

EVANGELISCHER OBERKIRCHENRAT

70012 STUTTGART, 2024-04-19

POSTFACH 10 13 42

Telefon 0711 2149-0

Sachbearbeiter – Durchwahl

Michael Rothenhöfer - 0711 2149-369

E-Mail: michael.rothenhoefer@elk-wue.de

GZ: 25.0-10-V144/6

An die
Ev. Pfarrämter und Kirchenpflegen
über die Ev. Dekanatämter
- Dekaninnen und Dekane sowie
Schuldekaninnen und Schuldekane -
Landeskirchliche Dienststellen
Kirchenbezirksrechnerinnen und -rechner
Große Kirchenpflegen
Vorsitzende der Mitarbeitervertretung
Evangelische Regionalverwaltungen

Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)

Rundschreiben vom 31. Juli 2014; AZ: 25.00 Nr. 907/6

Sehr geehrte Damen und Herren,

seit dem letzten Rundschreiben wurde das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) mehrfach geändert. Die weitreichendsten Änderungen brachte das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21. Februar 2017 (BGBl. I S. 258) mit sich. Im Rahmen dieser Reform wurde eine **Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten** in § 1 Abs. 1 S. 4 und § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG eingeführt, weiter ein **Transparenzgebot**, das verlangt, einen Überlassungsvertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen (§ 1 Abs. 1 S. 5 AÜG) und eine **Konkretisierungspflicht** bezüglich der Person des Leiharbeitnehmers (§ 1 Abs. 1 S. 6 AÜG). Die wichtigste Umgestaltung für kirchliche Arbeitgeber betraf jedoch die **Erweiterung des Katalogs der Ausnahmetatbestände** von der Geltung des AÜG in § 1 Abs. 3 AÜG. Die Personalgestellung im öffentlichen Dienst (Nr. 2b) und die Arbeitnehmerüberlassung zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften (Nr. 2c) fällt seither nicht mehr unter die strengen Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes.

1. Begriff der Arbeitnehmerüberlassung

Die Arbeitnehmerüberlassung findet im Dreipersonenverhältnis statt. Der Arbeitgeber (Verleiher) stellt einen bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer einem Dritten (Entleiher) zur Arbeitsleistung zur Verfügung. Der Arbeitnehmer wird in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert und der Entleiher erhält durch den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag das Recht, den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin wie ein Arbeitgeber anzuweisen.

2. Erfasster Personenkreis

Das AÜG erfasst nur abhängig beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen. Da das Gesetz aber die europäische Leiharbeitsrichtlinie umsetzt, ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) für das AÜG nicht der deutsche, sondern der europäische Arbeitnehmerbegriff maßgeblich.

3. Gesetzliche Ausnahmetatbestände

Gemäß § 1 Abs. 3 AÜG sind bestimmte Fallgestaltungen von der Anwendung des AÜG ausgenommen. Für den kirchlichen Bereich ist vor allem Nr. 2c anwendbar. **Danach ist das AÜG auf eine Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern nicht anzuwenden, wenn diese juristische Personen des öffentlichen Rechts sind und Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften anwenden.** Das bedeutet, dass die Überlassung von Personal zwischen Kirchengemeinden, Kirchenbezirken und der Evangelischen Landeskirche in Württemberg sowie die Überlassung von Kirchengemeinden an Kommunen erlaubnisfrei möglich ist.

Für den kirchlichen Bereich kommt außerdem Nr. 2a (nur gelegentliche Überlassung) als Ausnahmetatbestand in Frage. **Danach ist die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern von der Anwendung des AÜG ausgenommen, wenn sie nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird.**

An diesen Ausnahmetatbestand sind strenge Anforderungen zu stellen. In den fachlichen Weisungen der Bundesagentur zum AÜG wird als Beispiel die „Abdeckung eines kurzfristigen Spitzenbedarfs eines anderen Unternehmens“ genannt. Bei einer Wiederholungsabsicht kommt der Ausnahmetatbestand nicht in Betracht.

4. Anwendung des AÜG im kirchlichen Bereich

Die Anwendbarkeit des AÜG im kirchlichen Bereich ist schon durch den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG (siehe 3.) stark eingeschränkt. Darüber hinaus wurde im letzten o.g. Rundschreiben unter Hinweis auf ein Gutachten der Forschungsstelle kirchliches Arbeitsrecht der Universität Tübingen (Stand: 15. März 2013) eine weitere Beschränkung des Anwendungsbereichs des AÜG durch das kirchliche Selbstbestimmungsrecht angenommen. Dabei sei das durch Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 140 GG, Art. 137 Abs. 3 Weimarer Reichsverfassung geschützte Selbstbestimmungsrecht der Kirchen mit dem Schutz der Berufsfreiheit der möglicherweise betroffenen kirchlichen Leiharbeiter abzuwägen. Diese Abwägung könne nicht pauschal, sondern nur differenziert nach Beschäftigungsfeldern erfolgen. Aufgrund der Erweiterung der Ausnahmetatbestände fällt die Überlassung von Diakoninnen und Diakonen und Religionspädagoginnen und -pädagogen innerhalb der Landeskirche schon aufgrund des § 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG nicht mehr unter den Geltungsbereich des AÜG.

a) Kirchlicher Aufgabenbereich

Die Bereiche der kirchlichen Arbeit in **Verkündigung, Seelsorge, Liturgie, Kirchenmusik und Religionsunterricht** fallen als Kernbereich der Pflege und Verbreitung des christlichen Glaubens nicht unter den Anwendungsbereich des AÜG. In diesem Bereich überwiegt der Stellenwert des kirchlichen Propriums

den durch das AÜG vermittelten Sozialschutz. Die „Überlassung“ von Diakoninnen und Diakonen von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (Kirchenbezirk) zu einer anderen (Kirchengemeinde) fällt aber schon wegen § 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG nicht unter das AÜG.

b) Bereich, in dem das AÜG vollumfänglich zur Anwendung kommt

Von einer vollumfänglichen Anwendbarkeit des AÜG ist in der Regel auszugehen, wenn auf Verleiher- oder Entleiherseite keine juristische Person öffentlichen Rechts besteht, die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften anwendet sowie wenn auf Verleiher- oder Entleiherseite keine Anbindung an die verfasste Kirche gegeben ist.

Bsp.: Ein Förderverein, den Gemeindemitglieder ins Leben gerufen haben, stellt einen Jugendreferent an, der seine Arbeit bei einer Kirchengemeinde versieht (das Direktionsrecht wird von der Kirchengemeinde ausgeübt).

Hier ist die Anwendung des AÜG gegeben. Zwar handelt es sich bei dem Jugendreferenten ggf. um einen Diakon/eine Diakonin. Bei dem Förderverein fehlt es aber an einer institutionellen Anbindung an die „Amtskirche“. Ferner gehört ein privatrechtlicher Verein auch nicht zu den juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

c) Umsatzsteuerrechtliche Behandlung von Personalüberlassungen

Personalüberlassungen bzw. Personalgestellungen (im Sinne des Abschnitt 3a.9 Abs. 18a UStAE) gegen Entgelt, auch gegen Aufwendungsersatz, erfolgen im Grundsatz im Rahmen eines Leistungsaustauschs und sind daher grundsätzlich umsatzsteuerbar. Der bisherige Arbeitgeber (Gestellender) erbringt eine sonstige Leistung, in dem er zur Arbeitsleistung verpflichtete und von ihm entlohnte Arbeitnehmer einem Dritten (Gestellungsempfänger) nach dessen Weisungen zur Verfügung stellt. Entgelt für das übertragene Wirtschaftsgut „vertraglich gebundene Arbeitskraft“ sind die eigenen Kosten – Entlohnung des Arbeitnehmers und Tragung der Lohnnebenkosten – ggf. zuzüglich eines Gewinnaufschlags. Dagegen abzugrenzen ist die reine Dienstleistung, bei der die Arbeitnehmer weiterhin dem Weisungsrecht des Arbeitgebers (Gestellenden) unterliegen. Bitte informieren Sie sich daher vor einer Personalüberlassung über die aktuelle steuerrechtliche Situation. Das Sachgebiet Steuern 7.1.3 stellt die aktuelle steuerrechtliche Lage regelmäßig in einem „ABC der Kirchengemeinden“ zusammen.

Im Zeitpunkt kurz vor Veröffentlichung des Rundschreibens (1. Quartal 2024) ist im Bereich insbesondere innerkirchlicher Personalüberlassungen aber zu prüfen, ob eine Steuerbefreiung nach § 4 Nr. 27a UStG einschlägig ist. Gem. § 4 Nr. 27a UStG ist die Gestellung von Personal durch religiöse und weltanschauliche Einrichtungen umsatzsteuerfrei

- für Krankenhaus- und Heilbehandlungen im Sinne der Nummer 14 Buchstabe b,
- für Leistungen der Betreuung oder Pflege hilfsbedürftiger Personen im Sinne der Nummer 16,
- für mit der Sozialfürsorge verbundene Leistungen im Sinne der Nummer 18,
- für unmittelbar dem Schul- und Bildungszweck dienenden Leistungen im Sinne der Nummer 21,

- für Vorträge, Kurse und andere Veranstaltungen wissenschaftlicher oder belehrender Art im Sinne der Nummer 22 a,
- für mit der Erziehung und Betreuung von Kindern und Jugendlichen verbundene Leistungen im Sinne der Nummer 23 sowie
- für Leistungen der Jugendhilfe im Sinne der Nummer 25.

Ferner ist die Gestellung von Personal durch religiöse und weltanschauliche Einrichtungen **für Zwecke des geistlichen Beistands** steuerfrei. Zwecke des geistlichen Beistandes werden unseres Erachtens immer dann erfüllt, wenn überlassene Personen

- **aktiv Gottes Wort verkündigen.** Darunter fallen Menschen mit theologischer Ausbildung (Pfarrerinnen und Pfarrer sowie Diakoninnen und Diakone mit Ermächtigung zur Wortverkündung) im Gemeindepfarrdienst oder der Gemeindegemeinschaft, Diakoninnen und Diakone, Jugendreferentinnen und Jugendreferenten in der Gemeindejugendarbeit und sozialpädagogische Mitarbeitende in der Gemeindegemeinschaft.
- **bei Kasualien und in Gottesdiensten aktiv mitwirken.** Hierunter fallen auch Kirchenmusikerinnen und Kirchenmusiker, Mesnerinnen und Mesner sowie Kirchenchorleiterinnen und Kirchenchorleiter. Dagegen fallen Musikreferentinnen und Musikreferenten aufgrund ihres Aufgabengebiets nicht unter die Befreiungsvorschrift des § 4 Nr. 27 a UStG.
- **bei zentralen Leitungsaufgaben der von ihr geleiteten Einrichtung das kirchliche Gepräge geben.** Dies trifft auf theologische Vorstände, Pfarrerinnen und Pfarrer als Geschäftsführende von evangelischen Einrichtungen sowie bei der Diakonie und Telefonseelsorge zu.

Personalgestellungen für reine **Verwaltungsaufgaben, Hausmeisterdienste, Reinigungsarbeiten u.ä.** fallen dagegen nicht unter die Steuerbefreiung des § 4 Nr. 27a UStG und sind immer umsatzsteuerpflichtig!

- d) Verträge und Vereinbarungen für die Personalüberlassung im innerkirchlichen Bereich und an Körperschaften des öffentlichen Rechts**
Liegt der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG vor, ist als **Muster eines Arbeitsvertrages** für an Körperschaften des öffentlichen Rechts Überlassene das Arbeitsvertragsmuster KAO (Anlage 1.1.1 zur KAO) zu verwenden. Bei der Überlassung wird es sich in aller Regel um eine Abordnung oder Teilabordnung zu einem anderen Arbeitgeber unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses nach § 4 Absatz 1 KAO handeln. Eine Abordnung ist arbeitsvertraglich zulässig, wenn dienstliche oder betriebliche Gründe vorliegen. Bei einer voraussichtlich länger als drei Monate dauernden Abordnung ist der/die Beschäftigte vorher zu hören.

Ein **Musterabordnungsschreiben** ist diesem Rundschreiben als **Anlage 1** beigelegt. Zwischen dem abgebenden Arbeitgeber und dem aufnehmenden Arbeitgeber ist eine Abordnungsvereinbarung abzuschließen. Das **Muster einer (Teil-) Abordnungsvereinbarung** finden sie als **Anlage 2** zu diesem Rundschreiben. Zu beachten ist, dass bei der Abordnung insbesondere von **Beschäftigten der Verwaltung** und einigen anderen Bereichen wie z.B. der Hauswirtschaft **keine Umsatzsteuerbefreiung** nach § 4 Nr. 27a UStG eingreift (vgl. oben unter 4.c) Insofern muss bei Abordnungen von Verwaltungsangestellten an andere Dienststellen entweder Umsatzsteuer

entrichtet werden oder aber eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung über eine Zusammenarbeit ohne den Übergang von Weisungsrechten auf Basis eines Gebührenbescheides getroffen werden (vgl. **Anlage 3**). In diesem Fall liegt eine Dienstleistung vor, bei der der Eintritt eines bestimmten Erfolgs oder Ereignisses im Vordergrund steht und nicht die Überlassung von Personal. Für die Vernetzung von Gemeindebüros bestehen daher folgende drei Möglichkeiten:

- **Möglichkeit 1:** Die Kirchengemeinde A stellt eine Assistenz der Gemeindeleitung (bzw. andere Verwaltungskraft) an, die auch Verwaltungsaufgaben für Kirchengemeinde B erledigt. Der Pfarrer der Kirchengemeinde B möchte ein direktes Weisungsrecht auf diese Person haben bzw. diese soll z.B. zwei Tage die Woche im Gemeindebüro A und zwei Tage die Woche im Gemeindebüro B sitzen. Dann müssten die Gemeinden eine Vereinbarung über eine Teilabordnung schließen. Dabei handelt es sich um Personalgestellung mit der Folge, dass der von Kirchengemeinde B zu leistende Kostenersatz umsatzsteuerpflichtig ist.

- **Möglichkeit 2:** Kirchengemeinde A stellt eine Assistenz der Gemeindeleitung (bzw. andere Verwaltungskraft) an, die auch Verwaltungsaufgaben für Kirchengemeinde B erledigt. Diese Person unterliegt nicht dem Weisungsrecht des Pfarrers von Kige. B. Das Gemeindebüro ist für beide Kirchengemeinden bei der Kirchengemeinde A eingerichtet. Dann schließen die beiden Kirchengemeinden eine Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Gemeindeverwaltung nach beigefügtem Muster aus Anlage 3. Dabei handelt es sich um eine reine Dienstleistung im Bereich der hoheitlichen Verwaltungsaufgaben mit der Folge, dass keine Umsatzsteuer anfällt.

- **Möglichkeit 3:** Kirchengemeinde A und B stellen jede ihr eigenes Personal an. Für den Vertretungsfall (insbesondere Urlaub und kürzere Krankheitsvertretung) vereinbaren sie die Übernahme gegenseitiger Vertretungsdienste (insbesondere Telefon). Parallel lautender Beschluss in beiden Kirchengemeinderäten, keine Ersatzleistungen, damit keine Umsatzsteuer.

5. Folgen der Anwendbarkeit des AÜG

a) Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis

Sofern von der Anwendbarkeit des AÜG auszugehen ist, muss eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis beantragt werden. Die Erlaubnis wird gemäß § 2 Abs. 4 AÜG zunächst auf ein Jahr befristet. Die Erlaubnis kann erst unbefristet erteilt werden, wenn der Verleiher drei aufeinanderfolgende Jahre lang eine befristete Erlaubnis erhalten hat. Die Gebühr für die Erteilung oder Verlängerung einer befristeten Erlaubnis richtet sich nach der „Besonderen Gebührenverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales“ (BMASGebV) v. 10.8.2021 (BGBl. I 692). Sie beträgt zurzeit für einen befristeten Erstantrag 377 Euro. Für den ersten Verlängerungsantrag oder eine unbefristete Erlaubnis fallen Gebühren von derzeit 2060 Euro an. Wird von der unbefristeten Erlaubnis drei Jahre lang kein Gebrauch gemacht, also drei Jahre lang kein Arbeitnehmer und keine Arbeitnehmerin überlassen, so erlischt die Erlaubnis.

Zentral zuständig für die Erlaubniserteilung nach dem AÜG für Baden-Württemberg ist die **Agentur für Arbeit in Nürnberg**
90300 Nürnberg
Tel.: 0911/529 4343
Fax: 0911/529 400 4343
Mail: Nuernberg.091-ANUE.arbeitsagentur.de

Für die Antragstellung soll der Vordruck 2a verwendet werden, der unter www.arbeitsagentur.de abgerufen werden kann. Kirchliche Arbeitgeber, die öffentlich-rechtlich organisiert sind, sollten die öffentlich-rechtliche Rechtsform bei der Antragstellung angeben, da in diesem Fall die sonst vorgeschriebene Bonitätsprüfung entfällt.

Unter der Rubrik „Weitere einzureichende Unterlagen“ des Vordrucks sind für öffentlich-rechtliche Arbeitgeber folgende Punkte anzukreuzen und die Unterlagen beizufügen:

- Nachweis über die Beantragung eines Führungszeugnisses
- Bescheinigung der Berufsgenossenschaft (Unfallversicherungsträger)
- Bescheinigung der Krankenkassen, bei denen die Mehrzahl der Arbeitnehmer/innen versichert ist/werden soll
- Muster eines Leiharbeitsvertrages bzw. eines Arbeitsvertrages mit Zusatzvereinbarung für Leiharbeitnehmer gemäß § 11 AÜG
- Muster eines Überlassungsvertrages gemäß § 12 AÜG

b) Überlassungshöchstdauer

In § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG ist eine Höchstüberlassungsdauer geregelt, wonach die Überlassung sowie das Tätigwerden eines Leiharbeitnehmers beim Entleiher höchstens 18 aufeinanderfolgende Monate andauern darf. Durch oder aufgrund eines Tarifvertrages der Einsatzbranche sowie durch Regelungen der Kirchen und öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften sind davon abweichende Überlassungsdauern möglich (§ 1 Abs. 1b S. 3, S. 5 und S. 8 AÜG). Derzeit sieht die KAO solche Abweichungen allerdings nicht vor.

c) Arbeitnehmerüberlassungsvertrag

Der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher bedarf gemäß § 12 AÜG der Schriftform. Zwingend in den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist aufzunehmen, ob der Verleiher ein Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis besitzt. Nach der Neufassung des AÜG aus dem Jahr 2017 ist der Überlassungsvertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen (§ 1 Abs. 1 S. 5 AÜG) und die vom Verleiher ausgewählten Arbeitnehmer namentlich zu konkretisieren (§ 1 Abs. 1 S. 6 AÜG).

Grundsätzlich ist aufzunehmen, wie vergleichbare Beschäftigte beim Entleiher für diese Tätigkeit vergütet werden. **Es gilt der Grundsatz, dass der Verleiher dem oder der überlassenen Beschäftigten mindestens die für vergleichbare Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen gewähren muss.**

Sollte beim Entleiher nicht die KAO gelten, so ist darauf zu achten, dass dem oder der überlassenen Beschäftigten nicht schlechtere Arbeitsbedingungen gewährt werden als vergleichbaren Beschäftigten beim Entleiher.

d) Leiharbeitsvertrag und Merkblatt

Zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer wird ein Leiharbeitsvertrag abgeschlossen. Es handelt sich dabei um einen Arbeitsvertrag, der aber die

Besonderheit aufweist, dass sich der Leiharbeitnehmer dazu verpflichtet, seine Arbeitsleistung nicht (oder nicht nur) bei seinem Arbeitgeber (=Verleiher), sondern (auch) im Organisationsbereich eines Dritten zu erbringen. In die Niederschrift nach dem Nachweisgesetz über die wesentlichen Arbeitsbedingungen bzw. das Zuweisungsschreiben an den Beschäftigten sind bei einem Leiharbeitsvertrag nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AÜG die Erlaubnisbehörde sowie Ort und Datum der zuletzt erteilten Erlaubnis aufzunehmen. Der Verleiher ist ferner nach § 11 Abs. 2 Satz 1 AÜG verpflichtet, der oder dem Beschäftigten das Merkblatt der Bundesagentur für Arbeit für Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter auszuhändigen; nichtdeutsche Leiharbeiter erhalten das Merkblatt auf Verlangen in ihrer Muttersprache. Dieses Merkblatt – derzeitiger Stand 03/2023 – finden Sie unter www.arbeitsagentur.de/datei/merkblatt-leiharbeit_ba033905.pdf. Bitte überprüfen Sie vor jeder Aushändigung des Merkblatts auf der Internetseite der Arbeitsagentur, ob Sie die neueste Version des Merkblatts vorliegen haben. Zusätzlich hat der Verleiher vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass sie oder er als Leiharbeiterin oder Leiharbeiter tätig wird (§ 11 Abs. 2 S. 4 AÜG).

e) Anzeigepflichten

Findet nach der Erlaubniserteilung beim Verleiher ein Wechsel der nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Geschäftsführung oder deren Vertretung berufenen Personen statt, so ist dies gemäß § 7 Abs. 1 AÜG der Erlaubnisbehörde unaufgefordert anzuzeigen.

f) Informationspflicht über freie Arbeitsplätze

Gemäß § 13a AÜG hat der Entleiher ihm überlassene Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen über freie Stellen, die besetzt werden sollen, zu informieren. Die Information kann durch allgemeine Bekanntgabe an geeigneter, zugänglicher Stelle erfolgen, z.B. am Schwarzen Brett oder im Intranet. Durch diese Vorschrift soll der Übergang in die Stammbesellschaft gefördert werden.

g) Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen

Der Entleiher hat ihm überlassenen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen unter den gleichen Bedingungen Zugang zu den betrieblichen Gemeinschaftseinrichtungen, z.B. Betriebskindertagesstätten, Gemeinschaftsverpflegung, zu gewähren wie direkt angestellten Mitarbeitenden.

6. MAV-Beteiligung

Bei der Einstellung von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern hat die MAV der aufnehmenden Dienststelle nach § 42 Buchstabe a) MVG.Württemberg ein Mitbestimmungsrecht. Nach § 14 Abs. 3 AÜG analog hat die Dienststellenleitung der MAV die schriftliche Erklärung des Verleihers nach § 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG vorzulegen.

Gemäß § 42 Buchstabe g) MVG hat die Mitarbeitervertretung der aufnehmenden Dienststelle bei Abordnungen von mehr als drei Monaten Dauer ein Mitbestimmungsrecht, die Mitarbeitervertretung der abgebenden Dienststelle hat parallel dazu gemäß § 46 Buchstabe d) MVG ein Mitberatungsrecht. Zuständig für abgeordnete Mitarbeitende ist während der Dauer der Abordnung die MAV der aufnehmenden Dienststelle. Bei Teilabordnungen ist sowohl die MAV der aufnehmenden als auch die MAV der abgebenden Dienststelle - jeweils in Bezug auf

den in der Dienststelle wahrgenommenen Teil des Dienstauftrages - für den überlassenen Mitarbeitenden zuständig.

Bei Diakonieschwestern besteht die Besonderheit, dass für diese immer sowohl die MAV des Mutterhauses als auch die MAV der Einsatzstelle zuständig ist. Die MAV des Mutterhauses ist dabei in erster Linie für statusrechtliche Angelegenheiten (z.B. Einstellung, Eingruppierung etc.), die MAV der Einsatzstelle für Angelegenheiten zuständig, die die Schwestern in der Einsatzstelle betreffen (z.B. Beginn und Ende der Arbeitszeit, Pausengestaltung etc.). Für die Eingliederung in den Dienstbetrieb ist die aufnehmende MAV nach § 42 Buchstabe a) MVG mitbestimmungspflichtig, sofern in der Einsatzstelle das Weisungsrecht ausgeübt wird.

7. Entscheidungen des Kirchengerichtshofs der EKD zur Leiharbeit

Der Kirchengerichtshof der EKD hat in einem Beschluss vom 9. Oktober 2006, AZ II-0124/M35-06 festgestellt, dass Leiharbeit im kirchlich-diakonischen Dienst nur in engen Grenzen zulässig ist, da die dauerhafte Substituierung von Stammarbeitnehmern durch Leiharbeitnehmer dem Leitbild der Dienstgemeinschaft widerspricht. Der Einsatz von Personen, die nicht bei kirchlichen oder diakonischen Rechtsträgern angestellt sind, bei Dienststellen im Sinne von § 3 MVG. Württemberg ist somit nur kurzzeitig in Einzelfällen, z.B. zur Überbrückung krankheits- oder urlaubsbedingter Ausfälle oder zur Abdeckung eines vorübergehenden Spitzenbedarfs, möglich.

Dagegen können kirchliche oder diakonische Dienstgeber von den Instrumenten der Abordnung zu einem dritten Arbeitgeber, Zuweisung und Personalgestellung Gebrauch machen, sofern das jeweils zur Anwendung kommende kirchliche Arbeitsvertragsrecht dies vorsieht und sachliche Gründe dafür vorliegen (siehe § 4 KAO). Die Anwendung des AÜG auf diese Konstellationen ist nach den oben ausgeführten Grundsätzen zu prüfen.

8. Folgen eines Verstoßes gegen das AÜG

Gemäß § 9 Abs. 1 AÜG sind Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern **unwirksam**, wenn der Verleiher nicht die erforderliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis besitzt (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG). Weiter ist der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmern unwirksam, wenn darin die Arbeitnehmerüberlassung nicht ausdrücklich als solche bezeichnet ist und die Person des Leiharbeitnehmers nicht konkretisiert wird (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG) oder darin die zulässige Höchstüberlassungsdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG überschritten wird (§ 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG). Ferner sind alle Vereinbarungen unwirksam, die schlechtere Arbeitsbedingungen vorsehen, als sie dem Leiharbeitnehmer nach § 8 AÜG zustehen (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 AÜG). **Als Folge der Unwirksamkeit von Verträgen nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 1b AÜG entsteht kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin, § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG.** Der Leiharbeitnehmer hat jedoch nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG (bei fehlender Erlaubnis), nach § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG (bei fehlender Bezeichnung als Arbeitnehmerüberlassung und fehlender Konkretisierung) sowie nach § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG (bei Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer) die Möglichkeit, die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages zum Verleiher abzuwenden, in dem er innerhalb eines Monats gegenüber dem Ver- oder Entleiher schriftlich erklärt, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält. Voraussetzung einer

wirksamen Festhaltungserklärung ist aber die Einbeziehung der Agentur für Arbeit nach § 9 Abs. 2 AÜG. Die Abgabe einer Festhaltungserklärung führt nicht zur Legalisierung der unzulässigen Überlassung und schließt keine Ordnungswidrigkeitstatbestände aus. Wir weisen darauf hin, dass als Folge des rückwirkenden Übergangs der Arbeitsverhältnisse nach §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 – Nr. 1b, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG die Gefahr der Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen beim Entleiher besteht sowie dem Entleiher ein Verfahren wegen Vorenthalten und Veruntreuen von Sozialversicherungsabgaben (§ 266 a StGB) drohen kann.

Wir weisen darauf hin, dass insbesondere **ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig einen Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin einem Dritten ohne erforderliche Erlaubnis überlässt oder eine oder einen ihm vom Verleiher ohne erforderliche Erlaubnis überlassene Arbeitnehmerin oder überlassenen Arbeitnehmer bei sich tätig werden lässt**. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße von bis zu 30.000 Euro geahndet werden. Das AÜG enthält zudem noch weitere Ordnungswidrigkeitstatbestände, z.B. bei Verletzung der Kennzeichnungspflicht aus § 1 Abs.1 S. 5 AÜG, bei einem Verstoß gegen die Konkretisierungspflicht aus § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG, bei Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer nach § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG oder bei Verletzung von Anzeige-, Auskunfts-, Aufbewahrungs-, oder Duldungspflichten nach § 7 AÜG. Für die Verfolgung von illegaler Arbeitnehmerüberlassung sind die Behörden der Zollverwaltung zuständig.

9. Hinweise für Dienststellen

Viele Fragen zum AÜG sind derzeit in Rechtsprechung und Literatur so stark im Fluss, dass eine abschließende Einschätzung der Rechtslage in allen Konstellationen schwierig ist. Bitte prüfen Sie daher im Einzelfall genau, ob eine Überlassung an dritte Arbeitgeber wirklich notwendig ist oder nicht durch eine andere Vertragsgestaltung (z.B. durch eine Direktanstellung der oder des Beschäftigten beim Entleiher ggf. unter Beurlaubung beim Verleiher) oder durch entsprechende Gestaltung der Fachaufsicht ersetzt werden kann.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Michael Frisch
Oberkirchenrat

Anlagen:

Anlage 1: Musterabordnungsschreiben

Anlage 2: Muster(teil)abordnungsvereinbarung

Anlage 3: Muster einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung über die Zusammenarbeit im Bereich der Gemeindeverwaltung

Anlage 4: Merkblatt der Bundesagentur für Arbeit für Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter (Stand: 03/2023)