



Neuregelung der Leiharbeit

von Rechtsanwalt Othmar K. Traber, Fachanwalt für Arbeitsrecht*

I. Einleitung und Überblick

Weithin unbemerkt – und vermutlich überlagert durch die weltweit vielfältigen Turbulenzen, angefangen in Japan, bis zum „arabischen Frühling“ und der Griechenland-Krise – hat der Bundesgesetzgeber eine Novelle des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) beschlossen, um damit die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19.11.2008 in deutsches Recht umzusetzen. Die Novelle ist mit dem das Programm bereits bestimmenden klangvollen Namen „Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ betitelt.

Das Gesetz vom 28.04.2011 ist im Bundesgesetzblatt 2011 Teil I, Ausgabe 18 vom 29.04.2011 verkündet worden, tritt jedoch mit seinen praktisch wesentlichen Änderungen erst zum 01.12.2011 in Kraft.

Ziel des Gesetzes ist, in Übereinstimmung mit der genannten Richtlinie den missbräuchlichen Einsatz von Leiharbeitsverhältnissen zu verhindern. Dabei sind insbesondere drei wesentliche Neuerungen in das AÜG implementiert worden:

- Die Erlaubnispflicht der AÜG wurde ausgeweitet; im Gegenzug wird die vorübergehende Überlassung erleichtert.
- Es wurde die Möglichkeit zur Einführung eines Mindestlohns für Leiharbeitnehmer geregelt, die sich nunmehr außerhalb von § 5 TVG und dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen befindet.
- Der so genannte Drehtüreffekt zur Absenkung der Vergütung von Arbeitnehmern durch Kündigung und Wiedereinstellung über ein Verleihunternehmen wird unterbunden.

Daneben sind noch weitere, kleinere Korrekturen im Gesetz vorgenommen worden, die dazu dienen sollen, die Leiharbeitnehmer besser vor missbräuchlicher Beschäftigung zu schützen.

II. Einzelheiten

1. Ausweitung der Erlaubnispflicht/Konzernprivileg

Die bisherige Fassung des AÜG sah eine Unterscheidung zwischen gewerbsmäßiger und nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung vor, wonach nämlich die nicht gewerbsmäßige Überlassung von Arbeitnehmern, die also gerade im karitativ/öffentlichen Bereich eine große Rolle spielt und hier eine Arbeitnehmerüberlassung nicht zu Gewinnerzielungszwecken erfolgt, nicht erlaubnispflichtig war. Zukünftig ist allein für die Anwendbarkeit des Gesetzes und damit die zur vorherigen Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung maßgeblich, dass diese im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit stattfindet. Dabei wird Einigkeit darin bestehen, dass damit im Sinne der EuGH-Rechtsprechung lediglich gemeint ist, dass Verleihunternehmen grundsätzlich Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbieten, ohne dass es sich um eine eigenwirtschaftliche Tätigkeit handeln müsste, sodass grundsätzlich sowohl als gemeinnützig anerkannte Vereine zukünftig unter die Erlaubnispflicht fallen als auch für die Überlassung von Arbeitnehmern in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen an Betriebe privater Rechtsform der Befreiungstatbestand derogiert wurde.

Das Konzernprivileg hingegen bleibt nahezu ungeschmälert erhalten, was insbesondere bei der Opposition im Deutschen Bundestag für Missfallen gesorgt hat. Zudem ist fraglich, ob dies mit der europäischen Richtlinie zur Leiharbeit vereinbar ist. Danach verbleibt es dabei, dass die konzerninterne Überlassung von Arbeitnehmern, soweit sie nicht dauerhaft erfolgt, nach wie vor erlaubnispflichtig ist, wenn die Arbeitnehmer nicht ausdrücklich zu diesem Zwecke eingestellt und beschäftigt werden. Insofern lautet § 1 Abs. 3 Nr. 2 nunmehr wie folgt:

„Dieses Gesetz ist mit Ausnahme des § 1b S. 1, des § 16 Abs. 1 Nr. 1b und Abs. 2-5 sowie der §§ 17 und 18 nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung

1. ...
2. zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des AktG, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird, oder
3. ...“



Damit wird es auch weiterhin möglich sein, innerhalb eines Konzerns sogenannte Personalführungsgesellschaften zu gründen, deren Mitarbeiter für andere Konzernunternehmen bestimmte Dienstleistungen übernehmen und nur gelegentlich in den verschiedenen Betrieben der Konzernunternehmen eingesetzt werden. Diese Vorschrift, die jedoch auch nunmehr für nicht konzernmäßig organisierte Betriebe gilt, findet sich in der neu eingefügten Ziffer 2a in § 1 Abs. 3 AÜG n. F.

Wie die Rechtsprechung dann das Tatbestandsmerkmal „gelegentlich“ auslegen wird, wird die Zeit zeigen, wobei im Blick auf die eher restriktiven Vorgaben der europäischen Richtlinie von einer strengen Handhabung auszugehen sein wird. Zu beachten sein wird auch die geänderte Rechtsprechung des BAG zum Tatbestandsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit, da der siebte Senat nunmehr auch von Gewerbsmäßigkeit ausgehen möchte, wenn ein Gewinnabführungsvertrag zwischen der Personalführungsgesellschaft und der Konzernmutter besteht oder zumindest durch die Überlassung der Arbeitnehmer geringere Kosten entstehen, als wenn die Arbeitnehmer direkt bei dem Tochterunternehmen eingestellt worden wären. Nach Auffassung des BAG macht es keinen Unterschied, ob der Gewinn zunächst bei der Personalführungsgesellschaft ausgewiesen wird oder der Gewinn direkt bei der Konzernmutter oder einer anderen entleihenden Tochter entsteht (BAG, Urteil vom 09.02.2011, 7 AZR 32/10).

2. Mindestlohn Zeitarbeit

Im Rahmen des Hartz-IV-Kompromisses im Vermittlungsverfahren ist die zuvor aus dem Referentenentwurf gestrichene Regelung zu einer Lohnuntergrenze im Bereich der Leiharbeit nun wieder aufgenommen worden. Dabei ist zu beachten, dass abweichend von den übrigen Änderungen des Gesetzes die Regelungen über die Lohnuntergrenze bereits seit dem 29.04.2011 in Kraft sind, auch wenn sie bislang noch nicht von praktischer Relevanz sein werden.

Unverändert ist geblieben, dass von dem grundsätzlich bestehenden „equal-pay-Grundsatz“ dann abgewichen werden kann, wenn Tarifverträge in Bezug genommen werden, die andere, niedrigere Gehälter vorsehen. Zurzeit gibt es drei Tarifvertragswerke, die zur Verfügung stehen, wobei die entsprechenden Tarifverträge der Arbeitgebervereinigung AMP, die mit einer Gewerkschaft des christlichen Gewerkschaftsbunds abgeschlossen wurden, wegen der zu befürchtenden mangelnden Tariffähigkeit der christlichen Gewerkschaften (bislang ist dies ja nur für den Dachverband und einzelne Gliedgewerkschaften gerichtlich festgestellt worden) unter dem Verdacht der Nichtigkeit stehen.

An diesem Grundsatz hat sich zunächst nichts geändert. Allerdings sehen § 3 Nr. 3 sowie der neu eingefügte § 3a AÜG n.F. vor, dass zukünftig Tarifvertragsparteien der Bundesregierung vorschlagen können, ihre bundesweiten tariflichen Mindeststundenentgelte verbindlich durch Rechtsverordnungen allgemein verbindlich festsetzen zu lassen. Der Gesetzgeber hat sich dabei entschieden, einen dritten Weg zur Schaffung eines allgemein verbindlichen Mindestlohns in der Zeitarbeit vorzusehen und greift nicht etwa auf die schon bestehenden Regelungen im Tarifvertragsgesetz oder dem Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen bzw. das AEntG zurück, sondern hat ein mehrstufiges eigenes Verfahren kreiert. Von Interesse ist dabei, dass der Verordnungsgeber nicht mehr an ein striktes Quorum wie in § 5 Abs. 1 TVG gebunden ist, sondern gem. § 3a Abs. 3 AÜG n.F. lediglich die bereits bestehenden bundesweiten Tarifverträge in der Arbeitnehmerüberlassung zu berücksichtigen und auf die Repräsentativität der vorschlagenden Tarifvertragspartei zu achten hat. Dem Verordnungsgeber kommt also ein außerordentlich weiter Spielraum zu, bei dem abzuwarten bleibt, ob und wie die Verwaltungsgerichte diesen Spielraum beschränken werden.

Bislang ist freilich ein solcher Antrag einer Tarifvertragspartei noch nicht gestellt worden, sodass es dabei verbleibt, dass man sich vom „equal-pay-Gebot“ dann befreien kann, wenn in Leiharbeitsverträgen die Inbezugnahme eines Tarifvertrags der Zeitarbeitsbranche erfolgt.

3. Beseitigung des Drehtür-Effekts

Im Zusammenhang mit der Modifizierung der „equal-pay-Vorschriften“ hat der Gesetzgeber – und insoweit in konsequenter Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie – den vielfach kritisierten Drehtür-Effekt beseitigt. Der Fall der Drogeriemarktkette Schlecker, die eigene Arbeitnehmer, die zu Tariflöhnen beschäftigt wurden, entlassen hat, um sie dann später, in diesem Fall in einem neuen Filial-Konzept, über eine Zeitarbeitsfirma zu geringeren Löhnen wieder einzustellen, hat für Aufsehen und in weiten Teilen Empörung gesorgt. Der Gesetzgeber hat nun reagiert und in § 9 Ziff. 2 AÜG n.F. geregelt, dass die abweichenden tariflichen Regelungen (die zu geringeren Stundenentgelten führen) dann nicht vom „equal-pay-Gebot“ befreien, wenn der Leiharbeitnehmer in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung zu dem Entleiher in einem Arbeitsverhältnis gestanden hat. Ausdrücklich mit einbezogen sind dabei auch Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG. Seit dem 29.04.2011 ist damit diese Umgehungsmöglichkeit beseitigt worden. Wie schon erwähnt, führt dann das Nichtvorliegen eines Ausnahmetatbestands des § 9 AÜG dazu, dass der Verleiher grundsätzlich verpflichtet ist, den Leiharbeitnehmern



denselben Lohn wie den eigenen fest angestellten Arbeitnehmern des Entleiher zu zahlen.

Der Gesetzgeber hat zudem dieses Prinzip des „equal-pay“ hin zu einem echten „equal-treatment-Regime“ erweitert, indem er in § 10 Abs. 4 dem Verleiher die Verpflichtung auferlegt hat, dem Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die in seinem Betrieb für vergleichbare Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen zu gewähren, soweit ein anzuwendender Tarifvertrag keine abweichenden Regelungen trifft. Darüber hinaus hat nunmehr gem. § 13b AÜG n.F. der Entleiher (hier trifft den Verleiher keinerlei Verantwortlichkeit) dem Leiharbeiter Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder –diensten des Unternehmens zu den gleichen Bedingungen zu gewähren wie vergleichbaren eigenen Arbeitnehmern. Hiermit ist insbesondere gemeint, dass auch Leiharbeiter zukünftig ebenfalls zu möglicherweise subventionierten Preisen in der Kantine des Entleiher ihre Mahlzeiten erhalten können usw. Damit will der Gesetzgeber die oftmals bestehenden Friktionen einer gespaltenen Belegschaft beseitigen, nämlich auf der einen Seite Stammarbeiter, die besondere Vergünstigungen des Betriebs in Anspruch nehmen können und andererseits Leiharbeiter (die ggf. auch noch schlechter bezahlt werden), die wie Dritte behandelt werden. Davon kann der Entleiher nur abweichen, wenn eine unterschiedliche Behandlung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist. Bislang wird dies vor allen Dingen im Bereich der betrieblichen Altersvorsorge angenommen.

Schließlich hat nun zukünftig gem. § 13a AÜG n.F. der Entleiher die Leiharbeiter über zu besetzende Arbeitsplätze beim Entleiher zu informieren, um so den innerbetrieblichen Arbeitsmarkt weiter zu befördern und das Ziel der Leiharbeit zu erreichen, dass Leiharbeiter in eine dauerhafte und sichere Beschäftigung übernommen werden (Klebeffekt). Dieses Ziel hat schließlich die Leiharbeits-Richtlinie klar vorgegeben, wenn sie ausdrücklich bekundet, dass eine Arbeitnehmerüberlassung lediglich vorübergehend stattfinden soll (Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie). Dieses ist nun auch im AÜG in § 1 S. 2 klarstellend geregelt („die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend.“).

Zu erwähnen ist schließlich, dass für bis zum 14.12.2010 abgeschlossene Leiharbeitsverhältnisse die Änderungen in §§ 3 und 9 nicht gelten, insoweit also Vertrauensschutz besteht.

III. Fazit

Die Novellierung des AÜG wurde notwendig, nachdem das Europäische Parlament und der Rat die Richtlinie 2008/104/EG erlassen haben. Dabei hat der deutsche

Gesetzgeber darauf geachtet, sich an einer 1:1-Umsetzung zu orientieren. Ob dem Gesetzgeber dies gelungen ist, werden wie so häufig erst die Praxis und insbesondere die Rechtsprechung von Bundesarbeitsgericht und EuGH zeigen. Der Gesetzgeber hat dabei ersichtlich versucht, die sich oftmals diametral widersprechenden Interessen von Arbeitgeberverbänden und Arbeitnehmervereinigungen aufzunehmen und auszubalancieren. So sind leichte Verschärfungen zu konstatieren, wenn beispielsweise die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung zukünftig erlaubnispflichtig wird und es die Möglichkeit gibt, über ein eigenes Verordnungsverfahren eine Lohnuntergrenze für die Leiharbeit einzuführen. Auf der anderen Seite erleichtert die Neufassung des AÜG die gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung von Betrieben, ohne dass hierfür ein aufwendiges Erlaubnisverfahren notwendig wird, soweit nur tatsächlich eine eher zufällige Überlassung stattfindet und nicht von vornherein ein Arbeitnehmer zum Zwecke der Überlassung an Dritte eingestellt wurde. Auch das Konzernprivileg ist vom Gesetzeswortlaut her im Wesentlichen erhalten geblieben, wenngleich auf die Auslegung des Merkmals „vorübergehend“ durch das Bundesarbeitsgericht mit Spannung gewartet werden darf und der siebte Senat gleichsam im Vorgriff hierauf seine Rechtsprechung zum Merkmal der gewerbsmäßigen Überlassung bereits verschärft hat.

Ansonsten beseitigt das Gesetz lediglich die Missbrauchsmöglichkeiten, die dazu geführt haben, das arbeitsmarktpolitisch sinnvolle Instrument der Arbeitnehmerüberlassung zu diskreditieren und Leiharbeitsverhältnisse in der Öffentlichkeit weithin als „prekäre Arbeitsverhältnisse“ zu bezeichnen, was weder dem Charakter der Leiharbeit gerecht wird, noch berücksichtigt, dass es sich auch bei Leiharbeitsverhältnissen in der Regel um sozialversicherungspflichtige Arbeitsverhältnisse handelt, die dem allgemeinen Kündigungsschutz unterfallen und somit eben nicht prekär sind. Vielleicht ist daher diese fällige Neufassung des AÜG dazu angetan, hier wieder zu einem unbefangenerem und sachlichen Umgang mit dem so wichtigen Thema Leiharbeit zurückzufinden.

Hinweis

Unser Jusletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Jusletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.



Kontakt

Ahlers & Vogel _ Bremen
Contrescarpe 21 _ 28203 Bremen
Telefon +49 (421) 33 34-0
Telefax +49 (421) 33 34-111
E-Mail: bremen@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Hamburg
Schaarsteinwegsbrücke 2 _ 20459 Hamburg
Telefon +49 (40) 37 85 88-0
Telefax +49 (40) 37 85 88-88
E-Mail hamburg@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Leer
Königstraße 32 _ 26789 Leer (Ostfriesland)
Telefon +49 (0491) 45 45 229-0
Telefax +49 (0491) 45 45 229-99
E-Mail leer@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Rostock
Gerhart-Hauptmann-Str. 24 _ 18055 Rostock
Telefon +49 (381) 491 39-0
Telefax +49 (381) 491 39-99
E-Mail: rostock@ahlers-vogel.de

* **Othmar K. Traber** studierte Rechtswissenschaften an der Universität Bonn und ist seit 2004 als Rechtsanwalt zugelassen. Er war ab 2005 als Syndikus in einem Arbeitgeberverband in Berlin und dort insbesondere im individuellen und kollektiven Arbeitsrecht tätig. Zuletzt leitete er die Rechtsabteilung des Verbandes und war schwerpunktmäßig mit der Restrukturierung von mittelständischen Unternehmen und mit kollektivrechtlichen Rechtsstreitigkeiten befasst. Seit 2009 ist er auch Fachanwalt für Arbeitsrecht. Herr Traber trat 2010 in unsere Sozietät ein und verstärkt unsere arbeitsrechtliche Praxisgruppe.