

Bundesministerium für Arbeit und Soziales

**ausschließlich per E-Mail:  
Projektarbeitsgruppe-Werkvertraege@bmas.bund.de**

Frankfurt am Main, den 22. April 2016  
CK/Ma

**Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (Stand:14. April 2016)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

für die eingeräumte Möglichkeit, zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (AÜG-RE) Stellung zu nehmen, danken wir.

Aus kommunaler Sicht ist ausdrücklich zu begrüßen, dass der Referentenentwurf unsere seit Jahren und auch im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens geäußerte Kritik an der uneingeschränkten Erlaubnispflichtigkeit von Arbeitnehmerüberlassungen auch für Kommunen und ihre Unternehmen aufgreift.

Die Mitgliederversammlung der VKA hat sich bereits in ihrer Sitzung am 27. November 2015 mit dem ersten Referentenentwurf zum AÜG und anderer Gesetze (Stand: 16. November 2015) – zu dem der jetzt vorliegende Referentenentwurf in den für uns relevanten Regelungen keine Änderungen beinhaltet – befasst und hierzu folgenden Beschluss gefasst:

*„Die Mitgliederversammlung begrüßt die im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und anderer Gesetze enthaltenen Erleichterungen der Arbeitnehmerüberlassung für tarifgebundene kommunale Arbeitgeber.*

*Die vorgesehene Ausnahme von der Anwendung des AÜG bei Personalgestellungen trägt der Praxis Rechnung und vermeidet bei Ausgründungen*

*oder Privatisierungen ansonsten u.U. notwendig werdende betriebsbedingte Kündigungen.*

*Die im Gesetzentwurf enthaltene Tariföffnungsklausel für Kommunen und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts ermöglicht es, insbesondere die interkommunale Zusammenarbeit künftig vom AÜG auszunehmen und so bürokratischen Aufwand und Kosten durch das bisher notwendige Erlaubnisverfahren zur Arbeitnehmerüberlassung wieder zu vermeiden.“*

Mit diesem Beschluss unserer Mitgliederversammlung wollen wir ausdrücklich das Bemühen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales würdigen, den kommunalen Belangen Rechnung zu tragen. Allerdings halten wir es für geboten, im Interesse der interkommunalen Zusammenarbeit auf allen kommunalen Ebenen zum Teil noch weitergehende Regelungen zu treffen, um die Folgen der seit der letzten Novellierung des AÜG im Jahre 2011 ausgeweitete Erlaubnispflichtigkeit zu beseitigen. Den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum sehen wir als noch nicht ausgeschöpft an.

Im Einzelnen:

## **1. Novellierung des AÜG zum 1. Dezember 2011**

Während es vor der Novellierung des AÜG zum 1. Dezember 2011 für eine Erlaubnispflicht darauf ankam, dass die Arbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig, d. h. mit Gewinnerzielungsabsicht erfolgte, bedarf es nach der Novellierung des AÜG der Erlaubnis, wer Arbeitnehmer im Rahmen der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ des Arbeitgebers Dritten überlässt (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG). Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit ist, da dem EU-Recht entnommen, weit auszulegen.

Gleichzeitig ist gesetzlich geregelt worden, dass die Arbeitnehmerüberlassung „vorübergehend“ erfolgt. Nach der Gesetzesbegründung sollte mit der Einführung lediglich klargestellt werden, dass das deutsche Modell der Arbeitnehmerüberlassung der europarechtlichen Vorgabe entspricht. Auf genau bestimmte Höchstüberlassungsfristen wurde verzichtet (BT-Drs. 17/4804, Seite 8). Demgegenüber hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Beschluss vom 10. Juli 2013 - 7 ABR 91/11 – ohne weitere Festlegungen hinsichtlich der Höchstüberlassungsdauer festgestellt, dass § 1 Abs. 2 Satz 1 AÜG nicht lediglich einen unverbindlichen Programmsatz enthalte, sondern die nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung untersage. Mit Urteil vom 10. Dezember 2013 – 9 AZR 51/13 – hat das BAG diese Rechtsprechung bestätigt, allerdings ohne Folgerungen für das Arbeitsverhältnis zu ziehen.

Durch diese Novellierung des AÜG wurden sämtliche der im Tarifrecht des öffentlichen Dienstes (TVöD) vorgesehenen Optionen der Abordnung, Zuweisung und Personalgestellung außerhalb von hoheitlichen Tätigkeiten für kommunale Arbeitgeber von der Erlaubnispflicht erfasst. Gleiches gilt für kommunale Unternehmen, egal ob sie den TVöD oder ein anderes Tarifrecht anwenden. Für Kommunen und kommunale Arbeitgeber sind diese Änderungen insbesondere für die interkommunalen Zusammenarbeit und die Personalgestellungen mehr als problematisch und hinderlich, was wir mehrfach, zuletzt in unserem Schreiben vom 13. Januar 2015 an die Hausleitung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Frau Bundesministerin Nahles, ausgeführt haben.

## 2. Herausnahme aus dem Anwendungsbereich des AÜG

Das AÜG sieht bereits jetzt eine Ausnahme von der Erlaubnispflicht dann vor, wenn die Arbeitnehmerüberlassung nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird (§ 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG). Abgesehen davon, dass es rechtssichere Entscheidungshilfen, wann eine Arbeitnehmerüberlassung noch gelegentlich ist, nicht gibt, sind sowohl die interkommunale Zusammenarbeit als auch Personalgestellungen gerade bewusst auf Langfristigkeit bzw. die Personalgestellungen sogar auf Dauer angelegt. Daher ist es ausdrücklich zu begrüßen, dass der Gesetzentwurf insofern deutliche Erleichterungen vorsieht.

Als Hinderungsgrund muss aber benannt werden, dass außerhalb einer Personalgestellung Voraussetzung für eine künftige Erlaubnisfreiheit einer Arbeitnehmerüberlassung nur sein soll, wenn sie zwischen Arbeitgebern, die juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, erfolgt und die für sie geltenden Tarifverträge des öffentlichen Dienstes dies vorsehen (§ 1 Abs. 3 Buchst. 2c AÜG-RE).

### 2.1 § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG-RE

Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG-RE ist vorgesehen, dass das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz keine Anwendung findet, wenn Aufgaben eines Arbeitnehmers von dem bisherigen zu dem anderen Arbeitgeber verlagert werden, aufgrund eines Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber weiter besteht und die Arbeitsleistung zukünftig bei dem anderen Arbeitgeber erbracht wird.

Für Personalgestellungen gem. § 4 Abs. 3 TVöD bedeutet dies, dass diese erlaubnisfrei wären, da diese aufgrund eines Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes erfolgen. Dies gilt ungeachtet der Rechtsform der Arbeitgeber.

Nicht erfasst von der vorgesehenen Regelung des § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG-RE wären demgegenüber Fallgestaltungen, in denen Mitglieder von Arbeitgeberverbänden, die der VKA angehören, ein Tarifrecht anwenden, das keine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für die Personalgestellung im Sinne des § 4 Abs. 3 TVöD vorsieht. Dies ist insbesondere bei dem Tarifvertrag für Versorgungsbetriebe im Bereich der VKA der Fall oder bei den Tarifverträgen für den Nahverkehr, die jeweils auf Landesebene abgeschlossen werden. Angesichts der Vielzahl der Personalgestellungen gerade auch in diesen Bereichen hieße dies, dass wir in Verhandlungen mit den Gewerkschaften für Tarifbereiche außerhalb des TVöD zunächst eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage mit den Gewerkschaften vereinbaren müssten.

Um von der Personalgestellung in den geschilderten Fallgestaltungen auch tatsächlich Gebrauch machen zu können, halten wir es für notwendig, Personalgestellungen von der Erlaubnispflichtigkeit immer dann auszunehmen, wenn auf das mit dem abgebenden Arbeitgeber vereinbarte Arbeitsverhältnis unter einen Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes fällt.

Eine weitere Problematik sehen wir darin, dass der Wortlaut der vorgesehenen Regelung dafür sprechen könnte, dass erst ab dem Inkrafttreten der Neuregelung erfolgende Personalgestellungen unter den in § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG-RE genannten Bedingungen erlaubnisfrei wären. Dies würde dazu führen, dass in der Vergangenheit veranlasste und weiter andauernde Personalgestellungen Gefahr laufen, dass sie bis zum Inkrafttreten der Neuregelung als unerlaubte dauerhafte Arbeitnehmerüberlassungen bewertet würden. Um dies auszuschließen, regen wir eine Übergangsvorschrift, die Rechtssicherheit für die Vergangenheit schafft.

## 2.2 § 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG-RE

In § 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG-RE ist vorgesehen, dass das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz keine Anwendung bei Arbeitnehmerüberlassungen zwischen Arbeitgebern findet, wenn diese juristische Personen des öffentlichen Rechts sind und die für diese geltenden Tarifverträge des öffentlichen Dienstes dies vorsehen.

Abordnungen gem. § 4 Abs. 1 TVöD sowie Zuweisungen gem. § 4 Abs. 2 TVöD sowie sonstige arbeitgeberübergreifende Tätigkeiten wären demnach lediglich dann erlaubnisfrei, wenn es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts handelt. Die Erlaubnispflicht würde weiter für Abordnungen, Zuweisungen oder sonstige arbeitgeberübergreifende Tätigkeiten von kommunalen Arbeitgebern eingreifen, die keine juristische Person des öffentlichen Rechts sind.

Kommunale Arbeitgeber nehmen ihre Aufgaben in der Daseinsvorsorge in allen denkbaren Organisationsformen dar. Ob dabei eine öffentliche oder privatrechtliche Organisationsform gewählt wird, fällt in die kommunale Selbstverwaltung.

Bliebe es bei der vorgesehenen Regelung, wären z.B. Kooperationen zwischen kommunalen Krankenhäusern, kommunalen Pflegeeinrichtungen oder kommunalen Beschäftigungsförderungsgesellschaften im Bereich des SGB II und III weiterhin nicht von der Herausnahme aus dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes erfasst, soweit diese – wie in der Praxis weit verbreitet – mittels einer privatrechtlich organisierten Tochtergesellschaft erfolgt.

Die Gesetzesbegründung führt aus, dass sich die Ausnahmeregelung an die Regelung des § 1 Abs. Nr. 1 AÜG anlehnt und in ihrer Funktion dem für die Privatwirtschaft zugänglichen Konzernprivileg des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG ähnelt. Den Vergleich mit dem Konzernprivileg halten wir für überzeugend. Es muss dann aber auch dem Konzern „Stadt“ überlassen bleiben, welche Organisationsform er für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und insbesondere von Aufgaben der Daseinsvorsorge wählt, ohne dass dies Einfluss auf die Frage haben kann, ob eine „konzerninterne“ Arbeitnehmerüberlassung künftig erlaubnisfrei oder weiterhin erlaubnispflichtig bleibt.

Einer mit der Regelung Stärkung der Entscheidungskompetenz der Tarifvertragsparteien des öffentlichen Dienstes, so die Gesetzesbegründung, bedarf es nicht. Sie deckt sich auch nicht mit der Begründung für die vorgesehene Ausnahme. Denn auch für Konzerne im Konzernunternehmen im Sinne des § 18

des Aktiengesetzes bedarf es für das Konzernprivileg keiner tarifvertraglichen Grundlage.

Wie bereits in vorangegangenen Schreiben von uns verdeutlicht, sprechen wir uns nicht für eine uneingeschränkte Ausnahme von der Erlaubnisspflichtigkeit einer Arbeitnehmerüberlassung für kommunale Arbeitgeber aus. Wir sehen allerdings weiterhin einen praktikablen Anknüpfungspunkt in der Abgrenzung einer gewerbsmäßigen und einer nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung. Jedenfalls bei einer nicht gewerbsmäßigen, also nicht mit Gewinnerzielungsabsicht verfolgten Arbeitnehmerüberlassung sprechen wir uns für die Kommunen und ihre Unternehmen dafür aus, das „Konzernprivileg“ auch uneingeschränkt und ohne das Erfordernis einer tarifvertraglichen Regelung zur Anwendung zu bringen.

### **3. Leiharbeiternehmer im Arbeitskampf**

Nach § 11 Abs. 5 AÜG-RE soll der Entleiher künftig Leiharbeiternehmer nicht tätig werden lassen dürfen, soweit sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Der Entleiher darf Leiharbeiternehmer damit – unabhängig von einer etwaigen Einwilligung des Leiharbeiternehmers – nicht tätig werden lassen, soweit sein Betrieb unmittelbar von dem Arbeitskampf betroffen ist. Wer einen Leiharbeiternehmer entgegen § 11 Abs. 5 AÜG-RE vorsätzlich oder fahrlässig tätig werden lässt, handelt nach der neu in § 16 AÜG vorgesehenen Nr. 8a ordnungswidrig.

Leiharbeiternehmer sind aber bereits heute nach § 11 Abs. 5 AÜG nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu sein, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. Der Schutz der Leiharbeiternehmer, nicht als Streikbrecher eingesetzt zu werden und damit Sinn und Zweck der Arbeitnehmerüberlassung entgegenzuwirken, ist damit aus unserer Sicht bereits durch die heutige Regelung in § 11 Abs. 5 AÜG gewahrt. Das Konzept der freiwilligen Leistungsverweigerung entspricht im Übrigen auch der Entscheidungsmöglichkeit der Stammarbeiternehmer. Keinesfalls sollte der im Arbeitskampf aus gutem Grund neutrale Staat über einen neuen Ordnungswidrigkeitentatbestand nach § 16 Abs. 1 Nr. 8a AÜG-RE zum Eingreifen in das Arbeitskampfgeschehen gezwungen werden.

Mit freundlichen Grüßen

