

Aktuelle Rechtsfragen zu Krankenhauskooperationen in der Radiologie – Teil 3: Die Personalgestellung im Rahmen von radiologischen Untersuchungen – ein Verstoß gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz?

I. Einleitung

Im Anschluss an den Teil 2 der Reihe „Aktuelle Rechtsfragen zu Krankenhauskooperationen in der Radiologie“ behandelt dieser Beitrag die Ausgestaltung von Kooperationen zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Radiologen in Bezug auf die Thematik der Personalgestellung. Wie bereits in Teil 2 dieser Serie erörtert, beklagen viele Krankenhäuser einen Ärztemangel, den sie durch den Einsatz externer Ärzte versuchen zu kompensieren. Dabei kommen radiologische Praxen ins Spiel, die über medizinisch-technische Geräte und über ärztliches Personal verfügen. In solchen Fällen erscheint es aus Sicht des Krankenhauses interessant, im Rahmen der Kooperation mit der radiologischen Praxis nicht nur zu vereinbaren, dass das Krankenhaus das radiologische Großgerät des Kooperationspartners gegen Zahlung eines Nutzungsentgelts nutzen darf, sondern darüber hinaus auch zu vereinbaren, dass die radiologische Praxis dem Krankenhaus das ärztliche Personal zur Durchführung röntgen-diagnostischer Verfahren im Rahmen der Versorgung stationärer Krankenhauspatienten zur Verfügung stellt.

Praxisrelevanter ist aber, dass der Kooperationspartner nicht den Radiologen, sondern die Medizinische Technologin stellt. Denn nicht nur die Ärzteschaft hat einen Fachkräftemangel zu beklagen, sondern auch die Berufsgruppe der Medizinischen Technologinnen und Technologen (MTR). Dieser Mangel an MTR hat sich in den vergangenen Jahren zunehmend zum Problem entwickelt. Daher kann es vorkommen, dass das Krankenhaus die radiologischen Leistungen nicht mit einer eigenen, das heißt einer bei dem Krankenhaus angestellten MTR erbringen kann, weil es schlichtweg kein Personal findet. Sofern die radiologische Praxis über ausreichende MTR verfügt, stellt sich in diesem Zusammenhang die

Frage, ob sie diese dem Krankenhaus stellen kann. Denkbar ist natürlich auch, dass das Krankenhaus weder auf Seiten der Ärzteschaft, noch auf Seiten der MTR einen Personalmangel zu beklagen hat. In diesem Fall ist zu beurteilen, ob auch das bloße Bereitstellen eines radiologischen Großgerätes mit arbeitnehmerüberlassungsrechtlichen Risiken behaftet ist. Weiterhin kann auch die radiologische Praxis Interesse an den MTR des Krankenhauses haben.

Schließlich ist auch möglich, dass das Krankenhaus zwar grundsätzlich über eine ausreichende Personaldecke verfügt, in den Abend- und Wochenendschichten jedoch auf die teleradiologische Leistungserbringung durch einen Teleradiologen der radiologischen Praxis angewiesen ist, da der Arzt vor Ort nicht über die erforderliche Fachkunde im Strahlenschutz bzw. über die medizinische Qualifikation zur Leistungserbringung verfügt.

Es gibt also verschiedene Konstellationen, in denen die Frage rechtlich zu bewerten ist, wenn ein Arbeitnehmer bei seinem Arbeitgeber zwar angestellt ist und von diesem die Vergütung erhält, seine Arbeitsleistung aber für einen Dritten erbringt. Dieser Beitrag wird in diesem Zusammenhang untersuchen, wie eine solche Personalgestellung insbesondere im Hinblick auf mögliche Verstöße gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) zu bewerten ist.

II. Grundsätze der Arbeitnehmerüberlassung

Im Folgenden werden zunächst die Grundsätze der Arbeitnehmerüberlassung dargestellt, um anschließend eine rechtliche Einordnung der eingangs dargestellten Konstellationen vorzunehmen.



Die Arbeitnehmerüberlassung ist in § 1 Abs. 1 S. 1 1. HS. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) legaldefiniert. Nach dieser Vorschrift liegt eine Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn Arbeitgeber als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit überlassen.

Bereits anhand dieser Legaldefinition wird deutlich, dass – im Gegensatz zu einem normalen Arbeitsverhältnis, bei dem als Akteure der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer auftreten – eine Sonderkonstellation vorliegt, die verschiedene Anforderungen an die Gestaltung von Kooperationen zwischen einer radiologischen Praxis und einem Krankenhaus stellt. Denn bei einer Arbeitnehmerüberlassung liegt ein Dreiecksverhältnis vor (Arbeitgeber – Entleiher – Leiharbeitnehmer)¹. Die Besonderheit bei einer Arbeitnehmerüberlassung besteht darin, dass der Arbeitnehmer zwar bei dem Arbeitgeber angestellt ist, seine Arbeitsleistung aber bei dem Entleiher erbringt. Damit eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG vorliegt, muss der Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sein und seinen Weisungen unterliegen (§ 1 Abs. 1 S. 2 AÜG). In Abgrenzung zu anderen vertraglichen Verhältnissen muss dabei eine Überlassung zur Arbeitsleistung vorliegen². Vertragsverhältnisse bestehen nur zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer (Arbeitsvertrag) sowie zwischen dem Verleiher und Entleiher (Arbeitnehmerüberlassungsvertrag)³.

1 Wank, in: ErfK, 21. Aufl. 2021, AÜG, Einl. Rn. 13.

2 Hamann, in: AÜG, 6. Aufl., 2022, § 1 Rn. 105.

3 Wank, in: ErfK, 21. Aufl. 2021, AÜG, Einl. Rn. 16.

Festgehalten werden kann in diesem Zusammenhang auch, dass die Grundsätze der Arbeitnehmerüberlassung nur auf Arbeitnehmer anwendbar sind. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG ist eine Arbeitnehmerüberlassung demnach ausgeschlossen, wenn der Kooperationspartner Leistungen nicht durch angestellte Radiologen, sondern durch Radiologen in Gesellschafterstellung erbringen lässt, denen die Arbeitnehmereigenschaft fehlt⁴. In dieser Konstellation ist dann allein relevant, ob der niedergelassene Radiologe arbeitsrechtlich (vgl. § 611a Abs. 1 BGB), aber insbesondere sozialversicherungs- (vgl. § 7 Abs. 1 SGB IV) und steuerrechtlich (vgl. § 19 Abs. 1 EStG) ein Arbeitnehmer bzw. in abhängiger Beschäftigung tätig ist oder nichtselbstständige Arbeitsleistungen erbringt.

III. Risiken einer Arbeitnehmerüberlassung

Sobald sich ein Krankenhaus und eine radiologische Praxis Geräte teilen wollen, kommt es nicht selten zu der Überlassung von Personal in Form eines gemeinsamen Einsatzes des Personals, das nur in der beteiligten Praxis oder dem Krankenhaus angestellt ist⁵. In den Kooperationsverträgen wird dies oft als „Personalgestellung“ oder die „Verwendung des Personals“ bezeichnet. Eine solche Konstellation birgt vor allem im Hinblick auf das AÜG-Risiken, die nicht unterschätzt werden dürfen.

Eine Arbeitnehmerüberlassung bedarf der Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 HS 2, § 2 AÜG). Liegt eine solche Erlaubnis nicht vor, ist der Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher sowie zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 HS 1 AÜG unwirksam.

§ 10 Abs. 1 S. 1 HS 1 AÜG regelt, dass die Unwirksamkeit des Vertrages zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer dazu führt, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu

dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen gilt. Zudem kann der Arbeitnehmer nach § 10 Abs. 2 S. 1 AÜG im Falle der Unwirksamkeit seines Vertrages mit dem Verleiher nach § 9 AÜG von diesem Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut hat. Wenn der Vertrag nach § 9 AÜG unwirksam ist, haften der Verleiher und der Entleiher gesamtschuldnerisch für die sonstigen Teile des Arbeitsentgelts (§ 10 Abs. 3 AÜG)⁶. Ergänzend ist in § 28e Abs. 2 S. 3 SGB IV geregelt, dass der Verleiher bei Unwirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages, wenn er die Vergütung des Arbeitnehmers zahlt, auch zur Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages verpflichtet ist und insoweit neben dem Entleiher gesamtschuldnerisch haftet⁷. Zudem drohen für den Fall der Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis Bußgelder von bis zu 30.000 EUR (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 2 AÜG), die eine erhebliche wirtschaftliche Belastung des Krankenhauses bzw. des Kooperationspartners bedeuten können. Darüber hinaus ergibt sich das rein praktische Problem, dass der Entleiher seiner objektiven Verpflichtung zur Abführung der Sozialversicherungsabgaben/Steuern nicht nachgekommen ist. Dies wird um so relevanter, wenn der Verleiher dieser Pflicht ebenso nicht nachgekommen ist. Denn dann wurde die Schuld zur Zahlung der Abgaben von keinem der Gesamtschuldner erfüllt.

Außerdem hat der Betriebsrat einen Rechtsanspruch gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 HS. 2 BetrVG, über die Personen unterrichtet zu werden, die im Betrieb beschäftigt werden, ohne dass mit ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht, einschließlich deren Einsatzzeit, Einsatzort und Arbeitsaufgaben. Hierzu sind nach § 80 Abs. 2 S. 3 BetrVG auch die erforderlichen Unterlagen, insbesondere Vertragsunterlagen, zur Verfügung zu stellen, die dann mit der tatsächlichen Praktizierung abgeglichen werden. Da dem Betriebsrat gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG auch die Überwachung der Einhaltung der

im Betrieb geltenden Gesetze als gesetzliche Aufgabe obliegt, richtet sich dieser Rechtsanspruch auch auf die Vorlage von Vertragsunterlagen, die vom Arbeitgeber als Werkvertrag etc. angesehen werden⁸.

IV. Voraussetzungen des Vorliegens einer Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG

Nachfolgend sollen zunächst abstrakt die Voraussetzungen zum Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG aufgezeigt werden, um sodann die eingangs beschriebenen Konstellationen daraufhin zu prüfen, wie groß das Risiko einer erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung ist.

§ 1 Abs. 1 S. 2 AÜG enthält eine Konkretisierung des Überlassens zur Arbeitsleistung. Voraussetzungen einer Arbeitnehmerüberlassung sind demnach die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Entleihers und dass der Arbeitnehmer den Weisungen des Entleihers unterliegt⁹. Im Einzelfall ist der Vertragstypus der Arbeitnehmerüberlassung z. B. vom Werkvertrag nach § 631 BGB, dem Dienstvertrag gemäß § 611 BGB oder einem Gesellschaftsvertrag nach § 705 BGB abzugrenzen. In den vorgenannten Fällen finden die Anforderungen nach dem AÜG keine Anwendung. Die Rechtspraxis hat daher den Versuch unternommen, die Anforderungen nach dem AÜG zu umgehen, indem sich die Vertragsgestaltung und tatsächliche Handhabung mehr an den übrigen Vertragstypen ausrichtete. Dem begegnet die Rechtsprechung mit grundsätzlich strengen Anforderungen, um eine Umgehung der Regularien des AÜG zu verhindern.

Im Folgenden werden die obigen beiden Voraussetzungen näher dargestellt.

1. Umfang der Ausübung des Weisungsrechts durch den Entleiher

Die Rechtsprechung differenziert im Rahmen des Weisungsrechts nach dessen Wirkrichtung¹⁰. Danach gibt es zum einen die

4 Hasselbach, GesR 2021, 1, 1.

5 Steinhäuser/Stöbener, RöFo 2018, 659, 660, abrufbar unter: <http://www.radiologie-recht.de/Dateien/Archiv/2018/Radiologie.und.Recht.2018.07.pdf>.

6 Schüren in: AÜG, 6. Aufl., 2022, § 10 Rn. 160.

7 Schüren in: AÜG, 6. Aufl., 2022, § 10 Rn. 160.

8 Lorenz, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht, AÜG, § 1 Rn. 25.

9 Hasselbach, GesR 2021, 1, 1.

10 Hamann, in: AÜG, 6. Aufl., § 1 Rn. 119.

vertragsgegenstandsbezogenen Ausführungsanweisungen, die darauf abzielen, den zwischen den beteiligten Arbeitgebern vereinbarten Leistungsgegenstand zu konkretisieren und die personenbezogenen, das heißt die arbeitsbezogenen Weisungen, die die Arbeitspflicht näher festlegen¹¹. Die Weisungen stehen dabei in einem Ausschließlichkeitsverhältnis, sodass eine Weisung entweder als vertragsgegenstandsbezogen oder arbeitsbezogen einzuordnen ist. Vertragsgegenstandsbezogene Weisungen sind solche, die beispielsweise im Rahmen des Werkvertragsrechts die Anweisungsbefugnis nach § 645 Abs. 1 S. 1 BGB betreffen (z. B. Weisungen, die sich auf die Art, Reihenfolge und Einzelinhalte einzelner Werkleistungen beziehen)¹², arbeitsbezogen sind nur die Weisungen, die für die Steuerung des konkreten Arbeitseinsatzes in dem Fremdbetrieb erforderlich sind¹³. Unter die arbeitsbezogenen Weisungen fallen beispielsweise die in § 611a Abs. 1 S. 2 BGB in Verbindung mit § 106 S. 1 GewO aufgeführten Weisungen, mit denen die individuelle Arbeitspflicht nach Gegenstand, Ort und Zeit konkretisiert wird. Indiz für eine Arbeitnehmerüberlassung ist in diesem Zusammenhang die Beaufsichtigung des Arbeitnehmers durch das Personal des Entleihers¹⁴. Weiterhin konstitutiv für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung sind Weisungen, die beispielsweise das Verhalten des Arbeitnehmers bei der Arbeit (z. B. Tragen von Sicherheitskleidung) oder die Anordnung von Hilfs- und Nebentätigkeiten betreffen¹⁵.

2. Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Entleihers

Weitere Voraussetzung der Arbeitnehmerüberlassung ist die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Entleihers. Die Eingliederung meint dabei nicht nur eine bloß äußere Integration in den Fremdbetrieb, sondern vielmehr, dass der Entleiher die Personalhoheit innehat, also die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über Arbeitseinsatz, -zeit und -ort treffen kann¹⁶.

Indizien für die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Beschäftigungsbetrieb der Dritten sind die Zusammenarbeit des Arbeitnehmers mit Arbeitnehmern der Dritten, die Übernahme von Tätigkeiten, die früher Arbeitnehmer der Dritten ausgeführt haben sowie die Stellung von Material und Kleidung durch den Dritten¹⁷.

V. Rechtliche Bewertung verschiedener Konstellationen

Nachdem die Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung abstrakt dargestellt wurden, gilt es nun zu prüfen, ob im Rahmen der in der Einleitung dargestellten Konstellationen eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt. Zur Prüfung des Vorliegens einer Arbeitnehmerüberlassung wird in der Regel zunächst auf den Inhalt des zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten geschlossenen Vertrages abgestellt¹⁸. Entscheidend ist aber gemäß § 12 Abs. 1 S. 2 AÜG die tatsächliche Durchführung.

1. Konstellation I: Der Kooperationspartner überlässt dem Krankenhaus das radiologische Gerät (Großgerätekooperation)

Die erste Konstellation sieht vor, dass das Krankenhaus ein radiologisches Großgerät der Praxis, wie ein MRT- CT- oder Röntgengerät, mit eigenem Personal nutzen kann, wobei sich das radiologische Gerät in den Räumlichkeiten der radiologischen Praxis befindet. Das zur Bedienung der radiologischen Großgeräte notwendige Personal wird dem Krankenhaus von der Praxis allerdings nicht zur Verfügung gestellt.

Wenn die Praxis dem Krankenhaus kein Personal zur Bedienung des radiologischen Großgerätes überlässt, ist eine Arbeitnehmerüberlassung der Praxis an das Krankenhaus fernliegend. Weder erhält das Krankenhaus ein Weisungsrecht über Arbeitnehmer der Praxis im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG noch werden Arbeitnehmer der Praxis in die Arbeitsorganisation des Krankenhauses eingegliedert.

Auch eine Arbeitnehmerüberlassung des Krankenhauses an die Praxis ist fernliegend. Sofern ausschließlich ein Gerät überlassen wird, die Arbeitnehmer des Krankenhauses keinem Weisungsrecht der Praxis unterliegen und die Praxis nicht die typischen Entscheidungen über Arbeitseinsatz, -zeit und -ort treffen kann, sondern diese Entscheidungen allein dem Willen des Krankenhauses obliegen, sind die Arbeitnehmer des Krankenhauses nicht in die Arbeitsorganisation der Praxis eingegliedert.

Eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG scheidet in dieser Konstellation aus.

2. Konstellation II: Der Kooperationspartner überlässt dem Krankenhaus das radiologische Gerät und die MTR

In der nachfolgend dargestellten Konstellation stellt die radiologische Praxis neben dem medizinisch-technischen Gerät auch noch die MTR. Zu prüfen ist, ob das Stellen der MTR durch die radiologische Praxis eine Arbeitnehmerüberlassung seitens der Praxis an das Krankenhaus darstellt.

Ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag liegt vor, wenn der Verleiher dem Entleiher nur die Arbeitnehmer zur Verfügung stellt, wobei der Entleiher die Arbeitskräfte nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb einsetzt und seine Betriebszwecke mit den überlassenen Arbeitnehmern wie mit eigenen Arbeitnehmern verfolgt. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist aber regelmäßig – wie oben dargelegt – von einem Dienst- bzw. Werkvertrag abzugrenzen. Bei Dienst- oder Werkverträgen kann der zur Werk- oder Dienstleistung Verpflichtete – im „AÜG-Dreieck“ wäre dies der Verleiher – sich anderer Personen als Erfüllungsgehilfen bedienen. Dies sind Arbeitnehmer, die Arbeitsleistungen in einem fremden Betrieb nach Weisungen des Unternehmers – des Dienstverpflichteten oder Werkunternehmers (im „AÜG-Dreieck“ wäre dies der Verleiher) – und nicht nach Weisungen des Leiters des fremden Betriebes erbringen¹⁹.

11 Hamann, in: AÜG, 6. Aufl., § 1 Rn. 119.

12 Hamann, in: AÜG, 6. Aufl., § 1 Rn. 119.

13 Hamann, in: AÜG, 6. Aufl., § 1 Rn. 135.

14 Wank, in: ErfK, 21. Aufl., AÜG, § 1, Rn. 23.

15 Hamann, in: AÜG, 6. Aufl., § 1 Rn. 138.

16 Hamann, in: AÜG, 6. Aufl., § 1 Rn. 114.

17 Wank, in: ErfK, 21. Aufl., AÜG, § 1, Rn. 22.

18 Hamann, in: AÜG, 6. Aufl., § 1 Rn. 145.

19 vgl. BSG, Urteil vom 27.11.1980, Az.: 8b/12 RAr 9/79.

Während beim Dienstvertrag die Erbringung der Dienstleistung im Vordergrund steht, geht es beim Werkvertrag um das Erreichen eines bestimmten Ergebnisses bzw. Erfolgs. Im Rahmen des Werkvertrages kann sich der Werkunternehmer Erfüllungsgehilfen bedienen, denen gegenüber er das arbeitsvertragliche Weisungsrecht ausübt²⁰. Bei einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist der Verleiher nur zur richtigen Auswahl und Bereitstellung von Arbeitnehmern verpflichtet; er haftet nicht für den Erfolg.

Hat der Dritte (hier: das Krankenhaus) gegenüber der MTR ein arbeitsvertragliches Weisungsrecht, spricht dies für eine Arbeitnehmerüberlassung²¹. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn das Personal des Krankenhauses die MTR überwacht.

Merkmale für eine Arbeitnehmerüberlassung sind die Weisungsbindung und die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Dritten.

Indizien für die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Beschäftigungsbetrieb der Dritten sind die Zusammenarbeit des Arbeitnehmers mit Arbeitnehmern des Dritten, die Übernahme von Tätigkeiten, die früher Arbeitnehmer des Dritten ausgeführt haben sowie die Stellung von Material und Kleidung durch den Dritten²².

In der vorliegenden Konstellation besteht die Gefahr einer Arbeitnehmerüberlassung dann, wenn die MTR der Praxis so in den Betrieb des Krankenhauses eingegliedert wird, dass sie arbeitsvertragliche Weisungen von dem Krankenhaus erhält. In rechtlicher Hinsicht könnte es sich aber auch um einen sog. gemischten Miet- und Dienstverschaffungsvertrag handeln, von dem der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag rechtlich abzugrenzen ist.

a) Grundsätze des gemischten Miet- und Dienstverschaffungsvertrages

Die Bundesagentur für Arbeit ist zuständig ist für die Erteilung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Diese führt Folgendes

in einer internen Weisung, die keine unmittelbare Wirkung gegenüber Dritten entfaltet, zur Thematik der Bereitstellung von Geräten und dazugehörigem Personal aus (Hervorhebung nicht im Original):

„Wird **als Nebenleistung** eines Kauf- oder Mietvertrages über Anlagen, Geräte, Systeme oder Programme **Bedienungs-, Wartungs-, Montage- oder Einweisungspersonal überlassen** (z. B. Computer und Programme mit Einweisungspersonal, Spezialbaumaschinen mit Fahrer, Flugzeug mit Pilot), wird in aller **Regel nicht von Arbeitnehmerüberlassung** auszugehen sein. **Sinn und Zweck** eines gemischten Miet- und Dienstverschaffungsvertrages ist es **primär, dem Dritten durch die Personalüberlassung überhaupt den Einsatz der Geräte und Maschinen zu ermöglichen**, die im Rahmen des gemischten Vertrages zum Gebrauch überlassen werden (BAG, Urteil vom 02.08.2006–10 AZR 756/05). D. h. der Vertrag wird **inhaltlich von der Gebrauchsüberlassung der Geräte oder der Maschinen geprägt** (BAG, Urteil vom 17.02.1993–7 AZR 167/92). Das BAG folgt in seiner Entscheidung nicht der Auffassung, dass erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung vorliegen würde, wenn die Personalüberlassung bei wirtschaftlicher Betrachtung kein erheblicher Teil des Gesamtgeschäfts sei. Es heißt in der zitierten Entscheidung: „Maßgebend ist vielmehr, ob nach Sinn und Zweck des gemischten Vertrages die Gebrauchsüberlassung des Gerätes im Vordergrund steht und die Zurverfügungstellung des Personals nur dienende Funktion hat, indem sie den Einsatz des Gerätes erst ermöglichen soll, oder ob der Vertrag schwerpunktmäßig auf die Verschaffung der Arbeitsleistung des Personals gerichtet ist und die Überlassung des Gerätes demgegenüber nur untergeordnete Bedeutung hat.“²³

Rechtlich richten sich die Fachlichen Weisungen der Agentur für Arbeit sowie das Urteil des BAG²⁴ daran aus, die erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung vom

Vertragstypus des gemischten Miet- und Dienstverschaffungsvertrages abzugrenzen. Ein wichtiges Indiz für das Vorliegen eines gemischten Miet- und Dienstverschaffungsvertrages ist die Abrechnungsweise nach Zeit und nicht nach Menge oder Entfernung des Transportes²⁵.

Zur Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von sonstigen Verträgen und insbesondere bezogen auf die Gebrauchsüberlassung von Maschinen führte das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seinem Urteil vom 17.02.1993, Az.: 7 AZR 167/92, Rn. 43–46 aus:

„Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Arbeitgeber einem Dritten Arbeitskräfte überläßt, die der Dritte nach seinen eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb nach seinen Weisungen einsetzt (BAG in ständiger Rechtsprechung, statt vieler: Zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmtes Urteil vom 30. Januar 1991–7 AZR 497/89 – AP Nr. 8 zu § 10 AÜG = EzA § 10 AÜG Nr. 3, unter III 1 der Gründe, m. w. N.). Hiervon ist einerseits der drittbezogene Personaleinsatz aufgrund von Dienst- oder Werkverträgen zu trennen. In solchen Fällen organisiert der Unternehmer als Arbeitgeber die zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges erforderlichen Handlungen selbst und bedient sich dabei seiner Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen (BAG, aaO). [...]“

Von Arbeitnehmerüberlassung sind aber auch die Fälle drittbezogenen Personaleinsatzes zu unterscheiden, bei denen der Arbeitgeber einem Dritten Maschinen oder Geräte mit Bedienungspersonal derart zur Verfügung stellt, daß der Dritte den Einsatz der Maschinen oder Geräte mit dem dazugehörigen Personal nach seinen eigenen betrieblichen Erfordernissen selbst bestimmt und organisiert. Derartige gemischte Verträge werden von den Vorschriften des AÜG jedenfalls dann nicht erfaßt, wenn nicht die Überlassung von Arbeitnehmern, sondern die Gebrauchsüberlassung des Gerätes oder der Maschine den Inhalt des Vertrages prägt. So ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß etwa die Vermietung von Baumaschinen (z. B. Baggern und Planieraupen) unter Gestellung des Bedienungspersonals be-

20 Wank, in: ErfK, 21. Aufl., AÜG, § 1, Rn. 19.

21 Wank, in: ErfK, 21. Aufl., AÜG, § 1, Rn. 23.

22 Wank, in: ErfK, 21. Aufl., AÜG, § 1, Rn. 22.

23 Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, § 1 Punkt 1.1.6.5 Personalgestellung als Neben- und Folgeleistung, online abrufbar unter: https://www.arbeitsagentur.de/datei/fw-au_eg_ba016586.pdf; zur Überlassung als Nebenleistung auch: BT-Drs. VI/2303, S. 10.

24 BAG, Urteil vom 02.08.2006, Az.: 10 AZR 756/05.

25 Weidenkaff, in: Palandt, 65. Aufl., Einf. v. § 535 Rn. 32, mwN; BAG, Urteil vom 2. August 2006, Az.: 10 AZR 756/05, Rn. 23.

grifflich keine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne von Art. 1 § 1 AÜG ist (BAGE 39, 146, 151 f. = AP Nr. 41 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau). Denn Sinn und Zweck eines solchen gemischten Miet- und Dienstverschaffungsvertrages ist nicht primär, dem Dritten Personal zur Verfügung zu stellen, das er nach seinem Belieben in seinem Betrieb und damit auch an Geräten oder Maschinen, über die er ohnehin verfügt, einsetzen kann, sondern dem Dritten durch die Personalüberlassung überhaupt erst den Einsatz der Geräte oder Maschinen zu ermöglichen, die ihm im Rahmen des gemischten Vertrages zum Gebrauch überlassen werden. [...]

Maßgebend ist [...], ob nach Sinn und Zweck des gemischten Vertrages die **Gebrauchsüberlassung** des Gerätes **im Vordergrund** steht und die **Zurverfügungstellung des Personals nur dienende Funktion** hat, indem sie den Einsatz des Gerätes erst ermöglichen soll, oder ob der Vertrag **schwerpunktmäßig auf die Verschaffung der Arbeitsleistung des Personals** gerichtet ist und die Überlassung des Gerätes demgegenüber nur untergeordnete Bedeutung hat.

Im vorliegenden Falle ist die **Gebrauchsüberlassung der fünf Frachtflugzeuge** des Typs DC-8-73 F eindeutig der **primäre Zweck** des sogenannten Unterleasing-Vertrags, den die Beklagte, die ein Luftfrachtunternehmen betreibt, am 3. August 1988 mit der Firma C abgeschlossen hat. Bei den Flugzeugen handelt es sich um hochwertiges technisches Gerät, wobei es unerheblich ist, ob ihr Zeitwert beim Abschluß des Vertrages mit 25 Millionen Dollar oder mit 40 Millionen Dollar pro Maschine anzusetzen war. Der Beklagten ging es bei dem Vertrag darum, die **Flugzeuge im Rahmen ihres Lufttransportunternehmens zur Verfügung zu haben** und einzusetzen. Das aber war **nur mit Hilfe eines dafür besonders ausgebildeten Personals mit entsprechender Zulassung für das betreffende Flugzeugmuster möglich**. Solches Personal war aber – wie das Landesarbeitsgericht festgestellt hat – im Jahre 1988 auf dem Arbeitsmarkt nur schwer zu finden. **Ohne die Gestellung** der notwendigen Flugzeugbesetzungen wären die **Flugzeuge** deshalb für die **Beklagte totes Kapital** gewesen, was das Landesarbeitsgericht mit Recht hervorhebt. Die Gestellung des Bedienungspersonals für die Flugzeuge hatte damit nur den Zweck, der Beklagten den vertragsgemäßen Gebrauch der überlassenen Flugzeuge

überhaupt erst zu ermöglichen. Die Personalüberlassung hat deshalb gegenüber der Gebrauchsüberlassung der Flugzeuge nur dienende Funktion zur Erreichung des eigentlichen Vertragszwecks.“

b) Abgrenzung im konkreten Fall

Nach den Ausführungen der Bundesagentur für Arbeit und des BAG ist daher danach zu fragen, ob in der konkreten Konstellation, in der neben dem radiologischen Großgerät auch die MTR von dem Kooperationspartner gestellt wird, eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung oder ein gemischter Miet- und Dienstverschaffungsvertrag gegeben ist.

Ob die Gebrauchsüberlassung des radiologischen Gerätes den Kooperationsvertrag prägen kann, ist offen. Die übliche Handhabung im Rahmen eines Kooperationsvertrages zwischen einem Krankenhaus und einer radiologischen Praxis macht dies aber regelmäßig unwahrscheinlich. Für ein Krankenhaus, welches nicht über ausreichende MTR zur Erbringung von Leistungen gegenüber seinen Patienten verfügt, dürfte es nicht unwesentlich sein, dass die Praxis neben dem radiologischen Großgerät auch die MTR überlässt. Gerade im Hinblick auf den voranschreitenden Personalmangel hat das Krankenhaus daran ein besonderes Interesse. Bei der nachfolgenden Beurteilung wird unterstellt, dass der Personalmangel nicht derart gravierend ist, dass es sich bei dem überlassenen radiologischen Gerät um totes Kapital handeln würde, wenn die MTR nicht mitüberlassen wird.

Festzuhalten ist – bezogen auf die fachlichen Weisung der Bundesagentur für Arbeit – aber, dass radiologische Geräte wie CT-MRT- oder Röntgengeräte keine Spezialgeräte im Sinne der Fachlichen Weisung der Bundesagentur für Arbeit sind, die eine besondere, weitergehende Schulung zur Nutzung der Geräte oder die eine besondere Zulassung zur Nutzung notwendig machen. Vielmehr sind MTR durch den erfolgreichen Abschluss ihrer Ausbildung berechtigt, die Geräte zu nutzen. Dies ergibt sich aus § 5 Abs. 2 Nr. 1 und 3 des Gesetz über die Berufe in der medizinischen Technologie (MTBG) als Teil des am 01.01.2023 in Kraft getretenen Gesetzes zur Reform der technischen Assistenzberufe in der Medizin und zur Änderung

weiterer Gesetze („MTA-Reform-Gesetz“). In § 5 Abs. 2 Nr. 1 MTBG ist geregelt, dass die Tätigkeiten der technischen Durchführung und Beurteilung der Qualität der Ergebnisse der radiologischen Diagnostik und anderer bildgebender Verfahren auf dem Gebiet der Humanmedizin nur von Medizinischen Technologinnen oder Medizinischen Technologen ausgeübt werden dürfen. Nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 des MTBG gilt dies auch für die technische Durchführung der nuklearmedizinischen Diagnostik und Therapie.

Ein wichtiges Indiz für das Vorliegen eines gemischten Miet- und Dienstverschaffungsvertrages ist die Abrechnungsweise nach Zeit und nicht nach Menge. Sofern jedoch eine Vergütung nach Menge und nicht nach Zeit erfolgt, ist es jedenfalls rechtlich risikobehaftet, sich auf die diesbezügliche Ausnahme zu verlassen. Vielmehr sollte die Zulässigkeit dieser Konstellation an Hand der allgemeinen Grundsätze gelöst werden. Nämlich ob die MTR der Praxis den Weisungen des Krankenhauses bzw. dessen Ärzte unterliegt und ob diese in die Betriebsorganisation des Krankenhauses eingegliedert ist.

c) Prüfung nach allgemeinen Grundsätzen

Im Rahmen der allgemeinen Grundsätze ist zu prüfen, ob die MTR den Weisungen des Krankenhauses unterliegt (**aa**) und ob diese in die Betriebsorganisation des Krankenhauses eingegliedert werden (**bb**).

aa) Weisungsunterworfenheit

Die Rechtsprechung stellt bei der Abgrenzung einer erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung von sonstigen Vertragstypen bislang wesentlich auf die Weisungsunterworfenheit des Arbeitnehmers ab. Wenn der Arbeitnehmer in den Betrieb des Dritten eingegliedert ist und den dortigen Weisungen unterliegt, geht man in der Rechtsprechung von einer Arbeitnehmerüberlassung aus. Maßgeblich ist, ob der Einsatz mit dem eigenen Arbeitnehmer vergleichbar ist²⁶.

Indiz für eine Arbeitnehmerüberlassung ist in diesem Zusammenhang die Beaufsichtigung des Arbeitnehmers durch das Personal des Entleihers²⁷. Weiterhin konstitutiv

26 Lorenz, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht, AÜG § 1 Rn. 27.

27 Wank, in: ErfK, 21. Aufl., AÜG, § 1, Rn. 23.

für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung sind Weisungen, die beispielsweise das Verhalten des Arbeitnehmers bei der Arbeit (z. B. Tragen von Sicherheitskleidung) oder die Anordnung von Hilfs- und Nebentätigkeiten betreffen²⁸.

Regelmäßig müssen die Ärzte der Klinik den MTR der Praxis bei der technischen Durchführung fachliche Weisungen erteilen, um die jeweilige Arbeitsleistung in einem Ausnahmefall zu konkretisieren und die technische Durchführung im Rahmen einer zulässigen Delegation als ärztliche Leistung einzuordnen. Darüber hinaus bedarf es regelmäßig einer – wenn auch im Einzelfall gelockerten – Beaufsichtigung der MTR bei der technischen Durchführung. Dass es einer Weisungsbefugnis bedarf, wird für den Bereich der wahlärztlichen Leistungen aus § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ und für MFA mit den erforderlichen Kenntnissen im Strahlenschutz aus § 14 Abs. 2 Nr. 5 StrlSchV deutlich. Ebenso wird der Arzt dem Krankenhaus die MTR der Praxis für Hilfs- oder Nebentätigkeiten, nämlich das Legen eines Zugangs o. ä., anweisen, wenn bei der jeweiligen Untersuchung Kontrastmittel zu verabreichen ist.

Zudem wird sich der Einsatz einer „eigenen“ MTR nicht wesentlich von dem einer „fremden“ MTR unterscheiden.

Ein Unterworfensein der MTR der Praxis hinsichtlich der Weisungen des Krankenhauses bzw. deren Ärzte ist in dieser Konstellation mithin zu bejahen.

bb) Eingliederung in die Betriebsorganisation

Zu prüfen ist weiterhin das Tatbestandsmerkmal der Eingliederung der MTR der Praxis in die Arbeitsorganisation des Krankenhauses gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 AÜG.

Die Eingliederung meint dabei nicht nur eine bloß äußere Integration in den Fremdbetrieb, sondern vielmehr, dass der Entleiher die Personalhoheit innehat, also die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über Arbeitseinsatz, -zeit und -ort treffen kann²⁹. Indizien für die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Beschäftigungsbetrieb

der Dritten sind die Zusammenarbeit des Arbeitnehmers mit Arbeitnehmern des Dritten, die Übernahme von Tätigkeiten, die früher Arbeitnehmer des Dritten ausgeführt haben sowie die Stellung von Material und Kleidung durch den Dritten³⁰.

Während der technischen Durchführung der Untersuchungsleistungen werden die Entscheidungen über Arbeitseinsatz, -zeit und -ort durch die Ärzte des Krankenhauses getroffen. Hierbei arbeiten die MTR der Praxis auch arbeitsteilig mit den Ärzten der Praxis zusammen. Zudem verrichten die MTR der Praxis die gleichen Tätigkeiten, die ansonsten die MTR des Krankenhauses verrichten würden.

Vor allem ist auch zu beachten, dass es sich bei der Bereitstellung der MTR durch die Praxis um eine Leistung handelt, die sich nicht in einer einmaligen Bereitstellung (wie beispielsweise bei der Einweisung in Computerprogramme) erschöpft, sondern dass die Bereitstellung immer wieder neu begründet wird.

Die MTR der Praxis werden mithin in die Arbeitsorganisation des Krankenhauses eingegliedert.

Hinsichtlich der Überlassung eines medizinisch-technischen Großgerätes in Verbindung mit der Überlassung des für die Bedienung dieses Gerätes notwendigen Personals besteht demzufolge das rechtliche Risiko einer erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung.

3. Konstellation III: Der Kooperationspartner überlässt dem Krankenhaus einen Teleradiologen zur teleradiologischen Befundleistung

Im Rahmen dieser Konstellation erfolgt die Nutzung des medizinisch-technischen Gerätes des Kooperationspartners durch nichtärztliches Personal des Krankenhauses für die stationären Patienten des Krankenhauses. Das Krankenhaus ist auch für die technische Durchführung der Röntgen- und Schnittbilduntersuchungen während des Bereitschaftsdienstes in den Abend- und Nachtstunden unter der Woche sowie

am Wochenende und an den Feiertagen zuständig. In diesem Zusammenhang kann die Frage aufgeworfen werden, ob es unbedenklich ist, wenn in diesen Fällen die Befundleistung teleradiologisch durch einen Radiologen einer radiologischen Praxis erbracht wird. Bei dieser Art von Zusammenarbeit zwischen Krankenhaus und radiologischer Praxis stellt sich nicht nur die Frage nach einer Arbeitnehmerüberlassung des Teleradiologen an das Krankenhaus, sondern auch die Frage nach der Überlassung der MTR des Krankenhauses an die radiologische Praxis. Unter a) wird zum Zwecke der Beantwortung dieser beiden Fragen zunächst erörtert, was eine teleradiologische Befundung ist. Im Anschluss (b) wird erläutert, ob die Befundleistung durch einen Teleradiologen der Praxis im Hinblick auf das AÜG dahingehend als unbedenklich einzustufen ist, dass darin keine Arbeitnehmerüberlassung des Teleradiologen an die Praxis liegt. Als letztes soll unter c) erörtert werden, ob in dieser Konstellation eine Arbeitnehmerüberlassung der MTR des Krankenhauses an die Praxis liegt.

a) Teleradiologische Befundung

Bei der Teleradiologie geht es um eine Ausnahme von der grundsätzlichen Anwesenheitspflicht eines Arztes mit der erforderlichen Fachkunde bei der Durchführung radiologischer Untersuchungen.

Daher gelten für die teleradiologische Befundung besondere Voraussetzungen, die unter **bb)** erläutert werden. Zunächst werden allerdings die strahlenschutzrechtlichen Anforderungen an „normale“ radiologische Leistungen erläutert dargestellt.

aa) Anforderungen an radiologische Leistungen nach StrlSchG und StrlSchV

Das Strahlenschutzgesetz (StrlSchG) und die Strahlenschutzverordnung (StrlSchV) stellen hohe Anforderungen an die Erbringung von radiologischen Leistungen. Nach § 83 Abs. 3 S. 1 StrlSchG darf ionisierende Strahlung unmittelbar am Menschen in Ausübung der Heilkunde nur angewendet werden, nachdem ein Arzt oder Zahnarzt mit der erforderlichen Fachkunde im Strahlenschutz entschieden hat, dass und auf welche Weise die Anwendung durchzuführen ist (rechtfertigende Indikation). Dies setzt eine Risiko-Nutzen-Abwägung im

28 Hamann, in: AÜG, 6. Aufl., § 1 Rn. 138.

29 Hamann, in: AÜG, 6. Aufl., 2022, § 1 Rn. 114.

30 Wank, in: ErfK, 21. Aufl. 2021, AÜG, § 1, Rn. 22.

konkreten Einzelfall voraus. Zudem muss der Arzt, der die rechtfertigende Indikation stellt, den Patienten nach § 83 Abs. 3 S. 4 StrlSchG vor Ort persönlich untersuchen können. Dies setzt voraus, dass er sich grundsätzlich in räumlicher Nähe zum Patienten aufhält.

bb) Teleradiologie mit einem Arzt der radiologischen Praxis

Ausnahmen von den Vorgaben des § 83 Abs. 3 S. 1 StrlSchG bestehen in den Fällen, in den die Röntgeneinrichtung nach § 5 Abs. 38 StrlSchG im Rahmen der Teleradiologie betrieben wird und eine entsprechende Genehmigung nach § 14 Abs. 2 StrlSchG besteht. Bei der Teleradiologie befindet sich der Arzt, der die rechtfertigende Indikation stellt, nicht persönlich am Ort der technischen Durchführung. Der Teleradiologe hat in diesen Fällen die rechtfertigende Indikation unter Mitwirkung des nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 StrlSchG am Ort der technischen Durchführung anwesenden Arztes mit den erforderlichen Kenntnissen im Strahlenschutz zu stellen. Hier ist ebenfalls zu beachten, dass auch der Arzt, der in der Teleradiologie die Verantwortung für die Anwendung der Röntgenstrahlung hat, über die erforderliche Fachkunde verfügen muss (§ 5 Abs. 38 StrlSchG).

(1) Verfügbarkeit eines Teleradiologen, § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StrlSchG

Voraussetzung für die Genehmigung ist zunächst die Verfügbarkeit des Teleradiologen während der Untersuchung. Dies erfordert, dass der Teleradiologe dem Arzt am Untersuchungsort für Rückfragen durch Telekommunikation zur Verfügung stehen muss. Das bedeutet, dass ein Arzt der radiologischen Praxis innerhalb der Zeiten des Bereitschaftsdienstes während der Untersuchung verfügbar sein muss.

(2) Personelle Voraussetzungen, § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 StrlSchG

Die technische Durchführung der Untersuchung an dem radiologischen Großgerät der Praxis im Rahmen des nach § 14 Abs. 2 S. 2 und 3 StrlSchG genehmigten Zeitraums darf nur von Personen mit der erforderlichen Fachkunde im Strahlenschutz erfolgen, die gemäß § 145 Abs. 2 Nr. 1, 2 oder 3 StrlSchV hierzu berechtigt sind. Danach beschränkt sich der Kreis der berechtigten

Personen in der Regel auf MTR. MFA sind demgegenüber zur technischen Durchführung der Untersuchung innerhalb und außerhalb der Teleradiologie gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2 StrlSchG i. d. R. nur dann berechtigt, wenn die Voraussetzungen nach § 145 Abs. 2 Nr. 5 StrlSchV gegeben sind.

Des Weiteren ist nach § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StrlSchG zu gewährleisten, dass am Ort der technischen Durchführung ein Arzt mit den erforderlichen Kenntnissen im Strahlenschutz anwesend ist. Diese Ärzte müssen zumindest über die Kenntnisse im Strahlenschutz verfügen, die es ihnen ermöglichen, die Vorgaben des Teleradiologen nachzuvollziehen und gemeinsam mit der oder dem MTR die Untersuchung durchzuführen. Der fachkundige Arzt muss somit unter Mitwirkung der Personen am Untersuchungsort alle für die rechtfertigende Indikation erforderlichen Informationen erlangen und darüber hinaus auch während der Untersuchung des Patienten erforderlichenfalls Einfluss nehmen können.

b) Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung des Teleradiologen der Praxis an das Krankenhaus bei Befundung durch einen Teleradiologen der Praxis

Ausgehend von den vorangegangenen Erläuterungen zur teleradiologischen Untersuchung kann nun die Frage nach der Bedenklichkeit der teleradiologischen Befundung durch einen Arzt der radiologischen Praxis beantwortet werden. Anhand der personellen Voraussetzungen nach § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 StrlSchG wird deutlich, dass eine Zusammenarbeit zwischen MTR, dem vor Ort anwesendem Arzt des Krankenhauses und dem Teleradiologen der Praxis notwendig ist.

Es stellt sich daher die Frage, ob der Teleradiologe von der Praxis an das Krankenhaus im Sinne des AÜG überlassen wird. Auch hier sind als Abgrenzungskriterien die Eingliederung in die Betriebsorganisation des Krankenhauses und die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis entscheidend.

aa) Weisungsunterworfenheit

An dieser Stelle werden die zu der 2. Konstellation unter **2. b. aa.** erläuterten Ausführungen wieder relevant. Wenn der Arbeitnehmer in den Betrieb des Dritten

eingegliedert ist und den dortigen Weisungen unterliegt, geht man in der Rechtsprechung von einer Arbeitnehmerüberlassung aus. Maßgeblich ist, ob der Einsatz des Arbeitnehmers des Dritten mit dem eines eigenen Arbeitnehmer vergleichbar ist³¹. Indiz für eine Arbeitnehmerüberlassung ist in diesem Zusammenhang die Beaufsichtigung des Arbeitnehmers durch das Personal des Entleihers³². Weiterhin konstitutiv für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung sind Weisungen, die beispielsweise das Verhalten des Arbeitnehmers bei der Arbeit (z. B. Tragen von Sicherheitskleidung) oder die Anordnung von Hilfs- und Nebentätigkeiten betreffen³³.

Die in dieser Konstellation beschriebene Gestaltung sieht vor, dass der Teleradiologe der Praxis zusammen mit Mitarbeitern (Arzt am Untersuchungsort, MTR) des Krankenhauses gegenüber weisungsbefugt im Hinblick auf die Untersuchung an sich (fachliche Weisungsbefugnis). Eine Überwachung des Teleradiologen durch das Krankenhaus erfolgt nicht. Eine Weisungsbefugnis des Krankenhauses, die in arbeitnehmerüberlassungsrechtlicher Sicht relevant sein könnte, wird regelmäßig nicht vorliegen. Ein Weisungsrecht in Bezug auf die Inhalte seiner medizinischen Entscheidungen scheidet aus berufsrechtlichen Gründen aus. Ein sonstiges personenbezogenes Weisungsrecht durch das Krankenhaus gegenüber dem Teleradiologen besteht weder nach den üblichen vertraglichen Regelungen noch im Rahmen der alltäglichen Praxis.

Der Teleradiologe wird durch die Praxis „bereitgestellt“, das heißt, dass die Praxis auswählt, welcher Radiologe als Teleradiologe tätig wird. Ein Personaleinsatz des Teleradiologen durch das Krankenhaus erfolgt nicht. Es ist bei der Ausgestaltung einer Kooperation in diesem Fall unbedingt darauf zu achten, dass die Praxis den Teleradiologen „auswählt“. Es darf aber nicht verkannt werden, dass der Teleradiologe der Praxis dieselbe Arbeit erbringt, die auch ein Teleradiologe des Krankenhauses erbringen würde. Im Er-

31 Lorenz, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht, AÜG § 1, Rn. 27.
32 Wank, in: ErfK, 21. Aufl., AÜG, § 1, Rn. 23.
33 Hamann, in: AÜG, 6. Aufl., § 1 Rn. 138.

gebnis spricht jedoch mehr dafür, dass eine Weisungsunterworfenheit des Teleradiologen nicht besteht.

bb) Eingliederung in die Betriebsorganisation

Obwohl das Vorliegen einer Weisungsunterworfenheit regelmäßig zu verneinen ist, wird noch das Tatbestandsmerkmal der Eingliederung des Teleradiologen in die Betriebsorganisation des Krankenhauses erörtert.

Die Eingliederung meint dabei nicht nur eine bloß äußere Integration in den Fremdbetrieb, sondern vielmehr, dass der Entleiher die Personalhoheit innehat, also die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über Arbeitseinsatz, -zeit und -ort treffen kann³⁴. Indizien für die Eingliederung des Arbeitnehmers in den Beschäftigungsbetrieb der Dritten sind die Zusammenarbeit des Arbeitnehmers mit Arbeitnehmern des Dritten, die Übernahme von Tätigkeiten, die früher Arbeitnehmer des Dritten ausgeführt haben sowie die Stellung von Material und Kleidung durch den Dritten³⁵.

Während der technischen Durchführung der Untersuchungsleistungen werden die Entscheidungen über Arbeitseinsatz, -zeit und -ort nicht durch das Krankenhaus getroffen. Eine Eingliederung in den Arbeitsbetrieb des Krankenhauses ist unter diesem Gesichtspunkt daher abzulehnen. Andererseits darf jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die Bereitstellung des Teleradiologen nicht in einer einmaligen Bereitstellung erschöpft, sondern dass sich die Pflicht zur Bereitstellung immer wieder aktualisiert. Zudem arbeitet der Teleradiologe arbeitsteilig mit dem am Ort der technischen Durchführung befindlichen Arzt sowie der MTR arbeitsteilig zusammen.

Der Teleradiologe ist aber nach außen hin nicht in den Betrieb des Krankenhauses eingegliedert. Denn dieser verbleibt örtlich regelmäßig am Sitz der Praxis bzw. im Homeoffice.

In Abwägung dieser Gesichtspunkte spricht mehr für die Annahme, dass der Teleradiologe nicht in die Betriebsorganisation des

Krankenhauses eingegliedert ist. Besondere Berücksichtigung findet dabei, dass die Auswahl des Teleradiologen der Praxis verbleiben dürfte.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Befundleistung durch einen Teleradiologen der Praxis als im Hinblick auf das rechtliche Risiko einer Arbeitnehmerüberlassung der radiologischen Praxis an das Krankenhaus als unbedenklich einzustufen ist.

c) Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung der MTR des Krankenhauses an die Praxis

Nachfolgend setzt sich dieser Beitrag mit der praxisrelevanten Frage auseinander, ob bei einer Zusammenarbeit zwischen Teleradiologen der Praxis und MTR des Krankenhauses das Risiko einer Arbeitnehmerüberlassung der MTR des Krankenhauses an die Praxis besteht. Auch hier sind die Abgrenzungskriterien der Eingliederung in die Betriebsorganisation der Praxis und die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis maßgebend.

aa) Weisungsunterworfenheit

Auch an dieser Stelle wird geprüft, ob die MTR des Krankenhauses der arbeitsbezogenen Weisungsbefugnis der Praxis unterliegt. Unter die arbeitsbezogenen Weisungen fallen beispielsweise die in § 611a Abs. 1 S. 2 BGB in Verbindung mit § 106 S. 1 GewO aufgeführten Weisungen, mit denen die individuelle Arbeitspflicht nach Gegenstand, Ort und Zeit konkretisiert wird. Indiz für eine Arbeitnehmerüberlassung ist in diesem Zusammenhang die Beaufsichtigung des Arbeitnehmers durch das Personal des Entleihers³⁶.

Der Gegenstand der Tätigkeit der MTR, nämlich die technische Durchführung bestimmter radiologischer Leistungen, wird durch das Krankenhaus bestimmt. Ebenso werden der Ort und die Zeit der Arbeitsleistung ausschließlich durch das Krankenhaus festgelegt. Dem Teleradiologen steht keinerlei Befugnis zu, die Arbeitszeit und Arbeitsort der MTR zu bestimmen.

Allerdings darf auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass dem Teleradiologen die Weisungsbefugnis im Hinblick auf die Anord-

nung von Nebentätigkeiten sowie in Bezug auf die technische Durchführung der Untersuchung und die Festlegung der Reihenfolge der durchzuführenden Untersuchungen verbleibt. Denn die teleradiologische Leistungserbringung erfolgt gem. § 5 Abs. 38 StrlSchG unter Verantwortung des Teleradiologen. Insoweit besteht ein vertragsgegenstandsbezogenes Weisungsrecht. Vertragsgegenstandsbezogenen Ausführungsanweisungen sind solche, die darauf abzielen, den zwischen den beteiligten Arbeitgebern vereinbarten Leistungsgegenstand zu konkretisieren. Ob der Teleradiologe – als Entleiher im Sinne des AÜG – auch die MTR beaufsichtigt, ist aber fraglich. Dies gilt als wesentliches Indiz der Rechtsprechung zur Annahme einer Weisungsunterworfenheit. Zum einen wird dem Teleradiologen eine Beaufsichtigung auf Grund der räumlichen Entfernung kaum möglich sein. Daneben hat gem. §§ 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 123 Abs. 1 Nr. 3 StrlSchG am Ort der technischen Durchführung auch ein Arzt des Krankenhauses mit den erforderlichen Kenntnissen im Strahlenschutz anwesend zu sein. Naheliegender ist also, dass eine Beaufsichtigung der MTR durch den Teleradiologen, wenn diese nicht von vornherein rechtlich und tatsächlich unmöglich ist, im erheblichen Maße gelockert ist und vielmehr auch oder ausschließlich durch den am Ort der technischen Durchführung anwesenden Arzt übernommen wird. Diese Überlegung wird bestätigt durch die gesetzliche Wertung des § 5 Abs. 2 Nr. 1 MTBG, wonach die Tätigkeiten der technischen Durchführung radiologischer Diagnostik sowie die Verabreichung von Pharmaka für die bildgebenden Verfahren nur von MTR ausgeübt werden können. Eine Weisungsunterworfenheit der MTR hinsichtlich des Teleradiologen i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 AÜG ist demnach eher abzulehnen.

bb) Eingliederung in die Betriebsorganisation

Zudem ist zu prüfen, ob eine Eingliederung der MTR in die Betriebsorganisation der Praxis erfolgt. Eine Eingliederung meint dabei nicht nur eine bloß äußere Integration in den Fremdbetrieb, sondern vielmehr, dass der Entleiher die Personalhoheit innehat, also die für ein Arbeitsverhältnis typischen

34 Hamann, in: AÜG, 6. Aufl., § 1, Rn. 114.

35 Wank, in: ErfK, 21. Aufl., AÜG, § 1, Rn. 22.

36 Wank, in: ErfK, 21. Aufl., AÜG, § 1, Rn. 23.

Entscheidungen über Arbeitseinsatz, -zeit und -ort treffen kann³⁷.

Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die MTR in den Räumlichkeiten der radiologischen Praxis tätig wird und insofern das radiologische Großgerät, an welchem sie ihre Arbeitsleistung erbringt, von der radiologischen Praxis gestellt wird. Diese Bereitstellung des Arbeitsmaterials und der Räumlichkeiten durch die Praxis spricht für eine Eingliederung der MTR des Krankenhauses in die Betriebsorganisation der Praxis. Demgegenüber wird aber sonstiges Arbeitsmaterial wie Arbeitskleidung durch das Krankenhaus gestellt. Die MTR führt aber Tätigkeiten aus, die auch die MTR der Praxis vornehmen würde. Dies spricht für eine Eingliederung der MTR in die Betriebsorganisation der Praxis.

Es darf aber auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die Zusammenarbeit zwischen dem Teleradiologen und der MTR mangels Möglichkeit eines persönlichen Austauschs am Ort der Untersuchung insofern von der radiologischen Untersuchung außerhalb der Zeiten des Bereitschaftsdienstes unterscheidet, als dass die Kommunikation und Zusammenarbeit unter Nutzung von Fernkommunikationsmitteln erfolgt und die daher als weniger „eng“ gewertet werden könnte. Allein der Umstand, dass der Teleradiologe nicht am Untersuchungsort physisch anwesend ist, kann jedoch nicht dazu führen, dass in dieser Konstellation eine Eingliederung in die Betriebsorganisation ausgeschlossen werden kann. Der radiologischen Praxis kommt aber nicht die Personalhoheit über die MTR zu. Denn nicht die radiologische Praxis initiiert den Arbeitseinsatz der MTR, sondern das Krankenhaus selbst, indem dieses die teleradiologische Leistung bei der radiologischen Praxis anfordert.

Unter Berücksichtigung der aufgeführten Argumente ist die Eingliederung der MTR in die Arbeitsorganisation der Praxis offen. Für das Risiko einer Arbeitnehmerüberlassung ist aber zu berücksichtigen, dass eine Weisungsunterworfenheit gem. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG eher abzulehnen ist. Zwar lässt

sich das Risiko einer erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung objektiv-rechtlich nicht vollständig ausschließen. Angesichts der aufgeführten Gesichtspunkte ist dieses jedoch geringer als im Fall der Konstellation II.

VI. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine Kooperation von radiologischen Praxen und Krankenhäusern, die eine Überlassung des Personals von dem einen an den anderen Kooperationspartner vorsieht, arbeitnehmerüberlassungsrechtliche Risiken bergen kann.

So „verlockend“ es für Krankenhäuser erscheinen mag, sich nicht nur das radiologische Großgerät, sondern auch die MTR zur Verfügung stellen zu lassen, so hoch ist in diesem Fall das Risiko einer Arbeitnehmerüberlassung der MTR an das Krankenhaus. Aber auch für den Fall, dass die MTR des Krankenhauses in den Räumlichkeiten der Praxis in Zusammenarbeit mit einem Teleradiologen der Praxis arbeitet, besteht das Risiko einer Arbeitnehmerüberlassung. Dieses Risiko ist auf Grund der Besonderheiten der Teleradiologie zwar geringer als wenn die MTR im Rahmen der normalen Betriebszeiten der Praxis zur Verfügung gestellt wird, es lässt sich aber nicht vollends ausschließen. Es zeigt sich also, dass sowohl auf Seiten des Krankenhauses, als auch auf der Seite der radiologischen Praxis nicht ausgeschlossen werden kann, dass Arbeitnehmer überlassen werden, ohne dass hierfür eine Erlaubnis nach dem AÜG vorliegt. Als weniger risikobehaftet ist die Tätigkeit des Teleradiologen selbst anzusehen. Ebenso stellt die bloße Gebrauchsüberlassung im Rahmen einer Großgerätekooperation keine vertragliche Gestaltung dar, die arbeitnehmerüberlassungsrechtliche Risiken birgt.

Es ist jedoch zu beachten, dass es nicht nur auf die vertragliche Gestaltung des Kooperationsvertrages ankommt, sondern, dass auch die tatsächlichen Verhältnisse maßgeblich

sind. Hierbei ist § 12 Abs. 1 S. 2 AÜG in den Blick zu nehmen, wonach im Zweifel weder der Wille der Vertragsparteien noch der Vertragsinhalt, sondern die tatsächliche Ausführung des Vertragsverhältnisses entscheidend ist. Eine rechtssichere Gestaltung des Kooperationsvertrages gewährleistet nämlich nur dann das Nichtvorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung, wenn der Vertrag auch entsprechend seiner Regelungen tatsächlich durchgeführt wird.

Die rechtlich risikoärmste Variante im Rahmen von Kooperationen ist in jedem Fall die Erbringung der Leistungen durch eigenes Personal. Soweit dies auf Grund des Personalmangels nur eingeschränkt möglich ist, kann nach Alternativen gesucht werden. Diese kann z. B. sein, das Personal des anderen Kooperationspartners zu eigenem Personal „zu machen“, indem etwa eine geringfügige Beschäftigung i. S. d. § 8 SGB IV eingegangen wird.

Damit eine Arbeitnehmerüberlassung ausgeschlossen werden kann, dürfen die Angestellten der radiologischen Praxis bzw. des Krankenhauses, nicht in die Arbeitsorganisation des jeweiligen Kooperationspartners eingegliedert und dessen Weisungen unterworfen sein.

Prof. Dr. Peter Wigge
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Medizinrecht

Karina Jentsch
Rechtsanwältin

Hendrik Hörnlein, LL.M.
Rechtsanwalt

Rechtsanwälte Wigge
Scharnhorststraße 40
48151 Münster
Telefon: (0251) 53 595-0
Telefax: (0251) 53 595-99
E-Mail: kanzlei@ra-wigge.de
www.ra-wigge.de

37 Hamann, in: AÜG, 6. Aufl., § 1 Rn. 114.