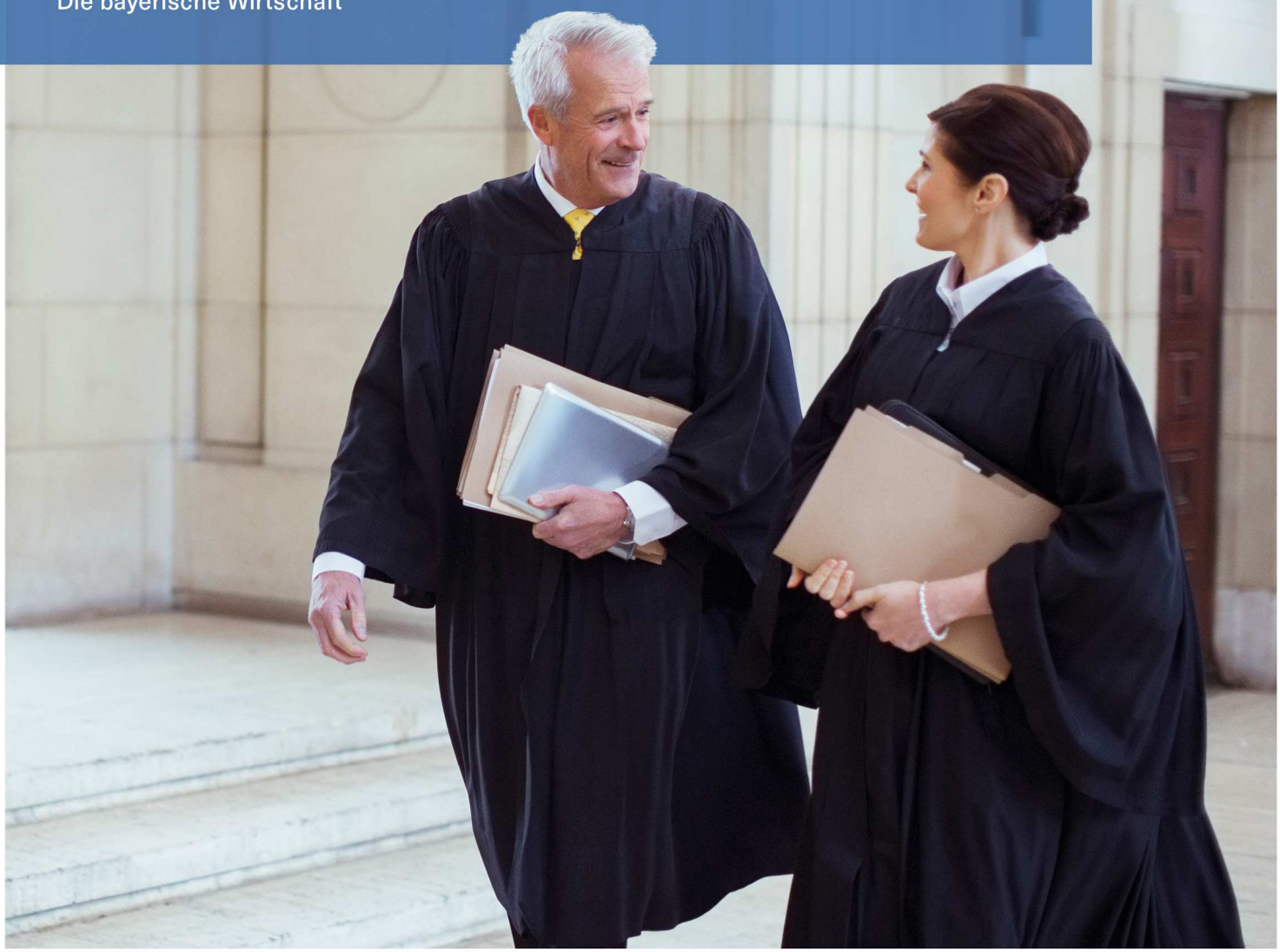
Recht

Einsatz von Zeitarbeitskräften – Der Rechtsrahmen

Info Recht
Stand: Juli 2019

Die bayerische Wirtschaft



Hinweis

Diese Information ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Eine Haftung übernehmen wir mit der Herausgabe dieser Information nicht.

Um die Information an einen sich wandelnden Rechtsrahmen und an die höchstrichterliche Rechtsprechung anzupassen, überarbeiten wir unsere Broschüre regelmäßig. Bitte informieren Sie sich über die aktuelle Version auf unserer Homepage www.vbw-bayern.de/InfoRecht.

Dieses Werk darf nur von den Mitgliedern der vbw – Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e. V. zum internen Gebrauch sowie zur Unterstützung der jeweiligen Verbandsmitglieder im entsprechend geschlossenen Kreis unter Angabe der Quelle vervielfältigt, verbreitet und zugänglich gemacht werden. Eine darüber hinausgehende Nutzung – insbesondere die Weitergabe an Nichtmitglieder oder das Einstellen im öffentlichen Bereich der Homepage – stellt einen Verstoß gegen urheberrechtliche Vorschriften dar.

Vorwort

Arbeitsrechtliche Spielregeln beim Einsatz von Zeitarbeitskräften

Durch den Einsatz von Zeitarbeitskräften erhalten Unternehmen mehr Flexibilität und Handlungsspielraum für ihre Personalplanung. So können sie schwankende Auftragslagen abfedern – was aufgrund des überregulierten deutschen Arbeitsrechts auf anderem Wege kaum möglich ist. Zeitarbeit ist so zu einer unverzichtbaren Voraussetzung für die Wettbewerbsfähigkeit unserer Wirtschaft geworden.

Auch Zeitarbeitnehmer profitieren von der Arbeitnehmerüberlassung. Sie dient vielen Menschen als ein Sprungbrett in Beschäftigung, die sonst kaum Chancen haben, aus der Arbeitslosigkeit herauszukommen.

Unsere Broschüre gibt Ihnen einen Überblick über die wesentlichen rechtlichen Rahmenbedingungen beim Einsatz von Zeitarbeitnehmern. Dabei sind die Änderungen berücksichtigt, die sich seit 01. April 2017 durch das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ergeben haben.

Bertram Brossardt
30. Juli 2019

Inhalt

1	Arbeitnehmerüberlassung	1
1.1	Abgrenzung der Zeitarbeit von Werkvertragsgestaltungen	1
1.2	Keine Arbeitnehmerüberlassung	3
1.2.1	Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft	3
1.2.2	Arbeitsvermittlung	3
1.3	Einschränkungen im Baugewerbe	4
2	Voraussetzungen für eine wirksame Arbeitnehmerüberlassung	5
2.1	Erlaubnispflicht	5
2.1.1	Entfall der Erlaubnispflicht	5
2.1.2	Konsequenzen eines Verstoßes gegen die Erlaubnispflicht	7
2.2	Vertrag mit dem Verleiher	12
2.2.1	Schriftformerfordernis	12
2.2.2	Inhalt des Vertrags	12
2.2.3	Kennzeichnungs-, Konkretisierungs- und Informationspflicht	13
2.2.4	Konsequenzen von Verstößen wegen Formmangels	14
2.3	Überlassungshöchstdauer	15
2.3.1	Grundsatz	15
2.3.2	Einsatzbegriff	15
2.3.3	Berechnung der Überlassungshöchstdauer	16
2.3.4	Abweichungsmöglichkeiten	16
2.3.5	Konsequenzen eines Verstoßes gegen die Überlassungshöchstdauer	19
2.4	Gleichstellungsgrundsatz	19
2.4.1	Reichweite des Gleichstellungsgrundsatzes	19
2.4.2	Abweichung durch Tarifverträge	21
2.4.3	Konsequenzen eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz	23
2.5	Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Zeitarbeitnehmer	23
3	Weitere Gesetzesverstöße und ihre Konsequenzen	25
3.1	Ordnungswidrigkeiten, Straftaten	25
4	Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Zeitarbeitnehmer	27
4.1	Grundsätze	27
4.2	Direktionsrecht des Entleihers	27

4.3 Rechte und Pflichten des Zeitarbeitnehmers beim Entleiher 28
4.3.1 Auskunftsanspruch 28
4.3.2 Eingliederung in den Betrieb 28
4.3.3 Arbeitnehmererfindungen 29
4.3.4 Weitere Rechte und Pflichten des Zeitarbeitnehmers beim Entleiher 29
4.3.5 Weitere Rechte und Pflichten des Entleihers 30

4.4 Arbeitskampf 31
4.4.1 Streikeinsatzverbot 31
4.4.2 Leistungsverweigerungsrecht 31

4.5 Arbeitssicherheit 32

4.6 Haftung für Sozialversicherungsbeiträge 32

5 Betriebsverfassungsrecht 34

5.1 Betriebsverfassungsrechtliche Schwellenwerte 34
5.1.1 Grundsatz 34
5.1.2 Beispiele 35
5.1.3 Schwellenwerte außerhalb des BetrVG 35

5.2 Betriebsratswahlen 36

5.3 Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten 36
5.3.1 Einstellung 36
5.3.2 Versetzung 38
5.3.3 Beschäftigungssicherung 38
5.3.4 Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten 38

5.4 Allgemeine Aufgaben 39

6 Einzelfragen 41

6.1 Ausländerbeschäftigung 41

6.2 Übernahme eines Zeitarbeiters 41

7 Sanktionsmöglichkeiten 43

7.1 Pflichten für Zeitarbeitsunternehmen 43

7.2 Pflichten für Einsatzunternehmen 43

7.3 Ordnungswidrigkeitstatbestände 43

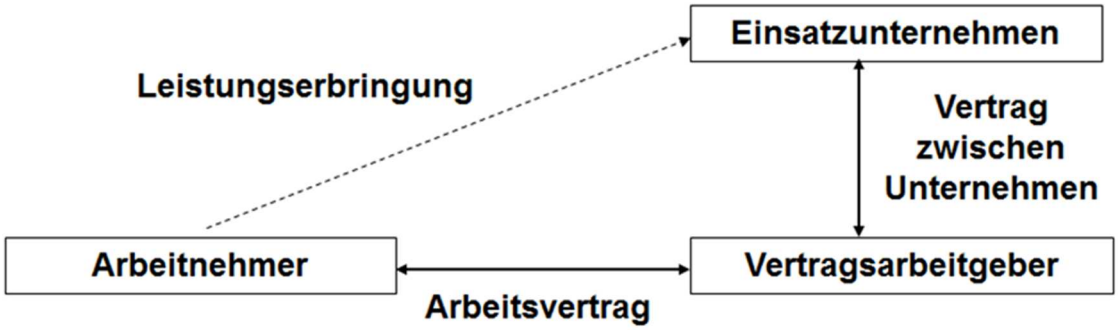
Ansprechpartner / Impressum 45

1 Arbeitnehmerüberlassung

Definition und Abgrenzung zum Werkvertrag

Zeitarbeit bzw. Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ein Arbeitgeber einem Dritten (Einsatzunternehmen) aufgrund einer Vereinbarung vorübergehend geeignete, bei ihm angestellte Arbeitskräfte (Zeitarbeitnehmer) zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Diese Zeitarbeitnehmer setzt der Entleiher nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer ein; sie unterliegen seinem Direktions- bzw. Weisungsrecht.

Einsatzverhältnis



Quelle: bayme vbm

Derjenige, der Arbeitnehmer Dritten überlassen will, benötigt hierfür in der Regel eine Erlaubnis. Die wesentlichen Regelungen hierfür finden sich im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Damit Arbeitnehmerüberlassung zulässig ist, müssen die im Folgenden aufgeführten arbeitsrechtlichen Spielregeln eingehalten werden.

1.1 Abgrenzung der Zeitarbeit von Werkvertragsgestaltungen

Die Abgrenzung zu einem Dienst- bzw. Werkvertrag ist im Einzelfall schwierig. Hier kommt es wesentlich auf die tatsächliche Durchführung an. Entscheidend sind die Organisation der Arbeitsleistung (Wer organisiert?), das Direktionsrecht (Wer weist an?), die Risikoverteilung (Wer haftet für Mangelfreiheit?) und die Berechnung der Vergütung.

Die Abgrenzung ist nach der gesamten Gestaltung und Durchführung der vertraglichen Beziehungen mittels einer wertenden Gesamtbetrachtung vorzunehmen (BAG, Urteil vom 21. März 1990 – Az. 7 AZR 198/89).

Der Geschäftsinhalt kann sich damit sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Ausführung des Vertrages ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die Durchführung des Vertrags maßgebend. Denn aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen lassen sich am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind. Der so ermittelte wirkliche Wille der Vertragsparteien bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp (BAG, Urteil vom 06. August 2003 – Az. 7 AZR 180/03).

Als wesentliche Kriterien sind in die Gesamtbetrachtung einzubeziehen:

- die Vertragsgestaltung
- die Auftragserteilung im Einzelfall
- das Weisungsrecht bei der Auftragsabwicklung
- die Integration in den Arbeitsablauf
- die bereitzustellende Ausrüstung
- die Art der Abrechnung
- das Tragen des Unternehmerrisikos

Die Vertragsgestaltung spricht für Zeitarbeit, wenn sich die Pflicht des Vertragspartners im Zurverfügungstellen geeigneter Arbeitskräfte erschöpft, die das Einsatzunternehmen nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb einsetzt. Das Einsatzunternehmen bestimmt also die Zahl und Qualifikation der eingesetzten Arbeitnehmer. Dagegen spricht für eine Werkvertragsgestaltung, wenn ein konkreter Erfolg (Werk – Herstellung oder Veränderung einer Sache) und tatsächliche Gewährleistungsrechte vereinbart wurden.

Auch spricht für Zeitarbeit, wenn

- im Rahmen der Auftragsabwicklung das Einsatzunternehmen die Erledigung der Einzelaufträge personell und sachlich organisiert
- das Einsatzunternehmen die Arbeit beaufsichtigt und kontrolliert
- die Fremdfirmenmitarbeiter konkrete Arbeitsanweisungen nur vom Einsatzunternehmen erhalten
- die Fremdfirmenmitarbeiter vom Einsatzunternehmen ausgebildet und eingearbeitet werden.

Allerdings bedeutet nicht jede Anweisung in der Gesamtbetrachtung das Vorliegen von Zeitarbeit. Denn im Rahmen einer Werkvertragsgestaltung (§§ 631 mit 645 BGB) kann der Unternehmer dem Auftragnehmer oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werks erteilen. Wichtig ist aber, dass der Werkvertrags-Auftragnehmer die zur Erreichung des vereinbarten Erfolgs erforderlichen Arbeitsschritte, also die Tätigkeiten seiner Erfüllungsgehilfen vor Ort, selbstständig organisiert. Denn ein Arbeitnehmer wird nicht bereits dann überlassen, wenn er aufgrund seines Arbeitsvertrages mit dem Auftragnehmer Weisungen eines Dritten zu befolgen hat. Bei Zeitarbeit ist vielmehr erforderlich, dass der Auftragnehmer / Erfüllungsgehilfe bei vollständiger Eingliederung in den

Betrieb des Dritten für diesen und nicht weiter allein für seinen Arbeitgeber tätig wird (BAG, Urteil vom 03. Dezember 1997 – Az. 7 AZR 764/96).

Gegen einen Werkvertrag und für Zeitarbeit spricht, wenn

- die Fremdfirmenmitarbeiter voll in den Arbeitsablauf integriert sind,
- sie mit eigenen Arbeitnehmern des Unternehmers zusammenarbeiten,
- Überstunden vom Einsatzunternehmen angeordnet werden,
- sie bei Urlaub und Krankheit von anderen Mitarbeitern des Einsatzunternehmers vertreten werden.

Für Zeitarbeit kann darüber hinaus sprechen, dass die für die Auftragsdurchführung erforderliche Ausrüstung vom Unternehmer gestellt wird und die Abrechnung nach tatsächlicher Arbeitszeit bzw. Zeiteinheiten erfolgt. Soweit eine solche Abrechnung unumgänglich ist, spricht für Zeitarbeit, wenn die Abrechnung personenbezogen oder periodisch erfolgt.

Gegen Zeitarbeit spricht es dagegen, wenn der Auftragnehmer das unternehmerische Risiko trägt.

1.2 Keine Arbeitnehmerüberlassung

1.2.1 Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft

Keine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des Gesetzes ist die in § 1 Abs. 1a AÜG genannte Abordnung zu einer zur Herstellung eines Werks gebildeten Arbeitsgemeinschaft, deren Mitglied der Arbeitgeber ist, sofern hier für alle Mitglieder Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und alle Mitglieder zur selbstständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind.

Für einen Arbeitgeber mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedsstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes enthält § 1 Abs. 1a AÜG eine Besonderheit. Für diesen Arbeitgeber ist die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft auch dann keine Zeitarbeit, wenn für ihn die deutschen Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges nicht gelten, er aber die übrigen Voraussetzungen des § 1 Abs. 1a AÜG erfüllt. Für die Zugehörigkeit zum selben Wirtschaftszweig kommt es nicht darauf an, in welchem Wirtschaftszweig sich der ausländische Betrieb im Inland betätigt, sondern darauf, zu welchem Wirtschaftszweig er nach seiner Gesamttätigkeit im Europäischen Wirtschaftsraum gehört.

1.2.2 Arbeitsvermittlung

Ebenfalls liegt keine Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn der Überlassende nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberrisiko übernimmt (§ 1 Abs. 2 AÜG). In

diesen Fällen gilt die gesetzliche Vermutung, dass der Überlassende Arbeitsvermittlung (§ 35 Abs. 1 S. 2 SGB III) betreibt.

1.3 Einschränkungen im Baugewerbe

Die Baubranche ist spezifischen Restriktionen unterworfen (vgl. § 1b AÜG). Die Überlassung von Arbeitnehmern in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, ist unzulässig.

Gestattet ist die Überlassung hingegen zwischen Betrieben des Baugewerbes und anderen Betrieben, wenn ein Tarifvertrag die Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich vorsieht und auch für allgemeinverbindlich erklärt wurde. Die beteiligten Betriebe müssen außerdem in den Geltungsbereich dieses Tarifvertrags fallen. Erlaubt ist die Arbeitnehmerüberlassung auch zwischen Betrieben des Baugewerbes. Verleiher und Entleiher müssen hierbei von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen erfasst wer-den. Dass Verleiher und Entleiher demselben Tarifbereich angehören, ist seit der Neu-fassung des Gesetzes nicht mehr erforderlich.

Im Falle grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung innerhalb der EU wird außerdem auf das Erfordernis der Tarifbindung verzichtet.

2 Voraussetzungen für eine wirksame Arbeitnehmerüberlassung

Gesetzliche Rahmenbedingungen der Zeitarbeit

2.1 Erlaubnispflicht

Arbeitnehmerüberlassung darf nur betreiben, wem die hierzu erforderliche Erlaubnis von der zuständigen Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit erteilt worden ist. Die Erlaubnis ist immer dann erforderlich, wenn die Überlassung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Verleihers erfolgt.

Eine wirtschaftliche Tätigkeit liegt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes vor, wenn Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden. Davon ist bei der Zurverfügungstellung von Personal regelmäßig auszugehen. Dies hat zur Folge, dass auch Verleiher, die keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen (z. B. karitative Unternehmen) sowie konzerninterne Verleiher, die Arbeitnehmer zum Selbstkostenpreis überlassen – also ohne Gewinnerzielungsabsicht ausschließlich ihre Kosten konzernintern in Rechnung stellen – vom AÜG grundsätzlich erfasst werden.

In bestimmten Fällen der Arbeitnehmerüberlassung ist das AÜG bis auf wenige Vorschriften, die in erster Linie die Einschränkungen im Baugewerbe betreffen, nicht anwendbar. Damit entfällt auch die Erlaubnispflicht.

Die Erlaubnis muss vor dem ersten Verleih vorliegen. Sie ist bei den Regionaldirektionen der Bundesagentur für Arbeit zu beantragen.

2.1.1 Entfall der Erlaubnispflicht

Bestimmte Fallgestaltungen werden von der Erlaubnispflicht sowie von anderen Vorschriften des AÜG ganz oder teilweise ausgenommen.

2.1.1.1 Tarifvertragliche Regelung zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassung

Keiner Erlaubnis bedarf die Überlassung von Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweiges zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG). Voraussetzung ist eine für Entleiher und Verleiher geltende tarifliche Regelung, die eine solche Personalüberlassung vorsieht.

2.1.1.2 Konzerninterne Überlassung

Die Überlassung von Arbeitnehmern zwischen Konzernunternehmen (§ 18 Aktiengesetz – AktG) ist erlaubnisfrei, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG).

Es muss sich dabei nicht um Aktiengesellschaften handeln. Der Konzern kann sowohl ein Überordnungskonzern (§ 18 Abs. 1 AktG) als auch ein Gleichordnungskonzern (§ 18 Abs. 2 AktG) sein. Entscheidend ist, dass es sich um zwei rechtlich selbstständige Unternehmen handelt und diese unter einer einheitlichen Leitung zusammengefasst sind.

Keine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG ist der Einsatz von Arbeitnehmern der Muttergesellschaft bei einer Tochtergesellschaft, die keinen eigenen Betrieb unterhält, also keine eigenen Räumlichkeiten, keine eigene Betriebsorganisation und keine eigene Belegschaft hat, oder die mit der Muttergesellschaft einen Gemeinschaftsbetrieb führt.

Hinweis

Die Berufung auf das Konzernprivileg ist nicht unumstritten. Die Regelung wird in der Literatur teilweise für europarechtswidrig gehalten, weil die Zeitarbeitsrichtlinie keine Ausnahmetatbestände für konzerninterne Überlassung in der Form des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG enthält. Personalführungsgesellschaften unterliegen immer der Erlaubnispflicht.

2.1.1.3 Gelegentliche Überlassung

Erfolgt die Überlassung von Arbeitnehmern nur gelegentlich und wird der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt, ist keine Überlassungserlaubnis notwendig (§ 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG).

An das Erfordernis der nur „gelegentlichen Überlassung“ sind nach der Gesetzesbegründung strenge Anforderungen zu stellen. Es sollen nur vereinzelt auftretende Überlassungsfälle von der Erlaubnispflicht ausgeklammert werden. Eine nicht nur „gelegentliche“ Überlassung ist indiziert, wenn die Tätigkeit entweder schon in der Vergangenheit wiederholt ausgeübt wurde oder wenn bei erstmaliger Vornahme objektive Anhaltspunkte dafür sprechen, dass sie wiederholt werden soll. Für die Praxis bleibt bei der Anwendung dieser Norm vor dem Hintergrund der bestehenden Unklarheiten und ihrer teilweise in der Literatur vertretenen Europarechtswidrigkeit eine gewisse Unsicherheit.

2.1.1.4 Überlassung im öffentlichen Dienst

Seit 01. April 2017 sind Personalgestellungen im öffentlichen Dienst aus dem Anwendungsbereich des AÜG ausgenommen. Eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis ist hier nicht erforderlich, wenn Aufgaben eines Arbeitnehmers von dem bisherigen zu dem

anderen Arbeitgeber verlagert werden und auf Grund eines Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber weiter besteht und die Arbeitsleistung zukünftig bei dem anderen Arbeitgeber erbracht wird (§ 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG).

Die ebenfalls neu eingefügte Regelung des § 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG sieht eine weitgehende Ausnahme vom Anwendungsbereich des AÜG für Überlassungen zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts vor, sofern sie Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften anwenden.

2.1.1.5 Überlassung eines Arbeitnehmers ins Ausland

Ebenfalls erlaubnisfrei ist die Überlassung vom Inland in ein Land außerhalb der EU sowie des EWR an ein deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen, an dem der Verleiher beteiligt ist und das auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen errichtet worden ist (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 AÜG).

Hinweis

Die konzerninterne Überlassung ist nach deutschem Recht erlaubnisfrei. Zu beachten ist, dass die Arbeitnehmerüberlassung auch nach dem nationalen Recht des Gastlandes zulässig sein muss. Gegebenenfalls ist die Überlassung nach dem jeweiligen nationalen Recht erlaubnispflichtig oder Bedarf anderer Voraussetzungen.

2.1.1.6 Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen

Die Überlassung von Arbeitnehmern durch einen Arbeitgeber mit weniger als 50 Beschäftigten zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen für höchstens zwölf Monate bedarf keiner Erlaubnis (§ 1a AÜG). Der betroffene Arbeitnehmer darf nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden. Erforderlich ist aber eine vorherige Anzeige an die Bundesagentur für Arbeit.

2.1.2 Konsequenzen eines Verstoßes gegen die Erlaubnispflicht

2.1.2.1 Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags und Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher

2.1.2.1.1 Grundsatz

Im Falle von Zeitarbeit ohne erforderliche Erlaubnis wird der Zeitarbeitnehmer ab der Aufnahme der Tätigkeit automatisch und rückwirkend mit allen rechtlichen Konsequenzen Arbeitnehmer des Entleihers (§ 10 Abs. 1 AÜG). Hiervon erfasst sind auch die Fälle illegaler Zeitarbeit in Form von Scheinwerk- und -dienstverträgen. Der Arbeitsvertrag des Zeitarbeitnehmers mit dem Verleiher ist nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam, ebenso der Überlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher. Eine nachträgliche Erteilung der Erlaubnis hat keinen Einfluss auf das zuvor kraft Gesetzes begründete Arbeitsverhältnis zum Entleiher.

Die Fiktion tritt auch unabhängig vom Willen oder von der Kenntnis der Beteiligten ein, d. h. auch dann, wenn die Beteiligten der Auffassung sind, es handele sich um einen Werk- oder Dienstvertrag und nicht um unerlaubte Zeitarbeit.

2.1.2.1.2 Ausnahme von der Unwirksamkeit: Festhaltenserklärung des Zeitarbeitnehmers

Allerdings kann der Zeitarbeitnehmer gegenüber dem Verleiher oder Entleiher erklären, dass er an seinem Vertrag mit dem Verleiher festhält und somit ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher verhindern. Dazu muss er binnen eines Monats nach dem „für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt“ gegenüber seinem Arbeitgeber oder dem Entleiher schriftlich erklären, dass er an seinem bisherigen Arbeitsverhältnis zum Zeitarbeitsunternehmen festhält (Festhaltenserklärung). Ein im Voraus erklärte Festhaltenserklärung, etwa in einer arbeitsvertraglichen Klausel oder einer schriftlichen Erklärung des Zeitarbeitnehmers, ist unwirksam.

Hinweis

Die Monatsfrist beginnt unabhängig von der Kenntnis des Zeitarbeitnehmers zu laufen. Auf ein etwaiges Verschulden kommt es auch nicht an.

Tritt die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher auf, beispielsweise weil dem Verleiher die Überlassungserlaubnis nachträglich entzogen wird, so beginnt die Frist für den Widerspruch des Zeitarbeitnehmers mit Eintritt der Unwirksamkeit.

Die Festhaltenserklärung ist nur wirksam, wenn folgende Formalitäten eingehalten werden (§ 9 Abs. 2 AÜG):

- Der Zeitarbeitnehmer muss diese vor ihrer Abgabe persönlich in einer Agentur für Arbeit vorlegen,
- die Agentur für Arbeit muss die Erklärung mit dem Vorlage-Datum und dem Hinweis versehen, dass sie die Identität des Zeitarbeitnehmers festgestellt hat und

– die Erklärung muss spätestens am dritten Tag nach der Vorlage in der Agentur für Arbeit dem Ver- oder Entleiher zugehen.

Hinweis

Die Dokumentation und Identitätsfeststellung durch die Agentur für Arbeit soll ausschließen, dass der Zeitarbeitnehmer eine Widerspruchserklärung unterschreibt, in die nachträglich etwa durch den Verleiher oder Entleiher ein Datum eingetragen wird, das nicht dem tatsächlichen Tag der Erklärung entspricht. Damit die Erklärung nicht auf „Vorrat“ zu Beginn der Überlassung der Agentur für Arbeit vorgelegt wird, ist die Erklärung nur wirksam, wenn sie spätestens am dritten Tag nach der Vorlage in der Agentur für Arbeit dem Ver- oder Entleiher zugeht. Erfolgt der Zugang erst ab dem vierten Tag, ist die Erklärung unwirksam.

Die Festhaltenserklärung muss dem Ver- oder Entleiher innerhalb der einmonatigen Widerspruchsfrist zugehen. Andernfalls ist sie unwirksam.

Der Einsatz im Entleiherbetrieb muss mit dem Tag des Eingangs der Festhaltenserklärung sofort beendet werden bzw. darf nicht über die 18 Monate hinausgehen. Eine Weiterbeschäftigung oder ein erneuter Einsatz stehen unter der Sanktion der §§ 9, 10 AÜG (Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher). Für den Fall der Fortführung der Beschäftigung wird das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher erneut unwirksam und ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher erneut fingiert. Für diesen Fall steht dem Zeitarbeitnehmer aber das sog. Festhaltensrecht nicht mehr zu. Eine erneute Festhaltenserklärung ist unwirksam.

Hinweis

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Vorlage der Festhaltenserklärung bei der Agentur für Arbeit automatisch zur Einleitung eines Bußgeldverfahrens führt, da die Arbeitsagenturen gemäß § 17 Abs. 1 AÜG die zuständige Verfolgungsbehörde für die Ordnungswidrigkeitstatbestände des § 16 AÜG ist (hier konkret § 16 Abs. 1 Nr. 1a AÜG). Daher ist wichtig, dass mit Abgabe der Festhaltenserklärung nicht auch eingeräumt wird, dass der Arbeitnehmer über die Höchstüberlassungsdauer hinaus beschäftigt wurde (Fiktion eines Arbeitsverhältnisses und Bußgelder!).

2.1.2.1.3 Grundsatz des unbefristeten Arbeitsverhältnisses

Macht der Zeitarbeitnehmer nicht (fristgemäß) von der Festhaltenserklärung Gebrauch, bleibt es bei einem Arbeitsverhältnis mit dem Einsatzunternehmen. War die Tätigkeit des Arbeitnehmers bei dem Entleiher nicht befristet vorgesehen oder fehlt ein für die Befristung sachlich rechtfertigender Grund, läuft das Arbeitsverhältnis beim Entleiher

unbefristet und kann nur durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag beendet werden (§ 10 Abs. 1 S. 2 AÜG).

Hinweis

Da ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher rückwirkend fingiert wird, ist häufig die sechsmonatige Wartezeit des § 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) abgelaufen, so dass eine Kündigung sozial gerechtfertigt sein muss.

Aufgrund der allgemeinen Vertragsfreiheit kommt ein Aufhebungsvertrag in Betracht, wenn auch der Zeitarbeitnehmer kein Interesse an einem Arbeitsverhältnis mit dem Einsatzbetrieb hat.

2.1.2.1.4 Arbeitsbedingungen

Inhalt und Dauer des fingierten Arbeitsverhältnisses, insbesondere die Höhe des Arbeitsentgelts, richten sich nach den für das Einsatzunternehmen geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen (§ 10 Abs. 1 Satz 4 AÜG). Eine Ausnahme gilt für die Arbeitszeit: Als solche gilt die zwischen Verleiher und Entleiher vorgesehene Arbeitszeit als vereinbart.

Der Begriff des Arbeitsentgelts ist weit zu verstehen. Es fallen Entgelt, Kindergeld, Familienzulagen, Trennungszulage, Urlaubsgeld, Provisionen und Auslösung sowie Sachleistungen darunter. Die für den Entleihbetrieb geltenden tariflichen Entgeltregelungen sind anzuwenden, wenn Zeitarbeitnehmer und Entleiher tarifgebunden sind (§ 4 Abs. 1 Satz 1 Tarifvertragsgesetz). Ohne tarifvertragliche Regelung bemisst sich das Entgelt nach dem, was ein Stammarbeitnehmer mit vergleichbarer Tätigkeit im Betrieb erhält, sonst nach dem Arbeitsentgelt von Stammarbeitnehmern in vergleichbaren Betrieben.

Zudem kommen alle einschlägigen arbeitsrechtlichen Gesetze und Verordnungen, Betriebsvereinbarungen und die betriebliche Übung im Entleihbetrieb zur Anwendung. Damit bestehen für den Entleiher die üblichen Arbeitgeberpflichten und -rechte.

Hinweis

In der Regel geht es um Entgeltdifferenzansprüche, da der Verleiher dem Zeitarbeitnehmer bereits ein Entgelt ausgezahlt hat. Rückwirkend muss ggf. eine Differenz zwischen dem bereits durch den Verleiher gezahlten Entgelt und dem tatsächlich einem Stammarbeitnehmer mit vergleichbarer Tätigkeit zustehenden Entgelt bezahlt werden.

2.1.2.1.5 Haftung für Sozialversicherungsbeiträge

In Fällen der erlaubten Zeitarbeit haftet der Entleiher neben dem Verleiher gesamtschuldnerisch für die Sozialversicherungsbeiträge (§ 28e Abs. 2 Sätze 3 und 4 SGB IV).

Bei illegaler Zeitarbeit ist der Entleiher der Arbeitgeber. Mit dem Zustandekommen des Arbeitsvertrages zwischen Entleiher und Zeitarbeitnehmer entsteht ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV. Damit ist der Entleiher zur Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags verpflichtet (§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Aus § 10 Abs. 3 Satz 2 AÜG ergibt sich eine gesamtschuldnerische Haftung von Entleiher und Verleiher für die vereinbarte Vergütung, wenn der Verleiher das Entgelt zahlt. Der Entleiher haftet im Übrigen auch für die Umlage zur Unfallversicherung.

Macht der Zeitarbeitnehmer von dem Instrument der Festhaltenserklärung Gebrauch, führt diese sozialversicherungsrechtlich nicht zum Wegfall der gesamtschuldnerischen Haftung von Verleiher und Entleiher für die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge (§ 9 Abs. 2 AÜG i. V. m. § 28e Abs. 2 Satz 4 SGB IV).

2.1.2.2 Ordnungswidrigkeit

Dem Entleiher-Unternehmen droht, wenn ihm eine Verletzung der Aufsichtspflicht vorgeworfen werden kann, eine Geldbuße (Einsatz ohne Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis bis zu 30.000 Euro, ausländischer Zeitarbeitnehmer ohne entsprechende Erlaubnis bis zu 500.000 Euro) gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1a, Nr. 2 und Abs. 2 AÜG, §§ 9, 130 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG).

Zudem wird der von dem Unternehmen durch die unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung erlangte Vermögensvorteil durch eine Geldbuße abgeschöpft (vgl. §§ 30, 17 Abs. 4 OWiG).

Außerdem erfolgt eine Eintragung in das Gewerbezentralregister (§ 149 Abs. 2 Nr. 3 Gewerbeordnung - GewO), wenn ein Bußgeld über 200 Euro verhängt wird. Eine solche Eintragung kann auch zur Folge haben, dass der Verleiher keine öffentlichen Aufträge mehr erhält.

Unter Umständen kann der Tatbestand des § 266a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) verwirklicht sein, der Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vorsieht.

Hinweis

Zur Vermeidung einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung empfiehlt es sich, vom Verleiher den Nachweis der Erlaubnis durch Vorlage der Originalurkunde oder Aushändigung einer beglaubigten Kopie zu verlangen. In Zweifelsfällen – etwa bei Vorlage nur einer unbeglaubigten Kopie – sollte bei der zuständigen Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit nachgefragt werden. In jedem Fall muss der Verleiher im Arbeitnehmerüberlas-

sungsvertrag ausdrücklich bestätigen, dass er die Erlaubnis besitzt (§ 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG). Er hat den Entleiher unverzüglich über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis zu unterrichten (§ 12 Abs. 2 AÜG).

Verfügt der Verleiher nur über eine befristete Erlaubnis und sollen nach Ablauf der Frist erneut Arbeitnehmer von ihm entliehen werden, muss darauf geachtet werden, dass er zuvor die Verlängerung der Erlaubnis nachweist. Für im Zeitpunkt des Erlöschens der Erlaubnis bereits abgeschlossene Arbeitnehmerüberlassungsverträge gilt die Erlaubnis während einer Dauer von 12 Monaten als fortbestehend (vgl. § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG).

2.2 Vertrag mit dem Verleiher

2.2.1 Schriftformerfordernis

Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bedarf der Schriftform (§ 12 Abs. 1 S. 1 AÜG i. V. m. § 126 BGB). Der Entleiher muss in der Vertragsurkunde erklären, welche besonderen Merkmale die für den Zeitarbeitnehmer vorgesehene Tätigkeit hat und welche berufliche Qualifikation dafür erforderlich ist.

Weiterhin hat er anzugeben, welche wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts für einen vergleichbaren Arbeitnehmer seines Betriebes gelten. Letztere Verpflichtung entfällt, soweit der Verleiher einen vom Gleichstellungsgrundsatz abweichenden Tarifvertrag zur Anwendung bringt (§ 8 Abs. 2 und Abs. 4 S. 2 AÜG).

2.2.2 Inhalt des Vertrags

Der Entleiher muss in der Vertragsurkunde erklären,
- welche besonderen Merkmale die für den Leiharbeitnehmer vorgesehene Tätigkeit hat,
- welche berufliche Qualifikation dafür erforderlich ist und
- welche wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts für einen vergleichbaren Arbeitnehmer im Betrieb des Entleihers gelten (§ 12 Abs. 1 Satz 4 AÜG); diese Pflichtangabe entfällt, wenn ein Entgelttarifvertrag der Zeitarbeitsbranche zur Anwendung kommt (§ 12 Abs. 1 Satz 4 a. E. AÜG).

Hinweis

Für den Einzelfall, dass durch den Verleiher kein anwendbarer Entgelttarifvertrag der Zeitarbeitsbranche im Sinne von § 8 Abs. 4 AÜG zur Anwendung gebracht wird, ist der Verleiher zur Feststellung seiner konkreten Equal Pay Entgeltverpflichtungen auf Information durch den Entleiher angewiesen.

Es bestehen für den Entleiher insofern Haftungsrisiken, dass er vom Verleiher für Schäden in Regress genommen werden kann, die letzterem aufgrund der unzureichenden Information entstehen. Bei der Gestaltung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages sollten deshalb Haftungsrisiken für den Entleiher genau geprüft werden. Dies ist insbesondere geboten, weil die Rechtsbegriffe des vergleichbaren Arbeitnehmers, aber ins-besondere des vergleichbaren Arbeitsentgelts nicht abschließend geklärt sind und eine erhebliche Rechtsunsicherheit hervorrufen. Der Vertragsschluss mit einem tarifgebundenen und tarifanwendenden Verleiher minimiert dieses Risiko erheblich.

2.2.3 Kennzeichnungs-, Konkretisierungs- und Informationspflicht

Seit 01. April 2017 müssen Verleiher und Entleiher die Überlassung von Zeitarbeitnehmern in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnen, bevor sie die betreffende Person überlassen oder tätig werden lassen (Kennzeichnungspflicht, § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG). Darüber hinaus muss die Person des Zeitarbeitnehmers unter Bezugnahme auf diesen Vertrag vor der Überlassung konkretisiert werden (Konkretisierungspflicht, § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG). Der Verleiher muss den Zeitarbeitnehmer vor jeder Überlassung informieren, dass er als Zeitarbeitnehmer tätig wird (§ 11 Abs. 2 S. 4 AÜG)

Hinweis

Diese Kennzeichnungs-, Konkretisierungs- und Informationspflichten sollen der Bekämpfung von sogenannten „Schein-Werkverträgen“ dienen: Arbeitgeber und Entleiher müssen die Arbeitnehmerüberlassung künftig von vornherein offenlegen. So soll verhindert werden, dass Werkvertragskonstellationen, die sich im Nachhinein als verdeckte Arbeitnehmerüberlassung herausstellen, „umdeklariert“ und damit legalisiert werden können.

Es ist davon auszugehen, dass die seit dem 01. April 2017 geltende Kennzeichnungs-pflicht auch für bereits laufende (Rahmen-)Überlassungsverträge gilt.

Die Konkretisierung des Zeitarbeitnehmers hat zwischen Verleiher und Entleiher „unter Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag“ zu geschehen.

Nach Auffassung der Bundesagentur für Arbeit (BA) kommt es bei der Frage, ob die Konkretisierung der Schriftform nach § 12 AÜG i. V. m. § 126 BGB unterliegt, darauf an, wie der Überlassungsvertrag ausgestaltet wird (Fachliche Weisungen – FW vom 20. März 2017, 1.1.6.7) So verlangt die BA die Schriftform dann, wenn die Überlassung bestimmter Arbeitnehmer wesentlicher Inhalt der vertraglichen Abrede ist.

Hinweis

Sicherheitshalber sollten Entleiher und Verleiher die Konkretisierung (durch vertretungsberechtigte Bevollmächtigte) auf einer gemeinsamen Urkunde unterzeichnen.

Laufende Überlassungsverträge und Überlassungen sollten auf eine ordnungsgemäße Konkretisierung hin überprüft und diese ggf. nachgeholt werden.

Wird der Zeitarbeitnehmer hingegen erst im Zuge der Erfüllung des Überlassungsvertrags durch den Verleiher unter Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag namentlich benannt, unterliegt die Konkretisierung hingegen nicht der Schriftform des Überlassungsvertrages. Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Überlassungsvertrag als Rahmenvertrag über ein Arbeitskräftekontingent ausgestaltet ist.

2.2.4 Konsequenzen von Verstößen wegen Formmangels

2.2.4.1 Verstoß gegen die Schriftform

Erfüllt der Überlassungsvertrag nicht die vorgegebene Schriftform, ist er nichtig (§ 125 S. 1 BGB).

2.2.4.2 Verstoß gegen die Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht

2.2.4.2.1 Begründung eines Arbeitsverhältnisses

Bezeichnen Verleiher und Entleiher die Überlassung eines Zeitarbeitnehmers in ihrem Vertrag nicht ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung und wird gleichzeitig die Person des Zeitarbeitnehmers unter Bezugnahme auf diesen Vertrag nicht konkretisiert, so ist der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Zeitarbeitnehmer unwirksam. Auch in diesem Fall kommt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Zeitarbeitnehmer zu-stande.

Allerdings kann der Zeitarbeitnehmer gegenüber dem Verleiher oder Entleiher erklären, dass er an seinem Vertrag mit dem Verleiher festhält und somit ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher verhindern (siehe oben, 2.1.2.1.2).

2.2.4.2.2 Ordnungswidrigkeit

Wird die Überlassung nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig als solche bezeichnet (Kennzeichnungspflicht) oder die zu überlassende Person nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig konkretisiert (Konkretisierungspflicht), stellt dies jeweils eine Ordnungswidrigkeit dar

(§ 16 Abs. 1 Nr. 1c und Nr. 1d, Abs. 2 AÜG). Hier kann je Verstoß eine Geldbuße von bis zu 30.000 Euro drohen.

Die Verhängung eines Bußgelds über 200 Euro ist nach § 149 Abs. 2 Nr. 3 GewO in das Gewerbezentralregister einzutragen.

2.2.4.3 Verstoß gegen die Informationspflicht

Der Verstoß gegen die Informationspflicht ist für den Verleiher bußgeldbewehrt und kann mit bis zu 1.000 Euro belegt werden (§ 16 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 AÜG).

2.3 Überlassungshöchstdauer

2.3.1 Grundsatz

Seit 01. April 2017 ist die Überlassung von Arbeitnehmern nur noch bis zu einer Höchstdauer von 18 Monaten zulässig, d. h. der Verleiher darf denselben Zeitarbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate beim Entleiher tätig werden lassen (§ 1 Abs. 1b AÜG).

Hinweis

Die maximale Verleihdauer ist personenbezogen ausgestaltet. Das bedeutet, dass die Überlassung des einzelnen Zeitarbeitnehmers die Dauer von 18 Monaten nicht überschreiten darf, dessen Arbeitsplatz aber darüber hinaus weiterhin mit (wechselnden) Zeitarbeitnehmern besetzt werden kann.

Irrelevant ist auch, von welchem Verleiher der Zeitarbeitnehmer überlassen wird.

Die BA vertritt in ihren am 20. März 2017 veröffentlichten Fachlichen Weisungen (FW), dass die Überlassungshöchstdauer in § 1 Abs. 1b AÜG unternehmens- und nicht betriebsbezogen ausgestaltet ist. Es sei auf den Entleiher als Arbeitgeber und juristische Person abzustellen (vgl. FW, Ziff. 1.2.1). Da das AÜG den Begriff allerdings uneinheitlich verwendet, sprechen gute Argumente für eine betriebsbezogene Auslegung. Eine abschließende Klärung hierzu steht noch aus.

2.3.2 Einsatzbegriff

Für die Bestimmung der Überlassungsdauer ist die vertragliche Vereinbarung der Überlassung zwischen Verleiher und Entleiher maßgeblich (vgl. FW, Ziff. 1.2.1 Abs. 2).

Beispiel

Wird ein Zeitarbeitnehmer vertraglich für den Zeitraum 01. Juni 2019 bis 30. September 2019 mit einer Wochenarbeitszeit von 15 Stunden, verteilt auf zwei Arbeitstage pro Woche, an einen Entleiher überlassen, legt er in diesem Zeitraum eine Einsatzdauer von vier Monaten zurück.

2.3.3 Berechnung der Überlassungshöchstdauer

Überlassungszeiten werden erst ab Inkrafttreten des Gesetzes berücksichtigt. Dies bedeutet, dass Entleihzeiten vor dem 01. April 2017 auf die Höchstüberlassungsdauer nicht angerechnet werden.

Bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer werden vorangegangene Einsatzzeiten bei demselben Einsatzunternehmen zusammengerechnet, es sei denn, die Unterbrechung zwischen zwei Überlassungen übersteigt einen Zeitraum von drei Monaten. Kurzzeitige Unterbrechungen des Einsatzes, d. h. drei Monate und weniger, haben damit keinen Einfluss auf die Berechnung der Überlassungshöchstdauer.

Ein ununterbrochener Einsatz des Zeitarbeitnehmers beim Entleiher wird anhand von Monaten berechnet (§§ 187, 188 BGB). Für die Berechnung unterbrochener Einsätze ist in Anlehnung an § 191 BGB bei Teilmonaten der Monat mit 30 Tagen anzusetzen.

Beispiel

Einsatz für 18 Monate ab 01. April 2017 (ununterbrochener Einsatz): Berechnung nach Monaten, letzter Einsatztag am 30. September 2018.

Einsatz 1 vom 01. April 2017 bis 15. Juli 2017 und anschließend Einsatz 2 vom 01. August 2017 bis 31. Oktober 2017 (unterbrochener Einsatz): Drei volle Monate und 15 Tage bzw. ein Teilmonat (Einsatz 1) plus drei Monate (Einsatz 2) sind auf die Überlassungsdauer anzurechnen. Der Zeitarbeitnehmer kann noch für 11 Monate und 15 Tage an denselben Entleiher überlassen werden. Wird der Einsatz anschließend für mehr als drei Monate unterbrochen, kann der Zeitarbeitnehmer wieder für 18 Monate beim Entleiher eingesetzt werden.

2.3.4 Abweichungsmöglichkeiten

Eine abweichende Überlassungshöchstdauer kann in einem Tarifvertrag der Einsatzbranche oder in einer aufgrund eines solchen Tarifvertrags getroffenen Betriebs- oder Dienst-

vereinbarung vereinbart werden. Auch solche Vereinbarungen müssen eine maximale Verleihdauer vorsehen. Nach oben ist dieser jedoch keine Grenze gesetzt.

Hinweis

Die Tariföffnung beschränkt sich nicht auf Flächentarifverträge, sondern es sind auch Haustarifverträge hiervon erfasst.

2.3.4.1 Abweichungsmöglichkeiten für tarifgebundene Unternehmen

Für tarifgebundene Einsatzunternehmen gibt es zwei Möglichkeiten, von der Überlassungshöchstdauer abzuweichen:

– Abweichende Überlassungshöchstdauer im Tarifvertrag (§ 1 Abs. 1b S. 3 AÜG)
  Der Tarifvertrag der Einsatzbranche kann eine abweichende Überlassungshöchstdauer vorsehen. Neben der zeitlichen Bestimmung der Überlassungshöchstdauer kann die tarifvertragliche Regelung auch Bestimmungen zu Übernahmeangeboten oder Differenzierungen nach Einsatzzwecken oder -bereichen enthalten.

– Öffnungsklausel zugunsten von Betriebsvereinbarungen (§ 1 Abs. 1b S. 5 AÜG)
  Der Tarifvertrag kann eine Öffnungsklausel für Betriebsvereinbarungen enthalten, mittels derer tarifgebundene Unternehmen selbst abweichende Überlassungshöchstdauern regeln können. Die Öffnungsklausel kann einen Deckel, d. h. eine abweichende Überlassungshöchstdauer, für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen festlegen.

2.3.4.2 Abweichungsmöglichkeiten für tarifungebundene Unternehmen

Tarifungebundene Einsatzunternehmen können ebenfalls von abweichenden Überlassungshöchstdauern Gebrauch machen, wenn sie in den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallen und dieser diese Möglichkeit vorsieht:

– Übernahme der tariflichen Regelung (§ 1 Abs. 1b S. 4 AÜG)
  OT-Unternehmen können die einschlägige tarifvertragliche Regelung zur Überlassungshöchstdauer inhaltsgleich durch Betriebsvereinbarung übernehmen.

Hinweis

Die tarifvertragliche Regelung stellt regelmäßig eine nicht teilbare Einheit dar und kann nur im Ganzen ohne Änderungen übernommen werden.

– Nutzung der tariflichen Öffnungsklausel (§ 1 Abs. 1b S. 6 AÜG)
  Sofern der Tarifvertrag keine eigene Überlassungshöchstdauer festschreibt, sondern eine Öffnungsklausel für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen enthält, können auch nicht tarifgebundene Entleiher davon Gebrauch machen – allerdings nur bis zu einer Überlassungshöchstdauer von längstens 24 Monaten, wenn der Tarifvertrag keine konkrete abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen festlegt. Die Grenze von 24 Monaten gilt nicht, wenn in der Öffnungsklausel bereits ein größerer zeitlicher Rahmen (über 24 Monate hinaus) für Betriebsvereinbarungen festgelegt ist.

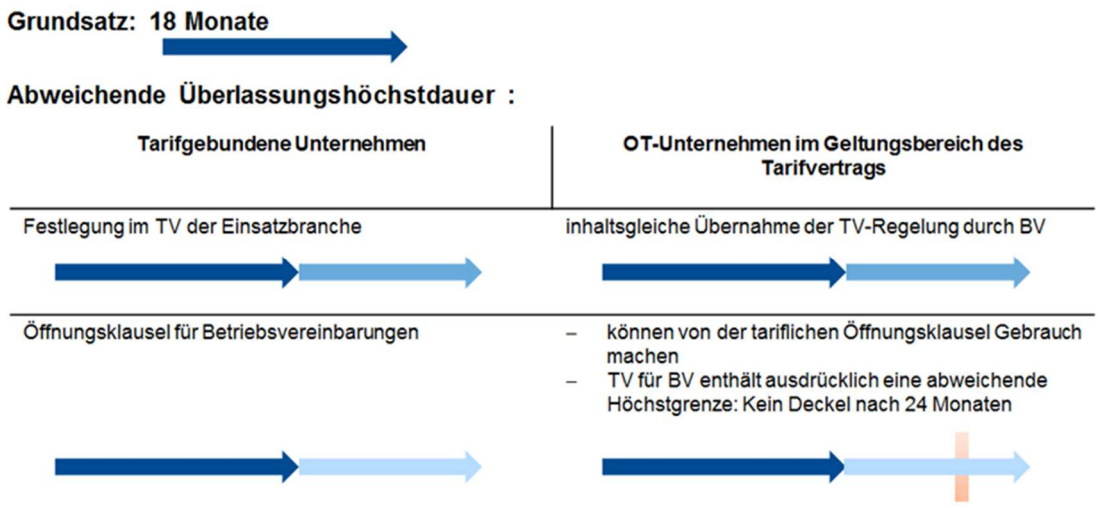
Hinweis

Ohne tarifliche Grundlage ist die Festlegung einer abweichenden Überlassungshöchstdauer im Wege einer Betriebsvereinbarung nicht möglich.

Für tarifungebundene Unternehmen ohne Betriebsrat gibt es keine Möglichkeit von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer abzuweichen. Der Einsatz des Zeitarbeitnehmers muss nach 18 Monaten beendet werden.

2.3.4.3 Übersicht

Abbildung 1
Abweichungsmöglichkeiten von der Überlassungshöchstdauer



Quelle: bayme vbm

2.3.5 Konsequenzen eines Verstoßes gegen die Überlassungshöchstdauer

2.3.5.1 Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher

Sobald die Überlassungshöchstdauer überschritten wird, wird der Arbeitsvertrag zwischen dem Zeitarbeitsunternehmen und dem Zeitarbeitnehmer unwirksam (§ 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG). Gleichzeitig kommt ein Arbeitsverhältnis zwischen Zeitarbeitnehmer und Entleiher ab dem ersten Tag des Überschreitens der Höchstüberlassungsdauer zustande. Grundsätzlich entsteht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis (vgl. hierzu 2.1.2.1.3).

Allerdings kann der Zeitarbeitnehmer auch in diesem Fall von der Festhaltenserklärung Gebrauch machen. Erklärt der Zeitarbeitnehmer innerhalb eines Monats nach Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer, dass er an seinem Vertrag zum Verleiher festhält, wird dieser nicht unwirksam (vgl. Kapitel 2.1.2.1.2).

2.3.5.2 Sonstige Sanktionen

Die Überschreitung der Überlassungshöchstdauer stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 16 Abs. 1 Nr. 1e AÜG dar, bei der eine Geldbuße von bis zu 30.000 Euro drohen kann. Gemäß § 149 Abs. 2 Nr. 3 GewO sind Bußgelder über 200 Euro in das Gewerbezentralregister einzutragen.

Ggf. kommt auch eine Strafbarkeit für das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt in Betracht (§ 266a Abs. 1 oder Abs. 2 StGB i. V. m. § 28e Abs. 2 Satz 4 SGB IV)

2.4 Gleichstellungsgrundsatz

Grundsätzlich gilt bei der Arbeitnehmerüberlassung der Equal Pay- bzw. Equal Treatment-Grundsatz, wobei es auch Abweichungsmöglichkeiten gibt.

Diese Grundsätze besagen, dass Verleiher ihren Zeitarbeitnehmern vom ersten Einsatztag an die für einen vergleichbaren Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gewähren müssen (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, § 8 AÜG).

2.4.1 Reichweite des Gleichstellungsgrundsatzes

Soweit der Gleichstellungsgrundsatz zur Anwendung kommt, gilt er nur zwischen Zeitarbeitnehmer und Verleiher. Den Entleiher treffen in diesem Fall jedoch Informationspflichten. Im schriftlichen Überlassungsvertrag hat er anzugeben, welche wesentlichen Arbeitsbedingungen in seinem Betrieb für einen vergleichbaren Arbeitnehmer gewährt werden (§ 12 Abs.1 S. 3 AÜG). Der Zeitarbeitnehmer kann im Fall der Überlassung vom Entleiher eine entsprechende Auskunft verlangen (§ 13 AÜG).

Mit dem jeweiligen Zeitarbeitnehmer vergleichbar im Sinne des Gleichstellungsgrundsatzes sind Arbeitnehmer des Einsatzbetriebs, die gleiche oder ähnliche Tätigkeiten ausführen. Für den Fall, dass es im Einsatzbetrieb keinen vergleichbaren Arbeitnehmer gibt, ist zu ermitteln, welche Arbeitsbedingungen beim Einsatzbetrieb für einen eigenen Arbeitnehmer bestünden, wenn er die Tätigkeit, die nun der Zeitarbeitnehmer ausführen soll, mit eigenen Arbeitnehmern ausführen würde (fiktive Eingruppierung).

Zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen zählen die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die durch verbindliche Bestimmungen allgemeiner Art, die beim Entleiher gelten, festgelegt sind. Hierzu zählen das Arbeitsentgelt, Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Urlaub und arbeitsfreie Tage.

Das Arbeitsentgelt im Sinne des AÜG umfasst nach Ansicht des BAG (Urteil vom 19. Februar 2014 – 5 AZR 1046/12) das, was der Zeitarbeitnehmer erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden wäre. Maßgebend sind sämtliche auf den Lohnabrechnungen vergleichbarer Stammarbeitnehmer des Entleihers ausgewiesene Bruttovergütungsbestandteile (BAG, Urteil vom 24. September 2014 – 5 AZR 254/13).

Beispiele für Arbeitsentgelt

- Grundvergütung
- Freiwillige Leistungen (Zuschläge, Zulagen, Prämien, Auslösungen, Provisionen, Personalrabatte)
- Urlaubsentgelt
- Entgeltfortzahlung
- Gratifikationen
- Sachleistungen
- Sozialleistungen
- Vermögenswirksame Leistungen
- Betriebliche Altersversorgung (Beiträge für Versorgungsanwartschaft)

Zum Arbeitsentgelt gehören auch Sachbezüge, die der Entleiher seinen Stammarbeitnehmern gewährt. Für diese kann aber auch ein Wertausgleich in Euro gezahlt werden.

Hinweis

Hinsichtlich der Berechnung des Equal Pay sieht das Gesetz eine gewisse Erleichterung vor: Es stellt die Vermutung auf, dass die Gleichstellung der Zeitarbeitskräfte mit den vergleichbaren Stammarbeitnehmern im Betrieb des Entleihers hinsichtlich des Arbeitsentgelts gegeben ist, sofern dem Zeitarbeitnehmer das Arbeitsentgelt gewährt wird, das einer vergleichbaren Stammarbeitskraft im Einsatzbetrieb geschuldet wird (§ 8 Abs. 1 S. 2 AÜG). Wird ein tarifvertragliches Arbeitsentgelt nicht geschuldet, greift die Vermutungsregelung, wenn dem Zeitarbeitnehmer das tarifvertragliche Arbeitsentgelt gezahlt wird, das für

vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbranche gilt. Kommen in der Einsatzbranche mehrere Tarifverträge zur Anwendung, so ist auf den Tarifvertrag abzustellen, der in der Branche prägend ist.

2.4.2 Abweichung durch Tarifverträge

2.4.2.1 Grundsätzliche Möglichkeit der Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz

Der Gleichstellungsgrundsatz gilt dann nicht, wenn ein Tarifvertrag abweichende Regelungen zulässt und der Verleiher an diesen Tarifvertrag gebunden ist, oder unter dessen Geltungsbereich fällt und mit dem Zeitarbeitnehmer seine Anwendung vertraglich vereinbart hat. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags könnten nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen arbeitsvertraglich vereinbaren (§ 9 Nr. 2 AÜG).

Der Tarifvertrag darf nicht die in einer Rechtsverordnung festzusetzenden Mindeststundenentgelte (Lohnuntergrenzen) unterschreiten. Diese betragen seit 01. Januar 2019 auf 9,19 Euro (ab 01. Januar 2020: 9,35 Euro).

Des Weiteren gilt eine abweichende tarifliche Regelung nicht für Zeitarbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 AktG bildet, ausgeschieden sind („Drehtürklausel“, § 8 Abs. 3 AÜG). Diese Vorschrift soll den missbräuchlichen Einsatz der Arbeitnehmerüberlassung in den Fällen ausschließen, in denen aus dem Unternehmen ausgeschiedene Arbeitnehmer innerhalb von sechs Monaten als Zeitarbeiter wieder in ihrem ehemaligen Unternehmen oder einem anderen Unternehmen desselben Konzerns zu schlechteren Arbeitsbedingungen eingesetzt werden.

Hinweis

Der Zeitarbeiter darf in den letzten sechs Monaten in keinem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher gestanden haben. Freie Mitarbeit, ein Praktikum oder ein Ausbildungsverhältnis sind davon nicht umfasst.

Die entsprechenden Tarifverträge müssen zulässig und damit wirksam sein. Mangelnde Tariffähigkeit hat eine Unwirksamkeit der Tarifverträge und damit grundsätzlich gesetzliche (Nach-)Zahlungsansprüche der Zeitarbeitnehmer wegen (nachträglicher) Anwendbarkeit des Equal-Pay-Prinzip zur Folge (Verjährung nach drei Jahren). Entsprechende (Nach-)Zahlungsansprüche ergeben sich für die Sozialversicherungsträger zur Renten-, Kranken-, Pflege-, Arbeitslosenversicherung sowie für Beiträge zur Unfallversicherung (Verjährung

nach vier bzw. fünf Jahren). Bei Insolvenz der Verleiher auf Grund hoher Nachzahlungsforderungen ist eine subsidiäre Haftung der Entleiher für Beiträge zur Sozialversicherung und Berufsgenossenschaft die Folge (§§ 28e Abs. 2 SGB IV, 150 Abs. 3 SGB VII).

Hinweis

Das BAG hat in mehreren Beschlüssen festgestellt, dass die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) zu keinem Zeitpunkt tariffähig war. Demnach waren die mit ihr abgeschlossenen Tarifverträge unwirksam, weshalb eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz nicht möglich war.

Den auf Grundlage dieses Tarifvertrags überlassenen Arbeitnehmer wurde vom BAG in mehreren Fällen ein Anspruch auf Differenzvergütung zu Equal Pay zuerkannt. Außer-dem entschied das BAG, dass ein etwaiges Vertrauen des Auftraggebers in die Tariffähigkeit der CGZP nicht geschützt sei. Die bloße Erwartung, das BAG werde eine von ihm noch nicht geklärte Rechtsfrage in einem bestimmten Sinne entscheiden, vermöge einen Vertrauenstatbestand nicht zu begründen.

2.4.2.2 Zeitliche Einschränkung der Abweichungsmöglichkeit im Hinblick auf Equal Pay

Seit 01. April 2017 kann durch Anwendung der Zeitarbeitstarifverträge jedoch nur noch für die ersten neun Monate der Überlassung ein abweichendes Entgelt festgelegt werden. Dies bedeutet, dass nach neunmonatiger Überlassung an dasselbe Einsatzunternehmen der Zeitarbeitnehmer grundsätzlich einen gesetzlichen Anspruch auf Equal Pay besitzt. Eine unbefristete Abweichung vom Equal Pay ist nur noch im Wege von Branchenzuschlagstarifverträgen möglich (siehe dazu unten).

Hinweis

Vom Gleichstellungsgrundsatz (Equal Treatment) kann weiterhin zeitlich unbegrenzt unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 AÜG durch Tarifvertrag abgewichen werden.

Für das Erreichen der gesetzlichen Equal Pay-Schwelle sind vorhergehende Einsatzzeiten bei dem jeweiligen Entleiher anzurechnen, gleichgültig, ob der jeweilige Zeitarbeitnehmer über dasselbe Zeitarbeitsunternehmen oder zuvor über ein anderes Zeitarbeitsunternehmen an diesen Entleiher überlassen worden war. Liegt der letzte Einsatz des Zeitarbeiters bei demselben Entleiher mehr als drei Monate zurück, beginnt die Einsatz-dauer wieder neu zu laufen. Sollte der Unterbrechungszeitraum kürzer sein, führt dies im Umkehrschluss dazu, dass die bisherige Einsatzdauer des Zeitarbeitsnehmers bei dem Entleiher weiter berücksichtigt / angerechnet werden muss.

Auch für die Einsatzdauer in Bezug auf das Equal Pay gilt: Vor dem 01. April 2017 angefallene Überlassungszeiten werden bei der Ermittlung der Einsatzdauer nicht angerechnet. Wird der Einsatz beim Entleiher für mehr als drei Monate unterbrochen, beginnt die neunmonatige Frist neu zu laufen.

Eine unbefristete Abweichung vom Equal Pay ist unter folgenden zwei Voraussetzungen mittels Branchenzuschlagstarifverträgen möglich:

- Nach spätestens 15 Monaten einer Überlassung wird mindestens ein Arbeitsentgelt erreicht, das die Tarifvertragsparteien als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer der Einsatzbranche festgelegt haben und
- spätestens ab der siebten Einsatzwoche erfolgt im Tarifvertrag eine stufenweise Heranführung an dieses Arbeitsentgelt.

Hinweis

Branchenzuschlagstarifverträge werden von der Verhandlungsgemeinschaft Zeitarbeit (VGZ) – bestehend aus den dem Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister (BAP) und dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V. (iGZ) – mit den Gewerkschaften der jeweiligen Einsatzbranchen abgeschlossen.

2.4.3 Konsequenzen eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz

Beachtet der Verleiher den Gleichstellungsgrundsatz nicht oder nicht vollständig, ist die Vereinbarung der danach unzureichenden Arbeitsbedingungen im Verhältnis zum Zeit-arbeitnehmer gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 AÜG unwirksam.

Der Verleiher hat dem Zeitarbeitnehmer stattdessen die wesentlichen Arbeitsbedingungen des Entleihers nachzugewähren. Dieser Nachzahlungsbetrag ist zudem sozialversicherungsrechtlich zu verbeitragen. Gerade bei kleineren Verleihern kann diese Nachzahlungspflicht zur Insolvenz führen, womit sich das Haftungsrisiko für den Entleiher gemäß § 28 e Abs. 2 Satz 1 SGB IV zusätzlich erhöhen kann.

2.5 Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Zeitarbeitnehmer

Die Überlassung und das Tätigwerdenlassen von Arbeitnehmern als Zeitarbeitnehmer ist nur zulässig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Zeitarbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht (§ 1 Abs. 1 S. 3 AÜG). Werden Arbeitnehmer entgegen dieser Regelung von einer anderen Person überlassen, gelten seit 01. April 2017 auch in diesem Mehrpersonenverhältnis die Rechtsfolgen des § 9 und § 10 AÜG. Diese sollen nicht dadurch umgangen

werden können, indem ein anderes Unternehmen ohne arbeitsvertragliche Beziehung zum Zeitarbeitnehmer zwischengeschaltet wird (§ 10a AÜG).

Soweit bei der (Ketten-)Überlassung durch dieses Unternehmen keine Überlassungserlaubnis vorliegt, die Überlassungshöchstdauer überschritten wird oder die Arbeitnehmerüberlassung verdeckt erfolgt, greifen die Schutzbestimmungen des AÜG: Das Arbeitsverhältnis zwischen dem Zeitarbeitnehmer und dem ursprünglichen Arbeitgeber ist unwirksam. Gleichzeitig wird ein Arbeitsverhältnis zum Einsatzarbeitgeber fingiert, bei dem die Zeitarbeitnehmer ihre Arbeitsleistung tatsächlich erbringen. Allerdings hat der Zeitarbeitnehmer auch in diesem Fall die Möglichkeit eine Festhaltenserklärung abzugeben (vgl. 2.1.2.1.2). Dann bleibt das Arbeitsverhältnis zum ursprünglichen Arbeitgeber bestehen.

3 Weitere Gesetzesverstöße und ihre Konsequenzen

Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Regelungen des AÜG

3.1 Ordnungswidrigkeiten, Straftaten

Im Einsatzunternehmen drohen empfindliche Geldbußen und ggf. auch Strafen, je nachdem gegen welche Tatbestände verstoßen wird. Entsprechende Regelungen finden sich z. B. im AÜG (§ 16 AÜG), im Strafgesetzbuch (insbesondere bei Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, § 266a StGB) oder bei Zusammenarbeit mit ausländischen Unternehmen im Arbeitnehmer-Entsendegesetz.

Diese Sanktionen drohen sowohl den unmittelbar Verantwortlichen im Entleihbetrieb als auch dem Betriebsinhaber, den Mitgliedern des Vorstandes oder der Geschäftsführung, den vertretungsberechtigten Gesellschaftern (einer Personengesellschaft) oder sonstigen für den Personaleinsatz verantwortlichen Führungskräften, wenn ihnen eine Verletzung der Aufsichtspflicht vorgeworfen werden kann.

Zudem wird der von dem Unternehmen durch die unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung erlangte Vermögensvorteil durch eine Geldbuße abgeschöpft, was teilweise aufgrund drastischer Schätzungen geschieht und daher zu empfindlichen wirtschaftlichen Einbußen führen kann.

Außerdem erfolgt eine Eintragung in das Gewerbezentralregister (§ 149 Abs. 2 Nr. 3 Gewerbeordnung). Eine solche Eintragung kann zur Folge haben, dass die Firma keine öffentlichen Aufträge mehr erhält.

Hinweis

Zur Vermeidung bestimmter Risiken empfiehlt es sich, vom Vertragsunternehmen (vorsorglich) den Nachweis einer Überlassungserlaubnis durch Vorlage der Originalurkunde oder Aushändigung einer beglaubigten Kopie zu verlangen. In Zweifelsfällen sollte bei der zuständigen Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit nachgefragt werden. Bei geplanter Zeitarbeit muss der Verleiher im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ausdrücklich bestätigen, dass er die Erlaubnis besitzt (§ 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG). Er hat den Entleiher ggf. unverzüglich über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis zu unterrichten (§ 12 Abs. 2 AÜG). Verfügt der Verleiher nur über eine befristete Erlaubnis und sollen nach Ablauf der Frist erneut Arbeitnehmer von ihm entliehen werden, muss darauf geachtet werden, dass er zuvor die Verlängerung der Erlaubnis nachweist. Für im Zeit-punkt des Erlöschens der Erlaubnis bereits abgeschlossene Arbeitnehmerüberlassungsverträge gilt die Erlaubnis während einer Dauer von zwölf Monaten als fortbestehend (§ 2 Abs. 4 AÜG)

4 Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Zeitarbeitnehmer

Rechte und Pflichten trotz fehlendem Vertragsverhältnis

4.1 Grundsätze

Zwischen dem Entleiher und dem Zeitarbeitnehmer besteht kein Arbeitsverhältnis. Entleiher und Zeitarbeitnehmer stehen auch nicht in einer anderen vertraglichen Bindung zueinander, insbesondere nicht durch den Überlassungsvertrag (denn dieser wird zwischen Verleiher und Einsatzunternehmen geschlossen). Der Entleiher übernimmt nur partiell die Stellung des Arbeitgebers und einzelne Rechte und Pflichten, die typischerweise auf Seiten des Arbeitgebers bestehen.

Eine weiter gehende Übertragung der Arbeitgeberstellung auf den Entleiher ist durch das AÜG eingeschränkt. Der Verleiher darf das Arbeitgeberrisiko und die üblichen Arbeitgeberpflichten nicht übertragen (§ 1 Abs. 2 AÜG).

4.2 Direktionsrecht des Entleihers

Der Zeitarbeitnehmer verpflichtet sich durch den Arbeitsvertrag bzw. durch die konkrete Vereinbarung mit dem Verleiher bei einem bestimmten Entleiher tätig zu werden. Der Entleiher erhält dann durch den Überlassungsvertrag ein Recht auf die Inanspruchnahme der Arbeitsleistung.

Der Zeitarbeitnehmer selbst ist grundsätzlich nur gegenüber dem Verleiher zur Arbeitsleistung vertraglich verpflichtet. Dem Entleiher wird jedoch im Rahmen des Überlassungsvertrags das Weisungsrecht (Direktionsrecht) des Arbeitgebers (Verleiher) übertragen. Der Entleiher kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers in den Grenzen, die der Überlassungsvertrag vorgibt, ausüben. Grenzen zieht der Überlassungsvertrag meist in Bezug auf die Art der Tätigkeit, den zeitlichen Umfang der Arbeitszeit und gegebenenfalls den Arbeitsort.

Der Entleiher ist berechtigt, dem Zeitarbeitnehmer Anweisungen über die Art der Aus-führung seiner Arbeitsaufgaben zu geben und ihm bestimmte Aufgaben zuzuweisen. Das Weisungsrecht kann auch die Umsetzung des Zeitarbeitnehmers von einem Arbeitsplatz auf einen anderen während der Dauer der Überlassung beinhalten. Über den Arbeitsumfang kann der Entleiher soweit Weisungen erteilen, wie ihn der Überlassungsvertrag mit dem Verleiher dazu berechtigt. Andererseits kann das Weisungsrecht nicht weiter gehen als das durch den Überlassungsvertrag vermittelte Weisungsrecht aus dem Zeitarbeitsvertrag zwischen Verleiher und Zeitarbeitnehmer.

4.3 Rechte und Pflichten des Zeitarbeitnehmers beim Entleiher

Der Zeitarbeitnehmer bleibt gegenüber seinem Arbeitgeber, dem Verleiher, zur Arbeitsleistung verpflichtet. Die Arbeitsanweisungen, die der Entleiher im Rahmen des übernommenen Direktionsrechts erteilt, hat der Zeitarbeitnehmer daher nicht aufgrund eines Rechtsverhältnisses mit dem Entleiher zu beachten, sondern aufgrund des Arbeitsvertrages mit dem Verleiher. Daraus folgt, dass der Entleiher aus der Nichtbeachtung seiner Arbeitsanweisungen keine arbeitsrechtlichen Rechte und Konsequenzen ziehen kann. Insbesondere kann er den Zeitarbeitnehmer nicht abmahnen. Bei Arbeitspflichtverletzungen des Zeitarbeitnehmers hat der Entleiher Ansprüche nur gegen den Verleiher aus einer Pflichtverletzung des Überlassungsvertrages.

4.3.1 Auskunftsanspruch

Der Zeitarbeitnehmer hat den Anspruch, vom Verleiher hinsichtlich der wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts nicht schlechter gestellt zu werden als die vergleichbaren Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb (Equal Pay, Equal Treatment) sofern nicht wirksam hiervon abgewichen wird (siehe unter 2.4.2).

Um diesen Anspruch erfüllen zu können hat der Zeitarbeitnehmer einen Auskunftsanspruch gegen den Entleiher, was die Arbeitsbedingungen der in seinem Betrieb beschäftigten vergleichbaren Arbeitnehmer angeht (§ 13 AÜG). Dieser Auskunftsanspruch ist Teil des Gleichstellungsgrundsatzes.

Die Verletzung der Auskunftspflicht kann zu einer Schadensersatzpflicht des Einsatzbetriebs gegenüber dem Zeitarbeitnehmer führen, dem sein Arbeitgeber (Verleiher) nicht die Arbeitsbedingungen vergleichbarer Arbeitnehmer gewährt. Der Schaden des Zeitarbeitnehmers besteht darin, dass er mangels Kenntnis (insbesondere der Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer beim Entleiher) seine Ansprüche nicht gegenüber dem Verleiher geltend machen kann.

Voraussetzung des Auskunftsanspruchs ist allerdings, dass der Gleichstellungsgrund-satz gilt. Dies ist insbesondere nicht der Fall, soweit ein Tarifvertrag der Zeitarbeitsbranche die wesentlichen Arbeitsbedingungen regelt.

4.3.2 Eingliederung in den Betrieb

Der Zeitarbeitnehmer wird im Rahmen der Arbeitsorganisation beim Entleiher voll eingegliedert. Organisatorisch hat er die die Stellung eines regulären Arbeitnehmers. Daraus ergeben sich vielfältige Rechtsfolgen für die Beteiligung der Betriebsräte bei Verleiher und Einsatzbetrieb sowie in Bezug auf die arbeitsschutzrechtliche Behandlung des Zeitarbeitnehmers.

Für den Zeitarbeitnehmer sind zusätzlich zu den gesetzlichen Bestimmungen und den Verpflichtungen aus dem Überlassungsvertrag auch betriebliche Regelungen zu beachten, z. B. aus Betriebsvereinbarungen.

4.3.3 Arbeitnehmererfindungen

Hinsichtlich Arbeitnehmererfindungen und technischen Verbesserungsvorschlägen, die der Zeitarbeitnehmer während seines Einsatzes beim Entleiher macht, gilt der Entleiher nach § 11 Abs. 7 AÜG als Arbeitgeber im Sinne des Arbeitnehmererfindungsgesetzes (ArbnErfG). Erfindungen des Zeitarbeitnehmers sind vom Entleiher wie Erfindungen eines eigenen Arbeitnehmers zu behandeln. Das heißt er kann sie in Anspruch nehmen, jedoch sind sie gegebenenfalls zu vergüten. Als Erfindungen nach dem Arbeitnehmererfindungsgesetz gelten Neuerungen, die patent- oder gebrauchsmusterfähig sind, § 2 ArbnErfG. Technische Verbesserungsvorschläge im Sinne des Arbeitnehmererfindungsgesetzes sind Vorschläge für sonstige technische Neuerungen, die nicht patent- oder gebrauchsmusterfähig sind, § 3 ArbnErfG.

Bestehen im Betrieb Regelungen für das betriebliche Vorschlagswesen, so hat der Zeitarbeitnehmer für Verbesserungsvorschläge, die er im Einsatzbetrieb anbringt, dieselben Rechte wie Arbeitnehmer des Einsatzbetriebs.

4.3.4 Weitere Rechte und Pflichten des Zeitarbeitnehmers beim Entleiher

- Er hat ein Anhörungs- und Vorschlagsrecht (§ 14 Abs. 2 AÜG, § 82 Abs. 1 BetrVG).
- Er hat ein Beschwerderecht und darf nicht gemaßregelt werden (§ 14 Abs. 2 AÜG, §§ 84, 85 BetrVG, § 612a BGB).
- Er ist zur Geheimhaltung, gewissenhaften Aufgabenerfüllung und Beachtung der Unfallverhütungs- und Sicherheitsvorschriften verpflichtet. So muss er unter anderem die persönliche Schutzausrüstung tragen.
- Er kann dem Entleiher gegenüber unter dem Gesichtspunkt des Vertrags zu Gunsten Dritter (Entleiher) haften, es gelten jedoch die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung (keine Haftung bei leichter Fahrlässigkeit, anteilige Haftung bei mittlerer Fahrlässigkeit, vollumfängliche Haftung bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz).
- Er hat Wege und Arbeitsunfälle dem Entleiher und dem Verleiher unverzüglich zu melden. Der Entleiher haftet dem Zeitarbeitnehmer wie ein Arbeitgeber mit den Haftungsbeschränkungen der §§ 104 ff. SGB VII.

4.3.5 Weitere Rechte und Pflichten des Entleihers

- Er ist zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über Tätigkeit, Einordnung, Unfall- und Gesundheitsgefahren etc. verpflichtet (§ 14 Abs. 2 AÜG, § 81 Abs. 1 BetrVG).

- Er hat sicherzustellen, dass die Arbeitsschutzvorschriften eingehalten werden (§ 11 Abs. 6 AÜG, § 618 BGB).

- Er hat regelmäßig die vom Arbeitnehmer geleisteten und durch Tätigkeitsnachweis erfassten Zeitstunden durch Unterschrift und Stempel zu bestätigen.

- Der Entleiher hat den Zeitarbeitnehmer über Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, zu informieren. Die Information kann durch allgemeine Bekanntgabe an geeigneter, dem Zeitarbeitnehmer zugänglicher Stelle im Betrieb und Unternehmen des Entleihers erfolgen (§ 13a AÜG).

- Der Entleiher hat dem Zeitarbeitnehmer Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen zu den gleichen Bedingungen zu gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmern in dem Betrieb, in dem der Zeitarbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste sind insbesondere Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel (§ 13b AÜG).

- Der Entleiher ist nicht berechtigt

  - den Zeitarbeitnehmer abzumahnen,

  - das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers zu kündigen,

  - Urlaub zu erteilen bzw. festzulegen. Sollen bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs Belange des Entleihers Berücksichtigung finden (z. B. durch Abstimmung zwischen Verleiher und Entleiher), so ist dies im Überlassungsvertrag zu regeln.

  - im Falle der Arbeitsunfähigkeit die unverzügliche Anzeige oder Vorlage eines ärztlichen Attests zu verlangen (zumeist ist in den Arbeitsverträgen zwischen Zeitarbeitnehmer und Verleiher geregelt, dass die Arbeitsunfähigkeit dann dem Entleiher anzuzeigen ist, wenn der Arbeitsbeginn vor den Bürozeiten des Verleihers liegt).

Hinweis: Kündigungsschutz im Entleiherbetrieb

Grundsätzlich gilt das KSchG nur in Betrieben, in denen in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden. Bei der Berechnung der Betriebsgröße sind nach Ansicht des BAG (Urteil vom 24. Januar 2013 – 2 AZR 140/12) allerdings auch im Betrieb beschäftigte Zeitarbeitnehmer zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem in der Regel vorhan-

denen Personalbedarf beruht. Es komme dabei nicht entscheidend darauf an, für welche Dauer der jeweils einzelne Zeitarbeitnehmer im Betrieb eingesetzt ist. Auch dann, wenn auf einem Arbeitsplatz ständig wechselnde Zeitarbeitnehmer eingesetzt werden, ist dieser, soweit er die regelmäßige Belegschaftsstärke kennzeichnet, zu berücksichtigen.

4.4 Arbeitskampf

4.4.1 Streikeinsatzverbot

Seit 01. April 2017 dürfen Zeitarbeitnehmer im Einsatzbetrieb nicht mehr beschäftigt werden, wenn dieser unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist (§ 11 Abs. 5 S. 1 und 2 AÜG). Der Entleiher darf Zeitarbeitnehmer allerdings dann ausnahmsweise einsetzen, wenn er sicherstellt, dass sie nicht als Streikbrecher eingesetzt werden. Dies bedeutet, dass den Zeitarbeitnehmern nicht solche Tätigkeiten übertragen werden dürfen, die bisher von im Arbeitskampf befindlichen Arbeitskräften erledigt wurden. Ebenso dürfen dem Zeitarbeitnehmer keine Tätigkeiten übertragen werden, die bisher von nicht im Arbeitskampf befindlichen Arbeitnehmern erledigt wurden, die nunmehr ihrerseits die Tätigkeiten von im Arbeitskampf befindlichen Arbeitnehmern übernehmen (Kettenvertretung).

Dieses sogenannte „Streikbrecherverbot“ gilt sowohl für nach dem Beginn des Arbeitskampfs eingesetzte Zeitarbeitnehmer als auch für solche, die bei Beginn des Arbeitskampfes bereits bei dem Entleiher tätig waren. Es gilt selbst dann, wenn sich der Zeitarbeitnehmer mit einem Einsatz im bestreikten Betrieb einverstanden erklärt.

Nicht erfasst von dem Verbot sind jedoch Zeitarbeitnehmer, die bereits vor Beginn des Arbeitskampfs im Betrieb des Entleihers tätig waren und während des Arbeitskampfs ihre bisherige Beschäftigung fortführen. Zulässig ist auch der Einsatz von Zeitarbeitskräften, deren Tätigkeiten ausschließlich abseits des Arbeitskampfes erfolgen.

Zuwiderhandlungen können mit einem Bußgeld bis zu 500.000 Euro geahndet werden (§ 16 Abs. 2 AÜG).

4.4.2 Leistungsverweigerungsrecht

Unberührt von den Neuregelungen zum Streikbrecherverbot bleibt das Leistungsverweigerungsrecht, das den Zeitarbeiter bereits nach bisher geltendem Recht bei einem Streik im Einsatzbetrieb zusteht. Danach ist der Zeitarbeitnehmer nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu werden, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist (§ 11 Abs. 5 S. 3 AÜG). Der Verleiher muss auf dieses Leistungsverweigerungsrecht hinweisen.

4.5 Arbeitssicherheit

Der Entleiher ist neben dem Verleiher verantwortlich für die Arbeitssicherheit des Zeitarbeitnehmers. Er hat auch beim Zeitarbeitnehmer für die Beachtung der für seinen Betrieb geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitsschutzrechtes, insbesondere der Unfallverhütungsvorschriften zu sorgen (§ 11 Abs. 6 AÜG).

Die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften sind:

- Arbeitsschutzgesetze (ArbSchG), Arbeitssicherheitsvorschriften
- Verordnungen
- Gewerbeordnung (GewO)
- Unfallverhütungsvorschriften

Das AÜG verweist umfassend auf die Sicherheitsvorschriften und das Arbeitsschutz-recht. Auch in diesem Punkt hat letztlich der Entleiher den Zeitarbeitnehmer nicht anders zu behandeln als seine Arbeitnehmer.

Er hat ihn über Sicherheit und Gesundheitsschutz zu unterweisen (§ 12 Abs. 2 ArbSchG). Insbesondere hat er ihn vor Beginn der Beschäftigung und bei Veränderungen in seinem Arbeitsbereich über Gefahren für Sicherheit und Gesundheit, denen er bei der Arbeit ausgesetzt sein kann, sowie über die Maßnahmen und Einrichtungen zur Abwehr dieser Gefahren zu unterrichten. Zusätzlich hat er ihn gegebenenfalls über die Notwendigkeit besonderer Qualifikationen oder beruflicher Fähigkeiten oder einer besonderen ärztlichen Überwachung sowie über erhöhte besondere Gefahren des Arbeitsplatzes zu informieren.

Einen Unfall des Zeitarbeitnehmers müssen sowohl der Verleiher als auch der Entleiher der für den Verleiher zuständigen Verwaltungs-Berufsgenossenschaft anzeigen. Der Entleiher sollte vorsorglich auch eine Meldung an die für den Betrieb zuständige Berufs-genossenschaft abgeben.

Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit sind über den Einsatz von Zeitarbeitnehmern zu unterrichten (§§ 2 Abs. 2 und 5 Abs. 2 ASiG).

4.6 Haftung für Sozialversicherungsbeiträge

Der Entleiher haftet für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge durch den Verleiher wie ein selbstschuldnerischer Bürge (§ 28e Abs. 2 SGB IV). Die Zahlungspflicht des Entleihers setzt allerdings erst dann ein, wenn die Einzugsstelle den Verleiher erfolglos gemahnt hat.

Praxishinweis

Um das Risiko der Inanspruchnahme zu minimieren, sollte vor Vertragsschluss vom Verleiher die Vorlage einer Bescheinigung der zuständigen Krankenkasse über die ordnungsgemäße Abführung der Sozialversicherungsbeiträge verlangt werden. Zudem sollte der Entleiher sich das Recht ausbedingen, auch während der Vertragslaufzeit jederzeit die Vorlage einer solchen Bescheinigung fordern zu können. Zwar kann das Haftungsrisiko dadurch weder rechtlich noch faktisch ausgeschlossen werden. Der Entleiher hat jedoch einen Anhaltspunkt für die Zuverlässigkeit des Verleihers zumindest insofern, als er den Nachweis hat, dass in der Vergangenheit überhaupt Sozialversicherungsbeiträge abgeführt wurden.

Er kann sich für den eventuellen Fall der Inanspruchnahme durch den Sozialversicherungsträger nur dann vor Schaden schützen, wenn und soweit der Verleiher bereit und in der Lage ist, ihm Sicherheiten zu stellen. Zudem sollte dem Entleiher im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorsorglich das Recht eingeräumt werden, die Vergütung im Umfang der Beitragsforderung einzubehalten. Auch können im Fall des Rückgriffs beim Entleiher Verhandlungen mit der Einzugsstelle hilfreich sein. Der Beitragsbescheid sollte angefochten werden, wenn ihm nicht im Einzelnen zu entnehmen ist, welche Beiträge für welche Arbeitnehmer und für welche Zeiträume geltend gemacht werden.

5 Betriebsverfassungsrecht

Reichweite der Rechte und Pflichten im Einsatzbetrieb

Der Zeitarbeitnehmer bleibt betriebsverfassungsrechtlich Arbeitnehmer des Verleihers (§ 14 Abs. 1 AÜG). Andererseits besteht durch die Eingliederung in den Betrieb des Entleihers eine enge Bindung an dessen Betrieb. Für die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung und die Aufgaben der Betriebsräte in den beiden Betrieben ergeben sich daher einige Besonderheiten.

Der tatsächlichen Eingliederung der Zeitarbeitnehmer hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass sie nach § 14 Abs. 2 S. 2 AÜG berechtigt sind im Einsatzbetrieb die Sprechstunden der Arbeitnehmervertretung aufzusuchen (§§ 39, 69 BetrVG) und an den Betriebsversammlungen (bzw. Jugendversammlungen) teilzunehmen (§§ 42, 71 BetrVG).

5.1 Betriebsverfassungsrechtliche Schwellenwerte

5.1.1 Grundsatz

Grundsätzlich erhalten Zeitarbeitnehmer auch im Einsatzbetrieb bestimmte betriebsverfassungsrechtliche Rechte, da sie in den Betrieb eingegliedert sind. Sie gelten aber nicht uneingeschränkt als Betriebsangehörige des Einsatzbetriebs.

Mit der Neuregelung des AÜG wird seit 01. April 2017 klargestellt, dass Zeitarbeitnehmer künftig mit Ausnahme des § 112a BetrVG bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten auch im Entleiherbetrieb mitzählen sind. Sehen also Vorschriften des BetrVG und der Wahlordnungen eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern vor, umfassen sie grundsätzlich auch die Zeitarbeitnehmer.

Hinweis

Das BAG hatte bereits in mehreren Entscheidungen ein Mitzählen von Zeitarbeitnehmern bei betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten im Entleiherbetrieb bejaht (Urteil vom 18. Oktober 2011 – 1 AZR 335/10, Beschluss vom 13. März 2013 – 7 ABR 69/11). Dies begründet es damit, dass der Betriebsrat seine Aufgaben nicht nur für die Stammarbeitnehmer des Betriebs, sondern grundsätzlich auch für die eingesetzten Zeitarbeitnehmer wahrnimmt.

Die ggf. in der jeweiligen Norm enthaltenen weiteren Voraussetzungen wie z. B. die Wahlberechtigung oder eine Beschränkung auf „in der Regel“ Beschäftigte müssen jedoch in jedem Einzelfall wie bei Stammarbeitnehmern auch für die Zeitarbeitnehmer geprüft werden, damit sie jeweils mitzählen.

5.1.2 Beispiele

5.1.2.1 Betriebsänderungen, § 111 BetrVG

Entleiherbetriebe, die einschließlich der eingesetzten Zeitarbeitnehmer mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigen, sind verpflichtet, vor Betriebsänderungen ihren Betriebsrat zu beteiligen, sofern die eingesetzten Zeitarbeitnehmer

- „in der Regel“ als Arbeitnehmer des Kundenunternehmens anzusehen sind, das heißt länger als sechs Monate innerhalb eines Jahres im Entleiherbetrieb eingesetzt werden und
- wahlberechtigt sind, das heißt ihr Einsatz im Kundenbetrieb für mehr als drei Monate am Stück geplant ist.

5.1.2.2 Betriebsratsgröße, § 9 BetrVG

Zeitarbeitnehmer sind bei der Größe des Betriebsrats grundsätzlich mitzuzählen. Daneben muss jedoch geprüft werden, ob die sie für die regelmäßige Anzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer kennzeichnend sind. Zeitarbeitnehmer sind auch für die Größe des zu wählenden Betriebsrats im Entleiherbetrieb von Bedeutung, wenn ihre Beschäftigung bei einer wertenden Gesamtbetrachtung keine Ausnahmesituation darstellt und dem regelmäßigen Personenbedarf im Kundenbetrieb entspricht.

5.1.3 Schwellenwerte außerhalb des BetrVG

Wenn ihre Einsatzdauer sechs Monate übersteigt, werden Zeitarbeitnehmer auch in folgenden Gesetzen mitgezählt:
- Mitbestimmungsgesetz
- Montan-Mitbestimmungsgesetz
- Mitbestimmungsergänzungsgesetz
- Drittelbeteiligungsgesetz
- Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung
- Europäisches Betriebsräte-Gesetz
- SE- und SCE-Beteiligungsgesetz
- diesbezügliche Wahlordnungen

5.2 Betriebsratswahlen

Zeitarbeitnehmer besitzen im Verleiherbetrieb das aktive und das passive Wahlrecht nach den allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Vorschriften.

Zu differenzieren ist in Bezug auf den Einsatzbetrieb: Dort sind nach § 14 Abs. 2 S. 1 AÜG Zeitarbeitnehmer nicht wählbar (kein passives Wahlrecht). Sie dürfen aber mitwählen (aktives Wahlrecht), wenn sie dort zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl für einen zusammenhängenden Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Monaten eingesetzt werden (Prognoseentscheidung auf Basis der Überlassungsvereinbarung). Das bedeutet, dass auch vor Ablauf der Drei-Monats-Frist bereits ein Wahlrecht bestehen kann, wenn der Einsatz für eine entsprechend längere Zeit geplant ist. Der Zeitarbeitnehmer muss also nicht immer am Wahltag bereits drei Monate beim Einsatzbetrieb tätig sein.

Auch bei den Wahlen der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat des entleihenden Unternehmens sind die Zeitarbeitnehmer wahlberechtigt, wenn sie dort zum Zeitpunkt der Wahl für einen zusammenhängenden Zeitraum von mehr als drei Monaten eingesetzt werden, vgl. z. B. §§ 10 Abs. 2 S. 2, 18 S. 2 Mitbestimmungsgesetz – MitbestG. Sie sind jedoch nicht wählbar (§ 14 Abs. 2 S. 1 AÜG).

5.3 Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten

5.3.1 Einstellung

Für den Entleiher ist die Beschäftigung eines überlassenen Zeitarbeitnehmers als Einstellung im Sinne des BetrVG zu behandeln, da der Zeitarbeitnehmer durch die Zuweisung von Arbeitsaufgaben in den Betrieb eingegliedert wird. Nach § 99 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Einstellung zu beteiligen, unabhängig davon, wie lange der Einsatz dauern soll (§ 14 Abs. 3 AÜG).

Tipp

Zwar gilt dieses Mitbestimmungsrecht an sich nur in Unternehmen mit mehr als 20 Beschäftigten. Da es sich bei dem Verweis in § 14 Abs. 3 AÜG aber nach herrschender Meinung um eine sogenannte Rechtsfolgenverweisung handelt, besteht das Mitbestimmungsrecht auch dann, wenn beim Entleiher 20 oder weniger wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind.

Dazu gehören folgende Informationen:

- Anzahl der Zeitarbeitnehmer, Sozialdaten (sofern bekannt),
- Einsatzbeginn und -dauer (sofern absehbar),
- vorgesehener Arbeitsplatz, Tätigkeit und Arbeitszeit,
- Qualifikation des Zeitarbeitnehmers,
- Auswirkungen der geplanten Maßnahme auf die Stammbelegschaft,
- schriftliche Erklärung des Verleihers, dass er eine gültige Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung hat (§ 14 Abs. 3 S. 2 AÜG). Spätere Mitteilungen des Verleihers über die Nichtverlängerung, die Rücknahme oder den Widerruf der Erlaubnis sind dem Betriebsrat bekannt zu geben (§ 14 Abs. 3 S. 3 AÜG).

Hinweis

Mit Änderung des AÜG zum 01. April 2017 wurde der Inhalt des bereits bestehenden Unterrichtungsrechts des Betriebsrats über den Drittpersonaleinsatz ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen (§ 80 Abs. 2 S.1 BetrVG).

Das Unterrichtungsrecht besteht nicht bei Personen, die nur kurzfristig im Betrieb ein-gesetzt werden, wie etwa Handwerker, die eine Reparatur (z. B. einer defekten Strom-leitung oder Sanitäranlage) durchführen.

Inzwischen ist nun auch gesetzlich klargestellt, dass der Betriebsrat Einsichtnahme in den Überlassungsvertrag verlangen kann (§ 80 Abs. 2 S. 3 BetrVG). Der Betriebsrat soll dadurch in die Lage versetzt werden, prüfen zu können, ob sich für ihn Aufgaben ergeben und ob er tätig werden soll. Der Überlassungsvertrag muss ihm jedoch nicht ausgehändigt werden (auch nicht in Kopie).

Einen Anspruch auf Einsichtnahme in den Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Zeitarbeitnehmer hat er nicht.

Nach der vollständigen Unterrichtung durch den Entleiher kann der Betriebsrat binnen einer Frist von einer Woche Stellung nehmen (§ 99 Abs. 3 BetrVG). Erfolgt innerhalb der Wochenfrist keine Stellungnahme, gilt die Zustimmung als erteilt. Eine Zustimmungsverweigerung muss der Betriebsrat innerhalb der Wochenfrist schriftlich und mit Begründung dem Entleiher zuleiten. Der Betriebsrat kann die Zustimmung nur verweigern, wenn einer der Gründe aus dem Katalog des § 99 Abs. 2 BetrVG vorliegt.

Auch die Verlängerung eines Zeitarbeitsvertrages bzw. des Einsatzzeitraumes bedarf der (erneuten) Zustimmung des Betriebsrats im Einsatzbetrieb.

Keinen Anspruch hat der Betriebsrat dagegen auf Vorlage von Bewerbungsunterlagen oder des Arbeitsvertrags des Zeitarbeitnehmers. Dies fällt in die Zuständigkeit des Betriebsrats im Verleihbetrieb. Gleiches gilt für die Eingruppierung des Zeitarbeitnehmers.

5.3.2 Versetzung

Der Betriebsrat des Entleiherbetriebs hat bei einem Wechsel des Zeitarbeitnehmers innerhalb des Einsatzbetriebs und während der Überlassungsdauer von einem Arbeitsplatz auf einen anderen kein Mitbestimmungsrecht. Denn ein solcher Wechsel liegt gerade in der Natur des Zeitarbeitsverhältnisses begründet, § 95 Abs. 3 S. 2 BetrVG. Bei einer Versetzung eines Arbeitnehmers handelt es sich daher nicht um eine mitbestimmungspflichtige Versetzung nach §§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG.

5.3.3 Beschäftigungssicherung

Der Betriebsrat im Entleiherbetrieb hat ein Mitbestimmungsrecht zur Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG im Hinblick auf die Vergabe von Arbeit an andere Unternehmen. Zwar handelt es sich hierbei nur um ein Vorschlagsrecht, jedoch hat der Arbeitgeber die Vorschläge mit dem Betriebsrat zu beraten und seine Ablehnung gegebenenfalls zu begründen.

Ob der Wirtschaftsausschuss des Entleiherbetriebs stets über den längerfristigen Einsatz von Zeitarbeitnehmern wegen des Einflusses auf die Personalplanung zu unterrichten ist, ist umstritten. Im Hinblick auf den Katalog des § 106 Abs. 3 BetrVG (Regelungen in welchen Fällen der Wirtschaftsausschuss zu unterrichten ist) ist dies jedoch zu verneinen, zumindest wenn die Zeitarbeit kein erhebliches Volumen hat.

5.3.4 Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten

Da der Zeitarbeitnehmer Arbeitnehmer des Verleihers ist, stehen Mitbestimmungsrechte grundsätzlich dem Betriebsrat des Verleiherbetriebs zu. In nach § 87 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtigen sozialen Angelegenheiten ist aber nach der Rechtsprechung des BAG ausnahmsweise der Betriebsrat des Einsatzbetriebs zu beteiligen, wenn es sich um eine Angelegenheit handelt, die der Einsatzbetrieb regelt, wie z. B. den Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit oder die Anordnung vorübergehender Mehrarbeit. Es kommt also darauf an, wer die mitbestimmungspflichtige Entscheidung trifft.

Insbesondere kommen aus dem Katalog des § 87 Abs. 1 BetrVG folgende Regelungen für Zeitarbeitnehmer durch den Einsatzbetrieb in Frage:

- Regelungen zu Fragen der betrieblichen Ordnung, die Zeitarbeitnehmer im Einsatzbetrieb mit einbinden (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG),

- die Lage der Arbeitszeit der Zeitarbeitnehmer soweit der Einsatzbetrieb hier Regelungen treffen kann (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG),

- die Anordnung von Mehrarbeit durch den Einsatzbetrieb (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG). Werden allerdings Zeitarbeitnehmer in Betriebe entsandt, deren betriebsübliche

Arbeitszeit (Beispiel: 40 Stunden) die von Zeitarbeitnehmer vertraglich geschuldete Arbeitszeit (Beispiel: 35 Stunden) übersteigt und erfolgt die Entsendung für die längere Arbeitszeit, dann steht das Mitbestimmungsrecht dem Betriebsrat beim Verleiher zu.

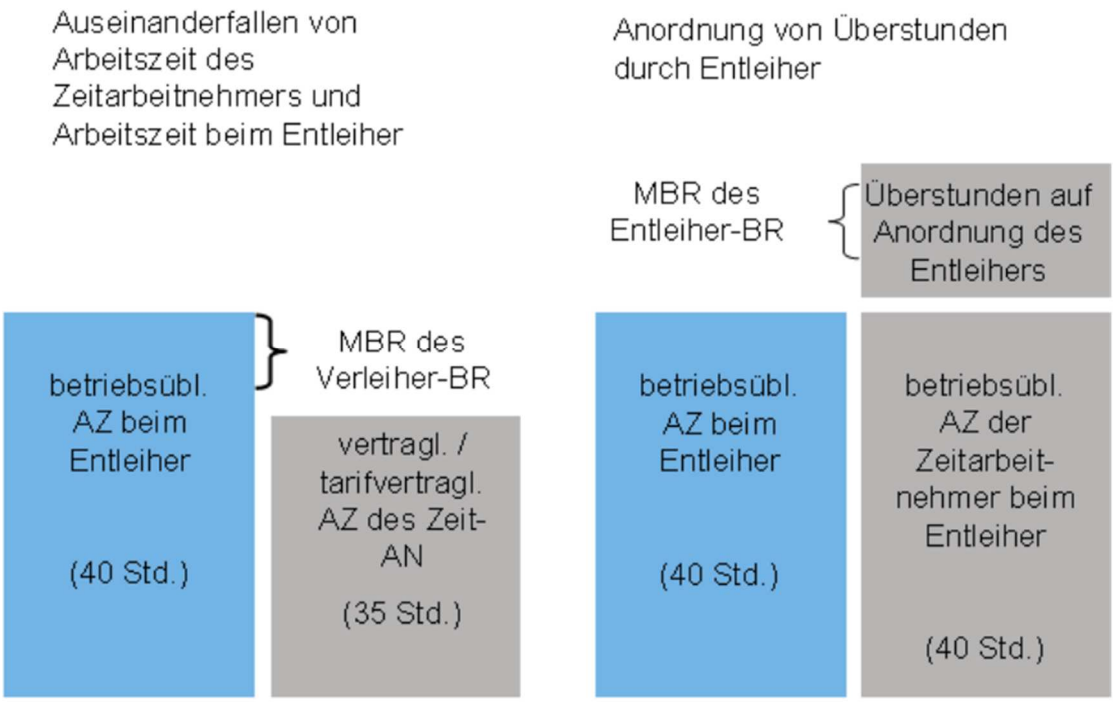
– die Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, die auch die Zeitarbeitnehmer erfasst und mittels derer Verhalten und Arbeitsleistung der Zeitarbeitnehmer überwacht werden können (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG),

– die Frage, ob und ggf. welche Sozialeinrichtungen den Arbeitnehmern zugänglich sind (§ 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG),

– Behandlung von Verbesserungsvorschlägen von Arbeitnehmern im Rahmen des betrieblichen Vorschlagswesens (§ 87 Abs. 1 Nr. 12 BetrVG).

Abbildung 02

Mitbestimmungsrechte bei der Anordnung von Mehrarbeit



Quelle: bayme vbm

5.4 Allgemeine Aufgaben

Der Betriebsrat im Einsatzbetrieb nimmt zudem allgemeine betriebsverfassungsrechtliche Aufgaben wahr, die sich auch auf die Zeitarbeitnehmer erstrecken können (§ 80 Abs. 2 BetrVG).

Der Betriebsrat hat im Betrieb die Einhaltung der zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Rechtsvorschriften zu überwachen. Dies gilt auch für Rechtsvorschriften, die zugunsten der Zeitarbeitnehmer gelten. Dazu gehören u. a. Schutzvorschriften und Diskriminierungsverbote. In diesem Zusammenhang hat der Betriebsrat Anspruch auf Information und Vorlage von Unterlagen über den Einsatz von Fremdpersonal und Arbeitskräften, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Entleiher stehen (z. B. Zeitarbeitnehmer, aber auch Werkvertragskräfte).

6 Einzelfragen

Besonderheiten bei der Arbeitnehmerüberlassung

6.1 Ausländerbeschäftigung

Illegale Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ausländische Zeitarbeitnehmer je nach Nationalität ohne einen Aufenthaltstitel, der zur Beschäftigung berechtigt, als Zeitarbeitnehmer überlassen werden. Entleiher, die einen ihnen überlassenen ausländischen Arbeitnehmer ohne entsprechende ausländerrechtliche Genehmigung einsetzen, droht eine Geldbuße von bis zu 500.000 Euro (§ 16 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 AÜG). Verstöße werden von den Behörden unnachsichtig verfolgt. Bei Beschäftigung von mehr als fünf Ausländern, die die erforderliche Genehmigung nicht besitzen, liegt eine Straftat vor, die mit Geld- oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft werden kann (§ 15a Abs. 2 AÜG). Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe drohen demjenigen, der als Entleiher einen ihm überlassenen Ausländer ohne die erforderliche Genehmigung zu Arbeitsbedingungen einsetzt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu Arbeitsbedingungen deutscher Zeitarbeitnehmer stehen, die die gleiche oder eine vergleichbare Tätigkeit ausüben (§ 15a Abs. 1 AÜG).

Als Entleiher muss man sich darüber im Klaren sein, dass Nicht-EU/EWR-Ausländer in vielen Fällen vom Verleiher nicht als Zeitarbeitnehmer eingesetzt werden können (Ausnahme: einzelne Aufenthaltstitel für Hochqualifizierte). Gemäß § 40 Abs. 1 Nr. 2 Aufenthaltsgesetz ist neu einreisenden Ausländern, die als Zeitarbeitnehmer tätig werden sollen, die Zustimmung zur Beschäftigung zu versagen. Werden einem Unternehmen ausländische Zeitarbeitnehmer angeboten, so sollte man sich sowohl deren Pass zur Nationalitätsbestimmung als auch deren ausländerrechtliche Genehmigungen vorlegen lassen. In Zweifelsfällen empfiehlt es sich für den Entleiher, sich bei der Bundesagentur für Arbeit bzw. der Kreisverwaltungsbehörde zu erkundigen.

6.2 Übernahme eines Zeitarbeiters

Häufig übernehmen Entleiher bei ihnen eingesetzte Zeitarbeitnehmer in ein festes Arbeitsverhältnis. Die Verleiher verlangen in solchen Fällen in der Regel eine Vermittlungsprovision. In § 9 Nr. 3 AÜG ist die Zulässigkeit von Vermittlungsprovisionsklauseln im Überlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher ausdrücklich geregelt.

Vermittlungsprovisionsklauseln verpflichten den Entleiher dann zur Zahlung einer Vergütung an den Verleiher, wenn der Entleiher den bei ihm eingesetzten Zeitarbeitnehmer in ein Arbeitsverhältnis übernimmt. Gesetzliche Voraussetzung ist, dass die Provision eine angemessene Vergütung darstellt. Bei der Frage der Angemessenheit ist nach der Gesetzesbegründung die Dauer des vorangegangenen Verleihs, die Höhe des vom Entleiher für die Überlassung bereits gezahlten Entgelts und der Aufwand für die Gewinnung eines vergleichbaren Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Ob eine Provisionsvereinbarung angemes-

sen ist, bedarf somit jeweils einer Einzelfallprüfung. Da aber nach dem Willen des Gesetzgebers das vom Entleiher bereits gezahlte Entgelt zu berücksichtigen ist, muss eine zulässige Provisionsklausel degressiv gestaffelt sein. Der Provisionsbetrag muss sich also entsprechend der Einsatzdauer des Zeitarbeitnehmers verringern. Ist dies nicht der Fall, so ist die Herabsetzung der unangemessen hohen Provision nach § 655 BGB durch Gerichtsurteil möglich.

Der Überlassungsvertrag und die Geschäftsbedingungen des Verleihers sollten vor Vertragsabschluss daraufhin überprüft werden, ob sie eine solche Klausel enthalten. Ist dies nicht der Fall, besteht kein Provisionsanspruch.

Wichtig

Wenn zwischen Entleiher und Zeitarbeitnehmer innerhalb der letzten drei Jahre noch kein Arbeitsverhältnis bestanden hat, kann im Zuge der Übernahme ein sachgrundlos befristetes Arbeitsverhältnis bis zur Höchstdauer von 24 Monaten vereinbart werden (§ 14 Abs. 2 TzBfG). Die vorgeschaltete Zeitarbeit kann daher im Einzelfall für den Arbeitgeber interessanter sein als eine befristete Einstellung, weil er sich auf diese Weise die Möglichkeit einer nachfolgenden sachgrundlosen Befristung erhält. Diese wäre nämlich bei vorangegangener Beschäftigung unter Umständen nicht mehr zulässig.

7 Sanktionsmöglichkeiten

Überprüfung der Rechtmäßigkeit durch den Zoll und die Bundesagentur für Arbeit

Den Behörden der Zollverwaltung sind Befugnisse zur Kontrolle der Einhaltung der Lohnuntergrenzen für die Zeitarbeitsbranche eingeräumt. Für sonstige Verstöße gegen das AÜG ist die Bundesagentur für Arbeit zuständig.

7.1 Pflichten für Zeitarbeitsunternehmen

Zeitarbeitsunternehmen werden verpflichtet, die für die Kontrolle der Einhaltung der Mindestlohnverordnung erforderlichen Unterlagen im Inland für die gesamte Dauer der tatsächlichen Beschäftigung des Zeitarbeitnehmers, insgesamt jedoch nicht länger als zwei Jahre, in deutscher Sprache bereitzuhalten (§ 17c Abs. 2 AÜG). Die Duldungs- und Mitwirkungspflichten nach § 5 SchwarzArbG werden auf Zeitarbeitsunternehmen erweitert. Verstöße hiergegen können gemäß §§ 16 Abs. 1 Nr. 11 bis 13 und 18, Abs. 2 AÜG mit einer Geldbuße von bis zu 30.000 Euro geahndet werden.

7.2 Pflichten für Einsatzunternehmen

Einsatzunternehmen müssen, wenn im konkreten Fall die Verordnung zu Lohnunter-grenzen in der Zeitarbeit Anwendung findet, bei grenzüberschreitenden Einsätzen vor Beginn jeder Überlassung der Zollverwaltung eine schriftliche Anmeldung in deutscher Sprache mit bestimmten Inhalten zuleiten (§ 17b Abs. 1 AÜG). Das Einsatzunternehmen muss eine Versicherung des Zeitarbeitsunternehmens beifügen, dass die Lohnuntergrenzen eingehalten werden, § 17b Abs. 2 AÜG. Das Einsatzunternehmen ist verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit des Zeitarbeitnehmers aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre aufzubewahren, wenn die Verordnung zu Lohnuntergrenzen Anwendung findet (§ 17c Abs. 1 AÜG). Duldungs- und Mitwirkungspflichten nach § 5 SchwarzArbG werden auf die Einsatzbetriebe erweitert. Verstöße hiergegen können gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 14 bis 17, Abs. 2 AÜG mit einer Geldbuße bis 30.000 Euro geahndet werden.

7.3 Ordnungswidrigkeitstatbestände

Neben den bereits genannten Ordnungswidrigkeitstatbeständen gibt es noch weitere, die in § 16 Abs. 1 AÜG geregelt sind. Zu nennen ist insbesondere § 16 Abs. 1 Nr. 7b AÜG. Dieser sanktioniert den Verstoß gegen die Pflicht des Arbeitgebers, mindestens das in einer Lohnuntergrenze nach § 3a AÜG festgelegte Mindeststundenentgelt zu zahlen. Verstöße dagegen können mit einer Geldbuße von bis zu 500.000 Euro geahndet werden.

Ansprechpartner / Impressum

Katharina Hörmann
Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-236
Telefax 089-551 78-233
katharina.hoermann@vbw-bayern.de

Impressum
Alle Angaben dieser Publikation beziehen sich ohne jede Diskriminierungsabsicht grundsätzlich auf alle Geschlechter.

Herausgeber

vbw
Vereinigung der Bayerischen
Wirtschaft e. V.

Max-Joseph-Straße 5
80333 München

www.vbw-bayern.de

© vbw Juli 2019