

Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht

9/2015

6. Jahrgang · 15. September 2015 Seiten 177–198 Herausgegeben von:

Inken Gallner, Richterin am Bundesarbeitsgericht, Erfurt

RA Markus Kuner, München

RA Dr. Jörg Laber, Köln RA Dr. Klaus Pawlak, Hamburg

RA Jan Ruge, Hamburg

Prof. Dr. Stephan Weth, Saarbrücken

Beiträge

Stellenausschreibung und Bewerberauswahl nach dem neuen Bundesgleichstellungsgesetz

RA, FAArbR Dr. Christian von Tiling, Ruge · Krömer Fachanwälte für Arbeitsrecht, Hamburg

Am 1.5.2015 ist die Neufassung des "Gesetzes für die Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Unternehmen und Gerichten des Bundes" (Bundesgleichstellungsgesetz – BGleiG) vom 24.4. 2015 in Kraft getreten. Das Gesetz zielt weiterhin darauf ab, innerhalb der Bundesverwaltung die Gleichstellung von Frauen und Männern zu verwirklichen. Hierzu sind die bisherigen Maßnahmen und Anforderungen ergänzt und präzisiert worden. Insbesondere Maßnahmen zur Gleichstellung von Männern sind nun wesentlich differenzierter geregelt. Aus Anlass der Neuregelung soll im Folgenden dargestellt werden, was der öffentliche Arbeitgeber bei der Ausschreibung und Besetzung offener Stellen zukünftig zu beachten hat.

I. Geltungsbereich

Zunächst hat der öffentliche Arbeitgeber zu prüfen, ob seine Dienststelle dem BGleiG unterfällt. Der Geltungsbereich des BGleiG lässt sich in fünf Fallgruppen unterteilen:

Die erste Gruppe bilden die Bundesgerichte.

Die zweite Gruppe sind die Behörden und Verwaltungsstellen der **unmittelbaren Bundesverwaltung** einschließlich solcher im Bereich der Streitkräfte. Hierzu zählen die Bundesministerien, der Bundestag, der Bundesrat, das Bundespräsidialamt, das Bundeskanzleramt, der Bundesrechnungshof und sonstige Bundesoberbehörden. Auch die Bundeswehrverwaltung unterliegt dem BGleiG, nicht jedoch die Streitkräfte selbst, für die das Soldatengleichstellungsgesetz gilt. Abgrenzungsprobleme können auftreten, wenn Soldaten in einer Behörde der unmittelbaren Bundesverwaltung tätig sind (vgl. *v. Roetteken*, BGleiG, Stand Juli 2015, § 3 Rn. 21).

Teil der unmittelbaren Bundesverwaltung sind auch nicht rechtsfähige Anstalten und Körperschaften des öffentlichen Rechts, wie die Bundesanstalten für Wasserbau oder Materialforschung und -prüfung, die Physikalisch-Technische Bundesanstalt, das Bundesarchiv, der Deutsche Wetterdienst, die Fachhochschule des Bundes für die öffentliche Verwaltung oder die Universitäten der Bundeswehr (v. Roetteken, BGleiG, § 3 Rn. 38 f.).

Die dritte Gruppe bilden die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht des Bundes unterstehen. Beispiele sind die Deutsche Rentenversicherung Bund, die Bundesagentur für Arbeit, bestimmte Sozialversicherungsträger, die Bundesrechtsanwaltskammer, die Deutsche Bundesbank, die Kreditanstalt für Wiederaufbau oder die Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL).

Die vierte Gruppe sind die Unternehmen der **mittelbaren Bundesverwaltung** (zB Beliehene des Bundes). Für diese gilt das BleiG allerdings nicht unmittelbar. Vielmehr "sollen" diese Unternehmen "auf die entsprechende Anwendung dieses Gesetzes hinwirken" (vgl. § 2 BGleiG).

An fünfter Stelle sind die Unternehmen zu nennen, die aus bundeseigener Verwaltung künftig privatisiert werden. Hier spricht das BleiG ebenfalls das Gebot aus, auf die Anwendung des BGleiG hinzuwirken.

Keine Anwendung findet das BGleiG auf die Landesverwaltung, die Kommunalverwaltung sowie Dienststellen und Einrichtungen der Kirchen. Problematisch kann die Einbeziehung privatrechtlicher Organisationseinheiten sein. So wurde in der Vergangenheit die unmittelbare Geltung des BGleiG für die Deutsche Flugsi-

cherungs GmbH oder die DB Netz AG bejaht, für die DB Regio AG und andere ausgegründete Bahn-Aktiengesellschaften, die Deutsche Telekom AG, die Deutsche Post AG und die Deutsche Postbank AG jedoch verneint (vgl. zur bisherigen Rechtslage ausführlich v. Roetteken, BGleiG, § 3 Rn. 25 ff.).

Praxistipp: Die vorstehenden Erläuterungen und Beispiele sind nicht abschließend. Die Anwendbarkeit des BGleiG ist in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen, zumal sich die gesetzliche Umschreibung des Geltungsbereiches zum 1.5.2015 erheblich geändert hat.

II. Stellenausschreibung

öAT 2015, 10027

Im Geltungsbereich des BGleiG gelten folgende Anforderungen für die Stellenausschreibung.

1. Geschlechtsneutrale Ausschreibung

Ausschreibungen von Arbeitsplätzen müssen geschlechtsneutral erfolgen, § 6 I 1 BGleiG. Es ist somit grundsätzlich unzulässig, Arbeitsplätze nur für Männer oder nur für Frauen auszuschreiben; für unzulässig wird schon die Verwendung der männlichen Berufsbezeichnung mit dem Zusatz "(m/w)" gehalten (v. Roetteken, BGleiG, § 6 Rn. 37). Die Verpflichtung gilt unabhängig davon, wie hoch der Frauen- oder Männeranteil bislang gewesen ist. Von einer geschlechtsneutralen Ausschreibung kann gemäß § 5 I BGleiG nur ausnahmsweise abgesehen werden, wenn die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht "unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit" ist.

Das Gesetz konkretisiert die Pflicht zur geschlechtsneutralen Ausschreibung noch durch den Hinweis, dass der Ausschreibungstext so zu formulieren sei, dass er "Angehörige beider Geschlechter in gleicher Weise anspricht". Damit soll verhindert werden, dass eine Stelle zwar formal richtig ausgeschrieben ist, bspw. "Assistent/Assistentin", der Ausschreibungstext jedoch geschlechtsspezifische Eigenschaften betont und verlangt. Schließlich müssen Arbeitsplatzausschreibungen die Anforderungen des zu besetzenden Arbeitsplatzes festlegen und im Hinblick auf mögliche Fluktuationen in der Zukunft auch das Anforderungs- und Qualifikationsprofil der Laufbahn oder des Funktionsbereichs enthalten.

2. Besetzung auch "in Teilzeit"

Die Ausschreibung eines jeden Arbeitsplatzes – auch auf Vorgesetzten- und Leitungsebenen – muss den Hinweis enthalten, dass der Arbeitsplatz auch in Teilzeit besetzt werden kann, es sei denn, "zwingende dienstliche Belange" stehen entgegen. Die Anforderungen daran dürften noch strenger als an die "betrieblichen Gründe" iSv § 8 IV TzBfG sein. Die Funktionsfähigkeit der Verwaltung müsste im Fall einer hypothetischen Teilzeittätigkeit nachweislich konkret schwerwiegend gefährdet sein (BVerwG, NVwZ 2008, 689).

3. Besondere Anforderungen bei Unterrepräsentanz

Über die eben genannten generellen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Stellenausschreibung hinaus ent-

hält § 6 BGleiG weitergehende Anforderungen für den Fall, dass in dem jeweiligen Bereich eine Unterrepräsentanz vorliegt.

a) Ermittlung einer Unterrepräsentanz

Der räumlich-funktionale Anknüpfungspunkt für die Prüfung einer Unterrepräsentanz ist der Bereich. Die Bereiche werden in § 3 Nr. 2 BGleiG definiert als "Besoldungs- und Entgeltgruppen oder Laufbahngruppen, Laufbahnen und Fachrichtungen, Berufsausbildungen (...) sowie Ebenen mit Vorgesetzten oder Leistungsaufgaben". Damit steht lediglich fest, dass nicht die Verhältnisse in der gesamten Dienststelle maßgeblich sind, sondern eine Auffächerung zu erfolgen hat.

Das Gesetz lässt jedoch offen, in welchem Verhältnis die vorgegebenen Gliederungsmerkmale zueinander stehen. Bezogen auf die Arbeitnehmer soll offenbar jede tarifliche **Entgeltgruppe** einen eigenen Bereich darstellen, wobei die so gewonnenen Bereiche weiter aufzuspalten sind, falls innerhalb einer bestimmten Entgeltgruppe Arbeitsplätze aus verschiedenen **Fachrichtungen** angesiedelt sind. Was unter Fachrichtungen zu verstehen ist, bleibt unklar, zumal das Laufbahnrecht der VBL für Arbeitnehmer nicht gilt.

Arbeitnehmer und Beamte dürfen zu einem Bereich zusammengefasst werden (vgl. die Beispiele in der Gesetzesbegründung zum HambGleiG: "A13/E13 der Laufbahn allgemeine Dienste", "A7/E7 der Laufbahn technische Dienste").

Aus einem nach Zugehörigkeit zu einer bestimmten Entgelt-/Besoldungsgruppe und Fachrichtung/Laufbahn gebildeten Bereich sind dann offenbar die Auszubildenden abzusondern und einem eigenen Bereich zuzuordnen. Ebenso sind die Arbeitnehmer mit Vorgesetzten- und Leitungsaufgaben (zB Abteilungsleiter-, Referatsleiter-, Teamleiterebene usw.) abzusondern und einem eigenen Bereich zuzuordnen. Klare Vorgaben für die Bereichsbildung existieren in der höchstrichterlichen Rechtsprechung – soweit ersichtlich – nicht. Dem öffentlichen Arbeitgeber ist daher ein Beurteilungsspielraum bei der Bereichsbildung zuzubilligen.

Hat der Arbeitgeber einen Bereich identifiziert, ist das Verhältnis von männlichen und weiblichen Beschäftigten in den Blick zu nehmen. Eine Unterrepräsentanz liegt vor, wenn der Frauen- oder Männeranteil in einem Bereich unter 50 % liegt. Dabei kommt es auf die Zahl der Beschäftigten an, nicht auf Vollzeitstellen bzw. eine Addierung von Teilzeitstellen. Die Landesgleichstellungsgesetze sprechen teilweise erst dann von einer Unterrepräsentanz, wenn der Anteil eines bestimmten Geschlechts in einem Bereich unter 40 % liegt.

b) Gebot der Ausschreibung

Im Fall der Unterrepräsentanz "soll" ein freier Arbeitsplatz ausgeschrieben werden.

Dieses Gebot ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass nach hM aus Art. 33 II GG keine generelle Verpflichtung zur Ausschreibung freier Arbeitsplätze folgt. Nach der Rechtsprechung des BAG ist der öffentliche Arbeitgeber nicht verpflichtet, offene Stellen ausschließlich auf Grund von Ausschreibungen und Auswahlverfahren zu besetzen (BAG, NZA 2007, 1450). Dieses Ergebnis folgt auch aus einem Umkehrschluss aus § 6 II BGleiG. Wenn nämlich nur im Falle der Unterrepräsentanz eine Ausschreibung erfolgen soll, bedeutet dies, dass sonst eine Ausschreibung auch unterbleiben kann.

Gemäß § 6 II 2 BGleiG soll der öffentliche Arbeitgeber den Arbeitsplatz nicht nur intern, sondern auch extern ausschreiben, wenn eine Beseitigung der Unterrepräsentanz mit einer hausinternen oder dienststellenübergreifenden Ausschreibung nicht zu erwarten ist. Vom Arbeitgeber wird somit eine Prognoseentscheidung verlangt. Aufgrund der Formulierung als Soll-Bestimmung stehen die interne und die gegebenenfalls externe Stellenausschreibung im pflichtgemäßen Ermessen des Arbeitgebers.

c) Ansprache des unterrepräsentierten Geschlechts

Im Fall der Unterrepräsentanz muss der Ausschreibungstext die Angehörigen des unterrepräsentierten Geschlechts verstärkt zur Bewerbung auffordern.

Praxistipp: Dieser neuen Anforderung kann der öffentliche Arbeitgeber bspw. durch den Hinweis nachkommen, dass Bewerbungen von Frauen ausdrücklich erwünscht sind und bei gleicher Qualifikation bevorzugt berücksichtigt werden, sofern nicht rechtlich schützenswerte Gründe in der Person eines Mitbewerbers überwiegen, vgl. den Wortlaut des § 8 IV LGG NW.

III. Vorauswahl der Bewerber

Hat sich der öffentliche Arbeitgeber für eine Ausschreibung entschieden und sind fachlich geeignete Bewerbungen eingetroffen, enthält § 7 I BGleiG besondere Anforderungen an die Organisation der Bewerbungsgespräche.

1. Einladung zu Bewerbungsgesprächen

Besteht in dem Bereich, in dem die Stelle besetzt werden soll, eine Unterrepräsentanz von Frauen, sind mindestens ebenso viele Frauen wie Männer zu Bewerbungsgesprächen oder besonderen Auswahlverfahren einzuladen.

Die Verpflichtung des öffentlichen Arbeitgebers, schwerbehinderte Bewerber in jedem Fall zum Vorstellungsgespräch einzuladen, sofern die fachliche Eignung nicht offensichtlich fehlt, bleibt hiervon unberührt.

Praxistipp: Es sind also zunächst alle schwerbehinderten Bewerber einzuplanen; dann sind die interessanten übrigen Bewerber zu identifizieren; ergibt sich ein Überschuss an männlichen Bewerbern, muss der Bewerberpool mit weiblichen Bewerbern – soweit eben möglich – aufgefüllt werden.

In § 7 I 3 BGleiG stellt der Gesetzgeber jetzt klar, dass die eben genannten Anforderungen spiegelbildlich auch zugunsten männlicher Bewerber gelten – aber nur, wenn Männer "aufgrund struktureller Benachtei-

ligung" in einem Bereich unterrepräsentiert sind. Der Bundesgesetzgeber geht hier einen anderen Weg als einige Landesgesetzgeber, die im Falle einer Unterrepräsentanz des einen oder des anderen Geschlechts vorbehaltlos die Gleichstellung fördern. Der Bundesgesetzgeber betreibt im Falle einer Unterrepräsentanz des männlichen Geschlechts eine Förderung der männlichen Bewerber jedoch nur dann, wenn die Unterrepräsentanz auf einer strukturellen Benachteiligung der männlichen Beschäftigten beruht. Dies stellt den öffentlichen Arbeitgeber vor die schwierige Frage, ob die Unterrepräsentanz des männlichen Geschlechts in einem Bereich zufälliger Natur oder das Ergebnis struktureller Benachteiligung ist. Abgesehen davon, dass der Vorbehalt der strukturellen Benachteiligung rechtspolitisch und verfassungsrechtlich fragwürdig ist, stellt er den öffentlichen Arbeitgeber vor kaum lösbare Probleme bei der Rechtsanwendung. Bis auf weiteres ist dem öffentlichen Arbeitgeber ein größtmöglicher Beurteilungsspielraum zuzubilligen.

2. Beschränkung des Fragerechts

In § 7 II BGleiG ist weiterhin die Beschränkung des arbeitgeberseitigen Fragerechts in Vorstellungsgesprächen und sonstigen Auswahlverfahren geregelt.

Unzulässig sind demnach insbesondere Fragen nach dem Familienstand, einer bestehenden oder auch nur geplanten Schwangerschaft sowie nach bestehenden oder auch nur geplanten Familien- oder Pflegeaufgaben. Der Arbeitgeber darf somit nicht von sich aus die Fragen der Betreuung eines minderjährigen Kindes oder der häuslichen Pflege einer pflegebedürftigen Person sowie die zukünftige Inanspruchnahme von Elternzeit oder Pflegezeit thematisieren. Ausnahmen sind denkbar, wenn der Arbeitgeber aufgrund von Besonderheiten des Arbeitsplatzes oder der betrieblichen Organisation ein schützenswertes Interesse an der Offenlegung von Familien- oder Pflegeaufgaben hat.

3. Besetzung von Auswahlkommissionen

Setzt der öffentliche Arbeitgeber Auswahlkommissionen ein, sollen diese geschlechterparitätisch besetzt sein. Ist eine paritätische Besetzung nicht möglich, sind die jeweiligen Gründe aktenkundig zu machen.

IV. Anforderungen an die Auswahlentscheidung

Auch wenn der öffentliche Arbeitgeber die bereits behandelten Erfordernisse bei der Ausschreibung und Führung von Bewerbungsgesprächen beachtet hat, ist er nicht frei in seiner Auswahlentscheidung. Er ist vielmehr – wie jeder öffentliche Arbeitgeber – zunächst an das Prinzip der Bestenauslese nach Art. 33 II GG gebunden und im Falle einer Unterrepräsentanz an die in § 8 BGleiG normierte Bevorzugung des unterrepräsentierten Geschlechts.

1. Bevorzugung des weiblichen Geschlechts

Die bevorzugte Berücksichtigung weiblicher Bewerber erfolgt unter folgenden Voraussetzungen:

a) Personelle Maßnahme

Es muss eine personelle Maßnahme beabsichtigt sein in Form der

- · Vergabe eines Ausbildungsplatzes,
- · Einstellung,
- · Beförderung oder Höhergruppierung oÄ,
- Abordnung, Versetzung, Umsetzung für jeweils mehr als drei Monate, sofern eine Ausschreibung vorangegangen ist.

b) Unterrepräsentanz in dem Bereich

Der Frauenanteil in dem Bereich, in dem die Stelle zu besetzen ist, muss unter 50 % liegen.

c) Qualifikationsgleichstand

Zwischen mindestens zwei Bewerbern, von denen einer weiblich sein muss, muss ein Qualifikationsgleichstand bestehen. Dies bedeutet, dass die Bewerber über die gleiche Eignung, Befähigung und fachliche Leistung verfügen. Nur dann tritt die Rechtsfolge ein, dass der gleichqualifizierte weibliche Bewerber gegenüber dem männlichen Bewerber bevorzugt werden muss. Ist ein (männlicher oder weiblicher) Bewerber qualifizierter als der oder die anderen Bewerber, setzt sich automatisch der bestqualifizierte Bewerber durch. Der Anwendungsbereich des § 8 BGleiG ist dann nicht eröffnet.

Für die Ermittlung der Qualifikation enthält § 9 BGleiG umfangreiche Vorgaben, die ganz überwiegend schon in der bisherigen Gesetzesfassung enthalten waren. Wichtig ist, dass bei der vergleichenden Bewertung der jeweiligen Qualifikationen bestimmte Umstände nicht berücksichtigt werden dürfen. Dies sind

- "Lücken" im Lebenslauf, geringere Anzahl von Beschäftigungsjahren, vorausgegangene Teilzeittätigkeit, verzögerter Erwerb von Qualifikationen und zeitliche Belastungen aufgrund der Wahrnehmung von Familien- oder Pflegeaufgaben,
- · die Einkommenssituation des Lebenspartners,
- die Absicht, Elternzeit, Teilzeit oder Pflegezeit in Anspruch zu nehmen und schließlich
- "organisatorische und personalwirtschaftliche Erwägungen".

Dem gegenüber sind spezifische, durch Familienoder Pflegeaufgaben erworbene Erfahrungen und Fähigkeiten zu berücksichtigen, soweit sie für die Ausübung der jeweiligen Tätigkeit von Bedeutung sind. Diese in der Praxis schwer greifbare Regelung führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit und kann sogar zu einer missbräuchlichen Rechtsanwendung verleiten. Die Gesetzesbegründung zur gleichlautenden Regelung in § 9 des Hamburgischen Gleichstellungsgesetzes nennt als Beispiele Organisationsvermögen und soziale Kompetenz, Fähigkeit zur Kooperation, Delegation und Teamarbeit sowie Integrations- und Einfühlungsvermögen. Auf dieser Grundlage können jedem weibli-

chen (und männlichen!) Bewerber nahezu beliebig zusätzliche Fähigkeiten zugeschrieben werden, die den objektiven Qualifikationsvergleich verzerren. Beispielsweise ermöglicht es diese Klausel, einem männlichen Bewerber (immer voll berufstätig gewesen und Vater von drei Kindern) ein besonderes Organisationstalent zuzuschreiben mit der Folge, dass gerade dadurch ein ansonsten etwa bestehender Qualifikationsgleichstand zugunsten dieses männlichen Bewerbers beseitigt wird und dieser trotz Unterrepräsentanz des weiblichen Geschlechts eine Anstellung oder Beförderung erhält.

d) Keine entgegenstehenden Gründe in der Person eines männlichen Mitbewerbers

Die Bevorzugung des gleichqualifizierten weiblichen Bewerbers ist ausgeschlossen, wenn "rechtlich schützenswerte Gründe überwiegen, die in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegen" (§ 8 I 4 BGleiG). Diese Öffnungsklausel ist gegenüber der bisherigen Gesetzesfassung sprachlich verschärft worden; es müssen jetzt "rechtlich schützenswerte" Gründe vorliegen. Eine inhaltliche Verschärfung der Anforderungen an die entgegenstehenden Gründe dürfte damit wohl nicht beabsichtigt sein.

Solche Öffnungsklauseln waren in die Gleichstellungsgesetze eingefügt worden, nachdem der EuGH starre Frauenquoten für unionsrechtswidrig erklärt hatte (EuGH, NJW 1997, 3429). Der EuGH hatte verlangt, dass im Falle eines Qualifikationsgleichstandes bei allen in Fragen kommenden Bewerbern die jeweiligen persönlichen Besonderheiten (nicht unbedingt nur "soziale Härtefälle"!) ermittelt werden müssen. In einem weiteren Schritt soll der Arbeitgeber die ermittelten "Hilfskriterien" gewichten und schließlich die persönlichen Hilfskriterien des Bewerbers des unterrepräsentierten Geschlechts, der grundsätzlich Vorrang genießt, gegen diejenigen Hilfskriterien des Bewerbers oder der Bewerber des überrepräsentierten Geschlechts abwägen. Als Hilfskriterien bzw. als entgegenstehende Gründe im Sinne von § 8 I 4 BGleiG sind in der Vergangenheit in Rechtsprechung und Gesetzesbegründungen ua diskutiert worden:

- Bewährung auf einem höherwertigen Dienstposten (VGH Kassel, NVwZ 1997, 615; OVG Schleswig, NVwZ 1997, 613).
- Höhere Verwendungsbreite (VGH Mannheim v. 25.7.
 1996 4 S 1525/96, BeckRS 2005, 29558).
- Behinderung, insbesondere Schwerbehinderung (BAG, NJW 1996, 2529).
- · Arbeitslosigkeit für längere Zeit.
- Überschreitung einer Altersgrenze im Falle der Nicht-Einstellung / Beförderung.
- Verantwortung als Alleinerziehender.
- Deutliche Verbesserung der bisherigen Arbeitsbedingungen, etwa das Erreichen körperlich oder psychisch weniger belastender Arbeitsaufgaben (OVG Münster, NVwZ-RR 2001, 254).

Wichtig ist, dass das gesamte vorstehende Verfahren auch zum Ausgleich einer Unterrepräsentanz von Männern zur Anwendung gelangen kann. Nach dem Gesetzeswortlaut gilt dies aber nur, sofern Männer (in

dem Bereich oder in der Branche?) "strukturell benachteiligt" sind. Auf die mangelnde Trennschärfe dieses Begriffs und die daraus folgende gravierende Rechtsunsicherheit ist bereits hingewiesen worden.

Personalgestellung, Zuweisung und Abordnung nach § 4 TVöD als erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung?

RA, FAArbR Dr. Rüdiger Gaenslen, SLP Anwaltskanzlei, Reutlingen

Seit der Novelle des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) im Jahr 2011 durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung (1. AÜGÄndG) vom 28.4.2011 ist umstritten, ob das AÜG bei Überlassungen im öffentlichen Dienst ebenfalls Anwendung findet. Im nachfolgenden Beitrag sollen das Verhältnis der tarifvertraglichen Personalüberlassung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz geklärt und die rechtlichen Konsequenzen bei fehlender Beachtung aufgezeigt werden.

I. Änderung des AÜG

Bis zum 31.11.2011 setzte eine erlaubnispflichtige Überlassung nach § 1 I AÜG eine "gewerbsmäßige" Überlassung voraus. Gewerbsmäßig iSd § 1 I 1 AÜG ist jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbständige Tätigkeit. Entscheidendes Kriterium ist die Gewinnerzielungsabsicht. An einer solchen fehlt es, wenn die Überlassung lediglich gegen Erstattung der Personalkosten erfolgen soll und dem Verleiher dadurch auch mittelbar keine wirtschaftlichen Vorteile erwachsen (BAG, NZA 2011, 351; NZA 2015, 45). Regelmäßig erfolgt die Überlassung im öffentlichen Dienst zum Selbstkostenpreis gegen Personalkostenerstattung ohne die Absicht hierdurch Gewinne zu erzielen.

Durch das 1. AÜGÄndG wurde das Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit in § 1 I AÜG durch "Überlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit" ersetzt. Dies ist jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten (EuGH v. 1.7.2008 – C-49/07, BeckRS 2008, 70730). Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht mehr erforderlich. Auch der öffentliche Arbeitgeber ist wirtschaftlich tätig. Eine Ausnahme stellen allein hoheitliche Tätigkeiten dar, da es bei diesen an dem erforderlichen wirtschaftlichen Charakter fehlt (EuGH v. 26.3.2009 - C-113/07, BeckEuRS 2009, 495313; NZA 2011, 1077). Dies sind Aufgaben, die kraft Gesetzes und nicht durch Auftrag oder Vertrag erfüllt werden. Eine Überlassung zur Erfüllung von hoheitlichen Aufgaben unterfällt weiterhin nicht dem AÜG. Abgesehen von diesen Ausnahmefällen ist aber die Anwendbarkeit des AÜG genauestens zu überprüfen.

II. Arbeitnehmerüberlassung

Eine Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 AÜG ist gegeben, wenn einem Dritten (Entleiher) Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen (BAG, NZA-RR 2012, 455). Der Entleiher bestimmt die konkret zu erbringende Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, sowie die Arbeitszeit und den Arbeitsort.

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist aber nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG. Diese ist vielmehr durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag), zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet (BAG v. 19.3.2003 – 7 AZR 267/02, AP AÜG Nr. 4 zu § 13).

Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen (BAG v. 3.12.1997 – 7 AZR 764/96, AP AÜG Nr. 24 zu § 1). Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihm dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat (BAG, NZA 1995, 462).

III. Fälle der Personalüberlassung im öffentlichen Dienst gemäß § 4 TVöD

Im öffentlichen Dienst bestehen folgende Möglichkeiten der Überlassung von Beschäftigten:

1. Abordnung, § 4 I Alt. 1 TVöD

Abordnung ist die Zuweisung einer vorübergehenden Beschäftigung bei einer anderen Dienststelle oder einem anderen Betrieb desselben oder eines anderen Arbeitgebers, bei dem ebenfalls der TVöD Anwendung findet unter Fortsetzung des bestehenden Dienst-/Arbeitsverhältnisses (BAG, v. 18.2.1976 – 5 AZR 616/74, AP Saarland, UniversitätsG Nr. 1 zu § 12). Die Abordnung stellt nicht zwingend eine Arbeitnehmerüberlassung gem. § 1 AÜG dar. Voraussetzung ist die Über-