



Auswirkungen des geänderten Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) auf die Personalüberlassung im Bereich der Radiologie

Inhalt

1. **Einführung**
2. **Grundmodell der Arbeitnehmerüberlassung**
 - a. **Arbeitnehmerüberlassung i.S.d § 1 Abs. 1 AÜG**
 - b. **Konzernleihe**
 - c. **Gemeinschaftsbetrieb**
3. **Anwendbarkeit des AÜG in typischen Kooperationsformen**
 - a. **Berufsausübungsgemeinschaften**
 - b. **Praxisgemeinschaft**
 - c. **Überlassung von Personal eines Krankenhauses an ein medizinisches Versorgungszentrum (MVZ)**
 - d. **Großgerätekooperationen**
4. **Regelungen im AÜG**
 - a. **Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 AÜG**
 - b. **Überlassungshöchstdauer**
 - c. **Grundsatz der Gleichstellung (§ 8 Abs. 1 AÜG)**
 - d. **Drohende Sanktionen im AÜG**
5. **Fazit**

1. Einführung

Die Tätigkeit vieler Radiologen und radiologischer Praxen ist geprägt durch Kooperationen mit anderen Praxen und Krankenhäusern und einen arbeitgeberübergreifenden Personaleinsatz. Der Trend zu ärztlichen Zusammenschlüssen - unter Berücksichtigung einer insgesamt sinkenden Anzahl an Praxen - nahm in den vergangenen Jahren stetig zu, wie aktuelle Zahlen der KBV belegen

(<http://gesundheitsdaten.kbv.de/cms/html/16736.php>; Zahlen jeweils exklusive Psychotherapeuten). Kooperationen zwischen Krankenhäusern und ihren MVZ oder ihren Servicegesellschaften waren bereits in den 2000er Jahren am AÜG zu messen, allerdings dachte bis zur früheren Reform des AÜG im Jahre 2011 kaum ein Krankenhausgeschäftsführer an die Anwendbarkeit des AÜG im Verhältnis zu Kooperationspartnern, wie z.B. radiologischen Praxen. Nach der Reform

des AÜG aus dem Jahre 2017 drängt sich erneut die Frage auf, wann ein Personalaustausch unter kooperierenden Parteien an den neuen strengeren Vorschriften des AÜG zu messen ist. Die Teilung personeller Ressourcen ist häufig auf Dauer angelegt, sodass die Regelungen über Arbeitnehmerüberlassung verschiedenen Kooperationsformen fundamental entgegenstehen können. Eine outgesourcte Radiologie eines Krankenhauses ist Dienstleister des Krankenhauses. Zur Erbringung der Dienstleistungen bedarf es des Einsatzes von Personal, das entweder in der radiologischen Praxis oder in dem Krankenhaus angestellt ist. Daneben schließen sich zunehmend radiologische Praxen mit anderen Praxen, die nicht zwingend radiologische Praxen sind, zu Verbänden zusammen und planen dabei den gemeinsamen Einsatz von Personal. Aus diesen vertraglichen Konstellationen folgen verschiedene Problemstellungen hinsichtlich der Arbeitnehmerüberlassung.

2. Grundmodell der Arbeitnehmerüberlassung

a. Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. § 1 Abs. 1 AÜG

Die Änderungen im AÜG haben selbstverständlich nur dann Auswirkungen auf die Kooperationsformen, wenn es sich bei dem Personaleinsatz überhaupt um eine Arbeitnehmerüberlassung handelt. Eine Arbeitnehmerüberlassung findet grundsätzlich in einem Dreiecksverhältnis zwischen dem „Verleiher“, dem „Entleiher“ und dem „Leiharbeiter“ statt. In der Regel existieren nur zwei vertragliche Verbindungen: Zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer besteht ein Arbeitsvertrag. Dem Entleiher wird vertraglich die Weisungsbefugnis über den „Leiharbeiter“ eingeräumt. Allerdings ist die vertragliche Ausgestaltung in einer solchen Dreieckskonstellation nicht das entscheidende Abgrenzungskriterium zu anderen Formen der Personalgstellung. Was unter einer Arbeitnehmerüberlassung zu verstehen ist, ist in § 2 Abs. 1 S. 2 AÜG gesetzlich definiert. Dort heißt es:

„Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.“

Es bedarf einer Überlassung außerhalb der eigenen Praxisorganisation. Außerdem ist eine Ab-

grenzung zu einem Werk- oder Dienstverhältnis vorzunehmen. Ausgangspunkt für die Abgrenzung ist der Vertragsinhalt. Ergeben sich aus dem Vertrag und der tatsächlichen Durchführung Widersprüche, so ist nach § 12 Abs. 1 S. 2 AÜG auf die tatsächliche Durchführung abzustellen. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) präziserte in seinem Urteil vom 27.06.2017, Az.: 9 AZR 133/16, die Abgrenzung zwischen einem Werk-/Dienstvertrag und einer Arbeitnehmerüberlassung. Obwohl das neue AÜG in § 1 Abs. 1 S. 2 eine Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung normiert, fehlt eine Festlegung der Unterscheidungsmerkmale, die eine Einordnung eines Vertrages erleichtern würde. Das Urteil, das noch zum AÜG in der bis zum 31.03.2017 geltenden Fassung erging, liefert entscheidende Kriterien zur Differenzierung der Arbeitnehmerüberlassung von Werk- bzw. Dienstverträgen.

Das BAG bezieht sich in seinem Urteil darauf, dass der Werkbesteller dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werkes erteilen könne. Entsprechendes gelte auch für Dienstverträge (BAG, Urteil vom 27.06.2017, Az.: 9 AZR 133/16, juris Rn. 26). Von diesen projektbezogenen werkvertraglichen Anweisungen i.S.d. § 645 Abs. 1 S. 1 BGB sei die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis zu unterscheiden, welche sich durch den Personenbezug sowie die Ablauf- und Verfahrensorientierung auszeichne, so das BAG. Demzufolge können ausschließlich Anleitungen zur Vorgehensweise und zur Motivation des Mitarbeiters durch den Verleihenden erteilt werden, wohingegen das werkvertragliche Anweisungsrecht weiter reicht.

Nach dem 01.04.2017 hat die Differenzierung zwischen einem Werk- bzw. Dienstvertrag und einer Arbeitnehmerüberlassung an Bedeutung gewonnen. Ein fehlgeschlagener Werk- oder Dienstvertrag kann nicht durch eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis abgesichert werden, da nach § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG die Bezeichnung als Arbeitnehmerüberlassung vor dem Überlassen oder Tätigwerden des Arbeitnehmers erfolgen muss und abweichende Verträge nach § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG als unwirksam gelten. Vor der Rechtsänderung konnten sich Arbeitgeber, meist waren es Krankenhäuser, vorsorglich eine Arbeitnehmerüberlassungsgenehmigung erteilen lassen, die dann zum Tragen kommen sollte, wenn der Werk- oder Dienstvertrag sich als Arbeitnehmerüberlassung herausgestellt hätte. Seit der

Änderung des AÜG muss die Festlegung auf einen Vertragstypus erfolgen und der doppelte Boden einer vorsorglichen Genehmigung entfällt.

b. Konzernleihe

Konzernunternehmen, die anderen Unternehmen ihres Konzerns vorübergehend Arbeitnehmer überlassen, sind von den Beschränkungen des AÜG im Wesentlichen befreit (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG). Entscheidend ist die Zusammenfassung rechtlich selbstständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung (Fett in Bürgers, Tobias/Körber, Torsten; Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, § 18 Rn. 1, Heidelberg 2008). Die Abhängigkeit wird in der Regel dadurch vermittelt, dass das herrschende Unternehmen über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile des abhängigen Unternehmens verfügt (§§ 16, 17 AktG). Das Konzernprivileg greift allerdings nur dann, wenn der Personaleinsatz in dem anderen Konzernunternehmen weder zum Zwecke der Überlassung eingestellt noch beschäftigt wird (BT-Drs. 10/3206, S. 33). Mit der Normierung in § 1 Abs. 2 Nr. 2 AÜG soll die bewusste Umgehung der Vorschriften des AÜG durch den Zusammenschluss zu einem Konzern verhindert werden. Für die radiologische Praxis ist diese Besonderheit des AÜG von keiner besonderen Bedeutung.

c. Gemeinschaftsbetrieb

Als Alternative zur Arbeitnehmerüberlassung kann auch der Gemeinschaftsbetrieb dienen, bei dessen Vorliegen die Beschränkungen des AÜG ebenfalls nicht greifen. Der Begriff des Gemeinschaftsbetriebes wurde von der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung entwickelt und ist insoweit als unbestimmter Rechtsbegriff auslegungsbedürftig. Nach dem BAG ist von einem gemeinsamen Betrieb mehrerer Unternehmen auszugehen, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird (BAG, Urteil vom 11.02.2004, Az.: 7 ABR 27/03, NZA 2004, 619). Die einheitliche Leitung müsse sich auf die wesentlichen Funktionen des Arbeitnehmers in personellen und sozialen Angelegenheiten erstrecken, eine rein unternehmerische Zusammenarbeit genüge hingegen nicht.

3. Anwendbarkeit des AÜG in typischen Kooperationsformen

a. Berufsausübungsgemeinschaften

Wenn radiologische Zusammenarbeit auf die gemeinsame Behandlung von Patienten gerichtet sein soll, empfiehlt sich meist die Gründung einer (örtlichen) Berufsausübungsgemeinschaft (BAG) nach § 33 Abs. 2, 3 Ärzte-ZV. Kennzeichnend für die BAG ist neben der gemeinsamen Patientenbehandlung die gemeinsame Haftung sowie Kosten- und Gewinnverteilung, wobei die gemeinsame Berufsausübung nicht an einen Praxisstandort gebunden ist (überörtliche BAG, vgl. § 33 Abs. 2 S. 2 Ärzte-ZV). Ärztliches sowie nicht-ärztliches Personal ist bei der Berufsausübungsgemeinschaft selbst durch Arbeitsvertrag angestellt. Die gesellschaftlich beteiligten Radiologen können jeweils auf das gleiche gemeinsame Personal zugreifen und Weisungsrechte ausüben. Das AÜG ist in diesen Fällen nicht anwendbar, da es nicht zu einer Überlassung der Arbeitnehmer außerhalb der eigenen Praxisorganisation kommt.

b. Praxisgemeinschaft

Bei der Praxisgemeinschaft nach § 33 Abs. 1 Ärzte-ZV geht es hingegen nur um die Nutzung gemeinsamer Organisationsstrukturen, wie Praxisräumen und Praxiseinrichtungen, und die gemeinsame Beschäftigung von Hilfspersonal und gerade nicht um die gemeinsame Berufsausübung. Es ist nicht unüblich, dass jeder Arzt eigene Arbeitsverträge mit dem nicht-ärztlichen Personal abschließt. Je nach Ausgestaltung dieser Arbeitsverträge kann es zu einer Arbeitnehmerüberlassung kommen, wenn das Hilfspersonal nicht bei der Praxisgemeinschaft, sondern einer Mitgliedspraxis angestellt ist. Wenn ein Arbeitnehmer, der in einer der beiden Praxen angestellt ist, dauerhaft auch in der anderen Praxis tätig wird und deren Gesellschafter Weisungsrechte ausüben können, liegt ein Fall der Arbeitnehmerüberlassung vor. Die Problematik der Anwendbarkeit des AÜG in Fällen der Anstellung nicht-ärztlichen Personals lässt sich allerdings vermeiden, wenn die Angestellten bei der Praxisgemeinschaft angestellt sind oder beide radiologische Praxen separate Arbeitsverträge mit dem Personal abschließen. Etwas anderes gilt jedoch für das ärztliche Personal, das in einer Praxisgemeinschaft angestellt ist oder angestellt

werden soll. Im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung kennt die Zulassungsverordnung für Ärzte keine Anstellung eines Arztes in der Praxisgemeinschaft. § 33 Abs. 1 Ärzte-ZV, der die Praxisgemeinschaft regelt, sieht seinerseits die Anstellung von ärztlichem Personal nicht vor. Nach § 95 Abs. 9 besteht für Vertragsärzte die Möglichkeit der Anstellung von Ärzten, die in das Arztregister eingetragen sind. Die Regelung gilt auch für die Anstellung von Ärzten in einem MVZ (§ 72 Abs. 1 S. 2 SGB V). Arztstellen im Sinne des § 95 Abs. 9 SGB V kann es in der Praxisgemeinschaft demzufolge nicht geben. Allenfalls kann ein auf einer Arztstelle angestellter Radiologe eine Vertretertätigkeit in der anderen Praxis wahrnehmen. Die Vertretung in einer anderen Praxis stellt jedoch keine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG dar. Deutlich wird dies durch die fehlende Möglichkeit der Ausübung der Weisungsbefugnis eines nicht anwesenden Arztes gegenüber dem angestellten Radiologen.

c. Überlassung von Personal eines Krankenhauses an ein Medizinisches Versorgungszentrum (MVZ)

Häufig anzutreffen ist ein arbeitgeberübergreifender Personaleinsatz zwischen Krankenhäusern und einem MVZ des Krankenhauses. Eine Vielzahl von Krankenhäusern hat MVZ mit einer Trägergesellschaft in der Rechtsform einer GmbH gegründet, in welchen Radiologen des Krankenhauses tätig sind. Werden MFAs, MTRAs sowie ärztliches Personal des Krankenhauses an das MVZ überlassen, so handelt es sich um eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung. Das Krankenhaus überlässt dem Entleiher (hier dem MVZ) das fachliche Weisungsrecht, sodass dieses dem überlassenen Personal fachliche, örtliche und inhaltliche Anleitungen zur Arbeitsweise übermitteln kann, sodass prinzipiell die strengen Vorschriften des AÜG anwendbar sind. Allerdings ist das Konzernprivileg nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG einschlägig, sofern es sich um eine MVZ-GmbH des Krankenhauses handelt und sofern die Arbeitnehmer nicht ausschließlich zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden und eine nur vorübergehende Überlassung stattfindet. Im Bereich von angestellten Radiologen kann eine nur vorübergehende Überlassung zweifelhaft sein. Die Zulassung eines Radiologen auf eine Arztstelle in einem MVZ muss vom Zulassungsausschuss genehmigt werden. Bei einer Genehmigung seitens des Zulassungsausschus-

ses wird eine nur vorübergehende Überlassung ausscheiden, weil die Tätigkeit zur Sicherstellung der Versorgung von Dauer sein soll.

d. Großgerätekooperationen

Gerätekooperationen zwischen einem Krankenhaus, anderen Praxen und einem Radiologen sind immer häufiger anzutreffen. Der Kooperationsvertrag beinhaltet die Nutzung der Großgeräte und häufig, wenn gleich nicht zwingend, die Zurverfügungstellung des zur Bedienung der Geräte erforderlichen Personals, insbesondere von MTRAs radiologischer Praxen. Der Schwerpunkt des Dienstleistungsvertrags in der Radiologie liegt in der Nutzungsmöglichkeit der Großgeräte. Die Zurverfügungstellung des Fachpersonals dient regelmäßig dazu, die Geräte technisch qualifiziert zu bedienen und Strahlenschutzvorgaben einzuhalten. Bei der vertraglichen Ausgestaltung der Kooperation wird es hingegen nicht in erster Linie darum gehen, dem Kooperationspartner Weisungsrechte einzuräumen. Auch wenn es primär nicht bezweckt sein dürfte dem Gerätenutzer intensive Weisungsrechte einzuräumen, so entscheidet der Gerätenutzer in der Regel, wann welche Tätigkeit von dem nicht-ärztlichen Personal ausgeübt wird. In einem solchen Fall ist der Anwendungsbereich des AÜG eröffnet.

4. Regelungen im AÜG

a. Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 AÜG

Die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung wird gemäß § 2 AÜG auf schriftlichen Antrag durch die Bundesagentur für Arbeit erteilt (§ 17 AÜG). Sie kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden und auch unter Vorbehalt des Widerrufs erteilt werden. Die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis ist durch die Behörde auf 1 Jahr zu befristen. Im Fall, dass der Verleiher in drei aufeinanderfolgenden Jahren nach § 1 AÜG als Verleiher erlaubt tätig war, kann die Erlaubnis auch unbefristet erteilt werden. Wer entgegen § 1 AÜG einen Leiharbeiter einem Dritten ohne Erlaubnis überlässt, begeht eine Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße bis zu 30.000,- Euro geahndet wird (§ 16 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 AÜG). Die Geldbuße trifft auch den Entleiher, der einen ihm von einem Verleiher ohne Erlaubnis überlassenen Leiharbeiter tätig werden lässt (§ 16 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 AÜG).

b. Überlassungshöchstdauer

Die Überlassung des Arbeitnehmers nach § 1 Abs. 1b AÜG ist auf eine Höchstdauer von 18 aufeinanderfolgende Monate beschränkt. Aufeinanderfolgend bedeutet, dass die Überlassung nicht durch einen Zeitraum von mehr als 3 Monaten unterbrochen wurde. Zeitlich eingegrenzt wird dabei nicht die generelle Besetzung eines Arbeitsplatzes durch einen Leiharbeiter, sondern der individuelle Einsatz eines Leiharbeitnehmers. Mit Hilfe eines Rotationsprinzips kann ein Arbeitsplatz daher durchaus dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzt werden. Alle bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der AÜG-Reform vom 01.04.2017 bereits bestehenden Arbeitnehmerüberlassungen müssen spätestens bis zum 30.09.2018 bereinigt sein. Die Frage der Überlassungshöchstdauer stellt sich meist, wenn eine radiologische Praxis eine radiologische Abteilung eines Krankenhauses als ausgegliederte Abteilung übernommen hat und das Krankenhauspersonal der Abteilung weiterhin einsetzt, ohne es arbeitsrechtlich übernommen zu haben. Im Bereich der Geräteüberlassung mit Personalabstellung wird die Höchstdauer ggf. nicht erreicht, weil es sich in der Regel nur um kurze Überlassungen zwecks Durchführung einzelner Untersuchungen handelt und verschiedenes, wechselndes nicht-ärztliches Personal eingesetzt wird.

c. Grundsatz der Gleichstellung (§ 8 Abs. 1 AÜG)

Der Grundsatz der Gleichstellung galt schon vor der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes aus dem Jahre 2017. Nach diesem Grundsatz sind Leiharbeiter hinsichtlich der Arbeitsbedingungen genauso zu behandeln wie bei dem Entleiher dauerhaft beschäftigte Kollegen. Insbesondere ist den Leiharbeitnehmern während der Überlassung die Vergütung zu zahlen, die einem vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers gezahlt wird. Darüber hinaus gilt nach der Norm für den Verleiher die Verpflichtung, alle sonstigen wesentlichen Arbeitsbedingungen zu gewährleisten, die der Leiharbeiter als Beschäftigter des Entleihers erhalten würde. Von dem Gebot der Gleichstellung nach § 9 Nr. 2 AÜG kann nicht zu Lasten des Leiharbeitnehmers durch einzelvertragliche Vereinbarungen abgewichen werden. Die Nichtbeachtung stellt eine Ordnungswidrigkeit dar und kann ein Bußgeld von bis zu 500.000,- Euro nach sich

ziehen (§ 16 Abs. 1 Nr. 7a, Abs. 2 AÜG).

d. Drohende Sanktionen im AÜG

Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeiter nach § 9 AÜG unwirksam, so gilt der Arbeitsvertrag zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter zu dem zwischen dem Entleiher und Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen (vgl. § 10 AÜG). Im Falle der Unwirksamkeit des Vertrages kann der Leiharbeiter Ersatz des Schadens verlangen, den er durch Vertrauen in die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat. Ein solcher Schaden könnte beispielsweise dann entstehen, wenn der Entleiher in die Insolvenz gerät und nicht in der Lage ist, dem Leiharbeiter das ihm zustehende Arbeitsentgelt zu entrichten. Selbst wenn der Vertrag nach § 9 AÜG unwirksam ist, so hat der Verleiher sonstige Teile des Arbeitsentgelts, wie Sozialabgaben und Lohnsteuer, die bei einem wirksamen Arbeitsvertrag für den Leiharbeiter an einen Dritten zu zahlen wären, an den anderen zu zahlen. Sofern Verleiher und Entleiher dieser Zahlungspflicht nicht nachkommen, haften sie als Gesamtschuldner (§ 10 Abs. 3 AÜG).

5. Fazit

Solange eine radiologische Praxis keine Kooperationen betreibt und das Personal sowie die medizinischen Großgeräte ausschließlich alleine verwendet, gibt es keinen Anhaltspunkt, dass das AÜG einschlägig sein könnte. Sobald aber Kooperationen mit Krankenhäusern oder Praxen, nicht zwingend radiologischen Praxen, bestehen, kommt es nicht selten zu der Überlassung von Personal in Form eines gemeinsamen Einsatzes des Personals, das nur in einer der beteiligten Praxen oder dem Krankenhaus angestellt ist. Gleiches gilt für einen Praxisverbund, der aus mehreren radiologischen oder anderen Praxen besteht. Vor dem Hintergrund der drohenden Sanktionen ist verstärkt „ein Auge“ auf den Einsatz von Fremdpersonal zu werfen und sind gegebenenfalls die ausgestalteten Arbeitsverträge näher zu überprüfen. Sofern der Arbeitsvertrag im Falle der Unwirksamkeit als zwischen dem Leiharbeiter und dem Entleiher nach § 10 AÜG als geschlossen gilt, treffen den Entleiher die arbeitgebertypischen Pflichten, wie

beispielsweise die Entrichtung des Arbeitsentgelts, das Abführen der Sozialversicherungsbeiträge oder auch die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Auch der Aspekt, dass den Verleiher im Falle der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags Schadensersatzforderungen treffen können, verdeutlicht, wie wichtig es ist, sich an die Vorgaben des AÜG im Falle einer Arbeitnehmerüberlassung zu halten und diesen Aspekt auf wirtschaftlichen Gründen zu beachten. ■

Impressum

René T. Steinhäuser,
Rechtsanwalt

Annika Stöbener,
Wissenschaftliche Mitarbeiterin

Rechtsanwälte Wigge
Großer Burstah 42
20257 Hamburg
Tel.: (040) 3398 705 - 90
Fax: (040) 3398 705 - 99
Internet: www.ra-wigge.de
E-Mail: kanzlei@ra-wigge.de