Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
vom 6. Juli 2016[1]

Rechtssache C-216/15

Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH
gegen
Ruhrlandklinik gGmbH

(Vorabentscheidungsersuchen des Bundesarbeitsgerichts [Deutschland])

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Sozialpolitik — Leiharbeit — Richtlinie 2008/104/EG — Anwendungsbereich — Art. 1 Abs. 1 und 2 — Begriff ‚Arbeitnehmer' — Begriff ‚wirtschaftliche Tätigkeit' — Mitglied eines keinen Erwerbszweck verfolgenden Vereins, das von diesem eine Vergütung erhält und einem Dritten zur Arbeitsleistung nach dessen Weisung überlassen wird — Vom Dritten an den Verein geleisteter Ersatz für Personal- und Verwaltungskosten"

I – **Einleitung**

1. Das Vorabentscheidungsersuchen des Bundesarbeitsgerichts betrifft die Auslegung der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit[2], insbesondere ihres Art. 1, in dem der Anwendungsbereich dieser Richtlinie definiert ist.

2. Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen einem Unternehmen, das eine stationäre Klinik betreibt, und einem Organ der Vertretung des Personals in diesem Unternehmen über die Weigerung dieses Organs, zuzustimmen, dass eine Krankenschwester, die Mitglied eines keinen Erwerbszweck verfolgenden Vereins ist, auf der Grundlage eines Vertrags zwischen dem Unternehmen und diesem Verein der genannten Klinik auf Dauer überlassen wird.

3. Das vorlegende Gericht legt dem Gerichtshof zwar nur eine einzige Frage vor, doch ergibt sich aus den Gründen seiner Entscheidung, dass es im Kern über die Bedeutung und die Tragweite von zwei verschiedenen Begriffen im Zweifel ist. Es fragt sich nämlich zum einen, ob die Mitglieder eines Vereins, die ihre Berufstätigkeit in einem solchen Kontext nach Weisung eines Dritten ausüben, auch dann als „Arbeitnehmer" im Sinne von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104 anzusehen sind, wenn sie diese Eigenschaft nach deutschem Recht nicht haben, und zum anderen, ob es eine „wirtschaftliche Tätigkeit" im Sinne von Art. 1 Abs. 2 dieser Richtlinie darstellt, wenn ein Verein seine Mitglieder einem Dritten gegen Zahlung eines Entgelts überlässt.

1 — Originalsprache: Französisch.
2 — ABl. 2008, L 327, S. 9.

II – **Rechtlicher Rahmen**

A – *Unionsrecht*

4. Art. 1 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2008/104, in dem der Anwendungsbereich dieser Richtlinie definiert ist, bestimmt:

„(1) Diese Richtlinie gilt für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um vorübergehend unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten.

(2) Diese Richtlinie gilt für öffentliche und private Unternehmen, bei denen es sich um Leiharbeitsunternehmen oder entleihende Unternehmen handelt, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht."

5. Nach Art. 2 der Richtlinie 2008/104 ist es deren „Ziel …, für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern gemäß Artikel 5 gesichert wird und die Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anerkannt werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein angemessener Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festgelegt werden muss, um wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen".

6. Ihr Art. 3 („Begriffsbestimmungen") sieht vor:

„(1) Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

a) ‚Arbeitnehmer' eine Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat nach dem nationalen Arbeitsrecht als Arbeitnehmer geschützt ist;

b) ‚Leiharbeitsunternehmen' eine natürliche oder juristische Person, die nach einzelstaatlichem Recht mit Leiharbeitnehmern Arbeitsverträge schließt oder Beschäftigungsverhältnisse eingeht, um sie entleihenden Unternehmen zu überlassen, damit sie dort unter deren Aufsicht und Leitung vorübergehend arbeiten;

c) ‚Leiharbeitnehmer' einen Arbeitnehmer, der mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen hat oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen ist, um einem entleihenden Unternehmen überlassen zu werden und dort unter dessen Aufsicht und Leitung vorübergehend zu arbeiten;

…

(2) Diese Richtlinie lässt das nationale Recht in Bezug auf die Begriffsbestimmungen von ‚Arbeitsentgelt', ‚Arbeitsvertrag', ‚Beschäftigungsverhältnis' oder ‚Arbeitnehmer' unberührt.

…"

B – *Deutsches Recht*

7. Das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) in seiner zum maßgeblichen Zeitpunkt des Ausgangsrechtsstreits geltenden Fassung [3] sieht in § 99 („Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen“) vor:

„(1) In Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Einstellung … zu unterrichten, …; er hat dem Betriebsrat unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen Auskunft über die Auswirkungen der geplanten Maßnahme zu geben und die Zustimmung des Betriebsrats zu der geplanten Maßnahme einzuholen. …

(2) Der Betriebsrat kann die Zustimmung verweigern, wenn … die personelle Maßnahme gegen ein Gesetz … verstoßen würde …“ [4]

8. Mit dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) in seiner durch das Gesetz vom 28. April 2011 geänderten Fassung [5] wird die Richtlinie 2008/104 in das innerstaatliche Recht umgesetzt. Nach § 1 Abs. 1 AÜG bedürfen „Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, … der Erlaubnis. Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend.“

III – **Ausgangsrechtsstreit, Vorlagefrage und Verfahren vor dem Gerichtshof**

9. Die DRK-Schwesternschaft Essen e. V. (im Folgenden: Schwesternschaft [6]) ist ein eingetragener Verein, der keinen Erwerbszweck verfolgt, und sie ist Mitglied des Verbands der Schwesternschaften vom Deutschen Roten Kreuz e. V. [7]. Sie verfügt über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung.

10. Seit dem Jahr 2003 schließt die Schwesternschaft mit Pflegekräften keine Arbeitsverträge mehr ab, sondern nimmt diese nur als Vereinsmitglieder auf. Nach ihrer Vereinssatzung sind ihre Mitglieder, die berechtigt sein müssen, einen Beruf in der Kranken- und Gesundheitspflege auszuüben, verpflichtet, ihre volle Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, und üben ihre Tätigkeit in Einrichtungen der Krankheits- und Gesundheitspflege entweder bei der Schwesternschaft oder im Rahmen von Gestellungsverträgen bei Dritten aus [8]. Bei einer Gestellung an einen Dritten unterliegen die Mitglieder der Schwesternschaft dessen fachlichen und organisatorischen Weisungen.

11. Nach der Vereinssatzung zahlt die Schwesternschaft an ihre Mitglieder eine monatliche Vergütung, deren Berechnung sich nach den für die jeweilige Tätigkeit üblichen Kriterien richtet, und erstattet bestimmte Reise- und Umzugskosten. Außerdem erhalten die Mitglieder eine Anwartschaft auf Erholungsurlaub und ein zusätzliches Ruhegeld entsprechend den für die jeweilige Tätigkeit geltenden Vorschriften sowie Entgeltfortzahlung und Zuschüsse bei einer durch Krankheit oder Unfall verursachten Arbeitsunfähigkeit.

3 — Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. 2001 I S. 2518).

4 — Das vorlegende Gericht führt aus, dass nach seiner Rechtsprechung der Begriff „Einstellung“ im Sinne des genannten § 99 Abs. 1 nicht die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem fraglichen Unternehmen voraussetze; es reiche aus, wenn Personen dessen arbeitstechnischen Zweck durch weisungsgebundene Tätigkeit verwirklichten.

5 — Das Änderungsgesetz trat am 1. Dezember 2011 in Kraft (BGBl. 2011 I S. 642).

6 — „Schwesternschaft“ ist hier als Oberbegriff zu verstehen und bezieht sich auch auf männliche Mitglieder.

7 — Der Vorlageentscheidung zufolge gibt es bundesweit 33 Schwesternschaften des Deutschen Roten Kreuzes (DRK), denen insgesamt rund 22 000 Rotkreuzschwestern und -pfleger angehören. Nach Angabe der Ruhrlandklinik gGmbH hat die Schwesternschaft Essen rund 1 650 Mitglieder.

8 — Die Ruhrlandklinik führt in ihren Erklärungen aus, ihr Einsatz erfolge „ganz überwiegend“ bei Drittunternehmen und „[r]egelmäßig werden DRK-Schwestern über viele Jahre bei den jeweiligen Vertragspartnern [der jeweiligen Schwesternschaft] eingesetzt“.

12. Die Ruhrlandklinik betreibt in Essen eine stationäre Klinik. 2010 schloss sie mit der Schwesternschaft einen Gestellungsvertrag, wonach die Schwesternschaft bei ihr Pflegepersonal, bei dem es sich um Mitglieder der Schwesternschaft handelt, einsetzt. Nach diesem Vertrag erhält die Schwesternschaft für den jeweiligen Einsatz ein Entgelt, welches die Bruttopersonalkosten und eine dreiprozentige Verwaltungskostenpauschale umfasst. Die der Ruhrlandklinik überlassenen Mitglieder der Schwesternschaft erhalten die gleiche Vergütung wie die von der Erstgenannten unmittelbar angestellten Arbeitnehmer und unterliegen nahezu denselben Regelungen und Arbeitsbedingungen.

13. Frau K ist Mitglied der Schwesternschaft. Sie sollte auf der Grundlage des Gestellungsvertrags zwischen dieser und der Ruhrlandklinik ab dem 1. Januar 2012 in deren Pflegedienst eingesetzt werden.

14. Mit Schreiben vom 2. Dezember 2011 weigerte sich der Betriebsrat der Ruhrlandklinik[9], dieser Maßnahme gemäß § 99 Abs. 1 und 2 BetrVG zuzustimmen, weil der Einsatz von Frau K nicht vorübergehend sei und damit gegen § 1 Abs. 1 AÜG verstoße, wonach die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher vorübergehend sein müsse.

15. Nach Auffassung der Ruhrlandklinik entbehrt diese Weigerung der Grundlage, da § 1 Abs. 1 AÜG, mit dem die Richtlinie 2008/104 umgesetzt werde, nicht für die Einstellung einer Person gelte, die Mitglied eines Vereins und kein Arbeitnehmer sei. Sie beschloss daher, die Betroffene vorläufig einzusetzen und beantragte die gerichtliche Ersetzung der Zustimmung zu ihrer dauerhaften Einstellung. Da die Vorinstanzen diesem Antrag stattgaben, hat der Betriebsrat im Wege der Rechtsbeschwerde das Bundesarbeitsgericht angerufen.

16. Das Bundesarbeitsgericht führt aus, dass, sofern eine Situation wie die des Ausgangsverfahrens als von der Richtlinie 2008/104 erfasst anzusehen sein sollte, § 1 Abs. 1 AÜG nach den Grundsätzen der unionsrechtskonformen Auslegung dahin auszulegen wäre, dass der Einsatz von Frau K eine nach nationalem Recht unzulässige nicht vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung darstelle.

17. Mit Entscheidung vom 17. März 2015, beim Gerichtshof eingegangen am 12. Mai 2015, hat das Bundesarbeitsgericht das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Findet Art. 1 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2008/104 Anwendung auf die Überlassung eines Vereinsmitglieds an ein anderes Unternehmen zur Arbeitsleistung nach dessen fachlicher und organisatorischer Weisung, wenn sich das Vereinsmitglied bei seinem Vereinsbeitritt verpflichtet hat, seine volle Arbeitskraft auch Dritten zur Verfügung zu stellen, wofür es von dem Verein eine monatliche Vergütung erhält, deren Berechnung sich nach den für die jeweilige Tätigkeit üblichen Kriterien richtet, und der Verein für die Überlassung den Ersatz der Personalkosten des Vereinsmitglieds sowie eine Verwaltungskostenpauschale erhält?

18. Schriftliche Erklärungen haben eingereicht der Betriebsrat, die Ruhrlandklinik, die tschechische Regierung und die Europäische Kommission. Ferner haben der Betriebsrat, die Ruhrlandklinik und die deutsche Regierung die Fragen, die der Gerichtshof ihnen gemäß Art. 61 Abs. 1 seiner Verfahrensordnung gestellt hat, schriftlich beantwortet. In der mündlichen Verhandlung vom 20. April 2016 waren der Betriebsrat, die Ruhrlandklinik und die Kommission vertreten.

9 — Der Betriebsrat ist nach deutschem Recht ein Organ der Vertretung der Arbeitnehmer eines Unternehmens, dessen Befugnisse von einem bloßen Auskunftsrecht bis hin zu einem Mitbestimmungsrecht auf den gesetzlich vorgesehenen Gebieten reichen und für den Arbeitgeber die Verpflichtung bedeuten, vor bestimmten Entscheidungen die Zustimmung dieses Organs einzuholen, u. a. bei Einzelmaßnahmen wie der Einstellung von Arbeitnehmern nach § 99 BetrVG.

IV – **Analyse**

A – *Zum Begriff „Arbeitnehmer“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104*

1. Gegenstand und Kontext der Vorlagefrage

19. Das vorlegende Gericht fragt den Gerichtshof nach der eventuellen Anwendbarkeit der Richtlinie 2008/104 über Leiharbeit in einem Fall wie dem des Ausgangsrechtsstreits, in dem ein Vereinsmitglied einem entleihenden Unternehmen überlassen wird, um nach dessen Weisungen eine Arbeitsleistung für eine Vergütung zu erbringen, die ihm vom Verein gezahlt wird. Mit anderen Worten, es möchte wissen, ob das Vereinsmitglied unter solchen Umständen als „Arbeitnehmer“ im Sinne dieser Richtlinie angesehen werden kann.

20. Zur Begründung seines Vorabentscheidungsersuchens führt das Bundesarbeitsgericht aus, das Verbot einer nicht vorübergehenden Überlassung von Arbeitnehmern nach § 1 Abs. 1 AÜG gelte nur für die „Arbeitnehmer“ eines Unternehmens, das Arbeitnehmer an einen Dritten verleihe.

21. Für diesen Begriff fehle es im nationalen Recht an einer Definition, doch sei nach seiner Rechtsprechung „Arbeitnehmer“ im Sinne des deutschen Rechts, „wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist“ [10]. Mitglieder von Schwesternschaften wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden seien nach seiner Rechtsprechung keine Arbeitnehmer im Sinne des deutschen Rechts, weil, auch wenn sie die anderen genannten Kriterien erfüllten, Grundlage ihrer Verpflichtung gegenüber der Schwesternschaft nicht ein privatrechtlicher Vertrag, sondern ihr Vereinsbeitritt sei [11].

22. In diesem Kontext fragt sich das vorlegende Gericht, ob ein Mitglied eines solchen Vereins, obwohl ihm nach dem anwendbaren nationalen Recht die Arbeitnehmereigenschaft fehle, nicht doch kraft Unionsrechts als diese Eigenschaft besitzend anzusehen sein könnte, und zwar insbesondere im Hinblick auf Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104.

23. Die Ruhrlandklinik meint zum einen, dass die Richtlinie 2008/104 keine Anwendung auf Leiharbeitnehmer finde, wenn diese nach nationalem Recht keine Arbeitnehmer seien, und zum anderen, dass Mitglieder des Deutschen Roten Kreuzes nicht vom Schutzbereich der Richtlinie erfasst würden. Dagegen können nach Ansicht des Betriebsrats, der tschechischen Regierung und der Kommission Vereinsmitglieder wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/104 ausgenommen sein und sind als „Arbeitnehmer“ im Sinne von deren Art. 1 Abs. 1 [12] anzusehen. Ich teile diese Auffassung aus den folgenden Gründen.

2. Befürwortete Auslegung

24. Zunächst möchte ich darauf hinweisen, dass sowohl Art. 1 Abs. 1 als auch Art. 3 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2008/104 ihrem Wortlaut nach für die Definition des Anwendungsbereichs dieser Richtlinie ein flexibles, wenn nicht gar weites Verständnis des Begriffs „Arbeitnehmer“ zu rechtfertigen scheinen. Dort ist nämlich ausdrücklich vorgesehen, dass die Verbindung zwischen einem

10 — Das Bundesarbeitsgericht zitiert hierzu eine seiner letzten Entscheidungen: BAG 17. September 2014 (10 AZB 43/14, Rn. 18).

11 — Das Bundesarbeitsgericht führt aus, Dienste in persönlicher Abhängigkeit könnten auch aufgrund vereinsrechtlicher Mitgliedschaft erbracht werden, soweit zwingende arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen nicht umgangen würden. Eine solche Umgehung hat das Bundesarbeitsgericht bei Schwesternschaften verneint, BAG 6. Juli 1995 (5 AZB 9/93).

12 — Die deutsche Regierung ist in ihren schriftlichen Antworten auf die Fragen des Gerichtshofs nicht unmittelbar auf den Gegenstand des Vorabentscheidungsersuchens eingegangen.

Leiharbeitsunternehmen und dem Arbeitnehmer, den es einstellt, um ihn einem Dritten zu überlassen [13], rechtlich darauf beruhen kann, dass sie „einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind", eine Alternative, die auch in anderen Bestimmungen dieser Richtlinie [14] sowie in anderen Richtlinien über den sozialen Schutz der Arbeitnehmer [15] anzutreffen ist.

25. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs hat der Arbeitnehmerbegriff im Unionsrecht keine einheitliche Bedeutung [16], sondern muss grundsätzlich anhand objektiver Kriterien, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der Betroffenen kennzeichnen, definiert werden, um in den verschiedenen Mitgliedstaaten einen gleichwertigen Schutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Es wurde wiederholt entschieden, dass „das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses darin [besteht], dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält" [17].

26. Wie die Kommission hervorhebt, ist diese Einstufung bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen unionsrechtlich allgemein anerkannt, unabhängig davon, ob der Betroffene einen Arbeitsvertrag geschlossen hat oder nicht und unabhängig von den Folgen, die sich daraus nach dem nationalen Recht ergeben [18]. In der im Ausgangsrechtsstreit in Rede stehenden Situation scheinen alle diese Voraussetzungen erfüllt zu sein, da die Mitglieder der Schwesternschaft ihrer Berufstätigkeit für und nach Weisung von Einrichtungen der Krankheits- und Gesundheitspflege nachgehen, denen sie regelmäßig von diesem Verein überlassen werden, der ihnen dafür als Gegenleistung eine Vergütung zahlt.

27. Es macht somit unionsrechtlich, anders als nach deutschem Recht, für die Anwendbarkeit dieser Richtlinie keinen Unterschied, ob zwischen den betroffenen Parteien ein Vertrag geschlossen wurde oder nicht [19]. Das vorlegende Gericht merkt daher zutreffend an, dass nach dem Wortlaut der genannten Bestimmungen der Richtlinie 2008/104 „die Einordnung des zwischen Verleiher und der zur Arbeitsleistung überlassenen Person bestehenden Rechtsverhältnisses für das Unionsrecht keine Bedeutung hat".

28. Ein Zweifel kann jedoch im vorliegenden Fall noch bestehen, denn für die Definition der Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der Richtlinie 2008/104 verweist deren Art. 3 zweimal auf das Recht der Mitgliedstaaten. Laut Art. 3 Abs. 1 Buchst. a dieser Richtlinie bezeichnet nämlich der Ausdruck „‚Arbeitnehmer' eine Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat *nach dem nationalen Arbeitsrecht* als Arbeitnehmer *geschützt* ist" [20], während sein Abs. 2 Unterabs. 1 bestimmt, dass diese

13 — Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass Leiharbeitsverhältnisse die Besonderheit aufweisen, Dreiecksverhältnisse zu sein, da Beziehungen unterschiedlicher Art bestehen zwischen i) dem Arbeitnehmer und dem Leiharbeitsunternehmen, seinem Arbeitgeber, ii) diesem und dem entleihenden Unternehmen und schließlich iii) diesem und dem an seine Weisungen gebundenen Arbeitnehmer. Vgl. u. a. Urteil vom 17. Dezember 1970, Manpower (35/70, EU:C:1970:120, Rn. 5 und 6).

14 — Siehe Art. 1 Abs. 3, Art. 3 Abs. 1 Buchst. b und Abs. 2 Unterabs. 2 sowie Art. 6 Abs. 2 Unterabs. 1 und Abs. 3.

15 — Vgl. u. a. Paragrafen 2 und 3 der Rahmenvereinbarung im Anhang der Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (ABl. 1998, L 14, S. 9) sowie die Paragrafen 1, 2, 3 und 5 der Rahmenvereinbarung im Anhang der Richtlinie 1999/70/EG des Rates vom 28. Juni 1999 zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge (ABl. 1999, L 175, S. 43).

16 — U. a. Urteil vom 1. März 2012, O'Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, Rn. 30).

17 — Vgl. u. a. Urteile vom 13. Februar 2014, Kommission/Italien (C-596/12, EU:C:2014:77, Rn. 16 und 17), und vom 4. Dezember 2014, FNV Kunsten Informatie en Media (C-413/13, EU:C:2014:2411, Rn. 34).

18 — Vgl. Urteil vom 11. November 2010, Danosa (C-232/09, EU:C:2010:674, Rn. 40 und 42 und die dort angeführte Rechtsprechung).

19 — Im Bericht der Sachverständigengruppe über die Umsetzung der Richtlinie 2008/104, der vom August 2011 datiert und unter der Ägide der Kommission ausgearbeitet wurde (im Folgenden: Bericht von 2011), heißt es: „Der Begriff ‚Beschäftigungsverhältnis' soll den Fall abdecken, in denen die Merkmale eines Beschäftigungsverhältnisses gegeben sind, aber kein formeller Arbeitsvertrag geschlossen wurde" (S. 14).

20 — Hervorhebung nur hier. Art. 2 Abs. 1 Buchst. d der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (ABl. 2001, L 82, S. 16) enthält eine entsprechende Formulierung, mit der im Wesentlichen die in Rn. 28 des Urteils vom 11. Juli 1985, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (105/84, EU:C:1985:331), verwendete Formulierung übernommen wird, die sich auf die Auslegung des durch die genannte Richtlinie ersetzten Rechtsakts bezog.

Richtlinie „*das nationale Recht* in Bezug auf die Begriffsbestimmungen von … ‚Arbeitnehmer' *unberührt* [*lässt*]“ [21]. Das Bundesarbeitsgericht ist der Auffassung, dass „[n]ach der dort bestimmten Verweisung auf das Recht der Mitgliedstaaten … bei der Auslegung des nationalen Rechts nicht von dem unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff auszugehen [ist]“.

29. Meines Erachtens ist der Umstand, dass die genannten Bestimmungen des Art. 3 der Richtlinie 2008/104 die Konzeption der Mitgliedstaaten von den im Rahmen ihrer innerstaatlichen Regelungen zu schützenden „Arbeitnehmern“ – ein rechtlicher Gesichtspunkt, dessen Harmonisierung gemäß Abs. 2 dieses Artikels nicht Gegenstand der Richtlinie ist – bestehen lassen, nicht so zu verstehen, als hätte der Unionsgesetzgeber auf die Ausübung seiner Befugnis verzichtet, den persönlichen Anwendungsbereich dieser Richtlinie festzulegen.

30. Hinge die Abgrenzung dieses Anwendungsbereichs jeweils von den unterschiedlichen Ansätzen auf nationaler Ebene ab, wäre dies nämlich eine erhebliche Quelle von Rechtsunsicherheit, wobei in den Erwägungsgründen der Richtlinie darauf hingewiesen wird, dass sich „[i]n Bezug auf die Inanspruchnahme der Leiharbeit sowie die rechtliche Stellung, den Status und die Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer … innerhalb der Union große Unterschiede feststellen lassen“ [22].

31. In meinen Augen wird die Befugnis, den Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/104 zu definieren, durch deren Art. 3 Abs. 1 Buchst. a in Verbindung mit Buchst. c keineswegs an die mitgliedstaatlichen Stellen delegiert, sondern diese Bestimmungen grenzen diesen Anwendungsbereich selbst ab, indem sie bestimmen, dass der Begriff „Arbeitnehmer“ im Sinne dieses Unionsrechtsakts jeden erfasst, der eine Arbeitsleistung erbringt und deshalb in dem Mitgliedstaat, in dem er seine Tätigkeit ausübt, geschützt wird, gleich welcher Art und welcher Form das Verhältnis ist, das ihn mit dem Leiharbeitsunternehmen verbindet.

32. Dass dieser Artikel nicht bloß auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, bedeutet in meinen Augen, dass dann, wenn eine restriktivere Konzeption des „Arbeitnehmers“ auf nationaler Ebene den Bestimmungen der Richtlinie zuwiderläuft, diese Bestimmungen vorgehen müssen. Im vorliegenden Fall kann der Umstand, dass nach deutschem Recht „Arbeitnehmer“ nur der ist, der einen privatrechtlichen Vertrag geschlossen hat, nicht zur Folge haben, dass der Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/104 entsprechend eingeschränkt wird, da nach deren Wortlaut ihre Schutzregelung unterschiedslos die durch einen Arbeitsvertrag gebundenen und die durch ein Beschäftigungsverhältnis gebundenen Personen erfassen soll.

21 — Hervorhebung nur hier. Ebenso wie Art. 2 Abs. 2 der kurz zuvor erlassenen Richtlinie 2001/23 verwies Art. 3 Abs. 2 des ursprünglichen Vorschlags der Kommission vom 20. März 2001, der zum Erlass der Richtlinie 2008/104 führte (KOM[2002] 149 endgültig), nur für die Definition „des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses“ auf das nationale Recht. Das Europäische Parlament wollte in diese Bestimmung den Begriff „Entgelt“ aufnehmen (in erster Lesung am 21. November 2002 festgelegter Standpunkt, ABl. 2004, C 25 E, S. 368). In den geänderten Vorschlag der Kommission vom 28. November 2002 wurde außerdem der Begriff „Arbeitnehmer“ aufgenommen, ohne dazu eine Erläuterung zu geben (KOM[2002] 701 endgültig).

22 — Zehnter Erwägungsgrund der Richtlinie 2008/104. Vgl. auch die in der Begründung des ursprünglichen Vorschlags der Kommission beschriebenen Unterschiede zwischen den „Nationalen Rechtsvorschriften“ (KOM[2002] 149 endgültig, Abschnitt 2 Abs. 2).

33. Diese Stellungnahme wird durch die Erwägung gestützt, dass, wie das vorlegende Gericht u. a. hervorhebt, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Befugnis der Mitgliedstaaten, wenn ihnen für die Abgrenzung von Begriffen, die in einer derartigen im Sozialbereich erlassenen Richtlinie enthalten sind, ein Ermessen eingeräumt wird, nicht unbeschränkt ist. Dieser Rechtsprechung, die zu anderen Richtlinien ergangen ist, in denen arbeitsrechtliche Mindestvorschriften [23] – u. a. ein Grundsatz der Gleichbehandlung von Arbeitnehmern –, wie in der Richtlinie 2008/104 [24], festgelegt werden, lassen sich, so meine ich, nützliche Hinweise für die vorliegende Rechtssache entnehmen [25].

34. Daraus ergibt sich, dass, wenn bestimmte Begriffe, die in unionsrechtlichen Bestimmungen verwendet werden, jeweils entsprechend dem nationalen Recht und/oder der nationalen Praxis der Mitgliedstaaten definiert werden können [26], die Mitgliedstaaten allerdings weiter darauf zu achten haben, dass zum einen die Ziele des fraglichen Rechtsakts [27] gewahrt und zum anderen die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts [28] eingehalten werden. Der Gerichtshof hat insbesondere entschieden, dass ein Mitgliedstaat nicht nach Belieben bestimmte Personalkategorien von dem mit dem fraglichen Rechtsakt bezweckten Schutz ausnehmen kann, da andernfalls dessen praktische Wirksamkeit beeinträchtigt und gegen den darin verankerten allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen würde, bei denen es sich um besonders wichtige Regeln des Unionsrechts handelt, die jedem Arbeitnehmer zugutekommen müssen. Eine solche Ausnahme kann nur zugelassen werden, wenn eine unterschiedliche Behandlung der genannten Kategorien durch objektive Gründe, insbesondere durch die besondere Natur des zugrunde liegenden Arbeitsverhältnisses, gerechtfertigt ist [29].

35. Im vorliegenden Fall darf meines Erachtens ein Mitgliedstaat nicht dazu befugt sein, eine innerstaatliche Regelung in einer Weise anzuwenden, die dazu führen würde, dass die Verwirklichung der Ziele der Richtlinie 2008/104 [30] gefährdet und diese mithin ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würde. Insbesondere darf die im innerstaatlichen Recht vorgesehene Definition des Begriffs „Arbeitnehmer“ nicht dazu führen, dass bestimmte Kategorien von Berufstätigen ohne objektiven Grund von diesem Begriff und damit von dem daran geknüpften, durch die Richtlinie 2008/104 gewährten Schutz ausgenommen werden.

23 — Vgl. u. a. Urteile vom 13. September 2007, Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:509, Rn. 29), zur Auslegung der Richtlinie 1999/70 und vom 1. März 2012, O’Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, Rn. 34), zur Auslegung der Richtlinie 97/81.

24 — Art. 5 der Richtlinie 2008/104 sieht einen „Grundsatz der Gleichbehandlung“ vor, wonach die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen entsprechen müssen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären.

25 — Die Kommission ist in ihren Erklärungen der Ansicht, dass die Erwägungen des Gerichtshofs in einem Kontext, der in verschiedener Hinsicht, insbesondere strukturell, gleichartig sei, auf die vorliegende Rechtssache übertragbar seien. Zu den Gemeinsamkeiten der Richtlinien 1999/70, 97/81 und 2008/104 vgl. ferner Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar in der Rechtssache AKT (C-533/13, EU:C:2014:2392, Nr. 33).

26 — So verhält es sich, wenn der betreffende Unionsrechtsakt nicht auf eine vollständige Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften in dem von ihm erfassten Bereich abzielt, wie dies bei der Richtlinie 2008/104 der Fall ist (vgl. 23. Erwägungsgrund und Art. 9).

27 — So wird in den Erwägungsgründen 17 bzw.16 der Richtlinien 1999/70 und 97/81 klargestellt: „*Bezüglich der in der Rahmenvereinbarung verwendeten, jedoch nicht genau definierten Begriffe überlässt es diese Richtlinie* – wie andere im Sozialbereich erlassene Richtlinien, in denen ähnliche Begriffe vorkommen – *den Mitgliedstaaten, diese Begriffe* entsprechend ihrem nationalen Recht und/oder ihrer nationalen Praxis *zu definieren, vorausgesetzt, diese Definitionen entsprechen inhaltlich der Rahmenvereinbarung*“ (Hervorhebung nur hier).

28 — Vgl. u. a. Urteil vom 1. März 2012, O’Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, Rn. 31 bis 35 und die dort angeführte Rechtsprechung), und Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro in der Rechtssache Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:3, Nrn. 12 bis 15) sowie Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache O’Brien (C-393/10, EU:C:2011:746, Nrn. 34 bis 37).

29 — Vgl. Urteile vom 13. September 2007, Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:509, Rn. 26 bis 29), vom 1. März 2012, O’Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, Rn. 36 bis 42), und vom 3. Juli 2014, Fiamingo u. a. (C-362/13, C-363/13 und C-407/13, EU:C:2014:2044, Rn. 31).

30 — Vgl. u. a. Erwägungsgründe 1, 11 und 12 sowie Art. 2 der Richtlinie 2008/104, wonach es deren Hauptziele sind, zum einen „für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern … gesichert wird“, und zum anderen „zu berücksichtigen …, dass ein angemessener Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festgelegt werden muss, um wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen“.

36. Um die hier fragliche Ausnahme eventuell als nicht willkürlich im Sinne der genannten Rechtsprechung betrachten zu können, wäre zu prüfen, ob und inwieweit das Verhältnis zwischen der Schwesternschaft und ihren Mitgliedern seinem Wesen nach „erheblich anders ist als dasjenige, das Beschäftigte, die nach dem nationalen Recht zur Kategorie der Arbeitnehmer gehören, mit ihren Arbeitgebern verbindet“, was festzustellen Sache des vorlegenden Gerichts ist [31]. Der Gerichtshof kann jedoch durch zweckdienliche Hinweise dem nationalen Gericht die Gesichtspunkte aufzeigen, die es bei seiner Prüfung berücksichtigen sollte.

37. Das vorlegende Gericht weist in seiner Vorlageentscheidung selbst zu Recht darauf hin, dass Mitglieder von Schwesternschaften und Leiharbeitnehmer gleichermaßen in ihren Rechtsverhältnissen mit der Stelle, von der sie Dritten überlassen werden, zur Leistung abhängiger Arbeit gegen Zahlung einer Vergütung verpflichtet sind, und dass beide Personalkategorien auch an die Weisungen der entleihenden Unternehmen gebunden sind. Weiter weist es meines Erachtens ebenfalls zu Recht in Bezug auf die Arbeitgeber darauf hin, dass sich die Tätigkeit der als Leiharbeitsunternehmen und der als verleihende Unternehmen handelnden Rechtsträger nicht unterscheidet. Ich bin daher wie der Betriebsrat, die tschechische Regierung und die Kommission der Auffassung, dass im vorliegenden Fall der Ausschluss von dem durch die Richtlinie 2008/104 verbürgten Schutz nicht gerechtfertigt erscheint, da das Arbeitsverhältnis zwischen dem betroffenen Verein und seinen Mitgliedern nicht seinem Wesen nach grundlegend anders ist als das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmer, die nach dem nationalen Recht geschützt werden.

38. Wie dies bereits in früheren Rechtssachen hervorgehoben wurde, bin ich der Auffassung, dass die *Form* des der fraglichen Beschäftigung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses als solche nicht den objektiven Unterschied in den Sachverhalten darstellen kann, der erforderlich ist, um eine abweichende Behandlung im Licht der angeführten Rechtsprechung [32] zu rechtfertigen; der Unterschied muss meines Erachtens auf *sachlichen* und nicht auf formalistischen Erwägungen beruhen [33]. Im vorliegenden Fall sollte der Ausschluss einer Personenkategorie von der Einstufung als „Arbeitnehmer“ und damit von dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/104 meines Erachtens nicht allein auf den – nach deutschem Recht ausreichenden – Grund gestützt werden können, dass die Betroffenen keinen privatrechtlichen Vertrag geschlossen haben, da andernfalls die praktische Wirksamkeit der Richtlinie beeinträchtigt würde [34].

39. Die Ruhrlandklinik hält dem entgegen, dass bei einer Verneinung der Anwendbarkeit der Richtlinie 2008/104 auf Mitglieder eines Vereins wie der Schwesterngemeinschaft wegen der im deutschen Recht geltenden Definition des „Arbeitnehmers“ sich daraus nicht ergäbe, dass die Ziele dieser Richtlinie umgangen würden, da der Schutz der hier betroffenen Berufstätigen dadurch nicht beeinträchtigt werde. In diesem Sinne seien die Arbeits- und Entgeltkonditionen der Vereinsmitglieder *praktisch* nicht ungünstiger, sondern vielmehr günstiger als die der nach deutschem Recht als „Arbeitnehmer“ eingestuften Personen, insbesondere der in ihrer Klinik Beschäftigten, die sie selbst unmittelbar eingestellt habe.

31 — Vgl. Urteil vom 1. März 2012, O’Brien (C-393/10, EU:C:2012:110, Rn. 42 f.), und Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache O’Brien (C-393/10, EU:C:2011:746, Nrn. 43 f.).

32 — Fn. 29 der vorliegenden Schlussanträge.

33 — Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro in der Rechtssache Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:3, Nr. 15) und Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache O’Brien (C-393/10, EU:C:2011:746, Nrn. 44 f.). Der Gerichtshof hat ferner betont, dass, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, das in Rede stehende Arbeitsverhältnis seinem Wesen nach „erheblich anders“ sein muss (vgl. Urteil vom 1. März 2012, O’Brien, C-393/10, EU:C:2012:110, Rn. 42 bis 44).

34 — Vgl. in diesem Sinne Laulom, S., „La directive 2008/104: avancées et limites de la protection des travailleurs intérimaires“, *Revue de droit du travail*, 2012, S. 308 f., der meint, „es darf davon ausgegangen werden, dass es nicht genügt, wenn das nationale Recht behauptet, dass es keinen Arbeitsvertrag gibt, um davon abzusehen, den Ausschluss vom Schutzbereich zu kontrollieren“, sowie Moizard, N., „Les intérimaires dans l’Union européenne: les données du débat“, *Revue de droit du travail*, 2012, S. 240 f., der unter Hinweis auf das Urteil vom 18. Januar 2007, Confédération générale du travail u. a. (C-385/05, EU:C:2007:37, Rn. 35), ausführt, „(i)n der Richtlinie 2008/104 geht es nicht um einen schlichten Verweis auf die nationalen Rechtsordnungen“, und „der Gerichtshof verfügt noch über Mittel, um Vermeidungspraktiken der Staaten zu überprüfen“.

40. Ich meine jedoch, dass dieses konjunkturelle Argument bei der Auslegung der Richtlinie 2008/104 nicht überzeugt, die allgemein gelten muss. Selbst wenn im vorliegenden Fall eine Gleichbehandlung gegeben wäre, wäre diese jedoch nicht systematisch und dauerhaft für jeden Arbeitnehmer gewährleistet, wie dies bei einer Feststellung der Anwendbarkeit der Richtlinie auf solche Situationen möglich wäre. Bereits der Umstand an sich, dass derartige Schutzregeln unter allen Umständen eingreifen können, stellt jedoch eine Prärogative von erheblicher Bedeutung dar [35]. Im Übrigen darf auch nicht der zweite, wirtschaftliche Aspekt der in Art. 2 der Richtlinie genannten Zielsetzungen [36] außer Acht bleiben, aus dem sich meines Erachtens insbesondere ergibt, dass alle Einheiten, die diese Art von Tätigkeit ausüben, in wettbewerblicher Hinsicht gleichzustellen wären [37].

41. Demzufolge sind meines Erachtens in einem Kontext wie dem des Ausgangsverfahrens die Mitglieder eines Vereins als „Arbeitnehmer" im Sinne von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104 einzustufen, da sie einem Unternehmen zur Arbeitsleistung unter dessen Aufsicht und Leitung für eine Vergütung, die ihnen vom Verein gezahlt wird, überlassen werden. Die genannten Vereinsmitglieder dürfen nicht aufgrund des bloßen Umstands vom persönlichen Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen werden, dass sie, weil sie mit dem Verein keinen Arbeitsvertrag geschlossen haben, nach dem anwendbaren nationalen Recht nicht die Arbeitnehmereigenschaft besitzen.

B – *Zum Begriff „Unternehmen …, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben" im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2008/104*

42. Mit dem zweiten Teil seiner Vorlagefrage und deren Begründung dazu ersucht das vorlegende Gericht den Gerichtshof um Prüfung der Frage, ob der Umstand, dass die Schwesterngemeinschaft ihre Mitglieder entleihenden Unternehmen gegen Erstattung der Bruttopersonalkosten und eine Verwaltungskostenpauschale überlässt, eine „wirtschaftliche Tätigkeit" im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2008/104 darstellen kann.

43. Es weist insoweit darauf hin, dass nach dem Wortlaut dieses Abs. 2 die fehlende Verfolgung eines Erwerbszwecks durch das Leihunternehmen der wirtschaftlichen Tätigkeit nicht entgegenstehe, was für die Erstreckung der Richtlinie 2008/104 auch auf die Überlassung von Leiharbeitnehmern durch gemeinnützige Rechtsträger spreche.

44. Nach Auffassung der Ruhrlandklinik fällt eine Tätigkeit wie die der Schwesternschaft nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, während der Betriebsrat und die Kommission den gegenteiligen Standpunkt vertreten [38]. Ich teile diesen Standpunkt, und zwar aus folgenden Gründen.

45. Nach Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2008/104 gilt diese für Einheiten, „bei denen es sich um Leiharbeitsunternehmen … handelt". In Art. 3 Abs. 1 Buchst. b wird eine – meines Erachtens *autonome* – Definition dessen gegeben, was unter einem „Leiharbeitsunternehmen" im Sinne dieser Richtlinie [39] zu verstehen ist, um die mit dieser angestrebte Mindestharmonisierung zu verwirklichen [40]. Daher kann die Richtlinie 2008/104 auch auf einen Arbeitgeber zur Anwendung kommen, der nach

35 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. September 2007, Del Cerro Alonso (C-307/05, EU:C:2007:509, Rn. 27).

36 — Siehe Fn. 30 der vorliegenden Schlussanträge. Zu den beiden Hauptzielsetzungen der Richtlinie 2008/104 – zum einen die Arbeitsbedingungen der als Leiharbeitnehmer eingestuften Personen und zum anderen die für den Einsatz von Leiharbeit geltenden Bedingungen – und zu ihrem ergänzenden Charakter vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar in der Rechtssache AKT (C-533/13, EU:C:2014:2392, Nrn. 30 f.).

37 — Vgl. hierzu auch Nrn. 49 und 55 der vorliegenden Schlussanträge.

38 — Die tschechische Regierung hat zu der Auslegung des Begriffs „wirtschaftliche Tätigkeit" im Sinne der Richtlinie 2008/104 nicht Stellung genommen.

39 — In dem genannten Buchst. b wird nur am Rande auf das Recht der Mitgliedstaaten verwiesen mit der Formulierung: „eine … Person, die nach einzelstaatlichem Recht mit Leiharbeitnehmern Arbeitsverträge schließt oder Beschäftigungsverhältnisse eingeht". Zudem erstreckt sich der Vorbehalt des Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie zugunsten des nationalen Rechts nicht auf die Begriffsbestimmung von „Leiharbeitsunternehmen".

40 — Vgl. Fn. 26 der vorliegenden Schlussanträge.

dem innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten nicht als solcher eingestuft wird, sofern der Betreffende alle in den genannten Art. 1 und 3 genannten Voraussetzungen erfüllt [41]. Zudem hat dieser Ausdruck meines Erachtens nicht notwendigerweise dieselbe Bedeutung und Tragweite wie der der Richtlinie 96/71/EG [42], obwohl in den Erwägungsgründen der Richtlinie 2008/104 [43] ein Zusammenhang zwischen den beiden Rechtsakten hergestellt wird.

46. Angesichts des Wortlauts von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2008/104 macht es keinen Unterschied, dass es sich hier bei der Leiharbeitnehmer überlassenden Einheit um einen karitativen Verein handelt und dass die für die Überlassung von Arbeitnehmern erhaltenen Beträge ihr womöglich keinen Gewinn bringen, wie die Ruhrlandklinik geltend macht [44]. Maßgeblich ist allein, ob die fragliche Einheit, gleich ob sie zum öffentlichen oder zum privaten Sektor gehört, eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt [45].

47. Die Definition dieses letztgenannten Begriffs geht jedoch weder aus dem Wortlaut der Richtlinie 2008/104 noch aus ihrer Entstehungsgeschichte klar hervor [46]. Sie ist meines Erachtens durch Auslegung im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofs nach Bestimmung der Tatbestandsmerkmale einer „wirtschaftlichen Tätigkeit“ in anderen Gebieten des Unionsrechts zu erschließen, wie dies der Betriebsrat [47] und die Kommission [48] vorschlagen.

48. Der Begriff „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne des Unionsrechts wurde in engem Zusammenhang mit dem Begriff „Unternehmen“ herausgearbeitet, und zwar im Kontext der Bestimmungen des AEU-Vertrags über den Binnenmarkt [49], insbesondere der Art. 49 und 56 AEUV über die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit, sowie im Kontext des Wettbewerbsrechts. Beide Begriffe sind vom Gerichtshof nicht einschränkend ausgelegt worden, weil ihre Funktion in der Abgrenzung des Anwendungsbereichs der durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten liegt [50].

41 — Im selben Sinne Bericht von 2011 (S. 9 und 17).

42 — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. 1997, L 18, S. 1). Vgl. hierzu den Bericht von 2011, in dem darauf hingewiesen wird, dass in den beiden Richtlinien für den Begriff „Leiharbeitsunternehmen“ unterschiedliche Formulierungen verwendet werden, was jedenfalls in der französischen Fassung des Berichts von 2011 wie folgt näher ausgeführt wird: Während „entreprise de travail intérimaire“ (Leiharbeitsunternehmen) in der französischen Fassung der beiden Richtlinien 96/71 und 2008/104 enthalten ist, wird in ihrer jeweiligen englischen Fassung nicht dieselbe Formulierung verwendet (nämlich „temporary employment undertaking“ oder „placement agency“ in der erstgenannten und „temporary work agency“ in der zweitgenannten Richtlinie) (S. 17).

43 — Vgl. 22. Erwägungsgrund der Richtlinie 2008/104.

44 — Die Ruhrlandklinik macht hauptsächlich geltend, dass der satzungsgemäße Zweck der Schwesternschaft ausschließlich darin bestehe, Einrichtungen der Krankheits- und Gesundheitspflege qualifiziertes Pflegepersonal zu gestellen, und zwar gemäß den Grundsätzen des Roten Kreuzes (Menschlichkeit, Unparteilichkeit, Neutralität, Unabhängigkeit, Freiwilligkeit, Einheit und Universalität), ohne Gewinnerzielungsabsicht, und dass, wäre dies anders, der Schwesternschaft nach deutschem Recht der Status der Gemeinnützigkeit aberkannt werden würde.

45 — Tatsächlich sieht Art. 1 Abs. 2 vor, dass die Richtlinie 2008/104 für „öffentliche und private Unternehmen“ gilt, die „eine wirtschaftliche Tätigkeit“ ausüben, unabhängig davon, ob sie „Erwerbszwecke verfolgen oder nicht“.

46 — Eine Darstellung der Entstehungsgeschichte und des Wortlauts von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2008/104 findet sich im Bericht von 2011 (S. 7 ff.).

47 — Der Betriebsrat macht geltend, „[d]ie Richtlinie [2008/104] knüpft … an den allgemeinen Europäischen Unternehmensbegriff an, wie er dem Gemeinschaftskartellrecht (Artikel 101 [AEUV]) eigen ist. Dieser setzt ebenfalls eine wirtschaftliche Tätigkeit voraus“ und beruft sich hierfür auf die deutsche Lehre (Rieble, V., und Vielmeier, S., „Umsetzungsdefizite der Leiharbeitsrichtlinie“, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2011, Bd. 4, S. 474 ff., sowie Mestwerdt, W., „Arbeit in persönlicher Abhängigkeit im Rahmen vereinsrechtlicher Strukturen“, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2014, S. 281 ff.).

48 — Die Kommission verweist u. a. auf das Urteil vom 12. September 2000, Pavlov u. a. (C-180/98 bis C-184/98, EU:C:2000:428, Rn. 75 und die dort angeführte Rechtsprechung), im Bereich des Wettbewerbs.

49 — Art. 26 ff. AEUV.

50 — Vgl. das Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen vom 7. Dezember 2010 mit der Überschrift „Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse inklusive Sozialdienstleistungen“ (SEC[2010] 1545 endg., im Folgenden: Leitfaden von 2010, Ziff. 6.1), wo das Urteil vom 11. April 2000, Deliège (C-51/96 und C-191/97, EU:C:2000:199, Rn. 52), angeführt wird.

49. Entsprechendes muss meines Erachtens auch für den Begriff „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Sinne der Richtlinie 2008/104 gelten, nicht nur, weil es in ihren Erwägungsgründen heißt, dass sie „im Einklang mit den Vorschriften des Vertrags über die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit … umgesetzt werden [sollte]“ [51], sondern auch, um die Verwirklichung aller Ziele dieser Richtlinie zu gewährleisten [52] und unlauteren Wettbewerb zu vermeiden [53].

50. Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der Begriff des *Unternehmens „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit*, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“, und „ist eine *wirtschaftliche Tätigkeit* jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“ [54]. Ferner wurde mehrfach entschieden, dass „eine entgeltliche Arbeits- oder Dienstleistung“, d. h. eine Leistung, die zu einer Gegenleistung führt, „einen Teil des Wirtschaftslebens im Sinne von Art. 2 EG-Vertrag ausmacht“ [55].

51. Hieraus folgt erstens, dass die Rechtsstellung der betroffenen Einheit, hier ein Verein, keinen Einfluss darauf hat, ob sie als „Unternehmen“ im Sinne des Unionsrechts eingestuft werden kann, und der Frage einer etwaigen wirtschaftlichen Natur der von ihr ausgeübten Tätigkeit nicht vorgreift. In diesem Sinne ist auch der Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2008/104 zu verstehen, denn danach erfasst der Begriff „Leiharbeitsunternehmen“ im Sinne dieser Richtlinie [56] „eine natürliche oder juristische Person“ unabhängig von ihrer Rechtsform [57], die eine mit Leiharbeit zusammenhängende Tätigkeit unter den in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen ausübt.

52. Zweitens ist eine Einheit meines Erachtens als Unternehmen, das eine unter Leiharbeit fallende wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, im Sinne der Richtlinie 2008/104 anzusehen, wenn sie eine Dienstleistung anbietet, die in der Überlassung von Arbeitnehmern besteht, mit denen nur sie ein Beschäftigungsverhältnis gerade zu dem Zweck eingeht, sie bei anderen Unternehmen einzusetzen [58]. Dies ist bei der Schwesternschaft der Fall. Die dem in Rede stehenden Wirtschaftsteilnehmer unterstellte soziale Zielsetzung reicht als solche nicht aus, um auszuschließen, dass seine Tätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit eingestuft wird [59]. Überdies wird die betreffende Tätigkeit auf einem bestimmten Markt, hier dem der Gesundheitsdienste, ausgeübt, auf dem andere Wirtschaftsteilnehmer – klassische Leiharbeitsunternehmen – ebenso tätig sind, die ebenfalls die Überlassung von Pflegepersonal anbieten.

51 — 22. Erwägungsgrund der Richtlinie 2008/104.

52 — Siehe Fn. 30 der vorliegenden Schlussanträge.

53 — Im Bericht von 2011 werden (jedenfalls in der französischen Fassung) zu Recht diese beiden Erwägungen angeführt, um eine weite Konzeption des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2008/104 in Bezug auf die entleihenden Unternehmen zu stützen, und darauf hingewiesen, dass die europäischen Sozialpartner diesen Ansatz befürworteten (S. 10).

54 — Hervorhebung nur hier Vgl. u. a. Urteile vom 1. Juli 2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, Rn. 21 und 22), vom 22. Oktober 2015, EasyPay und Finance Engineering (C-185/14, EU:C:2015:716, Rn. 37), sowie vom 23. Februar 2016, Kommission/Ungarn (C-179/14, EU:C:2016:108, Rn. 147 f.).

55 — Vgl. u. a. Urteile vom 11. April 2000, Deliège (C-51/96 und C-191/97, EU:C:2000:199, Rn. 53), und vom 23. Februar 2016, Kommission/Ungarn (C-179/14, EU:C:2016:108, Rn. 154).

56 — Es bestehen beträchtliche terminologische Unterschiede zwischen den verschiedenen Sprachfassungen der Richtlinie 2008/104 hinsichtlich der verwendeten Ausdrücke nicht nur im Wortlaut von deren allgemeiner Überschrift, sondern auch hinsichtlich des Begriffs „Leiharbeitsunternehmen“ (vgl. beispielsweise die jeweiligen Formulierungen in der deutschen Fassung: „über Leiharbeit“, „Leiharbeitsunternehmen“; in der dänischen Fassung: „om vikararbejde“, „vikararbejde“; in der englischen Fassung: „on temporary agency work“, „temporary-work agency“; in der italienischen Fassung: „relativa al lavoro tramite agenzia interinale“, „agenzia interinale“; in der niederländischen Fassung: „betreffende uitzendarbeid“, „uitzendbureau“; in der portugiesischen Fassung: „relativa ao trabalho temporário“, „empresa de trabalho temporário“).

57 — Laut dem Bericht von 2011 hat die Kommission in den Vorarbeiten für die Richtlinie 2008/104 darauf hingewiesen, dass „Wohltätigkeitsorganisationen, … Streitkräfte, … Gewerkschaften und … Regierungsstellen … [von ihrem Anwendungsbereich nur dann] ausgeschlossen würden, wenn sie keine wirtschaftliche Tätigkeit – auch nicht als sekundäre Tätigkeit – ausübten“ (S. 9).

58 — Vgl. Urteil vom 10. Februar 2011, Vicoplus u. a. (C-307/09 bis C-309/09, EU:C:2011:64, Rn. 27). Nach dem Bericht von 2011 wäre dagegen diese Einstufung beispielsweise zu verneinen, wenn Arbeitnehmer innerhalb der gleichen Unternehmensgruppe zur Verfügung gestellt werden (S. 17).

59 — Vgl. entsprechend Urteil vom 22. Mai 2003, Freskot (C-355/00, EU:C:2003:298, Rn. 77). Der Leitfaden von 2010 nennt einige Fälle, in denen der Gerichtshof Tätigkeiten wegen ihrer „ausschließlich sozialen Natur“ als nicht wirtschaftlich angesehen hat (Ziff. 3.1.4).

53. Ich teile die Auffassung der Kommission, dass es im Hinblick auf die Richtlinie 2008/104 keine Rolle spielt, dass die Tätigkeiten der in Rede stehenden Einheit nicht darauf beschränkt sind, Arbeitnehmer Dritten zu überlassen [60], denn im vorliegenden Fall können die Mitglieder der Schwesternschaft nach deren Satzung auch unmittelbar für diese eingesetzt werden. Ich kann nämlich weder in Art. 1 dieser Richtlinie noch in ihrem Art. 3 Abs. 1 Buchst. b einen Anhaltspunkt dafür finden, dass ihr Anwendungsbereich auf Unternehmen beschränkt werden könnte, deren Tätigkeit ausschließlich darin besteht, entleihenden Unternehmen Personal zu überlassen [61].

54. Drittens ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs und gemäß Art. 57 AEUV die Erbringung einer Dienstleistung gegen Entgelt stets als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen [62], wobei das Vorliegen einer Gegenleistung erforderlich, aber auch ausreichend ist [63]. Der Umstand, dass die fragliche Tätigkeit eventuell nicht so rentabel ist wie vergleichbare Dienste anderer Wirtschaftsteilnehmer, hindert nicht daran, sie als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen [64]. Im vorliegenden Fall überlässt die Schwesternschaft Dritten Personal tatsächlich gegen Zahlung einer wirtschaftlichen Gegenleistung durch diese, nämlich einer Vergütung zur Deckung der durch die Überlassung verursachten Personal- und Verwaltungskosten, wobei es, wie bereits erwähnt, unerheblich ist, dass ihr diese Gegenleistung keinen Gewinn bringt.

55. Schließlich halte ich es entgegen den Bedenken der Ruhrlandklinik [65] für angemessen – insbesondere um die volle praktische Wirksamkeit der Richtlinie 2008/104 zu gewährleisten –, dass in deren Anwendungsbereich Einheiten wie die in Rede stehende ebenso einbezogen werden wie gewerbliche Leiharbeitsunternehmen, weil sonst die Erstgenannten geringeren rechtlichen Zwängen als die Zweitgenannten unterworfen wären, obwohl sie ähnliche Dienstleistungen auf demselben Markt anbieten, was zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnte. Diese Besorgnis, die sich auch im Vorlagebeschluss und in den Erklärungen der tschechischen Regierung zeigt, darf nicht ignoriert werden, schon gar nicht, wenn wie hier eine hohe Zahl von Arbeitnehmern betroffen sein könnte [66].

56. Daher bin ich der Auffassung, dass eine Dienstleistung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende unter die Bestimmungen des Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2008/104 fällt, da der betroffene Verein Dienstleistungen erbringt, die denen eines Leiharbeitsunternehmens entsprechen, indem er Dritten auf dem Markt der Pflegekräfte Arbeitnehmer überlässt, und als Gegenleistung für diese Dienstleistungen eine finanzielle Abgeltung erhält.

60 — Eine solche Ausschließlichkeit der Arbeitnehmerüberlassung wird im deutschen Recht nicht verlangt (vgl. Rémy, P., „L'impact de la directive 2008/104 relative au travail intérimaire sur les droits nationaux, Deuxième partie“, *Revue de droit du travail*, 2010, S. 55 f., Fn. 6), auch nicht im dänischen Recht (vgl. Abrahamson, A. M., *Vikarloven med kommentarer*, Karnov Group, Kopenhagen, 2014, S. 55), dagegen schon z. B. im französischen Recht (vgl. Art. L 1251-2 des Code du travail [Arbeitsgesetzbuch]).

61 — Die Kommission hob in der Begründung ihres Vorschlags vom 30. April 1982 einer Richtlinie des Rates zur Regelung der Zeitarbeit (KOM[82] 155 endg., S. 7), hervor, dass nach dieser Richtlinie das Leiharbeitsunternehmen nicht ausschließlich Leiharbeit anbieten muss.

62 — Siehe auch Leitfaden von 2010 (Ziff. 6.2), Bericht von 2011 (S. 9, Fn. 13) sowie Bericht der Kommission vom 21. März 2014 an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Anwendung der Richtlinie 2008/104 (COM[2014] 176 final, S. 4, Fn. 4).

63 — Folglich stellen Leistungen, die ohne Gegenleistung erbracht werden, keine wirtschaftliche Tätigkeit dar, z. B. Leistungen des Staates aufgrund seiner Aufgaben im Sozialbereich (vgl. Beispiele im Leitfaden von 2010, Ziff. 3.1.4 und 6.3, wo u. a. das Urteil vom 7. Dezember 1993, Wirth, C-109/92, EU:C:1993:916, Rn. 13 bis 19, angeführt wird). Dagegen kommt es nicht darauf an, dass die Gegenleistung vom Dienstleistungsempfänger erbracht wird (vgl. Urteil vom 12. Juli 2001, Smits und Peerbooms, C-157/99, EU:C:2001:404, Rn. 48 und 55 bis 58).

64 — Vgl. Urteil vom 25. Oktober 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, EU:C:2001:577, Rn. 21).

65 — Die Ruhrlandklinik macht geltend, eine Anwendbarkeit der Richtlinie 2008/104 auf die Schwesternschaften des Deutschen Roten Kreuzes hätte zur Folge, dass sie konkret nicht mehr dazu in der Lage wären, ihre Mitglieder Einrichtungen des Gesundheitswesens zu überlassen, da das deutsche Recht nur eine vorübergehende Überlassung gestatte, während der ganz überwiegende Teil der Mitglieder auf Dauerarbeitsplätzen eingesetzt sei (vgl. auch Fn. 8 der vorliegenden Schlussanträge).

66 — Vgl. Fn. 7 der vorliegenden Schlussanträge.

V – **Ergebnis**

57. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Frage des Bundesarbeitsgerichts wie folgt zu beantworten:

Art. 1 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit ist dahin auszulegen, dass diese Bestimmungen anwendbar sind, wenn ein Verein, der keinen Erwerbszweck verfolgt, einem Unternehmen, von dem er als Gegenleistung eine finanzielle Abgeltung erhält, zur Arbeitsleistung unter der Aufsicht und Leitung dieses Unternehmens ein Vereinsmitglied überlässt, dem der Verein eine Vergütung zahlt.