



Industrie- und Handelskammer  
Chemnitz

Dr. Ulf Spanke  
Justitiar  
Regionalkammer Zwickau

DIHK e.V.  
Herr Dr. Stefan Hardege

Ihr Zeichen/Ihre Nachricht

Ihr Ansprechpartner  
Herr Dr. Spanke  
E-Mail  
spanke@chemnitz.ihk.de  
Tel.  
(0375) 814-2120  
Fax  
(0375) 814-192120

19.02.2013

## **Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes**

Sehr geehrter Herr Dr. Hardege,

in der betreffenden Angelegenheit möchten wir Ihnen wie folgt berichten:

### **I. Beschränkungen der unternehmerischen Betätigungsfreiheit durch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung**

Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung hat sich in letzter Zeit verstärkt mit verschiedenen Fragen im Zusammenhang mit der Zeitarbeit beschäftigen müssen. Dabei wird eine Tendenz deutlich, welche die unternehmerische Betätigungsfreiheit der Entleiher wie der Verleiher zunehmend beschränkt und zudem zu Rechtsunsicherheiten führt.

#### **Die Tarifunfähigkeit der CGZP**

Der Paukenschlag (auch wenn durch die medial sehr stark verfolgten arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren das Ergebnis sich abzeichnete) war der Beschluss des BAG vom 14.12.2010, worin festgestellt wurde, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit (CGZP) tarifunfähig ist. Betroffen von dieser Entscheidung waren alle Zeitarbeitsunternehmen, welche gegenüber ihren Zeitarbeitnehmern diesen Tarifvertrag bislang angewendet haben. Die Folge dessen war, dass nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) diesen Arbeitnehmern ein sog. equal-pay Anspruch zusteht, d.h. den gleichen Entgeltanspruch haben wie vergleichbare Arbeitnehmer der Stammebelegschaft des Entleiherbetriebes.

Die Verunsicherung vieler vor allem kleinerer Zeitarbeitsunternehmen war groß, dass es hierdurch zu erheblichen wirtschaftlichen Belastungen infolge Nachforderungen seitens der Zeitarbeitnehmer sowie der Sozialversicherungsträger kommt, die möglicherweise nicht mehr finanziert werden können und damit die Insolvenz droht. Gerade dieser letzte Aspekt führte auch bei vielen Entleiherbetrieben zu wirtschaftlichen Sorgen, dass diese aufgrund der Subsidiärhaftung sodann haften könnten.

Im Hinblick auf arbeits- oder tarifvertragliche Ausschlussklauseln hat sich das wirtschaftliche Risiko zwar vordergründig auf die - wenngleich in Summe erheblichen - Nachforderungen seitens der Deutschen Rentenversicherung beschränkt. Nicht beschränkt hat sich diese Rechtsunsicherheit der Tariffähigkeit einzelner Tarifvertragspartner auf die CGZP.

Das LAG Baden-Württemberg hatte mit Beschluss v. 20.03.2012, der zudem erst Ende 2012 veröffentlicht worden war, einen Rechtsstreit um Differenzvergütung zu equal-pay wegen Zweifeln an der Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der DGB-Gewerkschaften in der Zeitarbeit gem. § 97 Abs. 5 S. 1 ArbGG ausgesetzt. Auch wenn das BAG am 19.12.2012 den Beschluss des LAG Baden-Württemberg aufgehoben und entschieden, dass keine "vernünftigen Zweifel an der Tariffähigkeit der Mitgliedsgewerkschaften der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit" bestehen, so verdeutlicht dies die latente Gefahr für die Zeitarbeitsbranche, auch zukünftig wieder mit rückwirkenden Nachforderungen belastet werden zu können.

Insofern sollte darüber nachgedacht werden, zur Minimierung des wirtschaftlichen Risikos der Verleiher- und Entleiherbetriebe, welche in gutem Glauben an die Wirksamkeit den einen oder anderen Tarifvertrag anwenden, zumindest eine rückwirkende Sperrwirkung für entsprechende Nachforderungen gesetzlich zu statuieren.

### **„vorübergehend“ i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG**

Seit der Einführung von § 1 Abs. 1 S. 2 durch die Neuregelungen des AÜG zu Beginn des Jahres 2012 gibt es unterschiedliche Auffassungen über Auslegung und Reichweite des Wortes „vorübergehend“. Für Aufsehen sorgt hierbei eine aktuelle Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg vom 09.01.2013: Erfolgt danach eine Arbeitnehmerüberlassung entgegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG nicht vorübergehend, sondern auf Dauer, so wird ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Zeitarbeitnehmer begründet. Eine auf Dauer angelegte Arbeitnehmerüberlassung ist von der nach § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG erforderlichen Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nicht gedeckt. Rechtsfolge einer fehlenden Erlaubnis ist gem. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher.

Auch wenn die Entscheidung noch nicht rechtskräftig ist und die Revision zum BAG wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen wurde, so besteht derzeit und bis zu einer Entscheidung des BAG erhebliche Rechtsunsicherheit. Vor diesem Hintergrund und im Hinblick auf die Entscheidungstendenzen muss, soweit das ersatzlose Streichen von § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG rechtspolitisch nicht mehrheitsfähig sein sollte, zumindest eine zeitliche Komponente ergänzt werden, bspw. vergleichbar der sachgrundlosen Befristung.

### **Zeitarbeitnehmer als Beschäftigte des Entleiherbetriebes?**

Obgleich der Zeitarbeitnehmer in keinem Arbeitsverhältnis zum Entleiher steht, wird dieser nach der Rechtsprechung des BAG sowohl individual-arbeitsvertraglich als auch kollektivbetriebsverfassungsrechtlich als solcher behandelt. Dies hat erhebliche Konsequenzen für die unternehmerische Betätigungsfreiheit

Zum einen hat das BAG mit Urteil vom 24.01.2013 festgestellt, dass bei der Ermittlung der Betriebsgröße nach Maßgabe von § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG auch im Betrieb eingesetzte Zeitarbeitnehmer zu berücksichtigen sein können. Das gilt jedenfalls dann, wenn ihr Einsatz auf einem "in der Regel" vorhandenen Personalbedarf beruht. Der Sinn und Zweck der Kleinbetriebsklausel rechtfertigt in diesem Fall keine Unterscheidung danach, ob die den Betrieb kennzeichnende regelmäßige Personalstärke auf dem Einsatz eigener oder entliehener Arbeitnehmer beruht. Hiervon sind vor allem kleine Betriebe überproportional betroffen, welche die gesetzlichen Grenzen des KSchG für die Wahrung ihrer unternehmerischen Vertragsfreiheit beachtet haben.

Zum anderen ist es mittlerweile gefestigte Rechtsprechung des BAG, dass dem Betriebsrat bei der „Einstellung“ von Zeitarbeitnehmern ein Mitbestimmungsrecht bei personellen Einzelmaßnahmen i.S.d. § 99 BetrVG zusteht. Insofern wird dem Unternehmer die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit dahingehend beschränkt, dass er über die Einbeziehung Dritter zur Realisierung unternehmerischer Ziele nicht mehr eigenverantwortlich entscheiden kann.

Insofern bedarf es auch einer gesetzlichen Regelung, dass zwischen Entleihern und Zeitarbeitnehmern weder individual-arbeitsvertragliche noch kollektiv-betriebsverfassungsrechtliche Beziehungen bestehen.

## **II. Erhöhung des (Branchen-)Mindestlohn**

Seitens des Rechtsausschusses der IHK Chemnitz wurde zudem auf die Problematik der Branchenmindestlöhne hingewiesen. Die Erhöhung des Mindestlohns in der Zeitarbeit hat die Arbeitnehmerüberlassung deutlich verteuert. Es bestehen insofern Tendenzen, sich sukzessive von der Zeitarbeit zu lösen.

Zusätzlich zu den Regelungen zum Mindestlohn gibt es Branchenvereinbarungen, die die Entwicklung der Stundenlöhne an die Entwicklung der Löhne im Unternehmen anbinden. Dies habe das gesamte Handling sehr verkompliziert, bspw. verlangt es Offenlegung von Gehältern gegenüber Dritten, erfordert Beschreibungen von Arbeitsplätzen, erhöht den Kontrollaufwand durch die Zeitarbeitsfirmen, letztendlich auch das gesamte Formular- und Vertragswesen. Als Folge dessen gehe ein ganzes Stück Flexibilität verloren, was mit der Zeitarbeit erreicht werden sollte.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Ulf Spanke