

## ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG

# Ungewisse Perspektiven

VON MATTHIAS UHL UND  
ALPARSLAN AKKILIC



Dr. Matthias Uhl forscht und berät in der Kanzlei Schick und Schaudt Rechtsanwälte in Stuttgart zum Recht der Non-Profit-Organisationen. Alparslan Akkılıç ist Rechtsanwalt in Stuttgart mit Schwerpunkt im Arbeitsrecht. [www.schick-schaudt.eu](http://www.schick-schaudt.eu)

**Nach der Rechtsprechung dürfen Rotkreuzschwestern nur innerhalb der allgemeinen rechtlichen Schranken an andere Unternehmen gestellt werden. Der Gesetzgeber hat dies nun mittels Sonderregelung korrigiert. Diese Korrektur wirft Fragen auf und deutet neue Perspektiven an.**

Nach der Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 17. November 2016 (EuGH, C-216/15) entschied das Bundesarbeitsgericht mit Beschluss vom 21. Februar 2017 (BAG, 1 ABR 62/12): Die auf vertraglicher Grundlage erfolgte Gestellung von Rotkreuzschwestern an andere Unternehmen ist nur nach den Bestimmungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) erlaubt. Danach ist eine dauerhafte Überlassung von Arbeitnehmern grundsätzlich unzulässig und allenfalls eine vorübergehende Überlassung möglich, die auf eine Dauer von maximal 18 Monaten gedeckelt ist.

Nach der bezeichneten Rechtsprechung gilt diese Deckelung auch für die ca. 25.000 Rotkreuzschwestern. Diese Schwestern werden zum Teil anderen Kliniken und Pflegeeinrichtungen gegen Entgelt überlassen und unterliegen dann den fachlichen Weisungen des Entleihers, in dessen Organisation sie eingebunden sind. Laut Europäischem Gerichtshof und Bundesarbeitsgericht gehören sie damit zu denjenigen Personen, die nach der EU-Leiharbeitsrichtlinie (2008/104/EG) ähnlich einem Arbeitnehmer geschützt werden müssen, auch wenn sie ihre kranken- und gesundheitspflegerischen Dienste auf der Grundlage einer vereinsrechtlichen Mitgliedschaft erbringen. Dies führte für reichlich Aufsehen, zumal die Mitglieder entsprechender Schwesternschaften nach bisheriger Judikatur grundsätzlich nicht als Arbeitnehmer qualifiziert worden sind.

Für den 31. Mai 2017 war eine Beratung des Bundestagsausschusses für Arbeit und Soziales angesetzt, in dem der Entwurf eines (sozialrechtlich geprägten) Rentengesetzes diskutiert worden ist. Auf dieser Sitzung ist von Seiten der damaligen Koalitionsfraktionen ein (thematisch fremder) Änderungsantrag zum »Gesetz über das Deutsche Rote Kreuz und andere freiwillige Hilfsgesellschaften im Sinne der Genfer Rotkreuz-Abkommen« (DRKG) eingebracht worden (BT-Drs. 18/12548). Dieser Antrag verfolgte das Ziel, DRK-Schwesternschaften eine dauerhafte Überlassung an Einrichtungen außerhalb des DRK zu ermöglichen. Der Antrag war erfolgreich und passierte die weiteren Stationen des Gesetzgebungsverfahrens. Nach der am 25. Mai 2017 in Kraft getretene Neuregelung in § 2 Abs. 4 DRKG ist es möglich, Rotkreuzschwestern ohne zeitliche Grenzen zu überlassen.

Im Sachverhalt, der dem Bundesarbeitsgericht zugrunde lag, stritten die Beteiligten über die Ersetzung einer vom Betriebsrat verweigerten Zustimmung zur dauerhaften Überlassung einer DRK-Schwester. Das Gericht lehnte es ab, die Zustimmung zu der beabsichtigten Übernahme zu ersetzen. Mangels Rückwirkung wirkt sich § 2 Abs. 4 DRKG auf diese gerichtliche Entscheidung nicht aus.

Seit dem 25. Juli 2017 haben Arbeitgeber nun die Möglichkeit, den Betriebsrat nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG an der Einstellung einer Rotkreuzschwester zu beteiligen, ohne dass dieser Einstellung entgegengehalten werden kann, sie ver-

stoße gegen ein Gesetz. Eine Zustimmungsverweigerung erwies sich als unbeachtlich.

Bemerkenswert ist, dass die den DRK-Schwesternschaften gewährte Sonderrolle nicht im AÜG zugesprochen wurde, sondern im DRKG. Die Ausnahme gilt damit ausschließlich für die Schwesternschaften des DRK, nicht also für vergleichbare

schaft für möglich erachtet werden. Diese – in europarechtlicher Sicht umstrittenen – Ausnahmen lassen sich damit rechtfertigen, dass solche Gestellungen als besondere Formen der Aufgabenverlagerungen erachtet werden und die damit verbundenen Bestandsinteressen der betroffenen Arbeitnehmer Schutz verdienen (BT-Drs. 18/9232, 22).

## »Die Personalüberlassung könnte zu einem allgemeinen Gesetz zugunsten sozialer Einrichtungen entwickelt werden«

Fälle weiterer sozialer Einrichtungen des Pflege- und Gesundheitssystems.

Das rückt die Regelung in den Dunstkreis eines nach Art. 19 Abs. 1 S. 1 des Grundgesetzes verpönten Einzelfallgesetzes und erregt mit Blick auf andere (weltliche) soziale Hilfsorganisationen unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes weitere Zweifel. Letztere könnten sich diskriminiert fühlen, weil sie ihr Personal lediglich in den Schranken des AÜG stellen dürfen, obwohl sie ebenfalls zu Nutz und Frommen des Allgemeinwohls tätig sind.

Vor dem Hintergrund der genannten EuGH-Entscheidung, demzufolge Rotkreuzschwestern gerade in den Anwendungsbereich der EU-Leiharbeitsrichtlinie fallen, diskutieren Juristen überdies darüber, ob der neue § 2 Abs. 4 DRKG europarechtskonform ist. Das Bundesarbeitsgericht hatte es offengelassen, ob eine solche Ausnahmeregelung von Bestand sein kann.

Beide vorstehend geäußerten Problemlagen ließen sich möglicherweise lösen. Der Anschein eines Einzelfallgesetzes wäre vermieden, wenn der Tatbestand der »Schwesternschaft« – kurz: die Leistung pflegerischer Dienste außerhalb eines klassischen Arbeitsverhältnisses – als generell-abstrakt formulierte Ausnahmeregelung in das AÜG eingepflegt werden würde. Solche Regelungen sind dem AÜG keineswegs fremd, werden doch in § 1 Abs. 3 AÜG u. a. bestimmte Arbeitnehmerüberlassungen ausnahmsweise dauerhaft zugelassen, wenn sie durch einen Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes oder durch die Regelung einer öffentlich-rechtlichen Religionsgemein-

Eine unionsrechtskonforme Ausnahme für Schwesternschaften dürfte daher wohl lediglich gelingen, wenn dergleichen auch über solche Schwesternschaften gesagt werden könnte. Dazu müssten die dem Allgemeinwohl dienenden Leistungen der Schwesternschaften den hoheitlichen Aufgaben, die der öffentliche Dienst erbringt, wertungsmäßig gleichgestellt werden. Eine (europa-) politische Entscheidung, Schwesternschaften – oder gar soziale Einrichtungen jedweder Couleur! – gegenüber sonstigen Marktteilnehmern aufgrund ihrer sozialen Nützlichkeit zu privilegieren, wäre hierfür eine wesentliche Voraussetzung.

Für die Sozialwirtschaft bleibt der Blick schließlich auf die Gestellung von Schwestern im Bereich von Diakonie, Caritas oder kirchlichen Orden zu richten. Bei diesen kann das Verhältnis der Überlassenen zu Ihrer Mutterorganisation im Vergleich zu einer DRK-Schwesternschaft abweichen, – und zwar ideell wie rechtlich (und übrigens auch steuerlich, vgl. § 4 Nr. 27 Buchst. a UStG und Art. 132 Abs. 1 Buchst. k MwStSystRL): Das eine Wirken ist religiös, das andere weltlich motiviert.

Daneben wird die Rechtslage entscheidend durch die Kirchlichkeit beeinflusst, die auch vom Europarecht respektiert werden muss: Nach Art. 17 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV) hat die EU »den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen« zu achten. Schwesternschaften dürfen folglich nicht über einen Kamm geschoren werden.

## Resümee

Der Gesetzgeber hat in § 2 Abs. 4 DRKG eine Sonderregelung geschaffen, die DRK-Schwesternschaften eine zeitlich grenzenlose Überlassung an andere Unternehmen ermöglicht. Aufgrund von Zweifeln an der rechtlichen Zulässigkeit dieser Maßnahme wäre es wenig verwunderlich, wenn diese in Zukunft auf einen gerichtlichen Prüfstein gestellt werden würde.

Angesichts der allgemeinwohldienlichen Nützlichkeit von sozialen Einrichtungen sollte verstärkt darüber nachgedacht werden, diese mittels einer abstrakt-generellen Regelung aus dem Überlassungshöchstzeitraum von 18 Monaten auszuklammern. Ob sich eine solche Maßnahme als europarechtskonform erweist, ist zum derzeitigen Stand noch nicht gesichert. ■



### Diakonische Unternehmen multirational führen

Grundlagen – Kontroversen – Potentiale

Herausgegeben von Prof. Dr. Beate Hofmann und Prof. Dr. Martin Büscher

2017, 356 S., brosch., 69,- €

ISBN 978-3-8487-4405-3

eISBN 978-3-8452-8662-4

(Reihe Diakoniewissenschaft/ Diakonienmanagement, Bd. 10)

nomos-shop.de/30414

