



An die Mitglieder
des KAV Sachsen e.V.

Sonder-Rundschreiben 19/2011 – Eilt sehr!

- 1. Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes;
Informationsblatt und neue Geschäftsanweisung der Bundesagentur
für Arbeit**
- 2. Bürgerarbeit und Arbeitnehmerüberlassung;
Dringender Handlungsbedarf im Hinblick auf die am 1. Dezember
2011 wirksam werdenden Änderungen des Arbeitnehmerüberlas-
sungsgesetzes**

Sehr geehrte Damen und Herren,

über die o.g. Punkte möchten wir Sie im Einzelnen wie folgt informieren:

- 1. Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes;
Informationsblatt und neue Geschäftsanweisung der Bundesagentur
für Arbeit**

Mit Rundschreiben 06/2011 vom 5. Oktober 2011 haben wir über die Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) durch ein „Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ vom 28. April 2011 sowie durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes vom 20. Juli 2011 unterrichtet.

Die Bundesagentur für Arbeit hat das als **Anlage 1** beigefügte Informationsblatt über die Änderungen des AÜG herausgegeben. Hierbei soll es sich um eine Erstinformation zur Prüfung der Frage handeln, ob infolge der Anpassung des Anwendungsbereichs des AÜG zukünftig für die Überlassung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung an Dritte eine Erlaubnis nach dem AÜG erforderlich ist.

KAV Sachsen e.V.
Holbeinstraße 2
01307 Dresden

Tel. : 0351 / 446 96 - 30
Fax : 0351 / 446 96 - 39

Internet:
www.kavsachsen.de

E-Mail:
info@kavsachsen.de

28. November 2011

Unser Zeichen:
Pu/Ri/Ba

Vereinsregister:
AG Dresden VR 1034

Präsident:
Landrat
Michael Harig
Bautzen

Vizepräsident:
Bürgermeister
Winfried Lehmann
Dresden

Verbandsgeschäfts-
führerin:
Christine Putzler-Uhlig

Bankverbindung:
Ostsächsische Sparkasse
Dresden
Konto-Nr.: 312 007 4283
BLZ: 850 503 00

Zwischenzeitlich liegt die **neue Geschäftsanweisung** der Bundesagentur für Arbeit vor.

Die Geschäftsanweisung – gültig ab dem 1. Dezember 2011 – ist abrufbar unter:

http://www.arbeitsagentur.de/nn_164862/Navigation/zentral/Veroeffentlichungen/Weisungen/Arbeitgeber/Arbeitgeber-Nav.html

Die Durchsicht der Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit zeigt, dass sich aus den Neuerungen des AÜG ergebende Fragen nicht ausreichend beantwortet werden. Die Bundesagentur für Arbeit befasst sich primär mit verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten des AÜG. Es finden sich kaum Hinweise zu den in unserem Rundschreiben 06/2011 vom 5. Oktober 2011 aufgeworfenen Auslegungsfragen, wie insbesondere zur Festlegung der Begriffe der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ und der „vorübergehenden“ Arbeitnehmerüberlassung sowie zur Abgrenzung der Konzernleihe von der „gelegentlichen“ Überlassung.

„Wirtschaftliche Tätigkeit“

Zu dem neu in das Gesetz eingefügten Begriff der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG wird seitens der Bundesagentur für Arbeit auf die in unserem Rundschreiben zitierte Rechtsprechung des EuGH hingewiesen. Danach liegt eine wirtschaftliche Tätigkeit vor, wenn Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden.

Ausgehend von dieser Rechtsprechung kommt die Bundesagentur für Arbeit zu dem Ergebnis, dass bei der Zurverfügungstellung von Personal regelmäßig von einer wirtschaftlichen Tätigkeit auszugehen sei. Auf die Gewerbsmäßigkeit komme es für die Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung mit der gesetzlichen Änderung ab dem 1. Dezember 2011 nicht mehr an. Die Bundesagentur für Arbeit führt weiter aus, dass es für die Frage, ob die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit statfinde unerheblich sei, ob diese für einen Betrieb Haupt- oder Nebenzweck sei oder die Arbeitnehmer sowohl in eigener Betriebsstätte beschäftigt als auch bei sich bietender Gelegenheit Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden (Mischbetriebe), siehe Seite 9 der Geschäftsanweisung.

„Vorübergehende“ Arbeitnehmerüberlassung

Zu der in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG getroffenen Festlegung der „vorübergehenden“ Arbeitnehmerüberlassung merkt die Bundesagentur für Arbeit lediglich an, dass das AÜG im Rahmen der Umsetzung der EU-Leiharbeitsrichtlinie klarstelle, dass die Überlassung nach dem deutschen Modell der Arbeitnehmerüberlassung immer vorübergehend erfolge, § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, siehe Seite 9 der Geschäftsanweisung.

Weitergehende Hinweise finden sich nicht.

Konzernleihe – „nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt“

Bei der Konzernleihe und der neu gewählten Formulierung in: § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG, nach der das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz keine Anwendung findet, wenn der Arbeitnehmer „nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird“, beschränkt sich die Bundesagentur für Arbeit auf die bereits in der Gesetzesbegründung getroffene Feststellung, dass die Privilegierung des Konzernverleihs nicht für die Arbeitnehmerüberlassung durch Personalführungsgesellschaften gelte, deren Zweck die Einstellung und Überlassung von Personal sei, siehe Seite 21 der Geschäftsanweisung.

„Gelegentliche“ Arbeitnehmerüberlassung

Betreffend die Regelung des § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG greift die Bundesagentur für Arbeit wiederum die Gesetzesbegründung auf, indem sie ausführt, dass vor dem Hintergrund des Ausnahmecharakters des § 1 Abs. 3 AÜG an das Erfordernis einer nur „gelegentlichen“ Überlassung strenge Anforderungen zu stellen seien. Mit der Regelung sollten solche Über-

lassungsfälle ausgeklammert werden, in denen Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer nur gelegentlich Dritten zur Arbeitsleistung überlassen (Abdeckung von Spitzenbedarfen). Der Rechtsbegriff gelegentlich werde durch die Rechtsprechung zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit unter anderem durch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 2. Juni 2010 – 7 AZR 946/08 – bestimmt. Das Merkmal bezwecke, Bagatellfälle von dem Erlaubniserfordernis zu befreien. Die Privilegierung sei vor dem Hintergrund des weiten Anwendungsbereichs des AÜG geboten, um zum Beispiel die gelegentliche Überlassung durch Handwerksbetriebe oder gemeinnützige Organisationen nicht unnötig zu erschweren, siehe Seite 22 der Geschäftsanweisung.

Die Frage, wie die Abgrenzung zwischen der Konzernleihe und dem neu eingefügten § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG zu treffen ist, wird damit nicht beantwortet.

Auf den von der VKA bereits am 22. Juni 2011 in einem Gespräch beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) anhand konkreter Fallbeispiele aufgezeigten Klärungsbedarf der oben genannten Begriffe geht die Geschäftsanweisung nicht ein.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat ergänzend mündlich darauf hingewiesen, dass in Zweifelsfällen rechtzeitig vor dem 1. Dezember 2011 eine Klärung mit der Bundesagentur für Arbeit herbeigeführt und gegebenenfalls eine Verleiherlaubnis beantragt werden sollte. In den Fällen, in denen ein Antrag auf eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung vor dem 1. Dezember 2011 gestellt wird, die Erteilung der Erlaubnis durch die Bundesagentur für Arbeit allerdings erst nach dem 1. Dezember 2011 erfolgt, erfolge keine „Heilungswirkung“ für die Vergangenheit.

2. Bürgerarbeit und Arbeitnehmerüberlassung; Dringender Handlungsbedarf im Hinblick auf die am 1. Dezember 2011 wirksam werdenden Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Mit Rundschreiben 04/2011 vom 20. Mai 2011 haben wir darüber berichtet, dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Arbeitnehmerüberlassung im Modellprojekt „Bürgerarbeit“ zugelassen hat, nachdem die Gewerkschaften nicht bereit waren, die Nichteinbeziehung der in diesem Modellprojekt tätigen Beschäftigten in den TVöD zu akzeptieren. Mit der Möglichkeit der Arbeitnehmerüberlassung wurden die Einstellung bei einem Dritten, z.B. einer nicht tarifgebundenen kommunalen Beschäftigungsgesellschaft, und der tatsächliche Einsatz bei der Kommune ermöglicht.

Mit dem als **Anlage 2** beigefügten TS-Bericht vom 15. November 2011 stellt ver.di fest, dass auch die Personalgestellung von einer kommunalen Beschäftigungsgesellschaft an die Kommune im Rahmen der Bürgerarbeit ab dem 1. Dezember 2011 der vorherigen Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung bedürfe und im Falle einer fehlenden Erlaubnis gem. § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher (Kommune) und dem Leiharbeiter als zustande gekommen gelte, auf das die beim Entleiher geltenden Arbeitsbedingungen – einschließlich der Eingruppierung und Bezahlung – Anwendung fänden. Als weitere Folge der Geltung des AÜG sei die kommunale Beschäftigungsgesellschaft als Verleiherin auch bei Vorliegen einer Erlaubnis verpflichtet, den „Bürgerarbeitern“ ab 1. Dezember 2011 für die Dauer ihres Einsatzes bei der Kommune die gleichen wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren, wie sie für die vergleichbaren Beschäftigten der Kommune gelten. Entsprechende Ansprüche sollen geltend gemacht werden, so ver.di.

Hierzu ist auf Folgendes hinzuweisen:

Bis zum 30. November 2011 ist die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der Bürgerarbeit als nicht gewerbsmäßige Tätigkeit erlaubnisfrei. Da mit der Änderung des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG für die Erlaubnispflichtigkeit nicht mehr wie bislang auf die „Gewerbsmäßigkeit“ der Arbeitnehmerüberlassung, sondern darauf abgestellt wird, ob die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der „wirtschaftlichen Tätigkeit“ des Arbeitgebers erfolgt, wird man auch in den

Fällen der Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der Bürgerarbeit von einer wirtschaftlichen Tätigkeit auf Seiten des Verleihers und damit von einer erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung auszugehen haben. Ausnahmetatbestände des AÜG, insbesondere die erlaubnisfreie konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung und die gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Abs. 3 Nrn. 2 und 2a AÜG n.F.) greifen schon deswegen nicht, da in beiden Fällen Voraussetzung für die Nichtanwendung des AÜG ist, dass die Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden. Soweit in der Bürgerarbeit Beschäftigte einem anderen Arbeitgeber überlassen werden, ist dies jedoch gerade der Fall.

Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern sind nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis hat. Rechtsfolge hiervon ist, dass zwischen Entleiher und Leiharbeiter gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis als zustande gekommen gilt. Weiterhin bestimmt § 10 Abs. 1 AÜG für ein solchermaßen zustande gekommenes Arbeitsverhältnis, dass

- das Arbeitsverhältnis als befristet gilt, wenn die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher nur befristet vorgesehen war und ein die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigender Grund vorliegt,
- die zwischen dem Verleiher und dem Entleiher vorgesehene Arbeitszeit als vereinbart gilt und
- im Übrigen sich Inhalt und Dauer dieses Arbeitsverhältnisses nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen bestimmen.

Die Annahme von ver.di, dass bei fehlender Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung auf das zwischen Entleiher (Kommune) und Leiharbeiter als zustande gekommenes Arbeitsverhältnis der TVöD Anwendung findet, teilen wir ebenso wenig wie die Aussage von ver.di, bei Vorliegen der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung sei der Verleiher zur Entgeltzahlung nach dem TVöD verpflichtet.

Der TVöD findet gemäß seinem § 1 Abs. 2 Buchst. i und k keine Anwendung auf Beschäftigte, für die Eingliederungszuschüsse nach den §§ 217 ff. SGB III gewährt werden, und auf Beschäftigte, die Arbeiten nach den §§ 260 ff. SGB III verrichten. Beschäftigte im Modellprojekt „Bürgerarbeit“ sind hiermit vergleichbar, so dass auf sie der TVöD keine Anwendung findet. Es verbleibt damit bei den für die Bürgerarbeit vor Ort geltenden Regelungen.

Um auszuschließen, dass ab dem 1. Dezember 2011 ein Arbeitsverhältnis zwischen der Kommune und den im Modellprojekt Bürgerarbeit tätigen Beschäftigten wegen fehlender Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung angesichts der unterschiedlichen Auffassungen zur Frage der Anwendbarkeit des TVöD als zustande gekommen gilt, muss – soweit noch nicht geschehen – sofort Kontakt mit der Agentur für Arbeit aufgenommen und geklärt werden, ob eine Erlaubnis bis zum 30. November 2011 erteilt werden kann. Soweit dies nicht möglich ist, empfehlen wir, die Leiharbeit bis zum Vorliegen der Erlaubnis zu unterbrechen und keine Arbeitsleistung anzunehmen.

Mit freundlichen Grüßen



Christine Putzler-Uhlig
Verbandsgeschäftsführerin

Anlagen



Arbeitnehmerüberlassung - wichtige Änderungen ab 1. Dezember 2011 -

Arbeitgebern, die Dritten Personal zur Verfügung stellen und bisher nicht im Besitz einer Erlaubnis sind, wird empfohlen zu prüfen, ob sie ab 01.12.2011 einer Erlaubnis bedürfen.

Im Rahmen der Umsetzung der Europäischen Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG hat der Gesetzgeber u.a. den Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) angepasst. **Verleiher** im Sinne des AÜG in der Fassung ab 01.12.2011 ist derjenige Arbeitgeber, der Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) einem Dritten **im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit** zur Arbeitsleistung überlässt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er Erwerbszwecke verfolgt. Eine wirtschaftliche Tätigkeit liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes vor, wenn Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden. Davon ist bei der Zurverfügungstellung von Personal regelmäßig auszugehen. Auf die Gewerbsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung kommt es zukünftig nicht mehr an.

Arbeiten im Rahmen von Werk-, selbständigen Dienst- oder Dienstverschaffungs- sowie Geschäftsbesorgungsverträgen werden nicht vom AÜG erfasst.

Die Arbeitnehmerüberlassung ist weiterhin grundsätzlich **erlaubnispflichtig**. Die Erlaubnis muss vor dem ersten Verleih vorliegen. Die Erlaubnis kann bei den Regionaldirektionen der Bundesagentur für Arbeit beantragt werden.

Nicht erlaubnispflichtig sind:

- Abordnungen zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft, wenn bestimmte weitere Voraussetzungen vorliegen;
- Überlassungen im selben Wirtschaftszweig zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen aufgrund tarifvertraglicher Regelungen;
- die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, sofern der Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird;
- die **gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung** zwischen Arbeitgebern, sofern der Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird; der Rechtsbegriff „gelegentlich“ wird durch die Rechtsprechung zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit (u.a. BAG vom 02.06.2010 – 7 AZR 946/08, Rn. 19, 26) bestimmt. Das Merkmal bezweckt, Bagatellfälle von dem Erlaubniserfordernis zu befreien (z.B. einmalige Überlassung von Arbeitnehmern an ein anderes Unternehmen, um bei einer kurzfristig aufgetretenen Auftragsspitze auszuhelfen). Jedoch kann auch die erstmalige Überlassung von Arbeitnehmern erlaubnispflichtig sein, wenn die Überlassungstätigkeit des Arbeitgebers von vornherein auf Dauer angelegt ist;
- der Verleih in das Ausland in ein aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarungen gegründetes deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen.

Der Verleih in das Baugewerbe ist weiterhin grundsätzlich unzulässig.



Weitere gesetzliche Änderungen sind insbesondere:

- die **sog. Drehtürklausel**, nach der Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 AktG bildet, ausgeschieden sind, Gleichstellung mit den Stammarbeiterinnen und Stammarbeitern zu gewähren ist (bereits am 30.04.2011 in Kraft getreten).
- die Einführung von Regelungen, die ermöglichen, einen tarifvertraglichen Mindestlohn als absolute **Lohnuntergrenze** für Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter für Verleihzeiten und verleihfreie Zeiten aufgrund eines gemeinsamen Vorschlags von Tarifvertragsparteien aus der Zeitarbeit festzusetzen. Die Festsetzung erfolgt durch Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales nach Beteiligung des Tarifausschusses. Die Kontrolle der Lohnuntergrenze erfolgt durch die Behörden der Zollverwaltung. Um unnötige Doppelprüfungen möglichst zu vermeiden, haben sich die Behörden der Zollverwaltung und die Bundesagentur für Arbeit auf ein abgestimmtes Vorgehen geeinigt.
- die Klarstellung, dass die Arbeitnehmerüberlassung immer **vorübergehend** erfolgt.
- die Verpflichtung der Entleiher, den in ihrem Betrieb tätigen Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern
 - **Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten** im Unternehmen (z.B. Betriebskindergarten, Kantine, Personenbeförderung) zu gewähren und sie
 - **über freie Arbeitsplätze** im Einsatzunternehmen zu **unterrichten**, die besetzt werden sollen.
- die Klarstellung, dass Verleiher von Leiharbeiterinnen oder Leiharbeitern **keine Vermittlungsvergütung** verlangen dürfen.
- die Streichung der Ausnahmeregelung vom Gleichstellungsgrundsatz des AÜG, nach der zuvor arbeitslose Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter für längstens sechs Wochen in Höhe des zuletzt gezahlten Arbeitslosengeldes entlohnt werden konnten ist (bereits am 30.04.2011 in Kraft getreten).

Diese Darstellung dient als Übersicht, im Einzelnen sind die gesetzlichen Regelungen zu beachten.

Weitere Informationen sind im Internet unter http://www.arbeitsagentur.de/nn_27716/Navigation/zentral/Unternehmen/Recht/Arbeitnehmerueberlassung/Arbeitnehmerueberlassung-Nav.html oder unter www.arbeitsagentur.de über die Schaltflächen „Unternehmen“, „Rechtsgrundlagen“, „Arbeitnehmerüberlassung“ abrufbar.



Berlin, 15.11.2011

Nr. 033/2011

Bürgerarbeit und Arbeitnehmerüberlassung

Wenn die sogen. Bürgerarbeit im Wege der Personalgestellung von einer kommunalen Beschäftigungsgesellschaft an die Kommune durchgeführt wird, fällt dies ab 1. Dezember 2011 unter das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Folge ist, dass die betroffenen Beschäftigten auch in diesen Fällen Anspruch auf Entgelt nach dem TVöD haben.

Bei den im Rahmen des Modellprojekts „Bürgerarbeit“ der Bundesregierung abgeschlossenen Beschäftigungsverhältnissen handelt es sich um reguläre Arbeitsverhältnisse. Deshalb unterliegt sowohl die Einstellung als auch die Eingruppierung der „Bürgerarbeiter“ der Mitbestimmung des Personal- bzw. Betriebsrates. Werden diese Arbeitsverhältnisse von Kommunen begründet, fallen sie unter den Geltungsbereich des TVöD (TS-berichtet Nr. 54/2010 vom 11.11.2010).

Damit die Kommunen die Verpflichtung zur Bezahlung der betroffenen Beschäftigten nach dem TVöD umgehen können, hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales zugelassen, die „Bürgerarbeit“ auch dann finanziell zu fördern, wenn die Beschäftigten bei einer – nicht tarifgebundenen – kommunalen Beschäftigungsgesellschaft eingestellt und an die Kommune zur Erbringung der Arbeitsleistung „gestellt“ werden. Da es sich hierbei grundsätzlich nicht um gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung handelt, fällt diese Vorgehensweise nach der bis zum 30. November 2011 geltenden Fassung nicht unter das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG).

Durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung (1. AÜGÄndG) vom 28. April 2011 (BGBl. I S. 642) treten am 1. Dezember 2011 wesentliche Änderungen des AÜG in Kraft. Sie dienen der Umsetzung der Europäischen Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG vom 19. November 2008.

Wichtigste Änderung ist, dass die bisherige Unterscheidung zwischen (erlaubnispflichtiger) gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung und (erlaubnisfreier) nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung entfällt. Nach dem geänderten § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG kommt es für die Geltung des AÜG nur noch darauf an, ob die Überlassung von Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung an Dritte im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers erfolgt. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung spielt es damit keine Rolle mehr, ob der Verleiher mit der Arbeitnehmerüberlassung Erwerbszwecke verfolgt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) liegt eine wirtschaftliche Tätigkeit in diesem Sinne vor, wenn Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden (vgl. EuGH v. 10.01.2006 – Rs. C-222/04). Davon ist bei der Zurverfügungstellung von Personal regelmäßig auszugehen.

Damit fallen zukünftig sowohl grundsätzlich die Arbeitnehmerüberlassung durch Körperschaften, Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts und durch öffentliche Unternehmen in privater Rechtsform (Eigengesellschaften) im Rahmen der Daseinsvorsorge als auch durch gemeinnützige Organisationen unter das AÜG. Ausgenommen sind lediglich Tätigkeiten, die in Ausübung hoheitlicher Aufgaben erfolgen, da sie keinen wirtschaftlichen Charakter haben (vgl. EuGH v. 26.03.2009 – Rs. C-113/07 P). Auch soweit die Arbeitnehmerüberlassung unmittelbar durch spezielle Gesetze geregelt ist, wie z.B. die Zuweisung von Beschäftigten der Bundesagentur für Arbeit gemäß § 44g Abs. 1 SGB II an die gemeinsamen Einrichtungen der Grundsicherung, findet das AÜG keine Anwendung.

Folge hiervon ist, dass auch die Personalgestellung von einer kommunalen Beschäftigungsgesellschaft an die Kommune der vorherigen Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung durch die Bundesagentur für Arbeit bedarf (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG). Da das 1. AÜGÄndG keine Übergangsregelung enthält, gilt dies auch für bis zum 30. November 2011 erlaubnisfreie Arbeitnehmerüberlassung. Hiervon werden auch die Fälle der Überlassung der „Bürgerarbeiter“ an die Kommunen durch kommunale Beschäftigungsgesellschaften erfasst.

Liegt eine solche Erlaubnis nicht vor, ist der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher (kommunale Beschäftigungsgesellschaft) und Leiharbeiter („Bürgerarbeiter“) unwirksam (§ 9 Nr. 1 AÜG) und es gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher (Kommune) und dem Leiharbeiter als zustande gekommen, auf das die beim Entleiher geltenden Arbeitsbedingungen – einschließlich der Eingruppierung und Bezahlung – Anwendung finden (§ 10 Abs. 1 AÜG).

Als weitere Folge der Geltung des AÜG ist die kommunale Beschäftigungsgesellschaft als Verleiherin verpflichtet, den „Bürgerarbeitern“ ab 1. Dezember 2011 für die Dauer ihres Einsatzes bei der Kommune die gleichen wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren, wie sie für die vergleichbaren Beschäftigten der Kommune gelten (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und 9 Nr. 2 AÜG). Geschieht dies nicht, sind die gegenteiligen Vereinbarungen mit der Beschäftigungsgesellschaft unwirksam (§ 9 Nr. 2 AÜG) und die „Bürgerarbeiter“ können von der Beschäftigungsgesellschaft die Behandlung und Bezahlung nach den bei der Kommune geltenden Bedingungen (TVöD) verlangen (§ 10 Abs. 4 AÜG).

Die im Rahmen der „Bürgerarbeit“ bei den Kommunen eingesetzten Beschäftigten sollten daher überprüfen, ob sie ab Dezember 2011 ein dem TVöD entsprechendes Entgelt erhalten. Ist dies nicht der Fall, müssen sie zur Sicherung ihrer Ansprüche die Differenzbeträge schriftlich bei der Beschäftigungsgesellschaft geltend machen. Legt ihnen die Beschäftigungsgesellschaft nicht bis zum 30. November 2011 eine schriftliche Mitteilung über die zuständige Erlaubnisbehörde (Agentur für Arbeit) und das Datum der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AÜG) vor, ist davon auszugehen, dass sie die Erlaubnis nicht besitzt und das Arbeitsverhältnis daher nunmehr zu der jeweiligen Kommune besteht (s. oben). In diesen Fällen sind die Ansprüche gegenüber der Kommune geltend zu machen.

Weiter muss die Kommune gem. § 14 Abs. 3 Satz 2 AÜG dem Personalrat die schriftliche Erklärung der Beschäftigungsgesellschaft vorlegen, dass sie die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besitzt.