

Inhalt

Abkürzungen	15
Abbildungsverzeichnis	20
I. Fremdpersonaleinsatz	21
1. Vorteile beim Einsatz von Fremdpersonal	23
1.1 Personalkostensenkung	23
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	29
3.2.2 Dienstvertrag	30
3.2.3 Geschäftsbesorgungsvertrag	30
3.3 Freie Mitarbeit	31
II. Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von Werk- und Dienstverträgen	33
1. Abgrenzungsformel der Rechtsprechung	34
2. Fremdsteuerung des Arbeitseinsatzes als maßgebliches Unterscheidungskriterium	35
2.1 Ausübung des arbeitsbezogenen Weisungsrechts	35
2.2 Bedeutung sonstiger Kriterien für die Abgrenzung	36
2.3 Gegenstandsbezogene Anweisungen des Auftraggebers	38
3. Prüfkriterien der Finanzkontrolle Schwarzarbeit	40
4. Mischformen	42
4.1 Mitsteuerung durch den Auftraggeber	42
4.2 Zeitlich alternierende Ausübung des Arbeitgeberweisungsrechts	43
4.3 Entbehrlichkeit von Weisungen	44
5. Fallgruppen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung	46
5.1 Zwischengeschaltete Aufsichtsperson	46

5.2	Rahmenvertrag und Einzelaufträge	47
5.3	Verlagerung arbeitsrechtlicher Weisungen in den „Werk-/Dienstvertrag“	48
6.4	Überlassen von Maschinen mit Bedienungspersonal	51
6.	Darlegungs- und Beweislast	53
7.	Hinweise zur Risikominimierung	54
III.	Freie Mitarbeit	56
1.	Abgrenzung	56
2.	Folgen der fehlerhaften Zuordnung	60
3.	Risikoverringerung	62
IV.	Entwicklung der Arbeitnehmerüberlassung	64
V.	Gesetzliche Rahmenbedingungen der Arbeitnehmerüberlassung	69
1.	Geltungsbereich des AÜG	70
1.1	Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit	70
1.2	Gemeinnützige Unternehmen	71
1.3	Konzerninterner Verleih zum Selbstkostenpreis	72
1.4	Mischunternehmen	72
2.	Privilegierte Formen der Arbeitnehmerüberlassung	73
2.1	Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft	73
2.1.1	Voraussetzungen	74
2.1.2	Rechtsfolge: keine Arbeitnehmerüberlassung	74
2.2	Arbeitnehmerüberlassung zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen	75
2.2.1	Voraussetzungen	76
2.2.2	Rechtsfolge: keine Anwendung des AÜG	76
2.3	Konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung	77
2.3.1	Konzern	77
2.3.2	„Nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt“	77
2.3.3	Rechtsfolge: keine Anwendung des AÜG	78
2.4	Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung	78
2.4.1	„Gelegentlich“	79
2.4.2	Rechtsfolge: keine Anwendung des AÜG	79
2.5	Personalgestaltung im öffentlichen Dienst	80
2.6	Überlassungen zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts und öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften	80

2.7	Grenzüberschreitende Überlassung an deutsch- ausländische Gemeinschaftsunternehmen	81
2.7.1	Voraussetzungen	81
2.7.2	Keine Anwendung des AÜG	82
2.8	Kollegienhilfe	82
2.8.1	Voraussetzungen	82
2.8.2	Rechtsfolge: keine Überlassungserlaubnis	83
3.	Überlassungserlaubnis	83
4.	Überlassungshöchstdauer	85
4.1	Gesetzliche Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten	86
4.1.1	Fristberechnung	88
4.1.2	Berücksichtigung von Unterbrechungszeiten	88
4.2	Abweichende tarifliche Regelungen der Überlassungsdauer	92
4.2.1	Tarifgebundene Entleiher	93
4.2.2	Nicht tarifgebundene Entleiher	94
4.3	Tarifliche Öffnungsklausel für abweichende Regelungen durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen	95
4.3.1	Tarifgebundene Entleiher	95
4.3.2	Nicht tarifgebundene Entleiher	96
4.4	Öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften	97
4.5	Folgen bei Überschreiten der zulässigen Überlassungsdauer	97
4.5.1	Zivilrechtliche Folgen	97
4.5.2	Sozialversicherungsrechtliche Folgen	102
4.5.3	Ordnungswidrigkeit	102
4.5.4	Gewerberechtliche Folgen	103
4.6	Geltendmachung von Rechten	103
4.7	Inkrafttreten/Übergangsphase	105
5.	Offenlegungspflichten	106
5.1	Bezeichnung als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag	106
5.2	Angabe der Person des Leiharbeitnehmers	107
5.3	Geltendmachung von Rechten	109
6.	Unzulässigkeit des Kettenverleihs	110
6.1	Begriff	110
6.2	Rechtsfolgen eines Verstoßes	111
6.3	Geltendmachung von Rechten	112
7.	Gleichstellungsgrundsatz	112
7.1	Gegenstand des Gleichstellungsgrundsatzes	113
7.1.1	Arbeitsentgelt	114
7.1.2	Wesentliche Arbeitsbedingungen	115

7.2	Vergleichbare Arbeitnehmer	116
7.3	Gesamtvergleich und Verschlechterungsverbot	117
7.4	Auskunftspflichten	119
7.4.1	Auskunftspflicht des Verleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer	119
7.4.2	Auskunftspflicht des Entleihers gegenüber dem Verleiher	119
7.4.3	Auskunftspflicht des Entleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer	119
7.5	Ausnahme: tariflich geregeltes Leiharbeitsverhältnis . . .	120
7.5.1	Tarifvertragsparteien und Tarifverträge in der Leiharbeitsbranche	121
7.5.2	Folgen der Nichtigkeit der „CGZP-Tarifverträge“ . . .	122
7.5.3	Verlängerte Abweichungsmöglichkeit hinsichtlich des Arbeitsentgelts	124
7.5.4	Art des Tarifvertrags	125
7.5.5	Anwendbarkeit des Tarifvertrags	126
7.5.6	Vermeidung des Gleichstellungsgrundsatzes bei Mischunternehmen	130
7.5.7	Einschränkungen der Tarifdispositivität des Gleichstellungsgrundsatzes	132
7.6	Folgen eines Verstoßes gegen den Gleichstellungsgrundsatz	136
7.6.1	Zivilrechtliche Folgen	136
7.6.2	Sozialversicherungsrechtliche Folgen	136
7.6.3	Gewerberechtliche Folgen	137
7.6.4	Vermutung von Arbeitsvermittlung	137
7.6.5	Ordnungswidrigkeit	137
8.	Unterrichtungs- und Hinweispflichten des Verleihers . .	138
8.1	Erklärung über das Vorhandensein einer Überlassungserlaubnis	138
8.2	Unterrichtungs- und Hinweispflichten bei Wegfall der Erlaubnis	138
9.	Unterrichtungs- und Hinweispflichten des Entleihers . .	139
9.1	Angabe besonderer Tätigkeitsmerkmale und Qualifikationsanforderungen	139
9.2	Angabe der Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Arbeitnehmers	139
9.3	Unterrichtungspflichten gegenüber dem Betriebsrat . . .	140
9.4	Informationspflicht über freie Arbeitsplätze	140
10.	Subsidiäre Haftung des Entleihers	141

10.1	Sozial- und Unfallversicherungsbeiträge	141
10.2	Lohnsteuerrückstände	143
11.	Arbeitsschutzrecht im Einsatzbetrieb	144
12.	Arbeitnehmererfindungen durch Leiharbeitnehmer	146
13.	Streikeinsatz von Leiharbeitnehmern	146
14.	Sonderfall Baugewerbe	147
VI.	Haftungsfragen	150
1.	Haftung im Überlassungsverhältnis	150
1.1	Haftung des Verleihers	150
1.1.1	Fehlende Überlassungserlaubnis	150
1.1.2	Nichterfüllung der Personalgestellungspflicht	152
1.1.3	Schlechterfüllung der Personalgestellungspflicht	154
1.2	Haftung des Entleihers	155
1.2.1	Nichtbeschäftigung des Leiharbeitnehmers	155
1.2.2	Unzutreffende Angaben über die Arbeitsbedingungen vergleichbarer Arbeitnehmer	156
1.2.3	Verletzung von Fürsorgepflichten	157
1.2.4	Abwerbung des Leiharbeitnehmers	158
2.	Haftung im Leistungsverhältnis	158
2.1	Haftung des Leiharbeitnehmers	159
2.1.1	Nichtleistung	159
2.1.2	Schlechtleistung	160
2.2	Haftung des Entleihers	162
2.2.1	Sachschäden	162
2.2.2	Personenschäden	164
2.2.3	Diskriminierung von Leiharbeitnehmern	165
3.	Haftung im Leiharbeitsverhältnis	166
3.1	Haftung des Leiharbeitnehmers	166
3.1.1	Nichtleistung	167
3.1.2	Schlechtleistung	167
3.2	Haftung des Verleihers	168
3.2.1	Fehlende Überlassungserlaubnis	168
3.2.2	Verletzung von Fürsorgepflichten	169
VII.	Folgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung	171
1.	Zivilrechtliche Folgen	173
1.1	Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags	173
1.2	Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher	176
1.2.1	Dauer des fingierten Arbeitsverhältnisses	178
1.2.2	Inhalt des fingierten Arbeitsverhältnisses	179

1.2.3	Geltendmachung von Ansprüchen aus dem fingierten Arbeitsverhältnis	180
1.3	Unwirksamkeit des Überlassungsvertrags	182
2.	Gewerberechtliche Folgen	183
3.	Sozialversicherungsrechtliche Folgen	183
4.	Steuerrechtliche Folgen	184
5.	Straftaten und Ordnungswidrigkeiten	185
5.1	Straftatbestände	185
5.1.1	Strafbarkeit des Verleihers	185
5.1.2	Strafbarkeit des Entleihers	185
5.2	Ordnungswidrigkeiten	186
5.2.1	Verleiher	186
5.2.2	Entleiher	186
5.3	Verantwortlichkeit	186
5.4	Subjektiver Tatbestand	188
5.5	Nebenfolgen	189
6.	Zusammenfassung: Verbleibende Risiken für Entleiher	190
VIII.	Fremdpersonaleinsatz und Betriebsverfassungsrecht	193
1.	Einsatz von Leiharbeitnehmern	193
1.1	Berücksichtigung bei Schwellenwerten	193
1.2	Rechte der Leiharbeitnehmer im Einsatzbetrieb	194
1.3	Befugnisse des Entleiherbetriebsrats	195
1.3.1	Zustimmungserfordernis vor dem Einsatz	195
1.3.2	Personalplanung/Beschäftigungssicherung	203
1.3.3	Stellenausschreibung	204
1.3.4	Interessenausgleich und Sozialplan	205
1.3.5	Wirtschaftsausschuss	205
1.3.6	Abhalten von Sprechstunden	206
1.3.7	Entgegennahme und Behandlung von Beschwerden	206
1.3.8	Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten	207
1.3.9	Versetzung	209
1.3.10	Personalfragebogen, Beurteilungsgrundsätze	210
1.3.11	Auswahlrichtlinien	210
1.3.12	Allgemeine Aufgaben	211
1.3.13	Beendigung des Einsatzes	212
2.	Einsatz von Werk-/Dienstvertragsarbeitnehmern	213
2.1	Betriebsänderung/Sozialplan	213
2.2	Personalplanung/Beschäftigungssicherung	215
2.3	Unterrichtungs- und Zustimmungserfordernis	215
2.4	Allgemeine Aufgaben	217
2.5	Beteiligungsrechte während des Einsatzes	217

3.	Beteiligungsrechte bei freien Mitarbeitern	218
3.1	Personalplanung/Beschäftigungssicherung	218
3.2	Stellenausschreibung	218
3.3	Unterrichtungs- und Zustimmungserfordernis	219
3.4	Beteiligungsrechte während des Einsatzes	220
IX.	Grenzüberschreitender Personaleinsatz	221
1.	Gewerberechtliche Zulässigkeit	222
1.1	Ausübung des Verleihgewerbes in Deutschland	222
1.1.1	Gründung einer Niederlassung in Deutschland	222
1.1.2	Verleih aus einem anderen Staat nach Deutschland	222
1.2	Einsatz von Werk-/Dienstvertragsarbeitnehmern in Deutschland	223
2.	Sozialversicherungsrechtliche Behandlung	225
2.1	Grenzüberschreitender Personaleinsatz innerhalb der EU	225
2.2	Grenzüberschreitender Personaleinsatz im EFTA-Raum	228
2.3	Grenzüberschreitender Personaleinsatz mit einem Drittstaat	229
3.	Arbeitsrechtlicher Status	229
3.1	Zulässigkeit einer abhängigen Beschäftigung in Deutschland	229
3.2	Arbeitsbedingungen	231
3.2.1	Grundsatz der freien Rechtswahl	231
3.2.2	Ausnahme: Zwingende Bestimmungen des deutschen Arbeitsrechts	232
3.2.3	Einschränkungen nach dem AEntG	232
3.2.4	Lohnuntergrenze bei Leiharbeit	236
4.	Illegale Arbeitnehmerüberlassung	239
4.1	Illegale Arbeitnehmerüberlassung ohne A1- Bescheinigung	239
4.2	Illegale Arbeitnehmerüberlassung mit A1- Bescheinigung	241
X.	Arbeitnehmerüberlassungsvertrag	243
1.	Gesetzliche Vorgaben	243
1.1	Formerfordernis	243
1.2	Unzulässigkeit von Einstellungsverboten	246
1.3	Einschränkungen für Formularverträge	249
2.	Gestaltungsspielräume	249
2.1	„Stückschuld“ oder „Gattungsschuld“	250
2.2	Austauschklausel und Ersetzungsbefugnis	250

2.2.1	Austauschverlangen des Entleihers	251
2.2.2	Ersetzungsbefugnis des Verleihers	251
2.3	Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Arbeitnehmers des Entleihers	251
2.4	AGG-Schulung	252
2.5	Verschwiegenheitsklausel	253
2.6	Arbeitszeit	253
2.7	Vergütung	254
2.8	Überwachungspflicht und Zutrittsrecht	254
2.9	Vorsorgeuntersuchung	255
2.10	Arbeitsunfall	255
2.11	Arbeitsgenehmigung	255
2.12	Sicherheitsleistung	256
2.13	Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten .	256
2.14	Arbeitnehmererfindungen	257
2.15	Arbeitskampf	257
2.16	Leistungs- und Verhaltensbeurteilungen	258
2.17	Haftung des Verleihers	259
2.18	Vertragsstrafen	259
3.	Beendigung	260
XI.	Umsetzung der Entscheidung pro Fremdpersonal	262
1.	Werk-/Dienstverträge	262
1.1	Realisierbarkeit	263
1.1.1	Werk-/dienstvertragsfähige Aufgabe	263
1.1.2	Umsetzung der Fremdvergabe	264
1.2	Einflussmöglichkeiten des Betriebsrats	267
1.3	Risiko Betriebsübergang	268
2.	Arbeitnehmerüberlassung	271
2.1	Realisierbarkeit	271
2.2	Beteiligungsrechte des Betriebsrats	276
2.3	Risiken	277
3.	Zusammenfassende Bewertung	277
XII.	Anhang	279
1.	Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze i. d. F. vom 18. 10. 2016 (Auszug)	279
2.	Geschäftsanweisung der BA (GA AÜG) – Auszug	301
3.	Merkblatt der BA zur Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung	306
4.	Checkliste zu Beteiligungsrechten des Betriebsrats	308

5.	Muster eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags . . .	314
6.	Werk-/Dienstvertrag und Arbeitnehmerüberlassung im Vergleich	325
	Literaturverzeichnis	327
	Sachregister	331