

# Leiharbeiternehmer und betriebliche Mitbestimmung im Entleiherbetrieb



# Überblick

## **A. Grundlagen:**

Rechte des Entleiher-BR beim Einsatz von Leiharbeitnehmern

## **B. Aktuelle Einzelprobleme:**

- I. Besonderheiten Personaleinsatz bei Werk-/Dienstverträgen
- II. Verstoß equal pay (Tariffähigkeit christl. Gewerkschaften)
- III. „Verleih“ im Konzern

# A. Grundlagen

## I. Überblick:

1. Mitbestimmung § 14 III AÜG i.V.m. § 99 BetrVG
2. **Allgemeine Regeln:** Rechte die an die „Eingliederung“ im Entleiherbetrieb bei Maßnahmen des Entleihers anknüpfen (z.B. § 87 oder § 92 Personalplanung)

# A. Rechte Entleiherbetriebsrat beim Einsatz Leiharbeitnehmer

## 1. § 14 III AÜG

- § 14 III Satz1: Verweis auf § 99

- § 14 III:

S. 2: Vorlage: Erklärung Verleiher über Erlaubnis

S. 3: Bekanntgabe von Änderungen Verleiherlaubnis

# 1. § 14 III AÜG i.V.m. § 99 BetrVG

a) Welche Informationen muss AG geben?  
Bezug: Erforderliche Unterlagen § 99 I 1 für  
Beurteilung Gründe § 99 II:

- Anzahl/Dauer
- Qualifikation, Einsatz etc.
- Vorlage *Leiharbeitsvertrag* nach BAG nein,  
aber Arbeitnehmerüberlassungsvertrag;  
Erklärung Verleiher über AÜ-Erlaubnis und  
Änderungen

## SANKTION:

§ 99 Frist läuft nicht, Zustimmungsfiktion  
greift nicht, Verfahren § 101; Owi § 121

# 1. § 14 III AÜG i.V.m. § 99 BetrVG

## b) Begriff **Einstellung** Leiharbeiternehmer

Problem:

Verlängerung ja, Austausch?

Recht nach § 99 zu bejahen, da relevant für  
Belegschaftsinteressen im Rahmen § 99 II (so LAG  
Hessen 16.1.2007; dagegen LAG  
Nieders. 13.10.1999),

aber kein § 23 III, da kein „grober Verstoß“ -  
Rechtslage nicht höchstrichterlich geklärt (LAG  
Hamm 25.9.2009)

## c) § 99 II Nr. 1

Problem: Zustimmungsverweigerung  
wegen Verstoß gegen  
„Regelungen“

Funktion dieser Mitbestimmung !!

Erforderlich, dass Tätigkeit als solche gegen  
Verbot verstößt und nach Sinn  
und Zweck der Regelung Be-  
schäftigung insgesamt  
unterbleiben muss z.B. keine  
Überlassungserlaubnis

## d) Rechte Entleiherbetriebsrat nach allgemeinen Regeln

aa) §§ 75, 80      soweit Maßnahmen Entleiher

bb) § 87            soweit Maßnahmen Entleiher

Beispiele: Arbeitszeit  
(zusätzliche Schichten für  
LeihAN Nr. 3), technische  
Überwachung, Sozialein-  
richtungen, Lohngestaltung nur  
wenn Zahlungen von Entleiher

cc) § 92            Personalplanung (AG von sich  
aus! Sanktion § 121 Owi, § 23 III)

## **d) Weitere Rechte Entleiherbetriebsrat**

- dd) § 93 interne Ausschreibung (auch wenn nur mit LeihAN zu besetzen; LAG Berlin 12.11.2009, a.A. LAG Niedersachsen 9.8.2006)
- ee) § 99 Versetzung im Entleiherbetrieb
- ff) § 88 möglich – Verhandlungssache  
freiwillige Betriebsvereinbarung

## **B. Einzelfälle**

### **I. Problem: Besonderheit Einsatz Personal bei Werk- /Dienstverträgen**

1. Mitteilungs- und Unterrichtungspflicht auch wenn Zweifelsfall, ob Werk-/ Dienstvertrag oder AÜ
2. Vorlage der Verträge; (Informationen über Abwicklung!)

## ...Werk-/Dienstverträge

### 2. Recht nach § 99

a) **verdeckte Leiharbeit** (Deckmantel: als Werk-/Dienstvertrag aber in Wirklichkeit durchgeführt als AÜ ohne Verleihlaubnis)

- § 99 II Nr. 1 gegeben, wenn Erlaubnis fehlt,
- **taktisch**: eingesetzte Personen sind AN des Entleihers (§§ 10 I 1, 9 I Nr.1 AÜG), könnte zu überlegen sein, Zustimmung nicht zu verweigern

# Werk-/Dienstverträge...

b) Wenn echter Werk-/Dienstvertrag:

Recht nach § 99 gegeben bei  
„Eingliederung“

BAG 13.12.2005; BAG 30.9.2008:

„...Maßgeblich ist, ob ... zumindest teilweise die Personalhoheit hat und die für eine weisungsabhängige Tätigkeit typische Befugnis zur Entscheidung auch über Zeit und Ort der Tätigkeit besitzt.“

## II. Problem: Tariffähigkeit - Dumpinglöhne

### 1. Ausgangspunkt „Equal Pay“:

Verleiher ist verpflichtet, dem AN **während Verleihzeit** die gleichen wesentlichen Arbeitsbedingungen wie einem vergleichbaren AN der Stammbesellschaft zu gewähren

(§§ 9 Nr. 2, 10 IV AÜG; Art. 5 Richtlinie 2008/104/EG: noch weitergehend equal pay bei befristeten AV!)

## 2. Ausnahme:

Abweichung von equal pay durch Tarifvertrag möglich § 9 Nr.2 :

- Abweichung von der klassischen Funktion der Tarifautonomie, die Position des AN zu verbessern
- Inbezugnahme eines Tarifvertrags ausreichend (individualvertraglich!!)
- Tarifvertrag muss wirksam sein

### **3. Bisheriges Ergebnis Entscheidungen zur Tariffähigkeit CGZP :**

a) Nach ArbG Berlin (1.4.2009) und LAG  
Berlin (1.12.2009) CGZP nicht tariffähig –

BAG steht noch aus, Entscheidung wird  
von Einbeziehung/Bewertung neuer  
Tarifabschlüsse abhängen...

## 4. Rechte EntleiherBR bei Verstoß gegen Equal Pay

- a) Kein § 99 II Nr. 1 (andere Nr. möglich - Einzelfall) BetrVG bzgl. Einstellung LeihAN

warum?

BAG 21.7.2009:

„Widersprüche es .. Sinn und Zweck des AÜG, wenn die Einstellung .. unterbliebe. Erst durch die Übernahme in den Entleiherbetrieb ergibt sich für den Leiharbeitnehmer die Möglichkeit, die bei Verletzung des Gleichstellungsgebots bestehenden Ansprüche nach § 10 S. 4 AÜG ... geltend zu machen. Unterbliebe die Einstellung überhaupt, hätte der Leiharbeitnehmer diese Möglichkeiten nicht. Die Nichtübernahme würde seine Position nicht verbessern, sondern seinen schützenswerten Interessen gerade zuwiderlaufen.“

-> *zutreffend, da nicht die Beschäftigung als solche untersagt ist (s.o.)*

**...bleibt Verstoß dann ohne Sanktion?**

**Nein!**

Konsequenzen, bei Tarifunfähigkeit CGZP =  
Verstoß gegen equal pay:

**- Verleiher:**

Haftet auf Differenz zu Lohn  
Stammbelegschaft

**- Entleiher:**

Haftet zwar nicht auf Lohn, **aber auf  
Sozialversicherungsbeiträge gem. §§ 28e  
II 1 SGB IV, 150 III SGB VII als selbst-  
schuldnerischer Bürge ...dabei hängt  
Anspruch nicht davon ab, ob AN klagt**

## **4. Was bleiben für Rechte bei Verstoß gegen Equal Pay?**

Hinweis auf dieses Haftungsrisiko  
(Sozialversicherungsbeiträge)  
gegenüber Arbeitgeber

...schon aus Grundsatz vertrauensvoller  
Zusammenarbeit....

## 4. Was bleiben für Rechte bei Verstoß gegen Equal Pay?

- b) Keine Rechte § 87 Nr. 10 BetrVG:  
Entlohnung wg. Verstoß equal pay ist gesetzl. geregelt!
  
- c) Aber Rechte § 80 BetrVG:  
Insbesondere § 80 I Nr. 1, II BetrVG:  
**Auskunftsanspruch LeihAN § 13 AÜG gegen Entleiher !!** Nicht unterschätzen: Das zentrale Recht – BR muss darauf hinweisen, einziges Mittel, um AG zu Abschlüssen mit vernünftigen Verleihern zu bringen!!

### III. „Verleih“ im Konzern (Auswechslung Stammpersonal „Schleckern“)



Brors: Leiharbeit - Mitbestimmung  
des BR

# 1. Grundformen

- a) § 1 Abs. 3 Nr. 2 vorübergehende Überlassung von Personal an eine Konzernschwester – ohne Erlaubnis zulässig (Mitbestimmung insbesondere nach § 99 BetrVG)
- b) **Illegale Überlassung unter dem Deckmantel von § 1 Abs. 3 Nr. 2**
- c) **Strohmannkonstruktionen**

## 2. Rechte des Entleiherbetriebsrats bei konzerninternem „gewerbsmäßigem“ Verleih

- a) bei wirksamen Verleih:  
„normal“ § 99, i.d.R. kein § 99 II Nr.1 – andere Nr. möglich (Einzelfall)
- b) bei unwirksamen Verleih wegen fehlender Erlaubnis (praktisch selten!! Konzerninterner Verleiher hat meist Erlaubnis):
- § 99 II Nr. 1 gegeben (ohne Erlaubnis!!) – andere Nr. möglich
  - aber Überlegung, ob Zustimmung verweigert wird, da es sich um eigene (!! ) AN handelt mit allen Konsequenzen (Sozialplan, Betriebsratszahl, Auskunftspflichten AG etc....) - §§ 9 Nr.1, 10 I 1 AUG

## ... rechtsmissbräuchlicher Verleih

- c) bei unwirksamen „rechtsmissbräuchlichem“ Verleih“
  - aa) kein § 99 II Nr.1 (andere Nr. möglich Einzelfall), denn Beschäftigung selbst wird von § 242 nicht untersagt, sondern gewählte Form ist falsch (mittelbares Arbeitsverhältnis) – dazu BAG ...

## rechtsmissbräuchlicher Verleih

BAG 21.7.2009 – 1 ABR 35/08:

„Ohne Erfolg beruft sich der Betriebsrat schließlich darauf, die Einstellung verstoße gegen § 242 BGB. Diese Bestimmung ist keine Verbotsnorm iSv. § 99 II Nr. 1. ... (Selbst bei Vorliegen § 242 BGB) „kein Beschäftigungsverbot im Betrieb der Arbeitgeberin. Vielmehr entspräche die Beschäftigung gerade in einem solchen Fall der Rechtslage.“

# bb) Wann liegt ein Rechtsmissbrauch vor? Stand der Rechtsprechung

(1) Nach derzeitiger Rechtsprechung **nur im Extremfall** rechtsmissbräuchlich (LAG Schleswig Holstein 18.6.2008 – 3 TaBV 8/08; LAG Bremen 11.6.2008 – 2 Sa 111/07): Austausch Stammpersonal durch Verleihgesellschaft im Konzern und „Verleiher“ existierte nur auf dem Papier;

(2) ansonsten Andeutung **BAG** 21.7.2009 – 1 ABR 35/08 (ausdrücklich in mehreren Entscheidungen LAG Niedersachsen, z.B. 18.2.2008 – 12 TaBV 142/07) konzerninterner Verleih bei bestehender Verleiherlaubnis auch zur dauerhaften Auswechslung Stammpersonal ist möglich ...

## C. Zusammenfassung

- I. Bei genauer Kenntnis §§ BetrVG durchaus Handlungsmöglichkeiten!!
- II. Bei jeglichem Einsatz Fremdpersonal Informationsrechte bzw. in Einzelfällen § 99
- III. Bei Dumpinglohn Hilfe bei Fragerechten LeihAN und Hinweis Entleiher auf Haftungsrisiken
- IV. Konzerninterner rechtsmissbräuchlicher Verleih zwar kein § 99, aber wichtiger Zuordnung AN bei Rechtsmissbrauch zum „Entleiherbetrieb“ – Einzelfall genau prüfen!!