

FAQ zu einer "vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung" als Modell einer sog. Personalpartnerschaft

1. Was sind sog. Personalpartnerschaften?

Die Corona-Krise – bedingt durch den damit verbundenen "Shutdown" – führt dazu, dass auf der einen Seite in einigen Branchen, wie z. B. in der Gastronomie oder im Hotelgewerbe, die überwiegende Anzahl der Mitarbeiter, wenn nicht sogar die ganze Belegschaft, nicht mehr beschäftigt werden kann. Auf der anderen Seite besteht in anderen Branchen ein erheblicher Personalbedarf, der durch die (bisherige) Stammebelegschaft nicht abgedeckt werden kann, z. B. im Lebensmitteleinzelhandel, in der Logistik oder der Landwirtschaft. Nichts liegt dabei näher, als in diesem Zusammenhang Modelle zu entwickeln, die es ermöglichen, die unterbeschäftigten Arbeitnehmer mit dem Unternehmen zusammenzuführen, das nach Personal sucht. Diese sog. Personalpartnerschaften helfen, betriebsbedingte Kündigungen oder Kurzarbeit zu vermeiden.

2. Welche Vorteile haben Personalpartnerschaften?

Die Vorteile von Personalpartnerschaften für die betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer liegen auf der Hand und lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Vermeidung bzw. Verringerung von Verdienstaufschlägen in der Krisenzeit
- Vermeidung eines Personalabbaus, der mit rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken verbunden ist, obwohl die entlassenen Arbeitnehmer perspektivisch wieder gebraucht werden dürften
- Vermeidung von Leerlauf und Produktivitäts-/Produktionsdefiziten
- psychologischer Effekt: Arbeitnehmer fühlen sich "gebraucht" und möchten arbeiten
- Verringerung von Personalkosten
- Fürsorge- und Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers kann nachgekommen werden
- positiver PR-Effekt

3. Welche Modelle sind zur Umsetzung einer Personalpartnerschaft grundsätzlich denkbar?

In Betracht kommen zur Umsetzung einer Personalpartnerschaft grundsätzlich verschiedene Modelle, insbesondere:

- eine (unbezahlte) Freistellung bei dem bisherigen Arbeitgeber und die befristete Anstellung bei den "neuen" Unternehmen,
- die Bildung eines gemeinsamen Betriebs,
- eine "reguläre" Arbeitnehmerüberlassung,

die Aufnahme einer Nebentätigkeit bei dem "neuen" Unternehmen bei gleichzeitiger Kurzarbeit bei dem bisherigen Arbeitgeber.

Letztlich haben die o. g. Modelle aus arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Sicht tatsächliche und rechtliche Vor- und Nachteile, die unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls bewertet werden müssen.

4. Unter welchen Umständen ist eine privilegierte Arbeitnehmerüberlassung möglich?

Das AÜG legt grundsätzlich einen sehr strengen rechtlichen Rahmen für eine Arbeitnehmerüberlassung fest. Zu beachten sind dabei eine behördliche Erlaubnispflicht, die gesetzliche Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten und der sog. Gleichstellungsgrundsatz (equal treatment / equal pay), der seit dem 1. April 2017 hinsichtlich des Entgelts nur noch begrenzt unabdingbar ist. Spätestens ab dem zehnten Monat einer Überlassung hat der Zeitarbeitnehmer einen Anspruch auf die Bezahlung des Entgelts, das der Entleiher einem vergleichbaren Stammbeschäftigten gewährt (Ausnahme: Es ist ein sog. Branchenzuschlagstarifvertrag einschlägig).

In § 1 Abs. 3 AÜG sind dabei Ausnahmetatbestände vorgesehen, die die überwiegende Anzahl der reglementierenden Vorschriften des AÜG ausschließen. Liegt ein solcher vor, kann ohne eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis und insbesondere ohne die Beachtung einer Überlassungshöchstdauer oder des Gleichstellungsgrundsatzes Arbeitnehmerüberlassung betrieben werden.

Diese Privilegierung gilt insbesondere für die sog. gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung gem. § 1 Abs. 3 Nr. 2 a AÜG.

5. Welche Anforderungen sind an die sog. gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung zu stellen?

Die gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung gem. § 1 Abs. 3 Nr. 2 a AÜG wird von der Fachliteratur eng ausgelegt.

Zum einen dürfen die überlassenen Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und / oder beschäftigt werden. Sie müssen allerdings mit der Überlassung einverstanden sein. In der Praxis wird dazu oftmals eine Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag geschlossen.

Zum anderen darf die Überlassung nur "gelegentlich" erfolgen. Der Anlass für die Überlassung muss unvorhersehbar sein und kurzfristig eintreten. Gegen die Anwendbarkeit von § 1 Abs. 3 Nr. 2 a AÜG sprechen im Voraus geplante Überlassungen (z. B. aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder auch formlosen Absprache zwischen dem ent- bzw. verleihenden Unternehmen). Die Anzahl der Überlassungsfälle muss sowohl in Bezug auf das verleihende Unternehmen als auch auf den betroffenen Arbeitnehmer gering sein. Genaue Richtwerte bestehen nicht; Rechtsprechung dazu fehlt. Auch die Dauer der Überlassung ist bei der Beurteilung heranzuziehen. Als Richtwert wird in der Literatur auf einen Zeitraum von drei Monaten abgestellt (vgl. dazu: Schüren / Haman, § 1 AÜG Rn. 677 a ff.).

6. Ist bei einer gelegentlichen Arbeitnehmerüberlassung der Gleichstellungsgrundsatz wirksam abbedungen?

Auf einer vom BMAS gehosteten Webpage zu "Informationen zu Corona" finden sich unter "Antworten zu Arbeitsrecht und Arbeitsschutz" zur gelegentlichen Arbeitnehmerüberlassung nachfolgende wörtliche Ausführungen (abrufbar unter: <https://www.bmas.de/DE/Schwerpunkte/Informationen-Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-corona/corona-virus-arbeitsrechtliche-auswirkungen.html>):

"Unter welchen Bedingungen kann ich meine Arbeitnehmer an ein anderes Unternehmen zur Arbeitsleistung überlassen?"

Wenn Sie keine Arbeitnehmerüberlassung durchführen, aber gelegentlich wegen der aktuellen Corona-Krise eigene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer anderen Unternehmen, die einen akuten Arbeitskräftemangel (z. B. in der landwirtschaftlichen Erzeugung und Verarbeitung, in der Lebensmittellogistik oder im Gesundheitswesen) haben, überlassen wollen, können Sie dies ausnahmsweise auch ohne eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) tun. Voraussetzung hierfür ist, dass

- die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Überlassung zugestimmt haben,
- Sie nicht beabsichtigen, dauerhaft als Arbeitnehmerüberlasser tätig zu sein, und
- die einzelne Überlassung zeitlich begrenzt auf die aktuelle Krisensituation erfolgt.

Die gesetzliche Regelung hierzu finden Sie in § 1 Absatz 3 Nr. 2 a AÜG. Angesichts der besonderen Bedeutung derartiger Einsätze ist es sachgerecht und dem unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechend, wenn die eingesetzten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit den Stammbeschäftigten im Einsatzbetrieb gleichgestellt werden.

Grundsätzlich nicht erlaubt ist die Überlassung von Arbeitskräften an Unternehmen des Baugewerbes für Tätigkeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden. Was ein Baubetrieb ist, ergibt sich aus der Baubetriebe-Verordnung."

Die Ausführungen des BMAS zur Anwendung des Gleichstellungsgrundsatzes sind juristisch angreifbar, es sei denn, man interpretiert diese als schlichte und insoweit unverbindliche „Empfehlung“. Wenn und soweit die Voraussetzungen von § 1 Abs. 3 Nr. 2 a AÜG erfüllt sein sollten, sind die wesentlichen Vorschriften des AÜG – so auch der Gleichstellungsgrundsatz gem. § 8 AÜG – nämlich gerade nicht anwendbar (vgl. § 1 Abs. 3, Eingangssatz AÜG). Nicht ausgeschlossen ist jedoch, dass versucht wird, im Rahmen einer europarechtskonformen Auslegung den in der Zeitarbeitsrichtlinie verorteten Gleichstellungsgrundsatz in das AÜG „hineinzulesen“. Insoweit ist die Rechtslage derzeit nicht eindeutig. Die Anwendung des Gleichstellungsgrundsatzes ist insoweit die rechtssicherere, aber gleichsam auch teurere und organisatorisch aufwändigere Variante.

7. Welche Risiken bestehen?

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Corona-bedingte Inanspruchnahme der gelegentlichen Arbeitnehmerüberlassung gem. § 1 Abs. 3 Nr. 2 a AÜG zumindest als "Risikogeschäft" zu bezeichnen, da eine Grenzziehung zwischen einer privilegierten und einer erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung auf dieser Grundlage nicht trennscharf möglich ist; dies gilt auch in Zeiten der Corona-Krise. Liegen die Voraussetzungen einer gelegentlichen Arbeitnehmerüberlassung nicht vor, wird eine illegale Arbeitnehmerüberlassung betrieben – mit allen daran anknüpfenden Konsequenzen (Fiktion von Arbeitsverhältnissen zu dem Einsatzunternehmen, Bußgelder etc.).

Festzuhalten ist, dass ohne vertiefende Prüfung und anwaltliche Beratung Unternehmen eine (vermeintlich erlaubnisfreie) Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen einer gelegentlichen Arbeitnehmerüberlassung nicht zu empfehlen ist.

(Stand: 15. Mai 2020)