

# Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes: Auswirkungen auf bestehende Strukturen?

Auch gemeinnützige Unternehmen nutzen Leiharbeit als gängiges Instrument zur Senkung von Personalkosten, insbesondere über eigene Service-/Beschäftigungsgesellschaften. Nachdem nun vor einigen Jahren im diakonischen Bereich bereits der Kirchengerichtshof einige Hürden aufgestellt hat und die kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen Nutzern der Zeitarbeit einige Flexibilisierungsinstrumente vorenthalten (z. B. bei wirtschaftlichen Notlagen), werden die gesetzlichen Rahmenbedingungen weiter verschärft.

KONZERNPRIVILEG · VERHINDERUNG MISSBRÄUCHLICHER ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG · MINDESTLOHN · PROBLEMATISCHER DAUERVERLEIH

## Gesetzesnovellierung

Am 15. Dezember 2010 hat das Bundeskabinett einen Gesetzesentwurf beschlossen, um dem Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung entgegenzuwirken. Nach der Liberalisierung der Zeitarbeit in den letzten Jahren und ihrer scheinbaren Heilkraft gegen die Arbeitslosigkeit ist sie in ihrem Wildwuchs mehr und mehr in Verruf geraten. Hierauf musste die Bundesregierung reagieren. Zudem blieb ihr noch bis zum 5. Dezember 2011 Zeit, die Anforderungen der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit umzusetzen. Wie sich zeigt, ist ihr das in weiten Teilen eher schlecht als recht gelungen.

## Erweiterung der Erlaubnispflicht

Fand das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) bislang Anwendung, wenn der Verleiher die Überlassung gewerbsmäßig betreibt (§ 1 Absatz 1 Satz 1 AÜG), so ist es für die Anwendbarkeit des AÜG zukünftig ausreichend, wenn der Verleiher im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit handelt. Eine Gewinnerzielungsabsicht, wie sie der Gewerbsmäßigkeit zu eigen ist, ist nun nicht mehr erforderlich. Damit ist auch der bislang umstrittene Fall der Personalüberlassung zum Selbstkostenpreis unstreitig erlaubnispflichtig.

## Nur vorübergehende Verleihung ist erlaubt

Kleiner Satz mit großer Wirkung: In § 1 Absatz 1 AÜG wird folgender neuer Satz 2 eingefügt: „Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend.“ Fast schon ironisch mutet die Gesetzesbegründung hierzu an, der Satz diene als Klarstellung. Unklar nämlich bleibt, ob hierdurch ein Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung statuiert werden soll. Problematisch könnte sich die Gesetzesänderung in der Fallkonstellation auswirken, bei der Arbeitnehmer einem Betriebsübergang nach § 613 a Abs. 6 BGB widersprechen und dauerhaft dem neuen Betriebsinhaber gestellt werden, z. B. bei Ausgliederung von Servicebereichen in eine Servicegesellschaft. Nach

der Gesetzesbegründung ist die vorübergehende Verleihung als flexible Zeitkomponente zu verstehen, nicht als bestimmte Höchstüberlassungsgrenze. Die Daseinsberechtigung dieses Satzes wird dadurch umso schleierhafter, als die Rechtsfolgen dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung unklar sind. Ist eine dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung überhaupt erlaubnisfähig oder bewegt sich ein Leiharbeitgeber hier im Bereich unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung? Im Grunde hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass er es nicht schätzt, wenn Arbeitnehmer nicht vom eigentlichen Empfänger der Arbeitsleistung eingestellt, sondern über einen Verleiher dauerhaft zur Verfügung gestellt werden. Ob er dies verhindern kann, ist fraglich. Letztlich muss der jeweilige Einsatz des Leiharbeitnehmers lediglich als befristet deklariert werden, um gesetzeskonform zu sein. In der vorgenannten Fallkonstellation (Widerspruch der Arbeitnehmer bei Ausgliederung der Servicebereiche) könnte daher argumentiert werden, die Überlassung sei befristet bis zum Ausscheiden des letzten gestellten Arbeitnehmers. Es ist zu erwarten, dass der Gesetzgeber in diesem Punkt noch nacharbeitet. Unterbleibt dieses, kann nur auf die Verwaltungspraxis der Bundesagentur für Arbeit bzw. die einschlägige Rechtsprechung gewartet werden.

»  
Je weniger die Leute davon wissen, wie Würste und Gesetze gemacht werden, desto besser schlafen sie.  
«

Otto von Bismarck

## Konzernprivileg wurde verändert

Nach § 1 Absatz 3 Nr. 2 AÜG a. F. findet das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz bislang keine Anwendung auf die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit „vorübergehend“ nicht bei seinem Arbeitgeber leistet. Diese Überlassung ist erlaubnisfrei. Ein Konzernprivileg wird zwar beibehalten, allerdings künftig beschränkt auf Überlassungen für Arbeitnehmer, die nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden. Da Arbeitnehmerüberlassungen ohnehin vorübergehend sein sollen, ist dieses Tatbestandsmerkmal hier entfallen. Durch die Änderung soll verhindert werden, dass Arbeitnehmer nicht beim eigentlichen Beschäftigungsunternehmen eingestellt, sondern über

den Umweg einer konzerninternen Verleihfirma beschäftigt werden. Das Konzernprivileg soll zwischen verbundenen Unternehmen Flexibilität schaffen, etwa kurzzeitige Spitzen im Personalbedarf ausgleichen. Diese Fälle waren indes auch schon in der Vergangenheit in der Regel nicht von dem Konzernprivileg erfasst. Ob hierdurch eine Verschärfung der bisherigen Praxis eintritt, bleibt ebenso abzuwarten wie ein Einschreiten des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), der diese Regelung für europarechtswidrig erklären könnte, da die entsprechende Richtlinie kein Konzernprivileg kennt.

### Gelegentliche Überlassung ist gestattet

Nach § 1 Absatz 3 Nr. 2 a AÜG n. F. soll die Überlassung künftig erlaubnisfrei sein, wenn sie nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt wurde. Die Personalgestellungshilfe oder Kollegienhilfe unter Unternehmen soll damit möglich sein. Der Gesetzgeber hat damit sicher Gutes gewollt, auf Grund der drohenden Europarechtswidrigkeit dieser Regelung sollte sie jedoch auf keinen Fall Grundlage anstehender Strukturentscheidungen werden.

### Drehtür-Effekt soll verhindert werden

Nach der bislang geltenden Fassung des AÜG können Arbeitnehmer nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses (z. B. Befristungsende) von einem konzerneigenen Verleiher eingestellt werden, der sie unmittelbar wieder dem ursprünglichen Konzern-Arbeitgeber zum Zwecke der Personalkostensenkung zur Verfügung stellt. Demnächst müssen zwischen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der Rückverleihung durch einen konzerneigenen Verleiher mindestens sechs Monate liegen, damit durch Anwendung eines Zeitarbeitsarbeitsvertrags das Equal-Pay-Gebot nicht beachtet werden muss. Mit der Aufnahme dieser Regelung will der Gesetzgeber gerade die Fälle verhindern, die in der Öffentlichkeit für legitimes Kopfschütteln sorgen (wie im Falle einer großen Drogeriekette). Die Konstruktion des Outsourcings und Rückverleihens war auch bislang schon wenig praxistauglich und auf ausgewählte Einzelfälle beschränkt; zu schnell führten die Konstruktionen zu einer unerlaubten Umgehung eines Betriebsübergangs gemäß § 613 a BGB. Die nunmehr klare Regelung und Sanktionierung ist daher begrüßenswert.

### Ermächtigung zur Schaffung einer Lohnuntergrenze

Nach wie vor gilt der Grundsatz Equal Pay/Treatment, d. h. den Leiharbeitnehmern sind die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen vergleichbarer Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb zu gewähren. Von diesem Grundsatz kann auch weiterhin durch die Anwendung eines Branchentarifvertrags für die Zeitarbeit abgewichen werden. Neu ist jedoch die Mindestlohnregelung nach § 3 a AÜG n. F., wonach solche Tarifverträge die durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales festgelegten Mindeststundenlohnentgelte nicht unterschreiten dürfen. Bislang liegt noch keine Rechtsverordnung vor. Zurzeit sind 7,79 € (West) und 6,89 € (Ost) als Mindeststundenentgelt im Gespräch. Die Bestimmung einer absoluten Lohnuntergrenze ist auch die Reaktion der Politik auf die Öffnung des Leiharbeitsmarktes für die neuen Mitgliedsstaaten der EU und soll Lohndumping verhindern.

### Und nun?

Was bleibt, ist die Frage, ob bestehende Strukturen den Neuerungen standhalten können. Die Zulässigkeit reiner konzerninterner Personalbeschäftigungsgesellschaften, deren alleiniger Zweck es ist, Personal an ein einziges anderes Unternehmen zu verleihen, könnte sich in Zukunft als problematisch erweisen. Hier werden Arbeitnehmer dauerhaft einem Entleiher überlassen; die Leiharbeit dient letztlich dem Ersatz von Stammarbeitsplätzen.

Doch selbst für diese problematischen Fälle kann noch nicht von einer generellen Unzulässigkeit gesprochen werden; zum jetzigen Zeitpunkt ist die Rechtslage noch zu unklar und nicht einmal die Arbeitsagenturen sind sich darüber im Klaren, welche Folgen nun letztlich für die Praxis erwachsen. Daher empfiehlt es sich, die weitere Entwicklung abzuwarten. Curacon wird Sie zeitnah informieren, sobald Handlungsbedarf besteht.

### Ab wann?

Das Gesetz trat zum 1. Dezember 2011 in Kraft. Die Regelungen zur Verhinderung des Drehtüreffekts und zur Schaffung einer Lohnuntergrenze gelten bereits.

### FAZIT

Ziel der Gesetzesänderung ist es in erster Linie, Fälle des missbräuchlichen Einsatzes von Arbeitnehmerüberlassungen zu unterbinden. Dass dieses nicht nur für die schwarzen Schafe spürbare Folgen hat, sondern auch die weißen Schafe mitbestraft werden, ist in diesem Bereich keine Überraschung. Jedoch sollte nicht vorschnell die bestehende Organisation in Frage gestellt werden. Vieles wirkt auf den zweiten Blick weniger dramatisch.

### Anke Sophia Ebel

Rechtsanwältin  
CURACON Weidlich  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Partnerin  
Tel. 02 51/53 03 50-560  
anke.ebel@curacon-recht.de

### Susanne Meyerhoff

Rechtsanwältin  
CURACON Weidlich  
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Tel. 0 30/84 71 06 99-1  
susanne.meyerhoff@curacon-recht.de