

Gemeinnützige Unternehmen im Zugzwang



VON MANFRED BEDEN

Manfred Beden ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Gesellschafter der Rechtsanwaltssozietät Hille Beden in Köln. Er ist Spezialist für den Bereich Personalrecht in Unternehmen der Sozialwirtschaft. beden@hille-beden.de

Von der letzten Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes sind viele gemeinnützige Unternehmen betroffen – ohne es zu wissen. Wollen sie ungewollte Rechtsfolgen mit erheblichen finanziellen Nachteilen vermeiden, sollten sie ihren rechtlichen Gestaltungsbedarf umgehend überprüfen lassen.

Bereits zum 1. Dezember 2011 ist das Gesetz zur Änderung der Arbeitnehmerüberlassung vollständig in Kraft getreten. Obwohl gemeinnützige Unternehmen vielfach von dem Instrumentarium der Personalgestellung Gebrauch machen, hat diese Branche weniger stark als erwartet auf die Gesetzesänderung reagiert. Möglicherweise wird diese Passivität von der Fehlvorstellung geleitet, von der Gesetzesänderung nicht betroffen zu sein. Denkbar ist aber auch, dass die Verantwortlichen erst abwarten wollen, wie sehr die Bundesagentur für Arbeit die Überprüfung der betroffenen Betriebe forciert.

Doch nun scheint die Schonzeit aus der Sicht der Bundesagentur für Arbeit vorbei zu sein, da zum 1. Juli 2012 an den drei regionalen Schwerpunkten Kiel, Düsseldorf und Nürnberg Kontroll- und Prüfteams zum Kampf gegen illegale Arbeitnehmerüberlassung gebildet worden sind.

Was hat sich geändert? Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) erweitert. Während nach der früheren Gesetzeslage die »Gewerbsmäßigkeit« der Arbeitnehmerüberlassung vorausgesetzt wurde, reicht nun jede »wirtschaftliche Tätigkeit« aus. Damit ist für wirtschaftliche Unternehmen eine Arbeitnehmerüberlassung unabhängig davon gegeben, ob sie zu Erwerbszwecken erfolgt. Diese Änderung trifft gemeinnützige Unternehmen, da bislang dort Konstruktionen vorzufinden waren, nach denen Arbeitnehmer zum

Selbstkostenpreis überlassen wurden. Damit war das Kriterium der Gewerbsmäßigkeit allerdings nicht erfüllt.

Da aber auch gemeinnützige Unternehmen wirtschaftlich tätig sind, unterliegen sie nunmehr dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, so dass die Arbeitnehmerüberlassung erlaubnispflichtig wird.

Diese Gesetzesänderung führt zu der Notwendigkeit, eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis zu beantragen, wenn gemeinnützige Unternehmen Arbeitnehmer überlassen wollen. Leider ist damit allein das Problem noch nicht gelöst. Dafür sorgt eine weitere Änderung des Gesetzes. Nachdem früher die Arbeitnehmerüberlassung zeitlich unbefristet zulässig war, findet sich nun in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG folgender Satz: »Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend.« Während eine Mindermeinung die Auffassung vertritt, dass eine zeitlich unbeschränkte Überlassung von Arbeitnehmern überhaupt nicht dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes unterliegt, interpretiert die herrschende Meinung den Satz zu Recht dahingehend, dass jedenfalls eine dauerhafte Überlassung unzulässig ist.

Hiervon sind gemeinnützige Unternehmen in vielen Fällen betroffen, beispielsweise dann, wenn sie Servicegesellschaften ausgegliedert haben, um bestimmte Leistungen, wie etwa Küche oder Reinigung, von der Servicegesellschaft an die Hauptgesellschaft erbringen zu lassen. Im Regelfall sind die

Mitarbeiter dieser Servicegesellschaften dort auf Dauer beschäftigt. Derartige Konstruktionen sind nach der neuen Rechtslage nicht mehr gesetzeskonform.

Fehlt die erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, sind die Arbeitnehmerüberlassungsverträge, also die Verträge zwischen Verleiher und Entleiher und die Leiharbeitsverträge, also die Verträge zwischen dem Verleiher und den Leiharbeitnehmern, unwirksam. Durch die nachträgliche Erteilung einer Erlaubnis werden die laufenden Überlassungsverträge nicht rückwirkend geheilt, was die Problematik weiter verschärft. Darüber hinaus ist sogar streitig, ob durch die Erlaubnis eine zukünftige Heilung der unwirksamen Vertragsverhältnisse Eintritt.

Nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz kommt ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter zu den zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt zustande, wenn die erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung fehlt. Für derartige Arbeitsverhältnisse gelten die für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen. Sind solche nicht vorhanden, gelten diejenigen vergleichbarer Betriebe. Damit wird die durch eine Ausgliederung auf Servicegesellschaften erhoffte Kostenreduzierung komplett zunichte gemacht.

Das Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung findet im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz keine unmittelbare Rechtsfolge. Allerdings wird die Auffassung vertreten, dass § 10 AÜG insoweit analog anzuwenden ist. Die hierfür erforderliche Regelungslücke liege vor, weil ein Verstoß gegen das Verbot der dauerhaften Überlassung europarechtlich nicht sanktionslos bleiben dürfe. Damit führt der Verstoß gegen das Verbot der dauerhaften Überlassung zu denselben Wirkungen wie die Überlassung ohne die erforderliche Erlaubnis. Schließlich drohen Bußgelder sowohl gegen den Verleiher als auch den Entleiher einschließlich der dort beschäftigten Organe wie Geschäftsführer und Vorstände (§ 16 AÜG).

Lösungen

Das sogenannte Konzernprivileg ist als Lösungsansatz ungeeignet. Nach alter

Rechtslage fand das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz bei einer Arbeitnehmerüberlassung zwischen Konzernunternehmen keine Anwendung, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet. Dieses Konzernprivileg wurde zwar beibehalten, hilft aber bei dauerhaften Personalgestellungen nicht weiter. Darüber hinaus wurde das Konzernprivileg nach neuer Rechtslage auf Überlassungen von Arbeitnehmern beschränkt, die nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden. Bei vielen Personalgestellungen ist dies aber der Fall.

■ **Werkverträge:** Die beste Alternative zur Personalgestaltung ist der Abschluss von Werkverträgen. Diese Lösung bietet sich allerdings nur dann an, wenn es sich um eigenständig abgrenzbare organisatorische Tätigkeiten handelt. Der wesentliche Unterschied zwischen der Arbeitnehmerüberlassung und der Leistungserbringung aufgrund eines Werkvertrages liegt darin, dass bei der Arbeitnehmerüberlassung das Weisungsrecht bezüglich der Arbeitnehmer ausschließlich beim Entleiher liegt, während beim Werkvertrag nur der Auftragnehmer weisungsbefugt ist. Ist also die Leistungserbringung auf eine Servicegesellschaft ausgegliedert worden, die ihrerseits das notwendige Personal an den Hauptbetrieb stellt, ist der Hauptbetrieb weisungsberechtigt. Von den Betriebsabläufen hat dies den Vorteil, dass die Leiharbeiter wie die Stammbesellschaft in die Betriebsabläufe eingegliedert sind. Bei der Werkvertragslösung wird zwischen der Servicegesellschaft und dem Hauptbetrieb ein Werkvertrag abgeschlossen, beispielsweise über die Erbringung von Reinigungsleistungen. Das Weisungsrecht bezüglich der eingesetzten Mitarbeiter liegt dann ausschließlich bei der Servicegesellschaft. Sind die Leistungen unzureichend, ist ausschließlicher Ansprechpartner die Servicegesellschaft und nicht die für die Servicegesellschaft tätigen Mitarbeiter. Daraus folgt, dass nur abgrenzbare organisatorische Tätigkeiten für diese Lösung geeignet sind, also Tätigkeiten, die auch an eine Fremdfirma vergeben werden könnten.

■ **Gemeinschaftsbetrieb:** Als Alternative zur Personalgestaltung rückt der Gemeinschaftsbetrieb zunehmend in den Fokus der gemeinwirtschaftlichen Arbeitgeber. Liegt ein solcher vor, scheidet die Personalgestaltung bereits begrifflich aus. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz findet somit keine Anwendung. Ein Gemeinschaftsbetrieb liegt vor, wenn die in einer Betriebsstätte vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel mehrerer Unternehmen für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird. Notwendig sind eine einheitliche Leitung in allen Personalfragen, eine gemeinschaftliche Personalplanung und Einstellung, ein gemeinschaftliches Weisungsrecht, ein gemeinschaftlicher Personaleinsatz sowie gemeinschaftliche Entscheidungen über Abmahnungen und Kündigungen. Da die genannten Kriterien aufgrund einer Unternehmerentscheidung gestaltet werden können, können die Voraussetzungen des Gemeinschaftsbetriebes geschaffen werden, wenn dies gewollt ist. Allerdings gehen damit auch Nachteile einher, wie die Addition der Beschäftigtenzahlen beim Kündigungsschutz- und Betriebsverfassungsgesetz. Denn es findet eine unternehmensübergreifende Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen statt.

■ **Gemeinschaftliches Arbeitsverhältnis:** Es sind auch Konstellationen denkbar, in denen ein gemeinschaftliches Arbeitsverhältnis zwischen dem Hauptbetrieb, der Servicegesellschaft und dem Arbeitnehmer begründet wird, um die Personalgestaltung zu vermeiden. Von Seiten des Bundesarbeitsgerichts ist seit langem anerkannt, dass ein Arbeitnehmer auch mit zwei Arbeitgebern bezüglich seiner Tätigkeit ein Arbeitsverhältnis schließen kann. Allerdings haften die Arbeitgeber dann gegenüber dem Arbeitnehmer als Gesamtschuldner. Im Einzelfall ist genau zu prüfen, ob dieses Modell, unter Berücksichtigung der Nachteile, sachgerecht ist. ■