



## Forschungsstelle Recht der Gesundheitswirtschaft

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht

Fakultät für Rechtswissenschaft - Universität Bielefeld

Professor Dr. Oliver Ricken

Wiss. Mit.: Denis Hedermann • Nicole Wiegard • Mandy Zibolka

### Entscheidung des Monats 1/2014

**LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 30.8.2013 – 6 TABV 953/13**

**Heranziehung von gestelltem nichtärztlichen Fremdpersonal durch ein Krankenhaus als Einstellung i.S.d. § 99 Abs. 1 Satz 2 BetrVG.**

#### Sachverhalt:

Dass auch Krankenhäuser im Rahmen der Leistungserbringung immer mehr auf Fremdpersonal zurückgreifen, ist eine Entwicklung, die sich seit Jahren beobachten lässt. Dies wirft aber nicht nur krankenhaushausfinanzierungsrechtliche Fragen auf, sondern hieraus können auch greifbare kollektivarbeitsrechtliche Probleme erwachsen. In dem vom LAG Berlin-Brandenburg entschiedenen Fall betrieb die Arbeitgeberin als Krankenhausträgerin durch eine hundertprozentige Tochtergesellschaft ein Medizinisches Versorgungszentrum. Durch diese hundertprozentige Tochtergesellschaft wurden der Arbeitgeberin an zwei bis drei Tagen in der Woche zwei komplett eingerichtete Operationssäle zur Verfügung gestellt. Außerdem stellte das Medizinische Versorgungszentrum der Arbeitgeberin neben Anästhesisten und Anästhesie-Fachpersonal auch OP-Schwestern und OP-Pfleger, denen von den angestellten Ärzten der Arbeitgeberin während der Operation Anweisungen erteilt wurden. Der Betriebsrat der Arbeitgeberin war nunmehr der Ansicht, dass es sich bei dem Einsatz der OP-Schwestern und OP-Pfleger um eine mitbestimmungspflichtige Einstellung gemäß § 99 BetrVG handelt. Der Betriebsrat des Krankenhauses beantragte deshalb u.a., es der Arbeitgeberin zu untersagen, bei Operationen in den Räumen des Medizinischen Versorgungszentrums OP-Schwestern und OP-Pfleger des Medizinischen Versorgungszentrums einzusetzen, sofern der Betriebsrat hierzu nicht die Zustimmung erteilt habe oder diese im Verweigerungsfall im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren ersetzt worden sei.

#### Entscheidung:

Das LAG Berlin-Brandenburg verneinte zwar einen entsprechenden Unterlassungsanspruch. Ein solcher könne sich nur aus § 23 Abs. 3 BetrVG ergeben. Dessen Voraussetzungen, wonach eine grobe Verletzung eines Mitbestimmungsrechts erforderlich ist, lagen aber nach Ansicht des Gerichts nicht vor, da von einem groben Verstoß jedenfalls dann keine Rede sein könne, wenn sich die Einschätzung über das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts als eine schwierige Rechtsfrage darstellt.<sup>1</sup> Obwohl das LAG die Anspruchsvoraussetzungen für einen Untersagungsanspruch verneinte, entnahm es dem Begehren des Betriebsrats allerdings als „Minus“ einen Antrag auf Feststellung eines Mitbestimmungsrechts. Soweit es um OP-Schwestern und OP-Pfleger ging, bejahte das Gericht das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates der Arbeitgeberin gemäß § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Eine Einstellung in diesem Sinne liege vor, wenn Personen in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert werden, um zusammen mit den dort beschäftigten Arbeitnehmern dessen arbeitstechnischen Zweck durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen. Hierbei komme es nicht auf das Rechtsverhältnis an, in dem diese Personen zum Betriebsinhaber stehen. Entscheidend sei vielmehr, ob die von ihnen zu verrichtenden Tätigkeiten ihrer Art nach weisungsgebundene Tätigkeiten seien, welche der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zweckes des Betriebs zu dienen bestimmt seien und deshalb vom Arbeitgeber organisiert werden müssten. Für die Annahme eines solchen Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates sei ausreichend, dass der Betriebsinhaber die für eine weisungsabhängige Tätigkeit typischen Entscheidungen im Hinblick auf Zeit und Ort der Tätigkeit zu treffen habe. Für die Zeit

während der Operationen bejahte das LAG diese Art weisungsabhängiger Tätigkeit bei den eingesetzten OP-Schwestern und OP-Pfleger des Medizinischen Versorgungszentrums. Die Erbringung der nichtärztlichen Leistung während der Operation sei Sache der von der Arbeitgeberin, also dem Krankenhaus, betrauten Ärzte. Insofern sei der Einsatz der OP-Schwestern und OP-Pfleger vergleichbar „mit dem Einsatz von Leiharbeitnehmern durch einen Baubetrieb auf einer Baustelle.“

#### Anmerkung:

Die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg betrifft letztlich eine ganz generelle Rechtsfrage. Es geht darum, ab welcher Intensität des Direktionsrechts, dass gegenüber einem Fremdfirmenarbeitnehmer ausgeübt wird, von einer Einstellung i.S.d. § 99 BetrVG gesprochen werden kann.<sup>2</sup> Richtig ist sicherlich, dass das LAG nicht danach fragt, ob eine arbeitsvertragliche Rechtsbeziehung zwischen den OP-Schwestern bzw. OP-Pfleger und dem Krankenhaus besteht. Vielmehr kommt es nach ständiger Rechtsprechung des BAG für die Frage der Einstellung allein auf die Eingliederung in den Betrieb in der Weise an, dass die von einer Person zu verrichtende Tätigkeit ihrer Art nach eine weisungsgebundene Tätigkeit ist, die der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zweckes des Betriebes zu dienen bestimmt ist und daher vom Arbeitgeber organisiert werden muss.<sup>3</sup> Problematisch ist jedoch, dass das Gericht allein auf die Weisungsabhängigkeit der besagten Person während der Operation abstellt. Die Tätigkeiten derartiger Operationspflegekräfte umfassen aber gemeinhin nicht nur die Assistenz während der Operation. Hierzu zählen auch das Vorbereiten der Operation, sowie das Sicherstellen der Einsatzfähigkeit der Operationsräume. Insofern erscheint es erforderlich, die Frage nach dem Vorliegen einer Einstellung von einer Gesamtschau aller Tätigkeiten abhängig zu machen.

Das LAG hat hier lediglich die eigentliche Operation in den Blick genommen. Dies ist nicht unbedenklich. Ebenfalls bestehen erhebliche Bedenken gegen die Vorgehensweise des Gerichts, dem Begehren des Betriebsrats (Unterlassungsantrag) als Minus einen Antrag auf Feststellung eines Mitbestimmungsrechts zu unterstellen. Das Gericht verweist hierzu auf die Rechtsprechung des BAG.<sup>4</sup> Bei dieser zitierten Entscheidung handelt es sich jedoch um ein Verfahren, bei dem es um eine Klage eines Arbeitnehmers ging, nicht aber um ein Beschlussverfahren, bei dem der Betriebsrat Rechte geltend macht.

Die h.A. der Literatur jedenfalls steht auf dem Standpunkt, dass, falls kein grober Pflichtenverstoß i.S.d. § 23 Abs. 3 BetrVG vorliegt, der Antrag des Betriebsrates als unbegründet zurückzuweisen sei.<sup>5</sup> Eine Umdeutung in einen Feststellungsantrag sei gerade nicht zulässig.<sup>6</sup> Dies gilt umso mehr, als das Betriebsverfassungsgesetz mit der Möglichkeit, nach § 101 BetrVG vorzugehen, den Betriebsrat nicht rechtlos stellt.

**Autor: Prof. Dr. Oliver Ricken (Tel. 0521-106-4414)**

<sup>2</sup> HWK/Ricken, 5. Aufl. 2012, § 99 BetrVG, Rn. 22.

<sup>3</sup> So schon BAG, Beschl. v. 1.8.1989 – 1 ABR 54/88, NZA 1990, 229.

<sup>4</sup> BAG, Beschl. v. 24.3.1998 – 9 AZR 172/97, AP Nr. 4 zu § 21e GVG.

<sup>5</sup> HWK/Reichold, 5. Aufl. 2012, § 23 BetrVG, Rn. 36; *Fitting*, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 23 BetrVG, Rn. 74; *Oetker*, in: GK-BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 23 BetrVG, Rn. 194.

<sup>6</sup> So ausdrücklich: *Fitting*, BetrVG, 26. Aufl. 2012, § 23 BetrVG, Rn. 74.

<sup>1</sup> BAG, Beschl. v. 14.11.1989, 1 ABR 87/88, AP Nr. 76 zu § 99 BetrVG 1972.