

1. Kapitel: **Einsatz eigener Arbeitnehmer bei Dritten im Inland**

A. Planung des Einsatzes

I. Definition des unternehmerischen Ziels

Die Motive für den Einsatz eigener Arbeitnehmer bei einem anderen Arbeitgeber sind vielfältig. Von der Definition des unternehmerischen Ziels hängt es ab, welche Durchführungsform für den Einsatz eigener Arbeitnehmer bei einem Dritten gewählt wird und auf welche individual- und kollektivarbeitsrechtlichen, aber auch steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Besonderheiten zu achten ist. 1

1. Motive des entsendenden Unternehmens

Zunächst kann es der Unternehmenszweck des einsetzenden Unternehmens sein, Arbeitnehmer anderen, wechselnden Unternehmen zu überlassen, um hierdurch einen Gewinn zu erzielen. Dies sind die Fälle der **Zeit- bzw. Leiharbeitsunternehmen**. Arbeitnehmer verbinden mit der Tätigkeit bei einem derartigen Unternehmen oftmals die Hoffnung einer späteren dauerhaften Anstellung bei dem Dritten. Nach Schätzungen werden etwa 30 % der Leiharbeitnehmer vom Entleiher übernommen.¹ 2

Außerdem kommt ein **projektbezogener Einsatz** in Betracht. In diesen Fällen soll ein bestimmtes Werk bei einem Kunden hergestellt werden oder es sollen bestimmte Dienstleistungen (z. B. Wartungsarbeiten, Überwachungsaufgaben) im Betrieb eines Kunden mit eigenen Arbeitnehmern erbracht werden. 3

Der Einsatz von eigenen Arbeitnehmern bei Dritten kann auch der Fortbildung des Mitarbeiters (sog. **Secondments**) oder der **Verbesserung der Geschäftsbeziehungen** dienen. Beispielsweise können einem Mitarbeiter durch den Einsatz bei einem Kunden spezielle Kenntnisse vermittelt werden oder er lernt die Bedürfnisse und Betriebsabläufe des Kunden besser kennen. 4

Darüber hinaus werden eigene Arbeitnehmer aber auch bei fremden Arbeitgebern eingesetzt, weil im eigenen Betrieb vorübergehend oder dauerhaft keine Beschäftigungsmöglichkeit besteht oder die Personalkosten zu hoch sind. In diesem Fall erfolgt der Einsatz zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen (z. B. im Wege der Personalgestellung). 5

In Konzernen werden Arbeitnehmer einer Konzerngesellschaft häufig anderen konzernangehörigen Gesellschaften zeitweise oder ggf. auch dauerhaft überlassen. Diese konzerninterne Überlassung oder Gestellung von Arbeitnehmern kann auch dergestalt erfolgen, dass eine eigene konzernangehörige Gesellschaft gegründet wird, die als **Personalreserve** oder **Personalpool** fungiert. Insbesondere im Baugewerbe werden darüber hinaus eigene Unternehmen in Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zusammen mit Arbeitnehmern anderer Unternehmen eingesetzt. 6

1 Vgl. Reineke, FS Löwisch, S. 211 (212 in Fn. 6).

2. Motive des Einsatzunternehmens

- 7 Auch die Motive von Arbeitgebern, Arbeiten in ihrem Betrieb durch betriebsfremde Arbeitnehmer ausführen zu lassen, sind vielfältig.
- 8 Häufig ist der Grund für den Einsatz fremder Arbeitnehmer, dass diese besser qualifiziert sind oder sich in der eigenen Belegschaft keine entsprechenden Spezialisten finden.
- 9 Arbeitnehmer anderer Arbeitgeber können aber auch eingesetzt werden, um einen **kurzfristigen** oder sich **ständig ändernden** **Personalbedarf** zu decken oder um Überstunden abzubauen, ohne dass Einstellungen oder Versetzungen erforderlich sind. Der Vorteil beim Einsatz betriebsfremder Unternehmer besteht für den Unternehmer darin, dass er keine kostenintensive Personalreserve vorhalten muss. Feste Lohnkosten können so in variable Kosten umgewandelt werden und im Ergebnis zu einer **Kostensenkung** führen. Des Weiteren kann er durch den regelmäßigen Einsatz von Leiharbeitnehmern eine kontinuierliche Besetzung von Arbeitsplätzen gewährleisten, etwa um krankheitsbedingte Ausfälle auszugleichen.
- 10 Besteht nur ein vorübergehender Personalbedarf, kann ein Unternehmen durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern auch die **Beschränkungen des KSchG und des TzBfG umgehen**. Für den (befristeten) Einsatz von Leiharbeitnehmern ist z.B. kein Sachgrund erforderlich. Auch ein mehrfacher Einsatz desselben Leiharbeitnehmers, der mehr als zwei Jahre andauert, ist mangels Anwendbarkeit des § 14 Abs. 2 TzBfG möglich.
- 11 Neben dieser größeren Flexibilität durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern kann auch eine Senkung des **betrieblichen Lohnniveaus** beabsichtigt sein (sog. Personal-Outsourcing). Insbesondere im Bereich des Niedriglohnsektors kann es für ein Unternehmen attraktiv sein, sich eine „zweite Belegschaft“ durch günstigere Leiharbeitnehmer aufzubauen und diese im Rahmen eines „onsite managements“ oder auch von Dritten verwalten zu lassen. Das bedeutet, dass Dritte nicht nur die Auswahl und die Entsendung von Leiharbeitnehmern, sondern auch ihre Kontrolle und die entsprechende Personalverwaltung übernehmen.
- 12 Nicht zuletzt kann durch den Einsatz von Arbeitnehmern anderer Unternehmen die eigene **Personalabteilung entlastet** werden. Der Aufwand für Rekrutierung, Einstellungen, Personalverwaltung usw. wird reduziert. Auch im Falle eines Personalabbau mussen keine Kündigungen gegenüber Arbeitnehmern ausgesprochen werden, die Belastung durch mögliche Kündigungsschutzprozesse verringert sich.

II. Mögliche Durchführungsformen

- 13 Für einen drittbezogenen Personaleinsatz stehen den beteiligten Unternehmen verschiedene rechtliche Gestaltungsmittel zur Verfügung. Praktisch relevant sind insbesondere die Arbeitnehmerüberlassung und der Einsatz im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages.²

2 Zu den Vor- und Nachteilen einer „Flucht in den Werkvertrag“ s. u. Rn. 103 ff.

1. Arbeitnehmerüberlassung

a) Definition und Charakterisierung. Die am strengsten reglementierte Form des drittbezogenen Personaleinsatzes ist die Arbeitnehmerüberlassung, die in der Praxis auch als Leih- oder Zeitarbeit bezeichnet wird. Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ein selbständiger Unternehmer (Verleiher) einem Dritten (Entleiher) in der Regel befristet einen bei ihm angestellten Arbeitnehmer (Leiharbeiter) zur Verfügung stellt, den dieser nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie einen eigenen Arbeitnehmer einsetzt.³ Das bedeutet, dass der Arbeitnehmer im Betrieb des Dritten voll eingegliedert wird und dessen Direktionsrecht unterliegt. Dadurch entsteht die für die Arbeitnehmerüberlassung charakteristische **Aufspaltung der Arbeitgeberbefugnisse**.⁴ Diese liegen nicht mehr ausschließlich beim vertraglichen Arbeitgeber, sondern sind zwischen ihm und dem Inhaber des Einsatzbetriebes aufgeteilt.

Eine legale Arbeitnehmerüberlassung führt jedoch nicht zum Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Arbeitnehmer. Denn die Arbeitnehmerüberlassung ist durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet.⁵ Es entsteht also eine vertragliche Dreieckskonstellation und kein doppeltes Arbeitsverhältnis.⁶ Aufgrund der Eingliederung in den Betrieb und der Weisungsbefugnis trifft den Dritten indes eine eigenständige **Schutz- und Fürsorgepflicht** gegenüber dem Leiharbeiter.

Ist das Rechtsverhältnis zwischen dem überlassenden Unternehmen und der überlassenen Person nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen **nicht als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren**, liegt auch keine Arbeitnehmerüberlassung vor. Daher ist das AÜG nicht anwendbar, wenn freie Mitarbeiter oder selbständige Werkunternehmer überlassen werden.⁷

Hinweis:

Arbeitnehmerüberlassung kommt dagegen in Betracht, wenn es sich bei den im Vertrag als „freie Mitarbeiter“ bezeichneten Personen in Wahrheit um nach allgemeinem Arbeitsrecht als Arbeitnehmer zu qualifizierende Schein-selbständige handelt.

Auch die Überlassung bzw. Gestellung von **Soldaten** oder **Beamten** stellt keine Arbeitnehmerüberlassung dar.

Die Arbeitnehmereigenschaft ist auch bei Personen zu verneinen, die ihre Arbeitsleistung auf vereinsrechtlicher Basis erbringen. So sind etwa Rote-Kreuz-Schwestern auch dann keine Arbeitnehmer, wenn sie auf Grund eines Gestellungsvertrages in einem Kreiskrankenhaus eingesetzt werden und dort unter denselben Bedingungen arbeiten wie die beim Kreis angestellten Krankenschwestern.⁸

Keine Arbeitnehmer sind auch Langzeitarbeitslose, die von einer i. d. R. gemeinnützigen Gesellschaft im Rahmen einer Eingliederungsleistung nach § 16 SGB III

³ BAG v. 28.11.1989 – 1 ABR 90/88, AP Nr. 5 zu § 14 AÜG.

⁴ Thüsing/*Thüsing*, Einf. Rn. 33.

⁵ BAG v. 6.8.2003 – 7 AZR 180/03, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG; BAG v. 10.10.2007 – 7 AZR 448/06, EzAÜG § 10 AÜG Verwirkung Nr. 4.

⁶ Erfk/Wank, AÜG Einl. Rn. 32; Thüsing/*Thüsing*, Einf. Rn. 37.

⁷ BAG v. 9.11.1994 – 7 AZR 217/94 – AP Nr. 18 zu § 1 AÜG; Thüsing/*Thüsing*, Einf. Rn. 32.

⁸ BAG v. 6.7.1995 – 5 AZB 9/93 – AP Nr. 22 zu § 5 ArbGG 1979.

14

15

16

17

18

19

an Betriebe zur Praxiserprobung überlassen werden.⁹ Es handelt sich um ein von Rechtssätzen des öffentlichen Rechts geprägtes Rechtsverhältnis und kein Arbeitsverhältnis.

- 20 b) Rechtsgrundlagen.** Gesetzliche Regelungen zur Arbeitnehmerüberlassung finden sich vor allem im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Seit dessen Inkrafttreten im Jahr 1972 musste der Gesetzgeber vielfach auf gemeinschaftsrechtliche und wirtschaftspolitische Entwicklungen reagieren. Die letzte grundlegende Reform erfolgte im Rahmen der sog. Hartz I- und Hartz III-Gesetze. Diese zum 1.1.2004 in Kraft getretenen Reformen hatten zum Ziel, die Arbeitslosigkeit durch Flexibilisierung und Entbürokratisierung der Arbeitnehmerüberlassung abzubauen. Dies sollte vor allem durch die Aufhebung von bis dahin im AÜG enthaltenen Beschränkungen erreicht werden. Aufgehoben wurden deshalb das Synchronisationsverbot von Überlassungs- und Leiharbeitsvertrag (§ 3 Abs. 1 Nr. 5 AÜG a.F.), die zeitliche Befristung von Überlassungsverträgen auf 24 Monate, die Begrenzung des wiederholten Abschlusses von befristeten Arbeitsverträgen sowie das Wiedereinstellungsverbot. Im Gegenzug wurde die Entleiherbezogenheit anstelle der Verleiherbezogenheit der Arbeitnehmerüberlassung eingeführt. Dies bedeutet, dass das Zeitarbeitunternehmen nunmehr grundsätzlich seinen Mitarbeitern die im Kundenbetrieb geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgeltes gewähren muss (sog. Equal-Treatment-Prinzip).¹⁰
- 21** Durch Änderung zum 1.12.2011 wurden letzte Anpassungen an die Richtlinie 2008/14/EG (sog. Leiharbeitsrichtlinie) vorgenommen. Da der Gesetzgeber bei der Reform 2004 bereits vorausschauend den frühen Entwurf einer europäischen Richtlinie zum Vorbild genommen hatte, hielten sich die Veränderungen in diesem Bereich in Grenzen. Weitere Änderungen waren erforderlich, um Missbrauchsfällen aus der täglichen Praxis Vorschub zu leisten (z.B. Verbot des sog. Drehtüreffekts). Die wohl wichtigste Änderung ist die Streichung des Erfordernisses der „Gewerbsmäßigkeit“ und dessen Ersetzung durch die Formulierung „im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit“ in § 1 Abs. 1 AÜG. Inwieweit sich hieraus Veränderungen für die Praxis ergeben, ist noch weitgehend ungeklärt.¹¹
- 22** Neben dem AÜG finden sich noch weitere Regelungen zur Arbeitnehmerüberlassung in folgenden Gesetzen:
- in § 1 Abs. 1 Satz 2 GesamthafenbetriebsG (besonderer Arbeitgeber für Hafenarbeiter)
 - im PersonenbeförderungsG für das Vermieten von Kraftfahrzeugen durch Mietwagenunternehmen
 - im GüterkraftverkehrsG für den Güterverkehr
 - in § 34a GewO für das Überlassen von Bewachungspersonal.
- 23 c) Abgrenzung von anderen Vertragsformen.** Die Arbeitnehmerüberlassung ist von anderen Formen des drittbezogenen Personaleinsatzes zu unterscheiden, die nicht unter den Anwendungsbereich des AÜG fallen. Relevant ist insbesondere die Abgrenzung zum Einsatz von Arbeitnehmern als Erfüllungsgehilfen im Rahmen eines Werk-,¹² Dienst,¹³ oder Geschäftsbesorgungsvertrages.¹⁴ Ebenfalls keine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG ist die Gestellung von

⁹ BAG v. 19.3.2008 – 5 AZR 435/07 – NZA 2008, 760.

¹⁰ Siehe hierzu Rn. 281.

¹¹ Thüsing/Thieken, DB 2012, 347; Salomon, NZA-RR 2012, 61.

¹² S.u. Rn. 85 ff.

¹³ S.u. Rn. 112 ff.

¹⁴ S.u. Rn. 123.

Arbeitnehmern als Nebenleistung im Rahmen der Gebrauchsüberlassung einer Maschine.¹⁵

d) Die einzelnen Rechtsverhältnisse im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung. – aa) Verhältnis Verleiher – Entleiher. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher ist ein *Vertragstyp sui generis* als Unterfall des *Dienstverschaffungsvertrags*.¹⁶ Der Dienstverschaffungsvertrag ist im BGB nicht geregelt. Es handelt sich hierbei jedoch um eine allgemein anerkannte Vertragsform. Beim Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist Hauptleistungspflicht des Verleiher die Auswahl und Zurverfügungstellung eines oder mehrerer geeigneter Arbeitnehmer für einen vereinbarten Überlassungszeitraum.¹⁷ Der Verleiher schuldet also weder die Arbeitsleistung selbst noch die Herbeiführung eines bestimmten Arbeitserfolges. Die Hauptleistungspflicht des Entleiher ist die Zahlung der vereinbarten Vergütung. Die beiden Pflichten stehen im Gegen seitigkeitsverhältnis.

Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher bedarf nach § 12 Abs. 1 Satz 1 AÜG der *Schriftform*. Aufzunehmen sind in den schriftlichen Vertrag sämtliche Vertragspunkte. Wird die Schriftform nicht eingehalten, ist der Vertrag unheilbar nichtig.¹⁸ Der Verleiher hat darüber hinaus gegenüber dem Entleiher in der Urkunde zu erklären, ob er die erforderliche Erlaubnis besitzt (§ 12 Abs. 1 S. 2 AÜG).

Weiterhin muss der Entleiher im schriftlichen Vertrag nach § 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG angeben, welche **besonderen Merkmale** die für den Leiharbeitnehmer vorgesehene Tätigkeit hat und welche **berufliche Qualifikation** erforderlich ist. Für die Angabe der besonderen Tätigkeitsmerkmale reicht eine pauschale Tätigkeits- (z.B. „Installationsarbeiten“, „Schreibarbeiten“) oder Berufsbezeichnung („Lagerarbeiter“, „Sekretärin“) nicht aus. Vielmehr müssen die wesentlichen Kennzeichen der Tätigkeit und die Aufgabengebiete zumindest stichwortartig bezeichnet werden.¹⁹ Die notwendigen Angaben zur erforderlichen beruflichen Qualifikation können etwa berufsspezifische Abschlüsse, Fremdsprachen oder EDV-Kenntnisse umfassen.²⁰ Sind für den Entleiher auch bestimmte persönliche Merkmale wesentlich (z.B. keine Vorstrafen wegen Vermögensdelikten bei einem Kassierer), sollten diese ebenfalls in die Vertragsurkunde aufgenommen werden.

Hinweis:

Bei den in § 12 Abs. 1 S. 3 AÜG verwandten Begriffen der „besonderen Merkmale“ und der „beruflichen Qualifikation“ handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe. Eine allgemeingültige Bestimmung der erforderlichen Angaben und des notwendigen Detaillierungsgrades ist kaum möglich.

Als **Faustregel** für die Praxis lässt sich festhalten: Jedenfalls diejenigen Angaben hinsichtlich Aufgaben, Tätigkeit und erforderlicher Qualifikation, die üblicherweise in Stellenausschreibungen aufgenommen werden, sollten auch im schriftlichen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag enthalten sein.²¹

15 S.u. Rn. 124 f.

16 Schüren/Hamann/Hamann, § 1 Rn. 75; Thüsing/Waas, § 1 Rn. 49 a.

17 Boemke/Lembke, § 12 Rn. 32.

18 BGH v. 2.2.2006 – III ZR 61/05, WM 2006, 871; Boemke/Lembke, § 12 Rn. 12.

19 Boemke/Lembke, § 12 Rn. 19.

20 Vgl. Boemke/Lembke, § 12 Rn. 19; Thüsing/Thising, § 12 Rn. 19.

21 Vgl. Thüsing/Thüsing, § 12 Rn. 19.

24

25

26

- 27** Die nach § 12 Abs. 1 S. 3 AÜG erforderlichen Angaben zur Tätigkeit und Qualifikation **konkretisieren** zugleich die Leistungspflicht des Verleiher. Die Überlassung von Arbeitnehmern, die nicht die im Vertrag aufgeführten Merkmale aufweisen, stellt keine ordnungsgemäße Erfüllung dar. Der Entleiher kann verlangen, dass der Verleiher die ungeeigneten durch geeignete Arbeitnehmer ersetzt.²²
- 28** Die Vorschrift des § 12 Abs. 1 S. 3 AÜG verlangt darüber hinaus auch, dass im schriftlichen Vertrag angegeben wird, welche **wesentlichen Arbeitsbedingungen** einschließlich des Arbeitsentgelts im Betrieb des Entleiher für einen **vergleichbaren Arbeitnehmer** gelten, es sei denn, es kommt eine Ausnahme vom Gleichstellungsgebot zum Tragen.²³ Vergleichbar sind die mit gleicher oder ähnlicher Tätigkeit beim Entleiher beschäftigten Stammarbeitnehmer.²⁴ Hierbei dürfte es zulässig sein, auf die zur Vergleichbarkeit im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG entwickelten Grundsätze zurückzugreifen.²⁵ Arbeitsbedingungen sind alle nach dem allgemeinen Arbeitsrecht vereinbarten Bedingungen, wie Dauer der Arbeitszeit, Urlaub oder die Nutzung sozialer Einrichtungen.²⁶ Für die Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Wesentlichkeit“ der Bedingungen bietet sich der Rückgriff auf § 2 Abs. 1 S. 2 NachwG an.²⁷ Neben dem Arbeitsentgelt sind daher insbesondere die Arbeitzeit und die Dauer des Jahresurlaubs als wesentliche Arbeitsbedingungen anzusehen.
- 29** Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag kann **befristet** oder **unbefristet** abgeschlossen werden. Bei einer Befristung endet er durch Zeitablauf oder durch Zweckerreichung. Möglich ist auch die Vereinbarung eines ordentlichen **Kündigungsrechts**. Als Dauerschuldverhältnis kann der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag auch ohne ausdrückliche Vereinbarung jederzeit außerordentlich fristlos aus wichtigem Grund gekündigt werden (§ 314 Abs. 1 BGB). Dies setzt allerdings eine Pflichtverletzung einer Partei voraus, die so schwerwiegend ist, dass der anderen Partei eine Fortsetzung des Vertrages bis zu seinem vereinbarten Ende bzw. bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zumutbar ist. In Betracht kommt beispielsweise ein Verhalten des Verleiher, das zu einem Verlust der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung führt.
- 30** bb) **Verhältnis Verleiher – Leiharbeitnehmer.** Der Verleiher bleibt auch während der Überlassung Arbeitgeber **des Leiharbeitnehmers**. Das zwischen ihnen bestehende Arbeitsverhältnis unterliegt im Grundsatz den **allgemeinen arbeitsrechtlichen Vorschriften**, wird aber durch das AÜG modifiziert. So muss der Verleiher dem Leiharbeitnehmer mindestens die für vergleichbare Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen im Entleiherbetrieb gewähren (§ 3 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG – „Equal Treatment“). Dies gilt insbesondere auch für die Vergütung („Equal Pay“). Der Verleiher ist gem. § 10 Abs. 5 AÜG verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung und für Zeiten ohne Überlassung mindestens das festgesetzte Mindeststundenentgelt zu zahlen. Gemäß § 3a AÜG kann eine Lohnuntergrenze in einer Rechtsverordnung verbindlich festgesetzt werden. Insoweit wird die Möglichkeit eingeschränkt, durch oder aufgrund Tarifvertrags vom Grundsatz der Gleichstellung von Leiharbeitnehmern mit vergleichbaren Stammarbeitnehmern des Entleiher im Entleiherbetrieb hinsichtlich des Arbeitsentgelts abzuweichen.

22 Näher hierzu unter Rn. 214 f.

23 S. hierzu Rn. 287 ff.

24 BT-Drs. 15/25 S. 38.

25 Boemke/Lembke, § 9 Rn. 53; Thüsing/Mengel, § 9 Rn. 24.

26 BT-Drs. 15/25 S. 38.

27 Boemke/Lembke, § 9 Rn. 62; Schüren/Hamann/Hamann, § 9 Rn. 129; Thüsing/Mengel, § 9 Rn. 30.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber von der (neuen) Möglichkeit Gebrauch gemacht und mit Wirkung vom 1.1.2012 – 31.10.2013 gemäß § 3 a Abs. 2 ÄUG die „**Erste Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung**“²⁸ erlassen. Danach gilt für die rund 900.000 Beschäftigten von Zeitarbeitsunternehmen erstmals ein **branchenweiter Mindestlohn**. Dieser beläuft sich zunächst auf € 7,01/Stunde im Osten bzw. € 7,78/Stunde im Westen und steigt ab 1.11.2012 auf € 7,50/Stunde in den neuen Bundesländern bzw. auf € 8,19/Stunde in den übrigen Bundesländern. Der neue Mindestlohn gilt für alle in Deutschland eingesetzten Zeit- bzw. Leiharbeitnehmer, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber seinen Sitz im In- oder Ausland hat.

Die „**Erste Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung**“ vom 21.12.2011 hat folgenden Inhalt:

„**Bundesministerium für Arbeit und Soziales**

Erste Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung

Vom 21. Dezember 2011

Auf Grund des § 3 a Absatz 2 in Verbindung mit Absatz 1, 3 und 5 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, der durch Artikel 1 Nummer 6 des Gesetzes vom 28. April 2011 (BGBl. I S. 642) eingefügt worden ist, verordnet das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, nachdem es Verleiherinnen und Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmern sowie den Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern, die im Geltungsbereich der Verordnung zumindest teilweise tarifzuständig sind, Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme gegeben hat und der in § 5 Absatz 1 Satz 1 des Tarifvertragsgesetzes genannte Ausschuss befasst wurde:

§ 1 Geltungsbereich

Diese Verordnung findet Anwendung auf alle Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit überlassen. Diese Verordnung findet auch auf Arbeitsverhältnisse zwischen einem im Ausland ansässigen Verleiher und seinen im Inland beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern Anwendung.

§ 2 Lohnuntergrenze

(1) Verleiher sind verpflichtet, ihren Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmern mindestens das in Absatz 2 genannte Bruttoentgelt pro Arbeitsstunde zu zahlen (Mindeststundenentgelt).

(2) Das Mindeststundenentgelt beträgt:

1. vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Oktober 2012
 - a) in den Bundesländern Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen 7,01 €;
 - b) in den übrigen Bundesländern 7,89 €;
2. vom 1. November 2012 bis zum 31. Oktober 2013
 - a) in den Bundesländern Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen 7,50 €,
 - b) in den übrigen Bundesländern 8,19 €.

(3) Es gilt das Mindeststundenentgelt des Arbeitsortes. Auswärtig beschäftigte Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmer behalten den Anspruch auf das Entgelt ihres Einstellungsortes, soweit dieses höher ist.

(4) Der Anspruch auf das Mindeststundenentgelt wird spätestens am 15. Bankarbeitstag (Referenzort ist Frankfurt am Main) des Monats fällig, der auf den Monat folgt, für den das Mindestentgelt zu zahlen ist. Satz 1 gilt nicht für die über die regelmäßige monatliche Arbeitszeit hinaus entstandenen Arbeitsstunden, wenn eine tarifvertragliche Regelung zur Arbeitszeitflexibilisierung mit einem Arbeitszeitkonto besteht. Das Arbeitszeitkonto darf höchstens 200 Plusstunden umfassen. Zur

28 Bundesanzeiger vom 28.12.2011, Nr. 195, S. 4.608.

Beschäftigungssicherung kann das Arbeitszeitkonto bei saisonalen Schwankungen im Einzelfall bis zu 230 Plusstunden umfassen. Beträgt das Arbeitszeitguthaben mehr als 150 Plusstunden, ist der Verleiher verpflichtet, die über 150 Stunden hinausgehenden Plusstunden einschließlich der darauf entfallenden Sozialversicherungsabgaben gegen Insolvenz zu sichern und die Insolvenzsicherung der Leiharbeitnehmerin bzw. dem Leiharbeitnehmer nachzuweisen. Ohne diesen Nachweis darf das Arbeitszeitguthaben höchstens 150 Plusstunden umfassen.

§ 3 Inkrafttreten, Außerkrafttreten

Diese Verordnung tritt am 1. Januar 2012 in Kraft und am 31. Oktober 2013 außer Kraft.

Berlin, den 21. Dezember 2011“

- 31** Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers ist die **Erbringung abhängiger Dienste**. Während der Zeit der Überlassung erfüllt der Arbeitnehmer diese ihm gegenüber dem Verleiher obliegende Hauptleistungspflicht durch seine Tätigkeit im Betrieb des Entleihers. Der Arbeitnehmer ist aber nur dann zur Tätigkeit beim Entleiher verpflichtet, wenn hierfür eine einzel- oder tarifvertragliche Grundlage besteht.²⁹
- 32** Hauptleistungspflicht des Verleiher gegenüber dem Leiharbeitnehmer ist die **Zahlung der Vergütung**. Da der Verleiher trotz der Eingliederung des Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Dritten und der Aufspaltung der Arbeitgeberbefugnisse alleiniger Arbeitgeber bleibt, treffen ihn weiterhin auch die übrigen **Arbeitgeberpflichten bzgl. Arbeits-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht**. Der Verleiher ist somit z. B. auch zu Lohnersatzleistungen, wie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, verpflichtet.
- 33** Die Vergütungspflicht des Verleiher entfällt auch dann nicht, wenn er den Arbeitnehmer mangels Überlassungsmöglichkeit nicht einsetzen kann. Den Verleiher trifft somit das Beschäftigungsrisiko. Auch Kurzarbeitergeld kann der Verleiher in derartigen Situationen nicht beantragen, da Arbeitsausfall nach Ansicht der Rechtsprechung „branchenüblich“ ist. Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitsausfall mittelbare Folge eines Arbeitskampfes in der Branche des Entleiherbetriebs ist.³⁰ Zu den Arbeitgeberpflichten des Verleiher gehörnen auch die Prüfungsobligationen nach § 81 Abs. 1 SGB IX.³¹ Der Verleiher ist somit verpflichtet zu prüfen, ob freie Arbeitsplätze mit schwerbehinderten Menschen besetzt werden können.
- 34** Des Weiteren treffen den Verleiher **Nachweispflichten**. Spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Leiharbeitsverhältnisses muss er die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederlegen und dem Arbeitnehmer aushändigen (§ 2 NachwG). Dazu gehört auch gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 4 NachwG der Hinweis, dass der Arbeitnehmer für Zeiten des Einsatzes bei Entleihern an verschiedenen Orten beschäftigt werden kann. Gegebenenfalls sind auch das räumliche Einsatzgebiet und Regelungen über Fahrtkosten usw. mit in den Vertrag aufzunehmen. Da das Arbeitsentgelt aufgrund des „Equal Pay-Gebots“ bei Abschluss des Arbeitsvertrags im Falle verschiedener Einsatzbetriebe regelmäßig nicht angegeben werden kann, genügt ein Hinweis auf die gesetzliche Regelung (§ 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 AÜG) oder im Falle einer Tarifbindung ein Hinweis auf den anzuwendenden Tarifvertrag.

29 Thüsing/*Thüsing*, Einf. Rn. 32.

30 LSG Hessen v. 18.3.2011 – L 7 AL 21/08, ArbRAktuell 2011, 205.

31 Vgl. *Edenfeld*, NZA 2006, 126.

Zusätzlich zu diesen für alle Arbeitgeber geltenden Pflichten nach dem NachwG muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nach § 11 Abs. 1 AÜG folgende Angaben machen:

- Firma und Anschrift des Verleiher
- Name der Erlaubnisbehörde
- Ort und Datum der Erteilung der Erlaubnis
- Art und Höhe der Leistungen für die Zeit, in der der Arbeitnehmer nicht verliehen ist.

Hinweise:

Fehlt es an einer Vereinbarung über Art und Höhe der Leistungen für die Zeit, in der der Arbeitnehmer nicht bei einem Dritten eingesetzt ist, gilt § 612 Abs. 2 BGB, wonach der Arbeitgeber die übliche Vergütung zu zahlen hat. Ein Verstoß gegen die Nachweispflicht des § 11 Abs. 1 AÜG kann, anders als ein Verstoß gegen das NachwG, sanktioniert werden. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 AÜG kann eine Geldbuße von bis zu 1000 € verhängt werden.

Darüber hinaus ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer bei Vertragsschluss ein **Merkblatt der Erlaubnisbehörde** über die wesentlichen Inhalte des AÜG auszuhändigen (§ 11 Abs. 2 AÜG). Ausländische Arbeitnehmer können verlangen, dass ihnen dieses Merkblatt in ihrer Muttersprache ausgehändigt wird.

Fällt die Erlaubnis nachträglich weg, z.B. im Falle einer Rücknahme, eines Widerrufs oder durch Zeitablauf, muss der Verleiher den Arbeitnehmer hierüber unverzüglich unterrichten (§ 11 Abs. 3 AÜG).

cc) Das Verhältnis zwischen Entleiher und Arbeitnehmer. Bei der legalen Arbeitnehmerüberlassung besteht zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher **kein Arbeitsverhältnis**; lediglich bei einem nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksamen Leiharbeitsverhältnis wird nach § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis fingiert. Allerdings übt der Entleiher für die Zeit der Überlassung einen Teil der Arbeitgeberbefugnisse aus, namentlich das arbeitgeberseitige Direktionsrecht gem. § 106 GewO. Aufgrund der Eingliederung in den Betrieb und der Weisungsbefugnis treffen den Entleiher zudem eigenständige Schutz- und Fürsorgepflichten gegenüber den Leiharbeitnehmern.³² Dies zeigt sich z.B. in der Pflicht zur Erfüllung der arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben (§ 11 Abs. 6 AÜG).

Inwieweit der Leiharbeitnehmer dem Entleiher gegenüber **unmittelbar zur Arbeitsleistung verpflichtet** ist, ist umstritten. Teilweise wird angenommen, der Leiharbeitsvertrag sei ein **unechter Vertrag zu Gunsten Dritter**.³³ Nach dieser Ansicht bestehen primäre Leistungspflichten nur innerhalb der jeweiligen Vertragsverhältnisse, nicht aber zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher. Der Arbeitnehmer ist hiernach dem Verleiher gegenüber verpflichtet, beim Entleiher tätig zu werden. Der Entleiher hat nur einen Anspruch gegenüber seinem Vertragspartner auf Überlassung des Arbeitnehmers, aber kein eigenes Forderungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer. Die vorzugswürdige Gegenansicht ordnet den Leiharbeitsvertrag dagegen als **echten Vertrag zu Gunsten Dritter** ein, billigt dem Entleiher somit einen eigenen Erfüllungsanspruch zu, der sich unmittelbar gegen den Arbeitnehmer richtet.³⁴ Praktische Auswirkungen hat der

³² Thüsing/Thüsing, Einf. Rn. 39.

³³ Ulber, AÜG, § 1 Rn. 18.

³⁴ ErfK/Wank, AÜG, Einl. Rn. 33; Schüren/Hamann/Schüren, Einl. Rn. 168 ff.

35

36

37

38

39

Meinungsstreit vor allem im Hinblick auf eventuelle Schadensersatzansprüche bei Schlecht- oder Nichtleistung des Arbeitnehmers.³⁵

- 40** Über die mit Wirkung zum 1.12.2011 neu in das AÜG eingefügte Vorschrift des § 13 a AÜG ist der Entleiher verpflichtet, bei ihm tätige Leiharbeitnehmer **über offene Arbeitsplätze** in seinem Unternehmen **zu informieren**. Diese Informationspflicht soll die Übernahme von Leiharbeitnehmern in die Stammbelegschaft des Entleiher unterstützen, damit der sog. „**Klebeeffekt**“ von Leiharbeit besser verwirklicht werden kann. Die Leiharbeitnehmer sollen die gleichen Chancen bei der Bewerbung um den Arbeitsplatz haben wie die Stammbelegschaft des Entleiher (Art. 6 Abs. 1 RL 2008/104/EG).³⁶ Die Information kann durch allgemeine Bekanntgabe an geeigneter, dem Leiharbeitnehmer zugänglicher Stelle im Betrieb und Unternehmen des Entleiher erfolgen (z. B. am schwarzen Brett). Der Umfang der Informationspflicht orientiert sich an § 18 TzBfG. Er bezieht sich auf alle zu besetzenden Arbeitsplätze des Einsatzunternehmens und nicht nur auf den Betrieb, in dem der Leiharbeitnehmer tätig ist.³⁷ Die Informationspflicht greift auch bei befristeten Arbeitsplätzen und bei Teilzeitstellen. Unerheblich ist, ob der Leiharbeitnehmer für die Stelle geeignet ist.³⁸ Der Entleiher ist allerdings nicht gehalten, einen Leiharbeitnehmer, der sich infolge der Information auf die freie Stelle bewirbt, vorrangig gegenüber externen Bewerbern zu berücksichtigen.³⁹
- 41** Der Entleiher muss dem Leiharbeitnehmer über § 13 b AÜG **Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen** gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmern des Betriebs. Der Leiharbeitnehmer darf daher etwa an Kinderbetreuungseinrichtungen und Betriebskantinen partizipieren. Die Gleichstellungspflicht entfällt nur bei sachlichen Gründen.
- 42** §§ 13 a und 13 b AÜG verschaffen dem Leiharbeitnehmer einen einklagbaren **Rechtsanspruch**.⁴⁰ Die entsprechende Verpflichtung trifft ausschließlich den Entleiher und nicht den Verleiher. Aus der Nickerfüllung können dem Leiharbeitnehmer Schadensersatzansprüche erwachsen. Verstößt der Arbeitgeber gegen die Informationspflicht nach § 13 a AÜG, kann der Betriebsrat über § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG die Zustimmung zur Einstellung eines anderen Bewerbers verweigern.⁴¹
- 43** e) **Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit.** – aa) **Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.** Ein Unternehmen, das im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit Arbeitnehmer an Dritte überlassen will, bedarf neben der **Gewerbeanmeldung** zusätzlich einer **Erlaubnis** nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Es handelt sich hierbei um ein **präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**.⁴² Wenn keine Versagungsgründe nach § 3 AÜG vorliegen, besteht ein Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis.⁴³
- 44** Nicht erlaubnisfähig und damit verboten ist grundsätzlich die Arbeitnehmerüberlassung in **Betrieben des Baugewerbes** für Arbeiten, die üblicherweise von

35 S.u. Rn. 236 ff.

36 Vgl. dazu Kock, BB 2012, 323; Hamann, RdA 2011, 334; Lembke, NZA 2011, 319; Ulber, AÜG, § 13 a Rn. 20.

37 Leuchten, NZA 2011, 608 (611).

38 Lembke, NZA 2011, 319 (320).

39 Ausführlich Zimmermann, ArbRAktuell 2011, 264.

40 Leuchten, NZA 2011, 608 (611); Kock, BB 2012, 323; Hamann, RdA 2011, 321 (334); Lembke, NZA 2011, 319 (320); Ulber, AÜG, § 13 a Rn. 20.

41 Lembke, NZA 2011, 319 (322).

42 Boehmke/Lembke, AÜG, § 1 Rn. 5.

43 Thüsing/Waas, § 1 Rn. 3.