

Herrn
Dr. Christoph Weiß-Becker
Gemeinschaftspraxis für Kinder- und Jugendme-
dizin
Erichsenweg 16
25813 Husum

Vorab per Fax: 04841-870123

Weiß-Becker - Beratung

Sehr geehrter Herr Dr. Weiß-Becker,
wir danken vielmals für den erteilten Auftrag zur Erstellung
des Gutachtens, den wir sehr gern bearbeitet haben.

I. Sachverhalt

Betrieben wird eine Ausbildungskooperation zur Sicherstel-
lung der gesellschaftlichen Versorgung mit Fachärzten aus
dem Weiterbildungsbereich Pädiatrie. Diese Ausbildungsko-
operation wird als Weiterbildungsverbund Pädiatrie Schles-
wig-Holstein bezeichnet.

Der Weiterbildungsverbund möchte die Inhalte der Facharzt-
weiterbildung für Kinder- und Jugendmedizin sowohl auf kli-
nischer Ebene als auch in Praxisbetrieben bei niedergelas-
senen Kinder- und Jugendärztinnen und -ärzten vermitteln
und damit eine umfassende Weiterbildung zum Facharzt/zur
Fachärztin für Kinder- und Jugendmedizin sicherstellen.

Um die Facharztausbildung mit allen Inhalten der Weiterbil-
dung vollumfänglich im ambulanten und klinischen Sektor
gewährleisten zu können, werden Kooperationen zwischen
Kliniken und Praxisbetrieben geschlossen.

Die Ärzte werden im Rahmen der Weiterbildung sowohl in
den Klinikbetrieben als auch in den Praxisbetrieben der nie-

Karsten U. Bartels LL.M.
Matthias Hartmann
Jörg Hennig
Bernhard Kloos
Philip Koch

Hausvogteiplatz 11 A
10117 Berlin

Telefon +49 (0)30 27 89 00-0
Telefax +49 (0)30 27 89 00-10
E-Mail mail@hk2.eu

www.hk2.eu

Berlin, 10.11.2020

Unser Zeichen: 100/20 - AN
Bearbeiter: Anika Nadler

E-Mail: nadler@hk2.eu

Sekretariat
Tel. +49 (0)30 27 89 00 - 20

dergelassenen Ärztinnen und Ärzten eingesetzt, um vor Ort die jeweiligen Bestandteile der Weiterbildung zum Facharzt vermittelt zu bekommen. Bestandteil der Facharztweiterbildung Kinder- und Jugendmedizin ist die Weiterbildungsordnung der Ärztekammer Schleswig-Holstein in der Fassung vom 05.02.2020, in Kraft getreten am 01.07.2020 (Gebiet Kinder- und Jugendmedizin ab Seite 192). Auf Grundlage dessen werden Inhalte im Weiterbildungsverbund Pädiatrie Schleswig-Holstein vermittelt und sichergestellt.

Die Inhalte der Weiterbildung zum Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin werden sowohl auf klinischer Ebene als auch in Praxisbetrieben bei niedergelassenen Ärzten vermittelt. Um die Facharztausbildung mit allen Inhalten der Weiterbildung zum Facharzt gewährleisten zu können, werden Kooperationen zwischen Kliniken und Praxisbetrieben geschlossen. Die Ärzte werden im Rahmen der Weiterbildung sowohl in den Klinikbetrieben als auch in den Praxisbetrieben der niedergelassenen Ärzten eingesetzt, um vor Ort die jeweiligen Inhalte der Weiterbildung zum Facharzt vermittelt zu bekommen. Bestandteil dieser Weiterbildung zum Facharzt ist sowohl die Wissensvermittlung als auch die Vermittlung von in der Weiterbildungsordnung geforderten Handlungskompetenzen durch praktische Tätigkeiten in den verschiedenen Klinik- und Praxisbetrieben.

Arbeitgeber der Assistenzärzte in Weiterbildung zum Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin sind die Kliniken. Werden die Assistenzärzte in Weiterbildung zum Facharzt dann an die Praxisbetriebe zur Vermittlung der Ausbildungsbestandteile vermittelt, zahlt der Arbeitgeber die Vergütung der Assistenzärzte weiter. Die Vergütung der Assistenzärzte basiert dabei auf den Tarifverträgen der Kliniken (TV-Ärzte VKA und TV-Ärzte TDL).

Die Kliniken als Arbeitgeber erhalten sodann von den Praxisbetrieben eine entsprechende Vergütung, die die Tätigkeitsvergütung für die Assistenzärztin Weiterbildung zum Facharzt abdeckt.

II. Problemendarstellung

Fraglich ist, ob es sich bei dieser Konstellation um eine solche der Arbeitnehmerüberlassung handelt. Die Arbeitnehmerüberlassung kennzeichnet sich durch ein Dreiecksverhältnis, das von einem standardisierten Arbeitsverhältnis abweicht. Das Arbeitsverhältnis findet ausschließlich zwischen

dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer statt, es ist vertraglich durch den Arbeitsvertrag geregelt.

Grundsätzlich wird die Arbeitsleistung in einem standardisierten Arbeitsverhältnis bei dem Arbeitgeber selbst erbracht.

Kennzeichnend für die Arbeitnehmerüberlassung ist, dass die Arbeitsleistung nicht beim Arbeitgeber sondern bei einem Entleiherbetrieb erbracht wird. Vertragsverhältnisse im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung werden sowohl zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als auch zwischen Arbeitgeber und Entleiher abgeschlossen.

Die Arbeitnehmerüberlassung ist in Deutschland erlaubnispflichtig. Erlaubnisbehörde ist gemäß § 1 AÜG die Bundesagentur für Arbeit. Sofern die Tätigkeiten bei den Ausbildungsbetrieben, die nicht Arbeitgeber sind, als Arbeitnehmerüberlassung zu klassifizieren sind, wäre der Arbeitgeber als Verleiher verpflichtet, eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung zu beantragen und diese auch dauerhaft zu führen.

Des Weiteren sind im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung verschiedene administrative Pflichten durch den Arbeitgeber einzuhalten. So ist entweder ein Tarifvertrag der Zeitarbeit (iGZ oder BAP) oder der Grundsatz der Gleichbehandlung gemäß § 8 AÜG anzuwenden.

III. Rechtliche Würdigung

Erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung liegt gemäß § 1 Abs. 1 AÜG vor, wenn Arbeitgeber Dritten Arbeitnehmer im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen.

Überlassen im Sinne des AÜG bedeutet die Zurverfügungstellung eines Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung an Dritte (FW 1.1.2., S. 9). Der Dritte erhält durch den Überlassungsvertrag das Recht, den Leiharbeiter wie ein Arbeitgeber anzuweisen. Insgesamt kann man davon ausgehen, dass die im Rahmen der Verbundausbildung eingesetzten Ärzte danach „überlassen“ werden. Denn die jeweiligen Arztpraxen im Verbund üben gegenüber den eingesetzten Ärzten unzweifelhaft Direktionsrecht aus. Das ergibt sich bereits aus der Dauer des Einsatzes von mehreren Monaten sowie der überlegenen Fachkompetenz der ausbildenden Praxen.

Hier problematische Voraussetzungen liegen in dem Begriff des Arbeitnehmers und der Zulässigkeit der Verbundausbil-

dung.

1. Ausbildung vs. Arbeitnehmer

Für den Begriff des Arbeitnehmers ist für das AÜG der allgemeine arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff maßgeblich (FW 1.1.2 (S. 8)). Kennzeichnend für die Arbeitnehmereigenschaft ist insoweit die persönliche Abhängigkeit, also die Weisungsgebundenheit hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Arbeitstätigkeit (vgl. § 611a Abs. 1 BGB).

Ein Ausbildungsvertrag ist kein Arbeitsvertrag, denn er ist primär auf die Ausbildung gerichtet. Die Pflicht zur Vergütung ist nicht der Hauptzweck des Ausbildungsvertrages, sondern lediglich eine Nebenpflicht. Personen, die eingestellt werden, um berufliche Kenntnisse, Fertigkeiten und Erfahrungen zu erwerben, gelten nicht als Arbeitnehmer, auch wenn es sich nicht um eine Berufsausbildung nach dem BBiG handelt.

Nach der st. Rspr. des Bundesarbeitsgerichts liegt ein Arbeitsverhältnis vor, wenn die Leistung von Diensten nach Weisung des Dienstberechtigten und gegen die Zahlung von Entgelt Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen (BAG 30. September 1998 – 5 AZR 563/97 – BAGE 90, 36). Zwar stellen auch die zur Ausbildung eingestellten Personen in einem gewissen Umfang ihre Arbeitskraft nach Weisung des Ausbilders zur Verfügung; wesentlicher Inhalt ihres Vertragsverhältnisses ist jedoch die Ausbildung für eine spätere qualifizierte Tätigkeit.

Entscheidend kommt es auf die Gewichtung der vertraglichen Pflichten an. Steht die Erbringung einer Arbeitsleistung im Vordergrund handelt es sich um ein Arbeitsverhältnis.

Die Rechtsprechung räumt hier neben der tatsächlichen Durchführung des Vertragsverhältnisses folgenden Aspekten größere Bedeutung bei:

- Vertragliche Formulierungen: beziehen diese sich überwiegend auf das Erbringen arbeitsvertraglicher Pflichten oder auf Ausbildungsinhalte?
- Angestrebter Abschluss: wird ein Abschluss angestrebt, auch wenn dieser keine anerkannte Ausbildung im Sinne des Berufsbildungsgesetzes darstellt?
- Liegt die Vergütung eher im Bereich „normaler“ Ar-

beitsverhältnisse oder deutlich darunter? Nur im letzten Fall wäre dies ein Indiz für das Bestehen eines Ausbildungsverhältnisses. In einem Fall, in dem die vertragliche Vergütung etwa das vierfache der üblichen Ausbildungsvergütung und andersherum 2/3 einer üblichen Arbeitsvergütung betragen hatte, lehnte das Bundesarbeitsgericht das Vorliegen eines Ausbildungsverhältnisses ab (BAG v. 5. 12. 2002 – 6 AZR 216/01)

- eine weitere Rolle spielt der Vergleich des Umfangs der reinen Ausbildungszeit zu der gesamten praktischen Arbeitszeit. In dem bereits zitierten Fall entsprach die Ausbildungszeit im Umfang etwa der Zeit, in der reine Arbeitsleistungen erbracht worden sind. Auch hieraus leitete das BAG ab, dass der zeitliche Umfang der Ausbildungszeit nicht ausreiche, um noch von einem Ausbildungsverhältnis zu sprechen (BAG v. 5. 12. 2002 – 6 AZR 216/01)

Hier kommt hinzu, dass für die Beschäftigung der Assistenzärzte und Assistenzärztinnen ein Tarifvertrag existiert, der die Anstellung von sich in Ausbildung zu Fachärzten befindlichen Assistenzärzten und -ärztinnen detailliert regelt (TV-Ärzte VKA und TV-Ärzte TDL).

Auf den Fall bezogen bedeutet dies:

Die Weiterbildung von Assistenzärzten und Assistenzärztinnen zu einer nach der WBO anerkannten Facharztbezeichnung ist gerade von den Ausbildungsbestandteilen geprägt. Ziel der Weiterbildung von Assistenzärztinnen und -ärzten ist stets die Erlangung einer Facharztbezeichnung. Hierzu werden den Assistenzärzten und -ärztinnen vielfältige Wissensbestandteile der einzelnen Facharzttrichtungen vermittelt. Kennzeichnend für die Tätigkeit als Assistenzarzt oder -ärztin ist zwar auch bereits die Tätigkeit als approbierter Arzt, jedoch unterstehen Assistenzärzte und -ärztinnen stets der Supervision der/des ausbildenden Fachärztin/-arztes oder einer/eines Ober – oder Chefärztin/-arztes in einem Klinikbetrieb. Des Weiteren ist prägend für die Tätigkeit als Assistenzarzt oder Assistenzärztin, dass viele Behandlungen ausschließlich unter der Anleitung erfahrener Fachärzte unter Vermittlung des jeweiligen Wissens der Fachrichtung erbracht werden können. Eine selbstständige und völlig von den Ausbildern losgelöste Tätigkeit kann ein Assistenzarzt oder eine Assistenzärztin noch nicht erbringen.

Im Vordergrund stehen daher also bei allen Tätigkeiten die Komponente der Aus- und Weiterbildung zum Facharzt.

Dies wird im Übrigen auch durch die Abordnungsverträge gestützt, die in ihrem § 1 (Vertragsgegenstand) in Absatz (5) regeln:

Die Abordnung dient ausschließlich dem Zweck, dem/der AiW (Arzt/Ärztin in Weiterbildung) die Möglichkeit einer Erweiterung seiner/ihrer ärztlichen Weiterbildung zu geben, die er/sie bei einer alleinigen Tätigkeit in der Klinik sonst nicht hätte. Die Abordnung erfolgt daher im Sinne der kooperativen Verbesserung der Qualität der ärztlichen Weiterbildung durch Klinik und Praxis und ist keinesfalls als Arbeitnehmerüberlassung gemeint.

Die Abordnung hat also lediglich den Zweck die Weiterbildung zum Facharzt zu vervollständigen. Eine vollständige Weiterbildung kann von einer Praxis allein nicht bewerkstelligt werden.

Hinzukommt, dass einem Assistenzarzt verschiedene Optionen ohne Erlangung eines Facharztstitels verwehrt bleiben. So ist eine Niederlassung mit Kassenzulassung nur Fachärzten möglich. Auch die Erlangung dieser Bewegung wird durch die Weiterbildung zum Facharzt beziehungsweise zur Fachärztin gewährleistet.

Die MWBO sieht in ihrem § 4 Abs. 5 sogar ganz ausdrücklich vor, dass die Aus- und Weiterbildung zum Facharzt „grundsätzlich ganztägig und in hauptberuflicher Stellung durchzuführen“ ist. Dies verdeutlicht den Status der Weiterbildung zum Facharzt als hauptberufliche Weiterbildung, was den Ausbildungsstatus weiter untermauert. Die MWBO als (Muster)Weiterbildungsordnung der Bundesärztekammer gilt als Vorlage für alle Weiterbildungsordnungen der Länder.

Es findet des Weiteren eine Ausbildung zu einem anerkannten Beruf (Facharzt/Fachärztin für Kinder- und Jugendmedizin) statt, die zudem tarifvertraglich geregelt ist.

Die Regelungen in den Verträgen sprechen klar für eine Ausbildung, die auch in den Mittelpunkt der Regelung gestellt werden.

Schließlich dürfte für das Vorliegen einer Ausbildung spre-

chen, dass auch die Vergütung weit und deutlich unter der von Fachärzten liegt. Die Vergütung für einen Assistenzarzt / eine Assistenzärztin beträgt und ausweislich des Tarifvertrages des Marburger Bunds (Beispiel Tabelle TV-Ärzte Asklepios, 1.1.2020-30.06.2020) im 1. Jahr (Stufe 1) 4.615 €, wohingegen ein Facharzt in Jahr 1 (Stufe 1 Facharzt) bereits 6.090,00 € als Basisvergütung erhält. Dies verdeutlicht den enormen Gehaltsunterschied zwischen Assistenzärzten in Weiterbildung zum Facharzt im Verhältnis zu ausgebildeten Fachärzten. Die Abstände zu Oberärzten mit einem Gehalt von 7.630,00 € in Jahr 1 (Stufe 1) sind noch größer.

2. Verbundausbildung

Eine Arbeitnehmerüberlassung liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn Auszubildende Dritten zu Ausbildungszwecken (z.B. im Rahmen eines Ausbildungsverbundes) überlassen werden.

Die Verbundausbildung definiert § 10 Abs. 5 BBiG:

(5) Zur Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen der Ausbildenden können mehrere natürliche oder juristische Personen in einem Ausbildungsverbund zusammenwirken, soweit die Verantwortlichkeit für die einzelnen Ausbildungsabschnitte sowie für die Ausbildungszeit insgesamt sichergestellt ist (Verbundausbildung).

Sinn der Verbundausbildung ist, dass auch kleinere Betriebe, die nicht das gesamte, nach der Ausbildungsordnung erforderliche Ausbildungsspektrum anbieten, sich durch Zusammenschluss mit anderen an der Berufsausbildung beteiligen können. Solche Kooperationen können das Angebot an verfügbaren Ausbildungsplätzen vergrößern und zudem Ausbildungskosten senken. Im Interesse der Auszubildenden ist dabei sicherzustellen, dass sowohl klare Verantwortlichkeiten für jeden Ausbildungsabschnitt festgelegt als auch die Gesamtausbildung abgesichert ist.

(LAG BW 20.10.2017 NZA-RR 2018, 34; ErfK/Schlachter, 20. Aufl. 2020, BBiG § 10 Rn. 11)

Das sollte schon angesichts des vorliegenden Verbundvertrages anzunehmen sein, vgl. § 1 der Vereinbarung über die

Zusammenarbeit im Bereich der ärztlichen Weiterbildung zur Fachärztin/zum Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin (Weiterbündungsverbund Pädiatrie Schleswig-Holstein):

Die beteiligten Kliniken und Praxen streben nach Maßgabe der nachfolgenden Vereinbarung an, Ärztinnen und Ärzte in der Weiterbildung zum Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin (im Folgenden ÄiW genannt) eine unterbrechungsfreie Verbundweiterbildung anzubieten, die sich nach den Vorgaben der jeweils gültigen Weiterbildungsordnung richtet und dadurch gekennzeichnet ist, dass die einzelnen Weiterbildungsabschnitte in Klinik und Praxis in einem engen inhaltlichen, zeitlichen und räumlichen Zusammenhang abgeleistet werden können.

Hier soll gerade sichergestellt werden, dass alle in der WBO Schleswig-Holstein genannten Ausbildungsbestandteile zum Facharzt/zur Fachärztin für Kinder- und Jugendmedizin stattfinden kann, um den dringenden Bedarf an Pädiatern durch eigenverantwortliche Übernahme der Ausbildungsbestandteile sicherzustellen.

IV. Fazit

Insgesamt spricht alles für die Annahme einer im Vordergrund stehenden Ausbildung beziehungsweise Weiterbildung von Assistenzärzten zu Fachärzten. Die Vermittlung von für verschiedene Facharzttrichtungen notwendigem Wissen steht in der Facharztausbildung der Assistenzärzte und Assistenzärztinnen im Vordergrund. So soll sichergestellt werden, dass auch zukünftig dringend benötigte Kinder – und Jugendmediziner der Gesellschaft zur Verfügung stehen. Diese Konstellation ist daher als Ausbildung einzustufen.

Um eine Konstellation der Arbeitnehmerüberlassung handelt es sich dann nicht.

Die Tätigkeit ist mithin erlaubnisfrei und bedarf keiner Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gem. § 1 AÜG.



Anika Nadler
Rechtsanwältin