

• **Neuregelungen im Arbeitnehmer- überlassungsgesetz (AÜG) und Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) ab dem 01.04.2017**

• Informationen für Gewerkschaftssekretärinnen
und Gewerkschaftssekretäre, Prozessvertretungen,
betriebliche Interessenvertretungen und
ehrenamtliche Richterinnen und Richter

Impressum

Herausgeber:
DGB Bundesvorstand
Abteilung Recht
Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin
www.dgb.de

verantwortlich:
Annelie Buntenbach, DGB Bundesvorstand

Redaktion:
Dr. Nadine Absenger, Dr. Marta Böning, Ralf-Peter Hayen,
Helga Nielebock, Evelyn Räder, Daniel Stach, Torsten Walter

Kontakt:
E-Mail: rec@dgb.de
Telefon: 030-24060-513

Layout und Druck:
PrintNetwork pn / ASTOV Vertriebsges. mbH

Stand:
Dezember 2017

Bestellung von Broschüren und Materialien des DGB bitte über den DGB-Online-Bestellservice
Link: www.dgb-bestellservice.de

Inhaltsverzeichnis

1	Kurzbewertung der Neuregelungen im Überblick	5
2	Neue Rahmenbedingungen einer rechtmäßigen Arbeitnehmerüberlassung	7
a)	Anwendungsbereich	7
aa)	Grundsatz	7
bb)	Sonderfall: Gestellung im öffentlichen Dienst	8
b)	Erlaubnispflicht	9
aa)	Voraussetzung einer offen geführten Arbeitnehmerüberlassung	9
bb)	Sanktionen	10
3	Höchstüberlassungsdauer	11
a)	18 Monate als vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung	11
b)	Zum Grundsatz der Höchstüberlassungsdauer im Einzelnen	11
c)	Übergangsregelung	13
d)	Zusammenrechnungsregelung von Einsatzzeiten	14
e)	Ausnahmen von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer durch Tarifverträge	14
f)	Sonderregelungen für Kirchen und kirchliche Religionsgemeinschaften	16
g)	Rechtsfolgen: Sanktionen bei Verstoß gegen Überlassungsdauer	16
4	Verbot der Kettenüberlassung	17
5	Neue Vergütungsregeln bei Leiharbeit	18
a)	Inhalt der Gleichstellung und Anspruchsgrundlage/vergleichbarer Arbeitnehmer	18
b)	Neuregelung der Ausnahmen durch Tarifverträge	19
aa)	Unionsrechtswidrige Regelungen bestehen fort	19
bb)	Neue tarifvertragliche Ausnahmeregelung nach § 8 Abs. 4 AÜG	19
c)	Übergangsregelung	20
d)	Zusammenrechnungsregelung	20
6	Fehlerhafte Arbeitnehmerüberlassung	21
a)	Unwirksamkeitsgründe	21
aa)	Fehlen einer ANÜ-Erlaubnis	21
bb)	Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung	21
cc)	Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer	22
dd)	Verstoß gegen Equal Pay	22
b)	Rechtsfolgen einer fehlerhaften / unwirksamen Arbeitnehmerüberlassung	22
aa)	Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher	22
bb)	Schadensersatz	23
cc)	Gesamtschuldnerische Haftung für Arbeitsentgelt und Lohnnebenkosten	24
dd)	Gewerberechtliche Auswirkungen	24
ee)	Bußgelder	24
ff)	Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates	24
c)	Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers	24

aa)	Voraussetzungen der Ausübung des Widerspruchsrechts	25
bb)	Arbeitsrechtliche Folgen des Widerspruchsrechts	25
cc)	Folgen für die Haftung für Lohn und Sozialversicherungsbeiträge . . .	26
d)	Handlungsoptionen für Betriebsräte und Gewerkschaften	26
7	Information über Einsatz als Leiharbeitnehmer	27
8	Verbot von Streikbrucheinsatz	28
9	Änderungen im Bereich der Betriebsratsrechte	30
a)	Konkretisierung des Unterrichtsrechts im Rahmen der Aufgabenwahrnehmung des Betriebsrats (§ 80 Abs. 2 Satz 1 und 3 BetrVG)	30
b)	Konkretisierung des Unterrichtsrechts zur Personalplanung (§ 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG)	31
c)	Zustimmungsverweigerungsrechte des Betriebsrats auf der Grundlage der Gesetzesreform (§ 99 BetrVG)	31
10	Instrumente gegen Scheinwerkverträge	34
a)	Verbot einer Vorratserlaubnis und Rechtsfolgen bei Verstößen	34
b)	Informationspflichten des Verleihers gegenüber dem LeihAN	34
11	Gesetzliche Definition des Arbeitsvertrages	35
12	Anhang: Gesetzestexte	39

Vorwort



Liebe Kolleginnen und Kollegen!

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften unterstützen jede Aktivität des Gesetzgebers, die darauf gerichtet ist, missbräuchlichen Einsatz von Leiharbeit und Werk- oder Dienstverträgen zu verhindern. Dies erfolgt auch vor dem Hintergrund des in der Vergangenheit stark gewachsenen Anteils an Vergabe von Arbeit in Form von Werkverträgen im Betrieb.^{1,2} Die gleiche Tätigkeit wird oftmals zu schlechteren Bedingungen ausgeführt und Stammarbeitsplätze werden ersetzt.³ Letzteres gilt auch für Arbeitsplätze, die mit Leiharbeitnehmern dauerhaft besetzt werden.⁴ Durch Scheinselbständigkeit werden zudem Arbeitnehmerrechte und Sozialversicherungsschutz umgangen. Bei der – mittelfristig betrachtet – wachsenden Anzahl von Solo-Selbständigen ist das ein fatales Einfallstor für Missbrauch. Die aktuelle Bekämpfung dieses Missbrauchs trägt auch bereits zukünftigen Entwicklungen Rechnung: mit dem weiteren Vordringen der Digitalisierung ist mit immer mehr Werk- oder Dienstvertragsarbeit in Betrieben und Verwaltungen zu rechnen. Fremdpersonaleinsatz hat, wie die Praxis in Betrieben und Verwaltungen deutlich macht, als – auch grenzüberschreitendes – Lohn- und Sozialdumpinginstrument in den letzten Jahren signifikant zugenommen.⁵ Die „billigere“ Erledigung durch Konzernunternehmen ist nur ein Beispiel. Diese Praktiken zerstören die gewachsenen Arbeitsbeziehungen: Sie lassen zu, dass gleiche Arbeit im selben Betrieb und in derselben Verwaltung billiger und zu schlechteren Arbeitsbedingungen als durch die Stammbeschäftigten ausgeführt wird. Dadurch werden Werkvertrags- und Leiharbeitnehmer, die die gleiche Arbeit verrichten, benachteiligt und Stammbeschäftigten unter Druck gesetzt. Deren Beschäftigung wird in Frage gestellt, wenn Dauerarbeitsplätze mit ständig wechselndem und billigerem Fremdpersonal besetzt werden können. Deswegen sind gesetzliche Regelungen überfällig, zumal die bisherige Rechtslage und Rechtsprechung zur Begrenzung dieser Praxis offensichtlich nicht ausreicht, um Missbräuche zu verhindern.

Deshalb unterstützen der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften ausdrücklich Regelungen, die jedenfalls zumindest die im Koalitionsvertrag von 2013 getroffenen Vereinbarungen umsetzen, um Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen zurückzuführen.

Das neue Gesetz bedeutet einen Schritt in die richtige Richtung, der aus unserer Sicht aber bei Weitem nicht ausreicht – weder bei einigen Regelungen zur Leiharbeit noch bei den Regelungen zur Vermeidung von Missbrauch durch Fremdpersonaleinsatz.

Für den DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften müssen deshalb insbesondere folgende Änderungen weiterverfolgt werden:

1. Streikbrucharbeitsverbot für den Entleiher bei allen Formen der Leiharbeit – auch für die derzeit noch fehlende Konzernleihe sowie gelegentliche Leiharbeit, soweit der Betrieb bestreikt wird.

1 Manske/Scheffelmeier, WSI-Diskussionspapier, Jan. 2015, 195; Obermaier/Sell, Working Paper HBS Forschungsförderung, Nr. 13, April 2016.

2 Ergebnisse der Befragung von ca. 4000 Betriebsräten in dem Organisationsbereich der IGM, vorgestellt am 01.09.2015.

3 ebenda.

4 IAB-Kurzbericht von 2/2013: Die Hälfte dieser Jobs geht auf Kosten der Beschäftigten in anderen Sektoren.

5 Böckler Impuls 16/2015, S. 4–5 unter Bezugnahme auf Herwig, Kirsch, Wirth: Werkverträge im Betrieb, Düsseldorf 2016: Die Löhne in Werkunternehmen seien im Durchschnitt niedriger und die Flexibilitätslasten höher als bei den Stammbeschäftigten. Onsite-Werkvertragskräfte würden in 45 % der Fälle ausschließlich oder zusätzlich durch Führungskräfte des Werkbestellers statt durch Führungskräfte des Werkvertragsunternehmens angewiesen und kontrolliert.

2. Einführung von Kriterien, um zu bestimmen, wann eine als Fremdpersonal deklarierte Beschäftigte in Wirklichkeit Beschäftigte des Einsatzbetriebes sind, einhergehend mit einer entsprechenden Beweislastumkehr.
3. Drehtüreffekte müssen vermieden werden. Deshalb muss die Höchstüberlassungsdauer auch für denselben Arbeitsplatz gelten, statt, wie nach dem jetzigen Gesetz, nur für denselben Leiharbeiter!
4. Mehr Mitbestimmung und bessere der Durchsetzung von Informations- und Unterrichtsrechten; Leiharbeiter müssen auch bei den Schwellenwerten bei reinen Entlassungswellen mitzählen.

Wir hoffen, mit dieser Broschüre GewerkschaftssekretärInnen und betrieblichen Interessenvertretungen sowie Prozessvertretungen und ehrenamtlichen RichterInnen Informationen für ihre Arbeit geben zu können, um die neuen Rechte besser durchzusetzen.



Annelie Buntenbach
Mitglied des Geschäftsführenden Bundesvorstandes des DGB

1 Kurzbewertung der Neuregelungen im Überblick

Wer mehr Rechte und mehr Rechtsklarheit zur tatsächlichen Bekämpfung von Missbrauch von Scheinselbständigkeit und Scheinwerkverträgen sucht, wird vom Gesetzestext (§ 611a BGB) enttäuscht sein: sie fehlen dort vollständig. Konkrete Abgrenzungskriterien zwischen einer Arbeitsleistung in einem Arbeitsverhältnis und einer Scheinselbständigkeit oder Scheinwerkvertragsarbeit sind im Gesetz nicht vorgesehen, obwohl dies im Koalitionsvertrag von 2013 vereinbart war. Darüber hinaus legten die gesetzlichen Vorschriften keinen Grundstein zur effektiveren Missbrauchsbekämpfung etwa durch Indizien für Abgrenzungsmerkmale oder eine Beweislastumkehr. Das Ziel, Werkverträge besser durch Prüfbehörden und betriebliche Interessenvertretung kontrollieren zu können, kann deshalb nicht erreicht werden.

Dagegen gibt es einige wenige verbesserte Regelungen in der Leiharbeit, wovon die beiden erstgenannten durch eine Personalplanung allerdings umgangen werden können:

- die Festlegung einer gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer für Leiharbeit,
- der entsprechende gesetzliche Anspruch von Leiharbeitnehmern auf gleiche Entlohnung nach dem neunten Monat der Beschäftigung bei demselben Entleiher und
- eine Eindämmung von illegaler Werkvertragsarbeit, die durch eine vorliegende Erlaubnis zur Leiharbeit dann als Leiharbeit legal wird, sowie
- das Verbot der Kettenleihe, so dass also nicht mehr von einem Entleiher ein Leiharbeitnehmer an andere Entleiher verliehen werden kann.

Diese Regelungen tragen jedenfalls zu mehr Transparenz und einer besseren Durchsetzung von gesetzlich verbrieften Rechten bei.

- Ausdrücklich zu begrüßen ist das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher in bestreikten Betrieben. Mit dieser Vorschrift wird die bereits in den Tarifverträgen der Leiharbeitsbranche bestehende Regelung auch auf aus dem Ausland eingesetzte Leiharbeitnehmer erstreckt. Allerdings ist das Verbot nicht umfassend genug: es fehlt seine Erstreckung auf Konzernleihe und gelegentliche Leiharbeit. Außerdem sind Ausnahmen vorgesehen, die die Feststellung erheblich erschweren, ob es sich tatsächlich um verbotene Streikarbeit handelt oder nicht.
- Gut ist auch die Fiktion des Entstehens eines Arbeitsverhältnisses zum Einsatzbetrieb, wenn etwa gegen die Höchstüberlassungsdauer verstoßen wird oder illegale Werkvertragsarbeit mit Leiharbeitserlaubnis betrieben wurde. Sie fehlt für den Verstoß gegen das Verbot der Kettenleihe.

Leiharbeit als vorübergehender Personaleinsatz verlangt enge Grenzen

Die Gesetzesbegründung nennt als Ziele der geplanten Reform: Leiharbeit biete Unternehmen Möglichkeiten zur Abdeckung von Auftragsspitzen und kurzfristigen Personalbedarfen, und dementsprechend ziele die Regelung darauf ab, die Funktion der Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur zeitlich begrenzten Deckung eines Arbeitskräftebedarfs zu schärfen. Diese Absichtserklärung spiegelt sich allerdings nicht in der Regelung der Höchstüberlassungsdauer wider, da sie ausschließlich arbeitnehmer- und nicht arbeitsplatzbezogen bestimmt wird. Demnach könnten alle Arbeitsplätze im Betrieb uneingeschränkt und dauerhaft mit Leiharbeitnehmer/innen besetzt werden. Die Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Unionsrecht ist derzeit aber fraglich.⁶ Betriebs- und Personalräte sollten deshalb Zustimmungen verweigern (siehe unter 9 c).

⁶ ablehnend: Jürgen Ulber, AiB 2017, 27, AuR 2017, 238.

Equal Pay-Anspruch nach spätestens neun bzw. 15 Monaten

Die bestehenden Ungleichheiten für Leiharbeitnehmer sollen – der Gesetzesbegründung zufolge – im Sinne einer Honorierung der gleichwertigen Arbeitsleistung, gekennzeichnet durch berufliche Sicherheit und fairen Lohn, aufgelöst werden. Die gesetzliche Regelung des Equal Pay nach neun Monaten ist ein erster Ansatz. Nach den vorliegenden Statistiken werden ungefähr die Hälfte der Leiharbeitnehmer/innen nur für wenige Wochen bzw. bis zu drei Monaten in Betrieben oder Verwaltungen eingesetzt;⁷ die Zusammenrechnung der Einsatzzeiten nur bei demselben Entleiher spiegelt die Dauer der Einarbeitungszeit verkürzt wieder und kann dies auch nur bedingt auffangen. Die Zusammenrechnung bei Unterbrechungszeiten von drei Monaten ist im Übrigen unzureichend.

Tarifvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Das neue AÜG räumt tarifgebundenen Arbeitgebern und Gewerkschaften Gestaltungsmöglichkeiten bei der Höchstüberlassungsdauer und der Regelung zum Erreichen von gleicher Entlohnung ein. In den im Gesetz gezogenen Grenzen ist das tarifpolitisch sachgerecht und weist den Tarifvertragsparteien große Verantwortung zu. Regelungen der Höchstüberlassungsdauer durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen selbst auf der Grundlage von Tarifverträgen – auch im tarifgebundenen Betrieb – stärken dagegen nicht automatisch die Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien. Aus unionsrechtlichen Gründen ist es bedenklich, wenn im Fall der tarifvertraglichen Verlängerung der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer im Gesetzestext selbst eine konkrete Monatszahl und damit eine absolute Höchstgrenze nicht festgelegt wird.

Der DGB kritisiert auch, dass die bereits bestehende unionsrechtswidrige Möglichkeit für nichttarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer in den §§ 3, 9 AÜG a. F., zwecks Unterschreitung des gleichen Arbeitsentgelts einen Tarifvertrag im Arbeitsvertrag in Bezug zu nehmen, im neuen Gesetz in § 8 nicht korrigiert, sondern in Absatz 4 sogar ausdrücklich zum Beispiel für Tarifverträge zur stufenweisen Heranführung an Equal Pay zugelassen wird.

Sicherstellung der Unterrichtsrechte des Betriebsrats und wirksame Mitbestimmungsrechte fehlen!

Da die Vergabe betrieblicher Tätigkeiten an Dritte auch Auswirkungen auf die Stammbeslegschaft und die Abläufe im Betrieb hat, ist es richtig, dass das Gesetz Betriebsräte der Einsatzbetriebe und Aufsichtsräte der Einsatzunternehmen von Leiharbeitnehmer/innen durch deren Berücksichtigung bei den Schwellenwerten für ihre Arbeit und in ihren Beteiligungsmöglichkeiten stärken will.

Die Konkretisierung zweier bereits bestehender Unterrichtsrechte genügt dieser Zielsetzung jedoch nicht. Ebenso fehlt es an einer hinreichenden Sicherstellung der effektiven Durchsetzung dieser Rechte. Daneben sind zur Herstellung einer annähernden Parität zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat für einen sozial verträglichen Einsatz von Leiharbeit und Werkverträgen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats im Einsatzbetrieb notwendig. Diese fehlen aber im neuen Gesetz. Arbeitnehmer/innen und Betriebsräte erhalten somit keine wirksamen Instrumente, um insbesondere die Stammbeschäftigten effektiv zu schützen und kollektivrechtlich gegen Scheinwerkverträge vorzugehen.

⁷ Bundesagentur für Arbeit, Aktuelle Entwicklungen in der Zeitarbeit 2017, 13.

2 Neue Rahmenbedingungen einer rechtmäßigen Arbeitnehmerüberlassung

a) Anwendungsbereich

aa) Grundsatz

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist nicht jeder drittbezogene Arbeitseinsatz als Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG zu qualifizieren.⁸ Wann genau der Anwendungsbereich des AÜG eröffnet ist, eine Beschäftigung somit den geregelten Schutzvorschriften unterfällt, entscheidet sich anhand der Legaldefinition von Arbeitnehmerüberlassung in § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG. Eine Arbeitnehmerüberlassung liegt hiernach vor, wenn ein Arbeitgeber als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlässt. Satz 2 konkretisiert, dass die Überlassung dann vorliegt, wenn der Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und dessen Weisungen unterliegt. Die Vorschrift dient der Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeiter im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrags und soll den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen entsprechen.⁹ Ob Eingliederung und Weisungsgebundenheit vorliegt, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände festzustellen, wobei es nicht auf die Kenntnis der Parteien von diesen Umständen ankommt.¹⁰ Entscheidend ist die praktische Vertragsdurchführung und nicht der gewählte Vertragstyp: weichen Vertragsinhalt und tatsächliche Durchführung des Vertrags voneinander ab, ist ersteres maßgeblich.¹¹

§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG setzt voraus, dass „Arbeitnehmer“ überlassen werden. Ob dies der Fall ist, hängt davon ab, ob der Überlassene gegenüber dem Verleiher in einem Arbeitsvertrag zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Anders noch als die Referentenentwürfe verweist das neue AÜG nicht ausdrücklich auf den neu eingeführten § 611a BGB, von dem diesbezüglichen Vorhaben wurde Abstand genommen.

Nach jüngster EuGH-Rechtsprechung unterfallen dem Schutz der EU-Leiharbeitsrichtlinie jedoch auch Konstellationen, in denen der Anwendungsbereich des AÜG trotz nach nationalrechtlichen Kriterien fehlender Arbeitnehmereigenschaft eröffnet ist.

So hatte der EuGH einen vom BAG vorgelegten Fall einer DRK-Schwester zu entscheiden, die einem entleihenden Krankenhaus überlassen werden sollte, um dort hauptberuflich und unter Leitung des entleihenden Krankenhauses gegen Vergütung Arbeitsleistung zu erbringen. Die DRK-Schwester konnte – so die Besonderheit des Falles – nationalrechtlich nicht als Arbeitnehmerin qualifiziert werden, weil ihre Tätigkeit gerade nicht auf einem privatrechtlichen Vertrag, sondern auf einer Vereinsmitgliedschaft bei der DRK-Schwesternschaft – einem Verein, der keinen Erwerbszweck verfolgt – einer anderen Rechtsgrundlage also, basierte. Der EuGH entschied, dass in einem solchen Fall der Schutzbereich der europäischen Leiharbeitsrichtlinie – ungeachtet der fehlenden nationalrechtlichen Arbeitnehmereigenschaft – eröffnet ist, sofern das Mitglied aufgrund seiner Arbeitsleistung im betreffenden Mitgliedstaat geschützt ist.¹² Denkbar

⁸ siehe u. a. BAG v. 20.09.2016 – 9 AZR 735/15, Rn. 29.

⁹ BT-Drs. 18/9232, 19.

¹⁰ BT-Drucksache 18/9232, 19.

¹¹ BAG v. 15.04.2014 – 3 AZR 395/11, Rn. 21.

¹² EuGH v. 17. 11. 2016 – C-216/15; ebenso Viethen/Wascher Arbeitsrecht in der Praxis 2017, 30.

ist deshalb, dass auch andere Fallkonstellationen des gegenüber dem nationalen Recht weiteren Arbeitnehmerbegriffs nach dem Unionsrecht vom AÜG zu erfassen sind.

Im Anschluss an diese Entscheidung hat das BAG aufgrund der gebotenen unionsrechtskonformen Auslegung auch eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG bejaht, wenn ein Vereinsmitglied gegen Entgelt bei einem Dritten weisungsabhängig tätig ist und dabei einen Schutz genießt, der – wie bei den DRK-Schwestern – dem eines Arbeitnehmers entspricht.¹³ Diese eindeutige Erweiterung des Schutzzumfangs des AÜG hat den Gesetzgeber dazu bewogen, im Rahmen einer Novelle des DRK-Gesetzes die Überlassung von DRK-Schwestern von der Beschränkung der durch die AÜG-Novelle eingeführten Höchstüberlassungsdauer herauszunehmen und so den Schutz zu beseitigen.¹⁴ Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften haben das abgelehnt. Unionsrechtlich dürfte diese Beschränkung nicht haltbar sein. Insofern müsste auch zukünftig die Rechtsprechung zum vorübergehenden Einsatz für die DRK-Schwester zur Anwendung kommen.

bb) Sonderfall: Gestellung im öffentlichen Dienst¹⁵

Gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG findet das AÜG – mit Ausnahme des § 1b S. 1, des § 16 Abs. 1 Nr. 1f und Abs. 2 – 5 sowie der §§ 17 und 18 – keine Anwendung auf Arbeitnehmerüberlassungen, bei denen die Aufgaben des Arbeitnehmers verlagert werden, das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber aber aufgrund eines Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes weiterbesteht und die Arbeitsleistung zukünftig bei einem anderen Arbeitgeber erbracht wird. Dadurch soll sichergestellt werden, dass die im öffentlichen Dienst vorgesehene Personalgestellung (§ 4 Abs. 3 TVöD/TV-L) von weiten Teilen des AÜG ausgenommen bleibt. § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG dient somit dem Bestandsschutzinteresse der von der Aufgabenverlagerung betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Unabhängig davon findet das AÜG keine Anwendung auf gesetzlich vorgesehene Personalgestellungen (z.B. § 5 Abs. 4 AsylG, § 26 Abs. 4 Bundesanstalt Post-Gesetz, § 1 Gesetz zur Übernahme der Beamten und Arbeitnehmer der Flugsicherung, § 1 Kooperationsgesetz der Bundeswehr, § 2 Bundeswertpapierverwaltungsgesetz, § 2 Gesetz über das Personal der Bundesagentur für Außenwirtschaft und § 44g SGB II).¹⁶

Weder die Höchstüberlassungsdauer nach § 1 Abs. 1b i.V.m. Abs. 1 S. 4 noch der Gleichstellungsgrundsatz aus § 8 sind auf die Personalgestellung anwendbar. Ersteres würde schon dem Wesen der Personalgestellung widersprechen. Die Protokollerklärung zu § 4 Abs. 3 TVöD/TV-L definiert die Personalgestellung als die auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses. Das Merkmal der Dauerhaftigkeit setzt indes voraus, dass eine Rückkehr zum Vertragsarbeitgeber weder absehbar noch beabsichtigt ist.¹⁷

§ 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG ist verfassungsgemäß und europarechtskonform.¹⁸ Sowohl die tarifliche als auch die gesetzliche Personalgestellung ist eine von der Leiharbeit abgesetzte Schutzregelung, die der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG Rechnung trägt.¹⁹ Im Unterschied zur Arbeitnehmerüberlassung behält der gestellte Arbeitnehmer die (in der Regel besseren)

¹³ BAG v. 21.02.2017 – 1 ABR 62/12.

¹⁴ § 2 des DRK-Gesetzes vom 5. Dezember 2008 wurde so geändert, dass ein Absatz 4 angefügt wird, der für die Gestellung von Mitgliedern einer Schwesternschaft vom Deutschen Roten Kreuz (Rotkreuzschwestern) regelt, dass das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz mit der Maßgabe gilt, dass § 1 Absatz 1 Satz 4 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht anwendbar ist. Dies bedeutet, dass die DRK-Schwestern zwar in das AÜG einbezogen sind und somit alle dort geregelten Rechte und Verpflichtungen für das DRK, die DRK-Vereine und die DRK-Schwestern gelten. Davon ausgenommen ist aber die im Gesetz oder durch einen Tarifvertrag der Einsatzbranche festgelegte Höchstüberlassungsdauer der Gestellung.

¹⁵ Ulber hält die Herausnahme der Personalgestellung für unionsrechtswidrig, AuR 2017, 238, 240.

¹⁶ BT-Drucksache 18/9232, 22.

¹⁷ Burger/Howald, TVöD/TV-L, 3. Auflage 2016, § 4, Rn. 31.

¹⁸ vgl. Ulrici, AÜG, 1. Aufl. 2017, § 1, Rn. 165 a. A. Ulber AuR, 2017 238, 240.

¹⁹ Fieberg, NZA 2014, 187, 190.

Arbeitsbedingungen seines Arbeitgebers während der gesamten Dauer der Gestellung mit allen entsprechenden Anpassungen. Das Ziel der EU-Richtlinie 2008/104/EG (Leiharbeitsrichtlinie), einen Schutz der Leiharbeitnehmer durch deren Gleichstellung mit den Stammbeschäftigten des Einsatzbetriebes zu erreichen, ist in der Regel also „übererfüllt“. Im Übrigen rechtfertigt gerade der mit § 4 Abs. 3 TVöD/TV-L verfolgte Schutzzweck eine weitreichende Herausnahme aus dem Anwendungsbereich des AÜG. Während die Leiharbeitsrichtlinie und das AÜG den Arbeitnehmer vor den schlechteren Bedingungen des überlassenden Vertragsarbeitgebers schützen, schützt die tarifliche Personalgestellung vor den schlechteren Bedingungen bei dem neuen Arbeitgeber, dem Entleiher.²⁰

Zudem unterscheidet der Gesetzgeber an verschiedenen Stellen zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Personalgestellung. So gelten gestellte Arbeitnehmer öffentlicher Arbeitgeber nach § 5 Abs. 1 S. 3 BetrVG als Arbeitnehmer des Einsatzbetriebes. Dort sind sie gemäß § 7 S. 1 BetrVG, anders als Leiharbeitnehmer, von Beginn an aktiv und passiv wahlberechtigt.²¹ Weiterhin führt eine unwirksame Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG zur Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher, während andererseits die fehlerhafte Personalgestellung die Zurückführung des Arbeitnehmers an seinen bisherigen Arbeitsplatz bewirkt.

Vor dem Hintergrund einer zunehmenden Privatisierungspraxis im öffentlichen Dienst ist die Sonderregelung für die Personalgestellung auch notwendig.²² Schließlich würde den gestellten Arbeitnehmern mit der Anwendung des AÜG kaum ein Dienst erwiesen.²³

b) Erlaubnispflicht

Nach der bereits bestehenden Vorschrift des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten Arbeitnehmer im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis. Mit der Erlaubnispflicht wird laut Gesetzesbegründung die erlaubte Arbeitnehmerüberlassung geregelt und der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung entgegengewirkt.²⁴

aa) Voraussetzung einer offen geführten Arbeitnehmerüberlassung

Insbesondere verdeckte Formen der Leiharbeit sollen nach dem Willen des Gesetzgebers durch die Neuregelungen der AÜG-Reform bekämpft werden.²⁵ Der von Anfang an bezweckte Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor und bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung soll nunmehr auch auf Fälle des „missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatzes“ ausgedehnt werden.²⁶

Als in diesem Sinne missbräuchlich werden vor allem in der Praxis weitverbreitete Vertragskonstruktionen gesehen, die von den Vertragsparteien bewusst oder in Unkenntnis der Rechtslage als Werkvertrag bezeichnet werden, vielfach aber tatsächlich als Arbeitnehmerüberlassungen anzusehen sind.²⁷ In solchen Fällen würden – trotz Anwendbarkeit des AÜG – die darin enthaltenen Arbeitnehmerrechte kaum durchgesetzt.²⁸ Oftmals hielten in einem solchen formal als Werkvertrag bezeichneten Vertrag die vermeintlichen Werkunternehmer eine Verleiherlaubnis vorrätig. Wenn dann tatsächlich deutlich wurde, dass der Vertrag als Überlassungsvertrag gelehrt wurde, konnte der vermeintliche Werkunternehmer die auf Vorrat gehaltene Verleiherlaubnis

20 Fieberg, GKÖD, Bd. IV, Lfg. 2/2015, § 4, Rn. 62.

21 LAG Bremen v. 21.06.2011 – 1 TaBV 3/11.

22 DGB, Stellungnahme vom 06.07.2016, 12 ff.

23 Fieberg, GKÖD Bd. IV, Lfg. 2/2015, § 4, Rn. 62.

24 Thüsing, AÜG, 3. Auflage 2012, § 1 Rn. 1 mVa BT-Drucksache VI/2303, 9 f.

25 Kainer/Schweipert, NZA 2017, 13.

26 BT-Drucksache 18/9232, 15.

27 Kainer/Schweipert, NZA 2017, 13, mVa BT-Drucksache 18/9232, 2, 14.

28 Kainer/Schweipert, NZA 2017, 13, mVa BT-Drucksache 18/9232, 15.

vorlegen, um das Eingreifen von der im AÜG vorgesehenen Rechtsfolge einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung zu verhindern (sog. Fallschirmlösung).²⁹ Nach der Rechtsprechung des BAG konnten im bisherigen System solche Praktiken nicht sanktioniert werden: Die unerlaubte und die verdeckte Leiharbeit seien nicht vergleichbar, sodass eine analoge Anwendung der Sanktionen für die unerlaubte Überlassung auf die verdeckte Leiharbeit ausscheiden müsse.

Um vermeintliche Werkunternehmer und Auftraggeber jedoch langfristig nicht besser zu stellen als diejenigen, die ohne Erlaubnis Arbeitnehmerüberlassung betreiben, wurde der Gesetzgeber tätig: Das reformierte AÜG trifft deshalb neue Vorkehrungen gegen missbräuchliche Werkverträge und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung. Mit der neu eingeführten Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG werden Verleiher und Entleiher verpflichtet, die Überlassung von Leiharbeitnehmern in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen und die Person des Leiharbeitnehmers vor der Überlassung im Vertrag zu konkretisieren.

Nach der sog. Offenlegungspflicht ist die Überlassung von Leiharbeitnehmern von Verleiher und Entleiher im Leiharbeitsvertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen, beispielsweise durch Verwendung der Überschrift *Arbeitnehmerüberlassungsvertrag*. Zusätzlich sind Rechte und Pflichten des Verleihers, der dem Entleiher einen Arbeitnehmer überlässt, und des Entleihers, der die vom Verleiher überlassenden Arbeitnehmer einsetzt, festzulegen. Dies muss geschehen, bevor der Leiharbeitnehmer überlassen bzw. tätig wird. Das Schriftform-erfordernis des § 12 Abs. 1 AÜG ist zu beachten. Zwingend erforderlich ist, dass der Vertrag formwirksam geschlossen wird, bevor die Überlassung faktisch beginnt. Nicht ausreichend sind eine nachträgliche Unterzeichnung und damit auch eine spätere Unterzeichnung, die rückdatiert wird.³⁰ Die Konkretisierungspflicht gibt den Verleihern auf, die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf den Leiharbeitsvertrag vor der Überlassung zu konkretisieren. Notwendig, aber auch ausreichend hierfür ist die Nennung des vollständigen Namens des Leiharbeitnehmers.³¹ Dies gilt auch und insbesondere für Konstellationen, in denen Überlassungsverträge in Form von Rahmenverträgen über ein Arbeitskraftkontingent abgeschlossen werden.³²

bb) Sanktionen

Die Verletzung der Erlaubnispflicht (§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG) und die Verletzung von Offenlegungspflichten nach § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 AÜG sind als Ordnungswidrigkeiten bußgeldbewehrt. Beim Verstoß gegen die Erlaubnis- und Offenlegungspflicht droht gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1 c und d iVm. Abs. 2 AÜG eine Geldbuße von bis zu 30.000 €.

Zu den Rechtsfolgen s. unter 6.

²⁹ Kainer/Schweipert, NZA 1/2017, 13 ff., 13.

³⁰ Bissels, DB 2017, 246, 246 f.

³¹ Bissels, DB 2017, 246, 247.

³² BT-Drucksache 18/9232, 20, Kainer/Schweipert, NZA 2017, 13, 15.

3 Höchstüberlassungsdauer

a) 18 Monate als vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung

Nach der bisherigen Rechtslage war eine konkrete zulässige Höchstüberlassungsdauer für Leihbeschäftigte oder auf Dauerarbeitsplätzen gesetzlich nicht in Form einer bestimmten Anzahl von Monaten durch das Gesetz vorgeschrieben. Sie verlangte nur einen vorübergehenden Einsatz (entsprechend der EU-Richtlinie). In Tarifverträgen oder Betriebs- oder Dienstvereinbarungen konnten feste Zeiten und Voraussetzungen geregelt sein.

Die ergangene Rechtsprechung zu dem Begriff „vorübergehend“ war sehr vielfältig – sie erreichte das BAG allerdings nicht. In dieser Rechtsprechung wurden sowohl Fälle entschieden, in denen es darum ging, ob der einzelne Arbeitnehmer dauerhaft oder vorübergehend eingesetzt wurde, als auch solche, in denen es darum ging, ob der Einsatz auf einem Dauerarbeitsplatz erfolgte, auf dem immer wieder neue Leihbeschäftigte eingesetzt wurden.

Die Neuregelung besagt in § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG: „Die Überlassung von Arbeitnehmern ist vorübergehend bis zu einer Überlassungshöchstdauer nach Absatz 1b zulässig.“ Nach § 1 Abs. 1b AÜG darf der Verleiher denselben Leiharbeiter nicht länger als 18 Monate aufeinander demselben Entleiher überlassen. Dieser Entleiher darf denselben Leiharbeiter nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate tätig werden lassen. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen bei diesem Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen nicht mehr als drei Monate liegen.

b) Zum Grundsatz der Höchstüberlassungsdauer im Einzelnen:

Die Überlassung ist auf 18 Monate begrenzt (Ausnahmen siehe unten). Der Zeitraum beginnt mit dem ersten Tag des tatsächlichen Arbeitseinsatzes beim Entleiher. Es handelt sich um eine zusammenhängende Frist („aufeinanderfolgende Monate“) während deren Laufes kurzfristige Unterbrechungen keine Berücksichtigung finden.³³ Diese zusammenhängende Berechnungsweise entspricht dem Willen des Gesetzgebers, ansonsten würde bei einem tageweisen Einsatz ein Leiharbeiter über viele Jahre beim Entleiher beschäftigt werden könnten.

Für die Berechnung des Überlassungszeitraums gelten die §§ 187, 188 ff. BGB.³⁴ Der Zeitraum beginnt mit dem ersten Einsatztag, der gem. § 187 Abs. 2 BGB mitzählt. Als Monatsfrist endet der Zeitraum gem. § 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher dem Tage vorhergeht, der dem Anfangstag der Frist entspricht. Beginnt der Arbeitseinsatz des Leiharbeiters z. B. am 04.06.2017, endet die 18-Monatsfrist am 03.01.2019.

Das Verbot der längeren Überlassungsdauer, i. S. v. § 134 BGB, richtet sich sowohl an den Verleiher wie den Entleiher. Die Überlassung erfolgt bei der juristischen Person des Einsatzbetriebes.³⁵ Ob

³³ Bis zu drei Monaten Dauer, so Bayreuther NZA 2017, 18, 19; Bissels/Falter ArbRAktuell 2017, 33, 36; Lembke NZA 2017, 1, 4.

³⁴ A.A. Pütz, DB 2017, 425. Dieser Ansicht zufolge ist für eine Berechnung nicht zusammenhängend verlaufender Fristen § 191 BGB anzuwenden, ansonsten ergäben sich unlösbare Berechnungsprobleme bei Unterbrechung der Frist.

³⁵ So richtigerweise auch Pütz DB 2017, 425, 427; Bayreuther, NZA 2017, 18, 19; Neighbour/Schröder BB, 2017, 2869, denn auf die Formulierung in § 14 Abs. 2 S. 5 und 6 AÜG kann es nicht ankommen, da es dort um eine Regelung in der Systematik der Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung geht und die ausdrückliche Bezugnahme auf das Entleihunternehmen hier auch Sinn macht, daraus aber nicht Rückschlüsse auf das Gesetz ansonsten erfolgen dürfen; a.A. Talkenberg NZA 2017, 473, 474.

darunter auch eine Verleihung zum Einsatz in verschiedene Konzernunternehmen fällt, ist strittig.³⁶ Es muss beachtet werden, dass die Herausnahme von Konzernleihe aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes unionsrechtswidrig ist. Es liegt ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 2 EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG vor, da nicht alle Formen der Arbeitnehmerüberlassung vom Gesetz erfasst sind. Konzerninterne Leihe muss also ebenfalls erfasst sein. Der Entleih durch ein Unternehmen zum Zwecke der weiteren Konzernleihe muss dem entleihenden Unternehmen ebenfalls zugerechnet werden. Ob ein wechselnder Entleih verschiedener Unternehmen desselben Konzerns ebenfalls als Überlassung an einen Entleiher anzusehen ist, ist strittig.³⁷

Definition von vorübergehend als arbeitnehmerbezogen unionsrechtskonform?³⁸

Diese seit dem Inkrafttreten der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG in Deutschland strittig diskutierte Frage, ob „vorübergehend“ ‚arbeitsplatzbezogen‘ oder ‚arbeitnehmerbezogen‘ definiert werden soll, beantwortet das neue Gesetz mit einer unionsrechtswidrigen und dem erklärten Ziel der gewollten Regelung widersprechenden Lösung. Nach der Gesetzesbegründung³⁹ und im Sinne der laut Koalitionsvertrag angestrebten Rückführung auf die Kernfunktion der Leiharbeit sowie Verhinderung der Verdrängung von Stammbeschäftigten durch Leiharbeitnehmer wäre „vorübergehend“ bezogen auf den Beschäftigungsbedarf im Einsatzbetrieb folgerichtig. Zudem ging auch die große Mehrheit der Landesarbeitsgerichte davon aus, dass „vorübergehend“ auch arbeitsplatz- und nicht nur arbeitnehmerbezogen auszulegen ist.

Die alleinige Beschränkung von „vorübergehend“ auf die Höchstdauer von 18 Monaten (ggf. mit Verlängerung durch Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung) ist zu kurz gegriffen. Nach dieser Regelung könnten Dauerarbeitsplätze weiterhin mit wechselnden Leiharbeitnehmern besetzt und so bestehender Dauerbedarf befriedigt und letztendlich Stammbeschäftigte verdrängt werden. Das Zurückführen der Leiharbeit auf ihre Kernfunktion als Instrument zur Abdeckung von Auftragsspitzen und kurzfristigen Personalbedarfen, wie es die Bundesregierung⁴⁰ eigentlich will, wird damit nicht erreicht.⁴¹ Strohfirmer oder Konzernunternehmen können als Verleiher mit ständig wechselnden Leiharbeitnehmern die Erledigung von Arbeit auf Dauerarbeitsplätzen zu günstigeren Lohnkosten anbieten und so den dauernden Wechsel auf ein und demselben Arbeitsplatz kostengünstig ermöglichen, wie dies in der Praxis, z. B. in Krankenhausbetrieben, bekanntermaßen im großen Stil und durchaus bei renommierten Unternehmen betrieben wird.

Unionswidrigkeit der Regelungen aus mehreren Gründen

Der Regelungsansatz verstößt zudem in mehrfacher Hinsicht gegen die Anforderungen der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG:⁴² Da die Arbeitnehmerüberlassung nach Erwägungsgrund 11 der EU-Richtlinie einem Flexibilisierungsbedarf des Entleihers Rechnung tragen will, ist von einer arbeitsplatzbezogenen Anwendung auszugehen. Gem. Art. 5 Abs. 5 der EU-Richtlinie 2008/104/EG müssen die Mitgliedstaaten zudem Maßnahmen gegen einen Missbrauch durch aufeinanderfolgende Überlassungen ergreifen. Definiert man „vorübergehend“ nur im Sinne eines zeitlich begrenzten Einsatzes, wird genau dieser Missbrauch, nämlich aufeinanderfolgende

³⁶ Ulber AÜG-Kommentar, 2. Aufl. 2014, 1, 189.

³⁷ Siehe Waas in: Thüsing, Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 3. Auflage 2012, § 1 Rn. 185 m. w. N.

³⁸ Siehe dazu: Ulrici, Handkommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 1. Auflage 2017, § 1 Rn. 25 ff.

³⁹ BT-Drucksache 18/9232, 14 und 15: „Zur Kernfunktion der Arbeitnehmerüberlassung gehört, dass sie vorübergehend erfolgt. Der dauerhafte Einsatz von Leiharbeitnehmern kann hingegen zur Verdrängung von Stammarbeitnehmern in Einsatzbetrieben führen. Dem soll künftig gesetzlich entgegengewirkt werden.“

⁴⁰ BT-Drucksache 18/9232, 14: „Kernfunktion des Instruments zur zeitlich begrenzten Deckung des Arbeitskräftebedarfs“.

⁴¹ Ulber, AuR 2017, 238, 329.

⁴² Die in der Literatur von Thüsing DB 2017, 2663, 2666 und Seiwert, NZA 2017, 479 f. angeführte Meinung der Kommission, wonach der Begriff „vorübergehend“ keine Zeitbegrenzung beinhaltet, ist irrelevant, da die Kommissionsmeinung letztlich nicht entscheidend ist, sondern der EuGH.

Überlassungen zur Bewältigung von Daueraufgaben in Einsatzbetrieben, möglich bleiben. Das kann aber nicht von der EU-Richtlinie gewollt sein. Zudem würde durch die Regelung die in Art. 6 Abs. 1 der EU-Richtlinie konkretisierte Zielsetzung der Richtlinie, Leiharbeitnehmern den Zugang zu unbefristeten Arbeitsverhältnissen im entleihenden Unternehmen zu ermöglichen, unterlaufen, denn solche Arbeitsplätze werden nicht frei. Können nämlich Dauerarbeitsplätze ständig mit wechselnden Leiharbeitnehmern besetzt werden, werden im Einsatzbetrieb keine Arbeitsplätze für den Abschluss unbefristeter Arbeitsverträge vorhanden sein.

Die Berücksichtigung des Flexibilisierungsinteresses des Arbeitgebers, um auf Konjunkturschwankungen reagieren zu können (Art. 2 a. E. Erwägungsgrund 8 der EU-Richtlinie), ist also immanent beschränkt. Der Erwägungsgrund Nr. 8 soll zudem der Beschäftigungssicherheit und der Verringerung der Segmentierung des Arbeitsmarktes dienen. Wenn aber Leiharbeitnehmer auf einem Arbeitsplatz hintereinander eingesetzt werden, dient das weder ihrer Beschäftigungssicherung noch ihrer Übernahme. Beschäftigungssicherung und Verringerung der Segmentierung würde aber durch eine arbeitsplatzbezogene Betrachtung erfüllt. Die Regelung erreicht das Gegenteil: Es wird unsichere Beschäftigung fortgesetzt und die Segmentierung des Arbeitsmarktes vertieft. Ausdrücklich spricht Erwägungsgrund Nr. 11 der EU-Richtlinie auch nur von einem Flexibilitätsbedarf, der eben typischerweise gerade keinen Dauerbedarf darstellt. Eine gesetzliche Regelung, welche diese Praxis eines ständigen Wechsels von Leiharbeitnehmern auf ein und demselben Arbeitsplatz ermöglicht oder gar unterstützt – im Sinne vermeintlicher Rechtsicherheit, wie es der Begründung zu entnehmen ist – ist nicht nur fatal in ihrer Wirkung auf Stamarbeitsbeschäftigte – was die Bundesregierung eigentlich vermeiden will – sondern ist auch richtlinienwidrig.

Gegenwehr

Sollte es trotz der weitgehenden Umgehungsmöglichkeiten zu einem Überschreiten der zulässigen Höchstüberlassungsdauer kommen, kann neben einer Individualklage auf Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher ggf. auch der Betriebsrat tätig werden. Das gilt in jedem Fall dann, wenn keine konkrete Überlassungsdauer angegeben ist oder wenn sie über 18 Monate hinaus angegeben wird.⁴³ Er hat dann nach der Rechtsprechung einen Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 Abs. 2 BetrVG.

Nach der bisherigen Rechtsprechung zur Formulierung des AÜG a. F. („vorübergehend“) gilt das auch dann, wenn ein Dauerarbeitsplatz ständig mit wechselnden Leiharbeitnehmern besetzt wird (Kettenüberlassung, rollierendes System)⁴⁴; ein solches unzulässiges System liegt auch dann vor, wenn der Arbeitgeber kürzere zeitliche Unterbrechungszeiten zwischen den Einsätzen einplant⁴⁵, sowie bei zeitlich begrenztem Einsatz auf einem Dauerarbeitsplatz, wenn ein Dauerbeschäftigungsbedarf besteht.⁴⁶ Zwar hat der Gesetzgeber den Begriff „vorübergehend“ im Hinblick auf eine zeitliche Höchstüberlassungsdauer definiert – dies steht aber eben nicht, wie es erforderlich wäre, im Einklang mit der EU-Richtlinie (siehe oben).

Betriebsräte könnten Verfahren einleiten, und durch einen Vorlagebeschluss eines Gerichtes könnte die Vereinbarkeit der neuen Regelung mit der EU-Richtlinie geklärt werden. Weiteres siehe unter 9 c).

c) Übergangsregelung

In § 19 Abs. 2 AÜG ist geregelt, dass für die Regelung der Höchstüberlassungsdauer in § 1 Abs. 1b AÜG sowie die Berechnung der Überlassungszeiten nach § 8 Abs. 4 S. 1 AÜG erst

⁴³ BAG v. 10.07.2013 – 7 ABR 91/11 sowie BAG, NZA 2015, 240.

⁴⁴ z. B. LAG Berlin Brandenburg v. 10.04.2013, 4 TaBV 2094/12; v. 19.12.2012, 4 TaBV 1163/12; v. 15.04.2014, 7 TaBV2194/13.

⁴⁵ BAG v. 20.06.2013 – 7 AZR 790/11.

⁴⁶ LAG Schleswig-Holstein und LAG Berlin-Brandenburg: siehe Fitting, 28. Aufl., § 99, Rz.192c ff. m.w.N.

Überlassungszeiten ab dem 01.04.2017 gelten bzw. für das Erreichen von Equal Pay gezählt werden. Wenn tarifvertraglich nichts anderes bestimmt ist, ist für Übergangsfälle der Zeitpunkt für den Beginn der Berechnungsfrist der Höchstüberlassungsdauer und Equal Pay also erst der 01.04.2017.

d) Zusammenrechnungsregelung von Einsatzzeiten

Nach § 1 Abs. 1b Satz 2 AÜG müssen die Zeiten bei einem Entleiher (ggf. auch bei Einsatz in mehreren verschiedenen Betrieben dieses Entleihers) zusammengerechnet werden. Es wurde in Form einer kalendarischen Betrachtung der Monat als Bezugspunkt gewählt.⁴⁷ Nach der sog. formalen Betrachtungsweise kommt es auf den Überlassungsvertrag an – Krankheit und Urlaub, Feiertage sowie tageweise Beschäftigung in einer Woche sind somit irrelevant. Auf eine tagesbezogene Zusammenzählung wird gerade nicht abgestellt. Das „tätig werden lassen“ muss im Kontext mit den 18 Monaten gelesen werden.⁴⁸

Die Zusammenrechnung gilt auch, wenn es sich um Einsätze aufgrund unterschiedlicher Verleiher handelt. Sofern Unterbrechungen der Einsatzzeiten zu verzeichnen sind, zählen sie nur zusammen, wenn die Unterbrechungszeit nicht länger als drei Monate ist. Bei einem Einsatz in einem Gemeinschaftsbetrieb erfolgt eine Zusammenrechnung, da die rechtlich selbständigen Unternehmen durch eine gemeinsame Leitung verbunden sind. Ansonsten würde das Ziel der Gesetzesregelung umgangen.⁴⁹

Da die Zusammenrechnung der Zeiten auf Zeiten beim selben Entleiher abstellt, wenn die Einsätze nicht länger als drei Monate auseinanderliegen, kann – noch besser für den Einsatzbetrieb als der Vorschlag des Referentenentwurfes mit einer Unterbrechungszeit von darin noch vorgesehenen sechs Monaten – durch einen geplanten Personalwechsel kurz vor der Erreichung dieses Zeitraums die zeitliche Beschränkung von Leiharbeit völlig leerlaufen. Bekanntermaßen wird der Einsatz von Leiharbeit vor allem auch aus Kostengründen betrieben und von vielen, meist größeren Firmen strategisch geplant und genutzt. Bei der gängigen IT-gestützten Einsatzplanung ist eine Umgehung leicht möglich.

Zudem ist eine Beschränkung der Zusammenrechnungsregelung auf den Einsatz bei demselben Entleiher viel zu eng, da sie durch einen Einsatz z. B. innerhalb von Konzernstrukturen oder nach Absprachen von Unternehmen untereinander noch leichter zu umgehen ist.

e) Ausnahmen von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer durch Tarifverträge

Die gesetzliche Höchstüberlassungsdauer kann durch Tarifvertrag abweichend geregelt werden. Sie kann verkürzt oder verlängert werden. Dabei muss es sich um einen Tarifvertrag für die Einsatzbranche handeln, denn typischerweise kann eine solche Regelung nicht in einem Tarifvertrag mit der Verleiherbranche getroffen werden, weil sie die Dauer der Einsatzberechtigung beim Entleiher zum Gegenstand hat. Dies gilt in tarifgebundenen Betrieben auch aufgrund eines Tarifvertrages und bei Beachtung von dessen Vorgaben durch eine Regelung in Betriebs- und Dienstvereinbarungen.

In Tarifverträgen, die Einsatzzeiten für Leiharbeitnehmer regeln, können weitere einschränkende Regelungen vorgesehen werden: Neben einer Höchstquote kann die Leiharbeit auf bestimmte Einsatzzwecke und -gebiete beschränkt werden oder nur dann zum Zuge kommen, wenn die

⁴⁷ Hamann/Rudnik, NZA 2017, 209, 210.

⁴⁸ Ähnlich Talkenberger, NZA 2017, 473, 475 a.A. Pütz, DB 2017, 425, 428.

⁴⁹ Hamann/Rudnik, NZA 2017, 209, 213 f. a.A. Hund/Weiss, DB 2017, 2903, 2906.

Belegschaft des Entleihers für die Besetzung bestimmter Arbeitsplätze nach Abstimmung mit dem Betriebsrat nicht infrage kommt. Es kann im Übrigen auch eine Höchstüberlassungsdauer von unter 18 Monaten vorgesehen werden.

Sonderregelung: nichttarifgebundene Betriebe mit Betriebs- oder Personalrat

Der Koalitionsvertrag sah nur eine Regelung zur Verlängerung auf der Basis eines Tarifvertrages in tarifgebundenen Betrieben vor. Das ist jedenfalls indirekt dem Koalitionsvertrag zu entnehmen, der dazu keine anderweitige Regelung traf, obwohl er sonst sehr präzise abgefasst war. Auf Druck der Arbeitgeber und ihrer Verbände sollten aber auch OT-Betriebe die Möglichkeit der Verlängerung erhalten. Nach zähen Auseinandersetzungen ist eine vollständige, inhaltsgleiche Übernahme des Tarifvertrages in seinem vollständigen Geltungsbereich⁵⁰ in einer Betriebsvereinbarung bis zur Dauer von 24 Monaten möglich. Arbeitgeber, die mehr wollen, sollten in den zuständigen Arbeitgeberverband eintreten. Das ist ein Nebeneffekt der Regelung.⁵¹ Sieht der Tarifvertrag allerdings vor, dass Nichttarifgebundene einbezogen werden können, gilt die längere tarifliche Überlassungsdauer auch für sie. Enthält der Tarifvertrag mit der Einsatzbranche entsprechende Klauseln, können betriebliche Interessenvertretungen diese nutzen.

In Betrieben eines nichttarifgebundenen Entleihers kann die Tarifregelung des räumlich, fachlich und zeitlich einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrages der Einsatzbranche in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung übernommen werden. Unter nichttarifgebundenen Entleihern sind solche juristischen Personen zu verstehen, die nicht an einen Verbandstarifvertrag der Einsatzbranche gebunden sind. Entleiher, die Haus- und Anerkennungstarifverträge abgeschlossen haben, gehören nicht zu den in diesem Sinne nichttarifgebundenen Entleihern. Sie haben somit nicht die Möglichkeit, die Tarifregelung des räumlich, fachlich und zeitlich einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrages der Einsatzbranche in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung zu übernehmen.⁵²

Lässt der Tarifvertrag zu, dass eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung die Höchstdauer selbst festlegt, so kann das in Betrieben eines nichttarifgebundenen Entleihers in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung nur bis zu einer Dauer von 24 Monaten erfolgen, soweit nicht durch den Tarifvertrag eine höhere Überlassungsdauer für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen festgelegt ist (S. 6). Wenn der Betrieb des nichttarifgebundenen Entleihers bei Abschluss einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung dem Geltungsbereich mehrerer Tarifverträge unterfällt, ist auf den für die Branche repräsentativen Tarifvertrag abzustellen (S. 7).

Die Leiharbeit wird in den verschiedenen Branchen in unterschiedlicher Dauer zur Abdeckung von Auftragsspitzen genutzt. Deshalb wird es von den Gewerkschaften des DGB begrüßt, dass branchenbezogene Regelungen der bestehenden Tarifpraxis insofern fortgeführt werden können. Zugleich bemängeln sie jedoch, dass die damit einhergehenden, in den Tarifverträgen ebenfalls vereinbarten Angebote auf Übernahme bzw. die spätere Übernahme am Ende der Überlassung nicht auch im Gesetz geregelt werden.

Unionsrechtswidrige Regelung?

Äußerst kritisch, weil unionsrechtlich nach Art. 11 der EU-Richtlinie 2008/104/E6 bedenklich ist aber, dass keine Obergrenze in Form einer Monatshöchstzahl bei einer Verlängerung

⁵⁰ BT-Drs: 18/9232, 20 zu Nr. 3c); a. A. Löwisch, DB 2017, 1449 unter III.

⁵¹ Löwisch, DB 2017, 1449 unter III. hält dies für einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit und das Neutralitätsgesetz des Staates und damit für verfassungswidrig.

⁵² Ebenso Talkenberg, NZA 2017, 473, 477; für diese in diesem Sinne tarifungebundenen Unternehmen bleibt es aber möglich, einen weiteren Haus- oder AnerkennungsTV zur Höchstüberlassungsdauer abzuschließen – ein gewisses Einfallstor für die Schmutzkonzurrenz bleibt also in diesem Zusammenhang. Allerdings weist die Gesetzgebung zurecht darauf hin, dass dann das gesamte Tarifwerk (nicht teilbare Einheit) zu übernehmen ist, Rosinenpickerei also nicht möglich ist.

der Höchstüberlassungsdauer durch Tarifvertrag oder Betriebs- oder Dienstvereinbarung im Gesetzestext vorgeschrieben ist. In der Begründung wird allerdings darauf hingewiesen, dass diese im Tarifvertrag festgelegt werden muss. Unionsrechtlich ist fraglich, ob es dem Gesetzgeber erlaubt ist, die abweichende und vor allem eine seine gesetzliche Regelung verlängernde Überlassungsdauer zu Lasten der Beschäftigten durch Tarifvertragsparteien festlegen zu lassen, wenn er selbst nicht einen zahlenmäßig bezifferten Höchststrahmen für die Tarifvertragsparteien vorgibt und damit die EU-Richtlinie durch eigene Regelungen umsetzt. Denn zur Umsetzung einer EU-Richtlinie ist nach den Gepflogenheiten in Deutschland der Gesetzgeber und sind nicht die Tarifvertragsparteien zuständig. Zudem sind Abweichungen von „vorübergehend“ gerade nicht nach der Richtlinie durch andere erlaubt.

Dies gilt erst recht für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, die keinen festen Rahmen per Gesetz einhalten müssen – auch da diese betrieblichen Interessenvertretungen ebenfalls keine Erlaubnis zur Rechtssetzung nach der EU-Richtlinie haben.

f) Sonderregelungen für Kirchen und kirchliche Religionsgemeinschaften

Entsprechend der Ausnahme von der Höchstüberlassungsdauer durch Tarifverträge können auch Kirchen und die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften abweichende Überlassungshöchstdauern vorsehen. Als Religionsgemeinschaften zählen auch karitative und erzieherische Einrichtungen der Kirchen. Mit „Regelungen“ sind nicht die Tarifverträge der Kirchen gemeint (diese fallen unter die soeben dargestellte Ausnahme), sondern Regelungen, die von den arbeitsrechtlichen Kommissionen der Kirchen im Rahmen des kirchlichen sog. Dritten Weges verabschiedet werden. Im Gegensatz zu den Tarifverträgen fehlt bei dieser Form der Rechtssetzung eine den Tarifverhandlungen immanente, da durch das Streikrecht abgesicherte, „Waffengleichheit“, weshalb diese Gleichstellung mit Tarifverträgen von den DGB-Gewerkschaften abgelehnt wird.

Die Sonderregelung greift für die Regelungen der Kirchen in ihrer Rolle als Entleiher, da die einschlägige Norm ausdrücklich von den Regelungen der Einsatzbranche spricht. Die Sonderregelung gilt dagegen nicht, wenn Kirchen bzw. deren Religionsgemeinschaft Arbeitnehmer Dritten überlassen.

g) Rechtsfolgen: Sanktionen bei Verstoß gegen Überlassungsdauer

Wird die Höchstüberlassungsdauer überschritten, sieht § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG als Rechtsfolge mit dem Zeitpunkt des Überschreitens die Unwirksamkeit des Leiharbeitsverhältnisses vor. Bei Verstößen gegen die Überlassungshöchstdauer kommt es dann nach § 10 Abs. 1 AÜG zu einem Arbeitsverhältnis zum Entleiher. Dies erfolgt nicht, wenn der Leiharbeitsbeschäftigte schriftlich dem Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses widerspricht, was unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist (siehe unter 6 c).

Der Betriebsrat hat aber in diesem Fall ausnahmsweise kein Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG bezüglich der Einstellung, da keine eigentliche Unternehmerentscheidung vorliegt.⁵³ Er hat aber die Rechte aus § 99 BetrVG bezüglich der Eingruppierung.

Der Verleiher hat bei einem Verstoß also den Verlust des Leiharbeitnehmers hinzunehmen, ihm droht ein Bußgeld nach § 16 I Nr. 1e AÜG und der Entzug der Überlassungserlaubnis (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG).

⁵³ Fitting, BetrVG, 28. Aufl. § 99 Rn. 7 – 60 m. w. N.

4 Verbot der Kettenüberlassung

Mit der Neuerung des AÜG wurde die bisher umstrittene Frage, ob der Entleiher den Leiharbeiter an einen weiteren Entleiher weiterverleihen darf, geklärt. Im Einklang mit der bisherigen Auffassung der Bundesagentur für Arbeit⁵⁴ und mancher Arbeitsgerichte⁵⁵ regelt § 1 Abs. 1 S. 3 AÜG nun ausdrücklich, dass die Überlassung und das Tätigwerdenlassen von Arbeitnehmern als Leiharbeiter nur zulässig sind, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter ein Arbeitsverhältnis besteht. Eine Überlassung durch einen Entleiher, der in keinem Arbeitsverhältnis zum Leiharbeiter steht, wird damit untersagt.

Verstößt ein Entleiher gegen dieses Verbot, wird als Rechtsfolge nach dem neuen § 10a AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeiter und dem letzten Entleiher in der „Überlassungskette“ fingiert und das Arbeitsverhältnis des Leiharbeiters zu seinem ursprünglichen Verleiher unwirksam. Dies gilt allerdings nicht, wenn der Leiharbeiter dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses⁵⁶ widerspricht. Zudem greift die Fiktion nur dann, wenn bei einem Weiterverleih in der Überlassungskette eine Überlassungserlaubnis fehlt, die Überlassungshöchstdauer überschritten wird oder eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung stattfindet. Ein bloßer Verstoß gegen das Verbot des Weiterverleihs, wenn dieser offen und mit Erlaubnis des ursprünglichen Verleihers und innerhalb der zulässigen Überlassungsdauer erfolgt, führt nicht zum Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den letzten Entleiher und zur Unwirksamkeit des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses.

Überlassungsverträge, die innerhalb der Überlassungskette abgeschlossen wurden, sind allerdings gem. § 134 BGB nichtig, da sie gegen das gesetzliche Verbot des § 1 Abs. 1 Nr. 3 AÜG verstoßen. Zudem stellt § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG eine Verbotsnorm iSd § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dar. Demzufolge kann der Betriebsrat des Betriebs, in dem der innerhalb eines unzulässigen Kettenverleihs überlassene Arbeitnehmer eingesetzt werden soll, dem Einsatz die Zustimmung verweigern. Ob die Zustimmungsverweigerung auch beim fingierten Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb gilt, ist allerdings umstritten.⁵⁷

In § 16 Abs. 1 Nr. 1 b AÜG wurde zudem ein Ordnungswidrigkeitstatbestand für den Verstoß gegen das Verbot der Kettenüberlassung eingeführt. Verleiher und Entleiher können mit einer Geldbuße bis zu 30.000 € belegt werden.

⁵⁴ GA AÜG, Stand: Jan. 2016, Nr. 1.1.2 Abs. 11 u. 12.

⁵⁵ z. B. LAG Hamburg v. 23.09.2014, 2 TaBV 6/14, LAG Berlin-Brandenburg v. 15.12.2015 – 7 Sa 387/15.

⁵⁶ In diesem Fall bleibt das Arbeitsverhältnis zum Verleiher bestehen, § 9.

⁵⁷ Siehe auch unter 3. am Ende, Fn. 35.

5 Neue Vergütungsregeln bei Leiharbeit

Equal Pay und Equal Treatment / Gleichbehandlung bei Entgelt- und Arbeitsbedingungen

Grundsätzlich verfolgen der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften das Ziel, die Gleichstellung der Leiharbeitnehmer beim jeweiligen Einsatz zumindest sehr frühzeitig zu erreichen. Das gilt für die Zahlung des gleichen Entgelts wie die Gewährung derselben Arbeitsbedingungen. Das neue Gesetz bleibt bei dem bisherigen System: Das Gesetz schreibt die Gleichbehandlung von Entgelt- und wesentlichen Arbeitsbedingungen beim Einsatz beim Entleiher nach wie vor vor. Es kann auch nach wie vor vom Gesetz durch Tarifvertrag abgewichen werden – zu Ungunsten der Leiharbeiter. Ein solches Tarifwerk kann nach wie vor durch eine Bezugnahme Klausel im Arbeitsvertrag von Nichttarifgebundenen vereinbart werden.

Neu ist, dass diese Abweichung für das Entgelt nur für neun Monate einer Beschäftigung gilt.

Neu ist auch, dass eine Abweichung bis zu 15 Monate dann möglich ist, wenn ein Tarifvertrag zugleich die stufenweise Heranführung an den gleichen Lohn vorsieht; dieser Tarifvertrag kann dann eine Definition von Equal Pay vornehmen.

a) Inhalt der Gleichstellung und Anspruchsgrundlage/vergleichbarer Arbeitnehmer

In § 8 Abs. 1 S. 2 AÜG wird der bestehende Gleichbehandlungsgrundsatz für Entgelt- und wesentliche Arbeitsbedingungen festgelegt. Neu hinzugekommen ist in § 8 Abs. 1 S. 2 AÜG eine Vermutung, wonach für die Erfüllung von Equal Pay schon allein die Zahlung des tariflichen Stundenlohnes ausreicht. Dies ist durch den Arbeitnehmer in einer Leistungsklage auf Equal Pay dann im Einzelnen zu entkräften, indem Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag von vergleichbaren Arbeitnehmern, aus Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, Gesamtzusagen oder übertarifliche Zulagen als Stammbeschäftigte dargestellt werden. Dass diese im Betrieb einem Stamm-Arbeitnehmer gezahlt werden, muss nun vom Leiharbeitnehmer, der dafür einen Auskunftsanspruch gegen den Entleiher hat, dargelegt werden. Nach der EU-Richtlinie 2008/104/EG wird nicht nur das tarifliche Entgelt als Definition für die Gleichbehandlung zugrunde gelegt; schon deshalb ist die Regelung fraglich, weil sie zu einer falschen Handhabung beitragen kann. Die Vermutungsregelung erschwert die Durchsetzung des Anspruchs für den Leiharbeitnehmer, was gegen das Effektivitäts- und Äquivalenzgebot aus dem Primärrecht des EU-Vertrages verstößt.

Nicht zuzustimmen ist der Auffassung, dass eine Rückwirkung auf die sozialversicherungsrechtlichen Möglichkeiten zur Heranziehung des Arbeitgebers zur Zahlung höherer Sozialabgaben besteht. Die Vermutungsregelung kann ihn nicht entlasten!⁵⁸ Der Sozialversicherungsträger kann den Arbeitgeber zur Zahlung höherer Sozialabgaben heranziehen, ohne dass ein arbeitsrechtliches Verfahren erfolgt, aber auch dann, wenn der Leiharbeitnehmer seinen höheren als den tariflichen Entgeltanspruch durchgesetzt hat. Die Vermutungsregelung muss auch durch den Sozialversicherungsträger entkräftet werden, wenn er im Rahmen seines **Amtsermittlungsprinzips** feststellt, dass in dem Betrieb mehr als das tariflich Vereinbarte gezahlt wird.

⁵⁸ Greiner, RdA 2017, 153, 156 f.; a. A. Bayreuther, NZA 2017, 19, 21.

b) Neuregelung der Ausnahmen durch Tarifverträge

Nach der gesetzlichen Grundregel in § 8 Abs. 2 AÜG gilt ein – abdingbares – Recht auf Gleichbehandlung bezüglich des Entgelts und der Arbeitsbedingungen vom ersten Tag an. Dieses Recht zur Abweichung beim Entgelt durch einen Tarifvertrag der Branche bezüglich Entgelt und Arbeitsbedingungen (Tarifwerk – nicht einschlägige Tarifverträge sind ausgeschlossen wie bisher) soll der Regelung zufolge nach einer Einsatzdauer von neun Monaten unabdingbar werden, weitere Ausnahmen sollen über Tarifverträge möglich sein (Abs. 4).

aa) Unionsrechtswidrige Regelungen bestehen fort

Mit der Neuregelung werden die Vorgaben der EU-Richtlinie 2008/104 EG nicht eingehalten bzw. die bestehenden Fehler im deutschen Recht nicht korrigiert, sondern auf die neuen Abweichungsbedingungen erstreckt. Dies betrifft:

- die Abweichung vom Grundsatz der Gleichstellung durch arbeitsvertragliche Inbezugnahme von Tarifverträgen der Branche bezüglich Entgelt und Arbeitsbedingungen,
- die Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz bei befristeten Arbeitsverträgen,
- fehlende gesetzliche Regelungen zur Einhaltung des Gesamtschutzes für den Leiharbeitnehmer,
- die gesetzliche Drehtürklausel, die den Abbau von Stammpersonal begünstigt und nicht eine Übernahme in ein festes Arbeitsverhältnis beim Entleiher fördert.

Ulber⁵⁹ meint zudem, dass eine strukturelle Benachteiligung des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Stammbeschäftigten durch die Festlegung eines gesetzlichen Equal Pays erst nach neun Monaten in § 8 Abs. 4 S. 1 AÜG zementiert würde.

bb) Neue tarifvertragliche Ausnahmeregelung nach § 8 Abs. 4 AÜG

Geregelt wird in § 8 Abs. 4 AÜG die Ausnahme von der Gleichstellung hinsichtlich der Entlohnung während der Überlassung nach neun oder noch mehr Monaten. Die danach zulässige tarifvertraglich definierbare Gleichstellung des Entgelts kann auf bis zu 15 Monate hinausgeschoben werden, wenn ein Tarifvertrag mit stufenweiser Heranführung an die Gleichstellung bei der Entlohnung ab sechs Wochen gilt. Zudem gilt auch hier die inhaltlich identische Zusammenrechnungsregelung von verschiedenen Überlassungszeiten; siehe dazu unter 3 d).

Praxisgerecht ist, dass Tarifvertragsparteien Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt werden, so dass branchenspezifische Lösungen mit Zuschlagsregelungen zur früheren Heranführung an die Gleichstellung bei der Entlohnung ab sechs Wochen möglich sind. Diese Abweichungsmöglichkeit ist zeitlich eindeutig und ausdrücklich begrenzt, denn bereits zuvor war es in einigen Branchen gelungen, die Gleichstellung nach neun Monaten fast zu erreichen. Es können zukünftig auf dieser Basis weitere Verbesserungen für die Zeit der Heranführung verhandelt werden.

Die arbeitsvertragliche Inbezugnahme von abweichenden Tarifverträgen ist unionsrechtswidrig

In den Genuss dieser tarifvertraglichen Lösung, die auch ein zeitliches Hinausschieben der Gleichstellung beinhalten darf, kommen auch nichttarifgebundene Arbeitgeber. Dies ist unionsrechtlich bedenklich und führt zudem zu einer Schwächung der Tarifautonomie und des gesetzlichen Schutzes (siehe auch oben unter aa).

⁵⁹ Ulber, AuR 2017, 238, 239; a.A. Greiner, RdA 2017, 153, 158 unter Verweis auf Frauen, RdA 2015, 141, 147.

c) Übergangsregelung

Geregelt wird in § 19 Abs. 2 AÜG, dass für den Fristbeginn der Höchstüberlassungsdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG wie für die Berechnung der Überlassungszeiten nach § 8 Abs. 4 S. 1 AÜG diese erst ab dem 01.04.2017 zu laufen beginnt. Dies gilt auch hier nur, insoweit ein Tarifvertrag nichts für den Arbeitnehmer Günstigeres bestimmt.

d) Zusammenrechnungsregelung

Die Zusammenrechnungsregelung ist identisch mit der für die Höchstüberlassungsdauer. Zu verschiedenen Aspekten siehe dort unter 3 d).

Praktische Probleme bleiben

Der wichtige Schritt der Gleichstellung bei der Entlohnung nach neun Monaten muss auch tatsächlich realisiert werden können, auch von den Leiharbeitnehmern, die jeweils nur kurzfristige Einsätze in verschiedenen Entleihbetrieben haben und deshalb besonders flexibel sind. Dies würde auch dem Wortlaut (Bezug auf den Leiharbeitnehmer) und dem Sinn des Koalitionsvertrages entsprechen.

Die Zusammenrechnungsregelung des § 8 Abs. 4 S. 4 AÜG – Berücksichtigung von Unterbrechungen – trägt nicht nennenswert zur Verbesserung des Schutzes der Leiharbeitnehmer bei. Da die Zusammenrechnungsregelung nur Einsätze beim selben Entleiher als juristische Person erfasst und nicht auch die Einsatzzeiten bei anderen Entleihern, ergeben sich Schlupflöcher: Arbeitnehmer können mit der gleichen Tätigkeit innerhalb eines Konzerns oder einer Branche „rotierend“ eingesetzt werden und werden auch nach Jahren gleicher Tätigkeit nicht die gleiche Bezahlung wie ein vergleichbarer Stammarbeitnehmer bekommen.

6 Fehlerhafte Arbeitnehmerüberlassung

Bisher gab es nur bei einem Fehlen einer Überlassungserlaubnis und bei verbotener Arbeitsvermittlung die Rechtsfolge der Unwirksamkeit sowie eine Fiktion eines Entstehens eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher. Die Rechtsfolge aus dem Verbot der Arbeitsvermittlung wurde aber im Laufe der Zeit – zuerst durch Rechtsprechung und dann durch den Gesetzgeber – zurückgenommen. Mit der Novelle sind neue Gründe hinzugekommen und die Rechtsfolgen erweitert worden.

a) Unwirksamkeitsgründe

Eine Arbeitnehmerüberlassung kann aus den in § 9 Nr. 1 – 1b AÜG festgelegten Gründen unwirksam sein. Während die bisherige Rechtslage die Unwirksamkeitsfolge lediglich an das Fehlen einer Überlassungserlaubnis knüpfte, führen nach den Neuregelungen auch eine verdeckte oder nicht nur vorübergehende Überlassung zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages des Leiharbeitnehmers.

aa) Fehlen einer Arbeitnehmerüberlassungs-Erlaubnis

Bereits vor der Reform des AÜG galt als Unwirksamkeitsgrund, wenn der Verleiher für seine Überlassungstätigkeit nicht die gem. § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG erforderliche Erlaubnis besaß. Erforderlich ist nach Vorgaben der Bundesagentur für Arbeit, dass dem Verleiher die Erlaubnis tatsächlich fehlt,⁶⁰ d. h. die Erlaubnis von Anfang an nicht bestanden hat oder später weggefallen ist.⁶¹ Letzteres wäre dann der Fall, wenn die Erlaubnis zurückgenommen, widerrufen oder ihre Verlängerung abgelehnt wurde. Einen Sonderfall bildet lediglich die Abwicklung der bereits erlaubt abgeschlossenen Verträge, wenn die Erlaubnis nicht verlängert wurde (§ 2 Abs. 4 S. 4 AÜG). Bei einem nachträglichen Wegfall der Erlaubnis besteht der Unwirksamkeitsgrund allerdings nur für die Zukunft, rückwirkend kann nicht vom Fehlen einer Erlaubnis gesprochen werden, so dass diese vorher tatsächlich bestanden hat. Nach überwiegender Auffassung müssen es bei einer nachträglichen Erteilung der Erlaubnis laufende Verträge neu abgeschlossen werden.⁶² Das Fehlen der Erlaubnis ist objektiv festzustellen, es kommt weder darauf an, ob die Vertragspartner von dem Fehlen der Erlaubnis Kenntnis hatten, noch ob sie diesbezüglich im Irrtum waren.⁶³

bb) Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung

Mit der neu eingeführten Vorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG soll sichergestellt werden, dass Verleiher und Entleiher, die *nicht offen Arbeitnehmerüberlassung* betreiben, auch wenn sie im Besitz einer Verleiherlaubnis sind nicht besser gestellt sein sollen, als diejenigen, die ganz ohne Verleiherlaubnis Überlassung betreiben.⁶⁴ Damit wird die bisher bestehende und in der Praxis oft genutzte Umgehungs konstruktion einer Verleiherlaubnis „auf Vorrat“ beseitigt.

Der Nichtigkeitsgrund greift, wenn der Verleiher zwar eine Verleiherlaubnis besitzt, die Überlassung jedoch entgegen der Pflicht zur Offenlegung der Überlassung gem. § 1 Abs. 1 S. 5

60 FW BA AÜG, Stand 01.04.2017, Ziff. 9 Abs. 4.

61 ErfK/Wank, AÜG § 9, Rn. 3.

62 Übersicht bei Schüren/Hamann, 2. Aufl. 2010, § 9 AÜG, Rn. 44.

63 BeckOK ArbR/Kock AÜG § 9, Rn. 13.

64 BT-Drs. 18/9232, 19.

AÜG und zugleich gegen die Pflicht zur Konkretisierung der Person des Arbeitnehmers gem. § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG verstößt (ausführlich dazu unter 2 b) aa)). Auch bei diesem Unwirksamkeitsgrund kommt es allein auf einen objektiven Verstoß an. Damit liegt der Verstoß auch dann vor, wenn Verleiher und Entleiher fehlerhaft, gar im guten Glauben, von einem Werkvertrag ausgegangen sind.⁶⁵

cc) Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer

Die Folge der Einführung der Überlassungshöchstdauer (ausführlich dazu unter 3) im Rahmen der Reform ist die Einführung eines neuen Unwirksamkeitsgrundes. Dieser greift, wenn der Verleiher zwar im Besitz einer Verleiherlaubnis ist, der Leiharbeiter jedoch unter Verstoß gegen die Überlassungshöchstdauer (§ 1 Abs. 1b AÜG) verliehen wird. Hiermit ist die jeweils einschlägige Überlassungshöchstdauer gemeint, also entweder die gesetzliche Überlassungshöchstdauer von 18 aufeinanderfolgenden Monaten gem. § 1 Abs. 1b AÜG oder die im Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung (oder in Regelungen der Kirchen) abweichend festgelegten Überlassungshöchstdauer gem. § 1 Abs. 1b S. 3 – 8 AÜG⁶⁶. Entscheidend ist der objektive Verstoß, der auch bei Unkenntnis oder Irrtum – etwa, wenn sich die Vertragsparteien verrechnet haben – vorliegt. Die Rechtsfolge tritt ab dem Zeitpunkt der Überschreitung der zulässigen Überlassungshöchstdauer⁶⁷ ein, zum selben Zeitpunkt wird ein Arbeitsvertrag mit dem Entleiher fingiert.⁶⁸

dd) Verstoß gegen Equal Pay

Nach § 8 Abs. 1 AÜG haben Leiharbeiter Anspruch, bezüglich der *wesentlichen Arbeitsbedingungen* mit den vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleihers *gleichgestellt* zu werden. Vereinbarungen, die gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen, sind nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 AÜG unwirksam. Die Unwirksamkeit betrifft allerdings nur die Vereinbarungen, die den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzen, führt also nicht zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages zwischen dem Leiharbeiter und dem Verleiher (und hat damit nicht den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Entleiher zur Folge). Vielmehr greifen anstelle der unwirksamen Vereinbarungen die Gleichbehandlungsgrundsätze gem. § 8 AÜG.

b) Rechtsfolgen einer fehlerhaften / unwirksamen Arbeitnehmerüberlassung

In Fällen der Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 – 1b AÜG, d.h. bei Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis (Nr. 1), bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung (Nr. 1a) oder beim Überschreiten der Überlassungshöchstdauer (Nr. 1b) sieht das AÜG einen Katalog aus Rechtsfolgen und Sanktionen vor. Diese betreffen die vertraglichen Beziehungen (unter aa), Schadensersatzansprüche (unter bb), besondere Haftungsregeln (cc), die Erteilung der Erlaubnis (unter dd) und Bußgelder (unter ee). Unwirksame Überlassung hat zudem betriebsverfassungsrechtliche Folgen (unter 9.). Ob und inwiefern all diese Folgen beseitigt werden, wenn der Arbeitnehmer eine Festhalteerklärung abgibt, wird unter c) erläutert.

aa) Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher

Die Rechtsfolgen bei Vorliegen eines Unwirksamkeitsgrundes betreffen nach § 10 AÜG zunächst die Beziehungen zwischen Leiharbeiter, Verleiher und Entleiher. Fälle „verdeckter“ Überlassung über Scheinwerk- und Scheindienstverträge mit Erlaubnis oder Fälle der

⁶⁵ BeckOK ArbR/Kock, 43. Ed. 01.04.2017, AÜG § 9 Rn. 31.

⁶⁶ BT-Drs. 18/9232, 26.

⁶⁷ BT-Drs. 18/9232, 25.

⁶⁸ BAG v. 20.01.2016 – 7 AZR 535/13.

Überschreitung der einschlägigen Überlassungshöchstdauer werden der Überlassung ohne Erlaubnis gleichgestellt. Ist ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher aus einem der unter § 9 Abs. 1 Nr. 1 – 1b AÜG ausgeführten Gründen unwirksam, kommt anstelle des unwirksamen Leiharbeitsvertrags mit dem Verleiher zum selben Zeitpunkt aufgrund zwingender gesetzlicher Fiktion des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein neues Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher zustande. Insofern ändert sich die bisherige Rechtslage, nach der ein fingiertes Arbeitsverhältnis nur als Folge der Überlassung ohne Erlaubnis nach § 9 Nr. 1 AÜG in Betracht kam und weder die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung noch die nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher zur Folge hatte.

Seit dem 1. April 2017 haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dieser gesetzlichen Anordnung auf den Verleiher übergeht, das Recht, an ihrem Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher festzuhalten (dazu ausführlich unter 6 c).

Wann das fingierte Arbeitsverhältnis beginnt, richtet sich nach dem Zeitpunkt der Unwirksamkeit des ursprünglichen Leiharbeitsvertrages: bei Überlassung ohne Erlaubnis ist das der Zeitpunkt, ab dem diese Erlaubnis fehlt, also entweder mit der tatsächlichen Arbeitsaufnahme beim Entleiher (wenn von vornerein keine Erlaubnis vorgelegen hat) oder zum Zeitpunkt des nachträglichen Wegfalls der Erlaubnis. Besitzt der Verleiher eine Erlaubnis, aber führt Arbeitnehmerüberlassung verdeckt durch, ist der Arbeitsvertrag ab dem Zeitpunkt der tatsächlichen Überlassung unwirksam und das Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert. Denkbar ist allerdings auch, dass der ursprünglich korrekt als Werk- oder Dienstvertrag durchgeführte Einsatz erst im Laufe der Vertragsdurchführung in eine Arbeitnehmerüberlassung iSv. § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 AÜG umschlägt, so dass der Vertrag erst ab diesem Zeitpunkt unwirksam – und folglich übergegangen – wäre. Umstritten bleibt zudem, ob die Unwirksamkeit und die Rechtsfolge des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nur bei einem kumulativen Verstoß gegen die Kennzeichnungspflicht gem. § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG und die Konkretisierungspflicht § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG eintritt⁶⁹ oder ob alleine der Verstoß gegen die Pflicht zur Kennzeichnung der Person des Arbeitnehmers für die Rechtsfolge ausreicht.⁷⁰ Bei einem Verstoß gegen die Überlassungshöchstdauer ist der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem die Überlassungshöchstdauer überschritten wird.

Fehlt dem Verleiher die erforderliche Verleiherlaubnis, ist sowohl der zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer geschlossene Arbeitsvertrag als auch der zwischen Verleiher und Entleiher geschlossene Überlassungsvertrag unwirksam (§ 9 Abs. 1 Nr. 1). Ob diese Wirkung auch bei verdeckter Überlassung oder bei Überschreitung der Überlassungshöchstdauer greift, ist umstritten: das Gesetz sieht in diesen Fällen ausdrücklich lediglich die Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a und 1b), nicht aber des Überlassungsvertrages vor.

bb) Schadensersatz

Ist der Leiharbeitsvertrag nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 – 1b AÜG unwirksam, kann der Leiharbeitnehmer vom Verleiher Ersatz der Schäden verlangen, die er dadurch erlitten hat, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraute. Das gilt allerdings nur, wenn der Leiharbeitnehmer keine Kenntnis von den Gründen der Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages hatte. Das Recht auf Schadensersatz entfällt, wenn der Arbeitnehmer wirksam erklärt, dass er an seinem bisherigen Vertrag zum Verleiher festhält. Dasselbe dürfte gelten, wenn der Arbeitnehmer seine Festhalteerklärung nicht abgibt, obwohl er es könnte.⁷¹

⁶⁹ Für die kumulative Betrachtung: Bissels, DB 2017, 246 (247); Lembke, NZA 2017, 1, 9.

⁷⁰ Gaul/Hahne, BB 2016, 59; Sprenger, ZTR 2016, 558.

⁷¹ Ulrici, NZA 2016, 1317, 1320.

cc) Gesamtschuldnerische Haftung für Arbeitsentgelt und Lohnnebenkosten

Zahlt der Verleiher trotz Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 – 1b das vereinbarte Arbeitsentgelt ganz oder zum Teil, bleibt der Verleiher, obwohl er nicht (mehr) Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers ist, gegenüber Dritten „als Arbeitgeber“ neben dem Entleiher verpflichtet. Die Verpflichtung bezieht sich insbesondere auf Lohnnebenkosten: Der Verleiher ist neben dem Entleiher z.B. zur Abführung der Lohnsteuer und zur Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen verpflichtet.

dd) Gewerberechtliche Auswirkungen

Die Verletzung der Erlaubnispflicht, der Offenlegungspflicht sowie der Höchstüberlassungsdauer kann zudem zur Versagung oder Nichtverlängerung der Erlaubnis bzw. zu deren Rücknahme oder Widerruf führen. Die Verletzung der Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsrechts gilt grundsätzlich als anerkannte Tatsache, die den Schluss nahelegt, dass der Antragsteller die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt.

Bei Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis hat die Erlaubnisbehörde nach § 6 AÜG dem Verleiher die unerlaubte Überlassung zu untersagen und das weitere Überlassen nach den Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes zu verhindern.

ee) Bußgelder

Verstöße, die zur Unwirksamkeit der Arbeitnehmerüberlassung führen, sind Ordnungswidrigkeiten. Bußgeldbewehrt ist der Verletzung der Erlaubnispflicht sowohl durch Verleiher wie auch Entleiher (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 1a AÜG), die fehlerhafte Bezeichnung einer Überlassung (Nr. 1c) und die fehlerhafte Bezeichnung eines Arbeitnehmers als Leiharbeitnehmer (Nr. 1d) und letztlich der Verstoß gegen die einschlägige Überlassungshöchstdauer (Nr. 1e). In all diesen Fällen drohen Bußgelder bis zu 30.000 €.

ff) Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrates

Bei einer Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis, verdeckt oder unter Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer handelt es sich um eine Einstellung, die gegen ein Gesetz verstößt. Der Betriebsrat des Einsatzbetriebes kann seiner Zustimmung zu einer solchen Überlassung gem. § 99 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG verweigern (Ausführlich dazu unter 9).

c) Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers

Die AÜG-Novelle räumt dem Leiharbeitnehmer ausdrücklich das Recht ein, den Übergang seines Arbeitsverhältnisses bei Unwirksamkeit seines Leiharbeitsvertrages durch eine sog. Festhaltungserklärung zu verhindern. Dieses Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers gegen den gesetzlich angeordneten Arbeitgeberwechsel wird damit begründet, dass der Arbeitnehmer in bestimmten Konstellationen – etwa wenn nur im Betrieb des Verleihers aufgrund der Betriebsgröße das KSchG Anwendung findet – ein Interesse daran haben kann, dass das Arbeitsverhältnis zum ursprünglichen Verleiher erhalten bleibt.⁷² Mit Rücksicht auf das aus Art. 12 Abs. 1 GG resultierende Grundrecht auf Schutz vor Verlust des gewählten Arbeitsplatzes und vor einem Arbeitsverhältnis, das nicht freiwillig begründet wurde, wurde bereits vor der Reform ein Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers im Wege verfassungskonformer Auslegung teilweise bejaht.⁷³ Die Kritiker

⁷² Deinert, RdA 2017, 65, 79 mwN.

⁷³ ErfK/Wank, 16. Aufl. 2016, § 10 AÜG, Rn. 8; AÜG/Ulber, 5. Aufl. 2012, § 10 Rn. 5; a.A. Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Ulrici, Gesamtes Arbeitsrecht; Schüren/Hamann/Schüren, § 10 Rn. 41.

wiesen allerdings darauf hin, dass die Einführung einer Festhaltungsmöglichkeit neue Schlupflöcher eröffnet, da Arbeitgeber von Leiharbeitern die Erklärung des Festhaltens gegen die Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages verlangen könnten.⁷⁴

Mit der gesetzlichen Verankerung des Widerspruchsrechts in § 9 AÜG steht nun ausdrücklich fest, dass die Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher aus den unter § 9 Abs. 1 Nr. 1 – 1b AÜG genannten Gründen nicht eintritt, wenn der Leiharbeitnehmer erklärt, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhalten will. Mangels Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages kommt dann kein fingiertes Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher nach § 10 Abs. 1 AÜG zustande.

aa) Voraussetzungen der Ausübung des Widerspruchsrechts

Um Missbrauch zu verhindern, legt das Gesetz eine Reihe von Voraussetzungen fest, die erfüllt werden müssen, damit Leiharbeitnehmer ihr Widerspruchsrecht wirksam ausüben können.

Die Erklärung, aus der klar hervorgehen muss, dass der Leiharbeitnehmer an seinem Arbeitsverhältnis zum Verleiher festhält, muss **schriftlich** gegenüber dem Verleiher oder Entleiher abgegeben werden. Dabei ist zu beachten, dass die Erklärung **vor dem Ablauf eines Monats** – berechnet ab dem Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis unwirksam wird und zugleich ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher gem. § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG neu begründet wird – abgegeben werden muss. Eine vor Beginn der Unwirksamkeit oder nach Ablauf der Monatsfrist abgegebene Festhaltungserklärung ist unwirksam. Für den Lauf dieser Monatsfrist ist irrelevant, ob der Leiharbeitnehmer von der Unwirksamkeit weiß oder die notwendigen Informationen besitzt, um die mit seinem Widerspruch verbundenen Vor- oder Nachteile einschätzen zu können – eine Regelung, die aus Sicht der Praxis durchaus problematisch erscheint.

Vor der Abgabe seiner schriftlichen Festhalteerklärung beim Verleiher oder Entleiher muss der Leiharbeitnehmer diese persönlich bei einer (beliebigen) Agentur für Arbeit vorlegen. Die Agentur für Arbeit nimmt die Erklärung unter Überprüfung der Identität des Leiharbeitnehmers entgegen und bescheinigt das Datum der Entgegennahme. Dadurch soll ausgeschlossen werden, dass der Leiharbeitnehmer eine Widerspruchserklärung unterschreibt, in die nachträglich etwa durch den Verleiher oder Entleiher ein Datum eingetragen wird, das nicht dem tatsächlichen Tag der Erklärung entspricht.⁷⁵ Die Agentur für Arbeit nimmt jedoch weder eine inhaltliche Prüfung der Festhaltungserklärung noch eine Beratung zu der Situation vor.⁷⁶

Nach der Vorlage der Festhalterklärung bei der Agentur für Arbeit ist der Leiharbeitnehmer dafür verantwortlich, dass die Erklärung innerhalb von drei (Kalender-)Tagen dem Verleiher oder Entleiher zugeht. Versäumt er die Frist, muss er die Vorlage bei der Agentur für Arbeit nachholen und erneut unter Einhaltung der Drei-Tage-Frist seine Erklärung beim Verleiher oder Entleiher abgeben – solange dies insgesamt innerhalb der Monatsfrist passiert. Mit dieser rigorosen Fristregelung soll verhindert werden, dass die Festhaltungserklärung auf „Vorrat“ bereits zu Beginn der Überlassung bei einer Agentur für Arbeit vorgelegt wird.⁷⁷

bb) Arbeitsrechtliche Folgen des Widerspruchsrechts

Durch die Festhalteerklärung wird die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages aus einem der unter § 9 Abs. 1 Nr. 1 – 1b AÜG genannten Gründen abgewendet. Die Festhaltungserklärung bewirkt,

⁷⁴ statt vieler: Schüren/Fasholz, NZA 2015, 1473, 1475.

⁷⁵ BT-Drs. 18/10064, 16.

⁷⁶ Fachliche Weisung BA AÜG, Stand 01.04.2017, Ziff. 9 Abs. 2, Abs. 8.

⁷⁷ BT-Drs. 18/10064, 16.

dass die Unwirksamkeitsfolge rückwirkend nicht eintritt, das Leiharbeitsverhältnis mit dem Verleiher bleibt also durchgehend wirksam.

Die Festhaltungserklärung bewirkt allerdings nur, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher fortgesetzt wird, was die Berufsfreiheit der Leiharbeitnehmer schützen soll. Eine unzulässige – also ohne Erlaubnis, verdeckt oder über die Höchstdauer hinausgehend stattfindende – Einsatzpraxis kann dagegen weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft legalisiert werden. Sie wird durch die Festhaltungserklärung nicht geheilt.⁷⁸ Sie bleibt rechtswidrig und muss beendet werden. Setzt der Arbeitgeber die Überlassung fort, kann die Unwirksamkeit nicht mehr abgewendet werden. Das Gesetz ordnet ausdrücklich an, dass eine erneute Festhaltungserklärung nicht mehr möglich ist. Das Ergebnis ist dann ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher ohne Widerspruchsmöglichkeit.

Weitere arbeitsrechtliche Auswirkungen der Festhaltungserklärung auf das Verhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer sind im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. So ist beispielsweise denkbar, dass mit dem Verlust der Erlaubnis als Folge des Verstoßes gegen Erlaubnispflicht, Offenlegungspflicht oder die Höchstüberlassungsdauer, der Verleiher keinen Arbeitskräftebedarf mehr hat und betriebsbedingt kündigen muss.

cc) Folgen für die Haftung für Lohn und Sozialversicherungsbeiträge

Wird die Unwirksamkeit abgewendet, stellt sich die Frage, ob die bei der illegalen Arbeitnehmerüberlassung greifende sog. gesamtschuldnerische Haftung des Verleihers und Entleihers ebenfalls entfällt. Bezüglich der Lohnansprüche gibt es nur dann eine gesamtschuldnerische Haftung des Verleihers neben dem Entleiher, wenn der Arbeitsvertrag unwirksam ist (§ 10 Abs. 3 AÜG). Geht aber bei einem erfolgreichen Widerspruch des Arbeitnehmers kein Arbeitsverhältnis auf den Entleiher über, bleibt die Lohnzahlungspflicht beim Verleiher.

Für die Sozialversicherungsbeiträge gilt das nicht: das Gesetz stellt ausdrücklich sicher, dass die gesamtschuldnerische Haftung für die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge trotz der Festhaltungserklärung erhalten bleibt.⁷⁹

d) Handlungsoptionen für Betriebsräte und Gewerkschaften

Werden Verstöße gegen das AÜG im Betrieb oder Unternehmen bekannt und sind die betrieblichen Möglichkeiten einer Beseitigung erschöpft, kommt eine Beschwerde bei der Bundesagentur für Arbeit in Betracht. Dieser obliegt gemäß § 17 Abs. 1 AÜG die Durchführung des Gesetzes nach den fachlichen Weisungen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales. Die zuständigen Kontrollstellen der Bundesagentur für Arbeit können bei der örtlichen Agentur für Arbeit erfragt werden.

Auch gewerkschaftliche Vertreter in den Verwaltungsausschüssen der Arbeitsagenturen können aktiv werden und zumindest eine Berichterstattung zur Kontrolltätigkeit der Bundesagentur für Arbeit in der Leiharbeit einfordern.

⁷⁸ BT-Drucks. 18/10064, 16.

⁷⁹ § 9 Abs. 3 S. 4, dazu: BT-Drucks. 18/10064, 16.

7 Information über Einsatz als Leiharbeitnehmer

Nach § 11 Abs. 2 S. 2 AÜG wird der Verleiher verpflichtet, Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird.

Diese Verpflichtung verbessert die Transparenz für Leiharbeitnehmer und ist zu begrüßen. Allerdings fehlt es an einer Rechtsfolge, die wirtschaftliche Folgen in gravierendem Maße nach sich zieht; die Bußgeldandrohung erreicht diese Qualität nicht. Es fehlt eine ausdrückliche Unwirksamkeitsfolge und anschließend die Fiktion des Zustandekommens des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher.

Im Zusammenhang mit einem Arbeitskampf in einem Betrieb, in dem ein Leiharbeitnehmer bereits tätig ist oder sein soll, hat der AG – wie bisher – den Leiharbeitnehmer auf sein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich seiner Arbeitsleistung hinzuweisen (§ 11 Abs. 5 letzter Satz).

8 Verbot von Streikbrucheinsatz

Erfreulicherweise greift das Gesetz die Tatsache auf, dass in diversen Arbeitskämpfen der letzten Jahre unter anderem in den Bereichen Einzelhandel, Gesundheitswesen, Postdienste sowie Telekommunikation Arbeitnehmerüberlassung zur Einflussnahme auf Arbeitskämpfe eingesetzt worden ist.⁸⁰ In der Praxis werden Leiharbeiter aufgrund ihrer zwangsläufigen Flexibilität, ihrer besonderen Abhängigkeit vom Verleiher und ihrer häufigen Unkenntnis der betrieblichen Situation im Einsatzbetrieb für Streikbrucharbeit direkt oder indirekt durch einen Folgebedarf durch einen Streikbrucheinsatz eines Arbeitnehmer des Betriebes missbraucht, insbesondere auch Leiharbeiter aus dem Ausland. Neu geregelt wird in § 11 Abs. 5 AÜG das Verbot der Leiharbeit in bestreikten Betrieben. Ob der Streik selbst rechtmäßig oder rechtswidrig ist, ist kein Tatbestandsmerkmal.⁸¹ Ansonsten würde es dem Arbeitgeber in die Hand gegeben, den Streik zu bewerten. Der Regelungsansatz, wonach nicht der Einsatz durch den Verleiher, sondern das Tätigwerden der Leiharbeiter vom Entleiher unterbunden werden muss, ist breiter als die Einsatzverbote in den Tarifverträgen. Die Regelung betrifft Leiharbeiter, die bereits im Betrieb tätig sind, ebenso wie Leiharbeiter, die im Streikfall eingesetzt werden sollen.⁸² Es fehlt allerdings der Einbezug von Leiharbeiter/innen des Konzerns. Das bedeutet, dass auch künftig Streikbrucharbeit mit Konzernleihe organisiert werden kann, so dass die Unterbindung von Streikbrucharbeit durch Leiharbeiter/innen vor allem in Konzern-Unternehmen weitgehend leerlaufen könnte. Konzernleihe und gelegentliche Leiharbeit nach § 1 Abs. 3 AÜG werden aber auch von der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104 erfasst. Sie sind nur in Deutschland unionsrechtswidriger Weise nicht im AÜG als Leiharbeit geregelt worden. Deshalb kann ein Einsatz nicht zulässig sein. Zudem gibt es keine stichhaltigen Gründe für die Herausnahme dieser Formen von Leiharbeit, denn der Streik erfolgt jedenfalls im Betrieb, in dem die Arbeitnehmer zusammenarbeiten und nicht in der wirtschaftlichen Einheit Unternehmen. Die bisherige Unterscheidung zwischen gewerbsmäßigem und wirtschaftlichem Tätigwerden ist hiervon also gar nicht berührt.

Des Weiteren wurde zwar das bisher bestehende Leistungsverweigerungsrecht durch das Verbot ergänzt, Leiharbeitskräfte als Streikbrecher tätig werden zu lassen. Allerdings könnte sich die ergänzte Formulierung in § 11 Abs. 5 AÜG: „Tätigkeiten, die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die sich im Arbeitskampf befinden oder ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern, die sich im Arbeitskampf befinden, übernommen haben“, in der Praxis als hochproblematisch erweisen: Es stellt sich die Frage, ob die Regelung in einer komplexen Arbeitsorganisation überhaupt praktikabel ist. Wenn sich nicht feststellen lässt, welche Arbeiten von den Streikenden ohne Streik erledigt worden wären und welche nicht, kann die Regelung nicht angewandt und folglich kein Einsatz erfolgen. Allerdings wird ein Verstoß in vielen Fällen nur sehr schwer nachzuweisen und nur mit Unterstützung der Arbeitnehmer/innen möglich sein, die dann ggf. auch vor Gericht gegen ihren Arbeitgeber aussagen müssten. Bei Geltung der von der DGB-Tarifgemeinschaft mit den Arbeitgeberverbänden BAP (vormals BZA) und iGZ abgeschlossenen Leiharbeitsarbeitsverträgen ist der Einsatz in bestreikten Entleiherbetrieben – unabhängig von der Bereitschaft des Leiharbeitnehmers, die Arbeit zu verweigern – tarifvertraglich ausdrücklich untersagt (vgl. § 17 Abs. 1 MTV BAP und § 12 MTV iGZ). Nach der Streikklausel in § 12 der Tarifverträge bleibt jedoch **§ 11 Abs. 5 AÜG** ausdrücklich unberührt. Dann bleibt es also in jedem Fall zumindest nach dieser Regelung bei einem Einsatzverbot.

⁸⁰ So auch der Koalitionsvertrag 2013.

⁸¹ Klein/Leist, AuR 2017, 100, 102 bzw. bezüglich S. 2 siehe 103.

⁸² Lembke, NZA 2017, 1, 11; Klein/Leist, AuR 2017, 31 ff.; a.A. Neighbour/Schröder, BB 2017, 2869, 2873.

Einschränkungen der Mitwirkungsrechte des Betriebsrats bei personellen Maßnahmen während eines Arbeitskampfes gelten grundsätzlich nur für unmittelbar arbeitskampfbezogene personelle Einzelmaßnahmen, wie Einstellung von Streikbrechern oder Versetzung arbeitswilliger Arbeitnehmer auf Plätze streikender Arbeitnehmer⁸³ (vgl. aber unter 9. zur anderweitigen Rechtslage durch das neue AÜG zum Stichwort: „Streikbrechereinsatz“ (§ 11 Abs. 5 Satz 1 AÜG)). Unabhängig davon bestehen aber keine Einschränkungen hinsichtlich der Beteiligung des Betriebsrats bei den personellen Einzelmaßnahmen der Ein- und Umgruppierung (wegen des damit lediglich verbundenen bloßen Normvollzugs) sowie hinsichtlich seines Unterrichtsrechts (wegen dessen mangelnder Arbeitskampfrelevanz).⁸⁴

Die Regelung stärkt das Grundrecht auf Koalitionsfreiheit.⁸⁵ Im Rahmen der grundrechtlichen Abwägung treten etwaige schutzwürdige Interessen von Leiharbeitnehmern, in bestreikten Betrieben eingesetzt zu werden, zurück. Leiharbeitnehmer sind typischerweise gerade nicht frei darin, selbst zu entscheiden, wo sie eingesetzt werden. Zudem befinden sie sich in einem besonders schutzbedürftigen Arbeitsverhältnis zum Verleiher, denn in verleihfreien Zeiten haben sie ggf. geringere Entgeltansprüche als beim Einsatz. Das kommt aber bei einem Streikverbot nicht zum Tragen. Es ist der Lohn zu zahlen, als ob der geplante Einsatz stattfände.⁸⁶

Die Sanktionierung erfolgt durch eine Bußgeldandrohung in § 16 Abs. 1 Nr. 8a AÜG von maximal 500.000 € für den Arbeitgeber. Eine Ordnungswidrigkeit von Leiharbeitnehmern kann zudem nach § 14 OWiG wegen Beteiligung an einer Straftat vorliegen und kann mit Bußgeld belegt werden, wenn Leiharbeiter trotz des bestehenden Verbotes in dem bestreikten Betrieb tätig werden. Die Höhe des Bußgeldes für den Arbeitgeber steht in keinem Verhältnis zu den Vorteilen, die er aus dem Einsatz von Streikbrechern bei größeren Arbeitskämpfen haben kann. Sie wirkt nicht abschreckend. Die Sanktion muss jeweils dem Umfang und der Dauer des Streikbrechereinsatzes gerecht werden. Es bedarf eigentlich einer Bußgeldandrohung für jeden eingesetzten Streikbrecher und jeden Tag seines Einsatzes in einer abschreckenden Höhe. Im Datenschutzrecht muss z. B. in jedem Fall der Wert des wirtschaftlichen Vorteils für den Täter durch die Strafe überwogen werden.

Die Vorschrift bleibt ein „zahnloser Tiger“, wenn nicht Kolleginnen und Kollegen vor Ort zu ihrer Durchsetzung beitragen. Zuständig für die Verfolgung eines Verstoßes gegen das Verbot des Streikbrucheinsatzes von Leiharbeitnehmern ist gemäß § 16 Abs. 3 AÜG die Bundesagentur für Arbeit als Verwaltungsbehörde gem. § 36 Abs. 1 S. 1 OWiG. Diese ist in diesem Falle auch die gemäß StPO zuständige Ermittlungsbehörde und kann daher auch Mitarbeiter zur Überprüfung des Leiharbeiter-Einsatzes entsenden. Die Bundesagentur für Arbeit hält regionale Schwerpunktabteilungen zu Fragestellungen, die das AÜG betreffen, vor. Diese sogenannten Stützpunktteams unterstehen der unmittelbaren Fachaufsicht der Zentrale der Bundesagentur für Arbeit. Über die örtliche Agentur für Arbeit können sich betroffene Belegschaften, Betriebsräte⁸⁷ oder Gewerkschaften bei Streikbrucharbeit durch Leiharbeitnehmer an die Bundesagentur wenden. Da es sich um eine Ermessensentscheidung der Behörde handelt, ob sie die Ermittlungen einleitet, ist eine detaillierte Darstellung des Sachverhalts unter Glaubhaftmachung der genannten Tatsachen durch Dokumente und Nennung von Zeugen ratsam.

83 Fitting, BetrVG, 28. Aufl., § 99, Rn. 25.

84 Fitting, BetrVG, 28. Aufl., § 99, Rn. 26 und 27.

85 Zur Verfassungs-, Unions- und Völkerrechtskonformität Klein/Leist, Soziales Recht 1/2017, 31.

86 Bauer/Haußmann, NZA 2016, 803 ff.

87 Gesetzeswidrige Vorgänge genießen keinen Geheimschutz nach § 79 BetrVG, siehe Fitting, BetrVG, 28. Auflage 2016, § 79 Rn. 3.

9 Änderungen im Bereich der Betriebsratsrechte

Die gesetzlichen Neuregelungen zur Beschäftigung im Rahmen von Leiharbeit oder Werkverträgen enthalten wenig substantiell Neues für einen flankierenden Schutz der Betroffenen durch die Arbeit der Betriebsräte. Eine Stärkung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats oder seiner Rechtsdurchsetzungsrechte bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Unterrichts- und Beratungspflichten sucht man im neuen Gesetz vergebens.⁸⁸ Vielmehr werden im Nachvollzug der bestehenden Rechtsprechung nun Leiharbeitsbeschäftigte bei allen Schwellenwerten des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG)⁸⁹ – mit Ausnahme der Vorschrift über die Sozialplanpflicht bei reinem Personalabbau (§ 112a BetrVG) – berücksichtigt.⁹⁰ Lediglich um eine gesetzliche Klarstellung handelt es sich auch bei der Konkretisierung der betriebsverfassungsrechtlichen Unterrichtsrechte in Bezug auf die Aufgaben des Betriebsrats⁹¹ und im Rahmen seiner Beteiligung an der Personalplanung des Arbeitgebers. Allerdings ergeben sich durch die Klarstellungen auch deutlichere Anknüpfungspunkte für – insbesondere – Zustimmungsverweigerungsrechte der Betriebsräte.

a) Konkretisierung des Unterrichtsrechts im Rahmen der Aufgabenwahrnehmung des Betriebsrats (§ 80 Abs. 2 Satz 1 und 3 BetrVG)

Bereits seit der Novelle des BetrVG im Jahre 2001 haben Betriebsräte einen Anspruch darauf, zu wissen, welche Personen – über die Stammbeschäftigten hinaus – auf dem Betriebsgelände tätig sind und welche Tätigkeiten sie konkret für welchen Zeitraum ausüben. Mit den neuen gesetzlichen Ergänzungen wird dieser Anspruch gegenüber „Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber“ (Betriebsinhaber des Einsatzbetriebes) stehen, dahingehend konkretisiert, dass sich die Unterrichtung des Betriebsrats durch den Arbeitgeber insbesondere erstreckt auf

- den zeitlichen Umfang des Einsatzes (Einsatztage und Einsatzzeiten)
- den Einsatzort und
- die Arbeitsaufgaben (Art und Umfang der vergebenen Arbeiten)

dieser Personen. Soweit dies zum Schutz der Fremdbeschäftigten und zur Wahrnehmung der Aufgaben des Betriebsrats im Einsatzbetrieb notwendig ist, lässt sich aus der nicht abschließenden Aufzählung des Inhalts des Unterrichtsrechts („insbesondere“) folgern, dass auch weitere Angaben, wie etwa zum beauftragten Betrieb, der Existenz eines Betriebsrats im beauftragten Betrieb sowie zur Geltung und konkreten Bezeichnung der auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findenden Tarifverträge vom Arbeitgeber verlangt werden können, um den Zweck des Unterrichtsrechtes zu erreichen. Dieser Zweck besteht darin, dem Betriebsrat eine Prüfung in eigener Verantwortung zu ermöglichen, ob und inwieweit sich für ihn Aufgaben aus dem BetrVG ergeben (etwa auch im Hinblick auf seine Beteiligung an der Personalplanung nach § 92 BetrVG), zu deren Wahrnehmung er tätig werden muss.⁹²

Weiter wurde klargestellt, dass der Betriebsrat in Bezug auf die Zurverfügungstellung von Unterlagen zur Aufgabenerfüllung dieser Personen vom Arbeitgeber auch die Verträge verlangen

⁸⁸ Kritisch zur fehlenden Anpassung von Betriebsratsrechten Absenger, WSI-Mitteilungen 2017, 70, 72.

⁸⁹ Diese Berücksichtigung gilt auch beim Europäischen Betriebsrätegesetz (EBRG) sowie den Wahlordnungen für BR und EBR, und auch in der Unternehmensmitbestimmung.

⁹⁰ Hierzu ausführlich Löwisch/Wegmann, BB 2017, 373 ff., 377; Ulber, AiB Heft 1/2017, 27, 30; a.A. (keine Mindestdauer der Beschäftigung) Eder/Schuster, AiB Heft 4/2017, 27, 28.

⁹¹ Vgl. Eder/Schuster, AiB 2017, 27, 28, mit Hinweis auf die zum Umfang der Unterrichtungspflicht bereits vor fast 30 Jahren ergangene Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts: BAG v. 31.01.1989, 1 ABR 72/87.

⁹² Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 18/9232, S. 32.

kann, die der Beschäftigung dieser Personen zugrunde liegen. Diese Vorlagepflicht des Arbeitgebers des Einsatzbetriebs bezieht sich insbesondere auf die Überlassungs-, Werk- und Dienstverträge, auf deren Grundlage diese Personen im aufnehmenden Betrieb zum Einsatz kommen (nicht jedoch auf die Arbeitsverträge dieser Fremdfirmenbeschäftigten mit ihren Arbeitgebern).

b) Konkretisierung des Unterrichtsrechts zur Personalplanung (§ 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG)

Im Rahmen der Personalplanung ist der Betriebsrat auch rechtzeitig und umfassend darüber zu unterrichten, ob Aufgaben mit eigenen Arbeitnehmer/innen oder Fremdpersonal erfüllt werden sollen. Daher hat der Betriebsrat nun ausdrücklich ein Unterrichtsrecht in Bezug auf die Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber (Betriebsinhaber) stehen. Dazu gehören insbesondere Leiharbeiter/innen und Personen, die auf der Grundlage eines Dienst- oder Werkvertrags beschäftigt sind, sowie deren Erfüllungsgehilfen.⁹³

c) Zustimmungsverweigerungsrechte des Betriebsrats auf der Grundlage der Gesetzesreform (§ 99 BetrVG)

Vor dem Hintergrund einiger neuer Vorschriften mit dem Ziel der Eindämmung des Missbrauchs der Gestaltungsformen von Arbeitnehmerüberlassung (Leiharbeit) und Werkverträgen im Betrieb ergeben sich auch einige neue Ansatzpunkte in Bezug auf Zustimmungsverweigerungsrechte des Betriebsrats gemäß § 99 BetrVG, um mit ihrer konsequenten Ausübung gegen diesen Missbrauch vorzugehen. Bezogen auf die Vorschriften des neuen Gesetzes kommt insoweit insbesondere die Ausübung von Zustimmungsverweigerungsgründen nach § 99 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Verstoß der personellen Maßnahme gegen ein Gesetz) – überwiegend in Bezug auf den Beteiligungsgegenstand „Einstellung“ im Einsatzbetrieb in Betracht. Allerdings kann der Betriebsrat seine Zustimmung zu einer Einstellung nur dann nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern (und dies ist in Bezug auf jeden Fall gesondert zu prüfen), wenn nach dem Zweck der verletzten Norm die geplante Einstellung ganz unterbleiben muss.⁹⁴ Das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats soll nach der Rechtsprechung des BAG nicht als Instrument einer umfassenden Vertragskontrolle eingesetzt werden, und durch seine Ausübung kann auch nicht die Einstellung zu normgemäßen Bedingungen erzwungen werden.⁹⁵ Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats in Form der Zustimmungsverweigerung zur Einstellung eines Leiharbeitsbeschäftigten ergeben sich v. a. bei folgenden Verstößen:

„Höchstüberlassungsdauer“ (§ 1 Abs. 1 Satz 4 i.V.m. § 1 Abs. 1b AÜG)

Der Betriebsrat kann bei einer Einstellung eines Leiharbeitsbeschäftigten die Zustimmung verweigern, wenn die Einstellung für länger als 18 Monate terminiert ist oder durch die Zusammenrechnung von Einsatzzeiten die Höchstdauer überschritten wird.⁹⁶ Das BAG hatte bereits in seiner Rechtsprechung zur vorangegangenen Fassung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG a.F. darauf erkannt, dass der Betriebsrat aufgrund seines Zustimmungsverweigerungsrechts die Einhaltung der Vorgabe des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG durchsetzen kann, um eine dauerhafte Aufspaltung der Belegschaft in eine Stammebelegschaft und eine entliehene Belegschaft und damit Missbrauch der Leiharbeit zu verhindern.⁹⁷ Es kann daher erwartet werden, dass das BAG seine Rechtsprechung fortführt und § 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b AÜG als ein Verbotsgesetz i. S. d. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ansehen wird, dessen Verletzung der Betriebsrat im Einsatzbetrieb (Entleiherbetriebsrat) nach § 14 Abs. 3 AÜG der Einstellung des Leiharbeitnehmers entgegenhalten kann. Unterbleiben muss die Einstellung aufgrund des Normzwecks, eine dauerhafte Einstellung und

⁹³ Zutreffend Neighbour/Schröder, BB 2016, 2869, 2874.

⁹⁴ BAG v. 30.09.2014 – 1 ABR 79/12.

⁹⁵ Fitting, BetrVG, 28. Aufl., § 99 Rz. 189a.

⁹⁶ Vgl. Eder/Schuster, AiB 2017, 27, 29.

⁹⁷ BAG v. 10.07.2013 – 7 ABR 91/11; fortgeführt in BAG v. 30.09.2014 – 1 ABR 79/12.

Beschäftigung von Leiharbeitnehmern über die Höchstüberlassungsdauer hinaus zu verhindern, um der Substitution von Stammbeschäftigten entgegenzuwirken.⁹⁸ Dem entsprechend kann der Betriebsrat auch bei der Verlängerung einer Einstellung, wodurch die o.g. 18 Monate überschritten werden, die Zustimmung zur Einstellung verweigern.⁹⁹

„Kettenverleih“ (§ 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG)

Nach der Gesetzesbegründung soll mit der Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG sichergestellt werden, dass Leiharbeitsbeschäftigte nur von ihrem vertraglichen Arbeitgeber verliehen werden dürfen, um damit einen Ketten-, Zwischen- oder Weiterverleih zu untersagen.¹⁰⁰ Damit stellt diese Norm des neuen AÜG ein Verbotsgesetz i. S. d. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dar, das der Betriebsrat sowohl des ersten als auch des zweiten Einsatzbetriebs (Erst-/Zweitentleiher-Betrieb) und der Betriebsrat des Zweitverleihers dem Einsatz des Leiharbeitnehmers entgegenhalten kann.¹⁰¹ Vertreten wird auch, dass gestützt auf diese Vorschrift die Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats auf das „Synchronisationsverbot“ (Verbot des Gleichlaufs zwischen Befristung eines Arbeitsverhältnisses zum Verleiheinsatz) gestützt werden kann.¹⁰²

„Konkretisierungspflichten“ (§ 1 Abs. 1 Sätze 5 und 6 AÜG)

Nach der Gesetzesbegründung sind die Arbeitsverträge zwischen Verleiher und Leiharbeitsbeschäftigtem künftig unwirksam (mit der Folge der gesetzlichen Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitsbeschäftigtem), wenn Verleiher und Entleiher gegen ihre neuen Konkretisierungspflichten verstoßen und die Person des Leiharbeitnehmers nicht konkretisiert worden ist (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG). Die Überlassung eines Beschäftigten ist daher nicht nur ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen, vor der Überlassung ist zudem die Person des Leiharbeitsbeschäftigten zu konkretisieren.¹⁰³ Im Falle eines Verstoßes gegen diese Konkretisierungspflichten kann der Betriebsrat des Einsatzbetriebs (Entleiherbetriebsrat) eine Verletzung dieser Pflichten nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG der Einstellung des Fremdpersonalmitarbeiters entgegenhalten.¹⁰⁴

„Streikbrechereinsatz“ (§ 11 Abs. 5 Satz 1 AÜG)

Aufgrund der gesetzlichen Regelung eines Verbots des Einsatzes von – auch ausländischen – Leiharbeitsbeschäftigten als Streikbrecher (Verbotsgesetz) kann der Betriebsrat die Zustimmung zur Einstellung für eine streikbezogene Tätigkeit verweigern. Da das Verbot die Beschäftigung der Leiharbeitnehmer im unmittelbar betroffenen Einsatzbetrieb (Entleiher) verhindern möchte, kann der Betriebsrat im Einsatzbetrieb (Entleiherbetriebsrat) gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG auch während des Arbeitskampfes der Einstellung von Leiharbeitnehmer/innen die Zustimmung verweigern.¹⁰⁵ Dies gilt auch, wenn der Arbeitgeber gesetzeswidrig handelt, indem er eigene Beschäftigte auf die bestreikten Arbeitsplätze setzt und gleichzeitig die Leiharbeitsbeschäftigten für die Tätigkeit dieser „verschobenen“ Beschäftigten einsetzt.¹⁰⁶

Neben diesen – nicht abschließenden – Fällen aussichtsreicher Zustimmungsverweigerungsgründe bei der Einstellung von Leiharbeitsbeschäftigten sollten die Betriebsräte in den Einsatzbetrieben (Entleiherbetriebsräte) auch Zustimmungsverweigerungsgründe nach § 99 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG (wegen möglicher Kündigung oder Erleiden von Nachteilen für andere im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer/innen infolge der personellen Maßnahme, insbesondere durch Einstellung von Leiharbeitnehmer/innen, ohne Rechtfertigung aus betrieblichen oder persönlichen

98 Zutreffend Lembke, NZA 2017, 1, 6.

99 So Eder/Schuster, AiB 2017, 27, 29.

100 Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 18/9232, 19.

101 So Lembke, NZA 2017, 1, 3.

102 So Eder/Schuster, AiB 2017, 27, 28 und 31.

103 Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 18/9232, 19/20.

104 So auch Lembke, NZA 2017, 1, 9; a. A. Bissels, DB 2017, 246, 251

105 Lembke, NZA 2017, 1, 11.

106 So Eder/Schuster, AiB 2017, 27, 30, die auf diese Form einer „Umgehung“ des Gesetzes aufmerksam machen.

Gründen¹⁰⁷) und nach § 99 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG (wegen Benachteiligung betroffener Arbeitnehmer/innen durch die personelle Maßnahme ohne Rechtfertigung aus betrieblichen oder persönlichen Gründen, etwa bei Einstellung eines Arbeitnehmers ohne Beachtung des gesetzlichen Mindestlohns, unter Verletzung des „equal pay“-Prinzips¹⁰⁸ oder wegen unzutreffender Eingruppierung¹⁰⁹) eingehend und ggf. unter Heranziehung eines Sachverständigen nach § 80 Abs. 3 BetrVG prüfen. Zu beachten ist aber, dass es insoweit um die Benachteiligung in Bezug auf Arbeitsbedingungen geht, während bei der Eingruppierung im Übrigen ausschließlich der Betriebsrat des Verleiher-Betriebes zu beteiligen und der Betriebsrat im Einsatzbetrieb (Entleiherbetriebsrat) insoweit unzuständig ist.¹¹⁰

Schließlich kommen für den Betriebsrat im Einsatzbetrieb (Entleiherbetriebsrat) auch in Bezug auf Drittpersonaleinsatz u.U. weiter gehende (Mitbestimmungs-)Rechte in Betracht, die größere Beteiligungsspielräume eröffnen.¹¹¹

107 Zur Einzelfallprüfung vgl. Fitting, BetrVG, 28. Aufl., § 99 Rz. 238.

108 Zur Eingruppierung eines überlassenen Leiharbeitsbeschäftigten in eine betriebliche Vergütungsordnung als Folge des „equal pay“-Grundsatzes ohne Abweichung durch einen Anwendung findenden Tarifvertrag **durch den Verleiher** vgl. Fitting, BetrVG, 28. Aufl., § 99 Rz. 83.

109 Vgl. i. E. Fitting, BetrVG, 28. Aufl., § 99 Rz. 245; Eder/Schuster, AiB 2017, 27, 31, unter Hinweis auf ArbG Mannheim v. 06.03.2012 – 8 BV 19/11 (unveröffentlicht), das einen Zustimmungsverweigerungsgrund wegen fehlender Anrechnung von Leiharbeitszeiten bei der Eingruppierung eines übernommenen Leiharbeitsbeschäftigten in den Einsatzbetrieb bejaht hat.

110 Vgl. Fitting, BetrVG, 28. Aufl., § 99 Rz. 83.

111 Vgl. Fallbeispiel bei Eder/Schuster, AiB 2017, 27, 31, bei Leiharbeit im Schichtbetrieb (§ 87 Abs.1 Nr. 2 BetrVG), wonach zum Zustimmungserfordernis des Betriebsrats nicht nur die Schichtpläne des Schichtsystems gehören, sondern jede Änderung der personellen Zusammensetzung der einzelnen Schichten.

10 Instrumente gegen Scheinwerkverträge

a) Verbot einer Vorratserlaubnis und Rechtsfolgen bei Verstößen

Insbesondere unter dem Deckmantel von Scheinwerk- oder Scheindienstverträgen versteckte Formen der Leiharbeit sollen nach dem Willen des Gesetzgebers durch die Neuregelungen der AÜG-Reform bekämpft werden. Der von Anfang an bezweckte Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor und bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung soll nunmehr auch auf Fälle des „missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatzes“ ausgedehnt werden.¹¹²

Nach der bis 31. März 2017 geltenden Rechtslage war es möglich – und aus Sicht der Unternehmen empfehlenswert – vorsorglich in einem solchen formal als Werkvertrag bezeichneten Vertrag eine Verleiherlaubnis vorrätig zu halten. Auf diese Weise war der Einsatz von Scheinwerkverträgen weitgehend gefahrlos. Mit der Einführung der Offenlegungspflicht in § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 AÜG sind Erlaubnisse auf Vorrat nicht mehr zulässig. Derjenige, der als vermeintlicher Werkunternehmer verdeckte Arbeitnehmerüberlassung betreibt, soll auch bei Vorlage einer Überlassungserlaubnis nicht bessergestellt werden als derjenige, der ohne Erlaubnis Arbeitnehmer überlässt¹¹³ – in beiden Fällen greifen dieselben Rechtsfolgen und Sanktionen (dazu ausführlich unter 6.).

b) Informationspflichten des Verleihers gegenüber dem LeihAN

Mit der Zielsetzung, mehr Transparenz in dem Verhältnis zwischen dem Leiharbeiternehmer und dem Verleiher zu schaffen, wird der Verleiher nach § 11 Abs. 2 S. 4 AÜG verpflichtet, den Leiharbeiternehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er beim Dritten als Leiharbeiternehmer tätig wird. Damit sollen – so die Gesetzesbegründung – die Leiharbeiternehmer in die Lage versetzt werden, ihre Rechte nach dem AÜG geltend zu machen.¹¹⁴ Verletzt der Verleiher seine Informationspflicht, hat dies keine Auswirkungen auf die vertragliche Situation der Beteiligten. Es droht ihm lediglich eine Geldbuße bis 1.000 € (§ 16 Abs. 1 Nr. 8 iVm Abs. 2 AÜG).

¹¹² BT-Drucksache 18/9232, 15.

¹¹³ BT-Drucks. 18/9232, 3, 15; dazu ausf. Kainer/Schweipert, NZA 2017, 13 ff.

¹¹⁴ BT-Drs. 18/9232, 27.

11 Gesetzliche Definition des Arbeitsvertrages

Änderungen § 611a BGB

Outsourcing, aber zunehmend auch die Fremdvergabe von Arbeiten in der Produktion oder Verwaltung lassen den Anteil an Werkvertragsarbeit größer werden. Tätigkeiten, die im Betrieb erfolgen, können häufig nicht ohne eine enge Zusammenarbeit mit den bereits Beschäftigten erfolgen; Arbeitsabläufe müssen häufig Hand in Hand gehen. Da unklar sein kann, ob es sich um abhängige Beschäftigung in Form eines Arbeitsvertrages oder um einen Dienst- oder Werkvertrag handelt, braucht die Praxis zur raschen Klärung Verbesserungen. Die Parteien der Großen Koalition 2013 wollten laut ihrem Koalitionsvertrag dem Missbrauch bei Werkverträgen auch durch eine gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs und durch die Festlegung von Kriterien zur Abgrenzung zwischen einer Beschäftigung im Rahmen eines Arbeitsvertrages und eines Werk- bzw. Dienstvertrages begegnen. Im Gesetzgebungsverfahren waren die Regelung einer Definition eines Arbeitnehmers und die möglichen Abgrenzungsmerkmale hochstrittig.

Eine gesetzliche Verankerung der Voraussetzungen des Arbeitsvertrages im BGB und seine Konkretisierung durch Gesamtbetrachtung und -bewertung anhand der in der Rechtsprechung typologisch herausgearbeiteten Oberbegriffe der Weisungsgebundenheit und der dafür entsprechenden Kriterien ist aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften der erste und notwendige, jedoch bei Weitem nicht hinreichende Schritt zur Bekämpfung von Missbrauch von Werk- und Dienstverträgen. Da nun weder die Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung kodifiziert wurden noch eine Beweislastumkehr eingeführt wurde, ist nicht damit zu rechnen, dass die Regelung die Transparenz der Arbeitsbeziehungen verbessert und hilft, Missbrauch zu bekämpfen. Die verabschiedete Regelung ist dafür unzureichend.

Mit der verabschiedeten Regelung wird die Rechtsklarheit nicht inhaltlich und substantiell verbessert.¹¹⁵ Geregelt werden im neuen § 611a BGB die Pflichten beider Parteien des Arbeitsvertrages, und darüber wird der Begriff des Arbeitsvertrages definiert. Über die in Abs. 1 verankerte Pflicht zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit (S. 1) und einer anschließenden Beschreibung des Weisungsrechts (S. 2) und der Definition der Weisungsbindung (S. 3), wird der Arbeitnehmerstatus bestimmt. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei von der Eigenart der Tätigkeit ab (S. 4). Für die rechtliche Einordnung als Arbeitsvertrag unter Betrachtung der Gesamtheit aller Umstände (S. 5) ist die tatsächliche Durchführung maßgebend (S. 6). In Abs. 2 wird als Vertragspflicht des Arbeitgebers seine Vergütungspflicht verankert.

Mit der Regelung des § 611a BGB wird zum ersten Mal eine gesetzliche Definition des Arbeitsvertrages (und damit mittelbar des Arbeitnehmers) verankert, die nunmehr für die Auslegung von arbeitsrechtlichen Gesetzen heranzuziehen sein wird, sofern nicht ein eigenständiger Arbeitnehmerbegriff dort kodifiziert ist. Der Begründung des Gesetzes zufolge sollte mit der Regelung des § 611a BGB nicht eine inhaltliche Änderung, sondern eine Kodifizierung der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung erreicht werden.¹¹⁶ Das von Rechtsprechung¹¹⁷ und Literatur¹¹⁸ bislang vorausgesetzte Tatbestandsmerkmal der „Eingliederung“ ist in der Definition jedoch nicht explizit enthalten, stattdessen kommt als eigenständiges Tatbestandsmerkmal die

¹¹⁵ Wank, AuR 2017, 140 ff., insb. 153 f.

¹¹⁶ BT-Drs. 18/9232, 31 f.

¹¹⁷ zuletzt: BAG v. 24.08.2016 – 7 AZR 625/15, Rn. 22.

¹¹⁸ statt vielen: Wank, AuR 2017, 140 (151), Fn. 129.

Fremdbestimmtheit der Arbeit dazu. Das führt zu der berechtigten Frage, welche Bedeutung dem Kriterium der Eingliederung noch zukommt. Entgegen der teilweise vertretenen Auffassung, wonach die Eingliederung kein hervorgehobenes Indiz für die Statusbeurteilung mehr darstellt¹¹⁹, setzt die Fremdbestimmung der Arbeit eine organisatorische Eingliederung voraus – das Merkmal der Eingliederung lebt daher gewissermaßen als Erscheinungsform der Fremdbestimmung fort.¹²⁰

Bei genauer Betrachtung wird deutlich, dass die Regelung keine neue Rechtslage schaffen will. So benennt der Satz 2 der Neuregelung die verschiedenen Aspekte der Arbeitserbringung, auf die sich das Weisungsrecht erstrecken kann: Inhalt der Arbeitsleistung, ihre Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit. Die Regelung hat einen rein deklaratorischen Charakter, da das Weisungsrecht nach wie vor in § 106 GewO geregelt ist. Es dürfte sich hier um eine Art Merkzettel handeln, was bei der Prüfung der Weisungsgebundenheit zu beachten ist.¹²¹ Auch der Verweis darauf, dass die Eigenart der Tätigkeit auch den Grad der persönlichen Abhängigkeit bestimme, dürfte nichts Neues sein, und dürfte nur deklaratorischen Charakter haben. Die Bestimmungen, dass für die Feststellung des Vorliegens eines Arbeitsvertrages eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen ist und die tatsächliche Durchführung des Vertrages für seine Zuordnung ausschlaggebend ist, greifen lediglich bisherige Rechtsprechungsgrundsätze auf.

Im Einzelnen: Weisungsgebundenheit in zeitlicher Hinsicht ist gegeben, wenn (1) ständige Dienstbereitschaft erwartet wird oder (2) wenn der Mitarbeiter in nicht unwesentlichem Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung herangezogen wird, ihm Arbeitszeiten letztlich „zugewiesen“ werden.¹²² Eine Ungebundenheit in zeitlicher Hinsicht ist anzunehmen, wenn die Übernahme des Dienstes grundsätzlich abgelehnt werden kann.¹²³ Weisungsrecht liegt vor, wenn die Lage der Arbeitszeit einseitig durch den AG festgelegt wird, so dass der AN für die zeitliche und organisatorische Planung an Weisungen des AG gebunden ist.¹²⁴ Die Arbeitszeit umfasst die Wochentage und die zeitliche Lage (Beginn und Ende der Arbeitszeit) am jeweiligen Tag = Zeiteinteilung.¹²⁵ Weisungsgebundenheit in zeitlicher Hinsicht liegt vor, wenn der AN einseitig in Dienstpläne aufgenommen wird¹²⁶ und sich in den Arbeitsrhythmus des AG einfügt.¹²⁷

Von der Frage der Lage der Arbeitszeit ist die Frage nach der zeitlichen Dauer der Tätigkeit zu unterscheiden: Für die Qualifizierung als Arbeitnehmer ist der zeitliche Umfang der Tätigkeit ohne Bedeutung, denn auch bei der Durchführung in geringem zeitlichen Umfang kann ein ausreichend hohes Maß an Weisungsgebundenheit vorliegen.¹²⁸ Der Umfang der Einbindung hängt auch davon ab, ob der Beschäftigte die Umstände der Dienstleistung mitgestalten und inwieweit Nebenabreden herangezogen werden.¹²⁹ Arbeitszeit meint damit die Lage der Arbeitszeit und nicht deren Umfang.¹³⁰ Die Arbeitszeit umfasst die Wochentage und die zeitliche Lage (Beginn und Ende der Arbeitszeit) am jeweiligen Tag.¹³¹

Der Umfang der Arbeitsleistung wird zwischen den Vertragsparteien vereinbart und ist Bestandteil des Arbeitsvertrages und unterliegt deshalb nicht dem Direktionsrecht des Arbeitgebers. Im Zweifel gelten die Beschränkungen des ArbZG.

119 Henssler, RdA 2017, 83 (85).

120 So Preis, ErFK/Preis, § 611a BGB, Rn. 41; ausdrücklich für „fremdbestimmte Arbeit“ als Synonym der Eingliederung: Wank, AuR 2017, 140 (150 f.).

121 Deinert, RdA 2017, 65 (71).

122 BAG v. 15.02.2012 – 10 AZR 301/10; 20.05.2009 – 5 AZR 31/08.

123 BAG v. 17.04.2013 – 10 AZR 668/12.

124 BAG v. 09.03.2005 – 5 AZR 493/04; 15.02.2012 – 10 AZR 301/10.

125 BAG v. 25.05.2005 – 5 AZR 347/04; 15.02.2012 – 10 AZR 301/10.

126 BAG v. 14.03.2007 – 5 AZR 499/06.

127 BAG v. 17.04.2013 – 10 AZR 668/12.

128 BAG v. 15.02.2012 – 10 AZR 301/10.

129 BAG v. 15.02.2012 – 10 AZR 301/10.

130 BAG v. 15.02.2012 – 10 AZR 301/10.

131 BAG v. 09.03.2005 – 5 AZR 493/04; 25.05.2005 – 5 AZR 347/04; 15.02.2012 – 10 AZR 301/10.

Zudem ist der zeitliche Umfang der Tätigkeit für die Qualifizierung als Arbeitnehmer ohne Bedeutung, denn auch bei der Durchführung in geringem Umfang kann ein ausreichend hohes Maß an Weisungsgebundenheit vorliegen.¹³² Im Umkehrschluss aus der Rechtsprechung des BAG¹³³ folgt, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers den Arbeitsvorgang und die Zeiteinteilung, nicht jedoch den zeitlichen Umfang der Tätigkeit umfasst.

Zu kritisieren ist die ausdrückliche Erwähnung, dass der Grad der persönlichen Abhängigkeit von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit abhängt.¹³⁴ Es ist zwar richtig und von der Rechtsprechung anerkannt, dass die Eigenart der Tätigkeit auch den Grad der persönlichen Abhängigkeit bestimmt. Allerdings muss in der Gesamtbetrachtung die persönliche Abhängigkeit als Folge der Weisungsgebundenheit stets vorliegen, um ein Arbeitsverhältnis anzunehmen. Unterschiedlich ist nur je nach Tätigkeit die Gewichtung dieses Merkmals für die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft – bei einem Herzchirurgen fällt sie anders aus als bei einem Bauarbeiter. Diese Aussage in das Gesetz aufzunehmen ist aber überflüssig und suggeriert gar es gebe eine Arbeitnehmereigenschaft 1., 2. oder 3. Klasse. Richtigerweise hat aber der Grad der persönlichen Abhängigkeit nur deklaratorischen Charakter, um in Einzelfällen den freien Mitarbeiter vom Arbeitnehmer abzugrenzen.

Was können Betriebsräte tun?

Nach § 99 BetrVG ist der Betriebsrat zu beteiligen, wenn eine entsprechende Einstellung mit Eingliederung erfolgt. Eine Einstellung iSd. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG liegt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vor, wenn Personen in den Betrieb eingegliedert werden, um zusammen mit den dort schon beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes durch weisungsgebundene Tätigkeit zu verwirklichen.¹³⁵ Auf das Rechtsverhältnis, in dem die Personen zum Betriebsinhaber stehen, kommt es nicht an, so dass § 99 auch bei der Einstellung von Nicht-Arbeitnehmern greift. Eingegliedert ist, wer eine ihrer Art nach weisungsgebundene Tätigkeit verrichtet, die der Arbeitgeber organisiert.¹³⁶ Der Beschäftigte muss so in die betriebliche Arbeitsorganisation integriert sein, dass der Arbeitgeber das für ein Arbeitsverhältnis typische Weisungsrecht innehat und die Entscheidung über den Einsatz nach Inhalt, Ort und Zeit trifft. Der Betriebsinhaber muss diese Arbeitgeberfunktion wenigstens im Sinne einer aufgespaltenen Arbeitgeberstellung teilweise ausüben.¹³⁷ Es kommt darauf an, ob ihm Weisungsbefugnisse zustehen und er in diesem Sinn eine betriebsverfassungsrechtlich relevante (und sei es partielle) Arbeitgeberstellung einnimmt.¹³⁸

Die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation hängt dabei von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab¹³⁹ und ist nicht schon dann anzunehmen, wenn Personen im Betrieb des Auftraggebers tätig werden und ihre Dienstleistung oder das von ihnen zu erstellende Werk nach Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in den betrieblichen Arbeitsprozess eingeplant oder detailliert beschrieben ist.¹⁴⁰ Es genügen auch weder die enge räumliche Zusammenarbeit von Arbeitnehmern im Betrieb noch die Einweisung und Koordination des Fremdfirmeneinsatzes durch Beschäftigte des Betriebsinhabers oder der Umstand, dass die betreffende Tätigkeit bislang von Arbeitnehmern des Beschäftigungsbetriebs ausgeführt wurde und zu bestimmten Zeiten weiterhin durchgeführt wird.¹⁴¹

132 BAG v. 15.02.2012 – 10 AZR 301/10.

133 BAG v. 25.09.2013 – 10 AZR 282/12.

134 Wank, AuR 2017, 142, 149.

135 BAG v. 13.5.2014 – 1 ABR 50/12 – Rn. 17 f. mwN.

136 BAG v. 23.6.2010 – 7 ABR 1/09 – Rn. 13.

137 BAG v. 11.9.2001 – 1 ABR 14/01 – zu B I der Gründe.

138 BAG v. 05.12.2012 – 7 ABR 17/11 – Rn. 23.

139 BAG v. 13.05.2014 – 1 ABR 50/12 – Rn. 18.

140 vgl. BAG v. 25.06.1996 – 1 ABR 57/95 – zu II 1 der Gründe.

141 vgl. BAG v. 13.12.2005 – 1 ABR 51/04 – Rn. 14 mwN.

Wenn die eingesetzten Arbeitnehmer eine Tätigkeit ausüben, die ihrer Art nach weisungsgebunden ist, liegt ein Arbeitsvertrag vor. Wenn gemeinsam mit einem Mitarbeiter der Arbeitgeberin sichergestellt werden muss, dass sich z. B. der Patient während eines externen Krankenhausaufenthalts der gerichtlich angeordneten Unterbringung nicht durch Flucht entzieht, spricht das für eine weisungsgebundene Tätigkeit: Werden die äußeren Rahmenbedingungen der zu erbringenden Tätigkeit – soweit sie sich nicht ohnehin aus Sachzwängen ergeben – allein von der Auftraggeberin vorgegeben und legt sie in dem jeweils für die Krankenhausbewachung aufgestellten Dienstplan fest, für welche konkreten Tage und für welche Schichten der Einsatz von Mitarbeitern erfolgen soll, liegt weisungsabhängige Arbeit zur Auftraggeberin vor.¹⁴²

Da zumindest unter arbeitsschutzrechtlichen Aspekten der Betriebsrat auch bei Einstellungen arbeitnehmerähnlicher Personen zu beteiligen ist, könnte das im Hinblick darauf in jedem Fall zunächst geltend gemacht werden; dann könnte er auch nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG ggf. seine Zustimmung verweigern. Da das Arbeitsschutzgesetz auch Arbeitnehmer anderer Arbeitgeber umfasst, die im Betrieb tätig werden, kann auch bei z. B. Nichtbeachtung der Unterrichtspflichten nach § 8 Abs. 1 ArbeitsschutzG das Recht auf Aufhebung der Maßnahme nach § 101 BetrVG in Verbindung mit der diesbezüglich unterlassenen Beteiligung nach § 99 BetrVG und der Verletzung des ArbeitsschutzG verlangt werden.¹⁴³

142 BAG v. 13.12.2016 – 1 ABR 59/14.

143 siehe dazu im Einzelnen DKKW/Bachner § 99 Rz.63 ff.

12 Anhang: Gesetzestexte

Legende zum Gesetzestext:

Neu eingefügt

ersatzlos gestrichen

redaktionelle Änderungen:
inhaltsgleich,
neu eingeordnet

AÜG, § 611a BGB und BetrVG nach der Reform durch das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21. Februar 2017 (BGBl. I S. 258)

Artikel 1

Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

§ 1 Erlaubnispflicht ~~Arbeitnehmerüberlassung~~, Erlaubnispflicht

(1) Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (**Arbeitnehmerüberlassung**) wollen, bedürfen der Erlaubnis. **Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen. Die Überlassung und das Tätigwerdenlassen von Arbeitnehmern als Leiharbeitnehmer ist nur zulässig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht. Die Überlassung von Arbeitnehmern ist vorübergehend bis zu einer Überlassungshöchstdauer nach Absatz 1b zulässig. Verleiher und Entleiher haben die Überlassung von Leiharbeitnehmern in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen, bevor sie den Leiharbeitnehmer überlassen oder tätig werden lassen. Vor der Überlassung haben sie die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren.** Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend.

*(1a) Die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft ist keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn der Arbeitgeber Mitglied der Arbeitsgemeinschaft ist, für alle Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und alle Mitglieder auf Grund des Arbeitsgemeinschaftsvertrages zur selbständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind. Für einen Arbeitgeber mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes ist die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft auch dann keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn für ihn deutsche Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges wie für die anderen Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft nicht gelten, er aber die übrigen Voraussetzungen des Satzes 2 **Satzes 1** erfüllt.*

(1b) Der Verleiher darf denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen; der Entleiher darf denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate tätig werden lassen. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen. In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden. Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages nach Satz 3 können abweichende tarifvertragliche Regelungen im Betrieb eines nicht tarifgebundenen Entleihers durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung übernommen werden. In einer auf Grund eines Tarifvertrages von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche getroffenen Betriebs- oder Dienstvereinbarung kann eine von Satz 1

abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden. Können auf Grund eines Tarifvertrages nach Satz 5 abweichende Regelungen in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung getroffen werden, kann auch in Betrieben eines nicht tarifgebundenen Entleihers bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten davon Gebrauch gemacht werden, soweit nicht durch diesen Tarifvertrag eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen festgelegt ist. Unterfällt der Betrieb des nicht tarifgebundenen Entleihers bei Abschluss einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung nach Satz 4 oder Satz 6 den Geltungsbereichen mehrerer Tarifverträge, ist auf den für die Branche des Entleihers repräsentativen Tarifvertrag abzustellen. Die Kirchen und die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften können von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauern in ihren Regelungen vorsehen.

- (2) Werden Arbeitnehmer Dritten zur Arbeitsleistung überlassen und übernimmt der Überlassende nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten oder das Arbeitgeberberrisiko (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 3), so wird vermutet, dass der Überlassende Arbeitsvermittlung betreibt.
- (3) Dieses Gesetz ist mit Ausnahme des § 1b Satz 1, des ~~§ 16 Abs. 1 Nr. 1b und Abs. 2 bis 5~~ **§ 16 Absatz 1 Nummer 1f und Absatz 2 bis 5** sowie der §§ 17 und 18 nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung
1. zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweiges zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen, wenn ein für den Entleiher und Verleiher geltender Tarifvertrag dies vorsieht,
 2. zwischen Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird,
 - 2a. zwischen Arbeitgebern, wenn die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird, oder
 - 2b. zwischen Arbeitgebern, wenn Aufgaben eines Arbeitnehmers von dem bisherigen zu dem anderen Arbeitgeber verlagert werden und auf Grund eines Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes**
 - a) das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber weiter besteht und**
 - b) die Arbeitsleistung zukünftig bei dem anderen Arbeitgeber erbracht wird,**
 - 2c. zwischen Arbeitgebern, wenn diese juristische Personen des öffentlichen Rechts sind und Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften anwenden, oder**
 3. in das Ausland, wenn der Leiharbeiternehmer in ein auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen begründetes deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen verliehen wird, an dem der Verleiher beteiligt ist.

§ 1a Anzeige der Überlassung

- (1) Keiner Erlaubnis bedarf ein Arbeitgeber mit weniger als 50 Beschäftigten, der zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen an einen Arbeitgeber einen Arbeitnehmer, der nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird, bis zur Dauer von zwölf Monaten überläßt, wenn er die Überlassung vorher schriftlich der Bundesagentur für Arbeit angezeigt hat.
- (2) In der Anzeige sind anzugeben
1. Vor- und Familiennamen, Wohnort und Wohnung, Tag und Ort der Geburt des Leiharbeitnehmers,
 2. Art der vom Leiharbeiternehmer zu leistenden Tätigkeit und etwaige Pflicht zur auswärtigen Leistung,

3. Beginn und Dauer der Überlassung,
4. Firma und Anschrift des Entleihers.

§ 1b Einschränkungen im Baugewerbe

Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, ist unzulässig. Sie ist gestattet

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

Abweichend von Satz 2 ist für Betriebe des Baugewerbes mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes Arbeitnehmerüberlassung auch gestattet, wenn die ausländischen Betriebe nicht von deutschen Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen erfasst werden, sie aber nachweislich seit mindestens drei Jahren überwiegend Tätigkeiten ausüben, die unter den Geltungsbereich derselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträge fallen, von denen der Betrieb des Entleihers erfasst wird.

§ 2 Erteilung und Erlöschen der Erlaubnis

- (1) Die Erlaubnis wird auf schriftlichen Antrag erteilt.
- (2) Die Erlaubnis kann unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden, um sicherzustellen, daß keine Tatsachen eintreten, die nach § 3 die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen. Die Aufnahme, Änderung oder Ergänzung von Auflagen sind auch nach Erteilung der Erlaubnis zulässig.
- (3) Die Erlaubnis kann unter dem Vorbehalt des Widerrufs erteilt werden, wenn eine abschließende Beurteilung des Antrags noch nicht möglich ist.
- (4) Die Erlaubnis ist auf ein Jahr zu befristen. Der Antrag auf Verlängerung der Erlaubnis ist spätestens drei Monate vor Ablauf des Jahres zu stellen. Die Erlaubnis verlängert sich um ein weiteres Jahr, wenn die Erlaubnisbehörde die Verlängerung nicht vor Ablauf des Jahres ablehnt. Im Fall der Ablehnung gilt die Erlaubnis für die Abwicklung der nach § 1 erlaubt abgeschlossenen Verträge als fortbestehend, jedoch nicht länger als zwölf Monate.
- (5) Die Erlaubnis kann unbefristet erteilt werden, wenn der Verleiher drei aufeinanderfolgende Jahre lang nach § 1 erlaubt tätig war. Sie erlischt, wenn der Verleiher von der Erlaubnis drei Jahre lang keinen Gebrauch gemacht hat.

§ 2a Gebühren und Auslagen

- (1) Für die Bearbeitung von Anträgen auf Erteilung und Verlängerung der Erlaubnis werden vom Antragsteller Gebühren und Auslagen erhoben.
- (2) Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung die gebührenpflichtigen Tatbestände näher zu bestimmen und dabei feste Sätze und Rahmensätze vorzusehen. Die Gebühr darf im Einzelfall 2500 Euro nicht überschreiten.

§ 3 Versagung

- (1) Die Erlaubnis oder ihre Verlängerung ist zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller
 1. die für die Ausübung der Tätigkeit nach § 1 erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere weil er die Vorschriften des Sozialversicherungsrechts, über die Einbehaltung und Abführung der Lohnsteuer, über die Arbeitsvermittlung, über die Anwerbung im Ausland oder über die Ausländerbeschäftigung **über die Überlassungshöchstdauer nach § 1 Absatz 1b**, die Vorschriften des Arbeitsschutzrechts oder die arbeitsrechtlichen Pflichten nicht einhält;

2. nach der Gestaltung seiner Betriebsorganisation nicht in der Lage ist, die üblichen Arbeitgeberpflichten ordnungsgemäß zu erfüllen;
 3. **dem Leiharbeiternehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb dieses Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden die ihm nach § 8 zustehenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts nicht gewährt.**
- (2) Die Erlaubnis oder ihre Verlängerung ist ferner zu versagen, wenn für die Ausübung der Tätigkeit nach § 1 Betriebe, Betriebsteile oder Nebenbetriebe vorgesehen sind, die nicht in einem Mitgliedstaat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum liegen.
 - (3) Die Erlaubnis kann versagt werden, wenn der Antragsteller nicht Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes ist oder wenn eine Gesellschaft oder juristische Person den Antrag stellt, die entweder nicht nach deutschem Recht gegründet ist oder die weder ihren satzungsmäßigen Sitz noch ihre Hauptverwaltung noch ihre Hauptniederlassung im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat.
 - (4) Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum erhalten die Erlaubnis unter den gleichen Voraussetzungen wie deutsche Staatsangehörige. Den Staatsangehörigen dieser Staaten stehen gleich Gesellschaften und juristische Personen, die nach den Rechtsvorschriften dieser Staaten gegründet sind und ihren satzungsgemäßen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb dieser Staaten haben. Soweit diese Gesellschaften oder juristische Personen zwar ihren satzungsmäßigen Sitz, jedoch weder ihre Hauptverwaltung noch ihre Hauptniederlassung innerhalb dieser Staaten haben, gilt Satz 2 nur, wenn ihre Tätigkeit in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung mit der Wirtschaft eines Mitgliedstaates oder eines Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum steht.
 - (5) Staatsangehörige anderer als der in Absatz 4 genannten Staaten, die sich aufgrund eines internationalen Abkommens im Geltungsbereich dieses Gesetzes niederlassen und hierbei sowie bei ihrer Geschäftstätigkeit nicht weniger günstig behandelt werden dürfen als deutsche Staatsangehörige, erhalten die Erlaubnis unter den gleichen Voraussetzungen wie deutsche Staatsangehörige. Den Staatsangehörigen nach Satz 1 stehen gleich Gesellschaften, die nach den Rechtsvorschriften des anderen Staates gegründet sind.

§ 3a Lohnuntergrenze

- (1) Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern, die zumindest auch für ihre jeweiligen in der Arbeitnehmerüberlassung tätigen Mitglieder zuständig sind (vorschlagsberechtigte Tarifvertragsparteien) und bundesweit tarifliche Mindeststundenentgelte im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung miteinander vereinbart haben, können dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales gemeinsam vorschlagen, diese als Lohnuntergrenze in einer Rechtsverordnung verbindlich festzusetzen; die Mindeststundenentgelte können nach dem jeweiligen Beschäftigungsort differenzieren und auch Regelungen zur Fälligkeit entsprechender Ansprüche einschließlich hierzu vereinbarter Ausnahmen und deren Voraussetzungen umfassen. Der Vorschlag muss für Verleihzeiten und verleihefreie Zeiten einheitliche Mindeststundenentgelte sowie eine Laufzeit enthalten. Der Vorschlag ist schriftlich zu begründen.
- (2) Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten erscheint, in einer Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates bestimmen, dass die vorgeschlagenen tariflichen Mindeststundenentgelte nach Absatz 1 als verbindliche Lohnuntergrenze auf alle in den Geltungsbereich der Verordnung fallenden Arbeitgeber sowie Leiharbeiternehmer Anwendung findet. Der Ordnungsgeber kann den Vorschlag nur inhaltlich unverändert in die Rechtsverordnung übernehmen.
- (3) Der Ordnungsgeber hat bei seiner Entscheidung nach Absatz 2 im Rahmen einer Gesamtabwägung neben den Zielen dieses Gesetzes zu prüfen, ob eine Rechtsverordnung

- nach Absatz 2 insbesondere geeignet ist, die finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme zu gewährleisten. Der Ordnungsgeber hat zu berücksichtigen
1. die bestehenden bundesweiten Tarifverträge in der Arbeitnehmerüberlassung und
 2. die Repräsentativität der vorschlagenden Tarifvertragsparteien.
- (4) Liegen mehrere Vorschläge nach Absatz 1 vor, hat der Ordnungsgeber bei seiner Entscheidung nach Absatz 2 im Rahmen der nach Absatz 3 erforderlichen Gesamtabwägung die Repräsentativität der vorschlagenden Tarifvertragsparteien besonders zu berücksichtigen. Bei der Feststellung der Repräsentativität ist vorrangig abzustellen auf
1. die Zahl der jeweils in den Geltungsbereich einer Rechtsverordnung nach Absatz 2 fallenden Arbeitnehmer, die bei Mitgliedern der vorschlagenden Arbeitgebervereinigung beschäftigt sind;
 2. die Zahl der jeweils in den Geltungsbereich einer Rechtsverordnung nach Absatz 2 fallenden Mitglieder der vorschlagenden Gewerkschaften.
- (5) Vor Erlass ist ein Entwurf der Rechtsverordnung im Bundesanzeiger bekannt zu machen. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales gibt Verleiher und Leiharbeitnehmern sowie den Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern, die im Geltungsbereich der Rechtsverordnung zumindest teilweise tarifzuständig sind, Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme innerhalb von drei Wochen ab dem Tag der Bekanntmachung des Entwurfs der Rechtsverordnung im Bundesanzeiger. Nach Ablauf der Stellungnahmefrist wird der in § 5 Absatz 1 Satz 1 des Tarifvertragsgesetzes genannte Ausschuss mit dem Vorschlag befasst.
- (6) Nach Absatz 1 vorschlagsberechtigte Tarifvertragsparteien können gemeinsam die Änderung einer nach Absatz 2 erlassenen Rechtsverordnung vorschlagen. Die Absätze 1 bis 5 finden entsprechend Anwendung.

§ 4 Rücknahme

- (1) Eine rechtswidrige Erlaubnis kann mit Wirkung für die Zukunft zurückgenommen werden. § 2 Abs. 4 Satz 4 gilt entsprechend.
- (2) Die Erlaubnisbehörde hat dem Verleiher auf Antrag den Vermögensnachteil auszugleichen, den dieser dadurch erleidet, daß er auf den Bestand der Erlaubnis vertraut hat, soweit sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse schutzwürdig ist. Auf Vertrauen kann sich der Verleiher nicht berufen, wenn er
 1. die Erlaubnis durch arglistige Täuschung, Drohung oder eine strafbare Handlung erwirkt hat;
 2. die Erlaubnis durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren, oder
 3. die Rechtswidrigkeit der Erlaubnis kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Der Vermögensnachteil ist jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus zu ersetzen, das der Verleiher an dem Bestand der Erlaubnis hat. Der auszugleichende Vermögensnachteil wird durch die Erlaubnisbehörde festgesetzt. Der Anspruch kann nur innerhalb eines Jahres geltend gemacht werden; die Frist beginnt, sobald die Erlaubnisbehörde den Verleiher auf sie hingewiesen hat.
- (3) Die Rücknahme ist nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt zulässig, in dem die Erlaubnisbehörde von den Tatsachen Kenntnis erhalten hat, die die Rücknahme der Erlaubnis rechtfertigen.

§ 5 Widerruf

- (1) Die Erlaubnis kann mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden, wenn
 1. der Widerruf bei ihrer Erteilung nach § 2 Abs. 3 vorbehalten worden ist;
 2. der Verleiher eine Auflage nach § 2 nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat;
 3. die Erlaubnisbehörde aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, die Erlaubnis zu versagen, oder
 4. Die Erlaubnisbehörde aufgrund einer geänderten Rechtslage berechtigt wäre, die Erlaubnis zu versagen; § 4 Abs. 2 gilt entsprechend.

- (2) Die Erlaubnis wird mit dem Wirksamwerden des Widerrufs unwirksam. § 2 Abs. 4 Satz 4 gilt entsprechend.
- (3) Der Widerruf ist unzulässig, wenn eine Erlaubnis gleichen Inhalts erneut erteilt werden müßte.
- (4) Der Widerruf ist nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt zulässig, in dem die Erlaubnisbehörde von den Tatsachen Kenntnis erhalten hat, die den Widerruf der Erlaubnis rechtfertigen.

§ 6 Verwaltungszwang

Werden Leiharbeitnehmer von einem Verleiher ohne die erforderliche Erlaubnis überlassen, so hat die Erlaubnisbehörde dem Verleiher dies zu untersagen und das weitere Überlassen nach den Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes zu verhindern.

§ 7 Anzeigen und Auskünfte

- (1) Der Verleiher hat der Erlaubnisbehörde nach Erteilung der Erlaubnis unaufgefordert die Verlegung, Schließung und Errichtung von Betrieben, Betriebsteilen oder Nebenbetrieben vorher anzuzeigen, soweit diese die Ausübung der Arbeitnehmerüberlassung zum Gegenstand haben. Wenn die Erlaubnis Personengesamtheiten, Personengesellschaften oder juristischen Personen erteilt ist und nach ihrer Erteilung eine andere Person zur Geschäftsführung oder Vertretung nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag berufen wird, ist auch dies unaufgefordert anzuzeigen.
- (2) Der Verleiher hat der Erlaubnisbehörde auf Verlangen die Auskünfte zu erteilen, die zur Durchführung des Gesetzes erforderlich sind. Die Auskünfte sind wahrheitsgemäß, vollständig, fristgemäß und unentgeltlich zu erteilen. Auf Verlangen der Erlaubnisbehörde hat der Verleiher die geschäftlichen Unterlagen vorzulegen, aus denen sich die Richtigkeit seiner Angaben ergibt, oder seine Angaben auf sonstige Weise glaubhaft zu machen. Der Verleiher hat seine Geschäftsunterlagen drei Jahre lang aufzubewahren.
- (3) In begründeten Einzelfällen sind die von der Erlaubnisbehörde beauftragten Personen befugt, Grundstücke und Geschäftsräume des Verleihers zu betreten und dort Prüfungen vorzunehmen. Der Verleiher hat die Maßnahmen nach Satz 1 zu dulden. Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt.
- (4) Durchsuchungen können nur auf Anordnung des Richters bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk die Durchsuchung erfolgen soll, vorgenommen werden. Auf die Anfechtung dieser Anordnung finden die §§ 304 bis 310 der Strafprozeßordnung entsprechende Anwendung. Bei Gefahr im Verzug können die von der Erlaubnisbehörde beauftragten Personen während der Geschäftszeit die erforderlichen Durchsuchungen ohne richterliche Anordnung vornehmen. An Ort und Stelle ist eine Niederschrift über die Durchsuchung und ihr wesentliches Ergebnis aufzunehmen, aus der sich, falls keine richterliche Anordnung ergangen ist, auch die Tatsachen ergeben, die zur Annahme einer Gefahr im Verzug geführt haben.
- (5) Der Verleiher kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 der Zivilprozeßordnung bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzen würde.

§ 8 Statistische Meldungen **Grundsatz der Gleichstellung**

- (1) *Der Verleiher ist verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren* **(Gleichstellungsgrundsatz). Erhält der Leiharbeitnehmer das für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers im Entleihbetrieb geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt oder in Ermangelung eines solchen ein für vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbranche geltendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt, wird vermutet, dass der Leiharbeitnehmer hinsichtlich des**

Arbeitsentgelts im Sinne von Satz 1 gleichgestellt ist. Werden im Betrieb des Entleihers Sachbezüge gewährt, kann ein Wertausgleich in Euro erfolgen.

- (2) *Ein Tarifvertrag kann vom Gleichstellungsgrundsatz abweichen, soweit er nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet. Soweit ein solcher Tarifvertrag vom Gleichstellungsgrundsatz abweicht, hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die nach diesem Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung des Tarifvertrages vereinbaren. Soweit ein solcher Tarifvertrag die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet, hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer für jede Arbeitsstunde das im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers für eine Arbeitsstunde zu zahlende Arbeitsentgelt zu gewähren.*
- (3) *Eine abweichende tarifliche Regelung im Sinne von Absatz 2 gilt nicht für Leiharbeitnehmer, 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 des Aktiengesetzes bildet, ausgeschieden sind.*
- (4) **Ein Tarifvertrag im Sinne des Absatzes 2 kann hinsichtlich des Arbeitsentgelts vom Gleichstellungsgrundsatz für die ersten neun Monate einer Überlassung an einen Entleiher abweichen. Eine längere Abweichung durch Tarifvertrag ist nur zulässig, wenn**
- 1. nach spätestens 15 Monaten einer Überlassung an einen Entleiher mindestens ein Arbeitsentgelt erreicht wird, das in dem Tarifvertrag als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche festgelegt ist, und**
 - 2. nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen eine stufenweise Heranführung an dieses Arbeitsentgelt erfolgt.**

Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen.

- (5) *Der Verleiher ist verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer mindestens das in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 für die Zeit der Überlassung und für Zeiten ohne Überlassung festgesetzte Mindeststundenentgelt zu zahlen.*
- (1) ~~Der Verleiher hat der Erlaubnisbehörde halbjährlich statistische Meldungen über~~
- ~~1. die Zahl der überlassenen Leiharbeitnehmer getrennt nach Geschlecht, nach der Staatsangehörigkeit, nach Berufsgruppen und nach der Art der vor der Begründung des Vertragsverhältnisses zum Verleiher ausgeübten Beschäftigung;~~
 - ~~2. die Zahl der Überlassungsfälle, gegliedert nach Wirtschaftsgruppen;~~
 - ~~3. die Zahl der Entleiher, denen er Leiharbeitnehmer überlassen hat, gegliedert nach Wirtschaftsgruppen;~~
 - ~~4. die Zahl und die Dauer der Arbeitsverhältnisse, die er mit jedem überlassenen Leiharbeitnehmer eingegangen ist;~~
 - ~~5. die Zahl der Beschäftigungstage jedes überlassenen Leiharbeitnehmers, gegliedert nach Überlassungsfällen, zu erstatten. Die Erlaubnisbehörde kann die Meldepflicht nach Satz 1 einschränken.~~
- (2) ~~Die Meldungen sind für das erste Kalenderhalbjahr bis zum 1. September des laufenden Jahres, für das zweite Kalenderhalbjahr bis zum 1. März des folgenden Jahres zu erstatten.~~
- (3) ~~Die Erlaubnisbehörde gibt zur Durchführung des Absatzes 1 Erhebungsvordrucke aus. Die Meldungen sind auf diesen Vordrucken zu erstatten. Die Richtigkeit der Angaben ist durch Unterschrift zu bestätigen.~~
- (4) ~~Einzelangaben nach Absatz 1 sind von der Erlaubnisbehörde geheimzuhalten. Die §§ 93, 97, 105 Abs. 1, § 111 Abs. 5 in Verbindung mit § 105 Abs. 1 sowie § 116 Abs. 1 der~~

Abgabenordnung gelten nicht. Dies gilt nicht, soweit die Finanzbehörden die Kenntnisse für die Durchführung eines Verfahrens wegen einer Steuerstraftat sowie eines damit zusammenhängenden Besteuerungsverfahrens benötigen, an deren Verfolgung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht, oder soweit es sich um vorsätzlich falsche Angaben des Auskunftspflichtigen oder der für ihn tätigen Personen handelt. Veröffentlichungen von Ergebnissen auf Grund von Meldungen nach Absatz 1 dürfen keine Einzelangaben enthalten. Eine Zusammenfassung von Angaben mehrerer Auskunftspflichtiger ist keine Einzelangabe im Sinne dieses Absatzes.

§ 9 Unwirksamkeit

(1) Unwirksam sind:

1. Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat; **der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer wird nicht unwirksam, wenn der Leiharbeitnehmer schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach dem zwischen Verleiher und Entleiher für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher erklärt, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält; tritt die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, so beginnt die Frist mit Eintritt der Unwirksamkeit,**
 - 1a. **Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn entgegen § 1 Absatz 1 Satz 5 und 6 die Arbeitnehmerüberlassung nicht ausdrücklich als solche bezeichnet und die Person des Leiharbeitnehmers nicht konkretisiert worden ist, es sei denn, der Leiharbeitnehmer erklärt schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach dem zwischen Verleiher und Entleiher für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält,**
 - 1b. **Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern mit dem Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer nach § 1 Absatz 1b, es sei denn, der Leiharbeitnehmer erklärt schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält,**
2. **Vereinbarungen, die für den Leiharbeitnehmer schlechtere als die ihm nach § 8 zustehenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen,**
 - 2a. Vereinbarung, die den Zugang des Leiharbeitnehmers zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen des Entleihers entgegen § 13b beschränken,
 3. Vereinbarung, die dem Entleiher untersagen, den Leiharbeitnehmer zu einem Zeitpunkt einzustellen, in dem dessen Arbeitsverhältnis zum Verleiher nicht mehr besteht; dies schließt die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung zwischen Verleiher und Entleiher für die nach vorangegangenem Verleih oder mittels vorangegangenem Verleih erfolgte Vermittlung nicht aus,
 4. Vereinbarung, die dem Leiharbeitnehmer untersagen, mit dem Entleiher zu einem Zeitpunkt, in dem das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nicht mehr besteht, ein Arbeitsverhältnis einzugehen,
 5. Vereinbarung, nach denen der Leiharbeitnehmer eine Vermittlungsvergütung an den Verleiher zu zahlen hat.

(2) **Die Erklärung nach Absatz 1 Nummer 1, 1a oder 1b (Festhaltenserklärung) ist nur wirksam, wenn**

1. der Leiharbeitnehmer diese vor ihrer Abgabe persönlich in einer Agentur für Arbeit vorlegt,
 2. die Agentur für Arbeit die abzugebende Erklärung mit dem Datum des Tages der Vorlage und dem Hinweis versieht, dass sie die Identität des Leiharbeitnehmers festgestellt hat, und
 3. die Erklärung spätestens am dritten Tag nach der Vorlage in der Agentur für Arbeit dem Ver- oder Entleiher zugeht.
- (3) Eine vor Beginn einer Frist nach Absatz 1 Nummer 1 bis 1b abgegebene Festhaltungserklärung ist unwirksam. Wird die Überlassung nach der Festhaltungserklärung fortgeführt, gilt Absatz 1 Nummer 1 bis 1b. Eine erneute Festhaltungserklärung ist unwirksam. § 28e Absatz 2 Satz 4 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch gilt unbeschadet der Festhaltungserklärung.

§ 10 Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit, Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen

- (1) Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach ~~§ 9 Nr. 1~~ § 9 unwirksam, so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen; tritt die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, so gilt das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer mit dem Eintritt der Unwirksamkeit als zustande gekommen. Das Arbeitsverhältnis nach Satz 1 gilt als befristet, wenn die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher nur befristet vorgesehen war und ein die Befristung des Arbeitsverhältnisses sachlich rechtfertigender Grund vorliegt. Für das Arbeitsverhältnis nach Satz 1 gilt die zwischen dem Verleiher und dem Entleiher vorgesehene Arbeitszeit als vereinbart. Im übrigen bestimmen sich Inhalt und Dauer dieses Arbeitsverhältnisses nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen; sind solche nicht vorhanden, gelten diejenigen vergleichbarer Betriebe. Der Leiharbeitnehmer hat gegen den Entleiher mindestens Anspruch auf das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt.
- (2) Der Leiharbeitnehmer kann im Falle der Unwirksamkeit seines Vertrages mit dem Verleiher nach ~~§ 9 Nr. 1~~ § 9 von diesem Ersatz des Schadens verlangen, den er dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Leiharbeitnehmer den Grund der Unwirksamkeit kannte.
- (3) Zahlt der Verleiher das vereinbarte Arbeitsentgelt oder Teile des Arbeitsentgelts an den Leiharbeitnehmer, obwohl der Vertrag nach ~~§ 9 Nr. 1~~ § 9 unwirksam ist, so hat er auch sonstige Teile des Arbeitsentgelts, die bei einem wirksamen Arbeitsvertrag für den Leiharbeitnehmer an einen anderen zu zahlen wären, an den anderen zu zahlen. Hinsichtlich dieser Zahlungspflicht gilt der Verleiher neben dem Entleiher als Arbeitgeber; beide haften insoweit als Gesamtschuldner.
- ~~(4) Der Verleiher ist verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren. Soweit ein auf das Arbeitsverhältnis anzuwendender Tarifvertrag abweichende Regelungen trifft (§ 3 Absatz 1 Nummer 3, § 9 Nummer 2), hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die nach diesem Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren. Soweit ein solcher Tarifvertrag die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet, hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer für jede Arbeitsstunde das im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers für eine Arbeitsstunde zu zahlende Arbeitsentgelt zu gewähren. Im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nach § 9 Nummer 2 hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des~~

~~Entleiher geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren:~~

- ~~(5) Der Verleiher ist verpflichtet, dem Leiharbeiter mindestens das in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 für die Zeit der Überlassung und für Zeiten ohne Überlassung festgesetzte Mindeststundenentgelt zu zahlen.~~

**§ 10a Rechtsfolgen bei Überlassung durch eine andere Person als den Arbeitgeber
Werden Arbeitnehmer entgegen § 1 Absatz 1 Satz 3 von einer anderen Person
überlassen und verstößt diese Person hierbei gegen § 1 Absatz 1 Satz 1, § 1 Absatz
1 Satz 5 und 6 oder § 1 Absatz 1b, gelten für das Arbeitsverhältnis des Leiharbeit-
nehmers § 9 Absatz 1 Nummer 1 bis 1b und § 10 entsprechend.**

§ 11 Sonstige Vorschriften über das Leiharbeitsverhältnis

- (1) Der Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen des Leiharbeitsverhältnisses richtet sich nach den Bestimmungen des Nachweisgesetzes. Zusätzlich zu den in § 2 Abs. 1 des Nachweisgesetzes genannten Angaben sind in die Niederschrift aufzunehmen:
1. Firma und Anschrift des Verleihers, die Erlaubnisbehörde sowie Ort und Datum der Erteilung der Erlaubnis nach § 1,
 2. Art und Höhe der Leistungen für Zeiten, in denen der Leiharbeiter nicht verliehen ist.
- (2) Der Verleiher ist ferner verpflichtet, dem Leiharbeiter bei Vertragsschluß ein Merkblatt der Erlaubnisbehörde über den wesentlichen Inhalt dieses Gesetzes auszuhändigen. Nichtdeutsche Leiharbeiter erhalten das Merkblatt und den Nachweis nach Absatz 1 auf Verlangen in ihrer Muttersprache. Die Kosten des Merkblatts trägt der Verleiher.
- Der Verleiher hat den Leiharbeiter vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Leiharbeiter tätig wird.**
- (3) Der Verleiher hat den Leiharbeiter unverzüglich über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis zu unterrichten. In den Fällen der Nichtverlängerung (§ 2 Abs. 4 Satz 3), der Rücknahme (§ 4) oder des Widerrufs (§ 5) hat er ihn ferner auf das voraussichtliche Ende der Abwicklung (§ 2 Abs. 4 Satz 4) und die gesetzliche Abwicklungsfrist (§ 2 Abs. 4 Satz 4 letzter Halbsatz) hinzuweisen.
- (4) § 622 Abs. 5 Nr. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist nicht auf Arbeitsverhältnisse zwischen Verleihern und Leihararbeitern anzuwenden. Das Recht des Leihararbeiters auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers (§ 615 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) kann nicht durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden; § 615 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bleibt unberührt. Das Recht des Leihararbeiters auf Vergütung kann durch Vereinbarung von Kurzarbeit für die Zeit aufgehoben werden, für die dem Leiharbeiter Kurzarbeitergeld nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch gezahlt wird; eine solche Vereinbarung kann das Recht des Leihararbeiters auf Vergütung bis längstens zum 31. Dezember 2011 ausschließen.
- ~~(5) Der Leiharbeiter ist nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu sein, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. In den Fällen eines Arbeitskampfes nach Satz 1 hat der Verleiher den Leiharbeiter auf das Recht, die Arbeitsleistung zu verweigern, hinzuweisen.~~
- (5) Der Entleiher darf Leiharbeiter nicht tätig werden lassen, wenn sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Satz 1 gilt nicht, wenn der Entleiher sicherstellt, dass Leiharbeiter keine Tätigkeiten übernehmen, die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die**
- 1. sich im Arbeitskampf befinden oder**
 - 2. ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern, die sich im Arbeitskampf befinden, übernommen haben.**
- Der Leiharbeiter ist nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu sein, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. In den Fällen**

eines Arbeitskampfes hat der Verleiher den Leiharbeitnehmer auf das Recht, die Arbeitsleistung zu verweigern, hinzuweisen.

- (6) Die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher unterliegt den für den Betrieb des Entleihers geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitsschutzrechts; die hieraus sich ergebenden Pflichten für den Arbeitgeber obliegen dem Entleiher unbeschadet der Pflichten des Verleihers. Insbesondere hat der Entleiher den Leiharbeitnehmer 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 Abwendung dieser Gefahren zu unterrichten. Der Entleiher hat den Leiharbeitnehmer zusätzlich über die Notwendigkeit besonderer Qualifikationen oder beruflicher Fähigkeiten oder einer besonderen ärztlichen Überwachung sowie über erhöhte besondere Gefahren des Arbeitsplatzes zu unterrichten.
- (7) Hat der Leiharbeitnehmer während der Dauer der Tätigkeit bei dem Entleiher eine Erfindung oder einen technischen Verbesserungsvorschlag gemacht, so gilt der Entleiher als Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen.

§ 12 Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher

- (1) Der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher bedarf der Schriftform. **Wenn der Vertrag und seine tatsächliche Durchführung einander widersprechen, ist für die rechtliche Einordnung des Vertrages die tatsächliche Durchführung maßgebend.** In der Urkunde hat der Verleiher zu erklären, ob er die Erlaubnis nach § 1 besitzt. Der Entleiher hat in der Urkunde anzugeben, welche besonderen Merkmale die für den Leiharbeitnehmer vorgesehene Tätigkeit hat und welche berufliche Qualifikation dafür erforderlich ist sowie welche im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gelten; Letzteres gilt nicht, soweit die Voraussetzungen der in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 **§ 8 Absatz 2 und Absatz 4 Satz 2** genannten Ausnahme vorliegen.
- (2) Der Verleiher hat den Entleiher unverzüglich über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis zu unterrichten. In den Fällen der Nichtverlängerung (§ 2 Abs. 4 Satz 3), der Rücknahme (§ 4) oder des Widerrufs (§ 5) hat er ihn ferner auf das voraussichtliche Ende der Abwicklung (§ 2 Abs. 4 Satz 4) und die gesetzliche Abwicklungsfrist (§ 2 Abs. 4 Satz 4 letzter Halbsatz) hinzuweisen.

§ 13 Auskunftsanspruch des Leiharbeitnehmers

Der Leiharbeitnehmer kann im Falle der Überlassung von seinem Entleiher Auskunft über die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen; dies gilt nicht, soweit die Voraussetzungen der in § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 **§ 8 Absatz 2 und Absatz 4 Satz 2** genannten Ausnahme vorliegen.

§ 13a Informationspflicht des Entleihers über freie Arbeitsplätze

Der Entleiher hat den Leiharbeitnehmer über Arbeitsplätze des Entleihers, die besetzt werden sollen, zu informieren. Die Information kann durch allgemeine Bekanntgabe an geeigneter, dem Leiharbeitnehmer zugänglicher Stelle im Betrieb und Unternehmen des Entleihers erfolgen.

§ 13b Zugang des Leiharbeitnehmers zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten

Der Entleiher hat dem Leiharbeitnehmer Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmern in dem Betrieb, in dem der Leiharbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt. Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste im Sinne des Satzes 1 sind insbesondere Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel.

§ 14 Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte

- (1) Leiharbeiter bleiben auch während der Zeit ihrer Arbeitsleistung bei einem Entleiher Angehörige des entsendenden Betriebs des Verleihers.
- (2) Leiharbeiter sind bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat im Entleiherunternehmen und bei der Wahl der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmervertretungen im Entleiherbetrieb nicht wählbar. Sie sind berechtigt, die Sprechstunden dieser Arbeitnehmervertretungen aufzusuchen und an den Betriebs- und Jugendversammlungen im Entleiherbetrieb teilzunehmen. Die §§ 81, 82 Abs. 1 und die §§ 84 bis 86 des Betriebsverfassungsgesetzes gelten im Entleiherbetrieb auch in bezug auf die dort tätigen Leiharbeiter. **Soweit Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes mit Ausnahme des § 112a, des Europäische Betriebsräte-Gesetzes oder der auf Grund der jeweiligen Gesetze erlassenen Wahlordnungen eine bestimmte Anzahl oder einen bestimmten Anteil von Arbeitnehmern voraussetzen, sind Leiharbeiter auch im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen. Soweit Bestimmungen des Mitbestimmungsgesetzes, des MontanMitbestimmungsgesetzes, des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes, des Drittelbeteiligungsgesetzes, des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung des SE- und des SCE-Beteiligungsgesetzes oder der auf Grund der jeweiligen Gesetze erlassenen Wahlordnungen eine bestimmte Anzahl oder einen bestimmten Anteil von Arbeitnehmern voraussetzen, sind Leiharbeiter auch im Entleiherunternehmen zu berücksichtigen. Soweit die Anwendung der in Satz 5 genannten Gesetze eine bestimmte Anzahl oder einen bestimmten Anteil von Arbeitnehmern erfordert, sind Leiharbeiter im Entleiherunternehmen nur zu berücksichtigen, wenn die Einsatzdauer sechs Monate übersteigt.**
- (3) Vor der Übernahme eines Leiharbeiters zur Arbeitsleistung ist der Betriebsrat des Entleiherbetriebs nach § 99 des Betriebsverfassungsgesetzes zu beteiligen. Dabei hat der Entleiher dem Betriebsrat auch die schriftliche Erklärung des Verleihers nach § 12 Abs. 1 Satz 2 vorzulegen. Er ist ferner verpflichtet, Mitteilungen des Verleihers nach § 12 Abs. 2 unverzüglich dem Betriebsrat bekanntzugeben.
- (4) Die Absätze 1 und 2 Satz 1 und 2 sowie Absatz 3 gelten für die Anwendung des Bundespersonalvertretungsgesetzes sinngemäß.

§ 15 Ausländische Leiharbeiter ohne Genehmigung

- (1) Wer als Verleiher einen Ausländer, der einen erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, oder eine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch nicht besitzt, entgegen § 1 einem Dritten ohne Erlaubnis überläßt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter gewerbsmäßig oder aus grobem Eigennutz handelt.

§ 15a Entleih von Ausländern ohne Genehmigung

- (1) Wer als Entleiher einen ihm überlassenen Ausländer, der einen erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, oder eine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch nicht besitzt, zu Arbeitsbedingungen des Leiharbeitsverhältnisses tätig werden läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Leiharbeiter stehen, die die gleiche oder eine vergleichbare Tätigkeit ausüben, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs

Monaten bis zu fünf Jahren; ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter gewerbsmäßig oder aus grobem Eigennutz handelt.

(2) Wer als Entleiher

1. gleichzeitig mehr als fünf Ausländer, die einen erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, oder eine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch nicht besitzen, tätig werden läßt oder
2. eine in § 16 Abs. 1 Nr. 2 bezeichnete vorsätzliche Zuwiderhandlung beharrlich wiederholt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Handelt der Täter aus grobem Eigennutz, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

§ 16 Ordnungswidrigkeiten

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen § 1 einen Leiharbeiter einem Dritten ohne Erlaubnis überläßt,
 - 1a. einen ihm von einem Verleiher ohne Erlaubnis überlassenen Leiharbeiter tätig werden läßt,
 - 1b. entgegen § 1 Absatz 1 Satz 3 einen Arbeitnehmer überläßt oder tätig werden läßt,**
 - 1c. entgegen § 1 Absatz 1 Satz 5 eine dort genannte Überlassung nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig bezeichnet,**
 - 1d. entgegen § 1 Absatz 1 Satz 6 die Person nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig konkretisiert,**
 - 1e. entgegen § 1 Absatz 1b Satz 1 einen Leiharbeiter überläßt,**
 - 1f. *entgegen § 1b Satz 1 Arbeitnehmer überläßt oder tätig werden läßt,*
2. einen ihm überlassenen ausländischen Leiharbeiter, der einen erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, oder eine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch nicht besitzt, tätig werden läßt,
 - 2a. eine Anzeige nach § 1a nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet,
3. einer Auflage nach § 2 Abs. 2 nicht, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig nachkommt,
4. eine Anzeige nach § 7 Abs. 1 nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstattet,
5. eine Auskunft nach § 7 Abs. 2 Satz 1 nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt,
6. seiner Aufbewahrungspflicht nach § 7 Abs. 2 Satz 4 nicht nachkommt,
 - 6a. entgegen § 7 Abs. 3 Satz 2 eine dort genannte Maßnahme nicht duldet,
- ~~7. eine statistische Meldung nach § 8 Abs. 1 nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erteilt,~~
- 7a. ~~entgegen § 10 Absatz 4~~ **§ 8 Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 2 Satz 2 oder 4** eine Arbeitsbedingung nicht gewährt,
- 7b. ~~entgegen § 10 Absatz 5~~ **§ 8 Absatz 5** in Verbindung mit einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 Satz 1 das dort genannte Mindeststundenentgelt nicht oder nicht rechtzeitig zahlt,
8. einer Pflicht nach § 11 Abs. 1 oder Abs. 2 nicht nachkommt,
- 8a. entgegen § 11 Absatz 5 Satz 1 einen Leiharbeiter tätig werden läßt,**
9. entgegen § 13a Satz 1 den Leiharbeiter nicht, nicht richtig oder nicht vollständig informiert,
10. entgegen § 13b Satz 1 Zugang nicht gewährt,
11. entgegen § 17a in Verbindung mit § 5 Absatz 1 Satz 1 des

- Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes eine Prüfung nicht duldet oder bei dieser Prüfung nicht mitwirkt,
12. entgegen § 17a in Verbindung mit § 5 Absatz 1 Satz 2 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes das Betreten eines Grundstücks oder Geschäftsraums nicht duldet,
 13. entgegen § 17a in Verbindung mit § 5 Absatz 3 Satz 1 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes Daten nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig übermittelt,
 14. entgegen § 17b Absatz 1 Satz 1 eine Anmeldung nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig zuleitet,
 15. entgegen § 17b Absatz 1 Satz 2 eine Änderungsmeldung nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig macht,
 16. entgegen § 17b Absatz 2 eine Versicherung nicht beifügt,
 17. entgegen § 17c Absatz 1 eine Aufzeichnung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstellt oder nicht oder nicht mindestens zwei Jahre aufbewahrt oder#
 18. entgegen § 17c Absatz 2 eine Unterlage nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht in der vorgeschriebenen Weise bereithält.
- (2) Die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 1 bis ~~1b~~ **1f**, 6 und 11 bis 18 kann mit einer Geldbuße bis zu dreißigtausend Euro, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 2, 7a, ~~und 7b~~ **7b und 8a** mit einer Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 2a, 3, 9 und 10 mit einer Geldbuße bis zu zweitausendfünfhundert Euro, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 Nummer 4, 5, 6a, 7 und 8 mit einer Geldbuße bis zu tausend Euro geahndet werden.
- ~~(3) Verwaltungsbehörden im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten sind für die Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 Nummer 1 bis 2a, 7b sowie 11 bis 18 die Behörden der Zollverwaltung, für die Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 1 Nummer 3 bis 7a sowie 8 bis 10 die Bundesagentur für Arbeit.~~
- (3) Verwaltungsbehörden im Sinne des § 36 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten sind in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1, 1a, 1c, 1d, 1f, 2, 2a und 7b sowie 11 bis 18 die Behörden der Zollverwaltung jeweils für ihren Geschäftsbereich, in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1b, 1e, 3 bis 7a sowie 8 bis 10 die Bundesagentur für Arbeit.**
- (4) § 66 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch gilt entsprechend.
- (5) Die Geldbußen fließen in die Kasse der zuständigen Verwaltungsbehörde. Sie trägt abweichend von § 105 Abs. 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten die notwendigen Auslagen und ist auch ersatzpflichtig im Sinne des § 110 Abs. 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten.

§ 17 Durchführung

- (1) Die Bundesagentur für Arbeit führt dieses Gesetz nach fachlichen Weisungen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales durch. Verwaltungskosten werden nicht erstattet.
- (2) Die Prüfung der Arbeitsbedingungen nach ~~§ 10 Absatz 5~~ **§ 8 Absatz 5** obliegt zudem den Behörden der Zollverwaltung nach Maßgabe der §§ 17a bis 18a.

§ 17a Befugnisse der Behörden der Zollverwaltung

Die §§ 2, 3 bis 6 und 14 bis 20, 22, 23 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes sind entsprechend anzuwenden mit der Maßgabe, dass die dort genannten Behörden auch Einsicht in Arbeitsverträge, Niederschriften nach § 2 des Nachweisgesetzes und andere Geschäftsunterlagen nehmen können, die mittelbar oder unmittelbar Auskunft über die Einhaltung der Arbeitsbedingungen nach ~~§ 10 Absatz 5~~ **§ 8 Absatz 5** geben.

§ 17b Meldepflicht

- (1) Überlässt ein Verleiher mit Sitz im Ausland einen Leiharbeiter zur Arbeitsleistung einem Entleiher, hat der Entleiher, sofern eine Rechtsverordnung nach § 3a auf das Arbeitsverhältnis Anwendung findet, vor Beginn jeder Überlassung der zuständigen Behörde der Zollverwaltung eine schriftliche Anmeldung in deutscher Sprache mit folgenden Angaben zuzuleiten:
 1. Familienname, Vornamen und Geburtsdatum des überlassenen Leiharbeiters,
 2. Beginn und Dauer der Überlassung,
 3. Ort der Beschäftigung,
 4. Ort im Inland, an dem die nach § 17c erforderlichen Unterlagen bereitgehalten werden,
 5. Familienname, Vornamen und Anschrift in Deutschland eines oder einer Zustellungsbevollmächtigten des Verleihers,
 6. Branche, in die die Leiharbeiter überlassen werden sollen, und
 7. Familienname, Vornamen oder Firma sowie Anschrift des Verleihers.Änderungen bezüglich dieser Angaben hat der Entleiher unverzüglich zu melden.
- (2) Der Entleiher hat der Anmeldung eine Versicherung des Verleihers beizufügen, dass dieser seine Verpflichtungen nach ~~§ 10 Absatz 5~~ **§ 8 Absatz 5** einhält.
- (3) Das Bundesministerium der Finanzen kann durch Rechtsverordnung im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales ohne Zustimmung des Bundesrates bestimmen,
 1. dass, auf welche Weise und unter welchen technischen und organisatorischen Voraussetzungen eine Anmeldung, Änderungsmeldung und Versicherung abweichend von den Absätzen 1 und 2 elektronisch übermittelt werden kann,
 2. unter welchen Voraussetzungen eine Änderungsmeldung ausnahmsweise entfallen kann und
 3. wie das Meldeverfahren vereinfacht oder abgewandelt werden kann.
- (4) Das Bundesministerium der Finanzen kann durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates die zuständige Behörde nach Absatz 1 Satz 1 bestimmen.

§ 17c Erstellen und Bereithalten von Dokumenten

- (1) Sofern eine Rechtsverordnung nach § 3a auf ein Arbeitsverhältnis Anwendung findet, ist der Entleiher verpflichtet, Beginn, Ende und Dauer der täglichen Arbeitszeit des Leiharbeiters spätestens bis zum Ablauf des siebten auf den Tag der Arbeitsleistung folgenden Kalendertages aufzuzeichnen und diese Aufzeichnungen mindestens zwei Jahre beginnend ab dem für die Aufzeichnung maßgeblichen Zeitpunkt aufzubewahren.
- (2) Jeder Verleiher ist verpflichtet, die für die Kontrolle der Einhaltung einer Rechtsverordnung nach § 3a erforderlichen Unterlagen im Inland für die gesamte Dauer der tatsächlichen Beschäftigung des Leiharbeiters im Geltungsbereich dieses Gesetzes, insgesamt jedoch nicht länger als zwei Jahre, in deutscher Sprache bereitzuhalten. Auf Verlangen der Prüfbehörde sind die Unterlagen auch am Ort der Beschäftigung bereitzuhalten

§ 18 Zusammenarbeit mit anderen Behörden

- (1) Zur Verfolgung und Ahndung der Ordnungswidrigkeiten nach § 16 arbeiten die Bundesagentur für Arbeit und die Behörden der Zollverwaltung insbesondere mit folgenden Behörden zusammen:
 1. den Trägern der Krankenversicherung als Einzugsstellen für die Sozialversicherungsbeiträge,
 2. den in § 71 des Aufenthaltsgesetzes genannten Behörden,
 3. den Finanzbehörden,
 4. den nach Landesrecht für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz zuständigen Behörden,
 5. den Trägern der Unfallversicherung,

6. den für den Arbeitsschutz zuständigen Landesbehörden,
 7. den Rentenversicherungsträgern,
 8. den Trägern der Sozialhilfe.
- (2) Ergeben sich für die Bundesagentur für Arbeit oder die Behörden der Zollverwaltung bei der Durchführung dieses Gesetzes im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für
1. Verstöße gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz,
 2. eine Beschäftigung oder Tätigkeit von Ausländern ohne erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, oder eine Genehmigung nach § 284 Abs. 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch,
 3. Verstöße gegen die Mitwirkungspflicht nach § 60 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch gegenüber einer Dienststelle der Bundesagentur für Arbeit, einem Träger der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Unfall- oder Rentenversicherung oder einem Träger der Sozialhilfe oder gegen die Meldepflicht nach § 8a des Asylbewerberleistungsgesetzes,
 4. Verstöße gegen die Vorschriften des Vierten und Siebten Buches Sozialgesetzbuch über die Verpflichtung zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, soweit sie im Zusammenhang mit den in den Nummern 1 bis 3 genannten Verstößen sowie mit Arbeitnehmerüberlassung entgegen § 1 stehen,
 5. Verstöße gegen die Steuergesetze,
 6. Verstöße gegen das Aufenthaltsgesetz,
- unterrichten sie die für die Verfolgung und Ahndung zuständigen Behörden, die Träger der Sozialhilfe sowie die Behörden nach § 71 des Aufenthaltsgesetzes.
- (3) In Strafsachen, die Straftaten nach den §§ 15 und 15a zum Gegenstand haben, sind der Bundesagentur für Arbeit und den Behörden der Zollverwaltung zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten
1. bei Einleitung des Strafverfahrens die Personendaten des Beschuldigten, der Straftatbestand, die Tatzeit und der Tatort,
 2. im Falle der Erhebung der öffentlichen Klage die das Verfahren abschließende Entscheidung mit Begründung
- zu übermitteln. Ist mit der in Nummer 2 genannten Entscheidung ein Rechtsmittel verworfen worden oder wird darin auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen, so ist auch die angefochtene Entscheidung zu übermitteln. Die Übermittlung veranlaßt die Strafvollstreckungs- oder die Strafverfolgungsbehörde. Eine Verwendung
1. der Daten der Arbeitnehmer für Maßnahmen zu ihren Gunsten,
 2. der Daten des Arbeitgebers zur Besetzung seiner offenen Arbeitsplätze, die im Zusammenhang mit dem Strafverfahren bekanntgeworden sind,
 3. der in den Nummern 1 und 2 genannten Daten für Entscheidungen über die Einstellung oder Rückforderung von Leistungen der Bundesagentur für Arbeit
- ist zulässig.
- (4) *(weggefallen)*
- (5) Die Behörden der Zollverwaltung unterrichten die zuständigen örtlichen Landesfinanzbehörden über den Inhalt von Meldungen nach § 17b.
- (6) Die Behörden der Zollverwaltung und die übrigen in § 2 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes genannten Behörden dürfen nach Maßgabe der jeweils einschlägigen datenschutzrechtlichen Bestimmungen auch mit Behörden anderer Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zusammenarbeiten, die dem § 17 Absatz 2 entsprechende Aufgaben durchführen oder für die Bekämpfung illegaler Beschäftigung zuständig sind oder Auskünfte geben können, ob ein Arbeitgeber seine Verpflichtungen nach ~~§ 10 Absatz 5~~ **§ 8 Absatz 5** erfüllt. Die Regelungen über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen bleiben hiervon unberührt.

§ 18a (alt, ist in Neufassung entfallen, vom Abdruck wurde abgesehen)

§ 19 Übergangsvorschrift

§ 3 Absatz 1 Nummer 3 Satz 4 und § 9 Nummer 2 letzter Halbsatz finden **§ 8 Absatz 3** findet keine Anwendung auf Leiharbeitsverhältnisse, die vor dem 15. Dezember 2010 begründet worden sind.

- (2) **Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 werden bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Absatz 1b und der Berechnung der Überlassungszeiten nach § 8 Absatz 4 Satz 1 nicht berücksichtigt.**

§ 20 Evaluation

Die Anwendung dieses Gesetzes ist im Jahr 2020 zu evaluieren.

Artikel 2

Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

§ 611a

Arbeitsvertrag

- (1) **Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.**
- (2) **Der Arbeitgeber ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.**

Artikel 3

Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes

§ 78 Schutzbestimmungen

Die Mitglieder des Betriebsrats, des Gesamtbetriebsrats, des Konzernbetriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Gesamt-Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Konzern-Jugend- und Auszubildendenvertretung, des Wirtschaftsausschusses, der Bordvertretung, des Seebetriebsrats, der in § 3 Abs. 1 genannten Vertretungen der Arbeitnehmer, der Einigungsstelle, einer tariflichen Schlichtungsstelle (§ 76 Abs. 8) und einer betrieblichen Beschwerdestelle (§ 86) sowie Auskunftspersonen (§ 80 Absatz 2 Satz 4) dürfen in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht gestört oder behindert werden.

§ 80 Allgemeine Aufgaben

- (2) Zur Durchführung seiner Aufgaben nach diesem Gesetz ist der Betriebsrat rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten; die Unterrichtung erstreckt sich auch auf die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, **und umfasst insbesondere den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben dieser Personen.** Dem Betriebsrat sind auf Verlangen jederzeit die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen; in diesem Rahmen ist der Betriebsausschuss oder ein nach § 28 gebildeter Ausschuss berechtigt, in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter Einblick zu nehmen. **Zu den erforderlichen Unterlagen gehören auch die Verträge, die**

der Beschäftigung der in Satz 1 genannten Personen zugrunde liegen. Soweit es zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich ist, hat der Arbeitgeber ihm sachkundige Arbeitnehmer als Auskunftspersonen zur Verfügung zu stellen; er hat hierbei die Vorschläge des Betriebsrats zu berücksichtigen, soweit betriebliche Notwendigkeiten nicht entgegenstehen.

§ 92 Personalplanung

- (1) Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen **einschließlich der geplanten Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen,** und Maßnahmen der Berufsbildung anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten.

§ 119 Straftaten gegen Betriebsverfassungsorgane und ihre Mitglieder

- (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer
- ...
3. ein Mitglied oder ein Ersatzmitglied des Betriebsrats, des Gesamtbetriebsrats, des Konzernbetriebsrats, der Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Gesamt-Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Konzern-Jugend- und Auszubildendenvertretung, der Bordvertretung, des Seebetriebsrats, der in § 3 Abs. 1 bezeichneten Vertretungen der Arbeitnehmer, der Einigungsstelle, der in § 76 Abs. 8 bezeichneten Schlichtungsstelle, der in § 86 bezeichneten betrieblichen Beschwerdestelle oder des Wirtschaftsausschusses um seiner Tätigkeit willen oder eine Auskunftsperson nach § 80 Absatz 2 Satz 4 um ihrer Tätigkeit willen benachteiligt oder begünstigt.

§ 120 Verletzung von Geheimnissen

- (1) Wer unbefugt ein fremdes Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als
- ...
- 3b. Auskunftsperson, die dem Betriebsrat nach § 80 Absatz 2 Satz 4 zur Verfügung gestellt worden ist, oder
- ...
- bekannt geworden und das vom Arbeitgeber ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet worden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

Artikel 7

Inkrafttreten

Dieses Gesetz tritt am 1. April 2017 in Kraft.

