

Erläuterungen zu den Änderungen im AÜG

Lohnuntergrenze | Drehtürklausel | Umsetzung Zeitarbeitsrichtlinie

Durch das „Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ wurden umfassende Änderungen im Bereich des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung vorgenommen. Es wurden eingefügt:

- **die Ermächtigung zur Festsetzung einer Lohnuntergrenze in der Zeitarbeit,**
- **eine „Drehtürklausel“ zur Verhinderung von Missbrauch und**
- **Regelungen zur Umsetzung der Zeitarbeitsrichtlinie 2008/104/EG.**

Während die Regelungen zur Lohnuntergrenze und die Drehtürklausel mit der Bekanntmachung am 30. April 2011 in Kraft getreten sind, werden die Regelungen zur Umsetzung der Zeitarbeitsrichtlinie erst zum 1. Dezember 2011 wirksam. Hinzu kommen Ergänzungen durch das „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes“, welches am 30. Juli 2011 in Kraft trat.

Die anliegenden Erläuterungen sollen eine erste Hilfestellung geben, die Konsequenzen dieser Änderungen für die Praxis zu erkennen und die notwendigen Schlussfolgerungen zu ziehen. Das Papier ist eine erste Antwort auf die derzeit am meisten diskutierten Fragen. Da sich weitere, detaillierte Rechtsfragen im Rahmen der praktischen Umsetzung der neuen Regelungen stellen dürften, ist der entsprechende Aktualisierungsbedarf des Dokuments schon heute vorhersehbar und soll umgesetzt werden.

Die Bundesagentur für Arbeit, deren Regionaldirektionen für die Erteilung der AÜ-Erlaubnisse zuständig sind, wird voraussichtlich im Spätherbst 2011 und damit vor Inkrafttreten der Vorschriften zur Umsetzung der Zeitarbeitsrichtlinie aktualisierte Geschäftsanweisungen zur Anwendung der Neuregelungen herausgeben.

Inhalt

I.	Lohnuntergrenze in der Zeitarbeit	S. 3
1.	Ermächtigungsgrundlage	S. 3
2.	Verordnungsverfahren	S. 3
3.	Folgen einer durch Rechtsverordnung festgesetzten Lohnuntergrenze	S. 4
4.	Inkrafttreten	S. 4
II.	Drehtürklausel	S. 4
1.	Voraussetzungen der Drehtürklausel	S. 5
a)	Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis	S. 5
b)	Sechs-Monats-Frist	S. 6
c)	Konzernverhältnis zwischen früherem Arbeitgeber und Einsatzbetrieb	S. 6
2.	Rechtsfolge der Drehtürklausel	S. 7
3.	Übergangsfrist	S. 8
III.	Umsetzung der Zeitarbeitsrichtlinie	S. 8
1.	„im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“ statt „gewerbsmäßig“	S. 8
a)	Bisher: „gewerbsmäßig“	S. 8
b)	Neu: „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“	S. 9

2.	Einfügung des Tatbestandsmerkmals „vorübergehend“	S. 9
a)	Gesetzesbegründung	S. 10
b)	Definition von „vorübergehend“ in der Rechtsprechung	S. 10
c)	„vorübergehend“ in der Praxis	S. 10
3.	Ausnahme für „gelegentliche“ Arbeitnehmerüberlassung	S. 10
a)	„gelegentlich“	S. 11
b)	„nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt“	S. 11
4.	Änderungen bei der privilegierten konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung	S. 12
a)	Ausschluss von Personalführungsgesellschaften	S. 13
b)	„nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt“	S. 13
5.	Fallkonstellationen	S. 13
a)	Konzern-interne Arbeitnehmerüberlassung mit Kostenerstattung	S. 13
b)	Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung zwischen Handwerksbetrieben	S. 14
c)	Gemeinnützige Arbeitnehmerüberlassung	S. 14
d)	Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen von Betriebsübertragungen	S. 14
6.	Neue Informationspflicht des Einsatzbetriebes über freie Arbeitsplätze	S. 15
a)	Inhalt und Form der Informationspflicht	S. 15
b)	Umfang der Informationspflicht	S. 15
c)	Räumliche Weite der Informationspflicht	S. 16
d)	Rechtsfolgen	S. 16
7.	Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten	S. 16
a)	Gemeinschaftseinrichtungen und -dienste	S. 17
aa)	Auslegung des § 13b AÜG	S. 17
bb)	Keine Leistungen mit Entgeltcharakter	S. 17
cc)	Steuerrechtliche Folgeprobleme	S. 17
dd)	Sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung	S. 18
b)	Fallkonstellationen	S. 19
aa)	Kindergärten, Werkwohnungen etc.	S. 19
bb)	Schulungen	S. 19
cc)	Betriebliche Altersversorgung	S. 19
dd)	Verträge mit externen Anbietern	S. 20
ee)	Sonstige Vergünstigungen des Arbeitgebers	S. 20
8.	Unzulässigkeit von Vereinbarungen über Vermittlungsvergütungen	S. 20
9.	Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen	S. 20
10.	Ausweitung der Ordnungswidrigkeiten und Einführung von Kontrollmechanismen	S. 21
11.	Streichung der Sechs-Wochen-Ausnahme	S. 22

I. Lohnuntergrenze in der Zeitarbeit

Mit der Ermächtigung zur Einführung einer Lohnuntergrenze wurde die Voraussetzung dafür geschaffen, den in Deutschland bereits faktisch flächendeckend geltenden Mindestlohn in der Zeitarbeit auch für ausländische Zeitarbeitsunternehmen und deren in Deutschland eingesetzten Zeitarbeitnehmern verbindlich zu machen. Die deutschen Mindestlohntarifverträge der Zeitarbeit sehen ein einheitliches unterstes Niveau vor.¹ Dieses Lohnniveau kann jedoch ohne verordnete Lohnuntergrenze durch andere und damit auch durch ausländische Tarifverträge beim grenzüberschreitenden Einsatz unterschritten werden. Um dies zu verhindern, können gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2, 9 Nr. 2 AÜG durch Rechtsverordnung nach § 3a Abs. 2 AÜG Mindeststundenentgelte auf Basis von Tarifverträgen festgelegt werden, die von den vom equal-pay-Grundsatz abweichenden Tarifverträgen nicht unterschritten werden dürfen.

1. Ermächtigungsgrundlage

Die materiellen Voraussetzungen für die Rechtsverordnung sind in § 3a AÜG geregelt. Hiernach ist erforderlich, dass:

- Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern, die zumindest auch für ihre jeweiligen in der Arbeitnehmerüberlassung tätigen Mitglieder zuständig sind (vorschlagsberechtigte Tarifvertragsparteien),
- vereinbarten bundesweit tarifliche Mindeststundenentgelte im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, die einheitlich für verleih- und verleihfreie Zeiten gelten und eine feste Laufzeit haben (eine Differenzierung nach dem jeweiligen Beschäftigungsort ist möglich) und
- die Lohnuntergrenze im öffentlichen Interesse geboten erscheint (§ 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 TVG),
- die Rechtsverordnung geeignet ist, die finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme zu gewährleisten, sowie
- die Repräsentativität der vorschlagenden Tarifvertragsparteien gewährleistet und bestehende bundesweite Tarifverträge in der Arbeitnehmerüberlassung beachtet werden.

2. Verordnungsverfahren

Das Verordnungsverfahren zur Festsetzung der Lohnuntergrenze in § 3a AÜG ist eng an das Verfahren des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (§ 7 AEntG) angelehnt:

- gemeinsamer, schriftlich begründeter Vorschlag der vorschlagsberechtigten Tarifvertragsparteien an das BMAS,
- Bekanntmachung des Entwurfs der Rechtsverordnung im Bundesanzeiger,
- Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme innerhalb von drei Wochen ab der Bekanntgabe,
- Befassung des Tarifausschusses mit dem Vorschlag und
- Entscheidung über den Erlass der Rechtsverordnung, deren Voraussetzungen das BMAS als Verordnungsgeber zu prüfen hat.

Nach Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung können die vorschlagsberechtigten Tarifvertragsparteien gemeinsam auch die Änderung der erlassenen Rechtsverordnung vorschlagen. Das Verfahren des § 3a AÜG findet entsprechend Anwendung.

¹ Aktuell 7,79 Euro im Westen und 6,89 Euro im Osten.

3. Folgen einer durch Rechtsverordnung festgesetzten Lohnuntergrenze

Die Rechtsverordnung bewirkt, dass ein vom Gleichstellungsgrundsatz abweichender Tarifvertrag nicht die in der Rechtsverordnung festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreiten darf (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2, 9 Nr. 2 AÜG).

Grundsätzlich gilt in der Zeitarbeit der Gleichstellungsgrundsatz. Von diesem kann jedoch durch Tarifvertrag abgewichen werden. Die durch Rechtsverordnung zwingend vorgeschriebene Lohnuntergrenze bedeutet, dass jedem in Deutschland eingesetzten Zeitarbeitnehmer mindestens das in der Rechtsverordnung festgesetzte Mindeststundenentgelt für verleih- und verleihfreie Zeiten gezahlt werden muss (§ 10 Abs. 5 AÜG). Diese Lohnuntergrenze darf auch dann nicht unterschritten werden, wenn der für vergleichbare Arbeitnehmer gezahlte Lohn im Einsatzunternehmen niedriger ist als die durch Rechtsverordnung festgelegte Lohnuntergrenze.

Sieht ein Tarifvertrag eine unterhalb der Lohnuntergrenze liegende Entlohnung vor, hat gemäß § 10 Abs. 4 Satz 3 AÜG das Zeitarbeitsunternehmen dem Zeitarbeitnehmer für jede Arbeitsstunde das im Einsatzbetrieb für einen vergleichbaren Arbeitnehmer zu zahlende Arbeitsentgelt zu gewähren, d. h. es gilt der Gleichstellungsgrundsatz und nicht die Lohnuntergrenze. Über das Schicksal der weiteren tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen trifft § 10 Abs. 4 Satz 3 AÜG keine Aussage. Dies spricht dafür, dass diese Regelungen des Tarifvertrages weiter gelten. Regelungen, bspw. über höhere Lohngruppen, dürften damit ihre Gültigkeit behalten.

4. Inkrafttreten

Die gesetzlichen Änderungen sind am 30. April 2011 in Kraft getreten. Die Tarifvertragsparteien der Zeitarbeit haben bereits einen Antrag zur Festsetzung einer Lohnuntergrenze durch Rechtsverordnung gestellt.

II. Drehtürklausel

Mit der in §§ 3 Abs.1 Nr. 3 Satz 4, 9 Nr. 2 AÜG eingefügten Drehtürklausel soll auch gesetzlich verhindert werden, dass Arbeitnehmer aus dem Betrieb ausscheiden, um anschließend zu den Arbeitsbedingungen der Zeitarbeit als Zeitarbeitnehmer bei ihrem ehemaligen Arbeitgeber oder anderen konzernangehörigen Unternehmen eingesetzt zu werden (sog. Drehtüreffekt oder „sale and lease back“). In der Vergangenheit sind entsprechende Missbräuche publik geworden. Insbesondere durch die Vorgänge bei dem Drogeriediscounter Schlecker war die gesamte Zeitarbeitsbranche diskreditiert worden.² Die Tarifpartner der Zeitarbeit hatten bereits frühzeitig darauf reagiert und in allen Branchentarifverträgen Regelungen aufgenommen, die einen solchen missbräuchlichen Einsatz in der Zeitarbeit ausschließen.³ Der Gesetzgeber hat es gleichwohl als notwendig angesehen, diese Missbräuche auch gesetzlich auszuschließen. Dabei ist er allerdings über die tarifvertraglichen „Anti-Schlecker-Klauseln“ hinausgegangen.

² Vgl. BT-Drs. 17/426; BT-Drs. 17/551; BT-Drs. 17/1155; Böhm, DB 2010, 672 ff.; Böhm, DB 2010, 1350 ff.; Düwell/Dahl, DB 2010, 1759 ff.; Lembke, BB 2010, 1533 ff.

³ I. d. R. durch eine entsprechende Gestaltung der Geltungsbereiche, die eine Anwendung der Tarifverträge in einer solchen Fallkonstellation ausschließen.

1. Voraussetzungen der Drehtürklausel

Gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 4, 9 Nr. 2 AÜG gelten vom equal-pay-Grundsatz abweichende Tarifverträge nicht für

- Zeitarbeitnehmer, die
- in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher
- aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder bei einem Arbeitgeber, der mit diesem Einsatzbetrieb einen Konzern i. S. d. § 18 AktG bildet, ausgeschieden sind.

Im Unterschied zu tarifvertraglichen Regelungen gegen den Missbrauch kommt es bei der gesetzlichen Regelung nicht darauf an, ob der Zeitarbeitnehmer auf dem ursprünglichen oder einem mit diesem vergleichbaren Arbeitsplatz eingesetzt wird. Damit geht das Gesetz über das zur Verhinderung von Missbrauch Notwendige hinaus, denn nicht mit jedem Einsatz als Zeitarbeitnehmer im Ursprungsunternehmen bzw. -konzern, der innerhalb der ersten sechs Monate nach dem Ausscheiden erfolgt, liegt ein Missbrauch nahe. Zudem fehlt in der gesetzlichen Regelung die Möglichkeit, in arbeitsmarktpolitisch sinnvollen Konstellationen durch Tarifvertrag abweichende Regelungen zur Beschäftigungssicherung unter Rückgriff auf die Zeitarbeit treffen zu können.

a) Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis

Ein „Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis“ im Sinne der Norm dürfte in jeder Form der Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses vorliegen. Es spielt damit keine Rolle, ob es sich um eine Kündigung handelt oder dem Ganzen eine einvernehmliche Trennung zu Grunde liegt. Selbst wenn es der ausdrückliche Wunsch des Zeitarbeitnehmers war, aus dem Arbeitsverhältnis auszuschließen, wird dies – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – unter den Tatbestand der Drehtürklausel fallen.

Umgekehrt dürfte ein Ausscheiden auszuschließen sein, wenn das Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb oder dem anderen Konzernunternehmen noch fortbesteht, z. B. als ruhendes Arbeitsverhältnis⁴ (bspw. im Fall der Elternzeit). Bei einem ruhenden Arbeitsverhältnis wird das Arbeitsverhältnis in seinem Bestand nicht berührt. Es entfallen lediglich die wechselseitigen Hauptpflichten wie die Arbeitspflicht und die Entgeltspflicht⁵ – sie ruhen.⁶

Fraglich ist, was im Falle des Ausscheidens bei Erreichen der Altersgrenze (Rentenzugang) gilt. Im Unterschied zu den o. g. Fallkonstellationen endet das Arbeitsverhältnis im Falle einer entsprechenden tarif- oder arbeitsvertraglichen Regelung mit Erreichen der Altersgrenze, ohne dass es einer weiteren Erklärung bedarf. Auch in diesen Fällen kann es aber vorkommen, dass Mitarbeiter nach Erreichen des Rentenalters eine andere Beschäftigung über Zeitarbeit bei ihrem bisherigen Arbeitgeber aufnehmen. Der Wortlaut der Drehtürklausel spricht für deren Anwendung in diesen Konstellationen. Allerdings sprechen Sinn und Zweck der Regelung und die Gesetzesbegründung⁷ dagegen. So kann es eine „Drehtür“ eigentlich nur dort geben, wo es einen rechtlichen Anspruch auf Fortbestehen des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses gegeben hat. Die Zielsetzung der Drehtürklausel, vor einem Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung zu schützen, ist in dieser Situation einer anderen Beschäftigung des Mitarbeiters nach Erreichen seiner Altersgrenze aber wohl kaum denkbar.

Ein früheres Arbeitsverhältnis ist einem früheren Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb oder einem mit diesem verbundenen Konzernunternehmen nicht gleichzusetzen. Dieses Ergebnis wird auch durch die Tatsache bestätigt, dass der Diskussionsentwurf vom 4. Juni 2010 noch eine Drehtürklausel enthielt, die sowohl ein früheres Arbeits- als auch ein früheres Arbeitsverhältnis erfasste. Im Referenten- sowie im Regierungsentwurf wurde das frühere Arbeitsverhältnis gestrichen.

⁴ Vgl. Lembke, DB 2011, 414, 419.

⁵ Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Auflage (2011), Dörner/Gallner, § 15 BEEG, Rn. 25.

⁶ Vgl. BAG 10.5.1989 AP BerzGG § 15 Nr. 2; 10.2.1993 AP BerzGG § 15 Nr.7.

⁷ BT-Drs. 17/4804, 11.

b) Sechs-Monats-Frist

Die Drehtürklausel greift ein, wenn ein Zeitarbeitnehmer in einem entsprechenden Einsatzbetrieb eingesetzt wird und seit seinem Ausscheiden noch keine sechs Monate vergangen sind. Keine Anwendung findet sie, wenn der Einsatz erst sechs Monate nach dem Ausscheiden stattfindet.

Offen ist, ob die Beschränkung der Drehtürklausel weiter gilt, wenn der Einsatz innerhalb der Sechs-Monats-Frist beginnt und dann weiterläuft (Fall 1) bzw. ein anschließender Einsatz in einem anderen konzernzugehörigen Unternehmen erfolgt (Fall 2). Ebenso unklar ist die Behandlung der Fälle, in denen zunächst die Drehtürklausel greift, dann aber ein neuer Einsatz bei einem externen Unternehmen stattfindet (Fall 3). Es stellt sich die grundsätzliche Frage, ob die Drehtürklausel nur Wirkung für den jeweiligen Einsatz entfaltet oder ob sie für das gesamte Arbeitsverhältnis gilt.

In den ersten beiden Fallkonstellationen könnte gegen ein Abweichen vom equal-pay-Grundsatz auch nach Ablauf der Sechs-Monats-Frist der Wortlaut der Norm sprechen. Der Wortlaut der Drehtürklausel nennt keinen ausdrücklichen Zeitraum, für den der Ausschluss abweichender tarifvertraglicher Regelungen gelten soll. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber keine zeitliche Einschränkung vorgenommen hat, könnte für einen dauerhaften Ausschluss sprechen, so dass die Drehtürklausel eine Beschränkung für das gesamte Arbeitsverhältnis darstellt – unabhängig von einem Einsatzwechsel. Andererseits dürfte nach den sechs Monaten der Schutzzweck erreicht worden sein. Durch eine Sperrfrist von sechs Monaten werden Missbräuche wirksam verhindert und der Gesetzeszweck erfüllt. Schließlich könnte der Zeitarbeitnehmer für die ersten sechs Monate auch in einem anderen Einsatzbetrieb (außerhalb der Drehtürklausel) eingesetzt werden, um nach Ablauf der sechs Monate in den Konzern zurückgeholt zu werden.

Im dritten Fall, in dem der Zeitarbeitnehmer einen Einsatz innerhalb der Sechs-Monats-Frist in einem konzernzugehörigen Unternehmen beginnt und noch während der Frist in ein konzern-externes Unternehmen wechselt, dürfte die Drehtürklausel jedenfalls nach dem Wechsel in das konzern-externe Unternehmen ihre Wirkung verlieren. In diesen Fällen liegen nach dem Wortlaut der Drehtürklausel weder deren Voraussetzungen vor, noch liegt nach dem Wegfall der Konzern-Konstellation ein Sachverhalt vor, der mit der Norm verhindert werden soll. Allein das Argument, dass eine wirksame Sanktionierung und Abschreckung zur Verhinderung missbräuchlicher Praktiken nur mit einem dauerhaften Ausschluss der tarifvertraglichen Regelungen erreicht werden kann, dürfte zu weit gehen.

c) Konzernverhältnis zwischen früherem Arbeitgeber und Einsatzbetrieb

Die Drehtürklausel greift, wenn das vorherige Arbeitsverhältnis, aus dem der Zeitarbeitnehmer ausgeschieden ist, mit dem gleichen Einsatzbetrieb oder einem Arbeitgeber, der mit dem Einsatzbetrieb einen Konzern i. S. d. § 18 AktG bildet, bestand. Ein Konzern i. S. d. § 18 AktG setzt voraus, dass

- mindestens zwei rechtlich selbständige Unternehmen
- unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind.

Insbesondere die Frage nach der einheitlichen Leitung ist dabei sehr komplex und nicht immer einfach zu beurteilen. Ihre Beantwortung hängt von der Beurteilung ab, ob ein „Beherrschungsvertrag“ vorliegt oder von der Frage, ob das eine Unternehmen in das andere eingliedert ist (§ 18 Abs.1 Satz 2 AktG). In der Praxis bedeutet dies, dass vor jedem Einsatz geprüft werden muss, ob ein einzusetzender Zeitarbeitnehmer in den sechs Monaten zuvor nicht in einem mit dem Einsatzbetrieb verbundenen Konzernunternehmen beschäftigt war. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass Konzernverflechtungen i. S. d. § 18 AktG zumeist sehr komplex und selbst für Branchenkenner nur schwer auszumachen sind, dürfte dies – ohne Konzerninsiderwissen – für die Zeitarbeitsunternehmen nur schwer zu bewerkstelligen sein.

Hinzu kommt, dass sich Beteiligungsverhältnisse bzw. Unternehmenszusammenschlüsse/-trennungen stetig verändern können. Fraglich ist, wie mit Sachverhalten umzugehen ist, bei denen im o. g. Zeitraum von sechs Monaten z. B. aus „konzern-externen“ Unternehmen Konzernunternehmen werden bzw. umgekehrt. Denkbar wäre es, im ersten Fall – entsprechend des Gesetzeswortlauts – auf den Zeitpunkt, zu dem der Mitarbeiter ausgeschieden ist, abzustellen. Werden Unternehmen nach dem Ausscheiden des Mitarbeiters zu einem Konzern zusammengeschlossen und er als Zeitarbeitnehmer innerhalb der Frist von sechs Monaten eingesetzt, dürfte die „Drehtürregelung“ damit keine Anwendung finden. Mit Blick auf den Gesetzeszweck dürfte aber auch im umgekehrten Fall (bspw. wenn innerhalb der Sechs-Monats-Frist das Unternehmen, aus welchem der Zeitarbeitnehmer ausgeschieden ist, oder das Einsatzunternehmen nicht mehr dem Konzern-Verbund angehört) die Anwendung der Drehtürklausel vom Zeitpunkt der Umwandlung an ausgeschlossen sein. Da in diesen Fallkonstellationen mit Blick auf die jeweils betroffenen Unternehmen kein Konzern i. S. d. § 18 AktG mehr besteht, wird auch die Drehtürklausel ab dem Moment des „Auflösens“ des Konzerns bedeutungslos. Auch der Schutzzweck der Norm – Schutz vor konzern-internem Austausch von Stammarbeitsverhältnissen in Zeitarbeitsverhältnisse – kann von diesem Zeitpunkt an nicht mehr erreicht werden.

Praxistipp: Zeitarbeitsunternehmen sind auf die Kooperations- und Informationsbereitschaft der Zeitarbeitnehmer und der Einsatzunternehmen angewiesen. Das Zeitarbeitsunternehmen kann entsprechende Informationen aus den üblichen Personalunterlagen (z. B. Bewerbungsunterlagen mit Lebenslauf oder Personalfragebogen) oder z. B. durch einen speziellen Fragebogen oder einen Zusatz im Personalfragebogen erhalten. Ferner kann auch der Zeitarbeitnehmer selbst über ihm bekannte Informationen zu Unternehmen bzw. Unternehmensstruktur und seinen jeweiligen Einsätzen liefern. Dies könnte bspw. mit Hilfe einer arbeitsvertraglichen Regelung festgehalten werden. Ergänzend könnte auch in einem zweiten Schritt an das Einsatzunternehmen selbst herangetreten werden. Eventuell können hier auch (vor-)vertragliche Regelungen einen Lösungsansatz darstellen.

2. Rechtsfolge der Drehtürklausel

Die Drehtürklausel schließt den Einsatz von Zeitarbeit in den entsprechenden Fallkonstellationen auch innerhalb der Sechs-Monats-Frist nicht aus. Dadurch bleiben Zeitarbeitsunternehmen möglich, welche die Funktion eines konzern-internen Arbeitsamts, einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft oder eines Pools an Qualifizierten übernehmen, was in der Praxis insbesondere bei großen Konzernen vorkommt.⁸ Allerdings können in diesen Fällen zumindest innerhalb der Spanne von sechs Monaten (und eventuell auch darüber hinaus, vgl. 1. b)) keine vom equal-pay-Grundsatz abweichenden Tarifverträge angewendet werden. Auch ist zu beachten, dass gemäß § 1 Abs. 3 AÜG im Falle des Konzernprivilegs (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG) und der gelegentlichen Überlassung (§ 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG) die Drehtürklausel keine Anwendung findet, da die überwiegenden Regelungen des AÜG in diesen Fällen nicht anwendbar sind.

Die Regelung schließt nicht nur die Tarifverträge der Zeitarbeitgeberverbände aus. Auch spezielle Tarifverträge bspw. zur Beschäftigungssicherung im Zusammenhang mit Umstrukturierungen sind künftig nur noch eingeschränkt anwendbar. Aufgrund dieser Begrenzung könnte die konzern-interne Arbeitnehmerüberlassung – z. B. im Rahmen von *Vereinbarungen* zur Beschäftigungssicherung anstelle von Sozialplänen zur Verhinderung von Beschäftigungslosigkeit und zur sozialverträglichen Gestaltung wirtschaftlich und betrieblich notwendiger Personalanpassungen – wegen des verpflichtenden equal pay an Bedeutung verlieren.

Verstößt ein Zeitarbeitsunternehmen gegen die Drehtürklausel, ist gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG die beantragte Erlaubnis zu versagen. Eine bereits erteilte Erlaubnis

⁸ Lembke, DB 2011, 414, 419.

kann gemäß §§ 4, 5 AÜG zurückgenommen oder widerrufen werden. Ferner greift der neu eingefügte Ordnungswidrigkeitentatbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 7a AÜG ein.

3. Übergangsfrist

Die Drehtürklausel ist zwar erst zum 30. April 2011 in Kraft getreten, die Regelung entfaltet aber zum Teil rückwirkende Wirkung. Gemäß § 19 AÜG findet sie auf Arbeitsverhältnisse Anwendung, die ab dem 15. Dezember 2010 begründet wurden. Aber auch in diesen Fällen scheidet eine Anwendung von Tarifverträgen, die vom equal-pay-Grundsatz abweichen, erst aus, nachdem die Drehtürklausel am 30. April 2010 in Kraft getreten ist. Die Rückwirkung bezieht sich nur auf die Tatbestands- und nicht auf die Rechtsfolgende.⁹

III. Umsetzung der Zeitarbeitsrichtlinie

Die europäische Zeitarbeitsrichtlinie 2008/104/EG, die das Ziel der einheitlichen Mindeststandards in der Zeitarbeit in Europa verfolgt, ist am 5. Dezember 2008 in Kraft getreten und musste bis zum 5. Dezember 2011 ins nationale Recht umgesetzt werden. Das „Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ dient auch der Umsetzung dieser Richtlinie. Dabei gehen die Änderungen aber teilweise über das notwendige Maß hinaus.

1. „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“ statt „gewerbsmäßig“

In § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG wurde das Merkmal „gewerbsmäßig“ durch „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“ ersetzt. Die Anpassung wird wegen Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie als notwendig angesehen, da diese alle öffentlichen und privaten Zeitarbeitsunternehmen erfasst, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecke verfolgen oder nicht.

a) Bisher: „gewerbsmäßig“

Bisher gilt das AÜG für die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Gewerbsmäßig ist dabei im gewerberechtlichen Sinne zu interpretieren. Erfasst sind alle Fälle, in denen nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete Arbeitnehmerüberlassung erfolgt. Nach der bisherigen Rechtslage fehlt es am Merkmal der Gewerbsmäßigkeit, wenn Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer nur gelegentlich oder unentgeltlich an Dritte zur Arbeitsleistung überlassen. Nach der neuesten Rechtsprechung des BAG¹⁰ wurden allerdings mit Blick auf die konzern-interne Arbeitnehmerüberlassung Einschränkungen vorgenommen (vgl. Ausführungen unter III. 1. b)).

⁹ Dies ist die Rechtsauffassung der Bundesagentur für Arbeit, die in einer Weisung vom 2. Mai 2011 alle Regionaldirektionen über die Auslegung informiert hat.

¹⁰ BAG, Urteil v. 09.02.2011, 7 AZR 32/10.

b) Neu: „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“

Durch die Einführung des Merkmals „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“ kommt es zu einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs des AÜG. Konstellationen, die bisher nicht unter das AÜG fielen, müssen nun einer genauen Prüfung unterzogen werden.

Erlaubnispflichtig ist künftig grundsätzlich auch eine ohne Gewinnerzielungsabsicht oder eine nicht auf Dauer angelegte Arbeitnehmerüberlassung. Nach der Rechtsprechung des EuGH bedeutet wirtschaftliche Tätigkeit nicht allein „eigenwirtschaftliche Tätigkeit“, sondern meint allgemein „jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“¹¹. Der EuGH hat dabei ausdrücklich festgestellt, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit selbst dann bei fehlender Gewinnerzielungsabsicht vorliegen kann, wenn das Angebot mit dem von Wirtschaftsteilnehmern konkurriert, die den gleichen Zweck verfolgen.

Erfasst wird damit auch grundsätzlich die Arbeitnehmerüberlassung durch eine gemeinnützige Institution, wenn sie dabei in Konkurrenz zu anderen Zeitarbeitsunternehmen tritt und damit am Wirtschaftsverkehr teilnimmt.

Auch rein konzern-interne Personalführungsgesellschaften, die Zeitarbeitnehmer zum Selbstkostenpreis an andere Konzernunternehmen überlassen, fallen nach dem Willen des Gesetzgebers zukünftig unter den Anwendungsbereich des AÜG und benötigen eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG. Mit Blick auf die neueste Rechtsprechung des BAG, die für konzern-interne Personalführungsgesellschaften eine Gewinnerzielungsabsicht auch dann annimmt, wenn der angestrebte wirtschaftliche Vorteil bei der Konzernmutter oder bei dem konzernzugehörigen Einsatzbetrieb eintreten soll¹², dürften die Änderungen des AÜG in diesem Punkt nicht zu einer nennenswerten Verschärfung führen (vgl. auch unter III. 5. a)).

2. Einfügung des Tatbestandsmerkmals „vorübergehend“

In § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG wurde zur Klarstellung aufgenommen, dass die Überlassung von Arbeitnehmern an den Einsatzbetrieb „vorübergehend“ erfolgt. Hintergrund ist die Zeitarbeitsrichtlinie, die die Überlassung als „vorübergehend“¹³ definiert.

Mit der Einfügung des Satzes 2 ist zwar ein Redaktionsversehen verbunden, da die Zitierung des „Satzes 2“ in § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG (n. F.) anzupassen gewesen wäre („Satzes 3“). Gleichwohl hat dies ebenso wie für Inlandsfälle für Arbeitgeber mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedstaat des EWR keine Änderungen für die unter den bisherigen Voraussetzungen (§ 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG) weiterhin vom Anwendungsbereich des AÜG ausgenommene Abordnung von Arbeitnehmern zu einer Arbeitsgemeinschaft zur Folge.

Die Änderung hat zu der Diskussion geführt, ob damit eine Einschränkung gegenüber dem bisherigen Recht verbunden ist. Ansätze, nach denen die Arbeitnehmerüberlassung nur dann „vorübergehend“ wäre, wenn die Einstellung eines eigenen Arbeitnehmers auf diesem Arbeitsplatz durch einen sachlichen Grund i. S. v. § 14 TzBfG gerechtfertigt ist, sind ebenso verfehlt wie der Versuch, neu eingeführte Merkmale restriktiv im Sinne einer Rückkehr zu einer Höchstüberlassungsgrenze zu interpretieren.¹⁴

Ein Blick auf das deutsche System der Arbeitnehmerüberlassung, welches vom Arbeitgeberprinzip geprägt ist, wie auch die Historie des AÜG und seiner Änderungen, führen zu einem anderen Ergebnis. Die ursprünglich begrenzte Höchstüberlassungsdauer war zunächst mehrmals verlängert worden (zuletzt auf zwei Jahre) und schließlich im Rahmen der Hartz-Gesetze ganz beseitigt worden. Seitdem lässt das AÜG längerfristige und dauerhafte Überlassungen zu.¹⁵ Mit dem Merkmal „vorübergehend“ sollte keine neue Höchstüberlassungs-

¹¹ EuGH, Slg.2006, I-325, EuZW 2006, 306 (Cassa di Risparmio di Firenze).

¹² BAG, Urteil v. 09.02.2011, 7 AZR 32/10.

¹³ Art. 1 Abs.1 und Art. 3 Abs.1 lit. e Richtlinie 2008/104/EG.

¹⁴ Ulber, AiB, 2011, 351, 352; zur gesamten Diskussion vgl. Hamann, NZA 2011, 70 ff.

¹⁵ BAG, Beschluss v. 25.01.2005, 1 ABR 61/03.

dauer durch die Hintertür in das AÜG eingefügt werden.¹⁶ Hinzu kommt das Verständnis von „vorübergehend“ in der Gesetzesbegründung sowie in der Rechtsprechung.

a) Gesetzesbegründung

Der Gesetzgeber erklärt ausdrücklich, dass die Änderung lediglich zur Klarstellung erfolgt und stellt darauf ab, dass der Begriff in diesem Sinne als flexible Zeitkomponente zu verstehen ist und dass insbesondere auf genau definierte Höchstüberlassungsfristen verzichtet wurde.¹⁷ Auch die Zeitarbeitsrichtlinie schließt selbst längerfristige Einsätze nicht aus. Zudem enthält die endgültige Gesetzesbegründung anders als Formulierungen im Diskussionsentwurf keinen Hinweis mehr auf eine Beschränkung der Zeitarbeit auf bestimmte Zwecke.

b) Definition von „vorübergehend“ in der Rechtsprechung

Nach derzeitiger Rechtslage wird im Rahmen des Konzernprivilegs gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG „vorübergehend“ verstanden als jede „nicht als endgültig geplante Überlassung“.¹⁸ Selbst mehrjährige Überlassungen können danach „vorübergehend“ sein. Entscheidend ist, dass im Zeitpunkt der Überlassung feststehen muss, dass der Arbeitnehmer (irgendwann) zukünftig seine Arbeit (wieder) in der betrieblichen Organisation des Vertragsarbeitgebers erbringen soll.

c) „vorübergehend“ in der Praxis

Dem deutschen System der Arbeitnehmerüberlassung, nach dem das Zeitarbeitsunternehmen Arbeitgeber des Zeitarbeitnehmers ist und dies auch während der Überlassung bleibt, ist es im Übrigen immanent, dass irgendwann eine Rückkehr in den Verantwortungsbereich des Zeitarbeitsunternehmens erfolgt. Wenn keine anderen Anhaltspunkte vorliegen (z. B. Projektdauer) kann in der Praxis darüber hinaus auf Formulierungen im Arbeitsvertrag („Rückkehrklausel“) oder auch im Überlassungsvertrag abgestellt werden. Da bei einer echten Arbeitnehmerüberlassung eine Rückkehr grundsätzlich möglich sein muss, kann prinzipiell nicht von einer dauerhaften Überlassung ausgegangen werden. Dies gilt auch bei einer Überlassung, die zunächst auf unbestimmte Dauer vorgesehen ist.

Damit bleibt auch die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung – bei der eine Rückkehr nicht ausgeschlossen ist – möglich. Mangels gesetzlich angeordneter Rechtsfolgen hätte dies ansonsten zur Folge, dass gerade diese besonders schützenswerten Fälle aus dem Anwendungs- und damit auch Schutzbereich des AÜG ausgeklammert wären.

3. Ausnahme für „gelegentliche“ Arbeitnehmerüberlassung

Eine gewisse Korrektur der mit der Änderung verbundenen Ausweitung des Tatbestandsmerkmals „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“ statt „gewerbsmäßig“ soll mit einem neuen Ausnahmetatbestand in § 1 Abs. 3 Nr. 2 a AÜG erreicht werden.¹⁹ Danach ist die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern von der Anwendung des AÜG ausgenommen, sofern sie nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlas-

¹⁶ So bspw. auch Oberthür, ArbRB, 146 ff.

¹⁷ BT-Drs. 17/4804.

¹⁸ BAG, Beschluss v. 10.03.2004, 7 ABR 49/03, Rn. 19; Beschluss v. 20.04.2005, 7 ABR 20/04; Urteil v. 21.03.1990, 7 AZR 198/89; LAG Hessen, Urteil v. 26.05.2000, 2 Sa 423/99; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Auflage (2011); Wank, § 1 AÜG, Rn. 60; Hamann, in Schüren/Hamann, AÜG, 4. Auflage (2010), § 1 AÜG, Rn. 507.

¹⁹ BT-Drs. 17/4804.

sung eingestellt und beschäftigt wird. Wann die Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand vorliegen, lässt sich noch nicht abschließend beurteilen.²⁰

a) „gelegentlich“

Einen weiten Auslegungsspielraum lässt der Begriff „gelegentlich“ zu. Die Gesetzesbegründung macht aber deutlich, dass an die Auslegung strenge Anforderungen zu stellen sind und verweist dabei sowohl auf den Ausnahmecharakter der Norm als auch auf den Schutzzweck des AÜG. Mit der Ausnahmegesetzgebung sollen in Bezug sowohl auf den Zeitarbeiter als auch auf das überlassende Unternehmen gelegentlich auftretende Überlassungsfälle eingeklammert werden. Nach der Gesetzesbegründung ist diese Privilegierung vor dem Hintergrund der Ausweitung des Anwendungsbereichs des AÜG geboten, um z. B. die gelegentliche Überlassung durch Handwerksbetriebe oder gemeinnützige Organisationen nicht unnötig zu erschweren.²¹

Zur näheren Bestimmung könnte ggf. die Definition des Begriffs „gewerbsmäßig“ herangezogen werden, welche als Merkmal „auf gewisse Dauer angelegtes Handeln“ enthält und damit als Gegenteil von „gelegentlich“ verstanden werden könnte. Gewerberechtlich ist unter einem „auf gewisse Dauer angelegten Handeln“ eine nachhaltige, planmäßige, *nicht nur gelegentliche*, zufällige, auf lediglich vorübergehende Zeit ausgerichtete Tätigkeit zu verstehen.²² Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn Wiederholungsabsicht besteht. Eine solche ist indiziert, wenn die Tätigkeit entweder schon in der Vergangenheit wiederholt ausgeübt wurde oder wenn bei erstmaliger Vornahme objektive Anhaltspunkte dafür sprechen, dass sie wiederholt werden soll. Solche Anhaltspunkte können sich auch aus dem zeitlichen Rahmen oder dem äußeren Erscheinungsbild wie Umfang und Dauer der Tätigkeit, aber auch aus sonstigen Begleitumständen (Kundenwerbung, Schaffung oder Vorhalten von Kapazitäten, die Wiederholung oder Fortsetzung ermöglichen) ergeben.²³ Da ein „auf gewisse Dauer angelegtes Handeln“ danach sehr schnell begründet sein dürfte, bedeutet im Umkehrschluss für das Merkmal „gelegentlich“, dass der Anwendungsbereich eher beschränkt ist. Das Merkmal „gelegentlich“ ist damit wohl eher restriktiv auszulegen.

Für die Praxis bleibt bei der Anwendung dieser Norm vor dem Hintergrund der bestehenden Unklarheiten und der teilweise in der Literatur vertretenen Europarechtswidrigkeit eine gewisse Unsicherheit.

b) „nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt“

Ebenfalls unklar ist die Voraussetzung „nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt“. Eine sehr enge Auslegung könnte dazu führen, dass für die Ausnahmeregelung kein Anwendungsbereich bleibt, denn streng genommen ist jeder Zeitarbeiter bei einem Einsatz zum Zwecke der Überlassung „eingestellt und beschäftigt“. Da dem Gesetzgeber nicht der Erlass leerlaufender Vorschriften zu unterstellen ist, bedarf es somit einer entsprechenden Auslegung.

Eine entscheidende Rolle dürfte dem Merkmal „zum Zwecke“ zukommen. Erste Anhaltspunkte für die Interpretation des Merkmals kann die semantische Bedeutung des Wortes „Zweck“ liefern. Hiernach ist unter „Zweck“ der Beweggrund eines zielgerichteten Handelns bzw. Verhaltens zu verstehen. Das Ziel begründet dabei den Anlass zum Handeln. Dies macht deutlich, dass dem Merkmal „zum Zwecke“ immer auch eine Planungskomponente innewohnt, d. h. dass die Überlassung auf einem geplanten, zielgerichteten Handeln beruht.

²⁰ Soweit in der juristischen Literatur vertreten wird, die Vorschrift sei sogar europarechtswidrig (vgl. Lembke, DB 2011, 414, 416), wird die Reichweite der Richtlinie verkannt, die nur für Zeitarbeitsunternehmen gemäß Art. 1 der Richtlinie gilt.

²¹ BT-Drs. 17/4804.

²² Landmann/Rohmer/Kahl, GewO. Einl. Rn. 59 f.

²³ Hamann in Schüren/Hamann, § 1 AÜG, Rn. 257 ff. m.w.N.

Dies zugrunde gelegt, dürfte in Fällen, in denen der Arbeitnehmer nicht mit dem primären Ziel der Überlassung eingestellt worden ist, eine spätere Überlassung aber dennoch unter bestimmten Umständen in Betracht gezogen bzw. nicht von Anfang an ausgeschlossen wird, das Merkmal „zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt“ wohl eher nicht vorliegen.

Es wird damit auf den Geschäftszweck des jeweiligen Unternehmens abzustellen sein. Dabei ist allerdings zu beachten, dass auch bei sog. Mischbetrieben, die eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit mit eigenem Personal betreiben und gleichzeitig gezielt Mitarbeiter – meist innerhalb des Konzerns – verleihen, der Geschäftszweck (auch) auf die Arbeitnehmerüberlassung gerichtet ist.

Relativ eindeutig ist der Begriff „Einstellung“. Damit soll wohl auf die Begründung des Arbeitsverhältnisses abgestellt werden. Weniger klar ist hingegen der Begriff „beschäftigt“. Nach der Gesetzesbegründung soll mit dem Zusatz „und beschäftigt“ klargestellt werden, dass es nicht allein auf den bei Abschluss des Arbeitsvertrages festgelegten Leistungsinhalt ankommt, sondern auch darauf, dass die Arbeitnehmer später nicht zum Zwecke der Überlassung beschäftigt werden. Offen bleibt auf den ersten Blick, ob dabei die „Beschäftigung“ beim Arbeitgeber oder der spätere „Einsatz“ im Einsatzbetrieb gemeint ist. Mit Blick auf das übertragene Weisungsrecht im Fall der Arbeitnehmerüberlassung könnte „beschäftigt“ auch auf den Einsatzbetrieb bezogen werden. Dann wäre der Arbeitnehmer im Fall der Überlassung immer zum Zwecke der Überlassung beschäftigt. Es muss daher das Arbeitsverhältnis zum eigenen Arbeitgeber maßgeblich sein. Offen ist, auf welchen Zeitpunkt bezüglich der „Beschäftigung“ abzustellen ist, zumal sich derartige Fallkonstellationen oft über längere Zeiträume entwickeln und sich ggf. erst im Laufe der Zeit herausstellt, ob der Mitarbeiter auf längere Sicht zum Zwecke der Überlassung „beschäftigt“ wird oder nicht. Dies kann ggf. dazu führen, dass der Ausnahmetatbestand im Laufe der Zeit nicht mehr greift und der Sachverhalt zu einer erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung umschlägt.

Liegen die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung nicht vor, unterliegt die Arbeitnehmerüberlassung in vollem Umfang der Erlaubnispflicht – mit allen Konsequenzen bei einer Überlassung ohne entsprechende Überlassungserlaubnis. In der Praxis könnte es sich anbieten, in Zweifelsfällen mit der zuständigen Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit (BA) Kontakt aufzunehmen und sich rückzuversichern, um später keine bösen Überraschungen zu erleben. In Einzelfällen sollte ggf. vorsorglich eine Erlaubnis beantragt werden, um im Falle einer tatsächlich erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung u. a. die Fiktion gemäß §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG (Arbeitsverhältnis zwischen Zeitarbeiter und Einsatzbetrieb)²⁴ zu vermeiden.

4. Änderung bei der privilegierten konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung

Geändert wurde das sog. Konzernprivileg in § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG, bei dessen Vorliegen das AÜG in weiten Teilen keine Anwendung findet, insbesondere liegt keine Erlaubnispflicht des Zeitarbeitsunternehmens vor. Bisher war Voraussetzung für die erlaubnisfreie konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit „vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet“. Gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG soll zukünftig die konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung nur dann nicht vom AÜG erfasst werden, wenn der Arbeitnehmer „nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird“. Dies schränkt den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung im Vergleich zu der früheren Regelung erheblich ein. Auch hierzu wird bereits erwogen, dass die Neuregelung gegen die Zeitarbeitsrichtlinie, die keine Privilegierung der konzern-internen Arbeitnehmerüberlassung zulasse, verstoßen könnte.²⁵

²⁴ Auf diese Folge weist Düwell, DB 2011, 1520, 1521 hin.

²⁵ Lembke, DB 2011, S. 415.

a) Ausschluss von Personalführungsgesellschaften

Die Rechtsänderung stellt klar, dass die Privilegierung nicht für die Arbeitnehmerüberlassung durch reine Personalführungsgesellschaften gilt.²⁶ Dies entspricht allerdings ohnehin der bisherigen Rechtsprechung²⁷ und der Literatur, wonach Personalführungsgesellschaften auch nach bisheriger Rechtslage nicht unter das Konzernprivileg fallen. Vor diesem Hintergrund war die Gesetzesänderung überflüssig und ruft nur Verunsicherungen im künftigen Umgang mit der Privilegierung hervor.

b) „nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt“

Rechtsunsicherheit entsteht vor allem in Bezug auf die Voraussetzungen „nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt“ (vgl. III 3 b)). Die Überlassung an einen anderen Arbeitgeber – innerhalb wie außerhalb eines Konzerns – muss stets auf der vertraglichen Grundlage mit dem Arbeitnehmer erfolgen. Aus diesem Grund müssen in den Arbeitsverträgen Klauseln enthalten sein, welche den Einsatz in einem anderen Konzernteil grundsätzlich zulassen. Diese Versetzungsklauseln werden häufig aufgenommen, obwohl zum Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrags keine konkrete Überlassung in ein anderes Unternehmen des Konzerns vorgesehen ist. Versetzungsklauseln, die eine Arbeitnehmerüberlassung einschließen, sind heute zudem teilweise in Arbeitsverträgen enthalten und können – insbesondere in Mischbetrieben – nicht Auslöser für eine Erlaubnispflicht sein. Ziel des Arbeitgebers ist es, mit diesen Klauseln das Direktionsrecht zu erweitern. Mitnichten wird damit i. d. R. als (Haupt-)Zweck das Ziel der Überlassung verfolgt.

5. Fallkonstellationen

Anhand der folgenden Fallgruppen soll eine erste Hilfestellung zur Beurteilung verschiedener typischer Sachverhalte gegeben werden:

a) Konzern-interne Arbeitnehmerüberlassung mit Kostenerstattung

Laut der Gesetzesbegründung soll durch die neue Regelung „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“ klargestellt werden, dass konzerninterne Personalführungsgesellschaften, die Zeitarbeiter zum Selbstkostenpreis an andere Konzernunternehmen überlassen, nun eine Erlaubnis nach § 1 AÜG benötigen und die Vorgaben des AÜG (z. B. equal-pay/equal-treatment) beachten müssen.²⁸ Bisher waren nach der Rechtsprechung des BAG diese Fälle der Überlassung mangels Gewinnerzielungsabsicht nicht vom AÜG erfasst.²⁹ Allerdings hat das BAG nun mit einer Entscheidung vom Februar 2011³⁰ festgestellt, dass es bezüglich der Gewinnerzielungsabsicht nicht mehr allein auf die Personalführungsgesellschaft ankommt, sondern auf den gesamten Konzern. Dies hat zur Folge, dass nun diese Personalführungsgesellschaften dem Anwendungsbereich des AÜG unterliegen, wenn die Überlassung für das Unternehmen mit geringeren Kosten verbunden ist, als wenn das Arbeitsverhältnis mit dem zum Konzern gehörenden Einsatzbetrieb begründet wird. In der praktischen Anwendung bedeutet dies, dass das BAG die neue Gesetzesänderung bereits vorweggenommen hat und diese im Ergebnis nicht mehr zu einer nennenswerten Verschärfung führen wird.³¹ Personalführungsgesellschaften, die konzern-intern Arbeitnehmer überlassen, sollten angesichts des o. g. BAG-Urteils umgehend, spätestens zum 1. Dezember 2011 (Inkrafttreten der Änderungen), eine Verleiherlaubnis beantragen. Andernfalls droht bei tatsächlich erlaubnis-

²⁶ BT-Drs. 17/4804.

²⁷ BAG, Beschluss v. 20.04.2005, 7 ABR 20/04; Thüsing, AÜG, § 1 Rn. 199 m.w.N.

²⁸ BT-Drs. 17/4804.

²⁹ Bspw. BAG, Beschluss v. 20.04.2005, 7 ABR 20/04.

³⁰ BAG, Urteil v. 09.02.2011, 7 AZR 32/10.

³¹ Düwelling, DB 2011, 1520, 1521 (die Rechtsprechung hat die Gesetzesänderung „überholt“).

pflichtiger Arbeitnehmerüberlassung die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses gemäß §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 AÜG zwischen Zeitarbeiter und Einsatzbetrieb.³²

b) Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung zwischen Handwerksbetrieben

Betroffen von der Ausweitung des Anwendungsbereichs des AÜG sind Handwerksbetriebe. Unter die Erlaubnispflicht fallen wegen des Wegfalls des „gewerbsmäßig“ zukünftig auch Fälle, in denen z. B. ein Arbeitgeber einem Handwerkskollegen bspw. aus kollegialer Verbundenheit einen seiner Arbeitnehmer für eine kurze Zeit gegen Kostenerstattung zur Arbeitsleistung überlässt, damit der Kollege seinen Auftrag fristgerecht erledigen kann. Mit Blick darauf soll der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG insbesondere die Fälle der gelegentlichen Arbeitnehmerüberlassung durch Handwerksbetriebe vom Anwendungsbereich des AÜG wieder ausnehmen. Als Beispiel wird auch in der Gesetzesbegründung die Überlassung durch Handwerksbetriebe zur Abdeckung eines kurzfristigen Spitzenbedarfs eines anderen Unternehmens genannt.³³

c) Gemeinnützige Arbeitnehmerüberlassung

Ebenfalls von der Neuregelung betroffen sind gemeinnützige Unternehmen und Institutionen wie bspw. Projekte zur Integration von Menschen mit schwerer Behinderung nach § 132 ff. SGB IX. Auch diese Gruppe war bisher vom Anwendungsbereich des AÜG ausgespart, da es bezüglich der Arbeitnehmerüberlassung an einer Gewinnerzielungsabsicht fehlte, wenn mit der Überlassung unmittelbar gemeinnützige, karitative, wissenschaftliche oder sonstige ideelle Zwecke verfolgt wurden. Grundsätzlich bedarf es für solche Integrationsprojekte, die im Rahmen der gemeinnützigen Arbeitnehmerüberlassung besonders betroffener schwerbehinderter Menschen qualitativ hochwertige Begleitung und Unterstützungsleistungen anbieten, einer Ausnahmeregelung i. S. v. Art. 1 Abs. 3 der Zeitarbeitsrichtlinie.

Werkstätten für Menschen mit Behinderungen (WfbM) dürften nur dann von der Neuregelung tangiert werden, wenn sie die Menschen mit Behinderung bei einer Beschäftigung auf ausgelagerten Arbeitsplätzen in einem regulären Arbeitsverhältnis beschäftigen und diese auch daher tatsächlich einen Arbeitnehmerstatus haben und nicht - wie häufig der Fall - in einem arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnis beschäftigt sind. Im Fall des arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisses dient die Beschäftigung der Rehabilitation des behinderten Menschen im Rahmen des gesetzlichen Rehabilitationsauftrages der Werkstatt nach § 136 SGB IX. Es geht daher nicht um die Erbringung einer Arbeitsleistung nach Weisung des Betriebsinhabers, weshalb das AÜG hier keine Anwendung findet. Denn das AÜG erfasst nur die Überlassung von Arbeitnehmern.

d) Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen von Betriebsübertragungen

Es gibt Fälle, in denen Betriebe bzw. Betriebsteile übertragen bzw. Aufgaben ausgelagert werden und dabei Beschäftigte beim bisherigen Arbeitgeber verbleiben, aber gleichwohl beim Erwerber/Auftragnehmer zum Einsatz kommen. Die Arbeitsverhältnisse dieser Beschäftigten werden nicht übertragen, obwohl die konkrete Beschäftigung zukünftig nur noch beim neuen Unternehmen erfolgen soll und das Weisungsrecht entsprechend beim Erwerber liegt. Dafür werden von diesem die Personalkosten regelmäßig erstattet. Meist erfolgt dieses Vorgehen im Interesse der Beschäftigten, denen auf diese Weise die Besitzstände wie z. B. Pensionsansprüche unverändert bewahrt werden sollen. Entsprechende Fallkonstellationen erfolgen dementsprechend regelmäßig auch auf Basis eines Vertrages mit den jeweiligen Sozialpartnern. Da regelmäßig keine Rückkehr auf einen „normalen“ Arbeitsplatz beim bis-

³² Auf diese Folge weist auch Düwell, DB 2011, 1520, 1521 hin.

³³ BT-Drs. 17/4804.

herigen Arbeitgeber geplant ist, stellt sich die Frage, ob es sich in diesen Fällen um eine „vorübergehende“ Überlassung im Sinne des AÜG handelt.

Nach der Neuregelung liegt – auch wenn die Überlassung zu Selbstkosten erfolgt – zweifelsfrei eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des AÜG vor. Mit Blick darauf, dass das Arbeitsverhältnis zum bisherigen Arbeitgeber bestehen bleibt und damit eine Rückkehr in dessen Verantwortungsbereich zumindest jederzeit möglich ist, ist die Überlassung auch vorübergehend. Es handelt sich damit um eine erlaubnispflichtige, aber auch erlaubnisfähige Form der Arbeitnehmerüberlassung.

6. Neue Informationspflicht des Einsatzbetriebes über freie Arbeitsplätze

Gemäß dem ab 1. Dezember 2011 geltenden § 13a AÜG ist der Einsatzbetrieb verpflichtet, den Zeitarbeiter über Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, zu informieren.

§ 13a AÜG begründet damit eine neue mit Bürokratie verbundene Informationspflicht. Eine vergleichbare Regelung enthält § 18 TzBfG, wonach der Arbeitgeber befristet Beschäftigte über zu besetzende entsprechende unbefristete Arbeitsplätze zu informieren hat.

a) Inhalt und Form der Informationspflicht

Die Information kann durch allgemeine Bekanntgabe an einer geeigneten, dem Zeitarbeiter zugänglichen Stelle im Betrieb und Unternehmen des Einsatzbetriebes erfolgen. Als Form der Bekanntgabe kommt beispielsweise der Aushang am Schwarzen Brett³⁴ oder die Bekanntgabe im Intranet, in Mitarbeiterzeitungen oder per Rundmails in Betracht, soweit die Zeitarbeiter hierzu Zugang haben.³⁵ Der Wortlaut des § 13a AÜG gibt keine Auskunft über den erforderlichen Inhalt der Informationspflicht. Aus der Information sollte aber hervorgehen, um welchen Arbeitsplatz es sich handelt und welche Anforderungen der Bewerber erfüllen muss.³⁶

b) Umfang der Informationspflicht

Nach dem Wortlaut der Norm bestehen keine Beschränkungen. Die Informationspflicht würde danach grundsätzlich für befristete- und unbefristete Teilzeit- und Vollzeitstellen gelten. Ferner entsteht sie nach dem Wortlaut bei jeder zu besetzenden Stelle unabhängig davon, ob die Qualifikation der im Betrieb tätigen Zeitarbeiter für die zu besetzende Stelle überhaupt ausreichend ist oder ob die Stelle auch für die Stammbesetzung zugänglich ist oder nicht. Ob sich die Pflicht tatsächlich auf alle offenen Stellen bezieht, muss allerdings bezweifelt werden, z. B. wenn eine Stelle als Führungskraft zu besetzen ist und Zeitarbeiter nur als Helfer im Betrieb eingesetzt sind.

Eine restriktive Auslegung der für die Zeitarbeit untypischen Regelung – direkte Ansprüche des Zeitarbeitnehmers gegen den Einsatzbetrieb sind mit Blick auf das Arbeitgeberprinzip in Deutschland systemfremd – liegt nahe. Dafür spricht auch der Vergleich mit der ähnlich gelagerten Vorschrift des § 18 TzBfG, der die Informationspflicht auf „entsprechende“ Arbeitsplätze beschränkt. Hiernach muss der befristet beschäftigte Arbeitnehmer für die Besetzung der freien Stelle aus objektiver Sicht persönlich und fachlich in Betracht kommen.³⁷ Es geht um die weitest gehende Gleichstellung der Zeitarbeiter mit der Stammbesetzung. Das Recht des Zeitarbeitnehmers auf Information über freie Stellen kann aber nicht weiter gehen als das des Stammmitarbeiters. Es kann daher vertreten werden, dass betriebliche Regelungen z. B. über die örtliche Ausschreibungspflicht, Bewerberkreis, Ausschreibungsverzichte sowie Auswahlkriterien zu beachten sind. Für eine solche Beschränkung spricht auch die

³⁴ Vgl. BT-Drs. 17/4804

³⁵ Zimmermann, ArbRAkuell, 264 ff.

³⁶ So auch Lembke, NZA 2011, 319 ff.

³⁷ Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 11. Auflage (2011), Müller-Glöge, § 18 TzBfG, Rn. 1.

Zeitarbeitsrichtlinie. Deren ausdrückliches Ziel ist es, zwischen Zeitarbeitnehmern und übrigen Arbeitnehmern des Unternehmens eine Chancengleichheit auf einen unbefristeten Arbeitsplatz zu schaffen.³⁸ Demgegenüber würde ein weiteres Verständnis zu einer Besserstellung – und keiner Gleichstellung – der Zeitarbeitnehmer führen. Es gibt auch Konstellationen, in denen eine automatische Gleichbehandlung von Zeitarbeitnehmern und Stammbeschäftigten nicht sachgerecht wäre, bspw. wenn eine Stelle nur mit einem internen Bewerber, der umgesetzt werden soll, besetzt werden kann. Die Auferlegung einer Informationspflicht auch gegenüber Zeitarbeitnehmern würde in diesen Fällen zu unnötiger Bürokratie führen.

c) Räumliche Weite der Informationspflicht

Fraglich ist die räumliche Weite der Informationspflicht. Der Gesetzeswortlaut spricht von Arbeitsplätzen des Entleihers. In einer ursprünglich vorgesehenen Formulierung war an dieser Stelle noch von Unternehmen die Rede. Dies spricht für eine einschränkende Auslegung, da die Identifizierung des Entleihers im Regelfall über die Zuordnung der Betriebsstätte, in der der Zeitarbeitnehmer eingesetzt wird, zu einem bestimmten Betriebsinhaber erfolgt.³⁹ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Informationspflicht nach § 18 TzBfG ohne ausdrückliche Erwähnung des Begriffs „Unternehmen“ nach der überwiegenden Auffassung auf das gesamte Unternehmen erstreckt wird und nicht auf den Betrieb begrenzt ist, in dem der befristet Beschäftigte tätig ist.

d) Rechtsfolgen

Aus der Informationspflicht gemäß § 13a AÜG folgt kein Recht auf eine bevorzugte Einstellung bzw. Besetzung offener Stellen mit Zeitarbeitnehmern ggf. sogar vor Stammmitarbeitern. Der Arbeitgeber entscheidet – im Rahmen der Gesetze – nach freiem Ermessen.⁴⁰ Die Informationspflicht steht daher auch nicht einer gleichzeitigen externen Stellenausschreibung entgegen.⁴¹

Allerdings können aufgrund des Charakters der Norm als durchsetzbarer Rechtsanspruch Schadensersatzansprüche entstehen. Hierbei gilt der Grundsatz der Naturalrestitution, so dass der Zeitarbeitnehmer nur verlangen kann, so gestellt zu werden, als hätte das Einsatzunternehmen die Informationspflicht ordnungsgemäß erfüllt; dann hätte sich der Zeitarbeitnehmer lediglich bewerben können, ein Einstellungsanspruch besteht nicht.⁴² Die Nichtbeachtung der Informationspflicht ist eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 9 AÜG und kann durch Bußgeld von bis zu 2.500 Euro geahndet werden.

7. Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten

Der Einsatzbetrieb hat gemäß dem ab dem 1. Dezember 2011 geltenden § 13b AÜG dem Zeitarbeitnehmer Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie vergleichbaren im Betrieb angestellten Arbeitnehmern. Vereinbarungen, die diesen Zugang für Zeitarbeitnehmer beschränken, sind gemäß § 9 Nr. 2a AÜG unwirksam. Ein entsprechender Anspruch des Zeitarbeitnehmers scheidet allerdings aus, wenn eine unterschiedliche Behandlung zwischen dem Zeitarbeitnehmer und den Arbeitnehmern des Einsatzbetriebes sachlich gerechtfertigt ist.

§ 13b AÜG begründet wie § 13a AÜG einen eigenen, einklagbaren Anspruch gegen den Einsatzbetrieb. Kommt der Einsatzbetrieb dem Zugangsanspruch nicht nach, könnten zusätzlich Schadensersatzansprüche des Zeitarbeitnehmers entstehen, z. B. wenn der Zeitar-

³⁸ RL 2008/104/EG, Art. 6 Abs. 1.

³⁹ Anders: Zimmermann, a.a.O.

⁴⁰ Zimmermann, a.a.O.

⁴¹ Zimmermann, a.a.O.

⁴² Vgl. Zimmermann, a.a.O.

beitnehmer nicht zur Kantine zugelassen wurde und sich außerhalb des Betriebes eine teurere Mittagsmahlzeit leisten musste.⁴³

Fraglich ist, was alles zu Gemeinschaftseinrichtungen i. S. d. Norm zählt. Das Gesetz erwähnt in § 13b Satz 2 AÜG in Anlehnung an die Richtlinie – Betreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel. Was darüber hinaus genau unter „Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten“ zu verstehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln.

a) Gemeinschaftseinrichtungen und -dienste

Die Vorschrift des § 13b AÜG hat Ausnahmecharakter, weil sie entgegen der Konstruktion des Vertragsverhältnisses mit dem Zeitarbeitsunternehmen einen direkten Anspruch des Zeitarbeitnehmers gegen den Einsatzbetrieb kreiert. Sie ist deshalb eng auszulegen. Dies muss umso mehr gelten, als ein Verstoß gegen § 13b AÜG eine Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 10 AÜG darstellt, die mit einer Geldbuße von bis zu 2.500 Euro geahndet werden kann.

aa) Auslegung des § 13b AÜG

In der englischen und französischen Sprachfassung heißen die Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste „amenities or collective facilities“ und „installations et equipment collectifs“.

Daraus, aus der gebotenen engen Auslegung der Norm und in Anlehnung an die drei Leagalbeispiele dürfte sich ergeben, dass unter „Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten“ nur mit einer bestimmten Ausstattung versehene bewegliche oder unbewegliche Sachen des Einsatzbetriebes oder mit bzw. an diesen Sachen erbrachte Leistungen fallen, die der Einsatzbetrieb auf Dauer einer Gemeinschaft seiner Arbeitnehmer zur Verfügung stellt.⁴⁴ Davon erfasst würden z. B. betriebliche Erholungsheime, Sportanlagen, Werkmietwohnungen, Parkplätze, Kantinen, Kindergärten/Kitas sowie Fahrdienste zum Transport von Arbeitnehmern⁴⁵, nicht aber – mangels Dauerhaftigkeit – Betriebsausflüge und Betriebsfeiern im Einsatzbetrieb.⁴⁶

bb) Keine Leistungen mit Entgeltcharakter

Unter den Anwendungsbereich des § 13b AÜG dürften keine individuelle Leistungen mit Entgeltcharakter – bspw. Regelungen zur Betriebstreue oder Boni-Regelungen – fallen.⁴⁷ Für dieses Ergebnis spricht bereits die Systematik des Gesetzes. Denn für diese Leistungen folgt aus § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG und § 10 Abs. 4 AÜG der Anspruch des Zeitarbeitnehmers (equal-pay/equal-treatment). Dieser Anspruch bezieht sich auf alle wesentlichen Arbeitsbedingungen des vergleichbaren Arbeitnehmers einschließlich des Entgelts. Eine Doppelung dieser Ansprüche durch § 13b AÜG wäre widersprüchlich, zumal § 13b AÜG keine Möglichkeit vorsieht, durch Tarifvertrag Abweichendes zu regeln. Deshalb dürften vom Einsatzbetrieb an seine Arbeitnehmer gewährte Geldleistungen wie z. B. Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, Essenzuschuss, Fahrkostenzuschuss, Mietkostenzuschuss oder Geldsurrogate wie Gutscheine (Essensgutscheine, Tankgutscheine) nicht unter § 13b AÜG fallen.

cc) Steuerrechtliche Folgeprobleme

Als Folgeproblem stellt sich die Frage nach der steuerlichen Behandlung der im Rahmen

⁴³ Vgl. zu diesem Beispiel: Leuchten, NZA 2011, 608 ff.; Ralf, GWR 2011, S. 303 ff.

⁴⁴ Zum Begriff vgl. auch Lembke, NZA 2011, 319, 323; Zimmermann, a.a.O.

⁴⁵ Vgl. zum Katalog der Gemeinschaftseinrichtungen und -dienste: Hamann, NZA 2011, 70 ff.; Leuchten, a.a.O.; Ralf, a.a.O.

⁴⁶ Vgl. Zimmermann, ArbRAktuell, 264 ff.

⁴⁷ Lembke, DB 2011, 414 ff.

dieser Regelung gewährten (Sach-) oder sonstigen Leistungen des Einsatzbetriebes an den Zeitarbeitnehmer. Diese belegt, dass der neu geschaffene Anspruch ein Fremdkörper im deutschen Recht ist.

Bei den Zuwendungen kann es sich um steuerrechtlich relevante „geldwerte Vorteile“ handeln (§ 8 EStG). Diese sind lohnsteuerpflichtig, soweit bestimmte Freigrenzen (§ 8 Abs. 2 und 3 EStG) nicht überschritten werden. Unabhängig von der Frage, wie die verschiedenen Leistungen im Einzelnen zu bewerten sind und inwieweit die Möglichkeit der pauschalen Versteuerung (§ 40 EStG) gegeben ist, stellt sich vor allem das Problem der grundsätzlichen steuerrechtlichen Einordnung und seiner praktischen Umsetzung im Dreiecksverhältnis Zeitarbeitsunternehmen – Zeitarbeitnehmer – Einsatzbetrieb. Insbesondere stellt sich die Frage nach der lohnsteuerrechtlichen Einordnung der durch den Einsatzbetrieb gewährten Leistungen, da bisher zwischen dem Zeitarbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb überhaupt keine lohnsteuerrechtliche Verbindung besteht und die Berechnung und Abführung der Lohnsteuer von dem Arbeitgeber des Zeitarbeitnehmers und somit dem Zeitarbeitsunternehmen vorgenommen wird.

Zudem stellt sich die Frage, wie das Zeitarbeitsunternehmen von der Höhe der Leistungen Kenntnis erlangt, um die lohnsteuerrechtliche Bewertung und Berechnung vornehmen zu können. Einen dahingehenden Auskunftsanspruch des Zeitarbeitsunternehmens gegenüber dem Einsatzbetrieb sieht das Gesetz zumindest nicht vor. Eine mögliche Lösung wäre die vertragliche Vereinbarung von entsprechenden Informationspflichten zwischen Zeitarbeitsunternehmen und Einsatzbetrieb. Insgesamt ist wichtig, dass diesbezügliche Lösungsansätze so unbürokratisch wie möglich ausgestaltet werden.

dd) Sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung

Der Anspruch aus 13b AÜG besteht dann nicht, wenn eine unterschiedliche Behandlung des Zeitarbeitnehmers aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist. Als Beispiel für einen solchen rechtfertigenden sachlichen Grund wird in der Gesetzesbegründung ein unverhältnismäßig hoher Organisations- bzw. Verwaltungsaufwand im Verhältnis zur Einsatzdauer genannt. Diese Einschränkung, nach der eine unterschiedliche Behandlung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist, darf jedoch nicht an die Eigenschaft „Zeitarbeitnehmer“ geknüpft sein.⁴⁸

In der Praxis werden die Differenzierungsgründe vor allem aus der Organisation der Gemeinschaftseinrichtung folgen. So ist es bspw. nachvollziehbar, dass Werkskindergärten bestimmte Anmelde- und Wartezeiten aufweisen, die von Zeitarbeitnehmern mit ggf. eher kurzen Arbeitseinsätzen von einigen Wochen/Monaten nicht eingehalten werden können. Auch Kapazitätsgrenzen dürften hier eine große Rolle spielen, denn es wird vertreten, dass der Einsatzbetrieb zur Erweiterung des Angebots nicht verpflichtet ist.⁴⁹ Immer wenn zusätzliche Gruppen einbezogen werden, müsste das Angebot i. d. R. erweitert werden, um allen Mitarbeitern – Stammarbeitnehmern wie Zeitarbeitnehmern - den Zugang gewähren zu können. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber nicht nur Räume (Einrichtungen) zur Verfügung stellt, sondern für diese auch besondere Bedingungen wie z. B. vergünstigtes Essen gelten. Insbesondere in Fällen, in denen die Einbeziehung von Zeitarbeitnehmern in den begünstigten Personenkreis sich aus tatsächlichen Gründen nicht ohne weiteres umsetzen lässt – bspw. weil es sich um mit externen Anbietern ausgehandelte Konditionen für eine fest definierte Gruppe handelt – könnte eine sachliche Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung in Betracht gezogen werden.

Problematisch sind die Auswirkungen der Regelung auf Betriebsvereinbarungen. Der Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten ist häufig in Betriebsvereinbarungen geregelt. Diese finden nicht zwingend auch auf Zeitarbeitnehmer Anwendung. Nach § 9 Nr. 2a AÜG sind Vereinbarungen, die den Zugang des Zeitarbeitnehmers entgegen

⁴⁸ Vgl. hierzu allein Hamann a.a.O.

⁴⁹ So auch Hamann, EuZA 2009, 287, 319.

§ 13b AÜG beschränken, unwirksam. Im Umkehrschluss würde dies bedeuten, dass der Geltungsbereich von diesbezüglichen Betriebsvereinbarungen automatisch erweitert und dadurch in die betriebliche Mitbestimmung eingegriffen wird. Dies widerspricht der gesetzlichen Systematik der Mitbestimmung in Deutschland. Auch liegt insbesondere den Betriebsvereinbarungen zumeist ein bestimmter Etat betrieblicher finanzieller Mittel zugrunde, um die Gemeinschaftseinrichtungen und –dienste zu finanzieren.

Im Falle einer sachlich gerechtfertigten Ungleichbehandlung scheidet Ausgleichszahlungen des Zeitarbeitnehmers für die damit entgangenen Nutzungen aus.⁵⁰ Anderenfalls hätte ein entsprechender Anspruch in § 13b AÜG ausdrücklich geregelt werden müssen. Nach der bestehenden Systematik entsteht der Zugangsanspruch erst gar nicht, so dass auch eine Ersatzzahlung ausscheidet.

b) Fallkonstellationen

aa) Kindergärten, Werkwohnungen etc.

Unstreitig unter den Begriff der Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste dürften neben den bereits im Gesetzeswortlaut enthaltenden Beispielen Erholungsheime, Sportanlagen, Werksmietwohnungen, Parkplätze oder betriebseigene Tankstellen fallen. I. d. R. wird den Zeitarbeitnehmern in gleicher Weise der Zugang zu diesen Einrichtungen zu gewähren sein, unter denen er auch den Arbeitnehmern des Einsatzbetriebes gewährt wird. Werden bspw. Essensgutscheine ausgegeben, wenn es am betreffenden Standort keine Kantine für die Stammebelegschaft gibt, wäre der „Ersatz“ für die Gemeinschaftsverpflegung wohl unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie zu der Einrichtung selbst. Gewährt der Arbeitgeber hingegen einen finanziellen Essenszuschuss unmittelbar an seine Arbeitnehmer, dürfte ein entsprechender Anspruch der Zeitarbeitnehmer wegen des Entgeltcharakters dieser Leistung ausscheiden.

bb) Schulungen

Schulungen, die vom Einsatzbetrieb seinen Arbeitnehmern angeboten werden, dürften nicht von § 13b AÜG erfasst werden. Für dieses Ergebnis spricht, dass Art. 6 Abs. 5 der Zeitarbeitsrichtlinie Fort- und Weiterbildungsangebote separat regelt. Die abschließende Regelung in dieser Vorschrift lässt den Schluss zu, dass der Begriff nicht in Art. 6 Abs. 4 der Richtlinie enthalten ist, vielmehr durch Art. 6 Abs. 5 Zeitarbeitsrichtlinie eine abschließende Sondervorschrift getroffen worden ist. Zweifelsfrei gilt dies für externe Schulungsmaßnahmen, da es sich dann nicht mehr um Einrichtungen des Einsatzbetriebes handelt.⁵¹

cc) Betriebliche Altersvorsorge

Die Frage nach dem Zugang zur betrieblichen Altersvorsorge im Einsatzbetrieb dürfte sich in der Praxis bereits in vielen Fällen nicht stellen, weil diese auch den Arbeitskräften des Einsatzbetriebes regelmäßig erst nach einer längeren Wartezeit gewährt wird. In den meisten Fällen wird die Einsatzzeit des Zeitarbeitnehmers diese nicht überschreiten.

Aber auch darüber hinaus dürfte ein Anspruch des Zeitarbeitnehmers ausscheiden, da die Altersvorsorge regelmäßig Entgeltcharakter hat. Eine solche Zuordnung liegt insbesondere nahe, wenn die Finanzierung der betrieblichen Altersvorsorge im Wesentlichen auf Leistungen des Arbeitgebers beruht. Allenfalls dann, wenn es sich um das Angebot des Arbeitgebers an seine Beschäftigten handelt, durch eigene Beiträge in die betriebliche Altersvorsorge für die eigene Alterssicherung vorzusorgen, könnte die Annahme eines Gemeinschaftsdiens-

⁵⁰ Vgl. dazu Lembke, BB 2010, 1533, 1540 ff.

⁵¹ So Lembke, NZA 319, 324.

tes im Sinne des § 13b AÜG in Betracht kommen. Allerdings stellt sich dann die Frage, ob nicht in vielen Fällen wegen des mit der Einbeziehung der Zeitarbeitnehmer verbundenen unverhältnismäßigen Aufwands eine Ungleichbehandlung ausnahmsweise gerechtfertigt ist oder weil es dem Einsatzbetrieb wegen der Beteiligung Dritter (Anbieter) regelmäßig nicht möglich ist, den Zugang allein zu gewähren.

dd) Verträge mit externen Anbietern

Verträge des Einsatzbetriebes mit externen Anbietern, die einen Anspruch auf individuelle Leistungen geben (z. B. besondere Versicherungskonditionen), dürften wohl nicht unter die Definition von „Gemeinschaftseinrichtungen“ fallen. Hier hat nicht nur der Einsatzbetrieb, sondern auch der jeweilige externe Vertragspartner auf eine fest definierbare Gruppe („Stammebelegschaft“) Bezug genommen. Die Leistung kann auch nicht einseitig durch den Einsatzbetrieb beeinflusst werden. Im Ergebnis würde anderenfalls in ein Vertragsverhältnis zu Dritten eingegriffen werden.

ee) Sonstige Vergünstigungen des Arbeitgebers

Fraglich ist, ob auch sonstige Vorteile des Stammarbeitnehmers, die ihm von seinem Arbeitgeber eingeräumt werden, gemäß § 13b AÜG an Zeitarbeitnehmer zu leisten sind. Dabei handelt es sich bspw. um die Möglichkeit zum vergünstigten Einkauf im Werk bzw. die Möglichkeit der Nutzung von Leistungen des Unternehmens zu ermäßigten Konditionen. Zielen diese Leistungen des Unternehmens an seine Mitarbeiter eindeutig darauf, diese an das Unternehmen zu binden, dürfte – wenn der Anspruch nicht bereits am Entgeltcharakter der Leistung scheitert – im Hinblick auf einen Anspruch des Zeitarbeitnehmers eine sachliche Rechtfertigung dafür vorliegen, die Zeitarbeitnehmer von einer entsprechenden Leistung auszuschließen.

8. Unzulässigkeit von Vereinbarungen über Vermittlungsvergütungen

Nach § 9 Nr. 5 AÜG sind Vereinbarungen, nach denen der Zeitarbeitnehmer eine Vermittlungsvergütung an das Zeitarbeitsunternehmen zu zahlen hat, unwirksam. Diese Neuregelung hat lediglich Klarstellungsfunktion, da bereits nach geltendem Recht in Auslegung des § 9 Nr. 4 AÜG anerkannt ist, dass entsprechende Vereinbarungen über Vermittlungsprovisionen unzulässig sind. Die praktischen Auswirkungen dieser Änderung des AÜG sind damit sehr gering.

9. Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen

Der neue § 10 Abs. 4 AÜG enthält in Satz 1 das equal-pay/equal-treatment-Gebot für den Fall, dass keine abweichende tarifvertragliche Regelung besteht. Nach Satz 2 wird das Zeitarbeitsunternehmen verpflichtet, die nach dem Tarifvertrag (aufgrund § 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG) geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren. Satz 3 regelt für den Fall der tariflichen Entlohnung, bei der das durch Rechtsverordnung festgelegte Mindeststundenentgelt unterschritten wird, dass das Zeitarbeitsunternehmen den Zeitarbeitnehmer nach dem equal-pay-Grundsatz zu entlohnen hat. Nach der Gesetzesbegründung bedurfte es einer solchen ausdrücklichen Regelung der Verpflichtung des Zeitarbeitsunternehmens im Gesetz, um bestimmte Verpflichtungen mit einem Bußgeld ahnden zu können. Dies gilt auch, wenn die Vereinbarung zwischen Zeitarbeitnehmer und Zeitarbeitsunternehmen nach § 9 Nr. 2 AÜG unwirksam ist. Darüber hinaus ist in diesen Fällen auch der equal-treatment-Grundsatz einzuhalten.

Dem Grunde nach bestand die in § 10 Abs. 4, 5 AÜG geregelte Verpflichtung bereits vor der Änderung des AÜG. Allerdings wurde die Formulierung dahingehend geändert, dass es sich

nun um eine gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers zur Gewährung der gleichen Arbeitsbedingungen handelt – unabhängig von der Geltendmachung durch den Arbeitnehmer (anstelle von „der Leiharbeiter kann [...] verlangen“ wurde nun die Formulierung „ist zu gewähren“ gewählt.). Diese Änderung wurde mit Blick auf den neu eingefügten Ordnungswidrigkeitstatbestand vorgenommen (vgl. unten Nr.10).

Der neu eingefügte § 10 Abs. 5 AÜG bildet die zivilrechtliche Anspruchsgrundlage für das durch Rechtsverordnung festgelegte Mindeststundenentgelt.

10. Ausweitung der Ordnungswidrigkeiten und Einführung von Kontrollmechanismen

Auch in Bezug auf den Ordnungswidrigkeitstatbestand in § 16 AÜG ist das Merkmal „gewerbsmäßig“ gestrichen worden. Daneben wurden weitere neue Ordnungswidrigkeitstatbestände eingeführt: Nach § 16 Abs. 1 Nr. 7a AÜG handelt zukünftig ordnungswidrig, wer entgegen § 10 Abs. 4 AÜG Arbeitsbedingungen nicht gewährt. Damit besteht auf vergleichbare Arbeitsbedingungen nicht nur ein zivilrechtlicher Anspruch des Zeitarbeitnehmers, sondern die Nichtgewährung stellt auch einen Versagungsgrund nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG dar. Die Nichtgewährung kann mit einem Bußgeld in Höhe von bis zu 500.000 Euro geahndet werden. Dies gilt auch bei einem Verstoß gegen die Lohnuntergrenze gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 7b AÜG. Derartig hohe Bußgelder wurden bisher nur in Fällen der Überlassung von ausländischen Zeitarbeitnehmern, die zur Ausübung einer Tätigkeit in Deutschland nicht berechtigt waren, angedroht (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 AÜG). Ein Verstoß gegen die Informations- und Zugangspflichten nach § 16 Abs. 1 Nr. 9 und 10 AÜG kann zu einem Bußgeld in Höhe von bis zu 2.500 Euro führen.

Ferner wurden durch ein weiteres Änderungsgesetz („Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes“, BT-Drs. 17/5761), welches am 30. Juli 2011 in Kraft trat, aus dem Bereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) bekannte Kontroll- und Sanktionsmechanismen in das AÜG übertragen.

Gemäß § 17 Abs. 2 AÜG obliegt den Behörden der Zollverwaltung die Prüfung der Zahlung des Mindeststundenentgelts. Für sonstige Verstöße bleibt die Bundesagentur für Arbeit zuständig, insbesondere für die Erteilung der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis. Die Behörden der Zollverwaltung werden gemäß § 17a AÜG dem AEntG entsprechend mit umfangreichen Prüfrechten ausgestattet. Darüber hinaus werden verschiedene Pflichten eingeführt:

- Zeitarbeitsunternehmen werden verpflichtet, die für die Kontrolle der Mindestlohnverordnung erforderlichen Unterlagen für die gesamte Dauer der tatsächlichen Beschäftigung des Zeitarbeitnehmers in deutscher Sprache für zwei Jahre bereitzuhalten (§ 17c Abs. 2 AÜG). Die Duldungs- und Mitwirkungspflichten nach § 5 SchwarzArbG werden auf Zeitarbeitsunternehmen erweitert.
- Einsatzunternehmen müssen beim grenzüberschreitenden Einsatz vor Beginn jeder Überlassung der Zollverwaltung eine schriftliche Anmeldung in deutscher Sprache mit bestimmten Inhalten zuleiten (§ 17b Abs. 1 AÜG).
- Auch soll das Einsatzunternehmen eine Versicherung des Zeitarbeitsunternehmens beifügen, dass dieser die Lohnuntergrenze einhält (§ 17b Abs. 2 AÜG).
- Das Einsatzunternehmen ist verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit des Zeitarbeitnehmers aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre aufzubewahren, wenn die Mindestlohnverordnung Anwendung findet (§ 17c Abs. 1 AÜG).
- Die Duldungs- und Mitwirkungspflichten nach § 5 SchwarzArbG werden auf Einsatzunternehmen erweitert.

11. Streichung der Sechs-Wochen-Ausnahme

Die zuvor in § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG vorgesehene Sechs-Wochen-Ausnahme wurde gestrichen. Bei der Überlassung eines zuvor arbeitslosen Zeitarbeitnehmers besteht ab 1. Dezember 2011 nicht mehr die Möglichkeit, dass das Nettoarbeitsentgelt während der ersten sechs Wochen der Überlassung nur in Höhe des bis dahin ausgezahlten Arbeitslosengeldes gewährt werden kann.

In der Praxis wurde in der Vergangenheit von dieser Regelung kaum Gebrauch gemacht, da auf nahezu alle Zeitarbeitsverhältnisse ab dem ersten Tag die Tarifverträge der Zeitarbeit Anwendung finden. Es bleibt zu befürchten, dass bei ggf. drohender Verschärfung des gesetzlichen equal pay oder Veränderungen der Tarifverträge der Zeitarbeit diese arbeitsmarktpolitisch sinnvolle Regelung fehlen wird.

Stand: 16. September 2011