

Inhalt

Abkürzungen	15
Abbildungsverzeichnis	20
I. Fremdpersonaleinsatz	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 Personalfluktuaton	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
II. Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von Werk- und Dienstverträgen	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
III.	Freie Mitarbeit	63
1.	Abgrenzung	63
2.	Vermittlung freier Mitarbeiter	69
2.1	Vermittlung eines echten Selbstständigen	70
2.2	Ausübung weisungsgebundener Tätigkeiten in dem Dritt- unternehmen	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
IV.	Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung	77
V.	Gesetzliche Rahmenbedingungen der Arbeitnehmerüberlassung .	83
1.	Geltungsbereich des AÜG	84
1.1	Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen einer wirtschaftli- chen 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	Kollegienhilfe	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 Verleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer	140
7.4.2	Auskunftspflicht des Entleihers gegenüber dem Verleiher	141
7.4.3	Auskunftspflicht des Entleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer	141
7.5	Ausnahme: tarifliches Leiharbeitsverhältnis	142
7.5.1	Entwicklung der Tarifverträge in der Zeitarbeits- branche	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 Entleihers	157
7.5.8.5	Betriebsvereinbarungen im Entleiherbetrieb	158
7.5.8.6	Nutzung von Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten	158
7.6	Folgen eines Verstoßes gegen den Gleichstellungsgrundsatz	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 Verleihers	161
8.1	Erklärung über das Vorhandensein einer Überlassungserlaubnis	161
8.2	Unterrichtungs- und Hinweispflichten bei Wegfall der Erlaubnis	162
9.	Unterrichtungs- und Hinweispflichten des Entleihers	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 Entleihers	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

VI. Haftungsfragen	175
1. Haftung im Überlassungsverhältnis	175
1.1 Haftung des Verleihers	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 Entleihers	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 Schlechtleistung	186
2.1.2.1 Sachschäden	186
2.1.2.2 Personenschäden	187
2.2 Haftung des Entleihers	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 Schlechtleistung	193
3.1.3 Nebenpflichtverletzung	194
3.2 Haftung des Verleihers	194
3.2.1 Fehlende Überlassungserlaubnis	194
3.2.2 Verletzung von Fürsorgepflichten	195
VII. Folgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung	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 fingierten 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 Verleihers	211
5.1.2	Strafbarkeit des Entleihers	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
VIII.	Fremdpersonaleinsatz und Betriebsverfassungsrecht	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 Entleihers	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
IX.	Grenzüberschreitender Personaleinsatz	251
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.	Illegale Arbeitnehmerüberlassung	271
4.1	Illegale Arbeitnehmerüberlassung ohne A1-Bescheinigung	271
4.2	Illegale Arbeitnehmerüberlassung mit A1-Bescheinigung	272
5.	Employer of Record	273
X.	Arbeitnehmerüberlassungsvertrag	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 Verleihers	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 Verleihers	295
2.18	Vertragsstrafen	295
3.	Beendigung	297

XI. Umsetzung der Entscheidung pro Fremdpersonal	298
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
XII. Anhang	323
1. Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG)	323
2. Merkblatt der BA zur Abrenzung der Arbeitnehmerüberlassung	342
3. Muster eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags	344
Literaturverzeichnis	357
Sachregister	363