

Erlaubte und unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung

Leiharbeit in der IT-Branche

Lange Zeit stand Leiharbeit im Ruf, nur eine Arbeitsform für ungelernete oder wenig qualifizierte Tätigkeit zu sein. Hintergrund war, dass die Einsatzdauer eines Leiharbeitnehmers bei einem Entleiher begrenzt war. Nach Ablauf der Höchsteinsatzdauer musste der Entleiher also einen Wechsel des Leiharbeitnehmers hinnehmen. Dies war für Leiharbeit im Bereich hoch qualifizierter Beschäftigung ein erhebliches Hindernis, weil hier die Person des Leiharbeitnehmers für den Entleiher von ganz erheblicher Bedeutung ist. Seit dem 01.01.2004 gibt es diese Begrenzung der Höchstreinsatzdauer nicht mehr. Deshalb gewinnt die Leiharbeit auch in der IT-Branche zunehmend an Bedeutung. Sie hat sich in den letzten Jahren zu einer echten Alternative zum Outsourcing entwickelt. Dieser Beitrag geht den Gründen für die Leiharbeit in der IT-Branche nach, stellt die rechtlichen Rahmenbedingungen dar und gibt Hinweise für die Umsetzung in der Praxis.

I. Gründe für Leiharbeit in der IT-Branche

1. Alternative zum Outsourcing der IT-Abteilung

Das Outsourcing der eigenen IT-Abteilung hat Nachteile. Die IT-Fachkräfte sind nicht mehr ständig verfügbar. Längere Reaktionszeiten führen zu Verzögerungen bei der Problemlösung. Arbeitsabläufe und Arbeitsorganisation werden vom IT-Unternehmen gesteuert und unterliegen nur begrenzt dem eigenen Einfluss. Bei der Leiharbeit behält der Unternehmer die Kontrolle über die IT-Mitarbeiter und wälzt nur das Arbeitsrechts- und Beschäftigungsrisiko ab. Die Leiharbeit bietet deshalb viele Vorteile:

2. Flexibilität des Personaleinsatzes

Der Bedarf für IT-Personal ist nicht immer einheitlich. Während der Phase der Einführung neuer IT-Lösungen oder der Umstellung auf ein neues System kann ein kurz- oder mittelfristig erhöhter Bedarf bestehen. Sinkt der Bedarf,

bietet die Leiharbeit den Vorteil, dass eine Personalreduzierung ohne die mit Arbeitnehmerkündigungen verbundenen Risiken möglich ist. Die Leiharbeit ermöglicht auch den vorübergehenden Einsatz hochqualifizierter Spezialleistung, für die eine dauerhafte Beschäftigungsmöglichkeit nicht besteht.

3. Kosten

Ein Hauptargument für die Leiharbeit ist die Kostensenkung. Das entleihende Unternehmen profitiert von dem günstigeren Personal-Kostenapparat des Verleihers. Das Lohnfortzahlungsrisiko entfällt. Außerdem ist die Leiharbeit ein Mittel zum partiellen Ausstieg aus dem eigenen Branchentarifvertrag.

4. Erhaltung der Organisationshoheit

Im Gegensatz zum echten Outsourcing gibt das entleihende Unternehmen die Arbeitsorganisation nicht aus den Händen. Der Entleiher behält das Weisungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer. Er ist bei der Steuerung der Arbeitsabläufe und der Koordination der IT-Abteilung mit anderen Unternehmensbereichen nicht von der Mitwirkung eines anderen Unternehmens abhängig.

5. Mitarbeiterauswahl

Die Suche nach hochqualifizierten IT-Fachkräften ist eine kostspielige und oft langwierige Sache. Leiharbeit kann gezielt bei der Personalsuche eingesetzt werden. Die Dauer der Erprobung wird nicht, wie bei der Einstellung eigener Mitarbeiter, durch gesetzliche Vorgaben beschränkt.

II. Reglementierung nach dem AÜG

1. Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung

Der Verleiher, der seine Mitarbeiter als Leiharbeitnehmer zur Verfügung stellt, benötigt eine Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Diese Erlaubnis ist auch dann erforderlich, wenn die Arbeitnehmerüberlassung nur in Einzelfällen praktiziert wird. Nach der Rechtsprechung des BAG muss die Arbeitnehmerüberlassung nicht Hauptzweck des überlassenden Unternehmens sein. Deshalb

braucht auch das Softwarehaus, das im Hauptgeschäft auf Werk- oder Dienstvertragsbasis tätig wird, eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG, wenn es für einzelne Projekte eigene Mitarbeiter an den Kunden verleiht.

Die Erlaubnis wird auf schriftlichen Antrag erteilt. Die Kosten einer Erlaubnis liegen für die befristete Erlaubnis bei ca. €750,00 und für die unbefristete Erlaubnis bei ca. €2.000,00. Die Erlaubnis wird nicht erteilt, wenn der Antragsteller von der Behörde als unzuverlässig eingestuft wird. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die gesetzlichen Vorschriften, insbesondere im Hinblick auf die Abführung der Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge, eingehalten werden. Verstößt der Verleiher gegen solche gesetzlichen Vorschriften, kann ihm die Erlaubnis entzogen werden.

2. Rahmenbedingungen für die Vertragsgestaltung

Bei der Gestaltung von Verträgen zur Arbeitnehmerüberlassung sind die gesetzlichen Rahmenbedingungen zu beachten. Dabei müssen die Vertragsbeziehungen zwischen dem Verleiher und dem Entleiher (Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer (Leiharbeitsvertrag) unterschieden werden.

- Schriftform des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages

Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bedarf der Schriftform (§ 12 Abs. 1 AÜG). Ein nicht schriftlich abgeschlossener Vertrag ist nichtig (§ 125 BGB). Der schriftliche Vertrag muss die Erklärung des Verleihers enthalten, dass er die Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung besitzt.

- § 11 AÜG und Nachweisgesetz

Der Leiharbeitsvertrag muss nicht schriftlich abgeschlossen werden. Er unterliegt aber dem Nachweisgesetz und den zusätzlichen Anforderungen des § 11 AÜG. Das bedeutet, dass die wesentlichen Vertragsbedingungen (aufgezählt in § 2 Abs. 1 Nachweisgesetz) und die Erlaubnisbehörde sowie Ort und Datum der Erteilung der Erlaubnis nach § 1 AÜG (§ 11 Abs. 1 Ziffer 1 AÜG) schriftlich niedergelegt werden müssen. Darüber hinaus bestehen weitere Informations- und Hinweispflichten, insbesondere die Pflicht, ein Merkblatt der Erlaubnisbehörde über den wesent-

lichen Inhalt des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes an den Leiharbeiter auszuhandigen.

- Einsatzdauer

Die Beschränkung der Einsatzdauer bei einem Entleiher ist seit dem 01.01.2004 entfallen. Ein Leiharbeiter kann jetzt ohne zeitliche Beschränkung an einen einzigen Entleiher überlassen werden. Der Arbeitsbedarf beim Entleiher kann also dauerhaft durch ein und denselben Leiharbeiter abgedeckt werden.

3. Gleichbehandlungsgebot

Nach § 3 Ziffer 3 AÜG hängt die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung davon ab, ob dem Leiharbeiter für die Dauer der Überlassung die im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen gewährt werden. Damit statuiert das AÜG ein Gleichbehandlungsgebot (sog. equal payment und equal treatment). Dieses Gleichbehandlungsgebot bezieht sich insbesondere auf die Vergütung.

Das Gleichbehandlungsgebot gilt nicht, wenn ein auf das Arbeitsverhältnis anwendbarer Tarifvertrag abweichende Regelungen enthält. Solche speziell für die Arbeitnehmerüberlassung geltenden Tarifverträge hat die Tarifgemeinschaft des Deutschen Gewerkschaftsbundes mit den Arbeitgeberverbänden Bundesverband Zeitarbeit (BZA) und der Interessengemeinschaft Zeitarbeit (IGZ) abgeschlossen.

- Bei der Gestaltung der Leiharbeitsverträge ist dringend zu empfehlen, die Geltung eines derartigen Tarifvertrages zu vereinbaren. Allein der Beitritt zu dem Arbeitgeberverband genügt nicht, da dieser nur dann zu einer Tarifbindung des Arbeitsverhältnisses führt, wenn der betreffende Arbeitnehmer Gewerkschaftsmitglied ist.
- Die Arbeitgeberverbände haben auch Tarifverträge mit christlichen Gewerkschaften abgeschlossen. Die Bezugnahme auf diese Tarifverträge birgt aber ein gewisses Risiko, weil die Tariffähigkeit der christlichen Gewerkschaften noch nicht geklärt ist. Deshalb ist auch nicht sicher, ob die Verweisung auf diese Tarifverträge genügt, um das Gleichbehandlungsgebot außer Kraft zu setzen.

4. Provision für den Verleiher

Häufig wird im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vereinbart, dass dem Verleiher eine Vermittlungsprovision zusteht, wenn der Leiharbeitnehmer im Anschluss an den Verleih vom Entleiher eingestellt wird. Eine solche Vermittlungsprovision ist grundsätzlich zulässig, darf aber nicht zur faktischen Verhinderung einer Anschlussbeschäftigung führen. Die Vermittlungsprovision muss deshalb angemessen sein. Allgemeine Grundsätze für die Beurteilung der Angemessenheit müssen die Gerichte erst noch entwickeln.

III. Praxishinweise

1. Leiharbeitsvertrag

Im Leiharbeitsvertrag ist die Schriftform nicht zwingend vorgesehen. Trotzdem sollte der Vertrag schriftlich abgefasst werden. Dabei sind die notwendigen Angaben nach § 2 Nachweisgesetz und § 11 AÜG als Mindestinhalt aufzunehmen. Der Arbeitsvertrag sollte auch eine Bestätigung enthalten, dass der Leiharbeitnehmer das Merkblatt der Erlaubnisbehörde über den wesentlichen Inhalt des AÜG erhalten hat.

Im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot (equal payment und equal treatment) sind zwei Gestaltungen denkbar. Zum einen kann die Gleichbehandlung mit vergleichbaren Mitarbeitern im Betrieb des jeweiligen Entleihers vertraglich vereinbart werden. Sofern der Leiharbeitnehmer bei verschiedenen Entleihern eingesetzt werden soll, kann dies nur im Wege einer Auffangklausel erfolgen.

Formulierungsvorschlag:

„Sollten im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer andere wesentliche Arbeitsbedingungen gelten, finden diese Bedingungen auch auf das Leiharbeitsverhältnis Anwendung, sofern sie für den Leiharbeitnehmer günstiger sind. Dies gilt nur für die Dauer des Einsatzes in dem jeweiligen Einsatzbetrieb.“

Zum anderen kann das Gleichbehandlungsgebot durch die Unterwerfung unter einen Tarifvertrag außer Kraft gesetzt werden. Das ist jedenfalls dann

sinnvoll, wenn der Verleiher seine Leiharbeitnehmer an eine Vielzahl verschiedener Entleiher verleiht. Zur Vermeidung verschiedener Arbeitsbedingungen sollte eine Tarifbindung vereinbart werden. In der Regel empfiehlt sich eine dynamischen Bezugnahme auf einen Zeitarbeitsvertrag.

Formulierungsvorschlag:

„Auf das Arbeitsverhältnis findet der [räumlich und sachlich einschlägige] Tarifvertrag [genaue Bezeichnung] in der jeweils gültigen Fassung Anwendung. Die Regelungen des Tarifvertrages gehen abweichenden Regelungen dieses Arbeitsvertrages vor.“

Diese dynamische Verweisung führt zu einer dauerhaften Tarifbindung, die durch den Leiharbeitgeber nicht einseitig beendet werden kann. Eine Beendigungsoption besteht nur, wenn der Leiharbeitgeber Mitglied des Arbeitgeberverbandes ist und die Tarifverweisung so formuliert, dass sie im Falle der Beendigung der Tarifbindung (z. B. bei Verbandsaustritt) nur noch statisch weiter wirkt.

Formulierungsvorschlag:

„Der Arbeitgeber ist Mitglied des Arbeitgeberverbandes und deshalb tarifgebunden. Änderungen des Tarifvertrages, die nach einer zukünftigen Beendigung der Tarifbindung des Arbeitgebers erfolgen, berühren das Arbeitsverhältnis nicht (Gleichstellungsabrede).“

2. AÜ-Vertrag

Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bedarf der Schriftform. Er muss darüber hinaus eine Erklärung des Verleihers über die Erlaubnis zur gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung enthalten. Diese Erlaubnis muss im Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages vorhanden sein.

Wichtig:

Der Entleiher sollte sich immer die Erlaubnis im Original vorlegen lassen. Beim Beginn der Zusammenarbeit mit einem gewerblichen Arbeitsverleiher empfiehlt sich darüber hinaus eine Kontrollanfrage bei der zuständigen Behörde.

Bei der Gestaltung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages ist zu beachten, dass die Einschränkung einer Anschlussbeschäftigung des Leiharbeitnehmers beim Entleiher nicht zulässig ist.

Formulierungsvorschlag:

„Übernimmt der Entleiher den Arbeitnehmer nach Beendigung der Überlassung, erhält der Verleiher eine Vermittlungsprovision in Höhe von 10 % des Bruttojahresgehaltes, das der Arbeitnehmer im ersten Jahr seiner Beschäftigung bei dem Entleiher bezieht. Ein Provisionsanspruch besteht auch, wenn zwischen Beginn der Tätigkeit beim Entleiher weniger als 6 Monate liegen.“

Dr. Reinhard Möller
Rechtsanwalt