

Diakonie Deutschland | Postfach 40164 | 10061 Berlin

An die  
Arbeitsrechtsreferentinnen und -referenten der  
Diakonischen Werke der Gliedkirchen der  
Evangelischen Kirche in Deutschland

Berlin, 25.03.2020

## **Arbeitsrechtliche Informationen der Diakonie Deutschland**

### **Kurzfristige, erlaubnislose Arbeitnehmerüberlassung im Zusammenhang mit der Corona-Krise**

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Zusammenhang mit der Corona-Krise ist innerhalb des Verbandes und der BAGFW wiederholt die Frage aufgetaucht, ob der trägerübergreifende Personaleinsatz rechtlich möglich ist. Von verschiedenen Seiten wurde die Rechtsauffassung an uns herangetragen, dass das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) keine geeignete Rechtsgrundlage für einen entsprechenden unbürokratischen Einsatz von Arbeitnehmer/innen z.B. von der Tagespflegeeinrichtung eines Trägers in der vollstationären Pflegeeinrichtung eines anderen Trägers außerhalb eines Konzerns, bieten und deshalb ein Änderungsbedarf im AÜG bestehen würde.

Inzwischen liegt uns ein Vermerk des BMAS vom 23. März 2020 vor, in dem die Rechtsauffassung dargelegt wird, dass eine Änderung des AÜG nicht erforderlich sei (siehe Anlage). Fälle wie den eben beschriebenen würden § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG unterliegen. § 1 Abs. 3 Nr. 2a regelt die „gelegentliche“ Arbeitnehmerüberlassung, sofern der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird. Damit wären sie aus dem Anwendungsbereich des AÜG herausgenommen, d.h. eine solche Personalüberlassung an einen Dritten, also einen anderen Rechtsträger, wäre ohne Erlaubnis rechtlich zulässig. Die Regelung wurde bisher in der Literatur auch vor dem Hintergrund der Gesetzesbegründung eher restriktiv ausgelegt. Das BMAS geht nun davon aus, dass die aktuelle Corona-Krisensituation es rechtfertigen würde, den Personaleinsatz über das eigene Unternehmen hinaus unter § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG zu subsumieren:

**Diakonie Deutschland**  
**Evangelisches Werk für Diakonie**  
**und Entwicklung e. V.**

Arbeitsrecht  
Zentrum Recht und Wirtschaft

Annegret Utsch  
[annegret.utsch@diakonie.de](mailto:annegret.utsch@diakonie.de)  
Britta Fischer  
[britta.fischer@diakonie.de](mailto:britta.fischer@diakonie.de)

Caroline-Michaelis-Straße 1  
10115 Berlin  
T +49 30 65211-1588  
F +49 30 65211-3588  
[www.diakonie.de](http://www.diakonie.de)

Registergericht:  
Amtsgericht  
Berlin (Charlottenburg)  
Vereinsregister 31924 B

Evangelische Bank eG  
BIC GENODEF1EK1  
IBAN: DE42 5206 0410 0000 4050 00

USt-IdNr.: DE 147801862

Barrierefreier Parkplatz in  
der Tiefgarage

**„In der aktuellen Krisensituation kann auf die Ausnahmeregelung für die gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung zurückgegriffen werden (§ 1 Absatz 3 Nummer 2a AÜG).“**

[...]

„Für diese Variante der erlaubnisfreien nur gelegentlichen Arbeitnehmerüberlassung spricht, dass sie für alle Unternehmensgrößen gilt, sie unabhängig von dem Motiv der Verhinderung von Entlassungen und Kurzarbeit eingesetzt werden kann, **um Arbeitskräftebedarfe (auch in Krankenhäusern, im Lebensmittelhandel, der Lebensmittellogistik oder der Landwirtschaft) kurzfristig zu decken. Schnelles Handeln wird so ermöglicht.**“

Ansonsten regelt das AÜG neben der Privilegierung rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung (sog. Konzernprivileg gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2) zur Vermeidung von Kurzarbeit und Entlassungen zwei weitere Möglichkeiten, zwischen unabhängigen Rechtsträgern erlaubnisfrei Personal einzusetzen. Die eine setzt voraus, dass zwei Arbeitgeber desselben Wirtschaftszweiges zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen Arbeitnehmer überlassen, wenn beide Arbeitgeber denselben Tarifvertrag mit einer entsprechenden Regelung anwenden (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG). Die andere verlangt, dass das überlassende Unternehmen nicht mehr als 49 Mitarbeitende beschäftigt (§ 1a AÜG). Letztere Variante erfordert eine Anzeige gegenüber der Bundesagentur für Arbeit.

Die kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen werden jedoch nicht als Tarifverträge anerkannt. Anhaltspunkte für eine Regelungslücke bietet das AÜG nicht, so dass eine analoge Anwendung von § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG auf kirchliche Arbeitsrechtsregelungen selbst für den unwahrscheinlichen Fall, dass zwei Träger ein Tarifwerk mit einer entsprechenden Regelung zur Personalüberlassung anwenden sollten, nicht in Betracht kommt. Aber auch § 1a käme in vielen Fällen nicht zum Zuge, weil die diakonischen Träger überwiegend mehr als 49 Beschäftigte haben. Maßgeblich ist hier nicht eine wirtschaftliche Einheit, sondern das gesamte Unternehmen.

Zu beachten ist noch folgender rechtlicher Hinweis des BMAS:

„Derartige Überlassungen erfordern ebenso wie bei der Kollegenhilfe grundsätzlich das Einverständnis der Arbeitnehmer, da die Arbeitsverträge typischerweise keine Aussage zu einer Überlassung in einer Krisensituation enthalten.“

Das gilt grundsätzlich auch für die kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen, die entsprechende Regelungen zur Personalüberlassung im Krisenfall allgemein nicht enthalten dürften (so sehen z.B. die AVR.DD eine solche Regelung nicht vor).

Darüber hinaus spricht das BMAS noch folgende Empfehlung aus:

**„Angesichts der besonderen Bedeutung derartiger Einsätze ist es sachgerecht und dem unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechend, wenn die eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit den Stammbeschäftigten im Einsatzbetrieb gleichgestellt werden.“**

Diese Empfehlung dürfte beim Personaleinsatz zwischen diakonischen Trägern eine eher untergeordnete Rolle spielen, weil selbst bei landesverbandsübergreifenden Personaleinsätzen von vergleichbaren Arbeitsbedingungen auszugehen ist.

Ansonsten sind ggf. noch Beteiligungsrechte der Mitarbeitervertretungen (vgl. z.B. §§ 45, 46 d) MVG-EKD) zu beachten.

Im Rahmen der BAGFW bemühen wir uns derzeit außerdem um eine Klärung der umsatzsteuerrechtlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Arbeitnehmerüberlassung stellen.

Mit freundlichen Grüßen

Britta Fischer  
Referentin