

Professorin Dr. Sudabeh Kamanabrou, Wiss. Mit. Christian Kallos, Wiss. Mit. Philipp Klingebiel, in Iurratio 2008, Heft 1, S. 4 ff.

I. Einführung

Die Nachfrage nach Mitarbeitern auf Zeit steigt in Deutschland stetig an. Das liegt u.a. daran, dass das Arbeitsverhältnis mit eigenen Mitarbeitern dem Arbeitgeber nur geringe zeitliche Flexibilisierungsmöglichkeiten bietet. Das gilt sowohl hinsichtlich einer Verlängerung als auch hinsichtlich einer Verkürzung der Arbeitszeit. Hat ein Arbeitgeber vorübergehend geringeren Arbeitskräftebedarf, so kann er nur unter besonderen Umständen die Arbeitszeit seiner Arbeitnehmer vorübergehend verkürzen. Wenn er erhöhten Arbeitskräftebedarf hat, wird er zwar in viele Fällen Mehrarbeit anordnen können, diese aber durch Zuschläge teuer erkaufen müssen. Eine Möglichkeit, mehr Flexibilität beim Personaleinsatz zu erzielen, liegt im Einsatz befristet beschäftigter Arbeitnehmer. Wer seine Stammbesetzung bei Bedarf mit befristet Beschäftigten ergänzt, bezahlt zusätzliche Arbeitskräfte nur, wenn und soweit zusätzlicher Arbeitskräftebedarf besteht. Allerdings ist der Abschluss befristeter Arbeitsverträge rechtlich nicht unkompliziert. Das allein spricht noch nicht entscheidend gegen diese Form der Flexibilisierung, denn Zeitarbeit und der Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrags sind rechtlich ebenfalls nicht ohne Tücken. Hinzu kommen aber praktische Schwierigkeiten bei der Gewinnung des zusätzlichen Personals. Bis eine Stelle ausgeschrieben und besetzt ist, ist der zusätzliche Bedarf an Arbeitskräften möglicherweise wieder abgeebbt. Eine weitere Möglichkeit, mehr Flexibilität beim Personaleinsatz zu erreichen, ist der Einsatz von Zeitarbeitnehmern. Auch die Vergabe von Aufgaben an Dienstleister oder Werkunternehmer ist – in Grenzen – eine Alternative zum Einsatz eigenen Personals. Bei diesen Gestaltungsmitteln ist weniger Vorlauf erforderlich, bis die zusätzlichen Arbeitskräfte beschäftigt werden können. Im Folgenden werden die Gestaltungsmöglichkeiten und -risiken des sogenannten drittbezogenen Personaleinsatzes aufgezeigt.

II. Begriff und Entwicklung der Zeitarbeit in Deutschland

Zeitarbeit bedeutet an sich nichts Anderes, als dass ein Arbeitgeber fremde Arbeitskraft mietet. Der umgangssprachlich verwandte Begriff Zeitarbeit findet sich in dieser Form nicht im Gesetz wieder. Vielmehr umschreibt der Begriff „Zeitarbeit“, genauso wie die Begriffe „Leiharbeit“ oder „Personalleasing“, die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung. Der Begriff der Zeitarbeit ist insofern missverständlich, als man meinen könnte, dass der Arbeitnehmer im Verleiherbetrieb nur auf Zeit eingestellt wird. Das ist aber nicht der gesetzliche Normalfall. Das vom Gesetzgeber vorgegebene Leitbild geht von einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zum Verleiher aus, der den Leiharbeiter immer wieder vorübergehend an verschiedene Entleiher ausleiht. Allerdings gilt seit dem 1.1.2004 auch für Leiharbeitsverhältnisse das allgemeine Befristungsrecht der §§ 14 ff. TzBfG, so dass die befristete Einstellung von Arbeitnehmern bei Verleihern möglich ist. Und so greifen auch Verleihunternehmen zum befristeten Arbeitsvertrag und stellen Arbeitnehmer nur befristet für die Zeit einer bestimmten Überlassung ein.

Zeitarbeit spielt in Deutschland zumindest im Vergleich zu anderen europäischen Ländern nur eine begrenzte Rolle. Zwar gibt es Zeitarbeit auch in Deutschland bereits seit den 60er Jahren, gesetzlich geregelt wurde die Arbeitnehmerüberlassung aber erst mit Einführung des

Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) im Jahre 1972. Mit der grundlegenden Liberalisierung des Arbeitnehmerüberlassungsrechts Ende 2002, bei der verschiedene Beschränkungen der Zeitarbeit beseitigt wurden, hat die Rolle der Zeitarbeit auch in Deutschland noch einmal deutlich gewonnen. So meldete die Bundesagentur für Arbeit in ihrer Statistik für das Jahr 2006 ca. 510.000 überlassene Leiharbeiter. Für 2007 wird eine deutliche Überschreitung der 600.000 Grenze erwartet. Im Jahr 2003 waren es hingegen lediglich noch ca. 385.000 Leiharbeiter. Insgesamt hat sich die Zahl der überlassenen Arbeitnehmer seit Beginn der 90er Jahre mehr als verdoppelt.

Aber nicht nur die Anzahl der Zeitarbeiter hat zugenommen, inzwischen finden sich auch immer mehr Beschäftigtengruppen in der Zeitarbeitsbranche wieder. War es anfänglich fast ausschließlich Hilfspersonal, das von Verleihern überlassen wurde, so sind mittlerweile fast alle Berufsgruppen in der Zeitarbeit vertreten. Zwar bildet das Hilfspersonal mit 34% immer noch die größte Berufsgruppe der Zeitarbeiter. Aber auch Zeitarbeiter aus dem Metall- und Elektrobereich (25%) und aus dem Dienstleistungssektor (16%) sind mittlerweile stark vertretene Gruppen in dieser Branche.¹ Mitunter werden sogar Führungskräfte durch Agenturen an Unternehmen überlassen.²

III. Überblick über die Formen drittbezogenen Personaleinsatzes

1. Arbeitnehmerüberlassung

Wenn ein Unternehmer Arbeitnehmer einer Zeitarbeitsfirma bei sich einsetzt, besteht zwischen Entleiher, Verleiher und Arbeitnehmer ein Dreiecksverhältnis, in dem die Pflichten der klassischen Arbeitsvertragsparteien verteilt sind. In diesem Dreiecksverhältnis sind Verleiher und Arbeitnehmer Parteien des Arbeitsverhältnisses, zwischen ihnen besteht der Arbeitsvertrag, aus dem insbesondere die Lohnzahlungspflicht des Verleihers resultiert. Allerdings erbringt der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nun gegenüber dem Entleiher, dem das Weisungsrecht zufällt und der die allgemeinen arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften zu beachten hat. Verleiher und Entleiher schließen eine Überlassungsvereinbarung, in der sie das Überlassungsverhältnis regeln.

Diese Konstellation ist zunächst von der Arbeitsvermittlung zu unterscheiden. Der Arbeitsvermittler und der Arbeitnehmer stehen in keiner arbeitsrechtlichen Verbindung zueinander; der Arbeitsvertrag kommt mit allen Rechten und Pflichten allein zwischen dem Arbeitnehmer und dem Unternehmer, an den er vermittelt wurde, zustande. Auch werden hier keine Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis übertragen. Arbeitsvermittlung und Arbeitnehmerüberlassung schließen sich also gegenseitig aus.³

2. Erfüllungsgehilfen im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen

Etwas schwieriger gestaltet sich die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung zum zweiten Modell drittbezogenen Personaleinsatzes, der Vergabe von Dienst- oder Werkverträgen. Hier entsteht ein Dreiecksverhältnis, wenn der Dienstverpflichtete oder der Werkunternehmer nicht selbst tätig wird, sondern seinerseits Arbeitnehmer einsetzt. In diesen Fällen besteht das arbeitsrechtliche Verhältnis mit allen Rechten und Pflichten ausschließlich auf der Ebene zwischen dem Unternehmer oder Dienstleister und seinem Arbeitnehmer.

IV. Rechtsverhältnisse und Besonderheiten bei der Arbeitnehmerüberlassung

Im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung werden dem Entleiher Arbeitnehmer zur Leistung

alltäglich anfallender Arbeiten oder auch zur Durchführung bestimmter Projekte oder Vorhaben zur Verfügung gestellt. Der Entleiher kann den überlassenen Arbeitnehmer nach seinem Dafürhalten im Betrieb einsetzen, ihm Anweisungen erteilen oder mit anderen Aufgaben betrauen – kurz: er kann ihn nach seinen Zielen und Vorstellungen wie einen eigenen Arbeitnehmer einsetzen. Eine Lohnzahlungspflicht trifft ihn dabei nicht.

Arbeitnehmerüberlassung kann unentgeltlich erfolgen, z.B. wenn ein Arbeitgeber einem anderen ausnahmsweise einen Arbeitnehmer überlässt, um einen kurzfristigen Personalengpass zu überbrücken. Diese Form der Arbeitnehmerüberlassung, die nicht von vornherein oder primär auf die Zur-Verfügung-Stellung von Arbeitskräften angelegt ist, wird als echtes Leiharbeitsverhältnis oder echte Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet. Echte Arbeitnehmerüberlassung spielt in der Praxis jedoch nur eine geringe Rolle und kann für die folgenden Überlegungen vernachlässigt werden. Üblicherweise geht es in der betrieblichen Praxis um die sogenannte unechte Arbeitnehmerüberlassung. Dabei geht es Verleiher und Entleiher allein darum, dass Personal zur Verfügung gestellt wird. Auch erfolgt die Überlassung nicht bloß aus Gefälligkeit, vielmehr besteht die Tätigkeit des Verleihers allein oder primär darin, seinen Kunden Arbeitskräfte zu überlassen. Der Entleiher zahlt dem Verleiher für den überlassenen Arbeitnehmer ein Entgelt, der Verleiher zahlt dem Arbeitnehmer die geschuldete Vergütung.

Das AÜG kennt die Begriffe echte und unechte Leiharbeit nicht. Es unterscheidet maßgeblich nach gewerbsmäßiger und nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung. Gewerbsmäßig ist die Arbeitnehmerüberlassung, wenn es sich um eine auf Dauer angelegte, selbständige Tätigkeit handelt, die mit einer Gewinnerzielungsabsicht verbunden ist. Die Begriffe unechte und gewerbsmäßige Leiharbeit werden häufig synonym verwendet. Da nach § 613 S. 2 BGB der Anspruch auf die Arbeitsleistung im Zweifel nicht übertragbar ist, ist die Arbeitnehmerüberlassung von der Zustimmung des betroffenen Arbeitnehmers abhängig, die regelmäßig im Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer enthalten ist. Für die gewerbsmäßige oder unechte Leiharbeit – also die Überlassung durch eine sog. Zeitarbeitsfirma – gelten zudem zahlreiche Beschränkungen und Sonderbestimmungen zum Schutz des Arbeitnehmers, die in erster Linie im AÜG enthalten sind. Während SGB IV und EStG die Haftung für Sozialabgaben und Lohnsteuer regeln, sind die Schutzvorschriften des AÜG im Wesentlichen folgende:

§ Erlaubnispflicht: Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung bedarf gem. § 1 Abs. 1 AÜG der (vorherigen) Erlaubnis durch die zuständige Behörde (Bundesagentur für Arbeit). Es handelt sich um ein sog. präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Die Erlaubnis gilt zunächst nur für ein Jahr und kann auf Antrag verlängert werden. Nach dreijähriger erlaubter Tätigkeit kann die Erlaubnis unbefristet erteilt werden. Das Gesetz kennt einige Ausnahmen vom Anwendungsbereich – und damit auch vom Erlaubnisvorbehalt. So fällt z.B. die vorübergehende Leihe von Arbeitnehmern innerhalb eines Konzerns nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes. Bei nur vorübergehender Überlassung (max. 12 Monate) zur Vermeidung von Kurzarbeit durch kleine Verleiher (weniger als 50 Arbeitnehmer) reicht bereits eine vorherige Anzeige bei der Bundesagentur für Arbeit aus, vgl. § 1a AÜG.

§ Eine weitere Besonderheit gilt für die Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe. Gem. § 1b S. 1 AÜG ist die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in diesem Bereich grundsätzlich für solche Tätigkeiten verboten, die üblicherweise von Arbeitern ausgeübt werden. Das Verbot gilt nur für eine Überlassung an Betriebe des Baugewerbes (nicht umgekehrt). Es soll eine Umgehung tariflicher Sozialleistungen sowie ein Lohndumping verhindern. Ausnahmen vom

Verbot enthält § 1b S. 2 AÜG.

§ Dem Schutz des überlassenen Arbeitnehmers dienen ferner die §§ 9, 10 AÜG. § 9 AÜG enthält verschiedene Tatbestände, nach denen die Arbeitnehmerüberlassung unwirksam sein kann. Der gravierendste Tatbestand befindet sich in § 9 Nr. 1 AÜG, wonach beide im Dreiecksverhältnis bestehende Verträge unwirksam sind, wenn der Verleiher nicht die erforderliche Erlaubnis besitzt. Gem. § 10 Abs. 1 AÜG wird in diesem Fall ein Arbeitsverhältnis direkt zwischen Entleiher und Arbeitnehmer als von Anfang an bzw. ab dem Eintritt der Unwirksamkeit bestehend fingiert.

§ § 3 Abs. 1 Nr. 3, § 9 Nr. 2 und § 10 Abs. 4 AÜG enthalten Bestimmungen, die verhindern sollen, dass überlassene Arbeitnehmer im Betrieb des Entleihers diskriminiert werden, indem auf sie wesentliche im Betrieb des Entleihers geltende Arbeitsbedingungen nicht angewandt werden. Insbesondere hinsichtlich der Vergütung soll eine ungünstigere Behandlung der Leiharbeitnehmer verhindert werden. Bei einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots kann der Antrag eines Verleihers auf Erteilung einer Erlaubnis versagt werden. Abreden über Arbeitsbedingungen, die das Gleichbehandlungsgebot verletzen, sind nach § 9 Nr. 2 AÜG unwirksam.

§ Gem. § 7 AÜG unterliegt der Verleiher zudem umfangreichen Auskunfts- und Anzeigepflichten und hat Prüfungen in seinen Geschäftsräumen durch die Behörde zu dulden. Außerdem hat er der Erlaubnisbehörde halbjährlich statistische Meldungen über die durchgeführten Überlassungen zu erstatten (§ 8 AÜG). Ferner unterliegt er dem Arbeitnehmer gegenüber besonderen Nachweis- und Auskunftspflichten (vgl. § 11 Abs. 1, 2; § 13 AÜG).

§ Bestimmte Verhaltensweisen des Verleihers oder Entleihers können zu Geldbußen, Geldstrafen oder Freiheitsstrafen führen (§§ 15 ff. AÜG). Strafen ziehen der Verleih oder das Entleihen von Ausländern, denen ausländerrechtliche Voraussetzungen für die Beschäftigung fehlen, nach sich. Ordnungswidrig handelt z.B., wer schuldhaft ohne Erlaubnis Arbeitnehmer verleiht oder Arbeitnehmer von einem Verleiher ohne Erlaubnis bei sich einsetzt.

V. Rechtsverhältnisse bei Dienst- und Werkverträgen

Nicht jeder drittbezogene Personaleinsatz ist eine Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. AÜG. Beauftragt ein Kunde einen anderen Unternehmer oder einen freien Mitarbeiter, ein bestimmtes Projekt durchzuführen, ein Werk zu erstellen oder ein Geschäft zu besorgen und bedient sich der Beauftragte dazu seiner eigenen Arbeitnehmer, so handelt es sich i.d.R. nicht um eine Arbeitnehmerüberlassung im o.g. Sinn, auch wenn die Arbeitnehmer im Betrieb des Auftraggebers zur Erledigung einer dort anfallenden Arbeit tätig werden. Ob zwischen dem Dritten und dem Beauftragten im Einzelfall ein Dienst-, ein Werk- oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag vorliegt (in der Praxis handelt es sich überwiegend um Werkverträge⁵), richtet sich nach dem jeweiligen Vertragsinhalt und ist für die Abgrenzung zur Arbeitnehmerüberlassung zunächst ohne weiteren Belang. Entscheidend ist vielmehr, dass die Arbeitnehmer nicht einem Dritten zur Bewältigung von Aufgaben oder Herstellung eines Werkes überlassen werden, sondern der Unternehmer selbst Aufgaben zu bewältigen bzw. das Werk herzustellen hat und sich dazu seiner eigenen Arbeitnehmer bedient. Bei dieser Gestaltung werden die Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen eingesetzt. Wie bei der Leiharbeit bleiben sie Arbeitnehmer des Unternehmers, allerdings werden hier – anders als bei der Leiharbeit – keine arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten auf den Auftraggeber übertragen; insbesondere hat er gegenüber diesen sog. Fremdfirmenarbeitnehmern kein Direktionsrecht. Auch erfüllt der Arbeitnehmer seine Leistungspflicht nicht dem Auftraggeber gegenüber, sondern gegenüber

seinem Arbeitgeber – dem beauftragten Unternehmer. Und nur dieser entscheidet (zwar in Absprache mit seinem Kunden, aber letztlich allein) darüber, wie die Arbeitnehmer eingesetzt werden; er erteilt ihnen entsprechende Weisungen. Daneben ist es allein in dieser Konstellation möglich, dass der Unternehmer zur Herstellung des Werkes oder zur Leistung der Dienste keine Arbeitnehmer, sondern selbstständige Subunternehmer oder selbstständige freie Mitarbeiter einsetzt. Schon begriffslogisch scheidet dann eine Arbeitnehmerüberlassung aus.⁴ Da die gegenseitigen Pflichten des Arbeitsverhältnisses in der Konstellation des Dienst- bzw. Werkvertrags i.V.m. dem Einsatz von Erfüllungsgehilfen bei den Arbeitsvertragsparteien liegen und nicht teilweise auf einen Dritten übergehen, besteht keine besondere Missbrauchsgefahr und somit keine besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers. Es liegt in diesen Fällen keine Arbeitnehmerüberlassung vor – das AÜG ist nicht anwendbar.

VI. Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung u. Dienst-/Werkverträgen

1. Umfang und Bedeutung der Abgrenzung

Der Einsatz eigener Arbeitnehmer oder die direkte Beauftragung nur eines freien Mitarbeiters (der die Dienste selbst leisten wird) bedarf keiner Abgrenzung von der Arbeitnehmerüberlassung, da der „Dritte“ hier lediglich mit einer weiteren Person in Verbindung tritt. Es kann erst gar nicht zu einer Dreieckskonstellation kommen, die u.U. eine Umgehung der Schutzvorschriften des AÜG darstellt, da sich die vertraglichen Rechte und Pflichten nur zwischen diesen beiden Parteien abspielen.

Aus diesem Grund konzentriert sich die Abgrenzung im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung auf den Fall, dass ein Dienstleister oder Werkunternehmer eigene Arbeitnehmer im Betrieb des Dritten einsetzt. Da die Arbeitnehmerüberlassung den eher strengen Regeln des AÜG unterworfen ist, kann es für Arbeitgeber interessant sein, diese Bindungen zu vermeiden und statt dessen auf Werk- oder Dienstverträge zurückzugreifen. Wer allerdings eine Arbeitnehmerüberlassung in den Mantel des Dienst- oder Werkvertrags zu kleiden versucht, läuft Gefahr, sich gravierenden arbeits-, verwaltungs- und sogar ordnungswidrigkeitsrechtlichen Konsequenzen ausgesetzt zu sehen.

Die Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassung spielt aber nicht nur für die Frage der Anwendbarkeit des AÜG eine Rolle. Zudem bestehen erhebliche Unterschiede in der Haftung bei Schlechtleistung: Während der Beauftragte beim Werkvertrag nach den dort einschlägigen Vorschriften für eigene sowie für Schlechtleistungen seiner Gehilfen haftet (z.B. auf Nacherfüllung oder Schadensersatz infolge von Werkmängeln), schuldet der Verleiher im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung lediglich die Auswahl geeigneter Arbeitnehmer und haftet nur für eine fehlerhafte Auswahl, nicht aber für eine mangelhafte Arbeitsleistung des überlassenen Personals.

2. Abgrenzungskriterien und deren Behandlung in Theorie und Praxis

Auf den ersten Blick erscheint die Abgrenzung recht einfach, da für sie bloß folgende Punkte ausschlaggebend sind: Wem steht das Weisungsrecht zu? Ist der Arbeitnehmer in die betriebliche Organisation des Dritten eingegliedert?⁵ Wem gegenüber erbringt der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung? Schuldet der Arbeitgeber selbst die Herstellung des Werkes bzw. die Leistung von Diensten? Denn nur beim Dienst- bzw. Werkvertrag i.V.m. dem Einsatz von Erfüllungsgehilfen schuldet der Arbeitgeber dem Dritten aufgrund des Dienst- bzw. Werkvertrags die Erbringung der Dienste bzw. die Herstellung des Werkes. Außerdem werden

nur hier seine Arbeitnehmer für ihn und ihm gegenüber aktiv und erhalten entsprechende Weisungen, wie sie ihre Tätigkeit zu erbringen haben. Bei der Arbeitnehmerüberlassung gehen jedoch Weisungsrecht und Leistungsanspruch auf den Dritten über, der selbst für die Erreichung des mit dem Einsatz der Leiharbeitnehmer verfolgten Ziels verantwortlich ist. Arbeitgeber- und Unternehmerrolle sind also auf zwei Parteien verteilt.

In der Praxis haben sich allerdings mitunter atypische Fallgestaltungen ergeben, die die entscheidenden Umstände nicht genau erkennen lassen und so eine genaue Abgrenzung erschweren. 6 Das ist z.B. der Fall, wenn ein Unternehmer eine Verpflichtung zur Herstellung mehrerer „kleinerer“ Werke innerhalb eines Rahmenvertrags übernimmt, wenn die Vergütung nach Zeitabschnitten anstatt nach hergestellten Werken bestimmt wird oder die als Erfüllungsgehilfen für den Unternehmer tätigen Arbeitnehmer in die Organisation des Dritten einbezogen werden. Aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes kann daher zumeist nicht zweifelsfrei zwischen den möglichen Konstellationen des drittbezogenen Personaleinsatzes unterschieden werden.

Die Gerichte stellen für die Abgrenzung in ständiger Rechtsprechung auf den tatsächlichen Geschäftsinhalt ab. Bei der erforderlichen Gesamtabwägung aller Umstände⁷ soll maßgeblich sein, ob eine tatsächliche Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb stattgefunden und ob der Arbeitnehmer arbeitsvertraglich-personenbezogene Weisungen oder lediglich werkbezogene Anweisungen (gem. § 645 Abs. 1 S. 1 BGB) erhalten hat.⁸ In den letzten Jahren hat das BAG diese Herangehensweise dahingehend konkretisiert, dass es zunächst auf die vertraglichen Vereinbarungen abstellt und diese mit der tatsächlichen Durchführung des Vertrags vergleicht. Aus der praktischen Handhabung der Vertragsvereinbarungen will es Rückschlüsse auf die gewollten Rechte und Pflichten, also auf Vertragsinhalt und Vertragsart, ziehen.⁹ Wenn sich Vereinbarungen und praktische Durchführung widersprechen, soll letztere entscheidend sein.¹⁰

Die Literatur schlägt teilweise andere Abgrenzungskriterien vor. Eine am Schutzzweck des AÜG orientierte Betrachtungsweise, will eine Leiharbeit lediglich dann verneinen, wenn keine Gefahr der Umgehung des AÜG besteht.¹¹ Andere rücken die Personalhoheit in den Vordergrund und nehmen eine Arbeitnehmerüberlassung an, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeit im Betrieb eines anderen verrichtet und das Recht, dem Arbeitnehmer arbeitsbezogene Anweisungen zu erteilen, auf den Dritten übergegangen ist und von ihm ausgeübt wird.¹² Hier geht es nicht um eine Gegenposition zur Rechtsprechung, sondern um die Hervorhebung eines bestimmten Aspekts.

VII. Exkurs: Mischverträge

Eine besondere Konstellation ist gegeben, wenn einem Dritten Anlagen, Geräte oder Systeme vermietet oder veräußert werden und ihm zu Montage-, Einrichtungs- oder Einweisungszwecken vorübergehend Personal des Vermieters/Verkäufers zur Verfügung gestellt wird. Die Einordnung solcher Mischverträge mit Personalgestellung als Nebenleistung wird unterschiedlich gehandhabt. In der Literatur wird z.B. danach unterschieden, ob der Wert der Personalgestellung deutlich unter dem der Kaufsache liegt¹³ oder wiederum wer den Arbeitseinsatz maßgeblich lenkt und steuert.¹⁴ Die Rechtsprechung stellt – wie auch große Teile des Schrifttums – auf den Hauptzweck bzw. das den Inhalt des Vertrags prägende Element ab. Nur wenn die Personalgestellung eindeutig als eine dem Hauptzweck dienende Nebenleistung anzusehen ist, fällt der Sachverhalt nicht unter das AÜG.¹⁵

VIII. Folgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung

Ein Verstoß gegen Vorschriften des AÜG kann weitreichende Folgen haben. Um illegale Arbeitnehmerüberlassung kann es sich nicht nur dann handeln, wenn der Unternehmer und der Dritte bewusst einen Scheinwerkvertrag bzw. Scheindienstvertrag abgeschlossen haben. Auch wenn sie irrtümlich von einem Werk- oder Dienstvertrag i.V.m. dem Tätigwerden des Arbeitnehmers als Erfüllungsgehilfen ausgehen, tatsächlich aber eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, kann ein Fall illegaler Arbeitnehmerüberlassung gegeben sein. Wenn tatsächlich eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, ist der Auftraggeber als Entleiher, der Werkunternehmer oder Dienstleister als Verleiher anzusehen. Letzterem wird regelmäßig die erforderliche Erlaubnis fehlen, sodass es sich um eine illegale Arbeitnehmerüberlassung handelt.

1. Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen

Das Fehlen der erforderlichen Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit führt zur gravierendsten Folge, nämlich zur Unwirksamkeit der Verträge zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie Arbeitgeber und Drittem nach § 9 Nr. 1 AÜG, welche auch durch eine nachträglich ergehende Erlaubnis nicht geheilt werden kann.¹⁶ Die Abwicklung des unwirksamen Schuldverhältnisses zwischen den beiden Unternehmern erfolgt nach den bereicherungsrechtlichen Vorschriften. Das Schicksal des Verhältnisses zwischen Arbeitnehmer und unerlaubt tätigen Verleiher ist umstritten; es soll sich nach der Rspr. zumindest soweit der Verleiher Leistungen erbracht hat, in ein sogenanntes fehlerhaftes Arbeitsverhältnis umwandeln.¹⁷ Damit der Arbeitnehmer für die Zukunft nicht schutzlos steht, kommt ferner nach der Fiktion in § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG zwingend und unabhängig vom Wissen oder der Rechtsauffassung der Beteiligten ein Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Entleiher ab dem vereinbarten Beginn der Tätigkeit bzw. ab Eintreten der Unwirksamkeit nach § 9 AÜG zustande. Inhalt und Dauer des so begründeten Arbeitsverhältnisses bestimmen sich nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen (§ 10 Abs. 1 S. 4 AÜG), insbesondere nach den dort einschlägigen tarifvertraglichen Bestimmungen, Regelungen in Betriebsvereinbarungen und betrieblichen Übungen.¹⁸ Der Arbeitnehmer kann jedoch mindestens das Arbeitsentgelt verlangen, das mit dem Verleiher vereinbart war (§ 10 Abs. 1 S. 5 AÜG). Außerdem kann das Arbeitsverhältnis – solange die Befristungsfiktion nach § 10 Abs. 1 S. 2 AÜG nicht greift – nur auf den üblichen Wegen durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag beendet werden.¹⁹ Der Arbeitnehmer kann zudem gem. § 10 Abs. 2 AÜG Schadensersatz dafür verlangen, dass er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut hat. Ferner haften Verleiher und Entleiher auch bei einem unwirksamen Überlassungsverhältnis als Gesamtschuldner hinsichtlich Lohnzahlung und Sozialabgaben, vgl. § 10 Abs. 3 AÜG, § 28e Abs. 2 S. 3, 4 SGB IV. Außerdem kann sogar eine Haftung des Entleihers für die Entrichtung der Lohnsteuer nach § 42d Abs. 6 EStG in Frage kommen.

Eine weitere wichtige Folge enthalten § 9 Nr. 2 und § 10 Abs. 4 AÜG. Diese Vorschriften sind einschlägig, wenn der Verleiher zwar eine Erlaubnis der Bundesagentur besitzt, aber der Arbeitnehmer zu schlechteren Arbeitsbedingungen als denen, die im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer gelten, überlassen wird. Derartige Vereinbarungen sind unwirksam, und der Arbeitnehmer kann Gewährung der beim Entleiher geltenden Arbeitsbedingungen verlangen. Das Diskriminierungsverbot gilt jedoch nicht, wenn ein Tarifvertrag abweichende – und somit regelmäßig schlechtere – Bedingungen zulässt. Da solche Tarifverträge zwischen dem Bundesverband der Zeitarbeitsfirmen (BZA) und dem DGB geschlossen wurden und seit

1.1.2004 gelten, läuft das Verbot in der Praxis weitestgehend leer.²⁰

2. Ordnungswidrigkeiten und Straftaten

Bei Überlassung von Arbeitnehmern ohne die erforderliche Erlaubnis handeln Verleiher und Entleiher ordnungswidrig (§ 16 Abs. 1 Nrn. 1, 1a AÜG). Die Geldbuße kann bis zu 25.000 € betragen. Diese Ordnungswidrigkeiten werden von den Behörden der Zollverwaltung verfolgt.

Schwerwiegender sind die Folgen bei illegaler Überlassung von Ausländern, die nicht über den erforderlichen Aufenthaltstitel verfügen. Der Verleiher begeht dann eine Straftat nach § 15 AÜG. Der Entleiher verhält sich zunächst nur ordnungswidrig gem. § 16 Abs. 1 Nr. 2 AÜG (wobei das Bußgeld bis zu 500.000 € betragen kann); lässt er jedoch 5 oder mehr Personen tätig werden, handelt es sich gem. § 15a Abs. 2 AÜG um eine Straftat. Einen weiteren Straftatbestand enthält § 15a Abs. 1 AÜG, wonach sich der Entleiher auch bei bestehender Erlaubnis des Verleihers strafbar macht, wenn er Ausländer ohne entsprechenden Aufenthaltstitel tätig werden lässt, und zwar zu Arbeitsbedingungen, die in einem auffälligen Missverhältnis zu Arbeitsbedingungen vergleichbarer deutscher Arbeitnehmer stehen.

IX. Zusammenfassung

Wer seinen Arbeitskräftebedarf teilweise im Wege des Drittpersonaleinsatzes decken will, muss sich zunächst überlegen, wie die Tätigkeit des Dritten im Betrieb gestaltet werden soll. Wird ein Unternehmer mit einer Dienstleitung oder der Herstellung eines Werks beauftragt und setzt dieser Unternehmer für diese Aufgabe Arbeitnehmer ein, deren Tätigkeit er anleitet, liegt keine Arbeitnehmerüberlassung vor. Wer das Fremdpersonal nach eigenen Vorstellungen flexibel einsetzen und anweisen will, möchte der Sache nach einen Arbeitnehmer entleihen. In diesem Fall hilft es nicht, den Vertrag mit dem Verleiher als Dienst- oder Werkvertrag zu titulieren. Ver- und Entleiher riskieren bei einem solchen Vorgehen empfindliche Sanktionen.

Fußnoten:

1 Daten aus der Info-Broschüre der Bundesagentur für Arbeit, BBZ Ausgabe 2007/2008, abrufbar unter <http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/Veroeffentlichungen/BBZ/BBZ-Magazin-Zeitarbeit.pdf>, zuletzt abgerufen am 18.2.2008.

2 Interview mit Sven Hennige, AuA 2007, 654.

3 ErfK/Wank, 8. Aufl. 2008, Einleitung AÜG Rdnr. 13.

4 BAG v. 9.11.1994, NZA 1995, 572, 573.

5 Das ist z.B. der Fall, wenn die eingesetzte Person in die Dienst- und Uraubsplanung einbezogen oder bei Krankheitsvertretungen berücksichtigt wird, so dass ein Außenstehender keinen Unterschied zum Einsatz eigenen Personals feststellen kann.

6 Dazu vertiefend mit Beispielen und Nachweisen: Schüren/Hamann (o. Fußn. 1), § 1 AÜG Rdnr. 122 ff.

7 Bspw. auch die sonstige Tätigkeit des Beauftragten oder die Gestellung von Werkzeug und Material vor Ort.

8 BAG v. 31.3.1993, NZA 1993, 1078, 1080; BAG v. 30.1.1991, NZA 1991, 19, 23.

9 AG v. 6.8.2003, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG.

10 BGH v. 21.1.2003, NZA 2003, 616, 617.

11 ErfK/Wank (o. Fußn.), § 1 AÜG Rdnr. 24.

12 Schüren/Hamann (o. Fußn.), § 1 AÜG Rdnrn. 178 ff.; Eckardt, JA 1989, 393, 396; Dauner-Lieb, NZA 1992, 817.

13 MünchArbR/Marschall, 2. Aufl. 2000, § 174 Rdnrn. 85 f.

14 Mit einleuchtenden Argumenten: Schüren/Hamann (o. Fußn.), § 1 AÜG Rdnr. 255.

15 Der Wert könne nicht letztlich entscheidend sein, da z.B. hochwertige Systeme auch besonders geschultes und entsprechend teures Bedienpersonal erforderten, s. BAG v. 17.2.1993, NZA 1993, 1125, 1127.

16 Boemke, § 10 AÜG Rdnr. 11; ErfK/Wank, § 9 AÜG Rdnr. 8.

17 Offen gelassen, aber m.N. zum Meinungsstand BAG v. 20.4.2005, NZA 2005, 1006.

18 BAG v. 18.2.2003, AP Nr.5 zu § 13 AÜG.

19 BAG v. 30.1.1991, NZA 1991, 19; Küttner, Personalbuch 2007, 14. Aufl. 2007, Leiharbeitnehmer Rdnr. 26.

20 Abgedruckt in RdA 2003, 311; relevant wird das „Equal-Pay-Prinzip“ jedoch dann, wenn in dem Arbeitsvertrag von Außenseitern noch keine Bezugnahmeklauseln vereinbart waren.