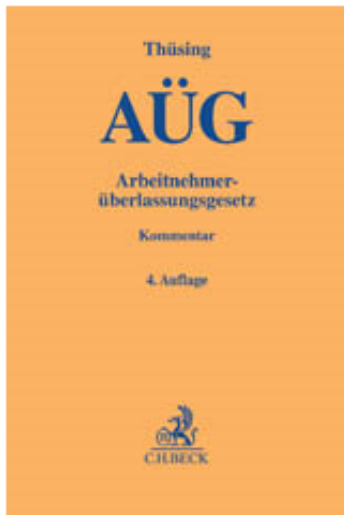


AÜG – Der Teufel steckt im Detail

Prof. Dr. Gregor Thüsing LL.M. (Harvard)
Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der
Sozialen Sicherheit, Universität Bonn

Die gute Nachricht zu Beginn...

Ankündigung



Thüsing

Arbeitsnehmerüberlassungsgesetz: AÜG

Kommentar

Jetzt vorbestellen!

4. Auflage 2017. Buch. Rund 740 S.
C.H.BECK ISBN 978-3-406-69611-4



1 Kundenbewertung

- ✓ Versandkostenfrei
- ✓ aktuellster Stand

vorbestellbar, wir liefern bei Erscheinen
In Vorbereitung für das 3. Quartal 2017

ca. 79,00 €
inkl. MwSt.



In den Warenkorb

Schmuddelecke Zeitarbeit?

Nicht zuletzt aufgrund der Hartz-Gesetze wurde die Zeitarbeit aus ihrer arbeitsrechtlichen „Schmuddelecke“ befreit. Ihre gesetzliche Förderung ist Ausdruck der Erkenntnis, dass ein modernes Arbeitsrecht nicht nur Arbeitnehmerschutzrecht, sondern auch Arbeitsplatzschutzrecht sein muss.

Kämmerer/Thüsing, Leiharbeit und Verfassungsrecht, 2005

**BAG v. 9.12.2003
- 9 AZR 16/03**

„(...) jedenfalls seit dem 1.1.2003 ein vom Gesetzgeber grundsätzlich akzeptiertes Mittel der betrieblichen Personalpolitik.“

Meine sehr geehrten Damen und Herren, wir akzeptieren nicht, dass Leiharbeit ein Normalarbeitsverhältnis ist, und wir akzeptieren nicht, dass Leiharbeit als reguläre Beschäftigung angesehen wird, solange sich Leiharbeit nach wie vor überwiegend in der Schmuddelecke befindet. Wir werden uns in dieser Angelegenheit weiter engagieren.

**Annette Kramme MdB,
Plenarsitzung BT 14.12.2007**

Detail Nr. 1: Neubestimmung Zeitarbeit in § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG?

„Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.“

Einige Stimmen verkünden deshalb, dass nun in deutlich mehr Konstellationen von Leiharbeit auszugehen ist (z.B. *Kainer/Schweipert*, NZA 2017, 13). Drei Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage sind festzustellen:

Erstens hat die Rechtsprechung bislang als Indizien für die persönliche Abhängigkeit eine *volle* Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Entleihers und die Unterwerfung unter dessen *alleinige* Weisungsmacht verlangt.

Zweitens soll es nach dem Normtext *nur* noch auf die Arbeitsorganisation und die Weisungsbefugnis ankommen; weitere Elemente wie die Übernahme der Gewährleistung, die Beschreibung eines Werkes etc. sind nicht mehr von Relevanz.

Drittens – und dies ist sowohl zivilrechtsdogmatisch bedeutsam wie praktisch entscheidend – wird nicht mehr auf die Kenntnis der Arbeitsvertragsparteien abgestellt.

Damit wäre in deutlich mehr Fällen davon auszugehen, dass Leiharbeit vorliegt, wo ehemals Subunternehmer tätig waren.

Neubestimmung Arbeitnehmerüberlassung?

Drucksache 18/10064

– 14 –

Deutscher Bundestag – 18. Wahlperiode

seien. Auch für solche Einsätze und für die Tätigkeit von Beratern sollen die allgemeinen Grundsätze zur Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkleistungen auf der einen und Arbeitnehmerüberlassung auf der anderen Seite weiterhin zur Anwendung kommen. Dabei solle zum Beispiel eine für die Tätigkeit eines Beraters typische Bindung hinsichtlich des Arbeitsorts an eine Tätigkeit im Betrieb des beratenen Unternehmens allein regelmäßig keine persönliche Abhängigkeit gegenüber letzterem begründen (vgl. Bundesarbeitsgericht, 11.08.2015 - 9 AZR 98/14). Vielmehr solle nach dem Verständnis der Ausschussmehrheit entsprechend der bisherigen Praxis eine wertende Gesamtbetrachtung vorgenommen werden, ob unter Berücksichtigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers erfolge. Dies habe man auch in der Gesetzesbegründung ausdrücklich aufgegriffen.

Neubestimmung Zeitarbeit?

§ 2 Abs. 4 DRKG:

(4) Für die Gestellung von Mitgliedern einer Schwesternschaft vom Deutschen Roten Kreuz gilt das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz mit der Maßgabe, dass § 1 Absatz 1 Satz 4 und Absatz 1b des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht anwendbar ist.

BAG, Beschluss vom 21. Februar 2017 – 1 ABR 62/12 : „Eine Überlassung von Arbeitnehmern i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG liegt auch dann vor, wenn ein Verein im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit ein Mitglied durch Gestellungsvertrag an ein Unternehmen überlasst, damit es bei diesem eine weisungsabhängige Tätigkeit gegen Entgelt verrichtet, und es aufgrund seiner Arbeitsleistung ähnlich einem Arbeitnehmer sozial geschützt ist.“

Schriftformerfordernis und Konkretisierungsgebot

Arbeitsrecht

Thüsing · Schriftformerfordernis bei der Konkretisierung nach § 1b Abs. 1 S. 6 AÜG-E7

Prof. Dr. Gregor Thüsing

Schriftformerfordernis bei der Konkretisierung nach § 1b Abs. 1 S. 6 AÜG-E?

1. Dokumentation

Verleihern ist anzuraten die Konkretisierung zu dokumentieren, ansonsten droht ein Bußgeld. Wenn auf Schriftlichkeit verzichtet wird (die ganz sichere Variante), empfiehlt sich eine einseitige Konkretisierung seitens des Verleihers, wobei der Entleiher Widerspruch erheben kann oder ein Vorschlagsrecht besitzt. Am einfachsten wird es sein, dem Entleiher per E-Mail mitzuteilen, welche Arbeitnehmer überlassen werden sollen. Eventuelle Änderungen zur Kompensation von Ausfällen können ebenfalls auf diese Weise mitgeteilt werden. Im Falle der Überprüfung der ordnungsgemäßen Arbeitnehmerüberlassung kann die E-Mail zur Dokumentation der Bundesagentur für Arbeit vorgelegt werden. Somit wird auch dem gesetzgeberischen Zweck Genüge getan, Scheinwerkverträge zu verhindern. Die Dokumentation korrespondiert dabei mit der ebenfalls in der AÜG-Novellierung verankerten Informationspflicht für Leiharbeitnehmer (§ 11 Abs. 2 S. 4 AÜG-E).⁴⁴

2. Bei Konkretisierung bei Vertragsschluss keine erneute Konkretisierung erforderlich

Der Gesetzgeber hat mit der Konzeption von § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-E auch Fälle berücksichtigen wollen, in denen Überlassungsverträge als Rahmenverträge über ein Arbeitskräftekontingent ausgestaltet werden.⁴⁵ Da im Rahmenvertrag die zu überlassenden Leiharbeitnehmer regelmäßig nicht namentlich bezeichnet werden, kann dies vor der Überlassung erfolgen. Den Wortlaut des § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG-E könnte man so verstehen, dass eine Konkretisierung vor Überlassung selbst dann erforderlich ist, wenn bereits der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag die zu überlassenden Leiharbeitnehmer namentlich benennt. Dieses doppelte Erfordernis entspricht jedoch einer unnötigen Formalie. Hierdurch wird der Leiharbeitnehmer nicht zusätzlich geschützt, sodass auch der zugrundeliegende Schutzzweck nicht für eine erneute Konkretisierung spricht. Insofern sollte die geplante Regelung teleologisch zu reduzieren sein.⁴⁶

3. Inhalt der Konkretisierung

Die Konkretisierung muss mehr als lediglich die Angabe der Qualifikation und des Arbeitsbereichs enthalten.⁴⁷ Aus ihr muss hervorgehen, welche Zeitarbeitnehmer an den Entleiher überlassen werden soll.⁴⁸ Dabei sind die zu überlassenden Personen mit Vor- und Nachname zu bezeichnen.⁴⁹

Schriftformerfordernis und Konkretisierungsgebot

- § 1 Abs. 1 S. 6 AÜG statuiert ein **Konkretisierungserfordernis**: „Vor der Überlassung haben sie die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren.“
- Ausgangspunkt: Ein Überlassungsvertrag bedarf der **Schriftform** des § 126 bzw. § 126a BGB (§ 12 AÜG)
 - Zweck:
 - Erleichterung einer Überwachung durch die Erlaubnisbehörde, § 7 Abs. 2 AÜG
 - Beweissicherungsfunktion
 - Warnfunktion
 - Bezugspunkt: sowohl vertragliche Hauptpflichten, als auch Nebenabreden; nach h.M. auch auf Rahmenverträge
 - Rechtsfolge bei Missachtung: § 125 S. 1 BGB (Nichtigkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags)
- Wesen der Konkretisierung: tritt nicht wie eine Nebenabrede an die Seite des Vereinbarten, konkretisiert es vielmehr

Schriftformerfordernis und Konkretisierungsgebot

- Außerdem:
 - Offener **Wortlaut**

 - Fehlender Hinweis in **Gesetzesbegründung**
 - Bereits nach geltendem Recht erfolgte jedenfalls konkludent eine Konkretisierung – Gesetzgeber will bisherige Praxis beibehalten

 - **Systematik:**
 - Arbeitnehmerüberlassung = Gattungsschuld i.S.d. § 243 BGB analog
 - Gedankliche Anlehnung an Regelungen zum Leistungsbestimmungsrecht, §§ 315 ff. BGB → Formerfordernis gilt lediglich für dessen Einräumung, nicht für dessen Ausübung

 - **Telos:** Dokumentation – nicht Schriftlichkeit
 - Vermeidung von Vorrats- und Absicherungs-AÜG-Erlaubnissen
 - Dokumentation – schon aus Eigeninteresse des Verleihers gegenüber der BA
 - Neuregelung führt lediglich zu Vorverlagerung der Konkretisierung

 - So auch Fachliche Weisung der BA: Kein Schriftformerfordernis, „wenn der Leiharbeiter erst im Zuge der Erfüllung des Überlassungsvertrags durch den Verleiher unter Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag namentlich benannt wird“

Schriftformerfordernis und Konkretisierungsgebot

- **Was ist zu raten?**
 - Dokumentation
 - Einseitige Konkretisierung seitens des Verleihers, wobei Entleiher Widerspruch erheben kann/
ein Vorschlagsrecht besitzt
 - Bspw. E-Mail zu Dokumentationszwecken
 - Konkretisierung bereits bei Vertragsschluss?
 - Keine erneute Konkretisierung erforderlich
 - Gesetzgeber hatte Rahmenverträge im Sinn
 - Inhalt der Konkretisierung
 - Achtung: nicht nur Qualifikation und Arbeitsbereich
 - Benennung der zu überlassenden Person (Vor-/ Nachname, ggf. weitere Daten)

Höchstüberlassung nach § 1 Abs. 1b AÜG: Dunkel spricht der Mund der Pythia

(1b) Der Verleiher darf denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen, der Entleiher darf 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 vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen. In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden. Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages nach Satz 3 können abweichende tarifvertragliche Regelungen im Betrieb eines nicht tarifgebundenen Entleihers durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung übernommen werden. In einer auf Grund eines Tarifvertrages von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche getroffenen Betriebs- oder Dienstvereinbarung kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden. Können auf Grund eines Tarifvertrages nach Satz 5 abweichende Regelungen in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung getroffen werden, kann auch in Betrieben eines nicht tarifgebundenen Entleihers bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten davon Gebrauch gemacht werden, soweit nicht durch diesen Tarifvertrag eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen festgelegt ist. Unterfällt der Betrieb des nicht tarifgebundenen Entleihers bei Abschluss einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung nach Satz 4 oder Satz 6 den Geltungsbereichen mehrerer Tarifverträge, ist auf den für die Branche des Entleihers repräsentativen Tarifvertrag abzustellen. Die Kirchen und die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften können von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauern in ihren Regelungen vorsehen.“

Überlassungshöchstdauer

(2) Für die Bestimmung der **Überlassungsdauer** ist die vertragliche Vereinbarung der Überlassung zwischen Verleiher und Entleiher maßgeblich. Auf die arbeitszeitliche Ausgestaltung der Tätigkeit des Leiharbeitnehmers im Betrieb des Entleihers kommt es dagegen nicht an. Wird ein Leiharbeitnehmer vertraglich bspw. für den Zeitraum 1. April 2017 bis 30. September 2017 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 (kein pro rata temporis).

Überlassungshöchstdauer

(3) Im Rahmen der Bestimmung der zulässigen Überlassungsdauer sind vorherige Überlassungen an denselben Entleiher zu berücksichtigen, wenn

- es sich um Überlassungszeiten ab dem 1. April 2017 handelt (§ 19 Abs. 2) und
- Unterbrechungen zwischen zwei Überlassungen drei Monate nicht übersteigen (§ 1 Abs. 1b Satz 2).

Ob die vorherige Überlassung durch denselben oder einen anderen Verleiher erfolgte, ist dabei unerheblich. Mit der Regelung des § 1 Abs. 1b Satz 2 wird sichergestellt, dass kurzzeitige Unterbrechungen keinen Einfluss auf die Berechnung der Überlassungsdauer haben. Liegt zwischen zwei Überlassungen an denselben Entleiher dagegen ein Zeitraum von mehr als drei Monaten, erfolgt keine Anrechnung der vorherigen Überlassung. Eine solche Unterbrechung von mehr als drei Monaten bewirkt, dass der für die Überlassungshöchstdauer maßgebliche Zeitraum mit der nächsten Überlassung wieder neu zu laufen beginnt. Der Leiharbeitnehmer kann in diesem Fall (wiederum) für volle 18 Monate an denselben Entleiher überlassen werden. Die Prüfung der Anrechnung vorheriger Überlassungszeiten endet daher regelmäßig, sobald ein Zeitraum von mehr als drei Monaten festgestellt wird, in dem der Leiharbeitnehmer nicht an denselben Entleiher überlassen war. Die Berechnung der Dauer einer vorherigen zu berücksichtigenden Überlassung und die Berechnung der Unterbrechungsdauer richten sich ebenfalls nach den in FW 1.2.1 Abs. 1 genannten Vorschriften des BGB. Sind mehrere Überlassungen zu berücksichtigen, ist die insgesamt zu berücksichtigende Überlassungsdauer durch Addition zu ermitteln. Für die Berechnung von Teilmonaten ist der Monat mit 30 Tagen anzusetzen (in Anlehnung an § 191 BGB).

Überlassungshöchstdauer

Verleiher V möchte den Leiharbeitnehmer L ab dem 01.04.2018 an Entleiher E überlassen (Einsatz 1). Wie lange ist eine Überlassung unter Beachtung der grundsätzlichen Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten möglich?

Variante 1a:

L war im Zeitraum 01.12.2017 bis 31.03.2018 weder über V, noch über einen anderen Verleiher bei E eingesetzt. Damit ist ausgeschlossen, dass anrechenbare vorherige Überlassungszeiten vorliegen. V kann L für volle 18 Monate an E überlassen.

Variante 1b:

V hat L bereits vom 01.10.2017 bis 31.01.2018 an E überlassen (Einsatz 2). Zwischen Einsatz 1 und Einsatz 2 liegt ein Zeitraum von zwei Monaten. Die vorherige Überlassungszeit des Einsatzes 2 von vier Monaten ist damit auf die Überlassungsdauer anzurechnen. V kann L noch für 14 Monate an E überlassen.

Variante 1c:

V hat L bereits vom 01.10.2017 bis 31.01.2018 an E überlassen (Einsatz 2). Zuvor wurde L vom 01.03.2017 bis 31.08.2017 über einen anderen Verleiher an E überlassen (Einsatz 3). Der Zeitraum 01.03.2017 bis 31.03.2017 bleibt aufgrund der Übergangsregelung des § 19 Abs. 2 unberücksichtigt. Da zwischen den Einsätzen 1 und 2 sowie zwischen den Einsätzen 2 und 3 jeweils nicht mehr als drei Monate liegen, ist die vor der Unterbrechung zurückgelegte Einsatzzeit, der Zeitraum 01.04.2017 bis 31.08.2017 (5 Monate) mit der nach der Unterbrechung, der Zeitraum 01.10.2017 bis 31.01.2018 (4 Monate) zusammenzuzählen. V kann L damit noch für 9 Monate an E überlassen.

Höchstüberlassungsdauer

Variante 2:

V hat L bereits vom 01.10.2017 bis 31.01.2018 (Einsatz 2) und vom 01.04.2017 bis 31.05.2017 (Einsatz 3) an E überlassen. Da zwischen den Einsätzen 1 und 2 nicht mehr als drei Monate liegen ist die Überlassungszeit des Einsatzes 2 von vier Monaten auf die Überlassungsdauer anzurechnen. Zwischen den Einsätzen 2 und 3 liegen dagegen mehr als drei Monate. Die Überlassungszeit des Einsatzes 3 bleibt unberücksichtigt. V kann L noch für 14 Monate an E überlassen.

Variante 3:

V hat L bereits vom 01.10.2017 bis 15.01.2018 (Einsatz 2) an E überlassen. Da zwischen den Einsätzen 1 und 2 nicht mehr als drei Monate liegen, ist die Überlassungszeit des Einsatzes 2 (drei volle Monate -01.10.2017 bis 31.12.2017- und 15 Tage bzw. ein Teilmonat 15/30 -01.01.2018 bis 15.01.2018-) auf die Überlassungsdauer anzurechnen. V kann L noch für 14 Monate und 15 Tage an E überlassen.

Variante 4:

V hat L bereits vom 20.01.2018 bis 15.02.2018 (Einsatz 2) und vom 12.06.2017 bis 24.11.2017 an E überlassen (Einsatz 3). Da zwischen den Einsätzen 1 und 2 sowie zwischen den Einsätzen 2 und 3 jeweils nicht mehr als drei Monate liegen, sind sowohl Einsatz 2 (27 Tage bzw. ein Teilmonat 27/30) als auch Einsatz 3 (fünf volle Monate -12.06.2017 bis 11.11.2017 und 13 Tage bzw. ein Teilmonat 13/30 -12.11.2017 bis 24.11.2017-) und damit insgesamt ein Zeitraum von sechs Monaten und 10 Tagen zu berücksichtigen. V kann L noch für elf Monate und 20 Tage an E überlassen.

Höchstüberlassung im europarechtlichen Kontext

Ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit des AEUV und die Unternehmerfreiheit des GG muss gerechtfertigt werden:

„Ist Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach der Einsatz von Leiharbeitnehmern nur in den eigens aufgeführten Fällen wie dem Ausgleich von Arbeitsspitzen oder bei Arbeiten, die nicht durch eigene Arbeitnehmer eines Unternehmens erledigt werden können, zulässig ist? Kann der längerfristige Einsatz von Leiharbeitnehmern neben den eigenen Arbeitnehmern eines Unternehmens im Rahmen der gewöhnlichen Arbeitsaufgaben des Unternehmens als verbotener Einsatz von Leiharbeitskräften eingestuft werden?“

Antwort des *EuGH* *Urt. v. 17.3.2015 – C-533/13* (Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry / Öljytuote ry, Shell Aviation Finland Oy) ausweichend

„Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit ist dahin auszulegen,

- dass er nur an die zuständigen Behörden des Mitgliedstaats gerichtet ist, indem ihnen eine Überprüfungsverpflichtung auferlegt wird, damit sie sicherstellen, dass etwaige Verbote und Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit gerechtfertigt sind, und
- dass er daher die nationalen Gerichte nicht verpflichtet, alle Bestimmungen des nationalen Rechts unangewendet zu lassen, die Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit enthalten, die nicht aus Gründen des Allgemeininteresses im Sinne von Art. 4 Abs. 1 gerechtfertigt sind.“

Auch verfassungsrechtlich ist sie nicht zu rechtfertigen

- Ein einschränkungsloses, kategorisches Verbot nicht-vorübergehender Leiharbeit liegt damit nicht im Interesse des Arbeitnehmers. Es wäre andernfalls zu begründen, warum es zulässig sein soll, dass ein Leiharbeiter jede Woche in einem anderen Betrieb eingesetzt wird zu Arbeitsbedingungen weit unter *Equal Pay*, und das dann über 20 Jahre lang - es aber verfassungsrechtlich unzulässig sein soll, dass derselbe Arbeitnehmer über zwei Jahre hinweg beim selben Entleiher eingesetzt wird zu den Entgeltbedingungen der Stammbesellschaft. Wenn der Gesetzgeber im ersten Fall nicht eingreifen muss, dann sicherlich auch nicht im zweiten.
- Dies wird auch deutlich, wenn der Entleiher nach Erreichen der Höchstüberlassungsgrenze entscheiden muss, was er tut: Er mag ihn einstellen – oder auch nicht. Der Arbeitnehmerschutz würde dann für den Leiharbeiter ein Grund zum Verlust der ihm zustehenden *Equal Pay*-Arbeitsbedingungen. Denn wenn er jetzt an einen anderen Entleiher verliehen wird – statt gar von seinem Verleiher entlassen – dann gilt das Gebot des *Equal Pay* erst wieder in neun Monaten.
- Auch der Schutz der Stammbesellschaft rechtfertigt keine Höchstüberlassungsdauer. Diese vielmehr wird durch den Einsatz von Leiharbeitern geschützt. Denn im Entleihbetrieb müssen Leiharbeiter nach der Rechtsprechung zuerst abgezogen werden, bevor eine betriebsbedingte Kündigung möglich ist.
- Wer die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer Höchstüberlassungsbeschränkung postuliert, der müsste sagen, wie lang diese Höchstüberlassung dauern dürfte (gleiches gilt hier für die europarechtliche Herleitung). Diese aber herzuleiten ist unmöglich..

Reichweite einer tariflichen Öffnung unklar

1. Nach § 14 Abs. 2 S 3 TzBfG können durch Tarifvertrag nicht nur entweder die Höchstdauer der Befristung oder die Anzahl der Verlängerungen sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge, sondern kumulativ beide Vorgaben abweichend von § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG geregelt werden.

BAG v. 3.3.2015
- 7 AZR 272/13

2. Die den Tarifvertragsparteien mit § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG eröffnete Möglichkeit, die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung oder beide Umstände abweichend von § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG festzulegen, ist nicht völlig unbegrenzt. Vielmehr gebieten der systematische Gesamtzusammenhang und Sinn und Zweck des TzBfG, aber auch verfassungs- und unionsrechtliche Gründe eine immanente Beschränkung der durch § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG eröffneten Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien.

Übertragbar?

Eine tarifliche Regelung, die die sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen bis zu einer Gesamtdauer von fünf Jahren bei fünfmaliger Verlängerungsmöglichkeit zulässt, ist wirksam. → **Verdreifachung ist zulässig**

BAG v. 26.10.2016
- 7 AZR 140/15

Streikregelung problematisch (§ 11 Abs.5 i.V.m. § 16 Abs. 1 Nr. 8a AÜG)

„(5) Der Entleiher darf Leiharbeitnehmer nicht tätig werden lassen, wenn sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Satz 1 gilt nicht, wenn der Entleiher sicherstellt, dass Leiharbeitnehmer keine Tätigkeiten übernehmen, die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die

1. sich im Arbeitskampf befinden oder
2. ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern, die sich im Arbeitskampf befinden, übernommen haben.

Der Leiharbeitnehmer ist nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu sein, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. In den Fällen eines Arbeitskampfes hat der Verleiher den Leiharbeitnehmer auf das Recht, die Arbeitsleistung zu verweigern, hinzuweisen.“

Stell Dir vor, es ist Streik, und keiner geht hin – dann dürften trotzdem die Leiharbeitnehmer nicht arbeiten. Pointiert durch die Rspr.? S. LAG Baden-Württemberg v. 31.7.2013 – 4 Sa 18/13: „Übernimmt ein Drittunternehmen (hier der Verleiher) vom bestreikten Unternehmen (hier der Entleiher) die bestreikte Produktion/Dienstleistung, kann der Arbeitnehmer des streikbrechenden Drittunternehmens die Arbeitsleistung nach den Grundsätzen, wie sie bei "direkter Streikarbeit" gelten, verweigern.“

Streikregelung problematisch (§ 11 Abs.5 i.V.m. § 16 Abs. 1 Nr. 8a AÜG)

→ Direktionsrecht des Arbeitgebers ist maßgeblich

Zu unterscheiden sind drei Fallgruppen:

1.

Tätigkeit könnte Streikenden nicht übertragen werden, auch nicht wenn sie streiken

➤ **zulässig**

2.

Tätigkeit wurde Streikendem übertragen, bevor er den Streik aufnahm

➤ **unzulässig**

3.

Tätigkeit wurde bislang nicht übertragen, könnte aber übertragen werden

➤ **Prognoseerfordernis**

Schlussfolgerungen:

- Kein genereller Ausschluss, Leiharbeitnehmer im Streik einzustellen
- Streitbedingte Mehraufgaben können Leiharbeitnehmern zugeteilt werden
- Arbeitsverdichtung unter bestimmten Voraussetzungen möglich

Equal Pay ist unpraktikabel

„§ 8

Grundsatz der Gleichstellung

(1) Der Verleiher ist verpflichtet, dem Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren (Gleichstellungsgrundsatz). Erhält der Leiharbeiter das für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers im Entleihbetrieb geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt oder in Ermangelung eines solchen ein für vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbranche geltendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt, wird vermutet, dass der Leiharbeiter hinsichtlich des Arbeitsentgelts im Sinne von Satz 1 gleichgestellt ist. Werden im Betrieb des Entleihers Sachbezüge gewährt, kann ein Wertausgleich in Euro erfolgen.

Placebo

Reicht
Festlegung?

(2) Ein Tarifvertrag kann vom Gleichstellungsgrundsatz abweichen, soweit er nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet. Soweit ein solcher Tarifvertrag vom Gleichstellungsgrundsatz abweicht, hat der Verleiher dem Leiharbeiter die nach diesem Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung des Tarifvertrages vereinbaren. Soweit ein solcher Tarifvertrag die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet, hat der Verleiher dem Leiharbeiter für jede Arbeitsstunde das im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers für eine Arbeitsstunde zu zahlende Arbeitsentgelt zu gewähren.

(3) Eine abweichende tarifliche Regelung im Sinne von Absatz 2 gilt nicht für Leiharbeiter, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes bildet, ausgeschieden sind.

(4) Ein Tarifvertrag im Sinne des Absatzes 2 kann hinsichtlich des Arbeitsentgelts vom Gleichstellungsgrundsatz für die ersten neun Monate einer Überlassung an einen Entleiher abweichen. Eine längere Abweichung durch Tarifvertrag ist nur zulässig, wenn

- a) nach spätestens 15 Monaten einer Überlassung an einen Entleiher mindestens ein Arbeitsentgelt erreicht wird, das in dem Tarifvertrag als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche festgelegt ist, und
- b) nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen eine stufenweise Heranführung an dieses Arbeitsentgelt erfolgt.

Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als sechs Monate liegen.

(5) Der Verleiher ist verpflichtet, dem Leiharbeiter mindestens das in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 für die Zeit der Überlassung und für Zeiten ohne Überlassung festgesetzte Mindeststundenentgelt zu zahlen.*

Als gleichwertig festgesetztes Entgelt i.S. des § 8 Abs. 4 S. 2 AÜG

- Eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung, wie das tarifvertragliche Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer der jeweils einschlägigen Einsatzbranche zu bestimmen ist, fehlt. Es stellt sich mithin die Frage nach dem konkreten Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Tarifentgelts der Einsatzbranche.
- Das tarifliche Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer der Einsatzbranche richtet sich nach dem einschlägigen Branchentarifvertrag. Der Referenzmaßstab ist ausschließlich das tarifliche Entgeltniveau der Zielbranche insgesamt. Dementsprechend ist nicht auf die Vergütungsstruktur des konkreten Entleiherbetriebs abzustellen.
- Für die wirksame Errichtung eines eigenen, tariflichen Equal Pay ist eine positive formale Festsetzung der Gleichwertigkeit des Arbeitsentgelts im Tarifvertrag notwendig. Es bedarf des „Stempels“ von Gewerkschaft und Arbeitgeberseite.
- Unter Berücksichtigung der Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien davon auszugehen, dass eine **objektive Gleichwertigkeit der Entgeltvereinbarungen nicht erforderlich** ist.
- Die Tarifvertragsparteien haben hinsichtlich der Gleichwertigkeit des tarifvertraglichen Entgelts einen Einschätzungsspielraum, der im Zweifel allenfalls einer gerichtlichen Missbrauchskontrolle unterliegt.

Im Zweifel

Anlage zur Weisung 201703005
Gültig ab: 01.04.2017
Gültigkeit bis: fortlaufend



Fachliche Weisungen

Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

(AÜG)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Gregor Thüsing LL.M. (Harvard)
Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit
Universität Bonn, Adenauerallee 8a, 53113 Bonn
E-Mail: sekretariat.thuesing@jura.uni-bonn.de
Tel: 0228/73-7961

