

Personaldienstleistungen

Handbuch

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Martin J. Reufels, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bearbeitet von Dr. Thorsten Leisbrock, Dipl.Kfm., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Dr. Holger Lüders, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Dr. Ute Sanson, Richterin am Sozialgericht, und Markus Schmülling, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Die Durchsuchung darf grundsätzlich **nur auf Grund einer richterlichen Anordnung** 445 erfolgen. Für deren Erlass ist der Richter desjenigen Amtsgerichts zuständig, in dessen Bezirk die Durchsuchung stattfinden soll.¹⁰⁵⁰ Die Anordnung der Durchsuchung kann sich nicht nur auf die Geschäftsräume, sondern **auch auf die Wohnräume** des Verleihers beziehen.¹⁰⁵¹ Ferner ist die **Durchsuchung nicht** wie die Nachschau **auf die üblichen Geschäftszeiten beschränkt**; sie kann sogar zur Nachtzeit vorgenommen werden (§ 104 StPO analog). Allerdings werden bei einem derart schwerwiegenden Grundrechtseingriff besondere hohe Anforderungen an die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gestellt, die nur in Ausnahmefällen erfüllt sein dürften.¹⁰⁵²

Der Verleiher kann die richterliche Anordnung der Durchsuchung anfechten. Insoweit 446 verweist § 7 Abs. 4 S. 2 AÜG auf die §§ 304 bis 310 StPO.

bb) Durchsuchung bei Gefahr im Verzug

Bei Gefahr im Verzug kann gem. **§ 7 Abs. 4 S. 3 AÜG** eine Durchsuchung beim Verleiher 447 ausnahmsweise **auch ohne richterliche Anordnung** vorgenommen werden. Gefahr im Verzug besteht, wenn die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den **Zweck der Durchsuchung gefährden** würde.¹⁰⁵³ Dies ist dann anzunehmen, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Verleiher bis zur Anordnung der Durchsuchung Unterlagen beseitigen, verfälschen oder wegschaffen wird.¹⁰⁵⁴ Das Durchsuchungsrecht bei Gefahr im Verzug erstreckt sich auf die **Wohn- und Geschäftsräume des Verleihers**. Es ist allerdings nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Vorschrift **auf die Geschäftszeit beschränkt**. Dabei ist auf die üblichen Geschäftszeiten der Verleiherbranche und nicht auf die konkreten Geschäftszeiten des betroffenen Verleihers abzustellen.¹⁰⁵⁵ Hält der Verleiher die nach § 7 Abs. 4 S. 3 AÜG erfolgte Durchsuchung für rechtswidrig, kann er beim Sozialgericht unter Darlegung eines entsprechenden Feststellungsinteresses eine Feststellungsklage gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG erheben. Soweit die Anordnung der Durchsuchung und ihre Durchführung einen Verwaltungsakt darstellen, ist eine Überprüfung im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 131 Abs. 1 S. 3 SGG analog) möglich.

cc) Niederschrift

Bei jeder Durchsuchung muss gem. § 7 Abs. 4 S. 4 AÜG eine Niederschrift über die 448 **Durchsuchung** und ihr **wesentliches Ergebnis** aufgenommen werden. In ihr sind zumindest Ort und Zeit der Durchsuchung, sämtliche anwesenden Personen, Gegenstand und Grund der Durchsuchung sowie deren wesentliches Ergebnis festzuhalten.¹⁰⁵⁶ Im Falle einer Durchsuchung ohne richterliche Anordnung müssen sich aus der Niederschrift auch die Tatsachen ergeben, die zur Annahme einer Gefahr im Verzug geführt haben. Die Niederschrift ist **an Ort und Stelle** durch einen Beauftragten der Bundesagentur für Arbeit anzufertigen und zu unterschreiben. Eine nachträgliche Anfertigung in den Diensträumen der Behörde genügt nicht.¹⁰⁵⁷ Nach einer Anweisung der Bundesagentur ist dem Verleiher auf Wunsch eine Abschrift auszuhändigen.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁰ HWK/Kalb AÜG § 7 Rn. 19; Ulrici, AÜG, § 7 Rn. 28.

¹⁰⁵¹ Urban-Crell/Germakowski, AÜG, § 7 Rn. 11.

¹⁰⁵² Sandmann/Marschall/Schneider, AÜG, Art. 1 § 7 Rn. 28; ErfK/Wank AÜG § 7 Rn. 16; Schüren/Schüren, AÜG, § 7 Rn. 58.

¹⁰⁵³ BVerwG 12.12.1967 – I C 112.64, DVBl. 1968, 752.

¹⁰⁵⁴ Thüsing/Thüsing, AÜG, § 7 Rn. 36; Ulber, AÜG, § 7 Rn. 28; HWK/Kalb AÜG § 7 Rn. 21; Ulrici, AÜG, § 7 Rn. 29.

¹⁰⁵⁵ Sandmann/Marschall/Schneider, AÜG, Art. 1 § 7 Rn. 30; Thüsing/Thüsing, AÜG, § 7 Rn. 37; Schüren/Schüren, AÜG, § 7 Rn. 63.

¹⁰⁵⁶ ErfK/Wank AÜG § 7 Rn. 18; Schüren/Schüren, AÜG, § 7 Rn. 65.

¹⁰⁵⁷ Boemke/Lembke, AÜG, § 7 Rn. 49; Ulber, AÜG, § 7 Rn. 29; Thüsing/Thüsing, AÜG, § 7 Rn. 39.

¹⁰⁵⁸ Sandmann/Marschall/Schneider, AÜG, Art. 1 § 7 Rn. 34; Schüren/Schüren, AÜG, § 7 Rn. 66.

e) Pflicht zu statistischen Meldungen

- 449–453 Um der Bundesagentur für Arbeit eine zuverlässige Arbeitsmarktbeobachtung im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung zu ermöglichen,¹⁰⁵⁹ wurden dem Verleiher mit **§ 8 AÜG aF** umfangreiche statistische Meldepflichten auferlegt. Diese Regelung wurde durch die Novellierung zum 1.4.2017 gestrichen. Zukünftig wird die statistische Berichterstattung in die Beschäftigungsstatistik der BA integriert und die Auskunftserteilung erfolgt bereits durch die DEÜV-Meldungen der Arbeitgeber.¹⁰⁶⁰

13. Rechtsweg

a) Zuständigkeit der Sozialgerichte

- 454 Für Streitigkeiten, die sich auf die Erteilung oder Versagung der gewerberechtl. Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung beziehen, ist der **Rechtsweg** zu den Sozialgerichten eröffnet. Dies ergibt sich aus § 51 Abs. 1 Nr. 4 SGG, wonach die Sozialgerichte für **öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der Arbeitsförderung** einschließlich der sonstigen Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit zuständig sind. Mit den „sonstigen Aufgaben der Bundesagentur für Arbeit“ werden öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten derjenigen Rechtsgebiete erfasst, deren Vollzug durch Gesetz, Verordnung, internationale Abkommen oder hierauf beruhende Vorschriften der Bundesagentur als Aufgabe zugewiesen ist.¹⁰⁶¹ § 17 S. 1 AÜG überträgt der Bundesagentur für Arbeit die Durchführung des AÜG. Aus dieser Aufgabenübertragung folgt somit, dass für Entscheidungen über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten aus dem AÜG die Sozialgerichte zuständig sind.¹⁰⁶²

b) Widerspruchsverfahren

- 455 **Gegen die Versagung der Erlaubnis** oder der **Verlängerung** der Erlaubnis oder gegen eine **Erteilung unter Auflagen** oder **Bedingungen** kann der Antragsteller zunächst beim Antragsgegner Widerspruch einlegen. Gleiches gilt bei einer **Aufhebung** der Erlaubnis durch **Rücknahme** oder **Widerruf**. Die Durchführung des Widerspruchsverfahrens ist notwendige Voraussetzung für eine Klage beim Sozialgericht (§ 78 SGG). Für das Vorverfahren gelten die **§§ 78 ff. SGG**. Danach muss der Widerspruch binnen eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsakts bei der jeweiligen **Regionaldirektion** eingereicht werden (§ 84 Abs. 1 S. 1 SGG). Über den Widerspruch entscheidet die Geschäftsführung oder der Leiter der Dienststelle, die den Verwaltungsakt erlassen hat (§ 85 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGG iVm dem Beschluss des BA-Vorstands¹⁰⁶³). Dabei werden Recht- und Zweckmäßigkeit der Entscheidung überprüft (§ 78 Abs. 1 S. 1 SGG). Der Widerspruch gegen die Aufhebung oder Nichtverlängerung einer Verleiherlaubnis hat gem. § 86a Abs. 4 SGG keine aufschiebende Wirkung. Auf Antrag kann jedoch die Vollziehung ausgesetzt werden (§ 86a Abs. 4 S. 2 iVm § 86a Abs. 3 SGG).

c) Sozialgerichtliches Verfahren

- 456 Nach erfolgloser Durchführung des Widerspruchsverfahrens kann der Verleiher **gegen den Widerspruchsbescheid Klage beim zuständigen Sozialgericht** erheben. Dabei richtet sich die Klageart nach dem jeweiligen Rechtsschutzbegehren.

¹⁰⁵⁹ Urban-Crell/*Gemakowski*, AÜG, § 8 Rn. 1.

¹⁰⁶⁰ *Lembke* NZA 2017, 1 (6).

¹⁰⁶¹ BSG 16.2.1983 – 7 RAr 90/81, NVwZ 1984, 62.

¹⁰⁶² BT-Drs. VI/2303, 16.

¹⁰⁶³ Vgl. Meyer-Ladewig/Keller/*Leitherer*, SGG, § 85 Rn. 3e.

Gegen eine Versagung der Erlaubnis kann der Antragsteller **innerhalb eines Monats** 457 **nach Zustellung** des Widerspruchsbescheids Verpflichtungsklage nach § 54 Abs. 1 SGG auf Erteilung der Erlaubnis oder auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Antrag auf Erlaubniserteilung erheben. Entsprechendes gilt, wenn der Antrag des Verleihers auf Verlängerung seiner Erlaubnis abgelehnt wurde.

Wurde die **Erlaubnis unter Nebenbestimmungen** erteilt und möchte der Antrags- 458 gegner gegen diese vorgehen, ist zu unterscheiden: Bedingungen, Befristungen und Widerrufsvorbehalte können nach überwiegender Auffassung als **unselbständige Nebenbestimmungen nur mit der Verpflichtungsklage** angegriffen werden.¹⁰⁶⁴ Diese richtet sich auf eine Erteilung der Erlaubnis ohne entsprechende Nebenbestimmung. Da Auflagen demgegenüber als selbständige und folglich **abtrennbare Teile** der Erlaubnis gelten, kann gegen diese auch **isoliert vorgegangen** werden. Der Verleiher hat in diesem Fall die Möglichkeit, je nach Art der Auflage eine **Anfechtungsklage**, gerichtet auf Aufhebung der Auflagen, oder eine Verpflichtungsklage, gerichtet auf Erteilung der Erlaubnis ohne oder mit abgeänderter Auflage, zu erheben.¹⁰⁶⁵

Rücknahme und **Widerruf** der Überlassungserlaubnis stellen belastende Verwaltungs- 459 akte dar, gegen die nach Durchführung des Widerspruchsverfahrens die **Anfechtungsklage** statthaft ist. Wie der Widerspruch hat nach § 86a Abs. 4 SGG auch die Klage gegen die Aufhebung der Erlaubnis keine aufschiebende Wirkung. Der Vollzug der Rücknahme bzw. des Widerrufs kann aber auf Antrag ausgesetzt werden (§ 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG).

14. Tatbestände der illegalen Arbeitnehmerüberlassung

Verfügt der Verleiher **nicht** oder nicht mehr über die nach § 1 AÜG **erforderliche Er-** 460 **laubnis** und greift keiner der gesetzlichen Ausnahmetatbestände ein, liegt eine illegale (unerlaubte) Arbeitnehmerüberlassung vor. Der Tatbestand der illegalen Arbeitnehmerüberlassung ist unabhängig davon erfüllt, ob die Erlaubnis von Anfang an fehlte oder erst zu einem späteren Zeitpunkt, zB durch Rücknahme, Widerruf oder Fristablauf weggefallen ist.¹⁰⁶⁶

An das Fehlen der erforderlichen Erlaubnis sind **gravierende Rechtsfolgen** geknüpft. 461 So bestimmt § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG, dass in diesem Fall sowohl der **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag** zwischen dem Verleiher und dem Entleiher, **als auch** der **Leiharbeitsvertrag** zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer **unwirksam** ist.¹⁰⁶⁷ Nach Einführung der Festhaltungserklärung durch § 9 Abs. 1 Nr. 2. Hs. AÜG gilt dies jedoch nur, wenn ein entsprechender Widerspruch des Leiharbeitnehmers nicht erfolgt ist. Die Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags hat ihrerseits gem. § 10 Abs. 1 AÜG zur Folge, dass zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer ein **Arbeitsverhältnis fingiert** wird. Diese Fiktion dient dem Schutz des Arbeitnehmers im Fall der illegalen Arbeitnehmerüberlassung, um diesen nicht schutzlos zu stellen und zumindest Ansprüche gegen den Entleiher zu begründen¹⁰⁶⁸.

Auf eine Kenntnis des Entleihers und des Leiharbeitnehmers vom Fehlen oder späteren 462 Wegfall der Erlaubnis kommt es für das Eintreten der Unwirksamkeit nicht an.¹⁰⁶⁹ Allerdings ist der Verleiher gem. §§ 11 Abs. 1 Nr. 1, 12 Abs. 1 AÜG dazu verpflichtet, sowohl

¹⁰⁶⁴ Schüren/Schüren, AÜG, § 2 Rn. 125f.; Urban-Crell/Germakowski, AÜG, § 2 Rn. 68; Ulber, AÜG, § 2 Rn. 37; Boenke/Lembke, AÜG, § 2 Rn. 50.

¹⁰⁶⁵ Schüren/Schüren, AÜG, § 2 Rn. 52ff.; Sandmann/Marschall/Schneider, AÜG, Art. 1 § 2 Rn. 19; Urban-Crell/Germakowski, AÜG, § 2 Rn. 68.

¹⁰⁶⁶ Boenke/Lembke, AÜG, § 9 Rn. 46; HWK/Gotthardt/Roloff AÜG § 9 Rn. 4.

¹⁰⁶⁷ BAG 18.1.2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455.

¹⁰⁶⁸ BAG 18.1.2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455.

¹⁰⁶⁹ ErfK/Wank AÜG § 9 Rn. 3; Sandmann/Marschall/Schneider, AÜG, Art. 1 § 9 Rn. 19.

den Leiharbeiternehmer als auch den Entleiher über das Bestehen einer Erlaubnis und gem. §§ 11 Abs. 3, 12 Abs. 2 AÜG über deren **Wegfall zu unterrichten**.

- 463 Die Unwirksamkeit der Vertragsverhältnisse tritt mit dem Wegfall der Erlaubnis und nicht rückwirkend ein. Nicht ausreichend ist daher, dass die Voraussetzungen für eine Versagung oder einen Widerruf der Erlaubnis nach § 3 AÜG vorliegen. Vielmehr greift **§ 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG nur ein, wenn die Erlaubnis tatsächlich nicht (mehr) besteht**.¹⁰⁷⁰ In den Fällen der Rücknahme, des Widerrufs und der Nichtverlängerung der Erlaubnis ist zudem zu beachten, dass die Erlaubnis während einer Abwicklungsfrist von längstens 12 Monaten als fortbestehend gilt. Auf die in diesem Zeitraum abgewickelten Verträge erstreckt sich die Unwirksamkeitsfolge des § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG folglich nicht.¹⁰⁷¹ Da die Verleiherlaubnis im Zeitpunkt der Überlassung der Arbeitnehmer vorliegen muss, führt die nachträgliche Erteilung einer Erlaubnis an einen ohne Erlaubnis tätigen Verleiher nicht zu einer **rückwirkenden Heilung** der laufenden Leiharbeitsverhältnisse und Überlassungsverträge.¹⁰⁷² Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit tritt allerdings nicht schon aufgrund der Vereinbarungen der Beteiligten über eine beabsichtigte Überlassung des Arbeitnehmers an einen Entleiher ein, sondern erst mit der tatsächlichen Überlassung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung an einen Entleiher.¹⁰⁷³
- 464 Die illegale Arbeitnehmerüberlassung ist in **verschiedenen Formen** denkbar: Bereits in der vorangegangenen Fassung des AÜG wurde der auch in der neuen Fassung in § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG dargestellte Fall genannt, dass offen Arbeitnehmer an Entleiher überlassen werden, **ohne** dass eine **Verleiherlaubnis** vorhanden ist („offene illegale Arbeitnehmerüberlassung“). Dieser Fall ist eher selten, kann aber auftreten, wenn sich die Beteiligten über das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit irren oder fälschlich eine nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG erlaubte konzerninterne Überlassung annehmen.¹⁰⁷⁴ Auch die Konstellation, dass Verleiher und Entleiher **unter dem Deckmantel eines Werk- oder Dienstvertrags** illegale Arbeitnehmerüberlassung betreiben, wurde bereits vor der Novellierung vom Gesetz erfasst. Diese sogenannte verdeckte illegale Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- oder Scheinwerkverträgen kommt in der Praxis wesentlich häufiger vor.¹⁰⁷⁵ Zur Eindämmung dessen wurden durch die neuste Reform im Jahre 2017 weitere Anforderungen an die Arbeitnehmerüberlassung gestellt, bei deren Missachtung nun auch die Unwirksamkeit gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1a und 1b AÜG entsteht.¹⁰⁷⁶ Somit sind inzwischen Verträge schon immer dann unwirksam, wenn sie die Arbeitnehmerüberlassung nicht ausdrücklich als solche bezeichnen oder die Höchstüberlassungsdauer aus § 1 Abs. 1b AÜG überschritten wird.

III. Durchführung der Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Leiharbeiternehmer

- 465 Zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiternehmer besteht ein **Arbeitsverhältnis** (Leiharbeitsverhältnis). Die Besonderheit dieses Arbeitsverhältnisses liegt darin, dass der Arbeitnehmer seine **Arbeitsleistung** regelmäßig zumindest überwiegend nicht bei dem Vertragsarbeitgeber, sondern **bei Dritten** zu erbringen hat. Dem Entleiher wird die Befugnis eingeräumt, den Leiharbeiternehmer in seinem Betrieb nach eigenen Weisungen einzusetzen. Die Arbeitgeberbefugnisse und -verpflichtungen, insbesondere das Weisungs-

¹⁰⁷⁰ Schüren/Schüren, AÜG, § 9 Rn. 20; ErfK/Wank AÜG § 9 Rn. 4.

¹⁰⁷¹ HWK/Gotthardt/Roloff AÜG § 9 Rn. 4; Boemke/Lembke, AÜG, § 9 Rn. 46.

¹⁰⁷² Urban-Crell/Schulz Rn. 765; Schüren/Schüren, AÜG, § 9 Rn. 24.

¹⁰⁷³ BAG 20.1.2016 – 7 AZR 535/13, ArbRAktuell 2016, 322.

¹⁰⁷⁴ Schüren/Schüren, AÜG, § 10 Rn. 20.

¹⁰⁷⁵ Schüren/Schüren, AÜG, § 10 Rn. 21, 25; Urban-Crell/Hurst/Germakowski, AÜG, § 10 Rn. 4.

¹⁰⁷⁶ Vgl. → Rn. 161 f.

recht sowie die Schutz- und Fürsorgepflichten des Arbeitgebers sind damit zwischen Verleiher und Entleiher aufgespalten.

1. Abschluss des Arbeitsvertrags

Der Leiharbeitsvertrag ist ein allein zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer geschlossener Vertrag. Dogmatisch wird er meist als echter¹⁰⁷⁷ oder unechter¹⁰⁷⁸ Vertrag zugunsten Dritter eingeordnet. In der **Praxis** hat die **unterschiedliche Einordnung jedoch keine Bedeutung**.¹⁰⁷⁹ Der Leiharbeitsvertrag wird nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften begründet. In mittlerweile jedem Fall der Arbeitnehmerüberlassung und nicht mehr nur im Fall der Gewerbsmäßigkeit¹⁰⁸⁰ sind bei Abschluss des Leiharbeitsvertrags allerdings die Vorgaben des § 11 AÜG zu beachten.

a) Form des Leiharbeitsvertrags

§ 11 Abs. 1 AÜG schreibt für den Leiharbeitsvertrag **keine Schriftform** vor.¹⁰⁸¹ Anders als der Überlassungsvertrag kann der Leiharbeitsvertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer daher schriftlich oder mündlich geschlossen werden. Eine vereinbarte Befristungsabrede bedarf allerdings der Schriftform (§ 14 Abs. 4 TzBfG). Zudem gelten gem. § 11 Abs. 1 S. 1 AÜG für das Leiharbeitsverhältnis die **Bestimmungen des Nachweisgesetzes (NachwG)**, wonach der Arbeitgeber zur schriftlichen Niederlegung der wesentlichen Vertragsbedingungen verpflichtet ist. Der sich hieraus ergebenden Nachweispflicht kann der Verleiher auf zwei Wegen nachkommen: **entweder** schließt er gem. § 2 Abs. 4 NachwG einen **schriftlichen Arbeitsvertrag**, der alle erforderlichen Angaben enthält, oder er legt die **notwendigen Angaben in einem separaten Dokument** nieder, welches der Leiharbeitnehmer spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses erhalten muss.¹⁰⁸² In beiden Fällen ist der Verleiher gem. § 2 Abs. 1 S. 1 NachwG verpflichtet, den Nachweis der Arbeitsbedingungen zu unterzeichnen. Hierfür ist eine **Originalunterschrift** erforderlich.¹⁰⁸³ Bei einer Änderung der Arbeitsbedingungen, welche die erforderlichen Angaben berührt, hat der Arbeitgeber nach § 3 S. 1 NachwG dem Arbeitnehmer innerhalb eines Monats einen schriftlichen Nachtrag zum Nachweis zu übergeben.

Ein **Verstoß** gegen die Pflicht, den wesentlichen Inhalt des Leiharbeitsverhältnisses schriftlich niederzulegen, führt **nicht zur Nichtigkeit des Leiharbeitsvertrags**. Als Ordnungswidrigkeit kann die Verletzung der Nachweispflicht aber mit einer zum 1.12. 2011 auf bis zu 1.000 EUR angehobenen **Geldbuße** geahndet werden (§ 16 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 AÜG). Daneben kann sie die Unzuverlässigkeit des Verleihers indizieren und damit zur Nichtverlängerung oder zum Widerruf der Erlaubnis führen. Schließlich läuft der Verleiher bei einer Nichteinhaltung der Nachweispflichten Gefahr, vom Arbeitnehmer auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden.¹⁰⁸⁴

¹⁰⁷⁷ Schüren/Schüren, AÜG, Einl. Rn. 168; ErfK/Wank AÜG Einl. Rn. 33.

¹⁰⁷⁸ Thüsing/Thüsing, AÜG, Einf. Rn. 35; Urban-Crell/Schulz Rn. 5.

¹⁰⁷⁹ Urban-Crell/Germakowski/Bissels, AÜG, § 1 Rn. 25.

¹⁰⁸⁰ ErfK/Wank AÜG § 11 Rn. 1.

¹⁰⁸¹ Ulber, AÜG, § 11 Rn. 14; Schüren/Schüren, AÜG, § 11 Rn. 26; ErfK/Wank AÜG § 11 Rn. 2; Urban-Crell/Germakowski/Bissels, AÜG, § 11 Rn. 2; Thüsing/Mengel, AÜG, § 11 Rn. 5.

¹⁰⁸² Thüsing/Mengel, AÜG, § 11 Rn. 5; ErfK/Wank AÜG § 11 Rn. 2; MHdB ArbR/Richardi/Buchner § 32 Rn. 30; Urban-Crell/Germakowski/Bissels, AÜG, § 11 Rn. 3.

¹⁰⁸³ Urban-Crell/Germakowski/Bissels, AÜG, § 11 Rn. 4; Ulrici, AÜG, § 11 Rn. 18.

¹⁰⁸⁴ Thüsing/Mengel, AÜG, § 11 Rn. 31; Ulrici, AÜG, § 11 Rn. 49.

b) Pflichtangaben

469 Die vom Verleiher zu erstellende Niederschrift der wesentlichen Vertragsbedingungen muss einen **bestimmten Mindestinhalt** aufweisen. § 11 Abs. 1 S. 1 AÜG verweist insofern auf den Katalog des § 2 Abs. 1 S. 2 NachwG, der durch § 11 Abs. 1 S. 2 AÜG ergänzt wird. Es handelt sich hierbei lediglich um Mindestangaben, so dass Vereinbarungen, die zum wesentlichen Inhalt des Leiharbeitsvertrags gehören, ohne im Katalog des § 2 Abs. 1 S. 2 NachwG oder in § 11 Abs. 1 S. 2 AÜG genannt zu sein, ebenfalls in den schriftlichen Nachweis aufzunehmen sind.¹⁰⁸⁵

aa) Nachweispflichten nach dem Nachweisgesetz

470 Nach § 11 Abs. 1 S. 1 AÜG iVm § 2 Abs. 1 NachwG muss die Niederschrift der Arbeitsbedingungen mindestens die folgenden Angaben enthalten. Hierzu sei klarstellend angefügt, dass sich die Nachweispflicht allein auf die Arbeitsbedingungen mit dem Verleiher als alleinigem Vertragsarbeitgeber des Leiharbeitnehmers bezieht. Darüber hinaus ergibt sich weder aus dem NachwG, noch dem AÜG eine unmittelbare Pflicht des Verleihers, die **wesentlichen Arbeitsbedingungen des Entleiherbetriebs** nachzuweisen.¹⁰⁸⁶ Das AÜG unterscheidet insoweit ausdrücklich zwischen „Vertragsbedingungen“, die das Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Verleiher betreffen, und „Arbeitsbedingungen“, die in der Rechtsbeziehung zwischen Entleiher und seinen Stammarbeitnehmern gelten.¹⁰⁸⁷

471 Zur **Individualisierung der Vertragspartner** verlangt § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 NachwG zunächst die Angabe von Namen und Anschrift der Vertragsparteien. Natürliche Personen müssen mit Vor- und Nachnamen genannt werden.¹⁰⁸⁸ Wegen der besonderen Anforderungen an die Beschäftigung ausländischer Leiharbeitnehmer wird empfohlen, auch die Staatsangehörigkeit des Leiharbeitnehmers anzugeben.¹⁰⁸⁹

472 Gem. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 NachwG ist der **Zeitpunkt des Beginns** des Arbeitsverhältnisses in die Niederschrift aufzunehmen. Maßgeblich ist dabei weder der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch der der tatsächlichen Arbeitsaufnahme, sondern der Beginn der Vertragslaufzeit, also der **vereinbarte Vertragsbeginn**.¹⁰⁹⁰

473 Bei **befristeten Leiharbeitsverhältnissen** muss gem. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 NachwG die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses angegeben werden. Dieser Vorschrift kommt angesichts des in § 14 Abs. 4 TzBfG vorgeschriebenen Schriftformerfordernisses keine eigenständige Bedeutung zu.¹⁰⁹¹ Anzugeben ist nur die Befristungsdauer, nicht auch der Befristungsgrund.¹⁰⁹²

474 § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 NachwG schreibt die **Angabe des Arbeitsortes** vor. Hier ist zunächst der Sitz oder die Niederlassung des Verleihers zu nennen.¹⁰⁹³ Zugleich ist in der Niederschrift oder dem Vertrag darauf **hinzuweisen**, dass der Arbeitnehmer für Zeiten des **Einsatzes bei Entleihern an verschiedenen Orten** beschäftigt werden kann.¹⁰⁹⁴ Soll der Leiharbeitnehmer nicht nur bei Entleihern am Ort des Verleihunternehmens tätig werden, muss die **Verpflichtung zur Erbringung auswärtiger Arbeitsleistungen** ver-

¹⁰⁸⁵ EuGH 8.2.2001 – C-350/99, AP NachwG § 2 Nr. 4; *Ulber*, AÜG, § 11 Rn. 12; *Boenke/Lembke*, AÜG, § 11 Rn. 45; *Schüren/Schüren*, AÜG, § 11 Rn. 29; *Thüsing/Mengel*, AÜG, § 11 Rn. 7.

¹⁰⁸⁶ BAG 25.3.2015 – 5 AZR 368/13, NZA 2015, 877.

¹⁰⁸⁷ BAG 25.3.2015 – 5 AZR 368/13, NZA 2015, 877.

¹⁰⁸⁸ *Sandmann/Marschall/Schneider*, AÜG, Art. 1 § 11 Rn. 7; *Ulrici*, AÜG, § 11 Rn. 21.

¹⁰⁸⁹ *Boenke/Lembke*, AÜG, § 11 Rn. 48; *KasselerHdb/Düwell* Kap. 4.5 Rn. 332; *Schüren/Schüren*, AÜG, § 11 Rn. 32.

¹⁰⁹⁰ *Thüsing/Mengel*, AÜG, § 11 Rn. 9; *Schüren/Schüren*, AÜG, § 11 Rn. 33; *ErfK/Preis* NachwG § 2 Rn. 12; *Ulber*, AÜG, § 11 Rn. 22; *aA ErfK/Wank* AÜG § 11 Rn. 4 (Vertragsabschluss); *Becker/Wulfgramm*, AÜG, § 11 Rn. 13; *KasselerHdb/Düwell* Kap. 4.5 Rn. 334 (Arbeitsaufnahme).

¹⁰⁹¹ *Schüren/Schüren*, AÜG, § 11 Rn. 34.

¹⁰⁹² *ErfK/Preis* NachwG § 2 Rn. 13.

¹⁰⁹³ *Thüsing/Mengel*, AÜG, § 11 Rn. 11.

¹⁰⁹⁴ *ErfK/Wank* AÜG § 11 Rn. 4; *Ulrici*, AÜG, § 11 Rn. 23.

traglich vereinbart und schriftlich fixiert werden. Eine auswärtige Arbeitsleistung wird grundsätzlich angenommen, wenn der Leistungsort außerhalb des eigentlichen Arbeitsorts liegt.¹⁰⁹⁵ Neben dem **räumlichen Einsatzgebiet** sind auch die **Sonderregelungen** für den auswärtigen Einsatz wie zB Ansprüche des Arbeitnehmers auf Fahrtkostenerstattung oder Wegezeitvergütung festzulegen.¹⁰⁹⁶ Bei Einsätzen im Ausland sollte neben den möglichen Einsatzstaaten und den Sonderregelungen aus Gründen der Rechtssicherheit auch die Wahl des anwendbaren Rechts niedergeschrieben werden.¹⁰⁹⁷

Gem. § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 NachwG muss die Niederschrift eine **kurze Charakterisierung** oder Beschreibung der vom Arbeitnehmer **zu leistenden Tätigkeit** enthalten. Dies kann entweder durch die Angabe einer bestimmten Tätigkeit oder durch eine fachliche Umschreibung erfolgen, wobei auch etwaige Nebenarbeiten aufzunehmen sind.¹⁰⁹⁸ Nach dem Urteil des EuGH vom 4.12.1997¹⁰⁹⁹ dürfte die bisher übliche Angabe eines Berufsbildes allein nicht mehr ausreichen; vielmehr bedarf es einer Konkretisierung der auszuübenden Tätigkeit unter Einbeziehung der dafür nötigen Qualifikationen.¹¹⁰⁰ Die Tätigkeitsbeschreibung muss erkennen lassen, dass der **Leiharbeitnehmer in wechselnden Betrieben eingesetzt** wird.¹¹⁰¹ Soll der Arbeitnehmer nicht nur bei Entleiher, sondern auch im Unternehmen des Verleihers eingesetzt werden, bedarf dies einer schriftlichen Vereinbarung.¹¹⁰² Auch wenn dem Leiharbeitnehmer einseitig vorübergehend andere Arbeiten zugewiesen werden sollen, muss dies in einer entsprechenden Versetzungsklausel vorgesehen werden.¹¹⁰³

§ 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 NachwG verlangt die Angabe der **Zusammensetzung und Höhe des Arbeitsentgelts** einschließlich der Zuschläge, Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts und deren Fälligkeit. Erforderlich ist die genaue Angabe der Arbeitsvergütung mitsamt ihrer Bemessungsfaktoren und der Lohnnebenleistungen.¹¹⁰⁴ In der Niederschrift oder dem schriftlichen Arbeitsvertrag sind demnach die Grundvergütung (Monatsgehalt, Stundenlohn) sowie alle etwaigen Zusatzvergütungen (zB Zuschläge, Provisionen, Prämien, Tantiemen) und Lohnnebenleistungen mit Entgeltcharakter (wie zB betriebliche Altersversorgung, Weihnachtsgeld und Urlaubsgeld) zu nennen.¹¹⁰⁵ Auch zu **Zahlungszeiträumen und Zahlungsterminen** sind Angaben zu machen. Etwaige Freiwilligkeits- oder Widerrufsvorbehalte hinsichtlich freiwilliger Leistungen sind nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zwingend anzugeben; ihre Aufnahme in die Niederschrift ist jedoch aus Beweisgründen zu empfehlen.¹¹⁰⁶ Soweit ein Tarifvertrag gilt, genügt gem. § 2 Abs. 3 S. 1 NachwG der Verweis auf die tarifliche Regelung.

Besondere Schwierigkeiten hinsichtlich des Nachweises des Arbeitsentgeltes bestehen bei der Leiharbeit aufgrund des **Grundsatzes der Gleichstellung** (§ 8 Abs. 1 AÜG). Soweit keine tariflichen Vorschriften gelten, hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer während des Einsatzes bei einem Entleiher grundsätzlich die bei diesem für vergleichbare Arbeitnehmer geltenden Arbeitsbedingungen zu gewähren. Dadurch **ändert sich bei jedem Wechsel** des Entleihers das vom Verleiher zu zahlende **Mindestentgelt**, so dass der Verleiher bei Vertragsschluss Höhe und Zusammensetzung des Entgelts für Verleihzei-

¹⁰⁹⁵ Sandmann/Marschall/Schneider, AÜG, Art. 1 § 11 Rn. 9.

¹⁰⁹⁶ Ulber, AÜG, § 11 Rn. 29; Thüsing/Mengel, AÜG, § 11 Rn. 11.

¹⁰⁹⁷ Schüren/Schüren, AÜG, § 11 Rn. 38; ErfK/Wank AÜG § 11 Rn. 4.

¹⁰⁹⁸ ErfK/Wank AÜG § 11 Rn. 5.

¹⁰⁹⁹ EuGH 4.12.1997 – C-253/96, AP NachwG § 2 Nr. 2.

¹¹⁰⁰ Schüren/Schüren, AÜG, § 11 Rn. 39; Ulber, AÜG, § 11 Rn. 31; Boemke/Lembke, AÜG, § 11 Rn. 52.

¹¹⁰¹ Sandmann/Marschall/Schneider, AÜG, Art. 1 § 11 Rn. 9.

¹¹⁰² ErfK/Wank AÜG § 11 Rn. 5; KasselerHdb/Diüwell Kap. 4,5 Rn. 333.

¹¹⁰³ Thüsing/Mengel, AÜG, § 11 Rn. 14; Schüren/Schüren, AÜG, § 11 Rn. 40.

¹¹⁰⁴ Schüren/Schüren, AÜG, § 11 Rn. 41.

¹¹⁰⁵ ErfK/Preis NachwG § 2 Rn. 17.

¹¹⁰⁶ Schüren/Schüren, AÜG, § 11 Rn. 43; Thüsing/Mengel, AÜG, § 11 Rn. 15a.

ten kaum konkret wird angeben können.¹¹⁰⁷ Sofern bereits bekannt, muss jedoch zumindest das bei der ersten Überlassung zu zahlende Entgelt mitgeteilt werden.¹¹⁰⁸ Die Angaben müssen dann bei Änderungen durch neue Überlassungen jeweils aktualisiert werden.¹¹⁰⁹ Gilt der Grundsatz der Gleichstellung nicht, weil die Parteien tarifgebunden sind oder weil der Arbeitsvertrag auf einen Leiharbeitsvertrag Bezug nimmt, muss im Hinblick auf § 2 Abs. 1 Nr. 6 NachwG auf die entsprechende **Regelung im Tarifvertrag** hingewiesen werden.

- 478 Nach § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 NachwG ist des Weiteren die **vereinbarte Arbeitszeit** anzugeben. Durch diese Angabe soll verhindert werden, dass der Verleiher die durch § 11 Abs. 4 S. 2 AÜG festgeschriebene Unabdingbarkeit von § 615 BGB durch eine Reduzierung der Arbeitszeiten umgeht.¹¹¹⁰ In jedem Fall ist nach der Vorschrift die Dauer der Arbeitszeit anzugeben; dies umfasst auch Abreden über die Verpflichtung zur Leistung von Mehrarbeit, Schichtarbeit, Nacharbeit oder Sonn- und Feiertagsarbeit.¹¹¹¹ Ob darüber hinaus auch Angaben zur **Lage der Arbeitszeit** erfolgen müssen, wird nicht einheitlich beurteilt.¹¹¹² Ebenfalls umstritten ist die Frage, ob Vereinbarungen zwischen Verleiher und Leiharbeiter über einen Arbeitseinsatz auf Abruf zulässig sind.¹¹¹³ Nachdem das Befristungsverbot aufgehoben wurde, gibt es nach dem geltenden Recht keine tragfähige Begründung für eine entsprechende Einschränkung.¹¹¹⁴ Wird die Arbeitszeit durch oder auf der Grundlage eines Tarifvertrags geregelt, können die nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 NachwG geforderten Angaben über die Arbeitszeit durch einen Hinweis auf die einschlägigen tariflichen Regelungen ersetzt werden (§ 2 Abs. 3 S. 1 NachwG).
- 479 § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 8 NachwG verpflichtet den Arbeitgeber zur **Angabe der Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs**. Damit soll in erster Linie die Gewährung des gesetzlichen Mindesturlaubs sichergestellt werden.¹¹¹⁵ Gewährt der Verleiher nur den gesetzlichen Mindesturlaub, ist nach § 2 Abs. 3 S. 2 NachwG ein Verweis auf das Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) ausreichend. Individuell oder tariflich vereinbarte Regelungen, die über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehen, sind in die Niederschrift aufzunehmen.¹¹¹⁶ Weitere Modalitäten der Urlaubsgewährung oder Bedingungen für die Gewährung von Sonderurlauben muss der Verleiher nicht angeben.¹¹¹⁷ Die Angabe eines etwaigen Anspruchs des Leiharbeitnehmers auf zusätzliches Urlaubsgeld fällt nicht unter Nr. 8, sondern bereits unter die Pflichtangaben zum Arbeitsentgelt nach Nr. 6.¹¹¹⁸
- 480 Nach § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 NachwG muss der Verleiher die **Fristen für die Kündigung des Leiharbeitsverhältnisses** in die Niederschrift aufnehmen. Dies kann durch eine ausdrückliche Angabe der vereinbarten Fristen oder gem. § 2 Abs. 3 NachwG durch einen Hinweis auf die entsprechenden gesetzlichen oder tariflichen Regelungen erfolgen.

¹¹⁰⁷ Schüren/Schüren, AÜG, § 11 Rn. 45ff.; Thüsing/Mengel, AÜG, § 11 Rn. 16.

¹¹⁰⁸ ErfK/Wank AÜG § 11 Rn. 6.

¹¹⁰⁹ Boenke/Lembke, AÜG, § 11 Rn. 83; ErfK/Wank AÜG § 11 Rn. 6.

¹¹¹⁰ ErfK/Wank AÜG § 11 Rn. 7; Schüren/Schüren, AÜG, § 11 Rn. 51; KasselerHdb/Düwell Kap. 4.5 Rn. 340.

¹¹¹¹ Schüren/Schüren, AÜG, § 11 Rn. 51; Boenke/Lembke, AÜG, § 11 Rn. 56; Ulber, AÜG, § 11 Rn. 45f.; Thüsing/Mengel, AÜG, § 11 Rn. 18; Ulrici, AÜG, § 11 Rn. 25f.

¹¹¹² Dafür: Schüren/Schüren, AÜG, § 11 Rn. 51; Ulber, AÜG, § 11 Rn. 46; HWK/Gotthardt/Roloff AÜG § 11 Rn. 14; dagegen (jedenfalls wenn keine Vereinbarungen zur Lage der Arbeitszeit getroffen sind): Thüsing/Mengel, AÜG, § 11 Rn. 18; Boenke/Lembke, AÜG, § 11 Rn. 56.

¹¹¹³ Verneinend: BSG 29.7.1992 – 11 RA 51/91, NZA 1993, 527 (zur alten Fassung des AÜG, wonach Befristungen grds. verboten waren); wohl auch ErfK/Wank AÜG § 11 Rn. 7; KasselerHdb/Düwell Kap. 4.5 Rn. 341; Ulber, AÜG, § 11 Rn. 47; bejahend: Schüren/Schüren, AÜG, § 11 Rn. 51; Thüsing/Mengel, AÜG, § 11 Rn. 18; Boenke/Lembke, AÜG, § 11 Rn. 125; Urban-Crell/Schulz Rn. 2310ff.

¹¹¹⁴ Schüren/Schüren, AÜG, § 11 Rn. 51.

¹¹¹⁵ Ulber, AÜG, § 11 Rn. 49.

¹¹¹⁶ HWK/Gotthardt/Roloff AÜG § 11 Rn. 15; Ulber, AÜG, § 11 Rn. 49.

¹¹¹⁷ ErfK/Preis NachwG § 2 Rn. 21.

¹¹¹⁸ Schüren/Schüren, AÜG, § 11 Rn. 54.