

Aktenzeichen: 5 AZR 8/78

LAG Hamm

Urteil des BAG vom 4. Juli 1979

Für das Nachschlagewerk: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Gesetz: BGB § 611 Rotes Kreuz, § 613 a Abs. 1; AÜG Art. 1
§ 1 Abs. 1, § 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1; KSchG
§ 1 Abs. 2, § 4 Satz 1; ZPO § 265 Abs. 2 Satz 3,
§ 325 Abs. 1

Leitsätze:

1. Die typischen Vereinbarungen der sog. Gast-schwestern mit einer DRK-Schwesternschaft e.V., durch die sich die Schwestern verpflichten, in einem von der Schwesternschaft besetzten Krankenhaus gegen Entgelt zu arbeiten, sind Arbeitsverträge. Sie begründen Arbeitsverhältnisse zur DRK-Schwesternschaft.
2. Durch diese Arbeitsverträge entstehen, auch in Verbindung mit den für die DRK-Schwesternschaft typischen Gestellungsverträgen, keine Arbeitsverhältnisse zum jeweiligen Krankenhaussträger.
3. Dieses Vertragssystem ist rechtlich nicht zu mißbilligen. Der Gestellungsvertrag der DRK-Schwesternschaften ist kein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag im Sinne von Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 8/78

8 Sa 668/77 Hamm

Verkündet am
4. Juli 1979

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 4. Juli 1979 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Dr. Heither und Dr. Fenge sowie die ehrenamtlichen Richter Krebs und Nitsche für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerinnen gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Hamm vom 20. Oktober 1977 - 8 Sa
668/77 - wird zurückgewiesen.

2. Die Klägerinnen haben die Kosten
der Revision zu tragen.

V o n R e c h t s w e g e n !

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerinnen, die als sog. Gastschwestern des DRK in der Unfallklinik "Bergmannsheil" in Gelsenkirchen-Buer als Krankenpflegehelferinnen tätig waren, in einem Arbeitsverhältnis zum Beklagten, dem Träger der Klinik, standen und ob vom Beklagten - vorsorglich - ausgesprochene Kündigungen unwirksam sind.

Der Beklagte war vom 1. Januar 1975 bis 31. Dezember 1976 Träger der Unfallklinik "Bergmannsheil" in Gelsenkirchen-Buer. Er trat in Rechte und Pflichten des zwischen dem früheren Träger, der Bergbauberufsgenossenschaft Bezirk Bochum und der "DRK-Schwesternschaft 'Bergmannsheil' in Bochum e.V." abgeschlossenen Gestellungsvertrag vom 21./31. Mai 1957 ein. Dieser Vertrag hat folgenden hier interessierenden Wortlaut:

"§ 1

1. Die Schwesternschaft stellt für die Berufsgenossenschaftlichen Krankenanstalten "Bergmannsheil" in Bochum - im folgenden kurz "Krankenanstalten" genannt - die für den Krankenpflagedienst erforderlichen Schwestern, Schwesternhelferinnen und Lernschwestern zur Verfügung.



- 3 -

2. Die jeweils erforderliche Mindestzahl von Schwestern wird errechnet nach den von der Deutschen Krankenhausgesellschaft herausgegebenen Richtzahlen.

.....

4. Die Krankenanstalten verzichten darauf, außer den von der Schwesternschaft angestellten Schwestern weiteres mit der Krankenpflege beschäftigtes weibliches Personal einzustellen. Hierbei ist Voraussetzung, daß die gemäß Abs. 1 erforderliche Zahl von Schwestern, Schwesternhelferinnen und Lernschwestern in vollem Umfange gestellt wird.

§ 2

1. Für die Durchführung der Krankenpflege sind die Anordnungen der leitenden Ärzte maßgebend.
2. Die Schwestern werden von einer Oberschwester beaufsichtigt, die für die Durchführung einer berufstechnisch und berufsethisch einwandfreien Arbeit verantwortlich ist.
3. Die Schwestern treten in kein Dienst- oder Arbeitsvertragsverhältnis zu den Krankenanstalten, sondern unterstehen in ihren persönlichen Angelegenheiten ausschließlich der Schwesternschaft, die auch die Höhe ihrer baren Bezüge regelt und zu der allein sie rechtliche Beziehungen unterhalten.

.....

7. Die Hausordnung und Dienstvorschriften werden im Einvernehmen mit den leitenden Ärzten und der Oberin der Schwesternschaft erlassen.



- 4 -

§ 3

1. Die Arbeitszeit der Schwester richtet sich nach der Verordnung über die Arbeitszeit in Krankenpflegeanstalten vom 13. 2. 1924 (RGBl. I S. 66) mit der Maßgabe, daß an die Stelle der daselbst festgelegten wöchentlichen Arbeitszeit von bis zu 60 Stunden eine Arbeitszeit von 108 Stunden innerhalb von 2 Wochen tritt.
2. Die leitenden Ärzte bestimmen im Einvernehmen mit der Oberschwester grundsätzlich die Verteilung der Arbeitszeit und Pausen sowie die wöchentlichen Freizeiten.

§ 4

1. Jeder Wechsel in der Person der Schwester erfolgt unter Berücksichtigung der Interessen der Krankenanstalten.
2. Die Krankenanstalten können die Ablösung einer Schwester verlangen, wenn diese den an sie zu stellenden Anforderungen nicht genügt. Die Schwesternschaft wird diesem Begehren stattgeben.
3. Die Schwesternschaft kann eine Schwester zurückrufen, wenn diese sich den Verpflichtungen gegenüber der Schwesternschaft entzieht und deren Ansehen durch ihr Verhalten schädigt.
4. Die Schwesternschaft kann eine Schwester auswechseln, wenn das im Interesse der Ausbildung der Schwester liegt oder andere zwingende Gründe nachweislich dafür gegeben sind.

.....

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 5 -

§ 5

Die Krankenanstalten zahlen an die
Schwesternschaft ein Gestellungs-
geld.

....."

Die am 16. Mai 1940 geborene Klägerin K
H und die am 15. April 1945 geborene Kläge-
rin S B waren seit 1. April 1973
bzw. seit 1. April 1974 aufgrund einer Vereinbarung
mit der "DRK-Schwernerschaft 'Bergmannsheil' in Bo-
chum e.V." in der Krankenanstalt "Bergmannsheil" in
Gelsenkirchen als Pflegehelferinnen tätig. In diesen
Vereinbarungen heißt es u.a.:

"Die Einstellung erfolgt ab in
den von der DRK-Schwernerschaft
"Bergmannsheil" besetzten Berufsge-
nossenschaftlichen Krankenanstalten
"Bergmannsheil" in Gelsenkirchen-
Buer.

Die Besoldung erfolgt nach den DRK-
Arbeitsbedingungen, in Anlehnung an
den BAT, Kr.Gr. ... Altersstufe ...
Familienstand ...

.....

Die Probezeit beläuft sich auf 3 Mo-
nate und kann während dieser Zeit
mit einer Frist von 1 Monat zum letz-
ten eines Monats beiderseits gelöst
werden. Wird eine Kündigung nicht
ausgesprochen, so läuft das Beschäf-
tigungsverhältnis automatisch weiter.
Die Kündigungsfrist ist dann nach den
gesetzlichen Bestimmungen einzuhal-
ten.

Urlaubsanspruch für jeden Beschäfti-
gungsmonat 1/12 des Jahresurlaubs.

....."

Beide Klägerinnen sind nicht Mitglied der "DRK-
Schwesternschaft".

- 6 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

Wegen eines zum 1. Januar 1977 geplanten Trägerwechsels - die Unfallklinik "Bergmannsheil" sollte auf die Bundesknappschaft übergehen - kündigte der Beklagte mit Schreiben vom 24. Juni 1976 den mit der Schwesternschaft abgeschlossenen Gestellungsvertrag zum 31. Dezember 1976. Die DRK-Schwesternschaft ihrerseits sprach den Pflegekräften, die nicht Mitglied waren, darunter den Klägerinnen, mit Schreiben vom 28. Juni 1976 zum 31. Dezember 1976 eine Kündigung aus. Die gegen die DRK-Schwesternschaft gerichtete Kündigungsschutzklage der Klägerin S B wurde abgewiesen. Das Urteil ist insoweit rechtskräftig geworden. Das Arbeitsgericht stand auf dem Standpunkt, daß kein Arbeitsverhältnis zur DRK-Schwesternschaft bestand sondern nur zum Beklagten (Urteil des ArbG Gelsenkirchen vom 20. Oktober 1976 - 4 Ca 1871/76).

Der Beklagte nahm die arbeitsgerichtliche Entscheidung vom 20. Oktober 1976 zum Anlaß, vorsorglich die Arbeitsverhältnisse der Klägerinnen durch Schreiben vom 8. Dezember 1976 zum 31. Dezember 1976 zu kündigen. Gleichzeitig wurden den Klägerinnen im Einvernehmen mit der Bergbauberufsgenossenschaft vergleichbare Arbeitsplätze in den Krankenanstalten "Bergmannsheil Bochum" oder in den Knappschaftskrankenhäusern Bottrop, Bochum-Langendreher und Dortmund angeboten. Diese Angebote haben die Klägerinnen nicht angenommen. Sie haben sich mit ihren am 23. bzw. 28. Dezember 1976 beim Arbeitsgericht Gelsenkirchen eingegangenen Klagen gegen die Kündigungen gewehrt. Sie sind der Auffassung, daß sie zwar von der DRK-Schwesternschaft eingestellt worden seien, dennoch aber in einem Arbeitsverhältnis zu dem beklagten Krankenhausträger stünden. Die vom Be-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



- 7 -

klagten vorsorglich ausgesprochenen Kündigungen halten sie für sozial nicht gerechtfertigt. Sie haben beantragt,

festzustellen, daß ihre Arbeitsverhältnisse zum Beklagten durch die Kündigungen vom 8. Dezember 1976 nicht zum 31. Dezember 1976 aufgelöst worden seien.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er steht auf dem Standpunkt, daß arbeitsrechtliche Beziehungen nur zwischen den Klägerinnen und der DRK-Schwesternschaft bestanden hätten. Über den 31. Dezember 1976 hinaus könne er die Klägerinnen nicht beschäftigen. Er habe eine Stilllegung des Krankenhauses und damit den Verlust von ca. 450 Arbeitsplätzen nur dadurch vermeiden können, daß er die Bundesknappschaft Bochum bewogen habe, das Krankenhaus zu übernehmen. Die Bundesknappschaft habe sich jedoch nur unter der Voraussetzung zur Übernahme bereit erklärt, daß sie die im Rahmen des Gestellungsvertrages mit der DRK-Schwesternschaft eingesetzten Arbeitskräfte nicht übernehmen müsse. Die Bundesknappschaft habe in dieser Klinik in erster Linie die Pflegekräfte beschäftigen wollen, die ihren Arbeitsplatz in der von ihr betriebenen Klinik in Gelsenkirchen-Ückendorf zum gleichen Zeitpunkt aufgeben mußten. Hilfsweise macht der Beklagte geltend, die ausgesprochenen Kündigungen müßten als ordentliche Kündigungen wirksam sein.

Das Arbeitsgericht hat den Klagen stattgegeben. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung des Beklagten dieses Urteil abgeändert und die Klagen abgewiesen. Mit der Revision begehren die Klägerinnen die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während der Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.



Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat die Kündigungsschutzklagen zu Recht abgewiesen. Zwischen den Parteien bestand kein Arbeitsverhältnis.

1. Die Klägerinnen konnten ihre Kündigungsschutzklagen gegen den Beklagten erheben und sie unbeschadet des Trägerwechsels am 1. Januar 1977 gegen den Beklagten fortsetzen.

a) Der Beklagte hat die Kündigungen ausgesprochen. Die Klägerinnen mußten innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung die Kündigungsschutzklage gegen den Beklagten erheben (§ 4 Satz 1 KSchG). Das haben sie getan.

b) Der Trägerwechsel zum 1. Januar 1977 hat auf die Passivlegitimation des Beklagten keinen Einfluß. Die prozessuale Lage muß insoweit ebenso beurteilt werden, wie wenn die Klägerinnen Angestellte des Krankenhausträgers gewesen wären. In diesem Fall handelte es sich um einen Betriebsübergang im Sinne von § 613 a BGB, der sich auf den Rechtsstreit nicht auswirken brauchte. Die Arbeitnehmer könnten im Fall eines Betriebsinhaberwechsels einen vor dem Betriebsübergang eingeleiteten Kündigungsschutzprozeß gegen den früheren Arbeitgeber fortsetzen (vgl. für den Fall eines Antrags auf Verurteilung zu einer unvertretbaren Handlung Urteil des Senats AP Nr. 1 zu § 325 ZPO [zu 1 der Gründe], für Kündigungsschutzklagen Urteil des Ersten Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 14. Februar 1978 - 1 AZR 154/76 - [demnächst] AP Nr. 60 zu Art. 9 GG Arbeitskampf [zu 1 der Gründe] - auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Der Arbeitnehmer hat ein berechtigtes Interesse daran, daß die Frage der Wirk-

samkeit der Kündigung in einem Rechtsstreit mit dem Arbeitgeber geklärt wird, der diese Kündigung ausgesprochen hat. Berechtigte Interessen des Erwerbers stehen nicht entgegen. Der Erwerber kann sich durch entsprechende Abreden in dem dem Betriebsübergang zugrunde liegenden Vertrag sichern; er kann sich am Rechtsstreit auch als Nebenintervenient beteiligen (§ 265 Abs. 2 Satz 3 ZPO). Ob ein Parteiwechsel, den Leipold (Anm. zum Urteil des Senats AP Nr. 1 zu § 325 ZPO [zu 4]) für erwägenswert hält, zulässig wäre, braucht hier nicht entschieden zu werden. Die Klägerinnen haben einen solchen Parteiwechsel nicht versucht.

2. Zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits ist durch die Vereinbarung der Klägerinnen mit der DRK-Schwesternschaft in Verbindung mit dem Gestellungsvertrag kein Arbeitsvertrag zustande gekommen.

a) Die Vereinbarungen der Klägerinnen mit der DRK-Schwesternschaft sind Arbeitsverträge; sie haben ein Arbeitsverhältnis der Klägerinnen zur DRK-Schwesternschaft begründet. Die Klägerinnen haben sich der DRK-Schwesternschaft gegenüber zur Arbeitsleistung verpflichtet. Dafür sollten sie die von der DRK-Schwesternschaft zugesagte Vergütung erhalten. Die DRK-Schwesternschaft hatte allein das Recht, dieses Arbeitsverhältnis zu kündigen. Dabei kann offen bleiben, ob auch Mitglieder der DRK-Schwesternschaft Dienste aufgrund eines Arbeitsvertrages erbringen können (vgl. dazu BAG 2, 289 = AP Nr. 1 zu § 5 ArbGG 1953); die Klägerinnen waren keine Mitglieder, sie waren nur "Gastschwestern". Daß die Klägerinnen ihre Dienste nicht in einem vereinseigenen Krankenhaus, sondern für einen Dritten leisten sollten, steht der Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht entgegen. Eine solche Abrede ist auch sonst im Arbeitsleben nicht ungewöhnlich.



Die Rechtskraft des Urteils, das im Kündigungsschutzprozeß der Klägerin B gegen die DRK-Schwesternschaft ein Arbeitsverhältnis zwischen diesen verneint hat, hindert den Senat nicht, in dem jetzigen Verfahren dennoch von einem Arbeitsverhältnis der Klägerinnen zu der DRK-Schwesternschaft auszugehen. An die im Vorprozeß getroffene rechtskräftige Feststellung sind nur die Parteien des damaligen Rechtsstreits gebunden (§ 325 Abs. 1 ZPO).

b) Auch durch Abschluß und Praxis des Gestellungsvertrages ist kein Arbeitsverhältnis zwischen den Klägerinnen und dem Beklagten als Träger des Krankenhauses zustande gekommen. Ein solches Arbeitsverhältnis haben beide Parteien nach ihren schriftlichen Erklärungen nicht gewollt. Die praktische Durchführung der Verträge weicht nicht von den getroffenen Abreden ab. Ihr läßt sich daher nicht entnehmen, daß der Beklagte in die Arbeitgeberstellung eingerückt wäre.

Der Gestellungsvertrag entspricht im wesentlichen der typischen Gestaltung, die sich für Gestellungsverträge der DRK-Schwesternschaft seit langem herausgebildet hat (vgl. hierzu Niskisch, Festschrift für Hueck, 1959, S. 1 ff.; Savaète, AuR 1959, 5; Ulrich Teich, Die Rechtsstellung der Krankenschwestern und Krankenpflegehelferinnen in ihren Verbänden und in der Krankenanstalt, Diss. Würzburg 1972, S. 166 ff.; Wolfgang Müllner, Aufgespaltene Arbeitgeberstellung und Betriebsverfassungsgesetz, Diss. Würzburg 1978, S. 42 ff.). In diesem Gestellungsvertrag verpflichtet sich die DRK-Schwesternschaft, mit ihren Mitgliedern oder dem von ihr zusätzlich eingestellten Pflegepersonal Krankenpflegedienste im Krankenhaus zu leisten.

Rechte und Pflichten der einzelnen Pflegekräfte gegenüber dem Träger des Krankenhauses werden durch den Gestellungsvertrag nicht begründet. Insbesondere werden Schwestern und sonstige Pflegekräfte nicht dadurch zu Arbeitnehmern des Trägers, daß sie bei der "Durchführung der Krankenpflege" an die "Anordnungen der leitenden Ärzte" gebunden sind (§ 2 Nr. 1 des Gestellungsvertrags). Diese ärztlichen Anordnungen bestimmen Inhalt und Umfang der Krankenpflege. Im Rahmen dieser Anordnungen muß das Pflegepersonal tätig werden. Ihm bleibt aber für die Ausführung der einzelnen Pflegeleistungen ein nicht unbedeutender Spielraum. In diesem Bereich ist das Pflegepersonal einer Oberschwester unterstellt, die von der DRK-Schwesternschaft gestellt wird. Diese Oberschwester ist auch für eine in berufsethischer Hinsicht einwandfreie Arbeitsleistung der Pflegekräfte verantwortlich (§ 2 Nr. 2 des Gestellungsvertrags). Entscheidend ist weiter, daß die Pflegekräfte in allen arbeitsrechtlichen Beziehungen im übrigen ausschließlich der DRK-Schwesternschaft unterstellt sind. Von ihr erhalten sie den Lohn, den Urlaub und fachliche Weisungen unterhalb der ärztlichen Anordnungen. Die DRK-Schwesternschaft allein bestimmt über den Einsatz der Schwester im Krankenhaus; sie kann eine Schwester zurückrufen oder auswechseln (§ 4 Nr. 3 und 4 des Gestellungsvertrags).

Daß durch den Gestellungsvertrag keine arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen Pflegepersonal und Träger des Krankenhauses begründet werden, ist auch die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur. Nach Ansicht des Bundessozialgerichts (BSGE 28, 208 [210] = AP Nr. 7 zu § 611 BGB Rotes Kreuz [Bl. 1 R und 2]) besteht zwischen der Oberschwester und dem Träger des Krankenhauses



kein Beschäftigungsverhältnis; der Träger ist weder mittelbarer noch unmittelbarer Arbeitgeber der Oberschwester. Was für die Oberschwester gilt, muß auch für die ihr nachgeordneten Pflegekräfte gelten. Das Bundesverwaltungsgericht führt aus, daß zwischen den Rot-Kreuz-Schwestern und dem Träger von Krankenanstalten bei Abschluß der für die Rot-Kreuz-Schwesternschaft typischen Gestellungsverträge keine unmittelbaren arbeitsrechtlichen Vertragsbeziehungen entstehen (BVerwGE 24, 76 [77] = AP Nr. 1 zu § 3 PersVG Baden-Württemberg [zu 3 der Gründe]). Auch in der Literatur geht die überwiegende Auffassung dahin, durch die Gestellungsverträge werde kein Arbeitsverhältnis zum Krankenhausträger begründet (vgl. von Maltzahn, RdA 1955, 454; Nikisch, Festschrift für A. Hueck, 1959, S. 5 [12 ff. und 16 ff.]; aus der neueren Literatur vgl. noch die oben genannte Dissertation von Teich, S. 201 und 202, dort auch weitere Nachweise auf S. 169 Fußn. 556); anderer Ansicht nur Trieschmann (RdA 1955, 52 ff.) und Savaète (AuR 1959, 5 [7 und 9]), die ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Krankenpflegepersonal und dem Krankenhausträger annehmen.

3. Die von den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen sind rechtlich nicht zu mißbilligen. Der Beklagte kann deshalb auch nicht so behandelt werden, als ob ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen wäre.

a) Zunächst greift Art. 1 § 10 Abs. 1 Satz 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) nicht ein. Nach dieser Bestimmung gilt ein Arbeitsverhältnis als zustande gekommen, wenn der (Arbeits-) Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Das wiederum ist der Fall, wenn der Arbeit-



geber als Verleiher einem Dritten, dem Entleiher, Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen hat, ohne die dazu erforderliche Erlaubnis zu besitzen. Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.

Es ist schon fraglich, ob die DRK-Schwesternschaft als gemeinnütziger Verein gewerbsmäßig im Sinne von Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG handelte (verneinend Becker, AÜG, Einl. RdNr. 33). War das nicht der Fall, war auch eine Erlaubnis nicht erforderlich. Entscheidend ist, daß die DRK-Schwesternschaft dem Beklagten die von ihr gestellten Schwestern nicht zur Arbeitsleistung überlassen hat; der Gestellungsvertrag ist kein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag im Sinne von § 1 Abs. 1 AÜG.

Der Senat hat Dienst- oder Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassungsverträge im Sinne von Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG wie folgt abgegrenzt: Bei Dienst- oder Werkverträgen organisiert der Unternehmer die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen selbst, wobei er sich eines Erfüllungsgehilfen bedienen kann. Er bleibt aber für die Erfüllung der im Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werkes verantwortlich. Bei der Arbeitnehmerüberlassung überläßt er dem Vertragspartner geeignete Arbeitskräfte, die dieser nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb einsetzen kann (Urteil des Senats vom 8. November 1978 - 5 AZR 261/77 - [demnächst] AP Nr. 2 zu § 1 AÜG [zu II 1 c der Gründe] - auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Nach diesen Grundsätzen haben Gestellungsverträge der hier vorliegenden Art keine Arbeitnehmerüberlassung zum Gegenstand. Die DRK-Schwesternschaft organisiert Krankenpflegeleistungen in eigener Verantwortung.



Sie übernimmt die Krankenpflege als ganzes und behält sich die berufstechnische Ausgestaltung und die Überwachung berufsethischer Grundsätze ausdrücklich vor. Deshalb hat sie sich auch vom Träger des Krankenhauses zusichern lassen, daß dieser kein eigenes weibliches Krankenpflegepersonal beschäftigt, solange ausreichendes Pflegepersonal von der Schwesternschaft gestellt wird. Nikisch (aaO, S. 18) hat zutreffend den Sinn dieser Regelung charakterisiert: Mit der Übernahme der Krankenpflege in einem Krankenhaus hat die DRK-Schwernerschaft die Verantwortung für deren Ausübung im Geiste und nach den Grundsätzen des Roten Kreuzes übernommen. Diese Verantwortung kann sie nur tragen, "wenn das weibliche Pflegepersonal in dieser Anstalt einheitlich zusammengesetzt ist aus Schwestern, die ihr entweder als Mitglieder angehören oder ihr mindestens vertraglich verbunden sind und aus diesem Grund ihren Weisungen zu folgen haben". Daraus lassen sich Rückschlüsse ziehen: Die von der DRK-Schwernerschaft gestellten Pflegekräfte sind keine Leiharbeitnehmer sondern ihre Erfüllungsgehilfen (so im Ergebnis auch Teich, aaO, S. 186 ff.).

b) Die Abreden der Beteiligten sind auch nicht deshalb rechtlich zu mißbilligen, weil der Kündigungsschutz umgangen worden wäre. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht einen Mißbrauch der vertraglichen Gestaltungsfreiheit immer dann geprüft, wenn durch die gewählte Vertragsform die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes ausgeschaltet und damit der vom Gesetzgeber gewollte Bestandschutz eines Arbeitsverhältnisses vereitelt wurde (vgl. Urteil des Senats vom 26. November 1975 - 5 AZR 337/74 - AP Nr. 19 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu III 1 der Gründe] mit weiteren Nachweisen - auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung



des Gerichts bestimmt). Auf einen solchen Mißbrauch der vertraglichen Gestaltungsfreiheit können sich die Klägerinnen nicht berufen. Sie standen in einem Arbeitsverhältnis zur DRK-Schwesternschaft. Die Kündigungsschutzbestimmungen waren anwendbar. Der Kündigungsschutz war auch nicht praktisch wertlos. Durch die Kündigung des Gestellungsvertrages waren die Arbeitsplätze nicht stärker gefährdet als bei der Schließung des einzigen Krankenhauses, das ein Träger betreibt und in dem er Pflegekräfte als eigene Arbeitnehmer beschäftigt. Die DRK-Schwesternschaft hatte außerdem noch die Möglichkeit, die bei ihr angestellten Schwestern in mehreren Krankenhäusern einzusetzen. Nicht jede Kündigung eines Gestellungsvertrages konnte deshalb - automatisch und ohne weitere Prüfung - eine betriebsbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG rechtfertigen. Deshalb kann der Kündigungsschutz einer bei der DRK-Schwesternschaft angestellten Schwester im Einzelfall wirksamer sein als der Kündigungsschutz des beim Träger unmittelbar angestellten Pflegepersonals.

4. Da somit zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis bestand, waren die vorsorglich vom Beklagten ausgesprochenen Kündigungen gegenstandslos. Das führt zur Abweisung der Kündigungsschutzklage, mit der das Weiterbestehen eines Arbeitsverhältnisses festgestellt werden soll. Die Revision der Klägerinnen war deshalb mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

gez.: Dr. Hilger

Dr. Heither

Dr. Fenge

Krebs

Der ehrenamtliche Richter Nitsche ist durch Urlaub gehindert zu unterschreiben.

gez. Dr. Hilger

