



Betriebspolitik | Vorstand

Handlungshilfe für Betriebsräte und Vertrauensleute

30

**Leiharbeit, Werkverträge
und andere prekäre
Beschäftigungsverhältnisse**

Impressum

Produkt-Nr. 25087-40591
Herausgeber: IG Metall, Vorstand
Betriebspolitik

Autorinnen: Regina Steiner/Silvia Mittländer,
Fachanwältinnen für Arbeitsrecht, Frankfurt am Main

Redaktion: Verena zu Dohna-Jaeger, FB Betriebspolitik

Ausgabe: Juli 2017

Druckvorstufe: Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig
Druck: MediaPrint, Paderborn



Vorwort

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

eine gut funktionierende Mitbestimmung ist die Grundvoraussetzung für eine erfolgreiche Interessenpolitik im Sinne der Beschäftigten. Unsere Leitlinie ist, das Arbeitsleben der Beschäftigten sicher, gerecht und selbstbestimmt zu gestalten. Deshalb müssen wir anstehende Veränderungen vom Betrieb her denken. Sonst bestimmen Politiker, Wissenschaftler und vor allem die Arbeitgeber, wo, wie und wann in Zukunft gearbeitet wird.

Auf Vertrauensleute und Betriebsräte kommen zunehmend neue Herausforderungen und zusätzliche Aufgaben zu. Viele Branchen stehen vor einer grundlegenden Transformation, womit nicht nur die Digitalisierung gemeint ist. Die Beschäftigten wünschen sich gute und sichere Arbeit. Und sie wünschen sich Arbeitszeiten, die planbar sind und die sie selbst stärker beeinflussen können. Deshalb setzen wir auf aktive Einbeziehung und Mitwirkung der Beschäftigten.

Für die tägliche Arbeit brauchen Betriebsräte und Vertrauensleute ein solides Grundwissen über gesetzliche Bestimmungen und entsprechende Handlungsmöglichkeiten. Dafür steht ein breit gefächertes Qualifizierungsangebot der IG Metall zur Verfügung. Und mit unserer Broschürenreihe vermitteln wir Grundlagen und Handlungsorientierung für die betriebliche Arbeit.

Zu dieser Ausgabe:

Zum 1.4.2017 ist das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in Kraft getreten. Dies ist hinter den Erwartungen der IG Metall zurückgeblieben. Die Begrenzung und Regulierung von Leiharbeit und Werkverträgen stellt damit nach wie vor eine zentrale Herausforderung für die Interessenvertretung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern dar.

Die vorliegende Broschüre gibt einen Überblick über die hiermit verbundenen rechtlichen Fragen einschließlich wichtiger Hinweise für die betriebliche Praxis.

Frankfurt am Main, Juli 2017

IG Metall – Vorstand –



Jörg Hofmann



Inhalt

| | |
|--|-----------|
| Vorwort | 3 |
| Literaturempfehlungen und Internetadressen | 7 |
| Vorbemerkungen | 9 |
| I. Leiharbeit | 12 |
| 1. Leiharbeit in Zahlen | 12 |
| 2. Zweck des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes | 16 |
| 3. Das Leiharbeitsverhältnis als Dreiecksverhältnis | 17 |
| 4. Voraussetzung einer rechtmäßigen Arbeitnehmerüberlassung | 22 |
| 4.1 Erlaubnispflicht | 22 |
| 4.2 Ausnahmen von der Erlaubnispflicht für Arbeitnehmerüberlassung | 25 |
| 4.3 Arbeitnehmerüberlassung im Konzern | 27 |
| 4.4 Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe | 29 |
| 5. Rechtsfolgen bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung | 30 |
| 6. Die Besonderheiten des Leiharbeitsverhältnisses | 35 |
| 7. Tarifliche Regelungen zur Einschränkung von Leiharbeit | 51 |
| II. Werkverträge – Einsatz von Subunternehmen und Soloselbstständigen in den Betrieben | 54 |
| 1. Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Scheinwerkvertrag | 56 |
| 2. Statusklage | 60 |
| 3. Klage auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses zum Einsatzbetrieb | 61 |
| III. Befristete Arbeitsverhältnisse und ihre rechtlichen Grundlagen | 62 |
| 1. Wann liegt ein befristetes Arbeitsverhältnis vor? | 63 |
| 2. Zulässigkeit der Befristung | 63 |
| 2.1 Die Befristung mit sachlichem Grund | 64 |
| 2.2 Die kalendermäßige Befristung ohne Sachgrund | 67 |
| 2.3 Privilegierung für neu gegründete Unternehmen | 69 |
| 2.4 Die Befristung von Arbeitsverhältnissen älterer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs | 69 |



| | |
|--|-----------|
| 2.4.1 Die sachgrundlose Befristung | 69 |
| 2.4.2 Befristung wegen Höchstaltersgrenzen | 71 |
| 3. Verbot der Diskriminierung von befristet Beschäftigten | 73 |
| 4. Befristung und Kündigungsschutz | 74 |
| 5. Die Folgen einer unwirksamen Befristung | 74 |
| 5.1 Die Entstehung eines unbefristeten Arbeitsvertrags | 75 |
| 5.2 Die Anrufung des Arbeitsgerichts | 76 |
| | |
| IV. Geringfügige Beschäftigung – eine Form der Teilzeitbeschäftigung | 77 |
| 1. Was versteht man unter geringfügiger Beschäftigung? | 78 |
| 2. Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten | 79 |
| 3. Kündigungsschutz und Minijobs | 81 |
| | |
| V. Handlungsmöglichkeiten für Betriebsräte | 82 |
| 1. Auskunfts- und Informationspflichten des Arbeitgebers | 83 |
| 2. Mitbestimmung bei Einstellung | 84 |
| 3. Widerspruch bei Kündigungen gemäß § 102 BetrVG | 87 |
| 4. Informations- und Beratungsrechte bei der Personalplanung nach § 92 BetrVG | 88 |
| 5. Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG | 89 |
| 6. Verhandlungen zu Interessenausgleich und Sozialplan bei der Vergabe von Arbeiten an Subunternehmer (§§ 111 ff. BetrVG) | 90 |
| 7. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nach § 87 BetrVG | 91 |
| 8. Teilnahme an Betriebs- und Abteilungsversammlungen und der Besuch von Sprechstunden des Betriebsrats (§ 14 AÜG) | 93 |
| 9. Beschwerderecht gilt auch für Leiharbeitskräfte (§ 14 AÜG) | 93 |
| 10. Unterrichts- und Erörterungspflichten des Arbeitgebers nach §§ 81, 82 BetrVG gelten auch für Leiharbeitskräfte | 93 |
| 11. Die Bedeutung von Leiharbeitnehmern bei den Betriebsratswahlen und bei der Ermittlung weiterer Schwellenwerte nach dem BetrVG | 94 |



| | |
|---|-----|
| Anhang | 97 |
| 1. Merkblatt für Leiharbeitskräfte (Stand 04/2017) | 97 |
| 2. Eckpunkte für eine Betriebsvereinbarung zum Einsatz von Leiharbeitskräften | 102 |
| 3. Checkliste für die Anhörung zum Einsatz von Leiharbeitskräften nach § 99 BetrVG | 104 |
| 4. Checkliste zur Prüfung einer Scheinselbstständigkeit | 105 |
| 5. Typische Inhalte von Werkverträgen | 106 |
| 6. Checkliste zur Prüfung eines Scheinwerkvertrages | 106 |
| Stichwortverzeichnis | 107 |
| Wichtiger Hinweis | 111 |



Literaturempfehlungen und Internetadressen

1. Literatur

DGB, Abt. Arbeitsmarktpolitik, Werkverträge – Missbrauch stoppen, arbeitsmarktaktuell Nr. 5, Juni 2012

IG Metall Vorstand, FB Betriebs- und Branchenpolitik, Viel Arbeit am Rand. Werkverträge und Outsourcing: Arbeitshilfe für Betriebsräte, 2012

Boris Karthaus, Dr. Thomas Klebe, Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2012, 417 ff.

Dr. Thomas Klebe, Werkverträge – ein neues Dumpingmodell?, Arbeitsrecht im Betrieb 2012, 559 ff.

Jürgen Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar für die Praxis, 5. Auflage 2017

Jürgen Ulber, Werkverträge zur Umgehung der Lohnuntergrenzen in der Leiharbeit, Arbeitsrecht im Betrieb 2012, 183 ff.

Jürgen Ulber, Das neue AÜG, Arbeitsrecht im Betrieb 2017, 27 ff.

Prof. Dr. Bernd Waas, Werkvertrag, freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag – Abgrenzung und Identifikation im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen, Hans Böckler Stiftung 2012

2. Internetadressen

BMAS: Informationen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales unter www.leiharbeit-werkverträge.de

ZOOM (ZeitarbeiterInnen ohne Organisation machtlos) ist eine Website, die sich zur Aufgabe gesetzt hat, Zeitarbeiterinnen und Zeitarbeitern die Möglichkeit zur Vernetzung zu bieten. Sie enthält darüber hinaus viele wertvolle Informationen rund um die Zeitarbeit. www.igmetall-zoom.de

Die Homepage zur Leiharbeit-Kampagne der IG Metall: www.gleicharbeit-gleichesgeld.de



Soliserv ist ein Internet-Forum, in dem viele Praxisinformationen für Betriebs- und Personalräte, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern abrufbar sind. Es finden sich hier auch Informationen zum Thema: www.soliserv.de.

Die Homepage der Minijob-Zentrale gibt Informationen rund um die Minijobs. Dort finden sich auch die sozialversicherungsrechtlichen und steuerrechtlichen Regelungen: www.minijob-zentrale.de

DGB: Der DGB-Internetratgeber behandelt neben der Leiharbeit auch andere Formen unsicherer Arbeit (Minijobs, befristete Beschäftigung, Teilzeit, Ein-Euro-Jobs): www.ratgeber-ungesicherte-jobs.dgb.de.



Vorbemerkungen

Das klassische Normalarbeitsverhältnis, verstanden als ein auf Dauer angelegtes Arbeitsverhältnis, verliert immer mehr an Bedeutung. Der prozentuale Anteil des klassischen Normalarbeitsverhältnisses (in Form eines unbefristeten Vollzeitarbeitsverhältnisses) am Gesamtanteil der Beschäftigung ist auch in den vergangenen Jahren trotz Wirtschaftswachstum zurückgegangen. Seit den 1980er Jahren steigt hingegen der Anteil anderer, vom klassischen Normalarbeitsverhältnis abweichender Beschäftigungsformen, wie Befristung, Teilzeittätigkeit, (Schein-)Selbstständigkeit oder Leiharbeit, immer weiter. Eine aktuelle Untersuchung der IG Metall zeigt, dass atypische Beschäftigungsverhältnisse weiter zunehmen. In jedem fünften Betrieb der an der Befragung beteiligten 8485 Betriebe wurden in den letzten 12 Monaten bestehende Stammarbeitsplätze durch atypische Beschäftigung (Leiharbeit und Werkverträge) ersetzt.¹ Dieser Trend ist ungebrochen: Im Jahr 2015 war jeder Vierte atypisch beschäftigt; dies bedeutet, dass jeder vierte Beschäftigte entweder in Leiharbeit oder als Soloselbstständiger oder in Teilzeit oder befristet beschäftigt war.²

Diese Beschäftigungsformen werden oft zu Recht als **prekäre Beschäftigungsverhältnisse** bezeichnet, wobei dieser Begriff nicht immer einheitlich verwendet wird. Das Wort prekär stammt von zwei lateinischen Begriffen ab: einerseits vom Wort »precarius«, was bedenklich, peinlich, unangenehm, unsicher, heikel oder schwierig bedeutet und andererseits vom Begriff »precere«, der um etwas bitten müssen, etwas durch Bitten verlangen, bedeutet. Diese beiden lateinischen Begriffe umschreiben die Situation derer, die im Rahmen eines prekären Beschäftigungsverhältnisses tätig sind, zutreffend: Zum einen ist die Zukunft der eigenen Arbeit unsicher und nicht bzw. nur schwer absehbar, zum anderen fehlen oft echte Rechtsansprüche, um den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses zu sichern. Oft ist die tatsächliche Lage auch so, dass die bestehenden Rechtsansprüche kaum durchsetzbar sind. Als Beispiel soll hier eine schwangere Frau aufgeführt werden: Während diejenige, die in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis tätig ist, nach der Entbindung einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung hat, ist die andere, die im Rahmen eines befristeten Arbeitsverhältnis tätig ist, allein darauf angewiesen, um eine Weiterbeschäftigung zu bitten und ist insoweit auf den »guten Willen« des Arbeitgebers angewiesen. Dazu kommt, dass 2015 ungefähr 6 % der in Leiharbeit Beschäftigten auf ergänzende Hartz IV-Leistungen ange-

1 Presseerklärung der IG Metall vom 28.9.2012.

2 WSI-Mitteilungen, Schwerpunktheft: Wird atypisch normal!? Beschäftigung im Wandel, Januar 2017.



wiesen ist, weil das gezahlte Entgelt nicht als Lebensgrundlage ausreicht. Dieser Anteil ist gegenüber den insgesamt abhängig Beschäftigten deutlich erhöht, dort betrug der Anteil derjenigen, die auf ergänzenden Hilfen angewiesen waren, nach Angaben der Bundesregierung etwa 1,9 %. So bleibt vielen Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter nur der »Bittgang« zur Agentur für Arbeit.³ Während das klassische Normalarbeitsverhältnis verbunden ist mit einer auf Dauer angelegten, unbefristeten Beschäftigung, die nicht nur die eigene Existenz sichert, sondern auch durch vielfältige soziale und sonstige Arbeitnehmerrechte gekennzeichnet ist, weichen prekäre Beschäftigungsverhältnisse von diesen Standards ab. Sie zeichnen sich also vor allem dadurch aus, dass sie von einer sehr viel stärkeren Unsicherheit über die Zukunft der eigenen Arbeit geprägt sind. Der befristet beschäftigte Arbeitnehmer kann nicht abschätzen, ob und gegebenenfalls wie lange er noch in einem Arbeitsverhältnis stehen wird. Dies gilt auch für den Leiharbeitnehmer, der mit einem ständigen Wechsel des Einsatzunternehmens konfrontiert sein kann. Meist gilt in diesen Beschäftigungsverhältnissen eine Vielzahl von sozialen Rechten und Arbeitnehmerrechten nur eingeschränkt oder diese können auf Grund der strukturellen Gegebenheiten nur sehr viel schwerer durchgesetzt werden. Hierunter fallen insbesondere Ansprüche auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Anspruch auf Erholungsurlaub, Kündigungsschutzbestimmungen, aber auch die Teilhabe an Mitbestimmungsrechten. Prekäre Beschäftigung ist darüber hinaus meist mit einem deutlich niedrigeren Einkommen für gleiche bzw. gleichwertige Arbeit verbunden, das häufig nicht existenzsichernd ist. Dies führt für die Betroffenen häufig zu Unsicherheit, die oft bereits damit beginnt, keine Planungssicherheit für das eigene Leben zu haben. Die Auswirkungen sind über das Erwerbsleben hinaus spürbar: Wer in seinem Erwerbsleben auf Grund seiner Erwerbsbiografie im Rahmen von prekären Beschäftigungsverhältnissen nur über geringes Einkommen verfügt, trägt auch im Alter ein Armutsrisiko.

Prekäre Beschäftigungsverhältnisse wirken sich aber auch auf diejenigen aus, die im Rahmen klassischer Normalarbeitsverhältnisse tätig sind. In vielen Unternehmen werden beispielsweise Leiharbeitnehmer und (Schein-)Selbstständige eingesetzt, um gegenüber der Stammbeslegschaft die Einschränkung und Verringerung der bisher geltenden Standards zu erreichen.

Die vorliegende Broschüre will die rechtlichen Grundlagen prekärer Beschäftigungsverhältnisse aufzeigen. Sie befasst sich dabei mit den typischen, weil am häufigsten auftretenden Formen prekärer Beschäftigung. Es werden vorgestellt: Leiharbeit, Beschäftigung auf Basis von so genannten Werkverträgen und Schein-

3 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion Die Linken, BT-Drs. 18/9557. S. 12.



selbstständigkeit, befristete Arbeitsverhältnisse sowie Minijobs als Fall der Teilzeitbeschäftigung.

Die Broschüre möchte auch Handlungsmöglichkeiten der Betriebsräte aufzeigen und so Anregungen geben, auf die Zunahme dieser Beschäftigungsformen zu reagieren.

Der besseren Lesbarkeit wegen ist im Text vorwiegend die männliche Form verwendet worden (»der Arbeitnehmer« etc.). Eine geschlechtsspezifische Diskriminierung ist damit weder verbunden noch beabsichtigt.



I. Leiharbeit

1. Leiharbeit in Zahlen

Anzahl der Leiharbeitsverhältnisse

Die Leiharbeit hat in den vergangenen Jahren deutlich zugenommen. Im Jahre 1994 waren ca. 138.000 Arbeitnehmer in Leiharbeitsverhältnissen beschäftigt, was einer Quote von 0,4% am Gesamtanteil der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisse entsprach. Ende 2004 – also ein Jahr nach in Inkrafttreten der Hartz-Gesetze und den damit verbundenen Verschlechterungen der Regelungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), waren bereits ca. 400.000 Arbeitnehmer in Leiharbeitsverhältnissen beschäftigt, was einer Quote von 1,5% entsprach.⁴ Auch im Jahre 2006 war eine weitere Zunahme der Leiharbeitsverhältnisse zu verzeichnen. Die Bundesagentur für Arbeit registrierte im Jahre 2006 fast 600.000 Arbeitnehmer, die als Leiharbeiter tätig waren. Dies entspricht bereits einer Quote von 2%. Auffällig ist hierbei, dass die Leiharbeitsverhältnisse gegenüber anderen Formen der Beschäftigung stärker zunehmen.⁵ Während der Krisenjahre 2008 und 2009 waren es dann die Leiharbeiter, die vorrangig von Arbeitsplatzverlust betroffen waren. Jedoch ist seit Beginn der wirtschaftlichen Erholung der Anteil der Leiharbeitsverhältnisse überproportional angestiegen und so waren im Oktober 2010 mit annähernd 900.000 Personen deutlich mehr Beschäftigte in Leiharbeit tätig als vor der Krise. Im Oktober 2010 waren damit 2,9% der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Leiharbeit tätig.⁶ Nach einer Änderung der statistischen Erfassung wurde dann von der Bundesagentur für Arbeit im Dezember 2015 ein erneuter leichter Anstieg der absoluten Zahlen der in Leiharbeit Beschäftigten verzeichnet. Es waren in diesem Monat 951.000 Beschäftigte in Leiharbeit registriert, was einer Quote von ca. 3% gemessen an den insgesamt sozialversicherungspflichtig Beschäftigten entsprach.⁷ Die Anzahl der in Leiharbeit Beschäftigten stieg auch im Jahr 2016 weiter an und betrug im Juni über 1,0 Millionen.⁸

4 10. Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen bei der Anwendung des AÜG vom September 2005, S. 32 (im Folgenden: 10. Bericht der Bundesregierung).

5 Winkel/Nakielski, Auch Leiharbeiter haben Rechte; in: Süddeutsche Zeitung v. 29.8.2007, S. 21; Bunzenthal, Arbeiten am Aufschwung; in: Frankfurter Rundschau v. 31.8.2007, S. 2.

6 Böckler Impuls 5/2011.

7 Arbeitsmarktberichterstattung der Bundesagentur für Arbeit: Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Juli 2016 S. 9; Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage Der Linken: BT-Drs. 18/9557, S. 2f.

8 Bundesagentur für Arbeit: Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung, Berichte: Arbeitsmarkt – Aktuelle Entwicklung der Zeitarbeit, Januar 2017, S. 4, 7 und 9.



Kennzeichnend ist die verhältnismäßig kurze Dauer der Leiharbeitsverhältnisse. Am 30.6.2004 hatten ca. 45 % der Leiharbeitsverhältnisse eine Dauer von mehr als einer Woche aber weniger als drei Monaten. Weitere 14 % der Leiharbeitsverhältnisse bestanden weniger als eine Woche. Nur ca. 40 % der Leiharbeitsverhältnisse bestanden damit länger als drei Monate.⁹ Dieses Verhältnis hat sich nach der Krise kaum verändert und stabilisiert sich. Im zweiten Halbjahr 2016 hatten nach wie vor 58 % der Leiharbeitsverhältnisse nur eine Dauer von bis zu drei Monaten; weitere 24 % der Leiharbeitsverhältnisse hatten eine Dauer von drei bis neun Monaten.¹⁰

Dauer der Leiharbeitsverhältnisse

Auffällig sind die Tätigkeiten, für die Leiharbeitnehmer eingesetzt werden. Noch im Jahr 2005 waren 32 %, also etwa ein Drittel der Leiharbeitnehmer zu reinen Hilfsarbeiten eingesetzt,¹¹ und dies obwohl das Qualifikationsniveau der eingesetzten Leiharbeitnehmer gut ist. Im Jahr 2016 stieg diese Quote an und betrug 54 %.¹² Meist verfügen diese über einen qualifizierten Schulabschluss und/oder eine qualifizierte Berufsausbildung.¹³ Eingesetzt werden Leiharbeitnehmer überwiegend in Betrieben mit mehr als 500 Beschäftigten. Ca. 40 % dieser Betriebe machen von der Möglichkeit des Einsatzes von Leiharbeitnehmern Gebrauch. In Kleinbetrieben mit weniger als 50 Arbeitnehmern wird diese Beschäftigungsform hingegen kaum eingesetzt. Dabei ist auffällig, dass rund ein Viertel der Betriebe im Zeitraum von 1998 bis 2003 die Leiharbeit dazu genutzt hat, die Stammelegschaft zu verdrängen bzw. zu verkleinern. Eine Vielzahl von Betrieben hat darüber hinaus vorhandene oder entstehende Mehrarbeitskapazität nicht durch Neueinstellungen abgedeckt, sondern auf Leiharbeit zurückgegriffen. Dem steht ein nur relativ kleiner Anteil von Leiharbeitnehmern entgegen, die in ein Arbeitsverhältnis zum Entleiherunternehmen wechseln. Dieser Anteil wird auf 12 % geschätzt.¹⁴

Tätigkeiten der Leiharbeitnehmer und Einsatzbetriebe

Hinsichtlich der Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer ist festzustellen, dass diese deutlich schlechter sind als diejenigen Arbeitsbedingungen vergleichbarer Arbeitnehmer, die in Entleiherbetrieben tätig sind. Das mittlere Bruttoeinkommen aller Vollzeitbeschäftigten in der Leiharbeit betrug 2009 1456 Euro und ist

Vergütungshöhe

9 10. Bericht der Bundesregierung, S. 33.

10 Bundesagentur für Arbeit: Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung, Berichte: Arbeitsmarkt – Aktuelle Entwicklung der Zeitarbeit, Januar 2017, S. 14.

11 10. Bericht der Bundesregierung, S. 35.

12 Bundesagentur für Arbeit: Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung, Berichte: Arbeitsmarkt – Aktuelle Entwicklung der Zeitarbeit, Januar 2017, S. 11.

13 Bundesagentur für Arbeit: Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung, Berichte: Arbeitsmarkt – Aktuelle Entwicklung der Zeitarbeit, Januar 2017, S. 11; IGM, Prekäre Arbeit – Neue Herausforderungen und Handlungsmöglichkeiten, S. 10f. mit weiteren Nachweisen.

14 IGM, Prekäre Arbeit, S. 11 mit weiteren Nachweisen.



damit 48,1% niedriger als das mittlere Bruttoeinkommen i. H. v. 2805 Euro aller Vollzeitbeschäftigten.¹⁵ Trotz Bemühungen seitens der Gewerkschaften und Betriebsräten durch Abschluss von so genannten Branchenzuschlägen die Vergütungsbedingungen der in Leiharbeit Beschäftigten zu verbessern, ist diese Differenz in den Folgejahren kaum kleiner geworden. Das durchschnittliche Entgelt in der Leiharbeit betrug 1.799 Euro und war damit um 42% niedriger als das durchschnittliche Bruttomonatsentgelt aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten (3.084 Euro).¹⁶ Dies hat weitreichende Konsequenzen für den Lebensstandard der Betroffenen. Im Jahre 2010 haben 13,1% aller sozialversicherten in Leiharbeit Beschäftigten ihr Einkommen mit Hartz IV aufgestockt, während dieser Anteil in der Gesamtwirtschaft 2,7% betrug.¹⁷ Diese Differenz hat sich im Verlauf der Jahre verstetigt: im Jahr 2016 betrug die von der Bundesregierung mitgeteilte Quote der Aufstocker unter den Leiharbeitnehmern ca. 5%, während sie bei allen Sozialversicherungspflichtigen nur 1,7% betrug.¹⁸ Auch hinsichtlich der Weiterbildung sind Leiharbeitnehmer vergleichbaren Arbeitnehmern in Entleiherunternehmen gegenüber schlechter gestellt, da sie weniger häufig an solchen Maßnahmen teilnehmen. In Bezug auf die Gestaltung der auszuübenden Tätigkeit sind Leiharbeitnehmer weniger frei. Sie können im Vergleich zu Arbeitnehmern der Entleiherunternehmen weniger selbstständig über ihre Arbeitszeit, über die Reihenfolge der Tätigkeiten sowie der anzuwendenden Arbeitsmethoden entscheiden. Gleichzeitig ist festzustellen, dass die sozialen Kontakte der Leiharbeitnehmer zu Vorgesetzten und Kollegen deutlich weniger ausgeprägt sind.¹⁹ Hinzu kommt, dass das Risiko, von Arbeitslosigkeit betroffen zu sein, bei in Leiharbeit Beschäftigten überdurchschnittlich hoch ist: Das Risiko lag in der Zeit von Dezember 2015 bis November 2016 mit 3,48% deutlich höher als bei den sozialversicherungspflichtig Beschäftigten insgesamt, bei denen die Quote bei 0,67% lag.²⁰

Änderungen durch Hartz-Gesetze

Das AÜG hat durch die so genannten Hartz-Gesetze die einschneidendsten Änderungen erfahren. Durch das so genannte Erste Gesetz zur Modernisierung der Dienstleistungen am Arbeitsmarkt wurde mit Wirkung zum 1. 1. 2004 eine Vielzahl von Schutzvorschriften, die bisher zu Gunsten der Leiharbeitnehmer (z. B. die Auf-

15 Arbeitsmarkt aktuell DGB, Nr. 2/Februar 2011.

16 Bundesagentur für Arbeit: Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung, Berichte: Arbeitsmarkt – Aktuelle Entwicklungen der Zeitarbeit, Januar 2017, S. 21.

17 Arbeitsmarkt aktuell DGB, Nr. 2/Februar 2011.

18 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage Der Linken: BT-Drs. 18/9557, S. 12 f.

19 Nienhüser/Matiaske/Wenzel, Der Gleichheitsgrundsatz bei Leiharbeit – Entlohnung und Arbeitsbedingungen von Leiharbeit im europäischen Vergleich, in: WSI Mitteilungen 8/2003, S. 468 mit weiteren Nachweisen.

20 Bundesagentur für Arbeit: Statistik/Arbeitsmarktberichterstattung, Berichte: Arbeitsmarkt – Aktuelle Entwicklungen der Zeitarbeit, Januar 2017, S. 15.



hebung der Höchstüberlassungsdauer von einem Jahr und die Aufhebung des Befristungsverbots, u. a.) galten, verschlechtert oder aufgehoben. Diese geänderten Bedingungen des AÜG sind am 1. 1. 2004 in Kraft getreten. Diese Änderungen des AÜG einseitig zu Lasten der Leiharbeitnehmer wurden seitens des Gesetzgebers damit begründet, dass die Arbeitnehmerüberlassung ein effektives und Erfolg versprechendes arbeitsmarktpolitisches Instrument zum Abbau der hohen Arbeitslosigkeit darstelle. Der Gesetzgeber führte an, dass durch diese Veränderungen eine Vielzahl neuer, qualifizierter und sozial abgesicherter Arbeitsplätze geschaffen würde, z. B. dadurch dass ein Teil der vielfach geleisteten Überstunden in Leiharbeitsverhältnisse umgewandelt würden. Gleichzeitig wird die Arbeitnehmerüberlassung auch weiterhin als »Sprungbrett« angesehen.²¹ Mittels Leiharbeit soll es Arbeitnehmern ermöglicht werden, erstmals oder erneut in das Erwerbsleben einzutreten und damit Arbeitslosigkeit dauerhaft abzubauen.²² Angesichts der dargelegten Zahlen über die tatsächlichen Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer muss bezweifelt werden, ob die angegebenen Zielsetzungen überhaupt erreicht werden können (und sollen), oder ob sie nicht gerade das Gegenteil erreichen und die Unsicherheit, die mit einem Leiharbeitsverhältnis verbunden ist, festigen. Mit der Umsetzung der EU-Richtlinie zur Leiharbeit durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes²³, das zum 29. 4. 2011 in Kraft getreten ist, hat sich an diesen Umständen nur wenig geändert. In den Folgejahren wurden auch durch die gewerkschaftliche Arbeit die Nachteile der Leiharbeit und deren Missbrauch in den Fokus der öffentlichen Wahrnehmung gerückt. In der Folge wurde im Rahmen des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze das AÜG nochmals geändert. Die Neufassung ist zum 1. 4. 2017 in Kraft getreten²⁴. Neu ist insbesondere die (Wieder-)Einführung der Überlassungshöchstdauer, nun auf regelmäßig maximal 18 Monate. Diese Überlassungshöchstdauer ist jedoch nicht arbeitsplatzbezogen, sondern knüpft an die persönliche Überlassungsdauer der in Leiharbeit Beschäftigten an. Auch wurden die Beratungsrechte der Betriebsräte präzisiert formuliert, jedoch nicht erweitert. Ob diese Neuregelungen damit tatsächlich zu einer Verbesserung der Beschäftigungssituation führen werden, ist zweifelhaft.

21 Und dies obwohl nur ca. 10% der Betroffenen durch Leiharbeit eine feste Beschäftigung finden; Quelle: Böckler Impuls 5/2011.

22 Vgl. hierzu die Begründung zur Änderung des AÜG durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt: BT-Ds. 15/25, S. 23 f.

23 Bundesgesetzblatt I (Jahrgang 2011), S. 642 ff.

24 Bundesgesetzblatt I (Jahrgang 2017), S. 258 ff.



2. Zweck des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Ziel des AÜG Das AÜG verfolgt im Wesentlichen das Ziel, Mindestbedingungen für die Rechtsstellung der Leiharbeitnehmer festzulegen, um die betroffenen Arbeitnehmer vor Missständen und Verletzungen von arbeits- und sozialrechtlichen Schutzvorschriften, die als Mindestanforderungen der sozialen Sicherung eines Arbeitsverhältnisses angesehen werden, zu schützen. Dies erfolgt, indem im AÜG die Mindestarbeitsbedingungen festgeschrieben, Bedingungen, unter denen Arbeitnehmerüberlassung zulässig ist, formuliert und Sicherungsmechanismen für den Fall illegaler Arbeitnehmerüberlassung aufgestellt werden. Diese Zielsetzung blieb und bleibt auch nach der grundlegenden Neuregelung des AÜG durch die Hartz-Gesetze und den seither vorgenommenen gesetzlichen Änderungen erhalten, wenn auch in sehr abgeschwächter Form.

Petition zur Leiharbeit Diese Grundsätze sollten bei Auseinandersetzungen mit und um die Leiharbeit berücksichtigt werden. Dem Bundestag lag eine Petition mit folgendem Ziel vor:

»Der Deutsche Bundestag möge eine Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes dahingehend beschließen, die Leiharbeit auf ein Jahr zu begrenzen, mit dem anschließenden Übergang in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bei längerer Dauer. Weiterhin sollen die Tarifbedingungen (Arbeitsbedingungen – Entlohnung etc.) für Leiharbeitnehmer wie im Entleihbetrieb – ohne Ausnahme – gelten. Darüber hinaus wird eine Ergänzung des Betriebsverfassungsgesetzes in der Form gefordert, dass der Betriebsrat ein Vetorecht erhält, wenn Arbeitsplätze in einem Unternehmen in Leiharbeitsplätze umgewandelt werden sollen«

Ziel der Petition war es, die Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitskräfte deutlich zu verbessern und vor allem auch prekäre Beschäftigung einzudämmen.²⁵ Wie bekannt, hatte die Petition keinen Erfolg. Das AÜG wurde zwar geändert und trat Ende April 2011 bzw. überwiegend zum 1.12.2011 in Kraft. Aber es blieb bei marginalen Änderungen, um der am 19.11.2008. in Kraft getretenen Europäischen Richtlinie zur Leiharbeit Genüge zu tun. Selbst die ordnungsgemäße Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie ist jedoch nur zum Teil erfolgt. Auch wenn das im Jahr 2011 geänderte AÜG den Untertitel »Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung« trug, blieb es weit hinter den Erwartungen der Beschäftigten zurück. Es enthielt einige Änderungen, die zu einem veränderten Umgang mit Leiharbeit führten. Diese waren aber nicht so wesentlich, dass dadurch die vielfach prekäre Lage des einzelnen in der Leiharbeit Beschäftigten wirklich beseitigt wird. Auch die Änderungen im Jahr 2017 werden wohl nicht zu einer Verän-

²⁵ Siehe www.Bundestag.de, dort unter dem Stichwort »Petitionen«.

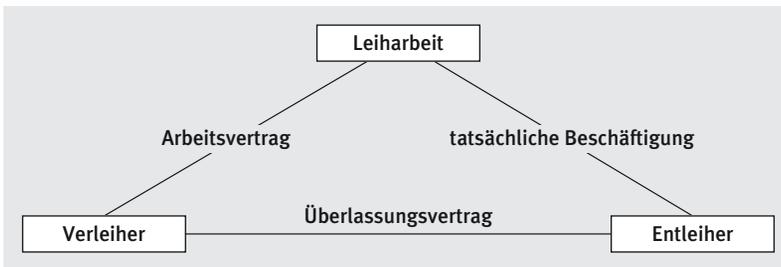


derung dieser Situation führen, zumal sowohl die Bundesregierung als auch der Bundestag die Leiharbeit als eine etablierte Form des flexiblen Personaleinsatzes mit einer arbeitsmarktpolitisch wichtigen Funktion ansehen.²⁶

3. Das Leiharbeitsverhältnis als Dreiecksverhältnis

Arbeitnehmerüberlassung i. S. d. AÜG liegt vor, wenn ein Arbeitgeber als Verleiher im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit einem Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) zur Arbeitsleistung überlässt. Nach dieser gesetzlichen Definition geht Arbeitnehmerüberlassung also davon aus, dass drei Personen beteiligt sind (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG). Der Verleiher und Entleiher können sowohl eine natürliche Person als auch eine juristische Person (also eine AG, GmbH, KG, OHG, u. a.) sein. Jedoch haben nicht alle drei Personen miteinander einen Vertrag abgeschlossen. Vielmehr bestehen in diesem Dreiecksverhältnis nur zwei Verträge. Die Beziehungen stellen sich wie folgt dar:

Beteiligte im Leiharbeitsverhältnis



- Der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher wird als **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag** bezeichnet. Kennzeichnend für einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist, dass der Verleiher Arbeitskräfte dergestalt zur Verfügung stellt, dass der Entleiher diese nach seinen eigenen Vorstellungen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitskräfte einsetzt und diese so in seinen Betrieb eingliedert, dass sie nach alleiniger Weisung des Entleihers die Tätigkeiten ausüben.²⁷ Mit der Änderung zum 1. 4. 2017 wurde dies in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG auch ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen. Dies muss sich aus dem Vertrag selbst ergeben, d. h. die Überlassung muss im Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet werden, und zwar vor deren Beginn (§ 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG). Form und Inhalt dieses Vertrags sind in § 12 Abs. 1 AÜG geregelt.

Arbeitnehmerüberlassungsvertrag

²⁶ Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 18/9232, S. 1 und Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, BT-Drs. 18/10064, S. 1.

²⁷ BAG v. 22. 6. 1994, 7 AZR 286/93, in: DB 1995, 981 ff. oder NZA 1995, 462.



- Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bedarf der **Schriftform**, d. h. er ist durch den Verleiher und Entleiher zu unterschreiben. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag regelt die Bedingungen, unter denen der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung stellt. Er muss die vorgesehenen Tätigkeiten, die der Leiharbeitnehmer verrichten soll, bezeichnen sowie die hierfür notwendige berufliche Qualifikation benennen. Zu benennen sind auch die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer bestehen, es sein denn es gelten Ausnahmeregelungen vom Grundsatz der Gleichstellung gem. § 8 Abs. 2 AÜG. Der Hauptleistungspflicht des Verleihers – die Überlassung von geeigneten Arbeitskräften – steht die Vergütungspflicht des Entleihers gegenüber, die somit ebenfalls Bestandteil des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist. Diese Vergütung schuldet der Entleiher dem Verleiher, nicht dem Leiharbeitnehmer.

Leiharbeitsvertrag

- Ein **Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer (Leiharbeitsvertrag)** muss begriffsnotwendig als Arbeitsvertrag ausgestaltet sein. Leiharbeitnehmer kann folglich nur sein, wer als Arbeitnehmer für den Verleiher tätig ist.²⁸ Damit scheidet eine Arbeitnehmerüberlassung aus, wenn die überlassene Person als (echter) Selbstständiger tätig ist. Dies hat zur Folge, dass bei Überlassung eines Selbstständigen das AÜG einschließlich der Schutzvorschriften keine Anwendung findet. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Umgehung des AÜG durch die Vereinbarung einer so genannten Scheinselbstständigkeit unzulässig ist.²⁹ Durch die Änderungen, die zum 1. 4. 2017 in Kraft getreten sind, ist der Verleiher verpflichtet, den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig ist (§ 11 Abs. 2 Satz 4 AÜG).

Tatsächliche Beschäftigung

- Eine unmittelbare Vertragsbeziehung zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer besteht hingegen gerade nicht. Zwischen diesen beiden besteht nur eine **faktische bzw. tatsächliche Beziehung**, denn der Leiharbeitnehmer erbringt seine Arbeitsleistung tatsächlich im Betrieb des Entleihers. Seit dem 1. 4. 2017 sind jedoch Verleiher und Entleiher verpflichtet, vor der Überlassung die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezug auf den zwischen ihnen bestehenden Vertrag zu konkretisieren (§ 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG); der Verleiher muss zudem den Leiharbeitnehmer über seine Tätigkeit als Leiharbeitnehmer informieren.

²⁸ Vgl. zum Arbeitnehmerbegriff die Ausführungen weiter unten unter dem Begriff Scheinselbstständigkeit.

²⁹ Ulber, AÜG, § 1 Rn. 31.



Arbeitnehmerüberlassung ist damit dadurch gekennzeichnet, dass der Verleiher den Leiharbeitnehmer an den Entleiher dergestalt überlässt, dass der Leiharbeitnehmer bei der Erbringung seiner Arbeitsleistung den Weisungen des Entleihers unterliegt. Damit liegt ein Vertragsverhältnis vor, in dem sich Verleiher und Entleiher das Weisungsrecht, das ihnen gegenüber dem Leiharbeitnehmer zusteht, teilen. Der Leiharbeitnehmer ist damit mit einem geteilten Weisungsrecht konfrontiert. Diese Weisungsgebundenheit der Tätigkeit des Leiharbeitnehmers ist seit dem 1.4.2017 in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG auch gesetzlich klargestellt. Eine Arbeitnehmerüberlassung ist außerdem nur dann zulässig, wenn zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht (§ 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG). Damit muss zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer eine direkte und **unmittelbare Vertragsbeziehung** bestehen. Hierdurch soll eine Ketten-, Zwischen- oder Weiterverleihung ausdrücklich ausgeschlossen werden.

Verbot der Kettenverleihung

Seit dem 1.4.2017 sind zudem in § 1 Abs.1 AÜG einige Regelungen neu aufgenommen worden, die den Verleiher und den Entleiher dazu verpflichten, das Vertragsverhältnis transparent als Arbeitnehmerüberlassung zu kennzeichnen. Arbeitnehmerüberlassung ist zunächst nur dann möglich, wenn Verleiher und Entleiher in ihrem Vertrag die Überlassung von Beschäftigten ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnen. Dies muss vor der Überlassung erfolgen und kann somit nach Beginn der Überlassung nicht nachgeholt werden. Häufig sind die Arbeitnehmerüberlassungsverträge als Rahmenverträge ausgestaltet. Um die Transparenz auch gegenüber dem betroffenen Leiharbeitnehmer sicherzustellen, müssen Verleiher und Entleiher vor der Überlassung die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf ihren Arbeitnehmerüberlassungsvertrag konkretisieren. Darüber hinaus hat der Verleiher die Pflicht, den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig ist. Diese Konkretisierungspflichten können zumindest verhindern, dass ein Einsatz, der zwischen dem überlassenden Unternehmen und dem einsetzenden Unternehmen als Werkvertrag bezeichnet und behandelt wurde, nachträglich als Arbeitnehmerüberlassung »umgewidmet« wird. Es wird sich zeigen, ob diese Pflichten wirklich dazu führen, den Einsatz von Scheinwerkverträgen zu verringern.

Konkretisierungspflichten des Verleihers und Entleihers

Eine der wesentlichen Änderungen des AÜG im Jahr 2011 war, dass in das Gesetz ausdrücklich aufgenommen wurde, dass der Einsatz von Leiharbeitnehmern nur noch vorübergehend erfolgen darf. Der deutsche Gesetzgeber hatte damit den Wortlaut der EU-Richtlinie zur Leiharbeit wörtlich übernommen, ohne jedoch den Begriff zu definieren. In den folgenden Jahren wurde darüber gestritten, ob der Begriff des vorübergehenden Einsatzes arbeitsplatzbezogen oder (leih-)arbeitnehmerbezogen zu verstehen ist. Der Begriff des vorübergehenden Einsatzes ist seit dem 1.4.2017 abgelöst worden und durch die (Wieder-)Einführung einer **Überlassungshöchst-**

Überlassungshöchstdauer



dauer ersetzt worden. Diese Überlassungshöchstdauer knüpft jedoch bedauerlicher Weise nicht an den zu besetzenden Arbeitsplatz an, sondern an den konkreten Einsatz des Leiharbeitnehmers im Betrieb bzw. im Unternehmen des Entleihers. Die Regelungen hierzu finden sich in § 1 Abs. 1b AÜG. Ein Leiharbeitnehmer darf hiernach nicht länger als **18 Monate** im Betrieb bzw. Unternehmen des Entleihers eingesetzt werden. Bei einem Entleiher bereits zuvor erbrachte Einsatzzeiten werden auf diese 18 Monate nur dann angerechnet, wenn zwischen den Einsätzen nicht mehr als drei Monate liegen. Dies bedeutet, dass nach einer dreimonatigen Unterbrechung eine Überlassung mit einer Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten erneut möglich wird.³⁰ Im Ergebnis bedeutet diese Veränderung aber, dass Arbeitsplätze auf Dauer mit Leiharbeitskräften besetzt werden können. Nach 18 Monaten kann der Arbeitsplatz erneut mit einem anderen Leiharbeitnehmer besetzt werden, oder aber der Einsatz eines bestimmten Leiharbeitnehmers wird für drei Monate unterbrochen, um ihn anschließend erneut für 18 Monate einsetzen zu können.

Änderung Überlassungshöchstdauer durch Tarifvertrag

Die Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten kann in einem Tarifvertrag verändert werden, d. h. sie kann **verlängert** aber auch verkürzt werden. Eine maximale Verlängerung ist im AÜG nicht vorgesehen, so dass die Tarifparteien auch eine erhebliche Überschreitung dieser 18 Monate vereinbaren können. Da eine maximale Überlassungsdauer in den Regelungen des § 1 Abs. 1b AÜG nicht enthalten ist, ist es auch denkbar, in Tarifverträgen eine solche nicht festzulegen, sondern ausdrücklich offen zu lassen. Eine solche Veränderung ist aber nur durch einen Tarifvertrag der Einsatzbranche zulässig, das bedeutete, dass durch einen Tarifvertrag mit den Arbeitgeberverbänden der Leiharbeitsbranche eine Veränderung der Überlassungshöchstdauer nicht zulässig ist. Insbesondere dann, wenn ein Tarifvertrag der Einsatzbranche die vom Gesetzgeber bestimmte Überlassungshöchstdauer verlängert oder offen lässt, ist dieser stets EU-richtlinienkonform auszugestalten. Dies bedeutet, dass der Tarifvertrag so zu gestalten ist, dass der Einsatz der Leiharbeitskräfte auch tatsächlich nur vorübergehend möglich ist. Der Tarifvertrag über eine deutlich verlängerte Überlassungshöchstdauer darf also nicht dazu führen, dass ein dauerhafter Einsatz von Leiharbeitnehmern ermöglicht wird. Da aber eine verbindliche Definition des Begriffs »vorübergehend« fehlt, birgt die seit dem 1. 4. 2017 geltende Regelung die Gefahr, dass auch langjährige Einsätze tarifvertraglich gerechtfertigt werden können. Ein solcher Tarifvertrag kann auch **betriebsvereinbarungsoffen** ausgestaltet sein. D. h., er kann eine Verlängerung der Überlassungshöchstdauer vorsehen, die konkrete Umsetzung in den Einsatzbetrieben aber von einer Betriebsvereinbarung abhängig machen.

30 Dabei ist zu beachten, dass Zeiten der Überlassung, die vor dem 1. 4. 2017 erbracht sind, nicht auf die Höchstdauer angerechnet werden; dies ergibt sich aus der Übergangsvorschrift des § 19 AÜG n. F.



Im Geltungsbereich eines Tarifvertrags kann in einem Entleiherbetrieb durch eine Betriebsvereinbarung die im Tarifvertrag verlängerte Überlassungshöchstdauer übernommen werden. Damit erlaubt das AÜG die Verlängerung (formal auch die Verkürzung) der Überlassungshöchstdauer auch in nicht tarifgebundenen Betrieben. Eine Verlängerung der Überlassungshöchstdauer ist damit auch in Betrieben möglich, die nicht dem Schutz der Tarifverträge der Einsatzbranche unterliegen. Allerdings sieht § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG vor, dass für den Fall, dass ein Tarifvertrag eine betriebliche Öffnungsklausel in Bezug auf die Überlassungshöchstdauer vorsieht, in nicht tarifgebundenen Betrieben und Unternehmen durch Betriebsvereinbarung die Überlassungshöchstdauer auf maximal 24 Monate ausgeweitet werden darf. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Tarifvertrag eine kürzere Überlassungshöchstdauer vorsieht. Dann ist maximal die tarifvertraglich vereinbarte Höchstdauer betrieblich durch Betriebsvereinbarung umsetzbar. Leider ist die maximale Überlassungsdauer von 24 Monaten in nicht tarifgebundenen Betrieben nur als Regelfall ausgestaltet. Denn in nicht tarifgebundenen Betrieben kann durch Inbezugnahme oder durch Betriebsvereinbarung die längere Überlassungshöchstdauer vereinbart werden, wenn der Tarifvertrag der Einsatzbranche eine solche vorsieht.

Überlassungshöchstdauer in nicht tarifgebundenen Betrieben

Seit dem 1. 4. 2017 ist es auch Kirchen und öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften möglich, die gesetzliche Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten in ihren arbeitsvertraglichen Richtlinien zu verändern, in der Regel also zu verlängern, formal auch zu verkürzen.

Die neugeschaffenen Regelungen zur Überlassungshöchstdauer ermöglichen es damit, dass Arbeitsplätze auf Dauer mit Leiharbeitnehmern besetzt werden. Dies bedeutet aber auch, dass Leiharbeitnehmer auch weiterhin über einen langen Zeitraum – auch deutlich länger als die vom Gesetzgeber vorgesehenen 18 Monate – in einem Betrieb oder Unternehmen eingesetzt werden können, ohne die Möglichkeit zu haben, direkt mit dem Entleiher ein Arbeitsverhältnis eingehen zu können. Es bestehen daher erhebliche Zweifel, ob diese Regelungen EU-richtlinienkonform sind. Zudem ist zweifelhaft, ob hierdurch das vom Gesetzgeber ausdrücklich formulierte Ziel, der Verdrängung von Stammkräften durch Leiharbeitskräfte entgegenzuwirken, tatsächlich erreicht werden kann.³¹

31 Vgl. hierzu auch Ulber, Das neue AÜG; in: AIB 2017, 27.



4. Voraussetzung einer rechtmäßigen Arbeitnehmerüberlassung

4.1 Erlaubnispflicht

Das Betreiben von Arbeitnehmerüberlassung ist für den Verleiher nur dann zulässig, wenn ihm hierfür eine Erlaubnis vorliegt (§ 1 Abs. 1 AÜG). Die Erlaubnis dient dem individuellen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutz der Leiharbeitnehmer.

Wirtschaftliche Tätigkeit

Eine Erlaubnis war nach dem 1.1.2004 jedoch nur dann erforderlich, wenn die Arbeitnehmerüberlassung gewerbsmäßig betrieben wird. Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung liegt immer dann vor, wenn diese auf eine gewisse Dauer angelegt ist, selbstständig betrieben wird und auf die Erzielung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen Vorteils, also eines Gewinns, ausgerichtet ist.³² Sofern der Verleiher einem Dritten Arbeitnehmer ohne die Absicht überlässt, Gewinn zu erzielen, oder dies nur zur Deckung seiner eigenen Kosten, also in Ausnahmefällen, erfolgt, konnte nicht von gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung ausgegangen werden. Dies kann beispielsweise bei gemeinnützigen Vereinen oder Selbsthilfeorganisationen der Fall sein. In Fällen der nichtgewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung war bisher daher eine Erlaubnis nicht erforderlich. Diese Unterscheidung zwischen gewerbsmäßig und nichtgewerbsmäßig wurde mit Wirkung zum 1.12.2011 aufgegeben. Ab diesem Tag ist eine Erlaubnis für jede Form der Arbeitnehmerüberlassung erforderlich, sofern diese im Rahmen einer **wirtschaftlichen Tätigkeit** erfolgt. Was unter wirtschaftlicher Tätigkeit zu verstehen ist, lässt das neue AÜG leider offen. Das Bundesarbeitsgericht hat hierzu entschieden, dass hierunter jede Tätigkeit anzusehen ist, die darauf gerichtet ist, Güter- oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten und zwar selbst dann, wenn der Verleiher Arbeitnehmerüberlassung neben anderen Unternehmenszwecken (mit-)betreibt, wenn also die Arbeitnehmerüberlassung nur einer von mehreren Zwecken ist.³³ Dies wiederum bedeutet, dass die Erlaubnispflicht zur Regel wird und nur höchst ausnahmsweise auf eine Erlaubnis verzichtet werden kann.

Erlaubnisbehörde

Wer Arbeitnehmerüberlassung als Verleiher betreibt, benötigt somit eine Erlaubnis. Für die Erteilung ist gemäß § 17 AÜG die Bundesagentur für Arbeit zuständig. Behördenintern ist die Zuständigkeit dergestalt geregelt, dass diejenige Agentur für Arbeit für die Erteilung der Erlaubnis zuständig ist, in der der Verleiher seinen

32 BAG v. 21. 3. 1990, 7 AZR 198/89, in: AiB 1991, 65 oder DB 1991, 275.

33 BAG v. 20. 1. 2016, 7 AZR 535/13.



(Haupt-) Geschäftssitz hat. Die Erteilung der Erlaubnis wird auf schriftlichen Antrag erteilt.

Eine Erlaubnis wird zunächst für die Dauer eines Jahres befristet erteilt. Soll die Erlaubnis über diesen Zeitpunkt hinaus verlängert werden, so muss der Verleiher einen Antrag auf Verlängerung stellen. Eine unbefristete Erlaubnis kann erteilt werden, wenn der Verleiher über einen ununterbrochenen Zeitraum von drei Jahren erlaubte Arbeitnehmerüberlassung tatsächlich betrieben hat (vergleiche zum Antragsverfahren § 2 AÜG).

Dauer der Erlaubnis

Das AÜG ist so ausgestaltet, dass die Agentur für Arbeit die Erlaubnis auf Antrag des Verleihers erteilen muss. Eine Versagung der Erteilung ist nur dann möglich, wenn ein Versagungsgrund gemäß § 3 AÜG vorliegt. Die Versagung der Erlaubnis ist aus folgenden Gründen möglich:

Versagungsgründe

- Ein Versagungsgrund liegt vor, wenn der Verleiher nicht über die für die Arbeitnehmerüberlassung (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG) **erforderliche Zuverlässigkeit** verfügt. Dieser Versagungsgrund zielt auf die **wirtschaftlichen Verhältnisse** des Verleihers ab, die so gesichert sein müssen, dass er die Vergütungsansprüche und die Sozialversicherungsbeiträge der Leiharbeitnehmer erfüllen kann. Die Zuverlässigkeit fehlt daher, wenn der Verleiher auf Grund nicht geordneter Vermögensverhältnisse, fehlender liquider Mittel und/oder Fehlens eines Mindestmaßes an finanziellen Reserven nicht in der Lage ist, seinen diesbezüglichen Pflichten nachzukommen.³⁴ Von einer Unzuverlässigkeit ist auszugehen, wenn bereits gegen Sozialversicherungsvorschriften verstoßen wurde oder Anhaltspunkte vorliegen, dass der Verleiher diese nicht einhalten wird. Gleiches gilt für Verstöße gegen Vorschriften der Lohnsteuer sowie sämtliche Arbeitnehmerschutzvorschriften, etwa die Vorschriften über den Arbeitsschutz, die Beschäftigung von (nicht EU-) Ausländern, die einer Arbeitserlaubnis bedürfen, die Vorschriften über die Beschäftigung von Schwerbehinderten nach dem Sozialgesetzbuch IX u. a. Hierunter fallen auch die Vorschriften des **Betriebsverfassungsgesetzes**.³⁵ Die Zuverlässigkeit ist auch dann nicht gegeben, wenn der Verleiher gegen die seit dem 1. 4. 2017 geltenden Regelungen zur **Überlassungshöchstdauer** verstößt. Immer dann, wenn der Verleiher gegen solche Vorschriften verstoßen hat bzw. zu erwarten ist, dass er diese nicht einhalten wird, liegt der Versagungsgrund der Unzuverlässigkeit vor.

Fehlen der Zuverlässigkeit

³⁴ Ulber, AÜG, § 3 Rn. 33.

³⁵ Zur Aufzählung aller zu beachtenden Vorschriften vgl. Ulber, AÜG, § 3 Rn. 25–80.



Fehlen einer Betriebsorganisation

- Die Erlaubnis bzw. die Verlängerung derselben ist auch zu versagen, wenn der Verleiher auf Grund der Gestaltung seiner **Betriebsorganisation nicht in der Lage ist, die ihm obliegenden Arbeitgeberpflichten zu erfüllen** (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 AÜG). Die Gestaltung der Betriebsorganisation muss dabei den besonderen Anforderungen, die mit der Arbeitnehmerüberlassung verbunden sind, Rechnung tragen. Hierzu gehört insbesondere, dass er durch eigenständige und ausreichende Akquisition sicherstellt, dass die von ihm beschäftigten Leiharbeiter auch tatsächlich einem Dritten überlassen werden können. Zu diesem Zwecke muss er entsprechendes Personal beschäftigen.³⁶ Zu einer solchen Betriebsorganisation gehört aber auch das Vorhalten von Geschäftsräumen, die sowohl für den Publikumsverkehr geeignet sind, als auch es ermöglichen, dass eine jederzeitige Erreichbarkeit des Verleihers für den Leiharbeiter gewährleistet ist. Die Betriebsorganisation muss ferner gewährleisten, dass eine ordnungsgemäße organisatorische und verwaltungsmäßige Abwicklung und Abrechnung der Arbeitsverhältnisse vorgenommen wird und alle vertraglichen Ansprüche der Leiharbeiter abgerechnet und ausgezahlt werden. Dies muss auch in buchhalterischer Hinsicht sichergestellt sein.³⁷

- Ein weiterer Versagungsgrund ist gegeben, wenn der Verleiher dem Leiharbeiter während der Dauer der Überlassung **nicht dieselben Arbeitsbedingungen** gewährt wie den Arbeitnehmern des Entleiherbetriebs bzw. ein Entgelt gewährt, das unterhalb desjenigen liegt, das als Mindestentgelt gem. § 3a AÜG für die Leiharbeitsbranche festgelegt ist und insoweit die Regelungen des Grundsatzes der Gleichstellung gem. § 8 AÜG missachtet (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG).³⁸

Fälle mit Auslandsbezug

- Schließlich sind in § 3 Abs. 2 bis 5 AÜG Gründe für eine Versagung der Erlaubnis in **Fällen mit Auslandsbezug** enthalten. Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn die Arbeitnehmerüberlassung in einen Betrieb, Betriebsteil oder Nebenbetrieb vorgesehen ist, der außerhalb des Hoheitsbereichs der Mitgliedsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft oder eines Vertragsstaats des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) liegt. Ferner kann die Erlaubnis versagt werden, wenn der Verleiher, der eine natürliche Person ist, nicht Deutscher beziehungsweise Staatsbürger eines Mitgliedstaats der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft oder Vertragsstaats des EWR ist. Ist der Verleiher eine juristische Person, so ist die Erlaubnis zu versagen, wenn das Unternehmen nicht nach deutschem Recht bzw. nach dem Recht eines Mitgliedsstaats der Europäischen

³⁶ Ulber, AÜG, § 3 Rn. 82.

³⁷ Zur Aufzählung der zu beachtenden Umstände vgl. Ulber, AÜG, § 3 Rn. 81–88.

³⁸ Dies spielt in der Praxis wegen der Ausnahmen des Grundsatzes der Gleichstellung kaum eine Rolle. Vgl. zu diesem Grundsatz weiter unten.



Wirtschaftsgemeinschaft bzw. Vertragsstaats des EWR – also nach außereuropäischem Recht – gegründet und tätig sind.³⁹

Da es der Agentur für Arbeit als zuständige Behörde nicht immer möglich ist, das Verhalten der Verleiher zu kontrollieren und insbesondere zu überwachen, ob die für das Betreiben der Arbeitnehmerüberlassung notwendige Zuverlässigkeit und Betriebsorganisation gegeben sind, können sich Betriebsräte sowohl des Verleihers als auch des Entleihers jederzeit an die Agenturen für Arbeit wenden, wenn sie von Umständen erfahren, die eine Versagung der Erlaubnis rechtfertigen würden. Den Betriebsratsmitgliedern dürfen hierdurch keine Nachteile entstehen.⁴⁰

4.2 Ausnahmen von der Erlaubnispflicht für Arbeitnehmerüberlassung

Die Regelungen des AÜG finden als Ganzes (d. h. einschließlich der Schutzbestimmungen zu Gunsten der Leiharbeitnehmer) keine Anwendung, wenn zwischen Unternehmen desselben Wirtschaftszweigs Arbeitnehmer überlassen werden, **um Entlassung oder Kurzarbeit zu verhindern**. Dies gilt jedoch nur dann, wenn ein Tarifvertrag diese Form der Arbeitnehmerüberlassung zulässt (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG). Dabei muss der Tarifvertrag sowohl für den Verleiher als auch für den Entleiher gelten.⁴¹ In diesen Fällen ist auch eine Erlaubnis für den Verleiher nicht notwendig.

Verhindern von Entlassung und Kurzarbeit

Aus dem AÜG sind seit dem 1.4.2017 auch ausdrücklich herausgenommen die Fälle der so genannten Personalgestellungsverträge im öffentlichen Dienst. Diese werden regelmäßig bei der Privatisierung von öffentlichen Aufgaben und Einrichtungen eingesetzt. Die betroffenen Beschäftigten bleiben in diesen Fällen weiterhin Beschäftigte des Bunds, des Lands oder der Kommune, werden aber bei dem privaten Träger eingesetzt und unterliegen dessen Weisungsrecht. Aus dem Geltungsbereich des AÜG sind diese Gestellungsverträge aber nur dann ausgenommen, wenn dies auf Grund eines Tarifvertrags des öffentlichen Dienstes erfolgt und geregelt ist (§ 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG). Ohne einen entsprechenden Tarifvertrag gelten die Regelungen des AÜG für die betroffenen Arbeitnehmer in vollem Umfang. Ferner gelten die Regelungen des AÜG auch dann nicht, wenn sowohl der Verleiher als auch der Entleiher juristische Personen des öffentlichen Rechts sind und beide Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffent-

Personalgestaltung im öffentlichen Dienst

³⁹ Vgl. zu diesem Problemkreis der Arbeitnehmerüberlassung mit Auslandsbezug ausführlich Ulber, AÜG, § 3 Rn. 1ff.

⁴⁰ BVerfG v. 17.7.2001, in: NZA 2001, 888.

⁴¹ Zu den Einzelheiten siehe ausführlich Ulber, AÜG, § 1 Rn. 318ff.



lich-rechtlichen Religionsgemeinschaften anwenden (§ 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG). Damit ist die Personalgestellung innerhalb des öffentlichen Dienstes und der kirchlichen Arbeitgeber insgesamt von den Regelungen des AÜG und zwar einschließlich der Schutzbedingungen zu Gunsten der betroffenen Arbeitnehmer ausgenommen.

Gemeinschafts- unternehmen und Auslands- entsendung

Die Regelungen des AÜG finden als Ganzes auch dann keine Anwendung, wenn ein Arbeitnehmer ins Ausland an ein auf der Grundlage einer deutsch-ausländischen Vereinbarung gegründetes Gemeinschaftsunternehmen verliehen wird und das verleihende Unternehmen an diesem Gemeinschaftsunternehmen gesellschaftsrechtlich beteiligt ist (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 AÜG). Auch in diesen Fällen ist eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nicht erforderlich. Zweck dieser Ausnahmvorschrift ist es, die **Auslandsentsendung** bei Durchführung von Joint-ventures zu erleichtern.⁴²

Kleinunternehmer

Kleinunternehmer sind gemäß § 1a AÜG von der Erlaubnispflicht dann befreit, wenn die Arbeitnehmerüberlassung zur Vermeidung von Entlassungen und/oder Kurzarbeit erfolgt. Voraussetzung ist jedoch, dass der Verleiher insgesamt **weniger als 50 Arbeitnehmer** beschäftigt und die Überlassungsdauer zwölf Monate nicht übersteigt. Die Zahl der Beschäftigten ist unternehmens-, nicht betriebsbezogen zu ermitteln. Hierbei sind Arbeitnehmer, die sich in einem ruhenden Arbeitsverhältnis befinden, also etwa in Elternzeit oder in der Freistellungsphase der Altersteilzeit sind, nicht zu berücksichtigen.⁴³ Gemäß § 1a Abs. 2 AÜG muss der Verleiher jedoch die beabsichtigte Arbeitnehmerüberlassung unter Angabe der Person des betroffenen Arbeitnehmers, der Art der zu erbringenden Tätigkeit, des Beginns und der Dauer der Überlassung sowie der Firma und der Anschrift des Entleihers der Agentur für Arbeit anzeigen. Erst durch diese Anzeige entfällt die Erlaubnispflicht.

Gelegentliche Überlassung

Ferner ist eine **gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung** erlaubnisfrei möglich. Voraussetzung ist aber, dass der betroffene Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird (§ 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG). Eine derartige erlaubnisfreie Überlassung ist nur in besonderen Ausnahmefällen denkbar, etwa wenn ein plötzlich eintretendes, nicht planbares Ereignis die Überlassung erforderlich macht und eine entsprechende individualrechtliche Absprache bzw. Zustimmung des Arbeitnehmers vorliegt. Bei planbaren Ereignissen ist in aller Regel wohl von einer wirtschaftlichen Tätigkeit i. S. d. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG auszugehen, so dass dann eine Erlaubnis erforderlich ist. Die Regelung zur Erlaubnisfreiheit bei gelegentlicher Arbeitnehmerüberlassung widerspricht jedoch dem Wortlaut der EU-Richtlinie zur Leiharbeit und dürfte insoweit europarechtswidrig sein.⁴⁴

⁴² Ausführlich hierzu Ulber, AÜG, § 1 Rn. 385 ff.

⁴³ Ulber, AÜG, § 1 a Rn. 12.

⁴⁴ Ulber, Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz; in: AiB 2011, 353 mit weiteren Nachweisen.



4.3 Arbeitnehmerüberlassung im Konzern

Die Regelungen des AÜG und damit auch die Schutzvorschriften zu Gunsten der Leiharbeitnehmer finden in Fällen der so genannten **Konzernleihe** keine Anwendung (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG). Diese Ausnahmeregelung greift jedoch nicht in allen Fällen der Konzernleihe, sondern setzt zweierlei voraus: beide beteiligten Unternehmen müssen konzernverbunden sein und der Arbeitnehmer darf nicht zum Zweck der Arbeitnehmerüberlassung eingestellt und beschäftigt sein.

Konzernleihe

Voraussetzung für den Ausschluss des AÜG ist zunächst, dass die Arbeitnehmerüberlassung zwischen zwei konzernangehörigen Unternehmen erfolgt, d. h. das verleihende und das entleihende Unternehmen müssen demselben Konzern angehören. Unter Konzern ist dabei sowohl der Unterordnungskonzern als auch der Gleichordnungskonzern zu verstehen. Von der Ausnahmeregelung ist nicht nur der klassische Konzern nach § 18 AktG erfasst, der dadurch gekennzeichnet ist, dass mindestens ein Konzernunternehmen in Form einer AG oder KGaA firmiert. Von der Ausnahmeregelung erfasst ist auch der GmbH-Konzern.⁴⁵ **Kennzeichen eines jeden Konzerns** ist die Führung aller konzerneigenen, rechtlich selbstständigen Unternehmen unter einer einheitlichen Leitung. Unter Leitung ist dabei die planmäßige und auf Dauer angelegte gezielte Einflussnahme auf wesentliche Bereiche der Geschäftsführung zu verstehen. Eine einheitliche Leitung ist daher immer dann gegeben, wenn die Geschäftspolitik eines Unternehmens durch die Konzernführung maßgeblich mitgestaltet wird.⁴⁶ Nur dann, wenn die Arbeitnehmerüberlassung innerhalb zweier konzernverbundener Unternehmen erfolgt, kommt der Ausschluss der Schutzvorschriften des AÜG überhaupt in Betracht.

Konzernbegriff

Der Ausschluss der Schutzvorschriften setzt weiterhin voraus, dass **der betroffene Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Arbeitnehmerüberlassung eingestellt und beschäftigt wird**. Damit finden die Regelungen des AÜG im Rahmen des unternehmensübergreifenden Einsatzes in einem Konzern nur dann keine Anwendung, wenn ein solcher Einsatz gerade nicht Teil der weisungsgebundenen Tätigkeit des betroffenen Arbeitnehmers ist.

Beschäftigungszweck

Die Regelungen des AÜG finden daher immer dann Anwendung, wenn ein Konzern ein **konzerneigenes Verleihunternehmen** betreibt, dessen Aufgabe es ist, an die konzernangehörigen Unternehmen eigene Arbeitnehmer zu überlassen. Auch diese konzerneigenen Verleihunternehmen benötigen daher eine Erlaubnis. Auf die mit diesem konzerneigenen Verleihunternehmen abgeschlossenen Arbeitsver-

Konzerneigene Verleihunternehmen

45 BAG v. 5. 5. 1988, 2 AZR 795/87, in: DB 1989, 1139 f. oder NZA 1989, 18 ff.

46 Ulber, AÜG, § 1 Rn. 372 mit weiteren Nachweisen.



hältnisse finden daher die Vorschriften des AÜG in vollem Umfang Anwendung. Dies gilt aber auch dann, wenn Arbeitnehmerüberlassung nur einer der Unternehmenszwecke neben anderen darstellt. Auch dann ist bei einem unternehmensübergreifenden Einsatz innerhalb des Konzerns eine Erlaubnis erforderlich, und es gelten die Regelungen des AÜG.

Zielsetzung
konzerneigener
Verleihunter-
nehmen

Zielsetzung der konzerneigenen Verleihunternehmen ist es, die Personalkosten innerhalb des Konzerns durch Anwendung der niedrigeren Tariflöhne im Verleihergewerbe zu senken, die Lohnnebenkosten der konzerneigenen Entleiherunternehmen zu senken und deren Beschäftigungsrisiko zu minimieren. Kennzeichnend für die Arbeitnehmerüberlassung ist es, Arbeitnehmer unter Übernahme des Beschäftigungsrisikos und der hiermit verbundenen wirtschaftlichen Risiken an andere Arbeitgeber zu übermitteln. Hierzu ist Voraussetzung, dass der Verleiher über einen entsprechenden Kundenkreis verfügt, um das Risiko der Nichtbeschäftigung der eigenen Arbeitnehmer zu vermeiden. Häufig verfügen jedoch gerade konzerneigene Verleihunternehmen über keinen derartigen Kundenkreis, so dass nicht von Arbeitnehmerüberlassung, sondern von verbotener Arbeitsvermittlung auszugehen ist, was dazu führen würde, dass die Leiharbeitnehmer Teil der Stammbesellschaft des Entleiherunternehmens sind.⁴⁷

In diesem Bereich sind nach wie vor viele Einzelheiten rechtlich nicht geklärt. Daher ist es wichtig, die zukünftige Entwicklung der Rechtsprechung genau zu beobachten. Vor diesem Hintergrund ist die konkrete Tätigkeit der einzelnen konzerneigenen Verleihunternehmen genau zu beobachten, um eine Tätigkeit in Form der reinen, aber unzulässigen Arbeitsvermittlung ausschließen zu können, um sicherzustellen, dass eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen nicht durch konzerneigene Unternehmen ermöglicht wird. Dies zeigt jedoch, dass es nach der jetzigen Rechtslage auch innerhalb eines Konzerns möglich ist, zwei Beschäftigungstengruppen zu schaffen: Zum einen diejenigen Arbeitnehmer, die im Rahmen von »normalen« Arbeitsverhältnissen Teil der Stammbesellschaft sind und insoweit in einem festen Arbeitsverhältnis stehen und zum anderen die Leiharbeitnehmer, die zwar auch dem Konzern angehören, hinsichtlich ihrer Arbeitsbedingungen einschließlich Vergütung und konkreten Arbeitseinsätzen aber deutlich schlechter gestellt sind. Dies kann letztlich zu einem Druck auf alle Arbeitnehmer des Unternehmens und deren Beschäftigungsbedingungen werden, da sie in Konkurrenz zu konzerneigenen (Leih-) Arbeitnehmern geraten. Aufgabe von Betriebsräten und Gewerkschaften ist es hier, die Entwicklung der Leiharbeit innerhalb der Konzerne genau zu beobachten und Strategien zu entwickeln, die einer Ungleichbehandlung der konzerneigenen Leiharbeitnehmer entgegenwirken.

47 Vgl. hierzu ausführlich Ulber, AÜG, § 1 Rn. 262 a ff. mit weiteren, sehr interessanten Nachweisen.



4.4 Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe

Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe ist nach den Regelungen des § 1b Satz 1 AÜG dann nicht zulässig, wenn die Arbeitnehmerüberlassung Tätigkeiten betrifft, die von Arbeitern übernommen werden. Dieses Verbot erfolgt vor dem Hintergrund der Erfahrungen, dass Missbrauch und Missstände im Rahmen illegaler Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe alltäglich sind. Von diesem Verbot macht der Gesetzgeber jedoch drei Ausnahmen:

- Arbeitnehmerüberlassung ist zulässig zwischen Betrieben des Baugewerbes, jedoch nur dann, wenn der verleihende Betrieb nachweislich seit mindestens drei Jahren vom selben Rahmen- (d. h. Mantel-) und Sozialkassentarifvertrag wie der entleihende Betrieb oder von der Allgemeinverbindlichkeit erfasst ist (vgl. § 1b Satz 2 Buchst. b AÜG). Überlassung zwischen Bauunternehmen
- Arbeitnehmerüberlassung ist auch dann zulässig, wenn nur einer der beteiligten Betriebe (in der Regel der entleihende), dem Baugewerbe angehört und ein allgemeinverbindlich geltender Tarifvertrag dies zulässt. Weitere Voraussetzung ist, dass beide beteiligten Betriebe vom allgemeinverbindlich geltenden Tarifvertrag erfasst werden. Allgemeinverbindlicher Tarifvertrag
- Eine weitere Ausnahme betrifft die Baubetriebe, die ihren Geschäftssitz im Europäischen Wirtschaftsraum haben. Arbeitnehmerüberlassung von solchen europäischen Bauunternehmen ist jedoch nur zulässig, wenn das im europäischen Ausland sitzende Unternehmen nachweislich seit mindestens drei Jahren in Deutschland überwiegend Tätigkeiten ausübt, die denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen unterliegen wie der entleihende (deutsche) Baubetrieb. Überlassung mit Auslandsbezug

Liegen die Voraussetzungen für eine der drei Ausnahmen im Baugewerbe vor, ist Arbeitnehmerüberlassung also ausnahmsweise zulässig, so unterliegt diese Arbeitnehmerüberlassung der Erlaubnispflicht des § 1 Abs. 1 AÜG. Es finden dann alle Regelungen des AÜG Anwendung.

Zu beachten ist dabei immer, dass gemäß § 1 Abs. 1a AÜG eine Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe dann nicht vorliegt, wenn ein verleihendes Bauunternehmen Arbeitnehmer an eine Arbeitsgemeinschaft (Arge) ausleiht und das verleihende Bauunternehmen Mitglied dieser Arbeitsgemeinschaft ist. Eine Arbeitsgemeinschaft ist eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, an der mindestens zwei Unternehmen (oder natürliche Personen) beteiligt sind. Eine Arbeitsgemeinschaft wird in der Regel befristet für einzelne Bauvorhaben gegründet, um das Bauvorhaben gemeinschaftlich zu verwirklichen. Überlassung in eine Arge



5. Rechtsfolgen bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung

Unwirksamkeit des
Leiharbeitsvertrags
wegen fehlender
Erlaubnis

Sowohl der Vertrag zwischen dem Verleiher und Entleiher (also der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) als auch der Vertrag zwischen dem Leiharbeitnehmer (also der Leiharbeitsvertrag) sind gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG nichtig, wenn der Verleiher nicht über die **erforderliche Erlaubnis** verfügt oder ihm diese nicht verlängert oder gar entzogen wird. Durch die Veränderungen der Regelungen über die Arbeitnehmerüberlassung im Jahr 2017 kann der Leiharbeitnehmer für diese Fälle der fehlenden Erlaubnis der Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags widersprechen. Hierfür ist jedoch erforderlich, dass er gegenüber dem Verleiher oder gegenüber dem Entleiher erklärt, dass er an dem Leiharbeitsverhältnis festhält (**Festhaltungserklärung**). Diese Erklärung muss schriftlich erfolgen, d. h., sie muss vom Leiharbeitnehmer eigenhändig unterschrieben sein und sie muss spätestens einen Monat nach der Überlassung beim Entleiher abgegeben worden sein (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG). Tritt die Unwirksamkeit erst nach der Überlassung ein, etwa weil die Erlaubnis erst zu diesem Zeitpunkt entzogen oder nicht verlängert wurde, so beginnt diese Monatsfrist mit Eintritt der Unwirksamkeit. Die Festhaltungserklärung wird aber nur wirksam, wenn der Leiharbeitnehmer vor deren Abgabe gegenüber dem Verleiher oder Entleiher diese persönlich bei der Agentur für Arbeit vorlegt, die Agentur für Arbeit das Vorlagdatum und die Identität des Leiharbeitnehmers bestätigt und die Erklärung mit einem entsprechenden Hinweis versehen hat. Die mit der Bestätigung versehene Festhaltungserklärung muss dann spätestens am dritten Tag nach Anbringen der Bestätigung dem Verleiher oder dem Entleiher vorgelegt werden (§ 9 Abs. 2 AÜG). Diese Festhaltungserklärung kann nicht vor Beginn der genannten Fristen, also z. B. gleich bei Abschluss des Leiharbeitsvertrags, abgegeben werden (§ 9 Abs. 3 AÜG). Der Gesetzgeber hat die Einführung des Widerspruchsrechts mit der Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers begründet, denn es seien Fälle denkbar, in denen es trotz fehlender Erlaubnis günstiger sei beim Verleiher zu verbleiben. Die Bestätigung durch die Agentur für Arbeit soll sicherstellen, dass die Festhaltungserklärung auch tatsächlich fristgerecht eingereicht wird, um diejenigen Fälle auszuschließen, in denen die Arbeitgeber (Verleiher wie Entleiher) Leiharbeitnehmer zur Abgabe »auf Vorrat« bewegen.⁴⁸ Diese Argumentation ist kaum nachvollziehbar. Effektiver wäre es gewesen, die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit für die in Leiharbeit Beschäftigten zu ihren Gunsten zu stärken und zu verbessern. Die Festhaltungserklärung erscheint daher als ein Instrument, das den Schein einer Verbesserung suggeriert.

48 Begründung der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf vom 20. 7. 2016, BT-Drs. 18/9232 S. 25 und Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 19. 10. 2016 BT-Drs. 18/10064, S. 16.



Durch die Änderungen des AÜG zum 1.4.2017 ist der Vertrag zwischen dem Verleiher und Leiharbeiter auch dann unwirksam, wenn die Arbeitnehmerüberlassung im Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher nicht ausdrücklich als solche bezeichnet und die Person des Leiharbeiters nicht konkretisiert wurde (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG). Auch in diesen Fällen kann der Leiharbeiter eine Festhaltungserklärung nach den oben beschriebenen Regelungen abgeben.

Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags wegen Verletzung der Konkretisierungspflicht

Neu eingeführt in das AÜG wurde zum 1.4.2017 auch, dass der Leiharbeitsvertrag, also der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeiter, unwirksam ist, wenn die jeweils gültige Überlassungshöchstdauer überschritten ist (§ 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG). Die Unwirksamkeit tritt erst mit dem Zeitpunkt der Überschreitung der Höchstdauer ein, also nicht rückwirkend mit dem Beginn der Überlassung. Aber auch in diesen Fällen können die in Leiharbeit Beschäftigten die Unwirksamkeit und die damit verbundenen Rechtsfolgen durch Abgabe einer Festhaltungserklärung vermeiden.

Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags wegen Überschreitung der Überlassungshöchstdauer

Unwirksam sind auch Vereinbarungen, die gegen den Grundsatz der Gleichstellung in Bezug auf die Arbeitsbedingungen der in Leiharbeit Beschäftigten verstoßen. Dies ergibt sich aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 AÜG. Allerdings wird damit nicht der Leiharbeitsvertrag insgesamt unwirksam, sondern nur die jeweilige Vereinbarung der Beschäftigungsbedingungen. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichstellung führt damit gerade nicht dazu, dass ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher entsteht, sondern führt vielmehr dazu, dass ein Anspruch auf das Entgelt entsteht, das dem vergleichbarer Beschäftigter im Entleiherbetrieb entspricht.⁴⁹

Unwirksamkeit der Beschäftigungsbedingungen

Während die Vertragsbeziehung zwischen dem Verleiher und dem Entleiher nach den zivilrechtlichen Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) erfolgt und insoweit abgewickelt wird, stellen sich für den Leiharbeiter Fragen einerseits hinsichtlich seiner Weiterbeschäftigung und andererseits hinsichtlich seiner Vergütungsansprüche für bereits erbrachte Dienste. Die nachfolgenden Ausführungen gelten für die Fälle der Unwirksamkeit, also für die Fälle, in denen keine wirksame Festhaltungserklärung seitens des Leiharbeiters erklärt wurde.

Rechtsfolgen der Unwirksamkeit

Da das Leiharbeitsverhältnis bei Fehlen der Erlaubnis unwirksam ist, besteht Einigkeit darüber, dass für Fälle, in denen das Leiharbeitsverhältnis bereits vollzogen wurde, also das Leiharbeitsverhältnis bereits bestanden hat, mit Eintritt der Unwirksamkeit von einem fehlerhaften bzw. faktischen Arbeitsverhältnis auszugehen ist. Dies hat zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis zwar unwirksam ist, es

Rechtsfolgen für bisher erbrachte Leistungen

⁴⁹ Siehe hierzu ausführlich weiter unten unter I. 6. ab dem Stichwort »Inhalt des Gleichstellungsgrundsatz«.



für die Vergangenheit aber so behandelt wird, als ob es wirksam zu Stande gekommen wäre. Der Leiharbeitnehmer ist damit arbeits- und sozialrechtlich so zu behandeln, als ob das Leiharbeitsverhältnis bestanden hätte.⁵⁰ Daher stehen dem Leiharbeitnehmer für die bisher geleistete Tätigkeit sämtliche vereinbarten Leistungen einschließlich der Vergütung und der Sozialversicherungsbeiträge zu. Dies gilt auch für Zeiten, in denen der Leiharbeitnehmer nicht eingesetzt wurde. Dieser Anspruch besteht gegen den Verleiher, der illegale Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Anerkannt ist darüber hinaus, dass der Leiharbeitnehmer sich im Falle des Fehlens oder Wegfalls der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung jederzeit durch eine einseitige Erklärung von dem Leiharbeitsverhältnis lösen kann und insoweit das Arbeitsverhältnis beenden kann.⁵¹

Rechtsfolgen für die Zukunft

Eine weitere wichtige Frage für den betroffenen Leiharbeitnehmer ist, ob sein Arbeitsverhältnis auch nach Wegfall der Erlaubnis – also nach Eintreten der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags – weiter besteht, ob er einen Beschäftigungsanspruch hat und gegenüber wem er einen solchen geltend machen kann.

Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher

Diese Frage beantwortet § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG dahingehend, dass in Fällen des Fehlens bzw. Wegfallens der Erlaubnis ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher entsteht. Der Leiharbeitnehmer verliert in diesen Fällen zwar sein Arbeitsverhältnis zum Verleiher, es entsteht jedoch ein Arbeitsverhältnis direkt zum Entleiher, der fortan der Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers ist. Das Arbeitsverhältnis zum Entleiher entsteht mit dem Zeitpunkt des Fehlens bzw. des Wegfallens der Erlaubnis, sofern zu diesem Zeitpunkt ein Einsatz im Entleiherbetrieb erfolgt. Hinsichtlich des zum Entleiher entstandenen Arbeitsverhältnisses stellt sich die Frage, zu welchen Konditionen dieses als vereinbart gilt.

Dauer des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher

Das AÜG geht in § 10 Abs. 1 Satz 2 von dem Grundfall aus, dass zum Entleiher ein **befristetes Arbeitsverhältnis** entsteht. Eine Befristung des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher tritt aber nur ein, wenn erstens der Einsatz beim Entleiher nur zeitlich befristet vorgesehen war und zweitens ein sachlich rechtfertigender Grund für die Befristung des Arbeitsverhältnisses beim Entleiher vorliegt.

Unbefristetes Arbeitsverhältnis zum Entleiher

Beide Voraussetzungen müssen vorliegen. Fehlt es an einer oder beiden Voraussetzungen, so entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zum Entleiher.⁵² Ob der vorgesehene Einsatz nur vorübergehend geplant war, ergibt sich aus dem (we-

⁵⁰ Ulber, AÜG, § 9 Rn. 34.

⁵¹ BAG v. 26. 7. 1984, 2 AZR 471/83, in: Ez AÜG, Nr. 170 oder Parallelverfahren BAG v. 26. 7. 1984, 2 AZR 482/83 – nicht amtlich veröffentlicht, aber über juris zu erhalten.

⁵² Ulber, AÜG, § 10 Rn. 28.



gen fehlender Erlaubnis unwirksamen) Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Daher kommt es auf die Absprachen zwischen dem Verleiher und Entleiher über den Einsatz des Leiharbeitnehmers an. Zusätzlich muss ein die Befristung sachlich rechtfertigender Grund im Unternehmen des Entleihers gegeben sein. Ein solcher liegt nur dann vor, wenn der Arbeitskräftebedarf, der vom Entleiher durch den Leiharbeitnehmer abgedeckt wird, zeitlich begrenzt ist. Ein die Befristung rechtfertigender Grund scheidet folglich in allen denjenigen Fällen aus, in denen der Entleiher dauerhaft bestimmte Tätigkeiten durch Leiharbeitnehmer ausführen lassen will.⁵³ Als Befristungsgrund kommen aber auch alle anderen Befristungsgründe gemäß § 14 Abs. 1 TzBfG in Betracht.

Weiterhin stellt sich die Frage, welche konkreten Arbeitsbedingungen (Vergütung, Arbeitszeit, u. a.) in diesem, zum Entleiher entstehenden Arbeitsverhältnis gelten. Hinsichtlich der Arbeitszeit sieht § 10 Abs. 1 Satz 3 AÜG zunächst vor, dass diejenige **Arbeitszeit** als vereinbart gilt, die zwischen dem Verleiher und Entleiher als Einsatzzeit des Leiharbeitnehmers verbindlich vorgesehen war. War also zwischen dem Verleiher und Entleiher eine wöchentliche Einsatzzeit von weniger als der vollen Wochenarbeitszeit, die im Entleiherbetrieb gilt, vorgesehen, so ist von einem Teilzeitarbeitsverhältnis auszugehen. War hingegen eine Einsatzzeit vereinbart, die dem Umfang der Wochenarbeitszeit im Betrieb des Entleihers entspricht, so entsteht ein Vollzeitarbeitsverhältnis. Diese Grundsätze gelten auch hinsichtlich der Lage und Verteilung der Arbeitszeit. Auch hier ist zunächst auf die Absprachen, die zwischen Verleiher und Entleiher getroffen wurden, abzustellen. Häufig fehlen jedoch Absprachen hinsichtlich der konkreten Lage und Verteilung der Arbeitszeit, da die Leiharbeitnehmer ja in den Betrieb eingegliedert sind und insoweit an der Arbeitszeitregelung im Entleiherbetrieb teilnehmen. In diesen Fällen richtet sich die Lage der Arbeitszeit daher in dem neu entstehenden Arbeitsverhältnis nach den im Entleiherbetrieb geltenden Regelungen.⁵⁴

Arbeitszeit-
regelungen

Hinsichtlich der **weiteren Beschäftigungsbedingungen** sieht § 10 Abs. 1 Satz 4 und 5 AÜG vor, dass diejenigen Vorschriften gelten, die im Entleiherbetrieb Anwendung finden. Findet also ein Tarifvertrag im Entleiherbetrieb Anwendung, so ist dieser auch auf das nunmehr zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher bestehende Arbeitsverhältnis anzuwenden. Bezogen auf die vereinbarte **Vergütung** ist jedoch mindestens diejenige zu zahlen, die zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ursprünglich abgesprochen war. Die Regelungen über die sonstigen Arbeitsbedingungen sind abdingbar, dies bedeutet, dass zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher auch andere Vereinbarungen getroffen wer-

Vergütung
und andere
Beschäftigungs-
bedingungen

53 Ulber, AÜG, § 10 Rn. 28f.

54 Ulber, AÜG, § 10 Rn. 58–64.



den können, und zwar auch solche, die für den Arbeitnehmer ungünstiger sind, jedoch immer nur dann, wenn die sonstigen arbeitsrechtlichen Vorschriften dies zulassen, also die rechtlichen Voraussetzungen für eine entsprechende Vertragsänderung gegeben sind.

Schadensersatz-
ansprüche gegen
den Verleiher

Das auf diese Weise zum Entleiher entstehende Arbeitsverhältnis kann nicht in allen Fällen die Nachteile abdecken, die dem Leiharbeitnehmer auf Grund der Nichtigkeit des Leiharbeitsverhältnisses wegen Fehlens oder Wegfalls der Erlaubnis entstehen können. In Fällen etwa, in denen der Leiharbeitnehmer bei Wegfall der Erlaubnis nicht bei einem Dritten eingesetzt ist, entsteht kein neues Arbeitsverhältnis. Auch in Fällen, in denen der Einsatz beim Entleiher von Beginn an nur befristet vorgesehen war, entsteht – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – nur ein befristetes Arbeitsverhältnis, und zwar auch dann, wenn der Leiharbeitnehmer in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zum Verleiher stand. Er verliert also sein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Auch in Fällen, in denen der Leiharbeitnehmer beim Entleiher nur mit einem Teil seiner Wochenarbeitszeit eingesetzt ist, kann ihm ein Nachteil entstehen, da dann zum Entleiher nur ein Teilzeitbeschäftigungsverhältnis entsteht. In allen diesen Fällen sieht § 10 Abs. 2 AÜG einen **Schadensersatzanspruch** des Leiharbeitnehmers gegen den Verleiher vor. Dieser Schadensersatzanspruch ist ein umfassender Anspruch. Der Verleiher ist verpflichtet, den Leiharbeitnehmer so zu stellen, wie er ohne die Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags stehen würde. Er hat dem Leiharbeitnehmer alle Schäden zu ersetzen, die dem Leiharbeitnehmer im Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertragsverhältnisses entstehen. Hierunter fallen neben (entgangenen) Vergütungsansprüchen, die dem Leiharbeitnehmer auf Grund einer möglichen Befristung oder Teilzeitvereinbarung des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher entstehen, auch sonstige Investitionen, die der Leiharbeitnehmer im Vertrauen auf den Bestand des Leiharbeitsverhältnisses getätigt hat (beispielsweise Anschaffungskosten für einen PKW, um die Einsatzorte zu erreichen).⁵⁵ Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch ist immer, dass der Leiharbeitnehmer nicht wusste, dass dem Verleiher die Erlaubnis fehlt. Das bloße »nicht zur Kenntnis nehmen wollen«, obwohl ausreichend Anhaltspunkte vorliegen, genügt hingegen nicht.⁵⁶ Zweifel daran, ob eine Erlaubnis erforderlich ist, gehen zu Lasten des Verleihers und schließen einen Schadensersatzanspruch nicht aus.⁵⁷

55 Ulber, AÜG, § 10 Rn. 86 f.

56 Ulber, AÜG, § 10 Rn. 84.

57 Ulber, AÜG, § 10 Rn. 84.



Mit Blick darauf, dass im Jahre 2012 weniger als 1% der erteilten Erlaubnisse nachträglich entfallen sind,⁵⁸ dürften sowohl das zum Entleiher entstehende Arbeitsverhältnis als auch der Schadensersatzanspruch in der Praxis keine große Bedeutung haben.

6. Die Besonderheiten des Leiharbeitsverhältnisses

Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses schuldet der Arbeitnehmer die arbeitsvertragliche Tätigkeit höchstpersönlich, d. h. er kann die Ausübung der Tätigkeit nicht einem anderen überlassen. Diese höchstpersönliche Leistungspflicht wirkt sich aber auch zu Gunsten des Arbeitnehmers in der Form aus, dass auch der Arbeitgeber die Arbeitsleistung seiner Arbeitnehmer nicht einem anderen Arbeitgeber zur Verfügung stellen kann (§ 613 BGB). Anders als die höchstpersönliche Leistungspflicht des Arbeitnehmers ist jedoch diese Verpflichtung, seine eigenen Arbeitnehmer nur selbst einzusetzen und keinem anderen zu überlassen, abdingbar, d. h. diesbezüglich können andere Regelungen im Arbeitsvertrag vereinbart werden. Da die Arbeitnehmerüberlassung dadurch gekennzeichnet ist, dass der Vertragsarbeitgeber, also der Verleiher, seine eigenen Leiharbeitnehmer einem anderen Arbeitgeber (also dem Entleiher) überlässt, muss im Rahmen des Leiharbeitsvertrags dem Verleiher die Befugnis eingeräumt werden, die Leiharbeitnehmer bei anderen Arbeitgebern einzusetzen. Der Leiharbeitsvertrag muss also ausdrücklich die Berechtigung des Verleihers enthalten, das Weisungsrecht – jedenfalls zum Teil – auf einen anderen Arbeitgeber zu übertragen. Fehlt eine solche Befugnis, darf der Verleiher den Leiharbeitnehmer nur im eigenen Unternehmen einsetzen.

Höchstpersönliche
Arbeitsleistung
und Pflicht, bei
einem Dritten tätig
zu sein

Gerade in Unternehmen, die als Mischunternehmen tätig sind – also solche Unternehmen, die nicht ausschließlich Arbeitnehmerüberlassung betreiben, sondern auch andere Wirtschaftszwecke verfolgen – ist immer zu prüfen, ob der konkrete Arbeitsvertrag eine entsprechende Befugnis enthält. Gleiches gilt für diejenigen Arbeitnehmer, die in der Verwaltung eines reinen Verleihunternehmens tätig sind. Auch diese häufig als Innendienstmitarbeiter bezeichneten Arbeitnehmer dürfen nur dann bei einem anderen Arbeitgeber eingesetzt werden, wenn dies in ihrem Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart ist.

58 12. Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit dem AÜG, Tabelle 2. Rechnet man die Fälle der auf »sonstige Weise« nachträglich entfallenen Erlaubnisse hinzu, liegt die Quote bei mehr als 10%. Unter dieser Kategorie sind aber vor allem diejenigen Fälle zusammengefasst, in denen der Verleiher die Erlaubnis aus eigenen Erwägungen zurückgibt.



Vergütung in verleihtfreien Zeiten

Der Leiharbeitnehmer hat einen Anspruch auf die vertragsgemäße Vergütung auch für Zeiten, in denen er auf Grund fehlender Einsatzmöglichkeiten nicht bei einem Entleiher tätig ist. § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG stellt diesen Anspruch auf Vergütung sicher. Dieser ist auch nicht abdingbar, d. h. er kann nicht durch eine arbeitsvertragliche Vereinbarung ausgeschlossen werden.

Wie jeder andere Arbeitsvertrag unterliegt auch der Leiharbeitsvertrag **keiner Formvorschrift**, d. h. ein Leiharbeitsvertrag muss nicht schriftlich vereinbart werden, es genügt auch ein in mündlicher Form abgeschlossener Vertrag. Seit dem 01.04.2017 hat der Verleiher den Leiharbeitnehmer jedoch vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer beschäftigt ist. Auch diese Information ist nicht formgebunden; diese kann also auch mündlich erfolgen.

Nachweispflichten des Verleihers

Den Verleiharbeitgeber treffen jedoch besondere Unterrichtungspflichten. Insbesondere ist er gemäß § 11 Abs. 1 AÜG in Verbindung mit § 2 NachweisG verpflichtet, spätestens einen Monat nach Beginn des Leiharbeitsverhältnisses die wesentlichen Arbeitsbedingungen schriftlich festzuhalten. Diese sind im Einzelnen:

- Name und Anschrift der Vertragsparteien, also insbesondere die Firma und die Adresse des Verleihunternehmens;
- die Behörde, die für die Erlaubnis der Arbeitnehmerüberlassung zuständig ist, sowie Ort und Datum der Erlaubniserteilung (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AÜG);
- Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses sowie Angaben zur Dauer des Arbeitsverhältnisses;
- Angaben zum Arbeitsort, wobei davon auszugehen ist, dass als Arbeitsort alle Entleiherunternehmen im Gemeindebezirk, in dem der Verleiher seinen Sitz hat, in Betracht kommen. Soll der Leiharbeitnehmer auch über den Gemeindebezirk hinaus eingesetzt werden, so muss sich dies aus den Vertragsabsprachen ergeben;⁵⁹
- die Beschreibung der vom Leiharbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit, wobei die Angabe von Berufsbildern nur dann genügt, wenn zusätzlich konkrete Aufgaben beschrieben werden. Darüber hinaus ist die Branche oder ein bestimmtes Tätigkeitsgebiet (z. B. Kinderkrankenpflege) zu benennen;

⁵⁹ Ulber, AÜG, § 11 Rn. 28 mit weiteren Nachweisen.



- die Höhe und Zusammensetzung des Arbeitsentgelts einschließlich aller Zuschläge und Sonderzahlungen und -leistungen. Diesbezüglich müssen auch und gerade Angaben zur Vergütung für verleihfreie Zeiten gemacht werden (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AÜG);
- Angaben zur vereinbarten Arbeitszeit und zwar sowohl hinsichtlich der Dauer als auch der Lage. Dabei muss insbesondere auf eine feststehende Dauer der Arbeitszeit Bezug genommen werden, die nicht gekoppelt sein darf an konkrete Einsatzzeiten bei Entleiherbetrieben. Eine unregelmäßige Arbeitszeit, die abhängig ist von konkreten Einsätzen in Entleiherbetrieben, ist mit Blick auf die Besonderheiten des ausschließlich vom Verleiher zu tragenden Beschäftigungsrisikos nicht zulässig und darf durch derartige »flexible« Arbeitszeiteinbarungen nicht auf den Leiharbeitnehmer abgewälzt werden;⁶⁰
- Angaben zur Dauer des jährlichen Jahresurlaubs, der mindestens den gesetzlichen Jahresurlaub von 24 Werktagen gemäß § 3 Abs. 1 BUrlG umfassen muss;
- Angaben zu den im Leiharbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfristen;
- sofern im Leiharbeitsverhältnis Regelungen eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung Anwendung finden, sind diese in allgemeiner Form zu benennen. Der Hinweis muss so konkret sein, dass der Leiharbeitnehmer erkennen kann, welcher Tarifvertrag bzw. welche Betriebsvereinbarung gültig ist und an welcher Stelle des Betriebs in diese kollektivrechtlichen Werke Einsicht genommen werden kann;
- Angaben zu weiteren wesentlichen Vertragsbedingungen, sofern solche vereinbart sind, z. B. Vertragsstrafen.

Kommt der Verleiher seiner Nachweispflicht nicht nach, so begeht er eine Ordnungswidrigkeit, die aber nur mit einer geringen Geldbuße von 1.000,00 Euro belegt werden kann (§ 16 Abs. 1 Nr. 8 AÜG). Der fehlende Nachweis über die wesentlichen Arbeitsbedingungen führt hingegen nicht zur Unwirksamkeit des Leiharbeitsverhältnisses. Der Verstoß gegen diese Verpflichtung stellt jedoch einen Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG dar, der zur Folge haben kann, dass die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung entzogen wird.⁶¹ Alle diese Angaben sind dann nicht gesondert niederzulegen, wenn sie im Rahmen des Abschlusses eines schriftlichen Arbeitsvertrags festgehalten wurden.

Ordnungswidrigkeit bei Verstoß des Verleihers

60 Ulber, AÜG, § 11 Rn. 45.

61 Ulber, AÜG, § 11 Rn. 82 f.



**Merkblatt zur
Arbeitnehmer-
überlassung**

Der Verleiher hat dem Leiharbeitnehmer bereits bei Abschluss des Leiharbeitsverhältnisses das Merkblatt zur Arbeitnehmerüberlassung der Agentur für Arbeit auszuhändigen (vgl. § 11 Abs. 2 AÜG). In diesem Merkblatt sind die wesentlichen Vorschriften des AÜG beschrieben (siehe Anhang 1). Es soll dazu dienen, den Leiharbeitnehmer über seine Rechte zu unterrichten. Ausländischen Arbeitnehmern ist auf deren Verlangen das Merkblatt in deren Muttersprache auszuhändigen. Entfällt die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung oder wird diese nicht verlängert, so hat der Verleiher den Leiharbeitnehmer hierüber unverzüglich zu unterrichten (vgl. § 11 Abs. 3 AÜG).

Auf Grund der Reformen des AÜG, beginnend seit den Hartz-Gesetzen, sind einige besondere Schutzvorschriften zu Gunsten der Leiharbeitnehmer abgeschafft worden, die auch und gerade negative Auswirkungen auf deren Arbeitsbedingungen haben.

**Wiedereinführung
der Überlassungs-
höchstdauer**

Im Jahr 2004 wurde die bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten abgeschafft. Nach deren Abschaffung war es zunächst möglich, Leiharbeitnehmer auf Dauer im Betrieb des Entleihers einzusetzen. Dies stieß vielfach auf Kritik. Zudem war die Regelung nicht EU-richtlinienkonform, denn die europäischen Regelungen beschränken Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich auf vorübergehende Einsätze. Daher wurde mit der Veränderung des AÜG im Jahr 2011 die Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG dahingehend ergänzt, dass die Einsätze nur vorübergehend erfolgen durften. Jedoch hatte der Gesetzgeber den Begriff »vorübergehend« nicht definiert und insbesondere nicht festgelegt, dass dieser arbeitsplatzbezogen zu definieren war. In der Folge wurde diese Frage heftig diskutiert. Noch bevor das Bundesarbeitsgericht eine Entscheidung darüber treffen konnte, ob der Begriff des »vorübergehenden« Einsatzes im Sinne der Regelungen des AÜG arbeitsplatz- oder (leih-)arbeitnehmerbezogen zu definieren ist, wurde das AÜG erneut geändert. Nunmehr ist in § 1 Abs. 1b AÜG eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten eingeführt. Der Gesetzgeber hat sich zudem entschieden, diese an den Einsatz des einzelnen Leiharbeitnehmers zu binden und hat diese gerade nicht arbeitsplatzbezogen ausgestaltet. Bei einem Entleiher bereits zuvor erbrachte Einsatzzeiten werden auf diese 18 Monate nur dann angerechnet, wenn zwischen den Einsätzen nicht mehr als drei Monate liegen. Dies bedeutet, dass nach einer dreimonatigen Unterbrechung eine Überlassung mit einer Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten erneut möglich wird.⁶² Im Ergebnis bedeutet diese Veränderung aber, dass Arbeitsplätze auf Dauer mit Leiharbeitskräften besetzt werden können. Nach

62 Dabei ist zu beachten, dass Zeiten der Überlassung, die vor dem 1. 4. 2017 erbracht sind, nicht auf die Höchstdauer angerechnet werden; dies ergibt sich aus der Übergangsvorschrift des § 19 AÜG n. F.



18 Monaten kann der Arbeitsplatz erneut mit einem anderen Leiharbeitnehmer besetzt werden, oder aber der Einsatz eines bestimmten Leiharbeitnehmers wird für drei Monate unterbrochen, um ihn anschließend erneut für 18 Monate einsetzen zu können. Die Überlassungshöchstdauer kann zudem durch einen Tarifvertrag der Einsatzbranche verlängert werden. Durch die vom Gesetzgeber geschaffene Möglichkeit, derartige tarifvertragliche Regelungen zur Verlängerung der Überlassungshöchstdauer durch Betriebsvereinbarungen auch in nicht tarifgebundenen Betrieben und Unternehmen anwenden zu können⁶³, werden die Regelungen zur Überlassungshöchstdauer weiter aufgeweicht und bieten somit vielfältige Möglichkeiten, die Einsatzdauern der Leiharbeitnehmer zu verlängern und auf Dauer zu ermöglichen. Hierdurch wird es nicht nur den Leiharbeitnehmern erschwert, einen Arbeitsvertrag direkt mit dem Entleiher zu erhalten und die prekäre Beschäftigungssituation zu beenden, so dass eine »Zweiklassengesellschaft« in den Betrieben entstehen bzw. aufrechterhalten werden kann. Sondern es werden auch Möglichkeiten geschaffen bzw. aufrechterhalten, die Stammebelegschaft beim Entleiher zu verdrängen und hierdurch unter Druck zu setzen, damit diese nicht auf ihre besseren Arbeitsbedingungen beharren. Für die Leiharbeitnehmer besteht zusätzlich die Gefahr, dass sie auch nach langer Überlassungsdauer und Beschäftigung im Entleiherbetrieb jederzeit damit rechnen müssen, nicht mehr dort eingesetzt zu werden und den Einsatzbetrieb und –ort wechseln zu müssen. Ob damit das vermeintliche Ziel der Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung wirksam erreicht werden kann, ist höchst zweifelhaft.

Weiterhin wurden durch die Hartz-Gesetzgebung die in § 3 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 AÜG (in der bis 2004 geltenden Fassung) enthaltenen **Verbote einer Befristung** von Leiharbeitsverhältnissen, die ein Synchronisierungsverbot darstellten, **abgeschafft**. Mit dem Synchronisierungsverbot sollte es dem Verleiher untersagt werden, die Vertragsbeziehungen zum Leiharbeitnehmer auf die einzelnen Einsatzmöglichkeiten bei Entleihern abzustimmen, um auf diese Weise das Beschäftigungsrisiko auf den Leiharbeitnehmer abzuwälzen. Begründet wurde das Synchronisierungsverbot mit dem besonderen Betriebsrisiko des Verleihers, das gerade darin besteht, für ausreichende Einsatzmöglichkeiten der von ihm beschäftigten Leiharbeitnehmer Sorge tragen zu müssen. Durch eine Synchronisierung der Leiharbeitsverhältnisse auf die tatsächlichen Einsatzmöglichkeiten wird dieses Risiko jedoch auf den Leiharbeitnehmer abgewälzt.

Wegfall der
Befristungsverbote

Seit dem 1.1.2004 ist es jedoch nunmehr möglich, auch Leiharbeitsverhältnisse zu befristen. Dies setzt jedoch voraus, dass die formalen und inhaltlichen Vor-

63 Siehe ausführliche hierzu oben unter I.3.



schriften des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG), insbesondere des § 14 TzBfG, eingehalten werden.⁶⁴

Zulässige Befristung

Neben der Möglichkeit, ein Leiharbeitsverhältnis ohne Sachgrund gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG für die Dauer von maximal zwei Jahren zu befristen (wodurch jedenfalls innerhalb dieser zwei Jahre eine gewisse Möglichkeit der Abwälzung des Unternehmerrisikos ermöglicht ist), besteht demnach auch die Möglichkeit der Befristung bei Vorliegen eines Sachgrundes (§ 14 Abs. 1 TzBfG). Bei Beurteilung, ob tatsächlich ein Sachgrund vorliegt, sind nach einhelliger Ansicht jedoch die Besonderheiten des Leiharbeitsverhältnisses zu berücksichtigen. Dabei ist insbesondere zu überprüfen, ob durch die Befristung nicht die typischen Betriebsrisiken, nämlich das Auftreten von verleihfreien Zeiten auf Grund fehlender Einsatzmöglichkeiten, einseitig auf den Leiharbeitnehmer abgewälzt werden.⁶⁵ Hieraus folgt für die Befristung eines Leiharbeitsverhältnisses bei Vorliegen von Sachgründen Folgendes:

Befristung wegen der besonderen Eigenart

Eine Sachgrundbefristung wegen der besonderen Eigenart der Arbeitsleistung gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG ist im Grundsatz ausgeschlossen, da der Leiharbeitnehmer uneingeschränkt für nahezu alle Tätigkeiten eingesetzt werden kann.⁶⁶

Befristung wegen vorübergehenden Bedarfs

Der häufigste Fall der Befristung ist der des Bestehens eines vorübergehenden betrieblichen Bedarfs gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG. Gerade hinsichtlich dieses Befristungsgrunds sind jedoch die Besonderheiten des Leiharbeitsverhältnisses und das damit verbundene Betriebsrisiko des Verleihers zu beachten. Der Betriebszweck des Verleihers besteht gerade darin, Dritten deren vorübergehenden Personalbedarf dadurch zu decken, indem man Leiharbeitnehmer einsetzt. Da die Tätigkeit des Verleihers sich aber nicht allein auf ein und denselben Entleiher erstreckt, benötigt er seine Leiharbeitnehmer gerade nicht nur vorübergehend, sondern auf Dauer. Zwar ist der Einsatz bei einzelnen Entleihern in der Regel vorübergehend. Die lediglich vorübergehende Anfrage eines einzelnen Entleihers kann jedoch nicht dazu führen, dass von einem vorübergehenden betrieblichen Bedarf beim Verleiher ausgegangen werden kann, da der Verleiher auf Grund seiner Tätigkeit mehr als einen Kunden haben muss. Nur dann, wenn der Verleiher nachweisen kann, dass er sich um keine weiteren Anschlussaufträge bemüht und damit faktisch darlegt, sein Gewerbe oder zumindest seine Tätigkeit in genau dem

64 Vgl. zu den Voraussetzungen einer Befristung ausführlich im Abschnitt III. 2. Hier werden nur die Besonderheiten, die sich aus dem AÜG ergeben, dargestellt.

65 Ulber, AÜG, § 9 Rn. 328 ff.

66 Vgl. statt aller Ulber, AÜG, § 9 Rn. 341.



Beschäftigungsbereich, in dem der Leiharbeitnehmer eingesetzt ist, aufzugeben, kann von einer zulässigen Befristung ausgegangen werden.⁶⁷

Im Ergebnis hat die Einführung der Befristungsmöglichkeiten dazu geführt, dass es den Verleihern jedenfalls zum großen Teil möglich ist, das eigene Betriebsrisiko auf den Leiharbeitnehmer abzuwälzen, so dass dieser entgegen den arbeitsrechtlichen Grundsätzen das unternehmerische Risiko mitträgt.

Dem Wegfall der Schutzvorschriften hinsichtlich der Höchstüberlassungsdauer sowie hinsichtlich der Aufhebung der Befristungsverbote wurde mit den Hartz-Gesetzen der Grundsatz der Gleichstellung des Leiharbeitnehmers mit den Beschäftigten des Entleiherbetriebs gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG in der alten Fassung entgegengesetzt. Dieses Prinzip wurde **equal pay- oder equal treatment-Prinzip** genannt. Diese Regelungen sind durch die erneute Änderung des AÜG im Jahr 2017 aus den Vorschriften über die Erlaubnispflicht und die Unwirksamkeit herausgenommen und sind in § 8 AÜG n.F. zusammengefasst worden. Diese Regelungen haben den Namen **Gleichstellungsgrundsatz** erhalten. Wie bisher auch besagt dieser Grundsatz, dass Leiharbeitnehmern während eines Einsatzes dieselben materiellen Arbeitsbedingungen gewährt werden müssen wie vergleichbaren Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb. Dabei ist der Begriff der Arbeitsbedingungen weit auszulegen, so dass alle wesentlichen materiellen und formellen Arbeitsbedingungen erfasst sind. Hierzu zählen neben der Vergütung einschließlich aller Zuschläge auch Regelungen zur Arbeitszeit, zum Erholungsurlaub und sonstige bezahlte Freistellungen, aber auch Sachleistungen, wie etwa die Benutzung eines Dienstwagens auch zur privaten Nutzung, Kantinennutzung, Einkauf zu Mitarbeiterbedingungen u. a. Werden im Entleiherbetrieb auch Sachbezüge gewährt (z. B. Essensgutscheine), so kann dieser durch einen wertgleichen Eurobetrag kompensiert werden. Der Grundsatz der Gleichstellung findet nur für Zeiten des tatsächlichen Einsatzes Anwendung. In verleihfreien Zeiten findet dieser ausdrücklich keine Anwendung.

Inhalt des
Grundsatzes der
Gleichstellung

Die Einführung dieses Grundsatzes hätte eine echte Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer mit sich bringen können. Dieser hätte ein Beitrag dazu sein können, dass die Beschäftigung in einem Leiharbeitsverhältnis mit deutlich weniger Risiken verbunden wäre, wenn nicht der Gesetzgeber selbst **Ausnahmen** geschaffen hätte, die es zulassen, den **Gleichstellungsgrundsatz le-**

Ausnahmen vom
Gleichstellungs-
grundsatz

⁶⁷ Die Einzelheiten im Zusammenhang mit diesem Befristungsgrund sind hinsichtlich der Leiharbeit noch umstritten. Eine Entscheidung des BAG steht noch aus. Einigkeit besteht jedenfalls dahingehend, dass eine Synchronisation von Leiharbeitsverhältnis und Einsatz hierdurch nicht zulässig werden soll. Vgl. hierzu Ulber, AÜG, § 3 Rn. 335 ff., dort werden auch die weitergehenden Rechtsansichten mit Nachweisen aufgeführt.



gal zu umgehen und auf diese Weise die für den Leiharbeitnehmer bestehenden Unsicherheiten und Risiken aufrechtzuerhalten sowie die Verleiherbranche als eine Niedriglohnbranche nicht nur zu etablieren, sondern zu festigen.

Abweichen vom
Gleichstellungs-
grundsatz wegen
Arbeitslosigkeit
aufgehoben

Die im Jahre 2004 eingeführte Ausnahme, wonach bei der Einstellung eines Arbeitslosen als Leiharbeitnehmer für die Dauer der ersten sechs Wochen der Beschäftigung vom equal pay-Prinzip abgewichen werden konnte und nur eine Vergütung in Höhe des zuletzt bezogenen Arbeitslosengeldbezugs geschuldet wurde, ist durch die Veränderungen des AÜG im Jahr 2011 aufgehoben worden. Seit dem 30.4.2011 ist damit diese Ausnahme vom equal pay-Prinzip unwirksam. Auch die zuvor arbeitslosen Leiharbeitnehmer unterfallen nun dem für alle geltenden Regelungssystem zum equal pay. Hierbei ist es auch nach der nochmaligen Änderung im Jahr 2017 geblieben. Eine vorangegangene Arbeitslosigkeit kann somit keinen Grund für ein Abweichen vom Gleichstellungsgrundsatz sein.

Abweichen vom
Gleichstellungs-
grundsatz auf
Grund eines Tarif-
vertrags

Die wichtigste vom Gesetzgeber eingeführte Ausnahme vom Gleichstellungsgrundsatz ergibt sich aus § 8 Abs. 2 und Abs. 4 AÜG. Der Gleichstellungsgrundsatz ist hiernach als **tarifdispositives Recht** ausgestaltet. Diese Ausgestaltung als tarifdispositives Recht erfolgte bereits im Jahre 2004. Seit diesem Zeitpunkt ist es möglich, durch Tarifverträge vom Gleichstellungsgrundsatz abzuweichen. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber es ermöglicht hat, dass von dem zum Schutz der in Leiharbeit Beschäftigten eingeführten Gleichstellungsgrundsatz **auf Grund eines Tarifvertrags** abgewichen werden kann und zwar dergestalt, dass deren Arbeitsbedingungen weniger günstig, d. h. schlechter sind als die vergleichbarer Arbeitnehmer in den Entleiherbetrieben.

Hierdurch ist eine verquere Situation entstanden: Die originäre und ureigenste Aufgabe der Gewerkschaften war es bisher, die Arbeitsbedingungen der abhängig beschäftigten Arbeitnehmer mittels Tarifverträgen zu verbessern und Mindeststandards für deren Vergütung zu erstreiten. Nunmehr abweichend und in Abkehr von dieser Aufgabe hat der Gesetzgeber ihnen die Rolle zugewiesen, durch Abschluss von Tarifverträgen die vom Gesetzgeber vorgesehenen Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer zu verschlechtern. Damit ist die Situation entstanden, dass ein Tarifvertrag in der Verleiherbranche die Arbeitsbedingungen gegenüber den gesetzlichen Mindestbedingungen nicht verbessert, sondern verschlechtert.

Abweichen vom
Gleichstellungs-
grundsatz bei
Tarifbindung

Eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz ist zulässig, wenn ein gültiger Tarifvertrag dies zulässt und zugleich abweichende Arbeitsbedingungen regelt, sofern eine Tarifbindung des Verleihers und des Leiharbeitnehmers gegeben ist (§ 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG). Dabei ist Zweck dieses Tarifvertrags, gegenüber den in Entlei-



herunternehmen geltenden Arbeitsbedingungen ungünstigere Arbeitsbedingungen für die Leiharbeitnehmer festzulegen. Der Gesetzgeber rechtfertigt diese den Tarifvertragsparteien eingeräumte Befugnis damit, die Arbeitsbedingungen entsprechend den besonderen Bedürfnissen der Verleiherbranche flexibel zu gestalten, die unterschiedlichen Entgeltniveaus von Entleihern zu pauschalisieren und das Arbeitsentgelt für Einsatzzeiten und verleihfreien Zeiten zu vereinheitlichen.⁶⁸ Im Ergebnis hat dies jedoch dazu geführt, die Verleiherbranche als Niedriglohnbranche zu festigen und die Unsicherheit, die mit Leiharbeitsverhältnissen für die betroffenen Beschäftigten verbunden sind, nicht aufzuheben, sondern voll und ganz aufrechtzuerhalten.

Seit dem 1.4.2017 sind an die Regelungen der Tarifverträge der Verleiherbranche durch die Einführung der neuen Regelung in § 8 Abs. 4 AÜG in Bezug auf die Höhe der Arbeitsentgelte inhaltliche Anforderungen gestellt. Festgelegt ist nun, dass auch auf Grund eines Tarifvertrags grundsätzlich längstens für die Dauer von neun Monaten vom Grundsatz der Gleichstellung abgewichen werden kann. Eine längere Abweichungsdauer von maximal 15 Monaten ist in einem Tarifvertrag nur zulässig, wenn nach einer Einarbeitungszeit von nicht mehr als sechs Wochen eine stufenweise Angleichung an das Entgeltniveau im Entleiherbetrieb erfolgt. Festgelegt ist ferner, dass vorangegangene Überlassungen in den Betrieb des Entleihers durch denselben oder einen anderen Verleiher nicht auf diese Zeiten angerechnet werden. Angesichts der Kürze der durchschnittlichen Überlassungsdauern sowie insbesondere die Festlegung, dass vorangegangene Überlassungen nicht und zwar auch dann nicht, wenn sie durch einen anderen Verleiher erfolgen, angerechnet werden, lassen diese Regelung als wenig tauglich erscheinen, in Leiharbeit Beschäftigte zeitnah an das Entgeltniveau der Stammbesellschaft heranzuführen. Sie bieten vielmehr die Möglichkeit, die mit der Leiharbeit verbundenen Risiken für die betroffenen Beschäftigten aufrechtzuerhalten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass durch einen solchen Tarifvertrag die in § 3a AÜG festgelegte Lohnuntergrenze nicht unterschritten werden darf.

Tarifliche
Regelungen zum
Arbeitsentgelt

Eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz ist zunächst nur dann möglich, wenn der Tarifvertrag im Leiharbeitsverhältnis tatsächlich gilt, wenn also sowohl der Verleiher als auch der Leiharbeitnehmer tarifgebunden sind. Die Möglichkeit der Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz ist vom Gesetzgeber jedoch bereits im Jahr 2004 erweitert und 2017 ausdrücklich aufrechterhalten worden, indem § 8 Abs. 4 Satz 3 AÜG ermöglicht, dass nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien durch eine entsprechende Regelung im Arbeitsvertrag die Anwendung eines derartigen Tarifvertrags vereinbaren können. Voraussetzung ist, dass

Abweichen vom
Gleichstellungs-
grundsatz durch
Arbeitsvertrag

⁶⁸ Vgl. ausführlich hierzu Ulber, AÜG, § 9 Rn. 205 ff.



der Verleiher dem Geltungsbereich des in Bezug genommenen Tarifvertrags unterliegt, der Verleiher also dem fachlichen, räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags unterliegt, ohne selbst tarifgebunden zu sein. Damit ist eine Abweichung von den Schutzbestimmungen nicht nur bei Vorliegen der Tarifbindung, also der verbandsmäßigen Organisation des Verleihers in einem Arbeitgeberverband, möglich, sondern auch bei Fehlen einer solchen Mitgliedschaft. Es genügt hierfür die bloße Inbezugnahme eines entsprechenden Tarifvertrags im Arbeitsvertrag.

Mit dieser gesetzlich zugelassenen Möglichkeit ist es somit jedem Unternehmen der Verleiherbranche möglich, vom Gleichstellungsgrundsatz abzuweichen und schlechtere Arbeitsbedingungen als diejenigen der Entleiherunternehmen mit den Leiharbeitnehmern zu vereinbaren. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der im Arbeitsrecht geltende Günstigkeitsgrundsatz für Leiharbeitnehmer durch den Gesetzgeber praktisch außer Kraft gesetzt wurde.

Vor Einführung des Gleichstellungsgrundsatzes in § 9 Nr. 2 AÜG (in der bis 31. 3. 2017 geltenden, also alten Fassung) gab es kaum Tarifverträge in der Verleiherbranche. Es gab lediglich einige Haustarifverträge, die mit großen Unternehmen der Verleiherbranche abgeschlossen wurden. Die Gründe hierfür waren vielfältig und waren unter anderem darauf zurückzuführen, dass die Verleiherunternehmen die Gewerkschaften des DGB nicht als Gesprächspartner akzeptierten und dass die in dieser Branche beschäftigten Arbeitnehmer kaum gewerkschaftlich organisiert sind. Ein weiterer Grund liegt darin, dass in der Verleiherbranche kein Interesse an einheitlichen Standards, bezogen auf die Arbeitsbedingungen bestand, da man zu Recht davon ausging, nur ohne kollektivrechtliche Regelungen die Verleihbranche als Niedriglohnsektor erhalten und ausbauen zu können.

Mit den Änderungen des AÜG im Rahmen der Hartz-IV Gesetze ergab sich damit für die DGB-Gewerkschaften erstmals die Möglichkeit, Flächentarifverträge in der Verleihbranche abzuschließen. Daher nahm die DGB-Tarifgemeinschaft erstmals im Dezember 2002 Gespräche mit zwei Verbänden der Zeitarbeitsbranche auf: dem Bundesverband Zeitarbeit e. V. (BZA) und dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmer (iGZ), in denen ein großer Teil der Zeitarbeitsunternehmen organisiert ist. Die Verhandlungen waren lang und zäh. Sie standen auch unter dem Einfluss, dass die so genannte Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften bereits im Februar 2003 einen Flächentarifvertrag für die Zeitarbeitsbranche abgeschlossen hatte, der Beschäftigungsbedingungen enthält, die für die DGB-Gewerkschaften nicht akzeptabel sind. Nach langen Verhandlungen haben dann im Verlaufe des Frühjahrs 2003 die DGB-Tarifgemeinschaft und der



BZA sowie iGZ Manteltarifverträge sowie Entgeltrahmen- und Entgelttarifverträge für die Zeitarbeitsbranche abschließen können, die bundesweit gelten. Der Abschluss mit dem iGZ erfolgte erstmals am 29. 5. 2003, der Abschluss mit dem BZA erstmals am 22. 7. 2003. Beide Tarifverträge traten am 1. 1. 2004 in Kraft. Dieser Zeitpunkt fiel mit dem Inkrafttreten der Neuregelungen des AÜG zusammen.

Der Eingangsstundenlohn betrug ab dem 1. 11. 2007 im Geltungsbereich iGZ 7,21 Euro (davor: 7,00 Euro) im Westen und wurde zum 1. 11. 2008 schrittweise auf 7,51 Euro angehoben. Im Geltungsbereich BZA betrug der niedrigste Stundenlohn im Jahre 2007 im Tarifgebiet West 7,38 Euro und im Tarifgebiet Ost 6,75 Euro. In den folgenden Tarifrunden konnten dann weitere schrittweise Anhebungen der Entgelte vereinbart werden, die dazu geführt haben, dass die Eingangsstundenentgelte in den Geltungsbereichen beider Tarifverträge gleich hoch sind. Das Eingangsstundenentgelt beträgt seit dem 1. 3. 2017 im Tarifgebiet West 9,23 Euro und im Tarifgebiet Ost 8,91 Euro. Beide Tarifverträge sehen zudem Zulagen für längere Einsatzdauern vor. Im Geltungsbereich iGZ ist eine Zulage für eine Überlassungsdauer von mehr als neun Monaten beim selben Kunden vorgesehen. Der Tarifvertrag im Geltungsbereich BZA sieht eine zweifach gestaffelte Zulage vor: Eine Zulage erfolgt nach einer mehr als neun monatigen Einsatzdauer beim selben Kunden, die sich nach einer Einsatzdauer von mehr als einem Jahr erhöht. Dabei wird deutlich, dass die Arbeitsentgelte in der Leiharbeitsbranche sich auf niedrigem Stand stabilisieren. Auch eine Angleichung der Entgelte in Ost und West ist nach wie vor nicht gegeben.

DGB-Tarifverträge
für Leiharbeiter
nehmer

Der Abschluss dieser Tarifverträge, der innerhalb der Gewerkschaften nicht unumstritten war und ist, muss auch vor dem Hintergrund der Aktivitäten der so genannten christlichen Gewerkschaften gesehen werden. Man wollte bewusst ein Gegengewicht zu den absehbaren Niedriglöhnen in den christlichen Verträgen schaffen.

Die Arbeitsbedingungen in der Verleiherbranche haben sich für einen großen Teil der dort Beschäftigten nämlich noch dadurch deutlich verschlechtert, dass die so genannte Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA (CGZP) ihre Tätigkeit in dieser Branche aufgenommen hat. Die CGZP ist jenen vermeintlichen Arbeitnehmerorganisationen zuzuordnen, die sich bewusst gegen die DGB-Gewerkschaften stellen und versuchen, durch den Abschluss von eigenen Verträgen, die Standards, die die DGB-Gewerkschaften in ihren Tarifverträgen durchsetzen können, gravierend zu unterbieten. Dabei kommen diese christlichen Arbeitnehmerorganisationen den Forderungen der Arbeitgeberverbände, mit denen sie verhandeln, sehr weit entgegen und akzeptieren diese weitestgehend. In vielen Fällen ist nicht einmal belegt, ob die entsprechende christliche

CGZP



Arbeitnehmerorganisation überhaupt Mitglieder und wenn in welchem Umfang hat. Die CGZP hatte jedenfalls mit dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP) einen Entgelttarifvertrag geschlossen. Dieser sah Vergütungsregelungen vor, die die in den Tarifverträgen der DGB-Gewerkschaften weit unterboten. Hiernach betrug der niedrigste Stundenlohn im Jahr 2008 im Tarifgebiet West 7,21 Euro. Im Tarifgebiet Ost lag der niedrigste Stundenlohn sogar nur bei 6,00 Euro. Das Lohnniveau war damit nochmals deutlich niedriger als im Geltungsbereich der DGB-Tarifverträge.

Fehlende Tarif- fähigkeit der CGZP

Die Praxis zeigte, dass viele kleinere Verleihunternehmen entweder Mitglied des AMP sind bzw. waren oder aber diese Tarifverträge durch Vereinbarung im Leiharbeitsvertrag angewendet haben, was dazu führte, dass die Beschäftigungsbedingungen dieser Leiharbeitnehmer im Verhältnis zu denjenigen der Arbeitnehmer in Entleiherunternehmen deutlich schlechter sind/waren. Mit seiner Entscheidung vom 14. 12. 2010 hat das Bundesarbeitsgericht jedoch festgestellt, dass die CGZP nicht tariffähig ist.⁶⁹ Da damit die entsprechenden, von der CGZP abgeschlossenen Tarifverträge unwirksam sind, können diese nicht mehr herangezogen werden, um vom Gleichstellungsgrundsatz abzuweichen. Die einzelvertragliche Inbezugnahme dieser Tarifverträge ist unwirksam. Dies bedeutet, dass in diesen Arbeitsverträgen nun der Gleichstellungsgrundsatz direkt Anwendung findet. Da sich die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts abzeichnete, haben viele Verleihunternehmen im Laufe des Sommer und Herbst 2010 ihre Beschäftigten dazu gebracht, ihre Verträge dahingehend zu ändern, dass künftig einer der DGB-Tarifverträge Anwendung findet. Dies wiederum führt dazu, dass auch künftig eine erhebliche Einkommensdifferenz zwischen der Stammbeslegschaft und Leiharbeitnehmern möglich bleibt, aber auf einem höheren Lohnniveau als es von der CGZP vereinbart war. Da das Bundesarbeitsgericht jedoch wörtlich ausgeführt hat, dass es sich bei seiner Entscheidung vom 14. 12. 2010 um eine gegenwartsbezogene Entscheidung handelt, ist Streit darüber entstanden, ob die CGZP auch in den Jahren zuvor tariffähig war oder nicht. In zeitlicher Hinsicht besteht die Rechtskraftwirkung des BAG-Beschlusses vom 14. 10. 2010 ab dem 8. 10. 2009,⁷⁰ wobei dies in materieller Hinsicht für vor diesem Zeitpunkt liegende Sachverhalte erst recht gelten muss. In der Folge der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 14. 12. 2010 versuchten eine Vielzahl von Leiharbeitnehmern Lohnansprüche, die sich aus dem damals noch so genannten Grundsatz des equal pay ergaben, einzuklagen. Deren Klagen scheiterten häufig jedoch an den einzelvertraglich vereinbarten Ausschlussklauseln. Auch die Sozialversicherungsträger forderten höhere Sozialversicherungsbeiträge nachträglich bei den Verleihunternehmen ein, was

69 BAG v. 14. 12. 2010, 1 ABR 19/10, in: AiB 2011, S. 330 ff.

70 BAG v. 23. 5. 2012, 1 AZB 67/11.



vor allem für die Rentenbeiträge der betroffenen Leiharbeitnehmer von Bedeutung ist.⁷¹ Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die fehlende Tariffähigkeit der CGZP dazu geführt hat, dass der von ihr abgeschlossene Tarifvertrag nicht weiter angewendet werden kann und insofern das Lohnniveau in der Leiharbeitsbranche angehoben werden konnte.

Eine arbeitsvertragliche Vereinbarung, die gegen die in § 8 AÜG festgelegten Regelungen des Gleichstellungsgrundsatzes verstößt, ist unwirksam. Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher entsteht. Vielmehr ist ausschließlich die einzelne Regelung unwirksam, mit der Folge, dass der Leiharbeitnehmer sich auf die Gleichstellungsabrede berufen und verlangen kann, wie ein im Entleiherbetrieb vergleichbarer Beschäftigter entlohnt zu werden. Ob diese Regelung tatsächlich effektiv zum Tragen kommen wird, ist angesichts der vom Gesetzgeber zugelassenen tarifdispositiven Regelungen, die zu dem auch bei nichttarifgebundenen Arbeitgebern angewendet werden können, höchst fraglich.

Unwirksamkeit
wegen Verstoß
gegen Gleichstel-
lungsgrundsatz

Mit der Neuregelung des AÜG im Jahre 2011 ist eine neue Möglichkeit geschaffen worden, in der Leiharbeitsbranche einen **branchenweit gültigen Mindestlohn** einzuführen. Seit dem 1. 1. 2012 sind erstmals entsprechende Lohnuntergrenzen für die Arbeitnehmerüberlassung in Kraft.⁷² Das im Jahre 2012 festgelegte Mindeststundenentgelt betrug 7,89 Euro (West) bzw. 7,01 Euro (Ost). Dieses ist seither einmal angehoben worden und beträgt seit dem 01. 01. 2017 im Westen 9,00 Euro und im Osten 8,50 Euro.⁷³

Mindestlohn für
Leiharbeitnehmer

Zusätzlich regelt § 8 Abs. 2 Satz 4 AÜG, dass ein Abweichen vom Grundsatz der Gleichstellung auf der Grundlage eines Tarifvertrags in den Fällen nicht zulässig ist, in denen der Leiharbeitnehmer in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus dem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern i. S. d. § 18 AktG bildet, ausgeschieden ist (vgl. § 8 Abs. 3 AÜG). Nach dem Skandal bei Schlecker will der Gesetzgeber durch diese Regelung den so genannten **Drehtüreffekt** (raus aus dem regulären Arbeitsverhältnis beim Entleiher und im Wege der Leiharbeit zu schlechteren Arbeitsbedingungen wieder zum Entleiher) einschränken. Die kurze Unterbrechungszeit von nur sechs Monaten macht es aber möglich, zuvor bei Entleiher direkt beschäftigte

Kein Abweichen
vom Gleich-
stellungsgrundsatz
in Fällen der
Vorbeschäftigung

71 Nach Angaben der Deutschen Rentenversicherung betragen die Beitragsnachforderungen rund 69,3 Millionen Euro (Stand: 31. 7. 2012), vgl. BT-Drs. 17/10558 v. 29. 8. 2012.

72 Vgl. Erste Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung vom 21. 12. 2011, Bundesanzeiger Nr. 195, S. 4607.

73 Vgl. Zweite Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung vom 21. 3. 2014, Bundesanzeiger vom 26. 3. 2014 V1.



Arbeitnehmer zu schlechteren Arbeitsbedingungen als Leiharbeiter wieder direkt bei Entleiher tätig werden zu lassen. Dies ist insbesondere bei Arbeitnehmern mit großen Vermittlungsrisiken am Arbeitsmarkt (z. B. gering Qualifizierte oder ältere Arbeitnehmer) nicht auszuschließen.

Arbeitnehmer- überlassung und Streikeinsatz

Besonderheiten im Leiharbeitsverhältnis ergeben sich, wenn das Entleiherunternehmen, in dem der Leiharbeiter eingesetzt wird, von Arbeitskampfmaßnahmen betroffen ist und bestreikt wird. In diesen Fällen sah § 11 Abs. 5 AÜG in der bisher geltenden Fassung vor, dass der Leiharbeiter nicht verpflichtet war, beim Entleiher zu arbeiten. Eine Verpflichtung zum Streikbruch im Entleiherbetrieb bestand somit nicht. Der Verleiher hat den Leiharbeiter auf dieses Recht hinzuweisen. Der Leiharbeiter verliert seinen Vergütungsanspruch in diesen Fällen nicht. Der Verleiher ist somit trotz der streikbedingten Arbeitsunterlassung verpflichtet, die Vergütung zu zahlen.⁷⁴ Die bisherige Rechtslage gibt dem Leiharbeiter somit ein Leistungsverweigerungsrecht, auf das er sich selbst berufen muss. Dass es für den Leiharbeiter schwer ist, von diesem Recht tatsächlich Gebrauch zu machen, ist angesichts seiner prekären Beschäftigungssituation nicht schwer nachzuvollziehen. Dieses Recht auf Leistungsverweigerung des Leiharbeiters ist mit der Neufassung des AÜG seit dem 1. 4. 2017 ergänzt worden. Dem Entleiher ist es nunmehr gem. § 11 Abs. 5 AÜG n. F. untersagt, Leiharbeiter einzusetzen, wenn er von einem Streik unmittelbar betroffen ist. Insoweit besteht nunmehr ein Verbot zum Streikbrechereinsatz für den Entleiher. Allerdings hat der Gesetzgeber dieses begrüßenswerte Verbot nicht konsequent umgesetzt, sondern hat dieses dahingehend eingeschränkt, dass das Verbot nur für die Arbeitsplätze gilt, die von im Streik befindlichen Arbeitnehmern besetzt sind. Nicht erlaubt ist es außerdem, zunächst einen anderen Beschäftigten des Betriebs auf einen Arbeitsplatz eines im Streik befindlichen Beschäftigten zu versetzen und anschließend auf dem Arbeitsplatz einen Leiharbeiter zu beschäftigen. Auch dies verstößt gegen das Verbot. Das Verbot erfasst aber ausdrücklich nicht den gesamten vom Streik betroffenen Betrieb. Beteiligen sich damit nicht alle Beschäftigten am Streik, greift das Verbot für die nichtbestreikten Arbeitsplätze und Bereiche nicht und der Einsatz von Leiharbeitern bleibt möglich. Um der Vorschrift zur Wirksamkeit zu verhelfen, kann in diesem Zusammenhang nicht von einer streikbedingten Einschränkung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats des Entleiherbetriebs ausgegangen werden.

Arbeitsschutz

Hinsichtlich der Beachtung der Bestimmungen des Arbeitsschutzes sieht § 11 Abs. 6 AÜG vor, dass sowohl der Verleiher als auch der Entleiher für deren Einhaltung gegenüber dem Leiharbeiter verantwortlich sind. Ausdrücklich er-

⁷⁴ Ulber, AÜG, § 11 Rn. 138 ff.



wähnt wird die Verpflichtung des Entleihers, den Leiharbeitnehmer vor Beginn der Tätigkeit auf die Gefahren für Sicherheit und Gesundheit, denen er während seines Einsatzes ausgesetzt ist, sowie über eventuell erforderliche Qualifikationen, berufliche Fähigkeiten, besondere ärztliche Überwachung und erhöhte besondere Gefahren zu unterrichten. Der Leiharbeitnehmer ist damit vor Aufnahme seiner Tätigkeit durch den Entleiher gem. § 12 ArbSchG zu unterweisen.

Seit dem 1. 12. 2011 besteht für den Entleiher die Pflicht, die Leiharbeitnehmer über die in seinem Unternehmen (also nicht nur in dem Einsatzbetrieb) **zu besetzenden Stellen zu unterrichten** (vgl. § 13a AÜG). Die Unterrichtung umfasst alle von ihm eingesetzten Leiharbeitnehmer und kann durch allgemeine Bekanntgabe an einer für jeden Leiharbeitnehmer zugänglichen Stelle erfolgen. Hierdurch soll dem in der EU-Richtlinie formulierten Ziel, wonach Leiharbeitnehmer gleichberechtigten Zugang zu dauerhaften Beschäftigungsmöglichkeiten haben sollen, Rechnung getragen werden. Kommt der Entleiher dieser Verpflichtung nicht nach, so kann dies einerseits zu Schadensersatzansprüchen des Leiharbeitnehmers führen und eröffnet andererseits dem Betriebsrat die Möglichkeit, seine Zustimmung zur Einstellung zu verweigern, wenn ein Externer eingestellt werden soll.

Unterrichtung über freie Stellen

Darüber hinaus haben die Leiharbeitnehmer seit dem 1. 12. 2011 einen Anspruch auf **gleichberechtigten Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen des Entleihers**. Hierunter sind z. B. die Nutzung der Kantine oder eines Betriebskindergartens zu verstehen. Ein Ausschluss des Zugangs zu den Gemeinschaftseinrichtungen ist nur zulässig, wenn ein sachlicher Grund hierfür gegeben ist (vgl. § 13b AÜG). Ein Ausschluss wird nur dann in Betracht kommen, wenn auch ein befristet Beschäftigter der Stammbelegschaft keinen Anspruch hat (etwa bei Jubiläumsgeldern oder Ansprüchen auf betriebliche Altersversorgung).⁷⁵

Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen

Das Leiharbeitsverhältnis unterliegt in kündigungsrechtlicher Hinsicht im Grundsatz denselben Regelungen wie jedes andere Arbeitsverhältnis. Auch im Leiharbeitsverhältnis finden die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes Anwendung, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen. Grundsätzlich finden auch die Vorschriften des § 622 BGB hinsichtlich der Kündigungsfristen Anwendung. Die Vereinbarung einer verkürzten Kündigungsfrist für befristete Arbeitsverhältnisse, die nicht länger als drei Monate bestehen, ist unzulässig.

Kündigung des Leiharbeitsverhältnisses

Die Frage, ob im Entleiherbetrieb gegenüber (Stamm-)Beschäftigten eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen werden darf, obwohl der Entleiher auf Dauer Leiharbeitnehmer beschäftigt, ist seit der Änderung des AÜG im Jahre 2004

Kündigung im Entleiherbetrieb wegen Beschäftigung von Leiharbeitnehmern

75 Ulber: Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz; in: AiB 2011, 356.



mit dem Wegfall einer Regelung zur Höchstüberlassungsdauer sehr kontrovers diskutiert worden. Mit Blick auf die im Jahre 2011 vorgenommene Änderung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, die den Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Fälle der vorübergehenden Überlassung beschränkte, war diese Frage dahingehend zu beantworten, dass es kündigungsrechtlich einen Vorrang der Stammbeslegschaft vor den Leiharbeitnehmern gibt und zwar in dem Sinne, dass der Entleiher verpflichtet ist, zunächst den Einsatz von Leiharbeitnehmern zu beenden, bevor er zum Mittel der betriebsbedingten Kündigungen gegenüber eigenen Arbeitnehmern greift. Für diese Ansicht spricht auch, dass das Bundesarbeitsgericht bereits im Februar 2010 festgestellt hat, dass die Übernahme eines Auszubildenden gem. § 78a BetrVG dem Entleiher im eigenen Betrieb zumutbar sein kann und zwar selbst dann, wenn der Entleiher bereits Leiharbeiter auf dauerhaft eingerichteten, ausbildungsadäquaten Arbeitsplätzen beschäftigt und insoweit alle Arbeitsplätze »besetzt« sind. Für die Zumutbarkeit kommt es auf die Umstände des Einzelfalls ab. Jedenfalls kann sich der Entleiher in einer solchen Situation nicht allein darauf berufen, der Arbeitsplatz sei (mit einem Leiharbeiter) besetzt; er muss vielmehr weitere Umstände darlegen.⁷⁶ Noch deutlicher hat das LAG Hamm hierzu Stellung genommen und entschieden, dass die Substituierung von Arbeitnehmern durch Leiharbeiter kein dringendes betriebliches Erfordernis darstellt, weshalb eine betriebsbedingte Kündigung unzulässig ist.⁷⁷ Das LAG Hamm begründet dies damit, dass auch beim Einsatz von Leiharbeitnehmern dem Entleiher ein wesentlicher Teil des Direktionsrechts obliegt und daher nicht von einer Fremdvergabe der Tätigkeiten ausgegangen werden kann. Das Bundesarbeitsgericht hat sich in der Folge dieser Rechtsprechung zum Teil angeschlossen und entschieden, dass jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber einen nicht schwankenden, stetig vorhandenen Arbeitsbedarf mit Leiharbeitnehmern abdeckt, dies dazu führt, dass im Falle einer betriebsbedingten Kündigung kein dringendes betriebliches Erfordernis vorliegt, da der Stammbeschäftigte auf diesem von Leiharbeitnehmern besetzten Arbeitsplatz eingesetzt werden kann. Dies bedeutet, dass in diesen Fällen eine betriebsbedingte Kündigung gegenüber einem Stammbeschäftigten erst dann ausgesprochen werden kann, wenn die Leiharbeitsverhältnisse abgebaut sind. Dies soll – so das Bundesarbeitsgericht weiter – allerdings dann nicht gelten, wenn der Arbeitgeber Leiharbeiter nur als »Personalreserve« und vorübergehende Vertretung einsetzt.⁷⁸ Zwar wurde mit Wirkung zum 1. 4. 2017 die Höchstüberlassungsdauer wieder eingeführt. Dies ermöglicht es jedoch – wie oben dargestellt –

76 BAG v. 17. 2. 2010, 7 ABR 89/08, in: BB 2010, S. 566f.

77 LAG Hamm v. 24. 7. 2007, 12 Sa 320/07, in: AuR 2007, 444 und LAG Hamm v. 27. 5. 2011, 10 Sa 2043/10, zitiert nach juris.

78 BAG v. 15. 12. 2011, 2 AZR 42/10 Rn. 27 bis 30, zitiert nach juris und vom 18. 10. 2012, 6 AZR 289/11, in: NZA 2013, 400.



Arbeitsplätze im Entleiherbetrieb auch auf Dauer mit Leiharbeitskräften zu besetzen, wenn jeweils nach Erreichen der Höchstüberlassungsdauer der einzelne Leiharbeiter durch einen anderen ersetzt wird. Daher dürfte sich die dargestellte Rechtsprechung nicht verändern, so dass zu erwarten ist, dass die aufgeführten Grundsätze trotz der gesetzlichen Neuregelung fortgelten werden.

7. Tarifliche Regelungen zur Einschränkung von Leiharbeit

In Tarifeinverständigungen werden immer öfter Forderungen erhoben, die darauf abzielen, den Einsatz von Leiharbeit in den Betrieben zu verhindern oder zumindest einzuschränken. Eine weitere, für die Leiharbeiter in der **Stahlindustrie** bereits durchgesetzte, wichtige Forderung ist, die Leiharbeit nicht schlechter zu bezahlen als die Arbeit der Kernbelegschaft.

Wie bereits weiter oben ausgeführt, haben die DGB-Gewerkschaften bereits im Jahre 2003 die ersten **Tarifverträge** abgeschlossen, die die **Arbeitsbedingungen der Leiharbeiter und Leiharbeiterinnen** regeln.⁷⁹

In der **Metall- und Elektroindustrie** ist es in der Tarifrunde 2012 erstmals gelungen, zusätzlich für die Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter in der Metall- und Elektroindustrie Branchenzuschläge auszuhandeln, die auf Basis des Tarifentgelts, das zwischen der Tarifgemeinschaft der DGB-Gewerkschaften und der BAP/IGZ vereinbart worden ist, bezahlt werden. Nach einem Einsatz von 6 Wochen erhöht sich nun das Entgelt um 15 % und steigt stufenweise an, ab dem 9. Monat wird dann ein Zuschlag von 50 % erreicht. Da seit dem 1. 4. 2017 das AÜG vorsieht, dass bei einem Tarifvertrag, der abweichende Zuschläge regelt, spätestens nach 15 Monaten eine Gleichstellung an das Arbeitsentgelt im Einsatzbetrieb erreicht werden muss, konnte eine zusätzliche Stufe erreicht werden, die vorsieht, dass nach einer Einsatzdauer von 15 Monaten ein Zuschlag von 65 % gezahlt werden muss. Dieser Zuschlag wird zum 1.1.2018 wirksam.

Daneben wurden Regelungen zur Beschränkung von Leiharbeit in den Betrieben vereinbart.

79 Ein Überblick über die derzeit gültigen Tarifverträge zur Regelung der Arbeitsbedingungen von Leiharbeitern findet sich auf der Homepage www.igmetall.de/leiharbeit-24953.htm und www.igmetall.de/leiharbeit-entgelte-6585.htm.



Tarifvertrag zur Zeit- und Leiharbeit

Der Tarifvertrag zur Zeit- und Leiharbeit⁸⁰ sah ursprünglich ausdrücklich keine Höchstüberlassungsdauer vor. Er besagte jedoch, dass Leiharbeiter und Leiharbeiterinnen nach einem Einsatz von 24 Monaten im gleichen Betrieb übernommen werden müssen. Dazu sollten sie nach 24 Monaten ein Angebot für einen unbefristeten Arbeitsvertrag erhalten. Unterbrechungen des Einsatzes von bis zu drei Monaten sollten keine Rolle spielen, die Einsatzzeiten im Betrieb sollten dann addiert werden.

Im Frühjahr 2017 wurde mit Blick auf die erneuten Änderungen des AÜG der Tarifvertrag geändert. Der Tarifvertrag weicht ab von der gesetzlichen Möglichkeit, keine Überlassungshöchstdauer vorzusehen. Vielmehr wird die Überlassungshöchstdauer auf 48 Monate begrenzt. Ferner kann die Überschreitung der gesetzlich zulässigen 18 Monate Überlassungshöchstdauer nur aufgrund einer freiwilligen Betriebsvereinbarung auf diese tarifliche maximale Überlassungsdauer verlängert werden.⁸¹ Betriebsräte können somit nicht verpflichtet werden, betriebliche Regelungen zu schaffen, die die gesetzlich vorgesehene Überlassungshöchstdauer auf bis zu 48 Monate ausdehnt. Im Gegenteil: Im Rahmen der tariflichen Vorgaben können an die jeweilige betriebliche Situation angepasste Betriebsvereinbarungen abgeschlossen werden. Die Regelungen zur Übernahmepflicht nach einem 24-monatigen oder einer von den Betriebsparteien vereinbarten anderen Frist sind zudem nicht weggefallen, sondern bleiben aufrechterhalten. Zukünftig kann somit in einer Betriebsvereinbarung eine längere Überlassungshöchstdauer geregelt werden. In derselben Betriebsvereinbarung kann zusätzlich vereinbart werden, dass nach einer bestimmten Zeit den in Leiharbeit Beschäftigten ein Übernahmeangebot zu unterbreiten ist. Beide Zeiträume können voneinander abweichen, die Frist zur Verpflichtung der Unterbreitung eines Übernahmeangebots kann somit kürzer sein als die vereinbarte Überlassungshöchstdauer. Die Betriebsparteien können zudem die Verpflichtung zur Unterbreitung eines Übernahmeangebots näher ausgestalten und z. B. regeln, unter welchen eindeutig festgelegten Bedingungen eine solche Übernahmeverpflichtung ausnahmsweise nicht besteht. Nur in Betrieben ohne Betriebsvereinbarung ist die Frist zur Unterbreitung eines Übernahmeangebots zwingend mit 24 Monaten vorgesehen.

Es wird sich also auch unter den erneut geänderten Regelungen zukünftig zeigen, ob und wie sich die Beschäftigung von in Leiharbeit Beschäftigten in tarifge-

80 Der Text bezieht sich auf den Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeit der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg vom 19. 5. 2012. In den übrigen Tarifgebieten wurden zwischenzeitlich ebenfalls Tarifverträge mit diesem Inhalt abgeschlossen.

81 Der Text bezieht sich auf den Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeit der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg vom 31. 5. 2017. In den übrigen Tarifgebieten wurden zwischenzeitlich ebenfalls die Tarifverträge entsprechend angepasst.



bundenen Betrieben verändert. Dies hängt nicht zuletzt auch davon ab, wie der Tarifvertrag zum Einsatz von Leiharbeit fortgesetzt und verändert werden kann und wie konsequent die Betriebsräte mit den Möglichkeiten, die ihnen der neue Tarifvertrag bietet, umgehen. Viele Betriebsräte haben die politische Handlungsnotwendigkeit längst erkannt, was insbesondere die im Organisationsbereich der IG Metall in den letzten Jahren abgeschlossenen betrieblichen Regelungen zur Regulierung von Leiharbeit (sog. **Besservereinbarungen**) zeigen. Eine Übersicht, auch zu den neu hinzugekommenen, Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats findet sich in diesem Zusammenhang in Kapitel V.



II. Werkverträge – Einsatz von Subunternehmen und Soloselbstständigen in den Betrieben

Es gibt einen Trend dahingehend, dass die Unternehmen verstärkt Subunternehmen in ihren Betrieben einsetzen, um den Personaleinsatz noch flexibler zu gestalten. Der Widerstand gegen den Einsatz von Leiharbeit in den Betrieben, macht es für die Unternehmen zunehmend schwieriger, das Instrument Leiharbeit einzusetzen. Üben die Betriebsräte konsequent ihre Mitbestimmung beim Einsatz von Leiharbeit in den Betrieben aus, erweist sich das Instrument für die Arbeitgeberseite nicht so flexibel und problemlos wie gewünscht. Gleichzeitig haben Streiks im Jahr 2012 gezeigt, dass die Kolleginnen und Kollegen in den Betrieben bereit sind, einen Arbeitskampf für die Eindämmung der Leiharbeit zu führen.

Der Leiharbeit wurde auch ein Dämpfer versetzt, weil die Dumpingtarifverträge der Christlichen Gewerkschaft für Zeitarbeit (CGZP) vom Bundesarbeitsgericht für rechtswidrig erklärt wurden. Die Zeitarbeitsfirmen, die die Tarifverträge der CGZP in ihren Arbeitsverträgen vereinbart hatten, werden nun Sozialversicherungsbeiträge nachzuzahlen haben und zwar in geschätzter Höhe von 300 Millionen Euro. Die Klagen die, die betroffenen Leiharbeitnehmer gegen ihre Arbeitgeber führen, haben Forderungen von insgesamt 3,5 Millionen Euro zum Gegenstand.⁸² Die Zeitarbeitsfirmen haben daraus zum Teil die Konsequenz gezogen, ihren Kunden nun so genannte Werkvertragsarbeit zur Verfügung zu stellen, um damit dem Grundsatz von equal pay auszuweichen und weiter Dumpinglöhne zahlen zu können.

Zahlen zu Werkverträgen

Genauere Untersuchungen, wie groß der Anteil an Beschäftigten im Rahmen von Werkverträgen ist, die der Flexibilisierung von Personaleinsatz dienen, bestehen nicht. Es gibt punktuelle Erhebungen, die auf das Ausmaß im Ganzen schließen lassen.

In der Automobilindustrie werden z. B. nur noch 23 % des Werts eines PKW von den Beschäftigten der Kernbelegschaft geschaffen, die übrigen 77 % werden von den Beschäftigten anderer Unternehmen hergestellt.⁸³ Eine Umfrage der IG Me-

⁸² www.wirtschaft.t-online.de vom 11.6.2012.

⁸³ Arbeitsmarkt aktuell DGB, Nr. 5/Juni 2012.



tall, an der sich 4938 Betriebsräte beteiligt haben, hat gezeigt, dass in 40 % der befragten Betriebe Werkverträge dazu benutzt werden, die Arbeit flexibler für die Unternehmen zu gestalten.⁸⁴ Die Spitze des Eisbergs stellt wohl die Lebensmittelbranche dar, hier haben Untersuchungen gezeigt, dass 90 % der Beschäftigten in Schlachthöfen nicht bei dem Schlachthofbetreiber angestellt sind, sondern im Rahmen von Werkverträgen arbeiten.⁸⁵ Die Lohndifferenz der im Schlachthof Beschäftigten beträgt bis zu 10,00 Euro pro Stunde.

Seit der Einführung von Hartz IV hat auch die Zahl der »Soloselbstständigen« ständig zugenommen. Dies wurde durch die so genannten Ich-AGs gefördert. Während 1998 noch 3,25 Mio. Menschen als Selbstständige (davon 1,38 Mio. ohne eigene Mitarbeiter) tätig waren, stieg die Zahl im Jahr 2010 auf 4,14 Mio. (davon 2,3 Mio. ohne eigene Mitarbeiter) deutlich an.⁸⁶

Eine Untersuchung der IG Metall hat gezeigt, dass die Vergabe von Werkverträgen in den Jahren 2009 bis 2011 deutlich zugenommen hat. Das haben 28 % der von der IG Metall befragten Betriebe deutlich feststellen können. Insgesamt 59 % der Betriebe gab an, dass Werkverträge zum Alltag gehören.⁸⁷

Dieser hohe Trend an Selbstständigen hält unverändert an. 2015 waren ca. 3,75 Millionen als Selbstständige beschäftigt. Dies entsprach einem Anteil von 9 % an der Gesamtanzahl der Erwerbstätigen. Ca. 2 Millionen von diesen waren als Solo-Selbstständige tätig, hatten also keine eigenen Mitarbeiter. Dies entspricht einem Anteil von 54,7 % an der Gesamtzahl der Selbstständigen.⁸⁸ Im Jahr 1995 betrug der Anteil der Solo-Selbstständigen gegenüber allen Selbstständigen noch 45,2 %, ⁸⁹ so dass gerade die Anzahl der Solo-Selbstständigen besonders angestiegen ist. Die Einkommensdifferenz zwischen den Solo-Selbstständigen gegenüber den Festangestellten betrug 20 %. Das Risiko, in einer Solo-Selbstständigkeit beschäftigt zu sein, ist vor allem bei den unter 25-jährigen besonders hoch. Signifikante Risiken gibt es aus für Frauen, Migranten und Geringqualifizierte.⁹⁰

Die Subunternehmen und Soloselbstständigen werden im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen von den Unternehmen beauftragt.

84 Ebenda, Klebe, Werkverträge – ein neues Dumpingmodell?, AiB 2012, 559.

85 Ebenda.

86 Böckler Impuls 5/2011.

87 Presseerklärung der IG Metall vom 28.9.2012.

88 IAB Kurzbericht 1/2017 (Autoren Dr. Hans Dietrich und Alexander Patzina).

89 IAB Kurzbericht 1/2017 (Autoren Dr. Hans Dietrich und Alexander Patzina).

90 IAB Kurzbericht 1/2017 (Autoren Dr. Hans Dietrich und Alexander Patzina).



**Definition des
Werkvertrags**

Das Kennzeichen eines Werk- oder Dienstvertrages ist, dass der Subunternehmer oder der Solo-Selbstständige ein bestelltes Werk oder eine Dienstleistung zu erbringen hat. Während der Arbeitnehmer nur die Arbeitsleistung schuldet, schuldet der Subunternehmer oder der Solo-Selbstständige ein Ergebnis. Er haftet für den Erfolg. Im Gegensatz zum Arbeitnehmer, der weisungsgebunden arbeitet, sind der Subunternehmer und der Solo-Selbstständige frei in ihrer Entscheidung, wie sie den geschuldeten Erfolg erreichen.

1. Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Scheinwerkvertrag

In der Realität bereitet die Abgrenzung zwischen echten Werk- oder Dienstleistungsverträgen und illegaler Arbeitnehmerüberlassung zunehmend Schwierigkeiten.

In der betrieblichen Praxis sind die Beschäftigten der Subunternehmer oftmals so eng in den Produktionsprozess eingebunden, dass sie nur schwer oder gar nicht von den Beschäftigten der Kernbelegschaft unterschieden werden können oder die Produktion nicht ohne die Subunternehmer erfolgreich sein könnte.

Eine zentrale Frage für die Betriebsratsarbeit ist die Frage, ob überhaupt ein echter Werk- oder Dienstvertrag vorliegt. Die Frage ist deshalb so zentral, weil sich daran entscheidet, ob der Betriebsrat echte Mitbestimmungsrechte für diese Beschäftigten ausüben kann oder weitgehend auf Informations- und Auskunftsrechte beschränkt ist (siehe auch Kapitel V. Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats). Die Vergabe bestimmter Arbeiten an Subunternehmer kann eine Betriebsänderung darstellen, wenn z.B. ein Betriebsteil abgespalten wird oder eine wesentliche Einschränkung einer Betriebsabteilung stattfindet. Dann ist das Unternehmen verpflichtet, mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich zu verhandeln (§ 111 BetrVG). In den meisten Fällen ist die Vergabe von Arbeiten an Subunternehmen aber eher ein schleichender Prozess und die Betriebsräte bleiben außen vor. Oftmals haben noch nicht einmal die Personalabteilungen der Unternehmen einen Überblick über den Einsatz von Beschäftigten im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages, da hierfür der Einkauf zuständig ist. Dieses Phänomen wird oftmals als Ausrede dafür herangezogen, dass es nicht möglich sei, den Auskunftsanspruch des Betriebsrats nach § 80 Abs. 2 BetrVG zu erfüllen, weil man selbst nicht wisse, wer so alles auf dem Werksgelände beschäftigt sei.

**Gesetzliche
Definition des
Arbeitsvertrags**

Die Zunahme vor allem der Solo-Selbstständigen und die Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitsvertrag haben den Gesetzgeber erwo-gen, erstmals den Arbeitsvertrag gesetzlich zu definieren. Seit dem 1. 4. 2017 regelt



der neu eingeführte § 611a BGB, was ein Arbeitsvertrag ist. Ein Arbeitsvertrag liegt hiernach dann vor, wenn der Arbeitnehmer weisungsgebunden und fremdbestimmt in persönlicher Abhängigkeit zur Erbringung der Arbeit bestimmt ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen, wobei die Weisungsgebundenheit so definiert ist, dass der Arbeitnehmer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit nicht frei bestimmen kann. Dabei ist der Grad der persönlichen Abhängigkeit auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit abhängig. Bei der Feststellung, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, kommt es nicht auf die Bezeichnung des Vertrags an, sondern auf die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, also die tatsächlich gelebte Praxis. Ferner sind bei der Feststellung, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, alle Umstände in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen. Schließlich regelt § 611a Abs. 2 BGB, dass der Arbeitgeber zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist.

Mit dieser gesetzlichen Definition hat der Gesetzgeber die langjährige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Abgrenzung von selbstständiger Tätigkeit und einem Arbeitsvertrag aufgegriffen und in einem Paragraphen des BGB schlagwortartig zusammengefasst. Eine wirkliche Erleichterung oder Konkretisierung der Abgrenzung zwischen Arbeitsverhältnis einerseits und Werkvertrag andererseits ist durch diese gesetzliche Definition nicht erfolgt. In das Gesetz wurde noch nicht einmal eine Vermutungsregelung aufgenommen, wonach bei Vorliegen bestimmter Indizien oder Anhaltspunkte von einem Arbeitsverhältnis oder einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung auszugehen ist.⁹¹ Ob die restriktive Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts durch die Einführung des § 611a BGB eine Veränderung erfahren wird, ist daher fraglich. Es bleibt also vorerst bei den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Abgrenzung von Werkverträgen und illegaler Arbeitnehmerüberlassung.

Das Bundesarbeitsgericht ist mit seiner Rechtsprechung so restriktiv, dass es zunehmend schwerer fällt, den Unterschied zwischen »Überlassen von Arbeitsleistung« (das Kennzeichen der Arbeitnehmerüberlassung und damit einer Tätigkeit im Rahmen eines Arbeitsvertrags) und echten Werkverträgen herauszuarbeiten. Die Rechtsprechung kommt damit den Arbeitgebern sehr gelegen, die zunehmend Werk- oder Dienstverträge abschließen, um noch flexibler und billig Arbeitsleistung einkaufen zu können.

Abgrenzungskriterien: Werkvertrag – illegale Arbeitnehmerüberlassung

Es liegt immer dann ein »Scheinwerkvertrag« vor, wenn der Beschäftigte des Subunternehmens oder der Solo-Selbstständige in den Betrieb, in dem er beschäftigt wird, eingegliedert wurde.

91 Diese Kritik teilt auch: Ulber, Jürgen: Das neue AÜG, in: AiB Heft 2017, 27, 30.



So hat das Bundesarbeitsgericht bereits 1994 entschieden, dass der Betriebsrat nach § 99 BetrVG zu beteiligen ist und eine Einstellung i. S. d. Betriebsverfassungsgesetzes vorliegt, wenn die Beschäftigten in den Betrieb eingegliedert werden und zwar unabhängig davon, ob der Beschäftigung ein Werk- oder Dienstvertrag zu Grunde liegt.⁹²

Und so führt das Bundesarbeitsgericht unter Bestätigung seiner Rechtsprechung 2001 zur Eingliederung von Beschäftigten in den Betrieb aus: »Dazu ist jedenfalls erforderlich, dass diese gemeinsam mit den im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmern eine Tätigkeit zu verrichten haben, die ihrer Art nach weisungsgebunden ist, der Verwirklichung des arbeitstechnischen Zwecks des Betriebes dient und daher vom Arbeitgeber organisiert werden muss. Die Personen müssen so in die betriebliche Arbeitsorganisation integriert werden, dass der Arbeitgeber das für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsrecht innehat und die Entscheidung über den Einsatz auch nach Ort und Zeit trifft. Er muss diese Arbeitgeberfunktion wenigstens im Sinne einer aufgespaltenen Arbeitgeberstellung teilweise ausüben.«⁹³

Im Mittelpunkt der Beurteilung, ob ein Scheinwerkvertrag oder eine Scheinselbstständigkeit vorliegt, steht damit die Frage, wer das Weisungsrecht im Hinblick auf die Erfüllung der Leistung ausübt bzw. wie frei der Auftragnehmer des Werk- oder Dienstvertrags in der Erfüllung seiner Aufgaben ist. Es empfiehlt sich aber bei der Beurteilung der Frage in drei Schritten vorzugehen:

a) Handelt es sich bei dem Vertrag um einen Werk- oder Dienstvertrag?

Vorlage des Vertrags

— Zunächst stellt sich die Frage, ob der vereinbarte Vertrag überhaupt ein Werk- oder Dienstvertrag ist. Der Betriebsrat hat das Recht, diesen Werk- oder Dienstvertrag vorgelegt zu bekommen.⁹⁴

Leistungsgegenstand

— Sodann ist der Leistungsgegenstand zu beurteilen: Während die Verpflichtung eines Arbeitnehmers in der Erbringung seiner Tätigkeit besteht, die er höchstpersönlich erbringen muss, schuldet der Werkunternehmer bzw. Soloselbstständige einen Erfolg. Damit ist Vertragsgegenstand eines Werk- oder Dienstvertrags ein abgrenzbarer Leistungsgegenstand.⁹⁵ Bei Erbringen dieser Leistung kann sich der Werkunternehmer in der Regel eines Dritten bedienen. Je weniger abgrenzbar die geschuldete Leistung des Be-

92 BAG, Beschluss v. 18.10.1994, 1 ABR 9/94, EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 124.

93 BAG, Beschluss v. 11.9.2001, 1 ABR 14/01, AiB Newsletter 2002, 1.

94 Das ergibt sich aus seinem Informationsanspruch nach § 80 Abs. 2 BetrVG und wurde durch das BAG bereits 1991 bestätigt: BAG, Beschluss v. 9.7.1991, 1 ABR 45/90, in: AiB 1992, 51–52.

95 BAG v. 19.11.1997, 5 AZR 653/96, in: AiB 1998, 294 ff.



schäftigten ist, desto mehr spricht für das Vorliegen eines Scheinwerk- oder Dienstvertrages.

- Das Tragen eines unternehmerischen Risikos ist ein weiteres Abgrenzungsmerkmal. Während der Arbeitnehmer typischerweise kein unternehmerisches Risiko trägt, übernimmt der Soloselbstständige bzw. der Werkunternehmer das unternehmerische Risiko seiner Tätigkeit vollständig. Dabei ist genau zu prüfen, ob der zu Grunde liegende Vertrag genügend Spielraum für eigene Entscheidungen lässt.⁹⁶ Muss beispielsweise Ware in einem bestimmten Umfang zu einem vorgegebenen Preis übernommen werden und darf diese wiederum nur zu einem bestimmten vorgegebenen Preis weitergegeben werden, spricht dies für wenig eigenen Entscheidungsspielraum und damit für das Vorliegen eines Scheinwerkvertrages.

Unternehmerisches
Risiko

b) Entspricht der Einsatz der Beschäftigten dem abgeschlossenen Vertrag?

- Nachdem man zu dem Schluss gekommen ist, dass der vorgelegte Vertrag tatsächlich einem Werk- oder Dienstvertrag entspricht, schließt sich unmittelbar die Frage an, ob der Vertrag auch tatsächlich so gelebt wird, wie er auf dem Papier beschrieben wurde. Es kommt nicht darauf an, wie der Vertrag bezeichnet wurde, sondern wie er tatsächlich ausgeführt wird.⁹⁷

c) Liegen weitere Umstände vor, die eine Arbeitnehmerüberlassung vermuten lassen?

- Ein erstes Indiz kann der Einsatz der Arbeitsmittel sein: Während im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses typischerweise der Arbeitgeber die Arbeitsmittel zur Verfügung stellt, muss der Soloselbstständige bzw. der Werkunternehmer die notwendigen Arbeitsmittel selbst organisieren und auf seine Kosten einsetzen.⁹⁸
- Ein wichtiges Abgrenzungsmerkmal ist die Eingliederung der Beschäftigten des Subunternehmers oder des Soloselbstständigen in die fremde Betriebsorganisation. Ist der Beschäftigte in eine fremde, von einem Dritten vorgegebene Arbeitsorganisation eingebunden, muss er sich also in vorgegebene betriebliche Arbeitsabläufe einfügen und an vorgegebene betriebliche Strukturen anpassen, ist von einem Scheinwerkvertrag auszugehen.⁹⁹ Dies kann dadurch zum Ausdruck kommen, dass der Beschäftigte in Dienstpläne aufgenommen wird und ihm Arbeitsabläufe und der Einsatz von Arbeitsmitteln vorgegeben werden sowie dadurch, dass er seinen Ur-

Arbeitsmittel

Eingliederung
in Betriebs-
organisation

96 BAG v. 19. 11. 1997, 5 AZR 653/96, in: AiB 1998, 294 ff.

97 Ständige Rechtsprechung des BAG v. 12. 9. 1996, 5 AZR 104/05, in: NZA 1997, 600 ff.

98 BAG v. 19. 11. 1997, 5 AZR 653/96, in: AiB 1998, 294 ff.

99 BAG v. 12. 9. 1996, 5 AZR 104/95, in: NZA 1997, 600 ff.



Weisungsgebundenheit

- laub mit dem Einsatzbetrieb absprechen muss und sich nicht bei seinem Arbeitgeber, sondern im Einsatzbetrieb krankmelden muss.
- Wichtigstes Abgrenzungsmerkmal ist jedoch die **Weisungsgebundenheit**. Der Arbeitnehmer unterliegt bei der Durchführung seiner Tätigkeit den Anweisungen und Vorgaben des Arbeitgebers. Der Soloselbstständige bzw. der Werkunternehmer ist frei von Weisungen und entscheidet selbstständig über seine Arbeitsweise. Der Arbeitnehmer ist dagegen dem Weisungsrecht (auch Direktionsrecht genannt) des Arbeitgebers unterworfen, das sich auf Inhalt, Durchführung, Zeit, Ort und Dauer der Tätigkeit sowie die sonstigen Arbeitsumstände bezieht.¹⁰⁰ Je stärker der Beschäftigte bei Ausübung seiner Tätigkeit fremden Vorgaben hinsichtlich der (Arbeits-)Zeit, des Orts und der Dauer sowie der Art und Weise seiner Tätigkeit folgen muss, umso mehr spricht dafür, dass ein Scheinwerkvertrag vorliegt. Insbesondere, wenn das Weisungsrecht durch Vorgesetzte des Betriebs und nicht durch Vorgesetzte des Subunternehmers ausgeübt wird, ist das ein starkes Indiz dafür, dass der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert wurde. Ein weiteres starkes Indiz ist auch, ob der Beschäftigte seine Tätigkeit mit anderen, ebenfalls weisungsgebundenen Beschäftigten ausüben muss und mit diesen Hand in Hand arbeitet.

Letztendlich müssen alle gefundenen Indizien und Umstände in einem betrachtet und bewertet werden, um den Schluss zu ziehen, dass hier eine Scheinselbstständigkeit oder ein Scheinwerkvertrag vorliegt. Ist das der Fall, ist von einer abhängigen Beschäftigung im Rahmen eines Arbeitsvertrags oder eines illegalen Arbeitnehmerüberlassungsvertrags auszugehen, so dass dem Betriebsrat alle Mitbestimmungsrechte hinsichtlich dieser Beschäftigten zustehen, zumindest jedoch die Mitbestimmungsrechte, die ihm auch bei in Leiharbeit Beschäftigten zur Seite stehen.

2. Statusklage

Statusklage Jeder so genannte Solo-Selbstständige hat das Recht, vor dem Arbeitsgericht die Frage klären zu lassen, ob er als freier Mitarbeiter oder als Arbeitnehmer tätig ist. Dieses Verfahren nennt man **Statusklage**, da der Status des Beschäftigten als Arbeitnehmer überprüft wird. Führt ein solches Verfahren im Rahmen der Gesamtbetrachtung der Umstände dazu, dass keine Selbstständigkeit vorliegt, sondern eine solche nur zum Schein vorgegeben ist, liegt ein Arbeitsverhältnis vor und der

¹⁰⁰ BAG v. 20.8.2003, 5 AZR 610/02, in: NZA 2004, 39 f.; BAG v. 19.1.2005, 5 AZR 644/98, in: NZA 2000, 1102 ff.



Beschäftigte ist ein Arbeitnehmer. Er ist wie ein solcher zu behandeln und zwar sowohl in arbeitsrechtlicher als auch in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht. Insbesondere hat der Beschäftigte dann Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Darüber hinaus sind selbstverständlich Beiträge zur Sozialversicherung (Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung) abzuführen.

3. **Klage auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses zum Einsatzbetrieb**

Jeder Beschäftigte eines Subunternehmens, das in Wirklichkeit keinen Werkvertrag mit dem Einsatzunternehmen geschlossen hat, sondern faktisch Arbeitnehmerüberlassung betrieben hat, hat das Recht, feststellen zu lassen, mit wem er nun ein Arbeitsverhältnis hat. Hatte der Subunternehmer keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, dann ist ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Beschäftigten und dem Einsatzbetrieb entstanden.

Feststellungsklage



III. Befristete Arbeitsverhältnisse und ihre rechtlichen Grundlagen

Die befristet Beschäftigten zählen ebenfalls zu den Arbeitnehmern in prekären Beschäftigungsverhältnissen. Auch dieser Beschäftigtengruppe werden Arbeitnehmerschutzvorschriften vorenthalten, was ihre Arbeitsverhältnisse nicht nur auf eine bestimmte Dauer befristet, sondern auch unsicher macht.

Zwar verbietet das Gesetz über Teilzeit und befristete Arbeitsverträge (im Folgenden kurz: TzBfG) jede Diskriminierung und Ungleichbehandlung von befristet Beschäftigten, solange das Arbeitsverhältnis besteht. Die Praxis sieht jedoch oft ganz anders aus.

Befristung in Zahlen

Nach einer Erhebung des Statistischen Bundesamts ist festzustellen, dass die Zahl der so genannten atypischen Beschäftigungsverhältnisse stetig zunimmt und sich auf einem hohen Niveau bewegt. Allerdings ist weniger eine Ausweitung der Befristungen festzustellen. Diese Zahlen bleiben eher konstant. Dafür erhöht sich die Zahl der Leiharbeiter. Im Jahre 2015 betrug die Befristungsquote 8,5 % der Gesamtbeschäftigtenzahl, wobei in dieser Quote die unter 25-Jährigen nicht berücksichtigt sind. Bei 58 % der befristet Beschäftigten betrug die Laufzeit der Befristung weniger als ein Jahr, bei 20 % betrug die Laufzeit weniger als zwei Jahre.¹⁰¹ Die Quote befristet Beschäftigter ist unter den Beschäftigten, die jünger als 25 Jahre alt sind, sicher höher, da der berufliche Einstieg oft nur über befristete Beschäftigungen möglich ist. Das Statistische Bundesamt meldete im Jahre 2010, dass 714.000 der Erwerbstätigen unter 25 Jahren befristet beschäftigt sind, das waren ca. 44,75 %.¹⁰² Neuere, vom Statistischen Bundesamt veröffentlichte Zahlen liegen nicht vor.

Auch die befristet Beschäftigten werden zu Recht zu den prekären Beschäftigungsverhältnissen gerechnet, denn diese Form der Beschäftigung bietet weniger Sicherheit für die Lebensplanung und führt zusätzlich zu weiteren Nachteilen.

Die Zahlen zeigen auch, dass die Befristungen auch zunehmend ein Instrument sind, jungen Frauen den Schutz des Mutterschutzgesetzes und des Elternzeit-

¹⁰¹ Statistisches Bundesamt Deutschland, www.destatis.de; Statistik »befristet Beschäftigte«, Abrufdatum 24.2.2017.

¹⁰² Statistisches Bundesamt Deutschland, www.destatis.de; Statistik »Atypische Beschäftigung«, Abrufdatum 24.2.2017.



gesetzes vorzuenthalten, denn wenn die Befristung endet, geht der Arbeitsplatz trotz Schwangerschaft oder Elternzeit verloren.

Eine Erhebung des statistischen Landesamts Baden-Württemberg zeigt, dass befristete Beschäftigte auch durchweg schlechter bezahlt werden als unbefristet Beschäftigte. Im Oktober 2006 betrug der durchschnittliche Stundenlohn aller in Baden-Württemberg befristet Beschäftigten 14,18 Euro. Der durchschnittliche Stundenlohn aller unbefristet Beschäftigten dagegen 19,63 Euro.¹⁰³

1. Wann liegt ein befristetes Arbeitsverhältnis vor?

Von einem befristeten Arbeitsverhältnis spricht man, wenn ein Arbeitsvertrag nicht auf unbestimmte Dauer abgeschlossen wurde. Der Regelfall des befristeten Arbeitsvertrages ist, dass zwischen den Vertragsparteien ein nach dem Kalender bestimmtes Ende vereinbart wurde. Üblicherweise wird dieser Endtermin, z. B. der 31.10.2017, in den Arbeitsvertrag aufgenommen. Denkbar ist aber auch eine Vereinbarung, die folgendermaßen lautet: »Das Arbeitsverhältnis endet mit Erreichen des 65. Lebensjahres des Arbeitnehmers«. Auch dieses Ende ist nach dem Kalender bestimmbar.

Begriff der
Befristung

Eine Befristung liegt auch dann vor, wenn der Arbeitsvertrag bei Erreichung eines bestimmten Zwecks endet. Dieser Fall ist in der Praxis eher selten. Es ist aber denkbar, einen Arbeitsvertrag wegen einer Krankheitsvertretung abzuschließen und dessen Ende daran zu knüpfen, dass der erkrankte Arbeitnehmer wieder arbeitsfähig ist. Dieses Arbeitsverhältnis endet dann, wenn die Krankschreibung des Kollegen oder der Kollegin endet und zwar 14 Tage, nachdem der Arbeitgeber den Arbeitnehmer schriftlich über die Arbeitsfähigkeit des ehemals erkrankten Kollegen unterrichtet hat (§ 15 Abs. 2 TzBfG).

2. Zulässigkeit der Befristung

Jede Befristung bedarf gemäß § 14 Abs. 4 TzBfG der Schriftform und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Befristung mit sachlichem Grund oder um eine sachgrundlose Befristung handelt. Das bedeutet, dass der befristete Arbeitsvertrag von beiden Vertragsparteien unterschrieben sein muss.

Schriftform

103 Statistisches Landesamt Baden-Württemberg 2011, www.statistik-bw.de.



2.1 Die Befristung mit sachlichem Grund

Sachgrund Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses ist nach § 14 Abs. 1 TzBfG immer zulässig, wenn ein sachlicher Grund für die Befristung vorliegt. Es ist entgegen einer weit verbreiteten falschen Auffassung also durchaus möglich, einen Arbeitnehmer über viele Jahre hinweg mit befristeten Verträgen zu beschäftigen, ohne dass hier rechtsunwirksame Kettenbefristungen vorliegen. Einzige Bedingung für solche Verträge ist das Vorliegen eines sachlichen Grundes. So kann ein zunächst nur kalendermäßig befristetes Arbeitsverhältnis erneut befristet werden, wenn ein sachlicher Grund zur Befristung vorliegt. Das Gesetz selbst zählt acht **Sachgründe** auf, die eine Befristung rechtfertigen können. Die Aufzählung ist aber nicht abschließend:

- Vorübergehender Bedarf**
1. Ein sachlicher Grund liegt vor, wenn der **betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend** besteht. Das ist z. B. bei Saisonarbeit der Fall: Eine Speisegaststätte betreibt im Sommer zusätzlich ein Gartenlokal und benötigt dafür zusätzlich Personal. Zusätzliche Projektarbeit, die vorübergehend ist. Ein außergewöhnlicher Auftrag erfordert zusätzliche Arbeitskräfte. In jedem Fall muss der Arbeitgeber eine Prognose stellen, ob der Arbeitsaufwand tatsächlich nur vorübergehend angestiegen ist. Allein die Ungewissheit über den künftigen Arbeitskräftebedarf und die künftige Auslastung des Betriebs rechtfertigen den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags jedoch nicht.¹⁰⁴
- Anschluss an Ausbildung**
2. Ein weiterer Sachgrund liegt vor, wenn die Befristung **im Anschluss an eine Ausbildung oder an ein Studium** erfolgt, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern. Es muss sich um die erste Beschäftigung nach dem Studium oder dem Ausbildungsverhältnis handeln.
- Vertretung**
3. Auch der **Vertretungsfall** stellt einen sachlichen Grund zu Befristung dar. Für den Fall, z. B. der Krankheit oder der Elternzeit einer oder eines Beschäftigten aus der so genannten Stammebelegschaft, kann eine Vertretung befristet eingestellt werden. Dabei muss sich die Dauer der Befristung nicht an der Dauer der Elternzeit oder der voraussichtlichen Krankheitsdauer orientieren. Die Befristung kann auch durchaus für kürzere Zeit abgeschlossen werden. Der Fall einer Justizangestellten, die insgesamt 13 hintereinander geschaltete befristete Verträge hatte, lag dem Europäischen Gerichtshof vor. Es stellt sich nämlich die Frage, ob man wirklich noch von einem Vertretungsfall sprechen kann, wenn ein Arbeitnehmer sozusagen eine Vertretung nach der anderen absolviert. Das ist gerade im öffentlichen Dienst kein seltener Fall. Nach der

104 BAG v. 22. 3. 2000, 7 AZR 758/98, in AiB-Telegramm 2000, 61.



bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts war die Befristung eines Arbeitsverhältnisses auch mehrmals hintereinander zulässig, wenn jedes Mal ein Fall einer Vertretung vorliegt. Diese Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist massiv in die Kritik geraten. Die europäische Richtlinie über befristete Arbeitsverträge (RL 1999/70/EG) fordert von den Mitgliedsstaaten, wirksame Maßnahmen zu ergreifen, um den Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge zu vermeiden. Es kann nicht angehen, dass ein ständiger Vertretungsbedarf durch befristete Arbeitsverträge gedeckt wird und Arbeitnehmer oftmals jahrelang, manchmal auch jahrzehntelang, befristet beschäftigt werden. Das Bundesarbeitsgericht hatte deshalb den oben beschriebenen Fall dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Dieser hat am 26.1.2012 entschieden, dass allein auf Grund der Vielzahl von befristeten Verträgen noch nicht darauf geschlossen werden kann, dass in Wirklichkeit kein Vertretungsfall und damit keine wirksame Sachgrundbefristung angenommen werden kann. Allerdings müssen bei der Beurteilung der Frage, ob die Befristung noch gerechtfertigt ist, die Gesamtzahl der Verträge und die Dauer der Beschäftigung berücksichtigt werden.¹⁰⁵ Auf Grund dieser Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs hat das Bundesarbeitsgericht seine bisherige Rechtsprechung geändert. Das Bundesarbeitsgericht verlangt nunmehr, dass in Fällen der Sachgrundbefristung immer eine Rechtsmissbrauchs-kontrolle durchzuführen ist. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls und insbesondere die Gesamtdauer der Befristung sowie die Anzahl der aufeinanderfolgenden befristeten Verträge zu berücksichtigen. Von Bedeutung ist ferner, ob die befristete Beschäftigung stets auf demselben Arbeitsplatz und mit den gleichen Tätigkeiten erfolgt. In zeitlicher Hinsicht ist ein Anhaltspunkt für einen Rechtsmissbrauch dann gegeben, wenn die zeitliche Grenze von zwei Jahren und insgesamt vier befristeten Verträgen (§ 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG) in erheblichen Maß überschritten wird.¹⁰⁶ Dies hat zur Folge, dass jedenfalls die Fälle der **Kettenbefristung** auf Grund von Vertretungsfällen restriktiver gehandhabt werden müssen.

4. Wenn die **Eigenart der Arbeitsleistung** die Befristung rechtfertigt, liegt ebenfalls ein sachlicher Grund vor. Diese Vorschrift ist auf Rundfunkanstalten, Theater, Opern etc. zugeschnitten. Es soll möglich sein, z. B. programmgestaltende Mitarbeiter bei Funk und Fernsehen nur für eine bestimmte Programmperiode zu beschäftigen, um Abwechslungsreichtum und Vielfalt in der Programmgestaltung zu gewährleisten. Gleiches gilt für Sänger und Schauspieler. Aber auch Trainer von Sportmannschaften können hierunter fallen.

Eigenart der
Arbeitsleistung

105 EuGH, Urteil v. 26.1.2012, C- 586/10, Küçük, AuR 2012, 86.

106 BAG v. 19.2.2014, 7 AZR 260/12, EzA § 14 TzBfG Nr. 103.



- Probebeschäftigung** 5. Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses kann **zur Erprobung** gerechtfertigt sein. Zu Beginn eines jeden Arbeitsverhältnisses ist es üblich, eine Probezeit zu vereinbaren. Eine mögliche Fallgestaltung dabei ist, dass das Arbeitsverhältnis zunächst auf z. B. sechs Monate befristet wird, um festzustellen, ob der Arbeitnehmer den Anforderungen gewachsen ist. Bei einer solchen Fallgestaltung muss der Arbeitgeber keine Kündigung aussprechen, wenn er den Kandidaten für ungeeignet hält. Das Arbeitsverhältnis endet einfach nach sechs Monaten.
- Gründe in der Person des Beschäftigten** 6. Wenn **in der Person des Arbeitnehmers** Gründe vorliegen, die eine Befristung rechtfertigen, ist das ein ebenfalls sachlicher Grund. In der arbeitsrechtlichen Literatur wird hier regelmäßig als möglicher Grund der eigene Wunsch des Arbeitnehmers angegeben, das Beschäftigungsverhältnis zu befristen. Sehr praxisrelevant ist das allerdings nicht, denn kaum eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer wünscht sich eine befristete Beschäftigung. Denkbar ist hier eine Befristung, weil der Arbeitnehmer lediglich eine befristete Arbeitserlaubnis besitzt.
- Finanzierung aus Haushaltsmitteln** 7. Als siebten Sachgrund umfasst das Gesetz solche Fälle, in denen der Arbeitnehmer aus **Haushaltsmitteln** vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind und er entsprechend beschäftigt wird. Diese Vorschrift trifft hauptsächlich Beschäftigte im Öffentlichen Dienst. Wenn der Haushaltsplan nur bestimmte Mittel für ein bestimmtes Projekt ausweist, dann rechtfertigt das eine befristete Anstellung. Die allgemeine Unsicherheit, ob der Haushaltsplan im nächsten Jahr noch genügend Mittel vorsieht oder mit einer Kürzung zu rechnen ist, kann allerdings nicht zur Begründung einer Befristung herangezogen werden.

Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass dieser Befristungsgrund nur dann gerechtfertigt ist, wenn der Haushaltsplangeber nicht mit dem Arbeitgeber identisch und darüber hinaus auch demokratisch legitimiert ist. So wurde nicht anerkannt, dass sich die Bundesagentur für Arbeit gegenüber ihren Beschäftigten auf den Sachgrund der Haushaltsmittelbefristung beruft. Denn sie ist sowohl die Körperschaft, die den Haushaltsplan aufstellt, als auch der Arbeitgeber, der befristet Beschäftigten. Darüber hinaus ist sie auch nicht demokratisch legitimiert, einen Haushaltsplan aufzustellen, wie z. B. eine Kommune.¹⁰⁷

Das Bundesarbeitsgericht hat bereits 2010 dem Europäischen Gerichtshof einen Fall zur Entscheidung vorgelegt, indem ebenfalls eine Justizangestellte 13 befristete Verträge hintereinander erhalten hat. Die Befristungen waren damit be-

¹⁰⁷ BAG v. 9. 3.2011, 7 AZR 47/10, in EZA-SD 2011, Nr. 6.



gründet worden, dass der Haushaltsplan des Landes nur Mittel für eine befristete Beschäftigung der Arbeitnehmerin vorsieht. Der Europäische Gerichtshof sollte entscheiden, ob dieser Befristungsgrund »Vergütung aus Haushaltsmitteln, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind« gegen die Richtlinie 1999/70/EG verstößt. Denn hier handelt es sich um einen Befristungsgrund, der nur dem öffentlichen Dienst zur Verfügung steht und dies könnte gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen, weil der Befristungsgrund Arbeitgebern der Privatwirtschaft nicht zur Verfügung steht. Das Verfahren vor dem EuGH hat sich jedoch erledigt, weil Arbeitgeber und Arbeitnehmerin sich geeinigt haben, den Rechtsstreit nicht weiterzuführen.¹⁰⁸

8. Eine Befristungsabrede kann in **einem gerichtlichen Vergleich** wirksam getroffen werden. Wird z. B. in einem Kündigungsschutzprozess um die Weiterbeschäftigung gestritten, endet dies oftmals darin, dass die Parteien einen Vergleich abschließen, in dem in aller Regel eine Abfindungssumme vereinbart wird. Nicht selten wird aber auch die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bis zu einem bestimmten Zeitpunkt über die Kündigungsfrist hinaus vereinbart. Dieses Arbeitsverhältnis ist dann befristet bis zum vereinbarten Ende. Ein solcher Vergleich wäre ohne Sachgrund nicht möglich, da ansonsten das so genannte Anschlussverbot der sachgrundlosen Befristung gelten würde.¹⁰⁹ Das Gesetz hat den gerichtlichen Vergleich deshalb in die Liste der Sachgründe für eine Befristung des Arbeitsverhältnisses aufgenommen.

Befristung durch Vergleich

Auch **andere Sachgründe** sind denkbar. Das Gesetz zählt sie nicht abschließend auf. Ein weiterer Grund könnte z. B. sein, dass das Arbeitsverhältnis bei Eintritt der vollen Erwerbsminderung endet.¹¹⁰

Andere Sachgründe

2.2 Die kalendermäßige Befristung ohne Sachgrund

Das TzBfG erlaubt den Arbeitgebern auf der Grundlage des § 14 Abs. 2, Arbeitsverhältnisse ohne sachlichen Grund für die Dauer von längstens 24 Monaten zu befristeten.

Zeitbefristung

Die Voraussetzung dafür ist aber, dass zuvor zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer noch kein Arbeitsverhältnis, sei es befristet oder unbefristet gewesen, bestanden hat. Das so genannte **Anschlussverbot** soll verhindern, dass

Anschlussverbot

108 BAG v. 27.10.2010, 7 AZR 485/09, EzA § 14 TzBfG Nr. 71.

109 Siehe Abschnitt »Die kalendermäßige Befristung ohne Sachgrund« unter III.2.2.

110 BAG v. 1.12.2004, 7 AZR 135/04, in: EzA § 620 BGB 2002 Bedingung Nr. 3.



Befristungsketten entstehen, ohne dass dafür ein sachlicher Grund vorliegt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist es nicht relevant, wie lange das vorangegangene Arbeitsverhältnis schon beendet ist. Hat irgendwann einmal ein Arbeitsverhältnis mit diesem Arbeitgeber bestanden, kann eine sachgrundlose Befristung nicht mehr wirksam vereinbart werden.

Das Bundesarbeitsgericht hat am 6.4.2011 entgegen dem Wortlaut des Gesetzes entschieden, dass das Anschlussverbot nicht mehr gilt, wenn zwischen der ersten Befristung und der zweiten Befristung mindestens drei Jahre liegen.¹¹¹ Man muss daher seither in das Gesetz hineinlesen, dass eine sachgrundlose Befristung mit demselben Arbeitgeber nur dann zulässig ist, wenn in den letzten drei Jahren zu diesem Arbeitgeber kein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Kein früheres Arbeitsverhältnis hat bestanden, wenn der Beschäftigte zuvor als Leiharbeiter in dem Betrieb beschäftigt war, denn Leiharbeiter haben ein Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher, nicht mit dem Entleiher.

Auch wenn der Betrieb im Wege des Betriebsübergangs auf einen früheren Arbeitgeber übergegangen ist, bestand kein Arbeitsverhältnis mit dem Übernehmer, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Betriebsübergang beendet worden ist.¹¹²

Eine Befristung im Anschluss an ein Ausbildungsverhältnis soll nach der Gesetzesbegründung ebenfalls möglich sein.

Maximal drei Verlängerungen

Ein Arbeitsverhältnis, das ohne Sachgrund befristet wurde, kann innerhalb des Zeitraums von zwei Jahren insgesamt **dreimal verlängert** werden. Die **Verlängerung** des Arbeitsverhältnisses ist nur dann rechtswirksam vereinbart, wenn die Verlängerung, noch während der Vertrag besteht, schriftlich vereinbart wird. Dabei darf nur die Verlängerung vereinbart werden, die anderen Vertragsbedingungen bleiben unverändert. Werden die Vertragsbedingungen geändert, wird eine neue Befristung vereinbart. Diese neue Befristung wäre dann nur zulässig, wenn ein sachlicher Grund für die Befristung vorliegt. Ansonsten würde diese Vertragsabspache gegen das Anschlussverbot verstoßen.

111 BAG v. 6.4.2011, 7 AZR 716/09, in: EzA-SD 2011, Nr. 16, 6–9.

112 BAG v. 22.6.2005, 7 AZR 363/04, EzBAT SR 2y BAT Teilzeit- und Befristungsgesetz Nr. 17.



2.3 Privilegierung für neu gegründete Unternehmen

Bei **Unternehmensneugründung** gilt § 14 Abs. 2a TzBfG. Nach der Gründung eines Unternehmens darf ein Arbeitgeber innerhalb von vier Jahren einen Arbeitsvertrag ohne sachlichen Grund befristen. Innerhalb dieser vier Jahre darf er den Vertrag so oft er möchte verlängern.

Abweichungen bei
Neugründung von
Unternehmen

Dieses Privileg gilt nur für neu gegründete Unternehmen, nicht für neu gegründete Betriebe. Gründet also ein Konzern einen neuen Betrieb, gilt die Privilegierung nicht.

Die Privilegierung gilt auch nicht im Zusammenhang mit der rechtlichen Umstrukturierung von Konzernen.

2.4 Die Befristung von Arbeitsverhältnissen älterer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

2.4.1 Die sachgrundlose Befristung

Im Zuge der so genannten Hartz-Gesetze hatte die Bundesregierung am 23.12.2002. das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt erlassen. Danach war es gestattet, Arbeitnehmer, die das 52. Lebensjahr bzw. ab dem 31.12.2006. das 58. Lebensjahr vollendet hatten, ohne Sachgrund befristet zu beschäftigen.

Befristung mit
älteren Arbeit-
nehmern nach
altem Recht

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte es möglich sein, diese älteren Arbeitnehmer mit Kettenbefristungen bis zu ihrem Rentenalter zu beschäftigen. Letztendlich hätte ein solches Vorgehen zur Folge, dass der Kündigungsschutz für diese Personengruppe im Ergebnis weggefallen wäre.

Diese Gesetzesvorschrift verstieß gegen die Richtlinie 2000/78/EG der Europäischen Gemeinschaft, weil sie das Verbot der **Altersdiskriminierung** missachtete. Der Europäische Gerichtshof hat in der so genannten **Mangold-Entscheidung** vom 22.11.2005. ausgesprochen, dass die Vorschrift gegen Gemeinschaftsrecht verstößt und nicht angewendet werden darf.¹¹³

Mangold-
Entscheidung
und Alters-
diskriminierung

¹¹³ EuGH v. 22.11.2005, C-144/04, NZA 2005, 2748–2753.



Zwar gestattet die Richtlinie eine Ungleichbehandlung von Beschäftigten verschiedenen Alters, aber nur dann, wenn damit ein legitimes Ziel verfolgt wird und das eingesetzte Mittel auch geeignet ist, das legitime Ziel zu erreichen. Ein solch legitimes Ziel kann aus den Bereichen der Beschäftigungspolitik, des Arbeitsmarkts und der beruflichen Bildung herrühren. So ist es den Mitgliedstaaten gestattet, besondere Maßnahmen zu ergreifen, um z. B. älteren Arbeitnehmern den Weg in eine Beschäftigung zu erleichtern.

Diese Kriterien erfüllte aber die bundesdeutsche Vorschrift nicht. Denn es war mehr als zweifelhaft, ob die Vorschrift als Maßnahme der Beschäftigungssicherung älterer Arbeitnehmer diene.

Der Gesetzgeber hat die Vorschriften angepasst und folgende Regelung in § 14 Abs. 3 TzBfG erlassen, die seit dem 1. 5. 2007 in Kraft getreten ist:

Neuregelung für ältere Arbeitnehmer

Ab Vollendung des Lebensalters von 52 Jahren ist die Befristung eines Arbeitsverhältnisses ohne Sachgrund möglich, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses muss der oder die Beschäftigte mindestens vier Monate beschäftigungslos im Sinne des § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III gewesen sein, Transferkurzarbeitergeld bezogen haben oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme teilgenommen haben. Dabei darf die Befristungsdauer nicht mehr als fünf Jahre betragen.

Die Vorschrift knüpft nun nicht nur an das Lebensalter an, sondern auch daran, dass vor dem befristeten Arbeitsvertrag eine mindestens viermonatige Zeit liegt, in der der Arbeitnehmer nicht in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis stand und beschäftigt worden ist.

Beschäftigungs- losigkeit

Beschäftigungslos ist, wer arbeitslos ist. Beschäftigungslos i. S. d. § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III ist aber auch, wer tatsächlich nicht beschäftigt wird, ob dabei noch ein Arbeitsverhältnis besteht, ist nicht ausschlaggebend. Wer z. B. aus gesundheitlichen Gründen seine Arbeit als Gerüstbauer nicht mehr verrichten kann und dennoch nicht gekündigt wird, ist beschäftigungslos, wenn der Arbeitgeber ihm keine andere Arbeit zuweist oder zuweisen kann. Nach vier Monaten ist der Abschluss eines befristeten Vertrags zulässig.

Das Gleiche gilt für den oder diejenige, die vier Monate **Transferkurzarbeitergeld** in einer so genannten Beschäftigungsgesellschaft erhalten hat.



Arbeitsgelegenheiten nach dem SGB II (z. B. so genannte Ein-Euro-Jobs) für die Dauer von vier Monaten ermöglichen danach auch einen befristeten Arbeitsvertrag für die Dauer von fünf Jahren.

Der befristete Arbeitsvertrag kann innerhalb der fünf Jahre **beliebig oft verlängert** werden. Eine Verlängerung liegt vor, wenn die übrigen Vertragsbedingungen nicht verändert werden. Ansonsten wäre das ein neuer befristeter Vertrag. Ein solches Vorgehen ist nach § 14 Abs. 3 TzBfG nicht zulässig.

Unbegrenzte
Verlängerungs-
möglichkeit

Bei der sachgrundlosen Befristung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern über 52 Lebensjahren besteht **kein Anschlussverbot**. Es ist also zulässig, dass derselbe Arbeitgeber den Arbeitnehmer erneut beschäftigt, nachdem das befristete Arbeitsverhältnis vier Monate unterbrochen gewesen ist.

Ausschluss vom
Anschlussverbot

2.4.2 Befristung wegen Höchstaltersgrenzen

Äußerst umstritten ist die Frage, ob die Befristung eines Arbeitsverhältnisses auf das 65. Lebensjahr einen sachlichen Grund darstellt und damit rechtmäßig vertraglich vereinbart werden kann. Seit Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes sind auch die **Höchstaltersgrenzen** in den Arbeits- und den Tarifverträgen wieder verstärkt in die Diskussion geraten.

Befristung zum
Renteneintrittsalter

Für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses bei Erreichung eines bestimmten Lebensalters bedarf es eines sachlichen Grundes. Diesen sieht das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung generell als gegeben.¹¹⁴

Etwas anders wird man den Fall zu beurteilen haben, wenn Höchstaltersgrenzen in Arbeits- oder Tarifverträgen aus **berufsspezifischen Gründen** festgelegt wurden. Allgemein bekannt sind die Altersgrenzen für Piloten von Passagierflugzeugen, deren Arbeitsverhältnis mit Erreichen des 60. Lebensjahrs automatisch endet. In seiner bisherigen Rechtsprechung verneint das Bundesarbeitsgericht auch hier eine Diskriminierung und hält den sachlichen Grund für eine Befristung für gegeben, weil mit zunehmendem Alter die Gefahr der Leistungsbeeinträchtigung zunimmt. Das führt zu Gefahren für die Passagiere und die Cockpitbesatzung. Die Europäische Richtlinie gegen Altersdiskriminierung lässt eine Anknüpfung an Altersgrenzen aus berufsspezifischen Gründen generell zu, es ist jedoch fraglich, ob damit automatisch eine Befristung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt ist. Das Ziel, Risiken für andere zu vermeiden, also für Passagiere und Cockpitbe-

114 BAG v. 12. 2. 1992, 7 AZR 100/91 in: EzA § 620 BGB Altersgrenze Nr. 2.



satzung, ließe sich unter Umständen auch durch regelmäßige Überprüfung der körperlichen und geistigen Leistungsfähigkeit erreichen. Nur wenn diese Mittel nicht geeignet wären, die Sicherheit zu gewährleisten, wäre eine Befristung des Arbeitsverhältnisses aus Altersgründen gerechtfertigt.

Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass die Flugsicherheit nicht als Argumentation ausreicht, das Arbeitsverhältnis von Piloten mit Vollendung des 60. Lebensjahrs zu beenden, wenn die allgemeine Altersgrenze höher liegt.¹¹⁵ Die bisherige Argumentation des Bundesarbeitsgerichts ist somit nicht mit der Antidiskriminierungsrichtlinie der Europäischen Union vereinbar. Daher ist die Rechtsprechung geändert worden. Das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Vollendung des 60. Lebensjahres eine nicht gerechtfertigte Altersdiskriminierung darstellt, so dass die entsprechenden tarifvertraglichen Regelungen unwirksam sind.¹¹⁶ Es hat ausgeführt, dass das Ziel der Flugsicherheit kein legitimes Ziel im Sinne der Regelungen des § 10 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist. Ein solch legitimes Ziel ist nur dann gegeben, wenn es sich um ein sozialpolitisches Ziel aus den Bereichen der Beschäftigungs- oder Arbeitsmarktpolitik oder dem Bereich der beruflichen Bildung handelt.

Der Streit um die Zulässigkeit von Altersbefristungen vor Beginn einer Regelrente ist jedoch noch nicht vollständig entschieden. Da die EU-Verordnung Nr. 1178/2011 betreffend den gewerblichen Luftverkehr vorsieht, dass ab der Vollendung des 65. Lebensjahres Piloten nicht mehr im gewerblichen Luftverkehr fliegen dürfen und ein Arbeitgeber sich bei Vollendung des 65. Lebensjahrs auf Beendigung des Arbeitsverhältnisses berief, obwohl der betroffenen Pilot noch keinen Anspruch auf Regelaltersrente hat, hat das Bundesarbeitsgericht nun dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob das in der EU-Verordnung vorgesehene Lebensalter gegen die Regelungen des Diskriminierungsverbots verstößt.¹¹⁷ Eine Entscheidung lag zum Zeitpunkt der Drucklegung dieser Broschüre noch nicht vor.

Altersgrenzen in Tarifverträgen, die das Arbeitsverhältnis beenden, wenn das (Regel-)Rentenalter erreicht wird, sind nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs dagegen zulässig, denn sie sind von

115 EuGH v. 13. 9. 2011, C 447/09, Prigge, EzA-SD 2011, Nr. 19, 9–10.

116 BAG v. 18. 1. 2012, 7 AZR 112/08, EzA § 620 BGB 2002 Altersgrenzen Nr. 13.

117 BAG v. 27. 1. 2016, 5 AZR 263/15(A).



einem legitimen beschäftigungspolitischen Zweck gedeckt. Damit sollen Arbeitsplätze für jüngere Arbeitnehmer frei werden.¹¹⁸

3. Verbot der Diskriminierung von befristet Beschäftigten

In § 4 Abs. 2 TzBfG ist ausdrücklich festgeschrieben, dass niemand wegen der Befristung seines Arbeitsvertrags schlechter behandelt werden darf als ein vergleichbarer unbefristet Beschäftigter.

Es gibt keine Rechtfertigung dafür, geringere **Entlohnung** zu leisten oder schlechtere **Arbeitsbedingungen** für befristet Beschäftigte festzulegen. Gegebenenfalls werden Leistungen eben nur entsprechend der Dauer der Beschäftigungszeit gewährt.

Diskriminierungs-
verbot und Folgen
für Vergütung

Wird z. B. in einem Betrieb ein 13. Monatsgehalt gewährt, so muss auch der oder die befristet Beschäftigte ein solches Gehalt erhalten. Dauert das Beschäftigungsverhältnis nicht das ganze Jahr über, so wird pro rata temporis bezahlt. Das bedeutet z. B. bei einer achtmonatigen Beschäftigungszeit, dass das 13. Gehalt 8/12 eines vollen Gehalts beträgt.

Etwas anders liegt der Fall, wenn z. B. ein Weihnachtsgeld bezahlt wird, mit dem auch die Betriebstreue belohnt werden soll. Ist die Auszahlungsvoraussetzung z. B. dass der Beschäftigte am 1. 12. eines Jahres bereits zwölf Monate ununterbrochen beschäftigt war, so erhält der befristet Beschäftigte das Weihnachtsgeld nur, wenn diese Voraussetzungen erfüllt werden. Hier wird aber ein unbefristet Beschäftigter nicht anders behandelt. Eine pro rata temporis, also zeitanteilige Auszahlung, ist dann weder bei befristeten noch bei unbefristeten Verträgen vorgesehen.

Bei mehreren hintereinander geschalteten befristeten Verträgen zählen die **Betriebszugehörigkeitszeiten** zusammen und beginnen nicht ständig von neuem. Dies ist vor allem bei Leistungen zu beachten, die an die Betriebszugehörigkeit anknüpfen, wie z. B. die betriebliche Altersversorgung.

Betriebszugehörig-
keitszeiten

¹¹⁸ EuGH v. 12. 10. 2010, Rosenblatt, EzA-SD 2010, Nr. 21, 6.



4. Befristung und Kündigungsschutz

Kündigungsmöglichkeit Ein befristetes Arbeitsverhältnis kann nur gekündigt werden, wenn einzelvertraglich oder in einem gültigen Tarifvertrag vereinbart wurde, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses möglich sein soll. Eine solche Vereinbarung findet sich in der Praxis in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle.

Wurde eine solche Vereinbarung nicht getroffen, kann das befristete Arbeitsverhältnis nur aus wichtigem Grund außerordentlich, d. h. fristlos gekündigt werden.

Eingreifen des KSchG Auch während eines befristeten Arbeitsverhältnisses gelten die kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, sofern sie Anwendung finden.

Das Kündigungsschutzgesetz setzt allerdings voraus, dass das Arbeitsverhältnis vor Ausspruch der Kündigung bereits sechs Monate bestanden hat. Darüber hinaus muss der Betrieb mehr als zehn Beschäftigte haben, wobei Teilzeitbeschäftigte nur anteilig zählen.¹¹⁹

Der Arbeitgeber benötigt zur Kündigung dann einen Kündigungsgrund aus dem verhaltens-, personen- oder betriebsbedingten Bereich.

Sonderkündigungsschutz Auch der Sonderkündigungsschutz z. B. der schwerbehinderten Menschen (nach einer Betriebszugehörigkeit von sechs Monaten), nach dem Mutterschutzgesetz bei Schwangerschaft und des Betriebsrats gilt für die befristet Beschäftigten. Dennoch endet das befristete Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Befristung oder mit Erreichung des Zwecks, für das es vereinbart wurde. Auch eine schwangere Arbeitnehmerin verliert ihren Arbeitsplatz, wenn der befristete Arbeitsvertrag endet. Dies läuft letztendlich auf eine Aushöhlung des Sonderkündigungsschutzes hinaus.

Gegen die Kündigung kann Kündigungsschutzklage erhoben werden und zwar innerhalb einer Frist von drei Wochen nach Erhalt der Kündigung.

5. Die Folgen einer unwirksamen Befristung

Gründe für die Unwirksamkeit In der Praxis sind viele befristete Arbeitsverträge unwirksam. Unwirksamkeitsgründe können u. a. sein:

- es liegt kein sachlicher Grund für eine Befristung vor;

¹¹⁹ Genauerer auch zur Übergangsregelung siehe § 23 KSchG.



- ein zunächst ohne sachlichen Grund befristeter Arbeitsvertrag wird »verlängert« und die Arbeitsbedingungen werden dabei verändert;
- der Arbeitsvertrag wurde bei Vertragsbeginn nicht schriftlich vereinbart;
- es liegt ein Verstoß gegen das Anschlussverbot vor.

Trotz oftmals unwirksamer Verträge verzichten die betroffenen Arbeitnehmer oft darauf, ihre Rechte wahrzunehmen, weil sie sich weitere (rechtswidrige) Anschlussverträge erhoffen und ihre Weiterbeschäftigung nicht »aufs Spiel« setzen möchten.

5.1 Die Entstehung eines unbefristeten Arbeitsvertrags

Die Rechtsfolge eines unwirksam befristeten Arbeitsvertrags ist, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht.

Bestehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses

Es gelten die ansonsten auf das Vertragsverhältnis anwendbaren Kündigungsfristen (aufgrund Gesetz oder Tarifvertrag). Ein solches Arbeitsverhältnis kann aber grundsätzlich frühestens zu dem Zeitpunkt gekündigt werden, an dem es aufgrund der Befristungsvereinbarung enden sollte. Sofern lediglich die Schriftform nicht eingehalten wurde, kann das Arbeitsverhältnis jederzeit unter Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt werden. Sollte das Arbeitsverhältnis gekündigt werden, hat der Arbeitgeber die kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften einschließlich der Vorschriften über den Sonderkündigungsschutz zu beachten.

Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses: Nach § 15 Abs. 5 TzBfG wird ein befristetes Arbeitsverhältnis, sei es rechtswirksam befristet oder rechtsunwirksam, zum unbefristeten Arbeitsverhältnis, wenn es nach Ablauf der Zeit, für das es vereinbart war, oder nach Eintritt der Zweckbestimmung mit Wissen des Arbeitgebers fortgesetzt wird. Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, unverzüglich der Fortsetzung zu widersprechen, um das Arbeitsverhältnis zu beenden.

Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses

Was »unverzüglich« bedeutet, muss im Einzelfall ausgelegt werden. Lässt sich der Arbeitgeber aber länger als eine Woche Zeit, kann nicht mehr von »unverzüglich« gesprochen werden.



5.2 Die Anrufung des Arbeitsgerichts

Entfristungsklage Ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis unwirksam befristet wurde, kann durch das Arbeitsgericht feststellen lassen, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung nicht endet (§ 17 TzBfG). Dieses Verfahren wird auch Entfristungsklage genannt.

Klagefrist Für eine solche Klage besteht eine **Klagefrist von drei Wochen**. Spätestens innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses muss diese Klage erhoben werden.

Diese Frist muss auch eingehalten werden, wenn für das Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses der Eintritt einer Bedingung vereinbart war. Das ist z. B. der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis solange dauern soll, bis der erkrankte Arbeitnehmer wieder zum Arbeitsplatz zurückkehrt. Will ein Arbeitnehmer klären lassen, ob die Bedingung überhaupt wirksam vereinbart wurde oder ob die Bedingung überhaupt eingetreten ist, muss er ebenfalls innerhalb von drei Wochen klagen. Die Frist beginnt mit dem Zugang der Mitteilung durch den Arbeitgeber, dass die Bedingung nun eingetreten sei und das Arbeitsverhältnis deshalb beendet wird.¹²⁰

Hierbei ist zu beachten, dass die Arbeitsgerichte nur den jeweils letzten befristeten Arbeitsvertrag prüfen. Etwas anderes gilt nur in den Fällen so genannter **Kettenbefristungen**. Dann ist eine Rechtsmissbrauchskontrolle anhand der Anzahl der (befristeten) Verträge, der Gesamtdauer der Beschäftigung und der konkret übertragenen Tätigkeiten vorzunehmen.

Hier wird ein Dilemma deutlich, indem sich viele befristet Beschäftigte befinden. Eine Arbeitnehmerin wird z. B. über die letzten fünf Jahre hinweg befristet ohne Sachgrund beschäftigt. Im Anschluss daran erfolgt für sechs Monate eine wirksame Befristung wegen einer Krankheitsvertretung. Danach wird die Arbeitnehmerin nicht mehr beschäftigt. Obwohl über fünf Jahre hinweg eine rechtsunwirksame Befristung vorgelegen hat, wird die Arbeitnehmerin den Prozess verlieren, weil die letzte Befristung rechtmäßig gewesen ist. Die Arbeitnehmerin hat sich die vorangegangenen fünf Jahre nicht zur Wehr gesetzt, weil sie auf eine weitere Verlängerung ihrer Befristung gehofft hatte. In der Praxis klagen die meisten Betroffenen, sofern sie überhaupt ihre Rechte geltend machen, erst gegen die letzte Befristung, wenn danach keine Weiterbeschäftigung erfolgt.

¹²⁰ Achtung, hier hat sich die ständige Rechtsprechung des BAG geändert. Es war bis zu seinem Urteil vom 6.4.2011, 7 AZR 704/09, EZA-SD 2011, Nr. 18, 5–7 der Auffassung, für die Frage, ob die Bedingung überhaupt eingetreten ist, fände die dreiwöchige Klagefrist keine Anwendung.



IV. Geringfügige Beschäftigung – eine Form der Teilzeitbeschäftigung

Das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (Hartz II) vom 1. 4. 2003 hat für so genannte Minijobs eine weitere Flexibilisierung gebracht. Die Arbeitgeberverbände begrüßten die Vereinfachung und Flexibilisierung im Niedriglohnsektor.¹²¹

Tatsächlich führt diese »Flexibilisierung« aber dazu, dass durch Minijobs reguläre Arbeitsplätze vernichtet werden. Die Zahl der Minijobs nimmt stetig zu, während auf der anderen Seite die Zahl der Vollbeschäftigung abnimmt. Es wird auch vermutet, dass eine große Zahl von Scheinarbeitsverhältnissen existiert. Dieser Punkt wird immer wieder diskutiert.

Minijobs in Zahlen

2007 war bekannt geworden, dass die Zahlen, die das Statistische Bundesamt für die Anzahl der Minijobs angibt, ca. 1,5 bis 2 Millionen unter den Zahlen liegen, die die Minijobzentrale erfasst hat. Vermutet wird, dass Vollzeitarbeitsplätze in mehrere Minijobs aufgeteilt werden, der einzelne Arbeitsplatz aber immer noch von der gleichen Person ausgefüllt wird. Als Minijobber sind aber mehrere Personen angemeldet, die in Wirklichkeit kein Arbeitsverhältnis haben. Das führt dazu, dass die Arbeitnehmer nicht mehr entsprechend ihres Verdienstes sozialversichert sind, was sich für diese Personen gravierend auf die Höhe der Rentenleistungen auswirkt. Die Sozialversicherungsbeiträge »spart« der Arbeitgeber.¹²²

Nach Einführung des Gesetzes stieg die Zahl der Minijobs noch im Jahr 2003 um 2,6 Millionen. Zu Beginn des Jahres 2007 hatten 6,5 Millionen Menschen einen Minijob, ca. 3,9 Millionen davon waren Frauen. Zum Stichtag 30. 06. 2011. hatten 7,4 Millionen Menschen einen Minijob, ca. 4,5 Millionen davon sind Frauen.¹²³ Für knapp 5 Millionen Arbeitnehmer war der Minijob der einzige Job. Diese hohen Zahlen haben sich seither verstetigt. Im Jahr 2016 arbeiteten ca. 7,3 Millionen Menschen in einem Minijob, für rund 60 Prozent von ihnen – also ca. 4,38 Millionen Menschen – war der Minijob die einzige Tätigkeit; ca. 4 Millionen Minijobber waren Frauen.¹²⁴ Dass die

121 Buddemeier, Geringfügige Beschäftigung in der Praxis, Vorwort von Müller, Abteilungsleiter Soziale Sicherung der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeber.

122 Beitrag von Weidenfeld, vom 31. 7. 2007, in: www.tagesspiegel.de.

123 Aktuelle Entwicklungen im Bereich der geringfügig Beschäftigten, 1. Quartalsbericht 2007 und 2. Quartalsbericht 2011, Deutsche Rentenversicherung, Knappschaft-Bahn-See/Minijob-Zentrale (Hrsg.).

124 Aktuelle Entwicklungen im Bereich der geringfügig Beschäftigten, 3. Quartalsbericht 2016, Deutsche Rentenversicherung, Knappschaft Bahn-See/Minijob-Zentrale (Hrsg.), die zum Stichtag 30.9.2016



Minijobs den Beschäftigungsverhältnissen zuzuordnen sind, zeigt sich unter anderem daran, dass selbst nach Einführung des gesetzlichen Mindestlohns im Jahr 2015 knapp die Hälfte der hauptberuflichen Minijobber, also derjenigen, die ausschließlich einen Minijob hatten, nicht einmal den Mindestlohn erhielten.¹²⁵ Bezahlten Erholungsurlaub haben im Jahr 2016 ca. 48% Prozent der Minijobber nicht erhalten. Mehr als 60% der Minijobber haben zudem 2016 weder eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall noch ihnen zustehende Feiertagsvergütung erhalten.¹²⁶

1. Was versteht man unter geringfügiger Beschäftigung?

Begriff des Minijobs Hierunter fassen die Sozialversicherungsträger zwei Varianten der Beschäftigung:

- die geringfügig entlohnte Beschäftigung und
- die kurzfristige Beschäftigung

Geringfügig entlohnte Beschäftigung Für die **geringfügig entlohnte Beschäftigung** gilt seit dem 01.01.2013 eine monatliche Entgeltgrenze von 450,00 Euro. Diese Beschäftigungen sind für die Arbeitnehmer grundsätzlich sozialversicherungsfrei. Die Arbeitgeber müssen pauschale Beiträge zur Krankenversicherung i. H. v. derzeit 13% und zur Rentenversicherung i. H. v. derzeit 15% zahlen. Die Minijobs sind allerdings einkommenssteuerpflichtig. Die Arbeitnehmer müssen auf das Arbeitsentgelt eine Pauschalsteuer von 2% zahlen.

Geringfügige Beschäftigung und Sozialversicherung Die geringfügig Beschäftigten haben die Möglichkeit, auf die Versicherungsfreiheit zur Sozialversicherung zu verzichten. Das hat aber zur Folge, dass sie entsprechende Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung (nicht zur Arbeitslosenversicherung) leisten müssen. Ein Vorteil, sofern man davon sprechen möchte, ist, dass dadurch Rentenansprüche, wenn auch sehr kleine, erworben werden. Auch zählt die Zeit des Minijobs zu den Wartezeiten in der Rentenversicherung.

Einkommensteuer Der Nachteil des Verzichts auf die Sozialversicherungsfreiheit besteht darin, dass dann keine Pauschalsteuern in Höhe von 2% entrichtet werden können. Die Ein-

eine Anzahl von 7,2 Millionen Minijobbern berichten. WSI-Mitteilungen 1/2017, Schwerpunktheft: Wird atypisch normal? Beschäftigung im Wandel, Januar 2017 berichten von 7,3 Millionen Minijobbern, also einer leicht höheren Anzahl.

125 Böckler Impuls 2/2017, S. 4

126 Projektbericht RWI – Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung: Nachfolgestudie zur Analyse geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse sowie Auswirkungen auf den Mindestlohn, November 2016, S. 60 ff.



kommensteuer kann dann mit einem pauschalen Steuersatz i. H. v. 20 % erhoben werden.

Ein Minijob kann grundsätzlich sozialversicherungsfrei neben einem Haupterwerb ausgeübt werden. Die Versicherungsfreiheit entfällt aber bei mehreren Minijobs.

An die 450,00 Euro-Grenze schließt sich die so genannte Gleitzone an. Bei einem monatlichen Entgelt von 450,01 – 850,00 Euro werden Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zwar versicherungspflichtig, ihre Beiträge zur Sozialversicherung sind aber reduziert. Sie steigen beginnend mit 4 % an, bis sie bei 850,00 Euro 21 % betragen. Die Arbeitgeberbeiträge bleiben in der Gleitzone unverändert.

Gleitzone

Unter kurzfristiger Beschäftigung versteht man eine Beschäftigung von drei Monaten bzw. 70 Arbeitstagen im Kalenderjahr. Diese Beschäftigung ist grundsätzlich abgabenfrei. Diese Art der Beschäftigung soll hauptsächlich Ferienjobs für Schüler und Studenten erfassen, ist aber auch im Bereich der Saisongeschäfte (z. B. Erntehelfer) von Bedeutung.

Kurzfristige
Beschäftigung als
Minijob

2. Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten

Vierorts trifft man auf die falsche Auffassung, dass Minijobs besonders zu behandeln seien, beispielsweise keinen Anspruch auf Urlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall etc. haben. Gegen diese Auffassung gilt es zunächst herauszustellen, dass Minijobs eine Form der Teilzeitbeschäftigung sind (§ 2 Abs. 2 TzBfG). Das Teilzeit- und Befristungsgesetz findet auch auf diese Art der Beschäftigung Anwendung, so dass diese Beschäftigten, mögen sie sich in noch so prekären Situationen befinden, dennoch nicht völlig rechtlos sind.

In § 4 Abs. 1 TzBfG ist ausdrücklich geregelt, dass ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer wegen der Teilzeitbeschäftigung nicht schlechter gestellt werden darf als ein vergleichbarer Arbeitnehmer, der in Vollzeit beschäftigt wird:

Diskriminierungs-
verbot

- **Entgelt** oder andere teilbare geldwerte Leistungen sind dem Teilzeitbeschäftigten deshalb grundsätzlich in dem Umfang zu gewähren, der dem Anteil seiner Arbeitszeit an der Arbeitszeit eines vergleichbaren Vollzeitbeschäftigten entspricht.

Vergütung

Wird in einem Betrieb z. B. ein 13. Gehalt i. H. eines Bruttomonatsentgelts bezahlt, so hat auch der geringfügig Beschäftigte Anspruch auf dieses i. H. seines Bruttomonatsverdienstes.



Werden in einem Betrieb Zuschüsse zu den Fahrtkosten gewährt, hat ein geringfügig Beschäftigter bei einer Wochenarbeitszeit von zehn Stunden im Verhältnis zu einer Vollzeitbeschäftigung von 40 Stunden die Woche Anspruch auf 25 % der Fahrtkostenzuschüsse. Eine Betriebsvereinbarung, die geringfügig Beschäftigte von diesen Zuschüssen ausschließt, verstößt gegen das Diskriminierungsverbot aus § 4 Abs. 2 TzBfG.

Problematisch kann es werden, wenn durch die Sonderleistungen die Grenze von 450,00 Euro monatlichen Entgelts überschritten wird. Es entsteht dann eine Sozialversicherungspflicht nach der Gleitzone-Regelung (siehe oben). Es sollte dann genau berechnet werden, ob sich die Auszahlung der Sonderleistungen für den Beschäftigten lohnt. Die Sozialversicherungspflicht tritt nämlich nicht schon ein, wenn der Anspruch entsteht, sondern erst wenn das Geld auch ausbezahlt wird. Es besteht auch die Möglichkeit, auf die Erfüllung der Ansprüche zu verzichten.

Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

- **Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall:** Vielfach erhalten geringfügig Beschäftigte keine Entgeltzahlung im Krankheitsfall. Sie werden an Krankentagen kurzerhand aus dem Dienstplan gestrichen und müssen die Zeiten nacharbeiten, wenn sie wieder gesund sind oder aber sie erhalten in diesem Monat einfach ein geringeres Entgelt. Ein solches Vorgehen verstößt ebenfalls gegen das Diskriminierungsverbot und gegen die Vorschriften des Entgeltfortzahlungsgesetzes. Auch diese Beschäftigten haben für die Dauer von sechs Wochen Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts (§ 3 Entgeltfortzahlungsgesetz). Die Zeit muss weder nachgearbeitet werden, noch darf der Entgeltanspruch gekürzt werden.

Feiertagsvergütung

- **Anspruch auf Entgeltfortzahlung an Feiertagen:** Auch Minijobberinnen und -jobber haben Anspruch auf bezahlte Feiertage. Werden sie z. B. üblicherweise an Donnerstagen eingesetzt, so müssen diese Tage bezahlt werden, wenn die Arbeitsleistung wegen eines Feiertags nicht erbracht werden kann.
- **Anspruch auf Arbeitsentgelt bei unverschuldeter Verhinderung der Arbeitsleistung:** Wer für verhältnismäßig kurze Zeit verhindert ist, seine Arbeitsleistung zu erbringen, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, hat Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Auch der Minijobber bekommt sein Entgelt weiter, wenn er z. B. während der Arbeitszeit einen Arzt aufsuchen muss.

Urlaub und Urlaubsentgelt

- **Anspruch auf Urlaub und Urlaubsentgelt:** In der Praxis ist es die Regel, dass geringfügig Beschäftigte keinen Urlaub erhalten und damit auch kein Urlaubsentgelt. Oftmals sind die Arbeitseinsätze unregelmäßig und der Arbeitgeber



erwartet, dass der Urlaub zwischen zwei Arbeitseinsätze gelegt wird. Der Dienstplan wird gegebenenfalls entsprechend gestaltet. Auch dieses Vorgehen ist nicht von den gesetzlichen Vorschriften gedeckt. Auch die geringfügig Beschäftigten haben Anspruch auf Urlaub im Verhältnis ihres Beschäftigungsumfangs zu der eines Vollzeitbeschäftigten. Beträgt der Urlaubsanspruch z. B. 30 Tage im Jahr für Vollzeitbeschäftigte bei einer 5-Tage-Woche, ist er für geringfügig Beschäftigte entsprechend zu kürzen. Beträgt deren Einsatz in der Regel zwei Tage die Woche, so haben sie Anspruch auf zwölf Urlaubstage im Jahr. Während des Urlaubs ist das Arbeitsentgelt weiterzuzahlen.

Selbstverständlich gelten für sie auch alle **Arbeitsschutzmaßnahmen**. Muss bei der Arbeit Schutzkleidung getragen werden, hat der Arbeitgeber diese auch für geringfügig Beschäftigte zur Verfügung zu stellen. Arbeitsschutz

3. Kündigungsschutz und Minijobs

Geringfügig Beschäftigte genießen den gleichen Kündigungsschutz wie Vollzeitbeschäftigte, d. h., sofern die Voraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes vorliegen, gelten auch für sie die Schutzregelungen dieses Gesetzes. Eingreifen des KSchG

Voraussetzung ist, dass das Arbeitsverhältnis bereits mehr als sechs Monate besteht und der Betrieb mehr als zehn Beschäftigte hat. Dabei sind Teilzeitbeschäftigte bis 20 Stunden nur zu 0,5 und bis 30 Stunden nur zu 0,75 zu berücksichtigen.¹²⁷

Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, kann der Arbeitgeber gem. § 1 KSchG nur bei Vorliegen eines verhaltens-, personen- oder betriebsbedingten Grundes wirksam kündigen.

Auch alle Regelungen zum Sonderkündigungsschutz finden Anwendung, z. B. kann die schwangere geringfügig Beschäftigte i. d. Regel nicht gekündigt werden. Geringfügig Beschäftigte können für das Amt des Betriebsrats kandidieren und gewählt werden. Sie genießen dann den entsprechenden Kündigungsschutz nach § 15 KSchG und § 103 BetrVG. Sonderkündigungsschutz

Kündigungen können durch das Arbeitsgericht im Wege einer Kündigungsschutzklage überprüft werden. Die Klagefrist beträgt drei Wochen nach Erhalt der Kündigung. Kündigungsschutzklage

¹²⁷ Genaueres zur Übergangsregelung von fünf auf zehn Beschäftigte siehe § 23 KSchG.



V. Handlungsmöglichkeiten für Betriebsräte

Durch den verstärkten Einsatz von Werkverträgen – seien es echte oder unechte –, Leiharbeitnehmern sowie befristet und geringfügig Beschäftigten entsteht in den Betrieben eine Belegschaft zweiter und dritter Klasse. In vielen Betrieben kann man beobachten, dass es ein System von Abstufungen gibt. Der lange Weg zu einem unbefristeten Arbeitsvertrag führt oftmals über eine mehrjährige Beschäftigung in Leiharbeit, an die sich dann eine zweijährige Beschäftigung im Rahmen eines befristeten Vertrages anschließt bis es endlich zur unbefristeten Beschäftigung kommt. Das Ziel erreicht nur, wer nicht auffällt und wenn im Laufe der Jahre nichts geschieht, was das Unternehmen von diesem Kurs abweichen lässt.

Im Verlauf der Broschüre wurde schon aufgezeigt, dass die prekäre Lage, in der sich diese Beschäftigten befinden, diese oft hindert, ihre (z.T. zwar wenigen) Arbeitnehmerschutzrechte wahrzunehmen. Die Beschäftigung von Arbeitnehmern in prekären Beschäftigungsverhältnissen wird durch die Unternehmen forciert, da dies für sie mehr Flexibilität beim Einsatz von Arbeitskräften bedeutet. Dazu kommt, dass diese Formen der Beschäftigung in aller Regel, von wenigen Ausnahmen abgesehen, weniger kosten. Es sind Arbeitskräfte, die schnell und ohne besondere Rücksicht in die Arbeitslosigkeit entlassen oder eben nach »Gebrauch« an den Verleiher oder Subunternehmer zurückgegeben werden können. Die Änderungen der gesetzlichen Regelungen zur Leiharbeit im Jahr 2017 werden dies, wie weiter oben aufgezeigt, auch weiterhin möglich, teilweise sogar leichter machen.

Der Einsatz prekär Beschäftigter dient außerdem dazu, die Belegschaften zu spalten und die Stammbesellschaften gefügig zu machen. Mit der Androhung, künftig Arbeiten durch Fremdfirmen und damit durch Leiharbeiter oder Subunternehmer verrichten zu lassen, ist schon manches Zugeständnis zum Lohnverzicht und zur Arbeitszeiterhöhung erreicht worden. Mit dem Versprechen, nach einer betriebsbedingten Kündigung künftig bei Bedarf als »freier Mitarbeiter« beschäftigt zu werden, ist schon mancher Verzicht auf eine Kündigungsschutzklage erreicht worden.

Ein Ziel der Betriebsräte sollte deshalb sein, der Spaltung der Belegschaft in »prekär Beschäftigte« und »Stammbesellschaft« entgegenzuwirken.

Dazu ist es auch wichtig, dass Betriebsräte ihre Rechte kennen und wahrnehmen. Deshalb sollen im Folgenden nochmals einige zentrale Rechte der Betriebsräte gerade im Hinblick auf diese Beschäftigtengruppen herausgestellt werden.



1. Auskunfts- und Informationspflichten des Arbeitgebers

Nach § 80 Abs. 2 BetrVG ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Betriebsrat Auskunft darüber zu erteilen, welche Personen bei ihm im Betrieb beschäftigt sind und aufgrund welcher Vertragsgrundlage. Der Betriebsrat hat das Recht, über die Beschäftigten von Fremdfirmen, mögen sie Leiharbeiter sein oder auf der Grundlage von »echten oder unechten« Dienst- oder Werkverträgen beschäftigt werden, Auskunft zu erhalten. § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG in der seit dem 1. 4. 2017 geltenden Fassung stellt ausdrücklich klar, dass sich das Informationsrecht des Betriebsrats und damit die Auskunftspflicht des Arbeitgebers insbesondere auch auf den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben der durch eine Fremdfirma entsandten Person erstreckt. Darüber hinaus legt § 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG in der seit dem 1. 4. 2017 geltenden Fassung fest, dass sich die Auskunft auch auf die dem Beschäftigungsverhältnis zugrunde liegenden Verträge erstreckt. Diese sind dem Betriebsrat auf Verlangen auszuhändigen. Damit hat der Gesetzgeber die von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entwickelten Grundsätze über den Umfang des Informationsrechts des Betriebsrats gesetzlich verankert.¹²⁸ Zu einer Erweiterung der Beteiligungsrechte in Bezug auf den Einsatz von Beschäftigten von Fremdfirmen konnte sich der Gesetzgeber hingegen nicht entschließen.

Auskunft über
Personen und
Vertragsgrundlage

Um jedoch das Ziel, der Spaltung der Belegschaft in »prekär Beschäftigte« und »Stammbelegschaft« verfolgen zu können, brauchen Betriebsräte umfassende Information über die im Betrieb insgesamt eingesetzten Beschäftigten. Daher sollten die Betriebsräte das Informationsrecht des § 80 Abs. 2 BetrVG umfassend wahrnehmen und darauf bestehen, eine ständig aktualisierte Liste der Beschäftigten, die im Betrieb von anderen Firmen eingesetzt werden, zu erhalten. So kann dem in vielen Betrieben bestehenden Missstand abgeholfen werden, dass man durch die Werkshallen geht und nicht weiß, wer eigentlich an der Maschine arbeitet und aufgrund welchen Beschäftigungsverhältnisses. Der Betriebsrat kann ansonsten nicht sicher beurteilen, ob seine Mitbestimmungsrechte beim Einsatz dieser Beschäftigten gewahrt werden oder nicht. Gleichzeitig kann er sich einen Überblick darüber verschaffen, für welche Beschäftigten er welche Art von Interessenvertretung wahrnehmen kann.

Ständig
aktualisierte Liste

128 BAG v. 31. 1. 1989, 1 ABR 72/87, AiB 1989, 256–257.



2. Mitbestimmung bei Einstellung

Mitbestimmung nach § 99 BetrVG

Die Einstellung von Leiharbeitnehmern, befristet und geringfügig Beschäftigter bedarf der Zustimmung des Betriebsrats vor dem Einsatz dieser Beschäftigten. Dabei muss auch bei den Leiharbeitnehmern genau angegeben werden, wer wie lange im Betrieb eingesetzt wird, auf welchem Arbeitsplatz, mit welcher Qualifikation und wie die Auswirkung des Einsatzes auf die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer ist. Pauschale Meldungen, wie etwa »Im Mai 2017 beschäftigen wir sechs neue Leiharbeiter« genügen nicht.

Zustimmungsverweigerungsgrund: Verstoß gegen ein Gesetz

Der Betriebsrat hat die Möglichkeit, dem Einsatz des Leiharbeitnehmers zu widersprechen, wenn z. B. gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen wird (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG). Das ist z. B. der Fall, wenn keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vorliegt. Diese Erlaubnis muss für die gesamte Dauer des Einsatzes gültig sein. Im Fall der fehlenden Erlaubnis kann alternativ aber auch nach Arbeitsaufnahme im Betrieb die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher gem. § 10 Abs. 1 AÜG geltend gemacht werden.

Gegen eine gesetzliche Vorschrift verstößt der (Verleih-)Arbeitgeber auch, wenn er den Grundsatz der Gleichstellung nicht berücksichtigt. Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass ein Verstoß gegen den in der alten Fassungen des AÜG geltenden Grundsatzes des equal pay im Fall der nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nicht dazu führt, dass der Betriebsrat des Entleiherbetriebs die Zustimmung zum Einsatz des Leiharbeitnehmers wirksam verweigern kann.¹²⁹ Wird ein Leiharbeitnehmer nicht korrekt bezahlt und zu schlechteren Bedingungen als die Stammebelegschaft eingesetzt, obwohl ein Tarifvertrag dies nicht erlaubt, soll nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts in diesem Fall dennoch die Einstellung des Leiharbeitnehmers wirksam sein. Das Bundesarbeitsgericht verweist den Leiharbeitnehmer auf sein Recht, die korrekte Bezahlung einzuklagen. Ein Klagerecht, das der Leiharbeitnehmer kaum wahrnehmen wird, wenn er sich bei dem Verleiher weitere Einsätze erhofft. In der Folge der Veränderungen des AÜG im Jahre 2011 und die damit einhergehenden Aufgabe der Unterscheidung von nicht-gewerbsmäßig und gewerbsmäßig und der Einführung der Fälle der wirtschaftlichen Tätigkeit im Rahmen der Leiharbeit hat das Bundesarbeitsgericht seine strikte Rechtsprechung fortgeführt und entschieden, dass ein Verstoß gegen den Grundsatz des equal pay dem Betriebsrat im Entleiherbetrieb kein Zustimmungsverweigerungsgrund gibt, denn – so das Bundesarbeitsgericht – erst durch die Einstellung im Einsatzbetrieb ergebe sich für den Leiharbeitnehmer die Möglichkeit, seine Ansprüche, die aus dem Grundsatz des equal pay entstünden,

129 BAG v. 25. 1. 2005, 1 ABR 61/03, NZA 2005,1199–1203.



geltend zu machen.¹³⁰ Es ist nicht zu erwarten, dass diese Rechtsprechung sich auf Grund der Änderungen des AÜG in Form der Ablösung des equal pay-Grundsatzes durch den Grundsatz der Gleichstellung zu Gunsten der Betriebsrechte ändern wird, denn die gesetzliche Konstruktion des Zusammenspiels von Unwirksamkeitsregelungen in den §§ 9, 10 AÜG sind unverändert geblieben. Die Nichtbeachtung des Gleichstellungsgrundsatzes führt nach wie vor nicht dazu, dass der gesamte Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer unwirksam ist. Vielmehr ist dann nur die Vereinbarung über das vereinbarte Arbeitsentgelt unwirksam und wird zu Gunsten des Leiharbeitnehmers angepasst.

Durch die Anpassung des AÜG an die Europäische Richtlinie über Leiharbeit¹³¹ wurde im Jahr 2011 in § 1 AÜG eingefügt, dass der Einsatz von Leiharbeitnehmern »vorübergehend« zu erfolgen hat.¹³² Damit verstieß jeder dauerhafte Einsatz von Leiharbeitnehmern auf einem Arbeitsplatz gegen das Gesetz. Ob der dauerhafte Einsatz eines Leiharbeitnehmers ein Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG nach dieser bisherigen Rechtslage darstellte, war lange umstritten und wurde im Ergebnis vom Bundesarbeitsgericht bejaht.¹³³ Da die Besetzung von Arbeitsplätzen, die dauerhafte und fortwährende Tätigkeiten umfassen, mit Leiharbeitnehmer gesetzlich nicht zulässig war, konnte der Betriebsrat bisher der Einstellung von Leiharbeitnehmern auf solche Arbeitsplätzen somit die Zustimmung verweigern. Diese Möglichkeit der Zustimmungsverweigerung ist dem Betriebsrat jedoch seit dem 1.4.2017 verwehrt. Denn der Gesetzgeber hat die Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten auf den Einsatz eines konkreten Leiharbeitnehmers oder einer konkreten Leiharbeiterin beschränkt. Ein Zustimmungsverweigerungsgrund steht dem Betriebsrat damit nur zu, wenn die Höchstüberlassungsdauer durch einzelne in Leiharbeit Beschäftigte überschritten wird. Der Arbeitgeber kann durch entsprechenden Austausch der Person des Leiharbeitnehmers oder der Leiharbeiterin die Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer vermeiden. Eine dauerhafte Besetzung eines solchen dauerhaften Arbeitsplatzes mit Leiharbeitnehmern ist seit dem 1.4.2017 nunmehr möglich und dem Betriebsrat steht hierbei noch nicht einmal die Möglichkeit zur Seite, durch eine Zustimmungsverweigerung dies zu verhindern. Die Änderungen des AÜG führen somit zu einer Schwächung der Beteiligungsrechte des Betriebsrats

130 BAG v. 1.6.2011, 7 ABR 117/09 in: NZA 2011, 1435-1440 im Anschluss an BAG v. 21.7.2009, 1 ABR 35/08 in: NZA 2009, 1156-1159.

131 Richtlinie 2008/104/EG vom 19.11.2008 über Leiharbeit, Amtsblatt der Europäischen Union L 327/9 vom 5.12.2008.

132 Eine Untersuchung der IG Metall hat gezeigt, dass durchschnittlich 25 % der Leiharbeitnehmer mehr als 12 Monate und 11 % der Leiharbeitnehmer sogar mehr als 24 Monate im Betrieb beschäftigt sind; Presseerklärung der IG Metall vom 28.9.2012.

133 BAG v. 30.9.2014, 1 ABR 79/12 in: NZA 2015, 240-245.



in diesem Bereich.¹³⁴ Umso stärker müssen Betriebsräte daher versuchen, von ihren – leider nach wie vor schwachen – Informations- und Beratungsrechten bei der Personalplanung Gebrauch zu machen.

Zustimmungsverweigerungsgrund: Verstoß gegen den Tarifvertrag

In tarifgebundenen Betrieben der Metall- und Elektroindustrie, in denen der Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeit gilt, können sich Betriebsräte darauf berufen, dass die Einstellung von Leiharbeitnehmern gegen den Tarifvertrag verstößt, wenn

- feststellbare Beeinträchtigungen der Entgelt- und Arbeitsbedingungen der Stammbeslegschaft oder eine feststellbare Gefährdung der Arbeitsplätze durch die Einstellung der Leiharbeitnehmer vorliegen;¹³⁵
- Leiharbeitnehmer auf Arbeitsplätzen eingesetzt sind, die auf Dauer angelegt sind.¹³⁶

In diesen Fällen ist eine Zustimmungsverweigerung – anders als auf der Grundlage des AÜG – bei der Besetzung von Dauerarbeitsplätzen mit Leiharbeitnehmern möglich, weil die tarifvertraglichen Bestimmungen einen solchen Einsatz ausdrücklich verbieten.

Zustimmungsverweigerungsgrund: Benachteiligung des Leiharbeitnehmers

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, Leiharbeitnehmer, die in seinem Betrieb beschäftigt sind, über freie Arbeitsplätze zu informieren (§ 13a AÜG). Wenn der Arbeitgeber gegen seine Verpflichtung verstößt und die Leiharbeitnehmer nicht über die Besetzung freier Arbeitsplätze informiert, kann der Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung eines anderen Bewerbers verweigern. Der Leiharbeitnehmer soll die Möglichkeit bekommen, eine Beschäftigung direkt im Einsatzbetrieb zu erhalten, und so die Chance haben, künftig der Kernbeslegschaft anzugehören.

Deshalb ist er benachteiligt, wenn er über freie Stellen nicht in Kenntnis gesetzt wird und der Betriebsrat kann nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG die Zustimmung verweigern. Die Regelung ist auch als ein Schutzgesetz i. S. d. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG anzusehen, was wiederum dem Betriebsrat die Möglichkeit bietet, die Zustimmung auch zu verweigern, weil der Arbeitgeber gegen ein Gesetz verstößt.

Zustimmungsverweigerungsgrund: Keine Ausschreibung des Arbeitsplatzes

Auf Verlangen des Betriebsrats hat der Arbeitgeber alle Arbeitsplätze, die zu besetzen sind, auszuschreiben. Der Arbeitgeber ist auch dann dazu verpflichtet, wenn die Arbeitsplätze nur mit Leiharbeitskräften besetzt werden sollen (siehe

¹³⁴ So auch Ulber, Das neue AÜG, in: AiB 2017, S. 27.

¹³⁵ Siehe Ziffer 2.1. des Tarifvertrags Leih-/Zeitarbeit Baden-Württemberg.

¹³⁶ Siehe Protokollnotiz zu 2.1. des Tarifvertrags Leih-/Zeitarbeit.



§ 93 BetrVG).¹³⁷ Will der Arbeitgeber eine solche Stelle besetzen, ohne dass er diese zuvor ausgeschrieben hat, steht dem Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht gem. § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG zu.

Beschäftigt der Arbeitgeber **befristet Beschäftigte und hat einen unbefristeten Arbeitsplatz zu besetzen**, kann der Betriebsrat zur Einstellung eines anderen Arbeitnehmers die Zustimmung verweigern. § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG verweist darauf, dass eine Benachteiligung des befristet Beschäftigten vorliegen kann, wenn er bei der Besetzung einer unbefristeten Stelle nicht berücksichtigt wird.

Zustimmungsverweigerung wegen Nachteils für befristet Beschäftigte

Wenn der Betriebsrat aufgrund seiner Prüfung (siehe hierzu II.) zu dem Entschluss gelangt, dass die Beschäftigten von Subunternehmern oder Solobeschäftigte in den Betrieb eingegliedert worden sind, kann er vom Arbeitgeber verlangen, dass die Beschäftigten aus dem Betrieb entfernt werden (§ 101 BetrVG). Gliedert der Arbeitgeber Beschäftigte in den Betrieb ein, ohne vorher die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen (nach § 99 BetrVG), hat er diese Beschäftigten wieder aus dem Betrieb zu entfernen und zwar so lange, bis er das Zustimmungsverfahren gemäß §§ 99 ff. BetrVG durchgeführt hat. Vorteil eines solchen Rechtsstreits ist, dass geklärt wird, ob es sich um »echte oder unechte« Werk- bzw. Dienstverträge handelt. Auch wenn sich der Betriebsrat mit seiner Einschätzung nicht sicher ist, ist das ein Weg, das für den Arbeitgeber so flexibel erscheinende Instrument der Werkverträge etwas weniger flexibel zu machen und ihn zu zwingen, in dem Rechtsstreit die Fakten über die Beschäftigung vollständig offenzulegen.

Aufhebung der Einstellung nach § 101 BetrVG bei Scheinwerk- oder Scheindienstverträgen

3. Widerspruch bei Kündigungen gemäß § 102 BetrVG

Will ein Arbeitgeber einen eigenen Arbeitnehmer betriebsbedingt kündigen und sind im Betrieb auf Dauer Leiharbeiter auf einem Arbeitsplatz tätig, den dieser Arbeitnehmer einnehmen könnte, so steht dem Betriebsrat ein Widerspruchsrecht gem. § 102 Abs. 3 Nr. 3, 4, und/oder 5 BetrVG zu. Da der Austausch von eigenen Arbeitnehmern durch Leiharbeiter kein dringendes betriebliches Erfordernis i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG ist,¹³⁸ kann der auf Dauer mit Leiharbeitern besetzte Arbeitsplatz als eine andere Beschäftigungsmöglichkeit i. S. d. § 102 Abs. 3 Nr. 3, 4 und/oder 5 BetrVG und § 1 Abs. 2 KSchG angesehen werden.

Austauschkündigungen

¹³⁷ BAG v. 1. 2. 2011, 1 ABR 79/09, in: NZA 2011, S. 703 ff.

¹³⁸ BAG v. 15. 12. 2011, 2 AZR 42/10 Rn. 30 zitiert nach juris; LAG Hamm v. 27. 5. 2011, 10 Sa 2043/10, zitiert nach juris; LAG Hamm v. 24. 7. 2007, 12 Sa 320/07 in: AuR 2007, 444.



4. Informations- und Beratungsrechte bei der Personalplanung nach § 92 BetrVG

Der Betriebsrat hat das Recht, dem Arbeitgeber Vorschläge für die Einführung und Durchführung der Personalplanung zu machen. Daneben bestehen Beratungsrechte des Betriebsrats über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden Maßnahmen einschließlich Maßnahmen zur Berufsbildung. Mit Inkrafttreten des neuen AÜG zum 1. 4. 2017 ist klargestellt worden, dass diese Beratungsrechte sich auch auf diejenigen Beschäftigten beziehen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb stehen.

Zwar kann der Betriebsrat die Berücksichtigung seiner Vorschläge nicht erzwingen, dennoch bietet die Beratung über die Personalplanung die Möglichkeit, Einfluss auf den Umfang und den Umgang mit den prekären Beschäftigungsverhältnissen im Betrieb zu nehmen. Hierbei sollte der Betriebsrat immer beachten, dass Arbeitnehmerüberlassung vom Konzept her nicht mehr auf Dauer zulässig ist, sondern Arbeitnehmerüberlassung gerade durch den vorübergehenden Einsatz gekennzeichnet ist. Tätigkeiten, die also auf Dauer bzw. regelmäßig anfallen, sollen von Stammkräften und nicht von Leiharbeitnehmern übernommen werden.¹³⁹

Einsatz von Werk- und Dienstverträgen

Besondere Aufmerksamkeit sollte darauf gerichtet werden, dass die Kernbelegschaft nicht zugunsten von Werk- und Dienstverträgen abgebaut wird. Da die Mitbestimmungsrechte bei »echten« Werk- oder Dienstverträgen leider relativ schwach sind, sollte der Betriebsrat gerade seine Rechte auch im Hinblick auf die Personalplanung einfordern. § 92 Abs. 1 BetrVG in der seit dem 1. 4. 2017 geltenden Fassung erstreckt dieses Beratungsrecht des Betriebsrats ausdrücklich auch auf Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen. Damit bezieht sich das Beratungsrecht des Betriebsrats in Bezug auf die Personalplanung gerade nicht nur auf die eigene Stammebelegschaft, sondern ausdrücklich und gerade auch auf Leiharbeiter und Beschäftigte, die im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen eingesetzt werden.

¹³⁹ Auch wenn, wie oben unter I. dargestellt, die seit dem 1. 4. 2017 geltenden Regelungen des AÜG, dazu führen können, dass zukünftig Dauerarbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern besetzt werden, hält der deutsche Gesetzgeber daran fest, dass die Leiharbeit eine Form des flexiblen Personaleinsatzes ist, die dazu dient, Auftragsspitzen und kurzfristigen Personalbedarf zu decken (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Ds. 18/9232 S. 1).



5. Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG

Das Betriebsverfassungsgesetz gibt dem Betriebsrat die Möglichkeit, Vorschläge über die Sicherung der Arbeitsplätze zu unterbreiten. Unter anderem zählt das Betriebsverfassungsgesetz Alternativen zur Ausgliederung von Arbeit oder der Vergabe an andere Unternehmen zu den Maßnahmen der Beschäftigungssicherung.

Sofern der Betriebsrat hierzu nicht das notwendige Know-how hat, sollte ein betriebswirtschaftlicher Sachverständiger hinzugezogen werden. Wenn dies erforderlich ist, ist die Hinzuziehung nach § 80 Abs. 3 BetrVG zu beschließen und mit dem Arbeitgeber zu vereinbaren.

Hinzuziehen eines
Sachverständigen

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Vorschläge mit dem Betriebsrat zu beraten. Die Vorschläge kann er nur ablehnen, wenn er dafür eine Begründung gibt. In Unternehmen mit mehr als 100 Beschäftigten muss der Arbeitgeber die Ablehnung der Vorschläge schriftlich begründen. Zu den Beratungen kann auch ein Vertreter der Bundesagentur für Arbeit hinzugezogen werden.

Beratungspflicht

Ergebnis der Beratung über Beschäftigungssicherungsmaßnahmen kann eine (freiwillige) Betriebsvereinbarung zum Einsatz von Leiharbeitnehmern sein. Dabei kann Kern der Betriebsvereinbarung sein, die Fremdvergabe von Arbeit möglichst auszuschließen und innerbetriebliche Alternativen zu suchen. Kern der Vereinbarung kann aber auch sein, das Kontingent der Leiharbeitnehmer im Betrieb möglichst klein zu halten und auf den vorübergehenden Einsatz zu beschränken. Auch Regelungen zur maximalen Einsatzdauer können getroffen werden, wobei zu vermeiden ist, die gesetzliche Höchstdauer zu überschreiten. Diese sollte nach Möglichkeit eher verkürzt werden. Es sollten auch Eckpunkte festgeschrieben werden, nach welchen Kriterien die Verleihfirma ausgewählt wird. In einigen Unternehmen ist es gelungen, solche Vereinbarungen zu treffen. In der Anlage findet sich ein Eckpunktepapier für eine solche Betriebsvereinbarung.

Ein weiteres Ziel zur Beschäftigungssicherung kann auch eine (freiwillige) Betriebsvereinbarung zum Einsatz von Subunternehmern im Betrieb sein. Diese sollte Kriterien enthalten, nach denen zu entscheiden ist, wann Arbeiten fremdvergeben werden bzw. unter welchen Bedingungen bereits nach außen vergebene Arbeiten wieder zurückgeholt werden (so genanntes Insourcing).

Ein weiterer Diskussionspunkt mit dem Arbeitgeber wird sein, wenn vermehrt Subunternehmen und Soloselbstständige mit Arbeiten betraut werden. Im Wege der Beschäftigungssicherung und zur Vermeidung von betriebsbedingten Kündigungen sollten Arbeiten nicht fremdvergeben werden bzw. wieder in den Betrieb

Werk- und Dienst-
verträge



zurückgeholt werden. In Betrieben mit mehr als 100 Beschäftigten hat der Arbeitgeber schriftlich zu erklären, warum das Zurückholen von Arbeiten kein akzeptables Instrument der Beschäftigungssicherung sein soll.

6. Verhandlungen zu Interessenausgleich und Sozialplan bei der Vergabe von Arbeiten an Subunternehmer (§§ 111 ff. BetrVG)

Bei der Vergabe von Arbeiten an Subunternehmer kann es sich um eine Betriebsänderungsmaßnahme handeln. Eine Betriebsänderung liegt z. B. vor, wenn durch die Vergabe von Arbeiten an Subunternehmer entweder der Betrieb oder wesentliche Betriebsteile eingeschränkt werden. Ob das der Fall ist, wird anhand der Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer beurteilt.¹⁴⁰ Eine Betriebsänderung liegt auch vor, wenn ein Betriebsteil abgespalten wird. Das wäre z. B. der Fall, wenn eine bestimmte Abteilung quasi zum Subunternehmer wird und künftig als rechtlich eigenständiges Unternehmen die Arbeiten für den ehemaligen Betrieb auf der Grundlage von Werkverträgen erbringen soll.

In diesen Fällen hat der Betriebsrat Anspruch auf Verhandlungen zu einem Interessenausgleich und auf den Abschluss eines Sozialplans. In den Verhandlungen um den Interessenausgleich erfolgt eine Auseinandersetzung mit dem Arbeitgeber darüber, ob die Maßnahme überhaupt sinnvoll ist, wenn ja, wann und wie sie durchzuführen ist. Kommt man in den freien Verhandlungen zu keinem Ergebnis, ist zwingend die Einigungsstelle anzurufen. Erst wenn auch dort kein Ergebnis erzielt werden kann, sind die Verhandlungen zum Interessenausgleich gescheitert und der Arbeitgeber kann die Maßnahme umsetzen.

Ein Sozialplan ist in diesem Fall erzwingbar. Kann der Betriebsrat die Maßnahme nicht verhindern, dann sollen die Nachteile für die Kolleginnen und Kollegen, die ihnen durch die Betriebsänderungsmaßnahme entstehen, durch den Sozialplan abgemildert werden (§ 112 BetrVG).

¹⁴⁰ Das ist der Fall, wenn in Betrieben mit in der Regel mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern mehr als fünf, in Betrieben mit in der Regel mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern 10% oder aber mehr als 25 und in Betrieben mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern mindestens 30 Arbeitnehmer betroffen sind (siehe § 17 KSchG).



7. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nach § 87 BetrVG

Für die befristet und geringfügig Beschäftigten ist es eine Selbstverständlichkeit, dass sich die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten auch auf diese Beschäftigungsgruppen beziehen. Betriebsvereinbarungen, die im Betrieb geschlossen werden, müssen in aller Regel auch diesen Personenkreis umfassen, da sie ansonsten gegen das Diskriminierungsverbot von befristet Beschäftigten und Teilzeitbeschäftigten verstoßen.

Reichweite der Mitbestimmung

Der Betriebsrat des Entleiherbetriebs hat aber auch Mitbestimmungsrechte im Hinblick auf die Leiharbeiter und zwar immer dann, wenn diese von einer Angelegenheit im Betrieb betroffen sind.

Das ist z. B. bei allen Fragen der Arbeitszeit der Fall. Auch für die Leiharbeitnehmer gilt die Betriebsvereinbarung zur Arbeitszeit im Entleiherbetrieb.¹⁴¹ Auch Fragen der Ordnung im Betrieb (Verpflichtung Dienstkleidung zu tragen, Taschenkontrolle, Parkplatzregelungen etc.) und auch Fragen des gleichberechtigten Zugangs zu Sozialeinrichtungen (z. B. Kantinen, Kitas etc.) sind vom Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats im Entleiherbetrieb erfasst. Leiharbeitnehmer haben auch das Recht (§ 13b AÜG), gleichberechtigt wie die Kernbelegschaft an den Gemeinschaftseinrichtungen wie Kantine, Kitas, Beförderung etc. teilzunehmen, sofern es nicht sachliche Gründe gibt, sie auszuschließen. Dieses Recht der in Leiharbeit Beschäftigten wird durch die Unternehmen vielfach versucht auszuhebeln und zwar mit der Begründung, dass der Verwaltungsaufwand viel zu groß sei, um die Leiharbeitnehmer an den Sozialeinrichtungen zu beteiligen. Das sei deshalb der Fall, weil die Leiharbeiter nur kurz im Betrieb beschäftigt seien. Kaum sei das Kind in der Kita angemeldet, muss man es auch schon wieder abmelden. Dieser Verwaltungsaufwand stellt keinen sachlichen Grund dar, die in Leiharbeit Beschäftigten von den Sozialeinrichtungen auszuschließen. Dass die Beschäftigungsverhältnisse nicht von Dauer sind, ist nun gerade die Eigenart eines zulässigen Leiharbeitereinsatzes. Mit diesem Argument könnte ansonsten § 13b AÜG komplett ausgehebelt werden.

Geltungsbereich bei Leiharbeit

Insbesondere gelten auch alle Regelungen des Arbeitsschutzes für die Leiharbeitnehmer. Für die Unterrichtung und Schutzmaßnahmen ist der Entleiher gleichermaßen verantwortlich wie der Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers. Das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG des Betriebsrats im Entleiherbetrieb umfasst damit auch die in Leiharbeit Beschäftigten.

¹⁴¹ BAG v. 19. 6. 2001, 1 ABR 43/00, in: NZA 2001, 1263 ff.



Fragen der betrieblichen Entgeltgestaltung dagegen können die Betriebsräte der Entleiherbetriebe nicht regeln, denn für die Bezahlung der Leiharbeitnehmer ist allein der Verleiher zuständig.

**Geltungsbereich
bei Werk- und
Dienstverträgen**

Sofern es sich um »unechte« Werk- und Dienstverträge oder um »unechte« Soloselbstständigkeit handelt, hat der Betriebsrat die vollen Mitbestimmungsrechte wie für die Arbeitnehmer der Kernbelegschaft, denn diese sind voll in den Betrieb eingegliedert.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bestehen aber keine Mitbestimmungsrechte, wenn es sich um »echte« Werk- und Dienstverträge oder eine »echte« Soloselbstständigkeit handelt. Angesichts des Wandels in den Betrieben ist diese Rechtsprechung nicht mehr zeitgemäß und führt letztlich dazu, dass große Teile der Belegschaft ohne betriebsverfassungsrechtliche Vertretung bleiben. Es gibt gute Gründe, den Betriebsräten zumindest Teile der Mitbestimmung aus § 87 Abs. 1 BetrVG auch im Hinblick auf Beschäftigte von Subunternehmen und Soloselbstständigen zu gewähren.¹⁴² Denn der Einsatz von Beschäftigten von Subunternehmen hat immer auch Auswirkungen auf die Kernbelegschaft. Man überlege sich nur den folgenden Fall: Im Betrieb besteht ein absolutes Rauchverbot. Was ist nun, wenn der Betriebsrat in dem Subunternehmen gegen ein absolutes Rauchverbot ist und in einer Betriebsvereinbarung geregelt hat, dass die Beschäftigten jederzeit ihre Arbeitszeit unterbrechen dürfen, um zu rauchen?

Auch das Hessische Landesarbeitsgericht hatte 1989 ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG bejaht, wenn der Arbeitgeber ein dritte Schicht einrichtet, auch wenn diese ausschließlich mit Beschäftigten eines Subunternehmens besetzt wird, weil diese dritte Schicht auch Auswirkungen auf die Kernbelegschaft hat.¹⁴³

Eine besondere Rolle spielt der Arbeitsschutz auch beim Einsatz von bei Subunternehmen Beschäftigten. Hier hat der Betriebsrat der Kernbelegschaft auch Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG im Hinblick auf die Beschäftigten von Subunternehmen und Solobeschäftigten. Das Arbeitsschutzgesetz verlangt in § 8 von den beteiligten Arbeitgebern eine Zusammenarbeit bei Fragen des Arbeitsschutzes, wenn Beschäftigte an einem Arbeitsplatz zusammenarbeiten. So ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern von Subunternehmen auch bei der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG zu berücksichtigen und die Unterweisungsrechte nach § 12 ArbSchG gelten auch gegenüber diesen Beschäftigten.

¹⁴² Klebe, »Werkverträge – ein neues Dumpingmodell?«, AiB 2012, 559 ff.

¹⁴³ Hessisches LAG v. 24.10.1989, 5 TaBVGa 155/89, in: AuR 1990, 263.



8. Teilnahme an Betriebs- und Abteilungsversammlungen und der Besuch von Sprechstunden des Betriebsrats (§ 14 AÜG)

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz regelt ausdrücklich, dass die Leiharbeiter das Recht haben, die Sprechstunden des Betriebsrats des Entleiherbetriebs aufzusuchen. Ebenso haben sie das Recht, an Abteilungs- und Betriebsversammlungen teilzunehmen. Dies ist ausdrücklich in § 14 Abs. 1 Satz 2 AÜG geregelt.

Die Betriebsräte in den Entleiherbetrieben sollten die eingesetzten Leiharbeitnehmer über ihre Rechte aufklären, denn oftmals bestehen in den Verleiherbetrieben keine Betriebsräte, und die Arbeitnehmer sind nicht zuletzt wegen ihrer prekären Beschäftigungssituation gar nicht im Bilde, was sie sich wirklich gefallen lassen müssen.

9. Beschwerderecht gilt auch für Leiharbeitskräfte (§ 14 AÜG)

Laut §§ 84 ff. BetrVG können sich Arbeitnehmer beim Betriebsrat beschweren, wenn sie sich benachteiligt oder ungerecht behandelt fühlen. Dieses Beschwerderecht gilt auch für Leiharbeitskräfte, was § 14 Abs. 1 Satz 3 AÜG ausdrücklich vorsieht. Hier besteht eine Möglichkeit für Betriebsräte, der »Zwei-Klassengesellschaft« im eigenen Betrieb entgegenzuwirken. Beschwerden können auch vor die Einigungsstelle gebracht werden, allerdings nur, wenn der Beschwerde kein Rechtsanspruch der Leiharbeitskraft zugrunde liegt. In diesem Fall müsste die Leiharbeitskraft selbst vor Gericht klagen.

10. Unterrichts- und Erörterungspflichten des Arbeitgebers nach §§ 81, 82 BetrVG gelten auch für Leiharbeitskräfte

Die genannten Vorschriften spielen in der Praxis eine eher geringe Rolle. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (§ 14 Abs. 1 Satz 3 AÜG) verweist jedoch ausdrücklich auch auf diese Vorschriften. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, alle Arbeitnehmer vor Aufnahme ihrer Tätigkeit über den Arbeitsplatz, die organisatorischen und technischen Gegebenheiten und vor allem auch über die Arbeitssicherheitsmaßnahmen zu unterrichten.



11. Die Bedeutung von Leiharbeitnehmern bei den Betriebsratswahlen und bei der Ermittlung weiterer Schwellenwerte nach dem BetrVG

Ein lange währender Streit ist die Frage, ob die Anzahl der im Betrieb beschäftigten Leiharbeitnehmer für die Frage, wie viele Mitglieder der neu zu wählende Betriebsrat haben soll, eine Rolle spielt. Dürfen die Leiharbeiter zu der Zahl der Beschäftigten hinzugezählt werden oder nicht?

Das Bundesarbeitsgericht hat mit wenig überzeugenden Argumenten bereits 2003 entschieden, dass die Zahl der Leiharbeitnehmer in den Betrieben nicht die Größe des Betriebsrats oder die Anzahl der freigestellten Betriebsräte berührt.¹⁴⁴ Diese Rechtsprechung hat viel Kritik erfahren, weiß doch jeder Betriebsrat, dass die Aufgaben und die Arbeitsbelastung der Betriebsräte mit steigender Anzahl der Leiharbeitnehmer im Betrieb eher zunehmen, da in Leiharbeit Beschäftigte gerade in organisationsrechtlichen Fragen wie z.B. Arbeitszeit oder Ordnung im Betrieb auch der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen. Dazu kommen die spezifischen Fragen durch das Leiharbeitsverhältnis selbst. Betriebe mit 30% in Leiharbeit Beschäftigten im Verhältnis zur Kernbelegschaft sind leider keine Seltenheit mehr.

Durch die Veränderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom Dezember 2012 wurde in § 1 AÜG klargestellt, dass Leiharbeit nur vorübergehend erfolgen darf. Das Arbeitsgericht Elmshorn¹⁴⁵ hatte daraus den Schluss gezogen, dass Arbeitsplätze, die länger als 24 Monate mit Leiharbeitnehmern besetzt sind, Dauerarbeitsplätze sind. Auf solchen Arbeitsplätzen erfolgt die Leiharbeit nicht nur vorübergehend, wie es das Gesetz vorschreibt. Deshalb zählen sie bei der Bestimmung der Betriebsgröße mit. Sie zählen damit zu den im Betrieb in der Regel Beschäftigten und haben Einfluss auf die Größe des zu wählenden Betriebsrats (siehe § 9 BetrVG). In der Folgezeit hat sich das Bundesarbeitsgericht unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung dieser Rechtsansicht angeschlossen und entschieden, dass regelmäßig eingesetzte Leiharbeitnehmer bei Bestimmung der Betriebsratsgröße zu berücksichtigen sind.¹⁴⁶

Der Gesetzgeber hat diesen Streit aufgenommen und entschieden: Seit dem 1. 4. 2017 ist durch § 14 Abs. 1 Satz 4 AÜG klargestellt, dass Leiharbeitnehmer bei Bestimmung der Betriebsratsgröße zu berücksichtigen sind. Die Regelung stellt

¹⁴⁴ BAG v. 16. 4. 2003, 7 ABR 53/02, in: AiB 2004, 113.

¹⁴⁵ ArbG Elmshorn v. 16. 2. 2012, 3 BV 43 d/11, AiB 2012, 398–400.

¹⁴⁶ BAG v. 13. 3. 2013, 7 ABR 69/11, in: AiB 2013, 659 f.



darüber hinaus auch klar, dass Leiharbeitnehmer immer dann zu berücksichtigen sind, wenn das BetrVG oder die Wahlordnung einen Schwellenwert festlegt. Eine Ausnahme gilt aber dann, wenn eine Betriebsänderung ausschließlich durch Personalabbau erfolgen soll: Dann sollen bei Ermittlung des Schwellenwerts für einen zu vereinbarenden Sozialplan die Leiharbeitnehmer keine Berücksichtigung finden. Also nur bei dem Schwellenwert des § 112a BetrVG sind Leiharbeitnehmer nicht zu berücksichtigen.

Unstreitig und im Gesetz verankert ist, dass Leiharbeitnehmer das aktive Wahlrecht haben, wenn sie zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl voraussichtlich länger als drei Monate beschäftigt sind oder werden (§ 7 BetrVG).

Seit dem 1. 4. 2017 zählen Leiharbeitnehmer auch bei der Bestimmung der Größe des Europäischen Betriebsrats mit. Auch im Rahmen der Mitbestimmungsgesetze, also bei Bestimmung der Anzahl der Aufsichtsratsmandate für die Arbeitnehmer (einschließlich derjenigen in den SE- und SCE-Gesellschaften), sind die Leiharbeitnehmer fortan zu berücksichtigen. Dies ist in § 14 Abs. 4 und Abs. 5 AÜG in der seit dem 1. 4. 2017 geltenden Fassung festgelegt. Hierbei sind jedoch nur diejenigen zu berücksichtigen, deren Einsatzdauer länger als sechs Monate beträgt.





Anhang

1. Merkblatt für Leiharbeitskräfte (Stand 04/2017)



Bundesagentur für Arbeit

Zentrale

If you are not a German citizen you can ask your employer to get this information sheet and the written conditions of employment issued in your native language.

Merkblatt

für Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter

Sie sind Leiharbeiterin oder Leiharbeiter, wenn Sie von Ihrem Arbeitgeber (Verleiher) einem Dritten (Entleiher) zur Arbeitsleistung überlassen werden.

Wenn Sie nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, können Sie vom Verleiher verlangen, dass er Ihnen dieses Merkblatt und den Nachweis über die wesentlichen Arbeitsbedingungen (siehe A.) in Ihrer Muttersprache aushändigt.

A. Arbeitsverhältnis

Ihr Arbeitgeber (Verleiher) muss eine Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit zur Arbeitnehmerüberlassung haben. Ihr Arbeitsvertrag ist unwirksam, wenn Ihr Arbeitgeber keine Erlaubnis besitzt und auch die Ausnahmen von der Erlaubnispflicht nicht zutreffen. In diesem Fall entsteht ein Arbeitsverhältnis zwischen Ihnen und dem Entleiher. Sie haben die Möglichkeit, an dem Arbeitsverhältnis mit Ihrem Arbeitgeber festzuhalten. Dazu müssen Sie innerhalb einer Frist von einem Monat gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher schriftlich erklären, dass Sie an dem Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher festhalten wollen (sog. Festhaltungserklärung). Dabei ist folgendes zu beachten: Ihre schriftliche Erklärung müssen Sie zunächst persönlich in einer Agentur für Arbeit vorlegen, dort Ihre Identität feststellen und dies auf Ihrem Schreiben vermerken lassen. Anschließend müssen Sie diese Erklärung innerhalb von 3 Tagen Ihrem Arbeitgeber oder dem Entleiher vorlegen.

Wenn die Erlaubnis im Laufe des Arbeitsverhältnisses wegfällt, muss der Verleiher Sie darüber sofort informieren. Der Verleiher muss

04/2017

Sie auf das voraussichtliche Ende der Abwicklungsfrist hinweisen. Die Frist zur Abwicklung des Vertrags beträgt höchstens 12 Monate. Unter Abwicklungsfrist versteht man die Frist, die dem Verleiher maximal bleibt, um mit dem Entleiher bereits geschlossene Verträge zu realisieren.

Ihr Arbeitgeber darf Sie nur überlassen, soweit zwischen Ihnen und dem Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis besteht. Er muss Sie vor jeder Überlassung an einen Entleiher darüber informieren, dass Sie als Leiharbeiterin bzw. Leiharbeiterin tätig werden.

Der Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen des Leiharbeitsverhältnisses richtet sich nach § 11 Absatz 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) und den Bestimmungen des Nachweisgesetzes. Der Verleiher ist verpflichtet, die wesentlichen Inhalte des Leiharbeitsverhältnisses schriftlich festzuhalten. Der schriftliche Nachweis muss mindestens folgende Angaben enthalten:

- Ihren Namen und Ihre Anschrift sowie den Namen und die Anschrift des Verleihers,
- das Datum, an dem das Arbeitsverhältnis beginnt,
- bei befristeten Arbeitsverhältnissen die voraussichtliche Dauer des Arbeitsverhältnisses,
- den Arbeitsort oder, falls Sie nicht nur an einem bestimmten Arbeitsort tätig sein sollen, einen Hinweis darauf, dass Sie an verschiedenen Orten beschäftigt werden können,
- eine kurze Beschreibung Ihrer Tätigkeit,
- die Zusammensetzung, Höhe und Fälligkeit des Arbeitsentgelts einschließlich der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts,
- die vereinbarte wöchentliche bzw. monatliche Arbeitszeit,
- die Zahl der Urlaubstage,
- die beiderseitigen Kündigungsfristen des Arbeitsverhältnisses,
- einen allgemeinen Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, die für das Arbeitsverhältnis gelten,
- die Erlaubnisbehörde sowie Ort und Datum der Erteilung der Erlaubnis nach § 1 AÜG,

Art und Höhe der Leistungen für Zeiten, in denen Sie nicht verliehen sind.



Spätestens einen Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses sind die wesentlichen Vertragsbedingungen von Ihrem Verleiher schriftlich festzuhalten, zu unterschreiben und Ihnen zu übergeben.

Achten Sie darauf, dass Sie den schriftlichen Nachweis immer vor Beginn der Beschäftigung erhalten, damit Sie rechtlich abgesichert sind; besonders wichtig ist dies bei befristeten Verträgen/ Arbeitsverhältnissen.

Sie dürfen an denselben Entleiher grundsätzlich höchstens 18 Monate¹ überlassen werden. Damit Ihr Arbeitgeber die Überlassungshöchstdauer nicht überschreitet, muss er Ihre vorherigen Einsätze bei demselben Entleiher auch für andere Verleiher vollständig berücksichtigen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als 3 Monate liegen. Von der Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten kann durch Tarifvertrag der Einsatzbranche oder - im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages - durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung im Einsatzbetrieb abgewichen werden. Mit dem Überschreiten der Überlassungshöchstdauer ist das Arbeitsverhältnis mit Ihrem Arbeitgeber unwirksam und es entsteht ein Arbeitsverhältnis zwischen Ihnen und dem Entleiher. Sie haben die Möglichkeit, an dem Arbeitsverhältnis mit Ihrem Arbeitgeber (Verleiher) festzuhalten. Hierzu müssen Sie die unter A., 1. Absatz beschriebene Festhaltungserklärung abgeben.

Der Vertrag zwischen Ihrem Arbeitgeber und dem Entleiher muss ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet sein (sog. Offenlegung). Zusätzlich müssen Ihr Arbeitgeber und der Entleiher Sie vor Ihrem Einsatz im Überlassungsvertrag oder durch Bezugnahme auf diesen Vertrag namentlich benennen (sog. Konkretisierung). Werden diese Pflichten nicht erfüllt, wirkt sich dies auf Ihr Arbeitsverhältnis aus. Das Arbeitsverhältnis mit Ihrem Arbeitgeber ist dann unwirksam und es entsteht ein Arbeitsverhältnis zwischen Ihnen und dem Entleiher. Sie haben die Möglichkeit, an dem Arbeitsverhältnis mit Ihrem Arbeitgeber (Verleiher) festzuhalten. Hierzu müssen Sie die unter A., 1. Absatz beschriebene Festhaltungserklärung abgeben.

Grundsätzlich haben Sie Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen (z. B. Fahrt- und Übernachtungskosten) bei auswärtigem Einsatz.

Zum Beispiel sind Ihnen die Fahrtkosten zu erstatten für die Fahrten zwischen dem Betriebs-sitz des Verleihers und dem Betriebs-sitz des Entleihers.²

Tarifvertraglich oder einzelvertraglich können jedoch abweichende Regelungen getroffen werden. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang diese Ausgaben auch vom Finanzamt erstattet werden können, ist von den steuerlichen Regelungen abhängig, die im jeweiligen Einzelfall zu beachten sind.

Die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertretungen (Betriebsräte, Personalräte) nach dem Betriebsverfassungsgesetz bzw. Bundespersonalvertretungsgesetz sind auch von den Verleihern und deren Beschäftigten zu beachten.

Der Verleiher darf Ihnen nicht verbieten, nach Beendigung Ihres Leiharbeitsverhältnisses ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher einzugehen. Steht ein solches Verbot in Ihrer Vereinbarung mit dem Verleiher oder in der Vereinbarung zwischen dem Verleiher und dem Entleiher, dann ist ein solches Verbot unwirksam.

Der Verleiher hat Ihnen das vereinbarte Arbeitsentgelt auch dann zu zahlen, wenn er Sie nicht bei einem Entleiher beschäftigen kann.

Sie sind nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu werden, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. Bei einem solchen Arbeitskampf muss der Verleiher Sie darauf hinweisen, dass Sie das Recht haben, die Leistung zu verweigern und nicht für diesen Entleiher arbeiten müssen. Dem Entleiher ist es verboten, Sie in seinem Betrieb tätig werden zu lassen, der unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffen ist. Ausnahmsweise ist Ihr Einsatz in einem bestreikten Betrieb zulässig, wenn der Entleiher sicherstellt, dass Sie nicht als Streikbrecher eingesetzt werden.

B. Grundsatz der Gleichstellung

Für die Zeit, in der Sie beim Entleiher arbeiten, haben Sie grundsätzlich ab dem ersten Tag der Überlassung Anspruch auf die wesentlichen Arbeitsbedingungen (wie Arbeitszeit, Urlaub usw.) und das Arbeitsentgelt wie eine vergleichbare Arbeitnehmerin bzw. ein vergleichbarer Arbeitnehmer im Betrieb des Entleihers³.

¹ Für die Berechnung des Zeitraums sind nur ab 01. April 2017 zurückgelegte Überlassungszeiten maßgeblich.

² Vgl. § 670 des Bürgerlichen Gesetzbuches

³ Vgl. § 8 Absatz 1 AUG



Auskunft über die wesentlichen Arbeitsbedingungen und das Arbeitsentgelt können Sie von Ihrem Entleiher verlangen.

Von diesem Gleichstellungsgrundsatz darf nur in folgendem Fall abgewichen werden: Für Ihr Leiharbeitsverhältnis gilt ein Tarifvertrag, der die wesentlichen Arbeitsbedingungen regelt. Ein solcher Tarifvertrag ist zum einen anzuwenden, wenn zwischen einer Gewerkschaft und einem Arbeitgeberverband ein Tarifvertrag geschlossen wurde und Sie Mitglied der Gewerkschaft sind und Ihr Arbeitgeber Mitglied des beteiligten Arbeitgeberverbandes ist. Zum anderen kann im Arbeitsvertrag zwischen Ihnen und Ihrem Verleiher die Anwendung eines bestimmten Tarifvertrages vereinbart werden.

Durch oder aufgrund eines Tarifvertrages der Zeitarbeit darf Ihnen grundsätzlich nur in den ersten 9 Monaten⁴ einer Überlassung an einen Entleiher ein niedrigeres Arbeitsentgelt bezahlt werden. Ihr Arbeitgeber muss Ihre vorherigen Einsätze bei dem Entleiher auch für andere Verleiher vollständig anrechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als 3 Monate liegen. Ein von einer vergleichbaren Arbeitnehmerin bzw. einem vergleichbaren Arbeitnehmer im Betrieb des Entleihers abweichendes niedrigeres Arbeitsentgelt darf Ihnen dann länger als 9 Monate bezahlt werden, wenn in einem geltenden Tarifvertrag ein gleichwertiges Arbeitsentgelt festgelegt und geregelt ist, dass Sie dieses Entgelt durch stufenweise Erhöhung nach dem 15. Monat Ihrer Überlassung erreichen. Die stufenweise Erhöhung des Arbeitsentgelts muss spätestens nach 6 Wochen Einsatzzeit beginnen.

Anders verhält es sich, wenn Sie einem Entleiher überlassen werden, bei dem Sie schon einmal gearbeitet haben, und zwar in den letzten sechs Monaten, bevor Sie der Verleiher dem Entleiher überlassen hat. Dies trifft auch auf einen Entleiher zu, der mit diesem Entleiher einen Konzern bildet. In diesen Fällen hat Ihr Verleiher den Gleichstellungsgrundsatz sicherzustellen.

C. Mindestlohn und Lohnuntergrenze

Ihr Arbeitgeber ist verpflichtet, Ihnen mindestens den gesetzlichen Mindestlohn in Höhe von **8,84 Euro** brutto je Zeitzunde⁵ zu zahlen. Dies gilt auch für Zeiten, in denen Sie nicht verliehen werden.

Sofern Sie Tätigkeiten übernehmen, für die ein abweichender Branchenmindestlohn oder ein abweichendes Mindestentgelt aufgrund eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags gilt⁶, haben Sie während Ihres Einsatzes Anspruch auf das dort festgelegte Mindestentgelt.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) kann auf Vorschlag der Tarifvertragsparteien eine verbindliche Lohnuntergrenze im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung festsetzen⁷. Die vom BMAS festgesetzten Mindeststundenentgelte gehen dem gesetzlichen Mindestlohn vor, das heißt, Ihr Arbeitgeber muss Ihnen mindestens das in der jeweils geltenden Rechtsverordnung festgelegte Mindeststundenentgelt bezahlen.

Die Tarifvertragsparteien der Zeitarbeit haben dem BMAS einen entsprechenden Vorschlag zum Erlass einer Dritten Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung unterbreitet. Mit deren Inkrafttreten ist der Verleiher auf Grund der Verordnung verpflichtet, Ihnen mindestens das nachfolgend aufgeführte Bruttoentgelt pro Arbeitsstunde (Mindeststundenentgelt) zu zahlen:

1. in den Bundesländern Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen
 - a) vom Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung bis zum 31.03.2018
8,91 Euro
 - b) vom 01.04.2018 bis 31.12.2018
9,27 Euro
 - c) vom 01.01.2019 bis 30.09.2019
9,49 Euro
 - d) vom 01.10.2019 bis 31.12.2019
9,66 Euro,

⁴ Für die Berechnung dieses Zeitraums sind die ab dem 01. April 2017 zurückgelegten Überlassungszeiten maßgeblich.
⁵ Seit dem 01. Januar 2017 gemäß § 1 Mindestlohnanpassungsverordnung (MilLoV) i. V. m. § 11 Mindestlohngesetz (MilLoG)

⁶ Vgl. §§ 3 ff. Arbeitnehmer-Entsandegesetz (AEEntG)

⁷ Vgl. § 3a AÜG



2. in den übrigen Bundesländern

- a) vom Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung bis zum 31.03.2018

9,23 Euro

- b) vom 01.04.2018 bis 31.03.2019

9,49 Euro

- c) vom 01.04.2019 bis 30.09.2019

9,79 Euro

- d) vom 01.10.2019 bis 31.12.2019

9,96 Euro.

Es ist Ihnen das Mindeststundenentgelt Ihres Arbeitsortes zu zahlen. Wenn Sie auswärtig tätig sind und das Mindeststundenentgelt an Ihrem Einstellungsort höher als am Arbeitsort ist, haben Sie Anspruch auf dieses höhere Mindeststundenentgelt.

Sie haben Anspruch darauf, dass Ihnen das Mindeststundenentgelt spätestens am 15. Bankarbeitstag (Referenzort ist Frankfurt am Main) gezahlt wird, der auf den Monat folgt, für den das Mindeststundenentgelt zu zahlen ist.

Diese Regelung gilt nicht für die über die regelmäßige monatliche Arbeitszeit hinaus entstandenen Arbeitsstunden, wenn eine tarifvertragliche Regelung zur Arbeitszeitflexibilisierung mit einem Arbeitszeitkonto besteht. Dieses Arbeitszeitkonto darf höchstens 200, bei saisonalen Schwankungen im Einzelfall bis zu 230, Plusstunden umfassen. Sofern Sie mehr als 150 Plusstunden auf Ihrem Arbeitszeitkonto haben, muss Ihr Verleiher die über 150 Stunden hinausgehenden Plusstunden einschließlich der darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge gegen Insolvenz sichern und diese Insolvenzversicherung Ihnen gegenüber nachweisen. Ohne diesen Nachweis, darf Ihr Arbeitszeitkonto höchstens 150 Plusstunden umfassen.

Wenn Ihre arbeitsvertraglich vereinbarte Arbeitszeit weniger als 35 Wochenstunden beträgt, wird die Obergrenze des Arbeitszeitkontos entsprechend Ihrer Arbeitszeit angepasst.

Auf Ihr Verlangen werden Ihnen Stunden aus dem Arbeitszeitkonto ausbezahlt, die über 105 Plusstunden hinausgehen. Bei Teilzeitbe-

schäftigten richtet sich die Anzahl der Plusstunden anteilig nach der jeweils arbeitsvertraglich vereinbarten Arbeitszeit.

D. Sozialversicherung

Der Verleiher als Ihr Arbeitgeber ist, wie jeder andere Arbeitgeber auch, verpflichtet, die Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, so haftet dafür im Einsatzfall der Entleiher⁸.

E. Arbeitsschutz und Unfallverhütung

Für Ihre Tätigkeit bei dem Entleiher gelten die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitsschutzrechts, die auch der Betrieb des Entleihers einzuhalten hat. Für die Einhaltung dieser Vorschriften sind Verleiher und Entleiher verantwortlich. Der Entleiher hat auch die notwendigen Unfallverhütungsmaßnahmen zu treffen, die gesetzlich vorgeschrieben sind. Sie sind verpflichtet, die entsprechenden Vorschriften zu befolgen.

Der Entleiher hat Sie ferner, insbesondere vor Beginn der Beschäftigung und bei Veränderungen in seinem Arbeitsbereich, über Folgen des zu informieren:

Gefahren für Sicherheit und Gesundheit, denen Sie bei der Arbeit ausgesetzt sein können, sowie über die Maßnahmen und Einrichtungen zur Abwendung oder zum Schutz einschließlich arbeitsmedizinischer Vorsorge, die Notwendigkeit besonderer Qualifikationen oder beruflicher Fähigkeiten sowie besondere Gefahren des Arbeitsbereichs und die getroffenen oder zu treffenden Maßnahmen.

F. Ihre Pflicht sich rechtzeitig arbeitsuchend zu melden⁹

Wenn Ihr Arbeitsverhältnis beim Verleiher endet, sind Sie verpflichtet, sich spätestens drei Monate vorher persönlich bei Ihrer Arbeitsagentur arbeitsuchend zu melden. Erfahren Sie von der Beendigung weniger als drei Monate vorher, müssen Sie sich spätestens drei Tage, nachdem Sie von der Beendigung erfahren haben, arbeitsuchend melden.

⁸ Vgl. § 28 e Absatz 2 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV)

⁹ Vgl. § 38 Absatz 1 Drittes Buchs Sozialgesetzbuch (SGB III)



Es reicht aus, wenn Sie Ihrer Arbeitsagentur innerhalb der genannten Fristen z. B. online (<http://www.arbeitsagentur.de>) oder aber telefonisch die Beendigung Ihres Arbeitsverhältnisses mitteilen und einen Termin zur persönlichen Arbeitsuchendmeldung vereinbaren.

Sie haben Ihre Pflicht, sich arbeitsuchend zu melden, erst dann vollständig erfüllt, wenn Sie den vereinbarten Termin mit der Agentur für Arbeit wahrnehmen.

Bitte beachten Sie, dass eine Sperrzeit von einer Woche eintreten kann, wenn Sie sich nicht rechtzeitig melden. Eintritt einer Sperrzeit bedeutet, dass trotz Anspruch auf Arbeitslosengeld I, dieser Anspruch ruht und Sie für diese Woche, in der der Anspruch ruht, kein Arbeitslosengeld I erhalten.

G. Informationspflicht des Entleiher über freie Arbeitsplätze

Der Entleiher hat Sie über freie Arbeitsplätze, die in seinem Unternehmen besetzt werden sollen, zu informieren. Dies kann durch einen Aushang an einer für Sie zugänglichen Stelle im Betrieb oder Unternehmen des Entleihers geschehen.

H. Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder Gemeinschaftsdiensten

Zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten eines Unternehmens - beispielsweise Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel - hat der Entleiher Ihnen Zugang zu gewähren, und zwar unter den gleichen Bedingungen wie vergleichbaren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in seinem Betrieb. Es kann jedoch sachliche Gründe geben, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Ein solcher Grund kann vorliegen, wenn Sie nur kurz beim Entleiher beschäftigt sind und es für den Entleiher einen unverhältnismäßig hohen Verwaltungsaufwand bedeuten würde, Ihnen Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten zu verschaffen.

I. Wer hilft bei Streitigkeiten oder Fragen?

Für die Entscheidung von Streitigkeiten aus dem Leiharbeitsverhältnis zwischen Ihnen und dem Verleiher sind die Arbeitsgerichte zuständig. Nähere Auskünfte dazu erhalten Sie von den Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbänden, Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten sowie den für die Überwachung der Verleiher zuständigen Agenturen für Arbeit Düsseldorf, Kiel und Nürnberg.

Bei Zweifeln, ob der Verleiher die erforderliche Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit besitzt, können Sie sich an das jeweils zuständige Team Arbeitnehmerüberlassung in den Agenturen für Arbeit Düsseldorf, Nürnberg und Kiel wenden. Diese Teams nehmen auch Hinweise auf Rechtsverstöße von Erlaubnisinhabern entgegen und gehen diesen nach.

Die drei zuständigen Teams Arbeitnehmerüberlassung sind mittels folgender Kontaktdaten erreichbar:

- Agentur für Arbeit Düsseldorf, 40180 Düsseldorf (Tel.: 0211 692 4500);
- Agentur für Arbeit Kiel, 24131 Kiel (Tel.: 0431 709 1010);
- Agentur für Arbeit Nürnberg, 90300 Nürnberg (Tel.: 0911 529 4343).

Die Teams Arbeitnehmerüberlassung sind jeweils für Erlaubnisinhaber mehrerer Bundesländer zuständig. Das Team in der Agentur für Arbeit Düsseldorf für die Bundesländer Nordrhein-Westfalen und Hessen. Das Team der Agentur für Arbeit Nürnberg für die Bundesländer Bayern, Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz und Saarland. Das Team in der Agentur für Arbeit Kiel für alle übrigen Bundesländer.

Die jeweils aktuelle Fassung dieses Merkblattes finden Sie im Internet unter www.arbeitsagentur.de > Unternehmen > Merkblätter und Formulare.



2. Eckpunkte für eine Betriebsvereinbarung zum Einsatz von Leiharbeitskräften

Im Folgenden sollen Eckpunkte festgehalten werden, die in eine Betriebsvereinbarung zur Begrenzung des Einsatzes von Leiharbeit einfließen können. Die Eckpunkte haben keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Sie können sinnvoll ergänzt werden z. B. durch Vereinbarungen zur Beschäftigungssicherung (§ 92a BetrVG).

Einsatz der Leiharbeit beschränken

Zur Begrenzung des Einsatzes von Leiharbeitnehmern wird vereinbart, dass zur Bewältigung des durchschnittlichen Auftrags-/Arbeitsvolumens keine Leiharbeitskräfte eingesetzt werden. Leiharbeitskräfte werden nur zur Bearbeitung von Produktionsspitzen herangezogen. Dieser Punkt ist für alle zukünftigen, aber auch für die bereits geltenden Betriebsvereinbarungen seit dem 1. 4. 2017 von besonderer Bedeutung, da ab diesem Zeitpunkt zwar eine gesetzliche Höchstüberlassung von 18 Monaten gilt, diese aber – wie oben ausgeführt – unter Umständen auch verlängert oder aufgehoben werden kann. Daher sollte besonderer Wert auf die Ausgestaltung dieses Punktes gelegt werden.

Leiharbeitskräfte können bei unvorhersehbaren Personalengpässen (z. B. bei Auftragsspitzen und zeitlich begrenztem Mehrbedarf) eingesetzt werden. Insgesamt dürfen nicht mehr als xxx % der Beschäftigten Leiharbeitskräfte sein. Der Einsatz einer Leiharbeitskraft ist auf xxx Monate beschränkt. Diesem Punkt sollte ebenfalls mit Blick auf die Neuregelungen zur Höchstüberlassungsdauer ein besonderes Augenmerk gewidmet werden.

Sollten betriebsbedingte Kündigungen erforderlich werden, dürfen diese erst erfolgen, wenn der Einsatz von Leiharbeitskräften zuvor beendet worden ist.

Zuerst innerbetriebliche Lösungen suchen

Vor dem Einsatz von Leiharbeitskräften wird geprüft, ob durch innerbetriebliche Personalsteuerung, wie z. B. vorübergehende Mehrarbeit oder innerbetriebliche Versetzungen, der zusätzliche Personalbedarf abgedeckt werden kann.

Personalplanung schließt auch die Planung des Einsatzes von Leiharbeit ein

Zwischen Betriebsrat und Geschäftsführung finden quartalsweise Beratungen über die Kapazitätsauslastung und den Personaleinsatz statt. Im Rahmen der Per-



sonalplanung wird auch der Einsatz von Leiharbeitskräften und der Fremdvergabe von Arbeiten geplant. Die Vorschläge des Betriebsrats zur Beschäftigungssicherung, insbesondere zur Rückführung ausgegliederter Arbeiten, werden bei der Planung berücksichtigt.

Faire Behandlung der Leiharbeitskräfte

Der Arbeitgeber verpflichtet sich im Falle des Einsatzes von Leiharbeitnehmern ausschließlich mit Leiharbeitsfirmen zusammenzuarbeiten, die über eine unbefristete Arbeitnehmerüberlassungsgenehmigung verfügen und entweder den Grundsatz der Gleichstellung beachten oder den Tarifverträgen des DGB unterliegen.

Entleiher und Verleiher sichern gemeinsam, dass die Arbeitsschutzbedingungen auch für Leiharbeitskräfte eingehalten werden.

Den Leiharbeitskräften stehen während ihres Einsatzes die gleichen Rechte aus der Betriebsverfassung zu wie dem Stammpersonal, soweit dies nicht der Eigenart des Leiharbeitsverhältnisses widerspricht.

Bei der Besetzung freier Stellen sind Leiharbeitskräfte vor externen Bewerbern bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigen. Mit Blick auf den Grundgedanken der EU-Richtlinie, wonach Leiharbeitnehmer die gleichen Chancen auf einen unbefristeten Arbeitsplatz haben sollen wie die Stammebelegschaft, lässt sich diese Forderung wohl leichter durchsetzen als bisher. Die Einführung des § 13a AÜG im Jahr 2011 bietet hier zusätzliche Argumentationshilfe.

Das Zustimmungsverfahren nach § 99 BetrVG

Der Betriebsrat hat das Recht, die Zustimmung zur Einstellung von Leiharbeitern zu verweigern, wenn Gründe des § 99 Abs. 2 BetrVG vorliegen oder der Arbeitgeber gegen diese Betriebsvereinbarung verstößt.

Die Zustimmungsverweigerungsgründe des § 99 BetrVG werden folgendermaßen ergänzt:

- Der Einsatz der Leiharbeitskraft übersteigt den Zeitraum von xxx Monaten
- Der Verleiherbetrieb entlohnt nicht nach dem Grundsatz der Gleichstellung oder hat keinen Tarifvertrag mit einer der DGB-Gewerkschaften abgeschlossen.
- Der Arbeitgeber ist seiner Unterrichtungspflicht gem. § 13a AÜG nicht nachgekommen.
- ... etc.



3. Checkliste für die Anhörung zum Einsatz von Leiharbeitskräften nach § 99 BetrVG

Personalplanung schließt auch die Planung des Einsatzes von Leiharbeit ein

- 7-Tage-Frist beachten und Fristablauf notieren!
- Liegen Vetogründe nach § 99 Abs. 2 Nr. 1–6 BetrVG vor?
- Zustimmungsverweigerungsgründe des Betriebsrats ausführlich schriftlich darlegen, nicht nur den Gesetzestext wiederholen!
- Zustimmungsverweigerung formulieren und fristgerecht weitergeben!
- Falls die Informationen nicht ausreichend sind, fehlende Informationen einfordern und vorsorglich die Zustimmung verweigern.

Folgende Informationen müssen vorliegen:

- Name der Leiharbeitskraft
- Zeitraum des Einsatzes
- Auf welchem Arbeitsplatz soll der Einsatz erfolgen?
- Welche Qualifikation erfordert der Arbeitsplatz?
- Welche Qualifikation hat die Leiharbeitskraft?
- Welche Auswirkungen hat die Einstellung der Leiharbeitskraft auf die bereits beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen?
- Nachweis, dass der Verleiher im Besitz einer gültigen Arbeitnehmerüberlassungsgenehmigung ist
- Der Betriebsrat kann die Vorlage des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags zwischen Verleiher und Entleiher verlangen.
- Auskunft über die Tarifbindung der Leiharbeitskraft.



4. Checkliste zur Prüfung einer Scheinselbstständigkeit

- (1) Definiert der Vertrag die Leistung genau, vollständig und eindeutig?
- (2) Kann der Beschäftigte eigenständig bestimmen, wer die Tätigkeit erbringen muss?
 - Kann er gegebenenfalls andere einsetzen?
 - Kann er eigenverantwortlich bestimmen, wann er innerhalb des vorgegebenen Zeitraums die Leistung erbringt? Kann er selbstständig entscheiden, wie er die Arbeitsleistung erbringt?
- (3) Kann der Selbstständige die Leistung in eigener Regie und mit eigenen Arbeitsmitteln erbringen?
- (4) Sind die Leistungen des Selbstständigen von den Tätigkeiten der Arbeitnehmer des Betriebs abgrenzbar?
- (5) Bekommt der Selbstständige Weisungen erteilt?
- (6) Wird ein Zeithonorar vereinbart, obwohl ein Festpreis möglich wäre?
- (7) Wird der Selbstständige in internen E-Mail- oder Telefonverzeichnissen, Protokollen oder anderen internen Schriftstücken namentlich erwähnt?
- (8) Arbeitet der Selbstständige in den Räumen des Betriebs, obwohl das nicht notwendig ist?

Wenn eine der Fragen 1) bis 4) mit nein beantwortet wird, muss mit großer Wahrscheinlichkeit von einer Scheinselbstständigkeit ausgegangen werden.

Wird eine der Fragen von 5) bis 8) mit ja beantwortet, ist Scheinselbstständigkeit wahrscheinlich. Wenn hingegen mehrere Fragen mit ja beantwortet werden, liegt Scheinselbstständigkeit mit großer Wahrscheinlichkeit vor.

Die Checkliste orientiert sich an dem Dienstblatt-Runderlass 72/86 vom 5. 5. 1988 in der Fassung des Dienstblatt-Runderlasses 13/95 vom 31. 1. 1995 des Präsidenten der Bundesanstalt für Arbeit. Nach diesem Erlass beurteilt die BfA das Vorliegen von Arbeitsvermittlung oder Arbeitnehmerüberlassung.



5. Typische Inhalte von Werkverträgen

- Definition des Werks, das erstellt werden soll
- Bezahlung üblicherweise in einer Pauschale, daneben Vereinbarungen über Fahrtkosten und andere Nebenkosten
- Termin zur Fertigstellung und Fragen der Abnahme bzw. Lieferung
- Fragen der Haftung und Mängelgewährleistung
- Vereinbarung zur Kündigung des Vertrags

6. Checkliste zur Prüfung eines Scheinwerkvertrages

- Liegt ein Werkvertrag vor (siehe Punkt 4.)?
- Arbeitet der Subunternehmer eigenverantwortlich?
- Organisiert er die Arbeit und seine Angestellten selbst?
- Bestimmt der Subunternehmer Anzahl und Qualifikation der eingesetzten Arbeitnehmer selbst?
- Gibt der Subunternehmer oder sein Vorgesetzter die Weisungen an seine Beschäftigten?
- Werden die Arbeitsmittel wie Werkzeug und Maschinen vom Subunternehmer gestellt?
- Arbeiten die Beschäftigten des Subunternehmers getrennt und abgrenzbar von den Beschäftigten des Einsatzbetriebs?

Ist eine der obigen Fragen mit Nein zu beantworten ist, besteht der dringende Verdacht, dass ein Scheinwerkvertrag vorliegt. Je mehr Fragen sich mit Nein beantworten lassen, umso eher ist von einem Scheinwerkvertrag auszugehen.



Stichwortverzeichnis

| | | | |
|--|--------------|--|-------------|
| Abgrenzung Scheinwerkvertrag | 56 | Begriff des Minijobs | 78 |
| Abweichung vom Grundsatz der Gleichstellung | 41 ff. | Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG | 89 |
| Ältere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer | 69 | Beschwerderecht, Leiharbeitskräfte | 93 |
| Altersgrenzen in Tarifverträgen | 71 | Besservereinbarungen | 53 |
| Angebot für einen unbefristeten Arbeitsvertrag | 51 | Besuch von Sprechstunden des Betriebsrats | 93 |
| Anschluss an Ausbildung | 64 | Betrieblicher Bedarf, vorübergehend | 64 |
| Anschlussverbot | 67, 71 | Betriebsratswahlen | 94 |
| Arbeitnehmer (Begriff) | 56 f. | Betriebsvereinbarung | 52 |
| Arbeitnehmerüberlassung – gelegentliche | 17 ff. 26 | – zum Einsatz von Leiharbeitnehmern | 52, 89, 101 |
| Arbeitnehmerüberlassungsgesetz | 15 | Definition, Werkvertrag | 56 |
| Arbeitnehmerüberlassungsvertrag | 17 | DGB-Tarifverträge für Leiharbeiter | 45 |
| Arbeitsmittel | 59 | Direktionsrecht | 60 |
| Arbeitsschutz | 48, 91, 92 | Diskriminierung wegen Alters | 71 |
| Arbeitsvertrag Definition und Abgrenzung Werkvertrag | 56 | Diskriminierungsverbot | 73, 79 |
| Arbeitszeit | 91 | Drehtüreffekt | 47 |
| Auskunftsrecht | 83 | Eigenart der Arbeitsleistung | 65 |
| Auslandsentsendung | 26 | Eingliederung von Beschäftigten in den Betrieb | 58, 59 |
| Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichstellung | 41 | Einsatz von Leiharbeitnehmern, »vorübergehend« | 19, 85 |
| – aufgrund eines Tarifvertrags | 42 | Entfristungsklage | 75 |
| – wegen Arbeitslosigkeit | 42 | Entgeltfortzahlung | 79, 80 |
| Ausnahmen von der Erlaubnispflicht für Arbeitnehmerüberlassung | 25 | Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher | 32 |
| Ausschreibung des Arbeitsplatzes | 86 | Equal pay-Prinzip | 41 |
| Austauschkündigungen | 87 | Equal treatment-Prinzip | 41 |
| Befristung | 62 | Erlaubnispflicht nach AÜG | 21 |
| – Begriff | 63 | Erreichung eines bestimmten Zwecks | 63 |
| Befristung mit sachlichem Grund | 64 | | |
| Befristungsketten | 65 | | |
| Befristung und Kündigungsschutz | 73 | | |



| | | | |
|-----------------------------------|--------|-----------------------------------|--------|
| Fälle mit Auslandsbezug | 24 | Konzerneigenes Verleih- | |
| Fehlen der Zuverlässigkeit | 23 | unternehmen | 27 |
| Fehlende Tariffähigkeit der CGZP | 46 | Konzernleihe | 26 |
| Feiertagsvergütung | 80 | Kündigung | 49 |
| Festhaltungserklärung | 30 | – des Leiharbeitsverhältnisses | 49 |
| Feststellungsklage | 61 | – Beteiligung nach § 102 BetrVG | 87 |
| Folgen einer unwirksamen | | Kündigungsschutz, Minijob | 81 |
| Befristung | 74 | Kündigungsschutzklage | 81 |
| | | Kurzfristige Beschäftigung | 79 |
| Gelegentliche | | | |
| Arbeitnehmerüberlassung | 26 | Leiharbeit in Zahlen | 12 |
| Gerichtlicher Vergleich | 67 | – vorübergehend | 19, 94 |
| Geringfügig entlohnte | | Leiharbeitsvertrag | 18 |
| Beschäftigung | 78 | | |
| Gewerbsmäßigkeit | 22 | Merkblatt zur | |
| Gleichstellungsgrundsatz und | | Arbeitnehmerüberlassung | 38, 97 |
| Grundsatz von »equal pay« | 41, 84 | Mindestlohn, Leiharbeit | 47 |
| Gleitzone | 79 | Minijobs in Zahlen | 77 |
| Größe des Betriebsrats | 94 | Mitbestimmung in sozialen | |
| Grundsatz der Gleichstellung | 41 | Angelegenheiten | |
| – Ausnahme von | 41 | nach § 87 BetrVG | 91 |
| – Verstoß gegen | 47 | Mitbestimmung nach | |
| | | § 99 BetrVG | 84 |
| Haushaltsmittel und Befristung | 66 | | |
| Höchstaltersgrenzen | 71 | Nachweispflichten des Verleihers | 36 |
| Höchstdauer der Befristung | 67 | | |
| | | Ordnung im Betrieb | 91 |
| Informations- und Beratungsrechte | | | |
| bei der Personalplanung | | Personalplanung | 88 |
| nach § 92 BetrVG | 88 | Petition zur Leiharbeit | 16 |
| Information über | | – Ziel | 16 |
| freie Arbeitsplätze | 86 | Probeschäftigung | 66 |
| Interessenausgleich | 90 | | |
| | | Rechtsfolgen bei illegaler | |
| Kalendermäßige Befristung ohne | | Arbeitnehmerüberlassung | 30 |
| Sachgrund | 67 | – Arbeitsverhältnis bei Entleiher | 31 |
| Kettenbefristung | 65, 76 | – bisher erbrachte Leistungen | 31 |
| Klagefrist | 75, 81 | Regelungen zur Beschränkung | |
| Kleinunternehmer | 26 | von Leiharbeit | 51 |
| Konkretisierungspflicht | 19 | | |
| Konzernbegriff | 27 | Sachverständiger | 89 |



| | | | |
|---|------------|---|--------|
| Schadensersatzansprüche gegen den Verleiher | 34 | Urlaub und Urlaubsentgelt | 80 |
| Scheinselbstständigkeit | 58 | Verbot der Altersdiskriminierung | 69 |
| Scheinwerkvertrag | 57, 58 | Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe | 28 |
| Schriftform | 17 | Vergütung in verleihefreien Zeiten | 36 |
| Sicherung der Arbeitsplätze | 89 | Verlängerung des Arbeitsverhältnisses, Befristung | 68 |
| Sonderkündigungsschutz | 74, 81 | Versagungsgründe | 23 |
| Sozialplan | 90 | Verstoß gegen den Tarifvertrag | 86 |
| Statusklage | 60 | Vertretung | 64 |
| Streikeinsatz und Leiharbeit | 48 | Vorlage des Vertrages | 58 |
| Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA (CGZP) | 45 | Vorübergehender Bedarf | 64 |
| Teilnahme an Betriebs- und Abteilungsversammlungen | 93 | Vorübergehende Überlassung | 19, 27 |
| Teilzeit | 77 | Weisungsgebundenheit | 60 |
| Überlassungshöchstdauer | 19, 20, 23 | Werkvertrag, Definition | 56 |
| Unternehmensneugründung | 68 | Widerspruch bei Kündigungen gemäß § 102 BetrVG | 87 |
| Unternehmerisches Risiko | 59 | Zahlen zu Werkverträgen | 54 |
| Unterrichtungs- und Erörterungspflichten des Arbeitgebers | 93 | Zeitbefristung | 67 |
| Unterrichtung über freie Stellen | 49, 86 | Ziel der Petition | 16 |
| Unwirksamkeit der Leiharbeitsverträge | 30, 31 | Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen | 49 |





Wichtiger Hinweis

Unsere Broschüre ersetzt nicht die für die Arbeit der Betriebsräte unverzichtbaren Kommentare zum Betriebsverfassungsgesetz und zu anderen Gesetzen. Wir empfehlen folgende Kommentare zum BetrVG:

Kommentar für die Praxis – Däubler / Kittner / Klebe / Wedde
Handkommentar – Fitting / Schmidt / Trebinger / Linsenmaier
Basiskommentar – Klebe / Ratayczak / Heilmann / Spoo

Kolleginnen und Kollegen, die sich tiefer in die Materie einarbeiten wollen, finden deshalb auch Hinweise auf weiterführende Literatur.

Bitte beachtet auch die vom Funktionsbereich Betriebs- und Branchenpolitik herausgegebenen Rechtsprechungshinweise zum BetrVG, die für Funktionäre und Mitglieder der IG Metall über das Extranet → Praxis → Recht → Aktuelle Urteile abgerufen werden können.

