

Unbefristete Überlassung von Leih-Arbeitnehmern ist verboten – na und?!

Seit Jahren ist es Teil der Personalpolitik einiger Firmen geworden, neu zu besetzende Stellen nur mit Leiharbeitnehmern zu besetzen. Der Entleiherbetrieb hat lediglich darauf zu achten, dass der Verleiher über eine wirksame Erlaubnis zur Arbeitnehmer-Überlassung verfügt. Andernfalls bestimmt § 10 Abs. 1 S. 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG), dass zwischen dem verliehenen Arbeitnehmer und der ihn entleihenden Firma ein Arbeitsverhältnis begründet wird. Die gleiche Rechtsfolge wäre wünschenswert, wenn gegen die gesetzliche Vorgabe des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG verstoßen wird, wonach die Verleihung von Arbeitnehmern nur vorübergehend – also nicht dauerhaft – erfolgen darf.

Der Ausgangsfall: Ein qualifizierter IT-Sachbearbeiter wurde in einer von drei Kliniken einer Gesellschaft in Baden-Württemberg dauerhaft beschäftigt. Den Arbeitsvertrag erhielt er jedoch von einer 100-prozentigen Tochterfirma dieser Gesellschaft, die über die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt. Diese überließ den IT-Spezialisten der Klinik als Leih-Arbeitnehmer für die Dauer von über drei Jahren. Als der Einsatz endete, machte der Mitarbeiter gerichtlich geltend, wegen seines dauerhaften Einsatzes Arbeitnehmer der Klinik geworden zu sein. In letzter Instanz traf das Bundesarbeitsgericht eine für ihn abschlägige Entscheidung (BAG 9 AZR 51/13).

Orientierung allein am Wortlaut des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Zur Begründung führte das höchste deutsche Arbeitsgericht aus, dass gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG allein das Fehlen einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung bei dem Verleiherbetrieb zu der gesetzlichen Fiktion führe, dass zwischen dem Leih-Arbeitnehmer und der Entleiher-Firma ein Arbeitsvertrag begründet werde. Eine darüber hinausgehende Analogie, dass auch die auf Dauer angelegte Überlassung eines Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitgeber zur Entstehung eines Arbeitsverhältnisses im Beschäftigungsbetrieb führe, lasse das Gesetz nicht zu. Dies ist umso bedauerlicher, als mit dem „Missbrauchsverhinderungsgesetz“, in Kraft getreten am 1.12.2011, dem § 1 Abs. 1 des AÜG noch ein Satz 2 hinzugefügt wurde, der eine nicht mehr vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung (also einen dauerhaften Einsatz als Leih-Arbeitnehmer) sogar verbietet. Dennoch hält die Rechtsprechung und der größte Teil der Kommentarliteratur daran fest, dass ein Verstoß gegen das Verbot der nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmer-Überlassung

nicht zu einem Arbeitsverhältnis zu dem Entleiherbetrieb führt, weil diese Folge vom Gesetzgeber nicht in den Gesetzestext aufgenommen worden ist.

Achtung: Keine Verwechslung mit unwirksamer Befristung eines Arbeitsvertrages

Wird zwischen einer Gesellschaft und einem Arbeitnehmer ein befristetes Arbeitsverhältnis geschlossen und erweist sich die Position als ein dauerhaft zu besetzender Arbeitsplatz, kann die Unwirksamkeit der Befristung und damit die Feststellung eines unbefristeten Arbeitsvertrages gerichtlich geltend gemacht werden. In diesem Falle besteht jedoch von Anfang an die Vertragsbeziehung zwischen der Gesellschaft, bei der der Arbeitnehmer auch eingesetzt und dem Arbeitnehmer selbst wird und nicht – wie im Falle der Arbeitnehmerüberlassung – ein Anstellungsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher, der die Arbeitskraft des Leiharbeitnehmers wiederum Dritten zur Verfügung stellt.

Steine statt Brot auch beim Grundsatz des „equal pay“ (Gleicher Lohn für gleiche Arbeit) im Rahmen der Leiharbeit

Verlangt der Leiharbeitnehmer die Lohndifferenz zu einem mit vergleichbarer Arbeit beschäftigten, aber bei dem Entleiher fest angestellten Arbeitnehmer, hat das Bundesarbeitsgericht an die Darlegungslast des Leiharbeitnehmers erhebliche Anforderungen gestellt. Er habe einen Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum vorzulegen, wonach nicht nur die Angabe über das laufende Arbeitsentgelt, sondern auch Erläuterungen dazu zählten, in welchem Umfang die Vergütung für Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle, Urlaubsentgelt, Freizeitausgleich oder Abgeltung von Stunden verlangt werde (BAG 5 AZR 556/12).

Kostenlose arbeitsrechtliche Erstberatung für bdvb Mitglieder

Auf Augenhöhe mit der Firma bei:

- Abmahnung
- Kündigung
- Aufhebungsvertrag
- Abfindung
- Gehalt und Anpassung
- Versetzung/Abordnung
- Urlaubsrecht
- Fortbildungskosten (Erstattung)
- Neues Vertragsangebot
- Auslandseinsatz
- Zeugnis
- Variable Vergütung, Bonus
- Geschäftsführer-Dienstvertrag

(Vertretung vor allen Arbeitsgerichten bundesweit)

Kontakt
 RA Michael Bürger
 Kanzlei, Wallstraße 16
 40213 Düsseldorf, Tel. 0211 2392300
 Michael.Buerger@bdvb.de

Michael Bürger ist seit 20 Jahren Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht. Er ist Vorsitzender der Fachgruppe Personal und begleitet diese seit 1999 mit arbeitsrechtlichen Seminaren.

