

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers
3. Arbeitsentgelt
4. Sonstige wesentliche Arbeitsbedingungen
5. Regelung der verleihfreien Zeiten
6. Tarifvertragliche Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz
7. Verjährung
8. Rechtsstreitigkeiten

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Verleiher muss vom ersten Tag an "dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb dieses Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts" gewähren, § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG i.V.m. § 8 AÜG . Tut er dies nicht, so hat dies gewerberechtliche sowie arbeitsrechtliche Konsequenzen. Zum einen ist die Verleiherlaubnis in diesem Fall zu versagen oder für die Zukunft zu widerrufen, zum anderen ist der mit dem Leiharbeitnehmer abgeschlossene Verleihvertrag unwirksam ( § 9 Nr. 2 AÜG ).

Zumindest im Fall der nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung kann der Betriebsrat seine Zustimmung zur Übernahme eines Leiharbeitnehmers nicht wegen Verstoßes gegen das Gleichstellungsgebot in § 3 Abs. 1 Nr. 3 , § 9 Nr. 2 AÜG verweigern ( BAG, 25.01.2005 - 1 ABR 61/03 ).

§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG sind verfassungsgemäß. Weder werden durch die Normen die Berufsfreiheit noch die negative Koalitionsfreiheit verletzt ( BVerfG, 29.12.2004 - 1 BvR 2283/03 ; BAG, 13.3.2013 – 5 AZR 954/11 ).

Bei der Prüfung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG i.V.m. § 8 AÜG ist folgende Trennung zu beachten: Zunächst ist zu fragen, wer vergleichbarer Arbeitnehmer im Entleihbetrieb ist. Hierbei ist nicht zwingend der Stammarbeitnehmer heranzuziehen, der innerhalb der Vergleichsgruppe im Entleihbetrieb die besten Arbeitsbedingungen hat. Insofern besteht kein Anspruch des Leiharbeitnehmers auf Besserstellung gegenüber (einem Teil) der Stammebelegschaft. Anhand des so gefundenen vergleichbaren Stammarbeitnehmers sind sodann die Arbeitsbedingungen dieses vergleichbaren Arbeitnehmers mit denen zu vergleichen, die der Verleiher seinem Leiharbeitnehmer im Verleihvertrag eingeräumt hat. Hier kann es dann zu einer Besserstellung des Leiharbeitnehmers gegenüber der Stammebelegschaft des Entleihers kommen, wenn der Verleihvertrag günstigere Konditionen einräumt.

Damit der Leiharbeitnehmer überhaupt Kenntnis von der Höhe des Arbeitsentgelts vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleiher bekommen kann, gewährt § 13 AÜG dem Leiharbeitnehmer einen Auskunftsanspruch gegenüber den Entleiher. Danach kann der Leiharbeitnehmer im Falle der Überlassung von seinem Entleiher Auskunft über die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen. Eine arbeitsvertragliche Verpflichtung, keine Auskunft gemäß § 13 AÜG einzuholen, ist nach § 307 BGB unwirksam ( LAG Düsseldorf, 29.8.2012 12 Sa 576/12 ).

#### 2. Vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers

Vergleichbar mit dem Leiharbeitnehmer i.S.v. § 8 AÜG ist nach der Gesetzesbegründung in Anknüpfung an die Definition des § 2 Abs. 1 Satz 3 , § 3 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ein Arbeitnehmer des Entleihers, der die gleiche oder eine ähnliche Tätigkeit wie der Leiharbeitnehmer ausführt. Danach sind nicht nur identische

Beschäftigungen zu vergleichen, sondern auch funktional austauschbare mit gleichem Anforderungsprofil und Belastung. Die Arbeitnehmer müssen tätigkeitsbezogen vergleichbar sein. Ausgangspunkt hierfür ist der konkrete Arbeitsplatz, den der Leiharbeiter besetzt. Ist eine zu gewährende Arbeitsbedingung an besondere persönliche Merkmale gebunden, muss auch der Leiharbeiter diese erfüllen.

Erforderlich ist allerdings auch, dass für Leiharbeiter und Stammarbeiter des Entleiher ähnliche Bedingungen hinsichtlich Arbeitsort sowie Lage und Dauer der Arbeitszeit vereinbart sind. Nicht vergleichbar sind daher Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte oder Arbeitnehmer mit Tag- oder Nachtschicht. Bei der Vergleichbarkeit sind ferner die Berufserfahrung, Qualifikation und Kompetenz der jeweiligen Arbeitnehmer zu berücksichtigen. In der Praxis dürfte insbesondere die jeweilige Eingruppierung der Tätigkeit maßgeblich sein. Bei der Suche nach einem vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleiher ist nur auf den konkreten Betrieb abzustellen; unzulässig wäre es, auf Arbeitnehmer anderer Betriebe im Unternehmen abzustellen.

Falls der Entleiherbetrieb im Aufgabenbereich des Leiharbeiters keine eigenen Stammkräfte hat, sondern ausschließlich Leiharbeiter einsetzt, kann der Leiharbeiter die Vergütung beanspruchen, die für ihn gelten würde, wenn er beim Entleiher für die gleiche Aufgabe eingestellt worden wäre ( LAG Niedersachsen, 25.1.2013 – 6 Sa 737/12 ; LAG Niedersachsen, 21.9.2012 – 6 Sa 1063/11 ).

### **3. Arbeitsentgelt**

Im Vordergrund des neuen Gleichbehandlungsgrundsatzes steht das Prinzip des "Equal Pay", d.h. gleicher Lohn für gleiche Arbeit. Da der Anspruch auf Gewährung gleicher Arbeitsbedingungen nach § 8 AÜG während der Dauer der Überlassung besteht, hat ein Vergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum stattzufinden. Nach der Gesetzesbegründung sind unter Arbeitsentgelt nicht nur das laufende Entgelt, sondern auch Zuschläge, Ansprüche auf Entgeltfortzahlung und Sozialleistungen sowie andere Lohnbestandteile zu verstehen. Daher hat der Verleiher dem Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung nicht nur das vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleiher zustehende "Arbeitsentgelt im engeren Sinne" zu zahlen, welches ausschließlich die erbrachte Arbeitsleistung unmittelbar abgilt, sondern auch alle sonstigen mit Rücksicht auf das bestehende Arbeitsverhältnis gewährten Geld- oder Sachzuwendungen, die über die periodische Abgeltung der Arbeitsleistung hinausgehen. ( BAG, 23.3.2011 – 5 AZR 7/10 ; LAG Hamm, 25.4.2012 – 3 Sa 22/12 ). Dabei sind auch geldwerte Vorteile zu berücksichtigen, die der Leiharbeiter dadurch erlangt, dass ihm ein Dienstwagen auch zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt wird. Dieser geldwerte Vorteil ist Teil der geschuldeten und gewährten Arbeitsvergütung und als solche in die Vergleichsberechnung einzubeziehen ( LAG Niedersachsen, 21.9.2012 – 6 Sa 1063/11 ). Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt auch für Sonderzahlungen. Wird die Sonderzahlung an eine Stichtagsregelung geknüpft, so ist der Anspruch nur dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer am Stichtag in dem betreffenden Unternehmen eingesetzt war ( LAG Schleswig-Holstein, 21.5.2013 – 2 Sa 398/12 ). Werden im Betrieb des Entleiher Sachbezüge gewährt, kann ein Wertausgleich in Euro erfolgen.

Der Arbeitgeber verstößt gegen § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG , wenn er innerhalb seines Konzerns Arbeitnehmer im einzig tarifungebundenen Betrieb mit schlechteren Arbeitsbedingungen einstellt, um sie dann an tarifgebundene Betriebe des Konzerns zeitlich unbeschränkt aus Gründen der Kostenersparnis zu überlassen. Der Grundsatz des "equal pay" wird dadurch verletzt ( ArbG Düsseldorf, 11.08.2004 - 4 BV 90/04 ).

### **4. Sonstige wesentliche Arbeitsbedingungen**

Aufgrund des neuen Gleichbehandlungsgrundsatzes hat der Verleiher seinem Leiharbeiter auch im Übrigen die für vergleichbare Stammarbeiter des Entleiher geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen (equal treatment) zu gewähren. Nach der Gesetzesbegründung sind Arbeitsbedingungen alle nach dem allgemeinen Arbeitsrecht vereinbarten Bedingungen, wie Dauer der Arbeitszeit und des Urlaubs oder die Nutzung sozialer Einrichtungen. Generell fallen unter die wesentlichen Arbeitsbedingungen die in § 2 Abs. 1 Satz 2 NachwG genannten Arbeitsbedingungen.

### **5. Regelung der verleihfreien Zeiten**

Die Pflicht zur grundsätzlichen Gleichbehandlung von Leiharbeitern und Stammarbeitern des Entleiher besteht nur "für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher" (vgl. § 8 Abs. 1 AÜG ; LAG

Niedersachsen, 21.9.2012 – 6 Sa 1063/11 ). In verleihfreien Zeiten gelten die mit dem Verleiher als Arbeitgeber für verleihfreie Zeiten vereinbarten Arbeitsbedingungen. Bei einer Vereinbarung im Leiharbeitsvertrag, die zwischen den Arbeitsbedingungen für Zeiten der Überlassung und für verleihfreie Zeiten unterscheidet, handelt es sich der Sache nach um eine Teilbefristung von Arbeitsbedingungen, die nach der Rechtsprechung des BAG grundsätzlich nur aus sachlichem Grund zulässig ist, jedenfalls dann, wenn die Vertragsbedingungen im Fall der unbefristeten Vereinbarung dem Änderungskündigungsschutz nach § 2 KSchG unterlägen. Eine derartige Vertragsgestaltung ist jedoch zulässig.

Als sachlicher Grund für die Vereinbarung befristeter Arbeitsbedingungen für die verleihfreien Zeiten einerseits und für die Zeiten der Überlassung andererseits dient die Tatsache, dass der Leiharbeitnehmer in verleihfreien Zeiten keine Arbeitsleistung erbringt und daher für den Verleiher keine Einkünfte erzielt.

## **6. Tarifvertragliche Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz**

Nach § 8 Abs. 2 AÜG kann ein Tarifvertrag abweichende Regelungen zulassen; im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. Soweit ein solcher Tarifvertrag vom Gleichstellungsgrundsatz abweicht, hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die nach diesem Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren. Eine abweichende tarifliche Regelung nach § 8 Abs. 3 AÜG gilt nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus dem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einen Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 AktG bildet, ausgeschieden ist.

Der Gesetzgeber hat die Möglichkeiten der tarifvertraglichen Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz begrenzt. Nach § 8 Abs. 4 Satz 1 kann ein Tarifvertrag hinsichtlich des Arbeitsentgelts von der Gleichstellung mit den vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleihers grundsätzlich nur für die ersten neun Monate einer Überlassung an den Entleiher abweichen. Eine längere Abweichung durch Tarifvertrag ist nur zulässig, wenn nach spätestens 15 Monaten einer Überlassung an den Entleiher mindestens ein Arbeitsentgelt erreicht wird, dass in dem Tarifvertrag als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche festgelegt ist. Zudem ist erforderlich, dass nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen eine stufenweise Heranführung an dieses Arbeitsentgelt erfolgt ( § 8 Abs. 4 Satz 2 AÜG ).

## **7. Verjährung**

Der Anspruch des Leiharbeitnehmers auf gleiches Arbeitsentgelt nach § 8 Abs. 14 AÜG ist ein arbeitsvertragliche Vergütungsabrede korrigierender gesetzlicher Entgeltanspruch, der mit der Überlassung entsteht und mit dem arbeitsvertraglich für die Vergütung bestimmten Zeitpunkt fällig wird. Mangels Eingreifens besonderer Tatbestände unterliegt der Anspruch der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB ( BAG, 13.3.2013 – 5 AZR 424/12 ; LAG Berlin-Brandenburg, 26.10.2012 – 8 SA 977/12 ). Für den Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist kann es u.a. darauf an, dass der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste. Die von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB geforderte Kenntnis des Gläubigers ist vorhanden, wenn er aufgrund der ihm bekannten Tatsachen gegen eine bestimmte Person eine Klage erheben kann, die bei verständiger Würdigung so viel Erfolgsaussicht hat, dass sie dem Gläubiger zumutbar ist. Ein Leiharbeitnehmer besitzt die nach § 10 Abs. 4 AÜG ausreichende Kenntnis im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB von einem Anspruch auf gleiches Entgelt, wenn er Kenntnis von der Tatsache hat, dass vergleichbare Arbeitnehmer des Entleihers mehr verdienen als er ( BAG, 13.03.2013 – 5 AZR 424/12 ).

## **8. Rechtsstreitigkeiten**

Um zu gewährleisten, dass der Leiharbeitnehmer den Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt auch dann fristwährend geltend machen kann, wenn er die Höhe des vergleichbaren Stammarbeitnehmer des Entleihers gewährten Arbeitsentgelts nicht im Einzelnen kennt, muss die erste Stufe einer arbeitsvertraglichen Ausschlussfristenregelung es zulassen, dass eine schriftliche Geltendmachung des Anspruchs nach § 10 Abs. 4 AÜG "dem Grunde nach" ausreicht ( BAG, 13.3.2013 – 5 AZR 954/11 ). Die Darlegungslast zur Höhe des Anspruchs aus § 10 Abs. 4 AÜG trägt der Leiharbeitnehmer. Er kann seiner Darlegungslast zunächst dadurch genügen, dass er sich auf eine ihm nach § 13 AÜG erteilte Auskunft beruft und diese in den Prozess einführt ( LAG Niedersachsen, 15.11.2012 – 7 Sa 1787/11 ). Nach § 13 AÜG kann der Leiharbeitnehmer im Falle einer Überlassung an seinen Entleiher Auskunft über die im Betrieb des Entleihers für einen

vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen. Bestreitet der Vertragsarbeitgeber die maßgeblichen Umstände der Auskunft in erheblicher Art und Weise und im Einzelnen, verbleibt es bei dem Grundsatz, dass der Arbeitnehmer dann die anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen hat ( LAG Niedersachsen, 21.9.2012 – 6 Sa 1063/11 m.w.N.).

Stützt sich der Leiharbeiter im Prozess nicht auf eine Auskunft nach § 13 AÜG , muss er zur Darlegung des Anspruchs auf gleiches Arbeitsentgelt alle für dessen Berechnung erforderlichen Tatsachen vortragen. Dazu gehören vorrangig die Benennung eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers und das diesem vom Entleiher gewährte Arbeitsentgelt. Berufet sich der Leiharbeiter auf ein allgemeines Entgeltschema, hat er nicht nur dessen Inhalt, sondern auch darzulegen, dass ein solches im Betrieb des Entleihers im Überlassungszeitraum tatsächlich Anwendung fand und wie er fiktiv danach einzugruppiert wäre ( BAG, 13.3.2013 – 5 AZR 146/12 ).

Legt im Falle einer Klage nach § 10 Abs. 4 AÜG der Arbeitnehmer nicht die Auskunft des Entleihers nach § 13 AÜG zur Darlegung der Arbeitsbedingungen im Entleiherbetrieb vor, darf der Verleiher diese Arbeitsbedingungen regelmäßig mit Nichtwissen bestreiten, sofern diese nicht in der Urkunde nach § 12 AÜG aufgenommen sind ( LAG Schleswig-Holstein, 14.5.2013 – 1 Sa 392/12 ).