

„Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe“

Rechtsanwältin Katrin Kandaouhoff, Berlin

Nach Verabschiedung der letzten AÜG-Reform ist der Einsatz von Leiharbeitnehmern im Baugewerbe weiterhin nur aufgrund von gesetzlichen Beschränkungen zulässig. Durch die sog. „Kollegenhilfe“ haben Baubetriebe aber auch in Zukunft die Möglichkeit, sich vorübergehend Arbeitnehmer von anderen Baubetrieben auszuleihen und dadurch eine gewisse personelle Flexibilität zu erreichen. Nachfolgend werden die wesentlichen Vorgaben des zum 1. April 2017 geänderten Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes erläutert. Zudem wird die Arbeitnehmerüberlassung in Grundzügen zu den anderen Formen des Fremdpersonaleinsatzes (z. B. Nachunternehmer) abgegrenzt.

Gliederung

- A Möglichkeiten des Fremdpersonaleinsatzes im Baubetrieb
 - 1. Arbeitnehmerüberlassung
 - 2. Abgrenzung zur ARGE
 - 3. Abgrenzung zum Nachunternehmereinsatz

- B Grenzen der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe
 - 1. Grundsätzliches Verbot der Arbeitnehmerüberlassung
 - 2. Anzeigepflichtige Arbeitnehmerüberlassung zwischen Baubetrieben
 - 3. Erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung zwischen Baubetrieben
 - 4. Equal-Pay-Grundsatz

- C Rechtsfolgen bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung

A Möglichkeiten des Fremdpersonaleinsatzes im Baubetrieb

Baubetriebe haben mehrere Möglichkeiten, einen vorübergehenden zusätzlichen Personalmehrbedarf durch den Einsatz von Fremdpersonal auszugleichen, ohne dass zusätzliche eigene Mitarbeiter eingestellt werden müssen. Je nach voraussichtlicher Dauer des zusätzlichen Personalbedarfs und der Art der auszuführenden Arbeiten kann der Betrieb überlegen, ob er sich Arbeitnehmer eines anderen Betriebes vorübergehend ausleiht, eine Arbeitsgemeinschaft mit anderen Baubetrieben gründet oder andere Baubetriebe als Nachunternehmer mit der Ausführung von Bauleistungen beauftragt. Die Abgrenzung dieser unterschiedlichen Sachverhalte ist rechtlich von großer Bedeutung, jedoch in der betrieblichen Praxis nicht immer ohne Weiteres möglich.

1. Arbeitnehmerüberlassung

Die Arbeitnehmerüberlassung ist durch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) umfassend geregelt. Insbesondere regelt das Gesetz, unter welchen Voraussetzungen Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe überhaupt zulässig ist (vgl. Kapitel B) und welche Rechtsfolgen bei Verstößen gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz eintreten (vgl. Kapitel C).

Die Arbeitnehmerüberlassung ist dadurch gekennzeichnet, dass sich ein Betrieb von einem anderen Betrieb vorübergehend einen Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung ausleiht. Die Arbeitnehmerüberlassung (auch Leiharbeit oder Zeitarbeit genannt) wird dabei innerhalb eines Drei-Personen-Verhältnisses abgewickelt, an dem Verleiher, Entleiher und der zu verleihende Arbeitnehmer beteiligt sind. Der Gesetzgeber hat nun zum 1. April 2017 in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG durch einen Klammerzusatz die Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung hervorgehoben. Verleiher ist derjenige Arbeitgeber, der den Arbeitnehmer überlässt, also der Stammbetrieb des Arbeitnehmers. Entleiher ist derjenige Arbeitgeber, dem der Leiharbeiter zur Arbeitsleistung überlassen wird, also der Einsatzbetrieb. Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung dann überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unter-

liegen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG). Ob dies der Fall ist, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen.

Zwischen Verleiher und Entleiher wird also ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag geschlossen, mit dem sich der Verleiher verpflichtet, dem Entleiher vorübergehend einen geeigneten Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung zu verschaffen. Auch während der Überlassungszeit bleibt der Arbeitnehmer jedoch arbeitsrechtlich Mitarbeiter des Verleiherbetriebes, der auch weiterhin alle Arbeitgeberpflichten (insbesondere nach dem Arbeits-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht) tragen muss. Für die Dauer der Arbeitnehmerüberlassung erhält der Entleiherbetrieb jedoch das Recht, den Leiharbeiter in seinem Betrieb wie einen eigenen Arbeitnehmer einzusetzen. Der Entleiherbetrieb erhält also durch den Überlassungsvertrag das Recht, den Leiharbeiter fachlich anzuweisen und sein Direktionsrecht hinsichtlich Zeit, Dauer, Art und Ort der Arbeitsausführung gegenüber dem Leiharbeiter auszuüben. Der Verleiherbetrieb stellt dem Entleiherbetrieb im Gegenzug die Personalkosten in der vereinbarten Höhe für den entliehenen Arbeitnehmer in Rechnung.

Hinweis:

Mit der Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG wird durch die AÜG-Reform gesetzlich fixiert, dass Leiharbeiter nur von ihrem vertraglichen Arbeitgeber verliehen werden dürfen. Damit ist ein Ketten-, Zwischen- oder Weiterverleih untersagt.

Verleiher und Entleiher haben darüber hinaus die Überlassung von Arbeitnehmern in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen, bevor sie den Arbeitnehmer überlassen oder tätig werden lassen. Vor der Überlassung haben sie die Person des Arbeitnehmers auf Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren (§ 1 Abs. 1 a Satz 5, 6 AÜG).

Soweit sich aus dem Arbeitsvertrag nichts anderes ergibt, kann der Arbeitgeber die Tätigkeit seines Mitarbeiters für einen anderen Arbeitgeber im Wege der Arbeitnehmerüberlassung nicht anweisen. Das umfassende Direktionsrecht des Arbeitgebers aus § 7 Abs. 1 BRTV beschränkt sich auf die Baustellen oder sons-

tigen Arbeitsstellen des Arbeitgebers, nicht jedoch auf das Tätigwerden für einen anderen Baubetrieb. Regelmäßig bedarf es daher der Zustimmung des Arbeitnehmers zu seiner Überlassung an einen anderen Baubetrieb.

2. Abgrenzung zur ARGE

Arbeitnehmerüberlassung liegt nicht vor, wenn ein Arbeitgeber des Baugewerbes von der tariflichen Möglichkeit Gebrauch macht, einen Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung in einer Arbeitsgemeinschaft, an der er beteiligt ist, freizustellen (§ 9 BRTV). Auch diese Freistellung kann nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers erfolgen. Während der Dauer der Freistellung ruht das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers zum Stammbetrieb. Vielmehr tritt der Arbeitnehmer mit Arbeitsaufnahme in ein Arbeitsverhältnis zur ARGE ein. Für die Dauer der Arbeitsgemeinschaft ist die ARGE somit neuer Arbeitgeber des Arbeitnehmers mit allen Rechten und Pflichten. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur ARGE lebt dann das Arbeitsverhältnis mit dem Stammbetrieb wieder auf.

3. Abgrenzung zum Nachunternehmereinsatz

Ein Baubetrieb hat auch die Möglichkeit, Bauleistungen durch einen Nachunternehmer erbringen zu lassen. Hierbei ist insbesondere zwischen Werkverträgen und Dienstverträgen zu unterscheiden. Einen Sonderfall stellt die Beauftragung von „Ein-Mann-Subunternehmern“ dar, die sich oftmals als Scheinselbstständige herausstellen. Bei der Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung zu den anderen Formen des Fremdpersonaleinsatzes darf jedoch nicht schematisch vorgegangen werden. Grundsätzlich ist der Geschäftsinhalt der zwischen den Beteiligten vereinbarten Verträge entscheidend. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den schriftlichen Vereinbarungen der Beteiligten als auch aus der praktischen Durchführung der Verträge ergeben. Widersprechen sich allerdings schriftliche Vereinbarungen und tatsächliche Durchführung des Vertrages, so kommt es auf die tatsächliche Durchführung an.

a) Werkvertrag

Im Gegensatz zur Arbeitnehmerüberlassung, bei der dem Entleiher ein Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt wird, der voll in seinem Betrieb eingegliedert ist und die Arbeit nach seinen Weisungen auszuführen hat, wird beim Werkvertrag ein Unternehmer für einen anderen tätig. Dieser Nachunternehmer organisiert die zur Errichtung des Werkes notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen. Er ist dem Auftraggeber (Hauptunternehmer) hinsichtlich der Erstellung des vertraglich geschuldeten Werkes verantwortlich. Die hierzu von dem Nachunternehmer eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen jedoch ausschließlich der Weisungsbefugnis des Nachunternehmers, nicht jedoch den Weisungen von Mitarbeitern des Hauptunternehmers. Der Hauptunternehmer kann dem Nachunternehmer bzw. dessen Mitarbeitern lediglich solche Anweisungen geben, die sich konkret auf die Herstellung des Werkes beziehen. Stellt sich im Ergebnis heraus, dass ein Werkvertrag tatsächlich nicht vorgelegen hat, kann es sich um eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung handeln.

Durch die AÜG-Reform soll darüber hinaus dem Problem der Vorratsüberlassungserlaubnis bei Scheinwerkverträgen ein Riegel vorgeschoben werden. Der Gesetzgeber weist in der Gesetzesbegründung darauf hin, dass in der Vergangenheit Fälle aufgetreten seien, bei denen Arbeitnehmer im Rahmen eines bloß formal als Werkvertrag bezeichneten Vertrags an einen Dritten überlassen worden sind. Gleichzeitig hat der vermeintliche Werkunternehmer bisher eine Verleiherlaubnis vorrätig gehalten. Wurde deutlich, dass der vermeintliche Werkvertrag tatsächlich als Überlassungsvertrag zwischen den Parteien gelebt wurde, weil der Dritte arbeitsrechtliche Weisungsrechte gegenüber den eingesetzten Arbeitnehmern ausübte, konnte der vermeintliche Werkunternehmer die auf Vorrat gehaltene Verleiherlaubnis vorlegen, um das Eingreifen der im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vorgesehenen Rechtsfolgen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung zu verhindern. Diese Gesetzeslücke soll zukünftig geschlossen werden. In § 1 Abs. 1 Satz 5, 6 AÜG wird nun geregelt, dass in Zukunft jede tatsächliche Arbeitnehmerüberlassung im Vertrag zwischen Entleiher und Verleiher als solche bezeichnet (Kennzeichnungspflicht) und der jeweilige Arbeitnehmer muss als solcher konkretisiert werden muss (Konkretisierungspflicht).

b) Dienstverträge

Anders als bei Werkverträgen wird bei Dienstverträgen kein bestimmter Erfolg, sondern eine bestimmte Tätigkeit geschuldet. Der Nachunternehmer verpflichtet sich also nicht zur Erstellung eines bestimmten Bauwerkes, sondern zur Erbringung einer Dienstleistung. Ein Dienstvertrag liegt jedoch nur dann vor, wenn der dienstleistende Nachunternehmer die geschuldeten Dienste entweder in Person oder mit seinem eigenen Personal unter eigener Verantwortung und nach eigenem Plan ausführt.

c) Scheinselbstständige

In der betrieblichen Praxis werden immer wieder Werkverträge mit sog. Ein-Mann-Nachunternehmern geschlossen. Hierbei handelt es sich oftmals um Handwerker, die formal wie Selbstständige auftreten, tatsächlich aber als abhängig Beschäftigte (Scheinselbstständige) anzusehen sind. Wird ein solcher „Ein-Mann-Subunternehmer“ aufgrund eines Werkvertrages auf der Baustelle eines Baubetriebes eingesetzt, so ist zu prüfen, ob tatsächlich eine eigenständige Nachunternehmerleistung vorliegt oder es sich möglicherweise um Arbeitnehmerüberlassung handelt. Gerade bei „Ein-Mann-Subunternehmern“ ist die Gefahr, dass diese auf der Baustelle des Hauptunternehmers in den Arbeitsprozess eingegliedert werden und letztendlich wie eigene Mitarbeiter des Hauptunternehmers arbeiten, sehr groß.

Hinweis:

Ab April 2017 regelt § 611a BGB, wie ein festes Arbeitsverhältnis von einer Selbstständigkeit abzugrenzen ist.

Ebenso wie bei der Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung zum Werkvertrag gilt auch hier, dass eine Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalles vorgenommen werden muss. Erst durch eine Überprüfung aller in Betracht kommenden Abgrenzungskriterien kann der Schluss gezogen werden, ob das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis tatsächlich ein Arbeitsverhältnis (= Scheinselbstständigkeit) oder tatsächlich ein freies Mitarbeiterverhältnis (=

Nachunternehmer) darstellt. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig ist, hängt letztendlich davon ab, welche Merkmale überwiegen. Sollte der Hauptunternehmer darüber Zweifel haben, ob der Nachunternehmer tatsächlich selbstständig tätig wird, kann er die Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7 a) SGB IV anregen (Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung Bund in Berlin).

B Grenzen der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe

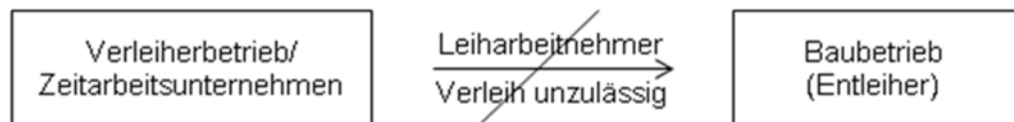
Die Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe ist aufgrund der Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes eingeschränkt. In der betrieblichen Praxis bestehen jedoch durchaus Möglichkeiten, Arbeitnehmer von anderen Baubetrieben vorübergehend zur Arbeitsleistung auszuleihen.

1. Grundsätzliches Verbot der Arbeitnehmerüberlassung

Bereits seit dem Jahre 1982 ist die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, unzulässig (§ 1 b AÜG). Mit diesem vollständigen Verbot der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung hatte der Gesetzgeber seinerzeit zu einer radikalen Lösung der Bekämpfung der illegalen Beschäftigung in diesem Wirtschaftszweig gegriffen. Allerdings enthalten die gesetzlichen Regelungen einige Ausnahmeregelungen, die den Verleih von Arbeitnehmern im Baugewerbe unter bestimmten Voraussetzungen ermöglichen. Der Gesetzgeber hat damit das Bedürfnis der Baubetriebe, zumindest an andere Betriebe des Baugewerbes Arbeitnehmer überlassen zu können und damit die Flexibilität der Betriebe zu erhöhen, grundsätzlich anerkannt.

Gesetzlich verboten ist die Arbeitnehmerüberlassung „in Betriebe des Baugewerbes“. Auf der Verleiherseite werden von dem Verbot alle Zeitarbeitsfirmen bzw. Verleiherbetriebe erfasst, die Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen. Auch der Besitz einer Verleiherlaubnis nach § 1 AÜG berechtigt

solche Zeitarbeits- bzw. Personaldienstleistungsunternehmen nicht, Leiharbeiter in Betriebe des Baugewerbes zu verleihen. Auf der Entleiherseite werden alle Betriebe und auch selbstständigen Betriebsabteilungen, die überwiegend Bauleistungen erbringen, von dem Verbot erfasst. Nach § 1 der Baubetriebe-Verordnung gilt dieses Verbot somit für alle Betriebe des Bauhauptgewerbes, des Gerüstbauerhandwerks, das Dachdeckerhandwerks und des Garten- und Landschaftsbaues. Für die in § 2 der Baubetriebe-Verordnung genannten Betriebe, die nicht zur Winterbauförderung zugelassen sind, gilt das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung auf Entleiherseite dagegen nicht (z. B. für Betriebe des Maler- und Lackiererhandwerks, des Schreinerhandwerks, des Glaserhandwerks, des Installationsgewerbes und des Bauten- und Eisenschutzgewerbes).



Das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung beschränkt sich auf Tätigkeiten in Betrieben des Baugewerbes, die üblicherweise von gewerblichen Arbeitnehmern ausgeführt werden. Es ist also nicht verboten, Arbeitskräfte für Arbeiten in Betriebe des Baugewerbes zu überlassen, die üblicherweise von Angestellten verrichtet werden (z. B. Bürokräfte, Bauleiter). Ob der Verleih einer Arbeitskraft in einen Betrieb des Baugewerbes verboten ist, hängt von der Art der Arbeit, nicht von der Qualifikation des einzelnen Arbeitnehmers ab. Daher wäre auch der Verleih eines Angestellten in einen Betrieb des Baugewerbes unzulässig, wenn dieser Angestellte dort Arbeiten ausführen soll, die gewöhnlich von gewerblichen Arbeitnehmern ausgeführt werden.

2. Anzeigepflichtige Arbeitnehmerüberlassung zwischen Baubetrieben

Nach § 1 a AÜG ist jedoch die anzeigepflichtige Arbeitnehmerüberlassung zwischen Baubetrieben zulässig, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Diese sog. Kollegenhilfe stellt in der betrieblichen Praxis die wichtigste Ausnahme vom Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe dar.

a) Gesetzliche Voraussetzungen

Die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Baubetrieben ist zulässig, wenn

- Verleiher und Entleiher Baubetriebe sind,
- der Verleiher seit mindestens drei Jahren von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen erfasst wird,
- der Verleiher weniger als 50 Arbeitnehmer beschäftigt,
- im Verleiherbetrieb durch die Kollegenhilfe Kurzarbeit und Entlassungen vermieden werden.

Die Arbeitnehmerüberlassung ist somit nur dann zulässig, wenn sowohl Verleiherbetrieb als auch Entleiherbetrieb als Betriebe des Baugewerbes von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen bzw. von deren Allgemeinverbindlichkeit erfasst werden. Dies hat zur Folge, dass eine solche Kollegenhilfe nur entweder zwischen Betrieben des Bauhauptgewerbes oder zwischen Dachdeckerbetrieben oder Gerüstbaubetrieben oder Galabaubetrieben zulässig ist. Ein Verleih von einem Dachdecker-, Gerüstbau- oder Galabaubetrieb in einen Baubetrieb bzw. umgekehrt ist jedoch unzulässig, weil diese nicht von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen erfasst werden.

Zudem muss der Verleiherbetrieb nachweisen, dass er seit mindestens drei Jahren Baubetrieb ist. Der Nachweis kann z. B. durch Vorlage einer Bestätigung der SOKA-BAU erfolgen. Wie lange der Entleiherbetrieb schon Baubetrieb ist, spielt keine dagegen keine Rolle.

Weiterhin ist eine solche Kollegenhilfe nur dann zulässig, wenn der Verleiherbetrieb weniger als 50 Arbeitnehmer beschäftigt. Hierzu zählen alle bei dem Verleiher beschäftigten gewerblichen Arbeitnehmer, Angestellten und Auszubildenden, auch wenn diese nur befristet oder in Teilzeit beschäftigt sind (auch geringfügig Beschäftigte). Nicht mitzuzählen ist jedoch der Betriebsinhaber. Die Betriebsgröße des Entleiherbetriebes ist unerheblich.

Die Kollegenhilfe setzt voraus, dass dadurch Kurzarbeit oder Entlassungen im Verleiherbetrieb vermieden werden. Aus den Geschäftsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit ergibt sich hierzu, dass die konkrete und begründete Gefahr von Kurzarbeit oder Entlassungen im Verleiherbetrieb vorliegen und der Verleiherbetrieb das Vorliegen dieser Voraussetzungen auf Verlangen glaubhaft machen muss. In ihren Antragsmustern verlangt die Bundesagentur für Arbeit in der Regel eine kurze Schilderung der betrieblichen Situation im Verleihbetrieb, aufgrund derer der anzeigende Betrieb ohne die beabsichtigte Arbeitnehmerüberlassung zu Kurzarbeit oder Entlassung gezwungen wäre. Dies können z.B. die folgenden Situationen sein: Überkapazität an Arbeitskräften im Verhältnis zum vorhandenen Arbeitsvolumen, vorübergehende Auftragslücke, Arbeitsausfall aufgrund des Wegfalls eines Bauauftrages, ein unabwendbares Ereignis oder die Verzögerung/ Unterbrechung einer geplanten Baumaßnahme.

Liegen diese gesetzlichen Voraussetzungen vor, ist eine Überlassung des Arbeitnehmers bis zur Dauer von 12 Monaten an einen anderen Baubetrieb zulässig. Nach den Geschäftsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit kann ein und derselbe Arbeitnehmer auch mehrfach überlassen werden (wiederholte Überlassung). Soweit für diesen Arbeitnehmer ein Einsatzplan für die Dauer von zwölf Monaten vorliegt, sind Überlassungen entsprechend dieses Planes für einen Zeitraum von zwölf Monaten unter vorheriger Anzeige zulässig. Fehlt dieser Einsatzplan, ist für jeden Einsatz des Arbeitnehmers gesondert zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 1a AÜG vorliegen. Auch die Überlassung mehrerer Arbeitnehmer dieses Unternehmens zeitgleich oder zeitlich gestaffelt ist grundsätzlich möglich (Mehrfachüberlassung), soweit für jeden einzelnen Arbeitnehmer die Dauer von 12 Monaten nicht überschritten wird. Die Überlassungszeiten werden insoweit nicht zusammengerechnet.

Liegt eine der gesetzlichen Voraussetzungen dagegen nicht vor, handelt es sich im Zweifel um eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung, für die sowohl Verleiher als auch Entleiher haften. Auch wenn die o. g. gesetzlichen Voraussetzungen vom Verleiher zu erfüllen sind, hat der Entleiher somit ein eigenes Interesse, diese zu prüfen.

b) Anzeigeverfahren

Jede Überlassung eines Beschäftigten bis zur Dauer von 12 Monaten im Rahmen der Kollegenhilfe bedarf der vorherigen Anzeige bei der für den Betriebssitz des Verleihers zuständigen Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit. Die Anzeige ist vom Verleiher abzugeben und bedarf der Schriftform. Die Bundesagentur für Arbeit stellt hierzu auf ihrer Internetseite den Vordruck „AÜG 2 b“ zur Verfügung (www.arbeitsagentur.de). Zur Fristwahrung genügt eine Übersendung der Anzeige per Telefax, wenn anschließend das Schriftstück der Anzeige auf dem Postweg nachgereicht wird. Eine Anzeige per E-Mail ist dagegen nicht ausreichend. Mehrere Beschäftigte können in einer Anzeige zusammengefasst werden, wenn sie demselben Entleiher überlassen werden. Die Bundesagentur für Arbeit hat die örtliche Zuständigkeit für die Entgegennahme und Prüfung der Anzeige einer Arbeitnehmerüberlassung nach § 1a AÜG je nach Betriebssitz des Verleiherbetriebs auf die Agenturen für Arbeit in Düsseldorf, Kiel und Nürnberg festgelegt. Die Anzeigepflicht ist jedoch schon dann erfüllt, wenn die Anzeige bei einer Dienststelle der Bundesagentur für Arbeit vor Beginn der Überlassung eingeht. Das kann jede Dienststelle der Bundesagentur für Arbeit, eine der Regionaldirektion und die Zentrale der Bundesagentur für Arbeit in Nürnberg sein. Für die Wirksamkeit der Anzeige ist es unschädlich, wenn diese versehentlich nicht an die zuständige Agentur für Arbeit in Kiel, Nürnberg oder Düsseldorf, sondern an eine andere Dienststelle übermittelt wird.

Da es sich um eine lediglich anzeigepflichtige Arbeitnehmerüberlassung zwischen Baubetrieben handelt, muss diese nicht von der Bundesagentur für Arbeit genehmigt werden. Fehlt es an der Abgabe einer Anzeige bzw. wird diese Anzeige nicht rechtzeitig vor Beginn der Kollegenhilfe abgegeben, liegt eine Ordnungswidrigkeit des Verleihers vor, die im Einzelfall mit einem Bußgeld von bis zu 2.500 Euro geahndet werden kann.

3. Erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung zwischen Baubetrieben

Baubetriebe haben zudem die Möglichkeit, eine Verleiherlaubnis nach § 1 AÜG zu beantragen, um auch ohne Anzeige Arbeitnehmer in andere Baubetriebe überlassen zu können. Hierdurch haben auch Baubetriebe mit 50 und mehr Beschäftigten die Möglichkeit, Arbeitnehmerüberlassung durchzuführen.

a) Gesetzliche Voraussetzungen

Auch diese erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung ist nur zulässig, wenn sowohl Verleiher als auch Entleiher Baubetriebe sind und der Verleiher seit mindestens drei Jahren von demselben Rahmen- und Sozialkassentarifvertrag erfasst wird. Zudem muss der Verleiher über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügen. Der Vorteil dieser erlaubnispflichtigen Arbeitnehmerüberlassung liegt darin, dass es im Einzelfall einer Anzeige der jeweiligen Arbeitnehmerüberlassung an die Regionaldirektion nicht mehr bedarf. Im Rahmen der AÜG-Reform wurde nunmehr jedoch wieder eine Überlassungshöchstdauer eingeführt, die grundsätzlich 18 Monate beträgt. Nach § 1 Abs. 1b Satz 2 AÜG ist auf die Überlassungshöchstdauer der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher anzurechnen, es sei denn, zwischen den Einsätzen liegen „mehr als drei Monate“. Ist die Überlassungshöchstdauer somit für den konkreten Arbeitnehmer ausgeschöpft, darf er beim selben Entleiher erst wieder drei Monate und einen Tag nach dem letzten dortigen Einsatz als Leiharbeiter tätig werden. Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 bleiben bei der Berücksichtigung der Überlassungshöchstdauer jedoch unberücksichtigt (§ 19 Abs. 2 AÜG).

Will sich ein Baubetrieb von einem Betrieb mit Verleiherlaubnis Arbeitnehmer ausleihen, sollte er sich daher immer mindestens die aktuelle Verleiherlaubnis sowie eine Bescheinigung der SOKA-BAU vorlegen lassen, dass der Verleihbetrieb dort seit mindestens drei Jahren als Baubetrieb erfasst ist. Stellt sich bei einer Betriebsprüfung heraus, dass der Verleiherbetrieb gar kein Baubetrieb ist bzw. nicht seit mindestens drei Jahren unter die Rahmen- und Sozialkassentarifverträge des Bauhauptgewerbes fällt, handelt es sich im Zweifel um eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung, für die sowohl Verleiher als auch Entleiher haften.

Ausländische Baubetriebe mit Sitz in einem Mitgliedsstaat des EWR ist der Verleih in Betriebe des Baugewerbes in Deutschland gestattet, wenn sie nachweislich seit mindestens drei Jahren überwiegend Tätigkeiten ausüben, die unter den fachlichen Geltungsbereich der Rahmen- und Sozialkassentarifverträge des Baugewerbes fallen. Der Nachweis kann durch Vorlage einer Bestätigung der jeweils zuständigen Einzugsstelle für die Sozialkassenbeiträge des Herkunftslandes, ggf. auch durch die Europaabteilung der SOKA-BAU, erfolgen. Betriebe mit Geschäftssitz im EWR sind jedoch nur dann zum Verleih an einen deutschen Baubetrieb berechtigt, wenn sie auch über eine deutsche Verleiherlaubnis verfügen.

b) *Erteilung einer Verleiherlaubnis*

Eine Verleiherlaubnis wird auf Antrag von der für den Betriebssitz des Verleiherbetriebes zuständigen Regionaldirektion erteilt. Die Verleiherlaubnis ist gebührenpflichtig (1.000 Euro für die Erteilung oder Verlängerung einer befristeten Erlaubnis, 2.500 Euro für die Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis).

Auf die Erteilung einer Verleiherlaubnis besteht nach § 2 AÜG ein Rechtsanspruch, es sei denn, es liegt einer der in § 3 AÜG genannten Versagungsgründe vor. Für die Antragstellung soll der von der Bundesagentur für Arbeit zur Verfügung gestellte Vordruck „AÜG 2 a“ verwendet werden. Dem Antragsformular hat der Antragsteller zahlreiche Unterlagen, insbesondere ein polizeiliches Führungszeugnis, eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister bzw. dem Handelsregister, eine Bescheinigung der Krankenkassen über abgeführte Beiträge für die Arbeitnehmer, eine Bescheinigung der Berufsgenossenschaft sowie einen Nachweis über liquide Mittel beizufügen. Die Verleiherlaubnis kann von der Regionaldirektion unter Bedingungen erteilt oder mit Auflagen versehen werden. Sie wird zunächst für ein Jahr erteilt. Der Antrag auf Verlängerung ist spätestens drei Monate vor Ablauf des Jahres zu stellen. Die Erlaubnis verlängert sich um ein weiteres Jahr, wenn die Erlaubnisbehörde die Verlängerung nicht vor Ablauf des Jahres ablehnt. Sie kann schließlich unbefristet erteilt werden, wenn der Verleiher drei aufeinanderfolgende Jahre lang nach § 1 AÜG erlaubt tätig war. Sie er-

licht, wenn der Verleiher von der Erlaubnis drei Jahre lang keinen Gebrauch gemacht hat.

4. Equal-Pay-Grundsatz

Bereits nach bisheriger Rechtslage ist der Verleiher grundsätzlich verpflichtet gewesen, dem verliehenen Arbeitnehmer für die Zeit der Überlassung die im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer geltenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewährleisten (Equal-Pay- bzw. Equal-Treatment-Grundsatz). Von diesem Grundsatz konnte bisher zeitlich unbegrenzt abgewichen werden, soweit ein auf das Arbeitsverhältnis anzuwendender Tarifvertrag abweichende Regelungen traf. In der neuen Regelung des § 8 AÜG wird nun der Grundsatz der Gleichstellung, der bisher auf verschiedene Regelungen im AÜG verteilt war, systematisch zusammengeführt und die Möglichkeit, vom Equal-Pay-Grundsatz durch Tarifvertrag abzuweichen, zukünftig zeitlich begrenzt.

In der Gesetzesbegründung führt der Gesetzgeber aus, dass das Arbeitsentgelt im Sinne des Gesetzes das umfasst, was der Leiharbeiter erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden wäre (vgl. Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Februar 2014 – 5 AZR 1046/12 -). Maßgebend sind daher sämtliche auf den Lohnabrechnungen vergleichbarer Stammarbeitnehmer des Entleihers ausgewiesene Bruttovergütungsbestandteile. Zum Arbeitsentgelt zählt jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird beziehungsweise auf Grund gesetzlicher Entgeltfortzahlungstatbestände gewährt werden muss insbesondere Entgeltfortzahlung, Sonderzahlungen, Zulagen und Zuschläge sowie vermögenswirksame Leistungen (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 19. Februar 2014 – 5 AZR 1046/12-). Darüber hinaus wird in § 8 Abs. 1 Satz 2 AÜG die Vermutung geregelt, dass die Gleichstellung der Leiharbeitskräfte mit den vergleichbaren Stammarbeitnehmern im Betrieb des Entleihers hinsichtlich des Arbeitsentgelts dann gegeben sein soll, sofern der Leiharbeitskraft das im Einsatzbetrieb einer vergleichbaren Stammarbeitskraft geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt gewährt wird.

C Rechtsfolgen bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung

Die Einhaltung der Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes wird sowohl durch die Bundesagentur für Arbeit als auch durch die Zollbehörden (Finanzkontrolle Schwarzarbeit) überprüft.

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz sieht zahlreiche Straf- und Bußgeldvorschriften bei Verstößen vor. Ordnungswidrig handelt z.B. derjenige, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen dem Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe nach § 1 b AÜG Arbeitnehmer überlässt oder tätig werden lässt. Beide Ordnungswidrigkeiten können mit einer Geldbuße von bis zu 30.000 Euro geahndet werden.

Lässt der Entleiher einen ihm überlassenen ausländischen Leiharbeiter tätig werden, der einen erforderlichen Aufenthaltstitel, eine Aufenthaltsgestattung oder eine Duldung, die zur Ausübung der Beschäftigung berechtigen, nicht besitzt, kann dies mit einer Geldbuße von bis zu 500.000 Euro geahndet werden. Wer als Entleiher ausländische Leiharbeiter ohne die erforderlichen Genehmigungen tätig werden lässt, kann sogar mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bestraft werden, wenn die Arbeitsbedingungen des Leiharbeitsverhältnisses in einem auffälligen Missverhältnis zu den Arbeitsbedingungen deutscher Leiharbeiter stehen.