

# Zugang zu Wohlfahrts- einrichtungen und -maßnahmen für überlassene Arbeitskräfte

*Beschäftiger haben zu beurteilen, wie weit die Verpflichtung geht, überlassenen Arbeitskräften Zugang zu Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen zu gewähren. Eine gänzliche Gleichstellung mit eigenen Mitarbeitern ergibt sich durch die Novelle zum AÜG nicht.*

## ***Die (Un-)Klarheiten des § 10 Abs 6 AÜG***

---

GEORG BRUCKMÜLLER

### **A. Ausgangssituation**

Nach § 10 Abs 6 AÜG<sup>1)</sup> hat der Beschäftiger seit 1. 1. 2013 der überlassenen Arbeitskraft Zugang zu den Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen (in der Folge WEM) in seinem Betrieb unter den glei-

---

Dr. *Georg Bruckmüller* ist Partner bei Bruckmüller Zeitler Rechtsanwälte in Linz.

1) Soweit im Folgenden Paragrafen ohne Angabe des Gesetzes zitiert werden, beziehen sich diese auf das AÜG.

chen Bedingungen wie seinen eigenen Arbeitskräften zu gewähren, es sein denn, die unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Die Beispiele Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel sind nur demonstrierend. Unter Wohlfahrtseinrichtungen fallen auch Werksküchen und Kantinen, Pause- und Ruheräume, Sport- und Fittnesseinrichtungen, Erholungs- und Urlaubsheime, Parkplätze am Firmengelände, Wäscherei, Betriebs(zahn-)arzt, Pendlerbusse, Werkläden, Werkwohnungen.<sup>2)</sup> Zu Wohlfahrtsmaßnahmen zählen Serviceleistungen ohne Institutionalisierung, wie etwa eine Impfkation, Massagen und Rückentraining.

§ 10 Abs 6 wirft eine Reihe von Fragen auf: Ist damit eine völlige Gleichstellung der überlassenen Arbeitskräfte gegenüber den Mitarbeitern des Beschäftigers erreicht? Umfasst der „Zugang zu den WEM“ auch die Gewährung von entgeltwerten Vorteilen? Was sind sachliche Gründe, die eine unterschiedliche Behandlung zu den AN des Beschäftigers rechtfertigen sollen?

Eine Klärung des Umfangs der Begriffe WEM wird letztendlich durch die Rsp erfolgen. Allfällige durch den Zugang zu den WEM anfallende Mehrkosten hat der Beschäftiger und nicht der Überlasser zu tragen.

## B. Meinungsstand

Was unter „Wohlfahrtseinrichtung und Wohlfahrtsmaßnahme“ zu verstehen ist, ist dem AÜG nicht zu entnehmen; eine Definition fehlt. Den Materialien<sup>3)</sup> ist nichts dazu zu entnehmen. Auch die RL 2008/104,<sup>4)</sup> die Anlass für die Gesetzesänderung war, definiert die Begriffe „Gemeinschaftseinrichtungen und -dienste“ nicht.

In der bisherigen Literatur erkennt man, dass die Definition der WEM schwierig ist.<sup>5)</sup> *Burz*<sup>6)</sup> meint, dass uU auch Geldleistungen, die schon unter § 10 Abs 1 fallen, von § 10 Abs 6 erfasst sein können. *Schnitzer*<sup>7)</sup> meint, dass geldwerte Vorteile wie ein Dienstwagen, der zur Privatnutzung zur Verfügung gestellt wird, oder ein Firmenparkplatz dazuzählen können. *Pöschl/Unterrieder*<sup>8)</sup> verstehen unter WEM freiwillige Sozialleistungen, die sich an die Allgemeinheit richten und daher von entgeltwerten Leistungen wie zB Essensgutscheinen zu unterscheiden sind.

## C. Vergleich zur Wohlfahrtseinrichtung iSd ArbVG

Der Begriff der Wohlfahrtseinrichtung findet sich im ArbVG,<sup>9)</sup> sodass man verlockt ist, die dort zugrunde liegende Bedeutung auf § 10 Abs 6 zu übertragen. Folgende Unterschiede zu § 10 Abs 6 lassen sich festhalten:

- Eine Wohlfahrtseinrichtung ist eine auf Dauer eingerichtete und in gewisser Weise institutionalisierte Maßnahme zur Förderung der sozialen Interessen der AN.<sup>10)</sup> § 95 ArbVG umfasst nur betriebliche Einrichtungen, nicht betriebliche Maßnahmen. Auf eine auf Dauer angelegte Tätigkeit, einen ständigen Verwaltungs- und Organisations-

aufwand und eine bestimmte Institutionalisierung kommt es bei einer betrieblichen Maßnahme nicht an.<sup>11)</sup> Diese Unterscheidung in Wohlfahrtseinrichtungen und -maßnahmen ist für § 10 Abs 6 nicht relevant, weil beides erfasst wird.<sup>12)</sup>

- § 95 ArbVG spricht von *betrieblichen* Wohlfahrtseinrichtungen, § 10 Abs 6 von *WEM im Betrieb*. „Im Betrieb“ ist dahingehend auszulegen, dass nur jene WEM erfasst sind, über die der Beschäftiger verfügen kann.<sup>13)</sup> § 10 Abs 6 wendet sich an die Beschäftiger; daher zählen zu den unter § 10 Abs 6 fallenden WEM nur jene, die der Beschäftiger unmittelbar selbst gewährt, oder jene, auf deren Gewährung und Entzug er selbst Einfluss hat.<sup>14)</sup> WEM, die von der Belegschaftsvertretung des Beschäftigers (zB Erholungsheim des Betriebsrats) gewährt werden, fallen nicht unter § 10 Abs 6.
- Für § 10 Abs 6 ist es nicht relevant, auf welcher rechtlichen Grundlage (Betriebsvereinbarung, Einzelvertrag, Betriebsübung) WEM basieren. Ob überlassene AN Zugang zu WEM, die vom Betriebsrat des Beschäftigers gewährt werden, haben, hängt davon ab, ob diese betriebsverfassungsrechtlich AN des Beschäftigers sind.<sup>15)</sup>
- § 10 Abs 6 gewährt der überlassenen Arbeitskraft einen durchsetzbaren, individuellen Anspruch gegen den Beschäftiger.<sup>16)</sup> Bei § 95 ArbVG ist bei der Frage, ob ein individueller Anspruch besteht, zu prüfen, ob der AG einen Verpflichtungswillen hat.<sup>17)</sup> Im Rahmen von betrieblichen Wohlfahrts-

2) Beispiele bei *Reissner* in ZellKomm<sup>2</sup> § 95 ArbVG Rz 9.

3) ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 4.

4) Im Folgenden auch Leiharbeits-RL.

5) So etwa *Schörghofer*, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG, ZAS 2012, 336; *Burz*, Die Tücken des (neuen) AÜG, ecolex 2012, 1093, die beide von einer „Gleichschaltung mit dem Text des ArbVG“ sprechen; *Aubauer/Rosenmayr-Khoshideh*, Novelle zur Arbeitskräfteüberlassung, taxlex 2012, 431; *Ercher/Rath*, Novelle zum AÜG: Verbesserungen für Leiharbeitskräfte, ASoK 2012, 397.

6) ecolex 2012, 1095.

7) Infas 2013, 9 ohne nähere Begründung.

8) ecolex 2012, 1001.

9) §§ 73, 74, 85, 93 und 95 ArbVG.

10) *Kallab* in ZellKomm IP<sup>2</sup> § 73 Rz 12 ArbVG.

11) *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 95 Rz 34 f.

12) Die in § 10 Abs 6 AÜG genannten Beispiele der Kinderbetreuungseinrichtung, der Gemeinschaftsverpflegung und die Beförderungsmittel sind als Wohlfahrtseinrichtungen zu verstehen.

13) Das gilt auch für das ArbVG: vgl *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 95 Rz 12.

14) Etwa dann, wenn der Überlasser den Betrieb einer Kantine durch einen externen Betreiber organisiert.

15) OGH 13. 2. 1991, 9 OBA 22/91 und *Tomandl*, Betriebsverfassungsrechtliche Fragen der Arbeitskräfteüberlassung, ZAS 2011/41 mwN. Unter welchen Voraussetzungen überlassene Arbeitskräfte AN iSd § 36 ArbVG des Beschäftigers sind, wird im Rahmen dieses Beitrags nicht untersucht. Aus der E OGH 18. 4. 2007, 8 OBA 108/06 z kann keine Abkehr von der bisherigen Rsp abgeleitet werden (aA *Mitschka*, Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsverfassung, ecolex 2012, 458).

16) So auch etwa *Hamann*, EuZA 2009, 287, 319; *Lembke*, NZA 2011, 319, 323; *Hamann*, RdA 2011, 336; *Kock* in *Thüsing*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz<sup>3</sup> Rn 15 zu §§ 13 a, 13 b, jeweils zur deutschen Rechtslage.

17) Hierzu ausführlich *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 95 Rz 97 ff.

einrichtungen gewährte Leistungen können nach § 863 ABGB Bestandteil der Einzelarbeitsverträge werden.<sup>18)</sup> Ein vertraglicher Anspruch gegenüber dem Beschäftigten scheidet bei überlassenen Arbeitskräften aus, da diese mit dem Beschäftigten keinen Vertrag abschließen. Überlassene Arbeitskräfte haben daher keine Möglichkeit, gegen die Auflösung oder Einschränkung einer Wohlfahrtsmaßnahme an sich vorzugehen, sofern sich diese Änderungen auf AN des Beschäftigten und überlassene Arbeitskräfte gleichermaßen beziehen.

## D. Auslegung des § 10 Abs 6 AÜG

### 1. Normzweck

§ 10 Abs 6 bezweckt die Umsetzung des Art 6 Abs 4 der Leiharbeits-RL. Danach haben Leiharbeitnehmer unbeschadet der Bestimmungen des Art 5 Abs 1 der RL in dem entleihenden Unternehmen zu den gleichen Bedingungen, wie die unmittelbar von dem Unternehmen beschäftigten AN, Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus objektiven Gründen gerechtfertigt.<sup>19)</sup>

Das AÜG verwendet die von der RL abweichende Bezeichnung „Wohlfahrtseinrichtung und -maßnahme“ ohne inhaltlich von dieser abweichen zu wollen.<sup>20)</sup> Das geht daraus hervor, dass die in § 10 Abs 6 angeführten Beispiele Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel mit der RL ident sind. Die Materialien<sup>21)</sup> bestätigen, dass § 10 Abs 6 dem Art 6 der Leiharbeits-RL entspricht. Der Gesetzgeber wollte die Begrifflichkeit der §§ 73, 74, 85, 93 und 97 ArbVG übernehmen.<sup>22)</sup>

Art 6 Abs 4 der RL nimmt auf den allgemeinen Gleichstellungsgedanken in Art 5 Abs 1 Bezug und ergänzt diesen.<sup>23)</sup> Der Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen dient der Vermeidung einer Diskriminierung von überlassenen Arbeitskräften. Die RL legt einen diskriminierungsfreien, transparenten und verhältnismäßigen Rahmen zum Schutz der Leiharbeitnehmer fest.<sup>24)</sup>

### 2. Wortlaut

Wie das Wort „Zugang“ in § 10 Abs 6 zeigt, geht der Gesetzgeber von einer Nutzungseinräumung aus. Dass der Beschäftigte finanzielle Vorteile wie Zuschüsse in Geld, Essensgutscheine, ermäßigte Karten für öffentliche Verkehrsmittel, sonstige Gutscheine zu bestimmten Anlässen oder einen Dienstwagen an überlassene Arbeitskräfte zu gewähren hat, lässt sich aus dem Wortlaut und dem Zweck der Norm nicht ableiten. Zu Erweiterungen bestehender Einrichtungen aufgrund mangelnder Kapazitäten (zB Vergrößerung eines Parkplatzes, Erweiterung eines Betriebskindergartens oder zusätzliche Anstellung von AN) sind Beschäftigte nicht verpflichtet. Der Zugang zu WEM ist in gleicher Weise zu ermöglichen wie den AN des Beschäftigten. Etwaige Zahlungen der Beschäftigten an den Betreiber einer Kantine (subventioniertes Essen) kommen daher auch den überlassenen Arbeitskräften zu Gute.

## 3. Systematische Interpretation

Zentrale Frage ist, wie § 10 Abs 6 iVz anderen Bestimmungen des AÜG steht. Würden alle Geld- und Sachleistungen darstellende WEM, wie Mitarbeiterabbate, Zuschüsse zu öffentlichen Verkehrsmitteln, direkte Essenszuschüsse, Gutscheine, die bei Dritten eingelöst werden können, zinsenlose Darlehensaktionen oder Unterstützungszahlungen bei Krankheiten oder Unglücksfällen, vom Beschäftigten zu gewähren sein, würden sich § 10 Abs 6 sowie § 10 Abs 1, § 10 Abs 1 a<sup>25)</sup> und § 12 Abs 5<sup>26)</sup> im Anwendungsbereich überschneiden.

Die zweite Möglichkeit besteht darin, die Begriffe der WEM aus dem arbeitsverfassungsrechtlichen Kontext herauszulösen und selbständig im Kontext zu anderen Bestimmungen des AÜG zu interpretieren.

### a) Betriebspensionsregelungen

Soweit die Gewährung von Pensionszuschüssen als betriebliche Wohlfahrtseinrichtung organisiert ist, können diese unter § 97 ArbVG fallen.<sup>27)</sup> Demnach könnten für betriebliche Wohlfahrtseinrichtungen sowohl § 10 Abs 6 als auch § 10 Abs 1 a anzuwenden sein.

Meines Erachtens stellen jene Altersvorsorgeleistungen, die gem § 2 Z 2 und 3 BPG nicht unter § 10 Abs 1 a fallen, keine Wohlfahrtsmaßnahmen iSd § 10 Abs 6 dar. Dies folgt daraus, dass die Bestimmungen unterschiedliche Ziele verfolgen. § 10 Abs 6 räumt den überlassenen Arbeitskräften ein Nutzungsrecht während des Einsatzes ein. § 10 Abs 1 a dient der Förderung der rechtlichen Verpflichtungen, deren Grundlage das Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber ist.<sup>28)</sup>

Würde man sämtliche Leistungszusagen der Beschäftigten iZm Betriebspensionen als WEM ansehen, würden überlassene Arbeitskräfte ab dem ersten Tag der Überlassung in betriebliche Regelungen, die nicht dem BPG unterliegen, einzubeziehen sein. Dies kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden.

§ 10 Abs 1 a sollte für alle betriebspensionsrechtlichen Regelungen und Altersvorsorgeleistungen eine abschließende Regelung sein. Überlassene Arbeitskräfte sind – ungeachtet einer allfällig mit

18) *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 95 Rz 97 ff.

19) Art 6 Abs 4 der RL 2008/104/EG.

20) Im deutschen AÜG erfolgte die Umsetzung in § 13 b AÜG, wobei die Formulierung der Leiharbeits-RL übernommen wurde.

21) ErläutRV 1903 BlgNR 24. GP 4.

22) So zutreffend *Schörghofer*, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG, ZAS 2012, 336.

23) Danach sollen die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer während der Überlassung mit jenen der Stammmitarbeiter zumindest gleich sein.

24) Erwägung 10 der RL 2008/104/EG.

25) Dieser regelt die Einbeziehung überlassener Arbeitskräfte in Betriebspensionsregelung des Beschäftigten, sofern diese dem § 2 Z 1 BPG unterliegen.

26) Danach haben Überlasser und Beschäftigte in geeigneter Weise den Zugang zu Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen im Betrieb zu fördern.

27) *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 95 Rz 30.

28) So zum dAÜG: *Hamann*, Die Reform des AÜG im Jahr 2011, RdA 2011, 337; *Lemke*, NZA 6/2012, 324; *Ulber*, AuR 2010, 10 (13).

Stammmitarbeitern vereinbarten Wartezeit – in Leistungszusagen nach § 2 Z 1 BPG unter den Voraussetzungen des § 10 Abs 1 a einzubeziehen. Fallen betriebspensionsrechtliche Regelungen und Altersvorsorgeordnungen nicht unter den Begriff der Leistungszusage iSd § 2 Abs 1 BPG, so stehen solche Ansprüche nicht zu. § 10 Abs 6 erweitert daher § 10 Abs 1 a nicht.<sup>29)</sup>

### b) Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen

Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen, etwa Seminare zur Persönlichkeitsentwicklung, könnten aufgrund der weiten Auslegung des § 97 ArbVG auch als Wohlfahrtsmaßnahme angesehen werden. § 12 Abs 5 trifft für den Zugang zu Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen die Verpflichtung des Beschäftigten und des Überlassers, den Zugang zu diesen zu fördern. Eine über diese allgemein gehaltene Bestimmung hinausgehende Verpflichtung, überlassenen Arbeitskräften den Zugang zu Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, ist nicht vorgesehen. Dass der Gesetzgeber den überlassenen Arbeitskräften einen aus § 10 Abs 6 ableitbaren einklagbaren Anspruch hinsichtlich dieser einräumen wollte, ist nicht ersichtlich. Durch die Schaffung des Sozial- und Weiterbildungsfonds<sup>30)</sup> wurde eine über Art 6 der Leiharbeits-RL hinausgehende Regelung für Weiterbildungsmaßnahmen getroffen. Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen fallen daher nicht unter § 10 Abs 6 AÜG.

### c) Entgeltwerte Vorteile

Zentrale Frage ist, ob auch WEM, die entgeltwerte Vorteile sind, vom Beschäftigten zu gewährt sind: Die Auffassung,<sup>31)</sup> dass auch entgeltwerte Leistungen des Beschäftigten uU in § 10 Abs 6 einzubeziehen sind, beachtet nicht, dass überlassene Arbeitskräfte zum Beschäftigten kein Arbeitsverhältnis haben. Der Beschäftigte ist zu keiner Leistung eines Entgelts gegenüber der Arbeitskraft verpflichtet.<sup>32)</sup> Der Gesetzgeber und die RL gehen von einer Trennung zwischen Entgeltleistungen, für die der Überlasser verantwortlich ist, und den WEM, für welche der Beschäftigte zu sorgen hat, aus.

Dass bei „Wohlfahrtseinrichtungen“ differenziert werden kann, zeigt die Frage, ob AN ein individueller, einzelvertraglicher Anspruch an einer Wohlfahrtseinrichtung iSd § 95 ArbVG zusteht. Die Rsp<sup>33)</sup> unterscheidet dabei zwischen „entgeltfernen“ oder „entgeltnahen“ Begünstigungen. Bei „entgeltnahen“ Begünstigungen, wie etwa Zuschüssen zu Konzert- und Theaterkarten, Einräumung verbilligter Nutzungsmöglichkeiten von städtischen Einrichtungen, wird ein einzelvertraglicher Anspruch der AN angenommen, während „entgeltferne“ Begünstigungen, wie zB Werkskantinen, Betriebsausflüge und Kindergärten, für einen Individualanspruch der AN ungeeignet sind. Die Einräumung einer bloßen Benutzungsmöglichkeit stellt nur eine Verpflichtung gegenüber der gesamten Belegschaft dar.<sup>34)</sup> Bei § 10 Abs 6 geht es auch darum, die Gruppe der überlassenen Arbeitskräfte in ihrer Gesamtheit zu schützen.

Diese Unterscheidung in „entgeltferne“ und „entgeltnahe“ Begünstigungen kann auch für die Frage,

ob entgeltwerte Leistungen nach § 10 Abs 6 vom Beschäftigten zu erfüllen sind, herangezogen werden. In jenen Fällen, in denen ein einzelvertraglicher Anspruch eines AN in Betracht kommt (entgeltnahe Begünstigung), scheidet ein Anspruch der überlassenen Arbeitskräfte aus. Überlassene Arbeitskräfte haben gegenüber dem Beschäftigten keinen vertraglichen Anspruch.

Auch § 12 a spricht dafür, dass „entgeltnahe“ Begünstigungen nicht unter § 10 Abs 6 fallen. Wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass auch WEM mit Entgeltcharakter erfasst sind, wäre dem Beschäftigten über das Bestehen von WEM in § 12 a eine Informationspflicht auferlegt worden. Denn ansonsten könnte der Überlasser als AG seine AN über allfällige steuerliche Auswirkungen – so etwa über die von diesem damit notwendig durchzuführende Arbeitnehmerveranlagung – nicht informieren.

Die Entgeltsansprüche von überlassenen Arbeitskräften sind mE abschließend in § 10 Abs 1 geregelt. § 10 Abs 6 sollte diese Entgeltansprüche überlassener Arbeitskräfte nicht erweitern. Geld- und Sachleistungen, wie Gutscheine, die AN in Geschäften einlösen können, die Übernahme von Kosten bei Sozialeinrichtungen, Aktienerwerbspläne, Golddukaten, Weihnachtzuschüsse und -geschenke, Zuschüsse zu Geburten und Hochzeiten, die Übernahme von Prämien für Zusatzkrankenversicherungen, sind daher von Beschäftigten nicht zu tragen.<sup>35)</sup>

## E. Unterschiedliche Behandlung aus sachlichen Gründen

Eine unterschiedliche Behandlung zwischen überlassenen Arbeitskräften und AN des Beschäftigten ist nach § 10 Abs 6 aus sachlichen Gründen zulässig. Beschäftigte können den Zugang zu WEM an objektive – nicht an das Überlassungsverhältnis geknüpfte – Kriterien knüpfen.

Die Nutzung eines Betriebskindergartens kann an die Anzahl der Kinder der Arbeitskraft oder an die finanzielle Bedürftigkeit angeknüpft werden. Denkbar ist, einen Parkplatz nur Mitarbeitern, die nicht oder erschwert mit öffentlichen Verkehrsmitteln zum Betrieb gelangen können, zur Verfügung zu stellen. Treffen Zugangsbeschränkungen überlassene Arbeitskräfte und AN des Beschäftigten in gleicher Weise, sind diese zulässig.

Ein an der Einsatzdauer gemessener verhältnismäßig hoher Organisations- und Verwaltungsaufwand<sup>36)</sup> kann eine sachliche Differenzierung rechtfertigen.

29) Hamann, RdA 2011, 337: § 13 b dAÜG schafft ebenfalls keinen Anspruch auf Teilnahme an einer betrieblichen Altersvorsorge.

30) In Abschnitt V des AÜG.

31) Schnitzler, infas, 9 ff; Burz, ecoloX 2012, 1095, lässt diese Frage offen.

32) Daran ändert auch die Haftungsbestimmung des § 14 AÜG nichts.

33) OGH 18. 4. 1996, 8 Oba 270/95.

34) Jabornegg in Strasser/Jabornegg/Resch (Hrsg), ArbVG § 95 Rz 101 f.

35) Kock in Thüsing, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz<sup>3</sup> Rn 18 zu §§ 13 a, 13 b dAÜG mwN.

36) Huke/Neufeld/Luickhardt, Das neue AÜG: Erste Erfahrungen und Hinweise zum Umfang mit den neuen Regelungen, BB 2012, 961 ff meinen, dass bei Anwendung dieses Rechtfertigungsgrundes Vorsicht geboten ist.

tigen. Es ist mE zulässig, den Zugang zu Betriebskindergärten dann zu beschränken, wenn die Arbeitskräfte nur für kurz dauernde Einsätze überlassen sind. Die sachliche Differenzierung ist hier wegen des Kindeswohls zulässig, weil bei Beendigung des Arbeitseinsatzes die Kinder wieder aus diesen Wohlfahrtseinrichtungen genommen werden müssten. Wenn Überlasser und Beschäftiger gleichartige WEM anbieten, kann dies einen Ausschluss der überlassenen AN von WEM des Beschäftigers rechtfertigen. Veranaltet etwa der Überlasser eine Weihnachtsfeier, haben die überlassenen Arbeitskräfte nur Anspruch auf die Teilnahme an dieser Wohlfahrtsmaßnahme, nicht an der des Beschäftigers.

Allerdings kann eine Regelung beim Beschäftiger zu einer mittelbaren Benachteiligung von überlassenen Arbeitskräften führen,<sup>37)</sup> wenn generell auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit im Beschäftigerbetrieb abgestellt wird. Fehlende Kapazitäten stellen auf Dauer keinen sachlichen Grund für eine unterschiedliche Behandlung der Leiharbeitskräfte dar. Frei werdende Plätze in Einrichtungen müssen auch überlassenen Arbeitskräften zugänglich sein. Bei WEM, die die Betriebstreue belohnen sollen und vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses abhängen, ist mE eine sachliche Differenzierung schwer argumentierbar.<sup>38)</sup> Entscheidend dafür, ob eine unterschiedliche Behandlung aus sachlichen Gründen zulässig ist, wird das Motiv dieser sein. Liegt dieses in einer Diskriminierung oder darin

Kosten zu sparen, ist eine unterschiedliche Behandlung unzulässig.

37) So auch *Schörghofer*, Zur Umsetzung der Leiharbeits-RL im AÜG, ZAS 2012, 343.

38) Kritisch hierzu auch *Boemke*, Die EG-Leiharbeitsrichtlinie und ihre Einflüsse auf das deutsche Recht, RIW 2009, 186.

#### SCHLUSSSTRICH

- *Zur Auslegung der Begriffe Wohlfahrtseinrichtungen und Wohlfahrtsmaßnahmen kann auf die Rsp zu § 97 ArbVG zurückgegriffen werden.*
- *Beschäftiger haben den überlassenen Arbeitskräften jedoch nicht alle WEM zugänglich zu machen, da § 10 Abs 6 einschränkend auszulegen ist. Jene Leistungen, die Entgeltcharakter haben, fallen nicht unter § 10 Abs 6. „Entgeltnahe“ Begünstigungen, auf die AN des Beschäftigers einen dem Arbeitsverhältnis entspringenden, individualrechtlichen Anspruch haben, stehen überlassenen Arbeitskräften nicht zu.*
- *Für Leistungen, wie Betriebspensionen oder betriebliche Vorsorgemodelle, treffen § 10 Abs 1 a, für Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen § 12 Abs 5 und Abschnitt V des AÜG abschließende Regelungen.*