

Wiener Arbeitsrechtsforum
9. Symposium – 27. November 2023
Problemfeld Arbeitskräfteüberlassung

**Arbeitskräfteüberlassung
in Deutschland**

Prof. Dr. Rüdiger Krause

- **Entwicklung der Leiharbeit im deutschen Recht**
- **Verbreitung der Leiharbeit in Deutschland**
- **Anwendungsbereich, Voraussetzungen und Grenzen rechtmäßiger Arbeitskräfteüberlassung**
- **Regulierung der Überlassungsdauer**
- **Regulierung der Arbeitsbedingungen (Arbeitsentgelt)**
- **Betriebsverfassungsrechtliche Aspekte**

Entwicklung der Leiharbeit im deutschen Recht (1)

- **Ursprüngliches Verbot der gewerblichen AN-Überlassung als Abrundung des staatlichen Arbeitsvermittlungsmonopols (AVAVG 1957)**
- **BVerfG 4.4.1967 – 1 BvR 84/65 (Adia Interim):**
 - **Unterscheidung zwischen Arbeitsvermittlung und AN-Überlassung**
 - **AN-Überlassung als eigenständiger Beruf i.S.v. Art. 12 I GG**
 - **Vollständiges Verbot der AN-Überlassung unverhältnismäßig**
- **Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) von 1972**
 - **Ziel => Sozialverträgliche Ausgestaltung der legalen AN-Überlassung**
 - **Ziel => Bekämpfung illegaler AN-Überlassung**
 - **Leitbild => Dreiecksverhältnis mit dauerhaftem AV zwischen Leih-AN und Verleiher und einzelnen begrenzten Einsatzzeiten beim Entleiher**

Entwicklung der Leiharbeit im deutschen Recht (2)

- **AÜG 1972 => Drei Monate**
- **AÜG 1985 => Sechs Monate**
- **AÜG 1994 => Neun Monate**
- **AÜG 1997 => Zwölf Monate**
- **AÜG 2002 => 24 Monate; Gleichstellungsgrundsatz (ab dem 13. Monat)**
- **AÜG 2003/2004 => Wegfall der Überlassungshöchstdauer; Gleichstellung (Equal Pay/Equal Treatment) bereits ab dem 1. Tag; aber => Tarifdispositivität mit Bezugnahmemöglichkeit**
- **AÜG 2011 => Umsetzung der Leiharbeits-RL 2008/104/EG**
- **AÜG 2017 => Weitere Re-Regulierungen**
- **2021 => Pandemieinduzierte Änderungen (GSA Fleisch)**

Verbreitung der Leiharbeit in Deutschland (1)

- Entwicklung der Anzahl der Leih-AN:
- 1982 => 42.000 Leih-AN
- 1993 => 103.000 Leih-AN
- 2003 => 288.000 Leih-AN
- 2013 => 814.000 Leih-AN
- 2017 => 1.080.000 Leih-AN (= bisherige Höchstzahl)
- 2022 => 830.000 Leih-AN (14.000 mehr als 2021)
- = 2,1 % aller (sozialversicherungspflichtig und geringfügig) Beschäftigten (= 38,8 Mio.)
- Aktuell ca. 11.000 Zeitarbeitsunternehmen (24 % nur 1 bis 9 Leih-AN)
- Arbeitgeberverbände BAP und iGZ => Mitte 2023 Beschluss über Fusion zu GVP
- Außerdem weitere 36.000 Unternehmen mit AN-Überlassungserlaubnis

Verbreitung der Leiharbeit in Deutschland (2)

- **Struktur:**
 - **Produktion => 37 %**
 - **Wirtschaftliche Dienstleistungen => 36 %**
 - **Personenbezogene Dienstleistungen => 13 %**
- **Männer => 70 %; Frauen => 30 % (allgemein => jeweils ca. 50 %)**
- **Ohne abgeschlossene Berufsausbildung => 33 % (allgemein => 16 %)**
- **Helfertätigkeiten => 57 % (allgemein => 20 %)**
- **Ausländische Staatsangehörigkeit => 43 % (allgemein => 14 %)**
- **Dauer der in 2022 beendeten 1,4 Mio. AV (Verträge zwischen Leih-AN und Verleihern):**
 - **Bis einem Monat => 31 %**
 - **Ein Monat bis sechs Monate => 35 %**
 - **Sechs Monate bis ein Jahr => 14 %**
 - **Mehr als ein Jahr => 19 %**
- **Bruttomonatsentgelte: Helfer => 1.982 € (allgemein 2.570 €)**

- **Anwendungsbereich (§ 1 Abs. 1 S. 1 u. 2 AÜG):**
- **Zentral => Arbeitnehmerüberlassung**
 - Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Entleihers
 - Übertragung des Weisungsrechts
- **Abgrenzung von anderen Formen des Fremdfirmeneinsatzes (Werk- und Dienstverträge)**
- **Kriterien der Rechtsprechung:**
 - Übertragung der Personalhoheit; Steuerung des Personaleinsatzes
 - Abgrenzung von gegenstandsbezogenen und personenbezogenen Weisungen
- **Alternative Abgrenzungskriterien:**
 - Eigene Betriebsorganisation des Auftragnehmers
 - Schwerpunkt der Wertschöpfung
 - Äußere und innere Integration des Beschäftigten beim Auftraggeber

- **Abgrenzungen:**
- **Überlassung von hochwertigen Gerätschaften mit Bedienungspersonal**
- **BAG 27.9.2022 – 9 AZR 468/21:**
 - **Überlassung eines Flugzeugs mit Besatzung und Wartung („wet lease“)**
 - **Analyse der Vertragsbeziehung zwischen dem Vertragsarbeitgeber und dem Dritten**
 - **Hier keine rechtliche Übertragung des Weisungsrechts**
 - **Analyse der Vertragspraxis**
 - **Hier keine faktische Übertragung von Aufsicht und Leitung**
 - **Konkret => Dienstleistungsvertrag, keine AN-Überlassung**
- **Einsatz als EDV-Betreuer (Daimler)**
- **LAG Baden-Württemberg 1.8.2013 – 2 Sa 6/13 => Scheinwerkvertrag**

- **Vorbeugender Schutzmechanismus:**
=> Erlaubnispflichtigkeit (§ 1 Abs. 1 S. 1, §§ 2, 3 AÜG)
- **Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt**
- **Anspruch auf Erlaubnis, wenn keine Versagungsgründe vorliegen**
 - **Unzuverlässigkeit des Verleihers (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG)**
 - **Fehlen einer funktionsfähigen Betriebsorganisation (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 AÜG)**
 - **Verstoß gegen Gleichstellungspflicht (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG)**
- **Zuständigkeit der Bundesagentur für Arbeit (§ 17 Abs. 1 AÜG)**

- Erlaubnispflicht
- Herausnahme „kleiner“ AG durch § 1a AÜG („Kollegenhilfe“)
 - AG mit weniger als 50 Beschäftigten
 - AN nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt
 - Zweck: Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen
 - Überlassung an anderen AG bis zu zwölf Monaten
 - Vor Überlassung schriftliche Anzeige an Bundesagentur für Arbeit

- Instrumente zur Verhinderung verdeckter AN-Überlassung und Intransparenz (seit 2017)
- Offenlegungspflicht (§ 1 Abs. 1 S. 5 AÜG)
 - Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher muss Überlassung von AN ausdrücklich als AN-Überlassung bezeichnen
 - Verhinderung der Legalität verdeckter AN-Überlassung durch sog. Vorratserlaubnis
- Konkretisierungspflicht (§ 1 Abs. 1 S. 6 AÜG)
 - Person des Leih-AN muss vor der Überlassung unter Bezugnahme auf Überlassungsvertrag konkretisiert werden
 - Pflicht des Verleihers
 - An sich Formfreiheit, Dokumentation wird aber angeraten

- **Absicherung:**
- **Verstoß gegen Erlaubnispflicht:**
 - **Unwirksamkeit des Vertrags zwischen Verleiher und Entleiher sowie zwischen Verleiher und Leih-AN (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG)**
- **Verstoß gegen Offenlegungspflicht *und* Konkretisierungspflicht:**
 - **Unwirksamkeit des Vertrags zwischen Verleiher und Leih-AN (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG)**
- **Ausnahme jeweils => Sog. Festhaltungserklärung des Leih-AN (schriftlich, innerhalb eines Monats nach vorgesehenem Zeitpunkt der Überlassung, vorherige persönliche Vorlage in einer Agentur für Arbeit)**
- **Praktische Bedeutung der Festhaltungserklärung offenbar gering**

- **Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher (seit 1972)**
- **Heute geregelt in § 10 Abs. 1 AÜG:**
- **„Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach § 9 unwirksam, so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen;...“**
- **Inhalt dieses AV => Beim Entleiher geltende Regelungen**
- **Haftung des Entleihers für Arbeitsentgelt, Sozialversicherungsbeiträge (§ 28e Abs. 2 S. 1 SGB IV) und Lohnsteuer => Ggf. Strafbarkeit (§ 266a StGB, § 370 AO)**
- **Bei Zahlung (von Teilen) des Arbeitsentgelts durch Verleiher an Leih-AN: => Haftung auch für Sozialversicherungsbeiträge (§ 28e Abs. 2 S. 3 SGB IV) und Lohnsteuer (§ 10 Abs. 3 S. 2 AÜG)**
- **Haftung als Gesamtschuldner (§ 10 Abs. 3 S. 2 AÜG, § 28e Abs. 2 S. 4 SGB IV)**
- **Verwirkbarkeit? Mindestens strenge Handhabung => BAG 20.3.2018 – 9 AZR 508/17**

- **Ausnahmen (keine Anwendbarkeit des AÜG außer § 1b S. 1 AÜG):**
- **Personalgestellung im öffentlichen Dienst (§ 1 III Nr. 2b AÜG) (seit 2017)**
 - Aufgabenverlagerung von einem AG auf einen anderen AG
 - TV des öD sieht Fortbestand des AV mit altem AG und Leistung für neuen AG vor
 - Geregelt in § 4 Abs. 3 S. 1 TVöD
 - EuGH 22.6.2023 – C-427/21: Unanwendbarkeit von Art. 1 und 3 RL 2008/104/EG
- **Konzerninterne AN-Überlassung (§ 1 III Nr. 1 AÜG) (seit 1985)**
 - AN darf nicht zwecks Überlassung eingestellt und beschäftigt werden
 - Regelung ist nach h.L. unionsrechtswidrig (gegen BT-Drs. 17/4804, 8)
 - LAG Niedersachsen 12.1.2023 – 5 Sa 212/22:
Jedenfalls keine europarechtskonforme Auslegung möglich
 - Änderung der Bewertung als unionsrechtswidrig durch EuGH 22.6.2023 – C-427/21?

- **Verbote:**
- **Verbot des Kettenverleihs (§ 1 Abs. 1 S. 3 AÜG) (seit 2017)**
- **Gewerbliche AN-Überlassung im Baugewerbe (seit 1982)**
- **Heute geregelt in § 1b S. 1 AÜG:**
- **„Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, ist unzulässig.“**
- **Unterausnahmen in § 1b S. 2 und 3 AÜG**
- **BVerfG 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 => Verfassungsrechtlich zulässig**
- **Herausnahme von sog. ARGE Bau durch § 1 Abs. 1a AÜG**

- **Verbote:**
- **Pandemieinduzierte Veränderungen in der Fleischindustrie**
- **§ 6a II GSA Fleisch („Direktanstellungsgebot“)**
- **„Der Inhaber darf im Bereich der Schlachtung einschließlich der Zerlegung von Schlachtkörpern sowie im Bereich der Fleischverarbeitung Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur im Rahmen von mit ihm bestehenden Arbeitsverhältnissen tätig werden lassen. Er darf in diesen Bereichen keine Selbstständigen tätig werden lassen. Ein Dritter darf in diesen Bereichen keine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und keine Selbstständigen tätig werden lassen und keine Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter in diese Bereiche überlassen.“**
- **Sehr komplizierte Ausnahmen bis zum 31.3.2024 in § 6a III GSA Fleisch**
- **BVerfG 29.12.2020 – 1 BvQ 152/20 u.a.: Ablehnung von Eilanträgen**

- Grds. Überlassungshöchstdauer = 18 Monate (§ 1 Abs. 1b S. 1 AÜG)
- Arbeitnehmerbezug (nicht Arbeitsplatzbezug)
- Abweichung durch bzw. aufgrund TV der Einsatzbranche sowie vertragliche Bezugnahme auf TV zulässig (§ 1 Abs. 1b S. 3-8 AÜG)
 - Tatsächliche Nutzung:
 - 2019 => 109 TV mit mehr als 18 Monaten (BT-Drs. 19/9779)
 - Metall- und Elektroindustrie
 - Ohne Betriebsvereinbarung => Grds. 24 Monate
 - Mit Betriebsvereinbarung => Grds. 48 Monate
 - Vier Branchen (u.a. Kreditinstitute/Versicherungen) => 120 Monate

- **EuGH 14.10.2020 – C-681/18 (KG):**
 - Zahl der Überlassungen desselben Leih-AN an denselben Entleiher muss nicht beschränkt werden
 - Keine Koppelung der Zulässigkeit an objektive Gründe
 - Aber Rechtsmissbrauchskontrolle bei aufeinanderfolgenden Überlassungen desselben Leih-AN an denselben Entleiher (Art. 5 Abs. 5 RL 2008/104/EG)
- **EuGH 13.3.2022 – C 232/20 (Daimler):**
 - Grds. personelle Einsatzlimitierung
 - Keine Überlassungshöchstdauer erforderlich
 - Konkretisierung der Rechtsmissbrauchskontrolle
- **BAG 14.9.2022 – 4 AZR 83/21 (TV) und 4 AZR 26/21 (TV/BV):**
 - Festlegung konkreter zeitlicher Grenze erforderlich
 - 36 Monate bzw. 48 Monate sind noch „vorübergehend“

Regulierung der Überlassungshöchstdauer (3)

- Rechtsfolgen bei Überschreitung?
- EuGH 13.3.2022 – C 232/20 (Daimler):
 - Kein subjektives Recht auf Begründung eines AV
- BAG 10.12.2013 – 9 AZR 51/13:
 - Kein Zustandekommen eines AV zwischen Leih-AN und Entleiher
- Korrektur durch § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG (seit 2017)
 - Überlassung überschreitet 18 Monate bzw. (zulässige) Abweichung
 - Folge => AV zwischen Leih-AN und Verleiher *wird* unwirksam (Ausnahme: Abgabe einer Festhaltungserklärung)
 - Folge => Vertragsfiktion zwischen Leih-AN und Entleiher
- BAG 14.9.2022 – 4 AZR 26/21:
 - Bloßer Verstoß gegen § 1 Abs. 1 S. 4 AUG genügt dagegen nicht

- **Gleichstellungsgrundsatz (§ 8 Abs. 1 AÜG)**
- **Abweichung durch Tarifvertrag sowie vertragliche Bezugnahme auf TV zulässig (§ 8 Abs. 2 AÜG)**
- **Grenzen des deutschen Rechts:**
- **Lohnuntergrenze gem. § 3a AÜG**
 - Abschluss eines Mindestlohntarifvertrags (BAP/iGZ/DGB)
 - Verbindlicherklärung durch Rechtsverordnung (BMAS)
 - Ab 1.1.2023 (EG 1) => 12,43 E, ab 1.4.2023 => 13 €, ab 1.1.2024 => 13,50 €
(zum Vergleich: Gesetzlicher Mindestlohn => 12 €, ab 1.1.2024 => 12,41 €)
- **Einschränkung durch „Drehtürklausel“ (§ 8 Abs. 3 AÜG):**
 - Keine tarifvertragliche Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz, wenn Leih-AN in den letzten sechs Monaten bei Entleiher (oder Konzernunternehmen) aus AV ausgeschieden ist

- **Abweichung durch Tarifvertrag speziell beim Arbeitsentgelt**
 - Tarifmodell 1 => Nur für die ersten neun Monate (§ 8 Abs. 4 S. 1 AÜG)
 - Tarifmodell 2 => Branchenzuschläge (z.B. in M&E-Branche) (§ 8 Abs. 4 S. 2 AÜG)
 - Längere Abweichungen als neun Monate konditioniert zulässig:
 - Nach spätestens 15 Monaten gleichwertiges Entgelt
 - Stufenweise Heranführung an Entgelt bereits nach sechs Wochen
- **EuGH 15.12.2022 – C-311/21 (TimePartner):**
 - Sozialpartner müssen bei tariflicher Abweichung von Gleichstellung den Gesamtschutz der Leih-AN beachten (Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG)
- **BAG 31.5.2023 – 5 AZR 143/10:**
 - Zwingende Zahlung des Entgelts in verleihfreien Zeiten (§ 11 Abs. 4 S. 2 AÜG) genügt für Gesamtschutz i.S.v. Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG

- **Betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung der Leih-AN zum Verleiher (§ 14 Abs. 1 AÜG)**
- **Aktives Wahlrecht der Leih-AN beim Entleiher bei Einsatz von mehr als drei Monaten (§ 7 S. 2 BetrVG)**
- **Kein passives Wahlrecht der Leih-AN beim Entleiher (§ 14 Abs. 2 S. 1 AÜG)**
- **Berücksichtigung bei Schwellenwerten (§ 14 Abs. 2 S. 4-6 AÜG) (seit 2017)**
- **Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei Einstellung (§ 14 Abs. 3 AÜG, § 99 BetrVG)**
- **Gespaltene Beteiligungsrechte der Betriebsräte**
 - **Vertragsbezogene Beteiligungsrechte => Verleiherbetriebsrat**
 - **Eingliederungsbezogene Beteiligungsrechte => Entleiherbetriebsrat**