

Leiharbeit in Deutschland und Russland – ein rechtsvergleichender Überblick

Autoren: Andrey Berezhnov, Paul Hermann¹

Stand: 15.11.2016

Inhaltsübersicht:

A. Einführung

B. Ausleihe

C. Verhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und Verleiher

D. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag

E. Verhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher

F. Fazit

A. Einführung

Die besonderen Beziehungen, die bei der Lohnarbeit entstehen und als Leiharbeit bezeichnet werden, lassen sich weltweit in vielen Ländern finden. In Russland ist die Leiharbeit noch ein relativ neues Phänomen, das erst kürzlich gesetzlich normiert wurde. 44 Jahre liegen zwischen dem Erlass des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) in Deutschland und der Einführung des Begriffs der Leiharbeit in das russische Leiharbeitsrecht. Allein wegen dieser Zeitspanne ist es von Interesse, die Leiharbeitsrechtsnormen beider Länder zu vergleichen. Hinzu kommt, dass in Russland – anders als in Deutschland – das Arbeitsrecht als Teil des öffentlichen Rechts verstanden wird und es die Marktwirtschaft erst seit ungefähr 26 Jahre gibt.

In Russland gibt es Leiharbeit erst seit den 90-iger Jahren des 20. Jahrhunderts². Überraschenderweise blieb diese bis zum Jahr 2015 rechtlich ungeregelt, obwohl es mehrere Versuche (2003-2006, 2010-2014) gab³, diese Art des Arbeitsverhältnisses rechtlicher Aufsicht und

Zitierweise: Berezhnov A./Hermann P., Leiharbeit in Deutschland und Russland – ein rechtsvergleichender Überblick, O/L-3-2016,

http://www.ostinstitut.de/documents/Berezhnov_Hermann_Leiharbeit_in_Deutschland_und_Russland_ein_rechtsvergleichender_berblick_OL_3_2016.pdf.

¹ Dr. Doz. Andrey Berezhnov, Moskauer Staatliche Universität/Paul Hermann, Ruhr-Universität Bochum.

² *Vlasenko*, Probleme der Regelung der Leiharbeit in Russland, 2009, S. 10-11.

³ *Tschesalina*, Arbeits- und Sozialrecht 17 (2016), 41.

Berezhnov/Hermann - Leiharbeit in Deutschland und Russland – ein rechtsvergleichender Überblick, Ost/Letter-3-2016 (Dezember 2016)

Kontrolle zu unterstellen. Die Versuche blieben stets erfolglos, was zur Beeinträchtigung des sozialen Schutzes des Leiharbeitnehmers und zur Arbeit unter weniger günstigen Arbeitsbedingungen als die der vergleichbaren Arbeitnehmer des Einsatzbetriebes führte⁴. Für die Unternehmen war dieses Rechtsvakuum dagegen von Vorteil. In den meisten Fällen wurden die Leiharbeitnehmer eingesetzt, um Stammarbeitnehmer zu vertreten, den vorübergehenden Bedarf des Betriebs zu decken und einmalige Projekte zu organisieren⁵. Besonders besorgniserregend war der vermehrte Einsatz von Leiharbeitnehmern unter schädlichen und gesundheitsgefährdenden Arbeitsbedingungen.

Auch für einen Arbeitnehmer kann Leiharbeit von Vorteil sein. Sie gewährt ihm die Möglichkeit, Berufserfahrung zu sammeln, möglicherweise einen Arbeitsplatz in Teilzeit zu bekommen oder auch in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommen zu werden.

Bis 2016 gab es in Russland drei Formen der Leiharbeit: die vorübergehende und die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung sowie das sog. Outstaffing, bei dem das Personal auf ein Drittunternehmen übertragen wird, um es zu schlechteren Arbeitsbedingungen als Leiharbeitnehmer auf denselben Arbeitsplätzen weiter zu beschäftigen.

Die Leiharbeit zeichnet sich durch drei Merkmale aus: Es gibt drei Rechtssubjekte – den Leiharbeitnehmer, die private Agentur und den Entleiher; Arbeitsort und Arbeitsplatz fallen auseinander und die Arbeitsleistung wird außerhalb des Standortes des Arbeitgebers erbracht⁶. Bei einem solchen Rechtskonstrukt kann man von einer Mehrzahl von Arbeitgebern sprechen⁷.

Schließlich hat das Bundesgesetz vom 5. Mai 2014 Nr. 116-BG Änderungen in das russische Arbeitsrecht eingefügt und die Leiharbeit in Art. 56 Arbeitsgesetzbuch der Russischen Föderation (ArbGB RF) für verboten erklärt. Interessanterweise erlaubt der Gesetzgeber die Leiharbeit an anderer Stelle, verwendet hierfür aber eine andere Bezeichnung (Art. 53.1 ArbGB RF und Art. 18.1 des Bundesgesetzes „Über die Volksbeschäftigung in der Russischen Föderation“ [VBeschG]),⁸ was terminologisch verwirrend wirkt.

In Deutschland ist Leiharbeit praktisch möglich seit der Entscheidung der BVerfG vom 17. 9. 1967⁹, die Art. 37 Abs. 3 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) für verfassungswidrig erklärt hat. Die Einbeziehung der Arbeitnehmerüberlassungsverträge in das Arbeitsvermittlungsmonopol des Staates verstieß gegen Art. 12 Abs. 1 GG.¹⁰ Der deutsche Gesetzgeber sah sich deshalb gezwungen, die Leiharbeit gesetzlich zu regeln und erließ 1972 das

⁴ *Gerasimova*, Die Leiharbeit ist verboten und legalisiert, <http://trudprava.ru/news/employnews/1580> (zuletzt am 17.07.2016).

⁵ *Korkin*, Atypische Arbeitsverhältnisse: Begriff, Arten, allgemeine Regelungsfragen, 2012, S. 16; *Sitdikova*, Arbeitsstreitigkeiten 2011, 13.

⁶ *Vlasenko* (Fn. 2), S. 8, 16.

⁷ *Korkin* (Fn. 5), S. 7, 19.

⁸ *Luschnikova/Luschnikov/Smirnov*, Russisches Arbeitsrecht in der Innovationswirtschaft, 2015, S. 18-19.

⁹ BVerfG 4.4.1967 – 1 BvR 84/65, BVerfGE 21, 261 = NJW 1967, 974.

¹⁰ BVerfG 4.4.1967 – 1 BvR 84/65, BVerfGE 21, 261 = NJW 1967, 974, 975 f.

Berezhnov/Hermann - Leiharbeit in Deutschland und Russland – ein rechtsvergleichender Überblick, Ost/Letter-3-2016 (Dezember 2016)

AÜG. Mit dem AÜG verfolgte der deutsche Gesetzgeber zunächst das Ziel, die Aufspaltung der Belegschaft in Leih- und Stamarbeitnehmer zu verhindern.¹¹ Seit 1985 wird die Leiharbeit auch zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, sowie zur Beschäftigungsförderung und Wirtschaftssteigerung eingesetzt, was zahlreiche Änderungen des AÜG nach sich zog.¹²

Nach Angaben der Bundesagentur für Arbeit waren im Jahr 2015 im Bereich der Leiharbeit mehr als 960.000 Menschen beschäftigt, was einem Anteil von 3% aller Beschäftigten in Deutschland entspricht.¹³ Der größte Teil der Leiharbeitnehmer entfällt auf folgende Branchen: Verkehr, Logistik, Schutz und Sicherheit, Metall- und Elektroindustrie. Hierbei handelt es sich meist um Niedriglohnarbeit und der Einsatz dauert selten länger als drei Monate.

B. Ausleihe

Seit 2016 gibt es im ArbGB RF und dem VBeschG einen neuen Begriff: die Arbeitnehmerüberlassung. Gemäß Art. 18.1 Abs. 1 VBeschG liegt eine Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn ein Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber (Verleiher) angewiesen wird, seine vertraglichen Arbeitspflichten vorübergehend im Interesse und unter der Aufsicht eines Dritten (Entleiher) zu erbringen. Die Überlassung bedarf nach Art. 18.1 Abs. 2 VBeschG der Zustimmung des Arbeitnehmers in einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Dieser wird zwischen dem Verleiher und dem Entleiher geschlossen. Entleiher kann sowohl eine juristische als auch eine natürliche Person sein. Als Verleiher können gemäß Art. 18.1 Abs. 3 VBeschG akkreditierte private Arbeitsvermittler und andere juristische Personen auftreten.

Unter akkreditierten privaten Arbeitsvermittlern versteht Art. 18.1. Abs. 3 Nr. 1 VBeschG juristische Personen, die in der Russischen Föderation registriert und von der zuständigen Bundesbehörde zur Arbeitnehmerüberlassung akkreditiert sind. Die Akkreditierung setzt gemäß Art. 18.1 Abs. 6 VBeschG voraus, dass der private Arbeitsvermittler über ein Satzungskapital von mindestens einer Millionen Rubel verfügt und keine Rückstände bei Steuern, Gebühren und anderen Pflichtabgaben gegenüber dem Staat hat. Der Leiter der privaten Arbeitsvermittlung muss Erfahrungen in der Arbeitsvermittlung von mindestens zwei Jahren innerhalb der letzten drei Jahre und einen Hochschulabschluss haben. Außerdem darf der Leiter der privaten Arbeitsvermittlung nicht wegen Taten gegen die höchstpersönlichen Rechtsgüter und wegen Taten mit wirtschaftlichen Bezügen vorbestraft sein.

¹¹ *Golücke*, in: Hümmerich/Boecken/Düwell, Anwaltskommentar Arbeitsrecht, Band 1, 2. Aufl. 2007, AÜG § 1 Rn. 2.

¹² Begründung des Regierungsentwurfs, Bundestagsdrucksache 12/5502, S. 1; Begründung des Regierungsentwurfs, Bundestagsdrucksache – 13/4941, S. 1; Begründung des Entwurfs der Bundestagsfraktionen CDU/CSU, FDP, Bundestagsdrucksache – 13/4941, S. 1; Begründung des Entwurfs der Bundestagsfraktionen SPD, Bündnis 90/Die Grünen, Bundestagsdrucksache – 14/6944, S. 1.

¹³ <http://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Branchen-Berufe/generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf> (zuletzt am 17.07.2016).
Berezhnov/Hermann - Leiharbeit in Deutschland und Russland – ein rechtsvergleichender Überblick, Ost/Letter-3-2016 (Dezember 2016)

Für die anderen juristischen Personen gilt das Akkreditierungserfordernis nicht. Als Verleiher dürfen sie gemäß Art. 18.1 Abs. 3 Nr. 2 VBeschG nur dann auftreten, wenn der Entleiher eine juristische Person ist und mit dieser verbunden ist. Alternativ genügt es, wenn der Entleiher eine Aktiengesellschaft und der Verleiher Parteien einer Vereinbarung von Aktionären ist. Die Befreiung der anderen juristischen Personen vom Akkreditierungserfordernis ist dem Konzernprivileg nach dem § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG ähnlich. Das Konzernprivileg gilt indes nicht, wenn die Arbeitnehmer zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 Hs. 2 AÜG).

§ 1 Abs. 3 AÜG schließt im deutschen Recht die Anwendung des AÜG – und damit die des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG – mit einigen Ausnahmen aus. Gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG bedarf der Arbeitgeber, der im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) zur Arbeitsleistung überlassen will, einer behördlichen Erlaubnis. Diese ist gemäß § 3 AÜG zu versagen, wenn der Verleiher nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt und nach seiner Betriebsorganisation nicht in der Lage ist, die Arbeitgeberpflichten ordnungsgemäß zu erfüllen. Die Zuverlässigkeit fehlt insbesondere dann, wenn der Verleiher die arbeits-, sozial-, steuerrechtlichen Normen nicht einhält. Die Verlängerung der Erlaubnis wird auch dann abgelehnt, wenn der Verleiher dem Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb dieses Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts nicht gewährt.

Einer Erlaubnis bedarf es ausnahmsweise nicht, wenn die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern desselben Wirtschaftszweiges zur Vermeidung von Kurzarbeit oder Entlassungen erfolgt und dies tarifvertraglich vereinbart ist, § 1 Abs. 3 Nr. 1 AÜG. Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG ist die Erlaubnis nicht erforderlich, wenn die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Arbeitgebern nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird. Auf das Konzernprivileg und damit auf die Ausnahme des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG wurde bereits hingewiesen.

Bei der Erteilung wird die Erlaubnis auf ein Jahr befristet. Es besteht die Möglichkeit, eine unbefristete Erlaubnis zu bekommen, allerdings nur dann, wenn der Verleiher in drei aufeinanderfolgenden Jahren nach § 1 AÜG erlaubt tätig war. Im Falle der Ablehnung gilt die Erlaubnis für die Abwicklung der nach § 1 AÜG erlaubtermaßen geschlossenen Verträge als fortbestehend, jedoch nicht für länger als zwölf Monate.

Nach Abs. 14 des Regierungsbeschlusses vom 20. 10. 2015 Nr. 1165 „Über das Akkreditierungsverfahren der privaten Arbeitsvermittler“ wird die Akkreditierung auf drei Jahre befristet, es sei denn die Akkreditierung sieht eine kürzere Frist vor. Art. 18.1 Abs. 9 VBeschG sieht vor, dass die Akkreditierung widerrufen oder in ihrer Wirkung gehemmt werden kann. In diesem Fall verliert der private Arbeitsvermittler das Recht, Arbeitsverträge zum Zweck der Arbeitnehmerüberlassung abzuschließen. Die bereits abgeschlossenen Arbeitsverträge bleiben bestehen.

Nach wie vor ist in Deutschland die Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe grundsätzlich verboten, § 1b AÜG. In Russland ist hingegen die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern auf Seeschiffen als Mitglieder der Schiffsbesatzung ausnahmslos verboten. Verboten ist weiterhin gemäß Art. 18.1 Abs. 13 VBeschG die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern in Betrieben mit der ersten und zweiten Gefährlichkeitsstufe¹⁴, auf Arbeitsplätzen mit gesundheitsschädlichen Arbeitsbedingungen der dritten und vierten Stufe und generell mit gefährlichen Arbeitsbedingungen¹⁵.

Zu ergänzen ist hier noch um ein wichtiges Unterscheidungsmerkmal zwischen der privaten Arbeitsvermittlung und der Arbeitnehmerüberlassung durch andere juristische Personen. Während es bei den letzten auf den richtigen Entleiher ankommt, spielt die Person des Vertragspartners für den privaten Arbeitsvermittler keine Rolle. Die Abschlussfreiheit der privaten Arbeitsvermittler ist auf andere Weise beschränkt. Verleihen dürfen sie Arbeitnehmer gemäß Art. 341.2 Abs. 2 ArbGB RF erstens zum Zweck der Betreuung und für Aushilfeleistungen bei der Haushaltsführung, wenn der Entleiher eine natürliche Person und nicht ein Einzelunternehmer ist, zweitens zum Zweck der Vertretung eines Arbeitnehmers bei einem Einzelunternehmer oder einer juristischen Person, drittens zur Erbringung vorübergehend anfallender Arbeit wegen einer Produktions- oder Dienstleistungsumfangserweiterung, wenn der Entleiher ein Einzelunternehmer oder eine juristische Person ist. Die Beschränkungen der Abschlussfreiheit der anderen juristischen Personen können in einem Bundesgesetz geregelt werden, auf das in Art. 341.3 ArbGB RF und Art. 18.1 Abs. 3 Nr. 2 VBeschG verwiesen wird und das die Bedingungen und das Verfahren der Arbeitnehmerüberlassung durch andere juristische Personen regeln soll. Es wurde aber bisher noch nicht erlassen.

C. Verhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und Verleiher

Die Arbeitnehmerüberlassung kommt durch den Abschluss von zwei Verträgen zustande: der Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer und der Dienstverschaffungsvertrag zwischen dem Verleiher und Entleiher. Ein Arbeitsverhältnis besteht somit nur zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Verleiher. Das gilt sowohl für Russland als auch für Deutschland.

Das Arbeitsrecht beider Länder zwingt die Arbeitsvertragsparteien nicht dazu, den Vertrag schriftlich abzuschließen. Vielmehr ist auch ein mündlich abgeschlossener Arbeitsvertrag wirksam. Der Nachweis der Arbeitsbedingungen zu Klarstellungs- und Beweis Zwecken wird vom nationalen Gesetzgeber jedoch in unterschiedlicher Weise verlangt. In Russland muss der Arbeitgeber innerhalb der ersten drei Tage nach der Aufnahme der Beschäftigung durch den Arbeitnehmer, den Inhalt des Arbeitsvertrages schriftlich niederzulegen und dem Arbeitnehmer unterschrieben auszuhändigen. Eine Pflichtverletzung ist eine Ordnungswidrigkeit. Die in den Arbeitsvertrag aufzunehmenden Angaben ergeben sich aus Art. 57 ArbGB RF. In Deutschland hat der Arbeitgeber gemäß § 2 Abs. 1

¹⁴Vgl. Art. 2 Abs. 3 des Bundesgesetzes Nr. 116 „Über die gewerbliche Sicherheit von gefährlichen Betriebsanlagen“.

¹⁵Vgl. Art. 14 Abs. 4 des Bundesgesetzes Nr. 426 „Über die spezielle Bewertung der Arbeitsbedingungen“. Berezhnov/Hermann - Leiharbeit in Deutschland und Russland – ein rechtsvergleichender Überblick, Ost/Letter-3-2016 (Dezember 2016)

NachwG einen Monat Zeit und zwar nicht von der Aufnahme der Beschäftigung an, sondern ab dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses. Zusätzlich zu den in § 2 Abs. 1 NachwG genannten Angaben sind gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 AÜG die Firma und die Anschrift des Verleihers, die Erlaubnisbehörde, der Ort und das Datum der Erteilung der Erlaubnis und die Art und Höhe der Leistungen für Zeiten, in denen der Leiharbeiter nicht verliehen ist, in die Niederschrift aufzunehmen.

Gemeinsam ist den Rechtsordnungen beider Länder, dass die Zustimmung des Arbeitnehmers zur Überlassung unverzichtbar ist. In Deutschland ergibt sich das Erfordernis der Zustimmung aus § 613 S. 2 BGB. Eine einmalige Erklärung der Zustimmung reicht aus. In Russland erklärt der Leiharbeiter seine Zustimmung einmal beim Abschluss des Arbeitsvertrages, der gemäß Art. 341.2 Abs. 1 ArbGB RF die Klausel über die Möglichkeit der Überlassung enthalten muss und ein weiteres Mal in der Zusatzvereinbarung zu der konkreten Überlassung. Die Zusatzvereinbarung ist schriftlich vor jeder Überlassung abzuschließen, Art. 341.2 Abs. 7 ArbGB RF. In die Zusatzvereinbarung sind die Angaben zur Person des Entleihers (Bezeichnung, Identifikationsnummer etc.) aufzunehmen.

Somit besteht die Arbeitnehmerüberlassung aus mehreren Phasen. In Deutschland sind dies der Arbeitsvertrag und der Überlassungsvertrag. In Russland kommen noch die Zusatzvereinbarung, die Anordnung der Arbeitnehmerüberlassung durch den Arbeitgeber und die Eintragung ins Arbeitsbuch¹⁶ hinzu. Im Zusammenhang mit der letzten Voraussetzung ist zu beachten, dass im Beschluss der Regierung der Russischen Föderation vom 16. 4. 2003 Nr. 225 „Über Arbeitsbücher“ und im Beschluss des Verkehrsministeriums vom 10. 10. 2003 Nr. 69 „Über die Bestätigung der Instruktion zur Ausfüllung des Arbeitsbuches“ keine speziellen Regelungen über die entsprechende Eintragung in das Arbeitsbuch enthalten sind. Daher ist im Falle der Arbeitnehmerüberlassung die Eintragung in das Arbeitsbuch mit Bezug auf Art. 341.1 ArbGB RF vorzunehmen.

Der Leiharbeiter ist gegenüber dem Verleiher zur pflichtgemäßen Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet. Den Verleiher trifft dagegen die Pflicht zur Zahlung des Arbeitslohns. Daneben haben der Leiharbeiter und der Verleiher die gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten zu beachten. Nach deutschem Recht trägt der Verleiher das Beschaffungsrisiko, so dass der Leiharbeiter auch dann einen Anspruch auf die Vergütung aus § 11 Abs. 4 AÜG, § 615 BGB hat, wenn der Arbeitgeber keine Einsatzmöglichkeit für den Leiharbeiter hat. Das kurzfristige Fehlen der Einsatzmöglichkeit stellt keinen betriebsbedingten Kündigungsgrund i. S. des KSchG dar.¹⁷ Das Betriebsrisiko würde sonst auf den Leiharbeiter verlagert. Im Großen und Ganzen erfolgt die Kündigung eines Leiharbeiters nach den allgemeinen Regeln. Als Besonderheit ist neben der oben angesprochenen Unmöglichkeit, das Beschaffungsrisiko auf den Leiharbeiter abzuwälzen,

¹⁶ Dabei handelt es sich um ein Buch, in das sämtliche Arbeitsverhältnisse eines Arbeitnehmers eingetragen werden.

¹⁷ BAG 18.5.2006 – 2 AZR 412/05, NZA 2006, 1007; AnwK-ArbR/Golücke (Fn. 13) AUG § 1 Rn. 11; Wank, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, AÜG Einl. Rn. 27.

Berezhnov/Hermann - Leiharbeit in Deutschland und Russland – ein rechtsvergleichender Überblick, Ost/Letter-3-2016 (Dezember 2016)

unter anderem zu beachten, dass auch die Verletzung der Arbeitspflichten gegenüber dem Entleiher einen Kündigungsgrund darstellen kann¹⁸.

Ob der Leiharbeiter seinen Vergütungsanspruch ohne einen Einsatz auch nach dem russischen Leiharbeitsrecht behält, ist unklar. Unseres Erachtens soll die Zeit zwischen den Überlassungen als ein vom Arbeitgeber verschuldeter Arbeitsausfall bewertet werden. Daraus ergibt sich als zwingende Folge ein Anspruch des Leiharbeiters auf 2/3 des Durchschnittslohns gemäß Art. 157 ArbGB RF.¹⁹

Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG hat der Verleiher dem Arbeitnehmer für die Zeit der Überlassung die im Betrieb dieses Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen zu gewähren. Zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen zählen gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. f der EU-Zeitarbeitsrichtlinie²⁰ die Dauer der Arbeitszeit, die Pflicht zu Überstunden, zudem Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Urlaub, arbeitsfreie Tage und das Arbeitsentgelt. Welche Arbeitnehmer vergleichbar sind, richtet sich nicht nur nach der konkret ausgeübten Tätigkeit, sondern auch nach persönlichen Merkmalen wie Qualifikation, Berufserfahrung oder vertraglich festgelegter Funktion, soweit diese vergütungsrelevant sind.²¹ Von Interesse ist auch § 11 Abs. 2 AÜG, wonach der Verleiher verpflichtet ist, dem Leiharbeiter bei Vertragsschluss ein Merkblatt der Erlaubnisbehörde über den wesentlichen Inhalt des AÜG auszuhändigen. Ferner ist der Verleiher verpflichtet, den Leiharbeiter und den Entleiher unverzüglich über den Zeitpunkt des Wegfalls der Erlaubnis zu unterrichten.

Unbeantwortet bleibt im russischen Arbeitsrecht die Frage, ob der Leiharbeiter sich im konkreten Einzelfall weigern darf, einem anderen Arbeitgeber überlassen zu werden und welche Rechtsfolgen diese Verweigerung für den Arbeitnehmer nach sich zieht. Unseres Erachtens darf die Weigerung des Leiharbeiters nach dem russischen Leiharbeitsrecht nicht als Verletzung der Arbeitspflicht gewertet und er darf nicht zur Verantwortung gezogen werden. Das russische Leiharbeitsrecht normiert das Erfordernis der Zusatzvereinbarung, was im Umkehrschluss das Recht des Arbeitnehmers zur Unterschriftsverweigerung bedeutet. Lehnt der Leiharbeiter den Einsatz ab, muss der Entleiher im Gegenzug von der Zahlung der Überlassungsgebühr befreit werden. In Deutschland gibt es dieses Erfordernis nicht, so dass sich der Leiharbeiter dem Einsatz nur dann rechtmäßig widersetzen kann, wenn der Arbeitsvertrag ihm ein entsprechendes Recht gewährt. Sollte das nicht der Fall sein, stellt die Ablehnung des Einsatzes eine Arbeitspflichtverletzung dar, die eine Kündigung nach sich ziehen kann.

¹⁸ ErfK/Wank (Fn. 17), AÜG Einl. Rn. 27.

¹⁹ Korkin (Fn. 4), S. 25; Zakaluejnaja, Leiharbeit und Fernarbeit als Grundformen der atypischen Arbeitsverhältnisse, 2015, S. 92 f.

²⁰ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 11. 2008 über Leiharbeit, ABl. EG Nr. L 327 vom 5. 12. 2008, S. 9-14.

²¹ LAG Baden-Württemberg 16.5.2014 – 12 Sa 36/13 –, JurionRS 2014, 19731.

Berezhnov/Hermann - Leiharbeit in Deutschland und Russland – ein rechtsvergleichender Überblick, Ost/Letter-3-2016 (Dezember 2016)

In Russland sowie in Deutschland hat der Verleiher als Arbeitgeber die Einkommenssteuer und die Sozialversicherungsbeiträge abzuführen. Um dies zu gewährleisten hat der deutsche Gesetzgeber bestimmt, dass Verleiher und Entleiher hierauf als Gesamtschuldner haften. Das Nichtabführen der Sozialversicherungsbeiträge kann strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Im Jahr 2013 hat sich eine große Handelskette gegenüber der Staatsanwaltschaft Stuttgart bereit erklärt, fünf Millionen Euro an die Staatskasse, eine Million Euro als Strafe an das Hauptzollamt und drei Millionen Euro an die Sozialversicherungskasse abzuführen, damit das strafrechtliche Ermittlungsverfahren eingestellt wird²².

Gemäß Art. 341.1 Abs. 3 ArbGB RF wird dem Leiharbeitnehmer eine Erschwerniszulage gewährt, wenn dieser seine Arbeitsleistung unter schädlichen bzw. gefährlichen Arbeitsbedingungen zu erbringen hat. Dem Verleiher obliegt es hierbei, die Höhe der abzuführenden Sozialbeiträge unter Berücksichtigung der Haupttätigkeit des Entleihers und die Ergebnisse der speziellen Bewertung der Arbeitsbedingungen zu bestimmen und diese abzuführen.

Eine wichtige Rechtsgarantie für den Leiharbeitnehmer stellt die in Russland geltende Pflicht des Verleihers dar, die Kontrolle über die Einhaltung der Pflichten durch den Entleiher auszuüben. Der Entleiher ist nicht berechtigt, den Verleiher an der Ausübung seiner Kontrollbefugnisse zu hindern. Eine solche Kontrolle ist weder öffentlich-rechtlicher noch sozialer (gewerkschaftlicher) Natur und wird nicht durch die arbeitsrechtlichen Gesetze geregelt. Die Kontrolle muss daher aufgrund der zivilrechtlichen Bestimmungen erfolgen. Die Kontrollbefugnisse können im Überlassungsvertrag näher konkretisiert werden. In Deutschland erfolgt die Kontrolle der Einhaltung der Normen des AÜG dagegen nur durch die Arbeitsverwaltung.

D. Arbeitnehmerüberlassungsvertrag

Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist ein Dienstverschaffungsvertrag, in dem sich eine Partei (Verleiher) verpflichtet, einen geeigneten Arbeitnehmer auszuwählen und der anderen Partei (Entleiher) zur Verfügung zu stellen und die andere, die vereinbarte Vergütung für die Arbeitnehmerüberlassung zu zahlen. Hierzu müssen sie neben der Vergütungshöhe die Anforderungen festlegen, die in der Person des Leiharbeitnehmers erfüllt werden müssen.

Gemäß § 12 AÜG hat der Entleiher in der Urkunde anzugeben, welche besonderen Merkmale die für den Leiharbeitnehmer vorgesehene Tätigkeit hat, welche berufliche Qualifikation dafür erforderlich ist sowie welche wesentlichen Arbeitsbedingungen, – einschließlich des Arbeitsentgeltes – im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer gelten. Stellt sich beim Einsatz heraus, dass der Arbeitnehmer die vereinbarten Anforderungen nicht erfüllt, hat der Verleiher einen anderen Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen.²³ Angegeben werden muss auch, ob der Verleiher die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis besitzt. Fällt die Erlaubnis weg, hat der Verleiher den Entleiher unverzüglich darüber zu unterrichten, § 12 Abs. 2 AÜG. Ab dem 1.4.2017, wenn die neue Fassung des

²² *Bauer/Heimann*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2013, 3287.

²³ *ErfK/Wank* (Fn. 17), AÜG Einl. Rn. 15.

Berezhnov/Hermann - Leiharbeit in Deutschland und Russland – ein rechtsvergleichender Überblick, Ost/Letter-3-2016 (Dezember 2016)

AÜG²⁴ in Kraft tritt, haben die Parteien gemäß § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG zusätzlich die Überlassung von Leiharbeitnehmern in ihrem Überlassungsvertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen, bevor sie den Leiharbeitnehmer überlassen oder tätig werden lassen. Vor der Überlassung haben sie die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren, § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG.

Gemäß Art. 18.1 Abs. 11 VBeschG gehört zum Pflichtinhalt des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags die Arbeitsschutzklausel, nach der sich der Entleiher verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer einen sicheren und gesunden Arbeitsplatz zu gewähren.

In Russland und in Deutschland bedarf – wie bereits erwähnt – die Arbeitnehmerüberlassungstätigkeit grundsätzlich einer Erlaubnis (bzw. Akkreditierung). Das Akkreditierungsverfahren ist im Beschluss der Regierung der Russischen Föderation vom 29. 10. 2015 Nr. 1165 festgelegt. Dabei bestimmt das Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation weder die Form noch den Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages noch verbietet es den Abschluss eines solchen Vertrages.

Gemäß § 12 Abs. 1 S. 1 AÜG ist der Überlassungsvertrag in Deutschland schriftlich abzuschließen. Ein mündlich abgeschlossener Überlassungsvertrag ist gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig. Ob der Überlassungsvertrag auch in Russland einer Schriftform bedarf, ist unklar. Das Gesetz trifft hierzu keine Entscheidung. Es besagt jedoch, dass die Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag des Leiharbeitnehmers die Angaben zu dem Überlassungsvertrag enthalten soll. Daraus ist der Schluss zu ziehen, dass der Überlassungsvertrag schriftlich zu fassen ist.

Das Arbeitsrecht der Russischen Föderation setzt voraus, dass die Überlassung des Arbeitnehmers einen vorübergehenden Charakter aufweist. Wann die Überlassung dauerhaft und daher unzulässig wird, bestimmt das Gesetz nicht, so dass hier wahrscheinlich derselbe Streit wie in Deutschland um die Bedeutung und den Inhalt des Begriffs „vorübergehend“ entstehen wird. Die Frage, wann die Überlassung vorübergehend und wann sie dauerhaft ist, ist umso wichtiger als die privaten Arbeitsvermittlungsgesellschaften die Arbeitnehmer nur in den drei eng gefassten Fällen des Art. 341.2 Abs. 2, 3 ArbGB RF verleihen dürfen, während diese Einschränkung für die anderen juristischen Personen i. S. des Art. 18.1 Abs. 3 Nr. 2 VBeschG nicht gilt.

In Deutschland wurde mit der Umsetzung der Richtlinie der EU für die Leiharbeit²⁵ § 1 Abs. 1 AÜG eingefügt, der nur die vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern an einen Entleiher für zulässig erklärt. Die Auslegung der neuen Bestimmung ist umstritten. Einige sehen im Wort

²⁴ Begründung des Regierungsentwurfs v. 20.7.2016, Bundestagsdrucksache 18/9232; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, Bundestagsdrucksache 18/10064.

²⁵ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 11. 2008 über Leiharbeit, ABl. EG Nr. L 327 vom 5. 12. 2008, S. 9-14.

Berezhnov/Hermann - Leiharbeit in Deutschland und Russland – ein rechtsvergleichender Überblick, Ost/Letter-3-2016 (Dezember 2016)

„vorübergehend“ das Verbot der Dauerüberlassung²⁶. Andere Autoren bewerten „vorübergehend“ als einen bloßen Programmsatz²⁷. Das Bundesarbeitsgericht hat sich der ersten Meinung angeschlossen.²⁸ Das Verbot der Dauerüberlassung bezweckt die Gewährleistung des sozialen Schutzes der Leiharbeitnehmer einerseits und verhindert die Aufspaltung der Belegschaft in Dauer- und Leihmitarbeiter andererseits. Diesem Streit hat der Gesetzgeber am 21.10.2016 mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze ein Ende gesetzt.²⁹ Der neu eingefügte § 1 Abs. 1b AÜG, der am 1.4.2016 in Kraft tritt, sieht vor, dass die Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich nicht für mehr als 18 aufeinander folgenden Monate erfolgen darf. Davon können die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche in einem Tarifvertrag abweichen. Gemäß § 1 Abs. 1b S. 2 AÜG ist der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass Überlassungszeiten vor dem 1.4.2017 bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Absatz 1b und der Berechnung der Überlassungszeiten nach § 8 Absatz 4 Satz 1 nicht berücksichtigt werden, vgl. § 13 Abs. 2 AÜG.

Ein wichtiger Bestandteil des sozialen Schutzes der Leiharbeitnehmer ist der Equal-Treatment-Grundsatz. Dieser besagt, dass Leiharbeitnehmern grundsätzlich die gleichen Arbeitsbedingungen zu gewähren sind wie Stammarbeitnehmern. Noch ist der Equal-Treatment-Grundsatz in § 9 Abs. 2 AÜG normiert. Ab dem 1.4.2016 ist er in § 8 Abs. 2 S. 1 AÜG zu finden. Neu eingeführt wurde die Gleichstellungsvermutung nach § 8 Abs. 1 S. 2 AÜG. Erhält der Leiharbeitnehmer während der Überlassung einen Arbeitslohn, der zumindest genauso hoch ist wie das einem vergleichbaren Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt, wird vermutet, dass der Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts im Sinne des § 8 Abs. 2 S. 1 AÜG gleichgestellt ist. Fehlt ein vergleichbarer Arbeitnehmer im Einsatzbetrieb, wird es auf das tarifvertragliche Arbeitsentgelt eines vergleichbaren Arbeitnehmers in der Einsatzbranche abgestellt. Dazu ist eine fiktive Eingruppierung des Leiharbeitnehmers erforderlich.³⁰ Auch nach dem 1.4.2017 dürfen die Tarifvertragsparteien eine vom Equal-Treatment-Grundsatz abweichende Regelung treffen. Hinsichtlich des Arbeitsentgelts darf der Tarifvertrag vom Gleichstellungsgrundsatz aber noch nur für maximal 15 Monate abweichen. Bisher sieht das AÜG dagegen keine derartige Einschränkung vor.

Der russische Gesetzgeber hat sich nur auf den in Art. 341.1 Abs. 2 ArbGB RF normierten Equal-Pay-Grundsatz beschränkt. Außerdem haften Entleiher und Verleiher für alle arbeitsrechtlichen

²⁶ LAG Berlin-Brandenburg 9. 1. 2013 – 15 Sa 1635/12, NZA-RR 2013, 234; LAG Baden-Württemberg 17.4.2013 – 4 TaBV 7/12, BeckRS 2013, 69374; *Hamann*, Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA) 2009, 287, 310 ff.; *Schüren/Wank*, Recht der Arbeit (RdA) 2011, 1, 3.

²⁷ *Thüsing/Stiebert*, Der Betrieb (DB) 2012, 632, 633 ff.; *Lembke*, DB 2011, 414, 415.

²⁸ BAG 10.7.2013 – 7 ABR 91/11, NZA 2013, 1296.

²⁹ Begründung des Regierungsentwurfs v. 20.7.2016, Bundestagsdrucksache 18/9232; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales, Bundestagsdrucksache 18/10064.

³⁰ BeckOK ArbR/*Kock*, 2016, AÜG § 9 Rn. 25 m. w. N.

Berezhnov/Hermann - Leiharbeit in Deutschland und Russland – ein rechtsvergleichender Überblick, Ost/Letter-3-2016 (Dezember 2016)

Verpflichtungen des Verleihers als Gesamtschuldner. Wenn sich der Leiharbeitnehmer weigert, die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung wegen der verzögerten Zahlung des Arbeitslohns zu erbringen, stehen dem Entleiher schadenersatzrechtliche Ansprüche gegen den Verleiher zu. Das deutsche Arbeitsrecht betrachtet Entleiher und Verleiher nur in Bezug auf die Lohnsteuer und die Sozialabgaben als Gesamtschuldner.

In Russland werden die Leiharbeitnehmer häufig dort eingesetzt, wo keine vergleichbaren Arbeitnehmer vorhanden sind. In diesem Fall ist der Vergleich nicht möglich. Das heißt, dass dem Leiharbeitnehmer möglicherweise (nur) die Arbeitsvergütung in der Höhe gezahlt wird, die er und der Verleiher im Arbeitsvertrag vereinbart haben.

Aus Art. 341.2 ArbGB RF ist zudem der Schluss zu ziehen, dass der Entleiher den Verleiher über die Vergütungshöhe vergleichbarer Arbeitnehmer zu informieren hat. Die Vergleichbarkeit wird anhand der vertraglich vereinbarten Arbeitstätigkeit ermittelt. Die Vergütungshöhe vergleichbarer Arbeitnehmer muss außerdem im Überlassungsvertrag festgehalten werden. Das bedeutet, dass die Vergütungshöhe des Leiharbeitnehmers von den Arbeitsbedingungen beim Entleiher abhängt. Die Überlassungsgebühr ist regelmäßig höher als die Vergütung des jeweiligen Leiharbeitnehmers, um die Ausgaben des Verleihers zu decken. Außerdem wäre es sinnvoll, den Anspruch des Leiharbeitnehmers auf Information über die geltenden Arbeitsbedingungen gegen den Entleiher nach deutschem Vorbild gesetzlich zu normieren, vgl. § 13 AÜG.

Schließlich verbieten Art. 18.1 Abs. 12 VBeschG Arbeitnehmer zu überlassen, wenn sie als Streikbrecher eingesetzt werden oder die Stammmitarbeiter des Entleihers vertreten sollen, die ihre Arbeit wegen der Verzögerung der Auszahlung des Arbeitslohns niedergelegt haben.

Das AÜG belastet die Unternehmen in Deutschland mit der Erlaubnispflicht, Informationspflichten und insbesondere mit dem Equal-Treatment-Grundsatz. Daher wird immer wieder versucht, die Anwendung des AÜG umzugehen. Der häufigste Weg, der dabei eingeschlagen wird, ist der Abschluss von Scheinwerkverträgen und Scheindienstverträgen, obwohl es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung handelt. Sofern der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis eingeholt hat, sind die Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern unwirksam (§ 9 Nr. 1 AÜG) und zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher wird ein Arbeitsverhältnis fingiert (§ 10 Abs. 1 AÜG). Inhalt und Wirkungsdauer des dadurch entstandenen Arbeitsverhältnisses richten sich nach § 10 Abs. 1 AÜG. Die Überlassung des Arbeitnehmers ohne Erlaubnis kann eine Geldbuße in Höhe von bis zu 30.000 Euro sowohl für den Entleiher als auch den Verleiher nach sich ziehen. Das russische Arbeitsrecht sieht keine direkten Rechtsfolgen für die Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis vor.

Die Kriterien der Arbeitnehmerüberlassung regelt weder das BGB noch das AÜG. Die Rechtsprechung hat diese aus den Eigenarten der Arbeitnehmerüberlassung und des Werkvertrages abgeleitet, von denen die wichtigsten die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Einsatzunternehmens und die Unterwerfung unter das Weisungsrecht des Entleihers sind. Arbeitet der vermeintlich fremde

Mitarbeiter oder der vermeintliche Selbständige mit den Arbeitnehmern des Einsatzunternehmens zusammen, hat er den Weisungen des Einsatzunternehmens hinsichtlich des Inhalts, Orts, der Zeit i. S. des § 106 GewO zu folgen. Trägt er die Arbeitskleidung und nutzt Arbeitsinstrumente des Einsatzunternehmens und kommt das Arbeitsprodukt dem Einsatzunternehmer zugute, ist grundsätzlich von einer Arbeitnehmerüberlassung auszugehen. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass die Kriterien in eine Gesamtwürdigung eingehen und ihnen je nach Einzelfall unterschiedliches Gewicht bei der Abwägung zukommt. Außerdem ist die hier vorgenommene Aufzählung nicht abschließend.

Ab dem 1.4.2017 werden die Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen. Diese Aufzählung dürfte nicht abschließend sein. Dafür streitet erstens, dass sich bei der Annahme einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung jede schematische Lösung verbietet. Zweites deutet der am 21.10.2016 verabschiedete Entwurf der Bundesregierung auf das Ziel des Gesetzgebers hin, die gesamte Rechtsprechung zu den Merkmalen der Arbeitnehmerüberlassung ins Gesetz zu integrieren. Außerdem wird die von der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung von abhängiger zu selbstständiger Tätigkeit gesetzlich niedergelegt, indem festgelegt wird, wer Arbeitnehmer ist. Entsprechend der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird klargestellt, dass ein Arbeitsverhältnis, unabhängig von der Bezeichnung und dem formalen Inhalt des Vertrages vorliegt, wenn dies der tatsächlichen Vertragsdurchführung entspricht.³¹

Selbst wenn eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung betrieben wird, kann der Entleiher der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses entgehen, wenn der Verleiher eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besitzt, im konkreten Einzelfall aber einen Werk- oder Dienstvertrag geschlossen hat und im Zuge der Erfüllung dieses Vertrages Arbeitnehmer einsetzt, die er selbst entliehen hat.³² Das BAG hat hierzu am 12. 7. 2016 entschieden, dass auch im Falle der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung die erteilte Erlaubnis ausreicht, um die Rechtsfolge des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG auszuschließen.³³ Eine analoge Anwendung des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG scheidet mangels einer planwidrigen Regelungslücke aus, da der Gesetzgeber die Anwendung des § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG auf den Fall des Fehlens der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis bewusst beschränkt hat.

Eine Änderung der Rechtslage, die der rechtsmissbrauchsähnlichen Anwendung der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis entgegenwirken soll, ist absehbar. Ab dem 1.4.2017 sieht § 9 Abs. 1 Nr. 1a vor, dass Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Entleihern, die entgegen § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 die Arbeitnehmerüberlassung nicht ausdrücklich als solche bezeichnet, unwirksam sind. Nach § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG n. F. wird dann - wie bei der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung - ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert. Der Arbeitgeber kann sich dann nicht mehr darauf berufen,

³¹ Begründung des Regierungsentwurfs v. 20.7.2016, Bundestagsdrucksache 18/9232, S. 3.

³² LAG Baden-Württemberg 18.6.2015 – 6 Sa 52/14, BeckRS 2015, 69994; ArbG Stuttgart 8.4.2014 – 16 BV 121/13, JurionRS 2014, 15123; LAG Rheinland-Pfalz 28.5.2015 – 2 Sa 689/14, NZA-RR 2015, 625.

³³ BAG 12. 7. 2016 – 9 AZR 352/15, BB 2016, 2686.

Berezhnov/Hermann - Leiharbeit in Deutschland und Russland – ein rechtsvergleichender Überblick, Ost/Letter-3-2016 (Dezember 2016)

dass er auch noch eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung hat. Der Verleiher hat aber dem Leiharbeiter den Lohn, Sozialbeiträge und Steuern nachzuzahlen. Für die Zahlung der Sozialbeiträge haftet der Entleiher gemäß § 28e Abs. 2 S. 1 SGB IV wie selbstschuldnerischer Bürge.

Wie die russischen Gerichte in ähnlichen Fällen entscheiden würden, ist nicht klar, da es bisher an entsprechenden Entscheidungen fehlt. Das ist angesichts des sehr jungen Alters des russischen Leiharbeitsrechts nicht überraschend. Sie sind aber zu erwarten, weil das Gesetz die Abgrenzungskriterien nicht normiert.

E. Verhältnis zwischen Leiharbeiter und Entleiher

Zwischen dem Entleiher und dem Verleiher entsteht kein Arbeitsverhältnis, sondern ein faktisches Beschäftigungsverhältnis. Trotzdem hat der Entleiher gegenüber dem Leiharbeiter einen Anspruch auf die Arbeitsleistung. Dieser ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag des Leiharbeiters mit dem Verleiher. Bei diesem handelt es sich nach deutschem Recht um einen echten Vertrag zugunsten Dritten.³⁴ Nach dem russischen Arbeitsrecht hat der Entleiher kein eigenes Recht auf die Arbeitsleistung des Leiharbeiters. Das ergibt sich im Umkehrschluss aus Art. 341.2 Abs. 8 S. 1 ArbGB RF. Die Arbeitsvertragsparteien können aber im Überlassungsvertrag bzw. in einer Zusatzvereinbarung ein Forderungsrecht des Entleihers vorsehen. Im Grundfall wird der Entleiher zur Ausübung des Weisungsrechts des Verleihers gegenüber dem Leiharbeiter ermächtigt. Zudem kann die Pflicht des Leiharbeiters, die Interessen des Entleihers zu wahren und die Betriebsordnung einzuhalten, geregelt werden. Das Gesetz sieht aber keine Möglichkeit vor, den Leiharbeiter zur Einhaltung sonstiger lokaler Rechtsakte³⁵ des Entleihers zu verpflichten. Außerdem können die Vereinbarungen zusätzliche Pflichten des Entleihers vorsehen (z. B. die Pflicht, Arbeitsmittel und -instrumente zur Verfügung zu stellen, den Haushaltsbedarf des Leiharbeiters zu decken, oder die Befreiung von der Arbeitspflicht in Fällen des § 76 ArbGB RF). Das disziplinarische Weisungsrecht, also das Recht zu Abmahnungen, Verweisen und Kündigungen, steht sowohl nach dem russischen als auch nach dem deutschen Arbeitsrecht dem Verleiher zu. Zudem ist nur der Verleiher zur Zahlung des Arbeitslohns verpflichtet.

Gemäß § 13 AÜG hat der Leiharbeiter im deutschen Arbeitsrecht Anspruch auf Mitteilung der wesentlichen Arbeitsbedingungen der vergleichbaren Arbeitnehmer. Falls sich herausstellt, dass der Arbeitslohn des Leiharbeiters niedriger ausfällt als der eines vergleichbaren Arbeitnehmers, hat er Anspruch auf die Nachzahlung in Höhe des Differenzbetrages, § 10 Abs. 4 S. 1 AÜG. Für den Verleiher kann das Vorenthalten des gleichen Lohns eine Geldbuße in Höhe von bis zu 500.000 Euro nach sich ziehen. Der Entleiher ist verpflichtet, den Leiharbeiter über freie Arbeitsplätze zu

³⁴ ErfK/Wank (Fn. 17), AÜG Einl. Rn. 33; Preis, Individualarbeitsrecht, 4. Aufl. 2012, S. 107.

³⁵ Eine Definition eines „lokalen Rechtsaktes“ enthält das russische Arbeitsrecht nicht. Aus den Bestimmungen des Art. 8 ArbGB RF ergibt sich, dass es sich dabei um Rechtsakte handelt, die arbeitsrechtliche Normen enthalten und die der Arbeitgeber kompetenzgemäß, sowie in Übereinstimmung mit Gesetzen, sonstigen Rechtsakten und kollektiven Verträgen, Vereinbarungen erlässt (z.B. die Einzelanweisung zur Arbeitnehmereinstellung).

Berezhnov/Hermann - Leiharbeit in Deutschland und Russland – ein rechtsvergleichender Überblick,
Ost/Letter-3-2016 (Dezember 2016)

informieren und ihm Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen zu gewähren. Kommt der Entleiher dieser Pflicht nicht nach, kann er mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu 30.000 Euro belegt werden. Gemäß § 11 Abs. 5 AÜG kann sich der Leiharbeiter weigern, die Arbeitsleistung beim Entleiher zu erbringen, wenn dieser unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffen ist. Ein Verbot, während des Arbeitskampfes Arbeitnehmer zu entleihen, sieht das deutsche Arbeitsrecht momentan nicht vor. Ab dem 1.4.2017 darf der Entleiher gemäß § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG den Leiharbeiter nicht tätig werden lassen, wenn der Einsatzbetrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Das russische Arbeitsrecht sieht keine Möglichkeit für den Entleiher vor, den Leiharbeiter wegen der Verletzung von Arbeitspflichten arbeitsrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Unseres Erachtens ist dazu nur der Verleiher als Arbeitgeber berechtigt.³⁶

F. Fazit

1. Sowohl in Russland als auch in Deutschland hat sich der nationale Gesetzgeber für ein Verbot der Leiharbeit unter Erlaubnisvorbehalt entschieden. Unterschiedlich wurde die Frage beantwortet, welche Voraussetzungen der Verleiher zu erfüllen hat, damit ihm die Arbeitnehmerüberlassung erlaubt wird. Während das AÜG eine Prüfung der Zuverlässigkeit des Verleihers in steuer-, sozial- und arbeitsrechtlicher sowie betriebsorganisatorischer Hinsicht voraussetzt, lässt das russische Arbeitsrecht vier formale Anforderungen genügen.
2. Als Verleiher können in Russland nur private Arbeitsvermittler und andere juristische Personen auftreten. Das Akkreditierungserfordernis gilt nur für private Arbeitsvermittler. Andere juristische Personen im Sinne von Art. 18.1 Abs. 3 VBeschG sind bei der Leiharbeit in ihrer Freiheit der Vertragspartnerwahl beschränkt. Dem privaten Arbeitsvermittler steht dagegen frei, die Person des Entleihers auszusuchen, allerdings darf die Leiharbeit nur zu bestimmten Zwecken erfolgen. Unabhängig davon darf die Arbeitnehmerüberlassung nur vorübergehend erfolgen.
3. Die Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 AÜG wird zunächst auf ein Jahr befristet erteilt. Wenn der Verleiher in drei aufeinanderfolgenden Jahren nach § 1 AÜG erlaubt tätig war, kann er eine unbefristete Erlaubnis erhalten. In Russland wird die Akkreditierung für maximal drei Jahre gewährt. Eine zeitlich unbeschränkte Akkreditierung ist nicht vorgesehen. Ungewiss ist, ob die bereits vor dem Widerruf oder der Rücknahme der Akkreditierung abgeschlossenen Überlassungsverträge ebenso wie in Deutschland bestehen bleiben. Das Gesetz enthält dazu keine Angaben.
4. Die Leiharbeit bedarf der Zustimmung des überlassenen Arbeitnehmers. Darüber hinaus muss der Verleiher nach dem Gesetz außer Zustimmung des Arbeitnehmers zur Überlassung als solcher auch noch die zur konkreten Überlassung an den konkreten Entleiher einholen. Deshalb stellt die Ablehnung des Leiharbeitnehmers der Überlassung an den konkreten Entleiher keine Pflichtverletzung dar und ist kein Kündigungsgrund.

³⁶ *Vlasenko* (Fn. 2), S. 23.

5. Übereinstimmend trägt in beiden Ländern der Verleiher das Betriebsrisiko. In Deutschland behält der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch in voller Höhe, auch wenn keine Einsatzmöglichkeit besteht. In Russland steht dem Leiharbeiter der Lohnanspruch in Höhe von 2/3 des Durchschnittslohns gemäß Art. 157 ArbGB RF zu.
6. Der Schutz des Leiharbeitnehmers erfolgt von allem durch die Grundsätze von Equal Treatment und Equal Pay. Der russische Gesetzgeber hat nur den Equal-Pay-Grundsatz normiert. Die dadurch bestehende Schutzlücke schließt er unter anderem durch ein Beschäftigungsverbot für Betriebe der ersten und zweiten Gefährlichkeitsstufe, für Arbeitsplätze mit gesundheitsschädlichen Arbeitsbedingungen der dritten und vierten Stufe und für Arbeitsplätze mit gefährlichen Arbeitsbedingungen.
7. Im russischen Arbeitsrecht trifft den Verleiher die Pflicht, die Einhaltung der Pflichten durch den Entleiher zu kontrollieren. Es handelt sich um eine zivilrechtliche Kontrollpflicht. Daher ist zweifelhaft, ob eine solche Pflicht in der Praxis erfüllt wird. Denn der Entleiher ist nach dem russischen Arbeitsrecht nicht verpflichtet, mit dem Entleiher eine entsprechende Vereinbarung abzuschließen.
8. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist unstreitig ein Dienstverschaffungsvertrag, der insbesondere vom Dienst- und vom Werkvertrag abzugrenzen ist. In Deutschland sind die Abgrenzungskriterien von der Rechtsprechung entwickelt worden. Die wichtigsten sind die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation und die Unterwerfung unter das Weisungsrecht des Entleihers. In Russland haben sich vergleichbare Abgrenzungsfragen wegen des gerade erst kodifizierten Leiharbeitsrechts noch nicht gestellt. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bedarf der Schriftform. Die Angaben, die in den Vertrag aufzunehmen sind, entsprechen weitgehend dem deutschen Recht. Das sind insbesondere die vereinbarte Tätigkeit und die berufliche Qualifikation des Leiharbeitnehmers. Im Gegensatz zu Deutschland muss der Überlassungsvertrag in Russland aber keine Angaben zur Akkreditierung enthalten. Zudem besteht keine Pflicht des Verleihers, den Entleiher und den Arbeitnehmer über den Wegfall der Akkreditierung in Kenntnis zu setzen. Verboten ist die Überlassung der Arbeitnehmer, wenn sie als Streikbrecher oder als Vertretung von Arbeitnehmer eingesetzt werden sollen, die ihre Arbeit wegen der Verzögerung der Arbeitslohnzahlung niedergelegt haben. Das AÜG sieht dagegen nur ein Leistungsverweigerungsrecht des Leiharbeitnehmers vor.
9. Übereinstimmung besteht dahingehend, dass die Überlassung nur vorübergehend erfolgen darf. Beide Rechtssysteme enthalten bisher keine Angaben zu der genauen Dauer der vorübergehenden Überlassung, so dass auch in Russland der Streit über die zulässige Überlassungsdauer zu erwarten ist. In Deutschland wird die Überlassung ab dem 1.4.2017 durch die Reform des AÜG auf 18 Monate begrenzt.
10. Zwischen dem Entleiher und Leiharbeiter kommt kein Arbeitsvertrag zustande. Dennoch hat der Entleiher in Deutschland ein eigenes Recht auf die Arbeitsleistung des

Leiharbeitnehmers. In Russland wird der Entleiher nur ermächtigt, das Weisungsrecht des Verleihers auszuüben, es sei denn, die Arbeitsvertragsparteien haben etwas anderes vereinbart.

©,Ostinstitut Wismar, 2016
Alle Rechte vorbehalten
Der Beitrag gibt die Auffassung des Autors wieder

Redaktion:

Prof. Dr. Otto Luchterhandt,
Dimitri Olejnik,
Dr. Hans-Joachim Schramm
Prof. Dr. Andreas Steininger

Ostinstitut Wismar
Philipp-Müller-Straße 14
23966 Wismar
Tel +49 3841 753 75 17
Fax +49 3841 753 71 31
office@ostinstitut.de
www.ostinstitut.de

ISSN: 2366-2751