor dem 1.12.2011 lagen, sah das LAG Berlin-Brandenburg einen institutionellen Rechtsmissbrauch als gegeben an, der dazu führe, dass für die Zeiten vor dem 1.12.2011 zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen sei. Die 15. Kammer des LAG vertrat hierzu die Auffassung, dass ein solcher Rechtsmissbrauch vorliege, wenn das verleihende Konzernunternehmen nur an einen oder mehrere Konzernunternehmen Arbeitnehmer verleiht, nicht am Markt werbend tätig ist und die Einschaltung dieses verleihenden Unternehmens nur dazu dient, Lohnkosten zu senken oder Kündigungsschutzrechtliche Wertungen ins Leere laufen zu lassen. Folge hiervon wäre, dass nicht dem Verleihunternehmen sondern den „Scheinverleiher“ die Arbeitgeberstellung zukommt. Für die Zeit ab dem 1.12.2011 folge die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher, also hier der Krankenhausträgerin schon aus den §§ 10 Abs. 1 Satz 1, 9 Nr. 1 AÜG. Das LAG ist der Auffassung, dass eine dem Verleiher erteilte Erlaubnis, Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG durchzuführen, auf die vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern beschränkt sei. Dies entnahm das Gericht aus der zum 1.12.2011 in Kraft getretenen Vorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, wonach die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher vorübergehend erfolgt. Diese Norm sei als Verbotsvorschrift zu verstehen, die beinhalte, dass eine dauerhafte Überlassung von Arbeitnehmern unzulässig wäre. Dieses folge letztlich daraus, dass mit der gesetzlichen Änderung die europarechtliche Leiharbeitsrichtlinie umgesetzt werden sollte, nach der nach Auffassung des LAG Berlin-Brandenburg und Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur eine Dauerüberlassung unzulässig sei. Von einer nicht vorübergehenden Überlassung von Arbeitnehmern an einen Entleiher sei nach der bisherigen Rechtsprechung des LAG Berlin-Brandenburg (LAG Berlin-Brandenburg 19.12.2012 – 4 TABV 1163/12) immer dann auszugehen, wenn ein reiner Dauerbeschäftigungsbedarf abgedeckt werden soll. Insofern sei das Merkmal „vorübergehend“ jeweils arbeitsplatzbezogen und nicht etwa personenbezogen zu verstehen. Da für eine nicht vorübergehende Überlassung, die nach der jetzigen Fassung des AÜG verboten sei, das jeweilige Verleihunternehmen keine Erlaubnis besitze, sei die für Arbeitnehmerüberlassung ohne die erforderliche Erlaubnis vorgesehene Sanktionsnorm entweder direkt oder analog anzuwenden, sodass gemäß §§ 9, 10 AÜG in diesen Fällen ein

Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher, also hier der Krankenhausträgerin begründet werde.

##### Anmerkung:

Die Frage, wie die seit dem 1.12.2011 geltende Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG auszulegen sei, wird derzeit sowohl in Rechtsprechung als auch Schrifttum höchst kontrovers diskutiert.<sup>1</sup> Für die Praxis wird erst eine endgültige Entscheidung des BAG zumindest vorübergehend Klarheit geschaffen. Die rechtswissenschaftliche Diskussion zu dieser Frage muss dabei auch vor ganz unterschiedlichen rechtspolitischen bzw. beschäftigungspolitischen Ansätzen gesehen werden. So geht es einmal um die Zurückdrängung sog. prekärer Arbeitsverhältnisse, die insbesondere im Bereich der Zeitarbeit ausgemacht werden. Auf der anderen Seite steht der Wunsch nach einer immer weitergehenden Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse. Für den einen, wie auch für den anderen rechtspolitischen Ansatz mögen gute Gründe sprechen. Rechtspolitische Fragen sind aber zuvörderst eine Angelegenheit, mit der sich der jeweilige Gesetzgeber zu befassen hat, da schließlich er es ist, der in einem demokratischen Staatswesen dazu berufen ist, rechtspolitische Weichenstellungen zu treffen. Der Gesetzgeber hat aber mit Wirkung zum 1.12.2011 in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG wie folgt formuliert: „Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend“. Diese Formulierung hat der Gesetzgeber in dem Wissen gewählt, dass in der Praxis es durchaus zu lang andauernden oder gar dauerhaften Überlassungsvorgängen kommt. Trotzdem hat er eine Vorschrift geschaffen, der eine Rechtsfolge fehlt. Man mag dies rechtspolitisch bedauern oder im Hinblick auf „gute“ Gesetzgebungstätigkeit kritisieren. Die Vorschrift ist in dieser Unvollkommenheit Bestandteil des Gesetzes geworden. Das begründet aber auch eine Grenze für die Auslegung der Regelung. Hier ist daran zu erinnern, dass im Gesetzentwurf die Einfügung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG lediglich klarstellende Funktion haben sollte<sup>2</sup>. Dieses gebietet m.E. eine gewisse Zurückhaltung im Hinblick auf Auslegungsversuche, der Vorschrift mehr zu entnehmen, als ursprünglich die Verfasser des Gesetzentwurfes mit der Aufnahme des Merkmals „vorübergehend“ bewirken wollten und was der Gesetzgeber im Endeffekt geregelt hat. Schließlich hat der Gesetzgeber einen anderen Gesetzentwurf<sup>3</sup>, der an die nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung konkrete Rechtsfolgen knüpfte, ausdrücklich abgelehnt<sup>4</sup>. Vor diesem Hintergrund erscheinen die Ausführungen des LAG in Bezug auf § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG sehr fragwürdig. Für die Praxis in Krankenhäusern hat allerdings die derzeitige Diskussion über die Unzulässigkeit dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung noch eine weitere Komponente. Dies betrifft gerade die dort vielfach anzutreffenden Gestellungen von Arbeitnehmern zum Selbstkostenpreis. Durch die Novellierung in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG (Überlassung im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit) unterfallen diese Gestellungsverhältnisse auch dem AÜG. Würde die u.a. vom LAG Berlin-Brandenburg vorgezeichnete Rechtsprechung sich durchsetzen, hätte das zur Konsequenz, dass dauerhaft gestellte Arbeitnehmer unmittelbar Arbeitnehmer des Krankenhauses werden<sup>5</sup>. Dies würde in vielen Bereichen der Gesundheitswirtschaft zu sozialversicherungsrechtlich ganz erheblichen Risiken auf Arbeitgeberseite führen und tiefgreifende personelle Umstrukturierungsmaßnahmen erforderlich machen.

**Autor: Professor Dr. Oliver Ricken (Tel. 0521-106-4414)**

<sup>1</sup> Vgl. den Meinungsstand bei: Giesen, FA 2012, 66 ff.; Thüsing/Stiebert, DB 2012, 632 ff.

<sup>2</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines 1. Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung, BT-Drs. 17/4804, S. 8.

<sup>3</sup> Gesetz zur strikten Regulierung der Arbeitnehmerüberlassung - BT-Drs. 17/3752.

<sup>4</sup> BT-Prot. 17/99, S. 11379C.

<sup>5</sup> Schreiner/Rütz, MedR 2012, 373 ff.