

Arbeitnehmerüberlassung

Autor/-in: Sabine Feindura, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Berlin

Zusammenfassung

Überblick

Arbeitnehmerüberlassung liegt immer dann vor, wenn ein Unternehmer (Verleiher) die Arbeitsleistung eines bei ihm angestellten Arbeitnehmers an einen Dritten (Entleiher) überlässt. Der Arbeitnehmer wird bei der Arbeitnehmerüberlassung in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und arbeitet nach dessen Weisungen. Auch nach Überlassung an einen Dritten bleibt der Leiharbeiter **Mitarbeiter des Verleihers**. Zwischen Entleiher und Leiharbeiter wird grundsätzlich kein Arbeitsverhältnis begründet.

Arbeitnehmerüberlassung ist zu unterscheiden von

- Werkvertrag,
- Dienstvertrag,
- privater Arbeitsvermittlung.

Man unterscheidet echte und unechte Arbeitnehmerüberlassung danach, ob die Arbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig erfolgt (sog. unechte) oder nicht (sog. echte).

Das **Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (AÜG)** erfasst nur die unechte, also die gewerbsmäßige Leiharbeit. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG bedarf ein Unternehmer, der die Arbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig betreiben will, in der Regel einer **Erlaubnis**. Das AÜG enthält keine umfassenden Regelungen zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses, sondern postuliert lediglich einen gewissen Mindestschutz für Leiharbeiter. Im Übrigen werden auch Leiharbeiter von den meisten allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln erfasst.

Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung setzt einen schriftlichen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher voraus.

Zudem ergibt sich für Arbeitnehmerüberlassung eine Reihe von kollektivrechtlichen Besonderheiten.

Vor dem Hintergrund der am 5.12.2008 in Kraft getretenen europäischen Leiharbeitsrichtlinie hat der Bundestag am 24.3.2011 zahlreiche Änderungen des AÜG beschlossen, die am **1.12.2011** in Kraft treten werden.

Die wichtigsten Änderungen im AÜG sind etwa die Ausweitung der Erlaubnispflicht, die Änderungen des Konzernprivilegs, die Einführung einer Regelung zur Lohnuntergrenze, die Streichung der "Sechs-Wochen-Regelung" in §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG sowie die Erweiterung der Informationspflicht des Entleihers gegenüber dem Leiharbeiter.

Neben der Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie verfolgt das Änderungsgesetz das Ziel, den in der Praxis bekannt gewordenen missbräuchlichen Einsatz von Arbeitnehmerüberlassung zu verhindern^[1]. Hierzu hat der Gesetzgeber in §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG die sog. **Drehtürklausel** eingefügt, die **bereits zum 30.4.2011 in Kraft** getreten ist.

Gesetze, Vorschriften und Rechtsprechung

Die Rechtsgrundlagen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung sind im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) geregelt.

1 Begriff der Arbeitnehmerüberlassung

Der Begriff der Arbeitnehmerüberlassung wird durch das AÜG selbst nicht definiert. Das AÜG setzt diesen Begriff vielmehr voraus^[1]. Aus § 1 Abs. 1 AÜG ergeben sich jedoch die Umrisse der gegenseitigen Leistungspflichten. Arbeitnehmerüberlassung liegt immer dann vor, wenn ein Unternehmer (Verleiher) die Arbeitsleistung eines bei ihm angestellten Arbeitnehmers an einen Dritten (Entleiher) überlässt, wenn er also den Arbeitnehmer anweist, seine Arbeitsleistung nach Weisung des Entleihers zu erbringen und dem Entleiher das Weisungsrecht aus dem Arbeitsvertrag überträgt. Der Arbeitnehmer wird bei der Arbeitnehmerüberlassung in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und arbeitet nach dessen Weisungen. Vor, während und nach Überlassung an einen Dritten bleibt der Leiharbeitnehmer **Mitarbeiter des Verleihers**. Zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer wird grundsätzlich kein Arbeitsverhältnis begründet. Zwischen Verleiher und Entleiher besteht ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, wonach der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte gegen Entgelt überlässt. Der Verleiher haftet für die ordnungsgemäße Auswahl der Arbeitnehmer.

Nach noch geltender Rechtslage unterscheidet man die echte von der unechten Arbeitnehmerüberlassung. Diese Unterscheidung richtet sich danach, ob die Arbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig erfolgt (sog. unechte) oder nicht (sog. echte). Das Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) erfasst bisher demnach nur die unechte Leiharbeit, § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG.

Die Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG muss nach dem bis zum 1.12.2011 geltenden Recht **gewerbsmäßig** sein. Arbeitgeber der Leiharbeitnehmer ist der Verleiher. Der Arbeitnehmer wird jedoch in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und arbeitet nach dessen Weisungen. Die Hauptleistungspflichten des Verleihers gegenüber dem Entleiher beschränken sich auf die Auswahl und die Überlassung des Arbeitnehmers^[2]. Eine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung kann auch dann vorliegen, wenn das entleihende Unternehmen nur für die Personalkosten aufkommt. Dies gilt zumindest dann, wenn der Einsatz des Arbeitnehmers für das entleihende Unternehmen Voraussetzung für die Begründung des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und dem verleihenden Unternehmen ist^[3].

1.1 Echtes Leiharbeitsverhältnis

Von einem echten Leiharbeitsverhältnis ist dann auszugehen, wenn ein Arbeitnehmer überwiegend im Unternehmen des Verleihers tätig wird, jedoch **gelegentlich und nicht gewerbsmäßig** an einen Dritten verliehen wird. Das echte Leiharbeitsverhältnis fällt grundsätzlich nicht in den Geltungsbereich des AÜG. Dennoch sind in § 1 AÜG Sonderformen des echten Leiharbeitsverhältnisses geregelt. Hierzu zählt:

- Abordnung von Arbeitnehmern zu einer Arbeitsgemeinschaft (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG),
- wirtschaftszweiginterne Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG),
- konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG).

Ferner wendet die Rechtsprechung § 14 Abs. 1, 2 und Abs. 3 Satz 1 AÜG entsprechend auf das echte Leiharbeitsverhältnis an.

Wenn nicht ausnahmsweise etwas anderes ausdrücklich im Arbeitsvertrag geregelt ist, verpflichtet sich ein Arbeitnehmer grundsätzlich nur gegenüber seinem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung nach dessen Weisung. Deshalb ist die Anordnung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, für einen anderen Arbeitgeber nach dessen Weisungen Arbeit zu leisten, in aller Regel nicht vom Arbeitsvertrag gedeckt und kann vom Arbeitgeber also nicht einseitig erzwungen werden. Bei einem echten Leiharbeitsverhältnis bedarf der Einsatz des Arbeitnehmers daher in aller Regel der Zustimmung des Arbeitnehmers; nur wenn der Ar-

beitnehmer dem Verleih seiner Arbeitskraft bereits im Arbeitsvertrag oder nachträglich zugestimmt hat, muss er nach Weisung eines Dritten Arbeitsleistung für diesen erbringen.

Beim echten Leiharbeitsverhältnis gibt es mindestens zwei Arbeitgeber, dies generiert Besonderheiten:

- das Direktionsrecht wird zwischen Verleiher und Entleiher aufgeteilt,
- der Verleiher muss sicherstellen, dass der Entleiher den Arbeitnehmer vertragsgemäß beschäftigt und die Arbeitnehmerschutzvorschriften einhält,
- der Arbeitnehmer muss seine vertraglichen Nebenpflichten gegenüber Verleiher und Entleiher einhalten (z. B. Verschwiegenheitspflicht, Wettbewerbsverbot),
- die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Verleiher und dem Entleiher ist beschränkt^[1].

1.2 Unechtes Leiharbeitsverhältnis

Sofern der Arbeitgeber gewerbsmäßig^[1] Arbeitnehmer an Dritte überlässt, stellen diese Arbeitsverhältnisse unechte Leiharbeitsverhältnisse dar.

2 Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung

Die Arbeitnehmerüberlassung ist von anderen Formen der betriebsübergreifenden Zusammenarbeit streng zu unterscheiden.

2.1 Abgrenzung zum Werk- und Dienstvertrag

Keine Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrags, den sein Arbeitgeber mit einem Dritten abgeschlossen hat, im Betrieb des Dritten oder sonst außerhalb des Betriebs seines Arbeitgebers tätig wird. Auch wenn der Dritte Wünsche bezüglich der Ausgestaltung des Werks oder der Dienstleistung äußert, bleibt die Bestimmung über die Art und Weise, in der der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung zu erfüllen hat, in den Händen des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber organisiert in diesen Fällen eigenverantwortlich die Erfüllung des Vertrags mit dem Dritten und er weist den Arbeitnehmer an. Im Rahmen der Erfüllung des Dienst- oder Werkvertrags zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber ist der Arbeitnehmer Erfüllungsgehilfe und unterliegt ausschließlich den Weisungen des Arbeitgebers. Weisungen des Dritten nimmt er allenfalls als Bote für den Arbeitgeber entgegen. In diesen Fällen mag es sogar unschädlich sein, wenn der Arbeitnehmer nach seinem Arbeitsvertrag - auch - den Weisungen des Dritten unterliegt^[1].

Anders als bei der Arbeitnehmerüberlassung verpflichtet sich der Unternehmer beim **Werkvertrag** gegenüber einem Dritten (Besteller) zur Herstellung eines individuellen Werks, d. h. zur Herbeiführung eines bestimmten Arbeitsergebnisses (Erfolges) für den Besteller^[2]. Für die Erfüllung seiner Tätigkeit kann sich der Unternehmer seiner Arbeitnehmer bedienen. Werkverträge zeichnen sich dadurch aus, dass

- das vertraglich vereinbarte Ergebnis/Erfolg eigenverantwortlich durch den Werkunternehmer herbeizuführen ist,
- die von ihm eingesetzten Mitarbeiter ausschließlich seinem Weisungsrecht unterliegen,
- das Risiko des Misslingens bei dem Werkunternehmer liegt; ist das erstellte Werk fehlerhaft, so stehen dem Besteller Gewährleistungsansprüche zu. Er muss nur ein fehlerfrei ausgeführtes Werk abnehmen und bezahlen.

Allerdings werden atypische Fälle in der Praxis immer häufiger^[3], sodass die Rechtsprechung zur Abgrenzung entscheidend darauf abstellt, ob der Arbeitnehmer voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert ist und seine Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers ausführt. Liegen diese Voraussetzung vor, handelt es sich um Arbeitnehmerüberlassung und nicht um einen Werkvertrag. Hierfür entscheidend ist der objektive Geschäftsinhalt, der aus den schriftlichen Vereinbarungen und der prakti-

schen Durchführung zu ermitteln ist. Bei einem Widerspruch zwischen dem Vertrag und der Praxis entscheidet die tatsächliche Durchführung^[4].

Im Rahmen eines **Dienstvertrags** wird das Erbringen von selbstständigen Dienstleistungen ohne Übernahme einer Erfolgsgarantie versprochen. Beispiele sind etwa Wartungsverträge, Referentenverträge, Bewachungsverträge und Beraterverträge. Für Dienstverträge sind die folgenden Merkmale typisch:

- die vereinbarten Leistungen sind in eigener Verantwortung des Auftragnehmers zu erbringen,
- die vom Auftragnehmer eingesetzten Mitarbeiter unterstehen ausschließlich seinem Weisungsrecht,
- das Entgelt ist nicht an einen bestimmten Erfolg geknüpft, sondern nur an das ordnungsgemäße Erbringen der Dienstleistung. Die Vergütungshöhe orientiert sich in der Regel an der Dauer der Leistung und der Qualifikation der Dienstleister^[5].

Liegen die genannten Kriterien im Einzelfall tatsächlich nicht vor, so wird der Mangel auch nicht durch die Behauptung der Kriterien im Vertrag oder die Bezeichnung des Vertrags als solche geheilt^[6]. Sofern es sich bei einem solchen Schein-Werkvertrag oder Schein-Dienstvertrag in Wahrheit um Arbeitnehmerüberlassung handelt, ist dies für die Beteiligten besonders dann ein Risiko, wenn der Verleiher keine Verleihererlaubnis besitzt; dann kommt nämlich kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zu Stande, § 10 i. V. m. § 9 Nr. 1 AÜG^[7]. Verleiher und Entleiher begehen außerdem eine Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße bis zu 25.000 EUR geahndet werden kann (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 und 1a AÜG).

Praxis-Tipp

Durchführungsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit hinzuziehen

Die Einhaltung der Vorschriften des AÜG überwacht die Bundesagentur für Arbeit. Da nicht alle Sachbearbeiter und Prüfer juristisch qualifiziert sind, erlässt die BA wie alle Behörden Durchführungsanweisungen für ihre Mitarbeiter. Auch zum AÜG hat die BA eine Durchführungsanweisung erlassen. Diese Durchführungsanweisung kann unter www.arbeitsagentur.de abgerufen werden. Dies ist für die Praxis durchaus von Interesse, da die Durchführungsanweisung aufzeigt, worauf Prüfer der BA achten und nach welchen Indizien diese auf eine Arbeitnehmerüberlassung schließen.

2.2 Abgrenzung zum Maschinenüberlassungsvertrag

Die zeitweilige Überlassung von Maschinen mit dem dazugehörigen Bedienungs- und Montagepersonal stellt jedenfalls dann keine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung dar, wenn die Personalgestellung lediglich eine vertragliche Nebenleistung im Rahmen eines Miet- oder Leasingvertrags darstellt. Die Beurteilung, ob die Personalgestellung nur Nebenleistungscharakter hat, richtet sich in erster Linie nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Beim Chartern von Schiffen oder Flugzeugen, beim Mieten von EDV-Anlagen oder Baumaschinen steht nach dem Sinn und Zweck dieser Verträge die Gebrauchsüberlassung der Gegenstände im Vordergrund, während die Personalgestellung nur dienende Funktion hat. Daher fällt das Vermieten von Baumaschinen mit Personal nicht unter das Verbot der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe. Dagegen lässt die Ausrüstung von Personal mit Werkzeug die Personalgestellung wirtschaftlich nicht in den Hintergrund treten; in einem solchen Fall läge Arbeitnehmerüberlassung vor.

2.3 Abgrenzung zur privaten Arbeitsvermittlung

Die Arbeitsvermittlung ist darauf gerichtet, Arbeitssuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen. Die Vermittlung mag sich auch auf Auszubildende und Ausbilder erstrecken. Die Tätigkeit des Arbeitsvermittlers ist die eines Maklers, der lediglich Gelegenheiten zum Abschluss von Arbeitsverträgen verschafft, nicht aber die übli-

chen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberrisiko übernimmt (§ 1 Abs. 2 AÜG). Ziel ist der Abschluss eines Arbeits- oder Ausbildungsvertrags zwischen den Parteien, die der Vermittler zusammengeführt hat. Demgegenüber liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn der Arbeitnehmer in den Betrieb des Dritten nicht als deren Arbeitnehmer aufgenommen werden, sondern in arbeitsrechtlicher Beziehung zu dem Zuweisenden stehen und verbleiben soll.

2.4 Abordnung von Arbeitnehmern zu Arbeitsgemeinschaften

Unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG fällt die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer Arbeitsgemeinschaft des Baugewerbes nicht unter die Geltung des AÜG, wenn:

- die Arbeitsgemeinschaft die Herstellung eines Werks bezweckt,
- der Arbeitgeber Mitglied der Arbeitsgemeinschaft ist,
- ein Tarifvertrag für alle Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft gilt.

Bereits beim Fehlen einer der Voraussetzungen liegt eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung vor^[1]. Für Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums gilt eine Abordnung ihrer Arbeitnehmer zu einer Arbeitsgemeinschaft auch dann nicht als Arbeitnehmerüberlassung, wenn für sie deutsche Tarifverträge nicht gelten (§ 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG).

2.5 Weitere Ausnahmetatbestände

§ 1 Abs. 3 AÜG nimmt drei weitere Fallgestaltungen weitgehend vom Anwendungsbereich des AÜG aus. Hierzu gehören folgende Fälle:

- Arbeitnehmerüberlassung zur Vermeidung von Kurzarbeit, § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG
- Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung, § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG
- Arbeitnehmerüberlassung ins Ausland, § 1 Abs. 3 Nr. 3 AÜG

Achtung

Änderungen ab dem 1.12.2011

Künftig wird das Konzernprivileg zwar weiterhin gelten, aber nur noch dann, wenn der Arbeitnehmer "nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird". In das AÜG wird ab dem 1.12.2011 darüber hinaus das Privileg bei nur gelegentlicher Arbeitnehmerüberlassung eingeführt. Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG n. F sind die Regelungen des AÜG grundsätzlich nicht anzuwenden, wenn die Überlassung damit nur **gelegentlich** erfolgt^[1].

2.6 Gewerbsmäßigkeit

Arbeitnehmerüberlassung i. S. d. AÜG liegt nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG bisher nur dann vor, wenn diese gewerbsmäßig erfolgt. Gewerbsmäßig ist jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse **Dauer** angelegte, und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer **wirtschaftlicher Vorteile** gerichtete, **selbstständige Tätigkeit** mit Gewinnerzielungsabsicht. Unerheblich ist, ob tatsächlich ein Gewinn erzielt wird^[1].

Achtung

Änderungen ab dem 1.12.2011

Eine wesentliche Änderung, die **ab dem 1.12.2011** in Kraft tritt, ist die Ausweitung der Erlaubnispflicht auf die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Maßgebend für die Erlaubnispflicht ist danach, dass der Verleiher **im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit** handelt; auf die Gewerbsmäßigkeit (Gewinnerzielungsabsicht) kommt es dann nicht mehr an^[2].

3 Erlaubnispflicht

3.1 Allgemeines

Will ein Unternehmer gewerblich Arbeitnehmer überlassen, so müssen zunächst die allgemeinen gewerberechtlichen Voraussetzungen vorliegen. Darüber hinaus unterliegt die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung der Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Neu gegründeten Unternehmen wird zunächst nur eine **befristete Erlaubnis** erteilt. Erst nach einer Geschäftstätigkeit von 3 Jahren können Verleiher eine **unbefristete Erlaubnis** erhalten (§ 2 Abs. 5 AÜG).

Achtung

Fingiertes Arbeitsverhältnis bei Fehlen der Erlaubnis

Verfügt der Verleiher nicht über eine Erlaubnis, ist die Arbeitnehmerüberlassung illegal. Nach der Regelung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG wird zum Schutz des Leiharbeitnehmers ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher unwiderleglich fingiert. Der Inhalt des fingierten Arbeitsverhältnisses richtet sich nach § 10 Abs. 1 Sätze 2 bis 5 AÜG.

3.2 Personalaustausch in Kleinunternehmen

Nach § 1a AÜG bedarf der Verleih keiner Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG, wenn

- der Arbeitgeber weniger als 50 Arbeitnehmer beschäftigt und
- die Arbeitnehmerüberlassung der Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen dient und
- den Zeitraum von 12 Monaten nicht überschreitet und
- der überlassende Arbeitgeber die beabsichtigte Überlassung vorher schriftlich der Bundesagentur für Arbeit angezeigt hat.

Achtung

Änderungen ab dem 1.12.2011

Weitere Voraussetzung für die Befreiung von der Erlaubnispflicht nach § 1a AÜG ist künftig, dass der Leiharbeitnehmer "nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird"^[1].

3.3 Besonderheiten im Baugewerbe

Nach § 1b Satz 1 AÜG ist die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe grundsätzlich **unzulässig** und nur **ausnahmsweise** gestattet

1. zwischen Betrieben des Baugewerbes und anderen Betrieben, wenn diese Betriebe erfassende, für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge dies bestimmen (§ 1b Satz 2 Buchst. a AÜG) oder
2. zwischen Betrieben des Baugewerbes, wenn der verleihende Betrieb nachweislich seit mindestens 3 Jahren von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder von deren Allgemeinverbindlichkeit erfasst wird (§ 1b Satz 2 Buchst. b AÜG).

Weitere Ausnahmen gelten nach § 1b Satz 3 AÜG für Betriebe des Baugewerbes mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraums. § 1b Satz 3 AÜG trägt der Auffassung des EuGH Rechnung, dass § 1b AÜG gegen die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV (ex-Artikel 49 EGV) sowie gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV (ex-Artikel 43 EGV) verstößt^[1].

4 Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer

Der Verleiher schließt mit dem Leiharbeitnehmer einen **Leiharbeitsvertrag** ab, der den allgemeinen Bestimmungen des BGB unterliegt. Die Schriftform ist nur dann Wirksamkeitsvoraussetzung, wenn eine Befristungsabrede vorliegt (§ 14 Abs. 4 TzBfG). Auch der Leiharbeitnehmer kann jedoch einen schriftlichen Arbeitsvertrag verlangen; § 2 Abs. 1 NachwG findet Anwendung. Außerdem sind Firma und die Anschrift des Verleihers, Erlaubnisbehörde, Ort und Erteilung der Erlaubnis sowie Art und Höhe der Leistungen für Zeiten, in denen der Leiharbeitnehmer nicht verliehen ist, zu dokumentieren (§ 11 Abs. 1 Satz 2 AÜG)^[1].

Dem Verleiher obliegt eine Reihe von **Nebenpflichten** gegenüber dem Leiharbeitnehmer:

- Aushändigung eines Merkblatts der Erlaubnisbehörde über den wesentlichen Inhalt des AÜG (§ 11 Abs. 2 Satz 1 AÜG),
- Nichtdeutsche Arbeitnehmer erhalten das Merkblatt und den Arbeitsvertrag in ihrer Muttersprache (§ 11 Abs. 2 Satz 2 AÜG)
- unverzügliche Unterrichtungspflicht bei einem Wegfall/Widerruf der Erlaubnis (§ 11 Abs. 3 AÜG) und über Abwicklung und Abwicklungsfrist
- Unterrichtung über Arbeitskämpfmaßnahmen gegen den Verleiher sowie Hinweis auf ein Leistungsverweigerungsrecht (§ 11 Abs. 5 AÜG)^[2]

Das AÜG enthält keine umfassenden Regelungen zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Vielmehr regeln die §§ 9-11 AÜG lediglich einen gewissen **Mindestschutz** für Leiharbeitnehmer. § 14 AÜG enthält darüber hinaus Regelungen zur betriebsverfassungsrechtlichen Stellung. Im Übrigen unterfallen Leiharbeitnehmer insofern dem Schutz der allgemeinen arbeitsrechtlichen Normen, als sie Arbeitnehmer des Verleihers sind.

Für die **Befristung** von Leiharbeitsverhältnissen gelten die Vorschriften des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG). Der Verleiher kann einen Leiharbeitnehmer unter den Voraussetzungen des § 14 TzBfG befristet einstellen. Grundsätzlich bedarf eine Befristungsabrede eines sachlichen Grundes (§ 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG). Ausnahmen hiervon sehen die Regelungen des § 14 Abs. 2, 2a, und 3 TzBfG vor. Danach ist u. a. die kalendermäßige Befristung ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von 2 Jahren zulässig (§ 14 Abs. 2 TzBfG). Der Verleiher kann mit einem Leiharbeitnehmer jedoch auch dann eine Befristung § 14 Abs. 2 TzBfG wirksam vereinbaren, wenn der Leiharbeitnehmer an einen Arbeitgeber entliehen wird, bei dem der Leiharbeitnehmer bereits zuvor im Rahmen eines nach § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses beschäftigt war^[3].

Das Leiharbeitsverhältnis kann vom Verleiher oder vom Leiharbeitnehmer ordentlich oder außerordentlich gekündigt werden.

Das **Kündigungsschutzgesetz** findet unter den Voraussetzungen der §§ 1 Abs. 1, 23 KSchG Anwendung. Für die Wartezeit (sechs Monate) ist allein die Zeit des rechtlichen Bestands des Leiharbeitsverhältnisses mit dem Verleiher maßgebend^[4].

Folgende **Besonderheiten** ergeben sich jedoch für den Leiharbeitnehmer aus dem AÜG:

- Nach § 11 Abs. 4 Satz 1 AÜG kann die gesetzliche Kündigungsfrist bei einem Aushilfsarbeitsverhältnis nicht gem. § 622 Abs. 5 Nr. 1 AÜG einzelvertraglich abgekürzt werden.
- Nach § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG kann das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers (§ 615 Satz 1 BGB) nicht beschränkt werden, der Grundsatz der Abdingbarkeit des § 615 Satz 1 BGB gilt i. R. d. Arbeitnehmerüberlassung nicht.

Hinsichtlich der **Arbeitsentgelte** und der **wesentlichen Arbeitsbedingungen** legt das AÜG zwingend fest, dass Leiharbeitnehmer während der Dauer der Überlassung wie vergleichbare Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens behandelt werden müssen. **Abweichungen** hiervon sind nur zulässig:

- aufgrund tarifvertraglicher Regelungen wie auch
- für die ersten 6 Wochen der Überlassung eines zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmers, sofern mindestens ein Nettoarbeitsentgelt in Höhe des Betrags, den der Leiharbeitnehmer zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat, gewährt wird (§ 9 Nr. 2 AÜG). Diese Regelung wird allerdings **ab 1.12.2011** entfallen, sodass für Leiharbeitnehmer, die vor Einstellung durch den Verleiher Arbeitslosengeld bezogen haben, keine Abweichung vom Grundsatz "Equal Pay" mehr gilt^[5].

Achtung

Änderungen des AÜG-Drehtürklausel

Im Hinblick auf die Ausgliederung von Arbeitsplätzen auf ein Verleihunternehmen zum Zwecke der Lohnkostensenkung und des anschließenden Rückverleihs der Arbeitnehmer auf ihre alten Arbeitsplätze wurde in § 3 Abs. 1 Nr. 3 a. E. AÜG sowie in § 9 Nr. 2 a. E. AÜG die sog. Drehtürklausel eingefügt^[6]. Hierdurch soll verhindert werden, dass Arbeitnehmer entlassen werden und anschließend als Leiharbeitnehmer zu schlechteren Arbeitsbedingungen als die Arbeitnehmer des Entleihers wieder in ihrem ehemaligen Unternehmen oder einem Unternehmen desselben Konzerns eingesetzt werden^[7].

Die Drehtürklausel stellt eine Rückausnahme zur Tariföffnungsklausel des Grundsatzes von "Equal Pay" dar^[8]. Nach diesen Regelungen gilt nämlich eine von "Equal Pay" abweichende tarifliche Regelung nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten 6 Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne von § 18 AktG bildet, ausgeschieden sind. Die Regelungen zur Drehtürklausel **gelten bereits ab dem 30.4.2011**. Die **Übergangsvorschrift** des § 19 AÜG regelt jedoch, dass auf Leiharbeitsverhältnisse, die vor dem 15.12.2010 begründet worden sind, weiterhin die alten Fassungen der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG anzuwenden sind^[9].

Zum Schutz des Leiharbeitnehmers enthält das AÜG weitere **Sonderregelungen**, die die arbeitsvertragliche Gestaltungsfreiheit einengen. So sind Vereinbarungen, die dem Leiharbeitnehmer verbieten, nach Beendigung des Leiharbeitsverhältnisses mit einem Entleiher ein Arbeitsverhältnis einzugehen, unwirksam (§ 9 Nr. 4 AÜG).

5 Rechtbeziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer

Auch nach Überlassung an einen Dritten bleibt der Leiharbeitnehmer **Mitarbeiter des Verleihers**. Zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer wird, sofern der Verleiher im Besitz der erforderlichen Erlaubnis ist, **kein Arbeitsverhältnis** begründet. Die Beziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer sind trotzdem nicht nur faktischer Natur. Der Leiharbeitnehmer wird

in den Betrieb des Entleiher eingegliedert. Auf Grund dessen steht dem Entleiher das Direktionsrecht zu. Der Entleiher kann damit Art und Ausführung der Arbeit des Leiharbeitnehmers bestimmen. Der Leiharbeitnehmer ist an die Lage der Arbeitszeit im Betrieb des Entleiher gebunden. Der Entleiher gilt als Arbeitgeber i. S. d. Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen, falls der Arbeitnehmer während der Tätigkeit für den Entleiher eine Erfindung oder einen technischen Verbesserungsvorschlag macht (§ 11 Abs. 7 AÜG).

Der Leiharbeitnehmer unterliegt auch gegenüber dem Entleiher den üblichen arbeitsvertraglichen **Nebenpflichten**: Verschwiegenheitspflicht, Sorgfaltspflicht etc. Ebenso ist der Leiharbeitnehmer verpflichtet, Krankheit und andere persönliche Verhinderungen auch dem Entleiher anzuzeigen.

Ebenso hat der Entleiher gegenüber dem Leiharbeitnehmer eine Reihe von Nebenpflichten, etwa Informationspflichten aus § 13 AÜG und nach Neufassung des AÜG Informationspflichten über freie Arbeitsplätze, § 13a AÜG. Darüber hinaus wird dem Leiharbeitnehmer künftig das Recht auf Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten des Entleiher durch § 13b AÜG gewährt^[1]. Der Entleiher hat ferner die für seinen Betrieb geltenden öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzbestimmungen auch gegenüber Leiharbeitnehmer einzuhalten. Dazu gehören z. B. die Arbeitsschutzverordnungen wie auch die Unfallverhütungs- und Arbeitszeitvorschriften. Der Leiharbeitnehmer ist schließlich über die Unfall- und Gesundheitsgefahren, denen er bei der Beschäftigung ausgesetzt ist, sowie über die Gefahrenabwehrmaßnahmen zu unterrichten (§ 11 Abs. 6 Satz 2 AÜG). Die vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandlung gegen staatliche Arbeitsschutzvorschriften ist vielfach als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bedroht. Kommen bei den Verstößen erschwerende Umstände, wie etwa Vorsatz oder eine konkrete Gefährdung der Gesundheit der Leiharbeitnehmer hinzu, wird die Zuwiderhandlung auch als besondere arbeitsschutzbezogene Straftat geahndet. Zudem kommen im Zusammenhang mit Verstößen gegen Arbeitsschutzvorschriften auch die allgemeinen Straftatbestände in Betracht, insbesondere die fahrlässige Körperverletzung oder - im Fall des Todes eines Menschen - die fahrlässige Tötung^[2].

Nach dem Gesetz kann der Leiharbeitnehmer zudem Auskunft über die im Betrieb des Entleiher für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen verlangen, § 13 AÜG. Verletzt der Entleiher diese Pflichten, kann er sich gegenüber dem Leiharbeitnehmer schadensersatzpflichtig machen.

Der Leiharbeitnehmer unterfällt zudem dem Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Der Leiharbeitnehmer ist Beschäftigter i. S. d. § 6 Abs. 1 AGG. Die Verpflichtung zur Beachtung des **Diskriminierungsschutzes** richtet sich jedoch nicht nur an den Verleiher; ebenso verpflichtet ist der Entleiher^[3].

Im Fall einer Schlechtleistung kann nur der Verleiher gegenüber dem Leiharbeitnehmer Ansprüche auf Schadensersatz aus § 280 BGB geltend machen. Allerdings kann der Verleiher die Schäden des Entleiher nach den Grundsätzen der Schadensliquidation im Drittinteresse geltend machen^[4].

6 Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher

Die Arbeitnehmerüberlassung setzt zunächst einen **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag** voraus. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag eigener Art, bei dem der Verleiher die Arbeitnehmerüberlassung und der Entleiher die vereinbarte Überlassungsvergütung schuldet. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag stellt damit einen Unterfall des Dienstverschaffungsvertrags dar, auf den die Regelungen des allgemeinen Schuldrechts anzuwenden sind^[1].

Soweit zwischen den Parteien nichts anderes vereinbart ist, ist der Verleiher vorleistungspflichtig. Die Annahme der Arbeitsleistung stellt hingegen keine Hauptleistungspflicht des Entleiher dar. Die Pflicht zur Zahlung der Überlassungsvergütung besteht unabhängig davon, ob der Entleiher den ordnungsgemäß angebotenen Arbeitnehmer einsetzt oder nicht.

Das AÜG selbst sagt zum Inhalt des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags nur wenig aus.

Der Gesetzgeber hat für den Abschluss des Vertrags die **Schriftform** vorgeschrieben (§ 12 Abs. 1 AÜG). Diese ist gewahrt, wenn der Vertrag von beiden Parteien original unterzeichnet ist (§ 126 BGB). Zulässig ist auch der elektronische Austausch von Dokumenten, bei der die Unterschrift durch Hinzufügen einer qualifiziert elektronischen Signatur erfolgt (§ 126a BGB). Die Nichteinhaltung der Schriftform bzw. der elektronischen Form führt zur Unwirksamkeit des Vertrags (§ 125 BGB). Wird der Vertrag dennoch durchgeführt, so stehen dem Verleiher Vergütungsansprüche nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung in Höhe des Verkehrswerts der Arbeitnehmerüberlassung, d. h. in der Regel in Höhe der vereinbarten Vergütung zu^[2].

Der Verleiher hat im Überlassungsvertrag gem. § 12 Abs. 1 AÜG zu erklären, dass er die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche **Erlaubnis** besitzt.

In dem Überlassungsvertrag sind die besonderen **Anforderungsmerkmale** der von dem Leiharbeitnehmer auszuführenden Tätigkeit und die ggf. hierfür erforderlichen beruflichen Qualifikationen auszuführen (§ 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG). Sind besondere Ausbildungs- oder Hochschulabschlüsse oder bestimmte praktische Erfahrungen für die Ausübung des Berufs wünschenswert, so ist dies im Vertrag festzulegen. Die Vertragsparteien können allgemein festlegen, ob eine bestimmte Zahl von Leiharbeitnehmern mit einer bestimmten Qualifikation überlassen werden soll oder bestimmte, namentlich genannte Personen. Für den zweiten Fall wird häufig vereinbart, dass der Verleiher zum **Austausch/adäquaten Ersatz jedes** Arbeitnehmers berechtigt sein soll. Der Verleiher hat jedoch auf die Interessen des Entleiher Rücksicht zu nehmen; die Auswechslung hat daher zu unterbleiben, wenn die vereinbarte Tätigkeit eine nicht unerhebliche Einarbeitungszeit erfordert.

Die Haftungsansprüche gegen den Verleiher richten sich nach §§ 280ff. BGB. Streitigkeiten über die Haftung zwischen Verleiher und Entleiher fallen in die Zuständigkeit der Zivilgerichte^[3].

Dem Verleiher obliegen nach § 12 Abs. 2 AÜG umfassende **Hinweis- und Informationspflichten** gegenüber dem Entleiher. Darüber hinaus bestehen auch in dem Verhältnis Verleiher und Entleiher die üblichen Sorgfaltspflichten.

Der Verleiher hat gegen den Entleiher Anspruch auf Information über das Leistungsverhalten des Leiharbeitnehmers^[4].

Häufig enthalten Arbeitnehmerüberlassungsverträge **Allgemeine Geschäftsbedingungen**. Auch der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag selbst kann der Inhaltskontrolle nach den §§ 305ff. BGB unterliegen, wenn er die Voraussetzungen erfüllt. Diese Inhaltskontrolle ist jedoch begrenzt, wenn der Entleiher Unternehmer i. S. d. § 14 BGB ist^[5].

Das Überlassungsverhältnis endet bei einer Befristung mit Zeitablauf. Ist eine auflösende Bedingung vereinbart, so endet das Überlassungsverhältnis mit Eintritt der Bedingung. Im Fall einer Befristung ist eine ordentliche **Kündigung** nur zulässig, wenn die Parteien diese vertraglich vereinbart haben.

Bei unbefristeten Überlassungsverhältnissen handelt es sich um Dauerschuldverhältnisse; bei Vorliegen eines wichtigen Grundes können die Parteien sie unter den Voraussetzungen des § 314 BGB fristlos kündigen, anderenfalls ordentlich unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen. Aufgrund der Vertragsfreiheit können die Parteien stets einen Aufhebungsvertrag schließen.

Bei Wegfall der Verleihererlaubnis wird das Überlassungsverhältnis nicht automatisch beendet; nach § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG gilt eine zwölfmonatige Abwicklungsfrist^[6].

7 Hinweise zur Vertragsgestaltung

Der **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag** zwischen Verleiher und Entleiher, für den **Schriftform** vorgeschrieben ist, enthält üblicherweise Vereinbarungen zu den nachstehenden Punkten. Im Folgenden werden Formulierungsvorschläge für die wichtigsten Regelungen dargestellt:

Erlaubnis

Im Vertrag ist auszuführen, dass dem Verleiher eine unbefristete Erlaubnis von der Bundesagentur für Arbeit erteilt wurde. Der Vertrag soll den Bescheid genau bezeichnen (Datum, erlassende Agentur). Bei einer befristeten Erlaubnis ist außerdem deren Geltungsdauer zu bezeichnen.

Arbeitnehmerüberlassung

Für beide Parteien hängt eine zufriedenstellende Vertragsdurchführung vor allem von der eindeutigen Festlegung ab, wie viele Arbeitnehmer mit welcher Qualifikation an welchem Arbeitsort und für welchen Zeitraum überlassen werden sollen. Dabei sollte dem Anforderungsprofil der Arbeitnehmer besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden: genaue Berufsbezeichnung mit Beschreibung der zu erledigenden Aufgaben, ggf. mit Hinweisen, welche Geräte und Maschinen zu bedienen sind; erforderliche schulische/berufliche Abschlüsse; praktische Erfahrungen und Kenntnisse.

Ferner sind die im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts anzugeben. Diese Angaben sind entbehrlich, wenn Entgelt und Arbeitsbedingungen für den Leiharbeiter tariflich geregelt sind. Im Vertrag ist dann anzugeben, welche Entgelt- und Manteltarifverträge für die ausleihenden Arbeitnehmer im Verleiherbetrieb gelten.

Personalaustausch

Häufig wird in der Praxis vereinbart, dass der Entleiher nur zu Beginn der Überlassung die Auswechslung ohne Angaben von Gründen verlangen kann, z. B.:

Zitat

Der Entleiher kann während des ersten Arbeitstags ohne Angabe von Gründen die Auswechslung des Leiharbeitnehmers verlangen.

Weitergehende Vereinbarungen, die den Entleiher günstiger stellen, sind aufgrund der Vertragsfreiheit zulässig:

Zitat

Der Entleiher kann die Auswechslung eines Leiharbeitnehmers verlangen, wenn er die Weiterbeschäftigung aus personen- oder verhaltensbedingten Gründen ablehnt. Der Verleiher ist in diesem Fall zur Überlassung eines anderen, geeigneten Arbeitnehmers innerhalb von 3 Arbeitstagen verpflichtet.

Arbeitnehmerüberlassungsverträge enthalten häufig eine Klausel, die auch der Gegenseite ein jederzeitiges Auswechslungsrecht einräumt:

Zitat

Der Verleiher ist berechtigt, einen Leiharbeiter durch einen anderen mit der erforderlichen Qualifikation zu ersetzen, wenn er dies dem Entleiher mindestens 3 Werktage vorher ankündigt.

Eine solche Regelung wird für den Entleiher jedoch nur akzeptabel sein, wenn bei der Auswechslung auf seine Interessen ausreichend Rücksicht zu nehmen ist, etwa:

Zitat

Wenn mit der Tätigkeit erhebliche Einarbeitungszeiten verbunden sind, kann der Verleiher eine Auswechslung nur in besonders begründeten Ausnahmefällen verlangen. Dadurch entstehende Kosten der Einarbeitung des Ersatzarbeitnehmers trägt der Verleiher.

Direktionsrecht

"Der Entleiher ist berechtigt, dem Arbeitnehmer hinsichtlich der auszuführenden Arbeiten in sachlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht Weisungen zu erteilen. Dabei darf der Leiharbeiter nur mit Arbeiten beschäftigt werden, für die er überlassen wurde, und nur zu den vertraglich vereinbarten Arbeitszeiten und an den vertraglich vereinbarten Einsatzorten." Dabei bezieht der Hinweis auf die vertraglichen Vereinbarungen auf den Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher, der alles dies regeln sollte. Derartige Regelungen im Arbeitsvertrag des Leiharbeitnehmers entfalten gegenüber dem Entleiher keine Wirkung, aber für den Leiharbeiter. Es muss also sichergestellt werden, dass der Verleiher dem Entleiher nicht ein Leistungsspektrum zusagt, das vom Arbeitsvertrag des Leiharbeitnehmers nicht gedeckt wird. Der Arbeitsvertrag des Leiharbeitnehmers sollte deshalb aus Sicht des Verleihers ausreichend Flexibilität für die verschiedenen Einsätze bei Verleihern vorsehen. Dies darf jedoch das Maß des Zumutbaren für den Arbeitnehmer nicht überschreiten; die Grenzen der §§ 305ff. BGB und der dazu ergangenen Rechtsprechung müssen beachtet werden.

Arbeitszeit

Wie viele Stunden der Leiharbeiter pro Tag oder pro Woche zu arbeiten hat, sollte im Überlassungsvertrag geregelt werden. Dabei ist darauf zu achten, dass die Leiharbeiter im Hinblick auf die Arbeitszeit vergleichbaren Arbeitnehmern im Entleiherbetrieb gleichgestellt werden müssen. Es empfiehlt sich daher eine Vereinbarung, dass die Arbeitszeit der Leiharbeiter der im Entleiherbetrieb geltenden Arbeitszeit angepasst wird. Der Entleiher kann im Überlassungsvertrag auch ermächtigt werden, Überstunden anzuordnen, soweit dies vom Arbeitsvertrag des Leiharbeitnehmers gedeckt ist, er also verpflichtet ist, Überstunden zu leisten:

"Im Bedarfsfall ist der Entleiher berechtigt, gegenüber den Leiharbeitnehmern Überstunden im nach dem (im Entleiherbetrieb geltenden) Manteltarifvertrag XY zulässigen Umfang anzuordnen."

Vergütung

Die Vergütung, die der Entleiher dem Verleiher gewährt, wird von der Vergütung, die der Arbeitnehmer vom Verleiher erhält, mitunter erheblich abweichen. Eine sorgfältige Kalkulation des Verleihers muss Eingang in den Stundensatz im Überlassungsvertrag finden. Im Überlassungsvertrag ist zudem an die Umsatzsteuer zu denken:

Zitat

Der Entleiher zahlt dem Verleiher für jede geleistete Arbeitsstunde des/der Leiharbeiter... EUR zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer. Für Überstunden (ggf. zu definieren) ist ein Zuschlag in Höhe von ... % je Stunde zuzüglich USt. zu zahlen.

Sinnvoll ist auch eine Regelung über den Nachweis der geleisteten Stunden etwa durch vom Entleiher abzuzeichnende Zeiterfassungsbögen, über die Abrechnungsperioden (z. B. monatlich) und die Fälligkeit (X Tage nach Rechnungslegung o. Ä.) zu treffen.

Haftung

"Der Verleiher verpflichtet sich, die zu überlassenden Arbeitnehmer entsprechend der vereinbarten Tätigkeit ordnungsgemäß auszuwählen und nur persönlich und fachlich geeignete Kräfte zur Verfügung zu stellen. Außer im Fall einer nicht ordnungsgemäßen Auswahl haftet der Verleiher nicht für etwaige Schlechtleistung des/der Leiharbeiter." Diese Regelung wird für den Entleiher nur akzeptabel sein, wenn er das Recht hat, Leiharbeiter abzulehnen und Ersatz zu verlangen oder gar nicht einzusetzen und dann auch nicht für sie bezahlen muss.

Arbeitsschutzbestimmungen

Zu empfehlen ist, die im Einzelfall erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen konkret zu regeln:

- "Persönliche Schutzausrüstung. Für die vorgesehene Arbeit ist folgende Schutzausrüstung erforderlich: Schutz-

brille/Sicherheitsschuhe/Schutzhelm. Die Ausrüstungsgegenstände werden vom Entleiher gestellt. Er überwacht auch das Tragen der Schutzausrüstung durch die Arbeitnehmer." Stellt der Verleiher die Ausrüstung, sollte dies ebenfalls eindeutig und konkret vertraglich geregelt sein.

- "Arbeitsmedizinische Vorsorgeuntersuchungen. Für die vorgesehene Tätigkeit sind die folgenden Vorsorgeuntersuchungen erforderlich: ... Die Bescheinigungen liegen vor (oder: werden vom Verleiher bzw. Entleiher veranlasst)."
- "Arbeitsunfall. Der Entleiher verpflichtet sich, einen Arbeitsunfall unverzüglich dem Verleiher zu melden. Darüber hinaus ist der Entleiher nach § 193 SGB VII verpflichtet, den Unfall seiner Berufsgenossenschaft zu melden."

Beendigung des Vertrags

"Jede Vertragspartei ist berechtigt, diesen Vertrag mit einer Frist von 2 Wochen (oder: von einem Monat zum Monatsende) zu kündigen." Hier gilt Vertragsfreiheit; die Parteien des Überlassungsvertrags können einvernehmlich jede beliebige Kündigungsfrist festlegen.

Sonstiges

Wie in jeden Vertrag gehören auch in einen Überlassungsvertrag Vereinbarungen hinsichtlich der Schriftform etwaiger Änderungen und Ergänzungen des Vertrags und zum Erfüllungsort und Gerichtsstand, falls die gesetzlichen Regelungen nicht ausreichen. Eine Salvatorische Klausel für den Fall von Vertragslücken ist ebenfalls zu empfehlen.

8 Tarifverträge

Zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter bestehen keine arbeitsvertraglichen Beziehungen. Die **im Entleiherbetrieb** geltenden Tarifverträge gelten damit grundsätzlich nicht für die Leiharbeiter.

Allerdings haben Leiharbeiter Anspruch auf Beschäftigung zu den gleichen Arbeitsbedingungen wie die Arbeitnehmer des Beschäftigungsbetriebs ("equal pay"). Gelten beim Entleiher tarifliche Regelungen für Arbeitsbedingungen und Arbeitsentgelt, so darf der Leiharbeiter nicht schlechter gestellt werden, sodass der Tarifvertrag im Entleiherbetrieb faktisch zur Anwendung kommt; der Verleiher muss demnach seinen Leihararbeitern während der Überlassungszeit die **wesentlichen Arbeitsbedingungen und Sozialleistungen** gewähren, die vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers erhalten. Nach § 9 Nr. 2 AÜG sind **Vereinbarungen unwirksam**, die gegen diesen Grundsatz verstoßen. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Verleiher mit dem Leiharbeiter eine Beschäftigung nach den Bedingungen eines einschlägigen Tarifvertrags für Leiharbeiter vereinbart hat. Enthalten die vereinbarten tarifvertraglichen Regelungen abweichende (in der Regel schlechtere) Arbeitsbedingungen als der Tarifvertrag des Entleihers, führt dies nicht zur Unwirksamkeit der vereinbarten Arbeitsbedingungen.

Mittlerweile sind im Bereich der Zeitarbeit eine Reihe von Tarifverträgen abgeschlossen worden^[1]. Vielfach liegen die Arbeitsbedingungen dieser Tarifverträge unterhalb derjenigen, welche im Entleiherbetrieb bestehen^[2]; insbesondere enthalten nahezu alle Tarifverträge, die seit 2003 abgeschlossen wurden, eine Absenkung des Lohnniveaus^[3].

Auskunftsanspruch des Leihararbeiters

Nach § 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG ist der Entleiher verpflichtet im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag anzugeben, welche wesentlichen Arbeitsbedingungen (einschließlich des Arbeitsentgelts) im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer gelten. Nur so kann der Verleiher seiner Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Leiharbeiter in Bezug auf die wesentlichen Arbeitsbedingungen vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers nachkommen. Diese Regelung gilt jedoch lediglich zwischen dem Verleiher und dem Entleiher; der Leiharbeiter kann aus § 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG keine eigenen Rechte herleiten. Der Leiharbeiter hat aber nach **§ 13 AÜG** einen Anspruch gegen den Entleiher auf Auskunft über die im Entlei-

herbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Vertragsbedingungen. Diese Regelung soll dem Leiharbeiter eine Überprüfung seiner Vertragsbedingungen ermöglichen^[4], um etwa seine Ansprüche auf "equal pay" gegen den Verleiher durchsetzen zu können. Der Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers nach § 13 AÜG gilt aber nicht uneingeschränkt, sondern nur **insoweit, als dies zur Bestimmung der Arbeitsbedingungen im konkreten Einzelfall erforderlich ist**. Der Leiharbeiter hat keinen Anspruch auf Auskunft, wenn eine Ausnahme nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG oder § 9 Nr. 2 AÜG vorliegt, § 13 2. Hs. AÜG^[5], da in diesen Fällen eine Gleichbehandlungspflicht nicht besteht.

Der Leiharbeiter muss diesen Anspruch gegenüber dem Entleiher geltend machen. Es besteht keine Offenbarungspflicht des Entleihers, von selbst diese Informationen zu erteilen^[6].

Hinweis

Form der Auskunftserteilung

Aus Beweisgründen sollte der Entleiher die Auskunft schriftlich erteilen.

Der Anspruch gegen den Entleiher umfasst alle Tatsachen, die der Leiharbeiter zur Durchsetzung seines Gleichbehandlungsanspruchs benötigt, wie:

- Aufschlüsselung des Arbeitsentgelts mit Angaben zum Abrechnungszeitraum und der Zusammensetzung der Zahlungen (Arbeitsentgelt einschließlich Sonderzahlungen, Weihnachts- und Urlaubsgeld, Überstundenvergütung),
- betriebliche Sozialleistungen, Arbeitszeit und Pausenregelungen, Urlaub und die Nutzungsmöglichkeit betrieblicher Sozialeinrichtungen,
- Gründe für die Vergleichbarkeit,
- sonstige wesentliche Arbeitsbedingungen.

Werden im Betrieb keine "vergleichbaren Arbeitnehmer" beschäftigt, muss der Leiharbeiter **fiktiv in die Vergütungsstrukturen des Entleihers eingeordnet werden**, z. B. aufgrund eines bestehenden Tarifvertrags, internen Regeln oder den üblichen Methoden der Arbeitsbewertung. Der Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers umfasst auch die Tatsachen, aus denen der Entleiher schließt, dass ein Ausnahmetatbestand nach § 13 2. Hs. AÜG gegeben ist^[7].

Verweigert der Entleiher die Auskunft oder sind seine Informationen unvollständig, kann der Leiharbeiter den Anspruch vor dem zuständigen Arbeitsgericht einklagen^[8].

Der Leiharbeiter hat **ab dem 1.12.2011** darüber hinaus einen Anspruch auf Information über freie Arbeitsplätze. Diese Informationspflicht setzt zukünftig § 13a AÜG um^[9].

Unwirksamkeit eines Tarifvertrags

Ist der Tarifvertrag, der eine niedrigere Vergütung für Leiharbeiter vorsieht, jedoch unwirksam, so haben die Leiharbeiter gegen ihren Verleiher **Anspruch auf die Differenz** zu dem Lohn, der einem Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb gewährt wird ("equal pay"). Ein Tarifvertrag kann etwa dann unwirksam sein, wenn der Tarifvertrag von einer Partei abgeschlossen wurde, die nicht tariffähig ist^[10].

Im Herbst 2008 beantragten die Gewerkschaft Ver.di und die Berliner Arbeitssenatorin, die Tariffähigkeit der Christlichen Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) festzustellen. Das Arbeitsgericht Berlin hat am 1.4.2009^[11] antragsgemäß entschieden; die CGZP ist nicht tariffähig. Die Tarifverträge, die von der CGZP abgeschlossen wurden, wa-

ren damit von Anfang an nichtig^[12]. Die Entscheidung des ArbG Berlin hat das LAG Berlin-Brandenburg mit Beschluss vom 7.12.2009 bestätigt^[13]. Das BAG hat die Rechtsbeschwerde gegen die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg mit Beschluss vom 14.12.2010 zurückgewiesen, da die CGZP auch nach Auffassung des BAG nicht tariffähig ist^[14].

In Abhängigkeit von der Antragstellung und den Entscheidungsgründen des BAG kann der Beschluss des BAG weitreichende Konsequenzen im Bereich der Leiharbeit haben^[15]. Über die Verbreitung der CGZP-Tarifverträge liegen keine sicheren Zahlen vor; es wird jedoch angenommen, dass die Tarifverträge der CGZP 20 % bis 50 % der Arbeitsverhältnisse in Leiharbeit erfassen^[16]. Wichtigste Folge der Entscheidung ist, dass Leiharbeitnehmer, die auf Basis von Tarifverträgen der CGZP beschäftigt wurden, ggf. gegen den Verleiher für die Vergangenheit Ansprüche auf Zahlung der Differenzvergütung geltend machen können. Hierzu wird der Leiharbeitnehmer zunächst seinen gesetzlichen Auskunftsanspruch aus § 13 AÜG gegen den Entleiher geltend machen, um die Differenzvergütung beziffern zu können.

Achtung

Haftungsrisiken des Entleihers

Wenn der Entleiher diese Auskunft nur unvollständig, fehlerhaft oder gar nicht erteilt, stehen dem Leiharbeitnehmer Ansprüche auf Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB oder gem. § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 13 AÜG zu^[17].

Ausschlussfristen des Entleiherbetriebs

Streitig war, ob der Leiharbeitnehmer in solchen Fällen die Ausschlussfristen des Entleiherbetriebs für die Geltendmachung von Vergütungsansprüchen gegenüber seinem Verleiher gegen sich gelten lassen muss. Dies hat zumindest das LAG München mit der Begründung bejaht, dass der Leiharbeitnehmer nicht besser gestellt werden soll als die Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs, sodass deren Ausschlussfristen auf die Ansprüche des Leiharbeitnehmers anzuwenden seien^[18]. Die Auffassung des LAG München teilte das BAG nicht; mit Urteil vom 23.3.2011 hat das BAG entschieden, dass die im Entleiherbetrieb geltenden Ausschlussfristen nicht für Leiharbeitnehmer bei Geltendmachung der Differenzvergütung Anwendung finden^[19].

Rückwirkende Geltendmachung

Die Arbeitsgerichte werden zu entscheiden haben, ob Leiharbeitnehmer die Differenzvergütung bis ins Jahr 2003 rückwirkend geltend machen können. Hier spielen Verjährungsregelungen aus dem BGB eine wesentliche Rolle. Nach § 195 BGB beträgt die Verjährungsfrist 3 Jahre, die nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB jedoch erst mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Leiharbeitnehmer Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Teilweise wird vertreten, dass der Leiharbeitnehmer diese Kenntnis erst mit Rechtskraft des Urteils des BAG erlangt habe, mit der Folge, dass die Verjährungsfrist erst ab dem 1.1.2011 beginnt^[20].

Darüber hinaus können Sozialversicherungsträger vom Verleiher die **Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen auf die Differenzvergütung** verlangen, soweit noch nicht verjährt. Neben dem Verleiher haftet hierfür der Entleiher nach § 28e SGB IV. Dies gilt selbst dann, wenn der Leiharbeitnehmer die Differenzvergütung nicht geltend macht oder aufgrund von Verfallfristen nicht geltend machen kann^[21]. Tatsächlich haben Sozialversicherungsträger Zeitarbeitsunternehmen, die die CGZP-Tarifverträge angewendet haben, mittlerweile zu Nachzahlungen aufgefordert. Für die Zeit ab Juli 2011 haben die Rentenversicherungsträger zudem Betriebsprüfungen angekündigt, um die Einhaltung der Nachzahlungspflicht zu kontrollieren.

9 Betriebsverfassung

Leiharbeitnehmer bleiben auch während der Zeit der Überlassung an einen Drittbetrieb dem **Betrieb des Verleihers zugeordnet** (§ 14 Abs. 1 AÜG). Dort hat der Leiharbeitnehmer das **aktive und passive Wahlrecht** zum Betriebsrat. Allerdings erwirbt der Leiharbeitnehmer auch im Betrieb des Entleihers das aktive Wahlrecht, wenn er länger als 3 Monate im Betrieb des Entleihers eingesetzt wird (§ 7 Satz 2 BetrVG).

§ 14 Abs. 2 und 3 AÜG regeln die betriebsverfassungsrechtliche Stellung des Leiharbeitnehmers sowie die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats. Dem Leiharbeitnehmer stehen danach folgende Rechte zu:

- Teilnahmerecht an den Betriebs- und Jugendversammlungen sowie das Recht zum Aufsuchen des Betriebsrats in dessen Sprechstunde; in beiden Fällen hat der Entleiher die Überlassungsvergütung an den Verleiher zu zahlen
- Unterrichts- und Erörterungsrechte über die Art der Tätigkeit und ihre Einordnung in den Betriebsablauf sowie über etwaige Unfallgefahren (§ 81 BetrVG)
- Anhörungs- und Erörterungsrecht über betriebliche Angelegenheiten, die seine Person betreffen (§ 82 Abs. 1 BetrVG)
- Beschwerderecht (§§ 84-86 BetrVG)

Beteiligungsrechte des Betriebsrats des Verleiherbetriebs

Dem Betriebsrat stehen auch bezüglich Leiharbeitnehmern die üblichen betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse zu, dies gilt vor allem für **Einstellung und Eingruppierung** (§ 99 BetrVG)^[1]. Ob die bei jeder Arbeitnehmerüberlassung dem Leiharbeitnehmer zu gewährende Vergütung nach den für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden Arbeitsbedingungen die Mitbestimmung im Verleiherbetrieb auslöst, ist im AÜG nicht ausdrücklich geregelt. Da jedoch der Entleiher dem Verleiher die entsprechenden Informationen zu geben hat (§ 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG), hat auch der Verleiher diese Daten seinem Betriebsrat vorzulegen, sodass dem Betriebsrat insoweit die Richtigkeitskontrolle im Rahmen des § 99 BetrVG zusteht.

Die jeweilige Abordnung zu einem Entleiherbetrieb ist keine Versetzung, bei der der Betriebsrat im Verleiherbetrieb mitzubestimmen hat, da der Wechsel zu verschiedenen Einsatzstellen typisch für die Arbeitnehmerüberlassung ist (§ 95 Abs. 3 Satz 2 BetrVG). Dagegen hat der Betriebsrat des Verleihers nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG mitzubestimmen, wenn der Arbeitnehmer einem Arbeitgeber überlassen werden soll, dessen betriebsübliche Arbeitszeit die vom Leiharbeitnehmer gegenüber dem Verleiher vertraglich geschuldete Arbeitszeit übersteigt^[2].

Beteiligungsrechte des Betriebsrats des Entleiherbetriebs

§ 14 Abs. 3 AÜG gibt dem Betriebsrat des Entleiherbetriebes bezüglich der Übernahme eines Leiharbeitnehmers ein **Anhörungsrecht** nach § 99 BetrVG. Sätze 2 und 3 erweitern die **Unterrichtungspflicht** des Entleihers. Insbesondere kommen hier die **allgemeinen Aufgaben** des Betriebsrats nach §§ 75, 80 BetrVG, die Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG sowie Unterrichts- und Beratungsrechte, die sich auf die Gestaltung der Arbeitsplätze nach §§ 90f. BetrVG beziehen, in Betracht^[3].

Das Mitbestimmungsrecht nach § 14 Abs. 3 AÜG wird durch die **tatsächliche Eingliederung** des Leiharbeitnehmers ausgelöst. Die Aufnahme von Leiharbeitnehmern in einem Stellenpool für den Einsatz im Entleiherbetrieb ist grundsätzlich nicht mitbestimmungspflichtig. Erst die konkrete Eingliederung löst das Mitbestimmungsrecht nach § 99 Abs. 1 BetrVG aus^[4].

Der Entleiher muss dem Entleiherbetriebsrat alle **Informationen** geben, die für eine Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 BetrVG relevant sein können.

Um dem Betriebsrat die Möglichkeit zu geben, sich genau darüber zu informieren, ob sich sein Beteiligungsrecht aus § 14 AÜG ergibt oder ob eine unerlaubte Überlassung vorliegt, kann der Betriebsrat verlangen, dass ihm, **soweit objektiv ernsthafte Zweifel bestehen**, alle Verträge mit Fremdfirmen über die Beschäftigung von Arbeitnehmern von Fremdfirmen zur Einsichtnahme vorgelegt werden. Darüber hinaus kann der Betriebsrat verlangen, dass er Einsicht in die Erklärung des Verleihers über das Bestehen einer Verleiherlaubnis nach § 1 AÜG erhält. Der Entleiher muss den Betriebsrat sofort unterrichten, wenn

ihm der Verleiher den Wegfall der Erlaubnis mitgeteilt hat (§ 14 Abs. 3 Satz 3 AÜG). Dem Betriebsrat steht gem. § 92 Abs. 2 BetrVG die Einsichtnahme in Listen zu, aus denen sich Daten über die Einsatzzeiten der Leiharbeitnehmer, deren Qualifikation, persönliche Daten und über deren vorgesehene Tätigkeit im Entleiherbetrieb ergeben. Eine Unterrichtung über die **Eingruppierung** des einzelnen Leiharbeitnehmers und dessen Lohnhöhe ist grundsätzlich nicht möglich^[5]. Dem Betriebsrat im Entleiherbetrieb steht auch kein Mitbestimmungsrecht bei der Eingruppierung von Leiharbeitnehmern zu^[6].

10 Änderung zur Umsetzung der Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit

Das Europäische Parlament und der Rat der EU haben die Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit (im Folgenden: LeiharbeitsRL) am 10.11.2008 erlassen^[1]. Ziel der Richtlinie ist die Einführung von **Mindestvorschriften** zum Schutz der Leiharbeitnehmer. Hierfür soll auf Gemeinschaftsebene ein harmonisierter, diskriminierungsfreier, transparenter und verhältnismäßiger Rahmen geschaffen werden^[2]. Nach Art. 2 LeiharbeitsRL ist der Schutz der Leiharbeitnehmer durch die Einhaltung des **Gleichbehandlungsgebots** und durch die **Anerkennung der Verleiher als Arbeitgeber** zu gewährleisten. Die Bundesregierung hat nunmehr am 15.12.2010 einen Gesetzesentwurf des BMAS zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung beschlossen. Zweck des Gesetzesentwurfs ist, die LeiharbeitsRL in das nationale Recht umzusetzen und dem missbräuchlichen Einsatz von Leiharbeitsverhältnissen entgegenzuwirken. Im Ausschussverfahren wurde der Gesetzesentwurf um eine Lohnuntergrenze erweitert. Der Bundestag hat diesen Gesetzesentwurf am 24.3.2011 beschlossen, das Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch in der Zeitarbeit vom 28.4.2011 wurde am 29.4.2011 veröffentlicht^[3]. Das Gesetz tritt **am 1.12.2011** in Kraft, mit Ausnahme der zur Vermeidung missbräuchlicher Arbeitnehmerüberlassung vorgesehenen Drehtürklausel^[4], die bereits **am 30.4.2011** in Kraft tritt. Dadurch soll den Verleihern und Entleihern ausreichend Zeit gegeben werden, ihre vertraglichen Vereinbarungen und sonstigen Regelungen bei Bedarf an die neuen Regelungen anzupassen^[5].

10.1 Ausweitung der Erlaubnispflicht

Eine wesentliche Änderung im AÜG ist die Erweiterung der Erlaubnispflicht auf nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Nach der bis zum 1.12.2011 geltenden Fassung des AÜG bedürfen nur solche Unternehmen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, die die Arbeitnehmerüberlassung "gewerbsmäßig" betreiben. Entscheidendes Kriterium für die Gewerbsmäßigkeit ist die Gewinnerzielungsabsicht^[1]. Nach der Rechtsprechung des BAG unterlagen etwa reine konzernangehörige Verleihunternehmen nicht der Erlaubnispflicht, wenn sie die Arbeitskräfte gegen Erstattung des Selbstkostenpreises ggf. zzgl. einer Verwaltungskostenpauschale zur Verfügung stellten; in diesem Fall verneinte das BAG die Gewinnerzielungsabsicht und damit die Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG^[2]. Diese **konzerninternen Personal-servicegesellschaften** werden **künftig vom AÜG erfasst** und unterliegen der Erlaubnispflicht des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG n. F., denn in der ab dem 1.12.2011 geltenden Fassung sind Unternehmen erlaubnispflichtig, wenn sie Arbeitnehmer "im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit" zur Arbeitsleitung überlassen.

10.2 Die nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung

Zudem wurde in § 1 Abs. 1 AÜG ein neuer Satz zur Klarstellung eingefügt, wonach die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleihern vorübergehend erfolgt (§ 1 Abs. 1 Sätze 1 und 2 AÜG). Das bisherige AÜG lässt seit Streichung der Überlassungshöchstdauer längerfristige und sogar dauerhafte Überlassungen zu. Diese Option wird in der Praxis dazu genutzt, Stammpersonal, das auf Dauerarbeitsplätzen eingesetzt ist, durch Leiharbeitnehmer zu ersetzen^[1]. Der Begriff "vorübergehend" ist jedoch weder durch die LeiharbeitsRL noch in der neuen Fassung des AÜG definiert. Nach der Gesetzesbegründung soll der Begriff im Sinne der LeiharbeitsRL als "flexible Zeitkomponente" verstanden werden und nicht als Höchstüberlassungsgrenze. Im Referentenentwurf werden als Beispiele der vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung Urlaubs- und Krankenvertretun-

gen und die Durchführung eines besonderen Projekts oder Auftrags genannt^[2]. Es bleibt aber völlig offen, ob durch § 1 Abs. 1 Sätze 1 und 2 AÜG ein Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung statuiert werden soll^[3]. Welche Änderungen sich dadurch für die Praxis ergeben, bleibt abzuwarten. Bis zur Klärung durch die Rechtsprechung wird empfohlen zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Sachgrundbefristung vorliegt, vor allem der des § 14 Abs 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG (vorübergehender Bedarf an der Arbeitsleitung). Unbedenklich wird im Hinblick auf § 14 Abs. 1 Satz 5 TzBfG (Befristung zur Erprobung) und § 1 Abs. 1 KSchG jedenfalls ein Einsatz bis zu 6 Monaten sein^[4].

Bemerkenswert ist jedoch, dass ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 Sätze 1 und 2 AÜG an keinerlei Sanktionen geknüpft ist; weder führt dies zu einer Versagung oder dem Widerruf der Verleihererlaubnis, noch stellt der Verstoß eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des § 16 AÜG dar^[5]. Allerdings kann der Betriebsrat des Entleihers seine Zustimmung nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG wegen Verstoß gegen ein Gesetz verweigern^[6].

10.3 Konzernprivileg

Nach der bisher geltenden Rechtslage finden die Regelungen des AÜG grundsätzlich keine Anwendung, "wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet". Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG bleibt das Konzernprivileg zwar erhalten, allerdings wird es nur noch dann gelten, wenn der Arbeitnehmer "nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird". Nach dem Gesetzeswortlaut bleibt unklar, ob der Arbeitnehmer "überhaupt nicht" oder "nicht ausschließlich" zum Zwecke der Überlassung eingestellt sein darf. Nach Auffassung der Literatur sei ausreichend, dass der Leiharbeiter "nicht ausschließlich" zu diesem Zwecke eingestellt worden ist. Das AÜG findet demnach dann keine Anwendung, wenn der konzernintern überlassene Arbeitnehmer als "normaler" Arbeitnehmer eingestellt und beschäftigt wird, aber etwa aufgrund einer Konzernversetzungsklausel auch als Leiharbeiter eingesetzt werden kann^[1].

10.4 Nur gelegentliche Überlassung als neues Privileg

In das AÜG wird ab dem 1.12.2011 ein neues Privileg bei nur gelegentlicher Arbeitnehmerüberlassung eingeführt. Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 a AÜG sind die Regelungen des AÜG grundsätzlich nicht anzuwenden, wenn die Überlassung nur **gelegentlich** erfolgt und - wie bereits beim Konzernprivileg - der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird. Da es sich bei § 1 Abs. 3 AÜG um eine Vorschrift mit Ausnahmecharakter handelt, werden an den Begriff "gelegentlich" strenge Anforderungen gelten. Als Beispiel wird in der Gesetzesbegründung die Abdeckung eines kurzfristigen Spitzenbedarfs eines anderen Unternehmens genannt^[1].

10.5 Folgeänderungen in § 1a und § 1b AÜG

Auch die Privilegierung der Kollegenhilfe im Sinne des § 1a AÜG n. F. ist künftig auf die Überlassung von Arbeitnehmern beschränkt, die "nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt" werden. In § 1b AÜG n. F. werden die Wörter "gewerbsmäßig" gestrichen. Die Beschränkungen der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe bleiben jedoch erhalten^[1].

10.6 Streichung der "Sechs-Wochen-Regelung"

Nach noch geltendem Recht kann ein Leiharbeiter nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG für die Dauer von 6 Wochen abweichend vom Grundsatz "Equal Pay" zu einem geringeren Nettoarbeitsentgelt als Stammarbeiter des Entleihers beschäftigt werden; der Verleiher ist innerhalb dieses Zeitraums lediglich verpflichtet, ein Nettoarbeitsentgelt des Betrags zu gewähren, den der Leiharbeiter zuletzt als Arbeitslosengeld erhalten hat. Diese Regelung ist in der Neufassung gänzlich gestrichen.

10.7 Änderung des § 10 Abs. 4 AÜG

§ 10 Abs. 4 AÜG wird neu gefasst. Nach dieser Norm wird bei einem Verstoß gegen den Grundsatz "Equal Payment" und "Equal Treatment" eine Verpflichtung des Verleihers statuiert, dem Leiharbeitnehmer die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren. Grundsätzlich gilt dies auch bisher schon. Allerdings ist der Verleiher zur Gewährung der gleichen Arbeitsbedingungen und des gleichen Arbeitsentgelts nur dann verpflichtet, wenn der Leiharbeitnehmer dies verlangt. Die Umformulierung des § 10 Abs. 4 AÜG war erforderlich, um einen Verstoß gegen § 10 Abs. 4 AÜG künftig mit einem Bußgeld sanktionieren zu können. Dementsprechend wird künftig ein Verstoß gegen § 10 Abs. 4 AÜG im neu eingefügten § 16 Abs. 7a AÜG als Ordnungswidrigkeit behandelt.

10.8 Verbot der Vereinbarung einer Vermittlungsgebühr

Darüber hinaus wird das AÜG um eine Regelung in § 9 AÜG ergänzt. Nach § 9 Nr. 5 AÜG n. F. ist es künftig verboten Vereinbarungen zu treffen, nach denen der Leiharbeitnehmer eine Vermittlungsgebühr an den Verleiher zu zahlen hat.

10.9 Informationspflicht des Entleihers über freie Arbeitsplätze

Der Gesetzgeber sieht künftig vor, dem Entleiher die Verpflichtung aufzuerlegen, den Leiharbeitnehmer über Arbeitsplätze des Entleihers, die besetzt werden sollen, zu informieren. Dies setzt § 13a Satz 1 AÜG um. Die Information kann nach § 13a Satz 2 AÜG durch allgemeine Bekanntgabe an geeigneter, dem Leiharbeitnehmer zugänglicher Stelle im Betrieb oder im Unternehmen des Entleihers erfolgen. § 13a Satz 1 AÜG normiert damit einen eigenständigen einklagbaren Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher. Der Auskunftsanspruch bezieht sich auf sämtliche offene Stellen in allen Betrieben des Entleiherunternehmens und ist nicht auf den Einsatzbetrieb des Leiharbeitnehmers beschränkt. Darüber hinaus hat der Entleiher nicht nur über die offenen Stellen zu unterrichten, die unbefristet besetzt werden sollen, sondern auch über befristete Anstellungsmöglichkeiten. Unerheblich ist zudem, ob der Leiharbeitnehmer tatsächlich für die zu besetzende Stelle geeignet ist^[1].

10.10 Zugang des Leiharbeitnehmers zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten

Nach § 13b AÜG wird dem Leiharbeitnehmer gegenüber dem Entleiher ein Anspruch auf Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen zu den gleichen Bedingungen wie den vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährt. Unter "Gemeinschaftseinrichtung" und "Gemeinschaftsdienst" fallen neben den in § 13b Satz 2 AÜG genannten Beispielen (Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel) etwa auch Werkmietwohnungen, Erholungsheime, Sportanlagen, Werkfahrdienste, Parkplätze und Einrichtungen zum verbilligten Personalkauf. Allerdings fallen Geldleistungen (wie z. B. Leistungen der betrieblichen Altersversorgung, Essens-, Fahrtkosten-, Mietkostenzuschuss) oder Geldsurrogate (wie z. B. Essens- und Tankgutscheine), die der Entleiher seinen Arbeitnehmern gewährt, nicht unter § 13b AÜG^[1].

10.11 Lohnuntergrenze

Künftig wird es in der Leiharbeit Lohnuntergrenzen geben. Diese Lohnuntergrenze wird mittels Rechtsverordnung über das BMAS erlassen (§ 3a Abs. 2 AÜG). Die Lohnuntergrenze liegt ab 30.4.2011 bei 7,79 EUR in den westlichen Ländern und 6,89 EUR in den östlichen Ländern. Darüber hinaus sieht § 9 Nr. 2 AÜG vor, dass die von den vorschlagsberechtigten Tarifvertragsparteien ausgehandelte Lohnuntergrenze zwingend einzuhalten ist. Wird diese Lohnuntergrenze durch einen Tarifvertrag unterschritten, sieht der neu gestaltete § 10 Abs. 4 AÜG als Rechtsfolge Equal-Pay vor.

Autor/in

- Sabine Feindura, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Berlin