

■ Neue Spielregeln bei der Arbeitnehmerüberlassung

von RA FAArbR Dr. Stefan Nägele, Stuttgart*

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz hat zum 1.1.2003 tief greifende Veränderungen erfahren. Weitere Änderungen sind zum 1.1.2004 in Kraft getreten. Diese Änderungen werden begleitet von wichtigen Entscheidungen des BGH und BAG.

I. Aktuelle Urteile

1. Vermittlungsprovision

In der Arbeitsvermittlungsbranche war es üblich, dass der gewerbliche Vermittler sich in seinen Vertragsbedingungen für den Fall eine Provision ausbedungen hat, dass der Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher eingeht, nachdem der Leiharbeitnehmer zuvor beim Entleiher im Rahmen eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags eingesetzt war. Dieser Praxis hat der BGH¹ einen Riegel vorgeschoben. Grundlage der Entscheidung war § 9 Nr. 4 AÜG a.F. (entspricht der jetzigen Fassung von § 9 Nr. 3 AÜG). Danach sind Vereinbarungen, die dem Entleiher untersagen, den Leiharbeitnehmer zu einem Zeitpunkt einzustellen, in dem dessen Arbeitsverhältnis zum Verleiher nicht mehr besteht, unwirksam. Die Bestimmung schließt **vertragliche Abreden** aus, die eine Einstellung des Leiharbeitnehmers unmittelbar durch den Entleiher nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer verhindern. In gleicher Weise untersagt § 9 Nr. 5 AÜG a.F.

(jetzt § 9 Nr. 4 AÜG) Vereinbarungen, die es dem Leiharbeitnehmer untersagen, mit dem Entleiher ein Arbeitsverhältnis einzugehen, nachdem das Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nicht mehr besteht. Obgleich der Wechsel des Leiharbeitnehmers vom Verleiher zum Entleiher dem Entleiher erhebliche wirtschaftliche Nachteile bringen kann, hat der Gesetzgeber der **Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers** den Vorrang eingeräumt. Der BGH stellt dar, dass dem Wortlaut nach § 9 Nr. 4 AÜG a.F. nur die Unwirksamkeit von Einstellungsverboten regelt, geht jedoch davon aus, dass Sinn und Zweck der Vorschrift es erforderlich machen, Abreden mit vergleichbarer Wirkung zu erfassen, wenn sonst das vorgeschriebene Ziel des Gesetzgebers verfehlt wird. Vereinbarungen, wonach der Entleiher dem Verleiher eine Vermittlungsprovision zu zahlen hat, unterliegen nach Auffassung des BGH der Unwirksamkeitssanktion des § 9 Nr. 4 AÜG a.F., weil eine solche Abrede geeignet ist, den Wechsel des Leiharbeitnehmers zum Entleiher zu verhindern oder zumindest wesentlich zu erschweren. Dieses Provisionsverbot gilt unabhängig von der Tatsache, ob der Verleiher neben seiner Erlaubnis zur **Arbeitnehmerüberlassung** auch eine solche zur privaten **Arbeitsvermittlung** vorweist.

Das Unwirksamkeitsgebot erfasst nicht nur solche Provisionsvereinbarungen, die sich in allgemeinen Vertragsbedingungen finden, sondern jede zwischen Verleiher und Entleiher vereinbarte Vermittlungsprovision.

In gleicher Weise ist es unzulässig, mit den Leiharbeitnehmern Provisionsabreden zu treffen für den Fall, dass

* Näheres zum Autor: www.fa-arbr.de.

1 BGH v. 3.7.2003 – III ZR 348/02, ArbRB 2003, 273.

diese nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum Verleiher ein solches mit dem Entleiher begründen. Das sich aus § 9 Nr. 5 AÜG a.F. ergebende Verbot verfolgt den selben Zweck wie § 9 Nr. 4 AÜG a.F.

2. Leiharbeiter wählen, aber zählen nicht

Das Gesetz zur Reform des BetrVG vom 23.7.2001 hat dazu geführt, dass Leiharbeiter im Entleiherbetrieb wahlberechtigt sind, sofern sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden (§ 7 Satz 2 BetrVG). Bei der Ermittlung der Zahl der Betriebsratsmitglieder bestimmt § 9 BetrVG, dass es auf die Anzahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer ankommt. Das BAG² musste sich mit der Frage befassen, ob die nach § 7 Satz 2 BetrVG wahlberechtigten Leiharbeiter auch solche wahlberechtigten Arbeitnehmer sind, die auf die Zahl der Betriebsratsmitglieder Einfluss nehmen. Das BAG kam zum Ergebnis, dass es für die Bestimmung der maßgeblichen Belegschaftsstärke darauf ankomme, dass die Arbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber, also zum Entleiherbetrieb stünden. Das BAG begründet dies damit, dass der Arbeitnehmerbegriff durch die Reformregelung in § 7 Satz 2 BetrVG nicht geändert worden ist, sondern lediglich die Vorschrift über das aktive Wahlrecht.

Beraterhinweis: Diese Entscheidung hat Tragweite über § 9 BetrVG hinaus, insbesondere für die Frage der **Freistellung von Betriebsratsmitgliedern** nach § 38 Abs. 1 BetrVG, weil es dort auch auf die Anzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer ankommt. Gleiches gilt für die Zahl der **Mitglieder der Jugend- und Auszubildendenvertretung** nach § 62 Abs. 1 BetrVG. Praktisch und relevant kann dieses Urteil auch für andere Normen mit quantitativem Charakter haben, so beispielsweise für §§ 111 Satz 2 und 112a Abs. 1 BetrVG und § 17 Abs. 1 KSchG. ◀

II. Gesetzliche Neuregelungen

1. Equal pay/Equal treatment

a) Verschlechterungsverbot

Eine wesentliche Neuerung ist durch § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG n.F. geschaffen worden. Danach erhält der Verleiher die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Überlassung von Arbeitnehmern nur noch, wenn er dem Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung die im Betrieb des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gewährt. Dies wird in der Literatur als „equal pay“ und „equal treatment“ bezeichnet. Letztlich verbirgt sich hierunter ein **Verschlechterungsverbot**, denn die Besserstellung des Leiharbeitnehmers ist nicht untersagt.

b) Ausnahmen

Ausnahmen von der Gleichheit gelten:

- für die ersten sechs Wochen der Überlassung und
- wenn ein für den Verleiher geltender Tarifvertrag abweichende Vereinbarungen zulässt.

Während der Ausnahmefrist von sechs Wochen muss dem Leiharbeiter mindestens ein Nettoarbeitsentgelt bezahlt werden, das der Höhe des Arbeitslosengelds entspricht. Die für die ersten sechs Wochen geltende Ausnahme darf nicht wiederholt zwischen einem Leiharbeiter und dem selben Verleiher vereinbart werden.

Das Gleichstellungsgebot gilt nach seinem Wortlaut nicht für die **verleihfreien Zeiten**. § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG verbietet jedoch dem Verleiher, eine Vereinbarung über die Absenkung des Annahmeverzugslohns, so dass der Verleiher nicht nach Verleihzeiten und Zeiten ohne Verleih differenzieren bzw. unterschiedliche Entgelte vereinbaren darf. Eine Differenzierung ist jedoch dann zulässig, wenn der Verleiher mit dem Leiharbeiter ein Mischarbeitsverhältnis vereinbart, nachdem für Zeiten ohne Überlassungsauftrag eine Arbeit im eigenen Betrieb des Verleihers zu übernehmen ist. Diese Arbeit darf dann geringer vergütet sein, als die Tätigkeit bei einem Entleiher.

c) Wesentliche Arbeitsbedingungen

Das arbeitsrechtliche Verschlechterungsverbot hat zum Inhalt, dass dem Arbeitnehmer keine schlechteren Arbeitsbedingungen eingeräumt werden dürfen, als sie für vergleichbare Arbeitnehmer beim Entleiher bestehen. Wesentliche Arbeitsbedingungen sind:

- **Vergütung:** Der Verleiher muss dem Leiharbeiter die gleiche Vergütung bezahlen, die vergleichbare Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb erhalten. Von der Gleichstellung erfasst ist nicht nur die **Grund- oder Festvergütung**. Hierzu zählen auch **Zuschläge** für Mehr-, Nacht- und Feiertagsarbeit, aber auch variable Leistungsentgelte wie Boni, Tantiemen und Provisionen, selbstverständlich auch **Sonderzahlungen** wie Urlaubs- und Weihnachtsgeld. Weiter sind vermögenswirksame Leistungen und vom Arbeitgeber erbrachte Sozialleistungen, auch eine höhere Leistung im Krankheitsfall zu berücksichtigen. Der Gesetzgeber will damit dem Grundsatz „**gleicher Lohn für gleiche Arbeit**“ entsprechen³.
- **Arbeitszeit:** In der Begründung zum Gesetzentwurf⁴ ist ausdrücklich erwähnt, dass zu den Arbeitsbedingungen auch die beim Entleiher geltenden Regelungen zur **Dauer der Arbeitszeit** zählen. Deshalb gilt für den Leiharbeiter auch die beim Entleiher bestehende Arbeitszeitregelung. Zur Arbeitszeitregelung zählen nicht nur die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit, sondern auch die im Entleiherbetrieb bestehenden **Gleitzeitregelungen**.
- **Urlaub:**⁵ Der Leiharbeiter hat denselben Urlaubsanspruch wie der Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb. Die Praxis wird dieser Forderung nicht entsprechen können. Welchen Urlaubsanspruch muss der Verleiher dem Leiharbeiter gewähren,

2 BAG v. 16.4.2003 – 7 ABR 53/02, ArbRB 2003, 297.

3 BT-Drucks. 15/25 zu Art. 6 Nr. 3, S. 38.

4 BT-Drucks. 15/25 zu Art. 6 Nr. 3, S. 38.

5 BT-Drucks. 15/25 zu Art. 6 Nr. 3, S. 38.

wenn der Leiharbeitnehmer im Urlaubsjahr bei drei Entleiher tätig war mit völlig unterschiedlichen Urlaubsregelungen? Erwirbt der Leiharbeitnehmer immer nur einen anteiligen Urlaubsanspruch für die Dauer des Einsatzes oder kann er – wie es das BUrlG zulässt – zu Beginn des Kalenderjahres seinen gesamten Jahresurlaub nehmen und in welcher Höhe, wenn er im ersten Drittel des Urlaubsjahres bei einem Entleiherbetrieb mit einem Urlaubsanspruch von 26 Arbeitstagen und in dem zweiten Jahresdrittel bei einem Entleiherbetrieb mit einem Urlaubsanspruch von 32 Tagen eingesetzt ist? Welcher Urlaub ist dem Arbeitnehmer abzugelten, wenn er im letzten Jahresdrittel aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet und zuletzt bei einem Entleiher tätig war, der nur den gesetzlichen Urlaubsanspruch gewährt?

- Sachleistungen, so die Möglichkeit des verbilligten **Personaleinkaufs**, aber auch die Überlassung von **Firmenfahrzeugen** zur privaten Nutzung. Bei korrekter Anwendung des Gesetzes muss der Verleiher dem Leiharbeitnehmer für die Dauer des Einsatzes bei einem Entleiher einen Dienstwagen zur Privatnutzung überlassen, sofern einem vergleichbaren Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb ein solcher Dienstwagen zur Verfügung gestellt wird.
- Betriebliche Altersversorgung: Dem Verleiher ist die Gleichbehandlung unmöglich, da er den Leiharbeitnehmer nicht in das Versorgungssystem des Entleihers eingliedern kann. Es verbleibt, dem Leiharbeitnehmer einen **Verschaffungsanspruch** zuzugestehen, wonach der Verleiher eine wertgleiche Altersversorgung zu gewährleisten hat. Welche Auswirkungen dies auf die Unverfallbarkeitsproblematik des § 1b BetrAVG hat, ist offen.

d) Vergleichbarkeit

Voraussetzung für das Gleichstellungsgebot ist die **Vergleichbarkeit** des Leiharbeitnehmers mit einem Arbeitnehmer des Entleihers. Dies ist unproblematisch, sofern im Entleiherbetrieb ein Eingruppierungssystem existiert. In diesem Fall ist der Leiharbeitnehmer in eine entsprechende Vergütungsgruppe einzugruppieren. In allen anderen Fällen ist einer schrankenlosen Auseinandersetzung Tür und Tor geöffnet, insbesondere dann, wenn im Entleiherbetrieb vergleichbaren Arbeitnehmern unterschiedliche Arbeitsbedingungen gewährt werden.

Beraterhinweis: Nach § 10 Abs. 4 AÜG kann der Leiharbeitnehmer im Falle der Unwirksamkeit der Vereinbarung mit dem Verleiher die Gewährung der im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts verlangen. Aus dieser Regelung ergibt sich, dass der Arbeitnehmer die **Darlegungs- und Beweislast** dafür hat, dass beim Entleiher andere (günstigere) Arbeitsbedingungen für vergleichbare Arbeitnehmer gelten. Die Darlegungslast erstreckt sich deshalb

nicht nur auf die für den Leiharbeitnehmer günstigeren Arbeitsbedingungen, sondern auch auf die Vergleichbarkeit. Schwierigkeiten bei der Darlegung der Vergleichbarkeit gehen zu Lasten des Leiharbeitnehmers. ◀

2. Tarifunterwerfung

Die Notwendigkeit der Gleichstellung des Leiharbeitnehmers mit dem vergleichbaren Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb entfällt, wenn ein Tarifvertrag abweichende Regelungen zulässt. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren.

Diese Regelung hat einen wahren Boom von Tarifverträgen in der Zeitarbeitsbranche ausgelöst. Vorreiter waren die Tarifgemeinschaft Christliche Gewerkschaften Zeitarbeit und PSA, die schon im Dezember 2002 mit der Prinz & Partner Gesellschaft zur Überlassung von Personal auf Zeit einen Mantel-, Entgeltrahmen- und Entgelttarifvertrag abgeschlossen haben. Weitere Tarifverträge folgten. Die DGB-Gewerkschaft hat mit den Arbeitgeberverbänden Bundesverband Zeitarbeit und der Interessengemeinschaft Zeitarbeit Manteltarif- und Entgelttarifverträge abgeschlossen.

Gegen § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG werden **verfassungsrechtliche Bedenken** erhoben⁶, weil hierin ein Verstoß gegen die Tarifautonomie zu sehen sei. Der Verleiher sei vom Gleichstellungsgebot nur dann enthoben, wenn er sich einem Tarifvertrag unterwerfe, entweder durch Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband oder individualrechtliche Bezugnahme. Ob die in der Literatur hiergegen erhobenen Bedenken am Ende Gehör finden werden, ist offen.

Beraterhinweis: Da das Gleichstellungsverfahren in der Praxis nicht durchführbar sein wird, bleibt dem Verleiher in der gegenwärtigen Phase keine andere Wahl, als sich einem Tarifvertrag zu unterwerfen, da er ansonsten den Verlust seiner Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG befürchten muss. Völlig ungelöst sind die individualrechtlichen Probleme bei den gewerblichen Arbeitnehmerüberlassern, die individualrechtlich einen Tarifvertrag in das Arbeitsverhältnis einbeziehen wollen, aber die Zustimmung des Arbeitnehmers hierfür nicht erhalten. Unproblematisch wird sich die Inbezugnahme eines Tarifvertrags herstellen lassen, wenn ein neues Arbeitsverhältnis zu begründen ist. ◀

Wie stellt es sich aber bei den Arbeitsverhältnissen dar, die schon vor Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung begründet worden sind und andere Bedingungen enthalten, als der Tarifvertrag, den der Arbeitgeber in Bezug nehmen möchte? Erklärt der Leiharbeitnehmer ausdrücklich, sich einen Tarifvertrag nicht unterwerfen zu wollen, wird der Verleiher keine andere Wahl haben, als die Grundsätze von equal treatment und equal pay in diesem Arbeitsverhältnis anzuwenden.

3. Sonstige Regelungen

Im Gegensatz zu dem Gleichstellungsgebot **sind** mit Wirkung zum 1.1.2004 die in § 3 Abs. 1 Nr. 3 bis 6 AÜG a.F. geregelten **Versagungsgründe** für die Erteilung oder

⁶ Im Einzelnen: *Rieble/Klebeck*, Lohngleichheit für Leiharbeit, NZA 2003, 23.

Verlängerung der Verleiherlaubnis entfallen. Hierzu gehören:

- Das besondere arbeitnehmerüberlassungsrechtliche Befristungsverbot,
- die Begrenzung der Überlassungsdauer auf 24 Monate,
- das arbeitnehmerüberlassungsrechtliche Wiedereinstellungsverbot und
- das arbeitnehmerüberlassungsrechtliche Synchronisationsverbot.

Gleichfalls entfiel die 12-monatige **Überlassungshöchstdauer** für nicht gewerbsmäßige Verleiher nach § 1 Abs. 2 AÜG a.F.

Seit dem 1.1.2004 ist daher jede zeitliche Höchstdauer für die Überlassung eines Leiharbeitnehmers entfallen. Dies wird erhebliche Bedeutung für den Arbeitsmarkt haben, da Arbeitgeber, die hochpreisigen Flächentarifverträgen unterworfen sind, versuchen werden, große Teile der Belegschaft über Arbeitnehmerüberlassungsverträge zu rekrutieren, da die Praxis schon jetzt zeigt, dass die in den Tarifverträgen für die Zeitarbeitsunternehmen ausgehandelten Bedingungen deutlich hinter de-

nen liegen, die für andere Branchen gelten, so dass Chancen bestehen, Leiharbeitnehmer zu günstigeren Bedingungen einsetzen zu können, als die Stammelegschaft.

Mit dieser Vision verkehrt sich der gesetzgeberische Wille ins Gegenteil. Die Stammelegschaft wird an die schlechteren Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer herangeführt, Ziel war es jedoch, die Leiharbeitnehmer an die besseren Arbeitsbedingungen der Entleihbetriebe heranzuführen.

III. Fazit

Die Änderungen des AÜG i.V.m. dem Urteil vom 16.4.2003 eröffnen in doppelter Hinsicht neue Chancen für die Arbeitgeber. So kann die Belegschaftsstärke ohne Einfluss auf die Anzahl der Betriebsratsmitglieder und der freizustellenden Betriebsräte erhöht werden. Daneben können durch die Auswahl des richtigen Verleihers Personalkosten eingespart werden.

Die Verleiher, die sich keinem Tarifvertrag unterwerfen, werden der Forderung nach equal pay und equal treatment nicht nachkommen können. Eine Vielzahl arbeitsgerichtlicher Verfahren sind hierdurch vorprogrammiert.