



Fremdpersonal im Betrieb

Rechtliche und praktische Hinweise
für M+E-Unternehmen

März 2025

Impressum

© März 2025

Arbeitgeberverband Gesamtmetall
(Gesamtverband der Arbeitgeberverbände der Metall- und Elektro-Industrie e. V.)
Voßstraße 16, 10117 Berlin
Telefon 030/55150-0
Telefax 030/55150-400
info@gesamtmetall.de
www.gesamtmetall.de
Ansprechpartner: David Beitz, Hannah Krause
Bearbeitet: David Beitz, Hannah Krause, Konstantin Hofmann

Dieser Leitfaden ist mit großer Sorgfalt erstellt worden, er ersetzt jedoch nicht die Beratung im Einzelfall.
Mit der Bitte um Verständnis wird darauf hingewiesen, dass keinerlei Haftung übernommen wird.

Vorbemerkung

Fremdpersonaleinsatz ist als

- **Zeitarbeit (Leiharbeit)** oder im Rahmen
- von **Werkverträgen/Dienstverträgen** möglich.

Für die Praxis ist es von entscheidender Bedeutung, diese beiden Formen voneinander zu unterscheiden, da sie völlig unterschiedlichen rechtlichen Regeln unterliegen. Diese Unterscheidung wird umso wichtiger, wenn der Einsatz des Fremdpersonals im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen **auf dem eigenen Betriebsgelände** erfolgt. Werden die Gestaltung des Werk- oder Dienstvertrages und dessen Durchführung nicht klar von der Arbeitnehmerüberlassung abgegrenzt, drohen erhebliche Sanktionen und fühlbare wirtschaftliche Nachteile.

Die Neuauflage dieses M+E-Leitfadens wurde umfassend an die aktuellen Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur angepasst und neu strukturiert. Berücksichtigt sind neben den Änderungen durch das sog. Vierte Bürokratieentlastungsgesetz auch die aktuellen Fachlichen Weisungen zum AÜG der Bundesagentur für Arbeit (Stand 01.01.2025).

Die aktuell geltenden gesetzlichen Restriktionen und die im Rahmen der sog. AÜG-Reform 2017 zuletzt verschärften Sanktionen haben zur Folge, dass eine anfängliche und fortlaufende Kontrolle der Vertragsverhältnisse in der Praxis weiterhin unabdingbar ist. Um Sanktionen oder sonstigen Nachteilen aus dem Weg zu gehen, ist größte Sorgfalt bei der Vertragsgestaltung und Vertragsdurchführung angezeigt. Insbesondere kommen folgende Sanktionen in Betracht:

- Eine Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses mit dem Verleiher unter gleichzeitiger **Fiktion eines grundsätzlich unbefristeten Arbeitsverhältnisses** zum Entleiher.
- **Bußgeld** von bis zu 500.000 Euro sowie ein Eintrag in das **Gewerbezentralregister**.
- Haftung für **Sozialversicherungsbeiträge** sowie Ausfallhaftung für die **Lohnsteuer**.
- Mögliche Strafbarkeit nach **§ 266a Abs. 1 oder Abs. 2 StGB**.

Entscheidend für die Bewertung des Fremdpersonaleinsatzes im Betrieb entweder als Arbeitnehmerüberlassung oder als Werk-/Dienstvertrag ist neben der Vertragsgestaltung **die praktische Durchführung im Betriebsalltag**. Eine fehlerfreie Vertragsgestaltung ist notwendig, aber allein nicht ausreichend. Zusätzlich ist eine entsprechende **Schulung** der Führungskräfte (bzw. weiterer Betriebsebenen) über die Unterschiede und die daraus resultierenden praktischen Folgen unbedingt zu empfehlen.

Die nachfolgenden Hinweise richten sich einerseits an Verbandsmitarbeiter in der Beratung und andererseits an alle Personen im Unternehmen oder Betrieb, die für den Einsatz fremder Arbeitnehmer Verantwortung tragen. In allen Zweifelsfällen sollte die **Beratung des Verbandes** rechtzeitig in Anspruch genommen werden.

Neben den gesetzlichen Rahmenbedingungen sind gegebenenfalls auch **tarifliche** Regelungen zur Überlassungshöchstdauer der Tarifvertragsparteien der M+E-Industrie und zum Equal Pay der Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche zu beachten.

INHALTSVERZEICHNIS	Seite
Kapitel A: Abgrenzung – Arbeitnehmerüberlassung oder Werkvertrag?	1
I. Grundsätze für die Abgrenzung	1
II. Vertragstypen für Fremdpersonaleinsatz	2
1. Arbeitnehmerüberlassung	2
2. Werkvertrag/Werklieferungsvertrag	2
3. Selbstständiger Dienstvertrag	3
III. Abgrenzung	3
1. Vorgehen bei Abschluss eines Werk-/Dienstvertrages	3
2. Auseinanderfallen von Vertrag und tatsächlicher Durchführung	4
3. Abgrenzungskriterien	4
a) Weisungsbefugnis des Werk-/Dienstleistungsunternehmers	5
b) Genaue Beschreibung des herzustellenden Werks oder der Tätigkeit im Vertrag	6
c) Werk-/Dienstvertragsfähige Leistung	6
d) Fachliche Kompetenz der Fremdfirma	7
e) Keine Gestellung von Arbeitsmitteln und -materialien an die Fremdfirma	7
f) Selbstständige Organisation des Arbeitsablaufs durch die Fremdfirma	7
g) Unternehmerrisiko	8
h) Personalgestellung durch Fremdfirma als Nebenleistung	8
i) Personalgestellung durch Fremdfirma als Folgeleistung	9
j) Gewährleistung	9
k) Erfolgsorientierte Abrechnung	9
Kapitel B:	
Voraussetzungen für eine rechtmäßige Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG	10
I. Voraussetzungen rechtmäßiger Arbeitnehmerüberlassung	10
1. Erlaubnispflicht des Verleihers	10
a) Grundsatz	10
b) Ausnahme: Nur Anzeigepflicht bei der sog. „Kollegenhilfe“	11
2. Form- und Inhaltsvoraussetzungen des Überlassungsvertrages	12
a) Textform	12
b) Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten	13
aa) Bezeichnung als Arbeitnehmerüberlassung	14
bb) Konkretisierung des Leiharbeitnehmers vor der Überlassung	14
c) Inhalt des Vertrages	15

d) Nachweis der wesentlichen Arbeitsbedingungen und Informationspflichten	16
3. Einhaltung der Überlassungshöchstdauerfrist (vorübergehende Überlassung)	16
a) Gesetzliche Vorgaben.....	16
aa) Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten	16
bb) Arbeitnehmerbezug der Überlassungshöchstdauer.....	17
cc) Begriff des Entleihers	17
(1) Betriebs- oder Unternehmensbezug	17
(2) Sonderfall: Betriebsübergang auf Seiten des Entleihers	18
dd) Berechnung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG	19
ee) Anrechnung von vorherigen Überlassungszeiträumen bei demselben Entleiher	21
(1) Karenzzeit von drei Monaten	22
(2) Rechtlich beachtliche Unterbrechungen der Überlassung.....	22
(3) Anrechnung vorheriger Überlassungszeiträume bei relevanter Unterbrechung	24
ff) Bestandsschutz	29
b) Abweichende Regelungen vom Tarifvertrag	30
aa) Tarifgebundene Unternehmen	30
bb) Nicht tarifgebundene Unternehmen.....	30
c) Abweichungen durch Betriebsvereinbarung	31
aa) Tarifgebundene Unternehmen	31
bb) Nicht tarifgebundene Unternehmen.....	31
4. Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer (Verbot des Kettenverleihs)	31
5. Gleichstellungsgrundsatz (Equal Pay und Equal Treatment)	32
a) Gesetzliche Vorgaben.....	32
aa) Wesentliche Arbeitsbedingungen	32
bb) Vergleichbare Arbeitnehmer.....	36
b) Abweichungsmöglichkeiten vom Gleichstellungsgrundsatz.....	37
aa) Tariföffnungsklausel – Grundlagen.....	37
bb) Aktuelle tarifliche Regelungen.....	38
cc) Drehtür-Klausel	41
dd) Karenzzeit.....	42
II. Rechtsfolge bei Verstoß gegen Voraussetzungen für eine rechtmäßige Arbeitnehmerüberlassung	42
1. Grundsatz: Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher	43
a) Unwirksamkeitsgründe.....	43
aa) Fehlende Erlaubnis	43

bb) Kumulative Verletzung der Bezeichnungs- (§ 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG) und der Konkretisierungspflicht (§ 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG) Offenlegungspflichten	44
cc) Überschreitung der Überlassungshöchstdauer.....	44
b) Ausgestaltung des fingierten Vertrages.....	45
aa) Grundsatz des unbefristeten Arbeitsverhältnisses.....	45
bb) Arbeitsverhältnis in Teilzeit?.....	46
cc) Arbeitsbedingungen	46
2. Ausnahme: Festhaltungserklärung	47
a) Fristberechnung und Fristbeginn.....	48
aa) Unwirksamkeit wegen fehlender Erlaubnis, § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG	48
bb) Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen die Bezeichnungs- und die Konkretisierungspflicht, § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG	49
cc) Unwirksamkeit wegen Überschreitung der Überlassungshöchstdauer, § 9 Abs.1 Nr. 1b AÜG	49
b) Weitere Formale Voraussetzungen	49
c) Auswirkung auf die Arbeitsverhältnisse.....	50
3. Unwirksamkeit von Vereinbarungen ohne Fiktion eines Arbeitsverhältnisses	50
a) Verstoß gegen Equal Pay Grundsatz	50
b) Weitere Unwirksamkeitsgründe.....	51
4. Sanktionen und weitere Auswirkungen	51
a) Geldbußen und Strafbarkeit	51
b) Ausschlussfristen und Verjährung.....	52
aa) Ausschlussfristen	52
bb) Verjährung	52
c) Haftung für Sozialversicherungsbeiträge.....	52
 Kapitel C: Ausnahmen vom Anwendungsbereich des AÜG	 54
I. § 1 Abs. 1a AÜG – Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE)	54
II. Ausnahmen nach § 1 Abs. 3 AÜG	55
1. § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG – Überlassung zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassung.....	55
2. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG – Konzernprivileg	55
3. § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG – Gelegentliche Überlassung zwischen Arbeitgebern.....	57
4. § 1 Abs. 3 Nr. 3 AÜG – Auslandsverleih aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarungen.....	58
 Kapitel D: Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung.....	 60
I. Arbeitnehmerüberlassung innerhalb der EU/EWG-Mitgliedsstaaten.....	60

1. Grundsatz	60
2. Keine Fiktion des Arbeitsverhältnisses bei Unwirksamkeit	60
II. Verleiher aus Drittstaaten	62
III. Ausländerbeschäftigung	62
IV. Weitere Sachverhalte mit Auslandsbezug	63
1. Sog. Remote-Arbeit aus dem Ausland heraus	63
a) Bisher ganz herrschende Meinung.....	64
b) Abweichende Auffassung der Bundesagentur für Arbeit	64
c) Bewertung	65
2. Employer of record-Modell	67
Kapitel E: Rechtsbeziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	69
I. Arbeitgeberfunktion und Direktionsrecht.....	69
II. Arbeitnehmererfindungen.....	69
III. Informationspflichten.....	69
1. Auskunftspflicht über Arbeitsbedingungen	69
2. Informationspflicht über freie Arbeitsplätze.....	69
3. Übernahmegesuch des Leiharbeitnehmers	71
IV. Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen.....	71
V. Arbeitssicherheit	72
VI. Einsatz von Leiharbeitnehmern während eines Streiks	73
1. Tarifliches Streikeinsatzverbot.....	73
a) Grundlagen.....	73
b) Praktische Schlussfolgerungen.....	74
c) Notdienst	74
2. Gesetzliches Streikeinsatzverbot.....	75
a) Grundsatz: Einsatzverbot.....	75
b) Ausnahmen	76
c) Notdienstvereinbarungen	76
d) Leistungsverweigerungsrecht	77
e) Sanktionen.....	77
f) Konzernprivileg	77
VII. Betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Leiharbeitnehmer	78
1. Betriebsratswahlen beim Entleiher	78

2. Betriebsverfassungsrechtliche Schwellenwerte im Entleiherbetrieb	78
3. Sprechstunden und Versammlungen, Beschwerderecht	79
VIII. Fragen der Unternehmensmitbestimmung	79
1. Beteiligung an den Wahlen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat	79
2. Schwellenwerte der Unternehmensmitbestimmung	79
IX. Beteiligung des Betriebsrats des Entleiherbetriebs	80
1. Allgemeiner Unterrichtsanspruch, § 80 Abs. 2 BetrVG	80
2. Personalplanung – § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG.....	81
3. Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen – § 99 BetrVG	81
a) Informationsumfang	81
b) Zustimmungsverweigerung durch den Betriebsrat	83
aa) Verstoß gegen § 164 Abs. 1 SGB IX.....	83
bb) Verstoß gegen Gleichstellungsgrundsatz (§ 8 AÜG)	84
cc) Überlassungshöchstdauer (§ 1 Abs. 1b AÜG).....	84
dd) Anzeige des Wunsches auf Arbeitszeitverlängerung nach § 9 TzBfG	84
ee) Verstoß gegen § 93 BetrVG	84
ff) Zustimmungsverweigerung bei gesetzlicher Fiktion nach §§ 9, 10 AÜG.....	85
4. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten	85
X. Vermittlungsprovisionen	85
 Kapitel F: Hinweise zum Einsatz fremder Arbeitnehmer im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen.....	 87
I. Vorgehen bei Abschluss eines Werk-/Dienstvertrages	87
1. Vertragsgestaltung.....	87
2. Interne Prozesse.....	88
3. Schulungskonzept	88
4. Praktische Fehlerquellen vermeiden	88
II. Sanktionen.....	89
III. Mitwirkungsrecht des Betriebsrats	89
1. § 80 Abs. 2 BetrVG	89
2. § 99 BetrVG.....	91
3. § 92 BetrVG.....	92
IV. Arbeitssicherheit	93
1. Verantwortlicher	93
2. Verkehrssicherungspflichten	93

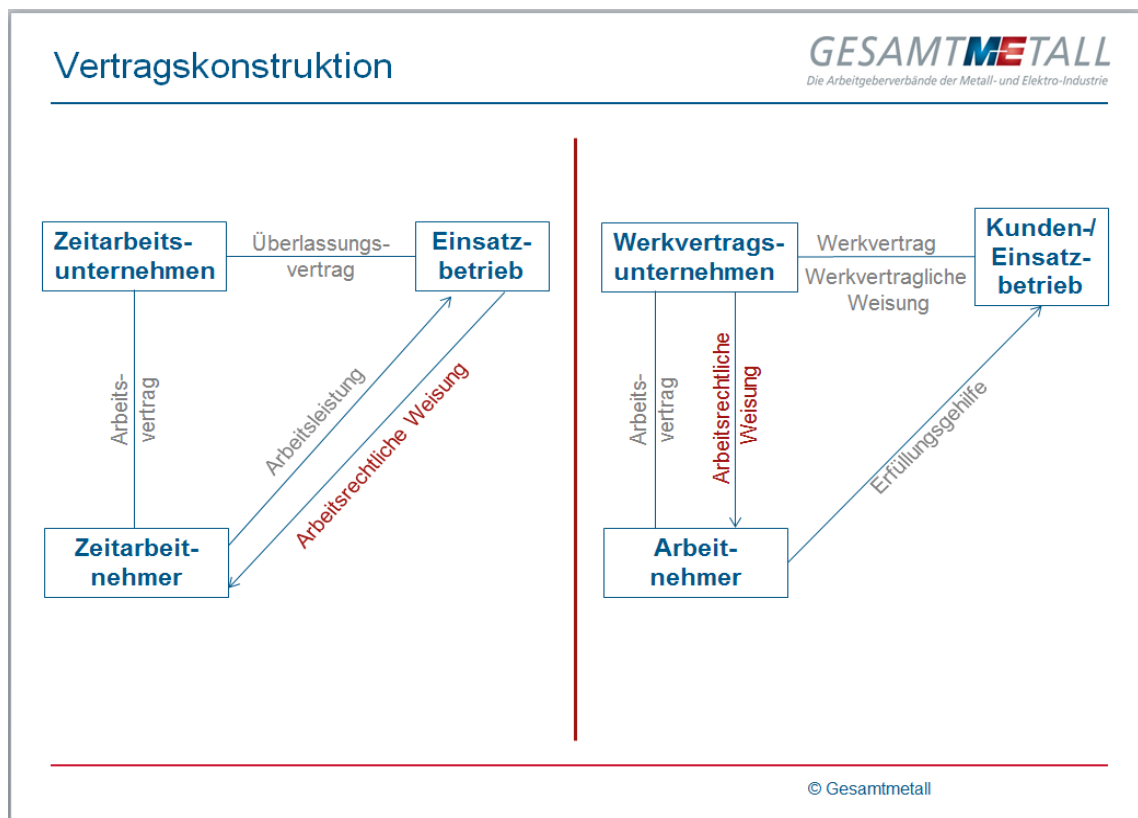
3. Zusammenarbeit.....	93
4. Verpflichtungserklärung	94
 Kapitel G: Hinweise für den Fall von Ermittlungen wegen unerlaubter Beschäftigung von Leiharbeitnehmern	 95
 Anlage 1.....	 96
Anlage 2.....	97
Anlage 3.....	99

Kapitel A: Abgrenzung – Arbeitnehmerüberlassung oder Werkvertrag?

I. Grundsätze für die Abgrenzung

Sind Arbeiten im Betrieb zu leisten, für die eigene Beschäftigte nicht zur Verfügung stehen oder nicht eingesetzt werden sollen, ist zunächst sorgfältig zu prüfen, auf welchem Weg der Einsatz von Fremdpersonal möglich und zweckmäßig ist. In Betracht kommt

- das Entleihen von fremden Arbeitnehmern zur Arbeitsleistung nach Weisung des Entleihers (Anwendungsfall des AÜG) oder
- die Beauftragung eines fremden Unternehmers im Rahmen eines Werk- bzw. Werklieferungsvertrages oder selbstständigen Dienstvertrages mit von diesem gestelltem Personal (Rechte und Pflichten richten sich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch – BGB).



Für die Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Soloselbstständigen (Freier Mitarbeiter, Freelancer) und dem Arbeitnehmerbegriff wird auf den **M+E-Leitfaden „Übertragung von Tätigkeiten auf Selbstständige“** verwiesen.

II. Vertragstypen für Fremdpersonaleinsatz

1. Arbeitnehmerüberlassung

Seit der Neufassung des Gesetzes zur Arbeitnehmerüberlassung vom 01.04.2017 ist in § 1 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 AÜG die Arbeitnehmerüberlassung gesetzlich definiert:

„Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, bedürfen der Erlaubnis. Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.“

Demzufolge ist der Anwendungsbereich der **Arbeitnehmerüberlassung (auch Leiharbeit/Zeitarbeit¹)** eröffnet, wenn die fremden Arbeitskräfte wie eigene Arbeitnehmer in den Betrieb eingegliedert werden, um sie vor allem nach Weisung des betrieblichen Vorgesetzten arbeiten zu lassen.² Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist daher die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Seine Vertragspflicht ist erfüllt, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat.³

Stehen der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und die Vertragsdurchführung **im Widerspruch** zueinander, ist die tatsächliche Durchführung für die rechtliche Einordnung entscheidend, vgl. § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG (dazu im Einzelnen unter III. 2.).

Des Weiteren ist zu beachten, dass die fremden Arbeitnehmer weiterhin nur von einem Unternehmen entliehen werden dürfen, welches die für Arbeitnehmerüberlassung erforderliche **behördliche Erlaubnis** (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG) besitzt.

2. Werkvertrag/Werklieferungsvertrag

Soll ein anderer Unternehmer mit Hilfe seiner Arbeitnehmer selbstständig für den Auftraggeber ein Arbeitsergebnis herbeiführen (im juristischen Sprachgebrauch „ein Werkteil bzw. ein ganzes Werk herstellen“), ist ein Werkvertrag/Werklieferungsvertrag⁴ gewollt. Der Fremdunternehmer organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich.⁵ Gegenstand eines solchen Vertrages muss entweder die teilweise oder komplette Herstellung oder Veränderung einer Sache oder ein anderer herbeizuführender Erfolg, also ein konkretes Arbeitsergebnis, sein (§§ 631, 651 BGB). Die fremden Arbeitnehmer (zum Beispiel auf dem Betriebsgelände) sind dann im juristischen Sinne sog. Erfüllungsgehilfen des Auftragnehmers gemäß § 278 BGB.⁶

¹ Für die bessere Lesbarkeit und Nachvollziehbarkeit des Textes werden entsprechend der EU-Leiharbeitsrichtlinie (2008/104/EG) und des AÜG im Text die Begriffe Leiharbeitnehmer, Verleiher und Entleiher verwandt, auch wenn der Begriff Zeitarbeit der an sich vorzugswürdige und rechtlich korrekte Begriff ist.

² So nun auch BAG v. 27.09.2022 – 9 AZR 468/21; BAG v. 25.07.2023 – 9 AZR 278/22.

³ BAG v. 27.09.2022 – 9 AZR 468/21; BAG v. 25.07.2023 – 9 AZR 278/22.

⁴ Der Werklieferungsvertrag ist als Sonderform des Werkvertrages dadurch gekennzeichnet, dass der Unternehmer sich verpflichtet, das Werk aus eigenen oder von ihm zu beschaffenden Stoffen herzustellen.

⁵ BAG v. 25.07.2023 – 9 AZR 278/22.

⁶ BAG v. 25.07.2023 – 9 AZR 278/22.

Beispiel:

Verträge mit Handwerkern, beispielsweise die Reinigung eines verstopften Abflussrohres.
Die Herstellung von Armaturenblechern, die in ein Auto eingebaut werden sollen.

3. Selbstständiger Dienstvertrag

Soll ein anderer Unternehmer selbstständig mit Hilfe seiner Arbeitnehmer eine Dienstleistung unter eigener Verantwortung und nach eigenem Plan erbringen, ohne dass seine Arbeitnehmer in die Betriebsorganisation integriert werden müssen, ist ein selbstständiger Dienstvertrag gewollt.⁷

Beispiel:

Ein selbstständiger Dienstvertrag (und damit keine Arbeitnehmerüberlassung) ist in der Regel der Einsatz von Wachmännern eines Bewachungsunternehmens.⁸

Praxishinweis: Die Überlassung eines Leiharbeitnehmers als „freier Mitarbeiter“ ist nicht möglich. Die Eingliederung in den Betrieb des Entleihers als Leiharbeitnehmer, insbesondere die dortige Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Ort sowie Art und Weise der Arbeitsleistung ist mit dem Status eines freien Mitarbeiters unvereinbar, vgl. auch § 611a BGB.

Anders als die Überlassung kann die bloße **Vermittlung** von „freien Mitarbeitern“ dann in Betracht gezogen werden, wenn eine Eingliederung und die Weisungsgebundenheit dieser Person sicher ausgeschlossen werden können. Es ist jedoch eine genaue Prüfung in der Praxis notwendig, da besonders hohe sozialversicherungsrechtliche Risiken entstehen können. Der „Vermittler“ führt für den freien Mitarbeiter weder den Arbeitgeber- noch den Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag ab. Wird der freie Mitarbeiter aufgrund der Eingliederung und der Weisungsgebundenheit als Arbeitnehmer des Einsatzbetriebes angesehen, können unter anderem auf diesen hohe Nachforderungen der Sozialversicherungsträger zukommen.

III. Abgrenzung

Die Abgrenzungsfrage zwischen Arbeitnehmerüberlassung einerseits und Werk-/Dienstvertrag andererseits kann sich insbesondere stellen, wenn beabsichtigt ist,

- einen Dienst-/Werkvertrag abzuschließen **und**
- die Arbeitsleistung der fremden Arbeitnehmer auf dem Betriebsgelände erbracht werden muss.

1. Vorgehen bei Abschluss eines Werk-/Dienstvertrages

Dem Unternehmer steht die Entscheidung frei, welche Arbeiten er mit eigenen Arbeitnehmern erledigen möchte und für welche Tätigkeit er sich der Angebote anderer Firmen bedient. Dabei kann sowohl die aufgrund eines Dienstleistungsvertrages geschuldete Dienstleistung erbracht als auch das aufgrund eines Werkvertrages zu erbringende Werk auch im Betrieb des Arbeitgebers erstellt werden.⁹

Soll ein Auftrag vergeben werden, der zum Einsatz fremder Arbeitnehmer auf dem Betriebsgelände zur Verrichtung von Montage-, Reparatur-, Wartungs- oder sonstigen Arbeiten führt,

⁷ BAG v. 14.08.1985 – 5 AZR 225/84.

⁸ BAG v. 31.03.1993 – 7 AZR 338/92; BAG v. 05.05.1992 – 1 ABR 78/91; BAG v. 28.11.1989 – 1 ABR 90/88.

⁹ BAG v. 09.07.1991 – 1 ABR 45/90.

ist die Abgrenzung insbesondere zur Arbeitnehmerüberlassung **arbeitsrechtlich dringend geboten**.

Es empfiehlt sich, eine erste Überprüfung anhand der nachfolgend dargestellten Abgrenzungskriterien und des beigefügten Rasters (Prüfbogen für Werkvertrag, **Anlage 1**) vorzunehmen. Eine Regelung des Gesetzgebers in Bezug auf die bislang herangezogenen Abgrenzungskriterien erfolgte auch im Rahmen der AÜG-Reform 2017 letztlich nicht.¹⁰

Folglich kommt es auch weiterhin auf die durch die Rechtsprechung entwickelten, zahlreichen und unterschiedlich gewichteten Abgrenzungskriterien an.¹¹

2. Auseinanderfallen von Vertrag und tatsächlicher Durchführung

Allein eine „saubere“ vertragliche Gestaltung des Einsatzes von Fremdpersonal ist nicht ausreichend. Auch die **tatsächliche Durchführung** ist von erheblichem Gewicht. § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG stellt klar, dass für die rechtliche Einordnung des Vertrages die tatsächliche Durchführung und nicht nur die vertragliche Gestaltung „auf dem Papier“ maßgebend ist. Die Vertragsparteien können sich dem Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht durch entsprechende Vertragsgestaltung entziehen. Damit wurde auch im Zuge der AÜG-Reform 2017 die bisherige Rechtsprechung des BAG¹² übernommen.¹³ Das BAG hat diese auch im Nachgang der Reform fortgeführt und klargestellt, dass es auf den Vertragsinhalt **und** die praktische, durchgehend geübte Vertragsdurchführung ankommt. Fallen Vertrag und tatsächliche Durchführung auseinander, ist Letztere entscheidend.¹⁴

Ergibt hingegen bereits die Auslegung der ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen, dass das Rechtsverhältnis der kooperierenden Unternehmen als Arbeitnehmerüberlassung ausgestaltet ist, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, ohne dass es auf die praktische Handhabung der Vertragsbeziehung ankommt. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Entleiher das ihm übertragene Weisungsrecht gegenüber dem überlassenen Arbeitnehmer in der betrieblichen Praxis tatsächlich ausübt.¹⁵

Daraus folgt, dass in der betrieblichen Praxis die Durchführung der Vertragsverhältnisse **fortlaufend geprüft** und Führungskräfte regelmäßig geschult werden sollten (siehe im Einzelnen die Hinweise unter F. I. 3.).

3. Abgrenzungskriterien

Über die für die Unterscheidung in der Praxis wesentlichen Gesichtspunkte unterrichtet zusätzlich das beigefügte **Merkblatt der Bundesagentur für Arbeit** zur „Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen von Werk- und selbstständigen Dienstverträgen sowie anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes“ (**Anlage 2**).

Praxishinweis: In der betrieblichen Praxis empfiehlt es sich, neben den in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien, von den im Merkblatt der Bundesagentur dargelegten Grundsätzen auszugehen, weil die Bundesagentur nach § 17 AÜG dafür zuständig ist, die Einhaltung der bei der Arbeitnehmerüberlassung zu beachtenden Regeln durchzusetzen. Das Merkblatt ist für die Praxis eine gute Hilfe und entspricht in wesentlichen Teilen 1:1 der

¹⁰ Anders noch der ursprüngliche Referentenentwurf des BMAS v. 16.11.2015, der nach heftigen politischen Debatten wieder abgeändert wurde.

¹¹ Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 31 f.

¹² BAG v. 15.04.2014 – 3 AZR 395/11.

¹³ Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 28.

¹⁴ BAG v. 05.07.2022 – 9 AZR 324/21; BAG v. 25.07.2023 – 9 AZR 278/22.

¹⁵ BAG v. 25.07.2023 – 9 AZR 278/22.

Rechtsprechung. Wird „auf dem Papier“ ein Werk(lieferungs)- oder Dienstvertrag abgeschlossen, obwohl es sich tatsächlich um Arbeitnehmerüberlassung handelt, hat dieser Fremdpersonaleinsatz weitreichende Konsequenzen. Die **Fachlichen Weisungen der Bundesagentur zum AÜG** enthalten ebenfalls Hinweise zur Abgrenzung und sollten daher in Zweifelsfällen ergänzend berücksichtigt werden.¹⁶

Bei der Abgrenzung von Werk-/Dienstvertrag und Arbeitnehmerüberlassung sind – entsprechend der Praxis der Bundesagentur für Arbeit – vor allem die nachfolgenden Kriterien maßgebend, wobei jedoch nicht einzelne Gesichtspunkte, sondern das **Gesamtbild** den Ausschlag gibt.

Zu beachten ist, dass einige der folgenden Kriterien nur auf Werkverträge, nicht jedoch auf Dienstverträge anwendbar sind (siehe sogleich unter j) und k)).

a) Weisungsbefugnis des Werk-/Dienstleistungsunternehmers

Bei einem Werk-/Dienstvertrag dürfen die Fremdarbeitnehmer Weisungen in Bezug auf die Art und Weise, also wie und wo sie arbeiten, grundsätzlich nur von ihrem Arbeitgeber (dem Werk-/Dienstleistungsunternehmer) erhalten.¹⁷

Der Auftraggeber darf arbeitsrechtliche Weisungs- und Aufsichtsbefugnisse gegenüber den Fremdarbeitnehmern **nicht** ausüben. Soweit der Auftraggeber ihm überlassene Arbeitskräfte einsetzt, die er nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb nach seinen Weisungen einsetzt, liegt unabhängig von der formalen Bezeichnung des Vertrags eine Arbeitnehmerüberlassung mit den gesamten Rechtsfolgen des AÜG vor.¹⁸

Die arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis ist von der projektbezogenen werkvertraglichen Anweisung i. S. d. § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB zu **unterscheiden**. Letztere ist sachbezogen und ergebnisorientiert. Sie ist gegenständlich auf die zu erbringende Werkleistung begrenzt. Das arbeitsrechtliche Weisungsrecht ist demgegenüber personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert. Es beinhaltet Anleitungen zur Vorgehensweise und auch die Motivation des Mitarbeiters, die nicht Inhalt des werkvertraglichen Anweisungsrechts sind.¹⁹

Praxishinweis: Unschädlich als werksbezogene Weisungen sind somit betriebsspezifische Hinweise (z. B. wegen besonderer Gefahrenquellen im Betrieb) und Anweisungen, die sich ausschließlich auf die Ausführung des Werkes beziehen, z. B. Umfang der vorzunehmenden Reparatur, und nicht auf die Art und Weise der Arbeit.

Da die Unterscheidung zwischen arbeitsvertraglichen Weisungen und werkbezogenen Anweisungen in der Praxis schwierig sein kann, sollten Wünsche oder Anforderungen, die die vereinbarte Leistung konkretisieren, nur direkt an die Leitung der Fremdfirma oder deren im Betrieb anwesenden Bevollmächtigten, nicht aber unmittelbar an einen Fremdarbeitnehmer gerichtet werden. Ein solches **Repräsentantenprinzip** sollte bereits im Vertrag vereinbart und im Betrieb etabliert werden.

Gleiches gilt für die Erteilung von Einzelaufträgen bei der Durchführung einer Rahmenvereinbarung. Bereits bei Vertragsabschluss sollte der Ansprechpartner benannt werden. Im Rahmen von IT-Dienstleistungen beispielsweise ist ein sog. Ticket-System zu empfehlen, um Einzelanweisungen durch Mitarbeiter des Auftraggebers zu vermeiden.

¹⁶ Vgl. hierzu BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 19 f.

¹⁷ BAG v. 09.11.1994 – 7 AZR 217/94; BAG v. 05.07.2022 – 9 AZR 324/21; BAG v. 25.07.2023 – 9 AZR 278/22.

¹⁸ BAG v. 05.07.2022 – 9 AZR 324/21; BAG v. 25.07.2023 – 9 AZR 278/22.

¹⁹ Vgl. hierzu BAG v. 05.07.2022 – 9 AZR 324/21; BAG v. 25.07.2023 – 9 AZR 278/22; BAG v. 27.09.2022 – 9 AZR 468/21; BAG v. 25.07.2023 – 9 AZR 278/22.

Ebenfalls sollte bei der Durchführung von Werk-/Dienstverträgen die namentliche Anforderung bestimmter Personen, z. B. bei Ingenieuren oder Informatikern, vermieden werden.

Besonders schwierige Abgrenzungsfragen in Bezug auf das Weisungsverhalten stellen sich bei der Durchführung von sog. **agilen Projekten** unter Einsatz von Fremdpersonal, etwa im Bereich der Softwareentwicklung. Diese Einsätze erfolgen im Regelfall nicht durch fremde Werkunternehmen, sondern oftmals durch Einsatz von IT-Freelancern und damit Soloselbstständigen. Diese speziellen Fallgestaltungen werden daher im Rahmen dieser Ausarbeitung nicht weiter vertieft.²⁰ Ähnliche Problemstellungen ergeben sich auch bei dem Einsatz von sog. **Interim-Managern**, die ebenfalls im Regelfall durch den Einsatz von Freelancern abgedeckt werden.²¹

Etwaige Abgrenzungsprobleme können sich zudem auch in Bezug auf das Thema „**Crowd-working**“ ergeben,²² wenn der Crowdworker wiederholt und ggf. gezielt für denselben Kunden der dahinterstehenden Crowdfunding-Plattform tätig wird. In einem so entstehenden Drei-Personen-Verhältnis ist eine Eingliederung des Crowdworkers in die Arbeitsorganisation des Kunden der Crowdfunding-Plattform zumindest möglich, einschließlich der damit rechtlich verbundenen Folgen des AÜG.²³ Im Regelfall dürfte es aber auch hier vorrangig zu einem direkten Einsatz von einzelnen Crowdworkern kommen, so dass sich dann allenfalls die Frage nach einer Abgrenzung von Selbständigkeit und Arbeitnehmereigenschaft stellt.²⁴

b) Genaue Beschreibung des herzustellenden Werks oder der Tätigkeit im Vertrag

Unbestimmte Vertragsinhalte (z. B. „Kabelarbeiten“, „Montage“, „Schweißen“) sprechen für Arbeitnehmerüberlassung.²⁵ Denn sie erschweren es, festzustellen, welches Werkergebnis bzw. welche Dienstleistung dem Auftragnehmer zuzuordnen ist und wer dessen Arbeitnehmer tatsächlich einsetzt. Deshalb muss dann, wenn der Auftrag bei Vertragsabschluss im Einzelnen nicht genau beschrieben wird, weil für die einzelnen Realisierungsschritte Leistungszeitpunkt, -inhalt oder -umfang noch nicht bestimmbar sind (z. B. bei Erstellung eines Personalabrechnungssystems, Reparaturarbeiten an einer Anlage), wenigstens das Ergebnis als Ziel klar definiert sein muss (z. B. „Reparatur der Anlage ... im Werk ...“, „Schulung der Meister zum Thema Arbeitssicherheit“; *nicht* „Überlassung von zwei Monteuren für Reparaturarbeiten“ / „Schulung allgemein“).

Eine bis ins Detail gehende Aufgabenbeschreibung, die kaum eigenen Gestaltungsspielraum für den Auftragnehmer lässt, spricht nicht gegen einen Werk-/Dienstvertrag.²⁶

c) Werk-/Dienstvertragsfähige Leistung

Ein Werk-/Dienstvertrag ist nur möglich, wenn die zu erbringende Leistung für die Vergabe im Rahmen eines solchen Vertrages überhaupt geeignet ist.²⁷ Daran kann es z. B. fehlen, wenn eine Fülle von Kleinstaufträgen (z. B. Schweißnähte, Verputzarbeit geringen Umfangs

²⁰ Vgl. hierzu insgesamt den M+E-Leitfaden „Übertragung von Tätigkeiten auf Selbstständige“; ferner auch Heise, NZA-Beilage 2019, 100; umfassend auch Günther/Böglmüller, NZA 2019, 273 und 417; Förster/Bertram, SPA 2021, 129; zu den sozialrechtlichen Aspekten auch Thüsing/Mantsch, NZS 2023, 841.

²¹ Hierzu umfassend Albrecht, NZWiSt 2018, 473 und NZWiSt 2019, 11.

²² Bezeichnet die Auslagerung von Aufgaben an eine Gruppe freiwilliger User über das Internet.

²³ Vgl. hierzu Fischels/Sokoll, NZA 2024, 656, 664, die solche Gestaltungen zumindest als „denkbar“ einordnen.

²⁴ Zu möglichen Strategien der Risikominimierung in diesen Fällen vgl. Fischels/Sokoll, NZA 2024, 656, 664 f.

²⁵ Vgl. BAG v. 25.07.2023 – 9 AZR 278/22, das aufgrund der Unbestimmtheit der Leistungsbeschreibung eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung bestätigt hat.

²⁶ BAG v. 18.01.2012 – 7 AZR 723/10.

²⁷ LAG Berlin-Brandenburg v. 12.12.2012 – 15 Sa 1217/12.

im Leistungslohn) oder einfache nicht erfolgsbezogene Arbeiten (z. B. Schreifarbeiten, einfache Zeichenarbeiten, Maschinenbedienung, Dateneingabe) vergeben werden; in vielen dieser Fälle wird der Vertrag auf die bloße Überlassung von Arbeitskräften gerichtet sein.

Andererseits muss ein Werk-/Dienstvertrag nicht umfangreiche und komplizierte Arbeiten zum Gegenstand haben. So können werk-/dienstvertragsfähige Leistungen z. B. auch sein: Reinigen von Maschinen, Montieren kleiner Baugruppen, Putzen von Gussteilen, Lackieren von auszuliefernden Maschinen oder Anfertigen von Verpackungskisten.

Ob die fremden Arbeitnehmer diese Arbeiten aufgrund eines Werk-/Dienstvertrages oder im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung verrichten sollen, ist unter Berücksichtigung der sonstigen Abgrenzungskriterien im Hinblick auf die vorgesehene Gestaltung und Abwicklung des Vertragsverhältnisses zu beurteilen.

d) Fachliche Kompetenz der Fremdfirma

Ein Werk-/Dienstvertrag setzt in der Regel voraus, dass die Fremdfirma über die fachliche bzw. personelle Ausstattung verfügt, um die vereinbarte Leistung selbstständig planen, organisieren, durchführen und überwachen zu können.

e) Keine Gestellung von Arbeitsmitteln und -materialien an die Fremdfirma

Beim Werkvertrag ist es üblich, dass die Arbeitskräfte des fremden Unternehmens das benötigte Werkzeug und die Arbeitsmaterialien selbst mitbringen. Auf der anderen Seite ist es aber kein Indiz für Arbeitnehmerüberlassung, wenn der Auftraggeber nur für den Auftrag benötigtes Spezialwerkzeug oder Spezialmaterialien zur Verfügung stellt.

Auf Arbeitnehmerüberlassung kann es dagegen hindeuten, wenn die Arbeitskleidung vom Auftraggeber gestellt wird.²⁸

Praxishinweis: Ist es für die Vertragsdurchführung aus verschiedenen Gründen sinnvoller, dass der Auftragnehmer auch Arbeitsmaterialien des Einsatzbetriebes nutzt, so ist bei der Vertragsgestaltung zu empfehlen, Regelung zur Nutzungsgebühr und insbesondere zu Haftungsfragen nach den zivilrechtlichen Grundsätzen zu regeln.

f) Selbstständige Organisation des Arbeitsablaufs durch die Fremdfirma

Notwendiges Merkmal des Werk-/Dienstvertrages ist, dass der fremde Unternehmer Art, Ablauf und Einteilung der Arbeiten selbst bestimmt und überwacht.²⁹ Typischerweise umfasst dies die Auswahl der eingesetzten Arbeitnehmer (Zahl, Qualifikation und Person), die Ausbildung und Einarbeitung, die Bestimmung der Arbeitszeit und die Anordnung von Überstunden, die Gewährung von Urlaub und Freizeit, die Durchführung der Anwesenheitskontrolle und die Überwachung des Arbeitsablaufs.

Praxishinweis: Das Abrufen einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern sollte vermieden werden. Im Einzelfall kann ein solches aber auch zulässig sein, beispielsweise für das Sicherheitsgewerbe.³⁰

Hingegen spricht die organisatorische Eingliederung der Fremdarbeitnehmer in die Arbeitsabläufe oder in den Produktionsprozess des Auftraggeberbetriebs grundsätzlich für Arbeitnehmerüberlassung.

²⁸ LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 30.09.2014 – 2 Sa 76/14; ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 25.

²⁹ Vgl. auch BAG v. 25.07.2023 – 9 AZR 278/22.

³⁰ BAG v. 18.01.2012 – 7 AZR 723/10.

Eine solche organisatorische Eingliederung ist aber nicht schon allein deshalb gegeben, weil die Fremdarbeitnehmer besondere, nur für den Betrieb des Auftraggebers geltende Sicherheitsvorschriften beachten müssen oder weil die Arbeiten auf den Betriebsablauf abgestimmt werden, um Störungen soweit wie möglich zu vermeiden (z. B. bei Instandhaltungsarbeiten, Anlageanbauten oder -erweiterungen).

Gegen einen Werk-/Dienstvertrag spricht auch nicht, dass die eigenen und die fremden Arbeitnehmer vergleichbare Arbeiten durchführen, sofern die Ergebnisse voneinander abgrenzbar sind (z. B. Softwareerstellung durch eigene und fremde Arbeitnehmer für verschiedene Projekte). Für eine Arbeitnehmerüberlassung soll hingegen sprechen, wenn die Fremdbeschäftigten Aufgaben übernehmen, die früher von eigenen Beschäftigten des Einsatzbetriebes ausgeführt wurden.³¹

Praxishinweis: Die Bildung gemeinsamer Arbeitsgruppen oder die gemeinsame Benutzung derselben Räume bei vergleichbaren Tätigkeiten (z. B. eigene und fremde Konstrukteure im selben Büro; nicht aber Montagearbeit eines fremden Elektrikers im Konstruktionsbüro) kann für Arbeitnehmerüberlassung sprechen und sollte vermieden werden.

Des Weiteren sprechen die Ausstattung der fremden Arbeitnehmer mit Telefonnummern und E-Mail-Adressen des Auftraggebers sowie die Aufnahme in die jeweiligen Telefon-/Mailverzeichnisse für Arbeitnehmerüberlassung. Von einer solchen betrieblichen Handhabung ist dringend abzuraten.

g) Unternehmerrisiko

Typisch für einen (Werk-/Dienstleistungs-)Unternehmer ist auch, dass er sich in der Regel gegen Haftungs- und Gewährleistungsrisiken absichert (Versicherung, Rückstellungen).

Praxishinweis: Daher sollte ein wesentliches Merkmal auf der Vertragsgestaltung liegen, etwa durch die Verpflichtung zum Nachweis einer verkehrüblichen Haftpflichtversicherung.

h) Personalgestellung durch Fremdfirma als Nebenleistung

Wird als Nebenleistung eines Kauf- oder Mietvertrages über Anlagen, Geräte, Systeme oder Programme Bedienungs-, Wartungs-, Montage- oder Einweisungspersonal überlassen (z. B. Computer und Programme mit Einweisungspersonal, Spezialbaumaschine mit Fahrer, Flugzeug mit Pilot), ist in der Regel nicht von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen.³²

Maßgebend ist, ob nach Sinn und Zweck des Vertrages die Gebrauchsüberlassung des Gerätes im Vordergrund steht und die Zurverfügungstellung des Personals nur die Funktion hat, den Einsatz des Gerätes erst zu ermöglichen (dann Nebenleistung), oder ob der Vertrag schwerpunktmäßig auf die Verschaffung der Arbeitsleistung des Personals gerichtet ist und die Überlassung des Gerätes nur untergeordnete Bedeutung hat (dann im Regelfall Arbeitnehmerüberlassung). Die Personalgestellung muss daher **eindeutig als Nebenleistung** anzusehen sein. Bei der Vermietung eines Laptops mit Schreibkraft wird daher in der Regel Arbeitnehmerüberlassung vorliegen, ebenso das Führen eines gemieteten LKW durch Fremdpersonal.³³

³¹ ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 25.

³² BAG v. 16.06.1982 – 4 AZR 862/79; BAG v. 17.02.1993 – 7 AZR 167/92; so auch BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 22.

³³ Vgl. zum Ganzen BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 22 f..

i) Personalstellung durch Fremdfirma als Folgeleistung

Soweit eine Fremdfirma eigenes Personal als **Folgeleistung** stellt, ist in der Regel nicht von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen.

Beispiele:³⁴

Eine Fremdfirma, die technische Produktionsanlagen, Einrichtungen oder Systeme herstellt und errichtet, entsendet eigenes Stammpersonal zu einem Betreiber derartiger Anlagen, Einrichtungen oder Systeme, um typische Revisions-, Beratungs-, Reparatur-, Änderungs-, Erweiterungsarbeiten oder Ingenieurleistungen daran durchzuführen. Voraussetzung ist, dass die Fremdfirma das Unternehmerrisiko trägt und ihre unternehmerische Dispositionsfreiheit gewährleistet ist.

Ein Unternehmen stellt eigenes Personal zum Einbau der gelieferten Teile oder Komponenten bereit, weil dies zur vertraglich vereinbarten Gesamtleistung gehört. Voraussetzung ist, dass der wirtschaftliche Wert der einzubauenden Teile denjenigen der Arbeitsleistung erheblich übersteigt.

Ein Unternehmen, das Software-Programme herstellt, stellt einem Anwender eigene Mitarbeiter zur Verfügung, um ein solches Programm auf dessen Anlagen ablauffähig zu machen oder zu entwickeln. Auch hier ist Voraussetzung, dass das Software-Unternehmen das Unternehmerrisiko trägt und seine unternehmerische Dispositionsfreiheit gewährleistet ist.

Die folgenden Kriterien sind nur auf Werkverträge anwendbar:

j) Gewährleistung

Zu einem Werkvertrag gehört auch, dass die gesetzlichen Gewährleistungspflichten des Werkunternehmers nicht vertraglich abbedungen werden können und dass sie, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, auch tatsächlich durchgesetzt werden. Modifikationen der gesetzlichen Gewährleistung durch „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ oder durch die „Verdingungsordnungen für Bauleistungen – VOB“ oder ähnliche Regelwerke (z. B. Honorarordnung für Architekten und Ingenieure – HOAI) sind unschädlich.

k) Erfolgsorientierte Abrechnung

Auch die Art der Abrechnung kann im Rahmen der Bewertung der Gesamtumstände von Bedeutung sein.³⁵ Bei Werkverträgen wird in der Regel ein Pauschalpreis oder die Berechnung der Vergütung nach Einheitspreisen für Material- und Zeitaufwand, Aufmaß, Regiekosten oder ähnlichem vereinbart. Die Abrechnung nach Stundensätzen kommt ausnahmsweise nur dann in Betracht, wenn objektiv feststellbare Tatsachen vorliegen, die einer Kalkulierbarkeit entgegenstehen oder wenn im Rahmen bestimmter Regelwerke (z. B. HOAI) die Abrechnung nach Stundensätzen zugelassen wird. Auch in diesen Fällen deutet es aber auf Arbeitnehmerüberlassung hin, wenn nicht projektbezogen, sondern personenbezogen und periodisch (z. B. monatlich) abgerechnet wird.

³⁴ Hierzu BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 23.

³⁵ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 24.

Kapitel B: Voraussetzungen für eine rechtmäßige Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG

Die Arbeitnehmerüberlassung wird im AÜG umfassend und weitgehend abschließend geregelt. Durch die letzte AÜG-Reform im Jahr 2017 wurden die Regelungen verschärft und die Anforderungen an eine Arbeitnehmerüberlassung teils **erheblich erhöht**. Seitdem muss unter anderem besonders beachtet werden,

- dass Verleiher und Entleiher die Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich als solche im Überlassungsvertrag zu bezeichnen haben, bevor sie den Leiharbeitnehmer tätig werden lassen (Bezeichnungspflicht in § 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG);
- dass vor der Überlassung die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf den Vertrag konkretisiert werden muss (Konkretisierungspflicht in § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG);

Praxishinweis: Ist zwar ein Werkvertrag vereinbart, werden die fremden Arbeitnehmer aber im Laufe des Einsatzes in die Betriebsorganisation eingegliedert und vom Auftraggeber bzw. den betrieblichen Führungskräften wie eigene Arbeitnehmer behandelt und ihnen insbesondere entsprechende Weisungen erteilt, ist mit großer Wahrscheinlichkeit von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen, da es maßgeblich auf die tatsächliche Durchführung des Vertrags ankommt. Die Bezeichnungs- und Konkretisierungspflicht ist in diesen Fällen der sog. verdeckten Arbeitnehmerüberlassung im Regelfall verletzt. Das birgt ein erhebliches Risiko für Entleiher- und Verleiher, da die kumulative Verletzung der formalen Pflichten zur **Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher** führt und zudem Bußgelder drohen (vgl. unter II. 1. a) bb)). Die vor der AÜG-Reform 2017 üblicherweise empfohlene „auf Vorrat“ vorgehaltene Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis (sog. Vorratserlaubnis) bietet **keinen Schutz** mehr vor dieser Rechtsfolge.³⁶

- dass für die Überlassung zudem eine gesetzliche Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten nach § 1 Abs. 1b AÜG gilt und von dieser nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen durch Tarifvertrag oder darauf basierend in einer Betriebsvereinbarung abgewichen werden kann;
- dass direkt zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis bestehen muss, ein sog. Kettenverleih nun gesetzlich untersagt ist;
- dass trotz Anwendung eines Entgelttarifvertrages der Zeitarbeitsbranche grundsätzlich gemäß § 8 AÜG nach neun Monaten der sog. Equal Pay Grundsatz gilt und davon nur durch Branchenzuschlagstarifverträge unter bestimmten Voraussetzungen zeitlich unbegrenzt abgewichen werden kann.

I. Voraussetzungen rechtmäßiger Arbeitnehmerüberlassung

Durch die AÜG-Reform 2017 wurden die Voraussetzungen für die Arbeitnehmerüberlassung in § 1 AÜG erhöht und die Sanktionen ausgeweitet. Die Einhaltung der folgenden Voraussetzungen für eine wirksame Arbeitnehmerüberlassung sollte daher stets **sorgfältig und fortlaufend** überprüft werden:

1. Erlaubnispflicht des Verleihers

a) Grundsatz

Gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung

³⁶ ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 61; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 143.

überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, grundsätzlich einer **Erlaubnis**. Eine wirtschaftliche Tätigkeit liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes vor, wenn Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden.³⁷ Davon ist bei der Zurverfügungstellung von Personal regelmäßig auszugehen.³⁸

Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Verleiher Erwerbszwecke verfolgt bzw. die Überlassung gewerbsmäßig erfolgt.³⁹ Dies hat zur Folge, dass auch Verleiher, die keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen (z. B. karitative Unternehmen) sowie konzerninterne Verleihunternehmen die Arbeitnehmer zum „Selbstkostenpreis“ ohne Gewinnerzielungsabsicht überlassen und ausschließlich ihre Kosten konzernintern in Rechnung stellen, vom AÜG dem Grunde nach erfasst werden.⁴⁰

Die Erlaubnis muss **vor** dem ersten Verleih vorliegen. Sie kann bei den Regionaldirektionen der Bundesagentur für Arbeit beantragt werden, wobei überregional tätige Teams der Agenturen für Arbeit in Düsseldorf, Kiel oder Nürnberg zuständig sind.⁴¹

Praxishinweis: Zur Vermeidung einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung empfiehlt es sich, vom Verleiher den **Nachweis** der Erlaubnis durch Vorlage der Originalurkunde oder Aushändigung einer beglaubigten Kopie zu verlangen. In Zweifelsfällen – etwa bei Vorlage nur einer unbeglaubigten Kopie – sollte bei der zuständigen Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit nachgefragt werden.

Verfügt der Verleiher nur über eine **befristete Erlaubnis** und sollen nach Ablauf der Frist erneut Arbeitnehmer von ihm entliehen werden, muss darauf geachtet werden, dass er zuvor die Verlängerung der Erlaubnis nachweist. Für im Zeitpunkt des Erlöschens der Erlaubnis bereits abgeschlossene Arbeitnehmerüberlassungsverträge gilt die Erlaubnis während einer Dauer von 12 Monaten als fortbestehend, wenn der Antrag auf Verlängerung abgelehnt wurde (vgl. § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG). Kein oder ein verspäteter Verlängerungsantrag ist wie ein Neuantrag zu behandeln, sodass im Falle der Verspätung die zwölfmonatige Abwicklungsfrist des Abs. 4 Satz 4 keine Anwendung findet.⁴²

b) Ausnahme: Nur Anzeigepflicht bei der sog. „Kollegenhilfe“

§ 1a Abs. 1 AÜG befreit Arbeitgeber (**nur**) von der Einholung einer Erlaubnis im Falle der sog. „Kollegenhilfe“. Die übrigen Vorschriften des AÜG gelten hingegen **uneingeschränkt**.⁴³

Gemäß § 1a Abs. 1 AÜG bedarf es ausnahmsweise keiner Erlaubnis, wenn

- ein Arbeitgeber mit weniger als 50 Beschäftigten (bei mehreren Betrieben des Arbeitgebers sind die Beschäftigten aller Betriebe zusammenzuzählen⁴⁴)
- zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen
- für höchstens 12 Monate Arbeitnehmer überlässt und

³⁷ EuGH v. 11.11.2021 – C-948/19; EuGH v. 17.11.2016 – C-216/15; so auch BAG v. 14.10.2020 – 7 AZR 286/18.

³⁸ Vgl. auch BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 15.

³⁹ Anders noch die bis 30.11.2011 geltende Rechtslage, vgl. ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG, Rn. 43.

⁴⁰ ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 43; Küttner, Personalbuch 31. Aufl., Arbeitnehmerüberlassung/Zeitarbeit, Rn. 12; vgl. auch BAG v. 20.01.2016 – 7 AZR 535/13 sowie BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 15.

⁴¹ Merkblatt „Für Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter“ der Bundesagentur für Arbeit, Stand: 03/2023 (Download unter: https://www.arbeitsagentur.de/datei/merkblatt-leiharbeit_ba033905.pdf).

⁴² BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 55.

⁴³ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1a AÜG Rn. 5.

⁴⁴ Küttner, Personalbuch, 31. Aufl., Arbeitnehmerüberlassung/Zeitarbeit, Rn. 103.

- die Arbeitnehmer nicht zum Zwecke der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden.

Erforderlich ist eine **vorherige Anzeige** mit den in § 1a Abs. 2 AÜG genannten Inhaltsangaben an die zuständige Regionaldirektion.

Der Begriff der Beschäftigten umfasst **alle** bei dem Arbeitgeber Beschäftigten, d. h. Arbeiter, Angestellte, Auszubildende, Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte sowie geringfügig Beschäftigte. Die überlassenen Arbeitnehmer sind mitzuzählen. Maßgeblicher Zeitpunkt ist der erste Tag der beabsichtigten Überlassung.⁴⁵

Voraussetzung der Privilegierung ist zudem die **konkrete und begründete** Gefahr von Kurzarbeit oder Entlassungen im Verleihbetrieb. Der Arbeitgeber, der sich auf diese Ausnahmenvorschrift beruft, trägt die Darlegungs- und Beweislast für die materiellen und formellen Voraussetzungen. Das Vorliegen der Voraussetzungen muss auf Verlangen glaubhaft gemacht werden (beispielsweise bei einer Häufung der Anzeigen).⁴⁶

Weiterhin ist erforderlich, dass der überlassene Arbeitnehmer **nicht zum Zweck der Überlassung** eingestellt und beschäftigt wird. Zur Auslegung dieser Anforderung kann aufgrund der insoweit gleichlautenden Regelung beim sog. Konzernprivileg auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden (vgl. unter C. II. 2.).

2. Form- und Inhaltsvoraussetzungen des Überlassungsvertrages

a) Textform

Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bedarf der **Textform** (§ 12 Abs. 1 Satz 1 AÜG i. V. m. § 126b BGB). Die bislang erforderliche Schriftform wurde im Rahmen des sog. Vierten Bürokratieentlastungsgesetzes zum 31.12.2024 **gestrichen**.

Erforderlich für die Einhaltung der Textform ist nach § 126b BGB die Abgabe einer sog. lesbaren Erklärung, in der die **Person des Erklärenden genannt** ist. Die Urheberschaft des Nachweises muss also für den Vertragspartner erkennbar sein. Das kann etwa durch die digitale Nachbildung der Namensunterschrift, z. B. die eingescannte und in das Schreiben hineinkopierte Unterschrift, geschehen.⁴⁷ Ausreichend soll auch eine maschinenschriftliche Wiedergabe des Namens sein, so dass es nicht zwingend einer Nachbildung der Unterschrift bedarf.⁴⁸ Eine solche digitale Nachbildung dürfte – auch wenn nicht erforderlich – in der Praxis weiterhin das Mittel der Wahl sein, um die Authentizität des Nachweises zu betonen.

Diese Erklärung muss zudem auf einem sog. **dauerhaften Datenträger** abgegeben werden. Ein dauerhafter Datenträger ist nach § 126a Satz 2 BGB jedes Medium, das

- es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und
- geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben.

Erfasst hiervon werden zunächst Papierdokumente (z. B. Kopie oder Fax) sowie „klassische“ elektronische Dokumente wie Diskette, CD-ROM, DVD, USB-Stick oder anderweitige Speicherkarten.⁴⁹ Für die Praxis vor allem relevant ist der Abschluss von Verträgen **per E-Mail**. Auf diese Weise übermittelte Verträge sind aufgrund der im Regelfall unbeschränkten Zugangsmöglichkeiten zum Mail-Server jederzeit zugänglich im oben genannten Sinn. Sie

⁴⁵ Vgl. zum Ganzen BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 39.

⁴⁶ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 39.

⁴⁷ ErfK/Preis, 25. Aufl., § 126b BGB Rn. 2.

⁴⁸ ErfK/Preis, 25. Aufl., § 126b BGB Rn. 2 m. w. N..

⁴⁹ HK-BGB/Dörner, 12. Aufl., § 126b BGB Rn. 4.

können durch den Vertragspartner direkt oder als Anhang jederzeit gespeichert und/oder ausgedruckt werden.⁵⁰

Praxishinweis: Mit der Ersetzung der Schriftform durch die Textform für den Überlassungsvertrag nach § 12 Abs. 1 Satz 1 AÜG kommt der Gesetzgeber Wünschen der Praxis nach. Mit der Änderung können Überlassungsverträge nunmehr insbesondere unkompliziert und ohne lange Postlaufzeiten per **E-Mail** abgeschlossen werden. Zulässig bleibt – wie auch bisher – die elektronische Form mittels qualifizierter elektronischer Signatur (§ 126a BGB). Diese dürfte angesichts der gegenüber der Textform deutlich komplexeren Anforderungen in der Praxis aber künftig eine weiterhin untergeordnete Bedeutung spielen. Bei Bedarf können Überlassungsverträge weiterhin auch in Schriftform abgeschlossen werden, da die Schriftform als strengere Form die Anforderungen an die Textform erfüllt.

b) Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten

Durch § 1 Abs. 1 Satz 5 und Satz 6 AÜG hat der Gesetzgeber im Jahr 2017 Offenlegungspflichten für den Entleiher und den Verleiher eingeführt. Danach haben Verleiher und Entleiher

- die Überlassung von Leiharbeitnehmern in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung **zu bezeichnen**, bevor sie den Leiharbeitnehmer überlassen oder tätig werden lassen (dazu sogleich unter aa)) und
- vor der Überlassung die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu **konkretisieren** (dazu sogleich unter bb)).

Die ausreichende Einhaltung der Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht setzt das Bestehen eines **formwirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrags zum Zeitpunkt des Überlassungsbeginns** voraus.⁵¹ Ein formunwirksamer Arbeitnehmerüberlassungsvertrag kann nach der Rechtsprechung des BAG keine Grundlage für die Erfüllung der Offenlegungspflicht bilden. Auch die Konkretisierung der Person des Leiharbeitnehmers knüpft an das Vorliegen eines formwirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrags bei Überlassungsbeginn an.⁵²

Praxishinweis: Die Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten sollten stets sorgfältig erfüllt werden. Bei einem (kumulativen) Verstoß gegen beide Pflichten wird als Sanktion u. a. ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher **fingiert** (hierzu unter II. 1. a) bb)). Aufgrund der Vorgaben des BAG müssen Verleiher und Entleiher bei den entsprechenden Abläufen stets darauf achten, dass **vor** dem Beginn der tatsächlichen Überlassung (= Arbeitsbeginn beim Entleiher) ein formwirksamer Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bereits vorliegt, d. h. mindestens die Anforderungen an die **Textform** erfüllt sind.⁵³ Werden auf Grundlage eines formunwirksamen (z. B. nur mündlich abgeschlossenen) Arbeitnehmerüberlassungsvertrags die Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht erfüllt, gehen diese ins Leere und sind damit nicht wirksam erfüllt.

Ob die Pflichten nach § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG auch **rückwirkend** für solche Verträge gelten, welche **vor** Inkrafttreten der letzten AÜG-Reform zum 01.04.2017 geschlossen wurden, lässt sich mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht mit Sicherheit beantworten. Weil für § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG keine Übergangsregelung geschaffen wurde, wurde teilweise vertreten, dass die neu eingeführten Pflichten auch für Verträge gelten, die bereits

⁵⁰ Vgl. allgemein hierzu auch ErfK/Preis, 25. Aufl., § 126b BGB Rn. 3; HK-BGB/Dörner, 12. Aufl., § 126b BGB Rn. 4

⁵¹ BAG v. 05.03.2024 – 9 AZR 204/23.

⁵² BAG v. 05.03.2024 – 9 AZR 204/23

⁵³ Hierzu auch Winzer, ArbRAktuell 2024, 359.

vor dem 01.04.2017 abgeschlossen wurden.⁵⁴ Danach wären sämtliche noch laufenden (Alt-)Verträge zu überprüfen und die Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten nachzuholen. Dieser Auffassung folgt auch die Bundesagentur für Arbeit im Rahmen ihrer fachlichen Anweisung zum AÜG.⁵⁵ Hingegen ist nach der zutreffenden Gegenauffassung eine derartige Rückwirkung nicht geboten und daher nur eine Anwendung der Regelungen auf Neuverträge möglich.⁵⁶ Hierfür spricht der Gesetzeswortlaut, der Zeitpunkt des Inkrafttretens zum 01.04.2017 sowie das in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Rückwirkungsverbot.

Praxishinweis: Die Rechtsfrage dürfte aufgrund des Zeitablaufs mittlerweile kaum noch praktische Bedeutung haben, da vor dem 01.04.2017 abgeschlossene Verträge im Regelfall ausgelaufen sein dürften.

aa) Bezeichnung als Arbeitnehmerüberlassung

Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG müssen Verleiher und Entleiher die Überlassung von Leiharbeitnehmern im Überlassungsvertrag **vor der Überlassung** oder dem Arbeitsbeginn ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung **bezeichnen**.

Praxishinweis: Im Überlassungsvertrag muss daher ausdrücklich die Bezeichnung „Arbeitnehmerüberlassung“ bzw. „Arbeitnehmerüberlassungsvertrag“ aufgenommen werden, vorzugsweise bereits in der Überschrift oder zumindest deutlich im Vertragstext. Es empfiehlt sich Prozesse zu etablieren, die eine solche Verfassung des Überlassungsvertrags sicherstellen. Da für den Überlassungsvertrag nunmehr die Textform ausreichend ist, gilt dies auch für die Bezeichnung als Arbeitnehmerüberlassung, die Teil des Überlassungsvertrags ist.

Eine besondere Prüfung ist für sog. master-vendor-Systeme zu empfehlen. In einem solchen System übernimmt ein Verleiher als Master die Steuerung mehrerer Verleiher für den Entleiher. Der Master koordiniert die individuellen Kundenwünsche und übernimmt die gesamte Kommunikation mit den verschiedenen Verleihern. Hier muss die (formgerechte) Bezeichnung des Überlassungsvertrages zwischen dem tatsächlichen Verleiher und dem Entleiher **vor dem Einsatz** beachtet werden und nicht zwischen dem sog. Master und dem Entleiher.

bb) Konkretisierung des Leiharbeitnehmers vor der Überlassung

Ferner haben Verleiher und Entleiher gemeinsam die Person des Leiharbeitnehmers **vor der Überlassung** (d. h. vor Aufnahme der Tätigkeit) **unter Bezugnahme** auf den Überlassungsvertrag zu **konkretisieren** (§ 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG). Hintergrund der Regelung ist, dass bei sog. Rahmenverträgen zwar der Vertrag als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet wird, aber die Person des Leiharbeitnehmers im Regelfall erst später konkretisiert wird. Diese Vertragsgestaltung soll einerseits weiterhin möglich sein und andererseits durch die Konkretisierungspflicht Klarheit auch im Hinblick auf die Person des Leiharbeitnehmers geschaffen werden.⁵⁷

Praxishinweis: Es sollte bei der Konkretisierung der Person des Leiharbeitnehmers auf einen ausdrücklichen Bezug zum zuvor formwirksam abgeschlossenen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag geachtet werden („... unter Bezugnahme auf den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vom ... (AZ ...) wird Ihnen Herr/Frau ... [Vor- und Nachname und bei identischen Namen ggf. Geburtsdatum und/oder Adresse] überlassen.“). Das erscheint zwar als bloße Formalie, aber der Gesetzestext verlangt es.

⁵⁴ So noch BeckOK ArbR/Kock, 73. Ed., § 1 AÜG Rn. 158 (in der aktuellen 74. Auflage finden sich hierzu keine Ausführungen mehr).

⁵⁵ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 25.

⁵⁶ So mit überzeugender Begründung ArbG Mainz v. 28.06.2018 – 3 Ca 111/18; Bissels, NZA-RR 2019, 23.

⁵⁷ Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 19 f..

Eingesetzte Leiharbeitnehmer müssen vor der Überlassung durch den Verleiher **und** Entleiher bestimmt werden. Sofern ein Leiharbeitnehmer im Einzelfall nicht überlassen werden kann – beispielsweise aufgrund von Krankheit – entfällt die Überlassungsschuld des Verleihers gegenüber dem Entleiher nicht. Der **ersatzweise** überlassene Leiharbeitnehmer muss aufgrund § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG dann **erneut – und zwar vor der Überlassung – konkretisiert** werden.⁵⁸

Sofern kein Rahmenvertrag vorliegt, sondern nur ein bestimmter Leiharbeitnehmer im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag **bereits bezeichnet** ist, kann die Konkretisierungspflicht vor der Überlassung als gewahrt angesehen werden, da eine erneute wiederholende Konkretisierung eine „bloße Förmerei“ darstellen würde.⁵⁹

Praxishinweis: Da § 12 Abs. 1 Satz 1 AÜG für den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag **die Textform ermöglicht**, hat der bisherige Streit, welche Anforderungen an die Form der Konkretisierung des Leiharbeitnehmers zu stellen sind, in der Praxis weitgehend keine Auswirkungen mehr. Insbesondere ist damit eine Konkretisierung per E-Mail zulässig. Der Schriftform bedarf es nicht. Da die Konkretisierung nach überwiegender Auffassung⁶⁰ nicht der Form des § 12 Abs. 1 Satz 1 AÜG bedarf, wäre theoretisch sogar eine mündliche Konkretisierung „auf Zuruf“ denkbar.⁶¹ Davon ist aber bereits aus Nachweisgründen **dringend abzuraten**. Eine Konkretisierung sollte daher aus Gründen der Nachweisbarkeit und der Dokumentation **immer** mindestens in Textform (z. B. per E-Mail) erfolgen.⁶²

Bei master-vendor-Systemen sollte sichergestellt werden, dass die Konkretisierung **vor dem Einsatz** zwischen dem tatsächlichen Verleiher und dem Entleiher erfolgt und nicht zwischen dem sog. Master und dem Entleiher.

c) Inhalt des Vertrages

Nach § 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG hat der Verleiher im Vertrag zu erklären, ob er eine Verleihervollmacht nach § 1 AÜG besitzt. Der Entleiher muss nach § 12 Abs. 1 Satz 4 AÜG im Vertrag erklären,

- welche besonderen Merkmale die für den Leiharbeitnehmer vorgesehene Tätigkeit hat,
- welche berufliche Qualifikation dafür erforderlich ist und
- welche wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts für einen vergleichbaren Arbeitnehmer im Betrieb des Entleihers gelten, wobei diese Pflichtangabe entfällt, wenn nach § 8 Abs. 2 und 4 Satz 2 AÜG ein Entgelttarifvertrag der Zeitarbeitsbranche zur Anwendung kommt.

Praxishinweis: Für den Einzelfall, dass durch den Verleiher kein anwendbarer Entgelttarifvertrag der Zeitarbeitsbranche im Sinne von § 8 Abs. 2 und 4 AÜG zur Anwendung gebracht wird (siehe unter I. 5.), ist der Verleiher zur Feststellung seiner konkreten Equal Pay Entgeltverpflichtungen auf Information durch den Entleiher angewiesen.

Es bestehen für den Entleiher insofern Haftungsrisiken, dass er vom Verleiher für Schäden in Regress genommen werden kann, die letzterem aufgrund der unzureichenden Information entstehen. Bei der Gestaltung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages sollten deshalb

⁵⁸ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 156.

⁵⁹ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 155 m. w. N.; so auch BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 24, wonach die Bezeichnung „im Überlassungsvertrag selbst“ als Konkretisierung ausreichend ist.

⁶⁰ BT- Drs. 19/11667, S. 3; Scharff, BB 2018, 1040, 1044.

⁶¹ So auch zur neuen Rechtslage BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 153.

⁶² So auch BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 24 und 25.

Haftungsrisiken für den Entleiher genau geprüft werden. Dies ist insbesondere geboten, weil die Rechtsbegriffe des vergleichbaren Arbeitnehmers, aber insbesondere des vergleichbaren Arbeitsentgelts nicht abschließend geklärt sind und eine erhebliche Rechtsunsicherheit hervorrufen. Der Vertragsschluss mit einem **tarifgebundenen und tarifyanwendenden** Verleiher minimiert dieses Risiko erheblich und ist daher vorzugswürdig.

d) Nachweis der wesentlichen Arbeitsbedingungen und Informationspflichten

Der Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen des Leiharbeitsverhältnisses richtet sich nach den Bestimmungen des Nachweisgesetzes (vgl. § 11 Abs. 1 AÜG). Zusätzlich zu den in § 2 Abs. 1 des Nachweisgesetzes genannten Angaben sind in die Niederschrift aufzunehmen:

- Firma und Anschrift des Verleihers, die Erlaubnisbehörde sowie Ort und Datum der Erteilung der Erlaubnis nach § 1 AÜG,
- Art und Höhe der Leistungen für Zeiten, in denen der Leiharbeitnehmer nicht verliehen ist.

Seit dem 01.01.2025 kann nach § 2 Abs. 1 Satz 2 des Nachweisgesetzes die Niederschrift auch **in Textform** (§ 126b BGB) abgefasst und elektronisch übermittelt werden, sofern das Dokument für den Leiharbeitnehmer zugänglich ist, gespeichert und ausgedruckt werden kann und der Verleiher den Leiharbeitnehmer mit der Übermittlung auffordert, einen Empfangsnachweis zu erteilen.⁶³

Gemäß § 11 Abs. 2 AÜG ist der Verleiher zudem verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer bei Vertragsschluss ein Merkblatt der Erlaubnisbehörde über den wesentlichen Inhalt des AÜG auszuhändigen. Nichtdeutsche Leiharbeitnehmer erhalten das Merkblatt und den Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen auf Verlangen in ihrer Muttersprache. Die Kosten des Merkblatts trägt der Verleiher.

Der Verleiher hat den Leiharbeitnehmer ferner vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird, und ihm die Firma und Anschrift des Entleihers, dem er überlassen wird, in Textform mitzuteilen.

Die Nichtbeachtung der Pflichten aus § 11 Abs. 1 und 2 AÜG ist für den Verleiher bußgeldbewehrt und kann mit bis zu 2.000 Euro belegt werden (§ 16 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 AÜG).

3. Einhaltung der Überlassungshöchstdauerfrist (vorübergehende Überlassung)

a) Gesetzliche Vorgaben

§ 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG stellt klar, dass eine Arbeitnehmerüberlassung nur zulässig ist, wenn sie vorübergehend unter Einhaltung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG erfolgt. Die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche können eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Überlassungshöchstdauer festlegen (vgl. hierzu sogleich unter b)).

aa) Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten

Gesetzlich darf der Verleiher denselben Leiharbeitnehmer nach § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG nicht länger als **18 aufeinander folgende Monate** demselben Entleiher überlassen bzw. der Entleiher denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate tätig werden lassen. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist gem. § 1 Abs. 1b Satz 2 AÜG vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen (hierzu sogleich unter ee)). Bereits **geringfügige Überschreitungen** der Überlassungshöchstdauer (z. B. um

⁶³ Vgl. hierzu auch den M+E-Leitfaden „Nachweis der wesentlichen Arbeitsbedingungen nach dem Nachweisgesetz“.

nur einen Tag) begründen einen Verstoß gegen die Vorgaben mit den entsprechenden erheblichen Rechtsfolgen und Sanktionen (hierzu unter II. 1. a) cc)).

bb) Arbeitnehmerbezug der Überlassungshöchstdauer

Durch das BAG ist geklärt, dass sich die Überlassungshöchstdauer auf den an denselben Entleiher überlassenen Leiharbeitnehmer bezieht und damit nicht auf den Arbeitsplatz, auf dem der Leiharbeitnehmer eingesetzt wird.⁶⁴ Eine solche **arbeitnehmerbezogene** Ausgestaltung der Berechnung der Überlassungshöchstdauer ist mit dem Unionsrecht vereinbar.⁶⁵

Praxishinweis: § 1 Abs. 1 Satz 4 erlaubt somit ausdrücklich den flexiblen Einsatz von Leiharbeitnehmern u. a. zur Deckung von Auftragsspitzen.⁶⁶ Es ist daher möglich, einen Arbeitsplatz auch länger als 18 Monate mit Leiharbeitnehmern zu besetzen, solange die Person des Leiharbeitnehmers wechselt.⁶⁷ Auch eine dauerhafte Besetzung eines Arbeitsplatzes mit wechselnden Leiharbeitnehmern ist damit nach ganz überwiegender Auffassung möglich.⁶⁸

cc) Begriff des Entleihers

(1) Betriebs- oder Unternehmensbezug

Nach § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG darf auch der Entleiher denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate tätig werden lassen. Wechselt der Leiharbeitnehmer den Entleiher, beginnt die Überlassungshöchstdauer beim neuen Entleiher neu zu laufen. Hierbei ist jedoch umstritten und bislang nicht höchstrichterlich geklärt, ob für die Ermittlung der Überlassungshöchstdauer auf den einzelnen Entleiher**betrieb** als Bezugspunkt oder auf das Entleiher**unternehmen** abzustellen ist. Die Auswirkungen auf die Überlassungshöchstdauer sind erheblich:

- Stellt man auf den Betrieb ab, kann der Leiharbeitnehmer in einen anderen Betrieb des Unternehmens (bzw. des gleichen Rechtsträgers) wechseln, ohne dass die Vorbeschäftigungszeiten im bisherigen Betrieb auf den Einsatz im neuen Betrieb angerechnet werden müssen.⁶⁹ Ein „Rotationsmodell“ im Unternehmen würde damit erleichtert.
- Stellt man hingegen auf das Unternehmen ab, müssen bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer alle Einsatzzeiten eines Leiharbeitnehmers addiert werden, auch wenn dieser in unterschiedlichen Betrieben des Unternehmens eingesetzt war.⁷⁰

Die derzeit wohl überwiegende Auffassung einschließlich der Bundesagentur für Arbeit⁷¹ spricht sich für einen unternehmensbezogenen Ansatz aus.

Praxishinweis: Angesichts der derzeit weiterhin bestehenden Rechtsunsicherheit und der erheblichen Risiken einer Überschreitung der Überlassungshöchstdauer empfiehlt es sich, den Entleiherbegriff des § 1 Abs. 1b AÜG arbeitgeber- bzw. unternehmensbezogen zu verstehen. Zur genauen und fehlerfreien Erfassung der Überlassungshöchstdauer sollten Unternehmen mit mehreren Betrieben daher eine **überbetriebliche Datenbank** über alle beschäftigten Leiharbeitnehmer führen und vor jedem Einsatz die persönliche

⁶⁴ BAG v. 14.09.2022 – 4 AZR 26/21; BAG v. 14.09.2022 – 4 AZR 83/21; ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 49; BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 27.

⁶⁵ BAG v. 14.09.2022 – 4 AZR 83/21 m. w. N. zum bisherigen Streitstand.

⁶⁶ So auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 20.

⁶⁷ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 105 m. w. N. zur herrschenden Meinung.

⁶⁸ BAG v. 14.09.2022 – 4 AZR 83/21 (Rn. 15) unter Verweis auf EuGH v. 17.03.2022 – C-232/20; vgl. auch BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 105 m. w. N.

⁶⁹ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 107; Talkenberg, NZA 2017, 473, 474; Lembke, NZA 2017, 1, 4; Henssler, RdA 2017, 83, 94.

⁷⁰ Vgl. nur Hamann, NZA 2023, 1151 f. mit zahlreichen weiteren Nachweisen (Fn. 8).

⁷¹ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 28.

Überlassungsdauer sowie die Karenzzeit nach § 1 Abs. 1b Satz 2 AÜG überprüfen. Gegebenenfalls ist für eine einheitliche Regelung im Unternehmen eine Gesamtbetriebsvereinbarung zu erwägen (§ 50 Abs. 2 BetrVG).

Ausdrücklich abzuraten dürfte nach beiden Auffassungen von einem Einsatz der Arbeitnehmerüberlassung in einem Gemeinschaftsbetrieb in der Weise sein, dass erst GmbH A einen Leiharbeitnehmer für 18 Monate einsetzt und anschließend GmbH B des Gemeinschaftsbetriebs 18 Monate den gleichen Leiharbeitnehmer einsetzt usw., der Leiharbeitnehmer also ununterbrochen im Gemeinschaftsbetrieb eingesetzt ist. Bei Annahme eines Betriebsbezugs fehlt es bereits an dem Wechsel des Entleihers.⁷² Aber auch bei Annahme eines Unternehmensbezugs sollen nach den Zweck des Gesetzes die an dem Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen als derselbe Entleiher i. S. d. § 1 Abs. 1b AÜG anzusehen sein, so dass auch insoweit die Überlassungszeiten zu addieren sind.⁷³ Davon zu unterscheiden ist der Fall, dass eigene Stammbeschäftigte innerhalb des Gemeinschaftsbetriebs zwischen den an diesem beteiligten Arbeitgebern wechselseitig eingesetzt werden. Hier liegt bereits keine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG vor, denn der Gemeinschaftsbetrieb ist nicht Dritter (Entleiher) im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG.⁷⁴

(2) Sonderfall: Betriebsübergang auf Seiten des Entleihers

Die Regelung des § 613a BGB findet im Fall eines Betriebsübergangs des Entleihers **keine Anwendung** auf die in dem Betrieb eingesetzten Leiharbeitnehmer, da zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer keine arbeitsvertragliche Beziehung besteht.

Es ist bislang aber noch ungeklärt, wie sich ein Betriebsübergang bzw. ein Betriebsteilübergang auf Seiten des Entleihers auf die **Berechnung** der Überlassungshöchstdauer auswirkt. Nach Auffassung des LAG Hamm gebietet § 1 Abs. 1b AÜG bei einer richtlinienkonformen Auslegung, die bisherigen Einsatzzeiten eines Leiharbeitnehmers beim Veräußerer anzurechnen, wenn der Betriebsübergang auf Seiten des Entleihers gerade nicht zu einer Zäsur hinsichtlich des Einsatzes geführt hat, sondern die bisherige Tätigkeit tatsächlich nahtlos beim Erwerber fortgesetzt wird.⁷⁵ Die Wertung von § 1 Abs. 1b AÜG zeige, dass durch einen bloß formalen Wechsel der beteiligten Arbeitgeber die Überlassungshöchstgrenzen nicht umgangen werden dürfen.⁷⁶ Das BAG hat im Rahmen der Revision gegen das Urteil des LAG Hamm das Verfahren ausgesetzt und ein Vorabentscheidungsgesuchen an den EuGH gerichtet.⁷⁷ Es möchte wissen, inwieweit die in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG geregelte Überlassungshöchstdauer unionsrechtskonform zu berechnen ist, wenn auf Seiten des Entleihers ein Betriebsübergang stattgefunden hat.⁷⁸ Zum jetzigen Zeitpunkt ist daher nicht auszuschließen, dass die Überlassungshöchstdauer (generell) von einem Betriebsübergang **nicht berührt** wird und die Fristen unter Anrechnung der bisherigen Einsatzzeiten beim Erwerber weiterlaufen, d. h., dass bisheriger Entleiher als Veräußerer und Erwerber als neuer Entleiher in diesem Falle als **ein Unternehmen bzw. ein Entleiher** im Sinne des § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG gelten.

Praxishinweis: Bis zu einer Klärung durch den EuGH bzw. nachfolgend das BAG sollte, um eine mögliche Fiktion des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher nach § 10 Abs. 1

⁷² BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 108.

⁷³ So Hamann, NZA 2023, 1151, 1152; zu alternativen Formen des Fremdpersonaleinsatzes vgl. auch Wypych/Konrad, BB 2023, 1460, 1461 ff..

⁷⁴ Vgl. auch BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 15.

⁷⁵ LAG Hamm v. 18.10.2023 – 10 Sa 353/23.

⁷⁶ LAG Hamm v. 18.10.2023 – 10 Sa 353/23.

⁷⁷ BAG v. 01.10.2024 9 AZR 264/23 (A).

⁷⁸ BAG v. 01.10.2024 9 AZR 264/23 (A).

Satz 1 AÜG wegen der Überschreitung der Überlassungshöchstdauer zu vermeiden, sicherheitshalber die Frist ab der Überlassung an den Veräußerer berechnet werden.

Es empfiehlt sich zudem für den Erwerber dringend, vor dem Betriebsübergang mit dem Zeitarbeitsunternehmen einen eigenen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu schließen (ausdrücklich als solchen bezeichnet) und die Leiharbeitnehmer namentlich mit dem Zeitarbeitsunternehmen unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren, um die Bezeichnungs- und Konkretisierungspflicht des § 1 Abs. 1b Sätze 5 und 6 AÜG auch in Bezug auf den Erwerber zu erfüllen.

dd) Berechnung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG

Nach derzeit ganz herrschender Meinung berechnet sich die Überlassungshöchstdauer von 18 aufeinander folgenden Monaten bei nicht unterbrochenen Einsätzen **ohne** anrechenbare Voreinsatzzeiten (vgl. § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG) nach den §§ 187, 188 BGB (zu unterbrochenen Einsätzen mit anrechenbaren Voreinsatzzeiten vgl. sogleich unter ee)).⁷⁹ Es handelt sich um eine sog. Monatsfrist.

Zur Ermittlung des **Fristbeginns** ist dabei zunächst § 187 Abs. 2 Satz 1 BGB heranzuziehen. Demnach ist für den Fristbeginn der erste Tag der Überlassung maßgeblich und dieser wird bei der Berechnung der Frist mitgerechnet, auch wenn der Einsatz nicht um 00:00 Uhr beginnt.⁸⁰

Innerhalb dieser herrschenden Meinung ist allerdings **umstritten**, ob für den ersten Tag der Überlassung derjenige Tag maßgeblich ist, an dem der Leiharbeitnehmer beim Entleiher das erste Mal tatsächlich tätig bzw. eingesetzt wird (sog. materielle Betrachtungsweise)⁸¹ oder aber der vertraglich festgelegte Tag (sog. formale Betrachtungsweise)⁸².

Das BAG hat in einer aktuellen Entscheidung geurteilt, dass der Bezugspunkt für die Überlassungshöchstdauer die **Eingliederung** des Leiharbeitnehmers in den Betrieb sei.⁸³ Daraus könnte man ableiten, dass das BAG davon ausgeht, dass es auch für den Fristbeginn auf den tatsächlichen ersten Einsatz des Leiharbeitnehmers beim Entleiher ankommt, da der Leiharbeitnehmer grundsätzlich erst mit der Aufnahme der Tätigkeit in den Betrieb eingegliedert wird. Dabei ist allerdings zu beachten, dass das BAG nicht konkret zur Fristberechnung entschieden hat, sondern die Aussage lediglich im Rahmen der Feststellung traf, dass die Überlassungshöchstdauer arbeitnehmerbezogen zu berechnen ist.

Praxishinweis: Auch wenn die Rechtsfrage damit weiterhin als nicht höchstrichterlich geklärt gelten dürfe, hat sie u. E. eher geringe praktische Relevanz. Denkbar ist aber, dass der Leiharbeitnehmer etwa aufgrund von Krankheit, eines Feiertags oder

⁷⁹ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 27 f.; ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 51; Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 1 AÜG Rn. 315; Hamann/Rudnik NZA 2017, 209, 210; Henssler RdA 2017, 83, 95; Lembke NZA 2017, 1, 4; Thüsing/Waas, 4. Aufl., § 1 AÜG Rn. 157; LAG Niedersachsen v. 06.04.2023 – 6 Sa 217/22; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 93; Bayreuther NZA 2017, 18, 19; a. A. nur noch HK- AÜG/Ulrici, 1. Aufl., § 1 AÜG Rn. 95; Pütz DB 2017, 425, 425 ff..

⁸⁰ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 27 f.; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 93 m. w. N., Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., AÜG § 1 Rn. 315 m. w. N.; so auch grds. ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 51, wonach aber in Anlehnung an die Entscheidung des BAG v. 24.10.2013 – 2 AZR 1057/12 zur Wartezeit der erste Tag der Überlassung dann nicht mitgerechnet werde, wenn die Überlassung aufgrund ausdrücklicher Vereinbarung erst im Laufe des Tages beginnt.

⁸¹ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 92 m. w. N..

⁸² BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 28; Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 1 AÜG Rn. 315; wohl auch ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 51.

⁸³ BAG v. 14.09.2022 – 4 AZR 26/21; BAG v. 14.09.2022 – 4 AZR 83/21.

Produktionsverschiebungen später als zunächst vertraglich vereinbart beim Entleiher tätig wird.⁸⁴ Aufgrund fehlender ausdrücklicher Klärung durch das BAG sollte in Fällen, in denen der tatsächliche Einsatz ausnahmsweise nach dem im Überlassungsvertrag festgelegten ersten Einsatztag liegt, vorsorglich der **vertraglich festgelegte** erste Einsatztag für den Fristbeginn herangezogen werden, um die negativen Folgen einer Überschreitung der Überlassungshöchstdauer zu vermeiden. Eine einvernehmliche Vertragsänderung, mit welcher vor dem festgelegten ersten Einsatztag des Leiharbeitnehmers der Beginn der Überlassung nach hinten geschoben wird, dürfte aber grundsätzlich zulässig sein.⁸⁵ Eine solche Anpassung dürfte sich insbesondere dann anbieten, wenn zwischen dem vertraglichen Einsatzbeginn und dem tatsächlichen Beginn ausnahmsweise eine erhebliche Zeit liegt.

Die Frist **endet** gem. § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher dem Tag vorhergeht, der durch seine Zahl dem Anfangstag der Frist entspricht. Diebsbezüglich ist es auch unbeachtlich, ob der letzte Tag der so ermittelten Frist auf einen Samstag, Sonntag oder einen allgemein anerkannten Feiertag fällt. § 193 BGB findet keine Anwendung.⁸⁶

Beispiel 1⁸⁷:

Bei einem Arbeitsbeginn des Leiharbeitnehmers (= Fristbeginn) am 01.11.2024 endet die 18-monatige Frist am 30.04.2026, 24:00 Uhr. Fristbeginn ist nach § 187 Abs. 2 Alt. 2 BGB der 01.11.2024. Die Frist endet gem. § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB mit dem Ablauf desjenigen Monats, welcher dem Tag vorhergeht, der durch seine Benennung oder Zahl dem Anfangstag der Frist entspricht. Im vorliegenden Fall somit der 30.04.2026.

Nach einer vor allem unmittelbar im Nachgang der AÜG-Reform vertretenen Mindermeinung ist bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG auch im Fall eines ununterbrochenen Einsatzes § 191 BGB anzuwenden.⁸⁸ Diese Auffassung ist u. E. mit folgender Begründung **abzulehnen**:

§ 191 BGB lautet: „Ist ein Zeitraum nach Monaten oder nach Jahren in dem Sinne bestimmt, dass er nicht zusammenhängend zu verlaufen braucht, so wird der Monat zu 30, das Jahr zu 365 Tagen gerechnet.“ Dies bedeutet für den Fall der 18-monatigen Überlassungshöchstdauer, dass diese 540 Tage betragen würde (18 Monate x 30 Tage). Die Anwendung dieser Frist würde daher dazu führen, dass ein Leiharbeitnehmer, wenn er kontinuierlich (also am Stück) 18 Monate beim Entleiher eingesetzt werden soll, nicht volle 18 Kalendermonate eingesetzt werden könnte.

Beispiel 2:

Der Fall ist wie im Beispiel 1, d. h. Arbeitsbeginn des Leiharbeitnehmers am 01.11.2024. Unter Anwendung des § 191 BGB müssten ab dem 01.11.2024 (= Fristbeginn) anhand des Kalenders 540 Tage gerechnet werden. Das Fristende der Überlassungshöchstdauer wäre nach dieser Berechnung der 25.04.2026 und damit um fünf Tage kürzer als nach der Berechnung der herrschenden Meinung nach den §§ 187, 188 BGB.

Dieses Ergebnis widerspricht dem Wortlaut „18 aufeinander folgende Monate“ des § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG und dem Gesetzeszweck.⁸⁹ § 191 BGB soll nach dem Willen des

⁸⁴ Vgl. Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 1 AÜG Rn. 315.

⁸⁵ Vgl. Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 1 AÜG Rn. 315;

⁸⁶ ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 51; Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 1 AÜG Rn. 315; a. A. BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 93.

⁸⁷ Vgl. BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 29.

⁸⁸ HK- AÜG/Ulrici, 1. Aufl., § 1 AÜG Rn. 95; Pütz DB 2017, 425, 425 ff..

⁸⁹ Vgl. Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 1 AÜG Rn. 315.

Gesetzgebers für die Fälle von Bedeutung sein, in welchen eine Zeitbestimmung nicht eine zwischen dem Anfangs- und Endpunkt liegende zusammenhängende Zeiterstreckung, sondern eine Summe von nicht notwendig aufeinander folgenden Tagen bezeichnet.⁹⁰ Dabei hatte der Gesetzgeber nach den in den Motiven angeführten Beispielen Fallgestaltungen vor Augen, in denen die Berechnung dieser Zeiträume typischerweise Schwierigkeiten verursacht, weil nicht von vornherein feststeht, wann sie eintreten.⁹¹

Durch die Bezeichnung „18 aufeinander folgende Monate“ hatte der Gesetzgeber aber bei § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG einen zusammenhängenden Zeitraum im Sinn.⁹² Durch diese Pauschalierung bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass ein Monat als solches auf die Überlassungshöchstdauer angerechnet werden soll.⁹³

Dass auch das **BAG** bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG (d. h. bei ununterbrochenen Einsätzen) die §§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB und nicht § 191 BGB anwendet, lässt sich u. E. auch aus einer aktuellen Entscheidung des BAG schließen.⁹⁴ Das BAG hat dort ausgeführt, dass bei einer Überlassung ab dem 16.06.2017 ein Arbeitsverhältnis ab dem 16.12.2018 aufgrund Überschreitung der Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten zu Stande gekommen wäre.⁹⁵ D. h. der letzte mögliche Arbeitstag wäre der 15.12.2018 gewesen. Das vom BAG errechnete Fristende der Überlassungshöchstdauer entspricht einer Berechnung nach den §§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB. Wenn man die Frist mit § 191 BGB (540 Tagen) berechnen würde, käme man hingegen dazu, dass der letzte mögliche Arbeitstag bereits der 08.12.2018 gewesen wäre. Den Entscheidungsgründen lassen sich allerdings im Übrigen keine Ausführungen zur Fristberechnung entnehmen. Insbesondere führt das BAG dort bedauerlicherweise nicht aus, welche Normen es für die Fristberechnung der Überlassungshöchstdauer anwendet.

Praxishinweis: Die richtige Fristberechnung ist für die Praxis aufgrund der Sanktion eines fingierten Arbeitsverhältnisses zum Entleiher bei auch nur geringer und ggf. nur tagesweisen Überschreitung der Überlassungshöchstdauer **von erheblicher Relevanz**. Die Berechnung sollte daher stets sorgfältig erfolgen und das voraussichtliche Ende der Frist entsprechend notiert werden. Zudem sollte eine rechtzeitige Wiedervorlage der betroffenen Verträge rechtzeitig vor Fristende erfolgen.

Bis zu einer abschließenden höchstrichterlichen Klärung der anzuwendenden Normen bedarf es **einer internen Risikoabwägung**, ob bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer gem. § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG sicherheitshalber dennoch § 191 BGB mit einer entsprechend kürzeren Frist – im Regelfall von nur wenigen Tagen – angewendet werden soll.

ee) Anrechnung von vorherigen Überlassungszeiträumen bei demselben Entleiher

Die zuvor behandelten Beispiele betrafen den Grundfall eines durchgehenden, d. h. nicht unterbrochenen Einsatzes des Leiharbeitnehmers beim Entleiher. Dies dürfte der häufigste Anwendungsfall in der Praxis sein.

⁹⁰ BAG v. 20.05.2020 – 7 AZR 72/19 zu § 2 WissZeitVG sowie Motive BGB, Bd. 1, S. 286.

⁹¹ BAG v. 20.05.2020 – 7 AZR 72/19 zu § 2 WissZeitVG sowie Motive BGB, Bd. 1, S. 286 mit folgendem Beispiel: „Zusicherung eines dreimonatigen, aber nicht auf einmal zu nehmenden Urlaubes an einen Schauspieler, die Anstellung eines Geschäftsreisenden, mit der Klausel, dass er sich mindestens neun Monate im Jahre auf der Reise befinden solle, die Auflage, ein vermachtetes Grundstück sechs Monate im Jahre zu bewohnen...“.

⁹² Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 1 AÜG Rn. 315; vgl. BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 94.

⁹³ Vgl. BAG v. 20.05.2020 – 7 AZR 72/19 zu § 2 WissZeitVG.

⁹⁴ BAG v. 01.10.2024 – 9 AZR 264/23 (A).

⁹⁵ BAG v. 01.10.2024 – 9 AZR 264/23 (A), Rn. 12.

Die folgenden Ausführungen betreffen hingegen Fälle, in denen der Leiharbeitnehmer bereits zuvor beim Entleiher eingesetzt war und nunmehr nach einer Unterbrechung **erneut eingesetzt** werden soll.

Hier stellt sich die Frage, wann und wie etwaige vorherige Überlassungszeiten bei der Überlassungshöchstdauer zu berücksichtigen sind:

(1) Karenzzeit von drei Monaten

Bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer wird zunächst ein Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher nur dann vollständig angerechnet, wenn zwischen den Einsätzen nicht **mehr als drei Monate** liegen (sog. Karenzzeit), § 1 Abs. 1b Satz 2 AÜG. Hingegen wird nach Ablauf dieser Karenzzeit die Überlassungshöchstdauer wieder auf „Null“ gesetzt, so dass ein **neuer** 18-monatiger Zeitraum beginnt.

Die Karenzzeit muss immer ein zusammenhängender Zeitraum sein und damit kalenderbezogen nach § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB berechnet werden, wobei § 193 BGB keine Anwendung findet. Für den Fristbeginn ist § 187 Abs. 2 Satz 1 BGB maßgeblich, so dass der erste Tag der Karenzzeit mitgerechnet wird.⁹⁶

Weiterhin umstritten und höchstrichterlich nicht geklärt ist die Frage, wie die Formulierung „mehr als drei Monate“ zu interpretieren ist. Unklar ist, ob der Gesetzgeber damit eine Karenzzeit von drei Monaten zum Ausdruck bringen wollte, oder ob drei Monate und ein Tag erst zu einer beachtlichen Unterbrechung führen.

Beispiel:

Ende des vorherigen Einsatzes am 31. Dezember

Unterbrechung von drei Monaten	Einsatz ab dem 1. April des Folgejahres möglich
Unterbrechung von mehr als drei Monaten	Einsatz ab 2. April des Folgejahres möglich

Die derzeit weit überwiegende Auffassung in der Literatur geht von einer Karenzzeit von drei Monaten **und** einem Tag aus.⁹⁷

Praxishinweis: Da bei Fehlinterpretation der Karenzzeit ein fingiertes Arbeitsverhältnis zum Entleiher droht, wird in der Praxis zu empfehlen sein, mit **drei Monaten und einem Tag** zu rechnen (z. B. Ende 31. Dezember – Beginn erst wieder am 2. April).

(2) Rechtlich beachtliche Unterbrechungen der Überlassung

Sofern zwischen einer vorherigen Überlassung und dem erneuten Einsatz des Leiharbeitnehmers bei demselben Entleiher **weniger** als drei Monate und ein Tag Unterbrechung liegen, greift die Karenzregelung des § 1 Abs. 1b Satz 2 AÜG nicht ein.

Hier stellt sich zunächst die Frage, **ob überhaupt** eine relevante Unterbrechung eines Einsatzes vorliegt oder aber eine einheitliche und damit ununterbrochene Überlassung. Wird eine relevante Unterbrechung des Einsatzes verneint, läuft auch die Frist für die Überlassungshöchstdauer weiter (d. h. gerechnet ab dem ersten Einsatztag und berechnet nach den §§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB, vgl. zuvor unter dd)) und die Frage nach der

⁹⁶ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 29.

⁹⁷ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 97 m. w. N.; BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 29 f.; a. A. noch ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 54.

Anrechnung eines vorherigen Einsatzes stellt sich nicht. Sofern hingegen eine rechtlich relevante Unterbrechung bejaht wird und die Karenzzeit nicht erfüllt ist, werden auf die 18-monatige Überlassungshöchstdauer des beabsichtigten neuen Einsatzes die Zeiträume vorheriger Überlassungen gem. § 1 Abs. 1b Satz 2 AÜG angerechnet (hierzu sogleich unter (3)).

Die Frage, wann eine Unterbrechung des Einsatzes unbeachtlich ist und damit den Einsatz in rechtlicher Hinsicht schon gar nicht unterbricht, ist bislang noch **nicht abschließend höchstrichterlich geklärt**. Weitgehend anerkannt dürfte die folgende Differenzierung sein:

- Unterbrechungen sind dann unbeachtlich, wenn sie zu einer rein tatsächlichen, aber nicht rechtlichen Unterbrechung der Überlassung führen.⁹⁸ Deshalb ist es für die Fristberechnung unbeachtlich, ob ein Leiharbeitnehmer nur in Teilzeit z. B. Mittwoch und Freitag tätig werden soll.⁹⁹ Der Einsatz wird an den dazwischenliegenden Tagen zwar tatsächlich, aber nicht rechtlich unterbrochen. Es handelt sich daher um eine einheitliche und damit ununterbrochene fortlaufende Überlassung im rechtlichen Sinn.

Beispiel 1:¹⁰⁰

Wird ein Leiharbeitnehmer vertraglich z. B. für den Zeitraum 01.04.2024 bis 30.09.2024 mit einer Wochenarbeitszeit von 21 Stunden, verteilt auf drei Arbeitstage pro Woche, an einen Entleiher überlassen, legt er in diesem Zeitraum eine Einsatzdauer von 6 Monaten zurück. Es erfolgt in diesem Fall keine arbeitszeitanteilige Anrechnung.

- Ebenso ist es grundsätzlich unbeachtlich, ob in dem vertraglichen Zeitraum der Überlassung arbeitsfreie Tage wie z. B. Samstage, Sonntage, Feiertage, Freizeitausgleichstage oder sonstige Tage persönlicher Verhinderung des Leiharbeitnehmers fallen, sofern der Überlassungsvertrag weiterläuft.¹⁰¹
- Urlaub und Krankheit des Leiharbeitnehmers führen ebenfalls nicht dazu, dass es sich um eine relevante Unterbrechung und damit eine neue Überlassung handelt, sofern auch hier der Überlassungsvertrag weiterläuft.¹⁰²

Beispiel 2:

Die Überlassung des Leiharbeitnehmers an den Entleiher beginnt am 01.11.2024. Der Arbeitnehmer ist am 13.12.2024 bis zum 20.12.2024 arbeitsunfähig erkrankt und den ganzen Juli 2025 in Urlaub. Durch diese beiden Umstände wird die Überlassung vom 01.11.2024 nicht unterbrochen, sodass die 18-monatige Überlassungshöchstdauer für die Überlassung mit Ablauf des 30.04.2026 endet.¹⁰³

Eine rechtlich relevante Unterbrechung käme in den vorgenannten Fällen daher nur dann in Betracht, wenn auch der **Überlassungsvertrag endet** bzw. bei einem Rahmenvertrag der Leiharbeitnehmer „**abgemeldet**“ wird (sog. formale Sichtweise).¹⁰⁴ Nur dann stellt sich auch die Folgefrage, ob vorherige Einsatzzeiten anzurechnen sind, sofern diese weniger als drei Monate plus einen Tag zurückliegen.

⁹⁸ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 95; Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., AÜG § 1 Rn. 324 m. w. N.; a. A. wohl grundsätzlich noch Henssler RdA 2017, 83, 95 ff..

⁹⁹ Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 1 AÜG Rn. 324 m. w. N.; a. A. wohl grundsätzlich noch Henssler RdA 2017, 83, 95 ff..

¹⁰⁰ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 28.

¹⁰¹ Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 1 AÜG Rn. 325 m. w. N.

¹⁰² Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 1 AÜG Rn. 325 m. w. N.

¹⁰³ A. A. wohl noch Henssler RdA 2017, 83, 95.

¹⁰⁴ ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG, Rn. 51; Hamann, NZA 2023, 1151, 1154; Schüren/Hamann/Schüren, 6. Aufl., § 11 AÜG Rn. 318 m. w. N..

Allerdings kann auch eine rechtliche Unterbrechung des Einsatzes nach einer älteren Entscheidung des BAG dann unbeachtlich sein (mit der Folge, dass ein durchgehender Einsatz vorliegt), wenn sie **missbräuchlich** herbeigeführt wird, etwa durch eine künstliche vertragliche Gestaltung bzw. Aufspaltung der Überlassungsverträge in zahlreiche „Kurzeinsätze“, um damit die Überlassungshöchstdauer zu umgehen.¹⁰⁵ Auch wenn die Entscheidung des BAG eine frühere Rechtslage ohne die heutige Karenzzeitregelung betraf, liegt es nahe, dass das BAG diesen Maßstab auch für die nun geltende 18-monatige Überlassungshöchstdauer mit Unterbrechungszeitraum (Karenzzeit) anlegt und derartige Unterbrechungen als rechtlich irrelevant einstuft mit der Folge, dass insgesamt ein ununterbrochener und durchgehender Einsatz vorliegt, der dann ggf. die Überlassungshöchstdauer überschreitet.

Aufgrund fehlender höchstrichterlicher Klärung und der Gefahr eines fingierten Arbeitsverhältnisses zum Entleiher bei Überschreitung der Überlassungshöchstdauer sollte daher jedenfalls dann nicht rein formal auf den rechtlichen Fortbestand bzw. die Beendigung des Überlassungsverhältnisses abgestellt werden, wenn die Beendigung **alleine deshalb** herbeigeführt wird, um den Zeitraum der Unterbrechung nicht auf die Überlassungshöchstdauer anzurechnen. In diesem Fall könnte eine missbräuchliche Verwendung indiziert sein. Dies dürfte z. B. dann gelten, wenn der Leiharbeitnehmer an feststehenden arbeitsfreien Tagen immer wieder abgemeldet wird, und an den Tagen, an denen er wieder arbeiten soll, angemeldet wird bzw. diesbezüglich immer neue Überlassungsverträge geschlossen werden (z. B. Abmeldung Freitag und Wiederanmeldung am Montag bzw. Laufzeit eines Überlassungsvertrages immer nur von Montag bis Freitag).¹⁰⁶ Derartige Vorgehensweisen dürften jedenfalls in der M+E-Branche ohnehin nicht der üblichen Praxis entsprechen.

Nicht auszuschließen ist ferner, dass die Rechtsprechung eine missbräuchliche Vertragsgestaltung auch dann annehmen würde, wenn der Leiharbeitnehmer nur wegen einer **Krankheit** oder des **Urlaubs** bei einem Rahmenvertrag abgemeldet und danach sofort wieder angemeldet wird. Gleiches könnte gelten, wenn der Überlassungsvertrag des Leiharbeitnehmers nur wegen der Krankheit oder des Urlaubs gekündigt wird, um ihn danach sofort wieder einzusetzen. U. E. liegt jedenfalls keine missbräuchliche Vertragsgestaltung vor, wenn der Leiharbeitnehmer „bis auf Weiteres erkrankt“ und der Überlassungsvertrag daraufhin mit sofortiger Wirkung einvernehmlich beendet und eine Ersatzkraft tätig wird.¹⁰⁷

Praxishinweis: Verleiher und Entleiher sollten **fortlaufend und bei jedem neuen Einsatz prüfen**, ob ein bestimmter Leiharbeitnehmer bei demselben Entleiher innerhalb der letzten 18 Monate im Einsatz war. Wird dies bejaht, muss weiter geprüft werden, ob aufgrund der Einsatzzeiten eine Karenzzeit von mindestens drei Monaten und einem Tag vorliegt und damit die 18-monatige Frist neu zu laufen beginnt. Wird dies verneint, ist die maximale Gesamtüberlassungsdauer und die entsprechende „Restlaufzeit“ **sorgfältig und konkret zu ermitteln** (dazu sogleich).

Zur genauen und fehlerfreien Erfassung der Überlassungshöchstdauer sollten Arbeitgeber eine überbetriebliche Datenbank über alle beschäftigten Leiharbeitnehmer führen und vor jedem Einsatz die persönliche (Rest-)Überlassungsdauer überprüfen.

(3) Anrechnung vorheriger Überlassungszeiträume bei relevanter Unterbrechung

Kommt man bei der zuvor dargestellten Prüfung zu dem Ergebnis,

- dass der Leiharbeitnehmer die Voraussetzungen der dreimonatigen Karenzzeit **nicht** erfüllt und

¹⁰⁵ BAG v. 23.11.1988 – 7 AZR 34/88.

¹⁰⁶ So Hamann/Rudnik NZA 2017, 209, 212.

¹⁰⁷ So auch Hamann/Rudnik NZA 2017, 209, 211.

- es sich bei dem nun beabsichtigten erneuten Einsatz aufgrund einer relevanten Unterbrechung (z. B. Einsatz bei einem anderen Entleiher für nur zwei Monate nach vorheriger Abmeldung oder Beendigung des Überlassungsvertrags) **nicht** mehr um eine einheitliche Überlassung handelt (= rechtlich unterbrochener Einsatz),

ist zu klären, wie die **konkrete Anrechnung der Vorüberlassungszeiträume** auf den nun beabsichtigten Einsatz zu erfolgen hat bzw. wie lange der neue Einsatz erfolgen darf, um die gesetzliche Überlassungshöchstdauer einzuhalten.

Das Gesetz trifft hierzu keine konkrete Aussage. Unstreitig dürfte zunächst sein, dass jedenfalls die zu berücksichtigenden Unterbrechungszeiten **zwischen den Einsätzen** auf die Überlassungshöchstdauer nicht anzurechnen sind.¹⁰⁸ Wie hingegen die bereits bei demselben Entleiher absolvierten Einsätze auf die Überlassungshöchstdauer anzurechnen sind, ist derzeit noch **nicht höchstrichterlich geklärt** und komplex.

Zunächst ist die Frage zu klären, wie die Dauer von anzurechnenden Voreinsatzzeiten zu berechnen ist. Es spricht viel dafür, zur Bewertung der **Dauer** der anzurechnenden **Voreinsatzzeiten grundsätzlich** wie bei den nicht unterbrochenen Einsätzen die **§§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB** anzuwenden. Anders als bei ununterbrochenen Einsätzen kann es allerdings vorkommen, dass die entsprechende Berechnung ergibt, dass der anzurechnende vorherige Einsatz gar keinen vollen Monat betragen hat (sog. Teilmonat). Ebenfalls ist es möglich, dass der anzurechnende vorherige Einsatz zwar einen oder mehrere Monate andauerte, aber darüber hinaus noch weitere Tage umfasste, die nach der Berechnung gem. §§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB keinen vollen Monat ergeben (ebenfalls sog. Teilmonat). In diesen beiden Fällen spricht viel dafür, lediglich für den sich dann ergebenden **Teilmonat** einer jeweiligen Voreinsatzzeit den **§ 191 BGB** anzuwenden.¹⁰⁹ Dieser differenzierte Ansatz wird auch von der Bundesagentur für Arbeit in ihren Fachlichen Weisungen zugrunde gelegt und ist auch u. E. vorzugswürdig. Die anzurechnende Voreinsatzzeit eines Teilmonats wird dabei mit **x/30 Tagen** gerechnet. Dies bedeutet für die Berechnung der Dauer der relevanten Voreinsatzzeiten konkret:

- **Schritt 1:** Die Dauer jeder anzurechnenden Voreinsatzzeit ist **gesondert** zu ermitteln. Bei einer anzurechnenden vorherigen Einsatzzeit sind zunächst ausgehend vom ersten Tag des anzurechnenden Überlassungszeitraums gem. §§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB die vollen Monate zu berechnen. Bei einer anzurechnenden Voreinsatzzeit vom 16.07.2024 bis zum 09.09.2024 wären z. B. zunächst ausgehend vom 16.07.2024 die vollen Monate des vorherigen Einsatzes zu berechnen. Der 16.07.2024 zählt gem. § 187 Abs. 2 Satz 1 BGB mit. Dies ergibt gem. § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB bis zum 15.08.2024 eine vorherige Einsatzzeit von einem vollen Monat. Die übrigen Tage des Einsatzes sind gem. § 191 BGB mit x/30 zu rechnen, da sie gem. §§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB keinen vollen Monat ergeben. In dem gebildeten Beispielsfall beträgt dieser Teilmonat 25/30 Tage (16.08.2024 bis 31.08.2024 = 16/30 Tage plus 01.09.2024 bis 09.09.2024 = 9/30 Tage).

Die **konkrete Anrechnung** der Vorüberlassungszeit(en) erfolgt nach dieser Auffassung sodann wie folgt (s. zur konkreten Berechnung auch die Beispiele 1 und 2 am Ende dieses Abschnitts):¹¹⁰

¹⁰⁸ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 99 m. w. N..

¹⁰⁹ So auch BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 29; Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 1 AÜG Rn. 333; offen gelassen von LAG Niedersachsen v. 06.04.2023 – 6 Sa 217/22.

¹¹⁰ So auch BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 29; Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 1 AÜG Rn. 333; offen gelassen von LAG Niedersachsen v. 06.04.2023 – 6 Sa 217/22.

- **Schritt 2:** Sofern mehrere Einsatzzeiten auf die Überlassungshöchstdauer einer beabsichtigten Überlassung anzurechnen sind, werden die **Voreinsatzzeiten zunächst addiert**.
- **Schritt 3:** Die vorherige Einsatzzeit bzw. ggfs. die Summe mehrerer **Voreinsatzzeiten** sind im nächsten Schritt von der Überlassungshöchstdauer von den 18 Monaten **abzuziehen**. Bei einer anzurechnenden Voreinsatzzeit von zwei Monaten darf der Leiharbeiter beispielsweise nur noch 16 Monate eingesetzt werden. Sofern bei Einsätzen unter einem Monat oder bei Einsätzen von einem oder mehreren Monaten und zusätzlich einzelnen Einsatztagen $x/30$ Tage von den 18 Monaten abgezogen werden müssen, ist auch bei diesem Abzug der Monat stets mit 30 Tagen anzusetzen. Bei einer anzurechnenden Voreinsatzzeit von 15 Monaten und $13/30$ Tagen ergibt sich daher eine noch zulässige Einsatzzeit von zwei Monaten und $17/30$ Tagen.
- **Schritt 4:** In einem letzten Schritt ist das **konkrete Fristende** des geplanten erneuten Einsatzes zu ermitteln. Diesbezüglich kommen erneut die **§§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB** zur Anwendung. Sofern beispielsweise die ermittelte noch zulässige Einsatzzeit einen Monat und drei Tage beträgt und für einen erneuten Einsatz ab dem 13.10.2024 das maximale Fristende der noch zulässigen Überlassungshöchstdauer ermittelt werden soll, ist ausgehend von dem 13.10.2024 der Monat zu berechnen. Dieser zählt erneut gem. § 187 Abs. 2 Satz 1 BGB mit. Gem. § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB endet der Monat am 12.11.2024. Die restlichen drei Tage sind dann ab dem 13.11.2024 zu zählen. Die maximale Einsatzzeit für den ab dem 13.10.2024 geplanten Einsatz des Leiharbeitnehmers endet daher mit Ablauf des 15.11.2024.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass derzeit noch weitere Auffassungen zur Fristberechnung vertreten werden, deren Relevanz für die Praxis aber teilweise fraglich erscheint:

- Nach Auffassung von *Pütz und Ulrici*¹¹¹ soll sowohl bei fortlaufenden als auch unterbrochenen Einsätzen stets ausschließlich § 191 BGB zur Anwendung kommen, unabhängig davon ob der Einsatz volle Jahre, Monate oder Tage umfasst. Danach wird die insgesamt zulässige Überlassungshöchstdauer immer mit 540 Tagen (18 Monate $\times$ 30 Tage) angesetzt. Die beachtlichen Voreinsatzzeiten werden dabei taggenau ermittelt und jeweils von den 540 Tagen abgezogen. Die Differenz ergibt die Tage, die ein Leiharbeiter noch eingesetzt werden darf. Diese Auffassung erscheint auf den ersten Blick pragmatisch, ist u. E. aber abzulehnen, da sie den grundsätzlich fortlaufenden Monatsbezug der Überlassungshöchstdauer verkennt (vgl. bereits unter dd)). Diese Argumentation dürfte gleichermaßen auch für unterbrochene Einsätze gelten. Die Anwendung dieser Rechenmethode ist allerdings unschädlich, da sie stets zu den kürzesten Fristen gelangen dürfte und damit im Ergebnis das Risiko einer Überschreitung der Überlassungsdauer am vorsorglichsten minimiert (vgl. daher auch den Praxishinweis am Ende dieses Abschnitts).
- Nach Auffassung von *Boemke*¹¹² soll zunächst ausgehend von der letzten (beabsichtigten) Überlassung an den Entleiher die nach §§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB zulässige Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten ermittelt werden (sog. eigentliches Fristende). Sodann sollen von dem errechneten eigentlichen letzten Überlassungstag der geplanten Überlassung die Zeiträume beachtlicher vorheriger Einsätze abgezogen werden. Da es sich um eine Rückrechnung handelt, soll nach dieser Auffassung § 189 Abs. 2 BGB auch „rückwärts“ angewendet werden. Dies bedeutet, dass von dem ermittelten Fristende der letzten beabsichtigten Überlassung von 18 Monaten zunächst die einzelnen Tage, dann die Monate und dann die Jahre abgezogen werden. Bei einer Vorüberlassungszeit vom 03.04.2023 bis 16.08.2024 würde sich z. B. eine anzurechnende Vorüberlassungszeit von einem Jahr, vier Monaten und 14 Tagen ergeben

¹¹¹ HK-AÜG/Ulrici, 1. Aufl., § 1 AÜG Rn. 95 f.; Pütz DB 2017, 425, 425 ff..

¹¹² Boemke, FS Düwell, 2021, 677, 693 f..

(03.04.2023 bis 02.04.2024 = ein Jahr; 03.04.2024 bis 02.08.2024 = vier Monate; 03.08.2024 bis 16.08.2024 = 14 Tage) ergeben. Von dem ermittelten eigentlichen Fristende der letzten beabsichtigten Überlassung wären dann zunächst die 14 Tage abzuziehen, wobei der Tag des eigentlichen Fristendes gem. § 187 Abs. 2 Satz 1 BGB voll mitzählt. Von dem so ermittelten Zwischenergebnis wären dann die vier Monate in Abzug zu bringen (§ 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB analog). Von diesem ermittelten Tag ist am Schluss das Jahr gem. § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB analog abzuziehen. Diese Auffassung dürfte in der Regel zu gleichen¹¹³ und höchstens zu längeren Fristen¹¹⁴ als der hier favorisierte Ansatz gelangen. U. E. könnten sich lediglich dann kürzere Fristen ergeben, wenn die errechnete Überlassungshöchstdauer des letzten beabsichtigten Einsatzes Ende Februar endet bzw. die einzelnen Tage nach dieser Auffassung auch Ende Februar abgezogen werden müssen.

- Die Auffassung von *Roloff*, welche die Vorüberlassungszeiten ebenfalls von dem für die letzte Überlassung ermittelten letzten Einsatz abzieht, dies aber taggenau,¹¹⁵ dürfte in der Regel zu einer längeren Gesamtüberlassungshöchstdauer führen als die Berechnungsmethode in Anlehnung an § 191 BGB für Teilmonate. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn der letzte mögliche Einsatz der letzten Überlassung der Februar ist. Allerdings widerspricht der taggenaue Abzug dem Monatsbezug der Überlassungshöchstdauer, so dass sich diese Auffassung u. E. voraussichtlich nicht durchsetzen dürfte. Zudem ist die Berechnungsmethode aufgrund der regelmäßig längeren Überlassungshöchstdauer dem Risiko einer zu großzügigen Berechnung und damit Überschreiten der gesetzlichen Vorgaben ausgesetzt.

Zusammenfassend gilt: U. E. ist die Auffassung, die für die Berechnung von vollen Monaten vorheriger Überlassungen die §§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB und für sich daraus ergebende Teilmonate § 191 BGB anwendet, für die Praxis am sachgerechtesten und daher **vorzugswürdig**. Diese nach vollen Monaten und Teilmonaten differenzierende Berechnung legt auch – wie bereits dargelegt – die Bundesagentur für Arbeit in ihren fachlichen Weisungen zum AÜG zugrunde. Auch die Zeitarbeitsverbände schließen sich dieser Auslegung an und werden in der Praxis darauf achten, dass die so berechneten Höchstfristen nicht überschritten werden. Andernfalls setzt sich der Verleiher der Gefahr einer Ordnungswidrigkeit und des Verlustes der Überlassungserlaubnis aus.

Zudem dürfte der vom BAG¹¹⁶ bereits entschiedene Fall zur Höchstbefristungsdauer nach § 2 des Gesetzes über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG) auf die Berechnung der Überlassungshöchstdauer **übertragbar** sein. Dort hat das BAG für die Berechnung einer ähnlich gelagerten Höchstbefristungsdauer von sechs Jahren entschieden, dass für volle Jahre die §§ 187, 188 BGB maßgeblich seien. Den Rückgriff auf § 191 BGB bedürfe es nur, wenn aufgrund von Unterbrechungen und Einsparzeiten unterjährige Beschäftigungszeiten bestünden. Die Berechnung nach vollen Jahren und Tagen sei einfach und rechtssicher handhabbar. Gleichzeitig werde durch die Anwendung von § 191 BGB auf unterjährige Beschäftigungszeiten sichergestellt, dass in allen Fällen unabhängig davon, ob die Beschäftigung in Monaten mit 31, 30, 28 oder 29 Tagen erfolgt, der gleiche Zeitraum zur Verfügung stehe. Diese zutreffenden Erwägungen gelten u. E. auch bei der Anrechnung von Vorüberlassungszeiten nach § 1 Abs. 1b Satz 2 AÜG mit dem einzigen – rein formalen – Unterschied, dass es sich hier um Teilmonate handelt.

¹¹³ Deshalb offengelassen von LAG Niedersachsen v. 06.04.2023 – 6 Sa 217/22.

¹¹⁴ A. A. Hammann NZA 2023, 1151, 1155, welcher u. E. aber in dem von ihm gebildeten Beispiel die Berechnung für Teilmonate nach § 191 BGB nicht richtig vornimmt, da er hinsichtlich der Frage ob ein Teilmonat vorliegt auf den Kalendermonat abstellt und nicht richtigerweise auf die §§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB. Zudem hat sich innerhalb dieser Berechnung auch noch ein Rechenfehler eingeschlichen.

¹¹⁵ So ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 53.

¹¹⁶ BAG v. 20.05.2020 – 7 AZR 72/19.

Die Anrechnung von Vorüberlassungszeiten berechnet sich u. E. daher im Einklang mit den fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit zusammenfassend wie folgt:¹¹⁷

Beispiel 1:

Der Arbeitsbeginn (= Fristbeginn) des Leiharbeitnehmers ist der 01.11.2024. Der Leiharbeitnehmer war allerdings zuvor bereits vom 01.05.2024 bis zum 15.08.2024 im Einsatzbetrieb als Leiharbeitnehmer tätig. Bis wann darf der Leiharbeitnehmer eingesetzt werden?

Der Leiharbeitnehmer darf bis einschließlich zum 15.01.2026 eingesetzt werden. Die Vorbeschäftigungszeit vom 01.05.2024 bis zum 15.08.2024 ist auf die Überlassungshöchstdauer der ab dem 01.11.2024 geplanten Überlassung anzurechnen, da zwischen den Einsätzen nicht mehr als drei Monate liegen. In einem ersten Schritt ist daher die Dauer dieser Vorbeschäftigungszeit zu ermitteln. Ausgehend vom ersten Überlassungstag, hier der 01.05.2024, sind zunächst gem. §§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB die vollen Monate des Einsatzes zu berechnen. Dies ergibt 3 volle Monate (01.05.2024 bis 31.07.2024). Die restlichen 15 Einsatztage sind gem. § 191 BGB mit 15/30 zu veranschlagen, da sie gem. §§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB keinen vollen Monat ergeben. Nach dieser Berechnung ergibt sich daher eine anzurechnende Voreinsatzzeit von vollen 3 Monaten und 15/30 Tagen. Um die Anzahl der Monate und Tage, die der Leiharbeitnehmer ab dem 01.11.2024 noch an den Entleiher überlassen werden darf, zu erhalten, sind sodann diese 3 Monate und 15/30 Tage von der Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten abzuziehen. Dies erfolgt abstrakt, d. h. 18 Monate minus 3 Monate und 15/30 Tage. Der anteilige Monat wird dabei fiktiv stets mit 30 Tagen angesetzt und hiervon werden sodann die bereits verbrauchten Einsatztage abgezogen (hier also 30/30 – 15/30). Dies ergibt eine verbleibende mögliche Einsatzzeit von 14 Monaten und 15/30 Tagen. Der Leiharbeitnehmer darf daher ab dem 01.11.2024 noch 14 Monate und 15 Tage beim Entleiher eingesetzt werden. Das Fristende berechnet sich dann wie folgt: Da die §§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB Anwendung finden, zählt der erste Tag der beabsichtigten neuen Überlassung, hier der 01.11.2024, mit. Das Ende der 14-monatigen Frist (= volle Monate) ist dann zunächst gem. § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB zu ermitteln. Dies wäre daher vorliegend der 31.12.2025. Dann sind die 15 Tage des noch verbleibenden Teilmonats zu zählen. Fristende ist somit der 15.01.2026.

Beispiel 2:

Der Arbeitsbeginn des Leiharbeitnehmers ist ebenfalls am 01.11.2024. Der Leiharbeitnehmer war allerdings zuvor bereits vom 12.11.2023 bis zum 24.04.2024 (Einsatz 1) und vom 20.07.2024 bis zum 15.08.2024 (Einsatz 2) im Einsatzbetrieb als Leiharbeitnehmer tätig.

Der Beschäftigte darf bis einschließlich 20.10.2025 beschäftigt werden. Einsatz 1 und Einsatz 2 sind beide auf die Überlassungshöchstdauer des beabsichtigten Einsatzes ab dem 01.11.2024 anzurechnen, da zwischen den Einsätzen nicht mehr als drei Monate liegen. Der Einsatz 1 betrug fünf Monate und 13 Tage (§§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB: 12.04. bis 24.04. = 13 Tage). Wegen § 191 BGB ist der anteilige Monat mit 13/30 zu rechnen. Der Einsatz 2 dauerte weniger als einen Monat, da ein Monat nach §§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB erst am 19.08.2024 abgelaufen wäre. Die 27 Einsatztage vom 20.07.2024 bis zum 15.08.2024 sind daher mit 27/30 Tagen zu rechnen. Die Vorüberlassungszeiten der Einsätze 1 und 2 sind sodann zu addieren (5 Monate + 13/30 + 27/30 = sechs Monate und 10/30). In einem nächsten Schritt sind die addierten Einsatzzeiten von der Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten abzuziehen. Der anteilige Monat wird dabei fiktiv stets mit 30 Tagen angesetzt und hiervon werden sodann die bereits verbrauchten Einsatztage abgezogen (hier also 30/30 – 10/30). Dies ergibt

¹¹⁷ Vgl. auch BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 29 ff.

eine verbleibende restliche Einsatzzeit von 11 Monaten und 20 Tagen.¹¹⁸ Das Fristende berechnet sich dann wie folgt: Da die §§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB Anwendung finden, zählt der erste Tag der beabsichtigten neuen Überlassung, hier der 01.11.2024, mit. Das Ende der 11-monatigen Frist (= volle Monate) ist dann zunächst gem. § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB zu ermitteln. Dies wäre daher vorliegend der 30.09.2025. Dann sind die 20 Tage des noch verbleibenden Teilmonats zu zählen. Fristende ist somit mit Ablauf des 20.10.2025.

Praxishinweis: Wer vor dem Hintergrund der dargestellten teils komplexen Rechtsauffassungen Risiken weitgehend ausschließen will, muss **auch für die vollen Einsatzmonate** § 191 BGB zur Anwendung bringen, wonach die insgesamt zulässige Überlassungshöchstdauer 540 Tage (18 Monate x 30 Tage) beträgt. Die Voreinsatzzeiten werden dabei taggenau ermittelt und von den 540 Tagen abgezogen. Die Differenz ergibt die Tage, die ein Leiharbeitnehmer noch eingesetzt werden darf. Die reine Anwendung des § 191 BGB führt mit seiner Berechnungsweise grundsätzlich zur **kürzesten** Einsatzzeit und kann daher angewendet werden, um Rechtsrisiken möglichst auszuschließen. Im Regelfall dürfte sich die Frist ohnehin nur um **wenige Tage** verkürzen.

Wer sich die oben dargestellten komplizierten Rechnungen weitgehend ersparen, aber dennoch nicht in das Rechtsrisiko eines fingierten Arbeitsverhältnisses laufen möchte, dem empfiehlt sich, **stets** eine kürzere Überlassungshöchstdauer von nur 17 Monaten zu unterstellen und entsprechende Einsätze früher als vom Gesetz vorgesehen vorsorglich zu beenden.

ff) Bestandsschutz

Gemäß der Übergangsregelung des § 19 Abs. 2 AÜG bleiben Einsatzzeiten vor dem 01.04.2017 bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer unberücksichtigt. Die Übergangsregelung sollte es Sozialpartnern, Verleihern und Entleihern sowie den betroffenen Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern ermöglichen, sich auf die geänderte Rechtslage einzustellen.¹¹⁹

An der Europarechtskonformität des § 19 Abs. 2 AÜG bestehen nach Auffassung des EuGH erhebliche Zweifel.¹²⁰ An diese Bewertung des EuGH anknüpfend, hat auch das BAG entschieden, dass die Übergangsvorschrift des § 19 Abs. 2 AÜG zwar gegen Unionsrecht verstößt, dies jedoch **auf der Rechtsfolgenseite nicht** zum Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeiter führt. Die Übergangsvorschrift des § 19 Abs. 2 AÜG ist nach der ausdrücklichen Rechtsprechung des BAG für die deutschen Gerichte weiterhin verbindlich und somit auch in einem Rechtsstreit zu berücksichtigen.¹²¹

Praxishinweis: Im Ergebnis ist damit jedenfalls für die Praxis geklärt, dass Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer nicht mit zu berücksichtigen bzw. nicht anzurechnen sind.¹²² Die Fälle, in denen es auf Überlassungszeiten vor dem 01.04.2017 ankommt, dürften aufgrund des Zeitablaufs aktuell ohnehin keine gesteigerte Bedeutung mehr haben.

¹¹⁸ So die Berechnung der BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 29 f., Beispiele 4 und 5, wobei sich u. E. beim Beispiel 5 der Weisungen bei den Datumsangaben zum „Einsatz 1“ ein Fehler eingeschlichen hat und es dort „12. November 2023 bis zum 24. April 2024“ heißen müsste, denn ansonsten wäre die dreimonatige Karenzzeit erfüllt, da zwischen Einsatz 1 und Einsatz 2 mehr als 3 Monate und ein Tag lägen.

¹¹⁹ Vgl. hierzu auch LAG Berlin- Brandenburg v. 18.06.2024 – 8 Sa 20/24.

¹²⁰ EuGH v. 17.03.2022 – C-232/20.

¹²¹ BAG v. 24.05.2022 – 4 AZR 337/21; Bissels/Singraven, DB 2023, 327.

¹²² Vgl. auch BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 27.

b) Abweichende Regelungen vom Tarifvertrag

aa) Tarifgebundene Unternehmen

Nach § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG können zunächst die **Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche** eine abweichende Überlassungshöchstdauer für tarifgebundene Unternehmen festlegen. Auch wenn die Verlängerungsmöglichkeit der Überlassungshöchstdauer dem Gesetzeswortlaut nach nicht begrenzt wird, ist § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG im Lichte der unionsrechtlichen Leiharbeitsrichtlinie einschränkend auszulegen.¹²³ Folglich sind die nationalen Gerichte verpflichtet, Missbrauchskontrollen durchzuführen, damit die Leiharbeit bei demselben Unternehmen nicht zu einer Dauersituation für einen Leiharbeitnehmer wird.¹²⁴

Praxishinweis: In der M+E-Branche haben die Tarifvertragsparteien der Metall- und Elektro-Industrie bereits im Jahr 2012 mit dem sog. **Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeit (TV LeiZ)** die Rahmenbedingungen zum Einsatz von Leiharbeit in den M+E-Betrieben geregelt. Dieser Tarifvertrag wurde im Nachgang an die Reform des AÜG im Jahr 2017 an die gesetzlichen Neuregelungen angepasst. Arbeitgeber und Betriebsräte können den Einsatz von Zeitarbeit passend zu den Anforderungen für den Betrieb gestalten und insbesondere eine Überlassungsdauer von bis zu 48 Monaten vereinbaren. Mit einem sog. Sachgrund sind auch längere Überlassungen möglich. Ohne eine entsprechende Betriebsvereinbarung muss dem Zeitarbeitnehmer weiterhin nach 24 Monaten eine Festanstellung angeboten werden. Den Betrieben, die bereits vor dem 01.04.2017 (= Inkrafttreten der AÜG Reform 2017) eine Betriebsvereinbarung zur Zeitarbeit abgeschlossen hatten, wird die Fortführung ihrer bestehenden Regelungen ermöglicht.

Die im aktuell geltenden TV LeiZ für die M+E-Branche festgelegte Überlassungshöchstdauer von 48 Monaten (ohne Sachgrund) wurde mittlerweile auch im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH durch das BAG als **wirksam** bewertet, so dass insoweit Rechtssicherheit für die M+E-Branche herrscht.¹²⁵

Die unmittelbare Geltung eines Tarifvertrages nach § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG, durch den die gesetzlich festgelegte Überlassungshöchstdauer abweichend geregelt wird (z. B. TV LeiZ), erfordert (allein) die **Tarifgebundenheit des Entleihers**. Eine bloße arbeitsvertragliche Bezugnahme ist nicht ausreichend.¹²⁶ Für den Verleiher und den überlassenen Leiharbeitnehmer gilt die tarifliche Regelung unabhängig von deren Tarifgebundenheit.¹²⁷

Tarifvertragspartei der Einsatzbranche i. S. d. § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG kann neben den Arbeitgeberverbänden auch der Arbeitgeber im Rahmen eines von der Überlassungshöchstdauer abweichenden **Haustarifvertrages** sein.¹²⁸

Praxishinweis: Wird eine haustarifliche Lösung erwogen, sollte der Verband zur Unterstützung hinzugezogen werden.

bb) Nicht tarifgebundene Unternehmen

Nicht tarifgebundene Unternehmen können bereits bestehende abweichende tarifvertragliche Regelungen durch Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat **übernehmen**.

¹²³ EuGH v. 14.10.2020 – C-681/18.

¹²⁴ EuGH v. 14.10.2020 – C-681/18.

¹²⁵ BAG v. 14.09.2022 – 4 AZR 26/21; zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit vgl. auch LAG Rheinland-Pfalz v. 10.03.2023 – 2 Sa 126/22.

¹²⁶ ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 55.

¹²⁷ BAG v. 14.09.2022 – 4 AZR 26/21; BAG v. 05.04.2023 – 7 AZR 239/22.

¹²⁸ So ausdrücklich BAG v. 05.04.2023 – 7 AZR 239/22; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 111; Talkenberg, NZA 2017, 473, 477.

Erforderlich ist hierfür, dass der Entleiher dem fachlichen, räumlichen und zeitlichen **Geltungsbereich** des entsprechenden Tarifvertrags angehört (z. B. TV Leiz). Zudem muss die einschlägige tarifvertragliche Regelung von den Betriebsparteien **insgesamt und 1:1** übernommen werden, d. h. einschließlich etwaiger im Regelungszusammenhang mit der Überlassungshöchstdauer stehender Regelungen.¹²⁹

c) Abweichungen durch Betriebsvereinbarung

aa) Tarifgebundene Unternehmen

Die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche können in ihrem Tarifvertrag vorsehen, dass die Betriebsparteien selbst durch eine entsprechende Betriebsvereinbarung eine von der gesetzlich Überlassungshöchstdauer abweichende Regelung festlegen (§ 1 Abs. 1b Satz 5 AÜG). Voraussetzung hierfür ist, dass der Tarifvertrag eine Öffnungsklausel enthält, die entsprechende abweichende Regelungen in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung zulässt. Durch die auf Grund eines Tarifvertrages getroffene Betriebsvereinbarung muss eine zeitlich bestimmte Überlassungshöchstdauer sichergestellt sein, um den vorübergehenden Charakter der Arbeitnehmerüberlassung zu gewährleisten.¹³⁰

Durch eine abweichende Betriebsvereinbarung nach § 1 Abs. 1b Satz 5 AÜG wird die Überlassungshöchstdauer nicht nur für die Entleiherin als Betriebspartei abgeändert, sondern zugleich für die überlassenen Leiharbeitnehmer und den Verleiher.¹³¹

bb) Nicht tarifgebundene Unternehmen

Auch nicht tarifgebundene Entleiher können bei entsprechender Öffnung in einem räumlich und fachlich einschlägigen Tarifvertrag abweichende Betriebsvereinbarungen zur Überlassungshöchstdauer schließen, sofern sie vom Geltungsbereich des Tarifvertrags erfasst sind. Die Möglichkeit ist jedoch nach § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG auf **maximal 24 Monate** Überlassungshöchstdauer begrenzt, sofern der Tarifvertrag keine abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen festlegt.

4. Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer (Verbot des Kettenverleihs)

Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG ist die Überlassung und das Tätigwerdenlassen von Leiharbeitnehmern nur zulässig, soweit **direkt** zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht. Damit soll sichergestellt werden, dass Leiharbeitnehmer nur vom vertraglichen Arbeitgeber verliehen werden und ein Ketten-, Zwischen- oder Weiterverleih untersagt bleibt.¹³²

Soweit beim (Weiter-)Verleih durch eine andere Person keine Verleiherlaubnis vorliegt, die Überlassungshöchstdauer überschritten wird oder die Arbeitnehmerüberlassung verdeckt erfolgt, greifen die Schutzbestimmungen des AÜG.¹³³ Auch auf Ketten-, Zwischen- oder Weiterverleih finden gemäß § 10a AÜG damit die Vorschriften der §§ 9, 10 AÜG Anwendung.¹³⁴ Ein Verstoß führt besonders wegen der Verletzung der Bezeichnungs- und Konkretisierungspflicht zwischen Vertragsarbeitgeber des Leiharbeitnehmers und dem Entleiher ebenfalls zur

¹²⁹ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 121; BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 31.

¹³⁰ So die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drs. 18/9232, S. 21.

¹³¹ BAG v. 14.09.2022 – 4 AZR 26/21.

¹³² Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 19.

¹³³ Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 27.

¹³⁴ Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 26.

Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher (zu weiteren Einzelheiten zu den Rechtsfolgen vgl. sogleich unter II.).

Praxishinweis: Diese gesetzliche Regelung bedeutet in der Praxis, dass sog. master-vendor-Systeme im Detail geprüft müssen. In einem solchen System übernimmt ein Verleiher als Master die Steuerung mehrerer Verleiher für den Entleiher. Der Master koordiniert die individuellen Kundenwünsche und übernimmt die gesamte Kommunikation mit den verschiedenen Verleihern. Mit jedem einzelnen Personaldienstleister, dessen Arbeitnehmer verliehen werden soll, muss **vor dem Einsatz** ein formwirksamer Vertrag (mindestens Textform) mit der Bezeichnung Arbeitnehmerüberlassung geschlossen sein und der Leiharbeitnehmer muss mit diesem konkreten Personaldienstleister gemeinsam vorher konkretisiert werden (vgl. hierzu bereits unter I. 2. b)). Ferner sollte durch Vorlage der Originalurkunde oder Aushängung einer beglaubigten Kopie sichergestellt sein, dass der Personaldienstleister über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügt (siehe unter I. 1. a)).

5. Gleichstellungsgrundsatz (Equal Pay und Equal Treatment)

Im § 8 AÜG wird der sog. Gleichstellungsgrundsatz geregelt.

Praxishinweis: Der Gleichstellungsgrundsatz gilt nur zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher. Der Leiharbeitnehmer hat grundsätzlich keinen Entgeltanspruch gegenüber dem Entleiher. Der Überlassungsvertrag sollte dennoch auch im Hinblick auf das Equal Pay auf etwaige Haftungsrisiken für den Entleiher gegenüber dem Verleiher geprüft werden.

a) Gesetzliche Vorgaben

Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist der Verleiher verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung die im Einsatzbetrieb für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren (**Gleichstellungsgrundsatz**). Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer müssen denjenigen entsprechen, die gelten würden, wenn sie vom entleihenden Unternehmen unmittelbar eingestellt worden wären (vgl. auch Art. 5 Abs. 1 der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG). Der Gleichstellungsgrundsatz ist gleichbedeutend mit Equal Treatment. Wesentliche Arbeitsbedingungen umfassen dabei als Schnittmenge auch das Arbeitsentgelt (Equal Pay).

Dabei schützt der Gleichstellungsgrundsatz des § 8 Abs. 1 AÜG Leiharbeitnehmer vor einer Schlechterstellung gegenüber einem vergleichbaren Stammarbeitnehmer. Er schützt jedoch nicht die Stammarbeitnehmer. Ein Anspruch auf Gewährung des Entgelts der besser vergüteten Leiharbeitnehmer ergibt sich daraus nicht.¹³⁵

Praxishinweis: Das AÜG ermöglicht beim Gleichbehandlungsgrundsatz auch weiterhin nach § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG eine unbefristete Möglichkeit, durch Tarifvertrag abzuweichen (siehe sogleich unter b)). „Nur“ hinsichtlich des Arbeitsentgelts hat der Gesetzgeber grundsätzlich die Grenze von neun Monaten – mit weiteren Ausnahmen – gezogen (§ 8 Abs. 4 Satz 1 AÜG). Das bedeutet, dass ein tarifynwendender Verleiher beispielsweise hinsichtlich der Arbeitszeit oder der Regelungen zum Urlaub weiterhin auf die manteltariflichen Regelungen der Zeitarbeitsbranche zurückgreifen kann.

aa) Wesentliche Arbeitsbedingungen

Was unter dem Begriff der „wesentlichen Arbeitsbedingungen“ zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht näher definiert.

¹³⁵ Vgl. LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 09.01.2024 – 5 Sa 37/23.

Arbeitsbedingungen sind grundsätzlich alle nach dem allgemeinen Arbeitsrecht geltenden Bedingungen, die sich aus Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag ergeben und den Leistungsaustausch im Arbeitsverhältnis gestalten.¹³⁶

Ob eine Arbeitsbedingung wesentlich ist, bestimmt sich nach Art. 3 Abs. 1 lit. f und dessen Erweiterung in Art. 5 Abs. 1 Unterabs. 2 der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG.¹³⁷ Wesentlich sind danach die durch Gesetz, Verordnung, Verwaltungsvorschrift, TV und/oder sonstige verbindliche Bestimmungen, die sich auf folgende Bedingungen beziehen:

- Arbeitsentgelt (dazu sogleich unter (1)),
- Dauer der Arbeitszeit,
- Überstunden, Pausen und Ruhezeiten,
- Nachtarbeit,
- Urlaub und arbeitsfreie Tage,
- den Schutz Schwangerer, Kinder und Jugendlicher sowie
- den Schutz vor Diskriminierung im Hinblick auf die Gleichbehandlung von Männern und Frauen und sämtliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, der Rasse oder der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung.

Als unwesentlich sind dagegen alle sonstigen Arbeitsbedingungen anzusehen. Dies betrifft insbesondere Ausschlussfristen¹³⁸ sowie Regelungen zu Kündigungsfristen oder zum Kündigungsschutz.¹³⁹

(1) Equal Pay als Teil der wesentlichen Arbeitsbedingungen

Der Gleichstellungsgrundsatz verpflichtet den Verleiher, dem Leiharbeitnehmer das gleiche Arbeitsentgelt zu zahlen, das der Entleiher vergleichbaren Stammarbeitnehmern gewährt (**Equal Pay**).¹⁴⁰ Kommt der Equal Pay Grundsatz zur Anwendung, ist ein Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum anzustellen.¹⁴¹ Darlegungs- und beweispflichtig für die Höhe des Anspruchs ist nach allgemeinen Grundsätzen der Leiharbeitnehmer (zum Auskunftsanspruch gegen den Entleiher vgl. unten unter E. III. 1.).¹⁴² Der Begriff des Arbeitsentgelts ist weder in der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG noch im Gesetz definiert.¹⁴³ Das Arbeitsentgelt i. S. d. § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG wird aber grundsätzlich weit verstanden.¹⁴⁴ Nach der Gesetzesbegründung und der Rechtsprechung des BAG umfasst das Arbeitsentgelt im Sinne des Gesetzes dasjenige, was der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden wäre.¹⁴⁵ Zum Arbeitsentgelt zählt damit zunächst das laufende Arbeitsentgelt. Erhalten die Stammarbeitnehmer ein Monatsentgelt,

¹³⁶ NK-ArbR/Ulrici, 2. Aufl., § 8 AÜG Rn. 5.

¹³⁷ BAG v. 23.03.2011 – 5 AZR 7/10.

¹³⁸ BAG v. 23.03.2011 – 5 AZR 7/10.

¹³⁹ BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 13.

¹⁴⁰ Vgl. zum Ganzen auch den Überblick Bissels/Falter, ArbRAktuell 2018, 327 und ArbRAktuell 2019, 547.

¹⁴¹ BAG v. 23.03.2011 – 5 AZR 7/10; BAG v. 13.03.2013 – 5 AZR 294/12; BAG v. 16.12.2020 – 5 AZR 131/19; BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 82.

¹⁴² Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BAG v. 16.12.2020 – 5 AZR 131/19.

¹⁴³ Schüren/Hamann/Schüren, 6. Aufl., AÜG § 8 Rn. 27; EuGH v. 22.02.2024 – C-649/22; vgl. auch ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 8 AÜG Rn. 4.

¹⁴⁴ BAG v. 23.03.2011 – 5 AZR 7/10, EuGH v. 22.02.2024 – C-649/22; vgl. auch ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 8 AÜG Rn. 4.

¹⁴⁵ Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BAG v. 16.10.2019 – 4 AZR 66/18, Rn. 42; Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 23; vgl. auch BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 81.

ist dieses nach der Rechtsprechung des BAG zugrunde zu legen. Ein „Herunterrechnen“ auf einen – fiktiven – Stundenlohn scheide aus, da der gesetzliche Equal Pay-Anspruch dadurch nicht zutreffend abgebildet würde.¹⁴⁶ Zum Arbeitsentgelt zählt neben dem laufenden Arbeitsentgelt auch jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird beziehungsweise aufgrund gesetzlicher Entgeltfortzahlungstatbestände gewährt werden muss.¹⁴⁷ Deshalb sind sämtliche auf den Lohnabrechnungen ausgewiesenen Bruttovergütungsbestandteile in den Gesamtvergleich einzubeziehen.¹⁴⁸ Dazu zählen insbesondere:

- Urlaubsvergütung,¹⁴⁹
- Entgeltfortzahlung,¹⁵⁰
- Sonderzahlungen,¹⁵¹
- Zulagen und Zuschläge,¹⁵²
- vermögenswirksame Leistungen¹⁵³
- sowie Sozialleistungen des Entleihers¹⁵⁴

Werden im Entleiherbetrieb **Sachbezüge** gewährt, so können sie nach der ausdrücklichen Formulierung in § 8 Abs. 1 Satz 3 durch einen Wertausgleich gewährt werden.

Beispiele:¹⁵⁵

Firmenwagen, Personalkauf- oder Aktienoptionen

Praxishinweis: Bei der Umrechnung der Sachleistungen ist grundsätzlich der wirtschaftliche Wert der Sachleistung zu bestimmen, vgl. § 8 Abs. 1 S. 3 AÜG.¹⁵⁶

Sofern Geld- oder Sachleistungen an bestimmte Voraussetzungen, z. B. an eine bestimmte **Betriebszugehörigkeitsdauer** oder einen **Stichtag** geknüpft sind, muss der Leiharbeitnehmer diese genauso wie die Stammbesellschaft des Entleihers erfüllen, damit ein Anspruch auf sie besteht.¹⁵⁷ Dies gilt auch für leistungsbezogene Entgeltbestandteile und deren Höhe.¹⁵⁸ Denn neben der konkreten Tätigkeit sind weitere Merkmale wie z. B. die formale Qualifikation, die Kompetenz oder die Berufserfahrung des Leiharbeitnehmers dann von Bedeutung, wenn der Entleiher diese auch bei der Ermittlung und Bemessung der Vergütung

¹⁴⁶ BAG v. 16.10.2019 – 4 AZR 66/18.

¹⁴⁷ Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BAG v. 16.10.2019 – 4 AZR 66/18.

¹⁴⁸ BAG v. 24.09.2014 – 5 AZR 254/13.

¹⁴⁹ BAG v. 13.03.2013 – 5 AZR 294/12, Rn. 27; a. A. Bissels/Falter, ArbRAktuell 2018, 327, 329, wonach das Urlaubsentgelt nicht vom Equal Pay, sondern nur vom Equal Treatment-Grundsatz erfasst sein soll.

¹⁵⁰ Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BAG v. 16.10.2019 – 4 AZR 66/18; Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 23; a. A. BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 18, wonach Krankheitszeiten keine Überlassungszeiten i. S. d. § 8 Abs. 1 AÜG sein sollen.

¹⁵¹ Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BAG v. 13.03.2013 – 5 AZR 294/12, Rn. 27; Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 23.

¹⁵² Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BAG v. 19.02.2014 – 5 AZR 1047/12; Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 23.

¹⁵³ Ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BAG v. 19.02.2014 – 5 AZR 1047/12; Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 23.

¹⁵⁴ BAG v. 13.03.2013 – 5 AZR 294/12; BAG v. 21.09.1989 – 1 AZR 454/88.

¹⁵⁵ Lembke, BB 2003, 89.

¹⁵⁶ BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 41.

¹⁵⁷ BAG v. 19.02.2014 – 5 AZR 1047/12; BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 17 und 18; Bissels/Falter, ArbRAktuell 2019, 547.

¹⁵⁸ BAG v. 23.03.2011 – 5 AZR 7/10; BAG v. 23.11.2016 – 5 AZR 53/16.

von Stammarbeitnehmern als vergütungsrelevant berücksichtigen würde.¹⁵⁹ Hingegen sollen Sonderleistungen, die ausschließlich die **Betriebstreue** honorieren bereits kein Teil des zu beachtenden Equal Pay sein.¹⁶⁰

Unklar und bislang nicht höchstrichterlich geklärt ist, ob die **betriebliche Altersversorgung** ebenfalls vom Equal Pay Grundsatz erfasst wird. Wegen des Doppelcharakters als Entgelt- und Versorgungsleistung lässt sich dies nicht eindeutig bestimmen.¹⁶¹

Praxishinweis: Auch bei Annahme des Entgeltcharakters einer betrieblichen Altersversorgung hätten Leiharbeitnehmer gegenüber dem **Verleiher** rechtlich jedoch nur einen Verschaffungsanspruch. Der Verleiher müsste die zum Erwerb einer Versorgungsanwartschaft notwendigen Beiträge im Betrieb des Entleiherers entrichten.¹⁶² In den meisten praktischen Anwendungsfällen wird es hierzu aber nicht kommen, denn Anwartschaften in der betrieblichen Altersversorgung werden erst nach einer Beschäftigungsdauer von drei Jahren unverfallbar (§ 1b BetrAVG).¹⁶³ Aufgrund der regelmäßig kürzeren Einsatzzeit beim Entleiher erwerben die Leiharbeitnehmer daher in der Regel keine Ansprüche.

(2) Vermutungsregelung

Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 AÜG wird (widerleglich) **vermutet**, dass der Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts gleichgestellt ist, wenn er das **tarifvertragliche Arbeitsentgelt** eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Einsatzbetrieb erhält. Auf eine unmittelbare Tarifgeltung oder Tarifierhebung im Einsatzbetrieb kommt es allerdings nicht an. Ist im Einsatzbetrieb mangels Tarifbindung ein tarifvertragliches Arbeitsentgelt nicht geschuldet, greift die Vermutungsregelung auch dann, wenn der Leiharbeitnehmer das tarifvertragliche Arbeitsentgelt gezahlt wird, das – insoweit hypothetisch – für vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbranche gilt (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 AÜG).¹⁶⁴

Praxishinweis: Die **praktische Relevanz** der Vermutungswirkung wird überwiegend bezweifelt. Sie soll nur dann Geltung beanspruchen, wenn für das konkrete Leiharbeitsverhältnis gar kein Tarifvertrag greift oder es an einem einschlägigen Branchenzuschlagstarifvertrag fehlt und infolgedessen nach neun Monaten der gesetzliche Anspruch auf Equal Pay greift.¹⁶⁵ Beides ist in den M+E-Betrieben grundsätzlich nicht der Fall, da hier die eingesetzten Verleiher im Regelfall an die Basistarifwerke der DGB-Tarifgemeinschaft gebunden sind und zudem der Tarifvertrag über Branchenzuschläge in der M+E-Industrie greift (vgl. sogleich unter b)). Von einem Einsatz von nicht tarifgebundenen Verleihern ist grundsätzlich abzuraten.

Die Vermutung ist zudem **widerleglich**, so dass der Beweis des Gegenteils durch den Leiharbeitnehmer möglich ist (vgl. § 292 ZPO), etwa durch das Darlegen (und im Bestreitensfall den Nachweis), dass die Vergütung eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers im Einsatzbetrieb höher ist als nach dem dort einschlägigen oder in Bezug genommenen Tarifvertrag.¹⁶⁶

¹⁵⁹ BAG v. 21.10.2015 – 5 AZR 604/14.

¹⁶⁰ BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 18; Bissels/Falter, ArbRAktuell 2019, 547, 548.

¹⁶¹ Gegen eine Berücksichtigung beim Equal Pay Schüren/Hamann/Schüren, 6. Aufl., § 8 AÜG Rn. 52; für eine Berücksichtigung hingegen: Giese/Orth, BB 2017, 693, 696; differenzierend Greine, RdA 2017, 153, 155.

¹⁶² BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 17; Bauer/Krets, NJW 2003, 537.

¹⁶³ Bauer/Krets, NJW 2003, 537; zur fehlenden praktischen Relevanz auch ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 8 AÜG Rn. 4 sowie BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 17.

¹⁶⁴ BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 35; Schüren/Hamann/Schüren, 6. Aufl., § 8 AÜG Rn. 76; BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 83.

¹⁶⁵ Schüren/Hamann/Schüren, 6. Aufl., § 8 AÜG Rn. 73.

¹⁶⁶ Vgl. BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 37.

Unklar ist, wie sich die Zahlung von **übertariflichen bzw. außertariflichen** Leistungen auf die Vermutungsregelung auswirkt. Fraglich ist hierbei, ob die Anwendung der Vermutungsregelung in dieser Konstellation vollständig ausgeschlossen bzw. sofort widerlegt ist, wenn der Leiharbeitnehmer die Zahlung von übertariflichen Leistungen an vergleichbare Stammarbeitnehmer nachweist.¹⁶⁷ Häufig honoriert der Arbeitgeber mit übertariflichen Zahlungen eine individuelle Leistung. Diese Honorierung müsste deshalb bei dem zu bildenden Vergleichsmaßstab außer Betracht bleiben, zumal es sich hierbei um nicht geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelte handelt. Der Wortlaut der Vermutungsregelung gibt zu dieser Frage jedoch keine Antwort.

Praxishinweis: Da es sich um eine widerlegliche Vermutung handelt und bezüglich der Anwendung der Norm derzeit **Rechtsunsicherheit** besteht, kann die Vermutungsregelung bei der Zahlung von außer- oder übertariflichen Leistungen für vergleichbare Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb nicht ohne weiteres zuverlässig angewendet werden bzw. sie gilt in diesen Fällen nach der oben dargelegten Auffassung als widerlegt.

bb) Vergleichbare Arbeitnehmer

§ 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG stellt auf die für einen **vergleichbaren Arbeitnehmer** des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts ab. Bei der Frage der Vergleichbarkeit kann auf die Ausführungen der Bundesagentur für Arbeit in Ziff. 8.1. Abs. 5 ihrer Fachlichen Weisung zum AÜG zurückgegriffen werden:¹⁶⁸

„Vergleichbarer Arbeitnehmer ist der mit gleicher Tätigkeit oder ähnlicher Tätigkeit beim Entleiher beschäftigte oder - falls es einen solchen tatsächlich nicht gibt - fiktiv zu beschäftigende Stammarbeitnehmer. Der Gesetzgeber geht vom Begriff der Tätigkeiten "vergleichbarer Arbeitnehmer" aus. Dabei kommt es insbesondere auf die Vergleichbarkeit der vom Arbeitnehmer auszuführenden Tätigkeiten an. Eine in der Person (oder einzelner Personen) liegende Unter- oder Überqualifizierung ist kein Maßstab. Erfordert die Tätigkeit z. B. eine Ausbildung, kann die Vergleichbarkeit am Ausbildungsniveau gemessen werden. Sind z. B. aufgrund von Outsourcing keine vergleichbaren Arbeitnehmer (mehr) vorhanden, sind die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die vergleichbaren (fiktiven) Arbeitnehmern gewährt würden. Beim Vorliegen eines Tarifvertrages im Entleihbetrieb ist die den Tätigkeitsmerkmalen entsprechende Lohnstufe des Tarifvertrages maßgebend. Ohne Tarifbindung ist eine Einzelfallbetrachtung der wesentlichen Arbeitsbedingungen des Entleihbetriebes vorzunehmen. Die gesetzliche Regelung bestimmt, dass dem Leiharbeitnehmer die Arbeitsbedingungen zustehen, die ihm bei einer direkten Einstellung beim Entleihbetrieb gewährt würden; Wartezeiten sind einzuhalten.“

Maßgeblich ist dabei die Tätigkeit, die der Entleiher dem Leiharbeitnehmer ausdrücklich oder konkludent durch Billigung oder Duldung **tatsächlich** zugewiesen hat.¹⁶⁹ Weitere Merkmale, wie z. B. die formale Qualifikation, die Kompetenz oder die Berufserfahrung des Leiharbeitnehmers, sind nur dann von Bedeutung, wenn der Entleiher diese auch bei der Ermittlung und Bemessung der Vergütung von Stammarbeitnehmern als vergütungsrelevant berücksichtigen würde.¹⁷⁰

Wird dem Leiharbeitnehmer von vornherein oder aber im Laufe des Einsatzes eine **höherwertigere** Tätigkeit zugewiesen als die im Überlassungsvertrag vereinbarte, ist diese

¹⁶⁷ So BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 34; dagegen zutreffend Greiner RdA 2017, 153, 156 und wohl auch ErfK/Roloff, 25. Auf., § 8 AÜG Rn. 6.

¹⁶⁸ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 82.

¹⁶⁹ BAG v. 23.11.2016 – 5 AZR 53/16.

¹⁷⁰ BAG v. 21.10.2015 – 5 AZR 604/14; BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 81.

Tätigkeit für den Vergleich zugrunde zu legen.¹⁷¹ Es sind dann die wesentlichen Arbeitsbedingungen zu gewähren, die der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er beim Entleiher für die gleiche bzw. vergleichbare Tätigkeit eingestellt worden wäre.

Für den Fall, dass es im Betrieb des Entleihers **keinen vergleichbaren** Arbeitnehmer gibt, sind die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die vergleichbaren Arbeitnehmern im Entleihetrieb gewährt werden würden (fiktive Eingruppierung).¹⁷² Demnach ist zu ermitteln, welche Arbeitsbedingungen der Entleiher einem fiktiven eigenen Arbeitnehmer zahlen würde, wenn er die Tätigkeit, die nun der Leiharbeitnehmer ausführen soll, mit eigenen Arbeitnehmern ausführen würde.

Bei **mehreren** gleichen bzw. vergleichbaren Arbeitnehmern mit unterschiedlichen Arbeitsbedingungen soll nach überwiegender Auffassung auf die Arbeitsbedingungen des zuletzt Eingestellten abzustellen sein. Wurden mehrere vergleichbare Arbeitnehmer zeitgleich eingestellt, soll die niedrigste Vergütung für den Vergleich maßgeblich sein.¹⁷³

b) Abweichungsmöglichkeiten vom Gleichstellungsgrundsatz

aa) Tariföffnungsklausel – Grundlagen

Vom Gleichstellungsgrundsatz (**Equal Treatment**) kann **zeitlich unbegrenzt** unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 2 AÜG durch Tarifvertrag abgewichen werden (sog. unkonditionierte Tariföffnungsklausel).

Der EuGH hat die aktuelle deutsche Rechtslage mittlerweile im Grundsatz **bestätigt** und damit die tariflichen Abweichungsmöglichkeiten auch unionsrechtlich abgesichert. Allerdings müssen gem. Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG (Leiharbeitsrichtlinie) Tarifverträge, die vom Gleichstellungsgrundsatz abweichen, den **Gesamtsschutz** der Leiharbeitnehmer wahren, was durch die nationalen Gerichte überprüfbar ist.¹⁷⁴ Für einen solchen Gesamtschutz ist nach Auffassung des BAG ausreichend, wenn der entsprechende Tarifvertrag eine Fortzahlung des Entgelts auch in verleihtfreien Zeiten vorsieht.¹⁷⁵ Ein ausreichender Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern werde – so das BAG – das durch das deutsche Recht zudem sichergestellt durch die hohen Anforderungen an die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmervereinigung, die Untergrenzen einer tariflichen Vergütung der Leiharbeitnehmer, durch Mindeststundenentgelte (vgl. § 3a Abs. 2 AÜG) bzw. den gesetzlichen Mindestlohn (vgl. § 1 Abs. 2 MiLoG) sowie die zeitliche Begrenzung einer Abweichung vom Grundsatz des gleichen Arbeitsentgelts (dazu sogleich).

Eine ebenfalls durch Tarifvertrag mögliche Abweichung vom gleichen Arbeitsentgelt (**Equal Pay**) als wesentlichen Teil des Gleichstellungsgrundsatzes hat der Gesetzgeber gesondert in § 8 Abs. 4 AÜG in zwei Stufen ausgestaltet:

- Für die ersten **neun Monate** der Überlassung: Tariföffnungsklausel für einen Entgelttarifvertrag der Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche ohne weitere Konditionen (gilt für die bestehenden Entgelttarifverträge der Zeitarbeitsbranche).

¹⁷¹ Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 23.

¹⁷² BAG v. 19.02.2014 – 5 AZR 1047/12; BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 82.

¹⁷³ Zum Ganzen BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 29, 30.

¹⁷⁴ EuGH v. 15.12.2022 – C-311/21; hierzu auch BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 93 f..

¹⁷⁵ BAG v. 31.05.2023 – 5 AZR 143/19 zum Tarifvertrag des Interessenverbands Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ) mit der Gewerkschaft ver.di; zuvor bereits zu dem zwischen dem Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V (BAP) und den Mitgliedsgewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB) abgeschlossenen Tarifwerk LAG Nürnberg v. 20.02.2019 – 2 Sa 402/18.

- **Zeitlich unbegrenzt:** Tariföffnungsklausel für die Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche mit zwei zusätzlichen Voraussetzungen:
 - Festlegung eines gleichwertigen (Tarif-)Entgelts nach spätestens 15 Monaten durch die Tarifvertragsparteien sowie
 - stufenweise Heranführung an das gleichwertige Tarifentgelt der Einsatzbranche (sog. Branchenzuschläge) nach spätestens sechs Wochen Einsatzzeit.

Die Bundesagentur für Arbeit differenziert in ihren Fachlichen Weisungen zum AÜG hinsichtlich der Art und des Umfangs abweichender Tarifverträge prinzipiell wie folgt:

- Trifft ein Tarifvertrag **im Wesentlichen** Regelungen zu allen Arbeitsbedingungen und bleiben nur kleine Teile (z. B. Reisekosten, Verpflegungsmehraufwand) unerwähnt, ist der Gleichstellungsgrundsatz suspendiert. Hinsichtlich der unregelmäßigen Arbeitsbedingungen gelten dann nicht diejenigen des Entleihers, sondern die allgemeinen vertraglich begründeten oder gesetzlichen Ansprüche gegen den Verleiher.¹⁷⁶
- Lässt dagegen ein Tarifvertrag **wichtige Teile der wesentlichen Arbeitsbedingungen** unerwähnt (z. B. Entgelt, Urlaub), suspendiert er nur bezüglich der tariflich geregelten Arbeitsbedingungen vom Gleichstellungsgrundsatz. Hinsichtlich der unregelmäßigen Arbeitsbedingungen ist dagegen der Gleichstellungsgrundsatz zu beachten. Nach dieser Auffassung verdrängt z. B. ein reiner Entgelttarifvertrag den Gleichstellungsgrundsatz nur bezüglich des Arbeitsentgelts, nicht dagegen für die sonstigen wesentlichen Arbeitsbedingungen.¹⁷⁷

bb) Aktuelle tarifliche Regelungen

(1) Basistarifwerke mit der DGB-Tarifgemeinschaft

Der Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister (BAP) sowie der Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ) hat mit der DGB-Tarifgemeinschaft folgende Tarifverträge für die Zeitarbeit vereinbart:¹⁷⁸

- Manteltarifvertrag,
- Entgelttrahmentarifvertrag,
- Entgelttarifvertrag,
- Tarifvertrag zur Beschäftigungssicherung (nur mit dem iGZ vereinbart).

Der BAP ist zum 01.12.2023 zusammen mit dem iGZ auf den Gesamtverband der Personaldienstleister e. V. (GVP) verschmolzen worden. Die zwischen dem iGZ und dem BAP mit der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit jeweils abgeschlossenen Tarifverträge gelten allerdings auch unter dem Dach des GVP zunächst unverändert und unter ihrer bisherigen Bezeichnung als selbständige Tarifwerke weiter fort, so dass es bei der bisherigen Handhabung und Zitierung bleibt. Der iGZ und der BAP sind dabei jeweils tariffähig und tarifzuständig für die Zeitarbeitsbranche.¹⁷⁹ Sie können daher mit der DGB-Tarifgemeinschaft Tarifverträge für die Zeitarbeitsbranche mit den folgenden Rechtsfolgen vereinbaren:

¹⁷⁶ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 92 (Ziff. 12); BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 59.

¹⁷⁷ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 92 (Ziff. 11); BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 59.

¹⁷⁸ Die Texte der Tarifverträge können unter dem folgenden Link eingesehen werden: <https://personaldienstleister.de/personaldienstleistungen/zeitarbeit/tarif/basistarifwerk/>

¹⁷⁹ BAG v. 16.12.2020 – 5 AZR 143/19 (A); BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 69a.

- Durch den **Manteltarifvertrag** werden umfassende tarifliche Abweichungen vom gesetzlichen **Equal Treatment-Grundsatz** vereinbart (insbesondere bei Urlaub und Arbeitszeit). Die Tarifpartner der Zeitarbeit haben in den genannten Flächentarifverträgen Leistungen für Einsatzzeiten und Zeiten des Nichtverleihs in einem **Gesamtkonzept** geregelt. Sofern der Tarifvertrag beim Verleiher Anwendung findet, ist für eine Anwendung des gesetzlichen Gleichstellungsgrundsatzes kein Raum mehr.¹⁸⁰ Der Verleiher hat dem Leiharbeiter die ausschließlich nach dem Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren (vgl. § 8 Abs. 2 Satz 2 AÜG). Es wird – so die Bundesagentur für Arbeit – ein "Schlussstrich" unter die (gesetzliche) Gleichstellung gezogen. Andernfalls gäbe es für den Verleiher keine abschließende Sicherheit im Hinblick auf die zu gewährenden Arbeitsbedingungen.¹⁸¹
- Auch vom **Equal Pay-Grundsatz** wird in den **ersten neun Monaten** durch die Entgelttarifverträge des BAP und des iGZ mit der DGB-Tarifgemeinschaft abgewichen. Auch insoweit hat der Tarifvertrag bei Anwendung Vorrang vor den gesetzlichen Regelungen. Es gelten ausschließlich die im Tarifvertrag vereinbarten Entgelte. Die Berechnung des neunmonatigen Zeitraums nach § 8 Abs. 4 Satz 1 AÜG erfolgt wie die Fristberechnung bei der Überlassungshöchstdauer (vgl. bereits oben unter I. 3. a) dd) und ee)).¹⁸² Nach § 8 Abs. 4 Satz 1 AÜG ist auch hier der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen (zu dieser sog. Karenzzeit vgl. auch unten unter dd)).

Sollen die gesetzlichen Vorgaben zu Equal Treatment und Equal Pay rechtssicher ausgeschlossen werden, ist erforderlich, dass das Tarifwerk, welches eine Abweichung vom Equal Pay- bzw. Equal Treatment-Grundsatz ermöglicht, auf das Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers vollständig **Anwendung** findet.¹⁸³ Die Geltung des Tarifwerks für das Leiharbeitsverhältnis folgt den allgemeinen Regeln. Dies bedeutet:

- Das Tarifwerk kann kraft **beidseitiger Tarifgebundenheit** für das Leiharbeitsverhältnis zwingend gelten (§ 4 Abs. 1 TVG). Hierfür muss der Verleiher Mitglied im tarifschließenden Zeitarbeitsverband und der Leiharbeiter seinerseits Mitglied in der tarifschließenden Gewerkschaft sein. Voraussetzung ist weiterhin, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Leiharbeiter unter den räumlichen, fachlich-betrieblichen und persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages fällt und damit vom Tarifvertrag erfasst wird.¹⁸⁴

Praxishinweis: Diese Fälle dürften von nur geringer praktischer Relevanz sein, da es kaum gewerkschaftlich organisierte Leiharbeiter gibt.¹⁸⁵

- Unabhängig von einer unmittelbaren Tarifbindung kann im Geltungsbereich eines Tarifvertrages eine **Inbezugnahme** auch **einzelvertraglich** vereinbart werden (§ 8 Abs. 2 Satz 3 AÜG). Auch hier muss das betreffende Arbeitsverhältnis in den räumlichen, persönlichen und betrieblich-fachlichen Geltungsbereich des in Bezug genommenen Tarifvertrages fallen. Zudem ist der Tarifvertrag vollständig und umfassend in Bezug zu nehmen. Erforderlich ist eine **vollständige Inbezugnahme** des jeweiligen Tarifwerks. Unschädlich sind lediglich vertragliche Regelungen über Gegenstände, die tariflich nicht

¹⁸⁰ BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 59.1.

¹⁸¹ So ausdrücklich BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 93.

¹⁸² BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 86 f..

¹⁸³ BAG v. 16.10.2019 – 4 AZR 66/18.

¹⁸⁴ BAG v. 16.10.2019 – 4 AZR 66/18; BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 84; vgl. auch ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 8 AÜG Rn. 11; BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 57.

¹⁸⁵ Schüren/Hamann/Schüren, 6. Aufl., § 8 AÜG Rn. 107.

geregelt sind oder die zugunsten des Arbeitnehmers von den tariflichen Bestimmungen abweichen.¹⁸⁶

Praxishinweis: Behauptet der Verleiher, einen Tarifvertrag mit der DGB-Tarifgemeinschaft und dem BAP/iGZ bzw. nunmehr GVP kraft Tarifbindung oder einzelvertraglicher Vereinbarungen anzuwenden, sollte bei Zweifeln von ihm ein geeigneter **Nachweis** – z. B. schriftliche Erklärung des Verleihers bzgl. der verwendeten Bezugnahme – verlangt werden. Der Nachweis der Mitgliedschaft im Zeitarbeitsverband dürfte für sich genommen nicht ausreichen, da sichergestellt sein muss, dass der Verleiher das Tarifwerk auch auf nicht tarifgebundene Leiharbeitnehmer anwendet. Dies wird in der Regel zwar durch eine Bezugnahme bzw. Gleichstellungsklausel der Fall sein, da der Verleiher grundsätzlich nicht wissen kann, welche Leiharbeitnehmer Mitglied der Gewerkschaft sind. Bei Zweifeln sollte dennoch verlangt werden, dass der Verleiher erklärt bzw. nachweist, auch auf Arbeitsverhältnisse, die nicht der beidseitigen Tarifbindung unterliegen, den bzw. die Tarifverträge anzuwenden, an die er selbst gebunden ist.

Die obigen Ausführungen gelten **nicht** für die mit der CGZP geschlossenen Tarifverträge. Die CGZP war ein Zusammenschluss von ursprünglich sechs Gewerkschaften des Christlichen Gewerkschaftsbundes (CGB), die mit dem Arbeitgeberverband Mittelständischer Personaldienstleister (AMP) Flächentarifverträge abgeschlossen hat. Das BAG hat festgestellt, dass die CGZP nie tariffähig war.¹⁸⁷ Dies bedeutet, dass die CGZP abweichende Tarifverträge i. S. d. §§ 3 und 9 AÜG nicht wirksam abschließen konnte, mit der Folge, dass der Grundsatz des Equal Pay/Equal Treatment **rückwirkend** Anwendung findet.¹⁸⁸

(2) Tarifvertrag über Branchenzuschläge in der M+E-Industrie

Für die tarifgebundenen Mitgliedsunternehmen des GVP (früher BAP und iGZ), die im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung Beschäftigte in einen Kundenbetrieb der Metall- und Elektroindustrie einsetzen, gilt der Tarifvertrag über Branchenzuschläge für Arbeitnehmerüberlassungen in der Metall- und Elektroindustrie (TV BZ ME, abgeschlossen zwischen BAP/iGZ als Verhandlungsgemeinschaft und der IG Metall).¹⁸⁹

Der TV BZ ME erfüllt die eingangs (vgl. zuvor unter aa)) dargestellten gesetzlichen Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 Satz 2 AÜG und ermöglicht damit in der M+E-Industrie eine rechtssichere Abweichung von dem gesetzlichen Equal Pay-Grundsatz auch **über neun Monate hinaus**. Grundsätzlich erforderlich ist hierfür eine beiderseitige Tarifbindung. Auch hier können allerdings im Geltungsbereich des TV BZ ME nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen einzelvertraglich vereinbaren. Es gelten die zu den Basistarifwerken gemachten Ausführungen (vgl. zuvor unter (1)).

Die aktuellen Zuschlagsstufen nach § 2 Abs. 3 TV BZ ME lauten wie folgt (Stand 2023):

- ab Einsatzbeginn 15 Prozent
- nach dem dritten vollendeten Monat 20 Prozent
- nach dem fünften vollendeten Monat 30 Prozent
- nach dem siebten vollendeten Monat 45 Prozent

¹⁸⁶ BAG v. 16.10.2019 – 4 AZR 66/18; BAG v. 16.12.2020 – 5 AZR 131/19; BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 85; teilw. krit. BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 66 (dort auch zu früher vertretenen Gegenauffassungen).

¹⁸⁷ BAG v. 23.05.2012 – 1 AZB 58/11.

¹⁸⁸ LAG Düsseldorf v. 22.05.2012 – 16 SA 302/12.

¹⁸⁹ Vgl. BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 96 ff. mit umfassender Bewertung und Darstellung der einzelnen Regelungen.

- nach dem neunten vollendeten Monat 50 Prozent
- nach dem fünfzehnten vollendeten Monat 65 Prozent

Der Branchenzuschlag ist dabei in den ersten fünf Stufen auf das Stundenentgelt eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Einsatzbetrieb beschränkt („90 Prozent-Deckel“). In der letzten Stufe kann das Entgelt auf das gesetzliche Equal Pay beschränkt werden („100 Prozent-Deckel“), § 2 Abs. 5 TV BZ ME.

(3) Zusatztarifvertrag zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

Damit auch Betriebe der M+E-Industrie, die neben ihrem eigentlichen Betriebszweck (gelegentlich) Arbeitskräfte an andere branchenzugehörige oder -fremde Unternehmen überlassen (sog. Mischbetriebe), nicht an den Gleichstellungsgrundsatz gebunden sind, hat Gesamtmetall mit der IG Metall bereits am 23.12.2003 einen **Zusatztarifvertrag zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz** geschlossen. Der Tarifvertrag wurde auch im Nachgang der AÜG-Reform im Jahr 2017 fortgeführt und stellt klar, dass durch die Anwendung der M+E-Tarifverträge im entsprechenden Mischbetrieb die Bestimmungen des § 8 AÜG im Fall einer Überlassung eingehalten werden (d. h. zulässige Abweichung von Equal Treatment, § 8 Abs. 2 AÜG und Einhaltung des Equal Pay, § 8 Abs. 4 AÜG).

cc) Drehtür-Klausel

Eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz gem. § 8 Abs. 3 AÜG scheidet auch bei einer vorhandenen tariflichen Regelung aus, wenn der Leiharbeiter zuvor beim Entleiher oder bei einem anderen Unternehmen desselben Konzerns im Sinne des § 18 AktG, dem der Entleiher angehört, vor weniger als sechs Monaten in einem unmittelbaren Arbeitsverhältnis beschäftigt war und aus diesem ausgeschieden ist (Verhinderung des sog. **Drehtüreffekts**). In diesen Fällen ist der Verleiher verpflichtet, einem Leiharbeiter für die gesamte Dauer der Überlassung an den Entleiher Equal Treatment einschließlich des Equal Pay zu gewähren.¹⁹⁰ Der Leiharbeiter ist aus einem Arbeitsverhältnis im Sinne der Drehtürregelung ausgeschieden, wenn das Arbeitsverhältnis beendet (z. B. durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag) oder er wegen Ablaufs eines befristeten Arbeitsvertrages nicht mehr weiterbeschäftigt wurde.¹⁹¹

Damit sollen missbräuchliche Gestaltungen unterbunden werden, in denen Arbeitnehmer gekündigt oder aus anderen Gründen nicht weiter beschäftigt werden, um dann innerhalb von sechs Monaten als Leiharbeiter bei ihrem ehemaligen Arbeitgeber oder einem zugehörigen Konzernunternehmen zu schlechteren Arbeitsbedingungen eingesetzt zu werden.¹⁹²

Hingegen sind bei einer früheren freien Mitarbeit, einem Praktikum oder einem **Ausbildungsverhältnis** Abweichungen vom Gleichstellungsgrundsatz durch oder aufgrund eines Tarifvertrags möglich.¹⁹³ Gegen die Einbeziehung von ehemaligen Auszubildenden spricht nicht nur der Wortlaut, sondern auch der Umstand, dass im Gesetzgebungsverfahren der Antrag auf die Einbeziehung von Auszubildenden in die Regelung abgelehnt worden ist.¹⁹⁴

Praxishinweis: Um Verstöße gegen die Drehtürregelung des § 8 Abs. 3 AÜG zu vermeiden, enthält die Fachliche Weisung der Bundesagentur für Arbeit zum AÜG folgenden Hinweis:¹⁹⁵

¹⁹⁰ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 86.

¹⁹¹ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 86.

¹⁹² Vgl. BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 160 mit Verweis auf die Praktiken des damaligen Drogeriediscounters Schlecker.

¹⁹³ BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 162.

¹⁹⁴ BT-Drs. 17/5238, S. 10 f..

¹⁹⁵ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 86.

„Der Erlaubnisinhaber (Anm.: = Verleiher) muss feststellen, bei welchen Arbeitgebern der Leiharbeitnehmer in den letzten sechs Monaten beschäftigt war. Dies kann sich bereits aus den üblichen Personalunterlagen (z. B. Bewerbungsunterlagen mit Lebenslauf, Personalbogen) ergeben sowie z. B. durch einen speziellen Fragebogen oder durch einen Zusatz im Personalfragebogen erfasst werden. Ferner besteht die Möglichkeit, dass (ergänzend) im Arbeitsvertrag eine Regelung vorgesehen wird, nach der der Leiharbeitnehmer dem Verleiher mitteilen muss, wenn er bei einem Entleiher eingesetzt werden soll bzw. wird, bei dem er in den letzten sechs Monaten aus einem Arbeitsverhältnis ausgeschieden ist bzw. nicht weiterbeschäftigt wurde.“

dd) Karenzzeit

Gemäß § 8 Abs. 4 Satz 4 AÜG werden **vorherige Einsatzzeiten** an denselben Entleiher auf die Equal Pay Frist des § 8 Abs. 4 AÜG angerechnet, wenn zwischen den Einsätzen jeweils **nicht mehr als 3 Monate** liegen (sog. Karenzzeit).

Die Karenzzeit muss immer ein zusammenhängender Zeitraum sein und damit kalenderbezogen nach § 188 Abs. 2 Alt. 2 BGB berechnet werden, wobei § 193 BGB keine Anwendung findet. Für den Fristbeginn ist § 187 Abs. 2 Satz 1 BGB maßgeblich, so dass der erste Tag der Karenzzeit mitgerechnet wird.

Wie bereits bei der Karenzzeit im Rahmen der Überlassungshöchstdauer (hierzu oben unter I. 3. a) ee) (1)), stellt sich auch hier die Frage, wie die Formulierung „mehr als drei Monate“ zu interpretieren ist. Unklar ist also, ob der Gesetzgeber damit eine Karenzzeit von drei Monaten zum Ausdruck bringen wollte, oder ob drei Monate und ein Tag erst zu einer beachtlichen Unterbrechung führen. Wegen des Gesetzeswortlauts ist nach überwiegender Auffassung auch im Rahmen von § 8 Abs. 4 Satz 4 AÜG von einer Karenzzeit von drei Monaten **und einem Tag** auszugehen.¹⁹⁶

Praxishinweis: Auch hier wird wegen des Restrisikos in der Praxis stets zu empfehlen sein, mit drei Monaten und einem Tag zu rechnen (z. B. Ende 31. Dezember – Beginn erst wieder am 2. April).

Auch wenn der Verstoß gegen den Equal Pay Grundsatz (nur) auf Seiten des Verleihers zu einer Nachzahlungspflicht gegenüber dem Leiharbeitnehmer führt und (nur) für den Verleiher bußgeldbewährt ist, sollte zur genauen und fehlerfreien Erfassung der Fristen eine **überbetriebliche Datenbank** über alle beschäftigten Leiharbeitnehmer geführt werden und vor jedem Einsatz die persönlichen Einsatzzeiten sowie die Karenzzeit nach § 8 Abs. 4 Satz 4 AÜG überprüft werden.

II. Rechtsfolge bei Verstoß gegen Voraussetzungen für eine rechtmäßige Arbeitnehmerüberlassung

Wird eine der zuvor genannten Voraussetzungen für eine wirksame Arbeitnehmerüberlassung nicht eingehalten, resultieren hieraus verschiedene Rechtsfolgen. Einleitend lässt sich zusammenfassen, dass sich die Rechtsfolgen, unabhängig davon welche Voraussetzung nicht eingehalten wird, in folgende Kategorien einordnen lassen:

- Die grundsätzliche Rechtsfolge der **Fiktion** eines vollwertigen Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und Leiharbeitnehmer aufgrund der Unwirksamkeit des Vertrages zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer (vgl. unter 1.).

¹⁹⁶ Schüren/Hamann/Schüren, 6. Aufl., § 8 AÜG Rn. 171.

- Als Ausnahme die Möglichkeit der Abgabe einer sog. **Festhaltungserklärung** durch den Leiharbeitnehmer, um trotz eigentlicher Unwirksamkeit des Vertrages in bestimmten Fällen weiterhin an diesem festhalten zu können (vgl. unter 2.).
- **Unwirksamkeit** einer bestimmten Vereinbarung, ohne dass dies zu einem fingierten Arbeitsverhältnis führt (vgl. unter 3.).
- Anderweitige Auswirkungen und **Sanktionen** wie beispielsweise Geldbußen (vgl. unter 4.).

1. Grundsatz: Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher

a) Unwirksamkeitsgründe

In Betracht kommen folgende Unwirksamkeitsgründe, die nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zu einer **Fiktion des Arbeitsverhältnisses** zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher führen:

aa) Fehlende Erlaubnis

Bei Arbeitnehmerüberlassung **ohne erforderliche Erlaubnis** (hierzu bereits oben unter I. 1.) ist der Arbeitsvertrag des Leiharbeitnehmers mit dem Verleiher gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG **unwirksam**. Ebenso unwirksam ist in diesem Fall auch der **Überlassungsvertrag** zwischen Verleiher und Entleiher.¹⁹⁷

Zugleich wird der Leiharbeitnehmer kraft Gesetzes mit allen rechtlichen Konsequenzen **Arbeitnehmer des Entleihers** ab dem tatsächlichen Beginn der Tätigkeit (§ 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG), d. h. ab dem Zeitpunkt, ab dem der Arbeitnehmer einem Entleiher **tatsächlich** zur Arbeitsleistung überlassen wird bzw. wurde.¹⁹⁸ Ausnahmsweise ist für den Beginn des fingierten Arbeitsverhältnisses auf den in der Vereinbarung vorgesehenen Zeitpunkt abzustellen, wenn sich die tatsächliche Arbeitsaufnahme z. B. durch eine Erkrankung des Leiharbeitnehmers verzögert und dieser nach Wegfall des Hindernisses tatsächlich noch eingesetzt wird.¹⁹⁹ Im Regelfall dürften vertraglicher und tatsächlicher Einsatzbeginn aber zusammenfallen.

Praxishinweis: Zur Vermeidung einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung empfiehlt es sich, vom Verleiher den Nachweis der Erlaubnis durch **Vorlage der Originalurkunde oder Aushändigung einer beglaubigten Kopie** zu verlangen. In Zweifelsfällen – etwa bei Vorlage nur einer unbeglaubigten Kopie – sollte bei der zuständigen Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit nachgefragt werden. In jedem Fall muss der Verleiher im **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag** ausdrücklich bestätigen, dass er die Erlaubnis besitzt (§ 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG). Er hat den Entleiher unverzüglich über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis zu unterrichten (§ 12 Abs. 2 AÜG).

Verfügt der Verleiher nur über eine **befristete Erlaubnis** und sollen nach Ablauf der Frist erneut Arbeitnehmer von ihm entliehen werden, muss darauf geachtet werden, dass er zuvor die Verlängerung der Erlaubnis nachweist. Für im Zeitpunkt des Erlöschens der Erlaubnis bereits abgeschlossene Arbeitnehmerüberlassungsverträge gilt die Erlaubnis während einer Dauer von 12 Monaten als fortbestehend, wenn der Antrag auf Verlängerung abgelehnt wurde (vgl. § 2 Abs. 4 Satz 4 AÜG). Kein oder ein verspäteter Verlängerungsantrag ist wie

¹⁹⁷ Vgl. auch ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 9 AÜG Rn. 4; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 9 AÜG Rn. 5.

¹⁹⁸ So BAG v. 20.01.2016 – 7 AZR 535/13; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 10 AÜG Rn. 15; Schüren/Hamann/Schüren, 6. Aufl., § 10 AÜG Rn. 49; a. A. ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 9 AÜG Rn. 6.

¹⁹⁹ So BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 10 AÜG Rn. 16.

ein Neuantrag zu behandeln, sodass im Falle der Verspätung die zwölfmonatige Abwicklungsfrist des § 2 Abs. 4 Satz 4 keine Anwendung findet.²⁰⁰

Bei einem **nachträglichen** Wegfall der Erlaubnis während des bereits laufenden Einsatzes beim Entleiher beginnt das fingierte Arbeitsverhältnis unmittelbar mit dem Eintritt der Unwirksamkeit der Verträge gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG.²⁰¹

Eine nachträgliche Erteilung der Erlaubnis hat keinen Einfluss auf die Unwirksamkeit und das kraft Gesetzes begründete Arbeitsverhältnis zum Entleiher.²⁰²

Praxishinweis: Die Regelung des § 9 AÜG einschließlich der Rechtsfolgen ist **zwingend und daher nicht vertraglich abdingbar**.²⁰³ Die Fiktion tritt auch unabhängig vom Willen oder von der Kenntnis des Verleihers und des Entleihers ein, d. h. auch dann, wenn beide der Auffassung sind, es handele sich um einen Werk- oder Dienstvertrag und nicht um unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung.

bb) Kumulative Verletzung der Bezeichnungs- (§ 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG) und der Konkretisierungspflicht (§ 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG) Offenlegungspflichten

Eine **Verletzung der Bezeichnungs- und der Konkretisierungspflicht** (hierzu oben unter I. 2. b)) führt nach § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG zur Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses mit dem Verleiher unter gleichzeitiger **Fiktion** eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG).²⁰⁴ Wird nur die Bezeichnungspflicht als solche verletzt oder nur die Konkretisierungspflicht, greift die Rechtsfolge einer Fiktion des Arbeitsverhältnisses nicht. Erforderlich ist hierfür die **kumulative Verletzung** beider Pflichten.

Das Arbeitsverhältnis entsteht dabei auch hier **rückwirkend** zum Zeitpunkt der tatsächlichen Überlassung (vgl. zuvor).

Praxishinweis: Ist zwar ein Werkvertrag vereinbart, werden die fremden Arbeitnehmer aber im Laufe des Einsatzes in die Betriebsorganisation eingegliedert und vom Auftraggeber bzw. den betrieblichen Führungskräften wie eigene Arbeitnehmer behandelt und ihnen insbesondere entsprechende Weisungen erteilt, ist mit großer Wahrscheinlichkeit von Arbeitnehmerüberlassung auszugehen, da es maßgeblich auf die tatsächliche Durchführung des Vertrags ankommt. Die Bezeichnungs- und Konkretisierungspflicht ist in diesen Fällen der sog. verdeckten Arbeitnehmerüberlassung im Regelfall verletzt, so dass die kumulative Verletzung der formalen Pflichten zur **Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher** führt und zudem Bußgelder drohen (vgl. unten unter II. 4.). Die vor der AÜG-Reform 2017 üblicherweise empfohlene „**auf Vorrat**“ vorgehaltene Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis (sog. Vorraterlaubnis) bietet **keinen Schutz** mehr vor dieser Rechtsfolge.²⁰⁵

cc) Überschreitung der Überlassungshöchstdauer

Gemäß §§ 9 Abs. 1 Nr. 1b, 10 AÜG führt auch das Überschreiten der Überlassungshöchstdauer (hierzu oben unter I. 3.) zur Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses mit dem Verleiher unter gleichzeitiger Fiktion eines **Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher**.

Das Arbeitsverhältnis entsteht hier allerdings gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 AÜG **ab dem Zeitpunkt der Überschreitung** und damit nicht rückwirkend („tritt die Unwirksamkeit

²⁰⁰ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 55.

²⁰¹ Thüsing/Mengel, 4. Aufl., § 10 AÜG Rn. 13; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 10 AÜG Rn. 16.

²⁰² LAG Schleswig-Holstein v. 19.07.2012 – 5 Sa 474/11; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 10 AÜG Rn. 8.

²⁰³ BAG v. 19.03.2003 – 7 AZR 267/02; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 9 AÜG Rn. 4.

²⁰⁴ LAG Hamm v. 18.10.2023 – 10 Sa 778/23; ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 9 AÜG Rn. 12.

²⁰⁵ ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 61; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 143.

erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, so gilt das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer mit dem Eintritt der Unwirksamkeit als zustande gekommen“).

b) Ausgestaltung des fingierten Vertrages

Der Inhalt des zum Entleiher fingierten Arbeitsverhältnisses richtet sich nach den geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen für den Betrieb des Entleihers (§ 10 Abs. 1 Satz 3 und 4 AÜG).

aa) Grundsatz des unbefristeten Arbeitsverhältnisses

Das fingierte Arbeitsverhältnis beim Entleiher läuft grundsätzlich **unbefristet**. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu § 10 Abs. 1 Satz 2 AÜG, wonach ein **befristetes** Arbeitsverhältnis nur dann fingiert wird, wenn auch der vorherige Einsatz befristet vorgesehen war **und** ein die Befristung sachlich rechtfertigender Grund vorlag. Zwar werden die Einsätze der Leiharbeitnehmer wegen der gesetzlichen oder tariflichen Überlassungshöchstdauer immer befristet vorgesehen sein. Maßgeblich ist allerdings, ob neben diesem Umstand **zusätzlich** ein Sachgrund vorlag. Die Prüfung des Sachgrundes knüpft dabei an die Tatbestände des § 14 Abs. 1 TzBfG an.²⁰⁶ Die Überlassungshöchstdauer als solche ist hierbei als Sachgrund nicht ausreichend.

Praxishinweis: Das fingierte Arbeitsverhältnis kann nach allgemeinen Grundsätzen durch Kündigung oder Aufhebungsvertrag **beendet** werden.

Da ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher ab dem ersten tatsächlichen Einsatztag rückwirkend fingiert wird, kann die sechsmonatige **Wartezeit** des § 1 Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) bereits abgelaufen sein. In diesem Fall greift der volle Schutz des KSchG, so dass die Kündigung nach allgemeinen Grundsätzen sozial gerechtfertigt sein muss (Gründe in der Person, im Verhalten oder dringende betriebliche Gründe).

Ist die Wartezeit noch nicht abgelaufen, besteht kein allgemeiner Kündigungsschutz, so dass eine Kündigung grundsätzlich möglich ist. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist eine etwaige Einsatzzeit als Leiharbeitnehmer dabei grundsätzlich irrelevant für die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG. Lediglich beim Vorliegen besonderer Umstände oder Vereinbarungen kann ausnahmsweise eine Anrechnung der Einsatzzeit als Leiharbeitnehmer auf die Wartezeit erfolgen.²⁰⁷ Unklar ist allerdings, ob eine Kündigung in der Wartezeit nach § 612a BGB als unzulässige Maßregelung bewertet werden könnte.²⁰⁸ Von einer Kündigung in unmittelbarer Nähe zur Aufforderung des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Entleiher, das fingierte Arbeitsverhältnis anzuerkennen, ist daher eher abzuraten, auch wenn die Frage bislang – soweit ersichtlich – noch nicht geklärt ist.

Aufgrund der allgemeinen Vertragsfreiheit kommt alternativ ein **Aufhebungsvertrag** in Betracht, wenn auch der Leiharbeitnehmer kein Interesse an einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher hat und zugleich auch nicht durch die Abgabe einer sog. Festhaltungserklärung (dazu sogleich unter 2.) an dem bisherigen Arbeitsverhältnis zum Verleiher festhalten will. Um wegen des formalen Verfahrens zur Festhaltungserklärung den Verdacht eines nach § 134 BGB unwirksamen Umgehungsgeschäftes zu vermeiden, sollte hierbei kein dreiseitiger Vertrag mit Verleiher, Entleiher und Leiharbeitnehmer geschlossen werden.

²⁰⁶ Henssler/Willemsen/Kalb/Höpfner, 10. Aufl., § 10 AÜG Rn. 9.

²⁰⁷ BAG v. 20.02.2014 – 2 AZR 859/11; Thüsing/Mengel, 4. Aufl., § 10 AÜG Rn. 47.

²⁰⁸ Offen gelassen von Deinert, RdA 2017, 65, 80, der auch darauf hinweist, dass eine entsprechende Maßregelung für den Leiharbeitnehmer schwer nachweisbar sein dürfte.

bb) Arbeitsverhältnis in Teilzeit?

Problematisch ist der Fall, dass der Leiharbeitnehmer regelmäßig nur **tageweise** beim Entleiher tätig wird, z. B. wegen abwechselnder Einsätze in mehr als einem Unternehmen. Es stellt sich die Frage, ob in solchen Konstellationen auch ein Teilzeitarbeitsverhältnis zu einem Entleiher entstehen kann.

Beispiel

Ein Zulieferer schickt seinen Mitarbeiter zur Lagerhaltung seiner Kleinteile, montags und dienstags zu Kundenbetrieb A sowie mittwochs und donnerstags in Kundenbetrieb B. Freitags ist die Kontrolle und Dokumentation der einzelnen Lagerbestände beim Arbeitgeber vorgesehen. Im Kundenbetrieb A wird entgegen der vertraglichen Absprachen der Mitarbeiter wie ein eigener Mitarbeiter behandelt und erhält Weisungen von den dortigen Führungskräften. Der Einsatz beim Kundenbetrieb A wird als verdeckte Arbeitnehmerüberlassung ohne die erforderliche Erlaubnis eingestuft.

Eine höchstrichterliche Klärung dieser Frage ist bislang nicht erfolgt. In der Literatur besteht jedoch weit überwiegend Einigkeit darüber, dass zumindest zu demjenigen Unternehmen ein Arbeitsverhältnis entsteht, in dem die Vorschriften der Arbeitnehmerüberlassung im Sinne der §§ 9, 10 AÜG verletzt wurden.

Hinsichtlich des zeitlichen Umfangs der „fingierten“ vertraglichen Arbeitszeit richtet sich die Dauer der Arbeitszeit nach den Regelungen der Überlassungsverträge/des Überlassungsvertrags. Es wird somit ein **Teilzeitarbeitsverhältnis** fingiert.²⁰⁹ Aus der gesetzlichen Möglichkeit zur Entstehung eines befristeten Arbeitsverhältnisses in § 10 Abs. 1 Satz 2 AÜG kann entnommen werden, dass der Gesetzgeber das fingierte Arbeitsverhältnis auch von den tatsächlichen Verhältnissen abhängig machen wollte.²¹⁰

Praxishinweis: Gegebenenfalls ist es zweckmäßig, mit dem „ehemaligen Leiharbeitnehmer“ eine schriftliche Vereinbarung über die Begründung eines Teilzeitarbeitsverhältnisses zu treffen, in dem die von dem Arbeitnehmer geschuldete Arbeitszeit fixiert ist.

cc) Arbeitsbedingungen

Der Inhalt des fingierten Arbeitsverhältnisses, insbesondere die Höhe des Arbeitsentgelts, richtet sich nach den für den Betrieb des Entleihers geltenden Vorschriften und sonstigen Regelungen (§ 10 Abs. 1 Satz 4 AÜG) richten. Der Arbeitnehmer hat hierbei mindestens Anspruch auf das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt (§ 10 Abs. 1 Satz 5 AÜG).

Dabei ist der Begriff des Arbeitsentgelts weit zu verstehen.²¹¹ Darunter fallen Entgelt, Urlaubsgeld, Provision und Auslösung sowie Sachleistungen.

Die für den Entleiherbetrieb geltenden tariflichen Entgeltregelungen sind anzuwenden, wenn Leiharbeitnehmer und Entleiher tarifgebunden sind (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG).

Ohne tarifvertragliche Regelung bemisst sich das Gehalt nach dem, was ein Stammarbeitnehmer mit vergleichbarer Tätigkeit im Betrieb erhält, ansonsten nach dem Arbeitsentgelt von Stammarbeitnehmern in vergleichbaren Betrieben. Ist in dem Entleiherbetrieb die Anwendung der tariflichen Arbeitsbedingungen über eine sog. Bezugnahme Klausel üblich, so ist die tarifliche Vergütung auch ohne beiderseitige Tarifbindung maßgeblich.

²⁰⁹ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 10 AÜG Rn. 26.

²¹⁰ Vgl. Thüsing/Mengel, 4. Aufl., § 10 AÜG Rn. 19.

²¹¹ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 10 AÜG Rn. 31.

Ebenso kommen alle jeweils einschlägigen Betriebsvereinbarungen zur Anwendung und etwaige Ansprüche aufgrund betrieblicher Übung im Entleiherbetrieb bestehen ebenfalls.

Praxishinweis: Es empfiehlt sich, für die Rechtsklarheit in dem unvermeidbaren Fall eines fingierten Arbeitsverhältnisses mit dem „neuen“ Mitarbeiter einen Arbeitsvertrag mit den vergleichbaren Konditionen eines (Stamm-)Beschäftigten im Entleiherbetrieb abzuschließen; zumal der „neue“ Mitarbeiter nach § 2 Abs. 1 NachwG einen entsprechenden Anspruch auf Nachweis seiner Arbeitsbedingungen hat.²¹²

Zu beachten ist, dass es für die Vergangenheit in der Regel um **Entgeltdifferenzansprüche** geht, da der Verleiher dem Leiharbeitnehmer ein Entgelt ausgezahlt hat.²¹³ Rückwirkend muss die Differenz zwischen dem bereits durch den Verleiher gezahlten Entgelt und dem tatsächlichen einem Stammarbeitnehmer mit vergleichbarer Tätigkeit zustehenden Entgelt gezahlt werden.

2. Ausnahme: Festhaltungserklärung

Der Gesetzgeber räumt dem Leiharbeitnehmer in den Fällen

- einer fehlenden Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG),
- der kumulativen Verletzung der Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG)
- sowie des Überschreitens der Überlassungshöchstdauer (§ 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG)

die Möglichkeit ein, dass der Leiharbeitnehmer die Unwirksamkeit des Vertrages durch das Abgeben einer sog. **Festhaltungserklärung** abwenden kann mit der Folge, dass das bisherige Arbeitsverhältnis zum Verleiher fortbesteht.

Die praktische Bedeutung der Festhaltungserklärung ist aufgrund der vielen formalen Hürden (dazu sogleich) bislang **gering**.²¹⁴ Zudem wird die Unwirksamkeit des Vertrags zum Verleiher im Regelfall durch den Leiharbeitnehmer geltend gemacht.²¹⁵ Die Motivation für eine Festhaltungserklärung mit der Folge, dass das ursprüngliche Arbeitsverhältnis mit ggf. schlechteren Bedingungen zum Verleiher fortbesteht, ist in diesem Fall gering. Eine Festhaltungserklärung kann jedoch zum Beispiel dann relevant werden, wenn nur im Betrieb des Verleihers nach § 23 Abs. 1 KSchG die Vorschriften dieses Gesetzes Anwendung finden, eine ordentliche Kündigung im Betrieb des Verleihers kraft Vereinbarung oder Gesetz ausgeschlossen ist oder sich das Unternehmen des Entleihers in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet.²¹⁶

Praxishinweis: Der Einsatz im Entleiherbetrieb muss mit dem Tag des Eingangs einer Festhaltungserklärung **sofort beendet** werden. Wird die Überlassung nach der Festhaltungserklärung dennoch im Einsatzbetrieb fortgeführt, greift § 9 Abs. 3 Satz 2 AÜG. Das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher wird danach **erneut** unwirksam und ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher abermals fingiert. Für diesen Fall steht dem Leiharbeitnehmer aber das sog. Festhaltensrecht nicht mehr zu. Eine erneute Festhaltungserklärung ist nach § 9 Abs. 3 Satz 2 AÜG unwirksam. Zwischen dem Verleiher und dem Entleiher müssen daher Informationswege sichergestellt werden, die eine sofortige gegenseitige Information über den Zugang einer solchen Festhaltungserklärung sicherstellen.

²¹² Boemke/Lembke/Lembke, 3. Aufl., § 10 AÜG Rn. 47.

²¹³ BGH v. 08.11.1979 – VII ZR 337/78.

²¹⁴ Vgl. zu diesem Befund auch BMAS, Endbericht zum Forschungsvorhaben „Evaluation des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)“, Dezember 2022, S. 310.

²¹⁵ So zutreffend BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 9 AÜG Rn. 66.

²¹⁶ BT-Drs. 18/9232, S. 25.

a) Fristberechnung und Fristbeginn

Der Leiharbeitnehmer muss die Festhaltungserklärung schriftlich bis zum Ablauf **eines Monats** abgeben. Nach § 9 Abs. 3 Satz 1 AÜG ist eine vor Beginn der einmonatigen Frist abgegebene Festhaltungserklärung **unwirksam**. Eine solche Erklärung des Leiharbeitnehmers kann also nicht vorab erklärt werden und ist zudem nur über die Beteiligung der Arbeitsagentur wirksam.

Die Fristberechnung erfolgt gem. §§ 187 Abs.1, 188 Abs. 2 BGB. Die Monatsfrist beginnt zu dem Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis unwirksam wird und gleichzeitig ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher gem. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG neu begründet wird.²¹⁷ Bei der Monatsfrist handelt es sich vorliegend um eine sog. Ereignisfrist, weshalb der Tag, an dem die Unwirksamkeit eintritt und das neue Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet wird bzw. der Leiharbeitnehmer positive Kenntnis erlangt nicht mitberechnet wird.²¹⁸ Dies bezieht sich jedoch allein auf die Fristberechnung. Die Festhaltungserklärung kann auch schon bereits im Laufe des Tages abgegeben werden, an dem die Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses eingetreten ist.²¹⁹

Für die Frage nach dem genauen **Beginn der Monatsfrist** kann – ausgehend von dem Grund der Unwirksamkeit – wie folgt differenziert werden:

aa) Unwirksamkeit wegen fehlender Erlaubnis, § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG

Im Fall einer von vornherein fehlenden Verleiherlaubnis gem. § 9 Abs.1 Nr. 1 AÜG muss der Leiharbeitnehmer innerhalb eines Monats nach **Beginn der tatsächlichen Überlassung** gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher schriftlich erklären, dass er an dem Vertrag mit dem Verleiher festhalten will.

Bei einem nachträglichen Wegfall der Erlaubnis während des bereits laufenden Einsatzes beim Entleiher beginnt die Monatsfrist mit dem Eintritt der Unwirksamkeit der Verträge gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG. Für den Zugang der Festhaltungserklärung an den Verleiher oder den Entleiher ist der Leiharbeitnehmer verantwortlich.²²⁰

Bisher noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, ob die Frist auch dann zu laufen beginnt, wenn der Leiharbeitnehmer **keine Kenntnis** über die wesentlichen Umstände der Unwirksamkeit seines Vertrags zum Verleiher hat, z. B. nichts von der fehlenden Erlaubnis seines Verleihunternehmens zur Arbeitnehmerüberlassung weiß. Ausweislich der Gesetzesbegründung²²¹ soll mit der Möglichkeit zur Festhaltungserklärung die Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers nach Art. 12 des Grundgesetzes geschützt werden. Nach mittlerweile weit überwiegender Auffassung in der Literatur wird daher für den Beginn des Fristlaufs eine Kenntnis des Leiharbeitnehmers über die wesentlichen Tatsachen und Umstände, die zur Unwirksamkeit der Verträge nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG führen, gefordert.²²² Auch dem Verjährungsrecht ist beispielsweise eine subjektive Kenntnis für den Fristenlauf gemäß § 199 BGB bekannt. Ausreichend ist die sog. positive Kenntnis der wesentlichen Umstände, die zur Unwirksamkeit führen, z. B. im Fall des § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG das Fehlen einer erforderlichen Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung.²²³ Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Leiharbeitnehmer diese Umstände auch juristisch konkret einordnen und bewerten kann.²²⁴

²¹⁷ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 9 AÜG Rn. 85.

²¹⁸ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 9 AÜG Rn. 89.

²¹⁹ Hamann/Rudnik, NZA 2017, 22, 24.

²²⁰ Beschlussempfehlung BT-Drs. 18/10064, S. 15.

²²¹ Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 25.

²²² ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 9 AÜG Rn. 8; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 9 AÜG Rn. 87 f..

²²³ Ellenberger/Grüneberg, 82. Aufl., § 199 BGB Rn. 27.

²²⁴ Ellenberger/Grüneberg, 82. Aufl., § 199 BGB Rn. 27.

bb) Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen die Bezeichnungs- und die Konkretisierungspflicht, § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG

Auch im Falle des Verstoßes gegen Bezeichnungs- und die Konkretisierungspflicht (§ 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG) ist für den Fristlauf der Beginn der **tatsächlichen Überlassung** maßgeblich. Zur Frage der subjektiven Kenntnis von den Unwirksamkeitsgründen gilt das zuvor Gesagte (vgl. zuvor unter aa)).

Praxishinweis: Für den Fall, dass ein sorgfältig gestalteter Werk-/Dienstvertrag vereinbart wurde und dieser erst im Laufe der Zeit in der betrieblichen Praxis nicht korrekt durchgeführt wurde, insbesondere das Fremdpersonal eingegliedert und ihnen arbeitsrechtliche Weisungen erteilt wurden, kann auch erst zu einem späteren Zeitpunkt eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung angenommen werden. Erst zu diesem Zeitpunkt entsteht dann ein Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb/Entleiher kraft Gesetzes (§ 10 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 AÜG), da der Vertrag nicht als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet wurde und der Beschäftigte nicht unter Bezugnahme auf einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag konkretisiert wurde.

Zwar beginnt dann auch erst ab diesem Zeitpunkt die Monatsfrist, dieser Zeitpunkt wird sich jedoch in der Praxis nur sehr schwer ermitteln lassen. Ob im Einzelfall die Monatsfrist abgelaufen ist, kann dann nur schwer beurteilt werden. Es droht eine Unwirksamkeit der Festhaltungserklärung wegen Fristablaufs. Deshalb empfiehlt sich eher der Weg über einen **Aufhebungsvertrag**, wenn der „neue Mitarbeiter“ kein Interesse an einem Arbeitsvertrag zum Einsatzbetrieb/Entleiher hat (siehe auch zuvor unter 1. b) aa)).

cc) Unwirksamkeit wegen Überschreitung der Überlassungshöchstdauer, § 9 Abs.1 Nr. 1b AÜG

Im Fall der Nichteinhaltung der Überlassungshöchstdauer ist für den Lauf der Frist der Zeitpunkt bzw. Tag maßgeblich, an dem die gesetzliche oder die tarifliche Überlassungshöchstdauer **erstmalig überschritten** wird.²²⁵ Zur Frage der subjektiven Kenntnis von den Unwirksamkeitsgründen gilt auch hier das zuvor Gesagte (vgl. zuvor unter aa)).

Praxishinweis: Eine Festhaltungserklärung des Leiharbeitnehmers führt nicht zur „Verlängerung der Überlassungshöchstdauer“. Der **Einsatz im Entleiherbetrieb** muss trotzdem **sofort beendet werden**. Eine Weiterbeschäftigung oder ein erneuter Einsatz stehen nach § 9 Abs. 3 Satz 2 AÜG unter der Sanktion der §§ 9, 10 AÜG, eine erneute Festhaltungserklärung wäre unwirksam (vgl. oben unter 2.).

b) Weitere Formale Voraussetzungen

Neben der Schriftform und Einhaltung der Monatsfrist müssen jeweils nach § 9 Abs. 2 AÜG folgende weiteren Voraussetzungen für die jeweilige Festhaltungserklärung gewahrt sein:

- der Leiharbeitnehmer muss die Erklärung persönlich einer **Agentur für Arbeit** vorlegen (Nr. 1),
- die Agentur für Arbeit muss die abzugebende Erklärung mit dem Datum des Tages der Vorlage und dem Hinweis versehen, dass sie die Identität des Leiharbeitnehmers festgestellt hat (Nr. 2) und
- die Erklärung muss spätestens am dritten Tag nach der Vorlage in der Agentur für Arbeit dem Verleiher oder dem Entleiher zugehen (Nr. 3).

²²⁵ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 10 AÜG Rn. 18.

c) Auswirkung auf die Arbeitsverhältnisse

Während der Monatsfrist bzw. bis zum Zugang der wirksamen Festhaltungserklärung entsteht mit dem Entleiher kraft Gesetzes ein Arbeitsvertrag; der Arbeitsvertrag zum Verleiher ist unwirksam.

Wird eine Festhaltungserklärung wirksam abgegeben, stellt sich die Folgefrage, ob hierdurch die Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher **rückwirkend** (ex tunc) nicht eintritt und gleichzeitig die Fiktionswirkung zum Entleiher entfällt, so dass ein zwischenzeitliches Arbeitsverhältnis zum Entleiher nicht rückabgewickelt werden muss, sondern durchgehend wirksam bleibt.²²⁶

Für eine solche Rückwirkung der Festhaltungserklärung spricht der Gesetzeswortlaut und der Sinn und Zweck.²²⁷ Dem Leiharbeitnehmer soll die Möglichkeit eingeräumt werden, an dem ursprünglichen Arbeitsverhältnis zum Verleiher **ohne jede Veränderung** und damit auch ohne rechtliche Unterbrechung festzuhalten. Zudem ist der Leiharbeitnehmer durch eine solche ex-tunc-Wirkung aufgrund des von ihm gewollten Weiterbestehens seines Arbeitsvertrags mit dem Verleiher ausreichend geschützt. Für eine Rückwirkung der Festhaltungserklärung spricht zudem der Vergleich zum ebenfalls rückwirkenden Widerspruch des § 613a BGB.²²⁸ In beiden Fällen entspricht die Rückwirkung am besten der Interessenslage des Betroffenen, dessen Wille es gerade ist, keinerlei Rechtsbeziehungen zu einem anderen Arbeitgeber einzugehen, sondern bei seinem „alten Arbeitgeber“ zu verbleiben.

Praxishinweis: Auch wenn die Problematik noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, sprechen die angeführten Gründe für eine rückwirkende Wirkung der Festhaltungserklärung.²²⁹ Dies bedeutet im Fall der Erklärung, dass das Leiharbeitsverhältnis mit dem Verleiher durchgehend wirksam bleibt und ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher nicht rückabgewickelt werden muss, da es aufgrund der Festhaltungserklärung rechtlich nicht bestand.²³⁰ Allerdings ist nicht zu erwarten, dass die Frage in der Praxis gesteigerte Bedeutung erlangen wird. In der Regel wird der Leiharbeitnehmer gerade keine Festhaltungserklärung abgeben und sich auf die Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses mit seinem Verleiher berufen, indem er ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher geltend macht.²³¹

3. Unwirksamkeit von Vereinbarungen ohne Fiktion eines Arbeitsverhältnisses

a) Verstoß gegen Equal Pay Grundsatz

Beachtet der Verleiher den Gleichstellungsgrundsatz nicht oder nicht vollständig, ist die Vereinbarung der nach § 8 AÜG unzureichenden Arbeitsbedingungen im Verhältnis zum Leiharbeitnehmer gem. § 9 Abs. 1 Nr. 2 AÜG **unwirksam**. Der Verleiher schuldet dem Leiharbeitnehmer die Differenz zu demjenigen Entgelt sowie zu weiteren Leistungen, die der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden wäre.

Dies führt jedoch nicht zu einer Gesamtunwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages, sondern nur zu einer Teilunwirksamkeit der entsprechenden Regelung.²³² Ein Verstoß gegen den

²²⁶ Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 25.

²²⁷ Vgl. etwa BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 9 AÜG Rn. 90; Lembke NZA 2017, 1, 10.

²²⁸ Hierzu BAG v. 13.07.2006 – 8 AZR 305/05.

²²⁹ So auch BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 9 AÜG Rn. 90; Schüren/Hamann/Schüren, 6. Aufl., § 9 AÜG Rn. 152; Hamann/Rudnik, NZA 2017, 22, 25; Lembke NZA 2017, 1, 10.

²³⁰ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 9 AÜG Rn. 90.

²³¹ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 9 AÜG Rn. 66.

²³² BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 214.

Gleichstellungsgrundsatz führt insbesondere **nicht** dazu, dass zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer gem. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis fingiert wird.²³³

b) Weitere Unwirksamkeitsgründe

Unwirksam **ohne** Fiktion eines Arbeitsverhältnisses sind zudem Vereinbarungen,

- die den Zugang des Leiharbeitnehmers zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen des Entleihers entgegen § 13b AÜG beschränken (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 2a AÜG),
- die dem Entleiher untersagen, den Leiharbeitnehmer zu einem Zeitpunkt einzustellen, in dem dessen Arbeitsverhältnis zum Verleiher nicht mehr besteht (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 3 AÜG; dies schließt die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung zwischen Verleiher und Entleiher für die nach vorangegangenen Verleih oder mittels vorangegangenen Verleih erfolgte Vermittlung nicht aus),
- die dem Leiharbeitnehmer untersagen, mit dem Entleiher zu einem Zeitpunkt, in dem das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nicht mehr besteht, ein Arbeitsverhältnis einzugehen (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 4 AÜG),
- nach denen der Leiharbeitnehmer eine Vermittlungsvergütung an den Verleiher zu zahlen hat (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 5 AÜG).

4. Sanktionen und weitere Auswirkungen

a) Geldbußen und Strafbarkeit

Bei einem Verstoß z. B. gegen die Erlaubnispflicht, gegen die Vorgaben zur Überlassungshöchstdauer, die Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten sowie bei einem Verstoß gegen den Equal Pay-Grundsatz kommen weitere Sanktionen in Betracht.

Kommt es zu einer sog. **Festhaltungserklärung** des Leiharbeitnehmers, hat diese nur zivilrechtliche Folgen und kann eine rechtswidrige Überlassung weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft legalisieren. Verstöße können demzufolge auch bei Abgabe einer Festhaltungserklärung mit einer Ordnungswidrigkeit geahndet werden und erlaubnisrechtliche Maßnahmen begründen.²³⁴

Dabei kann beispielsweise im Entleiherbetrieb sowohl dem unmittelbar Verantwortlichen als auch dem Betriebsinhaber, den Mitgliedern des Vorstandes oder der Geschäftsführung sowie den vertretungsberechtigten Gesellschaftern (einer Personengesellschaft) eine **Geldbuße** gemäß § 16 Abs. 1 und Abs. 2 AÜG, §§ 9, 130 OWiG auferlegt werden (z. B. Einsatz ohne Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis bis zu 30.000 Euro, Einsatz ausländischer Leiharbeitnehmer ohne entsprechende Erlaubnis bis zu 500.000 Euro). Dies gilt auch für sonstige für den Personaleinsatz verantwortliche Führungskräfte, wenn ihnen eine Verletzung der Aufsichtspflicht vorgeworfen werden kann.

Zudem wird der von dem Unternehmen durch die unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung erlangte **Vermögensvorteil** durch eine Geldbuße **abgeschöpft** (vgl. §§ 30, 17 Abs. 4 OWiG), was teilweise aufgrund überhöhter Schätzungen geschieht und daher zu empfindlichen wirtschaftlichen Einbußen führen kann.

²³³ BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 8 AÜG Rn. 214.

²³⁴ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 9 AÜG Rn. 64; BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 96.

Außerdem erfolgt eine **Eintragung in das Gewerbezentralregister** (§ 149 Abs. 2 Nr. 3 Gewerbeordnung). Eine solche Eintragung kann auch zur Folge haben, dass die Firma keine öffentlichen Aufträge mehr erhält.

Im Falle der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung kann unter Umständen auch an **§ 266a StGB** einschlägig sein, der eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vorsieht.²³⁵ Nach § 266a Abs. 1 StGB wird bestraft, wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, **vorsätzlich vorenthält**. Nach § 266a Abs. 2 StGB wird der Arbeitgeber ebenso bestraft, wenn er der für den Einzug der Beiträge zuständigen Stelle über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen vorsätzlich unrichtige oder unvollständige Angaben macht (Nr. 1) oder die zuständige Stelle pflichtwidrig über sozialversicherungsrechtlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis lässt (Nr. 2). Auch eine strafrechtliche Sanktion wegen eines Verstoßes gegen **§§ 370, 380 AO** kann in diesem Fall einschlägig sein.²³⁶

b) Ausschlussfristen und Verjährung

aa) Ausschlussfristen

Soweit der Leiharbeitnehmer Entgeltdifferenzansprüche für die Vergangenheit geltend macht, können ggf. beim Entleiher anzuwendende tarifliche **Ausschlussfristen** greifen. Allerdings setzt die Anwendung der tariflichen Ausschlussfristen beidseitige Tarifbindung voraus. Zudem wird vertreten, dass die Ausschlussfristen erst dann beginnen, sobald die Arbeitgeberstellung des Entleihers gegenüber dem Arbeitnehmer klargestellt worden ist.²³⁷ Vertragliche Ausschlussfristen kommen mangels vertraglicher Grundlage nicht in Betracht. Solche Fristen finden auch nicht über den Grundsatz der gleichen Arbeitsbedingungen nach § 10 Abs. 1 Satz 4 AÜG Anwendung.²³⁸

bb) Verjährung

Unabhängig vom Bestehen einer Ausschlussfrist kann sich der Entleiher auf die **Verjährung** berufen. Diese richtet sich nach den §§ 194 ff. BGB. Es gilt nach § 195 BGB die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren. Der Beginn der regelmäßigen Verjährungsfrist ergibt sich wiederum aus § 199 BGB. Der Lauf der regelmäßigen Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste

c) Haftung für Sozialversicherungsbeiträge

Bei einer rechtswidrigen und damit unwirksamen (verdeckten) Arbeitnehmerüberlassung können ab dem Zeitpunkt der Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher **nebeneinander** ein faktisches (unwirksames) Arbeitsverhältnis zum Verleiher und ein fingiertes neues Arbeitsverhältnis zum Entleiher bestehen, wenn alle beteiligten Vertragsparteien diese Fiktion nicht erkennen bzw. in der Praxis nicht umsetzen, etwa durch Abgabe einer Festhaltungserklärung.²³⁹

Aufgrund der Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist zwar grundsätzlich der Entleiher Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers und daher gemäß § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV

²³⁵ Lembke, NZA 2018, 393, 396.

²³⁶ Lembke, NZA 2018, 393, 396.

²³⁷ BAG v. 27.07.1983 – 5 AZR 194/81.

²³⁸ BAG v. 23.03.2011 – 5 AZR 7/10.

²³⁹ KassKomm/Wehrhahn, 4. Aufl., § 28e SGB IV Rn. 22.

zahlungspflichtig bezüglich des Gesamtsozialversicherungsbeitrages.²⁴⁰ Es entsteht jedoch ein **Gesamtschuldverhältnis** mit dem Verleiher bezüglich des auf das Arbeitsentgelt zu zahlenden Gesamtsozialversicherungsbeitrages gemäß § 28e Abs. 2 Satz 4 SGB IV, soweit der Verleiher das vereinbarte Arbeitsentgelt gezahlt hat. Zahlt der Verleiher kein Arbeitsentgelt, so obliegt die Zahlungspflicht ausschließlich dem Entleiher.²⁴¹

Praxishinweis: Der Entleiher haftet im Gesamtschuldverhältnis nur (noch) für den „offenen“ Sozialversicherungsbeitrag. Dieser wird sich im Regelfall aus der das ursprüngliche Entgelt übersteigenden Entgeltdifferenz errechnen. Die gesamtschuldnerische Haftung ist auch dann vom Gesetzgeber angeordnet, wenn der Leiharbeitnehmer der Fiktion des Arbeitsverhältnisses nach § 9 AÜG wirksam durch eine sog. Festhaltungserklärung widersprochen hat (§ 9 Abs. 3 Satz 4 AÜG).²⁴²

²⁴⁰ BeckOK SozR/Wagner, 74. Ed., § 28e SGB IV Rn. 32.

²⁴¹ KassKomm/Wehrhahn, 4. Aufl., § 28e SGB IV Rn. 22.

²⁴² Beschlussempfehlung BT-Drs. 18/10064, S. 15.

Kapitel C: Ausnahmen vom Anwendungsbereich des AÜG

I. § 1 Abs. 1a AÜG – Abordnung zu einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE)

Diese Ausnahme zielt vorrangig auf die Fallgestaltungen, in denen sich rechtlich und wirtschaftlich unabhängige Unternehmen bei der Herstellung von Großanlagen oder bei Großbaustellen zu einer sog. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zusammenschließen, um ein gemeinsames Werk herzustellen.²⁴³ Gem. § 1 Abs. 1a Satz 1 AÜG liegt in diesem Fall dann keine Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn

- die Abordnung zu einer zur Herstellung eines Werks gebildeten Arbeitsgemeinschaft erfolgt,
- der Arbeitgeber Mitglied dieser Arbeitsgemeinschaft ist,
- für alle Mitglieder die Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und
- alle Mitglieder zur selbstständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind.

Mit der Regelung wollte der Gesetzgeber insbesondere den Bedürfnissen der Bauwirtschaft Rechnung tragen. Der Begriff „Werk“ ist dabei i. S. v. § 631 BGB zu verstehen (siehe auch oben unter A. II. 2.). Damit sind Arbeitsgemeinschaften von der Ausnahme ausgeschlossen, deren Zweck im Ergebnis alleine auf die Erfüllung einer Dienstleistung gerichtet ist.²⁴⁴ Unschädlich für die Anwendung der Ausnahme sollen jedoch Dienstleistungen sein, die Teil der werkvertraglich geschuldeten Leistung der ARGE sind, z. B. die Bauleitung im Rahmen eines Werks. Voraussetzung ist hierbei, dass die zu erbringende Leistung auch tatsächlich entsprechend dem Vertrag zwischen der ARGE und dem Vertragspartner der ARGE abgewickelt wird.²⁴⁵

Die Ausnahme greift ferner dann nicht, wenn ein Mitglied keine Vertragsleistungen zur Arbeitsgemeinschaft erbringt. Die Verpflichtung zur selbstständigen Erbringung von Werkvertragsleistungen muss daher **tatsächlich** erfüllt werden. Die vertragliche Verpflichtung gegenüber der Arbeitsgemeinschaft darf sich daher nicht allein in dem Überlassen von Arbeitnehmern erschöpfen, es muss darüber hinaus vielmehr das Erbringen eines Teiles des der Arbeitsgemeinschaft obliegenden Werkes geschuldet werden.²⁴⁶ Eine alleinige Personalstellung durch einen Gesellschafter der ARGE wird von der Erlaubnisfreiheit nach § 1 Abs. 1a Satz 1 AÜG somit nicht erfasst.²⁴⁷

Für alle Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft müssen Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten. Damit soll ausgeschlossen werden, dass Unternehmen, deren Tätigkeit sich auf den Verleih von Arbeitnehmern beschränkt, als Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft die Bestimmungen des AÜG umgehen können, denn Verleihunternehmen gehören einem besonderen Wirtschaftszweig an.²⁴⁸ Unter Wirtschaftszweig ist entsprechend dem allgemeinen Sprachgebrauch ein entsprechend großer Teilbereich der Gesamtwirtschaft wie z. B. das Baugewerbe, die Chemische Industrie oder die Metallindustrie gemeint.²⁴⁹ Maßgeblich soll

²⁴³ BT-Drs. 10/3923, S. 31 f.; umfassend hierzu auch BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 25 ff..

²⁴⁴ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 169.

²⁴⁵ Vgl. hierzu und zum Beispiel der Bauleitung BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 27.

²⁴⁶ BT-Drs. 10/3923, S. 32.

²⁴⁷ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 26.

²⁴⁸ BT-Drs. 10/3923, S. 32.

²⁴⁹ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 26; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 172.

dabei die Zuständigkeit der nach dem Industrieverbandsystem des DGB organisierten Einzelgewerkschaften bzw. der einzelnen Arbeitgeberverbände sein.²⁵⁰

Für einen Arbeitgeber mit Geschäftssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes enthält § 1 Abs. 1a Satz 2 AÜG eine Besonderheit. Für ihn ist die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft auch dann keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn für ihn die deutschen Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges nicht gelten, er aber die übrigen Voraussetzungen des § 1 Abs. 1a Satz 1 AÜG erfüllt. Für die Zugehörigkeit zum selben Wirtschaftszweig kommt es darauf an, zu welchem Wirtschaftszweig der ausländische Betrieb nach seiner Gesamttätigkeit im Europäischen Wirtschaftsraum gehört.²⁵¹

II. Ausnahmen nach § 1 Abs. 3 AÜG

Bestimmte Fallgestaltungen werden gemäß § 1 Abs. 3 AÜG vom Anwendungsbereich des AÜG **teilweise ausgenommen**. Ausdrücklich finden dann **nur** die Normen des § 1b Satz 1, des § 16 Abs. 1 Nr. 1b und Abs. 2 bis 5 sowie die §§ 17 und 18 AÜG Anwendung.

Neben den für die M+E-Branche nicht relevanten Ausnahmen für den öffentlichen Dienst (Nr. 2b und Nr. 2c) unterfallen die folgenden Fallgestaltungen dieser Ausnahmeregelung:

1. § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG – Überlassung zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassung

Das AÜG findet nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG keine Anwendung, wenn

- die Arbeitnehmerüberlassung zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen erfolgt,
- ein für den Entleiher und Verleiher geltender Tarifvertrag dies vorsieht und
- die Arbeitgeber demselben Wirtschaftszweig angehören.

Die Ausnahme greift nur ein, wenn ein Tarifvertrag die Möglichkeit der Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich vorsieht.²⁵² Für Verleiher und Entleiher muss dabei nach überwiegender Auffassung in der Literatur und der Auslegungspraxis der Bundesagentur für Arbeit nicht derselbe Tarifvertrag gelten.²⁵³ Es müssen aber jeweils in dem Tarifvertrag des Verleihers und des Entleihers Regelungen zum Personalaustausch getroffen sein.²⁵⁴ Zudem bleibt es auch hier bei der Voraussetzung „desselben Wirtschaftszweigs“ (hierzu bereits zuvor unter I.). Nach dem Zweck der Vorschrift genügt nicht die subjektive Absicht des Verleihers, sondern die Arbeitnehmerüberlassung muss objektiv geeignet sein, Kurzarbeit oder Entlassungen zu verhindern. Zur Auslegung der beiden Begriffe kann auf die §§ 95 ff. SGB III bzw. auf die Rechtsprechung zur Betriebsänderung (§ 111 BetrVG) und Massenentlassung (§ 17 KSchG) zurückgegriffen werden.²⁵⁵

2. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG – Konzernprivileg

Ebenfalls ausgenommen vom Anwendungsbereich des AÜG ist die Überlassung

- von Arbeitnehmern zwischen Konzernunternehmen im Sinne von § 18 Aktiengesetz,

²⁵⁰ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 172.

²⁵¹ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 26.

²⁵² BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 34.

²⁵³ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 211.

²⁵⁴ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 34.

²⁵⁵ Thüsing/Waas, 4. Aufl., § 1 AÜG Rn. 217 f.; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 212.

- soweit der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird.

Der Ausnahmetatbestand soll den vorübergehenden Einsatz von Arbeitnehmern bei anderen Konzernunternehmen ohne bürokratische Hürden ermöglichen.²⁵⁶ In diesem Fall ist nämlich nur „der interne Arbeitsmarkt des Konzerns betroffen [und] eine soziale Gefährdung der Leiharbeitnehmer nicht gegeben.“²⁵⁷

Trotz des Bezugs auf das Aktiengesetz muss es sich bei den Konzernunternehmen nicht um Aktiengesellschaften handeln.²⁵⁸ Voraussetzung ist nach der Gesetzesfassung lediglich, dass es sich um mindestens zwei rechtlich selbstständige Unternehmen unter einheitlicher Leitung handelt.²⁵⁹ Der Konzern kann sowohl ein Überordnungskonzern (§ 18 Abs. 1 AktG) als auch ein Gleichordnungskonzern (§ 18 Abs. 2 AktG) sein.²⁶⁰

Der Arbeitnehmer darf nach Auslegung des BAG **nicht** zum Zwecke der Überlassung eingestellt **oder** beschäftigt werden.²⁶¹ Die Ergänzung stellt zunächst klar, dass die Privilegierung des Konzernverleihs nicht für die Arbeitnehmerüberlassung durch sog. Personalführungsgesellschaften als reine Verleihunternehmen gilt, deren Zweck die Einstellung und Überlassung von Personal ist.²⁶² Das Konzernprivileg greift folglich nicht, wenn der Arbeitgeber das Ziel verfolgt, den Arbeitnehmer **ausschließlich** an andere Konzernunternehmen zu überlassen, ohne die Absicht zu haben den Arbeitnehmer wieder bei sich selbst zu beschäftigen.²⁶³ Zudem soll sichergestellt werden, dass es nicht allein auf den bei Abschluss des Arbeitsvertrages festgelegten Leistungsinhalt ankommt, sondern ebenfalls maßgeblich ist, dass der Arbeitnehmer auch nicht später allein zum Zwecke der Überlassung beschäftigt wird.²⁶⁴ Deshalb ist nach Auffassung des BAG ein Beschäftigter (jedenfalls) dann regelmäßig zum Zwecke der Überlassung beschäftigt, wenn er seit Beschäftigungsbeginn über mehrere Jahre hinweg durchgehend als Leiharbeitnehmer eingesetzt wird.²⁶⁵ Eine solche Praxis indiziere einen entsprechenden Beschäftigungszweck.²⁶⁶

Für die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs ist es damit unschädlich, wenn der Arbeitnehmer z. B. aufgrund einer Konzernversetzungsklausel auch – aber eben nicht ausschließlich – als Leiharbeitnehmer eingesetzt werden kann und er auch nicht ausschließlich als Leiharbeitnehmer eingesetzt werden soll.²⁶⁷

Beispiel:

Der konzernintern überlassene Arbeitnehmer wird als „normaler“ Arbeitnehmer eingestellt und beschäftigt, er wird jedoch aufgrund einer Konzernversetzungsklausel auch als Leiharbeitnehmer in einem anderen Konzernunternehmen im Rahmen einer Karriereentwicklungsmaßnahme eingesetzt.²⁶⁸

²⁵⁶ Vgl. zur Gesetzesbegründung BT-Drs. 10/3206, S. 33; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 217.

²⁵⁷ So die Gesetzesbegründung BT-Drs. 10/3206, S. 33.

²⁵⁸ BAG v. 05.05.1988 – 2 AZR 795/87.

²⁵⁹ ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 75.

²⁶⁰ Zu weiteren Einzelheiten und möglichen gesellschaftsrechtlichen Konstellationen auch BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 34 f..

²⁶¹ BAG v. 12.11.2024 – 9 AZR 13/24 (PM).

²⁶² BT-Drs. 17/4804, S. 8.

²⁶³ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 222.

²⁶⁴ BT-Drs. 17/4804, S. 8.

²⁶⁵ BAG v. 12.11.2024 – 9 AZR 13/24 (PM).

²⁶⁶ BAG v. 12.11.2024 – 9 AZR 13/24 (PM).

²⁶⁷ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 222

²⁶⁸ Vgl. Lembke, DB 2011, 414.

Praxishinweis: Die Berufung auf das Konzernprivileg ist in der Praxis nicht gänzlich ohne Risiko. Die Regelung wird in der juristischen Fachliteratur teilweise für europarechtswidrig gehalten, weil die europäische Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG keine Ausnahmetatbestände für konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG enthalte.²⁶⁹ Der Gesetzgeber selbst ging hingegen ausdrücklich von der Vereinbarkeit der Regelung mit der Leiharbeitsrichtlinie aus.²⁷⁰ Diese Einschätzung unterstützend wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass der Vorgang einer konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung bereits nicht vom Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie umfasst sei.²⁷¹ Eine Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2023 spricht ebenfalls gegen die Unionsrechtswidrigkeit des Konzernprivilegs.²⁷²

Nach zutreffender und zugleich pragmatischer Auffassung des LAG Niedersachsen könne hingegen offenbleiben, ob das Konzernprivileg europarechtswidrig ist. Die klare und eindeutige deutsche Regelung könne nicht anderslautend europarechtskonform ausgelegt werden und sei daher weiterhin **anzuwenden**.²⁷³ Dies hätte für die Praxis zur Folge, dass die zuständigen Behörden und Gerichte nach dem aktuell geltenden Recht an das Konzernprivileg weiterhin gebunden sind.²⁷⁴ Das BAG hat in der Revision gegen eine der Entscheidungen des LAG Niedersachsen²⁷⁵ nunmehr entschieden. Der bislang nur vorliegenden Pressemitteilungen lassen sich aber keine Ausführungen zur europarechtlichen Zulässigkeit des Konzernprivilegs entnehmen. Entsprechend fehlen auch Aussagen, ob und wenn ja inwieweit § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG einer europarechtskonformen Auslegung zugänglich ist.²⁷⁶ Diese Frage war für das BAG jedenfalls auch nicht entscheidungserheblich,²⁷⁷ sodass nicht davon auszugehen ist, dass die Entscheidung die Frage der (generellen) Zulässigkeit des Konzernprivilegs abschließend klären wird. Die beiden anderen Entscheidungen des LAG Niedersachsen,²⁷⁸ bei denen es vermutlich auf die generelle Zulässigkeit des Konzernprivilegs angekommen wäre, wurden vor dem BAG verglichen, so dass es hier ebenfalls nicht zu einer abschließenden Klärung gekommen ist.²⁷⁹ Die Rechtslage ist daher weiterhin nicht höchstrichterlich geklärt, so dass es bei Anwendung des Privilegs einer internen Risikoabwägung bedarf. Eine vorherige Beratung durch den Verband wird empfohlen.

3. § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG – Gelegentliche Überlassung zwischen Arbeitgebern

Die Regeln des AÜG finden ferner dann keine Anwendung zwischen Arbeitgebern, wenn zwischen Arbeitgebern,

²⁶⁹ Hamann/Schüren, 6. Aufl., § 1 AÜG Rn. 634 m. w. N.; wohl auch BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 203 sowie ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 74, der aber zugleich auf die fehlenden Rechtsfolgen daraus verweist; zum Ganzen auch Lembke, NZA 2024, 153, 160.

²⁷⁰ BT-Drs. 17/4804, S. 8.

²⁷¹ Happ/Krämer, BB 2023, 2164, 2165 unter Verweis auf EuGH v. 22.6.2023 – C-427/21; Oberthür, ArbRB 2023, 246, 247; Straube/Fischer, DB 2023, 2564, 2567.

²⁷² EuGH v. 22.6.2023 – C-427/21; so auch Lembke NZA 2024, 153, 160, der diese Entscheidung allerdings kritisiert.

²⁷³ LAG Niedersachsen v. 09.11.2023 – 5 Sa 178/23; LAG Niedersachsen v. 12.02.2023 – 5 Sa 212/22; LAG Niedersachsen v. 12.01.2023 – 5 Sa 213/22; zustimmend auch Lembke NZA 2024, 153, 160.

²⁷⁴ Wypych/Boberg, BB 2023, 1460, 1462.

²⁷⁵ LAG Niedersachsen v. 09.11.2023 – 5 Sa 178/23.

²⁷⁶ BAG v. 12.11.2024 – 9 AZR 13/24 (PM).

²⁷⁷ BAG v. 12.11.2024 – 9 AZR 13/24 (PM).

²⁷⁸ LAG Niedersachsen v. 12.02.2023 – 5 Sa 212/22; LAG Niedersachsen v. 12.01.2023 – 5 Sa 213/22.

²⁷⁹ Vgl. hierzu die jeweiligen Mitteilungen des BAG zu den unter den Aktenzeichen 9 AZR 111/23 und 9 AZR 110/23 geführten Verfahren.

- die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und
- der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird.

„Gelegentlich“ bezieht sich nicht auf die Dauer des Einsatzes, sondern darauf, ob die Übernahme planmäßig oder nur gelegentlich, bei besonderem Bedarf, erfolgt.²⁸⁰ Weiterhin ist erforderlich, dass der überlassene Arbeitnehmer **nicht zum Zweck der Überlassung** eingestellt und beschäftigt wird. Zur Auslegung dieser Anforderung kann aufgrund der insoweit gleichlautenden Regelung beim sog. Konzernprivileg auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden (vgl. zuvor unter 2.).

Nach Auffassung des Gesetzgebers sowie der Auslegungspraxis der Bundesagentur für Arbeit sind an die Ausnahme **strenge Anforderungen** zu stellen. Durch die Ausnahmegvorschrift sollen danach nur gelegentlich auftretende Überlassungsfälle ausgeklammert werden („Bagatellfälle“), beispielsweise der Fremdeinsatz aufgrund eines kurzfristigen Spitzenbedarfes eines anderen Unternehmens.²⁸¹

Eine lediglich gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung liegt deshalb wohl nur dann vor, wenn das überlassende Unternehmen den Arbeitnehmer nur **ausnahmsweise** und nicht wiederholt demselben Entleiher zur Arbeitsleistung überlässt.²⁸² Die Grenze einer „gelegentlichen“ Überlassung soll nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung jedenfalls dann nicht überschritten sein, wenn die Leiharbeit nicht mehr als 10 Prozent des vom Verleiher im Rahmen seiner unternehmerischen Tätigkeit insgesamt verantworteten Arbeitszeitvolumens beträgt.²⁸³

Praxishinweis: Höchststrichterlich ist diese Frage noch nicht geklärt, so dass sich eine eher restriktive Auslegung der Privilegierung empfiehlt. Auch hier sollte eine vorherige Beratung durch den Verband erwogen werden.

Zudem ist auch bei diesem Ausnahmetatbestand umstritten, ob er mit der europäischen Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG vereinbar ist, da diese für gelegentliche Aushilfen keinen ausdrücklichen Ausnahmetatbestand vorsieht. Die Anwendbarkeit der Leiharbeitsrichtlinie kann hier – wie beim Konzernprivileg (vgl. zuvor unter 2.) – mit guten Gründen verneint werden, weshalb u. E. keine Zweifel an der Vereinbarkeit mit europäischem Recht bestehen.²⁸⁴

4. § 1 Abs. 3 Nr. 3 AÜG – Auslandsverleih aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarungen

Ein weiterer Ausnahmetatbestand greift bei Arbeitnehmerüberlassung

- in das Ausland,
- soweit der Leiharbeitnehmer in ein auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen begründetes deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen verliehen wird,
- an dem der Verleiher beteiligt ist.

²⁸⁰ ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 77.

²⁸¹ BT-Drs 17/4808, S. 8; BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 36; kritisch zur engen Auslegung Annuß, NZA 2022, 1578, 1581.

²⁸² Leuchten, NZA 2011, 608; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 225.

²⁸³ So etwa die Auslegung von Annuß, NZA 2022, 1578, 1581.

²⁸⁴ So auch ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 1 AÜG Rn. 77 unter Verweis auf EuGH v. 22.6.2023 – C-427/21.

Hiervon erfasst ist nur die Entsendung eines oder mehrerer Arbeitnehmer durch ein im Inland ansässiges Unternehmen ins Ausland. Ein Verleih vom Ausland nach Deutschland ist über diese Ausnahmegvorschrift daher nicht möglich.²⁸⁵

Voraussetzung für die Ausnahme ist ferner, dass der Verleih an ein deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen erfolgt, das auf der Grundlage zwischenstaatlicher Vereinbarungen gegründet worden ist.

Beispiel:

Zwei selbstständige Unternehmen (darunter ein deutsches und ein ausländisches) beteiligen sich gesellschaftsrechtlich auf der Grundlage einer zwischenstaatlichen Vereinbarung (z. B. deutsch-chinesischer Investitionsförderungs- und -schutzvertrag vom 01.12.2003, BGBl. 2005 II, S. 732) an einem weiteren, rechtlich selbstständigen Unternehmen (mit Sitz im Ausland), um ein **Joint Venture** zu gründen (z. B. zum Bau eines Montagewerks zur Produktion von Autos). Das deutsche Unternehmen entsendet im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung einen Mitarbeiter an das Gemeinschaftsunternehmen.

Die Staatsangehörigkeit des verliehenen Leiharbeitnehmers ist gleichgültig, ebenfalls die Dauer des Verleihs an das Gemeinschaftsunternehmen. Auch die Größe des Anteils des deutschen Verleihers an dem Gemeinschaftsunternehmen ist unbeachtlich. Es müssen aber immer die in einer zwischenstaatlichen Vereinbarung festgelegten Voraussetzungen für ein deutsch-ausländisches Gemeinschaftsunternehmen vorliegen.²⁸⁶

²⁸⁵ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 38; vgl. zu grenzüberschreitenden Sachverhalten auch unter Kapitel D.

²⁸⁶ So ausdrücklich die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 13/4941, S. 248.

Kapitel D: Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung

Das AÜG folgt dem Territorialitätsprinzip und gilt damit nur für das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland. Die Erlaubnis ist, soweit keine der oben genannten Ausnahmen vorliegt, damit auch dann erforderlich, wenn Arbeitnehmer ins Ausland oder vom Ausland ins Inland verliehen werden.

Grundsätzlich bedürfen **ausländische Verleiher**, die Arbeitnehmer an Betriebe in der Bundesrepublik verleihen wollen, neben einer ggf. erforderlichen Erlaubnis ihres Heimatstaates, auch der **Erlaubnis der deutschen Arbeitsverwaltung**.²⁸⁷

Eine Erlaubnis der deutschen Behörde ist dann nicht erforderlich, wenn ein ausländischer Verleiher ausländische Arbeitnehmer an einen **Entleiher im Ausland** überlässt. Es handelt sich hierbei um einen reinen Auslandssachverhalt. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der ausländische Entleiher seinen Leiharbeiter im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen in Deutschland einsetzt.²⁸⁸ Dies betrifft allerdings ausschließlich den Verleih im Ausland, an den sich dann eine Entsendung durch den (ebenfalls im Ausland ansässigen) Entleiher im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages nach Deutschland anschließt (zu den sog. Employer of record-Modellen vgl. unten unter IV. 2.).²⁸⁹

Praxishinweis: Ist die Überlassung an einen ausländischen Arbeitgeber beabsichtigt, müssen zusätzlich eventuelle Beschränkungen und Zulässigkeitsvoraussetzungen der Leiharbeit im Einsatzstaat berücksichtigt werden.

I. Arbeitnehmerüberlassung innerhalb der EU/EWG-Mitgliedsstaaten

1. Grundsatz

Ein in einem EU-Mitgliedstaat ansässiger Verleiher bedarf einer Erlaubnis, wenn er Leiharbeiter an einen Entleiher in Deutschland überlässt. Diese Erlaubnis wird unter den gleichen Voraussetzungen erteilt wie bei inländischen Unternehmen (§ 3 Abs. 4 AÜG). Selbiges gilt für die Vertragsstaaten des EWR (Island, Liechtenstein, Norwegen).

Praxishinweis: Die Gleichstellung der EU/EWR-Mitgliedstaaten wird jedoch dahingehend eingeschränkt, dass die Gesellschaft oder juristische Person des Leiharbeitgebers, welche weder ihre Hauptverwaltung noch ihre Hauptniederlassung innerhalb der EU/EWG-Mitgliedstaaten hat, mit ihrer Tätigkeit in tatsächlicher und dauerhafter Verbindung mit der Wirtschaft eines EU/EWG-Mitgliedstaates stehen muss (§ 3 Abs. 4 Satz 3 AÜG). In diesen Fällen muss somit genau untersucht werden, ob das Erlaubnisprivileg greift. Dies ist der Fall, wenn die Gesellschaft oder juristische Person **bereits vor Stellung des Antrags auf Verleiherlaubnis** in irgendeiner Weise am Wirtschaftsleben eines EU/EWR-Mitgliedstaates teilgenommen hat, z. B. wenn ein Produktions-, Handels- oder Dienstleistungsbetrieb besteht. Diese Teilnahme am Wirtschaftsleben muss von anhaltender Dauer sein und darf nicht nur gelegentlich stattgefunden haben.²⁹⁰

2. Keine Fiktion des Arbeitsverhältnisses bei Unwirksamkeit

Findet das AÜG auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt Anwendung und werden dessen Voraussetzungen durch einen im Ausland ansässigen Verleiher bzw. einen deutschen Entleiher **nicht beachtet** (z. B. fehlen einer erforderlichen Verleiherlaubnis nach dem AÜG),

²⁸⁷ Zum Ganzen BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 64 ff.

²⁸⁸ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 65.

²⁸⁹ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 65.

²⁹⁰ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 3 AÜG Rn. 59.

kommt es – anders als bei nationalen Sachverhalten – nicht zu der Rechtsfolge der Fiktion des Arbeitsverhältnisses mit dem (deutschen) Entleiher nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, wenn das Leiharbeitsverhältnis dem **Recht eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union unterliegt**.²⁹¹ Grund hierfür ist, dass nach zutreffender Auffassung des BAG²⁹² die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG a. F. **auch bei einem Auslandsbezug** zwingend voraussetzt, dass der zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer geschlossene Arbeitsvertrag infolge einer i. S. v. § 1 AÜG a. F. unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung nach § 9 Nr. 1 AÜG a. F. unwirksam ist. Unter diesen Voraussetzungen trete das gesetzlich begründete Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer an die Stelle des unwirksamen Vertragsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer. Ein Nebeneinander von fortbestehendem Leiharbeitsverhältnis und fingiertem Arbeitsverhältnis sehe § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht vor. § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG a. F. sei aber **nicht anwendbar**, wenn das Leiharbeitsverhältnis dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliege, und gelte auch nicht vorrangig, da es sich bei § 10 Abs. 1 i. V. m. § 9 Nr. 1 AÜG a. F. nicht um eine Bedingung für die Überlassung von Arbeitskräften i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 4 AEntG handelt.²⁹³ Zudem ist § 9 Abs. 1 Nr. AÜG a. F. auch keine international zwingenden Regelung i. S. d. Art. 9 Rom-I-VO, die unabhängig von dem geltenden Recht bei internationalen Sachverhalten anzuwenden sind.²⁹⁴ Daher wird beispielsweise durch die Verletzung der Erlaubnispflicht nach dem AÜG der ausländische Leiharbeitsvertrag nicht nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam, wenn dieser ausländischem Recht eines anderen Mitgliedstaates der EU unterliegt.

Auch wenn sich die vorgenannten Ausführungen aus einer Entscheidung des BAG ergeben, welcher noch die Fassung des AÜG vor der Reform im Jahr 2017 zu Grunde lag, gelten die Aussagen nach der zutreffenden Auslegungspraxis der Bundesagentur **auch für die derzeit geltende Fassung des AÜG**.²⁹⁵ Dies ergibt sich zum einen daraus, dass das BAG in seiner Entscheidung als ergänzendes Argument auch das durch die Gesetzesreform eingefügte Festhalterrecht in § 9 AÜG berücksichtigt hat.²⁹⁶ Zum anderen hat sich das Grundprinzip der Fiktion des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher bei einer unwirksamen Arbeitnehmerüberlassung durch die Gesetzesreform nicht geändert, weshalb die ausgeführte Argumentation auf die neue Rechtsprechung entsprechend Anwendung findet.²⁹⁷ Das gilt auch für die durch die Gesetzesreform ergänzten Unwirksamkeitsgründe in § 9 Abs. 1 Nr. 1a (Verletzung der Bezeichnungs- und Konkretisierungspflicht) und 1b (Überlassungshöchstdauer) AÜG.²⁹⁸

Praxishinweis: Durch Vereinbarung einer Rechtswahl gem. Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 8 Abs. 1 Rom-I-VO kann bei der Gestaltung von grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassungsverträgen die Anwendbarkeit von deutschem Recht vereinbart werden. Ob die Rechtswahl nach den Voraussetzungen des Art. 8 Rom-I-VO wirksam ist, bedarf einer eingehenden Prüfung.²⁹⁹ Die **vorherige Beratung** durch den Verband wird empfohlen.

²⁹¹ BAG v. 26.04.2022 – 9 AZR 139/21; BAG v. 26.04.2022 – 9 AZR 228/21.

²⁹² BAG v. 26.04.2022 – 9 AZR 139/21; BAG v. 26.04.2022 – 9 AZR 228/21.

²⁹³ BAG v. 26.04.2022 – 9 AZR 228/21; Lembke, NZA 2024, 153, 161; BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 95 sowie S. 98.

²⁹⁴ BAG v. 26.04.2022 – 9 AZR 228/21; Ulrici, EuZA 2024, 121, 134 f..

²⁹⁵ Vgl. auch BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 95 sowie S. 98.

²⁹⁶ Ulrici, EuZA 2024, 121, 138.

²⁹⁷ Ulrici, EuZA 2024, 121, 138.

²⁹⁸ Ulrici, EuZA 2024, 121, 138; Lembke, NZA 2024, 153, 161.

²⁹⁹ Dazu instruktiv BAG v. 26.04.2022 – 9 AZR 228/21, Rn. 31 ff..

II. Verleiher aus Drittstaaten

Grundsätzlich ist Verleiher aus sog. **Drittstaaten**³⁰⁰ die Erlaubnis zum Verleih von Leiharbeitnehmern zu versagen (§ 3 Abs. 2 AÜG). Allerdings erfolgt eine Gleichstellung zu deutschen Staatsangehörigen und deutschen Gesellschaften bzw. juristischen Personen dann, wenn sich diese aufgrund eines internationalen Abkommens³⁰¹ in Deutschland niederlassen und hierbei sowie bei ihrer Geschäftstätigkeit nicht weniger günstig behandelt werden dürfen als deutsche natürliche und juristische Personen (§ 3 Abs. 5 AÜG).

III. Ausländerbeschäftigung

Ausländische Leiharbeitnehmer aus sog. Drittstaaten **außerhalb** der Europäischen Union (ausgenommen Island, Liechtenstein und Norwegen als Mitglieder des EWR) dürfen in der Bundesrepublik grundsätzlich ohne Genehmigung keine Beschäftigung ausüben. Die Entscheidung, welche Arbeitnehmer grenzüberschreitend verliehen werden können, richtet sich dabei grundsätzlich nach den Bestimmungen des **Arbeitserlaubnisrechts**.

Das ehemals doppelt ausgestaltete Genehmigungsverfahren für die Aufenthaltsgenehmigung (Ausländerbehörde) einerseits und die Arbeitsgenehmigung (Arbeitsverwaltung) andererseits ist weggefallen und wurde durch ein konzentriertes Verwaltungsverfahren ersetzt (sog. one-stop-shop-Verfahren). Die §§ 285 und 286 SGB III wurden dazu aufgehoben. Stattdessen hat die Ausländerbehörde nun mit der Entscheidung über eine Aufenthaltserlaubnis auch zu entscheiden, ob und in welchem Umfang eine Erwerbstätigkeit nach den Vorgaben des Aufenthaltsgesetzes und der Verordnungen gem. § 42 AufenthG erlaubt wird.

Von dem Genehmigungserfordernis ausgenommen sind Ausländer, die eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis oder eine Aufenthaltsberechtigung besitzen, und Ausländer, für die aufgrund zwischenstaatlicher Vereinbarungen oder aufgrund von besonderen Rechtsvorschriften eine solche Genehmigung nicht erforderlich ist (§ 284 SGB III i. V. m. AufenthG/Beschäftigungsverordnung).

Seit dem 06.08.2019 können **Asylbewerber und geduldete Personen** in Deutschland generell in Leiharbeit beschäftigt werden. Das grundsätzliche Leiharbeitsverbot für diese Gruppe der Drittstaatsangehörigen war bereits im Jahr 2015 befristet in den meisten Agenturbezirken der Bundesagentur für Arbeit gelockert worden. Frühestens nach einer Wartefrist von drei Monaten können sie daher jede Beschäftigung auch in Leiharbeit aufnehmen. Die Pflicht zur Vorrangprüfung durch die Bundesagentur für Arbeit ist dafür bundesweit entfallen. Eine Erlaubnis durch die Ausländerbehörde ist aber für alle Beschäftigungen weiterhin erforderlich. Es bleibt auch bei der Pflicht zur Prüfung der Arbeitsbedingungen und der erforderlichen Anerkennung ausländischer Berufsabschlüsse.

Ein generelles Beschäftigungsverbot besteht zudem in den ersten sechs Monaten, wenn der Ausländer verpflichtet ist, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen. Für Geduldete besteht ggf. ein gesetzliches Beschäftigungsverbot, z. B. wenn sie ihre Mitwirkungspflichten zur Ausreise (insbesondere Vorlage von Ausweisdokumenten) verletzt haben. Arbeitsverbote gelten zudem für Personen aus sicheren Herkunftsstaaten, für Personen mit als offensichtlich

³⁰⁰ Staaten, die nicht zu den EU/EWR-Mitgliedstaaten gehören. Die Schweiz ist den EWR-Staaten gleichgestellt.

³⁰¹ Derartige Assoziierungsabkommen der EU bestehen zurzeit z. B. mit der Türkei (Ankara-Abkommen: 1963) und den Westbalkanstaaten (Mazedonien: 2005; Bosnien-Herzegowina: 2008; Montenegro: 2012; Serbien: 2014; Albanien: 2014; Kosovo: 2014). Zudem sind ähnliche Vereinbarungen mit drei Ländern der Östlichen Partnerschaft (Ukraine, Georgien und der Republik Moldau) getroffen worden.

unbegründet oder unzulässig abgelehnten Asylanträgen sowie für Personen, die über ihre Identität getäuscht haben.

Der **Entleiher**, der einen ausländischen Leiharbeitnehmer beschäftigt, dem die erforderliche Genehmigung nicht erteilt worden ist, kann mit einer **Geldbuße** von bis zu 500.000 Euro belegt werden, in besonderen Fällen drohen auch Freiheits- und Geldstrafen (vgl. §§ 15a und 16 Abs. 1 Nr. 2 AÜG). Außerdem haftet der Entleiher für die Kosten der Ab- oder Zurückschiebung des Ausländers (§ 66 Abs. 4 AufenthG), wenn der Verleiher nicht die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besitzt.³⁰²

Praxishinweis: Vom Verleiher sollte zwingend **Auskunft** über die Staatsangehörigkeit der Leiharbeitnehmer und zum Nachweis der Arbeitsberechtigung der Aufenthaltstitel oder die Voraussetzungen für die Befreiung von der Genehmigungspflicht gefordert werden.

Zudem sollte man sich unbedingt später den Aufenthaltstitel bzw. die Berechtigung vom Drittstaatsangehörigen selbst vorlegen lassen, um im Rahmen der Entleiherpflichten auch tatsächlich prüfen zu können, ob die Erwerbstätigkeit im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung gestattet ist. In jedem Aufenthaltstitel ist direkt vermerkt, ob und in welchem Umfang eine Erwerbstätigkeit ausgeübt werden darf! Außerdem sollte man eine Kopie des Aufenthaltstitels zur Akte nehmen und auch das Gültigkeitsdatum des Aufenthaltstitels notieren.

IV. Weitere Sachverhalte mit Auslandsbezug

1. Sog. Remote-Arbeit aus dem Ausland heraus

Noch offen und ebenfalls nicht abschließend entschieden ist bislang die Frage, wie der Inlandsbezug bei Auslandssachverhalten zu bewerten ist, wenn ein Arbeitnehmer seine weisungsabhängige Arbeitsleistung für ein inländisches Unternehmen im Rahmen von sog. **remoter Arbeit** mittels Informations- und Kommunikationstechnik aus dem Ausland heraus ausschließlich „virtuell“ erbringt. Hierbei sind folgende – auch für M+E-Unternehmen **relevante** – Fallgestaltungen denkbar:

- Sog. Employer of record-Modelle bei remoter Arbeit des Arbeitnehmers aus dem Ausland heraus (vgl. hierzu sogleich gesondert unter 2.).
- Verträge mit externen Dienstleistern, die über einen Servicevertrag aus dem Ausland für das inländische Unternehmen virtuell arbeiten, z. B. Dienstleister mit Personal im Ausland erbringt virtuelle IT-Services für Unternehmen in Deutschland in einem gemischten Team an einem IT-Projekt mit Ursprung ebenfalls in Deutschland.
- Neben IT-Dienstleistungen sind weitere Serviceaufträge aus dem Ausland denkbar, die unter diese Konstellation fallen können, zum Beispiel Consulting-/Beratungsaufträge jeglicher Art, die virtuell über Teams aus dem Ausland erfolgen oder technischer Support aus dem Ausland über Serviceverträge z. B. für Produktionsanlagen im Inland.
- Denkbar sind auch bestimmte Konstellationen der Zusammenarbeit von Konzernunternehmen. Insbesondere im IT-Bereich, aber nicht ausschließlich dort, gründen Konzernunternehmen teilweise Tochterunternehmen im Ausland, um dort fachkundiges Personal zu rekrutieren. Häufig wird das ausländische Personal virtuell in das deutsche Team eingegliedert und weisungsgebunden den deutschen Führungskräften unterstellt (sog. länderübergreifende Matrixstrukturen).³⁰³ Teilweise übernehmen diese Führungskräfte nicht

³⁰² BVerwG v. 13.11.1979 – 1 C 31/78.

³⁰³ Bissels/Singraven, ArbRAktuell 2024, 557, 559.

nur das fachliche, sondern auch das disziplinarische Weisungsrecht (z. B. Einstellung, Entlassung, Abmahnung).

a) Bisher ganz herrschende Meinung

Dass allein der Sitz des den Arbeitnehmer einsetzenden Unternehmens in Deutschland einen hinreichenden Inlandsbezug für die Geltung des AÜG begründet, wurde bisher zu Recht mit Verweis auf das **Territorialitätsprinzip** überwiegend verneint. Nach bisher ganz h. M. muss der Zeitarbeitnehmer für die Annahme eines Inlandsbezugs **physisch** auf deutschem Boden tätig werden. Ausreichend ist hierfür auch ein vorübergehender oder nur kurzzeitiger Einsatz in Deutschland. Hingegen genügt die rein virtuelle Verwertung des Arbeitsergebnisses im Inland und/oder die „digitale“ Eingliederung in den inländischen Betrieb des Auftraggebers für einen Inlandsbezug **nicht**, sofern der Arbeitnehmer die Leistung jedenfalls physisch ausschließlich im Ausland erbringt.³⁰⁴

b) Abweichende Auffassung der Bundesagentur für Arbeit

Hingegen soll nach einer bislang vereinzelt in der Literatur vertretenen Gegenauffassung das AÜG seiner Zweckbestimmung nach auch bei solchen Konstellationen Anwendung finden, da bestimmte Tätigkeiten – insbesondere geistiger Natur – nicht mehr ortsgebunden sind und unabhängig vom Standort der Tätigkeit den Weisungen des Entleihers unterliegen können.³⁰⁵ Auch die Bundesagentur für Arbeit hat sich jüngst in ihren aktualisierten fachlichen Weisungen zum AÜG dieser Mindermeinung angeschlossen und führt hierzu aus:³⁰⁶

*„Arbeitsleistungen, die keine Anwesenheit im Betrieb oder an einem bestimmten Ort voraussetzen, die vom Arbeitnehmer eigenständig erbracht werden können und in der Regel vollständig unter Einsatz moderner Kommunikations- und Informationstechnik wie z.B. PC und Internetverbindung erledigt werden können, eignen sich grundsätzlich für ausschließliche Telearbeit bzw. für ausschließliches homeoffice. Werden Leiharbeitnehmer **ausschließlich im Ausland im homeoffice** tätig bzw. verüben sie **ausschließlich Telearbeit** in der Regel in ihrer Wohnung im Ausland, ist zu differenzieren. [...] Um den Schutz des Teilarbeitsmarkts Arbeitnehmerüberlassung zu wahren, kann bei Arbeitsleistungen, die ortsunabhängig ausschließlich im homeoffice bzw. als ausschließliche Telearbeit erbracht werden, nicht allein darauf abgestellt werden, wo sich der Leiharbeitnehmer rein körperlich befindet. Erlaubnisrechtlich ist entscheidend, ob die Überlassung Inlandsbezug aufweist. Das ist bei ortsunabhängigen Arbeitsleistungen regelmäßig der Fall, wenn die Überlassung vom Inland aus erfolgt oder der Leiharbeitnehmer virtuell für einen inländischen Entleiher tätig wird.“*

Diese neue Weisungslage führt im Ergebnis zu der Konsequenz, dass ein ausländischer Dienstleister eine **Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis** nach dem deutschen AÜG benötigt, wenn er seine im Ausland beschäftigten Arbeitnehmer ausschließlich „remote“ tätig werden lässt (z. B. IT-Services im Homeoffice) und ein deutsches Unternehmen diese „virtuelle“ Dienstleistung im Rahmen seiner inländischen Arbeitsorganisation nutzt bzw. die fremden Arbeitnehmer digital in seine inländischen Arbeitsprozesse eingliedert. Fehlt eine solche Erlaubnis nach dem AÜG, handelt es sich nach Auffassung der Bundesagentur um eine **illegale** Arbeitnehmerüberlassung, die auch für den deutschen „Entleiherbetrieb“ nach § 16 Abs. 1 Nr. 1a, Abs. 2 AÜG seitens des Zolls (vgl. § 16 Abs. 3 AÜG) mit einem Bußgeld von bis zu 30.000 Euro sanktioniert werden kann.

³⁰⁴ So etwa Pingel RdA 2023, 180, 187, Bissels/Alles/Prokop DB 2022, 1513, 1515, Corzelius/Reos NZA-RR 2023, 175, 177, Middendorf/Modrzyk, DB 2023, 709, 710; Blumauer/Niemeyer NZA 2023, 263, 265.

³⁰⁵ Schlamp, BB 2023, 948, 950; nunmehr auch BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 18a (anders und zu Recht kritisch noch die Voraufgabe).

³⁰⁶ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 11.

c) Bewertung

Diese Auffassung der Bundesagentur für Arbeit ist u. E. ein erheblicher Verstoß gegen das Territorialitätsprinzip und damit rechtswidrig und **abzulehnen**.³⁰⁷ Das Territorialitätsprinzip gilt **streng räumlich**. Das AÜG kann also nur anwendbar sein, wenn der betroffene Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung innerhalb der Landesgrenzen Deutschlands anbietet und auch tatsächlich durchführt. Das ist bei remoter/mobiler Arbeit nicht der Fall und kann auch nicht durch den vermeintlichen Schutzzweck des AÜG überwunden werden, da sonst eine beliebige und rein zweckgerichtete Ausdehnung von deutschen Regelungen auf ausländische Sachverhalte droht. Damit verbunden wäre ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Rechtssetzungsbefugnis anderer Staaten.³⁰⁸ Um die Frage der Anwendbarkeit des AÜG klar beantworten zu können, darf daher u. E. nicht auf eine zweckorientierte Betrachtung abgestellt werden, sondern auf das praktisch allein handhabbare Kriterium, ob der Zeitarbeitnehmer auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland tatsächlich physisch tätig wird. Nur für dieses Territorium ist auch eine Kontrolle durch die betroffenen Unternehmen und die Aufsicht durch die BA rechtssicher zu leisten.³⁰⁹

Nach dem u. E. teils diffusen Wortlaut der Weisung dürften dabei allerdings nur Fälle betroffen sein, in denen der ausländische Arbeitnehmer **tatsächlich ausschließlich remote** (und damit außerhalb einer festen Betriebsstätte seines ausländischen Vertragsarbeitgebers) seine Leistung erbringt.³¹⁰ Wird die Leistung in einer Betriebsstätte erbracht, dürfte nach Auffassung der Bundesagentur ein Inlandsbezug wohl nicht gegeben sein. Offen bleibt in diesem Fall aber die Frage, wie ein deutscher Auftraggeber und/oder eine Agentur für Arbeit im Fall einer Prüfung diesen Umstand nachverfolgen will. Im Regelfall ist es für den Auftraggeber uninteressant, wo die Beschäftigten seines ausländischen Dienstleisters tatsächlich ihre Arbeitsleistung erbringen. Eingekauft wird die Dienstleistung als solche und nicht eine Dienstleistung „im ausschließlichen Homeoffice“ bzw. „in einer Betriebsstätte xy“. Bereits das zeigt die faktische Undurchführbarkeit der Weisung, die hier offenbar nicht zu Ende gedacht wurde.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang schließlich auch, dass die fachlichen Weisungen der Bundesagentur in rechtlicher Hinsicht **nicht verbindlich** sind, insbesondere auch nicht für Gerichte.³¹¹ Sie sind auch keine für Gerichte verbindliche Auslegungsmethode und auch keine Kollisionsnorm bei länderübergreifenden Sachverhalten.

Praxishinweis: In der Arbeitswelt wird eine immer größere Flexibilität im Hinblick auf die Arbeitsform, die Arbeitszeit und den Arbeitsort erwartet. Die neue Weisungslage der Bundesagentur für Arbeit führt in der Praxis daher zu unnötiger Verunsicherung. Insbesondere erscheint es nicht nachvollziehbar, dass sich die Bundesagentur bei einer praxisrelevanten und richterlich noch nicht im Ansatz geklärten Frage derart offensiv einer u. E. kaum vertretbaren Mindermeinung anschließt. Zielführend wäre es daher, dass die Bundesagentur die Weisungslage an die derzeit ganz herrschende Meinung alsbald anpasst. Unklar bleibt insbesondere, ob die Weisung tatsächlich derart umfassend diverse Gestaltungen remoter Arbeit aus dem Ausland heraus pauschal umfassen soll. Angesichts der bisherigen Diskussion in der Literatur liegt es nahe, dass ggf. nur sog. klassische Employer of record-Modelle durch

³⁰⁷ So überzeugend auch Bissels/Singraven, ArbRAktuell 2024, 557, 560 ff., die unter anderem darauf verweisen, dass der Gesetzgeber seinen Willen zur Reichweite der territorialen Geltung des AÜG in § 2 Abs. 1 Nr. 4 Abs. 2 AentG deutlich zum Ausdruck gebracht und klargestellt hat, dass die allgemeinen und zwingenden Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerüberlassung nur anzuwenden sind, wenn der Arbeitnehmer im deutschen Inland beschäftigt wird.

³⁰⁸ So zutreffend Blumauer/Niemeyer NZA 2023, 263, 264; Middendorf/Modrzyk, DB 2023, 709, 710.

³⁰⁹ Vgl. auch Bissels/Singraven, ArbRAktuell 2024, 557, 560.

³¹⁰ So wohl auch Bissels/Singraven, ArbRAktuell 2024, 557, 558.

³¹¹ Vgl. nur Blumauer/Niemeyer NZA 2023, 263, 264 m. w. N..

die Auffassung der Bundesagentur adressiert werden sollen (hierzu sogleich unter 2.), auch wenn dies aus dem Wortlaut der Weisung nicht ersichtlich wird und auch insoweit aus den zuvor genannten Gründen abzulehnen wäre. Employer of record-Modelle sind u. E. nicht ohne Weiteres mit den eingangs genannten allgemeinen Fallgestaltungen von gewöhnlichen Dienst- und Werkverträgen vergleichbar und sind im Regelfall als – oftmals von internationalen Großkanzleien beworbenes – Modell bewusst auf eine grenzüberschreitende Überlassung von Fremdpersonal nach Deutschland ausgerichtet.

Bis zu einer solchen Klarstellung können die Fälle ausschließlich remoter Dienstleistungen aus dem Ausland heraus auch angesichts der Mindermeinung in der Literatur und der aktuellen Weisungslage nicht abschließend beurteilt werden. Gerichtliche Entscheidungen zu derartigen Fällen liegen – soweit ersichtlich – nicht vor. Es wird daher empfohlen, entsprechende Sachverhalte im Betrieb **zu prüfen und einer innerbetrieblichen Risikoabwägung** zu unterziehen. Hinsichtlich der Zusammenarbeit mit ausländischen Konzernunternehmen im Rahmen von länderübergreifenden Matrixstrukturen (s. o.), ist u. E. dringend zu empfehlen, zumindest das **disziplinarische** Weisungsrecht bei dem Konzernunternehmen im Ausland zu belassen (vgl. zum Konzernprivileg oben unter C. II. 2). Je nach Ergebnis der innerbetrieblichen Abwägung kann es sich empfehlen, im Falle der Nutzung einer der vorgenannten Einsatzarten rein vorsorglich eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis von dem ausländischen Dienstleister einzufordern, um eventuellen Sanktionen vorzubeugen. Hier besteht aber das Problem, dass Dienstleistern außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) grundsätzlich die deutsche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nach § 3 Abs. 2 AÜG zu versagen ist (hierzu bereits oben unter II.). Damit wäre unter Zugrundelegung der Auffassung der Bundesagentur im Ergebnis jede ausschließlich remote Tätigkeit für einen deutschen „Entleiher“ aus einem Staat außerhalb des EWR heraus eine illegale Arbeitnehmerüberlassung. Das erscheint aufgrund eines global zunehmend vernetzten Arbeitens v. a. im Bereich virtueller Dienstleistungen rückwärtsgewandt, absurd und angesichts des erheblichen Fachkräftemangels auch schädlich für den deutschen Standort.

Zusätzlich gilt auch hier: Ist der ausländische Dienstleister bzw. das ausländische Unternehmen in derartigen Konstellationen – wie im Regelfall bei Staaten außerhalb des EWR – nicht im Besitz einer deutschen Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, führt das jedenfalls nicht zur Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG und damit auch **nicht zur Fiktion** eines Arbeitsverhältnisses mit dem Auftraggeber, wenn das Leiharbeitsverhältnis dem Recht eines anderen EU-Mitgliedsstaats unterliegt (vgl. bereits oben unter I. 2.).³¹² Eine Fiktion dürfte auch nicht eintreten, wenn das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer wirksam dem Recht eines Staates außerhalb der EU und des EWR unterliegt.³¹³ In diesem Fall kann § 9 AÜG ebenfalls keine Anwendung finden, da das deutsche Recht nicht dazu führen kann, dass der ausländische Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer unwirksam wird. Das BAG³¹⁴ hat generell entschieden, dass das Eintreten der Fiktion – auch in den Fällen des Auslandsbezugs – zwingend voraussetzt, dass der Leiharbeitsvertrag nach § 9 AÜG unwirksam ist. Eine Einschränkung auf Mitgliedstaaten der EU ist aus dem Urteil des BAG nicht zu entnehmen. Zumindest das Risiko einer Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem ausländischen Beschäftigten dürfte daher ausgeschlossen sein.

³¹² BAG v. 26.04.2022 – 9 AZR 228/21; dem folgend auch BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 95 und 98.

³¹³ So wohl auch Bissels/Singraven, ArbRAktuell 2024, 557, 559.

³¹⁴ BAG v. 26.04.2022 – 9 AZR 139/21.

2. Employer of record-Modell

Das sog. Employer of record-Modell (EoR) erlangt mit Hinblick auf den deutschen Fachkräftemangel immer mehr an Bedeutung. Hierbei stellt ein im Ausland ansässiger Personaldienstleistungsunternehmen – der sog. EoR – eine ausländische Fachkraft aufgrund eines dem ausländischen Recht unterliegenden Arbeitsvertrages an und kümmert sich gegen Gebühr um die Abwicklung und Administration des Arbeitsverhältnisses. Die Fachkraft wird so dann an den deutschen Auftraggeber „überlassen“. Teilweise wird zusätzlich ein inländischer „Vermittler“ dazwischengeschaltet, der die Kommunikation und Abwicklung zwischen dem deutschen Auftraggeber und dem EoR übernimmt. Eine weitergehende Arbeitgeberfunktion kommt dem EoR in diesem Modell nicht zu, da er insbesondere das Weisungsrecht auf den inländischen Auftraggeber überträgt.³¹⁵

Auch wenn bislang noch keine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt, besteht in der Literatur weitgehend Einigkeit darüber, dass es sich bei dem EoR-Modell um eine Arbeitnehmerüberlassung i. S. d. AÜG handeln kann. Die Vorschriften der §§ 1 ff. AÜG können somit **grundsätzlich Anwendung finden**, sofern ein sog. **hinreichender Inlandsbezug nach Deutschland** gegeben ist.³¹⁶ Dieser ist gegeben, wenn der überlassene Leiharbeitnehmer für den Entleiher in Deutschland tätig wird (d. h. auf deutschem Boden) oder der Verleiher (EoR) seinen Sitz oder eine Niederlassung in Deutschland hat.³¹⁷

Ein hinreichender Inlandsbezug besteht nach zutreffender Auffassung allerdings nicht, wenn der Entleiher seinen Sitz zwar im Inland hat, der Leiharbeitnehmer jedoch ausschließlich im Ausland tätig wird. Denn für die Bestimmung des Tätigkeitsortes ist es maßgebend, wo die Beschäftigung **tatsächlich durchgeführt** wird und nicht wo die Verwertung des Arbeitsergebnisses erfolgt.³¹⁸

Praxishinweis: Die Ausgestaltung von EoR-Modellen ist vielfältig. Auch wenn bei einer sauberen Abwicklung und dem ausschließlichen Einsatz der entsprechenden Fachkräfte im Ausland u. E. das AÜG keine Anwendung findet, sollte der Einsatz derartiger Modelle **nicht ohne vorherige verbandliche Beratung erfolgen**. Teilweise wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass durch das Dazwischenschalten eines inländischen Vermittlers ausnahmsweise ein Inlandsbezug konstruiert werden kann und das AÜG damit Anwendung findet.³¹⁹ Zudem wird teilweise erwogen, dass das Modell zu einem ggf. unzulässigen Kettenverleih führen könnte.³²⁰

Nach aktueller und u. E. nicht nachvollziehbarer Auffassung in den Fachlichen Weisungen der Bundesagentur für Arbeit (dazu bereits ausführlich zuvor unter 1.) soll zudem ein ausreichender Inlandsbezug dann gegeben sein, wenn der Arbeitnehmer seine weisungsabhängige Arbeitsleistung für ein inländisches Unternehmen im Rahmen von sog. remoter Arbeit mittels Informations- und Kommunikationstechnik ausschließlich im Ausland „virtuell“ erbringt.³²¹ Besonders das EoR-Modell könnte in den Fokus dieser neuen Weisungslage geraten, da EoR-Modelle bewusst auf eine Überlassung von Fremdpersonal nach Deutschland

³¹⁵ Bissels/Alles/Prokop, DB 2022, 1513, 1513.

³¹⁶ Lembke, NZA 2024, 153, 155; Bissels/Alles/Prokop, DB 2022, 1513, 1514.

³¹⁷ Lembke, NZA 2024, 153, 156.

³¹⁸ Bissels/Alles/Prokop, DB 2022, 1513, 1514 f.; Middendorf/Modrzyk, DB 2023, 709, 710; BeckOK SozR/Wagner, 74. Ed., § 3 SGB IV Rn. 6 m.w.N..

³¹⁹ Vgl. Hamann, Fremdpersonal im Unternehmen, 6. Aufl., S. 274; dagegen überzeugend Middendorf/Modrzyk, DB 2023, 709, 710 m. w. N..

³²⁰ Auch hierzu Hamann, Fremdpersonal im Unternehmen, 6. Aufl., S. 274; dagegen überzeugend Middendorf/Modrzyk, DB 2023, 709, 710 m. w. N.; Bissels/Alles/Prokop, DB 2022, 1513, 1515.

³²¹ BA, Fachliche Weisungen zum AÜG v. 01.01.2025, S. 11; wohl auch BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 1 AÜG Rn. 18a (anders und zu Recht kritisch noch die Voraufgabe).

ausgerichtet sind und damit zumindest tatbestandlich einer Arbeitnehmerüberlassung entsprechen.³²² Auch insoweit besteht derzeit ein nicht unerhebliches Risiko, dass die Anwendbarkeit des AÜG mit den entsprechenden Rechtsfolgen etwa im Rahmen einer Überprüfung durch die Bundesagentur für Arbeit festgestellt wird. Ob auch die Rechtsprechung einer solchen für die Gerichte nicht verbindlichen Feststellung folgt, bleibt abzuwarten und kann derzeit aufgrund fehlender Entscheidungen nicht beurteilt werden.

³²² Bissels/Singraven, ArbRAktuell 2024, 557, 558.

Kapitel E: Rechtsbeziehungen zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer

Auf Grund der Tatsache, dass bei der Arbeitnehmerüberlassung ein Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) von seinem Arbeitgeber (Verleiher) einem Dritten (Entleiher) zumeist gegen ein Entgelt zur Arbeitsleistung überlassen wird, entsteht aus der „üblichen“ Zweierbeziehung eine Dreiecksbeziehung zwischen dem Verleiher, dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer, in der die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers teilweise auf den Entleiher übertragen werden:

I. Arbeitgeberfunktion und Direktionsrecht

Der Entleiher hat Anspruch auf die vereinbarte Arbeitsleistung des Leiharbeitnehmers. Er kann daher dem Leiharbeitnehmer im Zusammenhang mit der Erbringung der Arbeitsleistung stehende Weisungen erteilen.

Ein Arbeitsverhältnis besteht jedoch nur zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer. Der **Entleiher** ist **nicht Arbeitgeber** des Leiharbeitnehmers. Vergütungsansprüche des Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher bestehen daher nicht.

II. Arbeitnehmererfindungen

§ 11 Abs. 7 AÜG fingiert den Entleiher als Arbeitgeber i. S. d. Arbeitnehmererfindungsgesetzes, soweit der Leiharbeitnehmer während der Dauer der Tätigkeit eine Erfindung oder einen technischen Verbesserungsvorschlag macht.

III. Informationspflichten

1. Auskunftspflicht über Arbeitsbedingungen

Der Leiharbeitnehmer kann im Fall der Überlassung vom Entleiher eine Auskunft über die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen (§ 13 AÜG). Beschäftigt der Entleiher keine vergleichbaren Stammarbeitnehmer, gehört nach Auffassung des BAG zur ordnungsgemäßen Auskunft nach § 13 AÜG auch die fiktive Beurteilung, wie der Entleiher die dem Leiharbeitnehmer zugewiesene Tätigkeit im Arbeitsverhältnis vergütet hätte.³²³ Diese Verpflichtung entfällt gem. § 13 Halbsatz 2 AÜG, soweit der Verleiher einen vom Gleichstellungsgrundsatz (§ 8 Abs. 2, Abs. 4 Satz 2 AÜG) abweichenden Tarifvertrag zur Anwendung bringt, da dann kein Anspruch auf Gleichstellung besteht.³²⁴

2. Informationspflicht über freie Arbeitsplätze

Außerdem trifft den Entleiher gem. § 13a AÜG eine Informationspflicht gegenüber dem Leiharbeitnehmer über alle im Unternehmen zu besetzenden Arbeitsplätze. Ob es sich bei dem Arbeitsplatz um eine befristete oder unbefristete Stelle bzw. eine Vollzeit- oder Teilzeitstelle handelt, ist nach herrschender Auffassung unerheblich.³²⁵ Die zu besetzende Stelle muss zudem noch nicht frei sein. Ausreichend ist, wenn die Stelle zeitnah frei wird und dann zur Verfügung steht.³²⁶ Haben bestimmte Arbeitnehmer einen gesetzlichen oder vertraglichen Anspruch auf die freiwerdende Stelle, entfällt die Informationspflicht.³²⁷ Sie entfällt zudem

³²³ BAG v. 23.11.2016 – 5 AZR 53/16.

³²⁴ ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 13 AÜG Rn. 3.

³²⁵ ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 13a AÜG Rn. 2.

³²⁶ Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 13a AÜG Rn. 8; ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 13a AÜG Rn. 2.

³²⁷ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13a AÜG Rn. 10 m. w. N.; vgl. auch Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 13a AÜG Rn. 14 mit unterschiedlichen Beispielen.

auch, wenn die zu besetzende Stelle nicht mit einem Arbeitnehmer wiederbesetzt werden soll, sondern beispielsweise erneut mit einem Leiharbeitnehmer.³²⁸

Besteht das Unternehmen aus mehreren Betrieben, ist umstritten, ob die Leiharbeitnehmer in allen Betrieben zu informieren sind. Die Frage ist bislang noch nicht höchststrichterlich geklärt. Die derzeit wohl überwiegende Auffassung in der Literatur fordert eine Information über zu besetzende Arbeitsplätze **in allen** Betrieben des Entleihers.³²⁹ Gehören zum Unternehmen des Entleihers auch ausländische Betriebe, sollen danach auch die Leiharbeitnehmer über dortige freie Stellen zu informieren sein.³³⁰ Zweck dieser im Vergleich zur Stammbesetzung weitergehenden Regelung soll es sein, Leiharbeitnehmer aufgrund dieser Information die Bewerbung um eine Stelle im Entleihunternehmen zu ermöglichen.³³¹ Nach der bislang nur vereinzelt vertretenen Gegenauffassung genügt der Entleiher seiner Informationspflicht, wenn er über freie bzw. frei werdende Stellen im Einsatzbetrieb des Leiharbeitnehmers informiert.³³²

Ebenfalls umstritten ist, ob die Informationspflicht unabhängig davon greift, ob die Stelle für die Leiharbeitnehmer geeignet erscheint.³³³ Nach einer u. E. überzeugenden Auffassung in der Literatur ist die Informationspflicht in Anlehnung an den Informationsanspruch von Teilzeitbeschäftigten (vgl. § 18 Abs. 1 TzBfG) auf „entsprechend“ geeignete Arbeitsplätze beschränkt.³³⁴ Es sei nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber Leiharbeitnehmern einen gegenüber teilzeitbeschäftigten Stammarbeitnehmern stärkeren Anspruch einräumen wollte.³³⁵ Nach der Gegenauffassung soll es hingegen unerheblich sein, ob der jeweilige Leiharbeitnehmer für die Stelle, die besetzt werden soll, geeignet ist oder nicht.³³⁶ Der Gesetzgeber habe die Regelung des § 13a Abs. 1 AÜG bewusst und in Kenntnis der engeren Vorschrift in § 18 TzBfG gefasst. Rechtsprechung zu dieser umstrittenen Frage liegt bislang nicht vor. In Zweifelsfällen ist daher eine Beratung durch den Verband zu empfehlen.

Die Informationsverpflichtung besteht schließlich unabhängig von einem Verlangen des Leiharbeitnehmers oder des Betriebsrates gem. § 93 BetrVG.³³⁷

Praxishinweis: Die Information kann durch Aushang am Schwarzen Brett ebenso wie durch das Intranet oder durch die Werkszeitung erfolgen, wenn alle Leiharbeitnehmer auch hierzu einen Zugang haben.³³⁸ Bei Verletzung der Informationspflicht kann ein Schadensersatzanspruch gegen den Entleiher aus § 280 Abs. 1 BGB bestehen.³³⁹ Zudem kann eine unterlassene, nicht richtige oder nicht vollständige Information seitens des Entleihers mit einem Bußgeld von bis zu 2.500 Euro geahndet werden (vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 AÜG).

³²⁸ Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 13a AÜG Rn. 13; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13a AÜG Rn. 7; Lembke, NZA 2011, 319, 321.

³²⁹ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13a AÜG Rn. 7; Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 13a AÜG Rn. 8; Lembke, NZA 2011, 319, 321; Zimmermann, ArbRAktuell 2011, 264.

³³⁰ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13a AÜG Rn. 7; Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 13a AÜG Rn. 8; Zimmermann, ArbRAktuell 2011, 264.

³³¹ BR-Drs. 847/10, S. 10.

³³² So mit u. E. überzeugender Begründung ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 13a AÜG Rn. 2.

³³³ Hamann RdA 2011, 321, 335; a. A. BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13a AÜG Rn. 8.

³³⁴ Vgl. BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13a AÜG Rn. 11 m. w. N., der von einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers ausgeht; vgl. auch ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 13a AÜG Rn. 2.

³³⁵ So zutreffend ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 13a AÜG Rn. 2.

³³⁶ Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 13a AÜG Rn. 15 m. w. N.; Lembke, NZA 2011, 319, 320; Zimmermann, ArbRAktuell 2011, 264.

³³⁷ Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 13a AÜG Rn. 11.

³³⁸ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13a AÜG Rn. 13.

³³⁹ ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 13a AÜG Rn. 3.

3. Übernahmegesuch des Leiharbeitnehmers

Unabhängig von dem Bestehen eines freien Arbeitsplatzes i. S. d. § 13 Abs. 1 AÜG regelt § 13a Abs. 2 AÜG seit dem 01.08.2022, ob, wann und wie der Entleiher auf ein sog. **Übernahmegesuch** des Leiharbeitnehmers antworten muss.

Eine Pflicht zur begründeten Antwort des Entleihers besteht demnach, wenn der Leiharbeitnehmer mindestens sechs Monate an den Entleiher überlassen ist und der Leiharbeitnehmer seinen Wunsch nach dem Abschluss eines Arbeitsvertrages in Textform (z. B. per E-Mail, vgl. hierzu § 126b BGB) dem Entleiher angezeigt hat.

Hinsichtlich der Berechnung der Frist von „mindestens sechs“ Monaten verweist § 13 Abs. 2 Satz 3 AÜG auf § 1 Abs. 1b Satz 2 AÜG. Dies hat zur Folge, dass mehrere Überlassungszeiträume zusammenzurechnen sind, wenn zwischen ihnen nicht mehr als drei Monate liegen (s. hierzu und zur Fristberechnung generell oben unter B. I. 3.).

Die **begründete** Antwort des Entleihers muss ebenfalls in Textform und binnen eines Monats nach Zugang der Anzeige erfolgen. Beginn und Ende der Monatsfrist bestimmen sich nach den §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB. Der Tag des Zugangs ist nicht mit einzubeziehen. § 193 BGB findet keine Anwendung.³⁴⁰ An den **Inhalt** der begründeten Antwort stellt der Gesetzeswortlaut keine besonderen Anforderungen. Klar dürfte sein, dass jedenfalls eine Antwort ohne jede Begründung unzulässig ist. Ausreichend dürfte hingegen eine kurze Begründung sein, etwa durch den Verweis auf derzeit fehlende freie Stellen oder die fehlende Eignung des Leiharbeitnehmers in Bezug auf eine ausgeschriebene Stelle.³⁴¹ In der Gesetzesbegründung geht der Gesetzgeber ebenfalls von einem geringen „Zeitaufwand von durchschnittlich fünf Minuten für die Erstellung einer begründeten Antwort in Textform“ aus.³⁴²

Eine erneute Antwortpflicht des Entleihers besteht gem. § 13a Abs. 2 Satz 2 AÜG ausnahmsweise nicht, wenn der Leiharbeitnehmer dem Entleiher seinen Wunsch zur Übernahme in den letzten zwölf Monaten bereits einmal angezeigt und der Entleiher diesen bereits beantwortet hat.³⁴³

Anders als bei der Informationspflicht nach § 13a Abs. 1 AÜG hat der Gesetzgeber bei Verstößen gegen die Antwort- und Begründungspflicht im Fall eines Übernahmegesuchs keine ausdrückliche Sanktion vorgesehen. Bei Verletzung der Pflicht kann allerdings nach allgemeinen Vorschriften ein Schadensersatzanspruch gegen den Entleiher aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB bestehen.³⁴⁴

IV. Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen

§ 13b AÜG gewährt dem Leiharbeitnehmer einen Anspruch gegenüber dem Entleiher auf Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen unter den gleichen Bedingungen wie vergleichbaren Arbeitnehmern im Betrieb, es sei denn, eine unterschiedliche Behandlung ist aus sachlichen Gründen gerechtfertigt.

Das Gesetz nennt in § 13b Satz 2 AÜG als Beispiele für Gemeinschaftseinrichtungen bzw. -dienste „insbesondere Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel“. Die Aufzählung ist allerdings nach allgemeiner Auffassung **nicht abschließend**. Als Gemeinschaftseinrichtung erfasst werden daher auch Pausen- und Ruheräume, betriebliche Erholungsheime, Betriebsparkplätze, betriebseigene Tankstellen, betriebliche

³⁴⁰ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13a AÜG Rn. 22.

³⁴¹ Vgl. auch BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13a AÜG Rn. 23.

³⁴² BT-Drs. 20/1636, S. 30.

³⁴³ ErfK/Roloff, 25. Aufl., § 13a AÜG Rn. 3; vgl. BR. Drs. 154/22, S. 28.

³⁴⁴ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13a AÜG Rn. 30.

Fitness- und Sportanlagen oder Fahrdienste zum Transport von Arbeitnehmern.³⁴⁵ Von dem Begriff der Gemeinschaftsdienste erfasst werden zudem freiwillig angebotene medizinische Versorgungsangebote (einschließlich Impfangebote wie etwa Gripeschutz), betriebsärztliche Vorsorgeuntersuchungen, Beratungsangebote des Arbeitgebers (z. B. Schuldenberatung) einschließlich psychologischer Betreuungsangebote, betriebliche Gymnastik- oder Gesundheitskurse, Massagen und Betriebssportgruppen.³⁴⁶

Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Entleiher die Einrichtung selbst betreibt oder beispielsweise im Fall einer Kantine durch einen externen Dienstleister auf dem Werksgelände betreiben lässt.³⁴⁷ Hingegen sind entsprechende externe Angebote des Entleihers außerhalb des Betriebsgeländes nach wohl h. M. nicht vom Anwendungsbereich des § 13b AÜG erfasst (etwa vergünstigter Zugang zu externen Fitnessstudios).³⁴⁸

Nicht erfasst werden nach ganz überwiegender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung vom Entleiher an seine Arbeitnehmer gewährte **Geldleistungen oder -surrogate** (z. B. Essens-, Fahrtkosten-, Mietzuschüsse, Essens- oder Tankgutscheine, Mitarbeiterrabatte, Jobticket, Überlassung eines Dienstwagens).³⁴⁹ Ebenfalls nicht von § 13b AÜG erfasst ist nach weit überwiegender und u. E. zutreffender Auffassung der Zugang zur betrieblichen Altersversorgung des Entleihers (einschließlich Pensions- und Unterstützungskassen).³⁵⁰

Ob Betriebsausflüge und -feiern von der Anwendung des § 13b AÜG mit umfasst sind, ist bislang umstritten und nicht höchstrichterlich geklärt. Die wohl h. M. in der Literatur spricht sich mangels gegenständlicher „Einrichtung“ einer Feier bzw. eines Ausflugs u. E. zutreffend gegen die Einbeziehung in § 13b AÜG aus.³⁵¹

Praxishinweis: Verstöße können auch hier Schadensersatzansprüche des Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher begründen und stellen eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einer Geldbuße von bis zu 250.000 Euro belegt werden kann (§ 16 Abs. 1 Nr. 10, Abs. 2 AÜG).

V. Arbeitssicherheit

Es besteht eine gemeinsame Schutzpflicht, d. h. der Entleiher ist neben dem Verleiher für die Arbeitssicherheit des Leiharbeitnehmers verantwortlich. Er hat auch beim Leiharbeitnehmer für die Beachtung der für seinen Betrieb geltenden Vorschriften des Arbeitsschutzrechtes, insbesondere der Unfallverhütungsvorschriften zu sorgen (§ 11 Abs. 6 AÜG). Er hat ihn über Sicherheit und Gesundheitsschutz zu unterweisen (§ 12 Abs. 2 Arbeitsschutzgesetz).

Insbesondere hat der Entleiher den Leitarbeitnehmer vor Beginn der Beschäftigung und bei Veränderungen in seinem Arbeitsbereich über Gefahren für Sicherheit und Gesundheit, denen er bei der Arbeit ausgesetzt sein kann, sowie über die Maßnahmen und Einrichtungen zur Abwehr dieser Gefahren zu unterrichten, § 14 Abs. 6 Satz 2 AÜG. Zusätzlich hat er ihn gegebenenfalls über die Notwendigkeit besonderer Qualifikationen oder beruflicher Fähigkeiten oder einer besonderen ärztlichen Überwachung sowie über erhöhte besondere

³⁴⁵ Umfassend hierzu Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 13b AÜG Rn. 22; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13b AÜG Rn. 7 und 10; vgl. auch LAG Hessen v. 09.09.2016 – 10 Sa 474/16.

³⁴⁶ Vgl. die Beispiele bei Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 13b AÜG Rn. 28; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13b AÜG Rn. 10.

³⁴⁷ Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 13b AÜG Rn. 23.

³⁴⁸ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13b AÜG Rn. 8.

³⁴⁹ LAG Hessen v. 09.09.2016 – 10 Sa 474/16; Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 13b AÜG Rn. 23 ff.; BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13b AÜG Rn. 8.

³⁵⁰ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13b AÜG Rn. 9; Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 13b AÜG Rn. 26 und 28.

³⁵¹ So auch BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 13b AÜG Rn. 7 m. w. N.; für die Einordnung als Gemeinschaftseinrichtung dagegen Schüren/Hamann/Hamann, 6. Aufl., § 13b AÜG Rn. 24 m. w. N..

Gefahren des Arbeitsplatzes zu informieren, § 14 Abs. 6 Satz 3 AÜG. Da der ebenfalls verantwortliche Verleiher faktisch nur wenige Einwirkungsmöglichkeiten auf die Einhaltung von Arbeitsschutzvorschriften im Entleiherbetrieb hat, kommt es zu einer Aufspaltung der Fürsorgepflicht: Der Entleiher ist für die praktische Durchführung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitnehmerschutzes über die Gestaltung der Arbeitsbedingungen und dabei die Vermeidung von Gefährdungen am Arbeitsplatz für im Entleiherbetrieb tätige Leiharbeiter verantwortlich, der Verleiher hat die Einhaltung der Vorschriften zu kontrollieren.³⁵²

Einen **Unfall** des Leiharbeitnehmers müssen sowohl der Verleiher als auch der Entleiher der Verwaltungs-Berufsgenossenschaft (Zuständigkeit gemäß § 3 Abs. 1 I. Ziffer 32 der Satzung der VBG) anzeigen. Der Entleiher sollte vorsorglich auch eine Meldung an die für ihn zuständige Berufsgenossenschaft abgeben.

Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit sind über den Einsatz von Leiharbeitnehmern zu unterrichten (§§ 2 Abs. 2 und 5 Abs. 2 Arbeitssicherheitsgesetz).

VI. Einsatz von Leiharbeitnehmern während eines Streiks

1. Tarifliches Streikeinsatzverbot

a) Grundlagen

Seit dem Herbst 2013 gilt in der Zeitarbeitsbranche ein tarifliches Einsatzverbot für Zeitarbeitskräfte. Gemäß § 17.1 MTV BAP Zeitarbeit (= § 12 MTV iGZ)³⁵³ dürfen tarifgebundene Verleiher ihre Zeitarbeitnehmer im Umfang des Streikaufrufs einer DGB-Gewerkschaft im Betrieb nicht einsetzen. Nach dem Verständnis der Tarifpartner der Zeitarbeitsbranche gilt die Regelung ohne Einschränkungen **auch für sog. Warnstreiks**. Die Regelung lautet:

„Mitarbeiter³⁵⁴ werden im Umfang eines Streikaufrufs einer Mitgliedsgewerkschaft der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit nicht in Betrieben oder Betriebsteilen eingesetzt, die ordnungsgemäß bestreikt werden. Dies gilt auch für Mitarbeiter, die bereits vor Beginn der Arbeitskampfmaßnahme in dem Betrieb eingesetzt wurden. Hiervon können die Parteien des Arbeitskampfes im Einzelfall abweichende Vereinbarungen treffen (z. B. Notdienstvereinbarungen). Die Regelung des § 11 Abs. 5 AÜG bleibt unberührt.“

Das Verbot richtet sich zwar unmittelbar nur an die Verleiher und ist für den Entleiher (= Einsatzbetrieb) rechtlich nicht bindend. Zudem wird in der Literatur teilweise die Wirksamkeit der tariflichen Regelung bezweifelt.³⁵⁵ Dennoch hatte die Tarifregelung teilweise erhebliche praktische Bedeutung in den Tarifrunden der M+E-Industrie, da die Verleiher das Verbot mehrheitlich beachtet und ihre Zeitarbeitnehmer bei einem Streik aus dem Einsatzbetrieb abgezogen haben. Dabei wurden teilweise auch bei Streiks in abgrenzbaren Abteilungen eines Betriebs sowie bei nur verhältnismäßig kurzen „Warnstreiks“ zum Teil alle Zeitarbeitskräfte aus allen Abteilungen für den gesamten Tag abgezogen. Diese Praxis ist vom Wortlaut des tariflichen Einsatzverbots nicht mehr gedeckt. Ein Abzug muss nur „im Umfang des

³⁵² BAG v. 07.06.2016 – 1 ABR 25/14; LAG Hessen v. 05.07.2018 – 9 Sa 459/17.

³⁵³ Hinweis: Der Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e. V. (BAP) ist zum 1. Dezember 2023 zusammen mit dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e. V. (iGZ) auf den Gesamtverband der Personaldienstleister e. V. (GVP) verschmolzen worden. Die zwischen dem iGZ und dem BAP mit der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit jeweils abgeschlossenen Tarifverträge gelten allerdings auch unter dem Dach des GVP zunächst unverändert und unter ihrer bisherigen Bezeichnung als selbstständige Tarifwerke weiter fort, so dass es bei der bisherigen Handhabung und Zitierung bleibt.

³⁵⁴ Im § 12 MTV iGZ wird inhaltsgleich der Begriff „Arbeitnehmer“ verwendet.

³⁵⁵ Boemke/Sachadae, BB 2015, 1781 sowie DB 2015, 1467.

Streikaufrufs“ erfolgen. Ein über den Streikaufruf hinausgehender Abzug der Zeitarbeitskräfte ist **nicht notwendig** und auch tariflich nicht geboten.

b) Praktische Schlussfolgerungen

Der damalige Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V. (BAP, heute GVP) hat aus Anlass der Tarifrunde 2018 gegenüber Gesamtmetail ausdrücklich bestätigt, dass der Abzug der Zeitarbeitskräfte **nur im Rahmen des Streikaufrufs** erfolgen muss. Betreffe der Streikaufruf etwa nur die Produktion, könnten in der Verwaltung oder im Catering eingesetzte Zeitarbeitnehmer weiterhin eingesetzt werden. Zudem könne insbesondere bei einem kurzen Streik der „gesperrte“ Zeitarbeitnehmer im Betrieb verbleiben, sofern er seine Tätigkeit nicht ausübe. Der Zeitarbeitnehmer könne die Streikzeit etwa in einem Aufenthaltsraum überbrücken, um so unmittelbar nach Beendigung des Streiks seine Arbeit fortsetzen zu können. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die Zeitarbeitsunternehmen von den Einsatzbetrieben frühstmöglich **Informationen über einen Streik bzw. über den Streikaufruf im Betrieb** erhalten.

Praxishinweis: Eine schnelle und konkrete Auskunft des Entleihers an den/die Verleiher sichert einen möglichst auf den Streik begrenzten Abzug der Zeitarbeitnehmer und eine zügige Aufnahme der Arbeit nach Beendigung des Streiks. Empfehlenswert sind daher folgende praktische Umsetzungsschritte:

- Festlegung eines Verantwortlichen im Betrieb, der initiativ für die Kommunikation mit dem/den Verleiher/n zuständig ist.
- Unverzügliche Information der betroffenen Verleiher über jeden Streikaufruf im Betrieb unter Angabe
 - des Beginns des Streiks
 - der betroffenen Betriebsteile/Abteilungen
 - der angekündigten Dauer des geplanten Streiks (sofern bekannt)
 - ggf. einer Ausweitung des Streikgeschehens
 - der Beendigung des Streiks.
- Insbesondere bei nur kurzen Streikmaßnahmen: Bereithalten von Aufenthaltsräumen für die Zeitarbeitnehmer, damit diese während des Einsatzverbotes im Betrieb oder auf dem Betriebsgelände verbleiben können. Hier bietet es sich an, den Verleiher sowie die im Betrieb eingesetzten Zeitarbeitnehmer über die Möglichkeit, im Betrieb zu verbleiben, rechtzeitig zu informieren und etwaige Räumlichkeiten zu benennen.

c) Notdienst

Das tarifliche Einsatzverbot regelt ausdrücklich die Möglichkeit, Zeitarbeitnehmer auch während eines Streiks im sog. **Notdienst** einzusetzen. Ausweislich der tariflichen Regelung dürfte hierfür jedoch zwingende Voraussetzung sein, dass die Gewerkschaft mit dem Arbeitgeber einen solchen Einsatz vereinbart. Das entspricht auch der derzeit wohl überwiegenden Ansicht, wonach ohnehin der Notdienst nur durch eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft über Art, Durchführung und Umfang wirksam geregelt werden kann. Die vom Arbeitgeber vorbereiteten Notdienstlisten sollten daher nach dem Streikbeschluss mit der Gewerkschaft abgestimmt werden. Im Rahmen einer solchen Abstimmung kann dann auch der Einsatz von Zeitarbeitnehmern für bestimmte Notdienstarbeiten geregelt werden.

2. Gesetzliches Streikeinsatzverbot

§ 11 Abs. 5 Satz 1 AÜG enthält zudem ein **gesetzliches** Streikeinsatzverbot. Anders als das tarifliche Streikeinsatzverbot richtet sich die Gesetzesregelung direkt an den **Entleiher** (= Einsatzbetrieb). Dennoch ist die Vorschrift in den Tarifrunden der M+E-Branche bisher von nur untergeordneter Bedeutung. Die Manteltarifverträge der Zeitarbeitsbranche zwischen BAP/DGB sowie iGZ/DGB verbieten nach Auffassung dieser Tarifvertragsparteien dem Verleiher bereits ohne entsprechende Ausnahme, Zeitarbeitnehmer zum Einsatz in einem bestreikten Entleiherbetrieb zu überlassen (vgl. zuvor unter 1.). Da der tarifgebundene Verleiher das tarifliche Einsatzverbot im Regelfall beachten wird, hat die tarifliche Regelung auch unmittelbare Auswirkungen auf den Entleiherbetrieb. Die gegenüber dem Gesetz **engere** tarifliche Regelung **verdrängt damit jedenfalls faktisch** die gesetzlich eröffnete Ausnahme in § 11 Abs. 5 Satz 2 AÜG.

Die Nutzung (und Beachtung) der gesetzlichen Ausnahmeregelung dürfte daher grundsätzlich nur dann möglich bzw. erforderlich sein, wenn der Verleiher nicht tarifgebunden ist oder aber das tarifliche Streikeinsatzverbot nicht beachtet. In diesen Fällen gilt:

a) Grundsatz: Einsatzverbot

Grundsätzlich gilt: Nach § 11 Abs. 5 Satz 1 AÜG dürfen Entleiher Zeitarbeitnehmer **nicht tätig werden lassen**, wenn ihr Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Das Einsatzverbot gilt sowohl für nach dem Beginn des Arbeitskampfs entlehene Zeitarbeitnehmer als auch für Zeitarbeitnehmer, die bei Beginn des Arbeitskampfes bereits bei dem Entleiher tätig waren.³⁵⁶ Das frühere Wahlrecht des Zeitarbeitnehmers, ob er im bestreikten Betrieb (weiterhin) mit Aufgaben tätig werden will, die bislang von Streikenden wahrgenommen wurden, besteht nur noch in Ausnahmefällen (vgl. sogleich unter b)).

Der Entleiherbetrieb ist unmittelbar betroffen, wenn der konkrete Betrieb selbst von einem Streikbeschluss erfasst wird oder an einer Aussperrung teilnimmt. Das Einsatzverbot gilt ausschließlich betriebs- und nicht unternehmens- oder konzernbezogen.³⁵⁷ Unterhält ein Unternehmen mehrere Betriebe und werden nur einzelne Betriebe bestreikt, sind die nicht bestreikten Betriebe von dem gesetzlichen Einsatzverbot nicht erfasst.

Beispiel:³⁵⁸

Finden im Betrieb A des Entleihers Arbeitskampfmaßnahmen statt, im Betrieb B jedoch nicht, ist es ohne Einschränkungen zulässig, Zeitarbeitnehmer im nicht unmittelbar vom Arbeitskampf betroffenen Betrieb B des Entleihers tätig werden zu lassen.

Umstritten ist, ob der Streikbeschluss auch rechtmäßig sein muss. Hierfür spricht, dass ein rechtswidriger Streik nicht dadurch unterstützt werden kann, dass es dem Betrieb trotz Rechtswidrigkeit der Maßnahme verboten bleibt, den Streik durch den Einsatz von Zeitarbeitnehmern „abzufedern“. ³⁵⁹ Ansonsten würde die Kampfparität zu Lasten der Arbeitgeberseite unverhältnismäßig gestört. Hinzu kommt, dass der einzelne Zeitarbeitnehmer durch den Einsatz auch nicht schutzlos gestellt ist, da ihm in jedem Fall ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 11 Abs. 5 Satz 3 AÜG zusteht (vgl. unter d)).

³⁵⁶ BT-Drs. 18/9232, S. 28.

³⁵⁷ HK-AÜG/Ulrici, 1. Aufl., § 11 AÜG Rn. 88; BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 11 AÜG Rn. 34; Bauer/Haußmann, NZA 2016, 803, 806; Siebert/Novak, ArbRAktuell 2016, 391, 394.

³⁵⁸ Vgl. Lembke, NZA 2017, 1, 11.

³⁵⁹ HK-AÜG/Ulrici, 1. Aufl., § 11 AÜG Rn. 90; Boemke, ZfA 2017, 1, 12; a. A. Klein/Leist, AuR 2017, 100, 102.

b) Ausnahmen

§ 11 Abs. 5 Satz 2 AÜG macht von dem grundsätzlichen Einsatzverbot eine **Ausnahme**. Danach dürfen Entleiher Zeitarbeitnehmer ausnahmsweise dann einsetzen, wenn der Einsatz „streikneutral“ erfolgt. Der Entleiher muss sicherstellen, dass der Zeitarbeitskraft keine Tätigkeiten von streikenden Stammbeschäftigten zugewiesen werden. Das bedeutet:

Ein Zeitarbeitnehmer darf nicht für Tätigkeiten eingesetzt werden, die zuvor ein nun streikender Stammbeschäftigter erledigt hat (unmittelbares Einsatzverbot, vgl. § 11 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 AÜG).

Beispiel:

Stammmitarbeiter A ist an der CNC-Fräse eingesetzt. Er beteiligt sich an einem Streik. Der Arbeitgeber setzt nun eine – im Betrieb zuvor bereits anderweitig beschäftigte oder neue – Zeitarbeitskraft an der CNC-Fräse ein. Der Einsatz ist unzulässig.

Vom Einsatzverbot erfasst wird zudem der Fall, in dem ein Zeitarbeitnehmer für einen Stammmitarbeiter eingesetzt wird, der seinerseits die Arbeit eines streikenden Kollegen übernommen hat (mittelbares Einsatzverbot, vgl. § 11 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 AÜG).

Beispiel:

Stammmitarbeiter A ist an der CNC-Fräse eingesetzt. Er beteiligt sich an einem Streik. Der Arbeitgeber setzt nun den nicht streikenden Stammmitarbeiter B an der CNC-Fräse ein und ein Zeitarbeitnehmer übernimmt die Arbeiten des Stammmitarbeiters B.

Das Einsatzverbot greift somit dann nicht, wenn keiner der obigen Beispielsfälle vorliegt, wenn also der Entleiher dem Zeitarbeitnehmer objektiv keine nach § 11 Abs. 5 Satz 2 AÜG „infizierten“ Tätigkeiten zuweist, d. h. der Einsatz des Zeitarbeitnehmers nicht zur Deckung eines „arbeitskampfbedingten Vertretungsbedarfs“ dient. Dabei gilt grundsätzlich folgende Faustregel: Erledigt ein Zeitarbeitnehmer während des Arbeitskampfs weiter diejenigen Tätigkeiten, welche er auch zuvor schon im Entleiherbetrieb verrichtet hat, spricht dies dafür, dass er keinen streikenden Stammbeschäftigten vertritt. Der (weitere) Einsatz bleibt auch während des Arbeitskampfes zulässig.³⁶⁰ Ebenfalls zulässig dürfte auch die Zuweisung von Tätigkeiten sein, welche zuvor von nicht streikenden und nur infolge von Urlaub oder Krankheit an der Arbeitsleistung verhinderten Arbeitnehmern verrichtet wurden.³⁶¹

Praxishinweis: In der Arbeitskampsituation kann es Schwierigkeiten bereiten, sicherzustellen, dass keine durch den Arbeitskampf „infizierten“ Tätigkeiten von Streikenden durch Zeitarbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar übernommen werden. Vor allem in der Produktion ist eine klare Zuordnung von Tätigkeiten teilweise nicht möglich. Wegen der drohenden Sanktion (vgl. sogleich unter e)) sollte hier sorgfältig vorgegangen werden. Die von Zeitarbeitnehmern während des Arbeitskampfes übernommenen Tätigkeiten sollten dokumentiert werden.³⁶² Die vorherige Beratung durch den Verband ist dringend zu empfehlen.

c) Notdienstvereinbarungen

Nicht ausdrücklich geregelt wurde, ob § 11 Abs. 5 AÜG auch **Notdienstarbeiten** durch Zeitarbeitnehmer grundsätzlich untersagt bzw. nur in den (engen) Grenzen des § 11 Abs. 5 Satz 2 AÜG erlaubt. Wäre dies der Fall, wäre die gesetzliche Regelung in diesem Punkt strenger als die tarifliche Regelung des § 17.1 MTV BAP Zeitarbeit (= § 12 MTV iGZ), weil diese (vereinbarte) Notdienstarbeiten ausdrücklich und ohne weitere Ausnahmen aus dem Streikeinsatzverbot herausnimmt (vgl. hierzu unter 1.).

³⁶⁰ So auch ausdrücklich die Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 28.

³⁶¹ HK-AÜG/Ulrici, 1. Aufl., § 11 AÜG Rn. 95.

³⁶² Aszmons/Homborg, DB 2017, 726, 729.

Die bisher allgemeine Auffassung geht zu Recht davon aus, dass Notdienstarbeiten nicht vom Verbot der § 11 Abs. 5 AÜG erfasst werden.³⁶³ Dies gilt damit auch für Notdienste auf Tätigkeiten, die zuvor von einem streikenden Arbeitnehmer verrichtet wurden. Das Ergebnis wird auch von der Gesetzesbegründung bestätigt.³⁶⁴

Das ist auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung schlüssig. Da das gesetzliche Beschäftigungsverbot die Kampfstärke der arbeitskampfführenden Gewerkschaft absichern soll, kann diese auf ihren Schutz verzichten.³⁶⁵ Dies ermöglicht im Rahmen der tariflichen Regelungen den Abschluss von Notdienstvereinbarungen, welche auch den Einsatz von Zeitarbeitnehmern zulassen.

d) Leistungsverweigerungsrecht

Auch wenn der Einsatz des Zeitarbeitnehmers für eine bestimmte Tätigkeit aufgrund der gesetzlichen Ausnahmen nach zulässig ist, kann dieser nach § 11 Abs. 5 Satz 3 AÜG die Arbeitsleistung **verweigern**, soweit der Entleiher durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. Der Verleiher hat nach § 11 Abs. 5 Satz 4 AÜG den Zeitarbeitnehmer auf das Recht, die Arbeitsleistung zu verweigern, hinzuweisen.

e) Sanktionen

Wer als Entleiher einen Zeitarbeitnehmer entgegen § 11 Abs. 5 Satz 1 AÜG vorsätzlich oder fahrlässig tätig werden lässt, handelt ordnungswidrig. Der Verstoß kann mit einer **Geldbuße bis zu 500.000 Euro** geahndet werden (§ 16 Abs. 1 Nr. 8a, Abs. 2 AÜG).

Da sich das Einsatzverbot nur gegen den Entleiher richtet, führt ein Verstoß nicht zur Unwirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags zwischen Entleiher und Verleiher. Auch die Wirksamkeit des Zeitarbeitsvertrags zwischen Verleiher und Zeitarbeitnehmer bleibt unberührt.³⁶⁶

f) Konzernprivileg

Nicht unter das Einsatzverbot des § 11 Abs. 5 AÜG fallen Beschäftigte, die im Rahmen des sog. Konzernprivilegs in einem anderen Konzernunternehmen tätig sind (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG, allgemein hierzu bereits unter C. II. 2.). Das Konzernprivileg des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG bleibt von § 11 Abs. 5 AÜG unberührt.³⁶⁷ Es umfasst Beschäftigte, die in einem anderen Konzernunternehmen als dem Vertragsarbeitgeber beschäftigt werden, wenn sie **nicht** zum Zwecke der Arbeitnehmerüberlassung eingestellt worden sind oder zu diesem Zweck beschäftigt werden.³⁶⁸ Findet zwischen Konzerngesellschaften nur **gelegentlich** eine Überlassung von Arbeitnehmern etwa zum Ausgleich von Produktionsengpässen statt, dürfte dieser Austausch u. E. auch während eines Streiks gegen einen der Arbeitgeber zulässig sein, um die negativen Folgen eines Streiks abzumildern.³⁶⁹ Dies gilt auch dann, wenn mit der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung Arbeitnehmer des Verleihers Tätigkeiten übernehmen, die bei dem Entleiher sonst von den Streikenden erbracht werden.³⁷⁰

Praxishinweis: Die Frage, für welche Arten der Überlassung das Konzernprivileg und damit auch die Ausnahme vom Streikeinsatzverbot Anwendung findet, ist umstritten. Eine

³⁶³ Lembke, NZA 2017, 1, 11; BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 11 AÜG Rn. 38.5; HK-AÜG/Ulrici, 1. Aufl., § 11 Rn. 99; Bauer/Haußmann, NZA 2016, 803, 807 f.

³⁶⁴ BT-Drs. 18/9232, 28.

³⁶⁵ HK-AÜG/Ulrici, 1. Aufl., § 11 Rn. 91.

³⁶⁶ Lembke, NZA 2017, 1, 11.

³⁶⁷ BT-Drs. 18/9232, S. 27; Frieling/Jacobs/Krois, Arbeitskampfrecht, 1. Aufl.; Lembke, NZA 2017, 1, 11; Schüren/Hamann/Schüren, 6. Aufl. § 11 Rn. 151.

³⁶⁸ BAG v. 12.11.2024 – 9 AZR 13/24.

³⁶⁹ Schüren/Hamann/Schüren, 6. Aufl. § 11 Rn. 151;

³⁷⁰ Bauer/Haußmann, NZA 2016, 803, 806.

höchstrichterliche Entscheidung steht bislang aus. Eine vorherige Beratung durch den Verband wird daher empfohlen.

VII. Betriebsverfassungsrechtliche Stellung der Leiharbeitnehmer

Betriebsverfassungsrechtlich bleiben die Leiharbeitnehmer grundsätzlich Arbeitnehmer des Verleihers (§ 14 Abs. 1 AÜG). Da der Leiharbeitnehmer Arbeitnehmer des Verleihers ist, stehen Mitbestimmungsrechte grundsätzlich dem Betriebsrat des Verleiherbetriebs zu.

1. Betriebsratswahlen beim Entleiher

Leiharbeitnehmer können auch an den Betriebsratswahlen im Entleiherbetrieb teilnehmen, wenn sie dort zum Zeitpunkt der Betriebsratswahl für einen zusammenhängenden Zeitraum von mehr als drei Monaten eingesetzt werden (§ 7 Satz 2 BetrVG). Sie sind jedoch nur aktiv wahlberechtigt. Sie können nicht in den Betriebsrat des Entleiherbetriebes gewählt werden (§ 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG).

2. Betriebsverfassungsrechtliche Schwellenwerte im Entleiherbetrieb

Bis 2012 galt der betriebsverfassungsrechtliche Grundsatz: „Leiharbeitnehmer wählen, aber zählen nicht.“ Diesen Grundsatz hat das BAG durch seine Rechtsprechung geändert.³⁷¹ Mit Einführung des § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG hat der Gesetzgeber diese Rechtsprechung fortgeschrieben. Demnach sind Leiharbeitnehmer bei betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen.

Allerdings gilt es – wie bei jedem Schwellenwert im Betriebsverfassungsgesetz – zu prüfen, ob die jeweiligen weiteren Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. In der Gesetzesbegründung³⁷² wird ausdrücklich klargestellt, dass § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG nicht das Vorliegen der gegebenenfalls in der jeweiligen Norm enthaltenen weiteren Voraussetzungen wie beispielsweise die Wahlberechtigung oder eine Beschränkung auf „in der Regel“ Beschäftigte fingiert. Diese Voraussetzungen müssen **in jedem Einzelfall** wie bei Stammarbeitnehmern auch für die Leiharbeitnehmer gegeben sein, damit sie jeweils mitzählen.

Die Formulierung „in der Regel“ setzt nach der Rechtsprechung des BAG³⁷³ voraus, dass die Arbeitnehmer „normalerweise während des größten Teils des Jahres“ im Betrieb sind. Dementsprechend sind die Arbeitsplätze von Leiharbeitnehmern bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten nur zu berücksichtigen, wenn sie länger als sechs Monate besetzt sind.³⁷⁴

Bleiben Leiharbeitnehmer bei der Schwellenwertberechnung unberücksichtigt und werden dadurch die mit dem jeweiligen Schwellenwert verbundenen Pflichten verletzt, kann dies u. a. folgende Rechtfolgen auslösen:

- Bei Verletzung von Unterrichts-, Aufklärungs- oder Auskunftspflichten kann ein Bußgeld bis zu 10.000 Euro (§ 121 Abs. 1 BetrVG) sowie ein Eintrag in das Gewerbezentralregister ab einem Bußgeld von 200 Euro nach § 149 Abs. 2 Nr. 3 GewO drohen;
- Verfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG;
- Anfechtung der Betriebsratswahl nach § 19 BetrVG;

³⁷¹ BAG v. 13.03.2013 – 7 ABR 69/11; zum KSchG BAG v. 24.01.2013 – 2 AZR 140/12.

³⁷² Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 29.

³⁷³ BAG v. 07.05.2008 – 7 ABR 17/07, Rn. 17.

³⁷⁴ BAG v. 02.08.2017 – 7 ABR 51/15.

- Unwirksamkeit einzelner Arbeitgebermaßnahmen nach der von der Rechtsprechung entwickelten sog. Unwirksamkeitstheorie, wenn die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates nicht beachtet werden.

3. Sprechstunden und Versammlungen, Beschwerderecht

Des Weiteren sind Leiharbeitnehmer berechtigt, im Entleiherbetrieb die Sprechstunden des Betriebsrates aufzusuchen und an den Betriebs- und Jugendversammlungen teilzunehmen (§ 14 Abs. 2 Satz 2 AÜG). Außerdem gelten die §§ 81, 82 Abs. 1 und die §§ 84 bis 86 BetrVG (Mitwirkungs- und Beschwerderechte des Arbeitnehmers) im Entleiherbetrieb auch für die Leiharbeitnehmer (§ 14 Abs. 2 Satz 3 AÜG).

VIII. Fragen der Unternehmensmitbestimmung

1. Beteiligung an den Wahlen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat

Auch bei den Wahlen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des entleihenden Unternehmens sind die Leiharbeitnehmer wahlberechtigt, wenn sie dort zum Zeitpunkt der Wahl für einen zusammenhängenden Zeitraum von mehr als drei Monaten eingesetzt werden (vgl. z. B. §§ 10 Abs. 2 Satz 2, 18 Satz 2 Mitbestimmungsgesetz – MitbestG).³⁷⁵ Sie sind jedoch nicht wählbar (§ 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG).

2. Schwellenwerte der Unternehmensmitbestimmung

Nach § 14 Abs. 2 Satz 5 AÜG sind Leiharbeitnehmer auch bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung zu berücksichtigen, sofern Bestimmungen der Gesetze der Unternehmensmitbestimmung eine bestimmte Anzahl oder einen bestimmten Anteil von Arbeitnehmern voraussetzen.

Soweit die **Anwendung** der in § 14 Abs. 2 Satz 5 AÜG genannten Mitbestimmungsgesetze eine bestimmte Arbeitnehmeranzahl erfordert, sind nach § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG Leiharbeitnehmer nur zu berücksichtigen, wenn deren Einsatzdauer im Entleiherunternehmen sechs Monate übersteigt. Dabei gibt der Wortlaut der Norm keinen Aufschluss darüber, ob die Mindesteinsatzdauer arbeitnehmer- oder arbeitsplatzbezogen zu bestimmen ist. Der BGH hat (entgegen der bis dahin überwiegend vertretenen Literaturauffassung) entschieden, dass die Mindesteinsatzdauer in § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG **arbeitsplatzbezogen** zu verstehen ist.³⁷⁶ Maßgeblich sei danach, ob das Unternehmen während eines Jahres über die Dauer von mehr als sechs Monaten Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern besetzt, unabhängig davon, ob es sich dabei um den Einsatz eines bestimmten oder wechselnder Leiharbeitnehmer handelt und ob die Leiharbeitnehmer auf demselben oder auf verschiedenen Arbeitsplätzen eingesetzt werden.

Die Mindesteinsatzdauer nach § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG bezieht sich jedoch nur auf sogenannte Anwendungsschwellenwerte, d. h. Schwellenwerte, deren Überschreitung zur Eröffnung des Anwendungsbereichs der jeweiligen Mitbestimmungsgesetze führt (v. a. § 1 Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) sowie § 1 MitbestG). Schwellenwerte in Unternehmensmitbestimmungsgesetzen, die die Anwendung der Unternehmensmitbestimmung bereits voraussetzen (beispielsweise § 7 MitbestG zur Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrats) unterfallen dem Erfordernis der Mindesteinsatzdauer hingegen nicht.

Unabhängig von der Mindesteinsatzdauer sind zudem weitere Voraussetzungen der jeweiligen normierten Schwellenwerte zu prüfen. Dazu gehört, wie beispielsweise in § 1 DrittelbG

³⁷⁵ BAG v. 04.11.2015 – 7 ABR 42/13.

³⁷⁶ BGH v. 25.06.2019 – II ZB 21/18.

sowie § 1 MitbestG, dass der festgelegte Schwellenwert mit „in der Regel“ beschäftigten Arbeitnehmern überschritten wird. Das Merkmal „in der Regel“ erfordert, dass die Arbeitnehmer für den Personalbestand des Unternehmens kennzeichnend sind und nicht lediglich einen zeitlich begrenzten Zusatzbedarf abdecken.³⁷⁷

Praxishinweis: Bei der Bestimmung des Anwendungsschwellenwerts, wie beispielsweise bei § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, ist entsprechend der arbeitsplatzbezogenen Betrachtung des BGH eine **zweistufige Prüfung** vorzunehmen:

Zunächst ist festzustellen, ob das Unternehmen während eines Jahres über die Dauer von sechs Monaten hinaus Arbeitsplätze mit Leiharbeitnehmern besetzt, unabhängig davon, ob es sich dabei um den Einsatz eines bestimmten oder wechselnder Leiharbeitnehmer handelt und ob die Leiharbeitnehmer auf demselben oder auf verschiedenen Arbeitsplätzen eingesetzt werden (§ 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG). Ist dies der Fall, sind die betreffenden Arbeitsplätze mitzuzählen, wenn diese Beschäftigung von Leiharbeitnehmern über die Dauer von sechs Monaten hinaus regelmäßig erfolgt (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG).

Das Ergebnis dieser beiden Prüfungsschritte kann, muss aber nicht immer übereinstimmen. Besteht beispielsweise zur Bewältigung zeitlich begrenzter Aufgaben ein zusätzlicher Arbeitskräftebedarf, der zwar die Dauer von sechs Monaten übersteigt, aber nicht kennzeichnend für den regelmäßigen Personalbestand des Unternehmens ist und die Leiharbeitnehmer folglich auch nicht längerfristig als Instrument zur Deckung des Personalbedarfs im Betrieb eingesetzt werden, zählen sie selbst dann nicht für den Anwendungsschwellenwert mit, wenn sie länger als sechs Monate zum Einsatz kommen.

Die Nichtbeachtung der Leiharbeitnehmer bei den unternehmensrechtlichen Schwellenwerten kann u. a. zur Anfechtung der Aufsichtsratswahl nach den §§ 21 f. MitbestG oder § 11 DrittelbG führen.

IX. Beteiligung des Betriebsrats des Entleiherbetriebs

1. Allgemeiner Unterrichtsanspruch, § 80 Abs. 2 BetrVG

Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben nach dem BetrVG rechtzeitig und umfassend **zu unterrichten** (Rechtsanspruch des Betriebsrats). Durch die AÜG-Reform 2017 wurde mit Wirkung ab dem 01.04.2017 die Unterrichtspflicht auch auf Leiharbeitnehmer und sonstige Personen erstreckt, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen. Bei der Unterrichtung über einen Fremdpersonaleinsatz i. S. v. § 80 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BetrVG muss der Arbeitgeber seitdem insbesondere auch über den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben der eingesetzten Personen informieren.

Relevant sind u. a.: Einsatztage und -zeiten, Einsatzbereiche, vertragliche Vereinbarungen mit Werkunternehmern und Auftragnehmern und der Hinweis auf das Weisungsrecht sowie Überlassungsverträge (§ 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG). Der Unterrichtsanspruch beinhaltet gem. § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG auch die Vorlage von für die Betriebsratsarbeit erforderlichen **Unterlagen** auf Verlangen des Betriebsrats. Unterlagen sind hierbei alle Schriftstücke, Fotos und elektronische Datenträger, die der Arbeitgeber im Besitz hat und die Angaben erhalten, welche für die Aufgabe des Betriebsrats von Belang sind.³⁷⁸

³⁷⁷ BGH v. 25.06.2019 – II ZB 21/18.

³⁷⁸ BAG v. 17.03.1983 – 6 ABR 33/80.

Die Erforderlichkeit für die vom Betriebsrat geltend gemachten Aufgaben ist bezogen auf das konkrete Einsichtsverlangen von diesem darzulegen.³⁷⁹ Ein pauschaler Hinweis auf die Überwachungsaufgabe genügt nicht. Durch die Einschränkung der für die Betriebsratsarbeit erforderlichen Unterlagen hat der Arbeitgeber ein **Vorprüfungsrecht**. Angaben, die in keinem Zusammenhang mit der geltend gemachten Überwachungsaufgabe oder Betriebsratsaufgaben stehen, können nach der Rechtsprechung des BAG unkenntlich gemacht werden.³⁸⁰

Dem Betriebsrat müssen nur diejenigen Unterlagen vorgelegt werden, die der Arbeitgeber zur Zeit des Verlangens auch tatsächlich besitzt. Einen Anspruch nicht vorhandene Unterlagen erst zu erstellen oder zu beschaffen, kennt das Gesetz nicht.³⁸¹

2. Personalplanung – § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG

Auch in § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG wurde aufgenommen, dass der Arbeitgeber die Unterrichtung des Betriebsrats über die Personalplanung auf die geplante Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, erstrecken muss.

Bei Werk- und Dienstverträgen kann und muss nicht über konkrete Personen oder die konkrete Personenanzahl informiert werden. In diesen Fällen wird eine Aufgabe vergeben und kein Arbeitsvolumen.

Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat an Hand von Unterlagen unterrichten, d. h. den Betriebsratsmitgliedern **Einblick** in die Unterlagen gewähren, auf die der Arbeitgeber seine Entscheidung zum Einsatz von Leiharbeitnehmern stützt. Hierbei findet § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG keine Anwendung, weshalb der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, dem Betriebsrat die Unterlagen zur Verfügung zu stellen.³⁸²

3. Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen – § 99 BetrVG

Vor dem Einsatz eines Leiharbeitnehmers ist der Betriebsrat des Entleiherbetriebs nach **§ 99 BetrVG** zu beteiligen. Dies auf Grund des § 14 Abs. 3 AÜG sogar unabhängig von der Anzahl der Beschäftigten im Entleiherbetrieb (Rechtsfolgenverweis auf § 99 BetrVG).

Praxishinweis: Aus den Regelungen im TV Leiz³⁸³ ergibt sich die Besonderheit, dass vorläufige personelle Maßnahmen nach § 100 BetrVG frühestens zehn Kalendertage nach Antragsstellung oder frühestens drei Kalendertage nach erfolgter Zustimmungsverweigerung durchgeführt werden können. In dieser Zeit soll eine betriebliche Lösung angestrebt werden. Notfälle wie kurzfristiger Vertretungseinsatz etc. sind hiervon ausgeschlossen.

Die Einschränkung des § 100 BetrVG gilt dann nicht, wenn von der Öffnungsklausel des TV Leiz Gebrauch gemacht und eine den tarifvertraglichen Regelungen entsprechende freiwillige Betriebsvereinbarung abgeschlossen worden ist.³⁸⁴ Wird ein neuer Tarifvertrag zur Leih-/Zeitarbeit in der M+E-Industrie abgeschlossen, sind gegebenenfalls gleichlautende tarifliche Abweichungen zu prüfen und zu beachten.

a) Informationsumfang

Das Mitbestimmungsrecht wird für jede Übernahme eines Leiharbeitnehmers zur Arbeitsleistung und der damit verbundenen Eingliederung in den Entleiherbetrieb ausgelöst. Auf die

³⁷⁹ BAG v. 29.09.2020 – 1 ABR 23/19.

³⁸⁰ BAG v. 16.08.2011 – 1 ABR 22/10.

³⁸¹ Vgl. BAG v. 30.09.2008 – 1 ABR 54/07.

³⁸² Richardi/Thüsing, 17. Aufl., § 92 BetrVG Rn. 32; ErfK/Kania, 25. Aufl., § 92 BetrVG Rn. 7.

³⁸³ Vgl. die Regelungen im jeweiligen TV Leiz, beispielsweise Ziff. 2.4 BaWü TV Leiz 2021; § 2 Ziff. 4 Bayern TV Leiz 2019; § 2 Ziff. 4 NRW TV Leiz 2018; § 2 Ziff. 4 NORD TV Leiz 2019.

³⁸⁴ Vgl. die Regelungen im jeweiligen TV Leiz, beispielsweise Ziff. 3.2 BaWü TV Leiz 2021; § 3 Ziff. 2 Bayern TV Leiz 2019; § 3 Ziff. 2 NRW TV Leiz 2018; § 3 Ziff. 2 NORD TV Leiz 2019.

zeitliche Dauer der geplanten Überlassung kommt es nicht an, d. h. jeder noch so kurzfristige tatsächliche Einsatz eines Leiharbeitnehmers im Entleiherbetrieb stellt eine mitbestimmungspflichtige Einstellung nach § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG dar.³⁸⁵

Der Entleiher muss dem Betriebsrat alle Informationen geben, die für eine Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 BetrVG relevant sein können. Von den Betriebsräten werden verstärkt umfangreiche Informationskataloge abgefordert. Welche Informationen und Unterlagen er verlangen kann, damit die Frist des § 99 BetrVG in Gang gesetzt wird, wird in der folgenden Auflistung dargestellt:

Anzahl der Leiharbeitnehmer	JA ³⁸⁶
Beabsichtigte Dauer des Einsatzes	JA ³⁸⁷
Vorgesehener Arbeitsplatz	JA ³⁸⁸
Art der Tätigkeit	JA ³⁸⁹
Namen der Leiharbeitnehmer	JA ³⁹⁰
Qualifikation des Leiharbeitnehmers	JA ³⁹¹
Weitere Informationen über die Person wie Alter, Geschlecht, Schwerbehinderteneigenschaft	JA ³⁹²
Anschrift	NEIN ³⁹³
Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	NEIN ³⁹⁴
Vorlage/Einsicht der Überlassungsverträge § 14 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG, § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG sowie Regelungen im TV Leiz	JA ³⁹⁵
Aktuelle Erklärung des Verleihers über Besitz einer Verleiherlaubnis (§ 14 Abs. 3 Satz 2 AÜG)	JA
Detaillierte Darlegung, dass es sich nicht um einen dauerhaft zu besetzenden Arbeitsplatz handelt, sondern nur ein vorübergehender Bedarf besteht	NEIN ³⁹⁶
Nachweis einer Kontaktaufnahme mit den zuständigen Behörden der Arbeitsverwaltung gemäß § 164 Abs. 1 SGB IX zwecks Überprüfung, ob schwerbehinderte Arbeitnehmer in Frage kommen	JA ³⁹⁷

³⁸⁵ BAG v. 09.03.2011 – 7 ABR 137/09.

³⁸⁶ BAG v. 09.03.2011 – 7 ABR 137/09.

³⁸⁷ BAG v. 09.03.2011 – 7 ABR 137/09.

³⁸⁸ BAG v. 09.03.2011 – 7 ABR 137/09.

³⁸⁹ BAG v. 09.03.2011 – 7 ABR 137/09.

³⁹⁰ BAG v. 09.03.2011 – 7 ABR 137/09.

³⁹¹ BAG v. 09.03.2011 – 7 ABR 137/09.

³⁹² ErfK/Kania, 25. Aufl. 2024, § 99 BetrVG Rn. 20.

³⁹³ BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 14 AÜG Rn. 33; ablehnend zu Bewerbungsunterlagen LAG Niedersachsen v.19.11.2008 – 15 TaBV 159/07.

³⁹⁴ BAG v. 06.06.1978 – 1 ABR 66/75; Düwell/Dahl, NZA-RR 2011, 1.

³⁹⁵ BAG v. 23.01.2008 – 1 ABR 74/06; BAG vom 06.06.1978 – 1 ABR 66/75; ebenso LAG Niedersachsen vom 09.08.2006 – 15 TaBV 53/05.

³⁹⁶ Überlassungshöchstdauer wird arbeitnehmerbezogen bestimmt: vgl. unter B. I. 3.a) bb).

³⁹⁷ BAG v. 23.06.2010 – 7 ABR 3/09.

Nachweis über erfolgte Stellenausschreibung gemäß § 93 BetrVG und Vorlage aller eingegangenen Bewerbungen (Regelung im TV Leiz: Nach 3 Monaten auf Verlangen des Betriebsrats)	JA ³⁹⁸ (nach der BAG-Rechtsprechung genügt hierfür schon ein AÜ-Einsatz von vier Wochen)
Nachweis über unternehmensweite Information der Leiharbeiternehmer über die zu besetzenden Arbeitsplätze gemäß § 13 AÜG	NEIN
Mitteilung über die Auswirkung auf die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer, einschließlich - Auswirkung auf Beschäftigungsmöglichkeiten für Schwerbehinderte, - leistungsgeminderte Arbeitnehmer, - Teilzeitbeschäftigte mit Erhöhungswünschen sowie - auf die Übernahme von Auszubildenden und - befristet Beschäftigten	NEIN NEIN NEIN ³⁹⁹ NEIN NEIN

Praxishinweis: Zu berücksichtigen ist, dass Betriebsgeheimnisse oder kalkulatorische Grundlagen bei der Einsicht durch den Betriebsrat in den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag geschwärzt werden können.⁴⁰⁰

b) Zustimmungsverweigerung durch den Betriebsrat

Die in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Zustimmungsverweigerungsgründe gelten wegen der Bezugnahme auf § 99 BetrVG in § 14 Abs. 3 AÜG auch für die **Einstellung** und ggf. Versetzung von Leiharbeitnehmern.⁴⁰¹ Ein Mitbestimmungsrecht zur **Eingruppierung** des Leiharbeitnehmers besteht hingegen nicht.⁴⁰²

Praxisrelevant sind insbesondere Zustimmungsverweigerungen, wenn die Einstellung gegen eine der in § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG genannten Regelwerke verstößt. Erforderlich ist dabei, dass die jeweilige Norm die Einstellung des Leiharbeitnehmers im Entleiherbetrieb als solche untersagt.⁴⁰³ Ausreichend dafür ist, dass der Normzweck, die Einstellung selbst zu verhindern, hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt.⁴⁰⁴ Exemplarisch kommen folgende Zustimmungsverweigerungsgründe in Betracht:

aa) Verstoß gegen § 164 Abs. 1 SGB IX

Nach der Rechtsprechung des BAG ist der Betriebsrat berechtigt, seine Zustimmung zu verweigern, wenn der Entleiher die Prüf- und Konsultationspflicht nach § 164 Abs. 1 SGB IX bei der Besetzung von freien Arbeitsplätzen mit Leiharbeitnehmern nicht gewahrt hat.⁴⁰⁵

³⁹⁸ BAG v. 15.10.2013 – 1 ABR 25/12; BAG v. 07.06.2016 – 1 ABR 33/14

³⁹⁹ BAG v. 01.06.2011 – 7 ABR 117/09.

⁴⁰⁰ BAG v. 16.08.2011 – 1 ABR 22/10.

⁴⁰¹ BeckOK ArbR/Niklas/Tenbrock, Stand: 01.01.2025, § 99 BetrVG Rn. 213.

⁴⁰² BAG v. 17.06.2008 – 1 ABR 39/07.

⁴⁰³ BAG v. 21.07.2009 – 1 ABR 35/08.

⁴⁰⁴ BAG v. 21.07.2009 – 1 ABR 35/08.

⁴⁰⁵ BAG v. 23.06.2010 – 7 ABR 3/09; a. A. BeckOK ArbR/Motz, 74. Ed., § 14 AÜG Rn. 39; Schüren/Hamann, 6. Aufl., § 14 AÜG Rn. 265; GK-BetrVG/Raab, 12. Aufl., § 99 BetrVG Rn. 290.

bb) Verstoß gegen Gleichstellungsgrundsatz (§ 8 AÜG)

Ein Verstoß gegen den Gleichstellungsgrundsatz stellt keinen Zustimmungsverweigerungsgrund für den Betriebsrat gem. § 99 Abs. 2 Nr.1 BetrVG dar. Selbst wenn das Gleichstellungsgebot des § 8 Abs. 1 AÜG verletzt wäre, gebietet es der Sinn und Zweck des AÜG, nicht bereits die Übernahme des Leiharbeitnehmers in den Betrieb des Entleihers zu unterbinden. Eine Nichtübernahme würde den schützenswerten Interessen des Leiharbeitnehmers gerade zuwiderlaufen, weil die erst nach Beginn der Überlassung bei Verletzung des Gleichstellungsgebots entstehenden Ansprüche nicht geltend gemacht werden könnten.⁴⁰⁶

cc) Überlassungshöchstdauer (§ 1 Abs. 1b AÜG)

Der Verstoß gegen eine gesetzliche oder davon abweichende Überlassungshöchstdauer i. S. d. § 1 Abs. 1b AÜG aus einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung stellt einen Zustimmungsverweigerungsgrund gem. § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG dar.⁴⁰⁷

Praxishinweis: Im TV LeiZ werden abweichende Bestimmungen zu den Fristen des § 100 Abs. 1 BetrVG getroffen. Eine vorläufige personelle Maßnahme kann frühestens zehn Kalendertage nach Antragstellung oder frühestens drei Kalendertage nach erfolgter Zustimmungsverweigerung durchgeführt werden.

dd) Anzeige des Wunsches auf Arbeitszeitverlängerung nach § 9 TzBfG

Ein Zustimmungsverweigerungsgrund im Hinblick auf § 9 TzBfG ist bei lediglich angezeigten Wünschen auf Verlängerung der Arbeitszeit teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer nicht gegeben. Allein die Anzeige eines Aufstockungswunsches löst keinen Anspruch nach § 9 TzBfG aus. Die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers nach § 99 Abs. 1 und 2 BetrVG geht insoweit nicht weiter als die aus § 9 TzBfG folgende – erst auf die Annahme eines konkreten Angebots des Arbeitnehmers gerichtete – Verpflichtung des Arbeitgebers. Die Einstellung eines Leiharbeitnehmers ist daher nicht allein aufgrund der Tatsache, dass es Arbeitnehmer gibt, die ihre Arbeitszeit aufstocken möchten, gesetzeswidrig. Der Übernahme eines Leiharbeitnehmers steht § 9 TzBfG erst dann im Sinne einer die Einstellung hindernden (Anspruchs-)Norm entgegen, wenn ein Teilzeitbeschäftigter einen Anspruch auf die zu besetzende Stelle – im Sinne einer Aufstockung seines Arbeitszeitkontingents – hat.⁴⁰⁸

ee) Verstoß gegen § 93 BetrVG

Der Betriebsrat kann seine Zustimmung zum Einsatz eines Leiharbeitnehmers gem. § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG verweigern, soweit der Arbeitgeber eine vom Betriebsrat nach § 93 BetrVG geforderte Stellenausschreibung unterlässt. Die durch das Verlangen ausgelöste Ausschreibungspflicht bezieht sich nach der Rechtsprechung des BAG auch auf Arbeitsplätze, die mit Leiharbeitnehmern besetzt werden sollen und deren Einsatzzeit zumindest vier Wochen betragen soll.⁴⁰⁹

Praxishinweis: Im TV LeiZ ist geregelt, dass auf Verlangen des Betriebsrats eine innerbetriebliche Stellenausschreibung im betriebsüblichen Umfang erfolgt, soweit der Einsatz von Leiharbeitnehmern länger als drei Monate erfolgen soll. Die tarifliche Regelung ist bezüglich der zeitlichen Grenze durch die Rechtsprechung überholt. Danach ist die vom Betriebsrat verlangte innerbetriebliche Stellenausschreibung auch für Leiharbeitnehmer erforderlich, deren „Einsatzzeit zumindest vier Wochen betragen soll“.⁴¹⁰ Damit gilt die durch die

⁴⁰⁶ BAG v. 21.07.2009 – 1 ABR 35/08; BAG v.01.06.2011 – 7 ABR 117/09.

⁴⁰⁷ BAG v. 21.07.2009 – 1 ABR 35/08; BAG v. 10.07.2013 – 7 ABR 91/11.

⁴⁰⁸ BAG v. 01.06.2011 – 7 ABR 117/09.

⁴⁰⁹ BAG v. 07.06.2016 – 1 ABR 33/14; BAG v. 15.10.2013 – 1 ABR 25/12.

⁴¹⁰ BAG v. 15.10.2013 – 1 ABR 25/12.

Rechtsprechung konkretisierte gesetzliche Grenze. Es empfiehlt sich aber, die Anwendung der tariflichen Drei-Monats-Frist mit dem Betriebsrat zu vereinbaren.

ff) Zustimmungsverweigerung bei gesetzlicher Fiktion nach §§ 9, 10 AÜG

Entsteht wegen §§ 9 Abs. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher aufgrund gesetzlicher Fiktion, ist umstritten, ob und inwieweit ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates besteht. Nach wohl überwiegender Auffassung entfällt dieses nicht, da das Mitbestimmungsrecht gerade auch der Verhinderung des Missbrauchs der Arbeitnehmerüberlassung dienen solle.⁴¹¹ Auch liege aus Sicht des Entleiherbetriebs eine mitbestimmungspflichtige Einstellung vor, weil und soweit der dortige Betriebsrat im Rahmen von § 14 Abs. 3 i. V. m. § 99 BetrVG bislang allenfalls einem vorübergehenden Einsatz zugestimmt habe.⁴¹²

4. Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten

Gemäß § 87 Abs. 1 BetrVG ist der Betriebsrat des Entleiherbetriebs in mitbestimmungspflichtigen sozialen Angelegenheiten nach der Rechtsprechung des BAG nur dann zu beteiligen, wenn der Entleiher die mitbestimmungspflichtige Entscheidung trifft.⁴¹³

Das ist denkbar bei der Eingliederung in die betriebliche Organisation bzw. beim ausgeübten Direktionsrecht des Entleihers, wie z. B. Fragen der Ordnung des Betriebs, Fragen zur technischen Überwachung, Unfallverhütung und Angelegenheiten des Gesundheitsschutzes, Sozialeinrichtungen, Vorschlagswesen und Gruppenarbeit.

In Bezug auf die tägliche Arbeitszeit oder die Anordnung vorübergehender Mehrarbeit hat das BAG dem Betriebsrat des Verleihers das Mitbestimmungsrecht zugeordnet.⁴¹⁴

X. Vermittlungsprovisionen

Vermittlungsprovisionsklauseln verpflichten den Entleiher dann zur Zahlung einer Vergütung an den Verleiher, wenn der Entleiher den bei ihm eingesetzten Leiharbeitnehmer nach ordentlicher Beendigung seines bisherigen Arbeitsverhältnisses in ein Arbeitsverhältnis übernimmt.

Nachdem der BGH diese Vermittlungsprovisionsvereinbarungen für unwirksam gehalten hat,⁴¹⁵ hat der Gesetzgeber zum 01.01.2004 durch eine Ergänzung des § 9 Nr. 3 Halbsatz 2 AÜG klargestellt, dass die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung zulässig ist. **Vermittlungsprovisionsklauseln** im Überlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher sind somit möglich.⁴¹⁶

Gesetzliche Voraussetzung ist, dass die Provision eine **angemessene Vergütung** darstellt. Bei der Frage der Angemessenheit ist nach der Gesetzesbegründung die Dauer des vorangegangenen Verleihs, die Höhe des vom Entleiher für den Verleih bereits gezahlten Entgelts und der Aufwand für die Gewinnung eines vergleichbaren Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Ob eine Provisionsvereinbarung angemessen ist, bedarf somit jeweils einer Einzelfallprüfung. Da nach dem Willen des Gesetzgebers das vom Entleiher bereits gezahlte Entgelt zu

⁴¹¹ Fitting, 32. Aufl., § 99 BetrVG, Rn. 60; so auch Schüren/Hamann, 6. Aufl., § 14 AÜG Rn. 626, wenn die Überlassung bereits zu Beginn illegal ist, kein Zustimmungsverweigerungsrecht hingegen, wenn die legal begonnene und mitbestimmte Überlassung nachträglich illegal wird und dem Zustandekommen des gesetzlichen Arbeitsverhältnisses gem. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG eine Eingliederungsentscheidung des Arbeitgebers vorausgeht.

⁴¹² NK-ArbR/Ulrici, 2. Aufl., § 10 AÜG Rn. 50.

⁴¹³ BAG v. 19.06.2001 – 1 ABR 43/00.

⁴¹⁴ BAG v. 15.12.1992 – 1 ABR 38/92, BAG v. 22.10.2019 – 1 ABR 17/18.

⁴¹⁵ BGH v. 03.07.2003 – III ZR 348/02.

⁴¹⁶ BGH v. 10.03.2022 – III ZR 51/21.

berücksichtigen ist, muss eine zulässige Provisionsklausel **degressiv** gestaffelt sein. Der Provisionsbetrag muss sich also entsprechend der Einsatzdauer des Leiharbeitnehmers verringern.⁴¹⁷

Praxishinweis: Es ist von einem maximal zulässigen Zeitraum von bis zu 12 Monaten auszugehen. Branchenüblich sind Provisionen in Höhe von ein bis drei Monatsgehältern bei degressiver Gestaltung.

Als Vermittlung nach einem **vorangegangenen Verleih** gilt immer der Fall, in dem während des Einsatzes des Leiharbeitnehmers der Arbeitsvertrag mit dem Entleiher abgeschlossen wird. Dieser zeitliche Zusammenhang besteht auch dann, wenn der Leiharbeitnehmer das Arbeitsverhältnis zum Verleiher kündigt, um später einen Arbeitsvertrag mit dem Entleiher zu schließen.⁴¹⁸

Für die Frage, ob das Vermittlungshonorar nur zu bezahlen ist, soweit das neue Arbeitsverhältnis noch während der Arbeitnehmerüberlassung begründet worden ist oder erst im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang danach, kommt es auf die genaue Formulierung im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Verleiher und Entleiher (bzw. deren AGB) an.⁴¹⁹

Praxishinweis: Der Überlassungsvertrag und ggf. die Geschäftsbedingungen des Verleihers sollten vor Vertragsabschluss daraufhin überprüft werden, ob sie eine solche Vermittlungsprovisionsklausel enthalten. Ist dies nicht der Fall, kann kein Provisionsanspruch entstehen.

Nach § 9 Nr. 5 AÜG sind hingegen Vereinbarungen über Vermittlungsprovisionen zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer unwirksam.

⁴¹⁷ BGH v. 11.03.2010 – III ZR 240/09.

⁴¹⁸ BeckOK ArbR/Kock, 74. Ed., § 9 AÜG Rn. 51.

⁴¹⁹ Auch unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang möglich: BGH v. 10.03.2022 – III ZR 51/21.

Kapitel F: Hinweise zum Einsatz fremder Arbeitnehmer im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen

I. Vorgehen bei Abschluss eines Werk-/Dienstvertrages

Der Abschluss von Werk- und Dienstverträgen ist ein ganz selbstverständlicher Bestandteil unternehmerischen Handelns. Der Unternehmer entscheidet selbst, welche Arbeiten er mit eigenen Arbeitnehmern erledigen möchte und für welche Tätigkeit er sich der Angebote anderer Firmen bedient.

Soll ein Auftrag vergeben werden, der zum Einsatz fremder Arbeitnehmer **auf dem Betriebsgelände**⁴²⁰ führt, ist die Abgrenzung insbesondere zur Arbeitnehmerüberlassung arbeitsrechtlich geboten.

Es empfiehlt sich, eine erste Überprüfung anhand der oben dargestellten Abgrenzungskriterien (siehe bereits oben unter A. III. 3.) und des beigefügten Rasters (Prüfbogen für Werkvertrag, **Anlage 2**). Soweit nicht alle Fragen positiv beantwortet werden können, bedarf es einer eingehenderen Prüfung gem. den oben genannten Abgrenzungskriterien.

Praxishinweis: Bleiben nach Abwägung aller Umstände Hinweise, dass es sich um Arbeitnehmerüberlassung handeln könnte, erscheint es geboten, vom Abschluss eines Werk-/Dienstvertrages Abstand zu nehmen. Aufgrund der Konkretisierungs- und Bezeichnungspflicht in § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG hilft es für alte und neue Werk-/Dienstverträge nicht, wenn die Fremdfirma zur Sicherheit bzw. auf Vorrat eine gültige Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis besitzt. Es drohen eine Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum Einsatzbetrieb nach den §§ 9 Abs. 1a, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG sowie Bußgelder. **Eine vorherige Beratung des Verbandes wird daher in Zweifelsfällen dringend empfohlen.**

Ein Werk-/Dienstvertrag muss, um als solcher anerkannt zu werden, nicht nur eindeutig die Merkmale dieser Vertragsart aufweisen, sondern auch **tatsächlich** gemäß den vereinbarten Regeln durchgeführt werden.⁴²¹ Ist der tatsächliche Einsatz der Fremdarbeitnehmer in Wirklichkeit als Arbeitnehmerüberlassung zu qualifizieren, ist trotz der anderslautenden Vereinbarung eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung mit allen rechtlichen Folgen anzunehmen.⁴²² Widersprechen sich also Vertragsinhalt und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgebend.⁴²³ Klarstellend ergibt sich dies für den Überlassungsvertrag aus § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG (siehe bereits oben unter A. III. 2.). Insbesondere sollte bei der tatsächlichen Durchführung darauf geachtet werden, dass das tätigkeitsbezogene Weisungsrecht **nicht** von eigenen Mitarbeitern ausgeübt wird.⁴²⁴

In der betrieblichen Praxis empfehlen sich folgende Umsetzungsschritte:

1. Vertragsgestaltung

Alle Formulierungen, die auf eine Arbeitnehmerüberlassung hindeuten könnten, sind bei der Vertragsgestaltung zu unterlassen. Ergibt bereits die Auslegung der ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen, dass das Rechtsverhältnis der kooperierenden Unternehmen als Arbeitnehmerüberlassung ausgestaltet ist, liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, ohne dass es auf die praktische Handhabung der Vertragsbeziehung ankommt. Dabei spielt es keine Rolle, ob der

⁴²⁰ BAG v. 09.07.1991 – 1 ABR 45/90.

⁴²¹ BAG v. 15.06.1983 – 5 AZR 112/81, BAG v. 18.01.2012 – 7 AZR 723/10.

⁴²² BAG v. 18.01.2012 – 7 AZR 723/10; BAG v. 30.01.1991 – 7 AZR 497/89;

BGH v. 21.01.2003 – X ZR 261/01, LAG Rheinland-Pfalz v. 03.02.2011 – 11 Sa 314/10.

⁴²³ BAG v. 18.01.2012 – 7 AZR 723/10.

⁴²⁴ LAG Hamburg v. 29.10.2010 – 6 Sa 62/10 u. 6 Sa 27/10.

Entleiher das ihm übertragene Weisungsrecht gegenüber dem überlassenen Arbeitnehmer in der betrieblichen Praxis tatsächlich ausübt.⁴²⁵ Etwaige Musterverträge sind dementsprechend zu prüfen und bei Bedarf anzupassen.

2. Interne Prozesse

Für diese Aufgaben sollten im Unternehmen klare Prozessverantwortlichkeiten geschaffen werden. Die Kompetenzen insbesondere zwischen dem Einkauf, der Personalabteilung und den Fachabteilungen sollte geklärt werden. Die zuständigen Mitarbeiter sollten durch eine entsprechende Nähe zu den betrieblichen Umständen über Kenntnisse zu den jeweiligen Einsatzgebieten und Einsatzaufgaben verfügen. Für einen klaren Ablauf der Entscheidungsprozesse sollten eindeutige Anweisungs- und Entscheidungsbefugnisse festgelegt und kommuniziert werden. Ergänzend sollten dann fortlaufende Kontrollmechanismen für die Prozessverantwortung geschaffen werden.

3. Schulungskonzept

Für eine rechtlich einwandfreie Durchführung der Werk-/Dienstverträge mit Fremdpersonal auf dem Betriebsgelände sind Kenntnisse der Führungskräfte über die rechtlichen Rahmenbedingungen unerlässlich. Es sollten daher der Schulungsbedarf ausgehend vom Umfang solcher Vertragskonstellationen und die notwendigen Schulungsebenen festgelegt werden. Inhaltlich sollten in den Schulungen auf folgende Punkte eingegangen werden:

- Ziel der Schulung benennen (Bewusstsein für die Rechtsrisiken schaffen);
- gesetzliche Grundlagen;
- Voraussetzungen eines rechtskonformen Einsatzes von Werk-/Dienstverträgen;
- Rechtsfolgen für das Unternehmen bei rechtswidriger Handhabung;
- ggf. arbeitsrechtliche Konsequenzen für die Verantwortlichen.

Diese Schulungen sollten regelmäßig wiederholt werden. Interne Ansprechpartner für die Führungskräfte bei Fragen aus dem betrieblichen Alltag zum Umgang mit dem Fremdpersonal sollten etabliert und bekannt gemacht werden. Ein Merkblatt kann den alltäglichen Umgang mit dem Fremdpersonal ebenfalls erleichtern (Muster eines Merkblatts für betriebliche Vorgesetzte, **Anlage 3**).

4. Praktische Fehlerquellen vermeiden

Besonders in Bezug auf die Ausübung des Weisungsrechts haben sich für die praktische Umsetzung sog. Repräsentantensysteme oder sog. Ticketsysteme bewährt.

- Bei einem Repräsentantensystem stellt der Werkunternehmer einen „Repräsentanten“ als direkten Ansprechpartner im Einsatzbetrieb zur Verfügung, der ständig anwesend ist und die arbeitsrechtlichen Weisungen gegenüber dem Fremdpersonal erteilt.
- Das Ticket-System ermöglicht es, dass einzelne Arbeitnehmer über eine IT-Plattform Arbeitsaufträge dem Werk-/Dienstleister übermitteln, dieser gibt diese anschließend an seine Arbeitnehmer weiter und übt sein arbeitsrechtliches Weisungsrecht aus.

Dem Fremdpersonal sollten – soweit sinnvoll und umsetzbar – separate Arbeitsräume zur Verfügung gestellt werden. Zudem sollten diesem keine hausinternen E-Mail-Adressen zugewiesen werden oder der Anschluss an das Telefonsystem erfolgen. Ferner sollten sie auf

⁴²⁵ BAG v. 25.07.2023 – 9 AZR 278/22.

keinen Fall in das hausinterne Arbeitszeiterfassungs-, Fehlzeiten- und Urlaubsmanagement eingebunden werden.

II. Sanktionen

Sollte eine Überprüfung ergeben, dass anstatt eines Werk-/Dienstvertrags in Wirklichkeit doch eine (verdeckte) Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, muss der „Entleiher“/Einsatzbetrieb mit verschiedenen Sanktionen rechnen (siehe hierzu bereits oben unter B. II.).

III. Mitwirkungsrecht des Betriebsrats

Die Tätigkeitsaufnahme von fremden Arbeitnehmern im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen im Betrieb ist grundsätzlich mitbestimmungsfrei.⁴²⁶

Betriebsverfassungsrechtlich sind diese Arbeitnehmer ausschließlich dem Betrieb ihres Arbeitgebers zugeordnet.⁴²⁷ Es bestehen jedoch Informationspflichten gegenüber dem Betriebsrat.

1. § 80 Abs. 2 BetrVG

Der Betriebsrat kann verlangen, dass der Arbeitgeber ihn über alle Personen unterrichtet, die in irgendeiner Form im Betrieb beschäftigt sind, auch ohne betriebsangehöriger Arbeitnehmer zu sein. Die Unterrichtung umfasst gem. § 80 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BetrVG „insbesondere den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben dieser Personen“. Ausgenommen sind hier aber nach der Gesetzesbegründung⁴²⁸ solche Personen, die nur kurzfristig im Betrieb beschäftigt sind (z. B. der Elektriker, der eine kaputte Lampe im Betrieb reparieren soll). Das ist auch konsequent, da § 80 BetrVG nur in Frage kommt, wenn Beteiligungsrechte des Betriebsrats möglich erscheinen.⁴²⁹

§ 80 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BetrVG erfasst jegliches Fremdpersonal, also auch im Betrieb eingesetzte Erfüllungsgehilfen von Werk- und Dienstleistungsunternehmen. Der Betriebsrat soll in eigener Verantwortung prüfen können, ob und inwieweit sich Aufgaben im Sinne des BetrVG ergeben und er zu ihrer Wahrnehmung tätig werden muss.⁴³⁰ Der Betriebsrat muss jedoch darlegen, dass er die begehrte Auskunft zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben benötigt.⁴³¹ § 80 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BetrVG dient aber allein der Klarstellung des Personenkreises, auf den sich die Unterrichtungsverpflichtung bezieht. Die Voraussetzungen für den allgemeinen Auskunftsanspruch werden dadurch weder relativiert noch die Zuständigkeit des Betriebsrats auf das im Betrieb eingesetzte Fremdpersonal erweitert. Folglich verlangt der auf Fremdpersonal bezogene Unterrichtsanspruch, dass ein Beteiligungsrecht des Betriebsrats hinsichtlich der betriebszugehörigen Arbeitnehmer in Betracht kommt.⁴³²

Der Betriebsrat kann gem. § 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG auch die **Vorlage des Vertrages mit dem Drittunternehmer** verlangen, um überprüfen zu können, ob es sich nicht doch um Leiharbeit handelt und Beteiligungsrechte in Betracht kommen.⁴³³

⁴²⁶ BAG v. 15.12.1998 – 1 ABR 9/98, BAG v. 01.12.1992 – 1 ABR 30/92.

⁴²⁷ Schüren/Hamann, 6. Aufl., § 14 AÜG Rn. 646.

⁴²⁸ Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 32.

⁴²⁹ BAG v. 21.10.2003 – 1 ABR 39/02; LAG Baden-Württemberg v. 12.10.2022 – 4 TaBV 3/21; NK-ArbR/Waskow, 2. Aufl., BetrVG § 80 Rn. 19.

⁴³⁰ Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/9232, S. 32.

⁴³¹ NK-ArbR/Waskow, 2. Aufl., § 80 BetrVG Rn. 19.

⁴³² BAG v. 12.03.2019 – 1 ABR 48/17.

⁴³³ So schon vor der Kodifizierung BAG v. 31.01.1989 – 1 ABR 72/87; BAG v. 09.07.1991 – 1 ABR 45/90; BAG v. 15.12.1998 – 1 ABR 9/98.

Allerdings steht dem Arbeitgeber nach der Rechtsprechung ein Vorprüfungsrecht zu, da er Unterlagen/Informationen, die in keinem Zusammenhang mit der geltend gemachten Überwachungsaufgabe oder Betriebsratsaufgaben stehen, unkenntlich machen darf.⁴³⁴ Daraus lässt sich wohl auch schlussfolgern, dass die Höhe des an den Auftraggeber zu zahlenden Entgeltes nicht offen gelegt werden muss.

Dem Betriebsrat müssen nur diejenigen Unterlagen vorgelegt werden, die der Arbeitgeber zur Zeit des Verlangens auch tatsächlich besitzt.⁴³⁵ Einen Anspruch, nicht vorhandene Unterlagen erst zu erstellen oder zu beschaffen, kennt das Gesetz nicht.⁴³⁶

Trotz der Ergänzung des § 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG im Rahmen der AÜG-Reform 2017 gilt weiterhin, dass diese Rechtsprechung des BAG Anwendung findet und den Einsatzbetrieb auch keine Beschaffungspflicht trifft. Das wird aus dem Protokoll der Beratungen des Gesetzes im Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales deutlich. Dort wird ausdrücklich betont, dass die Neuregelung nicht bedeute, dass der Unternehmer seinem Betriebsrat auch die Arbeitsverträge der eingesetzten Werk-/Dienstvertragsarbeitnehmer vorlegen müsse.⁴³⁷

Informationsumfang in der Praxis über alle Fremdbeschäftigten		
... mit Auflistung der Einsatztage und der Einsatzzeiten	JA ⁴³⁸	Nach der Rechtsprechung des BAG muss der Arbeitgeber an den Werktagen geführte (d. h. bereits vorhandene) Kontrolllisten, aus denen sich die Einsatztage und die Einsatzzeiten der einzelnen Fremdarbeitnehmer ergeben, dem Betriebsrat auf Verlangen zur Verfügung stellen. Denn der Betriebsrat könne im Rahmen seiner Beteiligung bei der Personalplanung auch vorschlagen, gegenwärtig von Fremdfirmen verrichtete Arbeiten durch Arbeitnehmer des Betriebes, ggf. auch durch neu einzustellende Arbeitnehmer, verrichten zu lassen (§ 92 Abs. 2 BetrVG).
... nach Einsatzbereichen (Aufgabenbeschreibung)	JA	Allgemeine, personenunabhängige Benennung der Einsatzbereiche, da im Rahmen der Personalplanung der Betriebsrat auch vorschlagen kann, gegenwärtig von Fremdfirmen verrichtete Arbeiten durch Arbeitnehmer des Betriebes, ggf. auch durch neu einzustellende Arbeitnehmer, verrichten zu lassen (§ 92 Abs. 2 BetrVG).
... gegliedert nach der Häufigkeit des Einsatzes	NEIN	Auswertung bzw. Kategorisierung der Informationen sind Aufgabe des Betriebsrates.
... unter Benennung des jeweiligen Vertragsverhältnisses	NEIN	Auswertung bzw. Kategorisierung der Informationen sind Aufgabe des Betriebsrates.

⁴³⁴ BAG v. 16.08.2011 – 1 ABR 22/10.

⁴³⁵ ErfK/Kania, 25. Aufl., § 80 BetrVG Rn. 24.

⁴³⁶ BAG v. 30.09.2008 – 1 ABR 54/07.

⁴³⁷ BT-Drs. 18/10064, S. 14.

⁴³⁸ BAG v. 31.01.1989 – 1 ABR 72/87.

Vorlage der vertraglichen Vereinbarungen		
... mit Werkvertragsunternehmen (anderen Arbeitgebern)	JA ⁴³⁹	Nach der Rechtsprechung kann der Betriebsrat auch die Vorlage des Vertrages mit dem Drittunternehmer verlangen, um überprüfen zu können, ob es sich nicht doch um Arbeitnehmerüberlassung handelt und Beteiligungsrechte in Betracht kommen.
... mit Auftragnehmern (Soloselbstständige)	JA ⁴⁴⁰	Ein Beteiligungsrecht nach § 99 BetrVG stünde dem Betriebsrat auch dann zu, wenn es sich um den Einsatz eines Scheinselbstständigen handelt. Das muss er prüfen können.
... mit Subunternehmen	NEIN	Der Arbeitgeber muss nur vorhandene Unterlagen vorlegen; bei diesen Verträgen ist der Arbeitgeber gar nicht Vertragspartner.
... mit Hinweis, wem das Weisungsrecht zusteht	JA	Ein pauschaler Hinweis auf das Weisungsrecht des Werkvertragsunternehmens oder ggf. Verweis auf die vertragliche Regelung ist sinnvoll, da für die Frage, ob es sich um verdeckte Arbeitnehmerüberlassung oder Scheinselbstständigkeit handelt, die Frage des Weisungsrechts eine vorrangige Rolle spielt.
Angabe über soziale Standards		
... Höhe des Entgelts des Fremdpersonals	NEIN ⁴⁴¹	Die Höhe des an den Auftraggeber zu zahlenden Entgeltes braucht, auch wenn es bekannt sein sollte, nicht offen gelegt zu werden, da der Betriebsrat nur Auskunft über die im Zusammenhang mit der geltend gemachten Überwachungsaufgabe oder einer anderen Betriebsratsaufgabe verlangen kann.
... die bei der Vergabe von Aufträgen gelten	NEIN ⁴⁴²	Arbeitsbedingungen in fremden Betrieben gehören nicht zum Aufgabengebiet eines Betriebsrates. Praxishinweis: Soweit solche aber beachtet werden, kann dies bei der Erörterung mit dem Betriebsrat vorteilhaft sein.
... und wie diese geprüft werden	NEIN ⁴⁴³	Arbeitsbedingungen in fremden Betrieben gehören nicht zum Aufgabengebiet eines Betriebsrates. Praxishinweis: Soweit solche Prüfungen erfolgen, kann dies bei der Erörterung mit dem Betriebsrat vorteilhaft sein.

2. § 99 BetrVG

Wird Fremdpersonal im Rahmen eines Werk- oder selbstständigen Dienstvertrages im Betrieb derart tätig, dass allein der Drittfirma die Möglichkeit zur Weisungserteilung im Sinne der Personalhoheit obliegt, braucht der Betriebsrat **nicht** nach **§ 99 BetrVG** beteiligt zu

⁴³⁹ BAG v. 31.01.1989 – 1 ABR 72/87; BAG v. 09.07.1991 – 1 ABR 45/90; BAG v. 15.12.1998 – 1 ABR 9/98 (Art der Entlohnung bei freien Mitarbeitern).

⁴⁴⁰ BAG v. 15.12.1998 – 1 ABR 9/98.

⁴⁴¹ BAG v. 16.08.2011 – 1 ABR 22/10.

⁴⁴² Wird nicht einmal gewerkschaftsseitig gefordert, vgl. Ulber, AiB 2013, 285.

⁴⁴³ Wird nicht einmal gewerkschaftsseitig gefordert, vgl. Ulber, AiB 2013, 285.

werden, da der Einsatz für sich genommen noch nicht zur Eingliederung des Fremdpersonals und damit zu einer Einstellung führt.⁴⁴⁴ Selbst dann, wenn die vom Fremdpersonal zu erbringende Dienst- oder Werkleistung hinsichtlich Art, Umfang, Güte, Zeit und Ort in den betrieblichen Arbeitsprozess eingeplant oder detailliert beschrieben ist, liegt keine mitbestimmungspflichtige Einstellung vor.⁴⁴⁵ Auch die enge räumliche Zusammenarbeit von Arbeitnehmern im Betrieb oder die Einweisung und Koordination des Fremdfirmeneinsatzes durch Beschäftigte des Betriebsinhabers genügen nicht.⁴⁴⁶ In den Fällen, in denen die Rechtsprechung ausnahmsweise ein solches Mitbestimmungsrecht bejaht, weil der Betriebsinhaber die Weisungen über den Arbeitseinsatz trifft,⁴⁴⁷ handelte es sich in Wirklichkeit um verdeckte Arbeitnehmerüberlassung.

Bei einem Einsatz von Arbeitnehmern von Fremdfirmen auf der Grundlage echter Dienst- oder Werkverträge ist § 14 AÜG für die Einbeziehung von Leiharbeitnehmern in betriebsverfassungsrechtliche Fragestellungen nicht anzuwenden.

Voraussetzung für § 99 BetrVG ist eine Einstellung. Eine Einstellung liegt vor, wenn Personen *in den Betrieb* eingegliedert werden, um zusammen mit den im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmern den arbeitstechnischen Zweck des Betriebes **durch weisungsgebundene Tätigkeit** zu verwirklichen.⁴⁴⁸ Nach Auffassung des BAG⁴⁴⁹ kommt es auf die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit und deren Einbindung in die betriebliche Organisation des Einsatzbetriebes an. Von einer solchen Eingliederung kann aufgrund der Abgrenzungskriterien zur Arbeitnehmerüberlassung bei echten Werk- oder Dienstverträgen nicht ausgegangen werden.

3. § 92 BetrVG

Auch in § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG wurde mit der Änderung ab dem 1. April 2017 aufgenommen, dass der Arbeitgeber die Unterrichtung des Betriebsrats über die Personalplanung auf die geplante Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, erstrecken muss.

Der Arbeitgeber muss im Rahmen von § 92 BetrVG dem Betriebsrat nur Einblick in die Unterlagen gewähren, auf die er seine Personalplanung stützt. Er ist anders als in § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG nicht verpflichtet, dem Betriebsrat die Unterlagen zur Verfügung zu stellen.⁴⁵⁰

Weitere Informationspflichten können sich aus §§ 92a und 106 BetrVG ergeben. Mitbestimmungsrechte können sich aus §§ 111, 112 BetrVG ergeben, wenn die (mitbestimmungsfreie) unternehmerische Entscheidung, betriebliche Aufgaben zukünftig durch Fremdpersonal ausführen zu lassen, im Rahmen der Umsetzung zu einem Abbau der Beschäftigung im Einsatzbetrieb führt.

⁴⁴⁴ BAG v. 13.05.2014 – 1 ABR 50/12; BAG v. 08.11.2016 – 1 ABR 57/14; LAG Hamm v. 26.11.2010 – 10 TaBV 67/10.

⁴⁴⁵ BAG v. 08.11.2016 – 1 ABR 57/14.

⁴⁴⁶ BAG v. 13.12.2005 – 1 ABR 51/04.

⁴⁴⁷ BAG v. 18.10.1994 – 1 ABR 9/94.

⁴⁴⁸ ErfK/Kania, 25. Aufl., § 99 BetrVG Rn. 4; BAG v. 13.12.2005 – 1 ABR 51/04.

⁴⁴⁹ BAG v. 05.03.1991 – 1 ABR 39/90.

⁴⁵⁰ ErfK/Kania, 25. Aufl., § 92 BetrVG Rn. 7; GK-BetrVG/Raab, 12. Aufl., § 92 BetrVG Rn. 28; Richardi/Thüsing, 17. Aufl., § 92 BetrVG Rn. 32; a. A.: LAG Baden-Württemberg v. 12.07.2017 – 2 TaBV 5/16; NK-ArbR/Waskow, 2. Aufl., § 92 BetrVG Rn. 12; Fitting, 32. Aufl., § 92 BetrVG Rn. 34a.

IV. Arbeitssicherheit

1. Verantwortlicher

Die Verantwortung für die Arbeitssicherheit, insbesondere für die Durchführung der öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzbestimmungen und der Unfallverhütungsvorschriften, hat der **Auftragnehmer** als Arbeitgeber des Fremdpersonals.

Der **Auftraggeber** ist grundsätzlich nicht verpflichtet, im Einzelnen zu überwachen, ob der Auftragnehmer die sich für ihn daraus ergebenden Verpflichtungen einhält und die sonstigen zum Schutz der Fremdarbeitnehmer geltenden Vorschriften (z. B. die des Arbeitszeitgesetzes) beachtet. Sind für ihn jedoch Verstöße erkennbar, sollte er, nicht zuletzt um eine Gefährdung auch der eigenen Arbeitnehmer zu verhindern, auf Abhilfe durch den Auftragnehmer hinwirken.

Er muss sich aber je nach Art der Tätigkeit vergewissern, dass die Fremdarbeitnehmer hinsichtlich der von der Arbeitsstätte und den vorhandenen Einrichtungen ausgehenden **Gefahren für Sicherheit und Gesundheit während ihrer Tätigkeit in seinem Betrieb angemessene Anweisungen** erhalten haben (§ 8 Abs. 2 Arbeitsschutzgesetz – ArbSchG). Eine originäre Verantwortung des Betriebsinhabers für die Fremdfirmenbeschäftigten wird dadurch jedoch nicht begründet.⁴⁵¹ Vielmehr bleibt der Auftragnehmer für den Schutz seiner Beschäftigten voll verantwortlich und muss diesen über die Kooperation mit dem Betriebsinhaber nach § 8 Abs. 1 ArbSchG gewährleisten (vgl. dazu sogleich unter 3.).

Auch wird die zivilrechtliche Pflicht zur gefahrfreien Arbeitsplatzgestaltung aus § 618 BGB auf den Einsatz von Fremdpersonal im Rahmen von Werkverträgen analog angewendet, wenn der Besteller des Werkes Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften bereitzustellen hat.⁴⁵²

2. Verkehrssicherungspflichten

Den Auftraggeber können darüber hinaus **Verkehrssicherungspflichten** gegenüber den fremden Arbeitnehmern treffen. Er muss die Arbeitnehmer der Fremdfirma durch geeignete Maßnahmen (z. B. durch Absperrungen, Sicherungsmaßnahmen, Einweisungen, Warnungen) vor Gefahren im Betrieb schützen.

3. Zusammenarbeit

Werden **Beschäftigte mehrerer Arbeitgeber an einem Arbeitsplatz** tätig, sind die Arbeitgeber verpflichtet, bei der Durchführung der Sicherheits- und Gesundheitsbestimmungen zusammenzuarbeiten (§ 8 Abs. 1 ArbSchG). Soweit erforderlich, haben sich die Arbeitgeber gegenseitig und ihre Beschäftigten über die mit den Arbeiten verbundenen Gefahren zu unterrichten und Maßnahmen zur Verhütung dieser Gefahren abzustimmen.

Über die Pflicht zur arbeitsschutzrechtlichen Kooperation hinaus besteht für den Arbeitgeber je nach Art der Tätigkeit zudem die Pflicht, sich bezüglich der ordnungsgemäßen Unterweisung der Fremdfirmenbeschäftigten zu vergewissern (§ 8 Abs. 2 ArbSchG). Diese Vergewisserungspflicht dient dem Schutz der eigenen Beschäftigten als auch dem Schutz der Beschäftigten anderer Arbeitgeber vor Gefahren, die von der Arbeitsstätte und den vorhandenen Einrichtungen ausgehen.⁴⁵³

⁴⁵¹ BeckOK ArbSchR/Häfeli, 21. Ed., § 8 ArbSchG Rn. 107.

⁴⁵² ErfK/Preis, 25. Aufl., § 611a BGB Rn. 105 unter Verweis auf OLG Düsseldorf v. 21.10.1994 – 22 U 33/94.

⁴⁵³ BT-Drs. 13/3540, S. 17.

Bei möglicher gegenseitiger Gefährdung muss der Auftraggeber einen **Koordinator** bestellen (§ 6 Abs. 1 DGUV Vorschrift 1 – Unfallverhütungsvorschrift Grundsätze der Prävention), der die Arbeiten aufeinander abstimmt. Der Koordinator muss zur Durchführung seiner Aufgabe die hierfür erforderlichen übergreifenden Weisungsbefugnisse sowohl gegenüber den Arbeitnehmern des Auftraggebers als auch gegenüber den im Betrieb tätigen Arbeitnehmern der Fremdfirma haben. Insoweit tritt er an die Stelle der jeweiligen Vorgesetzten.

Der Auftraggeber hat dafür zu sorgen, dass der Koordinator seine Aufgabe erfüllen kann. Ist der Koordinator ein Arbeitnehmer des Auftraggebers oder ein Dritter, sollte deshalb die Weisungsbefugnis gegenüber den Arbeitnehmern der Fremdfirma im Werkvertrag/selbstständigen Dienstvertrag festgelegt werden.

4. Verpflichtungserklärung

Ist Gegenstand des Werkvertrages die Planung, Herstellung, Änderung oder Instandsetzung von Einrichtungen, oder die Planung oder Gestaltung von Arbeitsverfahren, muss der Auftraggeber den Auftragnehmer schriftlich verpflichten, dass dabei die für den Auftraggeber geltenden staatlichen Arbeitsschutzvorschriften und die Unfallverhütungsvorschriften sowie die allgemeinen Grundsätze des Arbeitsschutzes i. S. v. § 4 ArbSchG und insbesondere das staatliche und berufsgenossenschaftliche Regelwerk beachtet werden (§ 5 DGUV Vorschrift 1).

Kapitel G: Hinweise für den Fall von Ermittlungen wegen unerlaubter Beschäftigung von Leiharbeitnehmern

Zuständig für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1, 1a, 1c, 1d, 1f, 2, 2a und 7b sowie 11 bis 17 AÜG sind die Behörden der Zollverwaltung. Für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten gem. § 16 Abs. 1 Nr. 1b, 1e, 3 bis 7a sowie 8 bis 10 AÜG ist die Bundesagentur für Arbeit zuständig (gem. § 16 Abs. 3 AÜG).

Anlass für Ermittlungen gegen Betriebe, die Arbeitnehmer fremder Firmen beschäftigen, ist häufig, dass sich gegen den Werkunternehmer in irgendeinem Zusammenhang der Verdacht des Verstoßes gegen das AÜG ergeben hat. Beispielsweise kann die Gewerbeaufsicht ohne Verdachtsmomente zu jeder Tages- und Nachtzeit unangekündigt Besichtigungen und Prüfungen während des Betriebs vornehmen (§ 139b Abs. 4 GewO). Sie darf zwar nur kontrollieren, ob die Bestimmungen der Gewerbeordnung eingehalten werden; stößt sie dabei aber auf Anhaltspunkte für unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung, benachrichtigt sie die Arbeitsverwaltung bzw. die Finanzkontrolle Schwarzarbeit des Zolls, die dann die Ermittlungen aufnehmen. In solchen Fällen werden im Allgemeinen sämtliche Vertragsbeziehungen dieser Firma einer Überprüfung unterzogen.

Auslöser für Ermittlungen können aber auch Anzeigen von Fremdarbeitnehmern oder bei Meinungsverschiedenheiten mit dem Arbeitgeber wegen des Einsatzes von Fremdarbeitnehmern Hinweise von Betriebsräten sowie Anzeigen oder Hinweise von anderen Behörden, etwa der Gewerbeaufsicht sein.

Im Falle von Ermittlungen sollte unbedingt folgendes beachtet werden:

- **Sofort Verband und einen strafrechtlich versierten Rechtsanwalt (wegen Akteneinsicht) einschalten**; evtl. Stellungnahme gegenüber der Ermittlungsbehörde erst nach Beratung durch Verband oder Rechtsanwalt abgeben.
- **Rechtzeitig** (d. h. vor Abschluss der Ermittlungen, also vor Erlass eines Bußgeldbescheides) **Kontakt mit der Ermittlungsstelle aufnehmen** und an objektiver Aufklärung des Sachverhaltes mitwirken. So lassen sich die Interessen der Firma und der Betroffenen am besten vertreten.
- **Einsatz der Fremdarbeitnehmer im Betrieb sofort beenden**. Bis zur endgültigen Klärung der Vorwürfe auch keine anderen Arbeitnehmer der Fremdfirma im Betrieb tätig werden lassen. Ggf. Fremdfirma veranlassen, die Erlaubnis für Arbeitnehmerüberlassung zu beantragen. Dies ist jedoch nur noch dann erfolgsversprechend, wenn der Vertrag auf dem der Einsatz des Fremdarbeiters fußt, **vor der Überlassung** als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet worden ist.
- Bevor ein eventueller **Bußgeldbescheid** gerichtlich angefochten werden soll, sorgfältig prüfen, ob ausreichende Erfolgsaussichten bestehen.

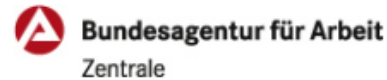
Anlage 1

Prüfbogen⁴⁵⁴ für Werkvertrag

Prüffragen	ja	nein
Aufgabe der Fremdfirma vor Auftragsvergabe klar definiert?		
Aufgabe der Fremdfirma:		
Herstellung eines Werkes, d. h. Herbeiführung eines Erfolges (keine bloße Überlassung von Arbeitskräften)?		
Abrechnung nach Festpreis/Leistungsverzeichnis?		
Arbeitsorganisation ausschließlich Sache der Fremdfirma (Arbeitsablauf, Personaleinteilung, -überwachung?)		
Arbeitsanweisungen erteilt ausschließlich Fremdfirma?		
Eigene Fachkenntnis der Fremdfirma zur Erledigung der Aufgabe?		
Benötigtes Werkzeug und erforderliche Arbeitsmittel von Fremdfirma gestellt?		
Arbeit getrennt von eigenen Mitarbeitern (keine Teamarbeit)?		
Auftragsausführung ohne Bindung an Arbeitszeiten des Betriebs (Schicht- und Pausenzeiten)?		
Werden Gewährleistungsrechte bei Werkmängeln geltend gemacht?		

⁴⁵⁴ Werden eine oder mehrere Fragen mit „nein“ beantwortet, so ist der Einsatz des Fremdpersonals auf Basis von Werk- oder Dienstverträgen nochmals genauer zu prüfen und ggf. davon Abstand zu nehmen. Soweit nicht alle Fragen positiv beantwortet werden können, bedarf es einer eingehenderen Prüfung gem. den oben genannten Abgrenzungskriterien.

Anlage 2



Merkblatt

zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Einsatz von Arbeitnehmern im Rahmen von Werk- und selbständigen Dienstverträgen sowie anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes

Die Tätigkeit von Arbeitnehmern bei Dritten kann auf unterschiedlichen Vertragsbeziehungen wie z.B. Arbeitnehmerüberlassungsverträgen, Werkverträgen, selbständigen Dienstverträgen, Dienstverschaffungsverträgen etc. beruhen. Für die Beurteilung sind grundsätzlich die zwischen den Beteiligten getroffenen vertraglichen Vereinbarungen entscheidend. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den (schriftlichen) Vereinbarungen der Beteiligten als auch aus der praktischen Durchführung der Verträge ergeben. Widersprechen sich schriftliche Vereinbarung und tatsächliche Durchführung des Vertrages, so kommt es auf die tatsächliche Durchführung an (vgl. § 12 Abs. 1 S. 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG); Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 15.06.1983 = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1984, Seite 2912). Deshalb kann die Art der vertraglichen Beziehung nur aufgrund ihrer Durchführung festgestellt werden.

1. Arbeitnehmerüberlassung

Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) Dritten (Entleiher) zur Arbeitsleistung überlässt, diese in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und dessen Weisungen unterliegen (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG). Sie erschöpft sich also im bloßen Zurverfügungstellen geeigneter Arbeitskräfte, die der Dritte nach eigenen betrieblichen Erfordernissen in seinem Betrieb einsetzt.

Hinweise für das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung liefern ab 01.04.2017 Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten: Arbeitgeber (Verleiher) und Dritter (Entleiher) sind bei der Vertragsgestaltung zur Überlassung von Arbeitnehmern gesetzlich dazu verpflichtet, den Gegenstand ihres Vertrags explizit und vorab als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen. Diese sog. **Offenlegungspflicht** gilt sowohl für den Verleiher als auch für den Entleiher (vgl. § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG). Die Vertragsparteien müssen zudem vor der Überlassung die Person des Leiharbeitnehmers konkretisieren (sog. **Konkretisierungspflicht**). Die Konkretisierung durch namentliche Benennung der zu überlassenden Person kann im Überlassungsvertrag oder unter Bezugnahme auf diesen Vertrag erfolgen (vgl. § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG). Erfüllen Verleiher und Entleiher in ihrem Vertragsverhältnis diese Pflichten nicht, hat dies u. a. Folgen für den Arbeitsvertrag des Arbeitnehmers: der Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist nichtig und es entsteht ein Arbeitsverhältnis mit dem Dritten (Entleiher). Diese gesetzliche Fiktion kann der Arbeitnehmer durch Ausübung seines Widerspruchsrechts beseitigen, in dem er eine form- und fristgerechte Festhaltungserklärung gegenüber seinem Arbeitgeber oder dem Dritten abgibt (vgl. §§ 9, 10 AÜG).

Ergänzend können dokumentierte Informationen des Arbeitgebers im Vertragsverhältnis zum Arbeitnehmer auf Arbeitnehmerüberlassung hinweisen: Dem Arbeitgeber (Verleiher) obliegt ab dem 01.04.2017 eine gesetzliche **Informationspflicht** gegenüber seinem Arbeitnehmer. Er muss diesen vor jeder Überlassung darüber informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird (§ 11 Abs. 2 S. 4 AÜG).

2. Werkvertrag

Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet. Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein (vgl. § 631 BGB). Geschuldet ist damit ein bestimmter Erfolg wie z.B. die erfolgreiche Reparatur einer Sache.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind grundsätzlich für einen Werkvertrag folgende Merkmale maßgebend:

- Vereinbarung und Erstellung eines konkret bestimmten Werkergebnisses bzw. Veränderung einer Sache;
- Eigenverantwortliche Organisation aller sich der Übernahmeverpflichtung ergebenden Handlungen durch den Werkunternehmer (unternehmerische Dispositionsfreiheit, auch in zeitlicher Hinsicht; keine Einflussnahme des Bestellers auf Anzahl und Qualifikation der am Werkvertrag beteiligten Arbeitnehmer; in der Regel eigene Arbeitsmittel);
- Weisungsrecht des Werkunternehmers gegenüber seinen im Betrieb des Bestellers tätigen Arbeitnehmern; keine Eingliederung in die Arbeitsabläufe oder in den Produktionsprozess des Bestellerbetriebes;
- Tragen des Unternehmerrisikos durch den Werkunternehmer, insbesondere Gewährleistung für Mängel des Werkes, Erlöschen der Zahlungspflicht des Bestellers bei zufälligem Untergang des Werkes;
- Ergebnisbezogene Vergütung, grundsätzlich keine Abrechnung nach Zeiteinheiten.

3. Selbständiger Dienstvertrag

Ein selbständiger Dienstvertrag liegt nur vor, wenn der dienstleistende Unternehmer die Dienste unter eigener Verantwortung ausführt (Organisation der Dienstleistung, zeitliche Disposition, Zahl der Erfüllungsgehilfen, Eignung der Erfüllungsgehilfen usw.). Das bedeutet insbesondere, dass die Erfüllungsgehilfen in Bezug auf die Ausführung der zu erbringenden Dienstleistung im wesentlichen frei von Weisungen seitens des Arbeitsgeberrepräsentanten des Drittbetriebes sind und ihre Arbeitszeit selbst bestimmen können (Urteil des BSG vom 23.06.1982 = Soz. Recht 4100 § 13 Nr. 6).

4. Dienstverschaffungsvertrag

Ein Dienstverschaffungsvertrag ist dann gegeben, wenn ein Vertragspartner die Verpflichtung übernimmt, dem anderen Vertragspartner nicht eine Arbeitsleistung, sondern eine selbständige Dienstleistung eines Dritten zu verschaffen. Voraussetzung dafür ist, dass der Dritte in wirtschaftlicher und sozialer Selbständigkeit und Unabhängigkeit die Dienste leistet.

Hinsichtlich der konkreten Abgrenzung im Einzelfall unter Berücksichtigung der tatsächlichen Durchführung wird auf die Beratung durch Angehörige der rechtsberatenden Berufe sowie durch berufsständische Vereinigungen verwiesen.

Anlage 3

Einsatz von Arbeitnehmern fremder Firmen im Betrieb

- Merkblatt für betriebliche Vorgesetzte -

Der Einsatz fremder Arbeitnehmer im Betrieb kann im Wege von Leiharbeit (sogenannte Arbeitnehmerüberlassung bzw. Zeitarbeit) oder im Rahmen eines Werkvertrages oder Dienstvertrages erfolgen.

Zwischen beiden Formen des Einsatzes muss sowohl bei der vertraglichen Gestaltung als **auch bei der praktischen Durchführung** sorgfältig unterschieden werden!

Das gilt besonders, wenn mit der Fremdfirma ein Werk-/Dienstvertrag abgeschlossen wird. Werk- und Dienstverträge unterliegen gänzlich anderen rechtlichen Bedingungen als die Leiharbeit. Wenn diese Rahmenbedingungen nicht beachtet werden, kann es sich in Wirklichkeit um Leiharbeit handeln (sog. Scheinwerk-/dienstvertrag).

Beim Werkvertrag wird eine andere Firma verpflichtet, mit Hilfe ihrer Arbeitnehmer selbstständig ein konkretes Arbeitsergebnis herbeizuführen („ein Werk herzustellen“); bei einem selbstständigen Dienstvertrag wird sie verpflichtet, eine Dienstleistung unter eigener Verantwortung und ohne Eingliederung ihrer Arbeitnehmer in die fremde Betriebsorganisation zu erbringen.

Um Leiharbeit handelt es sich immer dann, wenn fremde Arbeitskräfte im Betrieb wie eigene Arbeitnehmer eingesetzt werden, sie dort insbesondere nach den Weisungen der betrieblichen Vorgesetzten arbeiten.

Aufgrund strenger gesetzlicher Restriktionen drohen bei einem Scheinwerk-/dienstvertrag folgende **Sanktionen** für den Einsatzbetrieb:

- Fiktion eines grundsätzlich unbefristeten Arbeitsverhältnisses zum Einsatzbetrieb
- Bußgeld von bis zu 30.000 Euro sowie ein Eintrag in das Gewerbezentralregister
- Haftung für Sozialversicherungsbeiträge sowie Ausfallhaftung für die Lohnsteuer
- Mögliche Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 oder Abs. 2 StGB

Da ein Werkvertrag oder selbstständiger Dienstvertrag, um als solcher anerkannt zu werden, nicht nur eindeutig die Merkmale dieser Vertragsart aufweisen, sondern auch **tatsächlich** gemäß den vereinbarten Regeln **durchgeführt** werden müssen, sind hinsichtlich der im Betrieb tätigen fremden Arbeitnehmer, sofern sie nicht Leiharbeitnehmer sind, unbedingt die folgenden Regeln zu beachten:

- Die fremden Arbeitskräfte dürfen nicht in die Arbeitsabläufe oder in den Produktionsprozess eingegliedert werden (keine hausinterne Telefonnummer, E-Mail-Adresse u. ä.).
- Ihnen dürfen **keine Weisungen in Bezug auf die Art und Weise**, wie sie arbeiten, sowie auf ihren Arbeitseinsatz (Arbeitszeit, Überstunden, Urlaub, Freizeit, Anwesenheitskontrolle) erteilt werden. Ausnahme: betriebsspezifische Hinweise (z. B. wegen besonderer Gefahrenquellen im Betrieb) und Hinweise zur Auftragsausführung (z. B. zum Umfang der vorzunehmenden Reparatur).
- Ergänzungen oder Änderungen des Auftrages oder etwaige Mängelrügen dürfen nur unmittelbar mit der Fremdfirma oder deren Bevollmächtigten im Betrieb abgestimmt werden.
- Die Fremdfirma muss das für die Ausführung des Auftrags typischerweise benötigte Werkzeug und die Arbeitsmaterialien selbst mitbringen. Ausnahmsweise können ihr für den Auftrag benötigtes Spezialwerkzeug zur Verfügung gestellt werden.

- Die fremden Arbeitskräfte dürfen nicht mit eigenen Arbeitnehmern zu gemeinsamen Arbeitsgruppen zusammengefasst werden. Soweit ihre Tätigkeiten mit denjenigen eigener Arbeitnehmer vergleichbar sind, sind sie **räumlich getrennt** unterzubringen.