

Arbeitnehmerüberlassung – auch bei Gestellungsvertrag (BAG, Beschluss vom 21. Februar 2017 - 1 ABR 62/12)

Wird eine DRK-Schwester, die als Mitglied einer DRK-Schwesterschaft angehört, von dieser in einem vom Dritten betriebenen Krankenhaus eingesetzt um dort **nach dessen Weisung** gegen Entgelt tätig zu sein, handelt es sich um Arbeitnehmerüberlassung.

Der Betriebsrat des Krankenhauses kann dieser Einstellung die erforderliche Zustimmung verweigern, wenn der Einsatz gegen das Verbot der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG verstößt.

Aus den Gründen:

Die Arbeitgeberin beabsichtigte zum 1. Januar 2012 eine Krankenschwester in ihrem Krankenhausbetrieb einzusetzen, die Mitglied einer DRK-Schwesterschaft ist. Grundlage hierfür ist ein mit der DRK-Schwesterschaft geschlossener Gestellungsvertrag. Der Betriebsrat der Arbeitgeberin verweigerte form- und fristgerecht seine Zustimmung zu der Einstellung. Er machte geltend, es handle sich um eine **verbotene, weil dauerhafte** Arbeitnehmerüberlassung.

Das Landesarbeitsgericht hat dem Antrag der Arbeitgeberin, die Zustimmung des Betriebsrats zu ersetzen, stattgegeben.

Auf das vom Ersten Senat des Bundesarbeitsgerichts durch Beschluss vom 17. März 2015 an den Gerichtshof der Europäischen Union gerichtete Vorabentscheidungsersuchen hat dieser mit Urteil vom 17. November 2016 - C-216/15 - entschieden:

„Art. 1 Abs. 1 und 2 der Leiharbeitsrichtlinie vom 19. November 2008 ist dahin auszulegen, dass die durch einen Verein, der keinen Erwerbszweck verfolgt, gegen ein Gestellungsentgelt erfolgende Überlassung eines Vereinsmitglieds an ein entleihendes Unternehmen, **damit das Mitglied bei diesem hauptberuflich und unter dessen Leitung gegen eine Vergütung Arbeitsleistungen erbringt**, in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, sofern das Mitglied aufgrund dieser Arbeitsleistung in dem betreffenden Mitgliedstaat geschützt ist, was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts ist. Dies gilt auch, wenn das Mitglied nach nationalem Recht kein Arbeitnehmer ist, weil es mit dem Verein keinen Arbeitsvertrag geschlossen hat.“

Im Hinblick darauf hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts den Zustimmungsersetzungsantrag der Arbeitgeberin abgewiesen. Der Betriebsrat hat die Zustimmung zu Recht verweigert. **Bei der Gestellung der DRK-Schwester handelt es sich um Arbeitnehmerüberlassung.**

Aufgrund der gebotenen unionsrechtskonformen Auslegung liegt diese auch dann vor, wenn ein Vereinsmitglied **gegen Entgelt bei einem Dritten weisungsabhängig tätig ist** und dabei einen Schutz genießt, der - wie bei den DRK-Schwestern - dem eines Arbeitnehmers entspricht.