

Reinhard Liedgens
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Brabanter Platz 1
50354 Hürth

Vortrag auf der Jahrestagung
der BAG-Integrationsfirmen
am 15. November 2007 in Berlin

Zur Erlaubnispflicht integrativer Arbeitnehmerüberlassung durch gemeinnützige Arbeitgeber

- Abhilfe durch das neue Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 10. Oktober 2007 (BGBl. Teil II 2007 Seite 2332 ff.)? -

1. Eine Arbeitnehmerüberlassung ist erlaubnispflichtig nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz wenn sie gewerbsmäßig erfolgt.

Besitzt der gewerbsmäßige, also erlaubnispflichtige Verleiher die erforderliche Genehmigung nicht, so sind die Folgen drastisch.

- Zunächst sind die zwischen ihm und den Entleiher sowie die zwischen ihm und den Leiharbeitnehmern abgeschlossenen Verträge unwirksam (§ 9 Nr. 1 AÜG).

- Für diesen Fall gilt ferner ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter zustande gekommen. Inhalt und Dauer dieses Arbeitsverhältnisses bestimmen sich nach den für den Entleiherbetrieb geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen.

- Sowohl dem Leiharbeiter als auch dem Entleiher dürften darüber hinaus regelmäßig Schadensersatzansprüche gegenüber dem Verleiher zustehen.

- Schließlich droht dem Verleiher eine empfindliche Geldbuße gemäß § 16 AÜG.

Dass also im Falle einer Erlaubnispflicht auch für integrative Verleiher eine Arbeitnehmerüberlassung ausscheidet, sofern die Erlaubnis nicht erteilt ist, muss nicht näher begründet werden. Eine Erlaubnis bei der zuständigen Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit zu beantragen, stellt aber für integrative Verleiher regelmäßig keine Lösung dar, obwohl an der Erteilung der Erlaubnis durch die Behörde grds. nicht zu zweifeln ist.

Seit 2002 besteht nämlich im Bereich der erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung die Pflicht des Verleihers, einem Leiharbeiter die gleichen Arbeitsbedingungen zu gewähren wie einem vergleichbaren Arbeitnehmer des Einsatzbetriebs. Von diesem Grundsatz der Lohngleichheit kann nur für zuvor arbeitslose Leiharbeiter oder aufgrund eines Tarifvertrages abgewichen werden (vgl. § 3 I Nr. 3 und Nr. 9; § 9 Nr. 2 AÜG). Verstößt der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeiter gegen dieses Gebot der Lohngleichheit, hat der Leiharbeiter gegen den Verleiher einen Anspruch auf die im Entleihbetrieb geltenden Arbeitsbedingungen für vergleichbare Stammarbeitnehmer (§ 10 IV AÜG).

Im Bereich der integrativen Arbeitnehmerüberlassung, also der Überlassung behinderter Menschen an Dritte, fehlt es freilich oft an einer vergleichbaren Produktivität der entliehenen Mitarbeiter mit der Folge, dass bei Anwendung des Grundsatzes der Lohngleichheit eine Arbeitnehmerüberlassung im Ergebnis ausscheidet. Viele Betriebe, die als Entleiher in Betracht kämen, würden eine Beschäftigung im Wege der Arbeitnehmerüberlassung von vornherein ablehnen, wenn der Grundsatz einer gleichen Bezahlung Anwendung fände und die Kosten der Arbeitnehmerüberlassung entsprechend anfielen. Der mit der integrativen Arbeitnehmerüberlassung verfolgte Zweck, Unternehmen mit der Beschäftigung behinderter Menschen in Kontakt zu bringen, insbesondere Betriebe, die an eine solche Beschäftigung bis dato gar nicht gedacht hatten, würde von vornherein vereitelt.

2. Für die integrativen Verleiher schien freilich bis zum Jahr 2006 auch gar keine Notwendigkeit zur Beantragung einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung zu bestehen, da die als Rechtsträger in Betracht kommenden juristischen Personen wegen der von ihnen betriebenen Behindertenhilfe regelmäßig als gemeinnützig anerkannt sind und - aufgrund der hiermit verbundenen Verneinung einer Gewinnerzielungsabsicht - die Gewerbsmäßigkeit der integrativen Arbeitnehmerüberlassung einhellig verneint wurde.

Denn unter Gewerbsmäßigkeit in § 1 AÜG wird gemeinhin der gewerberechtliche Begriff der Gewerbsmäßigkeit verstanden. Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung setzt demnach eine nicht nur gelegentliche, sondern auf gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbständige Überlassungstätigkeit voraus.

An dieser Gewinnerzielungsabsicht fehle es, so die vormals einhellige Ansicht, wenn es sich um eine gemeinnützige Arbeitnehmerüberlassung handelt. Gestützt wurde diese Ansicht durch eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 4.7.1979 - 5 AZR 8/78, AP Nr. 10 zu § 611 BGB - Rotes Kreuz = DB 1979, 2282.

So hieß es denn auch noch unlängst etwa in der einschlägigen Kommentierung zu § 1 AÜG im Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht lapidar: *"Bei der gemeinnützigen Arbeitnehmerüberlassung fehlt es an der Gewinnerzielungsabsicht, so dass das AÜG nicht anwendbar sei."*

3. Dass derartig knappe Begründungen nur eine vordergründige Sicherheit bieten, zeigte sich dann aber im Jahr 2006. Mit Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 7. November 2005 wurde nämlich die Zentrale der Bundesagentur für Arbeit darüber informiert, dass die obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder bereits 1996 entschieden hatten, dass die Gemeinnützigkeit von Körperschaften, welche im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung tätig sind, nach denselben Grundsätzen zu beurteilen sei, wie die Gemeinnützigkeit von Beschäftigungsgesellschaften, wobei zugleich festgehalten wurde, dass weder die Beschäftigung von Arbeitnehmern noch die Überlassung von Arbeitnehmern gemeinnützige Zwecke i. S. des § 52 AO erfüllt.

Diese Rechtsansicht stellt für sich genommen - mit Verlaub - nicht mehr als die bloße Wiedergabe einer Selbstverständlichkeit dar. Arbeitnehmer zu beschäftigen bzw. Arbeitnehmer zu verleihen ist als solches vom Grundsatz her keine gemeinnützige Tätigkeit. Denn obwohl mittelbar gerade hierdurch das Gemeinwohl gefördert wird - was ist schon sozialer als einen Arbeitsplatz zu schaffen - wird hierdurch die Allgemeinheit unmittelbar grds. nicht gefördert. Ansonsten würden sämtliche Arbeitgeber der Bundesrepublik eine gemeinnützige Tätigkeit ausüben, die dann auch steuerlich zu begünstigen wäre.

Zum Problem wurde dieser Sachverhalt erst dadurch, dass die Zentrale der Bundesagentur für Arbeit in diesem Schreiben angewiesen wurde, zukünftig grundsätzlich jeden Verleih von Arbeitnehmern - auch durch gemeinnützige Körperschaften - als gewerbsmäßig zu behandeln und hiervon nur dann abzusehen, wenn seitens des Finanzamtes im Freistellungsbescheid **ausdrücklich die Gemeinnützigkeit der Arbeitnehmerüberlassung** festgestellt wurde.

Fehle diese ausdrückliche Feststellung, so sei der Verleih von Arbeitnehmern, auch wenn er durch gemeinnützige Einrichtungen erfolgt, grundsätzlich nicht als gemeinnützige, sondern als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen, wodurch diese Arbeitnehmerüberlassung als gewerbsmäßig anzusehen und damit erlaubnispflichtig sei.

Über die Regionaldirektionen wurden 2006 die betroffenen Arbeitgeber über diese Rechtslage informiert und aufgefordert, nunmehr unverzüglich eine Erlaubnis bei der zuständigen Behörde zu beantragen.

In der aktuellen Durchführungsanweisung zum AÜG der Bundesagentur für Arbeit (1.1.3 DA AÜG) heißt es dementsprechend: *"Für den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung muss sich die Gemeinnützigkeit ausdrücklich aus der Bescheinigung gem. § 52 AO ergeben. Das zuständige Finanzamt wird die Frage der Gemeinnützigkeit auch unter dem Aspekt des Verleihs von Arbeitskräften bewerten und dies in der Bescheinigung zum Ausdruck bringen. Die Anerkennung der sonstigen Tätigkeiten der Gesellschaft als gemeinnützig ist nicht entscheidend."*

4. Der im Bereich der integrativen Arbeitnehmerüberlassung tätige Verleiher sieht sich damit nunmehr doch vor die Situation gestellt, trotz einer bestehenden Gemeinnützigkeit grundsätzlich einer Erlaubnis zu bedürfen, deren Einholung dem Unternehmen aber mit Blick auf die hierdurch ausgelösten Folgen (Stichwort: equal pay) die wirtschaftliche Grundlage entzöge, so dass zuletzt nur die Möglichkeit verbleibt, über die vorhandene Anerkennung der Gemeinnützigkeit hinaus, gerade die Gemeinnützigkeit der Arbeitnehmerüberlassung feststellen zu lassen, wie dies von den Regionaldirektionen gefordert wird.

Diese Forderung der Regionaldirektionen stellt die betroffenen integrativen Verleiher bis dato aber vor eine unlösbare Aufgabe, da die Finanzämter sich in den entsprechenden Vordrucken für die Freistellungsbescheide darauf beschränken, die Gemeinnützigkeit der verfolgten Zwecke als solche festzustellen und nur diejenigen Zwecke konkret anzugeben, die sich in der Anlage 1 zu § 48 Abs. 2 EStDV fanden. Dort stand aber nur die Formulierung: "Förderung der Hilfe für Behinderte". Versuche zur ausdrücklichen Feststellung der Gemeinnützigkeit der Arbeitnehmerüberlassung scheitern daher daran, dass es in der Praxis bis dato einen Numerus clausus an Gemeinnützigkeitszwecken gab, und hierin der von der Zentrale der Bundesagentur für Arbeit geforderte Zweck schlicht nicht enthalten ist.

5. Welche Lösungsmöglichkeiten stehen den betroffenen Unternehmen nun zur Verfügung:

- Im Einzelfall kann der Zugang zu pragmatischen Sachbearbeitern eine Lösung in der Weise bringen, dass etwa in der Anlage zum Freistellungsbescheid ausgeführt wird, dass zwar die Arbeitnehmerüberlassung behinderter Menschen an andere Unternehmen keine eigenständige gemeinnützige Tätigkeit im Sinne des § 52 AO sei, aber eine Maßnahme im Bereich der Integration behinderter Menschen.

Daneben kann in der Anlage zum Freistellungsbescheid festgehalten werden, dass die integrative Arbeitnehmerüberlassung Teil der steuerbegünstigten Behindertenförderung ist, der im Rahmen eines Zweckbetriebs ausgeübt wird.

Denn eine gemeinnützige Körperschaft, die einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb (§ 14 AO) unterhält, verliert ihre Steuervergünstigung für die dem Geschäftsbetrieb zuzuordnenden Besteuerungsgrundlagen (Einkünfte, Umsätze oder Vermögen) ja dann nicht, soweit der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb ein Zweckbetrieb ist. Beim Zweckbetrieb handelt es sich um einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, der nicht der partiellen Steuerpflicht unterliegt. Vielmehr können für Zweckbetriebe die gleichen Steuervergünstigungen wie für den ideellen Bereich beansprucht werden.

Zweckbetriebe liegen grundsätzlich nach der Legaldefinition in § 65 AO vor, wenn ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb

- in seiner Gesamtrichtung dazu dient, die steuerbegünstigten satzungsgemäßen Zwecke der Körperschaft zu verwirklichen und

- die Zwecke nur durch einen solchen Geschäftsbetrieb erreicht werden können und

- der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb zu nichtbegünstigten Betrieben derselben oder ähnlicher Art nicht in größerem Umfang in Wettbewerb tritt, als es bei Erfüllung der steuerbegünstigten Zwecke unvermeidbar ist.

Zweckbetriebe erhalten die Gemeinnützigkeit des Trägers. Wie schon die Legaldefinition zeigt, widersprechen sich also ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb und die Gemeinnützigkeit nicht jedenfalls.

In den §§ 66 - 68 AO sind eine Reihe von wirtschaftlichen Geschäftsbetrieben genannt, welche kraft Gesetzes als Zweckbetriebe gelten, ohne dass zusätzlich die allgemeinen Voraussetzungen für die Annahme eines Zweckbetriebs erfüllt sein müssen. Diese Sonderregelungen gehen den allgemeinen Regelungen im § 65 AO vor.

Zu nennen ist hier insbesondere § 68 Nr. 3c AO, wonach es sich bei Integrationsprojekten dann um Zweckbetriebe handelt, wenn mindestens 40 v. H. der Beschäftigten besonders betroffene schwerbehinderte Menschen im Sinne des § 132 Abs. 1 SGB IX sind.

Integrationsprojekte sind rechtlich und wirtschaftlich selbständige Unternehmen (Integrationsunternehmen) oder unternehmensinterne oder spezielle von öffentlichen Arbeitgebern geführte Betriebe (Integrationsbetriebe) oder Abteilungen (Integrationsabteilungen) zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen auf dem allg. Arbeitsmarkt, deren Teilhabe an einer sonstigen Beschäftigung auf dem allg. Arbeitsmarkt auf Grund von Art oder Schwere der Behinderung oder wegen sonstiger Umstände voraussichtlich trotz Ausschöpfens aller Fördermöglichkeiten und des Einsatzes von Integrationsfachdiensten auf besondere Schwierigkeiten stößt.

Integrationsprojekte im aufgezeigten Umfang sind somit per Legaldefinition ein Zweckbetrieb. Der insoweit entfaltete wirtschaftliche Geschäftsbetrieb hindert eine bestehende Gemeinnützigkeit nicht. Für diesen Fall besteht daher kein Anlass von einer gewerbsmäßigen Tätigkeit auszugehen, so dass es an einer Erlaubnispflicht gem. § 1 AÜG weiterhin fehlt.

Diese Möglichkeit zur Erläuterung in der Anlage des Freistellungsbescheids ist freilich schon deswegen unbefriedigend, weil die betroffene Person keinen Rechtsanspruch auf diese Erläuterung hat und insoweit nicht erzwungen werden kann. Im übrigen stellt das Vorliegen eines Integrationsprojekts und mithin eines Zweckbetriebs eine Tatfrage dar, zu deren Feststellung diejenigen Finanzämter, welche die Freistellungsbescheide ausstellen, gar nicht befugt sind.

Schließlich bleibt unklar, ob die Bundesagentur für Arbeit sich mit dieser Erläuterung zufrieden gibt. Eine Klärung dieser Frage ist nicht möglich, da das AÜG kein Verfahren vorsieht, wonach die Erlaubnisfreiheit im Einzelfall behördlich festgestellt werden kann.

Fazit: Die Zentrale der Bundesagentur für Arbeit hat mit ihrer Forderung, wonach die Erlaubnisfreiheit nur dann bestehe, wenn die Gemeinnützigkeit speziell der Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich im Freistellungsbescheid festgestellt wurde, eine unmögliche Forderung aufgestellt, die von den Finanzämtern in dieser Form gar nicht erfüllt werden kann. Abhilfe kann bis dato allenfalls durch Erläuterung des Freistellungsbescheids erfolgen, worauf allerdings kein Anspruch besteht und dessen rechtliche Verbindlichkeit ebenfalls unklar ist.

6. Durch das Gesetz zur Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 10. Oktober 2007 (BGBl. Teil II 2007 Seite 2332 ff.) wurde nun die Anlage 1 der ESt. DVO gestrichen und der Katalog der gemeinnützigen Zwecke gemäß §52 Abs. 2 AO um neue Zwecke erweitert. Es handelt sich dabei um die nahezu identische Aufstellung, welche sich bis dato im der Anlage 1 der ESt. DVO fand.

Interessanterweise findet sich aber nunmehr in § 52 Abs. 2 Satz 2 AO darüber hinaus die Regelung, dass ein Zweck für gemeinnützig erklärt werden kann, sofern der von der Körperschaft verfolgte Zweck nicht unter den Katalog fällt, aber die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet entsprechend selbstlos gefördert wird.

Die obersten Finanzbehörden der Länder haben jeweils eine Finanzbehörde im Sinne des Finanzverwaltungsgesetzes zu bestimmen, die für diese Entscheidung zuständig ist. Derzeit ist davon auszugehen, dass diese Entscheidung von den jeweiligen Landesfinanzministerien getroffen werden wird.

Es sollte daher nunmehr der Versuch unternommen werden, über die Landesfinanzministerien den Zweck der integrativen Arbeitnehmerüberlassung als gemeinnützigen Zweck erklären zu lassen. Soweit dies geschieht, wären die Freistellungsfinanzämter gehalten, die Gemeinnützigkeit dieses Zwecks in den entsprechenden Bescheiden aufzunehmen, wodurch die Forderung der Bundesagentur für Arbeit erfüllt würde.

Inwieweit eine Bereitschaft der gem. § 52 II 2 AO zuständigen Finanzbehörde vorhanden sein wird, die Gemeinnützigkeit der Arbeitnehmerüberlassung bei integrativer Arbeitnehmerüberlassung festzustellen, bleibt abzuwarten. Immerhin ist aber nunmehr der Freiraum hierfür eröffnet worden.

7. De lege ferenda: Um die Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen zu vergrößern, wäre die Aufnahme eines Freistellungsverfahrens in das AÜG zu begrüßen. - Sollten die Landesfinanzministerien die Erklärung der integrativen Arbeitnehmerüberlassung als gemeinnützigen Zweck verweigern, bliebe nur das Desiderat, dass die Bundesagentur für Arbeit von ihrer Forderung jedenfalls für diejenigen gemeinnützigen Träger abrückt, welche die integrative Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen eines Zweckbetriebs ausüben.