

- Interkommunale Zusammenarbeit im Finanzwesen
- Bürokratiemonster „Arbeitnehmerüberlassung“
  - Ein Hemmnis für Interkommunale Kooperationen

- **Arbeitnehmerüberlassung/Personalgestellung**
  - Rechtliche Risiken der Arbeitnehmerüberlassung

- Arbeitnehmerüberlassung ist gegeben, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) Dritten (Entleihern) zur Arbeitsleistung überlässt (vgl. § 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 7. August 1972-BGBL I S. 1393).
- Sie erschöpft sich also im bloßen zur Verfügung stellen geeignete Arbeitskräfte, die der Dritte nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb einsetzt.

- **Verleiher**

**im Sinne des Arbeitnehmer-  
überlassungsgesetzes (AÜG) ist derjenige  
Arbeitgeber der Arbeitnehmerinnen und  
Arbeitnehmer einem Dritten im Rahmen seiner  
wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung  
überlässt, unabhängig davon, ob er  
Erwerbszwecke verfolgt oder nicht.**

- Abgrenzung zu
  - Werkvertrag
  - Selbstständiger Dienstvertrag

## – 1. Gesetzliche Neuregelungen

- Erlaubnispflicht bei „wirtschaftlicher Tätigkeit“
- Nur noch „vorübergehende Überlassung“ zulässig
- Ende der Konzernleihe?
- Neue Pflichten:
  - Informationspflicht für freie Arbeitsplätze
  - Zugang von Leih-AN zu Gemeinschaftseinrichtungen
  - Lohnuntergrenzen

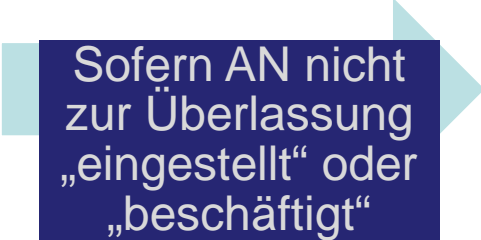
- Auswirkungen auf die tariflichen Gestellungs-  
möglichkeiten nach dem TVöD
- **§ 4 TVöD:**
  - **Abordnung** ( vorübergehend ), **Zuweisung**  
(vorübergehend)
  - **Personalgestellung** nach Verlagerung von Aufgaben  
an einen Dritten (dauerhaft) im Gestellungsvertrag ist  
unwirksam (LAG Baden Württemberg 17.04.2013-  
4TaBV 7/12 ( Rechtsbeschwerde BAG 1 ABR 35/13)

- Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat sich in zwei Entscheidungen vom 10. Juli 2013 (Az. 7 ABR 91/11) und vom 10. Dezember 2013 (Az. 9 AZR 51/13) mit dem Begriff „**vorübergehend**“ auseinandergesetzt.
- Das BAG hat in beiden Entscheidungen weder definiert, wann eine Überlassung nicht mehr vorübergehend ist und was die Rechtsfolge einer solchen wäre.
- Zur Rechtsfolge einer nicht mehr vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung hat das BAG auf den Gesetzgeber verwiesen.



- Die Bundesregierung beabsichtigt in dieser Legislaturperiode, so der Koalitionsvertrag, die vorübergehende Überlassung durch eine Überlassungshöchstdauer zu präzisieren. In der Prüfpraxis können die Verleiher auf die Rechtsprechung hingewiesen werden, regelmäßig werden sich jedoch bis zu einer Präzisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „vorübergehend“ und einer Klärung der Rechtsfolgen einer nicht mehr vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung für die Prüfpraxis keine Konsequenzen aus der Rechtsprechung ergeben.

- **01.12. 2011 AÜG-Erlaubnis für Zusammenarbeit im Rahmen des § 4 TVöD erforderlich, da „wirtschaftliche Tätigkeit“?**
- **Ausnahmen:**
  - Überlassung im „Konzern“
  - „Gelegentliche Überlassung“



Sofern AN nicht  
zur Überlassung  
„eingestellt“ oder  
„beschäftigt“

- Einschränkungen der Zeitarbeit?
  - Auswirkungen auf die Personalservicegesellschaften
  - Ab 1.12. 2011:
    - AÜG-Erlaubnis grundsätzlich auch bei „Konzernleihe“ erforderlich!
    - „Konzernprivileg“ greift nur noch, wenn AN nicht zur Überlassung „eingestellt“ oder „beschäftigt“

- Beispiel:
  - Krankenhaus GmbH, Altenheim GmbH,
  - Management Holding GmbH im Konzernverbund mit eigener Personalservice GmbH zum Verleih von AN in andere konzernangehörige Unternehmen.
    - Erlaubnis erforderlich, auch bei Verleih zum „Selbstkostenpreis“
    - Nur noch „vorübergehende“ Überlassung zulässig!

- Arbeitnehmerüberlassung
  - Interne Stellenausschreibung – Einstellung von LeihAN
  - Zweck des HPVG ist es dem PR zu ermöglichen, den innerbetrieblichen Arbeitsmarkt zu aktivieren.
    - Die beschäftigten AN sollen die Gelegenheit haben sich zu bewerben.
    - Zudem soll einer Verärgerung der Belegschaft über die Hereinnahme Außenstehender trotz interner Bewerbungen entgegengewirkt werden

- Die Ausschreibungspflicht besteht auch für Arbeitsplätze, die der AG dauerhaft (im Streitfall mindestens 1 Jahr) mit LeihAN besetzen will.
- Das Gesetz stellt auf die Stelle ab und nicht auf den Inhalt des Rechtsverhältnisses.
  - BAG, 1.2. 2011, 1 ABR 79/09

## Folgen aus der AÜG-Reform und der Entscheidung des BAG

Notwendig aus Entleiher-Sicht:

- Vertragliche Absicherung der Haftungs- und  
Kostenrisiken

- Im Rahmen der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ des AG (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG)
- Nicht mehr erforderlich die „Gewerbsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung“
- Damit werden die Möglichkeiten der „Interkommunalen Zusammenarbeit“ sowie die Nutzung des TVöD der Abordnung, Zuweisung oder Personalgestellung mehr als nur behindert



- Erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung liegt immer dann vor, wenn der AN einem rechtlich Dritten zur Verfügung gestellt wird und der Dritte das arbeitsplatzbezogene bzw. tätigkeitsbezogene Weisungsrecht ausübt.
  - Das bedeutet, dass der Dritte - und damit nicht der Vertragsarbeitgeber – dem Arbeitnehmer gegenüber die konkret zu erbringende Arbeitsleistung, die Art und Weise der Arbeitsleistung sowie z.B. auch die Arbeitszeiten mittels Weisung festlegt.
  - Hier ist es dann unerheblich, ob die Überlassung z.B. zwischen öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern, bei denen jeweils der TVöD zur Anwendung kommt, stattfindet oder ob sie mittels Personalgestellung, Abordnung oder Zuweisung erfolgt.

- Z.B stellt das
  - Betreiben des Bauhofes für die Nachbargemeinde oder das Führen einer für mehrere Kommunen tätigen Kultur- und Tourismusabteilung immer dann erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung dar, wenn die Beschäftigten mehrerer Kommunen zusammenarbeiten, aber nur seitens einer Kommune die arbeitsrechtlichen Weisungen für alle Beschäftigten erteilt werden.
  - Erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung kann auch vorliegen, wenn kommunale Kindergärten durch privatrechtliche Vereine betrieben werden und die kommunalen Erzieher und Erzieherinnen ihre arbeitsrechtlichen Weisungen seitens des privaten Vereines erhalten

- Fehlt eine entsprechende Erlaubnis, die bei der Bundesagentur für Arbeit zu beantragen ist, so gilt per gesetzlicher Fiktion gem. § 10 Abs. 1, § 9 Nr. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem verliehenen AN als zustande gekommen.
- Verstöße gegen das AÜG stellen Ordnungswidrigkeiten dar und werden mit Bußgeldern bis 500.000 € belohnt

- „Vorübergehende“ Arbeitnehmerüberlassung
  - BAG Beschluss vom 10.07. 2013 – 7 ABR 91/11
  - Bei einer dauerhaft beabsichtigten Arbeitnehmerüberlassung könne, so das BAG, der Personalrat des Entleiher Betriebes seine Zustimmung zum Einsatz von Leiharbeitnehmern wirksam wegen Gesetzesverstoß verweigern

- LAG Baden-Württemberg -Beschluss vom 17.04. 2013 ---  
--- 4 TaBV 7/12
- § 4 Abs. 3 TVöD
  - Ein öffentlicher AG, der seine bei ihm beschäftigten AN an einen Dritten zur dortigen dauerhaften Leistungserbringung gestellt, betreibt eine unzulässige dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung
  - Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD, soweit sie die dauerhafte Überlassung von AN gestattet, gegen höherrangiges Recht verstößt und unwirksam ist

- SPD-geführten Bundesländer Vorlage im Bundesrat
  - Die die Herausnahme der öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften aus dem Anwendungsbereich des AÜG zum Gegenstand hat (BR-Drucksache 745/13 v. 30.10.2013)

- Verschärft wird diese Problematik, dass die Fragen der Rechtsfolgen einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung nicht nur im Betriebsverfassungsrecht (BAG v.10.07. 2013 – 7 ABR 91/13 ) unklar sind und manche LAG´s aus §§ 9,10 AÜG ein zum Auftraggeber- also dem Entleiher – fingiertes Arbeitsverhältnis annehmen, was auch der Bundesrat als Risiko ansieht (BR-Drucksache 745/13, Seite 2)

- Bundesrat hat den Antrag an den Ausschuss verwiesen (08.11.2013)
- Wirtschaftliche Tätigkeit bestimmt sich der Rspr. des EuGH und wird weit verstanden
  - Nach der Rspr des EuGH (NJW 2002, S 877 ff) ist „wirtschaftliche Tätigkeit“ allgemein „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter – oder Dienstleistungen auf einen bestimmten Markt anzubieten“.
  - Einer AÜG-Erlaubnis bedarf somit auch die Abordnung, Zuweisung oder Personalgestellung im Rahmen des § 4 TVöD/TV-L



- LAG Baden-Württemberg (Beschluss vom 17.04. 2014 – 4 TaBV 7/12), dass die stets auf Dauer angelegte Personalgestellung im öffentlichen Dienst grundsätzlich unvereinbar mit den Vorgaben AÜG ist und die Arbeitnehmerüberlassung nur „vorübergehend erfolgen“ darf.
- Dies könnte somit bedeuten, dass AÜG dann nicht vorliegt, wenn die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und der Beschäftigte nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird (§ 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG)

- Vertreten wird, die dauerhafte Personalgestellung unterliege nicht dem Anwendungsbereich des AÜG.
- Aus dem Merkmal „vorübergehend“ im AÜG sei der Umkehrschluss zu ziehen, dass „auf Dauer angelegte“ Überlassungsformen wie die Personalgestellung durch das AÜG von vornherein nicht erfasst seien.
- Die Personalgestellung unterliege somit nicht der Erlaubnispflicht.
- Auch verbiete das AÜG eine dauerhafte Personalgestellung nicht.

- Hätte der Gesetzgeber ein solches Verbot gewollt, hätte dies wesentlich deutlicher zum Ausdruck kommen und als Verbot formuliert werden müssen.
- Nach anderer Auffassung folgt aus der Neufassung des AÜG ein **Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung**.
- Dies sei europarechtlich geboten.
- Jede Überlassung in der feststehenden Absicht, den Arbeitnehmer- ohne Befristung oder Rückkehroption- auf Dauer dem Entleiher zu überlassen, sei unzulässig.

## Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG

- - Konzernprivileg gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG
  - AÜG nicht anwendbar auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG, sofern der Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird

Ausweislich Ziffer 1.3.2 Abs. 10 der Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit zum AÜG ( gültig ab 20. April 2013) können auch Träger öffentlich- rechtliche Aufgaben Konzernunternehmen sein und sind unter den Voraussetzungen des § 1 Abs.3 Nr. 2 AÜG erlaubnisfrei.

- Voraussetzung hierfür ist
  - Die Gemeinde ist herrschendes, die aufnehmende (zum Beispiel GmbH) abhängiges Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne und sie bilden daher gemäß § 18 Abs. 1 Satz AktG, der hier entsprechend anzuwenden ist, einen Konzern

- Nach der einschlägigen Rechtsprechung sind Körperschaften des öffentlichen Rechtes bereits dann als herrschendes „Unternehmen“ im konzernrechtlichen Sinn anzusehen, wenn sie lediglich ein in privater Rechtsform organisiertes Unternehmen beherrschen.
- Daher findet § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG auch in den Fällen Anwendung, in denen Kommunen ihre Organisation zum Teil privatisieren und alle oder jedenfalls die Mehrheit der Anteile der Gesellschaft halten; die Kommune dann als herrschendes Unternehmen eine einheitliche Leitung aus, die Gesellschaft ist dann abhängiges Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne.

- Keine Einstellung und Beschäftigung zum Zweck der Überlassung
- Ausreichend für das Vorliegen des Ausnahmestatbestandes des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG ist, dass der Arbeitnehmer „nicht ausschließlich“ nur zum Zweck der Überlassung eingestellt worden ist und beschäftigt wird, sondern auch bei seinem Arbeitgeber, dem überlagernden Unternehmen, eingesetzt wird.



Das AGG findet demnach keine Anwendung, wenn konzerninternen überlassene Arbeitnehmer nicht ausschließlich als Leiharbeiter eingestellt und beschäftigt werden, sondern (auch) als „normaler“ Arbeitnehmer, er aber beispielsweise aufgrund einer Konzernversetzungsklausel auch als Leiharbeiter eingesetzt werden kann, und im Anschluss zu seinen Arbeitgeber zurückkehrt.

## Auswirkungen für die Praxis

- Auch ohne gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung ist eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis unbedingt erforderlich.
- Es gibt keine Übergangsfrist oder Vertrauensschutz
- Die nachträgliche Erteilung der Erlaubnis hat keine Rückwirkung, also die einmal gemäß § 10 Abs.1 AÜG eingetretene Fiktion wird **nicht** rückwirkend beseitigt

- Noch nicht geklärt ist, ob wenigstens eine Heilung für die Zukunft eintritt.
- Auch dies ist meiner Ansicht nach aus dem Gesetz nicht herzuleiten.
- Daher sollten kritische Überlassungsverträge vorsorglich beendet werden und nach Erteilung der Überlassungserlaubnis gegebenenfalls neu abgeschlossen werden.

## Abweichungstarifvertrag nach § 10 Abs. 4 Satz 2 AÜG

- Nach § 10 Abs. 4 Satz 2 AÜG ist der Verleiher verpflichtet, dem Leiharbeiternehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher (mindestens) die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgeltes zu gewähren.

- Nach einer Aussage des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales ist nach der zwischen der Bundesagentur für Arbeit und dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales abgestimmten Auffassung der TVöD zwischenzeitlich als Abweichungstarifvertrag im Sinne des § 10 Abs. 4 Satz 2 AÜG anerkannt.

- Hieraus folgt, dass sofern Beschäftigte auf der Grundlage des § 4 TVöD an einen anderen Arbeitgeber abgeordnet, versetzt, so gewesen oder gestellt werden, sich das Entgelt und die sonstigen Arbeitsbedingungen weiterhin ausschließlich nach dem TVöD richten, unabhängig davon, welche Konditionen in den Einsatzbetrieb oder der Einsatzdienststelle gewährt werden.
- Dies dürfte jedoch für den kommunalen Bereich keine Rolle spielen.

## Wahrnehmung von hoheitlichen Tätigkeiten

- Nach einer Entscheidung des EuGH, Urt. V. 26.03. 2009-Rs.C-113/07, Rn 79) haben Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Befugnisse keinen wirtschaftlichen Charakter und fallen somit nicht unter das ab dem 1. Dezember 2011 in Kraft getretene Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

- Die Kommunalaufsicht des Landkreises Gießen hat festgestellt, dass sich bei standesamtlichen Aufgaben um hoheitliche Tätigkeiten handelt, so dass die zuständige Agentur für Arbeit, Düsseldorf, mit Schreiben vom 11. August 2014 aufgrund dieser „Feststellung“ bestätigt hat, dass für die interkommunale Zusammenarbeit eines gemeinsamen Standesamtsbezirkes keine Erlaubnispflicht nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz besteht.



- Vielen Dank für ihre Aufmerksamkeit