

## Anwendung der Leiharbeitsrichtlinie auf Rot-Kreuz-Schwestern

**Art. 1 Abs. 1 und 2, 3 Abs. 1a, c und 2 RL 2008/104/EG**

**Eine Überlassung von Arbeitnehmern i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG liegt auch dann vor, wenn ein Verein im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit ein Mitglied durch Gestellungsvertrag an ein Unternehmen überlässt, damit es bei diesem eine weisungsabhängige Tätigkeit gegen Entgelt verrichtet, und es aufgrund seiner Arbeitsleistung ähnlich einem Arbeitnehmer sozial geschützt ist.**

**BAG, Beschluss vom 21. Februar 2017 – 1 ABR 62/12**

### PROBLEMPUNKT

Das Urteil ist im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen dem Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH und der Ruhrlandklinik gGmbH ergangen. Die Parteien stritten über eine Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats wegen der dauerhaften Gestellung eines Mitglieds der DRK-Schwwesternschaft e. V. an die Ruhrlandklinik. Zwischen dieser und der Schwwesternschaft besteht ein Gestellungsvertrag. Nach Ansicht der Ruhrlandklinik entbehrt die Verweigerung des Gremiums jeder Grundlage. Das AÜG finde keine Anwendung, da die Mitglieder der Schwwesternschaft nach dem nationalen Recht keine Arbeitnehmer wären. Insbesondere bestehe auch kein Arbeitsvertrag oder

Arbeitsverhältnis. Das BAG legte dem EuGH die Frage vor, ob Mitglieder der Schwwesternschaft – auch wenn sie nach deutschem Recht keine Arbeitnehmer sind – dennoch wegen Art. 1 Abs. 1 der RL 2008/104 als Arbeitnehmer anzusehen seien und ob die Überlassung durch die Schwwesternschaft an die Ruhrklinik auch eine wirtschaftliche Tätigkeit i. S. d. Art. 1 Abs. 2 der RL 2008/104 sei. Der EuGH spielte den Ball wieder zurück. Nach seiner Ansicht ist es Sache der nationalen Gerichte, die konkreten Voraussetzungen für eine Arbeitnehmereigenschaft zu prüfen. Das Mitglied der Schwwesternschaft erhält eine monatliche Vergütung, eine Anwartschaft auf Ruhegeld, Anspruch auf Erholungsurlaub, die Erstattung von Reise- und Umzugskosten sowie Fortzahlung der Vergütung im Falle der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall. Daher unterscheidet sich das Verhältnis der Mitglieder als Leiharbeiter zur Ruhrlandklinik nicht wesentlich von dem eines Arbeitnehmers.

### ENTSCHEIDUNG

Das BAG ist der Auffassung des EuGH gefolgt und hat den Zustimmungsersetzungsantrag der Klinik abgewiesen. Nach seiner Ansicht handelt es sich aufgrund der gebotenen unionskonformen Auslegung dann um eine Arbeitnehmerüberlassung, wenn eine DRK-Schwester, die als Mitglied einer DRK-Schwwesternschaft angehört, von dieser in einem von Dritten betriebenen Krankenhaus eingesetzt wird, um dort gegen Entgelt tätig zu werden. Im Ergebnis ist der Entscheidung zuzustimmen. Da DRK-Schwwestern ebenso wie Leiharbeiter für den Entleiher weisungsgebundene Arbeiten erbringen und zudem in Sachen Urlaub, Krankheit, Mutterschutz und Elternzeit ähnlich wie Arbeitnehmer behandelt werden, liegt es nahe, diese ebenfalls unter den Schutz der Leiharbeitsrichtlinie zu stellen.

Jedoch ist die Begründung dieser Entscheidung durch den EuGH kritisch zu hinterfragen. Ihr zufolge soll der Anwendungsbereich der RL nur dann eröffnet sein, sofern das Mitglied aufgrund der Arbeitsleistung in dem betreffenden Mitgliedstaat geschützt ist. Dies zu prüfen, ist wiederum Sache des vorlegenden Gerichts. Allerdings entsteht hier ein Widerspruch zu einem weiteren zentralen Argument in der Entscheidung, demzufolge die Qualifikation der weisungsabhängigen Tätigkeit im nationalen Recht nicht entscheidend sein kann. Anderenfalls wird das Ziel der RL, den Schutz von Leiharbeitnehmern zu harmonisieren, nicht erreicht. Das Harmonisierungsanliegen der Leiharbeitsrichtlinie wird aber nur verwirklicht, wenn ihr Anwendungsbereich bereits dann eröffnet ist, sobald eine weisungsgebundene Tätigkeit für einen fremden Arbeitgeber vorliegt. Sind diese Tatbestandsmerkmale erfüllt, sollte die betroffene Person bereits unter dem Schutz der Leiharbeitsrichtlinie stehen.

### KONSEQUENZEN

Das BAG gibt seine ständige Rechtsprechung auf, der zufolge Mitglieder einer DRK-Schwwesternschaft keine Arbeitnehmer i. S. d. nationalen Rechts sind. Das hat weitreichende Folgen für die DRK-Schwwesternschaften in Deutschland. Am 1.4.2017 ist das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in Kraft getreten. Seitdem können Leiharbeiter in der Zeitarbeit nur noch bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten bei einem Entleiher eingesetzt werden. Damit ist das derzeitige Modell der DRK-Schwwesternschaften nicht mehr aufrechtzuerhalten. Jedoch streben das BMAS und das DRK eine Lösung an. Man will sich auf den Erhalt des Modells der DRK-Schwwestern verständigen. Mittels einer Ergänzung des DRK-Gesetzes soll erreicht werden, dass für die Gestellung von Mitgliedern einer DRK-Schwwesternschaft das AÜG mit der Maßnahme gilt, dass die Regelungen zur Überlassungshöchstdauer auf diese nicht anwendbar sind. Auf diese Art und Weise wäre die unbefristete Gestellung von Mitgliedern einer DRK-Schwwesternschaft weiterhin möglich.

Darüber hinaus könnte die Entscheidung neben den DRK-Schwwesternschaften auch Auswirkungen auf andere Beschäftigungsgruppen haben, bspw. Fremdgeschäftsführer, freie Mitarbeiter oder arbeitnehmerähnliche Personen. Diese stehen nach deutschem Recht nicht in einem Arbeitsvertragsverhältnis, sondern in einem sonstigen Vertragsverhältnis. Wenn diese bei einem Dritten eingesetzt werden, könnte auch in diesen Fällen eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegen. Mit Blick auf die aktuelle Rechtsprechung stellt sich weiterhin die Frage, ob die Mitglieder der DRK-Schwwesternschaften insolvenzgeldfähig sind, was im Rahmen einer Restrukturierung durch ein gerichtlich geordnetes Verfahren von Bedeutung wäre. Die Vorschriften über das Insolvenzgeld enthalten keine Definition des Arbeitnehmers. Geschützt werden sollen nach diesen Vorschriften aber Beschäftigte im arbeitsförderungsrechtlichen Sinn. Das muss bedeuten, dass auch die Mitglieder der Schwwesternschaft grundsätzlich insolvenzgeldfähig sein müssen.

### PRAXISTIPP

**Abzuwarten bleibt, ob der Gesetzgeber eine Ausnahme von der nationalen Überlassungshöchstfrist für bestimmte Beschäftigungsgruppen vorsieht. Eine dauerhafte Gestellung ist erst einmal nicht mehr zulässig.**

*RA und FA für Arbeitsrecht  
Dr. Christoph Kurzböck,  
RAin Franziska Merkl,  
Beratungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Rödl & Partner, Nürnberg*