

**Interprofessioneller
Pflegekongress**

**Deutsches
Hygiene-Museum
Dresden**

18. April 2015

**Personalgestellung
unter
tarif- und arbeitsrechtlichen
Gesichtspunkten**

Prof. Dr. jur. Thomas Weiß

Ausgangslage

Früher wurden im Krankenhaus alle ärztlichen und nichtärztlichen Leistungen durch eigenes Personal erbracht. Dies galt sowohl für die patientennahen wie auch die peripheren Bereiche.

Seit mehreren Jahren zwingt der wachsende Kostendruck im Gesundheitswesen die Rechtsträger, ihre Gestaltungsspielräume voll auszuschöpfen. In diesem Zusammenhang wurden insbesondere patientenferne Dienstleistungen outgesourct.

Hintergründe und Motive

- Senkung direkter Personalkosten
 - Arbeitslohn
 - Vergütung für arbeitsfreie Tage (z. B. Krankengeldzuschuss bei AU)
 - Sonderzahlungen (Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld, Jubiläumsgeld, VL)
 - Betriebliche Altersversorgung
- Senkung weiterer Kosten
 - Personalbeschaffungskosten (Inserate, Personalauswahl)
 - Kosten der Personalverwaltung und des Personalabbaus
 - Kosten der Personal-/Betriebsverfassung (kleinere Gremien, weniger Freistellungen)
- Flexibilisierung des Personaleinsatzes
- Nutzung von Spezialisierungsvorteilen
 - Konzentration auf das eigene Kerngeschäft
 - Fehlen von Spezialisten im Unternehmen

Folge: Outsourcing

- Dienst-/Werkvertrag, d. h. Leistungserbringung durch Servicegesellschaft mit eigenem Personal
- Weisungsrecht ausschließlich bei Servicegesellschaft



Auswirkungen des Outsourcing



Reaktion der Tarifvertragsparteien

§ 4 TVöD/TV-L

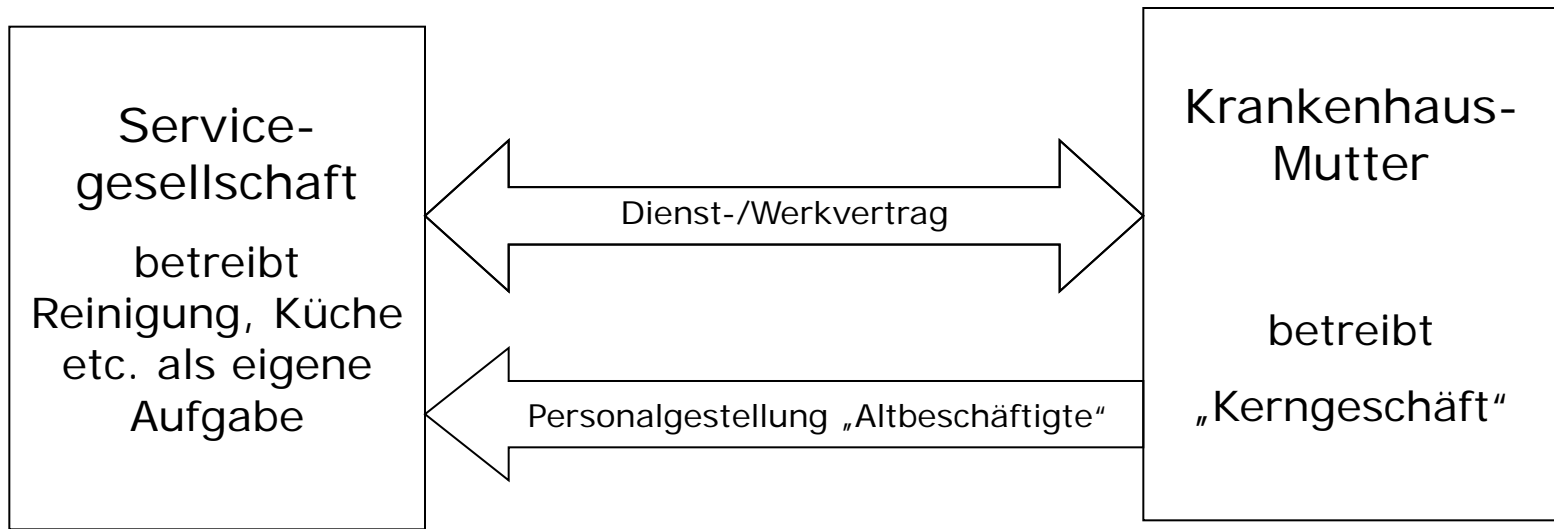
(3) ¹Werden Aufgaben der Beschäftigten zu einem Dritten verlagert, ist auf Verlangen des Arbeitgebers bei weiter bestehendem Arbeitsverhältnis die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung bei dem Dritten zu erbringen (Personalgestellung). ²§ 613 a BGB sowie gesetzliche Kündigungsrechte bleiben unberührt.

Protokollerklärung zu § 4 Abs. 3:

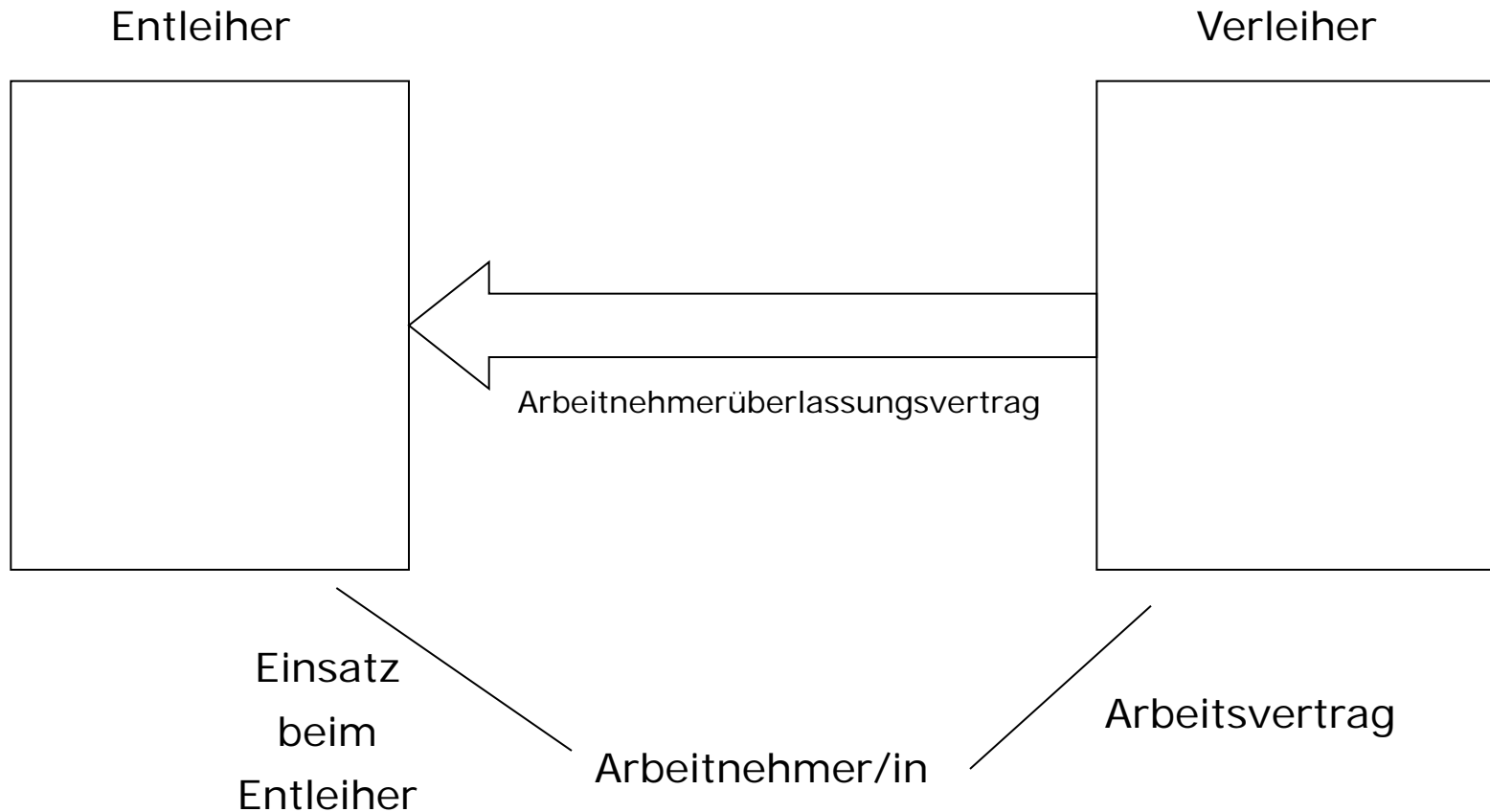
¹Personalgestellung ist - unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses - die auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten. ²Die Modalitäten der Personalgestellung werden zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten vertraglich geregelt.

Personalgestellung

- Dienst-/Werkvertrag, d. h. Leistungserbringung durch Servicegesellschaft mit eigenem Personal
- Personalgestellung von „Altbeschäftigten“
- Weisungsrecht ausschließlich bei Servicegesellschaft



Personalgestellung = Arbeitnehmerüberlassung?



Definition Arbeitnehmerüberlassung

- Drei Beteiligte
 - Arbeitsvertrag zwischen zwei Beteiligten
 - Arbeitsleistung wird nicht beim Arbeitgeber, sondern bei einem Dritten erbracht
 - Eingliederung in die Arbeitsorganisation, insb. Direktionsrecht
- Es wird von herrschender Meinung angenommen, dass Personalgestellung Arbeitnehmerüberlassung ist. Unklar sind allerdings die konkreten Folgerungen.

Gesetzliche Grundlage

Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)

- Ziele des AÜG sind Schutz der Arbeitnehmer, illegale Praktiken zu unterbinden und Störungen des Arbeitsmarktes entgegenzuwirken
- Zahlreiche rechtliche Fragestellungen nach Reform im Jahr 2011
- Reaktion auf Diskussion um Missbrauchsfälle und Umsetzung der EU-Richtlinie zu Leiharbeit

1. Vorgabe: Erlaubnispflicht nach dem AÜG

„Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis.“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG)

Erlaubnispflicht nach dem AÜG

Früher: Beschränkung der Erlaubnispflicht auf gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung

Jetzt: Jede Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit

Verleiher im Sinne des AÜG ist deshalb jeder Arbeitgeber, der Arbeitnehmer/innen einem Dritten im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlässt, unabhängig davon, ob er Erwerbszwecke verfolgt oder nicht.

Konsequenzen einer Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis

- Fehlt eine entsprechende Erlaubnis, die bei der Bundesagentur für Arbeit zu beantragen ist, so gilt per gesetzlicher Fiktion gem. § 10 Abs. 1, § 9 Nr. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem verliehenen Beschäftigten als zustande gekommen.
- Verstöße gegen das AÜG stellen Ordnungswidrigkeiten dar und werden mit Bußgeldern bis zu 500.000,00 € geahndet.
- Die Gemeinnützigkeit kann verloren gehen.

Keine Erlaubnispflicht nach dem AÜG bei der Konzerleihe gem. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG

- Die Überlassung innerhalb eines Unternehmensverbundes zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG, sofern der Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird, bedarf keiner Erlaubnis.
- Ausweislich Ziffer 1.3.2 Abs. 10 der Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit zum AÜG (gültig ab 20. April 2013) können auch Träger öffentlich-rechtlicher Aufgaben Konzernunternehmen sein und sind unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG erlaubnisfrei.

Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand

- Keine Einstellung von Beschäftigung zum Zweck der Überlassung:

Der Arbeitnehmer darf „nicht ausschließlich“ zum Zweck der Überlassung eingestellt worden sein

Konzernintern überlassene Arbeitnehmer müssen auch beim Arbeitgeber beschäftigt werden, also als „normale“ Arbeitnehmer oder bei einer Leihe im Anschluss zum Arbeitgeber (Krankenhaus-Mutter) zurückkehren.

- Das ist bei Personalgestellung nicht der Fall.

Auswirkungen für die Praxis

- Auch ohne gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung ist bei Personalgestellung eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis unbedingt erforderlich.
- Es gibt keine Übergangsfrist oder Vertrauensschutz.
- Die nachträgliche Erteilung der Erlaubnis hat keine Rückwirkung, also die einmal gem. § 10 Abs. 1 AÜG eingetretene Fiktion wird nicht rückwirkend beseitigt.
- Daher sollten kritische Überlassungsverträge vorsorglich beendet werden und nach der Erteilung der Überlassungserlaubnis ggf. neu abgeschlossen werden.

2. Vorgabe: Beschränkung auf „vorübergehende“ Überlassungen

„Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend.“
(§ 1 Abs. 1 S. 2 AÜG)

Beschränkung auf „vorübergehende“ Überlassungen auch bei Personalgestellung?

BAG vom 10. Juli 2013 (7 ABR 91/11)

- Ja!
- § 1 Abs. 1 S. 2 enthält ein Verbot der nicht mehr vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung.
- Eine Überlassung, die ohne jegliche zeitliche Begrenzung erfolgt, ist jedenfalls nicht mehr vorübergehend.
- Betriebsrat kann Zustimmung zu dauerhaften Überlassungen verweigern

Folgen bei Verstoß gegen Beschränkung auf „vorübergehende“ Überlassungen

BAG vom 10. Dezember 2013 (9 AZR 51/13)

- Rechtsfolge der nicht mehr vorübergehenden Überlassung ist nicht, dass automatisch ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zustande kommt.
- Festlegung der Sanktionen obliegt Gesetzgeber, nicht den Gerichten.
- Erhoffte Konkretisierung des Begriffs „vorübergehend“ nahm das BAG nicht vor.

Noch bislang ungeklärte Fragen durch das BAG bei der Beschränkung auf „vorübergehende“ Überlassungen

- Personenbezogen?
 - Einsatz eines konkreten Leiharbeitnehmer darf nicht ohne jegliche zeitliche Begrenzung (= nicht dauerhaft) erfolgen
 - Auf demselben Arbeitsplatz dürfen immer wieder verschiedene Leiharbeitnehmer beschäftigt werden, soweit der jeweilige Einsatz nicht dauerhaft ist
(LAG Nds 14.11.2012, 12 TaBV 62/12; LAG Hessen, 21.05.2013, 4 TaBV 298/12; Hamann, RdA 2011, 321, 326; Ludwig BB 2013, 1276)
- Arbeitsplatzbezogen?
 - reiner Dauerbeschäftigungsbedarf kann nicht durch Leiharbeitnehmer abgedeckt werden
 - Leiharbeitnehmer darf nicht auf einem „Dauerarbeitsplatz“ eingesetzt werden
(LAG Bln-Brb 19.12.2012, 4 TaBV 1163/12; LAG Bln-Brb 09.01.2013, 15 Sa 1635/12; LAG Nds 19.09.2012, 17 TaBV 124/11)

Folgen der Beschränkung auf „vorübergehende“ Überlassungen im AÜG bei der Personalgestellung ...

LAG Baden-Württemberg vom 17.04.2013 (4 TaBV 7/12)

- Ein öffentlicher Arbeitgeber, der seine bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer an einen Dritten zur dortigen dauerhaften Leistungserbringung gestellt, betreibt eine unzulässige dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung.
- Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD, soweit sie die dauerhafte Überlassung von Arbeitnehmer gestattet, verstößt gegen höherrangiges Recht und ist unwirksam.

Oder doch nicht Beschränkung auf „vorübergehende“ Überlassungen?

OVG Nordrhein-Westfalen vom 19.09.2014 (20A 281/13.PVB)

Leitsatz:

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz findet weder unmittelbar noch entsprechend Anwendung auf eine tarifliche Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD.

OVG Nordrhein-Westfalen vom 19.09.2014 (20A 281/13.PVB)

Begründung:

Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes dadurch gekennzeichnet, dass ein Arbeitgeber als Verleiher einem Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlässt. Rein begrifflich stellt danach eine Personalgestellung an sich eine Arbeitnehmerüberlassung im allgemeinen Sinne dar, da auch bei dieser ein Arbeitgeber einem anderen Unternehmen Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen ausführen.

OVG Nordrhein-Westfalen vom 19.09.2014 (20A 281/13.PVB)

Auch das Bundesministerium des Innern ist in mehreren Rundschreiben davon ausgegangen, dass die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen einer Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD grundsätzlich dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz unterfällt.

Vgl. Rundschreiben vom 21. Dezember 2011 - D 5 - 220 110/7 -, vom 10. Oktober 2013 - D5-31001/4#3 - und vom 26. Mai 2014.

OVG Nordrhein-Westfalen vom 19.09.2014 (20A 281/13.PVB)

Für die Beantwortung der Frage der Anwendbarkeit der Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes auf eine tarifliche Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD kann jedoch nicht allein auf den Wortlaut und die Begrifflichkeiten abgestellt werden. Vielmehr sind bei der Interpretation der tatbestandlichen Reichweite des § 1 AÜG auch die Zielsetzung und der Schutzzweck der Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - für die vorliegend relevante Fallgestaltung insbesondere unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der tariflichen Personalgestellung - in den Blick zu nehmen.

OVG Nordrhein-Westfalen vom 19.09.2014 (20A 281/13.PVB)

Die Besonderheit der tariflichen Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD besteht darin, dass sie die Fortsetzung der arbeitsvertraglich aus dem TVöD-Arbeitsverhältnis geschuldeten Tätigkeit innerhalb des fortgesetzten Arbeitsverhältnisses nach Übergang der Aufgabe auf einen anderen Arbeitgeber zum Inhalt hat und im Interesse des Arbeitnehmers den Bestand seines Arbeitsverhältnisses sichert. Die tarifvertragliche Regelung zur Personalgestellung will dem Arbeitnehmer sein Dauerarbeitsverhältnis zum öffentlichrechtlichen Arbeitgeber und dessen Bedingungen unter Fortsetzung seiner bislang ausgeübten Tätigkeit erhalten.

Mit anderen Worten: Während die tarifliche Personalgestellung den Arbeitnehmer vor dem neuen Arbeitgeber schützt, will das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz dem Arbeitnehmer Schutz vor seinem bisherigen Arbeitgeber gewähren.

Was plant der Gesetzgeber?

- Überlassungsdauer von 18 Monaten soll gesetzlich festgelegt werden.
- Es soll eine sog. Öffnungsklausel für abweichende Lösungen unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Stammbeslegschaften geben,
 - für Tarifverträge der Tarifpartner der jeweiligen Einsatzbranche
 - aufgrund eines solchen Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung.
- Ob es eine ausdrückliche Ausnahme für Personalgestellung geben wird oder ob die Öffnungsklausel eine dauerhafte Personalgestellung ermöglichen kann, ist derzeit unklar.

Auswirkungen auf die Praxis

- Die Zulässigkeit der tariflichen Personalgestellung als dauerhafter Personaleinsatz ist nach aktueller Rechtslage nicht sicher.
- Es könnte zukünftig die Möglichkeit der dauerhaften Personalgestellung nach dem TVöD/TV-L entfallen und nur noch in den Höchstgrenzen des AÜG zulässig sein.
- Dann müsste entschieden werden, ob die betroffenen Arbeitnehmer/innen den Arbeitgeber wechseln (zur Servicegesellschaft) müssen oder die outgesourcten Bereiche wieder ingesourct werden.

Quellenverzeichnis übernommener und überarbeiteter Folien und Texte

- Dassau, Dr. Anette „Symposium Krankenhaus und Recht Arbeitnehmerüberlassung aus Arbeitgebersicht“
http://www.bik-beratung.de/media/file/13342.5_Dassau.pdf
- Hessischer Städte-
und Gemeindebund „Bürokratiemonster „Arbeitnehmerüberlassung“ – Ein Hemmnis für Interkommunale Kooperationen“
<http://www.ikz-hessen.de/medien/files/B%C3%BCrokratiemonster%20%E2%80%9EArbeitnehmer%C3%BCberlassung%E2%80%9C%20ein%20Hemmnis%20f%C3%BCr%20IKZ%20%5BKompatibilit%C3%A4tsmodus%5D.pdf>
- Maschmann, Prof. Dr. Frank „Fremdpersonaleinsatz im Unternehmen“
http://www.uni-regensburg.de/rechtswissenschaft/buergerliches-recht/arbeitsrecht/medien/ortstagung_darbgv_-_fremdpersonaleinsatz_rgb_28.11.2013.pdf
- Menold & Bezler „Fremdpersonaleinsatz im Zugriff des Arbeitsrechts“
http://www.menoldbezler.de/uploads/tx_switmb/Folien-gesamt-Endfassung-140328__Kompatibilitaetsmodus_.pdf
- Meurer, Dr. Friederike „Personalgestaltung, Arbeitnehmerüberlassung und Dienstleistungsbeziehungen“
<http://www.beb-ev.de/wp-content/uploads/2014/10/ag-41.pdf>
- Witt, Sebastian „Auswirkungen der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes auf das Krankenhauswesen“
<http://www.meyer-koering.de/downloads/61-574-79/Auswirkungen%20Reform%20des%20Arbeitnehmer%C3%BCberlassungsgesetzes.pdf?>