

# Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	19
§ 1 Öffentlicher Dienst und Fremdpersonaleinsätze – Eine Bestandsaufnahme	29
A. Der öffentliche Dienst	31
B. Personalgestellungen und sonstige Fremdpersonaleinsätze	38
C. Erscheinungsformen und Gründe für drittbezogene Personaleinsätze im öffentlichen Dienst	42
D. Zwischenergebnis	82
§ 2 Die öffentliche Hand als „Verleiher“	85
A. Überlassung von Beamten	85
B. Überlassung von Arbeitnehmern	93
§ 3 Die öffentliche Hand als „Entleiher“	207
A. Schwesterngestellungsverträge	207
B. Jobcenter-Gestellungen	259
C. Luftsicherheitsrechtliche Beleihung	263
D. Strukturerkenntnis	277
§ 4 Zusammenfassung und Ergebnisse	281
Literaturverzeichnis	287

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
§ 1 Öffentlicher Dienst und Fremdpersonaleinsätze – Eine Bestandsaufnahme	29
A. Der öffentliche Dienst	31
I. Entwicklung und Definition	31
II. Beschäftigte des öffentlichen Dienstes	34
1. Beamte	35
2. Richter	35
3. Soldaten	36
4. Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes	36
B. Personalgestellungen und sonstige Fremdpersonaleinsätze	38
I. Kennzeichen des Fremdpersonaleinsatzes	38
II. Personalgestellung	40
1. Begriff	40
2. Tarifliche Personalgestellung	41
3. Personalbeistellung	42
C. Erscheinungsformen und Gründe für drittbezogene Personaleinsätze im öffentlichen Dienst	42
I. Erscheinungsformen	43
1. Die öffentliche Hand als „Entleiher“	43
2. Die öffentliche Hand als „Verleiher“	45
3. Personalüberlassungen zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts	46
II. Rechtsgrundlage: Gesetz, (Personal-)Gestellungsvertrag, Tarifvertrag	46
1. Gesetzliche Anordnung	47
a. Privatisierungsgesetze	47
aa. Überlassung statt Überleitung	47
[1] Überleitung als Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG?	47
[2] Ausnahme: Postprivatisierung	50

## Inhaltsverzeichnis

[3] Alternative: Überlassung	51
bb. Besonderheiten des Beamtenverhältnisses	52
b. Kommunalisierung	54
c. Verwaltungsbürgereigende Zusammenarbeit	56
2. Vertragliche Vereinbarung (Personalgestellungsverträge)	56
a. Typen	56
b. Umsetzung	58
3. Tarifvertragliche Grundlagen	59
III. Gründe für drittbezogene Personaleinsätze im öffentlichen Dienst	59
1. Interessen der öffentlichen Hand	59
a. Flexibilisierung	60
aa. Effizienz durch Flexibilität und Mobilitätssteigerung	60
bb. Deckung vorübergehenden Personalbedarfs	61
[1] Vertretungsbedarf/erhöhter Arbeitsanfall	61
[2] Krisenbewältigung	62
b. Personalentwicklung	62
c. Reorganisation	63
aa. Personelle Kontinuität nach Privatisierungen/ Ausgründungen	63
[1] Trend zur Privatisierung öffentlicher Einrichtungen	63
[2] Auswirkungen für die betroffenen Beschäftigten	64
[3] Insbesondere: Privatisierung von Bahn und Post	66
[4] Insbesondere: Kooperationsmodell der Bundeswehr	68
bb. Erhaltung des „öffentlichen Know-how“	68
cc. Verwaltungsneuordnung und Verwaltungskooperation	69
[1] Kommunale Ebene	69
[2] Landesebene	71
[3] Bundesebene	71
d. Kostendeckung/-ersparnis	72
aa. Amortisation und Einsparung von Personalkosten	72

bb. „Flucht“ aus dem öffentlichen Tarifrecht?	74
2. Persönliche Interessen	75
a. Bestandsschutz	75
aa. Vorbeugend	75
bb. Nachträglich	76
b. Personen-/verhaltensbedingte Gründe	77
c. Beruflicher Aufstieg	78
IV. Alternativen	79
1. Beurlaubung	79
2. Gemeinschaftsbetrieb	80
3. Dienst- und Werkverträge	82
D. Zwischenergebnis	82
 § 2 Die öffentliche Hand als „Verleiher“	85
A. Überlassung von Beamten	85
I. Keine Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes	85
1. Keine direkte Anwendung	85
a. Fehlende Arbeitnehmereigenschaft	85
b. Keine Überlassung auf vertraglicher Grundlage	86
c. Keine vertragliche Übertragung der Dienstherrnbefugnis	87
d. Verletzung des Rechts auf amtsangemessene Beschäftigung	88
2. Keine analoge Anwendung	89
II. Beurteilung nach Unionsrecht	90
III. Zwischenergebnis	92
B. Überlassung von Arbeitnehmern	93
I. Drittbezogene Personaleinsätze kraft gesetzlicher Regelung	93
1. Bundesgesetzliche Regelung	94
2. Landesgesetzliche Regelung	96
a. Gesetzgebungskompetenz	98
aa. Ausschließliche Landesgesetzgebung?	98
bb. Konkurrierende Gesetzgebung	99
b. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	100
aa. Verfassungskonformität	100
[1] Berufsfreiheit	100

## Inhaltsverzeichnis

[2] Tarifautonomie	102
[3] Kommunale Personalhoheit	104
[a] Schutzbereich	104
[b] Eingriff	105
[c] Schranke: Kernbereich	105
bb. Vereinbarkeit mit höherrangigem, einfachgesetzlichem Recht	108
3. Zwischenergebnis	109
II. Drittbezogene Personaleinsätze nach TVöD/TV-L	109
1. Die tariflich geregelten Drittpersonaleinsätze im Überblick	109
a. Nicht: Versetzung	111
b. Abordnung	111
c. Zuweisung	112
d. Personalgestellung	113
aa. Begriff und Voraussetzungen	114
[1] Aufgabenverlagerung auf einen Dritten	114
[2] Dauerhaftigkeit	116
[3] Verlangen des Arbeitsgebers	117
[4] Modalitäten der Personalgestellung	118
bb. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	118
[1] Berufsfreiheit	119
[2] Sonstiges höherrangiges Recht	120
cc. Abgrenzung zum Betriebsübergang nach § 613a BGB	122
[1] Vorrang des Betriebsübergangs	122
[2] Betriebsübergang durch Personalgestellung?	122
[3] Personalgestellung als Folge des Widerspruchs nach Betriebsübergang	125
[a] Personalgestellung statt Kündigung	125
[b] Personalgestellung vor Kündigung?	126
2. Tarifliche Fremdpersonaleinsätze als Anwendungsfälle des AÜG?	129
a. Beteiligte	129
aa. Drei-Personen-Verhältnis	129
bb. Akteure des öffentlichen Dienstes	130
cc. Einbeziehung „echter“ Leiharbeitnehmer	131

b.	Wirtschaftliche Tätigkeit	132
aa.	Rechtslage vor Inkrafttreten des AÜGÄndG	132
bb.	Unionsrechtskonforme Auslegung	133
cc.	Konzerninterne Überlassungen	134
[1]	Externer Marktbezug	135
[2]	Potentieller Marktbezug	136
dd.	Personalgestellung nach Aufgabenverlagerung	138
ee.	Nicht: hoheitliche Tätigkeiten	139
ff.	Erstreckung auf Mischunternehmen	140
c.	Vorübergehende Überlassung	141
aa.	Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung	141
[1]	Auffassung der Rechtsprechung	141
[2]	Literaturmeinungen	142
[a]	Unverbindlicher Programmsatz	142
[b]	Verbotsnorm	143
[3]	Einfluss der Leiharbeitsrichtlinie	144
[a]	Keine Antwort des EuGH	144
[b]	Auffassung der Europäischen Kommission	145
[4]	Stellungnahme	146
[a]	Wortlaut	146
[b]	Unionsrechtskonforme Auslegung	147
[c]	Höheres nationales Schutzniveau	150
[5]	Folgen für die Personalgestellung	151
bb.	Zeitliche Grenze	152
[1]	Keine Höchstüberlassungsdauer	152
[2]	Keine Präzisierung durch das BAG	153
[3]	Streitstand in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur	154
[a]	Verleiherbezogene Sichtweise	154
[b]	Entleiherbezogene Sichtweise	154
[4]	Stellungnahme	157
[a]	Keine verleiherbezogene Sichtweise	157
[b]	Arbeitsplatzbezug: Keine Deckung eines dauerhaften Arbeitskräftebedarfs	157
[5]	Bedeutung für Abordnung und Zuweisung	159
d.	Konzernprivileg, § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG	160
aa.	Nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt	160

## Inhaltsverzeichnis

bb. Europarechtswidrigkeit	162
e. Gelegentliche Überlassung, § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG	163
aa. „Gelegentlich“ vs. dauerhaft	163
bb. Nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt	164
cc. Verstoß gegen höherrangiges Recht	164
f. Zwischenergebnis	165
3. Herausnahme öffentlich-rechtlicher Gebietskörperschaften aus dem Anwendungsbereich des AÜG	165
a. Entschließung des Bundesrates	166
b. Teleologische Reduktion des AÜG	167
aa. Schutzzweckumkehr	167
bb. Anknüpfungspunkt	168
c. Keine pauschale Bereichsausnahme	169
aa. Deutschrechtliche Erwägungen	169
bb. Unionsrechtliche Erwägungen	171
d. Differenzierung nach gewerbe- und arbeitnehmerschutzrechtlichen Vorschriften?	172
aa. Verwaltungsorganisatorisch geboten?	172
bb. Keine unionsrechtlichen Bedenken	173
cc. Gleichheitsverstoß?	173
[1] Prüfungsmaßstab	174
[2] Wesentlich Gleiches?	175
[3] Rechtfertigung der Ungleichbehandlung	176
e. Bereichsausnahme für Personalgestellungen nach § 4 Abs. 3 TVöD/TV-L	177
aa. Deutschrechtliche Umsetzung	178
bb. Unionsrechtskonformität	178
cc. Teleologische Reduktion der Leiharbeitsrichtlinie?	179
dd. Primärrechtskonforme Auslegung	181
ee. Stellungnahme	183
f. Zwischenergebnis	185
4. Geplante Gesetzesänderungen	186
a. Einführung einer Bereichsausnahme für den öffentlichen Dienst	187
aa. Inhalt	187

bb. Vereinbarkeit mit Unionsrecht	187
[1] Personalgestellungen nach Aufgabenverlagerung	188
[2] Tarifliche Personalüberlassungen innerhalb des öffentlichen Dienstes	188
b. Einführung einer Höchstüberlassungsdauer	189
aa. Arbeitnehmer- oder Arbeitsplatzbezug?	189
bb. Widersprüchliches Regelungskonzept	190
cc. Vereinbarkeit mit Unionsrecht	191
[1] Konkretisierung der Richtlinienvorgaben	191
[2] Gefährdung der Richtlinienziele	192
dd. Alternative: Arbeitsplatzbezogene Höchstüberlassungsdauer	193
[1] Unternehmerfreiheit	193
[2] Flexicurity-Grundsatz	194
[3] Einschränkung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie	195
ee. Abweichung durch TVöD/TV-L?	196
c. Zwischenergebnis	197
III. Drittbezogene Personaleinsätze auf vertraglicher Grundlage	198
1. Erscheinungsformen	198
2. Umsetzung im Arbeitsverhältnis	199
3. Anwendung des AÜG	199
a. Keine Bereichsausnahme für öffentliche Verleiher	199
b. Voraussetzung: Übertragung des fachlichen Weisungsrechts	200
4. Exkurs: Besonderheiten bei Überlassungen im kirchlichen Bereich	201
a. Wirtschaftliche Tätigkeit i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG?	201
b. Ausgestaltung der Beschäftigungsverhältnisse als Ausfluss des kirchlichen Selbstverwaltungsrechts?	203
5. Zwischenergebnis	204
IV. Zwischenergebnis	204

## Inhaltsverzeichnis

§ 3 Die öffentliche Hand als „Entleiher“	207
A. Schwesterngestellungsverträge	207
I. Begriff des Gestellungsvertrages	208
II. Gestellungen als Arbeitnehmerüberlassung?	210
III. Gestellungen der Orden und Diakonissen	210
1. Beurteilung nach nationalem Recht	210
2. Unionsrechtliche Betrachtung	212
IV. Gestellungen der kirchlichen Wohlfahrtsverbände	212
V. Gestellungen der DRK-Schwesternschaften	213
1. Verbandsorganisation und Mitgliedschaftsstruktur	214
a. Rechtsform und Verbandsorganisation	214
b. Mitgliedschaft	215
2. Beurteilung der DRK-Gestellungen nach deutschem Recht	217
a. Rotkreuzschwester als Arbeitnehmerin i.S.d. AÜG?	217
aa. Vereinsmitglieder	217
[1] Auffassung der Rechtsprechung	217
[a] Bundesarbeitsgericht	217
[b] Instanzgerichte	220
[2] Streitstand in der Literatur	221
[a] Contra Arbeitnehmerstatus	221
[b] Pro Arbeitnehmerstatus	223
[3] Kritik an der Rechtsprechung	224
[a] Urteil 1956	225
[b] Beschlüsse 1975 und 1986	226
[c] Beschlüsse 1975 und 1995	227
[4] Lösung nach dem wirklichen Geschäftsinhalt	230
[a] Allgemeiner arbeitsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff	230
[b] Verhältnis Arbeitsvertrag - Vereinsmitgliedschaft	231
[c] Privatrechtlicher Vertrag?	232
[aa] Nicht: Vereinssatzung	233
[bb] Beitrittsvertrag	234
[d] Persönliche Abhängigkeit?	237
[aa] Einfluss der Mitbestimmungsrechte	238

[bb] Effektive Einflussnahme?	239
bb. Gastschwestern	242
cc. Zwischenergebnis	242
b. Übertragung des (fachlichen) Weisungsrechts	242
aa. Urteil des BAG vom 4.7.1979	243
bb. Maßgeblich: Vertragsgestaltung und -durchführung	244
c. Gestellungen als „wirtschaftliche Tätigkeit“?	245
aa. Alte Rechtslage	245
bb. Arbeitnehmerüberlassung trotz Gemeinnützigkeit?	246
d. Vorübergehend	247
aa. Verbot dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung	248
bb. Rechtsfolgen	248
[1] Nach geltendem Recht	248
[2] Geplante Gesetzesänderung	250
e. Zwischenergebnis	250
3. DRK-Gestellungen als Anwendungsfall der Leiharbeitsrichtlinie?	251
a. Vorlage an den EuGH	251
b. Rotkreuzschwestern als Arbeitnehmerinnen i.S.d. Leiharbeitsrichtlinie	253
aa. Beschäftigungsverhältnis?	253
bb. Praktische Wirksamkeit der Leiharbeitsrichtlinie	254
c. Gestellung als wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Leiharbeitsrichtlinie?	257
d. Zwischenergebnis	258
VI. Zwischenergebnis	259
B. Jobcenter-Gestellungen	259
I. Tatbestand der Arbeitnehmerüberlassung	260
1. Anwendung auf Mischunternehmen	260
2. Wirtschaftliche Tätigkeit	260
3. Privilegierte „quasi-konzerninterne“ Arbeitnehmerüberlassung?	261
II. Erlaubnisfähigkeit	262
III. Zwischenergebnis	263

## *Inhaltsverzeichnis*

C. Luftsicherheitsrechtliche Beleihung	263
I. Beleihung nach § 5 Abs. 5 LuftSiG	263
II. Lex specialis derogat legi generali: Verdrängung des AÜG?	264
III. Ausgestaltung und Durchführung der Überlassung	265
1. Überlassung zur Arbeitsleistung	265
a. Begriff	265
b. Abgrenzung zu sonstigen Fremdpersonaleinsätzen	266
c. Vertragsformzwang kraft Geschäftsinhalts	267
d. Direktionsrechtsausübung im Einsatzbetrieb	268
e. Nutzung von Betriebsmitteln im Entleiherbetrieb	270
2. Im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit	270
IV. Scheindienst- und Scheinwerkverträge	272
1. Sanktionierung de lege lata	273
2. Geplante Gesetzesänderung	275
V. Zwischenergebnis	277
D. Strukturerkenntnis	277
§ 4 Zusammenfassung und Ergebnisse	281
Literaturverzeichnis	287