

rifgebundenen Arbeitnehmer. Den Parteien bleibt es überlassen, zusätzliche übertarifliche Leistungen zu vereinbaren. Ob es sich bei den zusätzlichen Vereinbarungen tatsächlich auch um günstigere handelt, ist aus dem Gesamtzusammenhang durch Auslegung und Vergleich zu ermitteln.

Prinzipiell wirkt der Tarifvertrag nur für die tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Allerdings eröffnet das Gesetz mehrere Möglichkeiten, wie sich die Rechtswirkung eines Tarifvertrages auch auf Nichtorganisierte erstrecken lässt. Gemäß § 3 Abs. 2 TVG gelten Regelungen eines Tarifvertrages für betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Fragen für alle Betriebe, deren Arbeitgeber tarifgebunden sind. Das bedeutet, dass nicht nur die organisierten Arbeitnehmer von diesen Regelungen betroffen sind, sondern auch die nicht organisierten der jeweiligen Betriebe.

Eine weitere Ausdehnungsmöglichkeit ergibt sich durch die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages durch den Bundesarbeitsminister (§ 5 TVG).

#### **b) Betriebsvereinbarungen**

Auch Betriebsvereinbarungen sind vorrangige Rechtsquelle für die Arbeitsvertragsparteien. Nach § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG gelten Betriebsvereinbarungen unmittelbar und zwingend. Sie entfalten ebenso wie die Tarifverträge eine normative Wirkung und gelten im Rahmen des BetrVG wie gesetzliche Vorschriften. Betriebsvereinbarungen wirken unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis ein; ihre Regelungen können grundsätzlich nicht abbedungen werden. Eine Abweichung im Einzelarbeitsvertrag ist nur zugunsten des Arbeitnehmers möglich (Günstigkeitsprinzip). Der Geltungsbereich einer Betriebsvereinbarung erstreckt sich nur auf den Betrieb, für den sie vereinbart wurde. Ihre Geltungsdauer endet mit Zeitablauf, durch Aufhebungsvertrag oder durch Stilllegung des Betriebes. Nach § 77 Abs. 6 BetrVG wirken solche Betriebsvereinbarungen nach, deren Gegenstand im Bereich des zwingenden Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats liegt.

Zur Frage, ob individualarbeitsrechtliche Fragen zweckmäßigerweise im Arbeitsvertrag oder in (freiwilligen) Betriebsvereinbarungen geregelt werden sollten, vgl. hier unter I B Rz. 68 ff.

## **II. Vertragsgestaltung und richterliche Vertragsauslegung**

Es ist ein Gebot richtiger Vertragsgestaltung möglichst klare und bestimmte Regelungen zu schaffen. Je unklarer die Vertragsregelungen formuliert sind, desto größer ist die Gefahr, dass das angestrebte Ziel nicht erreicht wird.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> Zudem bestehen im Bereich vorformulierter Verträge gegen eine zu weite und unbestimmte Vertragsregelung Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Transparenzgebots, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB; vgl. hierzu Rz. 109.

Die Rechtsprechung nutzt das Mittel der Vertragsauslegung vielfach, um unklare oder unangemessene Regelungen zu korrigieren.

### 1. Besonderheiten bei vorformulierten Vertragsbedingungen

- 26 Besonders zu beherzigen ist dies bei vorformulierter Vertragsgestaltung. Nach allgemeiner Auffassung sind so genannte **typische Vertragsklauseln** unabhängig von den individuellen Vorstellungen der Parteien und den Umständen des Einzelfalles nach objektiven Maßstäben einheitlich auszulegen. Dies ist ganz allgemein im Zivilrechtsverkehr anerkannt.<sup>18</sup>
- 27 Einigkeit besteht darüber, dass bei der Aufstellung vorformulierter Vertragsbedingungen die sog. **Unklarheitenregel** (*ambiguitas contra stipulatorem*) zur Anwendung kommt (vgl. § 305c Abs. 2 BGB).<sup>19</sup> **Auslegung** und **Inhaltskontrolle** sind zu trennen, wobei der Auslegung der logische **Vorrang** zukommt. Kontrolliert werden kann nur ein Vertrag, dessen Inhalt, ggf. unter Anwendung der Unklarheitenregel bei Mehrdeutigkeit, im Wege der Auslegung ermittelt worden ist.
- 28 Im Prinzip die gleichen Grundsätze wendet das BAG bei der Auslegung von Formulararbeitsverträgen und Musterarbeitsverträgen an. Der sog. typische Arbeitsvertrag unterliegt nach ständiger Rechtsprechung der vollen Nachprüfung durch das Revisionsgericht,<sup>20</sup> „weil er Vertragsbedingungen enthält, die in gleicher Weise für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen bestimmt sind“.

### 2. Auslegung als kaschierte Vertragskontrolle

- 29 Über die „unbeschränkte Auslegung“ typischer Vertragsklauseln hat das BAG in breitem Umfang abstrakt-generelle Grundsätze für die Kontrolle arbeitsvertraglicher Abreden aufgestellt. Bekanntester Fall ist die „Auslegung“ der Widerrufsvorbehalte bei Versorgungszusagen, die, obwohl diese ausdrücklich freies Ermessen bzw. keinen Rechtsanspruch vorsahen, in Widerrufsvorbehalte aus sachlichem Grund umgedeutet wurden. Das BAG hat die restriktive Auslegung extensiv genutzt.<sup>21</sup>

18 Palandt/*Heinrichs*, § 133 BGB Rz. 26; BGH v. 25. 10. 1952, BGHZ 7, 365 (368); BGH v. 29. 10. 1956, BGHZ 22, 109 (113).

19 Vgl. BGH v. 12. 2. 1952, BGHZ 5, 111 (115); vgl. bereits *Raiser*, Geschäftsbedingungen, S. 262; zu den historischen Bezügen *Krampe*, Die Unklarheitenregel, 1983; *Wacke*, JA 1981, 666; Einzelheiten zu dieser Regel im Arbeitsrecht *Preis*, Vertragsgestaltung, § 9 II 5 b.

20 BAG v. 11. 10. 1976, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Rundfunk; BAG v. 13. 8. 1986, AP Nr. 77 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG v. 3. 12. 1985, AP Nr. 2 zu § 74 BAT; BAG v. 13. 2. 1985, AP Nr. 13 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer; BAG v. 12. 12. 1984, EzA § 315 BGB Nr. 29; BAG v. 5. 5. 1955 und 15. 12. 1956, AP Nr. 1 und 4 zu § 549 ZPO; BAG v. 1. 3. 1972, AP Nr. 11 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; BAG v. 5. 2. 1986, EzA § 339 BGB Nr. 2.

21 Zur restriktiven Auslegung einer auflösenden Bedingung: BAG v. 14. 5. 1987, EzA § 620 BGB Bedingung Nr. 7; BAG v. 5. 7. 1990 – 2 AZR 542/89, n. v.

In Entscheidungen zu Nebentätigkeitsverboten in Arbeitsverträgen hat das BAG die Klausel „verfassungskonform“ nach Art. 12 GG dahingehend ausgelegt, dass nur dann ein Verbot der Nebentätigkeit möglich sei, wenn der Arbeitgeber hieran ein „berechtigtes Interesse“<sup>22</sup> habe. Noch in den Entscheidungen vom 18. 11. 1988<sup>23</sup> und 6. 9. 1990<sup>24</sup> hat es diese Art der verfassungskonformen Auslegung bestätigt und konstatiert, eine andere Vertragsauslegung sei wegen § 134 BGB i. V. m. Art. 12 GG unwirksam.

Diese Form der kaschierten Inhaltskontrolle kann nicht überzeugen.<sup>25</sup> Die verfassungskonforme Auslegung ist als Auslegungsprinzip für Verträge verfehlt. In Wahrheit nimmt das BAG eine geltungserhaltende Reduktion<sup>26</sup> verfassungsrechtlich problematischer Vertragsklauseln vor. Diese Reduktion setzt – sofern man sie überhaupt trotz der Regelung des § 306 Abs. 2 BGB anerkennen kann (s. hierzu Rz. 115 ff.) – die Inhaltskontrolle und nicht die Auslegung voraus. Die Rechtsprechung führt in der Praxis der Vertragsgestaltung dazu, dass Arbeitgeber überschießende Nebentätigkeitsklauseln in Formularverträgen weiterverwenden ohne besondere rechtliche Risiken einzugehen.

### III. Einzelne gesetzliche Schranken

#### 1. § 134 BGB

##### a) Grundsatz

Der Arbeitsvertrag kann insgesamt oder in Teilen gegen ein gesetzliches Verbot i. S. des § 134 BGB verstoßen. Schon der unmittelbare Anwendungsbereich des § 134 BGB im Arbeitsrecht ist groß. Zahlreiche arbeitsrechtliche Schutzvorschriften (z. B. JArbSchG, MuSchG, BUrlG, ArbZG) enthalten Verbotsnormen (insbesondere Beschäftigungsverbote) i. S. des § 134 BGB. Bis in die gegenwärtige Rechtspraxis werden Grundrechte, insbesondere Art. 12 GG, als „Verbotsgesetze“ herangezogen, obwohl dies allenfalls dann möglich wäre, wenn von der – an sich verabschiedeten – Lehre der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte<sup>27</sup> ausgegangen wird.<sup>28</sup>

22 BAG v. 3. 12. 1970 und 26. 8. 1976, AP Nr. 60 und 68 zu § 626 BGB; BAG v. 13. 11. 1979, EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 6.

23 AP Nr. 3 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis.

24 AP Nr. 47 zu § 615 BGB.

25 *Preis*, Vertragsgestaltung, § 7 II; ebenso *Fastrich*, § 3 III.

26 Hierzu im Einzelnen *Preis*, Vertragsgestaltung, § 13 III.

27 Hierzu ErfK/*Dieterich*, Einl. GG Rz. 17 f.

28 BAG v. 18. 11. 1988, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis; siehe ferner die Rechtsprechung zu Rückzahlungsklauseln jeder Art. Zuletzt BAG v. 11. 4. 1990, EzA § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe Nr. 6; v. 6. 9. 1990, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Seeschiffahrt.

**b) Funktionswidrige Vertragsgestaltung durch Gesetzesumgehung**

- 33 Hervorstechende Bedeutung hat in der Rechtsprechung des BAG der Gesichtspunkt der funktionswidrigen Vertragsgestaltung durch objektive Gesetzesumgehung erlangt.
- 34 Das Verbot von Umgehungsgeschäften ist ein allgemein anerkannter Rechtsgrundsatz,<sup>29</sup> der zudem in einer Reihe von Vorschriften ausdrücklich niedergelegt ist (§ 306a BGB, § 8 FernUSG, § 22 GüKG, § 42 AO). Es kann daher nicht in Frage stehen, dass das Verbot des Umgehungsgeschäfts auch im Arbeitsvertragsrecht gilt.
- 35 Allerdings hat die Ausweitung des Gesichtspunktes der Gesetzesumgehung bei zahlreichen Fallgestaltungen, die an sich „nur“ einer Angemessenheitskontrolle bedürfen, zu Systembrüchen und immanenten Widersprüchen geführt,<sup>30</sup> insbesondere wenn die gleiche Vertragsgestaltung in Tarifverträgen zugelassen wird.<sup>31</sup> Die gesamte Rechtsprechung des BAG zur Befristungskontrolle beruhte auf dem Grundgedanken des Verbots der Gesetzesumgehung (→ *Befristung des Arbeitsverhältnisses*, II B 10).<sup>32</sup> Durch die Kodifikation des Rechts der befristeten Arbeitsverträge (TzBfG) hat diese dogmatische Grundlage jetzt ihre Bedeutung verloren.
- 36 Über den Fall der Befristung hinaus rückte die Vertragskontrolle über den Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung mehr und mehr in den Mittelpunkt. Bei der Frage der Zulässigkeit von Rückzahlungsklauseln wurde § 622 Abs. 6 BGB herangezogen mit der Begründung, durch Rückzahlungsklauseln dürfe das Verbot ungleicher Kündigungsfristen nicht umgangen werden.<sup>33</sup> Weitere Anwendungsfälle folgten.

**Beispiele:**

- Der unter einer **aufschiebenden Bedingung abgeschlossene Aufhebungsvertrag**, z. B. die Vereinbarung, das Arbeitsverhältnis ende, wenn der Arbeitnehmer nicht nach dem Ende seines Urlaubs an dem vereinbarten Tage seine Arbeit wieder aufnimmt, wurde wegen **Umgehung des Kündigungsschutzes** für unzulässig erachtet.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> RG v. 1. 6. 1937, RGZ 155, 146; BGH v. 30. 11. 1955, LM Nr. 19 zu § 134 BGB.

<sup>30</sup> Ebenso Wolf, RdA 1988, 270; vgl. dazu die Kritik bei Preis, Vertragsgestaltung, § 7 III 2.

<sup>31</sup> Hierzu ausführlich Preis, Vertragsgestaltung, § 7 III 2.

<sup>32</sup> Vgl. die Urteile in BAG, AP § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag sowie EzA § 620 BGB.

<sup>33</sup> BAG v. 31. 5. 1960 und 10. 5. 1962, AP Nr. 15 und 22 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG v. 3. 10. 1963, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation; BAG v. 9. 2. 1956, AP Nr. 1 zu § 394 BGB; BAG v. 18. 8. 1976, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe; zust. Trieschmann, ArbuR 1962, 137 ff. (145 f.).

<sup>34</sup> BAG v. 19. 12. 1974, NJW 1975, 1531; BAG v. 13. 12. 1984, NZA 1985, 324; LAG Düsseldorf v. 24. 6. 1974, EzA § 305 BGB Nr. 4 und LAG Schleswig-Holstein v. 11. 4. 1974, EzA § 305 BGB Nr. 5 mit gemeinsamer Anm. von Reuter. Ähnliches gilt für eine Vereinbarung, wonach das Arbeitsverhältnis mit einem alkoholgefähr-

- Erstmals mit Urteil vom 7. 10. 1982<sup>35</sup> hat das BAG ausgesprochen, dass **Widerrufsvorbehalte** nach § 134 BGB unwirksam sind, wenn sie zur Umgehung des Kündigungsschutzes führen. Dies sei in aller Regel dann der Fall, wenn **wesentliche Elemente** des Arbeitsvertrages einer einseitigen Änderung unterliegen sollen und dadurch das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung grundlegend gestört werde.<sup>36</sup>
- Mit Entscheidung des 7. Senats vom 12. 12. 1984<sup>37</sup> erklärte das BAG die vertraglich vorbehaltene **einseitige Reduktion der Arbeitszeit** wegen Umgehung kündigungsrechtlicher Normen (§ 2 KSchG) für unwirksam.
- **Kündigungsschwerungen** sind durch das BAG ebenfalls unter Hinweis auf § 622 Abs. 6 BGB als nichtig verworfen worden (§ 134 BGB). Auch bei formal gleichen Kündigungsfristen ist die Erschwerung der Kündigung durch eine Vertragsstrafe für den Fall einer fristgemäßen Kündigung<sup>38</sup> oder durch den Verfall einer gestellten Kautions im Falle fristgerechter Kündigung<sup>39</sup> als unmittelbarer Verstoß gegen § 622 Abs. 6 BGB gewertet worden. Als unmittelbarer Verstoß gegen § 622 Abs. 6 BGB wurde auch der einseitige Ausschluss der Kündigung vor Dienstantritt angesehen.<sup>40</sup>

Das Institut der Gesetzesumgehung wurde in der Arbeitsrechtsprechung – offenbar als Ersatz für die bislang fehlende gesetzliche Ermächtigung zur Inhaltskontrolle – extensiv angewendet. In Wahrheit werden zumeist Fälle bloßer Angemessenheitskontrolle (vgl. Rz. 47 ff.) behandelt. Hierdurch kommt es zu einem stärkeren Eingriff in die Vertragsfreiheit, als zum Schutz vor diktierten Vertragsbedingungen nötig ist.<sup>41</sup> Dadurch entstehen zwingende Leitbilder für bestimmte Vertragsgestaltungen, von denen – ohne immanenten Systembruch – im Grundsatz weder in ausgehandelten Individualabreden noch in Tarifverträgen abgewichen werden kann. Daran hält das BAG zu Recht nicht mehr fest und wendet nunmehr die §§ 305 ff. BGB an.<sup>42</sup> 37

Es bedarf der Differenzierung zwischen den – vorkommenden – Fällen echter Gesetzesumgehung, die sowohl in Individualverträgen als auch in Tarifverträgen unzulässig ist, und den Fällen der Inhalts- bzw. Angemessenheitskon- 38

deten Arbeitnehmer endet, wenn dieser Alkohol zu sich nimmt, LAG München v. 29. 10. 1987, BB 1988, 348.

35 BAGE 40, 199 ff. = AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung.

36 Vgl. auch BAG v. 13. 5. 1987, AP Nr. 4 zu § 305 BGB Billigkeitskontrolle.

37 AP Nr. 6 zu § 2 KSchG 1969.

38 Vgl. BAG v. 9. 3. 1972, AP Nr. 12 zu § 622 BGB; v. 6. 9. 1989, AP Nr. 27 zu § 622 BGB.

39 BAG v. 11. 3. 1971, AP Nr. 9 zu § 622 BGB.

40 BAG v. 6. 9. 1989, EzA § 622 BGB n. F. Nr. 26; LAG Hamm v. 15. 3. 1989, LAGE § 622 BGB Nr. 14.

41 Vgl. zur Kritik hieran *Preis*, Vertragsgestaltung, § 7 III 2 c) cc); *Lindemann*, S. 62 ff.

42 Zu Widerrufsvorbehalten und Änderungsvorbehalten bei der Arbeitszeit jetzt BAG v. 12. 1. 2005, AP Nr. 1 zu § 308 BGB = NZA 2005, 465; BAG v. 7. 12. 2005, NZA 2006, 423; *Preis/Lindemann*, NZA 2006, 632; zur Befristung von Einzelarbeitsbedingungen BAG v. 27. 7. 2005, NZA 2006, 40; *Preis/Bender*, NZA-RR 2005, 337.

trolle einseitig gestellter Vertragsbedingungen.<sup>43</sup> Die Schuldrechtsreform macht durch die Einbeziehung von Arbeitsverträgen in die AGB-Kontrolle (§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB) deutlich, dass das Institut der Gesetzesumgehung nicht mehr als „Einfallstor“ für eine umfassende Angemessenheitskontrolle aller Arten von Arbeitsverträgen dienen darf. Der Inhaltskontrolle unterliegen vielmehr nur die Verträge, die allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB darstellen. Zudem richtet sich die Angemessenheit in diesem Bereich allein nach §§ 307 ff. BGB (vgl. Rz. 83 ff.). § 134 BGB hat daher jedenfalls im Bereich der Inhaltskontrolle durch die Schuldrechtsreform an Bedeutung verloren. Im Falle eines echten Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz sind Voraussetzungen und Rechtsfolgen strenger als bei der Inhaltskontrolle. Auch „sachliche Gründe“ können eine Gesetzesumgehung nicht rechtfertigen. Das Verbotsgesetz ist auf das Umgehungsgeschäft anzuwenden.

## 2. § 138 BGB

- 39 § 138 BGB markiert das unumgängliche rechtsethische Minimum,<sup>44</sup> das eine Privatrechtsordnung, die auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit beruht, gewährleistet. Die Norm versagt solchen Rechtsgeschäften die Wirksamkeit, die den Grundprinzipien unserer Rechts- und Sittenordnung widersprechen. Da das Verbot der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB für alle Rechtsgeschäfte gilt, sind um der Vertragsfreiheit willen die Grenzen der Kontrolle nach § 138 BGB weit gezogen. Im Arbeitsrecht ist § 138 BGB allerdings – wie § 134 BGB – oftmals für eine kaschierte Angemessenheitskontrolle genutzt worden. Ein Beispiel hierfür bildet die langjährige Rechtsprechung des BAG zur → *Mankohaftung* (II M 10), wenn das BAG sogar ausdrücklich sagt,<sup>45</sup> bei der Kontrolle nach § 138 BGB gehe es um die Sicherung einer „angemessenen Risikoverteilung“. § 138 BGB wird überdies für all die Fälle zu Unrecht als Rechtsgrundlage herangezogen, in denen eine Vertragsklausel für unwirksam erklärt wird, weil es an einem „sachlichen Grund“ oder einem „berechtigten Interesse“ für die Vereinbarung fehle. Ein mangelnder Sachgrund begründet keinesfalls die Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung. Kennzeichnend für eine versteckte Angemessenheitskontrolle unter § 138 BGB ist die Entscheidung des 2. Senats vom 24. 3. 1988 zu einzelvertraglichen → *Ausschlussfristen* (II A 150). Das BAG beruft sich auf § 138 BGB, subsumiert aber nicht, sondern prüft, „ob die Verfallklausel gleichermaßen auf beide Parteien des Arbeitsverhältnisses Anwendung findet, ob sie inhaltlich ausgewogen ist und nicht Rechte des Arbeitnehmers einseitig beschneidet“.<sup>46</sup> Eine solche extensive Anwendung des § 138 BGB ist jedoch nach der Schuldrechtsreform nicht mehr möglich.

43 Hierzu ausführlich *Preis*, Vertragsgestaltung, § 7 III 2 c.

44 BAG v. 14. 1. 1963, AP Nr. 29 zu Art. 12 GG; MünchKomm/Roth, § 242 BGB Rz. 91.

45 BAG v. 22. 11. 1973, AP Nr. 67 zu § 626 BGB.

46 BAG v. 24. 3. 1988, AP Nr. 1 zu § 241 BGB; so auch schon in BAG v. 25. 7. 1984 – 5 AZR 219/82, n. v.

Ein klassischer Anwendungsbereich des § 138 BGB liegt bei der Prüfung von **Leistung und Gegenleistung** vor, da diese nicht der Angemessenheitskontrolle unterliegen. § 138 BGB ist also das einzige Instrument um die Relation von Leistung und Entgelt zu prüfen. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung ist der sog. **Lohnwucher**.<sup>47</sup> Bei einem nach der Anschauung billig und gerecht denkender Menschen auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung hielt BAG vom 10. 9. 1959<sup>48</sup> zur Begründung der Sittenwidrigkeit § 138 Abs. 1 BGB noch ein Verhalten der begünstigten Partei des Vertrages für notwendig, das auf verwerflicher Gesinnung beruht. Der Wandel zur Objektivierung des Sittenwidrigkeitsmaßstabs wird jedoch in einer jüngeren Entscheidung des BAG vom 10. 10. 1990<sup>49</sup> deutlich. Hiernach verstößt eine arbeitsvertragliche Vergütungsregelung gegen die guten Sitten, wenn der Arbeitnehmer mit dem Betriebs- und Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers belastet wird. Dies sei insbesondere dann anzunehmen, wenn die Vergütungsabrede eine Verlustbeteiligung des Arbeitnehmers vorsehe, durch die er u. U. seine Weiterbeschäftigung selbst finanzieren müsse. Das BAG hat diese Vereinbarung nach Inhalt, Beweggrund und Zweck für sittenwidrig erachtet und für entscheidend gehalten, dass der Arbeitgeber aus der schwächeren Lage des Arbeitnehmers übermäßige Vorteile ziehen wollte.<sup>50</sup> In subjektiver Hinsicht wird eine verwerfliche Gesinnung nicht mehr gefordert,<sup>51</sup> sondern nur noch die Kenntnis der Umstände, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt. Das BAG hat auch bei Wuchergeschäften eine Ausnutzung der wirtschaftlichen oder intellektuellen Überlegenheit in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH angenommen, wenn der objektiv sittenwidrig Handelnde sich böswillig oder leichtfertig der Erkenntnis verschließt, dass sich der andere nur unter dem Zwang der Verhältnisse auf den ungünstigen Vertrag einlässt. Ein grobes Missverhältnis der beiderseitigen Leistung könne den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung und dementsprechend die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB rechtfertigen.<sup>52</sup>

Die Möglichkeit der Sittenwidrigkeit einer vertraglichen **Pauschalierung der Mehrarbeitsvergütung** (II M 20) hat das Arbeitsgericht Berlin<sup>53</sup> erwogen, wenn der Vergleich mit der üblichen Vergütung (Tariflohn ggf. zuzüglich des Mehrarbeitszuschlags) ein erhebliches Missverhältnis ergibt. 41

Die Sittenwidrigkeit einer **Provisionsvereinbarung** wurde bejaht, wenn durch die Vorschusszahlungen eine unzulässige Bindung des Arbeitnehmers 42

47 Hierzu BAG v. 11. 1. 1973, AP Nr. 30 zu § 138 BGB; LAG Düsseldorf v. 26. 1. 1981 – 4 Sa 1339/80, n. v.; ErfK/Preis, § 612 BGB Rz. 3 ff.

48 AP Nr. 1 zu § 138 BGB.

49 AP Nr. 47 zu § 138 BGB.

50 Unter Hinweis auf die entsprechende Rechtsprechung des BGH v. 10. 7. 1987, NJW 1988, 130 f. m. w. N.

51 BGH v. 8. 5. 1985, BGHZ 94, 268 (272); Palandt/Heinrichs, § 138 BGB Rz. 7.

52 BAG v. 11. 9. 1984, AP Nr. 37 zu § 138 BGB.

53 Urt. v. 31. 10. 1988, DB 1989, 1423 f.

herbeigeführt wird und die Provisionsabrede so getroffen ist, dass der Arbeitnehmer die geforderten Umsätze überhaupt nicht erbringen kann.<sup>54</sup>

### 3. § 612a BGB

- 43 Nach § 612a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Das **Maßregelungsverbot** des § 612a BGB regelt einen Sonderfall der Sittenwidrigkeit.<sup>55</sup> Praktische Bedeutung hat die Norm zunächst bei Kündigungen erlangt.<sup>56</sup> Dort wurden die Voraussetzungen des § 612a BGB zum Teil bejaht.<sup>57</sup>
- 44 Obwohl der Wortlaut der Norm weit gehend ist und Einigkeit besteht, dass § 612a BGB über den Hauptfall der Maßregelungskündigung hinausgeht, ist der Spezialfall maßregelnder Vereinbarungen bislang kaum behandelt worden. § 612a BGB enthält ein allgemeines Diskriminierungsverbot. Es soll verhindern, dass Arbeitnehmerrechte deshalb nicht wahrgenommen werden, weil die Arbeitnehmer bei ihrer Inanspruchnahme mit Benachteiligungen rechnen müssen. Geschützt ist damit die Willensfreiheit des Arbeitnehmers bei der Entscheidung darüber, ob er ein Recht ausüben will oder nicht.<sup>58</sup> In Arbeitsverträgen wird bisweilen versucht, zulässige Rechtsausübungen des Arbeitnehmers zu sanktionieren. Prinzipiell dürften alle Vereinbarungen oder Maßnahmen, die allein wegen zulässiger Grundrechtsausübung zu Nachteilen führen, in den Anwendungsbereich des § 612a BGB fallen.<sup>59</sup> Hiermit gehen in § 612a BGB zahlreiche Fälle auf, die früher über die Theorie der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte gelöst wurden. Klassisches Beispiel sind die Zölibatsklauseln, die bei Verheiratung einer Arbeitnehmerin die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestimmten.<sup>60</sup> Eine solche Vereinbarung wäre heute nach § 612a BGB zu beurteilen,<sup>61</sup> weil aufgrund der Inanspruchnahme des Rechts aus Art. 6 GG benachteiligt wurde.
- 45 Über § 612a BGB ist nicht nur die unmittelbare, sondern auch die mittelbare Benachteiligung eines Arbeitnehmers untersagt. Daher liegt ein Verstoß gegen § 612a BGB nicht nur dann vor, wenn Arbeitnehmer eine Einbuße für den Fall der Ausübung ihrer Rechte erleiden, sondern auch, wenn ihnen Vorteile vorenthalten werden, welche der Arbeitgeber anderen Arbeitnehmern

54 BAG v. 20. 6. 1989, AP Nr. 8 zu § 87 HGB; LAG Berlin v. 3. 11. 1986, AP Nr. 14 zu § 65 HGB.

55 BAG v. 2. 4. 1987, AP Nr. 1 zu § 612a BGB; v. 21. 7. 1988, NZA 1989, 559.

56 Vgl. hierzu BAG v. 2. 4. 1987, AP Nr. 1 zu § 612a BGB; BAG v. 22. 5. 2003, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit.

57 BAG v. 2. 4. 1987, AP Nr. 1 zu § 612a BGB; LAG Kiel v. 25. 7. 1989, LAGE § 612a BGB Nr. 4; LAG Düsseldorf v. 13. 12. 1988, LAGE § 612a BGB Nr. 3; LAG Nürnberg v. 7. 10. 1988, LAGE § 612a BGB Nr. 2.

58 BAG v. 16. 2. 1989, NJW 1990, 141.

59 So ErfK/Preis, § 612a BGB Rz. 2.

60 Vgl. BAG v. 10. 5. 1957, AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie.

61 Preis, Vertragsgestaltung, § 7 III 3 b).



gewährt, die entsprechende Rechte nicht ausgeübt haben.<sup>62</sup> Die so betroffenen Arbeitnehmer können verlangen, dass die rechtswidrige Benachteiligung durch den Arbeitgeber unterbleibt.

Zu prüfen wäre auch, ob einige Vertragsgestaltungen, die das BAG als unzulässige Gesetzesumgehung einzustufen versuchte, nicht eher § 612a BGB zuzuordnen sind. Wird die ordentliche Kündigung des Arbeitnehmers vertraglich mit einseitigen Nachteilen sanktioniert (Abfindungen,<sup>63</sup> Vertragsstrafen<sup>64</sup> oder Kautionsverfall<sup>65</sup>), dann erleidet der Arbeitnehmer dadurch Nachteile, dass er von einem von der Rechtsordnung vorgesehenen Recht der ordentlichen freien Kündigung Gebrauch macht.<sup>66</sup> Durch die benachteiligende Vereinbarung wird die „Entscheidungsfreiheit erheblich eingeschränkt“.<sup>67</sup> Die Benachteiligung erfolgt überdies auch nur „wegen“ der Inanspruchnahme des Kündigungsrechts. Dies ist genau die normative Ausgangslage des § 612a BGB. 46

## IV. Angemessenheitskontrolle bei vorformulierten Verträgen

### 1. Ausgangspunkte

Rechtstatsächlich sind der **formulärmäßige Vertrag** und die für eine Vielzahl von Verträgen **arbeitgeberseitig gestellten Vertragsbedingungen** der Regelfall (vgl. I B Rz. 3). Das Bundesarbeitsgericht unterscheidet bislang durchgängig nicht zwischen formulärmäßigen und **individuell ausgehandelten Vereinbarungen** (vgl. I A Rz. 100). Dies ist allerdings unverzichtbar, wenn eine einheitliche Bewertung vergleichbarer Problemlagen im Privatrechtssystem möglich werden soll.<sup>68</sup> Die Kautelarjurisprudenz wird die Bestandskraft ihrer Vertragsgestaltungen nur stärken können, wenn sie sich mehr individuellen Lösungen als standardisierten Massenbedingungen zuwendet. 47

Durch das **Schuldrechtsmodernisierungsgesetz** (vom 26. 11. 2001, BGBl. I S. 3138) ist im Bereich der Inhaltskontrolle und der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht eine Zäsur eingetreten. Das in das BGB integrierte AGB-Gesetz findet jetzt kraft geänderter Bereichsausnahme in § 310 Abs. 4 BGB ab dem 1. 1. 2002 auf neu geschlossene Verträge (seit 1. 1. 2003 auch auf Altverträge, Art. 229 § 5 EGBGB) auch auf das Arbeitsrecht Anwendung. Dadurch wird die bislang auf der Basis unsicherer Generalklauseln vollzogene Angemessenheitskontrolle jetzt auf eine sichere Rechtsbasis gestellt. 48

Der Gesetzgeber wollte mit der Streichung der Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht die im Bereich der Inhaltskontrolle festzustellende Unsicher-

62 BAG v. 12. 6. 2002, NZA 2002, 1389; BAG v. 7. 11. 2002, DB 2003, 828.

63 Vgl. BAG v. 6. 9. 1989, EzA § 622 BGB n. F. Nr. 26.

64 BAG v. 9. 3. 1972, AP Nr. 12 zu § 622 BGB.

65 BAG v. 11. 3. 1971, AP Nr. 9 zu § 622 BGB.

66 Vgl. BAG v. 6. 9. 1989, EzA § 622 BGB n. F. Nr. 26 unter II 2.

67 BAG v. 6. 9. 1989, EzA § 622 BGB n. F. Nr. 26.

68 Hierzu *Preis*, Vertragsgestaltung, §§ 7, 9–11.

---

## Arbeitnehmerüberlassung

	Rz.		Rz.
1. Einführung .....	1	e) Arbeitsunfähigkeit und Entgeltfortzahlung .....	23
2. Klauseln .....	11	f) Haftung des Leiharbeitnehmers	24
a) Vertragslaufzeit .....	11	g) Weitere arbeitnehmerüberlassungsrechtliche Besonderheiten	25
b) Tätigkeit des Leiharbeitnehmers .....	12	3. Hinweise zur Vertragsgestaltung ..	26
c) Gleichbehandlungsgrundsatz ..	13		
d) Reisekosten und andere Aufwendungen .....	20		

**Schrifttum:** *Benkert*, Änderungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz durch „Hartz III“, BB 2004, 998; *Furier/Kaus*, Leiharbeitnehmer im Betrieb, AiB 2004, 360; *Grimm/Brock*, Das Gleichbehandlungsgebot nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats des Entleiherbetriebs, DB 2003, 1113; *Grimm/Brock*, Praxis der Arbeitnehmerüberlassung, 2004; *Grobys/Schmidt/Brockner*, Verfassungsmäßigkeit von „Equal Pay“?, NZA 2003, 777; *Kokemoor*, Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung durch die Hartz-Umsetzungsgesetze – Überblick über das seit dem 1. 1. 2003 geltende Recht, NZA 2003, 238; *Lembke*, Die „Hartz-Reform“ des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BB 2003, 98; *Raab*, Europäische und nationale Entwicklungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2003, 389; *Reim*, Neue Flexibilität bei der Leiharbeit, ZTR 2003, 106; *Rieble/Klebeck*, Lohngleichheit für Leiharbeit, NZA 2003, 23; *Schüren/Behrend*, Arbeitnehmerüberlassung nach der Reform – Risiken der neuen Freiheit, NZA 2003, 521; *Thüsing*, Equal Pay bei Leiharbeit, DB 2003, 446; *Ulber*, Arbeitnehmer in Zeitarbeitsfirmen, 2. Auflage 2004; *Urban-Crell/Schulz*, Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung, 2003; *Waas*, Das Spannungsverhältnis von Tarifvertrag und Gesetz beim Grundsatz der Entgeltgleichheit im neuen AÜG, BB 2003, 2175; *Wank*, Neuere Entwicklungen im Arbeitnehmerüberlassungsrecht, RdA 2003, 1.

### 1. Einführung

- 1 Zunehmende Bedeutung in der betrieblichen Praxis hat die Arbeitnehmerüberlassung erlangt.<sup>1</sup> In Form der „vermittlungsorientierten Arbeitnehmerüberlassung“ wird sie von der Kommission für Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt („Hartz-Kommission“) des Weiteren als ein wesentliches Mittel zur Integration von Arbeitslosen in den ersten Arbeitsmarkt angesehen.<sup>2</sup> Im Zuge der Umsetzung der Ergebnisse der „Hartz-Kommission“ ist mit der Zielsetzung, die Verbreitung der Arbeitnehmerüberlassung zu fördern, auch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) umfassend reformiert worden. Kennzeichen dieser auch als Zeit- oder Leiharbeit bekannten Arbeitsform ist es, dass ein **Arbeitgeber (Verleiher)** einem **Dritten (Entleiher)**

---

1 So stieg nach der amtlichen Statistik der Bundesagentur für Arbeit allein die Anzahl der Verleihbetriebe mit hauptsächlichem Betriebszweck Arbeitnehmerüberlassung von 2139 Unternehmen im Jahr 1990 auf 14 390 im ersten Halbjahr 2007 an.

2 Vgl. Abschlussbericht der Kommission für Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, 147 ff.

bei ihm **angestellte Arbeitskräfte (Leiharbeitnehmer)** vorübergehend **zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt**. Der Leiharbeitnehmer wird entsprechend den Erfordernissen des Entleihers in dessen Betrieb eingegliedert und untersteht seinem Weisungsrecht. Ein arbeitsvertragliches Verhältnis wird zwischen diesen beiden jedoch nicht begründet. **Vertragliche Beziehungen** bestehen damit **nur** zwischen **dem Entleiher und dem Verleiher**, die einen (Arbeitnehmer-)Überlassungsvertrag begründen, sowie zwischen **dem Verleiher und dem Arbeitnehmer**. Dies ist für den entleihenden Unternehmer besonders vorteilhaft, da er, ohne eine arbeitsvertragliche Bindung einzugehen, einen Arbeitnehmer zeitlich beschränkt in seinem Betrieb beschäftigen kann, um so flexibel auf wechselnden Arbeitsbedarf zu reagieren oder den Arbeitnehmer zu erproben.

Den **Verleiher** treffen grundsätzlich alle Haupt- und Nebenpflichten eines Arbeitgebers. So ist er insbesondere zur Vergütung des Leiharbeitnehmers verpflichtet, was alle Lohn- und Lohnersatzleistungen wie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder bei Beurlaubung einschließt. Zudem trägt der Verleiher als Arbeitgeber das **Beschäftigungsrisiko** und muss so die Vergütung auch dann erbringen, wenn er wegen fehlender Überlassungsmöglichkeiten den Arbeitnehmer nicht beschäftigen kann. Als Hauptleistungspflicht schuldet der **Leiharbeitnehmer** die Leistung von abhängiger Arbeit, die in der Regel aber im Betrieb eines Entleihers erbracht wird. Daneben trifft den Leiharbeitnehmer eine besondere Treuepflicht gegenüber dem Verleiher, die sich z. B. in der Pflicht zur Verschwiegenheit und zur Unterlassung von Konkurrenzaktivität äußert. Dies hindert den Arbeitnehmer jedoch nicht, nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Verleiher ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zu begründen. Etwaige Vereinbarungen, die dies verhindern oder erschweren sollen, sind gemäß § 9 Nr. 4 AÜG unwirksam. 2

Das Rechtsverhältnis, auf Grund dessen sich der Verleiher verpflichtet, dem Entleiher Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen, beruht in der Regel auf einem **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag**. Dabei handelt es sich um einen Vertragstyp eigener Art („sui generis“) als Unterfall eines Dienstverschaffungsvertrags. Grundsätzlich trägt der Verleiher dabei für die gesamte Überlassungszeit das **Personalbeschaffungsrisiko**.<sup>3</sup> Daher muss er auch nach Arbeitsantritt des Leiharbeiters im Entleiherbetrieb dafür Sorge tragen, dass ein leistungsbereiter und leistungsfähiger Arbeitnehmer zur Verfügung steht. Überdies kann der Entleiher so jederzeit die Auswechslung eines ungeeigneten Arbeitnehmers verlangen. Im Gegenzug beschränkt sich die Haftung des Verleihers auf die sachgerechte Auswahl des Leiharbeitnehmers.<sup>4</sup> Damit haftet der Verleiher insbesondere nicht für ein Verschulden des Leiharbeiters durch Pflichtverletzungen bei der Tätigkeit im Betrieb des Entleihers. 3

<sup>3</sup> Schüren/Schüren, AÜG, Einl. Rz. 304; ErfK/Wank, Einl. AÜG Rz. 17; Ulber, AÜG, § 1 Rz. 132, § 12 Rz. 9; anders BAG v. 5. 5. 1992, AP Nr. 97 zu § 99 BetrVG 1972 = NZA 1992, 1044, wonach die Leistungspflicht des Verleihers endet, wenn er den oder die Leiharbeitnehmer ausgewählt und dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat.

<sup>4</sup> ErfK/Wank, Einl. AÜG Rz. 26.

- 4 Für das **Verhältnis** zwischen dem **Entleiher** und dem **Leiharbeitnehmer** ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, dass jedenfalls im Regelfall **kein Arbeitsverhältnis** zwischen diesen Parteien des Leihgeschäfts besteht. Der Entleiher hat jedoch ein aus dem Leiharbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer abgeleitetes **eigenständiges Forderungsrecht** auf die Arbeitsleistung.<sup>5</sup> Dies wirkt sich insbesondere auf die Haftung des Leiharbeiters gegenüber dem Entleiher aus. Im Vergleich zu einer rein deliktischen Haftung nach § 823 BGB kommt der Arbeitnehmer auf der einen Seite auch für reine Vermögensschäden des Entleihers auf. Auf der anderen Seite genießt er hingegen die Vorzüge der Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleiches.<sup>6</sup>
- 5 Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG benötigt der Verleiher, der gewerbsmäßig Arbeitnehmer überlässt, eine **Erlaubnis**, die bei der zuständigen Regionaldirektion der Bundesagentur für Arbeit beantragt werden kann. **Erlaubnisfrei** ist hingegen jede **nicht gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung**, die nur gelegentlich oder ohne Gewinnerzielungsabsicht erfolgt.<sup>7</sup> Gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ein Arbeitnehmer in dem Betrieb seines Arbeitgebers regelmäßig seine Arbeitsleistung erbringt und nur in Ausnahmesituationen einem anderen Unternehmen gegen Vergütung zur Arbeitsleistung überlassen wird.
- 6 Überlässt der Verleiher **ohne** eine wirksame **Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis** Arbeitnehmer in einen Entleiherbetrieb, so ist gemäß **§ 9 Nr. 1 AÜG** der **Arbeitsvertrag** zwischen Verleiher und Leiharbeiter und der **Überlassungsvertrag** zwischen Verleiher und Entleiher *ex nunc* **unwirksam**. Überdies wird im **Verhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer** bei fehlender Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihers gemäß § 10 Abs. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis **fingiert**. Daher ist der Verleiher auch gemäß §§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG verpflichtet, Leiharbeitnehmer und Entleiher über eine bestehende Überlassungserlaubnis im Leiharbeits- bzw. Überlassungsvertrag zu informieren. **Nicht erlaubnisfähig und damit verboten** ist – vorbehaltlich der in § 1b AÜG aufgeführten Ausnahmetatbestände – die Arbeitnehmerüberlassung im **Bereich des Baugewerbes**.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Schüren/Schüren, AÜG, Einl. Rz. 162; ErfK/Wank, Einl. AÜG Rz. 41. Insoweit handelt es sich bei dem Leiharbeitsvertrag nach umstrittener Ansicht um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter nach § 328 BGB.

<sup>6</sup> BGH v. 10. 7. 1973, NJW 1973, 2020; Waltermann, RdA 2005, 98 (100).

<sup>7</sup> BAG v. 21. 3. 1990, AP Nr. 15 zu § 1 AÜG = NZA 1991, 269; BAG v. 15. 4. 1999, AP Nr. 1 zu § 13 AÜG = NZA 2000, 102.

<sup>8</sup> Ausführlich zur Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe Schüren/Hamann, AÜG, § 1b Rz. 25 ff. Es ist allerdings zu beachten, dass eine nach § 1b Satz 1 AÜG unzulässige Arbeitnehmerüberlassung nicht zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer führt, da eine analoge Anwendung von §§ 10 Abs. 1 Satz 1, 9 Nr. 1 AÜG nicht in Betracht kommt, BAG v. 13. 12. 2006, AP Nr. 31 zu § 1 AÜG = NZA 2007, 751.

Abzugrenzen ist die Arbeitnehmerüberlassung von anderen Formen drittbezogener Personalüberlassung, insbesondere auf der Grundlage von Werk- oder Dienstverträgen. Bei letzteren organisiert der Unternehmer die zur Erreichung des wirtschaftlichen Erfolges erforderlichen Handlungen selbst und bedient sich als Arbeitgeber seiner **Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen**, die diesem wiederum weisungsgebunden sind.<sup>9</sup> Dem steht nicht entgegen, dass der einzelne Arbeitnehmer im Betrieb des Drittunternehmers tätig wird und dabei Anweisungen des Drittunternehmers erhält, da dies regelmäßig auf Grund der Art der Dienstleistung bzw. des Werkes, z. B. bei Installation einer EDV-Anlage oder der Sichtung von Betriebsunterlagen durch einen Unternehmens- oder Steuerberater, unerlässlich ist.

Maßgebliche Abgrenzungskriterien sind dabei z. B. die Folgenden: 8

- **Weisungsrecht:** Im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung untersteht der Leiharbeiter dem umfassenden arbeitsrechtlichen Weisungsrecht des Entleihers, beim Werk- oder Dienstvertrag sind hingegen die Weisungen des Bestellers auf den konkreten Vertragsgegenstand begrenzt und der Unternehmer übt ein umfassendes Weisungsrecht gegenüber den von ihm mit der Herstellung des Werkes bzw. zur Erbringung der Dienstleistung betrauten Arbeitnehmer aus.
- **Leistungsgegenstand:** Im Gegensatz zur – im Arbeitsverhältnis enthaltenen – abstrakten Arbeitspflicht, bei der kein bestimmter Erfolg, sondern die Tätigkeit vom Arbeitnehmer geschuldet wird, ist zumindest beim Werkvertrag ein abgrenzbarer werkvertragsfähiger Leistungsgegenstand erforderlich.
- **Unternehmerrisiko:** Bei der Leiharbeit haftet der Verleiher grundsätzlich nur für Verschulden bei der Auswahl des Leiharbeitnehmers, im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages ist der Dienst- oder Werkunternehmer zur Erfüllung und ggf. zur Gewährleistung verpflichtet.

Dabei entscheidet der **Geschäftsinhalt** über die rechtliche Einordnung eines Vertrages. Dieser Geschäftsinhalt kann sich aus einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien oder der praktischen Durchführung des Vertrages ergeben. Im Zweifel ist jedoch stets die tatsächliche Durchführung maßgebend.<sup>10</sup>

Daneben ist die Leiharbeit von der Gebrauchsüberlassung von Sachgegenständen mit Bedienpersonal abzugrenzen, bei der ein Unternehmer im Rahmen eines Vertrages, der – wie etwa ein Miet-, Leasing- oder Kaufvertrag – die **Überlassung von Sachmitteln** zum Gegenstand hat, einem Dritten Maschinen oder Geräte **mit Bedienpersonal** derart zur Verfügung stellt, dass der Dritte den Einsatz der Maschinen oder Geräte mit dem dazugehörigen Personal nach seinen eigenen betrieblichen Erfordernissen selbst be-

<sup>9</sup> BAG v. 30. 1. 1991, AP Nr. 8 zu § 10 AÜG = NZA 1992, 19; BAG v. 22. 6. 1994, AP Nr. 16 zu § 1 AÜG = NZA 1995, 462; BAG v. 18. 2. 2003, AP Nr. 5 zu § 13 AÜG = DB 2003, 2181.

<sup>10</sup> BAG v. 22. 6. 1994, AP Nr. 16 zu § 1 AÜG = NZA 1995, 462; BGH v. 25. 6. 2002, AP Nr. 11 zu § 139 ZPO = NZA 2002, 1086.

stimmt und organisiert. Nach der Rechtsprechung des BAG bestimmt sich die Rechtsform anhand des überwiegenden Vertragsbestandteils, wobei dabei maßgeblich der **Sinn und Zweck des Vertrages** zu berücksichtigen ist. Eine Arbeitnehmerüberlassung ist danach nicht gegeben, wenn die Gebrauchsüberlassung des Gerätes im Vordergrund steht und der Einsatz des Personals **nur dienende Funktion** hat, indem er die Nutzung des Gerätes erst ermöglicht. Arbeitnehmerüberlassung ist hingegen gegeben, wenn der Vertrag schwerpunktmäßig auf die Verschaffung der Arbeitsleistung des Personals gerichtet ist und die Überlassung des Gerätes demgegenüber nur untergeordnete Bedeutung hat. Eine rein wertmäßige Betrachtungsweise ist unzureichend, da gerade die Bedienung wertvoller Spezialmaschinen oder -geräte mit komplizierter Technologie häufig auch ein dafür besonders ausgebildetes, hoch qualifiziertes und damit entsprechend teures Bedienungspersonal erfordert. Damit ist z. B. bei der Miete eines Baukrans mit Gestellung eines Kranführers oder der Überlassung eines Frachtflugzeuges einschließlich fliegenden Personals keine Arbeitnehmerüberlassung gegeben.<sup>11</sup>

- 10 Gemäß § 1 Abs. 3 AÜG werden drei Fallgruppen der Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Dies betrifft die Arbeitnehmerüberlassung auf Grund eines Tarifvertrages zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen, Nr. 1, zwischen Konzernunternehmen, Nr. 2, oder auf Grund zwischenstaatlicher Vereinbarung in das Ausland, Nr. 3. Die Überlassung von Arbeitnehmern zwischen zwei Konzernunternehmen (**Konzernleihe**) ist damit **erlaubnisfrei** möglich, soweit auf individualrechtlicher Ebene ein entsprechendes Versetzungsrecht des Arbeitgebers besteht<sup>12</sup> und der Arbeitseinsatz im anderen Konzernunternehmen nur vorübergehend erfolgt. Entscheidend ist hierfür, ob nach der für die Arbeitnehmerüberlassung maßgeblichen Regelung der Arbeitnehmer in das ursprüngliche Unternehmen zurückkehren soll oder ob er endgültig aus diesem Unternehmen ausscheidet.<sup>13</sup> Nicht mehr umfasst sind damit in der Regel konzernzugehörige Personalführungsgesellschaften, die allein der Personalreserve dienen, und so dem AÜG unterfallen.<sup>14</sup> Eine einseitige Rückkehroption des Arbeitnehmers bzw. verbindliche Rückkehrzusage des Arbeitgebers reicht für eine Qualifizierung als vorübergehend ebenfalls nicht aus.<sup>15</sup> Spezialgesetzliche Sonderregelungen, die einer Anwendung des AÜG vorgehen, bestehen daneben u. a. im Bereich eines Gesamthafenbetriebs, der Personen- und Güterbeförderung sowie des Bewachungsgewerbes.

11 BAG v. 17. 2. 1993, AP Nr. 9 zu § 10 AÜG = NZA 1993, 1125; *Kania*, NZA 1994, 871 (872); a.A. Schüren/*Hamann*, AÜG, § 1 Rz. 255; *Ulber*, Einleitung C Rz. 109.

12 Dazu vgl. → *Direktionsrecht und Tätigkeitsbeschreibung* (II D 30) Rz. 208 ff.

13 BAG v. 5. 5. 1988, AP Nr. 8 zu § 1 AÜG = NZA 1989, 18. Vorübergehend kann jedoch auch einen Zeitraum von mehreren Jahren erfassen, vgl. BAG v. 10. 3. 2004, NZA 2004, 1340 (1342).

14 BAG v. 20. 4. 2005, EZA § 14 AÜG Nr. 5 = NZA 2005, 1006; *Leuchten*, FS 25 Jahre AG Arbeitsrecht, 927 (932).

15 Schüren/*Hamann*, AÜG, § 1 Rz. 556; a. A. Hess. LAG v. 26. 5. 2000, DB 2000, 1968; wohl auch LAG Rheinland-Pfalz v. 3. 5. 2006 – 10 Sa 913/05, n.v.

## 2. Klauseln

### a) Vertragslaufzeit

#### Typ 1: Unbefristetes Arbeitsverhältnis

Der Arbeitnehmer wird mit Wirkung vom ... an zur Beschäftigung im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung angestellt.

Wie jedes andere (unbefristete) Arbeitsverhältnis auch, kann das Leiharbeitsverhältnis vom Arbeitgeber oder Arbeitnehmer durch ordentliche oder außerordentliche Kündigung beendet werden. Eine Besonderheit bei der Beendigung eines Leiharbeitsverhältnisses ergibt sich bei der **betriebsbedingten Kündigung** durch den Arbeitgeber aufgrund des **Fehlens von Beschäftigungsmöglichkeiten mangels geeigneter Überlassungsaufträge**. Da sich das Wesen der Arbeitnehmerüberlassung dadurch auszeichnet, dass die Arbeitnehmer oft kurzfristig bei wechselnden Auftraggebern eingesetzt werden, ist es notwendig, an die für eine betriebsbedingte Kündigung notwendige Prognose des Arbeitsplatzwegfalls dezidierte Anforderungen zu stellen.<sup>16</sup> So muss der Arbeitgeber an Hand der Auftrags- und Personalplanung darlegen, dass es sich nicht lediglich um eine kurzfristige Auftragschwankung handelt, sondern um einen dauerhaften Auftragsrückgang. Jedenfalls dann, wenn in der Vergangenheit regelmäßig Einsatzmöglichkeiten für den Leiharbeitnehmer vorgelegen haben, ohne dass es zu längeren Unterbrechungen gekommen ist, muss angenommen werden, dass eine solche Beschäftigungsmöglichkeit auch in der Zukunft besteht.<sup>17</sup> **Kurzfristige Auftragslücken** gehören mithin zum **unternehmerischen Risiko** des **Verleihers** und können eine betriebsbedingte Kündigung nicht sozial rechtfertigen.<sup>18</sup> Inwieweit es dem Arbeitgeber dann **zumutbar** ist, den Vertrag mit einem Leiharbeitnehmer auch in einer auftragslosen Zeit aufrecht zu erhalten, muss im Einzelfall unter Berücksichtigung der jeweiligen **Beschäftigungssituation** im Verleihunternehmen beurteilt werden. Insofern kann die Drei-Monats-Frist des § 9 Nr. 3 AÜG a.F. nicht als grundsätzlich dem Verleiher zumutbarer Überbrückungszeitraum herangezogen werden.<sup>19</sup>

16 BAG v. 18. 5. 2006, AP Nr. 7 zu § 9 AÜG = NZA 2006, 1007. Ob diese Entscheidung die Prognoselast des Verleiharbeitgebers (insbesondere im Vergleich zu anderen Arbeitgebern) erhöht, wird uneinheitlich beantwortet. In diesem Sinne *Bayreuther*, RdA 2007, 176 (179); a. A. *Dahl*, DB 2006, 2519 (2520). Vgl. auch *Hamann*, EzA § 1 KSchG Nr. 146.

17 LAG Köln v. 10. 12. 1998, AiB 2000, 55 = NZA 1999, 991; *Thüsing/Pelzner*, AÜG, § 3 Rz. 115; gegen den Schluss aus vergangenen Einsatzzeiten auf zukünftige Beschäftigungsmöglichkeiten *Hamann*, EzA § 1 KSchG Nr. 146, BI 3.

18 BAG v. 18. 5. 2006, AP Nr. 7 zu § 9 AÜG = NZA 2006, 1007; LAG Köln v. 3. 6. 2005, EzAÜG KSchG Nr. 14; LAG Köln v. 10. 12. 1998, AiB 2000, 55 = NZA 1999, 991; *Schüren/Behrend*, NZA 2003, 521 (524).

19 BAG v. 18. 5. 2006, AP Nr. 7 zu § 9 AÜG = NZA 2006, 1007; *Hiekel*, FS 25 Jahre AG Arbeitsrecht, 333 (340 ff.); a. A. und weiterhin auf drei Monate abstellend

**Typ 2: Befristetes Arbeitsverhältnis**

- a) Der Arbeitnehmer wird für die Dauer der Wintersaison 2004/05 vom ... bis zum ... als Servicekraft eingestellt. Der Arbeitnehmer erbringt seine Arbeitsleistung im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung an die Gastronomiebetriebe ...
- b) Der Arbeitnehmer wird befristet vom ... bis zum ... eingestellt. Die Befristung erfolgt auf Grundlage von § 14 Abs. 2 TzBfG.

Hinsichtlich der **Befristung** von **Leiharbeitsverhältnissen** sind mit dem besonderen arbeitnehmerüberlassungsrechtlichen Befristungstatbestand sowie dem Synchronisationsverbot, d. h. dem Verbot der Kopplung von Befristungs- und Überlassungsdauer, **wesentliche Beschränkungen aufgehoben** worden. Nunmehr ist die Wirksamkeit der Befristung eines Leiharbeitsverhältnisses an den **allgemeinen Grundsätzen des TzBfG** zu messen. Daher kommen insbesondere die Befristung ohne sachlichen Grund unter den Voraussetzungen von § 14 Abs. 2 bzw. Abs. 3 TzBfG sowie die Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG in Betracht.<sup>20</sup> Dabei kann jedoch grundsätzlich die Tatsache, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung erbringt, eine Befristung sachlich nicht rechtfertigen.<sup>21</sup> Die sachliche Begründung ist unmittelbar dem Verhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher zu entnehmen, da das Leiharbeitsverhältnis naturgemäß auf aufeinander folgende, zeitlich begrenzte Einsätze bei verschiedenen Entleiherunternehmen ausgerichtet ist und der Verleiher das Beschäftigungsrisiko<sup>22</sup> trägt. Auch der Sachgrund des vorübergehenden Bedarfs an Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG kann eine Befristung nur tragen, wenn die Nachfrage nach Leiharbeitern auf Grund ihrer Verwendbarkeit nur vorübergehend ist, wie z. B. bei Erntehelfern oder Saisonarbeitern. Bezüglich der sachgrundlosen Befristung gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG ist zu beachten, dass nach umstrittener Rechtsprechung des BAG selbst dann keine rechtsmissbräuchliche Umgehung des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG vorliegt, wenn der Leiharbeitnehmer an einen Arbeitgeber entliehen wird, bei welchem er zuvor noch sachgrundlos befristet beschäftigt war.<sup>23</sup> Somit

Schüren/Schüren, AÜG, Einl. Rz. 267; Urban-Crell/Schulz, AÜG, Rz. 454; noch weitergehender Ulber, AÜG, § 1 Rz. 91.

20 Ausführlich zu den einzelnen Befristungstatbeständen bei Leiharbeitsverhältnissen vgl. Böhm, RdA 2005, 360, zur sachgrundlosen Befristung Brose, DB 2008, 1378 (1380 ff.).

21 Düwell/Dahl, NZA 2007, 889 (891); Schüren/Behrend, NZA 2003, 521 (522); ErfK/Wank, Einl. AÜG Rz. 7; a. A.: Boemke/Lembke, AÜG, § 9 Rz. 225 f.; Thüsing, DB 2003, 446.

22 BAG v. 18. 5. 2006, AP Nr. 7 zu § 9 AÜG = NZA 2006, 1007 bezüglich betriebsbedingten Kündigungen; diese Entscheidung auf die Befristung übertragend Bayreuther, RdA 2007, 176 (180); Dahl, DB 2006, 2519 (2520 f.); Düwell/Dahl, NZA 2007, 889 (891).

23 BAG v. 18. 10. 2006, EzA § 14 TzBfG Nr. 35 = NZA 2007, 443; BAG v. 17. 1. 2007, NZA 2007, 566 (570); Düwell/Dahl, NZA 2007, 889 (891 f.); a. A. LAG Berlin v. 7. 1. 2005, NZA-RR 2005, 353; Schüren/Schüren, AÜG, Einl. Rz. 250; Hiekel, FS 25 Jahre AG Arbeitsrecht, 333 (336).



wird im Rahmen des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG maßgeblich auf die formale Arbeitgeberposition abgestellt.

#### **Nicht geeignet:**

Der Arbeitnehmer wird vom ... an im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung an den Entleiher ... eingestellt. Das Arbeitsverhältnis endet mit Beendigung der Überlassung an den Entleiher ..., spätestens jedoch zum ...

#### **b) Tätigkeit des Leiharbeitnehmers**

##### **Typ 3: Tätigkeitsbeschreibung**

- a) Der Mitarbeiter wird als Elektriker eingestellt. Diese Tätigkeit erbringt der Mitarbeiter im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung. Der Mitarbeiter wird an Kunden (Entleiher) des Unternehmens zur Leistung der vertraglich geschuldeten Aufgaben überlassen. Der Mitarbeiter erklärt sich damit einverstanden, an wechselnden Einsatzorten auch außerhalb seines Wohnsitzes eingesetzt zu werden.
- b) Der Mitarbeiter wird im Betrieb des Unternehmens als Elektriker eingestellt. Der Mitarbeiter kann je nach Auftragslage entweder im eigenen Betrieb oder bei Kunden des Unternehmens eingesetzt werden.
- c) Während der Überlassung an einen Entleiher unterliegt der Mitarbeiter im Rahmen dieses Vertrages dem Direktionsrechts des Entleihers. Das Unternehmen ist berechtigt, den Mitarbeiter jederzeit von seinem Einsatzort abzurufen und ihn anderweitig einzusetzen.

Da der Leiharbeitnehmer in der Regel die geschuldete Arbeitsleistung nicht im Betrieb des Verleihers erbringt, muss dies bei der Tätigkeitsbeschreibung entsprechend berücksichtigt werden, wie sich für die Übertragung der zu erbringenden Dienstleistung aus § 613 Satz 2 BGB und in Bezug auf den Arbeitsort auch aus §§ 11 Abs. 1 AÜG, 2 Abs. 1 Nr. 4 NachweisG ergibt. Daher muss sich der Arbeitgeber die Überlassung an unterschiedliche Entleiher und den Einsatz an wechselnden Arbeitsorten vertraglich vorbehalten und gegebenenfalls das räumliche Einsatzgebiet abgrenzen. Vergleichbares gilt für **Mischbetriebe**, in denen nicht ausschließlich Arbeitnehmerüberlassung betrieben wird, sondern Leiharbeitnehmer auch im Betrieb des Verleihers eingesetzt werden, vgl. Klauseltyp 3b). Schließlich ist Kennzeichen der Leiharbeit, dass für die Dauer der Überlassung das Weisungsrecht vom Entleiher arbeitsplatzbezogen, d. h. bezüglich der individuellen Arbeitsausführung, ausgeübt wird, vgl. Klauseltyp 3c).

#### **c) Gleichbehandlungsgrundsatz**

Eine entscheidende Neuregelung im Zuge der „Hartz-Reformen“ ist die Normierung eines **Diskriminierungsverbots** von Leiharbeitnehmern in §§ 3

Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG. Danach ist der Verleiher verpflichtet, dem Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen **einschließlich des Arbeitsentgelts („Equal Pay“)** zu gewähren. Bezugspunkt der Gleichbehandlung sind diejenigen **Stammarbeiter** im Betrieb des Entleihers, die **dieselben** oder zumindest **ähnliche Tätigkeiten** wie der Leiharbeiter ausüben. Gegebenenfalls kann die Vergleichsgruppe durch weitere Merkmale wie Alter, besondere Qualifikation oder Ausbildung konkretisiert werden. Fehlt eine vergleichbare Arbeitnehmergruppe im Beschäftigungsbetrieb, so ist auf die **üblichen Arbeitsbedingungen** vergleichbarer Arbeitnehmer **in anderen Betrieben** abzustellen. Schließlich können zu ihrer Ermittlung auch einschlägige Tarifverträge herangezogen werden.<sup>24</sup>

- 14 Wie schon die Gesetzesbegründung<sup>25</sup> zeigt, ist der Begriff der **wesentlichen Arbeitsbedingungen weit** zu verstehen. Damit sind unter **Arbeitsentgelt** nicht nur laufender Arbeitslohn, sondern auch Zuschläge, Ansprüche auf Entgeltfortzahlung und Sozialleistungen sowie andere Lohnbestandteile zu verstehen. **Übrige Arbeitsbedingungen** schließen insbesondere umfassende Regelungen zur Arbeitszeit einschließlich Überstunden, Pausen, Ruhe- und Nachtarbeitszeiten sowie Urlaubsregelungen ein.
- 15 Eine Gleichbehandlungspflicht besteht gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 2–4, 9 Nr. 2 Hs. 2–4 AÜG nicht bei der Beschäftigung eines vormals arbeitslosen Arbeitnehmers oder bei der Bindung an einen Leiharbeitervertrag sowie aus sachlichem Grund.<sup>26</sup> Dabei kann bei der Beschäftigung eines vormals arbeitslosen Arbeitnehmers für die Gesamtdauer von sechs Wochen vom Gleichbehandlungsgrundsatz abgewichen werden, wenn es sich um die **Ersteinstellung**<sup>27</sup> des Arbeitnehmers als Leiharbeiter beim Verleiher handelt und der gewährte **Nettolohn** des Arbeitnehmers **mindestens** dem Betrag des **zuletzt bezogenen Arbeitslosenentgeltes** entspricht.

24 *Boemke/Lembke*, AÜG, § 9 Rz. 57; *Schüren/Schüren*, AÜG, § 9 Rz. 135; *Lembke*, BB 2003, 98 (100); a. A. *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23 (24); *Thüsing*, DB 2003, 446 (447 f.), nach denen das Gleichbehandlungsgebot im Falle fehlender vergleichbarer Arbeitnehmer leer läuft.

25 BT-Drucks. 15/25, S. 38; vgl. auch 10. Erfahrungsbericht zum AÜG, BT-Drs. 15/6008, S. 9. Gemäß *ErfK/Wank*, § 3 AÜG, Rz. 19 und *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2007, Rz. 807 ist zur Bestimmung der Wesentlichkeit der Arbeitsbedingungen abschließend auf Art. 3 I lit. d des Richtlinienentwurfs der EG v. 20. 3. 2002 KOM (2002) 149 endg. – 2002/0072 (COD) zurückzugreifen. Gegen diesen Rückgriff spricht jedoch, dass die Richtlinie bisher nicht verabschiedet wurde, so auch *Lembke*, BB 2003, 98 (100); *Thüsing/Pelzner*, AÜG, § 3 Rz. 60.

26 *Boemke/Lembke*, AÜG, § 9 Rz. 156; *Lembke*, BB 2003, 98 (103); *Thüsing/Mengel*, AÜG, § 9 Rz. 47; gegen die generelle Einbeziehung von sachlichen Gründen *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rz. 848.

27 *ErfK/Wank*, § 3 Rz. 28; *Ulber*, AÜG, § 9 Rz. 117; a. A. *Thüsing/Mengel*, AÜG, § 9 Rz. 36, welche nur die zeitnahe Neueinstellung des Leiharbeitnehmers vom Anwendungsbereich der Ausnahmeregel herausnehmen will.

Des Weiteren kann auf Grundlage eines **Tarifvertrages** vom Grundsatz der Gleichbehandlung abgewichen werden. Dabei findet dieser Ausnahmetatbestand nicht nur bei beiderseitiger Tarifbindung der Tarifvertragsparteien, sondern auch bei einzelvertraglicher Inbezugnahme des Tarifvertrages Anwendung, wie §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 4, 9 Nr. 2, Hs. 4 AÜG ausdrücklich klarstellen. Da der Grundsatz der Gleichbehandlung vielmehr Mindestarbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer als eine Gleichbehandlungspflicht festlegt, begegnet diese Regelung einigen **verfassungsrechtlichen Bedenken**.<sup>28</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat diese in seinem Nichtannahmebeschluss vom 29. 12. 2004 allerdings zurückgewiesen.<sup>29</sup> In der Praxis äußert sich die Akzeptanz dieser Regelung jedenfalls durch den Abschluss von Tarifverträgen.<sup>30</sup> Vor dem Hintergrund, dass der Leiharbeitnehmer regelmäßig bei einer Vielzahl von Entleihern eingesetzt wird und so eine Vielzahl unterschiedlicher Arbeitsbedingungen vom Verleiher zu berücksichtigen sind, erleichtert sich die Vertragsgestaltung und -durchführung bei bestehender Tarifbindung bzw. Bezugnahme erheblich.

#### Typ 4: Arbeitszeitregelung

- a) Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt ... Stunden. Während der Überlassung an einen Entleiher richtet sich die regelmäßige Arbeitszeit nach der für einen vergleichbaren Arbeitnehmer im Betrieb des Entleihers maßgeblichen Arbeitszeit.
- b) Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit und der Pausen werden vom Unternehmen festgelegt. Während der Überlassung an einen Entleiher finden die im Entleiherbetrieb geltenden Arbeits- und Pausenzeiten Anwendung.

Problematisch ist, inwieweit die **Dauer der Arbeitszeit** ein zur Gleichbehandlung verpflichtendes Kriterium ist. Denn wenn ein nur **teilzeitbeschäftigter Leiharbeitnehmer** im Entleiherbetrieb auf Grund der Arbeitszeitregelung der Stammebelegschaft **in Vollzeit beschäftigt** wird, verstößt dies gegen das Verbot der **Diskriminierung von Teilzeitbeschäftigten**. Eine Gleichstellung kann in diesem Fall so nur entsprechend der täglichen Dauer der Arbeitszeit erfolgen.<sup>31</sup> Ähnliche Schwierigkeiten bestehen bezüglich der Ver-

28 Vgl. *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23 (27 ff.); *Grobys/Schmidt/Brockner*, NZA 2003, 777; *Kämmerer/Thüsing* Leiharbeit und Verfassungsrecht, 2005; *Thüsing*, DB 2003, 446 (449 f.); *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rz. 857 ff.

29 BVerfG v. 29. 12. 2004, AP Nr. 2 zu § 3 AEntG = NZA 2005, 153; hierzu *Bayreuther*, NZA 2005, 341; *Lembke*, BB 2005, 499; *Schüren*, RdA 2006, 303.

30 Vgl. 10. Erfahrungsbericht zum AÜG, BT-Drs. 15/6008, S. 10 f., sowie *Martin*, ArbUR 2004, 247 speziell zu den nach der Reform geschlossenen Tarifverträgen.

31 *Thüsing/Pelzner*, AÜG, § 3 Rz. 65. Nach *Boemke/Lembke*, AÜG, § 9 Rz. 74, 160, entzieht sich die Arbeitszeitdauer generell der Gleichbehandlung. Dagegen spricht, dass die Gesetzesbegründung die Dauer der Arbeitszeit ausdrücklich als wesentliche Arbeitsbedingung im Sinne des Gleichbehandlungsgebotes aufführt, BT-Drucks. 15/25, S. 38.

gleichbarkeit der **Lage der Arbeitszeiten**.<sup>32</sup> Hat die Stammbesellschaft feste Arbeitszeiten, könnte der Leiharbeiter – trotz anders lautender Vereinbarung mit dem Verleiher – nicht außerhalb dieser Zeiten beschäftigt werden. So könnte z. B. in einem produzierenden Betrieb keine Nachtschicht mehr ausschließlich mit Leiharbeitnehmern besetzt werden. Deshalb wird vereinzelt angenommen, dass auf Grund der unterschiedlichen Lage der Arbeitszeiten schon eine Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer ausscheidet.<sup>33</sup> Diese Ansicht ist aber abzulehnen, da die Vergleichbarkeit an die Tätigkeit der Arbeitnehmer und nicht an ihre Arbeitszeit anknüpft. Vielmehr kann hier eine Ausnahme von der Gleichbehandlungspflicht aus sachlichem Grund angenommen werden, die der Arbeitgeber insbesondere auf betriebliche Erfordernisse stützen kann.

#### Typ 5: Vergütungsregelung

- a) Für Zeiten, in denen der Leiharbeitnehmer nicht an einen Entleiher überlassen wird, erhält er für die vertragliche regelmäßige Arbeitszeit eine Vergütung in Höhe von ... Euro brutto/Tag. Mit dieser Vergütung ist Mehrarbeit für überlassungsfreie Zeiten abgegolten.
- b) Während der Überlassung an einen Entleiher erhält der Leiharbeitnehmer eine Vergütung, die mindestens der Vergütung eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers im Betrieb des Entleihers entspricht. Dem Leiharbeitnehmer werden vor der Überlassung die im Entleiherbetrieb maßgeblichen Entgeltregelungen mitgeteilt.

*Alternativ bei bereits konkret bestehender Überlassungsmöglichkeit:*

- c) Während der Überlassung an den Entleiher ... erhält der Leiharbeitnehmer eine der Vergütung eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Betrieb des Entleihers entsprechende Vergütung in Höhe von ... Euro brutto/Stunde.

Für Schicht-, Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit sowie vom Verleiher bewilligte Mehrarbeit erhält der Leiharbeitnehmer Zuschläge in folgender Höhe:

- aa) für Schichtarbeit ... %
- bb) für Nachtarbeit in der Zeit von ... Uhr bis ... Uhr ... %
- cc) für Sonntagsarbeit ... %
- dd) für Feiertagsarbeit ... %
- ee) für Mehrarbeit ... %

Beim Zusammentreffen mehrerer Zuschläge wird nur der jeweils höchste Zuschlag bezahlt.

<sup>32</sup> Auch hier den Vergleich verneinend *Boemke/Lembke*, AÜG, § 9 Rz. 74, 161.

<sup>33</sup> *Lembke*, BB 2003, 98 (101).

Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist der Verleiher verpflichtet, den Leiharbeiter über die wesentlichen Vertragsbedingungen entsprechend den Vorschriften des Nachweisgesetzes in Kenntnis zu setzen. Dies ist naturgemäß schwierig, wenn der Leiharbeiter bei einer Vielzahl von wechselnden Entleiherbetrieben eingesetzt wird. Bei Vertragsschluss sind daher insbesondere die Entgeltbedingungen des Leiharbeitnehmers für spätere Einsatzzeiten in der Regel nicht absehbar, so dass ein pauschaler Verweis auf den Gleichbehandlungsgrundsatz wie in Klauseltyp 5b) der Nachweispflicht des Arbeitgebers zunächst genügt. Der Verleiher ist aber verpflichtet, den Leiharbeiter zeitnah bei Kenntnis des konkreten Einsatzbetriebes über die entsprechenden Entgeltbedingungen zu informieren. Damit der Verleiher dieser Pflicht nachkommen kann, ist wiederum der Entleiher gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG zur Mitteilung der in seinem Betrieb geltenden Arbeitsbedingungen verpflichtet. Daneben ist gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AÜG ein Nachweis über Art und Höhe des Arbeitsentgeltes für verleihfreie Zeiten vom Verleiher zu führen, vgl. Klauseltyp 5a).

#### Typ 6: Gratifikation

Der Leiharbeiter, dessen Arbeitsverhältnis bis zum Jahresende besteht, erhält eine Gratifikation in Höhe eines Monatsgehalts, die mit der Gehaltsabrechnung für November abzurechnen und auszuzahlen ist. Auf diesen Anspruch auf Gratifikation wird ein gegebenenfalls bereits für Zeiten der Überlassung an einen Entleiher auf Grund der Entgeltbedingungen eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Entleiherbetrieb bestehender Anspruch auf eine Gratifikation angerechnet.

Da der Begriff des Arbeitsentgeltes im Rahmen des Gleichbehandlungsgrundsatzes umfassend zu verstehen ist, werden von ihm auch Entgeltleistungen im weiteren Sinne, wie z. B. betriebliche Versorgungsleistungen oder Sonderzahlungen, bestimmte Sachleistungen, die den Beschäftigten im Entleiherbetrieb zu Gute kommen, wie z. B. Dienstwagen, Arbeitnehmererrabatte, und betriebliche Sozialeinrichtungen, wie etwa Betriebskindergarten oder Betriebskantine, umfasst.<sup>34</sup> Wenn die **Dispositionsbefugnis über einzelne betriebliche Leistungen allein beim Entleiher** liegt, sind die Sachbezüge in einen **Geldwert** umzurechnen und entsprechend an den Leiharbeiter auszuzahlen.<sup>35</sup> Soweit die Gewährung zusätzlicher Entgeltbestandteile als weitere Anspruchsvoraussetzung im Entleiherbetrieb eine **bestimmte Betriebstreue** des Arbeitnehmers erfordert, wie z. B. regelmäßig bei einer Gratifikation, kommen diese dem **Leiharbeiter** nur zu Gute, wenn er dem Entleiherbetrieb für die **erforderliche Beschäftigungsdauer überlassen wird**. Der Arbeitgeber erfüllt im Übrigen den Anspruch auf Gleichbehandlung, wenn er dem Leiharbeiter diese zusätzlichen Entgeltbestandteile origi-

<sup>34</sup> ErfK/Wank, § 3 AÜG Rz. 20; Schüren/Schüren, AÜG, § 9 Rz. 136.

<sup>35</sup> Rieble/Klebeck, NZA 2003, 23 (25); kritisch Bauer/Krets, NJW 2003, 537 (539); Thüsing/Mengel, AÜG, § 9 Rz. 32.

när gewährt. Leistungen, die sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben, müssen, da sie im Entleiherbetrieb gezahlt werden, insoweit auf einen originären Anspruch aus dem Leiharbeitsverhältnis angerechnet werden, wie Klauseltyp 6 klarstellt.

#### d) Reisekosten und andere Aufwendungen

##### Typ 7: Reisekosten

- a) Bei Überlassung an einen Entleiher gleicht der Verleiher Reisekosten und Reisezeiten des Leiharbeitnehmers wie folgt aus:
- aa) Bei Benutzung des zeitlich günstigsten öffentlichen Verkehrsmittels werden die Fahrtkosten des Leiharbeitnehmers erstattet, wenn die aufgewendete Wegezeit (Hin- und Rückweg zwischen Wohnsitz des Leiharbeitnehmers und Einsatzort) 1,5 Stunden übersteigt und der Leiharbeitnehmer die Benutzung eines öffentlichen Verkehrsmittels nachweist. Maßgeblich ist dabei die planmäßige Fahrzeit.
  - bb) Bei Benutzung eines eigenen Kraftfahrzeuges wird die über 100 km hinausgehende Wegstrecke (Hin- und Rückweg zwischen Wohnsitz des Leiharbeitnehmers und Einsatzort) mit pauschal 0,30 Euro pro tatsächlich gefahrenen km erstattet.
- Die Erstattung von Reisekosten des Leiharbeitnehmers nach dieser Regelung erfolgt unter Berücksichtigung der steuerrechtlichen Freibeträge. Aufgewendete Reisezeit ist mit der Zahlung des Arbeitsentgelts abgegolten.
- b) Soweit die planmäßige Fahrzeit für den einfachen Weg zwischen Wohnsitz des Arbeitnehmers und Einsatzort beim Entleiher bei Benutzung des zeitlich günstigsten öffentlichen Verkehrsmittels 1 Stunde übersteigt, wird die Wegezeit des Arbeitnehmers, die bei einfacher Fahrt 1 Stunde übersteigt, mit dem vereinbarten Stundenlohn vergütet, soweit der Leiharbeitnehmer die Benutzung eines öffentlichen Verkehrsmittels oder eine entsprechende Fahrzeit mit einem Kraftfahrzeug nachweist. Wegezeiten finden bei der Berechnung von Nacht-, Sonntags-, Feiertags- und Mehrarbeitszuschlägen keine Berücksichtigung. Darüber hinaus ist ein Anspruch des Leiharbeitnehmers auf Vergütung der Reisezeit sowie Ersatz von Reisekosten und anderen Aufwendungen ausgeschlossen. § 670 BGB findet keine Anwendung.
- c) Bei Überlassung an einen Entleiher hat der Leiharbeitnehmer Anspruch auf Verpflegungskostenmehraufwand nach Maßgabe der steuerrechtlichen Vorschriften.
- d) Beträgt der zeitliche Aufwand für die Wegezeit (Hin- und Rückweg) mehr als 3 Stunden, hat der Leiharbeitnehmer bei Nachweis einer Übernachtung am Einsatzort Anspruch auf Übernahme der entstandenen Übernachtungskosten. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn dem Arbeitnehmer durch den Verleiher oder den Entleiher eine Übernachtungsmöglichkeit zur Verfügung gestellt wird.

- e) Beträgt der zeitliche Aufwand für die Wegezeit (Hin- und Rückweg) mehr als drei Stunden, hat der Leiharbeitnehmer bei Nachweis einer Übernachtung am Einsatzort Anspruch auf Übernahme der entstandenen Übernachtungskosten bis zur Höhe des steuerlichen Pauschbetrages.

Da der Leiharbeitnehmer beim Einsatz in einem Entleiherunternehmen zur Erfüllung seiner Arbeitspflicht an einen anderen Einsatzort als die Geschäftsstelle des Verleihers reisen muss, handelt es sich bei der Anreise zum Entleiherbetrieb regelmäßig um eine Dienstreise des Leiharbeitnehmers. Der Verleiher ist deshalb grundsätzlich verpflichtet, die Reisekosten als Aufwendungen nach § 670 BGB zu ersetzen sowie die aufgewendete Reisezeit als Arbeitszeit mit dem vereinbarten Arbeitslohn nach § 612 Abs. 1 BGB zu vergüten.<sup>36</sup> Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz bzw. Vergütung von Reisezeit besteht dabei jedoch nur in der Höhe, in der sie die Kosten und den Zeitaufwand für die Reise von der Wohnung des Arbeitnehmers zur Geschäftsstelle des Verleihers übersteigen. Da Wege zwischen Wohnung und Arbeitsstätte zum privaten Lebensbereich des Arbeitnehmers zählen und so Reisekosten und aufgewendete Zeit nicht vom Arbeitgeber auszugleichen sind, können sie entsprechend beim Einsatz des Leiharbeiters für ein Entleiherunternehmen berücksichtigt werden.<sup>37</sup>

Von diesen Grundsätzen kann jedoch im Wege einzel- oder kollektivvertraglicher Regelungen, wie auch Klauseltyp 7a) verdeutlicht, abgewichen werden. Dies ist angesichts der regelmäßig anfallenden Tätigkeit des Leiharbeitnehmers an verschiedenen Einsatzorten empfehlenswert, um die Einstandspflicht des Verleihers übersichtlich zu halten. Dabei ist jedoch stets die Grenze der Sittenwidrigkeit<sup>38</sup> und des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes<sup>39</sup> zu beachten. Insofern begegnet die tarifvertragliche Regelung des § 8.6 MTV BZA/DGB, welche dem Verleiher eine Verrechnung der Aufwendungsersatzansprüche (z.B. des Fahrgelds) mit bis zu 25 % des Bruttoarbeitsentgelts ermöglicht, Bedenken in Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG, da sie eine Kürzung des Tariflohns von der vom jeweiligen Leiharbeitnehmer nicht zu beeinflussenden Entfernung zum Entleiherbetrieb abhängig macht.<sup>40</sup>

Reisekostenvergütungen, die von einem privaten Arbeitgeber gezahlt werden, sind nach § 3 Nr. 16 EStG steuerfrei. Fahrtkosten können dabei bei entsprechendem Nachweis der tatsächlich entstandenen Kosten (z. B. Taxi-Quittung, Bahnfahrkarte oder Flugticket) in voller Höhe steuerfrei ersetzt

<sup>36</sup> LAG Köln v. 24. 10. 2006, NZA-RR 2007, 345; *Ulber*, AÜG, § 1 Rz. 53a; a. A. *Schüren/Schüren*, AÜG, § 10 Rz. 202; vgl. ausführlich → Dienstreise (II D 15) Rz. 6 ff.

<sup>37</sup> LAG Köln v. 24. 10. 2006, NZA-RR 2007, 345 (346); LAG Köln v. 15. 11. 2002, MDR 2003, 755.

<sup>38</sup> *Ulber*, AÜG, § 1 Rz. 53a.

<sup>39</sup> LAG Baden-Württemberg v. 2. 11. 2005, EzAÜG GG Nr. 8.

<sup>40</sup> Eine diesbezügliche Entscheidung offen lassend LAG Baden-Württemberg v. 2. 11. 2005, EzAÜG GG Nr. 8.

werden. Für Fahrten im eigenen Kraftfahrzeug kann wahlweise ein Pauschbetrag in Höhe von derzeit 0,30 Euro/km angesetzt werden.<sup>41</sup> Vergleichbares gilt für Übernachtungskosten. Hier kann der Arbeitgeber die Kosten des Leiharbeiters bei entsprechendem Nachweis vollständig oder ohne Nachweis pauschal mit bis zu 20 Euro steuerfrei ersetzen.<sup>42</sup> Verpflegungskostenmehraufwendungen können hingegen nur bis zur Höhe der gesetzlich vorgeschriebenen Pauschbeträge steuerfrei ausgeglichen werden.<sup>43</sup> Zahlungen des Verleihers, die wie etwa in Klauseltyp 7a), c), d) oder e) entstandene Reiseaufwendungen des Arbeitnehmers ersetzen, können daher innerhalb der gesetzlichen Grenzen steuerfrei erfolgen. Soweit wie in Klauseltyp 7b) durch die Zahlung Reise- und damit Arbeitszeit vergütet wird, muss diese wie Arbeitslohn versteuert werden.

#### e) Arbeitsunfähigkeit und Entgeltfortzahlung

##### Typ 8: Anzeige der Arbeitsverhinderung

Der Leiharbeitnehmer ist verpflichtet, jede Arbeitsverhinderung und ihre voraussichtliche Dauer unverzüglich gegenüber dem Verleiher sowie ggf. gegenüber dem Entleiher, dem er zum Zeitpunkt der Arbeitsverhinderung im Rahmen seiner Tätigkeit überlassen wird, anzuzeigen und dabei gleichzeitig auf etwaige dringliche Arbeiten hinzuweisen.

- 23 Im Falle der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ist der Arbeitnehmer im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung nicht nur zur Anzeige der Krankheit gegenüber dem Verleiher als Arbeitgeber, sondern auch gegenüber dem Entleiher, bei dem er jeweils zum Zeitpunkt der Krankheit beschäftigt ist, verpflichtet (§ 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG analog). Die Entgeltfortzahlung wird vom Verleiher geleistet, der regelmäßig aus dem Überlassungsvertrag mit dem Entleiher auch zur Stellung einer Ersatzkraft im Entleiherbetrieb verpflichtet ist.

#### f) Haftung des Leiharbeitnehmers

##### Typ 9: Haftung

Verursacht der Leiharbeitnehmer durch eine schuldhafte Pflichtverletzung, insbesondere durch den Nichtantritt oder die Einstellung der Arbeitsleistung beim Entleiher, einen Schaden, so hat er im Falle einfacher Fahrlässigkeit den Schaden zur Hälfte, höchstens jedoch bis zum Betrag einer gewöhnli-

<sup>41</sup> Küttner/Thomas, Personalbuch 2008, Dienstreise Rz. 39; Schmidt/Heinicke, EStG, § 3 ABC Reisekostenvergütungen b).

<sup>42</sup> Küttner/Thomas, Personalbuch 2008, Dienstreise Rz. 57.

<sup>43</sup> Derzeit betragen diese Pauschbeträge bei einer Abwesenheit des Arbeitnehmers von seiner Wohnung von mindestens 8 Stunden 6 Euro, von mindestens 14 Stunden 12 Euro und ab 24 Stunden 24 Euro, vgl. §§ 3 Nr. 16, 4 Abs. 5 Nr. 5 EStG.



chen Monatsnettovergütung zu ersetzen. Bei grober Fahrlässigkeit hat der Leiharbeitnehmer den Schaden voll zu tragen, jedoch der Höhe nach beschränkt auf den dreifachen Betrag der gewöhnlichen Monatsnettovergütung. Die Haftung für Fahrlässigkeit besteht nur für solche Schäden, die nicht durch eine – von dem Unternehmen abzuschließende – Betriebshaftpflichtversicherung gedeckt werden können. Diese Grundsätze gelten entsprechend bei Schadensersatzansprüchen Dritter, insbesondere von Entleiher, denen der Leiharbeitnehmer im Rahmen seiner Tätigkeit überlassen wird. Bei Vorsatz haftet der Leiharbeitnehmer unbeschränkt.

Eine Haftung des Leiharbeitnehmers bei Verletzung der Arbeitspflicht kommt in Form der Schlechtleistung in der Regel nur gegenüber dem Entleiher in Betracht, bei dem der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung erbringt. Da der Entleiher ein eigenständiges Forderungsrecht gegenüber dem Arbeitnehmer hat,<sup>44</sup> das aus dem Leiharbeitsvertrag abgeleitet ist, besteht auch die Haftung des Leiharbeitnehmers in diesem arbeitsvertraglichen Umfang, d. h. dass insbesondere die Grundsätze der eingeschränkten Arbeitnehmerhaftung im Rahmen des innerbetrieblichen Schadensausgleiches Anwendung finden. Im Fall der Nichtleistung des Leiharbeiters haftet dieser regelmäßig neben dem Verleiher, der dem Entleiher aus dem Überlassungsvertrag zur Bereitstellung eines geeigneten Arbeitnehmers verpflichtet ist, gesamtschuldnerisch im Verhältnis zum Entleiher.<sup>45</sup> Im Innenverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer ist letzterer entsprechend seinem Verschuldensgrad dem Verleiher zum Ausgleich verpflichtet.

#### g) Weitere arbeitnehmerüberlassungsrechtliche Besonderheiten

##### Typ 10: Merkblatt

Der Leiharbeiter bestätigt, ein Merkblatt der Bundesagentur für Arbeit über den wesentlichen Inhalt des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG – erhalten zu haben.

##### Typ 11: Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung

Das Unternehmen erklärt, dass es im Besitz einer gültigen Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG) ist. Die Erlaubnis wurde von der Bundesagentur für Arbeit, Regionaldirektion ... am ... befristet zum ... erteilt.

<sup>44</sup> So die hier vertretene Ansicht, vgl. Fn. 5.

<sup>45</sup> Schüren/Bros, AÜG, Einl. Rz. 482.

- 25 Der Verleiher ist schließlich gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AÜG verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer die Behörde, die ihm die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung ausgestellt hat, sowie Ort und Datum der Erteilung schriftlich mitzuteilen. Des Weiteren muss er nach § 11 Abs. 2 AÜG dem Leiharbeitnehmer bei Vertragsschluss ein Merkblatt der Erlaubnisbehörde, das den wesentlichen Inhalt des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zusammenfasst, aushändigen.<sup>46</sup> Auf Verlangen ist ausländischen Leiharbeitern das Merkblatt auf Kosten des Verleihers in ihrer Muttersprache auszuhändigen.

### 3. Hinweise zur Vertragsgestaltung

- 26 Obschon die Arbeitnehmerüberlassung zu den so genannten „atypischen“ Arbeitsverhältnissen zählt, kann bei der Vertragsgestaltung von den **Grundsätzen des Normalarbeitsverhältnisses** ausgegangen werden. Da der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung regelmäßig aber bei einem Dritten erbringt, werden arbeitsvertragliche Verpflichtungen, die üblicherweise nur im Verhältnis Arbeitnehmer-Arbeitgeber bestehen, auf den Entleiher als Dritten ausgedehnt. Dies wirkt sich im Leiharbeitsvertrag insbesondere in Klauseln zum Direktionsrecht, zur Mitteilungspflicht bei Arbeitsverhinderung, zur Geheimhaltungspflicht des Leiharbeitnehmers und zur Arbeitnehmerhaftung aus.
- 27 Von größerer Bedeutung ist das **Gleichbehandlungsgebot**. Da der Verleiher hiernach verpflichtet ist, dem Leiharbeitnehmer bei Überlassung mindestens die Arbeitsbedingungen eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Entleherbetrieb zu gewähren, ergeben sich für die praktische Durchführung der Leiharbeit und damit verbunden für die Gestaltung des Leiharbeitsvertrages erhebliche Schwierigkeiten. Die Konkretisierung bestimmter Arbeitsbedingungen wie die Dauer und Lage der Arbeitszeiten oder die Höhe des Arbeitsentgelts im Arbeitsvertrag, die im grundlegenden Interesse beider Arbeitsvertragsparteien steht, kann so angesichts der noch nicht voraussehbaren Einsatzmöglichkeiten des Leiharbeiters zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht vorgenommen werden. Gleichwohl ist der Verleiher als Arbeitgeber aus dem AÜG bzw. dem NachwG zur schriftlichen Fixierung der wesentlichen Arbeitsbedingungen verpflichtet. Diese Schwierigkeiten können umgangen werden, wenn im Leiharbeitsvertrag auf einen geltenden **Leiharbeitstarifvertrag** Bezug genommen wird und so gemäß §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 4, 9 Nr. 2 Hs. 4 AÜG der Gleichbehandlungsgrundsatz keine Anwendung mehr findet.<sup>47</sup> Mittlerweile liegt auch eine Vielzahl von Tarifabschlüssen vor.<sup>48</sup> Einzelne Mitgliedsgewerkschaften des DGB haben etwa mit dem Interessenverband deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ) e. V.

46 Dieses Merkblatt ist auch über die Bundesagentur für Arbeit, [www.arbeitsagentur.de](http://www.arbeitsagentur.de), erhältlich.

47 Strittig ist allerdings, ob die Möglichkeit einer Bezugnahme auch für Mischbetriebe, die nicht überwiegend Leiharbeitnehmer beschäftigen, besteht. So *Lembke/Distler NZA 2006, 952*; ablehnend *Boemke/Lembke, AÜG, § 9 Rz. 143*; *Thüsing, Diskriminierungsschutz, Rz. 843*; *Thüsing/Mengel, AÜG, § 9 Rz. 42*.

48 Vgl. 10. Erfahrungsbericht zum AÜG, BT-Drs. 15/6008, S. 10 f.

bzw. dem Bundesverband Zeitarbeit (BZA) e. V. umfassende Tarifwerke abgeschlossen, die neben Regelungen zur Eingruppierung und Entgeltzahlung auch Regelungen zu übrigen Arbeitsbedingungen enthalten. Von einer Wiedergabe dieser Tarifverträge wird an dieser Stelle abgesehen. Die erwähnten Tarifverträge können aber über [www.bza.de](http://www.bza.de) und [www.ig-zeitarbeit.de](http://www.ig-zeitarbeit.de) abgerufen werden und so weitere Anregungen zur Vertragsgestaltung geben.

In Hinblick auf Altverträge ist eine Änderungskündigung zum „Hereinkündigen“ einer solchen Bezugnahmeklausel auf einen geltenden Leiharbeitsvertrag jedoch nicht schon aufgrund der gesetzlichen Neuregelung der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG oder der Schwierigkeit, die Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer im Betrieb des Entleihers herauszufinden, gerechtfertigt.<sup>49</sup> Ebenso wenig reicht hierfür das Interesse des Verleihers an einheitlichen Vertragsbedingungen im eigenen Betrieb aus.<sup>50</sup> Insofern sind auch im Rahmen von Leiharbeitsverhältnissen die allgemeinen Grundsätze einer Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung anzuwenden.

Darüber hinaus ist bezüglich §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 3, 4, 9 Nr. 2, Hs. 3, 4 AÜG zu beachten, dass die Tariffähigkeit der Gewerkschaften der Zeitarbeitsbranche, insbesondere der Christlichen<sup>51</sup> aber auch der DGB-Gewerkschaften,<sup>52</sup> angezweifelt wird. Sollte eine mangelnde Tariffähigkeit gerichtlich tatsächlich festgestellt werden, so ist fraglich, ob die Nichtigkeit der abgeschlossenen Tarifverträge erst ab rechtskräftiger Feststellung der Tarifunfähigkeit ex nunc,<sup>53</sup> oder ex tunc<sup>54</sup> zu einer Anwendung des Gleichbehandlungsgebotes zugunsten des Leiharbeitnehmers führt. Das BAG geht allerdings davon aus, dass ein von einer tarifunfähigen Vereinigung abgeschlossener Tarifvertrag von Anfang an unwirksam und der gute Glaube an die Tariffähigkeit einer Vereinigung nicht geschützt ist.<sup>55</sup> Das aus einer eventuellen ex-tunc-Nichtigkeit resultierende finanzielle Risiko für den Entleiher kann jedoch zumindest wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion (§ 306 Abs. 2 BGB) im Rahmen der Arbeitvertragsgestaltung

49 BAG v. 12. 1. 2006, AP Nr. 82 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 2006, 587; *Dahl*, DB 2006, 2519 (2520); *Schüren/Schüren*, AÜG, Einl. Rz. 268, § 9 Rz. 105; *Hamann*, BB 2005, 2185 (2187); *Hamann*, EzA § 2 KSchG Nr. 56; a. A. bezüglich der sozialen Rechtfertigung aufgrund der gesetzliche Neuregelung *Junker*, SAE 2006, 219 (220 f.); *Röder/Krieger*, DB 2006, 2122 (2124).

50 *Hiekel*, FS 25 Jahre AG Arbeitsrecht, 333 (343); *Hamann*, EzA § 2 KSchG Nr. 56.

51 *Ulber/Schindele*, AiB 2006, 212; *Böhm*, DB 2003, 2598; *Schüren/Schüren* § 9 Rz. 115 ff.; *Ulber* § 9 Rz. 184 ff. Für die Tariffähigkeit der Christlichen Gewerkschaften *Bayreuther*, NZA 2005, 341 (342); *Boemke/Lembke*, AÜG, § 9 Rz. 130. Zur Tariffähigkeit der CGM BAG v. 28. 3. 2006, AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit = NZA 2006, 1112.

52 *Schüren*, RdA 2006, 303 (306 f.); *Schöne*, DB 2004, 136 (137).

53 *Schöne*, DB 2004, 136 (136 f.); *Buchner*, DB 2004, 1042 (1042 f.); *Thüsing*, Diskriminierungsschutz, Rz. 840.

54 *Böhm*, DB 2003, 2598 (2599); *Böhm*, DB 2004, 137 (137); *Schüren/Behrend*, NZA 2003, 521 (525); *Schüren/Riederer von Paar*, ArbuR 2004, 241 (244 f.).

55 BAG v. 15. 11. 2006, AP Nr. 34 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz = NZA 2007, 448; *Noltin*, EzA § 4 TVG Bauindustrie Nr. 131, I 3a).

nicht durch eine hilfswise Verweisung auf die Tarifverträge der DGB-Gewerkschaften (sog. „gestaffelte“ Bezugnahme Klausel) umgangen werden.<sup>56</sup>

- 28 Angesichts der einschneidenden Rechtsfolgen, die das Gesetz insbesondere mit der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher sowie der Unwirksamkeit von Überlassungs- und Leiharbeitsvertrag an das Fehlen einer **Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung** knüpft, wird an dieser Stelle nochmals auf die besondere Bedeutung des Erlaubniserfordernisses hingewiesen. So liegt es im Interesse aller am Überlassungsgeschäft beteiligten Parteien, dass der Verleiher Arbeitnehmerüberlassung nur mit wirksamer Erlaubnis betreibt. Auch in Unternehmen, deren Betriebszweck nicht ausschließlich Arbeitnehmerüberlassung ist, aber die verbreitet Personal in Drittunternehmen einsetzen, empfiehlt sich daher der Erwerb einer Überlassungserlaubnis, wenn – etwa im Rahmen eines Personaleinsatzes auf werk- oder dienstvertraglicher Grundlage – die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit keine eindeutige Zuordnung der Rechtsform erlaubt, um so einer gegebenenfalls bestehenden illegalen Arbeitnehmerüberlassung vorzubeugen.
- 29 Weiterhin ergeben sich bei der Leiharbeit betriebsverfassungsrechtliche Besonderheiten, da der Leiharbeitnehmer auch für die Zeit der Überlassung Angehöriger des entsendenden Betriebs des Verleihers bleibt, § 14 Abs. 1 AÜG, gleichzeitig aber in der Regel wie ein Mitglied der Stammbetriebschaft in die Betriebsorganisation des Entleihers eingegliedert wird. Zu berücksichtigen sind daher nicht nur **Mitbestimmungsrechte des Verleiherbetriebsrates**, die etwa nach § 99 Abs. 1 BetrVG bei der Einstellung des Arbeitnehmers in den Verleiherbetrieb, seiner Ein- oder Umgruppierung bestehen, sondern auch Beteiligungsrechte des **Betriebsrates im Entleiherbetrieb**. So ist nach der ständigen Rechtsprechung des BAG<sup>57</sup> die Überlassung eines Leiharbeiters in einen Entleiherbetrieb als eine Einstellung und damit eine personelle Einzelmaßnahme zu bewerten, die damit nur mit Zustimmung des Betriebsrates im Entleiherbetrieb erfolgen kann, wie dies auch ausdrücklich § 14 Abs. 3 AÜG klarstellt.<sup>58</sup>
- 30 Neben dem Arbeitsvertrag zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher ist es schließlich notwendig, in einem **Überlassungsvertrag** das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher entsprechend den gesetzlichen Anforder-

56 Küttner/Röllner, Personalsbuch 2008, Leiharbeitnehmer Rz. 10; Brors, BB 2006, 101, geht zudem von einem Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1, S. 2 BGB) aus. Vgl. dazu → Salvatorische Klauseln (II S 10) Rz. 17 ff.

57 BAG v. 25. 1. 2005, AP Nr. 48 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = NZA 2005, 1199; BAG v. 22. 4. 1997, AP Nr. 18 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = NZA 1997, 1297 (1299); BAG v. 30. 8. 1994, AP Nr. 6 zu § 99 BetrVG Einstellung = NZA 1995, 649 f.

58 Zu den Beteiligungsrechten des Betriebsrates und zur betriebsverfassungsrechtlichen Stellung des Leiharbeitnehmers vgl. ausführlich Brose, NZA 2005, 797; Grimm/Brock, DB 2003, 1113; Hamann, NZA 2003, 526; Jüttner, Kollektivrechtliche Auswirkungen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung im Betriebsverfassungsrecht, 2006; Schirmer, Festschrift 50 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1063; Tenbrock, [www.aus-innovativ.de](http://www.aus-innovativ.de), Thema Leiharbeit/Mitbestimmung.

rungen nach § 12 AÜG zu gestalten. Danach ist für den Überlassungsvertrag insbesondere Schriftform vorgesehen.<sup>59</sup> Außerdem muss er in inhaltlicher Hinsicht bestimmte Mindestangaben, beispielsweise zur Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis oder zur Tätigkeit und Qualifikation des Leiharbeitnehmers, enthalten. Der Überlassungsvertrag enthält daneben notwendigerweise Vereinbarungen, die den Umfang der Leistungspflichten der Vertragsparteien, wie etwa Vergütung des Verleihers, Beendigung des Überlassungsverhältnisses oder das Recht zum Personalaustausch für Verleiher und Entleiher, festlegen und regelmäßig vom Verleiher auch als Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgestaltet werden. Des Weiteren kann im Überlassungsvertrag zusätzlich dafür Sorge getragen werden, dass der Verleiher den ihm im Verhältnis zum Leiharbeitnehmer obliegenden Verpflichtungen, die eine Mitwirkung des Entleihers erfordern, nachkommen kann. In Betracht kommt so z. B. die Vereinbarung eines Benutzungsrechts für im Entleiherbetrieb bestehende Sozialeinrichtungen zur Absicherung des Gleichbehandlungsgebotes oder die Festlegung einer Pflicht zur Leistungsbeurteilung durch den Entleiher zur Erfüllung des Zeugnisanspruchs des Leiharbeitnehmers. Seit Inkrafttreten des § 9 Nr. 3 Hs. 2 AÜG kann sich der Verleiher vom Entleiher überdies auch eine Vermittlungsprovision für den Fall versprechen lassen, dass der Entleiher den Leiharbeitnehmer nach der Überlassung übernimmt.<sup>60</sup> Der Entwurf eines Überlassungsvertragsmusters findet sich im Übrigen wie auch der Entwurf eines Leiharbeitsvertrags unter III B III Rz. 15 f.

---

<sup>59</sup> Strittig ist, ob das Schriftformerfordernis nur auf gewerbliche Arbeitnehmerüberlassungsverträge anzuwenden ist, wovon Thüsing/*Thüsing*, AÜG § 12 Rz. 4 ausgeht. Richtigerweise ist die Schriftform bei allen Formen der Arbeitnehmerüberlassung zu beachten, vgl. Schüren/*Brors*, AÜG, § 12 Rz. 4, *Ulber*, AÜG, § 12 Rz. 3.

<sup>60</sup> Vgl. hierzu BGH v. 7. 12. 2006, NZA 2007, 571; *Lembke/Fesenmeyer*, DB 2007, 801.

---

**Verweisungsklauseln**

	Rz.		Rz.
1. Einführung .....	1	b) Rechtslage infolge der Rechtsprechungsänderung vom 14. 12. 2005 und 18. 4. 2007 ...	56
2. Arten von Verweisungsklauseln ..	4	c) Verhältnis zur normativen Tarifgeltung; Günstigkeitsprinzip	59
a) Deklaratorische Verweisung ...	5	d) Klauselgestaltung bei Akzeptanz von Tarifpluralitäten .....	61
b) Konstitutive Verweisung .....	6	7. Besonderheiten der Verweisung auf Betriebsvereinbarungen und sonstige Arbeitsbedingungen ....	66
c) Statische Verweisung .....	8	8. Unvorhersehbare Änderungen der in Bezug genommenen Regelung – Überraschungsschutz .....	71
d) Dynamische Verweisung .....	11	9. Differenzierte Inhaltskontrolle nach dem Umfang der Verweisung .....	81
aa) Kleine dynamische Verweisung .....	12	a) Globalverweisung .....	83
bb) Große dynamische Verweisung .....	17	b) Einzelverweisung .....	86
e) Globalverweisung .....	21	c) Teilverweisung .....	87
f) Teilverweisung .....	23	10. Transparenzkontrolle .....	90
g) Einzelverweisung .....	28	11. Auswirkungen von Verbandswechsel und Betriebsübergang ...	91
h) Doppelverweisung .....	29	a) Verbandsaustritt und -wechsel des Arbeitgebers .....	92
3. Auslegung von Verweisungsklauseln .....	33	b) Betriebsübergang .....	105
a) Grundsatz .....	33	12. Hinweise zur Vertragsgestaltung .....	115
b) Unklarheitenregel .....	34		
c) Im Zweifel: dynamische Verweisung .....	35		
d) Divergenz von Verweisungsziel und sonstigem Vertragsinhalt ..	38		
4. Konkludente Einbeziehung? .....	39		
5. Anforderungen aus dem Nachweisgesetz .....	42		
6. Besonderheiten der Verweisung auf Tarifverträge .....	51		
a) Auslegung von kleinen dynamischen Verweisungsklauseln bei „Altfällen“ .....	52		

**Schrifttum:** *Annuß*, Die einzelvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge, BB 1999, 2558; *Annuß*, Das BAG und die „kleine dynamische Bezugnahme“ auf Tarifverträge, AuR 2002, 361 ff.; *Annuß*, Tarifbindung durch arbeitsvertragliche Bezugnahme?, ZfA 2005, 405; *Bayreuther*, Dynamische Verweisung auf einschlägige Tarifverträge in Vertragstexten des tarifgebundenen Arbeitgebers: typischerweise Gleichstellungsabrede – Auslegungsgrundsätze, DB 2002, 1008; *Bayreuther*, „Hinauskündigung“ von Bezugnahme Klauseln im Arbeitsvertrag, DB 2007, 166; *Boecken*, Gleichstellungsabrede im tarifgebietsübergreifenden Unternehmen, SAE 2003, 214; *Clemenz*, Arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge – ein Paradigmenwechsel mit offenen Fragen, NZA 2007, 769; *Diehn*, AGB-Kontrolle von arbeitsrechtlichen Verweisungsklauseln, NZA 2004, 129; *Etzel*, Tarifordnung und Arbeitsvertrag, NZA 1987, Beil. 1, S. 19; *Fischer*, Individualrechtliche Bezugnahme auf Tarifverträge, FA 2001, 2; *Gaul*, Erstreckungsinhalt und Umfang einer tariflichen Bezugnahme Klausel auf den BAT, ZTR 1991, 188; *Gaul*, Einzelvertragliche Bezugnahme Klausel beim Übergang des Arbeitsverhältnisses auf nicht tarifgebundenen Arbeitgeber, BB 2000, 1086; *Gaul*, Bezugnahme Klauseln – zwischen Inhaltskontrolle und Nachweisgesetz, ZfA 2003, 75; *Gaul/Bonnanni*, Bezugnahme auf Tarifvertrag bei Betriebsübergang, Umwandlung und Austritt aus dem Arbeitgeberverband, ArbRB 2003, 347; *Giesen*, Bezugnahme Klauseln – Auslegung, Formulierung und Änderung, NZA 2006, 625; *Gussen*, Nochmals: Individual-

### 3. Auslegung von Verweisungsklauseln

#### a) Grundsatz

- 33 Der genaue Inhalt der Verweisungsklausel und die Abgrenzung der Klauseltypen sind **durch Auslegung zu ermitteln**.<sup>33</sup> Die Auslegung spielt insbesondere für die Frage eine große Rolle, welche Wirkung Bezugnahme Klauseln bei nachträglichen Veränderungen des Tarifvertrags, bei Verbandsaustritt und -wechsel des Arbeitgebers und bei einem Betriebsübergang haben (vgl. unten Rz. 91 ff.). Verweisungsklauseln sind typischerweise in arbeitgeberseitig vorformulierten Arbeitsverträgen, also allgemeinen Geschäftsbedingungen, zu finden. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind allgemeine Geschäftsbedingungen ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragsparteien unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden (objektivierter Empfängerhorizont).<sup>34</sup> Diese im allgemeinen Zivilrecht seit langem anerkannten Auslegungsgrundsätze wurden vom BAG im Zusammenhang mit Verweisungsklauseln – insbesondere bei der Auslegung kleiner dynamischer Verweisungen als „bloßer Gleichstellungsabrede“ – allerdings nicht immer stringent angewandt, rücken aber, insbesondere seit der „Rechtsprechungsänderung“ vom 14. 12. 2005 und 18. 4. 2007<sup>35</sup> (vgl. unten Rz. 56 ff.), stärker in den Vordergrund.

#### b) Unklarheitenregel

- 34 Bleiben **Zweifel** bei der Auslegung einer Verweisungsklausel, gehen diese nach § 305c Abs. 2 BGB **zu Lasten des Verwenders**, also des Arbeitgebers. Ist die Tragweite der Verweisung auf Tarifnormen zweifelhaft, geht dies somit zu Lasten des Arbeitgebers.<sup>36</sup> Gerade auf Verweisungsklauseln hat die Vertragspraxis im Arbeitsrecht bislang mitunter zu wenig Mühe verwendet. Nur weil die Rechtsprechung des BAG in der Anwendung kollektiver Regelungswerke auch bei unklaren und fehlerhaften Vertragsabreden äußerst großzügig war,<sup>37</sup> sind Mängel in der Technik der Vertragsgestaltung oftmals noch geheilt worden. Angesichts der breiten Kritik der Literatur<sup>38</sup> und der nunmehr vorzunehmenden AGB-Kontrolle hat das BAG seine Rechtsprechung für ab dem 1. 1. 2002 vereinbarte Verweisungsklauseln deutlich verschärft. Vorrangig für die Vertragsgestaltung muss daher das Ziel sein, klare

33 Vgl. dazu *Fischer*, FA 2001, 2; *Gussen*, FA 2001, 201; *Ramrath*, FA 2001, 104; *Seitz/Werner*, NZA 2000, 1257.

34 BGH v. 25. 9. 2001, NJW 2002, 285, 286.

35 BAG v. 14. 12. 2005, AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; v. 18. 4. 2007, NZA 2007, S. 1455.

36 BAG v. 9. 11. 2005, AP Nr. 4 zu § 305c BGB.

37 Vgl. etwa BAG v. 4. 8. 1999, RdA 2000, 178 mit abl. Anm. *Annuß*; dagegen auch LAG Düsseldorf v. 23. 2. 2000, DB 2000, 931.

38 Zur Kritik an der Rechtsprechung zur „Gleichstellungsabrede“ exemplarisch *Lambrich*, BB 2002, 1267; *Thüsing/Lambrich*, RdA 2002, 193; *Annuß*, AuR 2002, 361 ff.; *Bayreuther*, DB 2002, 1008; ArbG Duisburg v. 9. 1. 2003 – 4 Ca 3028/02.

und bestimmte Regelungen zu schaffen, die Auslegungszweifel möglichst vermeiden und das Gewollte deutlich zum Ausdruck bringen. Die in Bezug genommene Regelung muss daher so genau bezeichnet werden, dass Irrtümer hinsichtlich der für anwendbar erklärten Regelung ausgeschlossen sind.<sup>39</sup> Unproblematisch ist dies bei einer statischen Verweisung. Zweifelhafte hingegen ist, wann dem Bestimmtheitserfordernis bei einer dynamischen Verweisung Genüge getan ist. Nach Auffassung des BAG ist es ausreichend, wenn im Zeitpunkt der jeweiligen Anwendung die in Bezug genommenen Regelungen eindeutig bestimmbar sind.<sup>40</sup> Daher kann in einem Arbeitsvertrag auch auf erst künftig entstehende tarifliche Regelungen verwiesen werden.

### c) Im Zweifel: dynamische Verweisung

Das BAG steht bislang auf dem Standpunkt, dass eine dynamische Verweisung, die zukünftige Änderungen erfasst, sachgerechter sei und in der Regel den Interessen der Parteien eher gerecht werde als die statische Verweisung auf einen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestehenden Rechtszustand.<sup>41</sup> Bei unklaren Verweisungen sei **im Zweifel** von einer **dynamischen Verweisung** auszugehen. Ist eine statische Verweisung gewollt, muss dies in der Vereinbarung deutlich zum Ausdruck kommen.<sup>42</sup> Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 20. 3. 1991<sup>43</sup> folgende Vereinbarung

Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Rahmentarifvertrags für Angestellte im niedersächsischen Einzelhandel.

trotz Fehlens einer Jeweiligkeitsklausel dahin gehend ausgelegt, dass die Parteien den MTV Einzelhandel in seiner jeweiligen Fassung vereinbaren wollten. Werde nämlich in einem Arbeitsvertrag ohne Datumsangabe auf einen im Übrigen genau bezeichneten Tarifvertrag verwiesen, sei im Zweifel anzunehmen, dieser Tarifvertrag solle in seiner jeweiligen Fassung Anwendung finden. Ein solcher Wille der Parteien ergebe sich zum einen aus der beabsichtigten Zukunftswirkung des Arbeitsverhältnisses, zum anderen daraus, dass die Parteien mit einer solchen Vereinbarung den nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer ersichtlich einem tarifgebundenen Arbeitnehmer gleichstellen wollten.<sup>44</sup> Demgegenüber ergebe sich aus dem Vertragswortlaut kein Anhaltspunkt dafür, dass nur der bei Vertragsschluss geltende

39 BAG v. 8. 7. 1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG Form.

40 BAG v. 8. 7. 1980, AP Nr. 7 zu § 1 TVG Form.

41 BAG v. 16. 8. 1988, AP Nr. 8 zu § 1 BetrAVG Beamtenversorgung; BAG v. 20. 3. 1991, AP Nr. 20 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG v. 29. 1. 1991, DB 1991, 1836.

42 BAG v. 16. 8. 1988, AP Nr. 8 zu § 1 BetrAVG Beamtenversorgung.

43 BAG v. 20. 3. 1991, EzA § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 7.

44 *Etzel*, NZA 1987, Beil. 1, S. 19 (27).



MTV Vertragsbestandteil sein solle. Im Zweifel seien daher entsprechende Verweisungen als dynamische auszulegen.

- 37 Kritisch ist einzuwenden, dass sich bei dieser Auslegung eine Unklarheit der Klausel zwar *regelmäßig* zugunsten des Arbeitnehmers, im Einzelfall (bei Verschlechterungen des Tarifniveaus) aber auch zu seinen Lasten auswirken kann. Ob diese Rechtsprechung vor dem Hintergrund der Unklarheitenregel (Rz. 34) auch in Zukunft Bestand haben wird, ist zweifelhaft. Teile der Literatur erwägen bereits heute, dass eine simple Auslegung „im Zweifel dynamisch“ mit § 305c Abs. 2 BGB angesichts möglicher Einschnitte in das Tarifniveau durch Sanierungstarifverträge nicht vereinbar sei; vielmehr sei bei unklarer Klauselformulierung an ein Wahlrecht des Arbeitnehmers zwischen statischer und dynamischer Klauselwirkung zu denken.<sup>45</sup> *Thüsing* will eine unklare Verweisungsklausel jedenfalls dann statisch auslegen, wenn bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses absehbar war, dass die statische Verweisung für den Arbeitnehmer günstiger sein werde.<sup>46</sup> Um diese Unwägbarkeiten auszuschließen, ist schon bei der Vertragsgestaltung auf klare und eindeutige Regelungen zu achten, die aus sich heraus verständlich sind und eine Auslegung – weitgehend – überflüssig machen.

#### d) Divergenz von Verweisungsziel und sonstigem Vertragsinhalt

- 38 Auslegungsprobleme werfen insbesondere Globalverweisungen auf, wenn arbeitsvertragliche Regelungen und Bestimmungen des einbezogenen Tarifvertrags in einer bestimmten Frage abweichen, etwa hinsichtlich des → *Arbeitsentgelts* (II A 70) durch Vereinbarung eines festen Bruttogehalts oder einer vom Tarifvertrag abweichenden Eingruppierung. Nach Auffassung des BAG und der Literatur sollen im Zweifel die – regelmäßig für den Arbeitnehmer **günstigeren** – tariflichen Regelungen Anwendung finden.<sup>47</sup> Bei günstigeren einzelvertraglichen Regelungen wird ein Vorrang der einzelvertraglichen Regelung gewollt sein.<sup>48</sup> Dieses Ergebnis steht mit allgemeinen vertragsrechtlichen Erkenntnissen im Einklang, wonach Individualabreden stets Vorrang vor allgemeinen Vertragsbedingungen haben (vgl. auch § 305b BGB).

#### 4. Konkludente Einbeziehung?

- 39 Nach Rechtsprechung und Teilen der Literatur<sup>49</sup> kann der Tarifvertrag auch konkludent in den Einzelarbeitsvertrag einbezogen werden. Dies sei anzu-

45 Im Ergebnis jedoch ablehnend *Giesen*, NZA 2006, 625 (627); angedeutet auch bei *Klebeck*, NZA 2006, 15 (17).

46 v. Westphalen/*Thüsing*, Arbeitsverträge (Stand: Februar 2007), Rz. 198.

47 Vgl. BAG v. 13. 2. 1985, AP Nr. 12 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer.

48 Vgl. *Etzel*, NZA 1987, Beil. 1, S. 19 (26).

49 Vgl. BAG v. 19. 1. 1999, AP Nr. 9 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; LAG Bremen v. 3. 2. 1965, BB 1965, 495; *Hanau/Kania*, in FS Schaub, 1998, S. 239 (258 ff.); *Gaul*, ZTR 1991, 188 (190); eingrenzend *Kempfen/Zachert/Stein*, TVG, § 3 Rz. 161 f.

nehmen, wenn der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer insgesamt nach dem Tarifvertrag behandelt und die Arbeitnehmer die tariflichen Leistungen unwidersprochen annehmen. Darüber hinaus soll der Tarifvertrag auch durch eine betriebliche Übung wirksamer Vertragsbestandteil werden können.<sup>50</sup>

Die vor Inkrafttreten der Schuldrechtsreform viel diskutierte Problematik, ob bei vorformulierten Arbeitsverträgen eine Einbeziehungskontrolle in Anlehnung an § 2 Abs. 1 AGBG stattfinden kann mit der Folge, dass der Arbeitgeber die Klarstellungslast trägt, besteht nicht mehr. Zum einen gelten nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB die Vorschriften über allgemeine Geschäftsbedingungen nunmehr grundsätzlich auch im Arbeitsrecht. Zum anderen regelt § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB, dass eine **Einbeziehungskontrolle** nach § 305 Abs. 2 BGB im Arbeitsrecht **nicht stattfindet**. Ein ausdrücklicher Hinweis oder die Verschaffung der Kenntnisnahmemöglichkeit durch den Arbeitgeber ist also jedenfalls **bei Vertragsabschluss** nicht erforderlich. Die Einbeziehung vorformulierter Vertragsbedingungen, zu denen auch – nicht normativ geltende – Tarifverträge gehören, richtet sich daher nach den allgemeinen Vorschriften, §§ 145 ff. BGB. Der Gesetzgeber begründet diese Ausnahme damit, dass der Arbeitnehmer durch die Vorschriften des **NachwG** ausreichend geschützt sei.<sup>51</sup> Der Arbeitgeber habe ihm die wesentlichen Vertragsbedingungen auszuhändigen, dies genüge als Kenntnisnahmemöglichkeit. Der Nachweis hat allerdings **nur deklaratorische Wirkung** und kann bis zu einem Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses erteilt werden, § 2 Abs. 1 Satz 1 NachwG. Ein Verstoß gegen das NachwG hat keine unmittelbare materiellrechtlichen Folgen, die Vertragsbedingungen bleiben wirksam.<sup>52</sup> Daher werden die tariflich geregelten Vertragsbedingungen auch dann wirksam, wenn Tarifverträge konkludent in Bezug genommen werden, z. B. durch die regelmäßige Zahlung des Tarifgehalts.

Dennoch wirft die konkludente Einbeziehung manche Zweifelsfrage auf. Es ist fraglich, ob die Entgegennahme begünstigender Leistungen aus dem Tarifvertrag bereits einen rechtsgeschäftlichen Willen des Arbeitnehmers erkennen lässt, die in demselben Tarifvertrag bestehenden nachteiligen Bestimmungen gegen sich gelten zu lassen. Der 5. Senat des BAG<sup>53</sup> hat dies für die Frage der Ausschlussfristen – im Gegensatz zur Rechtsprechung des 1. Senats<sup>54</sup> – verneint. Bei fehlender Tarifbindung müssten tarifliche Ausschlussfristen ausdrücklich durch Verweisung vereinbart werden.

50 BAG v. 19. 1. 1999, AP Nr. 9 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag mit zust. Anm. *Oetker* und zahlreichen Nachweisen.

51 BT-Drucks. 14/6857, S. 54.

52 EuGH v. 8. 2. 2001, EAS C, Richtlinie 91/533/EWG Art. 2 Nr. 2 (Lange/Schünemann).

53 BAG v. 26. 9. 1990, AP Nr. 9 zu § 1 BeschFG 1985 = EzA § 4 TVG Ausschlussfristen Nr. 89 mit zust. Anm. *Schüren*.

54 BAG v. 19. 1. 1999, AP Nr. 9 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.