

Arbeitnehmerüberlassung nach der Reform des AÜG

Verfasser: Dr. Werner **Weber**

Inhaltsübersicht	Seite
1 Einführung	103
2 Ausweitung der Erlaubnispflicht	103
2.1 Keine Gewinnerzielungsabsicht mehr notwendig	104
2.2 Erfassung gemeinnütziger Einrichtungen	105
2.3 Keine Erfassung hoheitlicher Tätigkeiten	105
3 Untersagung der dauerhaften Überlassung	106
4 Konzernprivileg	108
5 Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung	109
6 Gleichbehandlungsgrundsatz	110
6.1 Drehtürklausel	110
6.2 Abweichungen durch Tarifvertrag	111
7 Informationspflicht über freie Arbeitsplätze	112
8 Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen	114
9 Fazit	115

1 Einführung

Das Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung („**Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG**“) wurde in kurzem zeitlichen Abstand zweimal, nämlich zum einen durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.04.2011 (BGBl I S. 642) und zum anderen durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes vom 20.07.2011 (BGBl I S. 1506) geändert. Die wesentlichen Änderungen des AÜG sollten schon deshalb im Fokus stehen, weil zwischen 2003 und 2008 mehr als jede neunte neue sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ein Leiharbeitsverhältnis war.¹ Die Anzahl der von gewerbsmäßigen Verleihern beschäftigten Leiharbeiter ist bis April 2011 sogar auf 873.000 angestiegen.²

Hintergrund der Reform war zum einen, den missbräuchlichen Einsatz konzerninterner Verleihfirmen zu verhindern und zum anderen, die Umsetzung der Richtlinie 2008/104/EG vom 19.11.2008 („**Leiharbeitsrichtlinie**“) in deutsches Recht.³ Dazu wurden insbesondere die Regelungen zur Erlaubnispflicht bei der Arbeitnehmerüberlassung und zum so genannten Gleichbehandlungsgrundsatz geändert sowie für den Einsatz der Leiharbeiter beim entleihenden Unternehmen neue Rechte begründet. Um der Zeitarbeitsbranche ausreichend Zeit zur Anpassung der bestehenden Vereinbarungen zwischen Entleiher und Verleiher an die neuen Anforderungen zu geben, traten die Gesetzesänderungen – mit Ausnahme der so genannten „Drehtürklausel“ – erst zum 01.12.2011 in Kraft.

Da die Gesetzesänderung vom 20.07.2011 im Wesentlichen nur die Erweiterung der Ordnungswidrigkeiten um mehrere Tatbestände durch Einfügung der §§ 17 a, 17 b und 17 c AÜG betraf, in denen die Befugnisse der Behörden der Zollverwaltung, die Meldepflicht sowie das Erstellen und Bereithalten von Dokumenten geregelt sind, beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Gesetzesänderung vom 28.04.2011.

2 Ausweitung der Erlaubnispflicht

Leiharbeiter werden an wechselnden Einsatzorten in fremden Betrieben tätig. Das AÜG trifft deshalb Regelungen, die der besonderen Schutzbedürftigkeit der zeitweise verliehenen Arbeitnehmer Rechnung tragen sollen. Demnach benötigt ein Arbeitgeber (Verleiher), der seine Arbeitnehmer Dritten (Entleiher) zur Arbeitsleistung überlassen will, generell gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Diese Erlaubnis muss vor Beginn der ersten Verleihtätigkeit vorliegen; für die Erlaubniserteilung sind die Regionaldirektionen der Bundesagentur für Arbeit zuständig. Die Erteilung der Erlaubnis setzt voraus, dass der Verleiher gewerberechtlich als zuverlässig gilt, er also insbesondere die Vorschriften des Sozialversicherungsrechts, des Lohnsteuerrechts, die Erfordernisse für die Beschäftigung von Ausländern, des Arbeitsschutzes und des Arbeitsrechts allgemein einhält (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG).

¹ vgl. Raif, Reform der Leiharbeit – Was ändert sich für Unternehmen, GWR 2011, 303

² vgl. Düwell, Überlassung zur Arbeitsleistung – Neues aus Rechtsprechung und Gesetzgebung, DB 2011, 1520

³ vgl. Zimmermann, Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung, ArbRAktuell 2011, 62, und Raif, a. a. O.

2.1 Keine Gewinnerzielungsabsicht mehr notwendig

Nach bisheriger Gesetzeslage bedurften Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen wollten, nur dann der Erlaubnis, wenn sie dies „gewerbsmäßig“ tun.⁴ Gewerbsmäßig in diesem Sinne ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer und mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbstständige Tätigkeit. Entscheidendes Kriterium ist dabei die Gewinnerzielungsabsicht; auf eine tatsächliche Gewinnerzielung kommt es nicht an. Eine solche Gewinnerzielungsabsicht fehlt, wenn die Überlassung lediglich gegen Erstattung der Personalkosten erfolgen soll und dem Verleiher dadurch auch mittelbar keine wirtschaftlichen Vorteile erwachsen.⁵

Aufgrund von Art. 1 Abs. 2 der Leiharbeitsrichtlinie soll es nunmehr aber nicht mehr darauf ankommen, ob der verleihende Arbeitgeber durch die Arbeitnehmerüberlassung Erwerbszwecke verfolgt. Vielmehr wird gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG n. F. die Formulierung „*gewerbsmäßig*“ durch „*im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit*“ ersetzt. Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist generell bereits zu bejahen, wenn Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden, ohne dass damit die Erzielung von Gewinn bezweckt sein muss. Davon ist bei der Zurverfügungstellung von Personal regelmäßig auszugehen.⁶ Der Anwendungsbereich des AÜG wird damit deutlich erweitert.⁷ Für die Frage, ob die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit stattfindet, ist es auch unerheblich, ob diese für einen Betrieb Haupt- oder Nebenzweck ist oder die Arbeitnehmer sowohl in eigener Betriebsstätte beschäftigt als auch bei sich bietender Gelegenheit Dritten zur Arbeitsleistung überlassen werden.⁸ Zukünftig muss davon ausgegangen werden, so der Kommunale Arbeitgeberverband (KAV) Bayern, dass *„jegliche Arbeitnehmerüberlassung durch einen privaten Arbeitgeber, auch soweit die tatsächlichen Personalkosten des Arbeitnehmers nicht oder nicht in voller Höhe vom Entleiher erstattet bzw. getragen werden, erlaubnispflichtig ist.“*⁹

⁴ Die Frage, ob ein bestimmter Verleiher gewerbsmäßig handelt oder nicht, kann damit entscheidend für die Frage sein, wer nun tatsächlich der „richtige“ Arbeitgeber des überlassenen Leiharbeitnehmers ist. Denn eine Arbeitnehmerüberlassung, die ohne Erlaubnis im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erfolgt, führt dazu, dass zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis fingiert wird (§ 9 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG).

⁵ Vgl. beispielsweise BAG, Beschluss vom 20.04.2005 – 7 ABR 20/04, NZA 2005, 1006 ff., und zuletzt BAG, Urteil vom 09.02.2011 – 7 AZR 32/10, wonach im Falle der Arbeitnehmerüberlassung durch eine konzernzugehörige Personalführungsgesellschaft Gewinnerzielungsabsicht und damit gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, wenn zwischen dem Verleihunternehmen und der Konzernmutter ein Gewinnabführungsvertrag besteht. Von einer Gewinnerzielungsabsicht sei auch dann auszugehen, wenn ein konzernzugehöriges Unternehmen Arbeitnehmer einstellt, um sie an andere Konzerngesellschaften zu überlassen, die für diese Unternehmen mit geringeren Kosten verbunden sind, als wenn sie die Arbeitnehmer selbst einstellen würden.

Diese Rechtsprechungsänderung zwang insbesondere konzerninterne Personalservicegesellschaften, die aufgrund der bisherigen Rechtsprechung bislang ohne eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis tätig waren, schon vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung zum 01.12.2011 zu reagieren und eine solche zu beantragen. Fehlt die Erlaubnis, ist der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer unwirksam.

⁶ vgl. Geschäftsanweisung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) der Bundesagentur für Arbeit (GA AÜG), Stand 12/2011, Anm. 1.1.3

⁷ vgl. Raif, a. a. O.: *„Die Beschränkung der Erlaubnispflicht auf Fälle von Gewinnerzielungsabsicht hatte zuvor immer wieder zu Umgehungen des AÜG geführt, obwohl diese nicht gewollt war. So unterliegt z. B. bislang eine Personalführungsgesellschaft im Konzern, deren einziger Zweck die Einstellung von Arbeitnehmern zum Verleih im Konzern ist, nicht dem AÜG, wenn sie auf Selbstkostenbasis betrieben wird und somit die Konzernunternehmen nur bei der Abwicklung von Arbeitsverträgen unterstützt.“*

⁸ vgl. GA AÜG, a. a. O.

⁹ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 13

2.2 Erfassung gemeinnütziger Einrichtungen

Die Erlaubnispflicht erstreckt sich durch die Neuregelung des AÜG nunmehr neben konzerninternen Personalservicegesellschaften auch auf gemeinnützige oder karitative Einrichtungen.¹⁰ Auch die Arbeitnehmerüberlassung an gemeinnützige Einrichtungen, wie etwa gemeinnützige Werkstätten für behinderte Menschen (§§ 136 ff. SGB IX) und andere gemeinnützige Integrationsprojekte, die die Arbeitnehmerüberlassung nutzen, um behinderte Menschen in den allgemeinen Arbeitsmarkt zu integrieren, fällt damit zukünftig unter die Erlaubnispflicht.¹¹ Abzustellen ist dabei auf die Tätigkeit an sich unabhängig von dem verfolgten Zweck.¹² Diese Auffassung ist auch richtig, weil Art. 1 Abs. 3 Leiharbeitsrichtlinie für Ausnahmen nur geringen Raum lässt.¹³

2.3 Keine Erfassung hoheitlicher Tätigkeiten

Zwar fällt auch eine Arbeitnehmerüberlassung durch eine Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts, z. B. im Rahmen einer Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD grundsätzlich in den Anwendungsbereich des AÜG. Eine Erlaubnispflicht ist aber dann zu verneinen, wenn eine Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts einen Arbeitnehmer an einen anderen Arbeitgeber zur Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten überlässt.¹⁴ Die Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge durch einen Leiharbeiter dürfte dagegen das Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit erfüllen, unabhängig davon, ob diese bei einem öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisierten Arbeitnehmer ausgeübt wird.¹⁵

¹⁰ vgl. Raif unter Hinweis auf BT-Drs. 17/4804 S. 8

¹¹ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 13, und Hamann, Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 321; anders noch Hamann, Kurswechsel bei der Arbeitnehmerüberlassung, NZA 2011, 70, 71: „Die Erstreckung des AÜG auf wirtschaftliche Tätigkeiten schließt lediglich noch Unternehmen aus, die ausschließlich gemeinnützige, karitative, wissenschaftliche, künstlerische oder sonstige ideelle Zwecke verfolgen.“ und Zimmermann, a. a. O.: „Im Übrigen werden nur noch solche Unternehmen nicht mehr vom AÜG erfasst, die ausschließlich gemeinnützige, karitative, künstlerische oder sonstige ideellen Zwecke verfolgen (Hamann, NZA 2011, 70, 71).“

¹² Das wurde im Gesetzgebungsverfahren von den Wohlfahrtsverbänden, aber auch von der Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände kritisiert. Der Bundesrat hatte in seiner Stellungnahme vom 11.02.2011 einen Änderungsantrag eingebracht, mit dem eine Ausnahmeregelung für gemeinnützige Einrichtungen in das AÜG eingefügt werden sollte. Die Bundesregierung hat das in ihrer Gegenäußerung zu Recht abgelehnt. Denn die Leiharbeitsrichtlinie lässt dem nationalen Gesetzgeber hier keinerlei Spielraum. Der Rat der EU hatte im Rechtssetzungsverfahren eine unter anderem von Deutschland vorgeschlagene Ausnahmeregelung mit der Begründung abgelehnt, es wäre „falsch, den Mitgliedstaaten zu gestatten, bestimmte Unternehmen von dem Grundsatz der Gleichbehandlung auszunehmen“.

¹³ Eine solche Ausnahme sieht Hamann, RdA 2011, 321, 323, wenn der (Leih-)Arbeitsvertrag im Rahmen eines spezifischen öffentlichen oder von öffentlichen Stellen geförderten beruflichen Ausbildungs-, Eingliederungs- und Umschulungsprogramms geschlossen worden ist: „An dem für eine wirtschaftliche Tätigkeit im unionsrechtlichen Sinn vorausgesetzten Marktbezug wird es fehlen, wenn kein Markt existiert, wenn also nur künstlich eine Nachfrage geschaffen wird. Das betrifft etwa Beschäftigungsprogramme der Bundesagentur für Arbeit. Als Nische für eine erlaubnisfreie Arbeitnehmerüberlassung bleiben außerdem Einrichtungen mit ausschließlich sozialem, kulturellem, künstlerischem, sportlichem oder sonstigem ideellen Engagement oder solche, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt tätig sind.“

¹⁴ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 13

¹⁵ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 14

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass eine Erlaubnispflicht unabhängig von der tarifvertraglichen Einstufung der Arbeitnehmerüberlassung als Abordnung, Zuweisung bzw. Personalge-
stellung bestehen bleibt.¹⁶

3 Untersagung der dauerhaften Überlassung

Durch die Gesetzesänderung wird ein neuer § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG eingefügt, wonach die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher nur „vorübergehend“ erfolgt. Die Einführung dieses Zusatzes soll das deutsche Modell der Arbeitnehmerüberlassung an die europarechtlichen Vorgaben anpassen, weil auch Art. 3 Abs. 1 lit. e der Leiharbeitsrichtlinie die Überlassung von Arbeitnehmern als „vorübergehend“ definiert. Der Gesetzgeber beabsichtigt mit der Gesetzesänderung, so Zimmermann, „den dauerhaften Entleih und damit eine Substitution von Stammarbeitnehmern durch Leiharbeitnehmer zu vermeiden“¹⁷; eine Höchstüberlassungsdauer wurde durch die Gesetzesänderung nicht eingeführt. Unklar bleibt damit aber, was vorübergehend heißt, sodass die diesbezügliche arbeitsgerichtliche Rechtsprechung abzuwarten bleibt. Die Gesetzesbegründung verlangt nur, dass „die Überlassung an den jeweiligen Verleiher im Verhältnis zum Arbeitsvertragsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer vorübergehend ist.“

*„Der Gesetzgeber wollte ausweislich der Gesetzesbegründung in Kenntnis auch der Praxis, etwa aus Anlass der Ausgründung kommunaler Einrichtungen und der Überlassung der bislang in dieser Einrichtung tätigen Arbeitnehmer an den neuen Eigentümer, ausdrücklich nur klarstellend tätig werden.“*¹⁸ Weiterhin, so der KAV Bayern, liege eine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung daher schon immer dann vor, wenn die Arbeitnehmerüberlassung nicht endgültig sei, sondern vom Entleiher beendet werden könne und der Verleiher dann wieder vollumfänglich das Arbeitgeberisiko trage. Die Frage, ob der Leiharbeitnehmer beim Entleiher mit zeitlich befristet oder unbefristet anfallenden Aufgaben beschäftigt sei, soll nicht entscheidend sein. Als Beispiele für vorübergehende Überlassung nennt der Referentenentwurf zur Neufassung des AÜG Urlaubs- und Krankheitsvertretungen oder die Durchführung eines besonderen Projekts oder Auftrags.

Noch ist unklar, ob die Rechtsprechung die weite Auslegung des Begriffs der „vorübergehenden Überlassung“ zur alten Fassung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG beibehalten wird. Knüpft man an die bisherige Rechtsprechung des BAG an, ist der „vorübergehende“ Charakter durch eine „Gesamtschau der Umstände“ festzustellen. Eine Bewertung als „vorübergehend“ scheidet danach aus, wenn die Gesamtwürdigung ergibt, dass sich der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses vom Verleiher zum Entleiher verlagert hat. Ein gewichtiges Indiz dafür ist die Betreuung mit Daueraufgaben.¹⁹ Folgt man dem, scheint eine „vorübergehende“ Überlassung auch bei einer Gesamtdauer von mehreren Jahren, gegebenenfalls auf der Grundlage einer befristeten Verlängerung, nicht unbedingt ausgeschlossen.²⁰ Maßgebend ist danach, ob der Arbeitnehmer nach den zugrunde liegenden Vereinbarungen in sein ursprüngliches Unternehmen zurückkehren soll oder ob er endgültig aus dem Unternehmen ausscheidet.

¹⁶ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 14

¹⁷ vgl. Zimmermann, a. a. O.

¹⁸ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 14

¹⁹ vgl. BAG, Urteil vom 21.03.1990 – 7 AZR 198/89 bzw. BAG, Urteil vom 05.05.1988 – 2 AZR 795/87

²⁰ vgl. BAG, Beschluss vom 10.03.2004 – 7 ABR 49/03

Wenn in der Vergangenheit bestimmte Tätigkeiten von einer Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaft übertragen wurden (z. B. Wäscherei oder Reinigung in Krankenhäusern), das für die Aufgabenerfüllung erforderliche Personal jedoch nicht auf die Tochtergesellschaft übertragen, sondern von der Muttergesellschaft dieser nur dauerhaft überlassen wurde, stellt sich die Frage, ob diese dauerhafte Überlassung des Personals von der Muttergesellschaft an die Tochtergesellschaft zukünftig noch möglich ist. Diese Frage wurde bislang kontrovers diskutiert. Während die Deutsche Krankenhausgesellschaft noch bei ihrer Fachausschusssitzung „Recht und Verträge“ am 01.09.2011 davon ausging, dass dies zukünftig nicht mehr möglich sein soll, wenn nicht das Konzernprivileg nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG²¹ greife,²² bestätigte die Bundesagentur für Arbeit in einem Schreiben vom November 2011 gegenüber der Deutschen Krankenhausgesellschaft²³, dass jede Arbeitnehmerüberlassung vorübergehend sei, da der Bestand des Arbeitsverhältnisses zwischen dem überlassenen Arbeitnehmer und dem Verleiher unabhängig vom Bestand des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags sei. Der Begriff „vorübergehend“ im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG n. F. sei so auszulegen, dass mit Ende der Arbeitnehmerüberlassung nicht automatisch das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und überlassenem Arbeitnehmer ende, sodass die Arbeitnehmerüberlassung nur als vorübergehend anzusehen sei.²⁴

Für den Fall, dass die Arbeitnehmerüberlassung nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft erfolgt, sehen weder die Leiharbeitsrichtlinie noch das AÜG bestimmte Sanktionen vor; ein Verstoß stellt weder einen Grund für eine Versagung oder Widerruf der Erlaubnis dar noch ist er als Ordnungswidrigkeit sanktioniert.²⁵ Jedoch soll dem Betriebsrat des Entleihers bei einer auf Dauer angelegten Arbeitnehmerüberlassung ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zustehen.²⁶

²¹ siehe dazu nachfolgend Abschnitt 4

²² vgl. Deutsche Krankenhausgesellschaft, Vorlage vom 16.08.2011 für die 68. Sitzung des Fachausschusses „Recht und Verträge“ am 01.09.2011 in Berlin, S. 2

²³ Schreiben der Bundesagentur für Arbeit vom November 2011, SP III 32 – 7160.1: *„Die Einfügung des Satzes 2 in § 1 Absatz 1 AÜG dient nach der Gesetzesbegründung der Klarstellung, dass das deutsche Modell der Arbeitnehmerüberlassung den europäischen Vorgaben entspricht (BT-Drs. 17/4804 Seite 8). Nach der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG ist es ein Wesensmerkmal der Arbeitnehmerüberlassung, dass die Arbeitnehmerüberlassung immer vorübergehend erfolgt. Das AÜG regelt ein auf vorübergehende Überlassung angelegtes Modell der Arbeitnehmerüberlassung. Dies war auch schon vor der Gesetzesänderung zum 1.12.2011 im nationalen Recht so.“*

²⁴ Vgl. auch KAV Bayern, Rundschreiben A 11/2011, S. 10 und insbesondere BKG-Mitteilungen 19/2011 vom 12.12.2011 unter Hinweis auf das Schreiben der Bundesagentur für Arbeit vom November 2011. Damit könne, so die BKG, die bisher geübte Praxis der unbefristeten Personalgestellung von Mitarbeitern, die bei einem Krankenhaus angestellt sind, an ausgegründete Servicegesellschaften auch nach Inkrafttreten des geänderten AÜG am 01.12.2011 nicht am Merkmal der nur vorübergehend zulässigen Arbeitnehmerüberlassung scheitern, bedürfe aber einer entsprechenden Erlaubnis.

²⁵ vgl. Raif, GWR 2011, a. a. O.; Zimmermann, a. a. O.

²⁶ vgl. Zimmermann, a. a. O.; Zimmermann, Konzernverleih wird komplizierter, Personalmagazin 2011, 24; Hamann, RdA 2011, 321, 327: *„Ein Zustimmungsverweigerungsrecht besteht nach der Nr. 1 des § 99 Abs. 2 BetrVG insbesondere, wenn der Einsatz als solcher gesetzwidrig ist, wenn also die Maßnahme nach dem Zweck der verletzen Norm ganz unterbleiben muss.“*

4 Konzernprivileg

Die Ausweitung des AÜG auf wirtschaftliche Tätigkeiten hat auch auf die „in Mode“ gekommenen konzerninternen Verleihunternehmen praktische Auswirkungen. Nach der bisherigen Gesetzesfassung fand das AÜG auf eine Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG²⁷ keine Anwendung, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend bei einer anderen Konzerngesellschaft leistet. Stellte eine Konzerngesellschaft dazu Leiharbeiter anderen konzernangehörigen Unternehmen „zum Selbstkostenpreis“ zur Verfügung, hatte das BAG hierzu bislang einen recht großzügigen Kurs eingeschlagen. Für die Beurteilung der für die Gewerbsmäßigkeit entscheidenden Gewinnerzielungsabsicht stellte es allein auf das verleihende Konzernunternehmen ab. Wirtschaftliche Vorteile, die durch den Vorzugstarif unmittelbar bei entleihenden Konzernunternehmen oder mittelbar bei der Konzernmutter entstanden, blieben unberücksichtigt. Nach bisheriger Auffassung des BAG betrieben sie kein Gewerbe, da ihre Tätigkeit eben nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet war. Mangels gewerbsmäßiger Betätigung benötigten sie damit auch keine Überlassungserlaubnis und waren von den Anzeigen und Auskünften nach § 7 AÜG sowie den in § 8 AÜG vorgesehenen statistischen Meldungen befreit. Diese Rechtsprechung hat das BAG bereits im Urteil vom 09.02.2011 aufgegeben²⁸ und insoweit die zum 01.12.2011 ohnehin in Kraft getretene Änderung der Rechtslage vorweggenommen. Die konzerninternen Verleihunternehmen üben selbst dann, wenn sie keinen eigenen Gewinn anstreben, eine wirtschaftliche Tätigkeit aus.²⁹

Da die Neufassung des AÜG jede Überlassung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit einem Erlaubnisvorbehalt unterstellt, kann das Merkmal der „vorübergehenden“ Beschäftigung zukünftig kein Abgrenzungsmerkmal mehr sein. Das Kriterium der „vorübergehenden“ Überlassung an Konzernunternehmen wurde deshalb gestrichen. Die Ergänzung des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG n. F. stellt nunmehr klar, dass die Erlaubnispflicht zwischen Konzernunternehmen³⁰ zukünftig nur entfällt, wenn der Arbeitnehmer gerade nicht zum Zwecke dieser Überlassung eingestellt und beschäftigt wird.

Die Privilegierung des Konzernverleihs der Arbeitnehmerüberlassung durch konzernangehörige Verleihunternehmen findet keine Anwendung, wenn deren Zweck die Einstellung und Überlassung von Personal ist.³¹ Unklar ist aber, ob damit für das Konzernprivileg zukünftig erforderlich ist, dass der Arbeitnehmer überhaupt nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt

²⁷ § 18 Aktiengesetz (AktG) lautet: „(1) Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefasst anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. [Unterordnungskonzern] (2) Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass ein Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie auch einen Konzern, die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. [Gleichordnungskonzern]“

²⁸ BAG, Urteil vom 09.02.2011 – 7 AZR 32/10, NZA 2011, 791 ff.

²⁹ vgl. Hamann, RdA 2011, 321, 324

³⁰ vgl. GA AÜG, Anm. 1.3.2 (1), (2) und (10), wonach nicht nur verbundene AGs, sondern auch verbundene GmbHs und die Träger öffentlich-rechtlicher Aufgaben von der Definition des Konzernunternehmens im Sinne von § 18 AktG erfasst sind. Vgl. auch KAV Bayern, Rundschreiben A 11/2011, S. 11: „Konkretere Aussagen zur Anwendung des Konzernrechtes bei der Beteiligung von kommunalen Gebietskörperschaften finden sich in der Geschäfts-anweisung nicht. Insbesondere die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine kommunale Gebietskörperschaft die geforderte Unternehmenseigenschaft aufweist, wird nicht beantwortet.“

³¹ vgl. GA AÜG, Anm. 1.3.2 (8); BKG-Mitteilungen 10/2011 vom 01.07.2011; Hamann, RdA 2011, 321, 332

und beschäftigt wird. Dies dürfte, so Raif, zu weit gehen. Es sollte für das Konzernprivileg vielmehr ausreichend sein, wenn ein Arbeitnehmer nicht ausschließlich zum Zwecke der Überlassung eingestellt wird, sondern zumindest auch zeitweise beim überlassenen Unternehmen selbst arbeitet.^{32, 33} Folgt man dieser Auslegung, besteht dann aber die Gefahr einer Umgehung, wenn z. B. das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers beendet und ein neues mit einer konzerninternen Verleihgesellschaft begründet wird, die einen Mischbetrieb unterhält und mit dem Arbeitnehmer vereinbart, dass dieser nicht ausschließlich zum Zweck der Überlassung eingestellt wird, sondern sowohl bei der konzerninternen Verleihgesellschaft selbst eingesetzt als auch als Leiharbeiter an konzerninterne oder externe Unternehmen zur Arbeitsleistung überlassen werden kann. In einer solchen Konstellation gilt das Konzernprivileg, sodass das AÜG keine Anwendung findet.³⁴

5 Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung

Neben dem Konzernprivileg hat die Gesetzesreform einen weiteren Ausnahmetatbestand geschaffen, der in der Praxis noch Bedeutung erlangen könnte. Gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 a AÜG n. F. soll das AÜG auch dann nicht anwendbar sein, wenn die Arbeitnehmerüberlassung nur „gelegentlich“ erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird. Voraussetzung für die Nichtanwendung des AÜG ist damit nicht zwingend eine Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen; vielmehr kann die Arbeitnehmerüberlassung auch zwischen nicht verbundenen Unternehmen erfolgen. Wegen des Ausnahmecharakters der Vorschrift müssen für ihre Anwendung strenge Anforderungen gestellt werden.³⁵ Eine lediglich gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung setzt daher voraus, dass das überlassende Unternehmen den Arbeitnehmer nur ausnahmsweise und auch nicht immer wieder denselben Arbeitnehmer an denselben Entleiher zur Arbeitsleistung überlässt. Nach der Gesetzesbegründung sollen nur spontane Überlassungsfälle ausgeklammert werden, z. B. der Fremdeinsatz aufgrund eines kurzfristigen Spitzenbedarfs eines anderen Unternehmens.³⁶ Auch nach Auffassung des KAV Bayern soll eine nur gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung „dann nicht mehr vorliegen, wenn die Überlassung von Arbeitnehmern zum ‚Geschäftsmodell‘ des Arbeitgebers gehört, also (einzelne) Arbeitnehmer immer wieder an denselben oder andere Arbeitgeber überlassen werden.“³⁷

³² vgl. Raif, a. a. O.: „Davon werden insbesondere Fälle wie derjenige erfasst, dass ein Arbeitnehmer aufgrund einer Konzernversetzungsklausel ebenso in anderen Konzernunternehmen eingesetzt werden kann.“

³³ vgl. auch Deutsche Krankenhausgesellschaft, Vorlage vom 16.08.2011 für die 68. Sitzung des Fachausschusses „Recht und Verträge“ am 01.09.2011 in Berlin, S. 3: „Typischer Fall ist somit der Ausgleich von Belastungsspitzen oder vorübergehendem Arbeitskräftebedarf bei einzelnen Konzernunternehmen.“

³⁴ Lembke, DB 2011, 414, 419

³⁵ vgl. Zimmermann, ArbRAktuell 2011, a. a. O.; Raif, a. a. O.

³⁶ vgl. Zimmermann, a. a. O.; Raif, a. a. O.

³⁷ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 16

6 Gleichbehandlungsgrundsatz

Grundsätzlich gilt für Leiharbeitnehmer der Gleichbehandlungsgrundsatz. Das bedeutet, dass dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren sind, die im Betrieb dieses Entleihers gelten.³⁸ Dementsprechend sehen § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG vor, dass Leiharbeitnehmer gegenüber dem Verleiher einen Anspruch auf dieselbe Bezahlung wie die mit ihnen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers haben („Equal-Pay“-Grundsatz). Bei einem Verstoß gegen diese Maßgabe kann der Leiharbeitnehmer vom Verleiher die Bezahlung des vergleichbaren Arbeitnehmers des Entleihers verlangen (§ 10 Abs. 4 AÜG). Die bisher geltende gesetzliche Ausnahme, wonach Arbeitslose, die erstmals als Leiharbeitnehmer eingestellt werden und denen der Verleiher für die Dauer von höchstens sechs Wochen ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des zuletzt bezogenen Arbeitslosengeldes gewährt, wurde ersatzlos gestrichen. Zukünftig kommt damit der „Equal-Pay“-Grundsatz auch für zuvor arbeitslose Leiharbeitnehmer schon ab Beginn der Überlassung voll zum Tragen. Die bisherige Regelung war nach Auffassung des Gesetzgebers mit der Leiharbeitsrichtlinie nicht vereinbar, weil nach deren Art. 1 Abs. 3 nur Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz im Rahmen eines öffentlichen oder von öffentlichen Stellen geförderten beruflichen Ausbildungs-, Eingliederungs- und Umschulungsprogramms gelten dürfen.³⁹

6.1 Drehtürklausel

Neben der Erweiterung der Erlaubnispflicht ist die so genannte Drehtürklausel ein weiteres Kernstück der Reform. Damit soll unterbunden werden, dass Arbeitnehmer trotz unverändertem Beschäftigungsbedarfs ihr Arbeitsverhältnis verlieren und danach als Leiharbeitnehmer eines externen oder konzerngebundenen Verleihunternehmens auf den vormaligen Arbeitsplatz zurückkehren, um dort die gleiche Arbeit zu deutlich schlechteren Arbeitsbedingungen zu verrichten.⁴⁰ Das Gleichstellungsgebot gilt nach der Neuregelung in § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 4 AÜG zwingend für alle Fälle, in denen ein Leiharbeitnehmer in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung aus einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher oder einem anderen konzernangehörigen Arbeitgeber⁴¹ ausgeschieden ist.

Zwar ist auch nach der Gesetzesreform eine niedrigere Entlohnung von Leiharbeitern gegenüber der Stammbesellschaft des Entleihers zulässig, wenn dies gemäß § 9 Nr. 2, 2. Halbsatz AÜG ein Tarifvertrag selbst vorsieht oder es zulässt, dass in Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz derartige Regelungen in Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsverträgen getrof-

³⁸ vgl. Raif, a. a. O.: „Wesentliches Anliegen der Leiharbeitsrichtlinie ist die Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern mit der Stammbesellschaft des Entleihers. Gemäß Art. 5 Abs. 1 haben die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer während der Dauer ihrer Überlassung mindestens denjenigen zu entsprechen, welche für sie gelten würden, wenn sie von dem Entleiher direkt für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären. Es soll verhindert werden, dass durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern das Lohnniveau beim Entleiher gedrückt werden kann.“

³⁹ vgl. Hamann, RdA 2011, 327; Zimmermann, a. a. O.; Raif, a. a. O.

⁴⁰ vgl. Hamann, RdA 2011, 328

⁴¹ Vormaliger Arbeitgeber und nachfolgender Entleiher müssen nicht identisch sein, sondern nur demselben Konzern angehören. Das zwischengeschaltete Leiharbeitsunternehmen muss dagegen nicht dem Konzern angehören. Es spielt auch keine Rolle, auf welchem Arbeitsplatz der ausgeschiedene Arbeitnehmer als Leiharbeitnehmer bei dem vormaligen Arbeitgeber bzw. einem anderen konzernangehörigen Entleiher eingesetzt wird.

fen werden. Dieser Ausnahmetatbestand ist aber mit Vorsicht zu genießen, weil auch eine solche abweichende tarifliche Regelung nach § 9 Nr. 2, 4. Halbsatz AÜG⁴² dann nicht gilt, wenn der Leiharbeitnehmer innerhalb der letzten sechs Monate vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder bei einem konzernverbundenen Arbeitgeber ausgeschieden ist.

Durch die beschriebene Drehtürklausel soll unterbunden werden, dass, wie in der Vergangenheit zu beobachten, festangestellte Arbeitnehmer gekündigt, in Verleihunternehmen gedrängt und sodann zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen wieder eingesetzt werden. Im Falle eines Verstoßes ist eine Vereinbarung, *„die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen“*, nach § 9 Nr. 2 AÜG unwirksam. Der Verleiher ist nach § 10 Abs. 4 Satz 4 AÜG verpflichtet, *„dem Leiharbeitnehmer die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren.“* Die frühere Vergütungsregelung aus der Zeit als festangestellter Arbeitnehmer gilt also weiter.

Der Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz ist auch eine Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 7 a AÜG und kann mit einem Bußgeld bis zu 500.000 € belegt werden. Auch einmalige oder geringfügige Verstöße, die eine Nichtverlängerung oder den Widerruf der Überlassungserlaubnis als unverhältnismäßig erscheinen ließen, können nun sanktioniert werden.

Nach einer Auffassung in der Literatur⁴³ soll dennoch eine Hintertür für einen Missbrauch durch Verleiher und Entleiher bestehen: Die „Drehtürklausel“ kommt nämlich nur zur Anwendung, wenn das Arbeitsverhältnis zum Entleiher oder anderen Konzernunternehmen in den letzten sechs Monaten zuvor auch tatsächlich beendet worden ist. Sie soll aber nicht gelten, wenn dieses Arbeitsverhältnis noch fortbesteht, z. B. weil es lediglich für die Zeit der Überlassung ruhend gestellt worden ist.

6.2 Abweichungen durch Tarifvertrag

Abweichungen vom „Equal Pay“ können für Zeitarbeitsunternehmen durch einen Tarifvertrag dann wirksam vereinbart werden, wenn die jeweilige Gewerkschaft als Vertragspartner hierzu befugt ist. Viele Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche wurden auf Arbeitnehmerseite von der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) vereinbart, die durch den Beschluss des BAG vom 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 für tarifunfähig erklärt wurde. Als Folge dieser Entscheidung ist die CGZP keine Spitzenorganisation im Sinne von § 2 Abs. 3 Tarifvertragsgesetz (TVG) mehr, die in eigenem Namen Tarifverträge abschließen kann.

Damit sollen alle mit der CGZP geschlossenen Tarifverträge, also auch die für die Zeitarbeitsbranche, von Anfang an unwirksam sein und die Leiharbeitnehmer müssen wegen des „Equal-Pay“-Grundsatzes genauso bezahlt werden wie die Stammbeslegschaft des Betriebs, in dem sie eingesetzt werden. Unklar ist gegenwärtig aber noch, ob die Leiharbeitgeber, die die unwirksamen CGZP-Tarifverträge angewendet haben oder noch anwenden, verpflichtet sind, auf Grundlage des „Equal-Pay“-Anspruchs ihren Beschäftigten die Löhne und Gehälter entspre-

⁴² § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 4 AÜG und § 9 Nr. 2, 4. Halbsatz AÜG treffen insoweit wortgleiche Regelungen.

⁴³ Raif, a. a. O.; Lembke, a. a. O.

chend nachzuzahlen. Jedoch soll die Entscheidung des BAG nach überwiegender Auffassung zunächst nur Auswirkungen für die Zukunft, nicht jedoch für die Vergangenheit haben.⁴⁴ Von dieser Rechtslage ausgehend hat das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg durch (nicht rechtskräftigen) Beschluss vom 21.06.2011⁴⁵ ein Verfahren, in dem ein ehemaliger Leiharbeiter gegen den Verleiher auf Zahlung des Lohns vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers nach dem Lohn- und Gehaltsrahmentarifvertrag für das Schreinerhandwerk in Baden-Württemberg ab 01.01.2007 klagt, ausgesetzt und ausdrücklich betont, dass das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 14.12.2010 die Tarifunfähigkeit der CGZP nicht rückwirkend geklärt habe. Das BAG habe lediglich festgestellt, dass die CGZP gegenwartsbezogen tarifunfähig ist. Auf das Urteil vom 14.12.2010 könnten rückwirkende Entgeltansprüche somit nicht gestützt werden.⁴⁶

7 Informationspflicht über freie Arbeitsplätze

Art. 6 Abs. 1 Leiharbeitsrichtlinie sieht vor, dass Leiharbeiter über die im entleihenden Unternehmen offenen Stellen unterrichtet werden, damit die Leiharbeiter die gleichen Chancen auf einen unbefristeten Arbeitsplatz beim Entleiher haben, wie die übrigen Arbeitnehmer des Unternehmens. Zur Umsetzung der Richtlinie und zur Verfolgung dieser Ziele hat der deutsche Gesetzgeber § 13 a AÜG eingefügt und dort die Verpflichtung des Entleihers festgeschrieben, im Betrieb beschäftigte Leiharbeiter über offene Arbeitsplätze im Unternehmen zu unterrichten. Zielsetzung der Vorschrift ist die Unterstützung der Übernahme von Leihararbeitern in die Stammbesetzung des Entleihers und die Begründung eines dauerhaften Arbeitsverhältnisses.⁴⁷

⁴⁴ Die Entscheidung des BAG gilt nach dem Wortlaut der Entscheidungsgründe ausdrücklich nicht für die Vergangenheit. Solange die fehlende Tariffähigkeit der Gewerkschaft nicht auch für die Vergangenheit in einem Beschlussverfahren nach § 2 a Abs. 1 Nr. 4 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) durch ein Arbeitsgericht festgestellt worden ist, sind Arbeitnehmer und Arbeitgeber an den Tarifvertrag gebunden. Die Arbeitsgerichte müssen das Verfahren, wenn die Entscheidung eines Rechtsstreits davon abhängt, ob eine Vereinigung tariffähig ist, bis zur Erledigung des Beschlussverfahrens nach § 2 a Abs. 1 Nr. 4 ArbGG aussetzen. Solange die fehlende Tariffähigkeit einer Vereinigung für den fraglichen Zeitraum nicht festgestellt wird, bleibt es bei der Bindung an den Tarifvertrag.

⁴⁵ Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 21.06.2011 – 11 Ta 10/11:

„1. Die Aussetzung des Rechtsstreits nach § 97 Abs. 5 S. 1 ArbGG ist allerdings nur dann geboten, wenn die Frage der Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit zweifelhaft ist. Dies ist dann der Fall, wenn entweder die Tariffähigkeit der Gewerkschaft streitig ist oder aber, wenn gegen diese Bedenken bestehen, wobei allgemein bekannt gewordene Bedenken zu berücksichtigen und vom Arbeitsgericht aufzugreifen sind. Eine Aussetzung kommt trotz bestehender Zweifel jedoch dann nicht in Betracht, wenn über die Frage der Tariffähigkeit bzw. Tarifzuständigkeit bereits rechtskräftig entschieden und dieser Beschluss noch immer bindend ist.

2. Ist die Frage der Tariffähigkeit aber zwischen den Parteien des auszusetzenden Rechtsstreits streitig, kommt es für die Aussetzungsentscheidung nicht darauf an, ob das aussetzende Gericht wegen allgemein bekannt gewordener Bedenken auch selbst solche hegt. Die Aussetzung kann nur dann unterbleiben, wenn über die Frage der Tariffähigkeit bzw. Tarifzuständigkeit bereits rechtskräftig entschieden und dieser Beschluss noch immer bindend ist.

3. Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 14.12.2010 - 1 ABR 19/10 zwar festgestellt, dass die CGZP nicht tariffähig ist, es hat diese Feststellung jedoch ausdrücklich gegenwartsbezogen getroffen.“

⁴⁶ vgl. dazu HEGA 05/11 - 03 zu den sozialversicherungsrechtlichen Folgen von BAG, Urteil vom 14.12.2010 zur Tarifunfähigkeit der CGZP

⁴⁷ vgl. Zimmermann, ArbRAktuell 2011, 264; Schindele, ArbRAktuell 2011, 577

Der Auskunftsanspruch ist unbeschränkt und bezieht sich auf sämtliche offenen Stellen im Unternehmen. Wichtig ist, dass der Auskunftsanspruch sich auf sämtliche offene Stellen im Einsatzunternehmen bezieht. Wenn dieses mehrere Betriebe hat, erstreckt sich der Anspruch auf alle Betriebe des Entleihers und ist nicht auf den Einsatzbetrieb beschränkt.⁴⁸ Somit muss der Entleiher die Leiharbeitnehmer über alle zu besetzenden Arbeitsplätze im Unternehmen informieren. Die Vorschrift erfasst befristete und unbefristete Stellen, Teilzeit- und Vollzeitstellen, neu geschaffene oder bereits vorhandene, aber neu zu besetzende Arbeitsplätze.⁴⁹ Es ist nicht von Bedeutung, ob der Leiharbeitnehmer für die offene Stelle geeignet ist oder nicht.

§ 13 a AÜG begründet für den Leiharbeitnehmer einen selbstständig einklagbaren Auskunftsanspruch, der vom Entleiher durch Bekanntgabe der offenen Stellen an geeigneter, dem Leiharbeitnehmer zugänglicher Stelle erfüllt werden kann. Dies kann beispielsweise durch die Mitteilung am schwarzen Brett, im Intranet oder in einer Betriebs- oder Mitarbeiterzeitung erfolgen,⁵⁰ während eine bloße Auslegung im Personalbüro nicht genügt.⁵¹ Dabei sind Absprachen mit dem Betriebs- oder Gesamtbetriebsrat, wie offene Stellen im Unternehmen bekannt zu geben sind, zu beachten. Da § 13 a AÜG zum erforderlichen Inhalt der Unterrichtung keine Aussage trifft, ist § 93 BetrVG heranzuziehen.⁵² Danach muss aus der Information hervorgehen, um welchen Arbeitsplatz es sich handelt und welche qualifikatorischen Anforderungen der Bewerber erfüllen muss. Außerdem müssen Informationen zur Vergütung und zum Zeitpunkt, ab dem die Stelle zu besetzen ist, mitgeteilt werden.⁵³

Verletzt das Einsatzunternehmen die Informationspflicht dadurch, dass es den Leiharbeitnehmer pflichtwidrig nicht, nicht hinreichend oder nicht rechtzeitig vor einer personellen Maßnahme informiert, können aus der Pflichtverletzung Schadensersatzansprüche des Leiharbeitnehmers gemäß § 280 Abs. 1 BGB entstehen; der Leiharbeitnehmer ist dann wirtschaftlich so zu stellen, wie er stünde, hätte der Entleiher die Informationspflicht ordnungsgemäß erfüllt. Ob dem Leiharbeitnehmer allerdings der Kausalitätsnachweis zwischen Verletzung der Unterrichtungspflicht und Nichtbegründung eines Arbeitsverhältnisses gelingt, ist äußerst fraglich. Ein Einstellungsanspruch des Leiharbeitnehmers entsteht dagegen aus der Pflichtverletzung nicht.⁵⁴ Neben diesen zivilrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten stellt ein Verstoß gegen die Vorschrift eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einer Geldbuße bis zu 2.500 € geahndet werden kann (§ 16 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 AÜG).

§ 13 a AÜG ist eine zwingende Schutznorm zu Gunsten der Leiharbeitnehmer. Der Informationsanspruch des Leiharbeitnehmers kann daher weder durch Individual- noch durch Kollektivvereinbarung wirksam ausgehöhlt oder abbedungen werden,⁵⁵ sodass auch Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge, die gegen § 13 a AÜG verstoßen, wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB unwirksam sind.⁵⁶ Für den Fall der unterlassenen Information kann der Betriebsrat des entleihenden Betriebs im Verfahren nach § 99 BetrVG die

⁴⁸ vgl. Raif, a. a. O.

⁴⁹ vgl. KAV Bayern, Rundschreiben A 8/2011, S. 17

⁵⁰ vgl. Raif, a. a. O.

⁵¹ vgl. Zimmermann, a. a. O.

⁵² vgl. Zimmermann, a. a. O.; Schindele, a. a. O.

⁵³ vgl. Schindele, a. a. O.

⁵⁴ vgl. Zimmermann, a. a. O.; Hamann, RdA 2011, 321, 335

⁵⁵ vgl. Hamann, RdA 2011, 321, 336

⁵⁶ vgl. Lembke, DB 2011, 414, 418; Schindele, a. a. O.

Zustimmung zu einer Einstellung bzw. Versetzung nach § 99 Abs. 2 Nrn. 1 und 3 BetrVG verweigern.⁵⁷

8 Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen

Nach § 13 b AÜG sollen Leiharbeitnehmer beim Entleiher Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten unter den gleichen Bedingungen haben wie die unmittelbar vom Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer. Der Begriff der Gemeinschaftseinrichtungen und -dienste wird dabei nicht definiert; Rechtsprechung hierzu gibt es bisher noch nicht. Im Gesetz selbst sind beispielhaft Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel aufgeführt. Daneben können z. B. betriebliche Erholungsheime, Sportanlagen, Werkmietwohnungen, Parkplätze, Kantinen, Kindergärten/Kindertagesstätten sowie Fahrdienste zum Transport von Arbeitnehmern oder betriebseigene Tankstellen zum verbilligten Bezug von Benzin sowie Einrichtungen zum verbilligten Personalkauf, nicht aber Geldleistungen wie Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, Essenzuschuss, Fahrtkostenzuschuss, Mietkostenzuschuss oder Gutscheine wie Essensgutscheine, Tankgutscheine usw. in Betracht kommen.⁵⁸ Ergänzend sei für die Praxis darauf hingewiesen, dass es die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Folgen der Zugangsgewährung zu beachten gilt, weil diese einen geldwerten Vorteil darstellen können.

Der Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen und/oder -diensten ist dem Leiharbeitnehmer vom Entleiher unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie den vergleichbaren Arbeitnehmern im Einsatzbetrieb. Eine unterschiedliche Behandlung muss aus sachlichen Gründen gerechtfertigt sein; daran fehlt es beispielsweise bei einer Benutzungsregelung für einen Betriebskindergarten, die Arbeitnehmer ausschließt, die voraussichtlich nicht länger als ein Jahr im Betrieb tätig sein werden, weil hier vom Ausschluss vor allem Leiharbeitnehmer betroffen wären, da die Mehrzahl der Leiharbeitsverhältnisse regelmäßig eine kürzere Zeit dauern.⁵⁹ Ein sachlicher Grund könnte dann vorliegen, wenn ein für die individuelle Einsatzdauer unverhältnismäßig hoher Organisations- und Verwaltungsaufwand anfallen würde.

Der Zugangsanspruch ist für den Arbeitnehmer einklagbar. Erfüllt der Entleiher den Zugangsanspruch nicht, hat der Leiharbeitnehmer gegebenenfalls einen Schadensersatzanspruch, beispielsweise wenn Leiharbeitnehmern der Zugang zur Kantine verwehrt wird und sie deshalb außerhalb des Betriebs auf eine teurere Verpflegung zurückgreifen mussten.⁶⁰ Außerdem stellt der Verstoß eine Ordnungswidrigkeit dar, die nach § 16 Abs. 1 Nr. 10 AÜG mit einem Bußgeld von bis zu 2.500 € geahndet werden kann.

Wie für die Informationspflicht nach § 13 a AÜG gilt auch für das Zugangsrecht nach § 13 b AÜG, dass es weder durch Tarifvertrag noch durch Betriebsvereinbarung ausgeschlossen werden kann; abweichende Vereinbarungen sind nach § 9 Nr. 2 a AÜG unwirksam.

⁵⁷ vgl. Zimmermann, a. a. O.; Schindele, a. a. O.

⁵⁸ vgl. Zimmermann, a. a. O.; Schindele, a. a. O.; Raif, a. a. O.

⁵⁹ vgl. Hamann, RdA 2011, 70, 77; Schindele, a. a. O.

⁶⁰ vgl. Raif, a. a. O.

9 Fazit

Durch die Ausweitung der Erlaubnispflicht seit dem 01.12.2011 steht die Zeitarbeitsbranche an einem Wendepunkt, weil zukünftig auch reine konzerninterne Personalservicegesellschaften vom AÜG erfasst werden und einer Verleihererlaubnis unabhängig davon bedürfen, ob sie mit Gewinnerzielungsabsicht arbeiten oder nicht. Auch der konzerninterne Verleih zum Zwecke der Kostensenkung ist dann nicht mehr attraktiv, wenn eine Vorbeschäftigung vorliegt, weil in diesem Fall Drehtürklausel und „Equal Pay“ greifen. Es bleibt abzuwarten, ob die Neuregelungen des AÜG die avisierten Wirkungen erzielen können, insbesondere, ob sie zukünftig den Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung verhindern werden. Die Reform wirft auch einige neue Fragen auf, beispielsweise zu den genauen Voraussetzungen für die Anwendung des Konzernprivilegs oder das Ausmaß einer gelegentlichen Arbeitnehmerüberlassung. Auf der anderen Seite verspricht das neue Gesetz viele vernünftige und vor allem auch notwendige Regelungen, die den Schutz der Leiharbeiter verbessern, sodass zukünftig insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur auf dem Papier bestehen sollte.⁶¹

⁶¹ vgl. Raif, a. a. O.