

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Begriffsdefinitionen
 - 2.1 Echte Leiharbeit
 - 2.2 Unechte Leiharbeit
 - 2.3 Gemeinnützige Arbeitnehmerüberlassung
 - 2.4 Arbeitsgemeinschaft
3. Anwendungsbereich des AÜG
4. Besonderheiten des Baugewerbes
5. Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte

Information

1. Allgemeines

Das Recht der Arbeitnehmerüberlassung ist im Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) geregelt. Mit dem "Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung" vom 28.4.2011 (BGBl. I S. 642) hat der Gesetzgeber zum 29.04.2011 das AÜG an wichtigen Stellschrauben verändert (s. dazu Leuchten, NZA 2011, 608).

- Die Differenzierung zwischen gewerblicher und nicht-gewerblicher Arbeitnehmerüberlassung wurde aufgehoben.
- Der Gesetzgeber hat in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG entsprechend der Leiharbeitsrichtlinie festgelegt, dass die Überlassung von Leiharbeitnehmer an den Entleiher nur vorübergehend erfolgen darf.
- In § 3a AÜG wurde die Möglichkeit von Lohnuntergrenzen bei bundesweiten Entgelttarifverträgen geschaffen.

Zuletzt ist das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz durch Gesetz vom 21.02.2017 (BGBl. I. S. 258) mit Wirkung zum 01.04.2017 geändert worden. Im Rahmen dieser Reform sind folgende Änderungen verabschiedet worden:

- Der Verleiher darf denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen. Liegen zwischen zwei Einsätzen desselben Leiharbeitnehmers beim selben Entleiher mehr als drei Monate, beginnt die Berechnung der Höchstüberlassungsfrist von vorne.
- Der Verleiher ist verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer geltenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren, § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG). Von diesem Grundsatz kann für die ersten neun Monate durch eine tarifvertragliche Regelung abgewichen werden (bis zum 31.03.2017 war diese Abweichung unbefristet möglich). In den Bereichen, in den Branchenzuschläge gelten, kann die Frist auf 15 Monate verlängert werden, § 8 Abs. 4 Satz 2 AÜG).
- Nach § 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG haben Verleiher und Entleiher die Überlassung von Leiharbeitnehmern in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen, bevor sie den Leiharbeitnehmer überlassen.
- Nach § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG haben Verleiher und Entleiher den einzusetzenden Arbeitnehmer vor Beginn der Überlassung konkret zu benennen.
- Leiharbeitnehmer sind nach § 14 AÜG bei der Berechnung der Schwellenwerte nach dem BetrVG beim Entleiherbetrieb mit zu berücksichtigen.
- Nach dem neu gefassten § 11 Abs. 5 AÜG darf der Entleiher den Leiharbeitnehmer nicht tätig werden lassen, wenn der Entleiher unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Eine Ausnahme gilt dann, wenn der Leiharbeitnehmer keine Tätigkeiten übernimmt, die bisher im Arbeitskampf

befindliche Arbeitnehmer erledigt haben.

Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ein Unternehmer (Verleiher) einem Dritten (Entleiher) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit aufgrund einer zumindest konkludent getroffenen Vereinbarung vorübergehend geeignete, bei ihm angestellte (Leih-) Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Eine Überlassung zur Arbeitsleistung liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers in dessen Interesse ausführen. Nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz unterfällt dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Über die rechtliche Einordnung des Vertrages zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus der ausdrücklichen Vereinbarung der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrages ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrages maßgebend (BAG, 18.1.2012 – 7 AZR 723/10). Richten sich die vom Auftraggeber zu erbringenden Leistungen nach dem Bedarf des Auftraggebers, so spricht dies ganz erheblich gegen das Vorliegen eines Werk- oder Dienstvertrages und für eine Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb des Auftraggebers und insoweit für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung (LAG Berlin-Brandenburg, 12.12.2012 – 15 Sa 1217/12). Vorübergehend im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG können auch Einsätze beim Entleiherbetrieb sein, die nicht von vornherein zeitlich befristet sind (BT-Drucks. 17/8829, S. 24). Der Begriff „vorübergehend“ wird im Sinne der Leiharbeitsrichtlinie als flexible Zeitkomponente verstanden.

"Erlaubt tätig" ist ein gewerbsmäßiger Verleiher nur, wenn er eine Erlaubnis von der zuständigen Regionaldirektion nach § 1 AÜG vorweisen kann. Der Verleiher überträgt dem Entleiher den Teil des Direktionsrechtes, den dieser zur Steuerung des Arbeitseinsatzes des Leiharbeitnehmers in seinem Betrieb benötigt. Arbeitnehmerüberlassung zeichnet sich demgemäß u.a. durch eine befristete Übertragung des Weisungsrechtes vom Verleiher auf den Entleiher aus. Auch andere Arbeitgeberbefugnisse und -verpflichtungen sowie die Schutz- und Fürsorgepflichten des Arbeitgebers sind zwischen Verleiher und Entleiher aufgespalten. Leiharbeitnehmer sind beispielsweise in beiden Betrieben (bei Entleiher und Verleiher) wahlberechtigt bei der Betriebsratswahl (§ 7 Satz 1 und 2 BetrVG).

Die Leiharbeitnehmer haben einen Arbeitsvertrag mit dem Verleiher (Leiharbeitsvertrag) abgeschlossen. Dieser verpflichtet sie zur Arbeitsleistung bei dem jeweiligen Entleiher; ihren Lohn erhalten sie von ihrem Verleihunternehmen. Aufgrund des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zwischen Verleiher und Entleiher erhält der Verleiher sein Entgelt vom Entleiher. Weiter besteht die Möglichkeit, die grundsätzlichen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien in allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verleihers zu regeln und nur den konkreten Einsatz des Leiharbeitnehmers in einem kurzen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu vereinbaren, in dem auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen Bezug genommen wird.

Es gibt echte und unechte Leiharbeitsverhältnisse sowie angrenzende Formen der Entsendung von Arbeitnehmern, die arbeitsrechtlich sehr unterschiedlich geregelt sind.

2. Begriffsdefinitionen

2.1 Echte Leiharbeit

Ein echtes Leiharbeitsverhältnis liegt vor, wenn ein Arbeitgeber Arbeitnehmer nur gelegentlich ausleiht, in einem für sein Gesamtunternehmen unerheblichen Maße. Der Verleiher bleibt in vollem Umfang Arbeitgeber des entlehnten Arbeitnehmers und haftet auch für die Erfüllung der Pflichten des Entleihers.

2.2 Unechte Leiharbeit

Arbeitnehmerüberlassung - unechte Leiharbeit - ist durch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG - BGBl. I S. 1393) geregelt. Das AÜG enthält ein Verbot solcher Arbeitnehmerüberlassung mit Erlaubnisvorbehalt (zuständig: Bundesagentur für Arbeit). Zweck der sehr weit gehenden Bestimmungen ist der Schutz von Arbeitnehmern vor unterwertiger und sozial benachteiligter Beschäftigung. Der Erlaubnisvorbehalt gilt die Arbeitgeber, die als Verleiher einem Entleiher Leiharbeitnehmer im Rahmen ihrer

wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen.

Für die meisten Arbeitgeber wird die sog. Zeitarbeit nicht als Unternehmung von Interesse sein. Vielmehr erhält der Entleiher die Möglichkeit, kurzfristige Auslastungsspitzen zu bewältigen, ohne neue Dauerarbeitsplätze einrichten zu müssen. Im Folgenden wird daher darauf eingegangen, welche Bestimmungen für den Entleiher von Bedeutung sind. Zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer entstehen in der Regel keine vertraglichen Beziehungen. Der Leiharbeitnehmer ist jedoch dem Weisungsrecht des Entleihers unterworfen; umgekehrt besteht für den Entleiher die Fürsorgepflicht gegenüber dem Leiharbeitnehmer. Wesentliche Merkmale der unechten Leiharbeit sind demnach:

- Mindestens drei Beteiligte;
- Ein Arbeitsvertrag zwischen Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) und Arbeitgeber (Verleiher);
- Ein Überlassungsvertrag zwischen Arbeitgeber (Verleiher) und Dritten (Entleiher);
- Die Anweisung des Arbeitgebers, Arbeitsaufgaben nach den Weisungen eines Dritten (Entleihers) für dessen betriebliche Zwecke in einem fremden Betrieb zu verrichten;
- Das vom Arbeitgeber abgeleitete Recht des Entleihers, vom Leiharbeitnehmer die Leistung der zur Erfüllung des Überlassungsvertrages zu verrichtenden Arbeiten zu fordern und durch Weisung näher zu konkretisieren.

2.3 Gemeinnützige Arbeitnehmerüberlassung

Von der Arbeitnehmerüberlassung ist die gemeinnützige Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden. Diese liegt vor, wenn mit der Arbeitnehmerüberlassung gemeinnützige Zwecke i.S.v. § 52 der Abgabenordnung (AO) werden. Ziel solcher Institutionen ist es, schwer in das Arbeitsleben zu integrierende Personen zu qualifizieren und wieder in das Arbeitsleben einzugliedern.

2.4 Arbeitsgemeinschaft

Nach § 1 Abs. 1a Satz 1 AÜG ist die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn

- der Arbeitgeber Mitglied der Arbeitsgemeinschaft ist,
- für alle Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und
- alle Mitglieder aufgrund des Arbeitsgemeinschaftsvertrages zur selbstständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind.

3. Anwendungsbereich des AÜG

Das AÜG findet nur auf Arbeitgeber Anwendung, die Dritten im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen wollen, § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Hierunter ist jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbstständige Tätigkeit zu verstehen. Unerheblich ist es dabei, ob der Betrieb überwiegend auf dem Gebiet der Arbeitnehmerüberlassung tätig ist. Es reicht aus, dass die Arbeitnehmerüberlassung als solche im Einzelfall der Hauptzweck des Geschäfts ist.

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz findet nach § 1 Abs. 3 AÜG grundsätzlich keine Anwendung auf die Arbeitnehmerüberlassung

- zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweiges zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen, wenn ein für Entleiher und Verleiher geltender Tarifvertrag dies vorsieht. Enthalten Tarifverträge zeitliche Begrenzungen der Überlassung, müssen diese Grenzen eingehalten werden (Runderlass der BA, 22.05.1995 - 5160.11(1)/7402.2);
- zwischen Konzernunternehmen im Sinne von § 18 des Aktiengesetzes, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend nicht bei seinem Arbeitgeber leistet;
- in das Ausland, wenn der Leiharbeitnehmer in ein auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen begründetes deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen verliehen wird, an dem der Entleiher beteiligt ist.

4. Besonderheiten des Baugewerbes

Nach § 1b Satz 1 AÜG ist die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe für solche Arbeiten verboten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden.

Der Begriff des "Baugewerbes" in § 1b AÜG gilt uneingeschränkt nur für das sog. Bauhauptgewerbe, nicht jedoch für das in § 2 Baubetriebe-Verordnung genannte Baunebengewerbe (OLG Dresden, 27.01.2003 - Ss (OWi) 412/02).

Betrieibt ein Verleiher trotz des gesetzlichen Verbots nach § 1b AÜG Arbeitnehmerüberlassung an einen Betrieb des Baugewerbes, ohne die nach § 1 Abs. 1 AÜG erforderliche Erlaubnis zu besitzen, gilt nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entleihenden Baubetrieb und dem Leiharbeiter als zustande gekommen. Der Entleiher ist daher verpflichtet, für die überlassenen Arbeitnehmer Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes abzuführen (BAG, 08.07.1998 - 10 AZR 274/97).

Nach § 1b Satz 2 AÜG ist die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe gestattet

- zwischen Betrieben des Baugewerbes und anderen Betrieben, wenn diese Betriebe erfassende, für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge dies bestimmen,
- zwischen Betrieben des Baugewerbes, wenn der verleihende Betrieb nachweislich seit mindestens drei Jahren von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder von deren Allgemeinverbindlichkeit erfasst wird.

5. Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte

Im Sinne der Betriebsverfassung bleiben Leiharbeiter während der Überlassung Arbeitnehmer des Verleihers, § 14 Abs. 1 Satz 1 AÜG . § 14 Abs. 1 AÜG findet auf illegale Arbeitnehmerüberlassung jedenfalls dann entsprechende Anwendung, wenn das faktische Leiharbeitsverhältnis trotz Unwirksamkeit nach § 9 Nr. 1 AÜG fortgeführt wird (LAG Hessen, 27.11.2003 - 9 TaBV 51/03).

Leiharbeiter sind keine Arbeitnehmer des Entleiherbetriebes (BAG, 22.10.2003 - 7 ABR 3/03). Sie haben also weder ein passives noch ein aktives Wahlrecht zu Betriebsverfassungsorganen des Entleiherbetriebes. Hat ein konzernangehöriges Unternehmen als Personalführungsgesellschaft ausschließlich die Aufgabe, ihre Arbeitnehmer anderen Konzernunternehmen im In- und Ausland zur Arbeitsleistung zu überlassen, bleiben die Arbeitnehmer entsprechend § 14 Abs. 1 AÜG betriebsverfassungsrechtlich dem Betrieb des Vertragsarbeitgebers zugeordnet. Sie sind dort für den Betriebsrat wahlberechtigt und wählbar nach § 7, 8 BetrVG (BAG, 20.04.2005 - 7 ABR 20/04).

Zum 01.04.2017 wurde § 14 Abs. 3 AÜG ergänzt. Nach der Ergänzung sind – soweit Bestimmungen des BetrVG (mit Ausnahme des § 112a), des Europäischen Betriebsräte-Gesetzes oder der aufgrund der jeweiligen Gesetze erlassenen Wahlordnungen eine bestimmte Anzahl oder einen bestimmten Anteil von Arbeitnehmern voraussetzen – Leiharbeiter auch im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen. Leihararbeitnehmern steht in begrenztem Umfang das Recht zu, sich zur Regelung von Konflikten an den Betriebsrat des entleihenden Betriebs zu wenden. So sind Leiharbeiter z.B. berechtigt, die Sprechstunden der Arbeitnehmervertretungen des Entleiherbetriebes aufzusuchen und an den Betriebs- und Jugendversammlungen teilzunehmen. Die §§ 81, 82 Abs. 1 sowie die §§ 84-86 des BetrVG gelten im Entleiherbetrieb auch für die dort tätigen Leiharbeiter. Es besteht also Unterrichts- und Erörterungspflicht auf Seiten des Arbeitgebers bzw. Anhörungs- und Erörterungspflicht auf Seiten des Arbeitnehmers sowie ein Beschwerderecht.

Gemäß § 14 Abs. 3 AÜG hat der Betriebsrat des Entleiherbetriebes vor der Übernahme eines Leihararbeitnehmers nach § 99 BetrVG mitzubestimmen. Der Betriebsrat kann die Zustimmung zur Übernahme eines Leihararbeitnehmers zur Arbeitsleistung im Entleiherbetrieb wegen fehlender Erlaubnis des Verleihers verweigern. Zweifel des Betriebsrats, ob die Einstellung eines Leihararbeitnehmers tatsächlich nur vorübergehend im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG erfolgt, begründen kein Zustimmungsverweigerungsrecht im Sinne von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG . Denn § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG regelt weder eine Höchstdauer der zulässigen Arbeitnehmerüberlassung noch eine Rechtsfolge die eintritt, wenn die Überlassung dauerhaft erfolgen sollte. Es handelt sich bei dieser Vorschrift daher nicht um ein Verbotsgesetz im Sinne von § 99

Abs. 2 Nr. 1 BetrVG (LAG Niedersachsen, 14.11.2012 – 12 TaBV 62/12). Nach Auffassung des Hessischen LAG ist der Betriebsrat auch nicht berechtigt, einer Einstellung eines Arbeitnehmers zu widersprechen, der für eine entgegen § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nicht nur vorübergehend geplante Arbeitnehmerüberlassung vorgesehen ist (Hessisches LAG, 19.6.2012 – 4 TaBV 158/11). Dagegen kann nach Auffassung des LAG Niedersachsen der Betriebsrat seine Zustimmung zur Einstellung gemäß § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG wegen Gesetzesverstoß verweigern, wenn der Arbeitgeber die unbefristete Einstellung eines Arbeitnehmers auf einem sog. Dauerarbeitsplatz beabsichtigt (LAG Niedersachsen, 19.9.2012 – 17 TaBV 124/11). Die Versetzung eines Leiharbeitnehmers in einen anderen Betrieb des Entleihers unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats des Entleihbetriebes gem. § 99 BetrVG . § 14 Abs. 3 AÜG unterscheidet insoweit nicht zwischen Versetzung und Einstellung, sondern statuiert das Mitbestimmungsrecht vor der Übernahme zur Arbeitsleistung (LAG Düsseldorf, 2.10.2012 – 17 TaBV 38/12).

Stellt der Arbeitgeber grundsätzlich nur noch Leiharbeitnehmer ein, um eine Senkung der Personalkosten zu erreichen, so kann dies unter Berücksichtigung alle Umstände des Einzelfalls als institutioneller Rechtsmissbrauch ein Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG begründen (LAG Niedersachsen, 19.9.2012 – 17 TaBV 124/11).

Nach § 14 Abs. 3 Satz 2 AÜG hat der Entleiher dem Betriebsrat auch die schriftliche Erklärung des Verleihers nach § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG vorzulegen. Darin erklärt der Verleiher, im Besitz einer Erlaubnis nach § 1 AÜG zu sein. Verstößt der Arbeitgeber bei der Einstellung eines entliehen Arbeitnehmers gegen die Verpflichtung, dem Betriebsrat gemäß § 14 Abs. 3 Satz 2 AÜG die schriftliche Erklärung des Verleihers vorzulegen, wird das Beteiligungsverfahren nach § 99 BetrVG nicht wirksam in Gang gesetzt. Der Betriebsrat ist zur Geltendmachung dieses Mangels nicht verpflichtet, ihn innerhalb der Frist von § 99 Abs. 3 Satz 1 BetrVG gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen (Hessisches LAG, 29.1.2013 – 4 TaBV 202/12).