

# Inhalt

<b>Abkürzungen</b>	15
<b>Abbildungsverzeichnis</b>	20
<b>I. Fremdpersonaleinsatz</b>	21
1. Vorteile beim Einsatz von Fremdpersonal	23
1.1 Personalkostensenkung	24
1.2 Flexibilisierung des Personaleinsatzes	25
1.3 Qualitätssicherung	25
1.4 Erprobung ohne Arbeitsverhältnis	25
2. Nachteile beim Fremdpersonaleinsatz	26
2.1 Verfügbarkeit fremder Arbeitskräfte	26
2.2 Verlust an Eigenregie	26
2.3 Verlust an Humankapital	27
2.4 Personalfluktuation	27
2.5 Mangelnde Qualifikation oder Motivation	27
3. Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten	28
3.1 Arbeitnehmerüberlassung	28
3.2 Werk-, Dienst-, Geschäftsbesorgungsvertrag	29
3.2.1 Werkvertrag	30
3.2.2 Dienstvertrag	30
3.2.3 Geschäftsbesorgungsvertrag	31
3.3 Freie Mitarbeit	32
<b>II. Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von Werk- und Dienstverträgen</b>	35
1. Abgrenzungsformel der Rechtsprechung	35
2. Fremdsteuerung des Arbeitseinsatzes als maßgebliches Unterscheidungskriterium	37
2.1 Ausübung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts	37
2.2 Bedeutung sonstiger Kriterien für die Abgrenzung	38
2.3 Gegenstandsbezogene Anweisungen des Auftraggebers	40
3. Prüfkriterien der Finanzkontrolle Schwarzarbeit	42
4. Mischformen	44
4.1 Mitsteuerung durch den Auftraggeber	44
4.2 Zeitlich alternierende Ausübung des Arbeitgeberweisungsrechts	46
4.3 Entbehrlichkeit fachlicher Weisungen	47
4.4 Agiles Projektmanagement	48

5.	Fallgruppen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung . . . . .	49
5.1	Zwischengeschaltete Aufsichtsperson . . . . .	50
5.2	Rahmenvertrag und Einzelaufträge . . . . .	51
5.3	Verlagerung arbeitsrechtlicher Weisungen in den Werk-/Dienstvertrag . . . . .	53
5.4	Überlassen von Maschinen mit Bedienungspersonal . . . . .	56
6.	Darlegungs- und Beweislast . . . . .	58
7.	Hinweise zur Risikominimierung . . . . .	59
<b>III.</b>	<b>Freie Mitarbeit . . . . .</b>	<b>63</b>
1.	Abgrenzung . . . . .	63
2.	Vermittlung freier Mitarbeiter . . . . .	69
2.1	Vermittlung eines echten Selbstständigen . . . . .	70
2.2	Ausübung weisungsgebundener Tätigkeiten in dem Drittunternehmen . . . . .	70
2.3	Scheinselbstständigkeit im Verhältnis zur Agentur . . . . .	71
2.4	Vermittlung eines Scheinselbstständigen zur Erledigung weisungsgebundener Tätigkeiten . . . . .	71
3.	Folgen der fehlerhaften Zuordnung . . . . .	71
4.	Risikoverringerung . . . . .	74
<b>IV.</b>	<b>Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung . . . . .</b>	<b>77</b>
<b>V.</b>	<b>Gesetzliche Rahmenbedingungen der Arbeitnehmerüberlassung . . . . .</b>	<b>83</b>
1.	Geltungsbereich des AÜG . . . . .	84
1.1	Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit . . . . .	84
1.2	Gemeinnützige Unternehmen . . . . .	85
1.3	Konzerninterner Verleih zum Selbstkostenpreis . . . . .	86
1.4	Mischunternehmen . . . . .	86
1.5	Fleischindustrie . . . . .	87
2.	Privilegierte Formen der Arbeitnehmerüberlassung . . . . .	88
2.1	Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft . . . . .	88
2.1.1	Voraussetzungen . . . . .	89
2.1.2	Rechtsfolge: keine Arbeitnehmerüberlassung . . . . .	89
2.1.3	Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht . . . . .	90
2.2	Arbeitnehmerüberlassung zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen . . . . .	91
2.2.1	Voraussetzungen . . . . .	91
2.2.2	Rechtsfolge: keine Anwendung des AÜG . . . . .	92
2.2.3	Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht . . . . .	92

2.3 Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung . . . . .	92
2.3.1 Konzern . . . . .	93
2.3.2 Nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt . . . . .	93
2.3.3 Rechtsfolge: keine Anwendung des AÜG . . . . .	93
2.3.4 Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht . . . . .	94
2.4 Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung . . . . .	94
2.4.1 Gelegentlich . . . . .	95
2.4.2 Rechtsfolge: keine Anwendung des AÜG . . . . .	95
2.4.3 Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht . . . . .	95
2.5 Personalgestellung im öffentlichen Dienst . . . . .	96
2.6 Überlassungen zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften . . . . .	96
2.7 Grenzüberschreitende Überlassung an deutsch-ausländische Gemeinschaftsunternehmen . . . . .	97
2.7.1 Voraussetzungen . . . . .	97
2.7.2 Keine Anwendung des AÜG . . . . .	98
2.8 Kollegenhilfe . . . . .	98
2.8.1 Voraussetzungen . . . . .	98
2.8.2 Rechtsfolge: keine Überlassungserlaubnis . . . . .	99
3. Überlassungserlaubnis . . . . .	100
4. Überlassungshöchstdauer . . . . .	103
4.1 Gesetzliche Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten . . . . .	104
4.1.1 Arbeitnehmerbezug . . . . .	104
4.1.2 Verleiherwechsel . . . . .	106
4.1.3 Gemeinschaftsbetrieb . . . . .	107
4.1.4 Fristberechnung . . . . .	107
4.1.5 Zusammenrechnung von Überlassungszeiten . . . . .	108
4.2 Abweichende tarifliche Regelungen der Überlassungsdauer . . . . .	110
4.2.1 Tarifgebundene Entleiher . . . . .	112
4.2.2 Nicht tarifgebundene Entleiher . . . . .	112
4.3 Tarifliche Öffnungsklausel für abweichende Regelungen durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen . . . . .	114
4.3.1 Tarifgebundene Entleiher . . . . .	114
4.3.2 Nicht tarifgebundene Entleiher . . . . .	115
4.4 Öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften . . . . .	115
4.5 Sonderregelung für DRK-Schwesternschaften . . . . .	116
4.6 Folgen bei Überschreiten der zulässigen Überlassungsdauer . . . . .	116

4.6.1	Zivilrechtliche Folgen	116
4.6.2	Sozialversicherungsrechtliche Folgen	121
4.6.3	Ordnungswidrigkeit	122
4.6.4	Gewerberechtliche Folgen	122
4.7	Geltendmachung von Rechten	122
4.8	Inkrafttreten/Übergangsphase	124
5.	Transparenzpflichten	125
5.1	Bezeichnung als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag	125
5.1.1	Zeitpunkt der Offenlegung	126
5.1.2	Folgen unterlassener Offenlegung	126
5.2	Angabe der Person des Leiharbeitnehmers	128
5.2.1	Anforderungen an die Konkretisierungspflicht	128
5.2.2	Folgen unterlassener Konkretisierung	129
6.	Unzulässigkeit des Kettenverleihs	130
6.1	Begriff	130
6.2	Rechtsfolgen eines Verstoßes	131
6.3	Geltendmachung von Rechten	133
7.	Gleichstellungsgrundsatz	133
7.1	Gegenstand des Gleichstellungsgrundsatzes	134
7.1.1	Arbeitsentgelt	134
7.1.2	Wesentliche Arbeitsbedingungen	136
7.2	Vergleichbare Arbeitnehmer	137
7.3	Gesamtvergleich und Verschlechterungsverbot	138
7.4	Auskunftspflichten	140
7.4.1	Auskunftspflicht des Verleiher gegenüber dem Leiharbeitnehmer	140
7.4.2	Auskunftspflicht des Entleiher gegenüber dem Verleiher	141
7.4.3	Auskunftspflicht des Entleiher gegenüber dem Leiharbeitnehmer	141
7.5	Ausnahme: tarifliches Leiharbeitsverhältnis	142
7.5.1	Entwicklung der Tarifverträge in der Zeitarbeitsbranche	142
7.5.2	Aktuelle Tarifsituation in der Zeitarbeitsbranche	144
7.5.3	Abweichungsmöglichkeit bis zur Dauer von neun Monaten	146
7.5.4	Verlängerte Abweichungsmöglichkeit hinsichtlich des Arbeitsentgelts	146
7.5.5	Art des Tarifvertrags	147
7.5.6	Anwendbarkeit des Tarifvertrags	148

---

7.5.7	Vermeidung des Gleichstellungsgrundsatzes bei Mischunternehmen . . . . .	153
7.5.8	Einschränkungen der Tarifdispositivität des Gleichstellungsgrundsatzes . . . . .	155
7.5.8.1	„Drehtürklausel“ . . . . .	155
7.5.8.2	Lohnuntergrenze . . . . .	156
7.5.8.3	Überlassung in Branchen des AEntG . .	157
7.5.8.4	Tarifverträge des Entleiher . . . . .	157
7.5.8.5	Betriebsvereinbarungen im Entleiher- betrieb . . . . .	158
7.5.8.6	Nutzung von Gemeinschaftseinrichtun- gen und -diensten . . . . .	158
7.6	Folgen eines Verstoßes gegen den Gleichstellungsgrund- satz . . . . .	159
7.6.1	Zivilrechtliche Folgen . . . . .	159
7.6.2	Sozialversicherungsrechtliche Folgen . . . . .	160
7.6.3	Gewerberechtliche Folgen . . . . .	160
7.6.4	Vermutung von Arbeitsvermittlung . . . . .	160
7.6.5	Ordnungswidrigkeit . . . . .	161
8.	Unterrichtungs- und Hinweispflichten des Verleiher . . . . .	161
8.1	Erklärung über das Vorhandensein einer Überlassungs- erlaubnis . . . . .	161
8.2	Unterrichtungs- und Hinweispflichten bei Wegfall der Erlaubnis . . . . .	162
9.	Unterrichtungs- und Hinweispflichten des Entleiher . . . . .	162
9.1	Angabe besonderer Tätigkeitsmerkmale und Qualifikationsanforderungen . . . . .	162
9.2	Angabe der Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Arbeitnehmers . . . . .	163
9.3	Unterrichtungspflichten gegenüber dem Betriebsrat . . .	163
9.4	Informationspflicht über freie Arbeitsplätze . . . . .	163
9.5	Übernahmegesuch des Leiharbeitnehmers . . . . .	165
10.	Subsidiäre Haftung des Entleiher . . . . .	165
10.1	Sozial- und Unfallversicherungsbeiträge . . . . .	165
10.2	Lohnsteuerrückstände . . . . .	167
11.	Arbeitsschutzrecht im Einsatzbetrieb . . . . .	168
12.	Arbeitnehmererfindungen durch Leiharbeitnehmer . . . . .	170
13.	Streikeinsatz von Leiharbeitnehmern . . . . .	170
14.	Sonderfall Baugewerbe . . . . .	171
15.	Sonderfall Fleischwirtschaft . . . . .	173

<b>VI. Haftungsfragen</b>	175
1. Haftung im Überlassungsverhältnis	175
1.1 Haftung des Verleiher	175
1.1.1 Fehlende Überlassungserlaubnis	175
1.1.2 Nichterfüllung der Personalgestellungspflicht	177
1.1.3 Schlechterfüllung der Personalgestellungspflicht	179
1.2 Haftung des Entleiher	180
1.2.1 Nichtbeschäftigung des Leiharbeitnehmers	180
1.2.2 Unzutreffende Angaben über die Arbeitsbedingungen vergleichbarer Arbeitnehmer	182
1.2.3 Verletzung von Fürsorgepflichten	182
1.2.4 Abwerbung des Leiharbeitnehmers	183
2. Haftung im Leistungsverhältnis	184
2.1 Haftung des Leiharbeitnehmers	184
2.1.1 Nichtleistung	185
2.1.2 Schlechteleistung	186
2.1.2.1 Sachschäden	186
2.1.2.2 Personenschäden	187
2.2 Haftung des Entleiher	188
2.2.1 Sachschäden	188
2.2.1.1 Eigentumsverletzungen	188
2.2.1.2 Verletzung der Informationspflicht nach § 13a AÜG	189
2.2.1.3 Nichtgewährung des Zugangs zu Gemeinschaftseinrichtungen und Gemeinschaftsdiensten	189
2.2.2 Personenschäden	189
2.2.3 Diskriminierung von Leiharbeitnehmern	190
3. Haftung im Leiharbeitsverhältnis	192
3.1 Haftung des Leiharbeitnehmers	192
3.1.1 Nichtleistung	192
3.1.2 Schlechteleistung	193
3.1.3 Nebenpflichtverletzung	194
3.2 Haftung des Verleiher	194
3.2.1 Fehlende Überlassungserlaubnis	194
3.2.2 Verletzung von Fürsorgepflichten	195
<b>VII. Folgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung</b>	197
1. Zivilrechtliche Folgen	199
1.1 Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags	199
1.2 Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher	203

1.2.1	Dauer des fingierten Arbeitsverhältnisses . . . . .	204
1.2.2	Inhalt des fingierten Arbeitsverhältnisses . . . . .	205
1.2.3	Geltendmachung von Ansprüchen aus dem finanzierten Arbeitsverhältnis . . . . .	206
1.2.3.1	Darlegungs- und Beweislast des Leiharbeitnehmers . . . . .	206
1.2.3.2	Tarifliche Ausschlussfristen . . . . .	207
1.2.3.3	Verjährung . . . . .	207
1.2.3.4	Verwirkung . . . . .	208
1.3	Unwirksamkeit des Überlassungsvertrags . . . . .	208
2.	Gewerberechtliche Folgen . . . . .	209
3.	Sozialversicherungsrechtliche Folgen . . . . .	210
4.	Steuerrechtliche Folgen . . . . .	210
5.	Straftaten und Ordnungswidrigkeiten . . . . .	211
5.1	Straftatbestände . . . . .	211
5.1.1	Strafbarkeit des Verleiher . . . . .	211
5.1.2	Strafbarkeit des Entleiher . . . . .	212
5.2	Ordnungswidrigkeiten . . . . .	213
5.2.1	Verleiher . . . . .	213
5.2.2	Entleiher . . . . .	213
5.3	Verantwortlichkeit . . . . .	214
5.4	Subjektiver Tatbestand . . . . .	215
5.5	Nebenfolgen . . . . .	217
6.	Zusammenfassung . . . . .	217
<b>VIII. Fremdpersonaleinsatz und Betriebsverfassungsrecht</b>	. . . . .	221
1.	Einsatz von Leiharbeitnehmern . . . . .	221
1.1	Berücksichtigung bei Schwellenwerten . . . . .	221
1.2	Rechte der Leiharbeitnehmer im Einsatzbetrieb . . . . .	222
1.3	Befugnisse des Entleiherbetriebsrats . . . . .	223
1.3.1	Zustimmungserfordernis vor dem Einsatz . . . . .	223
1.3.1.1	Geltungsbereich des Zustimmungserfordernisses . . . . .	223
1.3.1.2	Umfang der Unterrichtungspflicht des Entleiher . . . . .	226
1.3.1.3	Zustimmungsverweigerung durch den Betriebsrat . . . . .	229
1.3.1.4	Verfahren bei vorläufigen Maßnahmen nach § 100 BetrVG . . . . .	231
1.3.2	Personalplanung/Beschäftigungssicherung . . . . .	232
1.3.3	Stellenausschreibung . . . . .	233

1.3.4	Interessenausgleich und Sozialplan . . . . .	234
1.3.5	Wirtschaftsausschuss . . . . .	234
1.3.6	Abhalten von Sprechstunden . . . . .	235
1.3.7	Entgegennahme und Behandlung von Beschwerden . . . . .	235
1.3.8	Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten . .	236
1.3.9	Versetzung . . . . .	239
1.3.10	Personalfragebogen, Beurteilungsgrundsätze . .	240
1.3.11	Auswahlrichtlinien . . . . .	240
1.3.12	Allgemeine Aufgaben . . . . .	242
1.3.13	Beendigung des Einsatzes . . . . .	243
2.	Einsatz von Werk-/Dienstvertragsarbeitnehmern . . . . .	243
2.1	Interessenausgleich/Sozialplan . . . . .	243
2.2	Personalplanung/Beschäftigungssicherung . . . .	244
2.3	Unterrichtungs- und Zustimmungserfordernis . .	245
2.4	Allgemeine Aufgaben . . . . .	247
2.5	Beteiligungsrechte während des Einsatzes . . . .	248
3.	Beteiligungsrechte bei freien Mitarbeitern . . . . .	249
3.1	Personalplanung/Beschäftigungssicherung . . . .	249
3.2	Stellenausschreibung . . . . .	249
3.3	Unterrichtungs- und Zustimmungserfordernis . .	249
3.4	Beteiligungsrechte während des Einsatzes . . . .	250
<b>IX.</b>	<b>Grenzüberschreitender Personaleinsatz . . . . .</b>	<b>251</b>
1.	Gewerberechtliche Zulässigkeit . . . . .	252
1.1	Ausübung des Verleihgewerbes in Deutschland . .	252
1.1.1	Gründung einer Niederlassung in Deutschland .	252
1.1.2	Verleih aus einem anderen Staat nach Deutschland . . . . .	252
1.2	Einsatz von Werk-/Dienstvertragsarbeitnehmern in Deutschland . . . . .	253
2.	Sozialversicherungsrechtliche Behandlung . . . . .	255
2.1	Grenzüberschreitender Personaleinsatz innerhalb der EU	255
2.2	Grenzüberschreitender Personaleinsatz im EFTA-Raum .	259
2.3	Grenzüberschreitender Personaleinsatz mit einem Drittstaat . . . . .	259
3.	Arbeitsrechtlicher Status . . . . .	260
3.1	Zulässigkeit einer abhängigen Beschäftigung in Deutschland . . . . .	260
3.2	Arbeitsbedingungen . . . . .	261
3.2.1	Grundsatz der freien Rechtswahl . . . . .	262

3.2.2	Ausnahme: Zwingende Bestimmungen des deutschen Arbeitsrechts	262
3.2.3	Einschränkungen nach dem AEntG	263
3.2.4	Lohnuntergrenze bei Leiharbeit	268
4.	Illegaler Arbeitnehmerüberlassung	271
4.1	Illegaler Arbeitnehmerüberlassung ohne A1-Bescheinigung	271
4.2	Illegaler Arbeitnehmerüberlassung mit A1-Bescheinigung	272
5.	Employer of Record	273
<b>X.</b>	<b>Arbeitnehmerüberlassungsvertrag</b>	277
1.	Gesetzliche Vorgaben	277
1.1	Formerfordernis	277
1.2	Unzulässigkeit von Einstellungsverboten	280
1.3	Einschränkungen für Formularverträge	285
2.	Gestaltungsspielräume	285
2.1	„Stückschuld“ oder „Gattungsschuld“	285
2.2	Austauschklausel und Ersetzungsbefugnis	286
2.2.1	Austauschverlangen des Entleihers	286
2.2.2	Ersetzungsbefugnis des Verleiher	287
2.3	Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Arbeitnehmers des Entleihers	287
2.4	AGG-Schulung	288
2.5	Verschwiegenheitsklausel	289
2.6	Arbeitszeit	289
2.7	Vergütung	290
2.8	Überwachungspflicht und Zutrittsrecht	290
2.9	Vorsorgeuntersuchung	291
2.10	Arbeitsunfall	291
2.11	Arbeitsgenehmigung	291
2.12	Sicherheitsleistung	292
2.13	Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten	293
2.14	Arbeitnehmererfindungen	293
2.15	Arbeitskampf	294
2.16	Leistungs- und Verhaltensbeurteilungen	295
2.17	Haftung des Verleiher	295
2.18	Vertragsstrafen	295
3.	Beendigung	297

<b>XI. Umsetzung der Entscheidung pro Fremdpersonal . . . . .</b>	<b>298</b>
1. Werk-/Dienstverträge . . . . .	298
1.1 Realisierbarkeit . . . . .	299
1.1.1 Werk-/dienstvertragsfähige Aufgabe . . . . .	299
1.1.2 Umsetzung der Fremdvergabe . . . . .	300
1.2 Einflussmöglichkeiten des Betriebsrats . . . . .	303
1.3 Risiko Betriebsübergang . . . . .	304
2. Arbeitnehmerüberlassung . . . . .	307
2.1 Realisierbarkeit . . . . .	307
2.1.1 Auslagerung auf konzerneigenes Verleihunternehmen . . . . .	308
2.1.2 Unternehmensaufspaltung . . . . .	309
2.1.3 Rückgriff auf externe Leiharbeitnehmer . . . . .	310
2.2 Beteiligungsrechte des Betriebsrats . . . . .	313
2.3 Risiken . . . . .	313
3. Gemeinschaftsbetrieb . . . . .	314
3.1 Voraussetzungen . . . . .	314
3.2 Realisierbarkeit . . . . .	315
3.2.1 Führungsvereinbarung über die Verfolgung eines arbeitstechnischen Zwecks . . . . .	315
3.2.2 Verfolgung eines gemeinsamen arbeitstechnischen Zwecks . . . . .	316
3.2.3 Einheitlicher Leitungsapparat . . . . .	318
3.2.4 Beteiligungsrechte des Betriebsrats . . . . .	319
3.3 Bewertung . . . . .	321
4. Zusammenfassende Bewertung . . . . .	321
<b>XII. Anhang . . . . .</b>	<b>323</b>
1. Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG) . . . . .	323
2. Merkblatt der BA zur Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung . . . . .	342
3. Muster eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags . . . . .	344
<b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>	<b>357</b>
<b>Sachregister . . . . .</b>	<b>363</b>