



Betriebs- und
Branchenpolitik | Vorstand

Handlungshilfe für Betriebsräte und Vertrauensleute

30

**Leiharbeit, Werkverträge
und andere prekäre
Beschäftigungsverhältnisse**

Impressum

Produkt-Nr. 25087–40591

Herausgeber:

IG Metall, Vorstand
Betriebs- und Branchenpolitik

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

Redaktion: Verena zu Dohna-Jaeger, FB Betriebs- und Branchenpolitik

Ausgabe: November 2012

Druckvorstufe: Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck: MediaPrint, Paderborn

Vorwort

Betriebsräte und Vertrauensleute stehen jeden Tag vor neuen Herausforderungen, um ihren Aufgaben unter veränderten Rahmenbedingungen gerecht zu werden. So ergab eine aktuelle Umfrage der IG Metall, dass unsichere Arbeitsverhältnisse abweichend vom so genannten Normalarbeitsverhältnis zugenommen haben und hier ein großer Handlungsbedarf besteht. Neben Leiharbeit, befristeter und geringfügiger Beschäftigung gibt es einen neuen Trend hin zum verstärkten Einsatz von Werkverträgen. Dabei ist nicht jeder Werkvertrag gleichbedeutend mit prekärer Arbeit. Aber um „Gute Arbeit“ für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb zu realisieren, ist es notwendig, dieser Entwicklung, soweit sie Ausdruck einer Strategie zur Kostensenkung und Umgehung von Mitbestimmungsrechten ist, entgegen zu treten.

Diese Broschüre bietet dazu einen Einstieg.

Mit unserer Broschürenreihe wollen wir InteressenvertreterInnen Grundlagen vermitteln und Unterstützung und Handlungsorientierung für die betriebliche Arbeit geben (siehe Liste und Bestellmöglichkeit am Ende der Broschüre).

Sie ersetzen jedoch keinesfalls die für die Arbeit der Betriebsräte unverzichtbaren Kommentare zum Betriebsverfassungsgesetz und zu den anderen Gesetzen. Wir empfehlen folgende Kommentare zum BetrVG:

Kommentar für die Praxis – Däubler/Kittner/Klebe/Wedde
Handkommentar – Fitting/Engels/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 der IG Metall über das [Extranet – Praxis – Recht – Aktuelle Urteile](#) abgerufen werden können.

Frankfurt am Main, November 2012

IG Metall

– Vorstand –



Detlef Wetzel



Inhalt

Vorwort	3
Literaturempfehlungen und Internetadressen	7
Vorbemerkungen	9
I. Leiharbeit	11
1. Leiharbeit in Zahlen	11
2. Zweck des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes	13
3. Das Leiharbeitsverhältnis als Dreiecksverhältnis	14
4. Voraussetzung einer rechtmäßigen Arbeitnehmerüberlassung	16
4.1. Erlaubnispflicht	16
4.2. Ausnahmen von der Erlaubnispflicht für Arbeitnehmerüberlassung	19
4.3. Arbeitnehmerüberlassung im Konzern	21
4.4. Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe	23
5. Rechtsfolgen bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung	24
6. Die Besonderheiten des Leiharbeitsverhältnisses	27
7. Tarifliche Regelungen zur Einschränkung von Leiharbeit	40
II. Werkverträge – Einsatz von Subunternehmen und Soloselbstständigen in den Betrieben	42
1. Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Scheinwerkvertrag	43
2. Statusklage	47
3. Klage auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses zum Einsatzbetrieb	47
III. Befristete Arbeitsverhältnisse und ihre rechtlichen Grundlagen	48
1. Wann liegt ein befristetes Arbeitsverhältnis vor?	49
2. Zulässigkeit der Befristung	49
2.1. Die Befristung mit sachlichem Grund	49
2.2. Die kalendermäßige Befristung ohne Sachgrund	52
2.3. Privilegierung für neu gegründete Unternehmen	54
2.4. Die Befristung von Arbeitsverhältnissen älterer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs	54
2.4.1. Die sachgrundlose Befristung	54
2.4.2. Befristung wegen Höchstaltersgrenzen	56
3. Verbot der Diskriminierung von befristet Beschäftigten	57
4. Befristung und Kündigungsschutz	57
5. Die Folgen einer unwirksamen Befristung	58
5.1. Die Entstehung eines unbefristeten Arbeitsvertrags	58
5.2. Die Anrufung des Arbeitsgerichts	59

IV.	Geringfügige Beschäftigung – eine Form der Teilzeitbeschäftigung	.61
1.	Was versteht man unter geringfügiger Beschäftigung?	.61
2.	Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten	.63
3.	Kündigungsschutz und Minijobs	.65
V.	Handlungsmöglichkeiten für Betriebsräte.	.66
1.	Auskunfts- und Informationspflichten des Arbeitgebers	.67
2.	Mitbestimmung bei Einstellung	.67
3.	Widerspruch bei Kündigungen gemäß § 102 BetrVG	.70
4.	Informations- und Beratungsrechte bei der Personalplanung nach § 92 BetrVG	.70
5.	Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG	.71
6.	Verhandlungen zu Interessenausgleich und Sozialplan bei der Vergabe von Arbeiten an Subunternehmer (§§ 111 ff. BetrVG)	.72
7.	Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nach § 87 BetrVG	.73
8.	Teilnahme an Betriebs- und Abteilungsversammlungen und der Besuch von Sprechstunden des Betriebsrats (§ 14 AÜG)	.75
9.	Beschwerderecht gilt auch für Leiharbeitskräfte (§ 14 AÜG)	.75
10.	Unterrichtungs- und Erörterungspflichten des Arbeitgebers nach §§ 81, 82 BetrVG gelten auch für Leiharbeitskräfte	.75
11.	Die Bedeutung von Leiharbeitnehmern bei den Betriebsratswahlen	.75
Anhang:		.77
1.	Merkblatt für Leiharbeitskräfte (Stand 07/2012)	.77
2.	Eckpunkte für eine Betriebsvereinbarung zum Einsatz von Leiharbeitskräften	.81
3.	Checkliste für die Anhörung zum Einsatz von Leiharbeitskräften nach § 99 BetrVG	.82
4.	Checkliste zur Prüfung einer Scheinselbstständigkeit	.83
5.	Typische Inhalte von Werkverträgen	.84
6.	Checkliste zur Prüfung eines Scheinwerkvertrages	.84
	Stichwortverzeichnis	.85

Literaturempfehlungen und Internetadressen

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, 4. Auflage 2011

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

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

Internetadressen

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.gleichearbeit-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

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 2010 ungefähr jeder achte Leiharbeiternehmer auf ergänzende Hartz IV-Leistungen angewiesen ist, weil das gezahlte Entgelt nicht als Lebensgrundlage ausreicht. So bleibt für mehr als 90.000 Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter nur der „Bittgang“ zur Agentur für Arbeit.² Während das klassische Normalarbeitsverhältnis verbunden ist mit einer auf Dauer

1 Presseerklärung der IG Metall vom 28.9.2012.

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

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 Leiharbeiter, 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 Leiharbeiter und (Schein-)Selbstständige eingesetzt, um gegenüber der Stammbesatzung 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 Scheinselbstständigkeit, 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

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 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.³ 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.⁴ 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.⁵ Die Zahlen steigen weiter und es wird damit gerechnet, dass im Jahr 2012 die Millionengrenze erreicht wird.⁶

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.⁷ Dieses Verhältnis hat sich nach der Krise kaum verändert. Nach wie vor haben ca. 48,5 % der Leiharbeitsverhältnisse nur eine Dauer von bis zu drei Monaten.⁸

Anzahl der
Leiharbeits-
verhältnisse

Dauer der
Leiharbeits-
verhältnisse

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

4 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.

5 Böckler Impuls 5/2011.

6 Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarktberichterstattung: Der Arbeitsmarkt in Deutschland, Zeitarbeit in Deutschland – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg 2012.

7 10. Bericht der Bundesregierung, S. 33.

8 Böckler Impuls 5/2011.

Tätigkeiten der Leiharbeiter und Einsatzbetriebe

Auffällig sind die Tätigkeiten, für die Leiharbeiter eingesetzt werden. 32 %, also etwa ein Drittel der Leiharbeiter wird zu reinen Hilfsarbeiten eingesetzt,⁹ und dies obwohl das Qualifikationsniveau der eingesetzten Leiharbeiter gut ist. Meist verfügen diese über einen qualifizierten Schulabschluss und/oder eine qualifizierte Berufsausbildung.¹⁰ Eingesetzt werden Leiharbeiter überwiegend in Betrieben mit mehr als 500 Beschäftigten. Ca. 40 % dieser Betriebe machen von der Möglichkeit des Einsatzes von Leiharbeitern 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 Stammbesetzung 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 Leiharbeitern entgegen, die in ein Arbeitsverhältnis zum Entleiherunternehmen wechseln. Dieser Anteil wird auf 12 % geschätzt.¹¹

Vergütungshöhe

Hinsichtlich der Arbeitsbedingungen der Leiharbeiter 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 damit 48,1 % niedriger als das mittlere Bruttoeinkommen i.H.v. 2805 Euro aller Vollzeitbeschäftigten.¹² 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.¹³ Auch hinsichtlich der Weiterbildung sind Leiharbeiter vergleichbaren Arbeitnehmern in Entleiherunternehmen gegenüber schlechter gestellt, da sie weniger häufig an solchen Maßnahmen teilnehmen. In Bezug auf die Gestaltung der auszuübenden Tätigkeit sind Leiharbeiter 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 Leiharbeiter zu Vorgesetzten und Kollegen deutlich weniger ausgeprägt sind.¹⁴

9 10. Bericht der Bundesregierung, S. 35.

10 IGM, Prekäre Arbeit – Neue Herausforderungen und Handlungsmöglichkeiten, S. 10f. mit weiteren Nachweisen.

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

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

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

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

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 Aufhebung 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.¹⁵ Mittels Leiharbeit soll es Arbeitnehmern ermöglicht werden, erstmals oder erneut in das Erwerbsleben einzutreten und damit Arbeitslosigkeit dauerhaft abzubauen.¹⁶ 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 Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes¹⁷, das zum 29. 4. 2011 in Kraft getreten ist, hat sich an diesen Umständen nur wenig geändert, so dass es abzuwarten bleibt, ob es tatsächlich die angekündigten positiven Impulse für die Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer bringen wird.

Änderungen
durch Hartz-
Gesetze

2. Zweck des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

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

Ziel des AÜG

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

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

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

Petition zur Leiharbeit

Fall illegaler Arbeitnehmerüberlassung aufgestellt werden. Diese Zielsetzung blieb und bleibt auch nach der grundlegenden Neuregelung des AÜG durch die Hartz-Gesetze erhalten, wenn auch in sehr abgeschwächter Form.

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 Leiharbeiter 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.¹⁸ Wie bekannt, hatte die Petition keinen Erfolg. Das AÜG wurde zwar geändert und trat Ende April 2011 bzw. überwiegend zum 1. Dezember 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 geänderte AÜG den Untertitel „Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ trägt, bleibt es weit hinter den Erwartungen der Beschäftigten zurück. Es enthält einige Änderungen, die zu einem veränderten Umgang mit Leiharbeit führen können. Diese sind aber nicht so wesentlich, dass dadurch die vielfach prekäre Lage des einzelnen in der Leiharbeit Beschäftigten wirklich beseitigt wird.

3. Das Leiharbeitsverhältnis als Dreiecksverhältnis

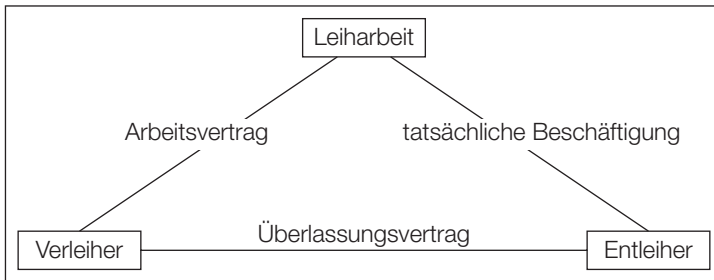
Beteiligte im Leiharbeits- verhältnis

Arbeitnehmerüberlassung i. S. d. AÜG liegt vor, wenn ein Arbeitgeber als Verleiher einem Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) gewerbsmäßig 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

¹⁸ Siehe www.Bundestag.de, dort unter dem Stichwort „Petitionen“.

I. Leiharbeit

haben nicht alle drei Personen miteinander einen Vertrag abgeschlossen. Vielmehr bestehen in diesem Dreiecksverhältnis nur zwei Verträge. Die Beziehungen stellen sich wie folgt dar:



- 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.¹⁹ Dies muss sich aus dem Vertrag ergeben. Form und Inhalt dieses Vertrags sind in § 12 Abs. 1 AÜG geregelt.

Arbeitnehmer-
überlassungs-
vertrag

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. 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.

- 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.²⁰ 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 Schutz-

Leiharbeits-
vertrag

¹⁹ BAG v. 22. 6. 1994, 7 AZR 286/93, in: DB 1995, 981 ff. oder NZA 1995, 462.

²⁰ Vgl. zum Arbeitnehmerbegriff die Ausführungen weiter unten unter dem Begriff Scheinselbstständigkeit.

vorschriften keine Anwendung findet. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Umgehung des AÜG durch die Vereinbarung einer so genannten Scheinselbstständigkeit unzulässig ist.²¹

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.

Vorübergehender Einsatz

Eine der wesentlichen Änderungen des Ersten Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ist, dass ab dem 1.12.2011 der Einsatz von Leiharbeitnehmern nur noch *vorübergehend* sein darf. Hierzu wurde in § 1 Abs. 1 AÜG ein neuer zweiter Satz eingefügt, der ausdrücklich vorsieht, dass die Überlassung an den Entleiher ausschließlich vorübergehend erfolgt. Der deutsche Gesetzgeber hat damit den Wortlaut der EU-Richtlinie zur Leiharbeit wörtlich übernommen. Was unter dem Begriff der *vorübergehenden Überlassung* zu verstehen ist, beantwortet das AÜG allerdings nicht. Es bleibt daher abzuwarten, wie die Rechtsprechung des BAG diesen Begriff auslegen wird und ob dieser Begriff somit tauglich sein wird, die Leiharbeit einzuschränken bzw. die Beschäftigungsbedingungen in der Leiharbeit deutlich zu verbessern. Von einer vorübergehenden Überlassung kann nur dann auszugehen sein, wenn der Beschäftigungsbedarf vorübergehend ist. Dazu muss zumindest bei Übernahme der Tätigkeit im Entleiherbetrieb feststehen, dass diese dort wieder in Wegfall geraten wird; der genaue Zeitpunkt des Wegfalls muss dabei wohl noch nicht feststehen. Teilweise wird vertreten, dass als Richtschnur für das Vorliegen einer vorübergehenden Überlassung gelten kann, dass diese dann rechtlich zulässig ist, wenn der Entleiher wegen Vorliegens sachlicher Gründe auch eine befristete Beschäftigung eines eigenen Arbeitnehmers vornehmen könnte.²²

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.

²¹ Ulber, AÜG, § 1 Rn. 31.

²² Ulber, Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz; in: AIB 2011, S. 352.

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.²³ 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, kann 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. Jedoch kann davon ausgegangen werden, dass hierunter jede Tätigkeit anzusehen ist, die darauf gerichtet ist, Güter- oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.²⁴ Dies wiederum bedeutet, dass ab dem 1. 12. 2011 die Erlaubnispflicht zur Regel wird und nur höchst ausnahmsweise auf diese verzichtet werden kann.

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 (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).

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:

- 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

23 BAG v. 21.3.1990, 7 AZR 198/89, in: AiB 1991, 65 oder DB 1991, 275.

24 Leuchten: Das neue Recht der Leiharbeit; in: NZA 2011, S. 609.

Erlaubnis-
behörde

Dauer der
Erlaubnis

Versagungs-
gründe

Fehlen der
Zuverlässigkeit

Fehlen einer Betriebsorganisation

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.²⁵ 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*.²⁶ 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.

- 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 Leiharbeitnehmer auch tatsächlich einem Dritten überlassen werden können. Zu diesem Zwecke muss er entsprechendes Personal beschäftigen.²⁷ 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 Leiharbeitnehmer 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 Leiharbeitnehmer abgerechnet und ausgezahlt werden. Dies muss auch in buchhalterischer Hinsicht sichergestellt sein.²⁸
- Ein weiterer Versagungsgrund ist gegeben, wenn der Verleiher dem Leiharbeitnehmer während der Dauer der Überlassung *nicht dieselben Arbeitsbedingungen* gewährt wie den Arbeitnehmern

25 Ulber, AÜG, § 3 Rn. 33.

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

27 Ulber, AÜG, § 3 Rn. 82.

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

des Entleiherbetriebs bzw. ein Entgelt gewährt, das unterhalb desjenigen liegt, das als Mindestentgelt gem. § 3a AÜG für die Leiharbeitsbranche festgelegt ist (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG).²⁹

- 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 Mitgliedsstaats 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 Wirtschaftsgemeinschaft bzw. Vertragsstaats des EWR – also nach außereuropäischem Recht – gegründet und tätig sind.³⁰

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.³¹

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.³² In diesen Fällen ist auch eine Erlaubnis für den Verleiher nicht notwendig.

29 Dies spielt in der Praxis wegen der Ausnahmen dieses als equal-pay genannten Grundsatzes kaum eine Rolle. Vgl. zum equal-pay-Grundsatz weiter unten.

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

31 BVerfG v. 17. 7. 2001, in: NZA 2001, 888.

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

Fälle mit Auslandsbezug

Verhindern von Entlassung und Kurzarbeit

Gemeinschaftsunternehmen und Auslandsentsendung

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 Ausnahmenvorschrift ist es, die *Auslandsentsendung* bei Durchführung von Joint-ventures zu erleichtern.³³

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.³⁴ 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

Ab dem 1.12.2011 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, unplanbares 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 (in der ab 1.12.2011 gültigen Fassung) auszugehen, so dass dann eine Erlaubnis erforderlich ist. Die eingeführte Regelung zur Erlaubnisfreiheit bei gelegentlicher Arbeitnehmerüberlassung widerspricht jedoch dem Wortlaut der EU-Richtlinie zur Leiharbeit und dürfte insoweit europarechtswidrig sein.³⁵

³³ Ausführlich hierzu Ulber, AÜG, § 1 Rn. 385 ff.

³⁴ Ulber, AÜG, § 1 a Rn. 12.

³⁵ Ulber, Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz; in: AiB 2011, S. 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 die Arbeitnehmerüberlassung erfolgt nur vorübergehend.

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.³⁶ *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.³⁷ Nur dann, wenn die Arbeitnehmerüberlassung innerhalb zweier konzernverbundener Unternehmen erfolgt, kommt der Ausschluss der Schutzvorschriften des AÜG überhaupt in Betracht.

Der Ausschluss der Schutzvorschriften setzt weiterhin voraus, dass die *Überlassung des Arbeitnehmers vorübergehend* erfolgt. Von einer vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung kann nur dann ausgegangen werden, wenn bei Beginn der Überlassung bereits feststeht, dass der Arbeitnehmer nur befristet bei einem anderen konzernangehörigen Unternehmen seine Tätigkeit erbringen wird und nach Ablauf der Befristung zu seinem bisherigen Arbeitgeber zurückkehren wird. Dabei muss der genaue Zeitpunkt der Rückkehr noch nicht feststehen. Es genügt, wenn die Rückkehr anhand konkreter Umstände (z. B. Abschluss des Projekts, das Anlass für die Überlassung ist) ermittelbar ist.³⁸ Ist zum Zeitpunkt der Überlassung eine Rückkehr des Arbeitnehmers ungewiss, so liegt keine vorübergehende Arbeitnehmerüberlas-

Konzernleihe

Konzernbegriff

Vorübergehende Überlassung

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

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

38 BAG v. 5. 5. 1988, 2 AZR 795/87, in: DB 1989, 1139f. oder NZA 1989, 18 ff., LAG Hamm v. 6. 5. 2011, 7 Sa 1583/10, zitiert nach juris, Ulber, AÜG, § 1 Rn. 273f.

Konzerneigene Verleihunter- nehmen

sung vor, mit der Folge, dass der konzernangehörige Verleiher eine Erlaubnis haben muss und auch die weiteren (Schutz-) Vorschriften des AÜG Anwendung finden.

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 Arbeitsverhältnisse finden daher die Vorschriften des AÜG in vollem Umfang Anwendung.

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.³⁹

Da in diesem Bereich jedoch viele Einzelheiten rechtlich nicht geklärt sind, wird es wichtig sein, 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 Beschäftigtengruppen 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-) Arbeitneh-

³⁹ Vgl. hierzu ausführlich Ulber, AÜG, § 1 Rn. 262 a ff. mit weiteren, sehr interessanten Nachweisen.

mern 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 konzern eigenen Leiharbeitnehmer entgegenwirken.

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).
- 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.
- 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.

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. 1 Satz 2 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

Überlassung
zwischen Bau-
unternehmen

Allgemein-
verbindlicher
Tarifvertrag

Überlassung
mit Auslands-
bezug

Überlassung in
eine Arge

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.

5. Rechtsfolgen bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung

Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags

Sowohl der Vertrag zwischen dem Verleiher und Entleiher (also der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) als auch der Vertrag zwischen dem Leiharbeitnehmer (also der Leiharbeitsvertrag) sind gemäß § 9 Nr. 1 AÜG nichtig, wenn der Verleiher nicht über die *erforderliche Erlaubnis* verfügt oder ihm diese nicht verlängert oder gar entzogen wird. 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 Leiharbeitnehmer Fragen einerseits hinsichtlich seiner Weiterbeschäftigung und andererseits hinsichtlich seiner Vergütungsansprüche für bereits erbrachte Dienste.

Rechtsfolgen für bisher erbrachte Leistungen

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 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 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.⁴⁰ 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.⁴¹

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.

⁴⁰ Ulber, AÜG, § 9 Rn. 34.

⁴¹ 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.

I. Leiharbeit

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.

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.

Beide Voraussetzungen müssen vorliegen. Fehlt es an einer oder beiden Voraussetzungen, so entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zum Entleiher.⁴² Ob der vorgesehene Einsatz nur vorübergehend geplant war, ergibt sich aus dem (wegen 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.⁴³ 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 Vollzeitarbeits-

Entstehen eines
Arbeitsver-
hältnisses zum
Entleiher

Dauer des
Arbeitsver-
hältnisses zum
Entleiher

Unbefristetes
Arbeitsver-
hältnis zum
Entleiher

Arbeitszeit-
regelungen

42 Ulber, AÜG, § 10 Rn. 28.

43 Ulber, AÜG, § 10 Rn. 28 f.

verhältnis. 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.⁴⁴

Vergütung und andere Beschäfti- gungsbedin- gungen

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 werden 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.

Schadens- ersatz- 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 Fehlers 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 ent-

⁴⁴ Ulber, AÜG, § 10 Rn. 58–64.

stehen. 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).⁴⁵ 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.⁴⁶ Zweifel daran, ob eine Erlaubnis erforderlich ist, gehen zu Lasten des Verleihers und schließen einen Schadensersatzanspruch nicht aus.⁴⁷

Mit Blick darauf, dass im Jahre 2004 weniger als 3% der erteilten Erlaubnisse nachträglich entfallen sind,⁴⁸ 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

45 Ulber, AÜG, § 10 Rn. 86f.

46 Ulber, AÜG, § 10 Rn. 84.

47 Ulber, AÜG, § 10 Rn. 84.

48 10. Bericht der Bundesregierung, Tabelle 2.

Vergütung in verleihfreien Zeiten

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.

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.

Nachweis- pflichten 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;⁴⁹
- die Beschreibung der vom Leiharbeitnehmer zu leistenden Tätigkeit, wobei die Angabe von Berufsbildern nur dann genügt, wenn

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

I. Leiharbeit

zusätzlich konkrete Aufgaben beschrieben werden. Darüber hinaus ist die Branche oder ein bestimmtes Tätigkeitsgebiet (z. B. Kinderkrankenpflege) zu benennen;

- 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“ Arbeitszeitvereinbarungen nicht auf den Leiharbeitnehmer abgewälzt werden;⁵⁰
- 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 500,00 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

Ordnungswidrigkeit bei Verstoß des Verleihers

⁵⁰ Ulber, AÜG, § 11 Rn. 45.

Merkblatt zur Arbeitnehmerüberlassung

entzogen wird.⁵¹ Alle diese Angaben sind dann nicht gesondert niederzulegen, wenn sie im Rahmen des Abschlusses eines schriftlichen Arbeitsvertrags festgehalten wurden.

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 Reform des AÜG durch die Hartz-Gesetze sind einige besondere Schutzvorschriften zu Gunsten der Leiharbeitnehmer abgeschafft worden, die auch und gerade negative Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen haben.

Wegfall der Höchstüberlassungsdauer

Zunächst ist die *Höchstüberlassungsdauer* von zuletzt 24 Monaten *abgeschafft* worden. Früher, d.h. vor 2004, war geregelt, dass eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nicht erteilt wird, wenn der betroffene Leiharbeitnehmer länger als zwei Jahre bei demselben Entleiher eingesetzt war. Da in derartigen Fällen eine Erlaubnis nicht vorgelegen hat, entstand bei Überschreitung dieser Höchstdauer kraft Gesetzes ein Arbeitsvertrag zum Entleiher. Nach Abschaffung dieser Höchstüberlassungsdauer ist es nunmehr möglich, dass ein Leiharbeitnehmer auf unbestimmte Zeit in demselben Entleiherbetrieb eingesetzt wird, ohne dass er jemals Arbeitnehmer des Entleiherbetriebs wird. Es entsteht damit einerseits die Gefahr, dass der Leiharbeitnehmer auf Dauer im Betrieb des Entleihers beschäftigt ist und dort dieselben Tätigkeiten ausübt wie die Stammbesellschaft des Entleihers, dies jedoch zu schlechteren Arbeitsbedingungen.⁵² Hierdurch kann nicht nur eine „Zweiklassengesellschaft“ im Betrieb bzw. Unternehmen entstehen, sondern es kann auch ein Druck auf die Stammbesellschaft entstehen, nicht auf ihren besseren Arbeitsbedingungen zu beharren. Andererseits besteht aber für den Leiharbeitnehmer zusätzlich die Gefahr, dass er auch nach jahrelanger Beschäftigung im selben Entleiherbetrieb jederzeit damit rechnen muss, in diesem Betrieb nicht mehr eingesetzt zu werden und an einem anderen Einsatzort tätig werden zu müssen. Damit besteht für jeden Leiharbeitnehmer auch bei langjährigem Einsatz die Ungewissheit über den eigenen Einsatz. Das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ist nicht soweit gegangen, eine Höchstüberlassungsdauer wieder

⁵¹ Ulber, AÜG, § 11 Rn. 82f.

⁵² Vgl. hierzu ausführlich und mit weiteren Nachweisen: Ulber, AÜG, Einleitung C Rn. 1-21.

in das AÜG einzufügen. Es hat sich lediglich darauf beschränkt, Leiharbeit als vorübergehende Einsatzmöglichkeit zu definieren. Welche Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen diesen Grundsatz entstehen, hat der Gesetzgeber hingegen nicht ausdrücklich geregelt. Da auch der Rechtsbegriff des vorübergehenden Einsatzes im Einzelnen vom Gesetzgeber offen gelassen wurde, bleibt abzuwarten, ob und ggf. welche Rechtsfolgen die Rechtsprechung in Zukunft für einen derartigen Verstoß bei Einsätzen von Leiharbeitnehmern entwickelt. Jedenfalls hat es der Gesetzgeber versäumt, die Möglichkeit des Einsatzes von Leiharbeitnehmern zeitlich zu befristen. 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.

Seit dem 1. 1. 2004 ist es jedoch nunmehr möglich, auch Leiharbeitsverhältnisse zu befristen. Dies setzt jedoch voraus, dass die formalen und inhaltlichen Vorschriften des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG), insbesondere des § 14 TzBfG, eingehalten werden.⁵³

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

Wegfall der
Befristungs-
verbote

Zulässige
Befristung

⁵³ Vgl. zu den Voraussetzungen einer Befristung ausführlich im Abschnitt III. 2. Hier werden nur die Besonderheiten, die sich aus dem AÜG ergeben, dargestellt.

Befristung
wegen der
besonderen
Eigenart

Leiharbeitnehmer abgewälzt werden.⁵⁴ Hieraus folgt für die Befristung eines Leiharbeitsverhältnisses bei Vorliegen von Sachgründen Folgendes:

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.⁵⁵

Befristung
wegen vorüber-
gehenden
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 Beschäftigungsbereich, in dem der Leiharbeitnehmer eingesetzt ist, aufzugeben, kann von einer zulässigen Befristung ausgegangen werden.⁵⁶

Im Ergebnis hat die Einführung der Befristungsmöglichkeiten dazugeführt, 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.

Inhalt des
equal-pay-
Grundsatzes

Dem Wegfall der Schutzvorschriften hinsichtlich der Höchstüberlassungsdauer sowie hinsichtlich der Aufhebung der Befristungsverbote wurde der Grundsatz der Gleichbehandlung des Leiharbeitnehmers mit den Beschäftigten des Entleiherbetriebs gemäß § 9 Nr. 2 AÜG entgegengesetzt. Dieses Prinzip wird *equal-pay- oder equal-treatment-*

54 Ulber, AÜG, § 9 Rn. 328 ff.

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

56 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.

I. Leiharbeit

Prinzip genannt. Dieses besagt, dass Leiharbeitnehmern während eines Einsatzes dieselben materiellen Arbeitsbedingungen gewährt werden müssen wie einem 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. Der equal-pay-Grundsatz findet nur für Zeiten des tatsächlichen Einsatzes Anwendung. In verleihfreien Zeiten findet dieser ausdrücklich keine Anwendung.

Die Einführung dieses Grundsatzes hätte eine echte Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer mit sich bringen können. Dies 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 *equal-pay-Grundsatz legal 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.

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 das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes 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.

Die wichtigste vom Gesetzgeber bereits im Jahre 2004 eingeführte Ausnahme vom equal-pay-Grundsatz ergibt sich aus § 9 Nr. 2 AÜG. Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist hiernach als *tarifdispositives Recht* ausgestaltet. Dies bedeutet, dass der Gesetzgeber es ermöglicht hat, dass von dem zum Schutz der Leiharbeitnehmer eingeführten equal-pay-Grundsatz *auf Grund eines Tarifvertrags* abgewichen werden kann und zwar dergestalt, dass die Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer weniger günstig 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 Tarif-

Ausnahmen
vom equal-pay-
Grundsatz

Abweichen
vom equal-
pay-Grundsatz
wegen Arbeits-
losigkeit aufge-
hoben

Abweichen
vom equal-pay-
Grundsatz auf
Grund eines
Tarifvertrags

**Abweichen
vom equal-pay-
Grundsatz bei
Tarifbindung**

verträgen 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.

Eine Abweichung vom equal-pay-Grundsatz ist zulässig, wenn ein gültiger Tarifvertrag dies zulässt und zugleich abweichende Arbeitsbedingungen regelt, sofern eine Tarifbindung des Verleihers und des Leiharbeitnehmers gegeben ist. Dabei ist Zweck dieses Tarifvertrags, gegenüber den in Entleiherunternehmen 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.⁵⁷ 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.

**Abweichen
vom equal-pay-
Grundsatz durch
Arbeitsvertrag**

Eine Abweichung vom equal-pay-Grundsatz 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 equal-pay-Grundsatz ist vom Gesetzgeber jedoch erweitert worden, indem § 9 Nr. 2 AÜG ermöglicht, dass nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien durch eine entsprechende Regelung im Arbeitsvertrag die Anwendung eines derartigen Tarifvertrags vereinbaren. Voraussetzung ist, dass 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 equal-pay-Grundsatz abzuweichen und schlechtere Arbeitsbedingungen als diejenigen

⁵⁷ Vgl. ausführlich hierzu Ulber, AÜG, § 9 Nr. 205 ff.

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 Gleichbehandlungsgrundsatzes in § 9 Nr. 2 AÜG 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 Niedriglohnssektor 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. In der Tarifrunde 2010 konnte eine weitere schrittweise Anhebung auf 8,19 Euro vereinbart werden. Im Tarifgebiet Ost war die Vergütung bisher 13,5 % niedriger. Durch die Tarifrunde 2010 konnte erreicht werden, dass die unterste Lohngruppe auf 7,50 Euro schrittweise angehoben wird. Hierdurch wird die Lohndifferenz in der untersten Lohngruppe auf knapp 8,5 % sinken. Im Geltungsbereich BZA betrug der niedrigste Stundenlohn im Jahre 2007 im Tarifgebiet West 7,38 Euro und im Tarifgebiet Ost 6,75

DGB-Tarifverträge für Leiharbeitnehmer

Euro. Ergebnis der Tarifrunde 2010 ist eine schrittweise Anhebung der Löhne in der untersten Lohngruppe und zwar auf dasselbe Niveau wie im Geltungsbereich iGZ. Damit wird im Geltungsbereich der beiden DGB-Tarifverträge ein einheitliches Lohnniveau in der untersten Lohngruppe erreicht. Bereits diese tarifvertraglich vereinbarten Vergütungen machen jedoch deutlich, dass es in der Verleiherbranche flächendeckend möglich ist, vom Grundsatz des equal-pay abzuweichen und schlechtere Arbeitsbedingungen als in den Entleiherbetrieben zu vereinbaren. Bei dieser Betrachtung sind andere Arbeitsbedingungen wie beispielsweise Ansprüche auf Erholungsurlaub, Sonderzahlungen u. a. noch nicht berücksichtigt. Zu berücksichtigen ist dabei ferner, dass selbst die DGB-Gewerkschaften derzeit nicht in der Lage sind, in der Leiharbeitsbranche ein Mindestlohniveau zu erreichen, dass der Forderung nach einem Mindestlohn von 8,50 Euro entspricht.

Der Abschluss dieser Tarifverträge, der innerhalb der Gewerkschaften nicht unumstritten war, 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.

CGZP

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 Arbeitnehmerorganisation überhaupt Mitglieder und wenn in welchem Umfang hat. Die CGZP hat jedenfalls mit dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP) einen Entgelttarifvertrag geschlossen. Dieser sieht Vergütungsregelungen vor, die die in den Tarifverträgen der DGB-Gewerkschaften weit unterbieten. 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 ist damit nochmals deutlich niedriger als im Geltungsbereich der DGB-Tarifverträge.

Fehlende Tarif- fähigkeit der CGZP

Die Praxis zeigt, dass viele kleinere Verleihunternehmen entweder Mitglied des AMP sind bzw. waren oder aber diese Tarifverträge durch Vereinbarung im Leiharbeitsvertrag anwenden, was dazu führte, dass die Beschäftigungsbedingungen dieser Leiharbeiter 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.⁵⁸ Da damit die entsprechenden, von der CGZP abgeschlossenen Tarifverträge unwirksam sind, können diese nicht mehr herangezogen werden, um vom equal-pay-Grundsatz abzuweichen. Die einzelvertragliche Inbezugnahme dieser Tarifverträge ist unwirksam. Dies bedeutet, dass in diesen Arbeitsverträgen nun der equal-pay-Grundsatz 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. 2009,⁵⁹ wobei dies in materieller Hinsicht für vor diesem Zeitpunkt liegende Sachverhalte nicht recht gelten muss. In der Folge der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 14. 12. 2010. versuchen nun eine Vielzahl von Leiharbeitnehmern Lohnansprüche, die sich aus dem Grundsatz des equal-pay ergeben, einzuklagen. Auch die Sozialversicherungsträger fordern höhere Sozialversicherungsbeiträge nachträglich bei den Verleihunternehmen ein, was vor allem für die Rentenbeiträge der betroffenen Leiharbeitnehmer von Bedeutung ist.⁶⁰ 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.

Durch das Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ist mit Wirkung zum 30. 4. 2011 eine Abweichung vom equal-pay-Prinzip durch Tarifvertrag (entweder durch Tarifbindung oder durch einzelvertragliche Inbezugnahme) dann nicht möglich, wenn dieser Tarifvertrag gegen eine durch Rechtsverordnung festgesetzte Lohnuntergrenze verstößt. 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. Januar 2012 sind entsprechende Lohnuntergrenzen für

**Mindestlohn
für Leiharbeit-
nehmer**

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

59 BAG v. 23. 05. 2012, 1 AZB 67/11.

60 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.

die Arbeitnehmerüberlassung in Kraft.⁶¹ Danach beträgt das zu zahlende Mindeststundenentgelt vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Oktober 2012 7,89 Euro (West) bzw. 7,01 Euro (Ost). Vom 1. November 2012 bis zum 31. Oktober 2013 gilt ein Mindeststundenentgelt in Höhe von 8,19 Euro (West) bzw. 7,50 Euro (Ost).⁶²

Ein Abweichen vom equal-pay-Prinzip auf der Grundlage eines Tarifvertrags ist seit dem 30.4.2011 auch in den Fällen nicht möglich, in denen der Leiharbeiter 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. neu eingeführten § 9 Nr. 2 letzter Halbsatz AÜG). Nach dem Skandal bei Schlecker will der Gesetzgeber durch diese Regelung den so genannten *Drehtürefekt* (raus aus dem regulären Arbeitsverhältnis beim Entleiher und im Wege der Leiharbeit zu schlechteren Arbeitsbedingungen wieder zum Entleiher) einschränken. Ob die Einschränkung Wirkung zeigen wird, wird erst die Zukunft zeigen. Vermutlich steht ihr der kurze Unterbrechungszeitraum von nur sechs Monaten entgegen.

Arbeitnehmer- überlassung und Streik- einsatz

Besonderheiten im Leiharbeitsverhältnis ergeben sich, wenn das Entleiherunternehmen, in dem der Leiharbeiter eingesetzt wird, von Arbeitsk Kampfmaßnahmen betroffen ist und bestreikt wird. In diesen Fällen ist der Leiharbeiter gemäß § 11 Abs. 5 AÜG nicht verpflichtet, beim Entleiher zu arbeiten. Eine Verpflichtung zum Streikbruch im Entleiherbetrieb besteht 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.⁶³

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.

Unterrichtung über freie Stellen

Ab dem 1.12.2011 besteht für den Entleiher die Pflicht, die Leiharbeiter über die in seinem Unternehmen (also nicht nur in dem Einsatzbetrieb) *zu besetzenden Stellen zu unterrichten* (vgl. § 13a AÜG n. F.). Die Unterrichtung umfasst alle von ihm eingesetzten Leiharbeiter und kann durch allgemeine Bekanntgabe an einer für jeden Leiharbeiter zugänglichen Stelle erfolgen. Hierdurch soll dem in der EU-Richtlinie formulierten Ziel, wonach Leiharbeiter gleichberechtigten Zugang zu dauerhaften Beschäftigungsmöglichkeiten

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

62 Ebenda.

63 Ulber, AÜG, § 11 Rn. 138 ff.

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.

Darüber hinaus haben die Leiharbeitnehmer ab 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 befristeter Beschäftigter der Stammbeslegschaft keinen Anspruch hat (etwa bei Jubiläumsgeldern oder Ansprüchen auf betriebliche Altersversorgung).⁶⁴

Das Leiharbeitsverhältnis unterliegt in kündigungrechtlicher 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.

Die Frage, ob im Entleiherbetrieb Arbeitnehmer eine betriebsbedingte Kündigung erhalten dürfen, obwohl der Entleiher auf Dauer Leiharbeitnehmer beschäftigt, ist seit der Änderung des AÜG im Jahre 2004 mit dem Wegfall einer Regelung zur Höchstüberlassungsdauer sehr kontrovers diskutiert worden. Mit Blick auf die Änderung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG, die den Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Fälle der vorübergehenden Überlassung beschränkt, dürfte diese Frage wohl dahingehend zu beantworten sein, dass es kündigungrechtlich 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 BAG 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 Leiharbeitnehmer 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;

Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen

Kündigung des Leiharbeitsverhältnisses

Kündigung im Entleiherbetrieb wegen Beschäftigung von Leiharbeitnehmern

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

er muss vielmehr weitere Umstände darlegen.⁶⁵ 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.⁶⁶ Das LAG Hamm begründet dies damit, dass auch beim Einsatz von Leiharbeitern dem Entleiher ein wesentlicher Teil des Direktionsrechts obliegt und daher nicht von einer Fremdvergabe der Tätigkeiten ausgegangen werden kann. Es bleibt zu hoffen, dass das BAG sich dieser richtigen Rechtsansicht anschließt. Betriebsräte sollten betriebsbedingten Kündigungen von eigenen Arbeitnehmern gem. § 102 Abs. 3 BetrVG widersprechen, sofern der Arbeitgeber Leiharbeiter auf Arbeitsplätzen beschäftigt, die der eigene Arbeitnehmer übernehmen könnte.

7. Tarifliche Regelungen zur Einschränkung von Leiharbeit

In Tarifauseinandersetzungen 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.⁶⁷

In der *Metall- und Elektroindustrie* ist es in der Tarifrunde 2012 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.

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

65 BAG v. 17.2.2010, 7 ABR 89/08, in: BB 2010, S. 566f.

66 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.

67 Ein Überblick über die derzeit gültigen Tarifverträge zur Regelung der Arbeitsbedingungen von Leiharbeitern findet sich auf der Homepage www.igmetall-zoom.de.

Der Tarifvertrag zur *Zeit- und Leiharbeit*⁶⁸ sieht vor, dass Leiharbeiter und Leiharbeiterinnen nach einem Einsatz von 24 Monaten im gleichen Betrieb übernommen werden müssen. Dazu erhalten sie nach 24 Monaten ein Angebot für einen unbefristeten Arbeitsvertrag. Unterbrechungen des Einsatzes von bis zu drei Monaten spielen keine Rolle, die Einsatzzeiten im Betrieb werden dann addiert. Allerdings zählen die Einsatzzeiten erst ab Inkrafttreten des Tarifvertrags, das ist z. B. in Baden-Württemberg am 20. 5. 2012 geschehen.

Von dieser Verpflichtung kann sich der Einsatzbetrieb „befreien“, wenn er mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über den Einsatz von Leiharbeitnehmern und Leiharbeiterinnen abschließt. Diese Betriebsvereinbarung ist aber nicht erzwingbar. Kommt keine Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zustande, bleibt es dabei, dass nach 24 Monaten ein unbefristeter Arbeitsvertrag angeboten werden muss, es sei denn, im Einsatzbetrieb *bestehen akute Beschäftigungsprobleme*. Das ist z. B. der Fall, wenn in dem Bereich *Kurzarbeit* vereinbart wurde oder Personalabbaumaßnahmen durchgeführt werden.

Eine weitere Ausnahme von der Übernahmeverpflichtung besteht, wenn ein Leiharbeitnehmer mit einem *Sachgrund* eingesetzt wird oder sich in den ersten 12 Monaten des Beschäftigungseinsatzes des Leiharbeiters/der Leiharbeiterin ein Sachgrund für dessen/deren Beschäftigung ergibt. Hier nennt der Tarifvertrag als Beispiele Mangel an Fachkräften mit speziellen Qualifikationen, die z. B. für Projekte benötigt werden, oder Vertretungsfälle wie Krankheit oder Schwangerschaft.

Die Zukunft wird zeigen, ob und wie sich die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern in tarifgebundenen Betrieben verändert. Dies hängt nicht zuletzt auch davon ab, wie konsequent die Betriebsräte mit den neuen Möglichkeiten, die ihnen der 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.

68 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.

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 nachzahlen 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.⁶⁹ 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.⁷⁰ Eine Umfrage der IG Metall, 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.⁷¹ Die Spitze des Eisbergs stellt wohl die Lebensmittelbranche dar, hier haben Untersuchungen gezeigt, dass 90 % der

69 www.wirtschaft.t-online.de vom 11. 6. 2012.

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

71 Ebenda, Klebe, Werkverträge – ein neues Dumpingmodell?, AIB 2012, 559.

II. Werkverträge – Einsatz von Subunternehmen und Soloselbstständigen

Beschäftigten in Schlachthöfen nicht bei dem Schlachthofbetreiber angestellt sind, sondern im Rahmen von Werkverträgen arbeiten.⁷² 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.⁷³

Die jüngste Untersuchung der IG Metall hat gezeigt, dass die Vergabe von Werkverträgen in den letzten drei Jahren 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.⁷⁴

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

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

Definition des
Werkvertrages

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.

⁷² Ebenda.

⁷³ Böckler Impuls 5/2011.

⁷⁴ Presseerklärung der IG Metall vom 28.9.2012.

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 schleicher 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.

Abgrenzungskriterien des BAG: Werkvertrag – illegale 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 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.

Es liegt immer dann ein „Scheinwerkvertrag“ vor, wenn der Beschäftigte des Subunternehmens oder der Soloselbstständige in den Betrieb, in dem er beschäftigt wird, eingegliedert wurde.

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 Beschäftigte ein Werk- oder Dienstvertrag zu Grunde liegt.⁷⁵

Und so führt das BAG 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 Arbeitge-

⁷⁵ BAG, Beschluss v. 18. 10. 1994, 1 ABR 9/94, EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 124.

II. Werkverträge – Einsatz von Subunternehmen und Soloselbstständigen

ber 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.“⁷⁶

Im Mittelpunkt der Beurteilung, ob ein Scheinwerkvertrag oder eine Scheinselbstständigkeit vorliegt, steht 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?

- 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.⁷⁷
- Zunächst 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.⁷⁸ Bei Erbringen dieser Leistung kann sich der Werkunternehmer in der Regel eines Dritten bedienen. Je weniger abgrenzbar die geschuldete Leistung des Beschäftigten 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.⁷⁹ 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.

Vorlage des Vertrags

Leistungsgegenstand

Unternehmerisches Risiko

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

77 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.

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

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

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.⁸⁰

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

Arbeitsmittel

- 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.⁸¹

Eingliederung in Betriebsorganisation

- 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.⁸² 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 Urlaub mit dem Einsatzbetrieb absprechen muss und sich nicht bei seinem Arbeitgeber, sondern im Einsatzbetrieb krankmelden muss.

Weisungsgebundenheit

- 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.⁸³ Je stärker der Beschäftigte bei Ausübung seiner Tätigkeit fremden Vorgaben hinsichtlich der

80 Ständige Rechtsprechung des BAG v. 12.9.1996, 5 AZR 104/05, in: NZA 1997, 600 ff.

81 BAG v. 19.11.1997, 5 AZR 653/96, in: AIB 1998, 294 ff.

82 BAG v. 12.9.1996, 5 AZR 104/95, in: NZA 1997, 600 ff.

83 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.

II. Werkverträge – Einsatz von Subunternehmen und Soloselbstständigen

(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, stehen dem Betriebsrat alle Mitbestimmungsrechte hinsichtlich dieser Beschäftigten zu, zumindest jedoch die Mitbestimmungsrechte, die ihm auch bei in Leiharbeit Beschäftigten zur Seite stehen, wenn der Subunternehmer gleichzeitig über eine Arbeitnehmerüberlassungsgenehmigung verfügt.

2. Statusklage

- Jeder so genannte Solobeschäftigte 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 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.

Statusklage

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 wirklich 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. Allerdings ist weniger eine Ausweitung der Befristungen festzustellen. Diese Zahlen bleiben eher konstant. Dafür erhöht sich die Zahl der Leiharbeiter. Von den 30,9 Millionen Beschäftigten in Deutschland werden 7,8 befristet beschäftigt. Das sind ca. 9 % aller Beschäftigten.

So erhalten Berufseinsteiger nach der Ausbildung oftmals nur eine befristete Beschäftigung. Das Statistische Bundesamt meldete im Jahre 2010, dass 714.000 der Erwerbstätigen unter 25 Jahren befristet beschäftigt sind, das sind ca. 44,75 %.⁸⁴

Die Zahlen zeigen auch, dass die Befristungen auch zunehmend ein Instrument sind, jungen Frauen den Schutz des Mutterschutzgesetzes und des Elternzeitgesetzes 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.⁸⁵

84 Statistisches Bundesamt Deutschland, www.destatis.de; Statistik „Atypische Beschäftigung“.

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

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 31.12.2013., 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.

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

2.1. Die Befristung mit sachlichem Grund

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 Grunds. So kann ein zunächst nur kalendermäßig befristetes Arbeitsverhältnis erneut befristet werden, wenn nur ein sachlicher Grund zur Befristung vorliegt. Das Gesetz selbst zählt acht *Sachgründe* auf, die eine Befristung rechtfertigen können. Die Aufzählung ist aber nicht abschließend:

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

Begriff der
Befristung

Sachgrund

Vorübergehender
Bedarf

Ungewissheit über den künftigen Arbeitskräftebedarf und die künftige Auslastung des Betriebs rechtfertigen den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags jedoch nicht.⁸⁶

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 Stammbesellschaft, 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 derzeitigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Befristung eines Arbeitsverhältnisses auch mehrmals hintereinander zulässig, wenn jedes Mal ein Fall einer Vertretung vorliegt. Diese Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist nun in die Kritik geraten. Die europäische Richtlinie über befristete Arbeitsverträge (RL 1999/70/EG) fordert von den Mitgliedstaaten, 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 eine sachgrundlose Befristung angenommen werden muss. Allerdings müssen bei der Beurteilung der Frage, ob die Befristung noch gerechtfertigt ist, die Gesamtzahl der Verträge und die Dauer der Beschäftigung berücksichtigt werden.⁸⁷ Man wird nun abwarten müssen, wie sich das Urteil auf die Rechtsprechung in Deutschland zu Kettenbefristungen auswirkt.

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

87 EuGH, Urteil v. 26. 1. 2012, C- 586/10, Küçük, AuR 2012, 86.

III. Befristete Arbeitsverhältnisse und ihre rechtlichen Grundlagen

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.
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.
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.
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 BAG hat nun 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

Eigenart der
Arbeitsleistung

Probe-
schäftigung

Gründe in der
Person des
Beschäftigten

Finanzierung
aus Haushalts-
mitteln

der Arbeitgeber, der befristet Beschäftigten. Darüber hinaus ist sie auch nicht demokratisch legitimiert, einen Haushaltsplan aufzustellen, wie z. B. eine Kommune.⁸⁸

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 begründet 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.⁸⁹

Befristung durch Vergleich

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.⁹⁰ Das Gesetz hat den gerichtlichen Vergleich deshalb in die Liste der Sachgründe für eine Befristung des Arbeitsverhältnisses aufgenommen.

Andere Sachgründe

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.⁹¹

2.2. Die kalendermäßige Befristung ohne Sachgrund

Zeitbefristung

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.

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

89 BAG v. 27. 10. 2010, 7 AZR 485/09, EzA § 14 TzBfG Nr. 71.

90 Siehe Abschnitt „Die kalendermäßige Befristung ohne Sachgrund“ unter III.2.2.

91 BAG v. 1. 12. 2004, 7 AZR 135/04, in: EzA § 620 BGB 2002 Bedingung Nr. 3.

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 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 nun 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 drei Jahre liegen.⁹²

Man muss nun 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.⁹³

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

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 Vertragsabsprache gegen das Anschlussverbot verstoßen.

92 BAG v. 6. 4. 2011, 7 AZR 716/09, in: EzA-SD 2011, Nr. 16, 6–9.

93 BAG v. 22. 6. 2005, 7 AZR 363/04, EzBAT SR 2y BAT Teilzeit- und Befristungsgesetz Nr. 17.

Abweichungen bei Neugründung von Unternehmen

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.

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

Befristung mit älteren Arbeitnehmern nach altem Recht

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.

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.

Mangold-Entscheidung und Altersdiskriminierung

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.⁹⁴

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.

94 EuGH v. 22. 11. 2005, C-144/04, NZA 2005, 2748–2753.

III. Befristete Arbeitsverhältnisse und ihre rechtlichen Grundlagen

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 erlassen, die ab dem 1.5.2007 in Kraft getreten ist:

Ab dem Alter 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.

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.

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.

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

Neuregelung für
ältere Arbeit-
nehmer

Beschäfti-
gungslosigkeit

Unbegrenzte
Verlängerungs-
möglichkeit

Ausschluss
vom Anschluss-
verbot

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.

Für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses bei Erreichung eines bestimmten Lebensalters bedarf es eines sachlichen Grundes. Diesen sieht das BAG in ständiger Rechtsprechung gegeben.⁹⁵

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 BAG 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 Cockpitbesatzung, 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 nun⁹⁶ 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. Die Argumentation des BAG ist nicht mit der Gleichbehandlungsrichtlinie der Europäischen Union vereinbar.

Altersgrenzen in Tarifverträgen, die das Arbeitsverhältnis beenden, wenn das Rentenalter erreicht wird, sind nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des EuGH dagegen zulässig, denn sie sind von einem legitimen Zweck gedeckt. Damit sollen Arbeitsplätze für jüngere Arbeitnehmer frei werden.⁹⁷

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

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

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

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.

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 achtmontigen Beschäftigungszeit, dass das 13. Gehalt $\frac{8}{12}$ 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 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.

4. Befristung und Kündigungsschutz

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.

Diskriminierungsverbot und Folgen für Vergütung

Betriebszugehörigkeitszeiten

Kündigungsmöglichkeit

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.⁹⁸

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

Sonderkündigungsschutz

Auch der Sonderkündigungsschutz z.B. der Schwerbehinderten (nach einer Betriebszugehörigkeit von sechs Monaten), nach dem Mutterschutzgesetz bei Schwangerschaft und des Betriebsrats gilt für die befristeten 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;
- 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

Bestehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses

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

⁹⁸ Genaueres auch zur Übergangsregelung siehe § 23 KSchG.

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.

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

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.

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.⁹⁹

⁹⁹ 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.

Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses

Entfristungsklage

Klagefrist

Hierbei ist zu beachten, dass die Arbeitsgerichte nur den jeweils letzten befristeten Arbeitsvertrag prüfen. Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtslage sich nun ändert durch die Rechtsprechung des EuGH zu den Kettenbefristungen (siehe S. 50).

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.

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 Niedriglohnssektor.¹⁰⁰

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.

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.¹⁰¹

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.¹⁰² Für knapp 5 Millionen Arbeitnehmer ist der Minijob der einzige Job.

1. Was versteht man unter geringfügiger Beschäftigung?

Hierunter fassen die Sozialversicherungsträger zwei Varianten der Beschäftigung:

¹⁰⁰ Buddemeier, Geringfügige Beschäftigung in der Praxis, Vorwort von Müller, Abteilungsleiter Soziale Sicherung der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeber.

¹⁰¹ Beitrag von Weidenfeld, vom 31. 7. 2007, in: www.tagesspiegel.de.

¹⁰² Aktuelle Entwicklungen im Bereich der geringfügig Beschäftigten, 1. Quartalsbericht 2007 und 2. Quartalsbericht 2011, Deutsche Rentenversicherung, Knappschaft-Bahn-See/Minijob-Zentrale (Hrsg.).

Minijobs in
Zahlen

Begriff des
Minijobs

- die geringfügig entlohnte Beschäftigung und
- die kurzfristige Beschäftigung

Geringfügig entlohnte Beschäftigung

Für die *geringfügig entlohnte Beschäftigung* gilt eine monatliche Entgeltgrenze von 400,00 Euro.¹⁰³ Diese Beschäftigungen sind 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 Einkommensteuer 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.

Gleitzone

An die 400,00 Euro-Grenze schließt sich die so genannte Gleitzone an. Bei einem monatlichen Entgelt von 400,01 – 800,00 Euro werden Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zwar versicherungspflichtig, ihre Beiträge zur Sozialversicherung sind aber reduziert. Sie steigen beginnend mit 4% an, bis sie bei 800,00 Euro 21% betragen. Die Arbeitgeberbeiträge bleiben in der Gleitzone unverändert.

Kurzfristige Beschäftigung als Minijob

Unter *kurzfristiger Beschäftigung* versteht man eine Beschäftigung von zwei Monaten bzw. 50 Arbeitstagen im Kalenderjahr. Diese Beschäftigung ist grundsätzlich abgabenfrei. Diese Art der Beschäftigung erfasst hauptsächlich Ferienjobs für Schüler und Studenten.

¹⁰³ Es ist geplant, die Entgeltgrenze ab dem 1. 1. 2013 auf 450 Euro anzuheben und die Pflicht, zur Rentenversicherung Beiträge zu entrichten, einzuführen. Das Gesetz ist aber zum Zeitpunkt der Drucklegung noch nicht verabschiedet.

2. Verbot der Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten

Vielerorts 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:

- *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.

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 400,00 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.

- *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

Diskriminierungsverbot

Vergütung

Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

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 EntgeltfortzahlungsgG). 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 des 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 Urlaubsgeld

- *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 ihrer Beschäftigungsdauer 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.

Arbeitsschutz

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.

3. Kündigungsschutz und Minijobs

Geringfügig Beschäftigte genießen den gleichen Kündigungsschutz wie Vollzeitbeschäftigte.

Voraussetzung ist, dass das Arbeitsverhältnis bereits 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.¹⁰⁴

Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, kann der Arbeitgeber 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.

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

Eingreifen des
KSchG

Sonderkündi-
gungsschutz

Kündigungs-
schutzklage

¹⁰⁴ 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.

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. Auskunft- 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 Leiharbeitnehmer sein oder auf der Grundlage von „echten oder unechten“ Dienst- oder Werkverträgen beschäftigt werden, Auskunft zu erhalten. Die Auskunft erstreckt sich auch auf die dem Beschäftigungsverhältnis zugrunde liegenden Verträge. Diese sind dem Betriebsrat auf Verlangen auszuhändigen. Dazu kann der Betriebsrat Listen verlangen, aus denen die Einsatzzeit und die Einsatzzeit der einzelnen Arbeitnehmer der Fremdfirmen hervorgehen.¹⁰⁵

Die Betriebsräte sollten darauf bestehen, eine ständig aktualisierte Liste der Arbeitnehmer, 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.

2. Mitbestimmung bei Einstellung

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 September 2011 beschäftigen wir sechs neue Leiharbeiter“ genügen nicht.

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.

Auskunft über
Personen und
Vertragsgrund-
lage

Ständig aktuali-
sierte Liste

Mitbestimmung
nach
§ 99 BetrVG

Zustimmungs-
verweigerungs-
grund: Verstoß
gegen ein
Gesetz

¹⁰⁵ BAG v. 31. 1. 1989, 1 ABR 72/87, AiB 1989, 256–257.

Gegen eine gesetzliche Vorschrift verstößt der Arbeitgeber auch, wenn er den Grundsatz von „equal-pay“ nicht berücksichtigt. Allerdings hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass dieser Verstoß zumindest im Fall der nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nicht dazu führt, dass der Betriebsrat die Zustimmung zum Einsatz des Leiharbeitnehmers wirksam verweigern kann.¹⁰⁶ Wird ein Leiharbeitnehmer nicht korrekt bezahlt und zu schlechteren Bedingungen als die Stammebelegschaft eingesetzt, obwohl ein Tarifvertrag dies nicht erlaubt, soll nach Auffassung des BAG in diesem Fall dennoch die Einstellung des Leiharbeitnehmers wirksam sein. Das BAG 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. Eine Entscheidung des BAG, die sich auf die gewerbsmäßige¹⁰⁷ Arbeitnehmerüberlassung bezieht, liegt nicht vor. Ob die Rechtsprechung des BAG weiterhin Bestand haben wird, bleibt abzuwarten, da ab dem 1.12.2011 die Unterscheidung zwischen gewerbsmäßiger und nicht-gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung aufgehoben wurde und seitdem lediglich auf eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung abgestellt wird.

Durch die Anpassung des AÜG an die Europäische Richtlinie über Leiharbeit¹⁰⁸ wurde nun in § 1 AÜG eingefügt, dass der Einsatz von Leiharbeitnehmern „vorübergehend“ zu erfolgen hat.¹⁰⁹ Damit verstößt jeder dauerhafte Einsatz von Leiharbeitnehmern auf einem Arbeitsplatz gegen das Gesetz. Es ist deshalb zu empfehlen, jedem Einsatz von Leiharbeitnehmern die Zustimmung zu verweigern, wenn diese „auf Dauer“ bzw. ohne Sachgrund eingesetzt werden sollen. Ob dieser Zustimmungsverweigerungsgrund durch die Rechtsprechung bestätigt wird, bleibt abzuwarten. Bislang gibt es nur erste Entscheidungen von Arbeitsgerichten, die aber noch nicht rechtskräftig sind.¹¹⁰

**Zustimmungs-
verweigerungs-
grund: Verstoß
gegen den
Tarifvertrag**

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

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

107 Arbeitnehmerüberlassung ist dann nicht gewerbsmäßig, wenn der Verleiher durch die Verleihung der Arbeitskräfte keinen Gewinn erzielt. In dem Fall, den das BAG zu entscheiden hatte, handelte es sich um eine Firma, die an das Deutsche Rote Kreuz Arbeitskräfte verliehen hat, sozusagen zum „Selbstkostenpreis“.

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

109 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.

110 ArbG Cottbus, Beschluss v. 25.4.2012, 2 BV 8/12, zitiert nach juris, sieht den Zustimmungsverweigerungsgrund für den Betriebsrat als gegeben an; andere Ansicht ArbG Leipzig, Beschluss v. 23.3.2012, 3 BV 84/11, zitiert nach juris.

V. Handlungsmöglichkeiten für Betriebsräte

- feststellbare Beeinträchtigungen der Entgelt- und Arbeitsbedingungen der Stammebelegschaft oder eine feststellbare Gefährdung der Arbeitsplätze durch die Einstellung der Leiharbeitnehmer vorliegen;¹¹¹
- Leiharbeitnehmer auf Arbeitsplätzen eingesetzt sind, die auf Dauer angelegt sind.¹¹²

Seit dem 1.12.2011 ist der Arbeitgeber 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 Kernbelegschaft 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.

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 § 93 BetrVG).¹¹³ 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.

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

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

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

113 BAG v. 1.2.2011, 1 ABR 79/09, in: NZA 2011, S. 703 ff.

Zustimmungsverweigerungsgrund: Benachteiligung des Leiharbeitnehmers

Zustimmungsverweigerungsgrund: Keine Ausschreibung des Arbeitsplatzes

Zustimmungsverweigerung wegen Nachteils für befristet Beschäftigte

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

ber 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.

3. Widerspruch bei Kündigungen gemäß § 102 BetrVG

Austausch- kündigungen

Will ein Arbeitgeber einen eigenen Arbeitnehmer betriebsbedingt kündigen und sind im Betrieb auf Dauer Leiharbeitnehmer 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 Leiharbeitnehmer kein dringendes betriebliches Erfordernis i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG ist,¹¹⁴ kann der auf Dauer mit Leiharbeitnehmern 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.

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.

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 ab dem 1.12.2011 Arbeitnehmerüberlassung nicht mehr auf Dauer zulässig ist, sondern Arbeitnehmerüberlassung gerade durch den vorüberge-

¹¹⁴ 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, S. 444.

henden Einsatz gekennzeichnet ist. Tätigkeiten, die also auf Dauer bzw. regelmäßig anfallen, sollen von Stammkräften und nicht von Leiharbeitnehmern übernommen werden.

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.

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.

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.

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. Dabei sollten auch Eckpunkte festgeschrieben werden, nach welchen Kriterien die Verleiherfirma 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 entschei-

Einsatz von
Werk- und
Dienstverträgen

Hinzuziehen
eines Sachver-
ständigen

Beratungs-
pflicht

den ist, wann Arbeiten fremdvergeben werden bzw. unter welchen Bedingungen bereits nach außen vergebene Arbeiten wieder zurückgeholt werden.

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 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.¹¹⁵ 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).

¹¹⁵ 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.

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.¹¹⁶ Dies kann Fragen der Ordnung im Betrieb betreffen (Verpflichtung Dienstkleidung zu tragen, Taschenkontrolle, Parkplatzregelungen etc.) aber auch Fragen des gleichberechtigten Zugangs zu Sozialeinrichtungen (z.B. Kantinen, Kitas etc.). Seit dem 1.12.2012 haben Leiharbeitnehmer 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. Das neue Recht der in Leiharbeit Beschäftigten wird nun 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. Dies kann keinen sachlichen Grund darstellen, 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.

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.

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

Reichweite der Mitbestimmung

Geltungsbereich bei Leiharbeit

116 BAG v. 19.6.2001, 1 ABR 43/00, in: NZA 2001, S. 1263 ff.

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. Zumindest jedoch hat er die Mitbestimmungsrechte, die er auch für in Leiharbeit Beschäftigte wahrnehmen kann, wenn der Subunternehmer gleichzeitig über eine Arbeitnehmerüberlassungsgenehmigung verfügt.

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.¹¹⁷ 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.¹¹⁸

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 Gefährdungsanalyse nach § 5 ArbSchG zu berücksichtigen und die Unterweisungsrechte nach § 12 ArbSchG gelten auch gegenüber diesen Beschäftigten.

¹¹⁷ Klebe, „Werkverträge – ein neues Dumpingmodell?“, AiB 2012, 559ff.

¹¹⁸ 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.

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. 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 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

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.¹¹⁹ Diese Rechtsprechung hat viel Kritik erfahren, weiß doch jeder Betriebsrat, dass die Aufgaben und die Arbeitsbelastung der Betriebsräte eher zunehmen mit steigender Anzahl der Leiharbeitnehmer im Betrieb, 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 Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom Dezember 2012 wurde in § 1 AÜG klargestellt, dass Leiharbeit nur vorübergehend erfolgen darf. Das Arbeitsgericht Elmshorn¹²⁰ hat nun 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).

Dieser Rechtsprechung ist zuzustimmen. Es bleibt abzuwarten, ob sich auch andere Gerichte und das BAG ihr anschließen. Bis zu den kommenden Betriebsratswahlen wird voraussichtlich noch keine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts dazu vorliegen. Es ist aber zu empfehlen, die Betriebsgröße nach den Vorgaben des Arbeitsgerichts Elmshorn zu bestimmen und so auch die Betriebsratsarbeit personell zu verstärken.

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).

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

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

Anhang:

1. Merkblatt für Leiharbeitskräfte (Stand 07/2012)



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. 2) in Ihrer Muttersprache aushändigt.

A. Arbeitsverhältnis

1. Ihr 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 kommt es zu einem Arbeitsverhältnis zwischen Ihnen und dem Entleiher, und zwar ab dem Zeitpunkt, der zwischen Verleiher und Entleiher vereinbart wurde. Wenn die Erlaubnis im Laufe des Arbeitsverhältnisses wegfällt, muss der Verleiher Sie darüber sofort informieren. Der Verleiher muss 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.
2. 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.

3. Grundsätzlich haben Sie Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen (z. B. Fahrt- und Übernachtungskosten) bei auswärtigem Einsatz. Zum Beispiel sind Ihnen die Fahrt-

kosten zu erstatten für die Fahrten zwischen dem Betriebsitz des Verleihers und dem Betriebsitz des Entleihers.¹

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.

4. Die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertretungen (Betriebsräte, Personalräte) nach dem Betriebsverfassungsgesetz bzw. Bundespersonalvertretungsgesetz sind auch von den Verleihern und deren Beschäftigten zu beachten.
5. 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.
6. Der Verleiher hat Ihnen das vereinbarte Arbeitsentgelt auch dann zu zahlen, wenn er Sie nicht bei einem Entleiher beschäftigen kann.

Ihr Recht auf Zahlung des Arbeitsentgelts konnte bis 31.12.2011 aufgehoben werden, wenn Sie Kurzarbeit vereinbart hatten und Ihnen Kurzarbeitergeld nach dem Sozialgesetzbuch (SGB) III gezahlt wurde.

7. 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 zu arbeiten.

B. Grundsatz der Gleichstellung mit Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Betrieb des Entleihers; Ausnahmen

1. Für die Zeit, in der Sie beim Entleiher arbeiten, haben Sie grundsätzlich Anspruch auf die wesentlichen Arbeitsbedingungen (wie Arbeitszeit, Urlaub usw.) und das Arbeitsentgelt wie eine vergleichbare Arbeitnehmerin bzw. ein vergleichbarer Arbeitnehmer

im Betrieb des Entleihers². Auskunft über die wesentlichen Arbeitsbedingungen und das Arbeitsentgelt können Sie von Ihrem Entleiher verlangen. Davon abweichende Vereinbarungen sind unwirksam.

2. 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.

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. Lohnuntergrenze

Der Verleiher ist verpflichtet, Ihnen mindestens das nachfolgend aufgeführte Bruttoentgelt pro Arbeitsstunde (Mindeststundenentgelt) zu zahlen:

1. vom 01.01.2012 bis 31.10.2012
 - a) in den Bundesländern Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen **7,01 Euro**
 - b) in den übrigen Bundesländern **7,89 Euro**
2. vom 01.11.2012 bis zum 31.10.2013
 - a) in den Bundesländern Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen **7,50 Euro**
 - b) in den übrigen Bundesländern **8,19 Euro**

Es ist Ihnen das Mindeststundenentgelt Ihres Arbeitsortes zu zahlen. Wenn Sie auswärtig tä-

¹ Vgl. § 670 des Bürgerlichen Gesetzbuches

² Vgl. § 3 Absatz 1 Nummer 3 und § 9 Nummer 2 AÜG

tig 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.

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 Entleiher³.

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 Folgendes zu informieren:

1. Gefahren für Sicherheit und Gesundheit, denen Sie bei der Arbeit ausgesetzt sein können, sowie über die Maßnahmen und Einrichtungen zur Abwendung

2. die Notwendigkeit besonderer Qualifikationen oder beruflicher Fähigkeiten oder einer besonderen ärztlichen Überwachung sowie
3. erhöhte besondere Gefahren des Arbeitsplatzes.

F. Ihre Pflicht sich rechtzeitig arbeitsuchend zu melden⁴

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.

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 Entleihers 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

³ Vgl. § 28 e Absatz 2 Sozialgesetzbuch - SGB - IV)

⁴ Vgl. § 38 Absatz 1 Sozialgesetzbuch (SGB III)

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 die zuständige Agentur für Arbeit wenden.

Die Informationen über die Arbeitnehmerüberlassung erhalten Sie unter folgender Internetadresse: www.arbeitsagentur.de > Unternehmen > Rechtsgrundlagen > Arbeitnehmerüberlassung.

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 ab dem 1.12.2012 von besonderer Bedeutung, da ab diesem Zeitpunkt nur noch der vorübergehende Einsatz von Leiharbeitskräften zulässig ist. Daher sollte besonderer Wert auf die Ausgestaltung dieses Punktes gelegt werden.

Leiharbeitskräfte können bei unvorhersehbaren Personalengpässen (z. B. bei Auftragspitzen 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.

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 Personalplanung 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 von equal-pay 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 Stammbesetzung, lässt sich diese Forderung wohl leichter durchsetzen als bisher. Auch die Einführung des § 13a AÜG n. F. seit dem 1. 12. 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 Leihkraft übersteigt den Zeitraum von ... Monaten
- Der Verleiherbetrieb entlohnt nicht nach dem Grundsatz von equal-pay 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

- 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

Bezeichnung	Seite	Bezeichnung	Seite
Abgrenzung Scheinwerkvertrag	43	Betrieblicher Bedarf	49
Abweichung vom equal-pay-Grundsatz	34	Betriebsratswahlen	75
Ältere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer	54	Betriebsvereinbarung	41
Altersgrenzen in Tarifverträgen	56	– zum Einsatz von Leiharbeitnehmern	41, 71
Angebot für einen unbefristeten Arbeitsvertrag	41	– zum Einsatz von Subunternehmern	71
Anschluss an Ausbildung	50	Definition, Werkvertrag	43
Anschlussverbot	53, 55	DGB-Tarifverträge für Leiharbeitnehmer	35
Arbeitnehmer	51	Die Direktionsrecht	46
Arbeitnehmerüberlassung	16	Diskriminierung	56
– gelegentliche	20	Diskriminierungsverbot	57, 63
Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	13	Drehtüreffekt	38
Arbeitnehmerüberlassungsvertrag	15	Eigenart der Arbeitsleistung	51
Arbeitsmittel	46	Eingliederung von Beschäftigten in den Betrieb	44, 46
Arbeitsschutz	73, 74	Einsatz von Leiharbeitnehmern, „vorübergehend“	68
Arbeitszeit	73	Entfristungsklage	59
Auskunft	67	Entgeltfortzahlung	63
Auslandsentsendung	20	Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher	25
Ausnahmen	33	Equal-pay-Prinzip	32
Ausnahmen vom equal-pay-Grundsatz	33	Equal-treatment-Prinzip	32
– aufgrund eines Tarifvertrags	33	Erlaubnispflicht	16
– wegen Arbeitslosigkeit	33	Erreichung eines bestimmten Zwecks	49
Ausnahmen von der Erlaubnispflicht für Arbeitnehmerüberlassung	19	Fälle mit Auslandsbezug	19
Ausschreibung des Arbeitsplatzes	69	Fehlen der Zuverlässigkeit	17
Austauschkündigungen	70	Fehlende Tariffähigkeit der CGZP	36
Befristet Beschäftigte	57	Feiertagsvergütung	64
Befristung	48	Feststellungsklage	47
– Begriff	49	Folgen einer unwirksamen Befristung	58
– beliebig oft verlängert	55	Gefährdungsanalyse	74
Befristung mit sachlichem Grund	49	Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung	20
Befristungsketten	53	Gerichtlicher Vergleich	52
Befristung und Kündigungsschutz	57	Geringfügig entlohnte Beschäftigung	62
Begriff des Minijobs	61	Gewerbsmäßigkeit	16
Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG	71	Gleichbehandlung des Leiharbeitnehmers	32
Beschwerderecht, Leiharbeitskräfte	75		
Besservereinbarungen	41		
Besuch von Sprechstunden des Betriebsrats	75		

Bezeichnung	Seite	Bezeichnung	Seite
Gleitzone	62	Ordnung im Betrieb	73
Größe des Betriebsrats	76	Personalplanung	70
Grundsatz von „equal-pay“	68	Petition zur Leiharbeit	14
Haushaltsmittel	51	– Ziel	14
Höchstaltersgrenzen	56	Probebeschäftigung	51
Höchstdauer der Befristung	52	Rechtsfolgen bei illegaler Arbeitnehmer-	
Höchstüberlassungsdauer	30	überlassung	24
Informations- und Beratungsrechte bei der		– bisher erbrachte Leistungen	24
Personalplanung nach § 92 BetrVG	70	Regelung im Arbeitsvertrag	34
Information über freie Arbeitsplätze	69	Regelungen zur Beschränkung von Leih-	
Interessenausgleich	72	arbeit	40
Kalendermäßige Befristung ohne		Sachverständiger	71
Sachgrund	52	Schadensersatzansprüche gegen den Ver-	
Kettenbefristungen	50	leiher	26
Klagefrist	59, 65	Scheinselbstständigkeit	45
Kleinunternehmer	20	Scheinwerkvertrag	44, 45
Konzernbegriff	21	Schriftform	15
Konzerneigenes Verleihunternehmen	22	Sicherung der Arbeitsplätze	71
Konzernleihe	21	Sonderkündigungsschutz	58, 65
Kündigung	39	Sozialplan	72
– des Leiharbeitsverhältnisses	39	Statusklage	47
Kündigungsschutz	65	Streikeinsatz	38
Kündigungsschutzklage	65	Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerk-	
Kurzfristige Beschäftigung	62	schaften Zeitarbeit und PSA (CGZP)	36
Leiharbeit in Zahlen	11	Teilnahme an Betriebs- und	
– vorübergehend	76	Abteilungsversammlungen	75
Leiharbeitsvertrag	15	Teilzeit	61
Merkblatt zur Arbeitnehmerüberlassung	30	Unternehmensneugründung	54
Mindestlohn	37	Unternehmerisches Risiko	45
Minijobs in Zahlen	61	Unterrichtungs- und Erörterungspflichten	
Mitbestimmung in sozialen		des Arbeitgebers	75
Angelegenheiten nach § 87 BetrVG	73	Unterrichtung über freie Stellen	38
Mitbestimmung nach § 99 BetrVG	67	Unterweisungsrechte	74
Nachweispflichten des Verkehrs	28	Urlaub und Urlaubsentgelt	64

Bezeichnung	Seite	Bezeichnung	Seite
Verbot der Altersdiskriminierung	54	Weisungsgebundenheit	46
Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe	23	Werkvertrag, Definition	43
Vergütung in verliehfreien Zeiten	28	Widerspruch bei Kündigungen gemäß § 102 BetrVG	70
Verlängerung des Arbeitsverhältnisses	53	Zahlen zu Werkverträgen	42
Versagungsgründe	17	Zeitbefristung	52
Verstoß gegen den Tarifvertrag	68	Ziel der Petition	14
Vertretung	50	Zugang zu Sozialeinrichtungen	73
Vorlage des Vertrages	45	Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen	39
Vorübergehender Bedarf	49		
Vorübergehender Einsatz	16		
Vorübergehende Überlassung	21		