

## **Referentenentwurf des BMAS - Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze**

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat am 16. November 2015 den lange erwarteten ersten „Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ (Referentenentwurf - RefE) in die „interne Abstimmung“ gegeben. Der RefE wird nun an die einzelnen Ressorts weitergeleitet. Sodann soll der Entwurf Mitte Dezember 2015 dem Kabinett vorgelegt werden. Das Gesetzgebungsverfahren soll bis Ende Juni 2016 abgeschlossen werden. Die Änderungen werden dann zum 1. Januar 2017 in Kraft treten.

Damit verbleibt zwischen Verabschiedung des Gesetzes und des Inkrafttretens der Änderungen ein Zeitraum von voraussichtlich sechs Monaten. Hierbei handelt es sich aber nur vermeintlich um einen ausreichenden Zeitraum, um sich auf die geplanten Änderungen vorzubereiten. So ist ausschließlich für die Einführung der Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten eine Übergangsregelung geplant. Hingegen sollen alle anderen Änderungen, insbesondere das equal pay nach einer neun- bzw. zwölfmonatigen Einsatzdauer, bereits unmittelbar ab dem 1. Januar 2017 gelten. Damit würde sich die Vergütung aller Mitarbeiter, die an diesem Tag bereits neun bzw. zwölf Monate oder länger im Einsatz sind, unmittelbar ändern.

Obwohl zwischen der Vereinbarung des Koalitionsvertrags Ende 2013 und der Vorlage des Referentenentwurfs mehr als anderthalb Jahre liegen, ist dieser insgesamt unausgegoren. Die vorgesehenen Beschränkungen gehen auch über die des Koalitionsvertrags hinaus, obwohl eine Eins-zu-eins-Umsetzung geplant war. Die Verwaltungsprozesse in den Verleiherunternehmen werden unnötig verkompliziert und letztendlich steht der Schutz der Stammbeschaft - nicht der Zeitarbeiter - im Vordergrund.

Abzuwarten bleibt, ob sämtliche der nun geplanten Änderungen tatsächlich in dieser Form in Kraft treten werden. BAP, iGZ und die Arbeitgeberverbände der Entleiherbranchen laufen bereits jetzt Sturm gegen die geplanten Änderungen. Auch stellt sich bezüglich verschiedener Änderungen die Frage, ob diese einer verfassungsrechtlichen und EU-rechtlichen Überprüfung überhaupt standhalten. Auf der anderen Seite werden die Regelungen seitens der Gewerkschaften als zu lasch kritisiert. Daher sind weitere Änderungen zu erwarten.

Der RefE sieht die folgenden Re-Regulierungen der Arbeitnehmerüberlassung und der Werkverträge vor:

## 1. Einführung einer Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten

*„Derselbe Leiharbeitnehmer darf nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen werden. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als sechs Monate liegen. In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche oder einer auf Grund eines solchen Tarifvertrags getroffenen Betriebs- oder Dienstvereinbarung kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden. Die Kirchen und die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften können von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauern in ihren Regelungen vorsehen.“*

Zeitarbeitnehmer können nach dem RefE grundsätzlich nur noch bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten bei demselben Entleiher eingesetzt werden. Ein Folgeeinsatz ist erst nach Ablauf einer sechsmonatigen Karenzzeit möglich.

Als Zugeständnis an die beteiligten Verleiher, Entleiher und Zeitarbeitnehmer ist vorgesehen, dass in einem Tarifvertrag der Einsatzbranche oder aufgrund eines solchen Tarifvertrags in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung eine abweichende Regelung und damit insbesondere eine Verlängerung der Einsatzdauer vereinbart werden kann. Dies zielt ab auf Vereinbarungen wie bspw. der TV LeIZ. Festzuhalten bleibt aber, dass solche Tarifverträge auch eine Verkürzung der Höchstüberlassungsdauer regeln können und (nach der Begründung des RefE) auch eine absolute Höchstgrenze enthalten müssen.

Allerdings hat der Gesetzgeber diese Öffnungsmöglichkeit erheblich eingeschränkt. Eine Abweichung ist nur in tarifgebundenen Unternehmen und nur auf Grundlage eines Tarifvertrags der jeweiligen Entleiherbranche möglich.

### **Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher**

Um die tatsächliche Umsetzung dieser Regelung sicherzustellen, sollen die §§ 9, 10 AÜG so ergänzt werden, dass im Fall eines Verstoßes gegen die Höchstüberlassungsdauer wie im bisherigen Fall einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher entsteht. Um die Nachteile für Zeitarbeitnehmer zu begrenzen, hat dieser ein Wahlrecht, ob er dieses Arbeitsverhältnis zum Entleiher oder sein mit dem Verleiher bestehendes Arbeitsverhältnis fortsetzen will.

Übt er dieses Wahlrecht nicht aus, bleibt der Entleiher voll in der Haftung, auch für die Sozialversicherungsabgaben. Durch eine Folgeänderung in § 28 e Abs. 1 Satz 3 SGB IV bleibt aber neben dem Entleiher auch der Verleiher in der Haftung für die abzuführenden Sozialversicherungsabgaben, wenn er - wie im Regelfall - die Arbeitsvergütung gezahlt hat.

Durch Ausübung des Widerspruchsrechts kann der Zeitarbeitnehmer zwar das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses zum Verleiher erreichen. Da die Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer gleichwohl verboten bleibt (mit den Auswirkungen der Unzuverlässigkeit des Verleihers und der Verwirklichung der Ordnungswidrigkeit), kann durch das Wahlrecht jedenfalls keine Verlängerung des Einsatzes beim Entleiher erreicht werden, selbst wenn der Zeitarbeitnehmer dies wünscht.

### **Unzuverlässigkeit**

Der Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer soll nach § 3 Abs. 1 Ziff. 1 RefE-AÜG einen Versagungsgrund darstellen. Damit ist eine Erlaubnis oder deren Verlängerung zu versagen und eine erteilte Erlaubnis bei Verstößen zu widerrufen.

### **Ordnungswidrigkeit**

Zusätzlich ist die Ergänzung des § 16 AÜG um einen neuen Ordnungswidrigkeitentatbestand vorgesehen. Bei einem Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer kann dies gegenüber dem Verleiher mit einem Bußgeld von bis zu 30.000,00 € im Einzelfall geahndet werden. Hingegen ist für den Entleiher kein Ordnungswidrigkeitentatbestand vorgesehen.

### **Übergangsfrist**

Als Übergangsfrist ist vorgesehen, dass für das Erreichen der Höchstüberlassungsdauer erst die Überlassungszeiten ab dem 1. Januar 2017 zählen, so dass die ersten Fristen frühestens am 30. Juni 2018 ablaufen.

### **Personenbezogene Höchstüberlassungsdauer**

Diese Regelung sieht eine zunächst an die Person des Zeitarbeitnehmers anknüpfende Höchstüberlassungsdauer vor, die jedoch zugleich auf den einzelnen Entleiher bezogen ist. Damit kann ein Zeitarbeitnehmer auch zukünftig dauerhaft verschiedenen Entleihern überlassen werden. Die Anknüpfung an die einzelnen Entleiher führt zudem dazu, dass nach 18 Monaten ein Wechsel zu einem anderen Entleiher erfolgen muss und ein Einsatz beim vormaligen Entleiher erst nach Ablauf der sechsmonatigen Karenzfrist wieder möglich wird. Der Entleiher hingegen kann den Arbeitsplatz unproblematisch mit einem anderen Zeitarbeitnehmer besetzen. Die dauerhafte Besetzung eines Arbeitsplatzes mit Zeitarbeitnehmern bleibt somit unverändert möglich.

### **Karenzfrist: sechs Monate**

Der neuerliche Einsatz bei einem Entleiher ist erst nach Ablauf einer sechsmonatigen Karenzfrist möglich. Ein Wechsel zu einem anderen Verleiher ändert hieran nichts, da die Einsatzzeiten beim

Entleiher ungeachtet des Verleihers zusammenzählen. Damit muss vor jedem Einsatz geprüft werden, ob der Mitarbeiter bei diesem Entleiher innerhalb der letzten 18 Monate im Einsatz war und falls ja, ob in dieser Zeit eine verwirklichte Karenzzeit lag, so dass die 18-Monats-Frist neu anlief.

Nicht geregelt wird, wie Nichteinsatzzeiten zu bewerten sind, die sich an einen Einsatz anschließen. Da der Beginn der Karenzfrist an die Beendigung des Einsatzes anknüpft, wird zukünftig – so denn die Regelung tatsächlich kommt – auf eine Beendigung eines Einsatzes vor etwaigen Nichteinsatzzeiten zu achten sein. Dies muss dann auch revisionsfest dokumentiert werden.

### **Auswirkungen**

Diese Regelung belastet neben den Verleihern insbesondere kleine und mittelständische Entleiherunternehmen. Bei größeren, konzernangehörigen Entleiherunternehmen kann die zu erfüllende Arbeitsaufgabe nach Ablauf der 18-monatigen Überlassungsdauer auf ein anderes konzernangehöriges Unternehmen verlagert werden und der Zeitarbeitnehmer kann sodann von diesem Unternehmen entliehen werden. Da in diesem Fall ein anderes Entleiherunternehmen auftritt, würde die 18 Monatsfrist wieder von neuem laufen. Offen ist aber, ob die Freude über diese Möglichkeit lange anhält. Die Drehtürklausel, die in § 8 Abs. 3 RefE-AÜG vorgesehen ist, könnte entsprechend für § 1 Abs. 1b RefE-AÜG übernommen werden. Es ist zu erwarten, dass die Gewerkschaften hierauf drängen werden.

Problematisch an der Regelung sind weiter folgende Punkte:

- Nur beim Einsatz von Zeitarbeitnehmern in **tarifgebundenen Unternehmen** ist eine längere Einsatzzeit von über 18 Monaten möglich. Damit besteht für Entleiher der Zwang, Mitglied eines Arbeitgeberverbandes zu werden, wenn sie von der Öffnungsklausel profitieren wollen. Sie sind hierdurch in ihrer Freiheit beschränkt, keinem Arbeitgeberverband beizutreten. Ob diese Beschränkung der sog. negativen Koalitionsfreiheit verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann, ist höchst fraglich. Wahrscheinlich dürfte daher sein, dass die Beschränkung auf „tarifgebundene“ Entleiher im Gesetzgebungsverfahren noch fallen wird.
- Zum anderen können abweichende **tarifvertragliche Regelungen** nur **auf der Seite der Entleiher**, also durch die für den Entleiherbetrieb zuständigen Tarifpartner (bei einem Handelsunternehmen bspw. also unter Beteiligung von ver.di) getroffen werden. BAP, iGZ und die Mitgliedsgewerkschaften des DGB können hierzu keine Regelungen treffen. Das Interesse der auf der Entleiherseite beteiligten Gewerkschaft (bspw. von ver.di) kann jedoch gerade darin bestehen, die eigenen Mitglieder der Einsatzbetriebe vor dem Einsatz von Zeitarbeitnehmern zu

schützen. Öffnungsklauseln werden daher voraussichtlich entweder sehr selten abgeschlossen werden oder durch die Gewerkschaften durch andere Zugeständnisse erkaufte werden.

Dies ist auch rechtlich problematisch, weil die Tarifpartner der Zeitarbeitsbranche außen vor bleiben. Im RefE kommt somit immer noch zum Ausdruck, dass die Zeitarbeitsbranche nicht als eigenständige Branche anerkannt wird. Nach der Rechtsprechung des BAG handelt es sich jedoch bei der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung um eine eigenständige Branche. Diese wird daran gehindert, für ihren eigenen Zuständigkeitsbereich die Arbeitsbedingungen der zu überlassenden Arbeitnehmer selbst zu regeln. Dies ist verfassungsrechtlich problematisch.

Auch hier wird deutlich, dass das Gesetz nicht den Schutz von Zeitarbeitnehmern bezweckt, sondern eigentlich dem Schutz der Stammebelegschaft dient.

- Die vorgesehenen Beschränkungen können nach h.M. durch die EU-Zeitarbeitsrichtlinie nicht begründet werden. Diese sieht keine Höchstüberlassungsdauer vor und erfordert auch keine zeitliche Beschränkung. Dies hat die EU-Kommission zuletzt im Sommer 2015 klargestellt. Die bisherige Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ist damit ein bloßer Programmsatz, der vom BAG fälschlicherweise als zeitliche Beschränkung einer zulässigen Arbeitnehmerüberlassung gesehen wird. Offen ist, ob die durch die geplanten Änderungen bewirkten Beschränkungen der Zeitarbeit einen Verstoß gegen die EU-Dienstleistungsfreiheit darstellen und ob diese auf diesem Wege ggf. gekippt werden können.

Die Regelung führt aber auch zu einer erheblichen Benachteiligung der Zeitarbeitnehmer, die nach 18 Monaten bei einem anderen Entleiher eingesetzt werden müssen und somit auf die Grundvergütung zurückfallen. Sie verlieren ihren Anspruch auf Vergütung nach dem equal pay-Prinzip, auch haben sie zunächst keinen Anspruch auf Zahlung der Branchenzuschläge. Hier wird abermals deutlich, dass die geplante Änderung vornehmlich dem Schutz der Stammebelegschaft dient.

Insgesamt ist höchst fraglich, ob die Regelung vor dem Hintergrund der Benachteiligung der Verleiher, kleiner und mittlerer Entleiherunternehmen und der Zeitarbeitnehmer vor dem Hintergrund des bezweckten Schutzes der Stammebelegschaft verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

## 2. Erweitertes equal pay nach neun Monaten

*„Eine abweichende tarifliche Regelung im Sinne von Absatz 2 gilt hinsichtlich des Arbeitsentgelts nur für die ersten neun Monate einer Überlassung an einen Entleiher. Abweichend von Satz 1 gilt dies für die ersten zwölf Monate einer Überlassung an einen Entleiher, wenn ein im Arbeitsverhältnis geltender Tarifvertrag nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen hinsichtlich des Arbeitsentgelts eine stufenweise Heranführung an den Gleichstellungsgrundsatz vorsieht. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als sechs Monate liegen.“*

Zeitarbeitnehmer werden nach neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitnehmern beim Entleiher gleichgestellt (equal pay). Nur soweit für das Arbeitsverhältnis ein Branchenzuschlagstarifvertrag gilt, der eine stufenweise Heranführung des Arbeitsentgelts an ein equal pay vorsieht, soll der Anspruch auf eine equal pay-Vergütung erst drei Monate später nach einer Einsatzdauer von zwölf Monaten gelten.

### Erweitertes equal pay

Der Gleichstellungsgrundsatz soll neben dem Arbeitsentgelt zukünftig auch Sachbezüge erfassen, für die ein Wertausgleich in Euro erfolgen kann. Damit wird der equal pay-Grundsatz erweitert. Gewährt ein Entleiher Sachbezüge, beispielsweise in Form der Zurverfügungstellung eines Dienstwagens/-handys oder Zuschüsse zu Verpflegung (Kantine, Haustrunk), Unterkunft oder Wohnung, haben auch Zeitarbeitnehmer nach Ablauf der Überlassungsdauer von neun Monaten Anspruch hierauf.

### Grundsatz: Neunmonatige Überlassungsdauer

Das erweiterte equal pay ist lediglich dadurch abgemildert, dass es hiervon abweichend erst nach einer 12-monatigen Überlassungsdauer greift, sofern ein Branchenzuschlagstarifvertrag zuvor eine stufenweise Heranführung an den Gleichstellungsgrundsatz vorsieht. Dass das equal pay im Fall der Anwendung einer Branchenzuschlagsregelung erst drei Monate später eingreift und somit für zwölf Monate eine tarifvertragliche Vergütung möglich ist, ist daher nur ein schwacher Trost. Nach neun Monaten wird in aller Regel nur noch die Deckelungsregelung greifen, so dass das equal pay um maximal 10% unterschritten werden kann. Entgegen der Ausführungen im RefE oder von Frau Nahles im Interview mit der SZ, werden BAP und iGZ gerade nicht ermutigt, neue Branchenzuschlagstarifverträge abzuschließen, da dies für die Zeitarbeitsunternehmen wirtschaftlich keinerlei Sinn macht.

Vielmehr ist wahrscheinlich, dass diese die Branchenzuschlagstarifverträge auf Grundlage der Beendigungsregelung in § 7 Abs. 4 der BZ TV auslaufen lassen, sofern die geplanten Regelungen in dieser Form in Kraft treten.

#### **Karenzfrist: sechs Monate**

Nach dem Vorbild der Drehtürklausel werden Zeiten einer Überlassung durch den Verleiher und eines anderen Verleihers an denselben Entleiher zusammengerechnet, sofern die Einsätze bei diesem Entleiher nicht durch eine sechsmonatige Karenzfrist unterbrochen wurden. Wie bei der Höchstüberlassungsdauer ist eine Anrechnung von Überlassungszeiten bei anderen Unternehmen eines Entleiher-Konzerns nicht vorgesehen, so dass durch den Wechsel zu einem anderen konzernangehörigen Entleiher ein erneuter Lauf der Neun/Zwölf-Monats-Frist erreicht werden kann. Dies benachteiligt wiederum vor allem kleinere und mittlere Entleiherunternehmen.

#### **Übergangsfrist**

Eine Übergangsfrist ist nicht vorgesehen. Somit haben auch Zeitarbeitnehmer Anspruch auf das erweiterte equal pay, die am 1. Januar 2017 bereits neun (bzw. zwölf) Monate im Einsatz sind.

### **3. Missbrauch von Werkverträgen - Beschränkung auf offen betriebene Arbeitnehmerüberlassung und Hinweispflicht**

*„Die Überlassung von Leiharbeitnehmern ist in dem Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen. Vor der Überlassung ist die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren.*

*Der Verleiher hat den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird.“*

Der RefE nennt die Verhinderung von Missbräuchen bei Werkvertragsgestaltungen als eines der Hauptziele. Worin ein Missbrauch liegen soll und weshalb ein Werkvertrag besonders gefährlich ist, lässt das BMAS unbeantwortet. Ziel des BMAS ist, bei einer sog. verdeckten Arbeitnehmerüberlassung den vermeintlichen Werkunternehmer und seinen Auftraggeber auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht besser zu stellen, als denjenigen, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Daher muss nach dem RefE eine Arbeitnehmerüberlassung, um legal zu sein, zukünftig

- als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet werden,
- der überlassene Mitarbeiter muss vor der Überlassung konkretisiert werden und

- der Mitarbeiter ist vor Beginn jeder Überlassung darauf hinzuweisen, dass er als Zeitarbeitnehmer eingesetzt wird.

Nach der bisher geltenden Fassung des AÜG war dies nicht erforderlich, insb. musste im Vertrag eine Überlassung nicht ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet werden. Bestanden bei der von den Parteien des Vertragsverhältnisses gewählten Gestaltung Zweifel, ob noch ein Werk-/Dienstvertrag oder schon ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag besteht, konnte eine Absicherung dadurch erreicht werden, dass der vermeintliche Verleiher/Auftraggeber vorsorglich eine AÜ-Erlaubnis einholte. Diese Vorgehensweise wird z.T. als Fallschirmlösung bezeichnet. Nach ganz überwiegender Ansicht in der Rechtsprechung und insbesondere der Rechtsprechung des BAG ist diese Vorgehensweise derzeit (noch) zulässig.

#### **Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher**

Um der geplanten Beschränkung Gewicht zu verleihen, sollen die §§ 9, 10 AÜG so ergänzt werden, dass bei Verstoß gegen die Pflicht zur offenen Bezeichnung der Arbeitnehmerüberlassung und der Konkretisierung der Person des Zeitarbeitnehmers ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher begründet wird (Fiktion eines Arbeitsverhältnisses).

Wie bei einem Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer ist vorgesehen, dass der Zeitarbeitnehmer ein Wahlrecht hat, stattdessen sein Arbeitsverhältnis zum Verleiher fortzuführen. Auch bei Ausübung dieses Wahlrechts muss zur Fortsetzung der Tätigkeit bei diesem Kunden der Vertrag dann auf einen „offenen“ Arbeitnehmerüberlassungsvertrag umgestellt werden. Eine Fortsetzung kann dann aber an der Höchstüberlassungsdauer scheitern.

Durch das Wahlrecht können somit zwar die Rechtsfolgen eines Verstoßes für den Entleiher gemildert sein. Ob allerdings eine „vorzeitige“ Wahlrechtsausübung – bspw. unmittelbar nach Beginn oder gar vor Beginn eines Einsatzes beim Entleiher – ein taugliches Mittel der Absicherung darstellen kann, muss sich erst zeigen.

#### **Ordnungswidrigkeit**

Flankiert wird die geplante Neuregelung darüber hinaus durch einen neuen Ordnungswidrigkeitentatbestand. Wird ein Zeitarbeitnehmer ohne ausdrückliche Bezeichnung als Arbeitnehmerüberlassung und zugleich ohne Konkretisierung der Person des Zeitarbeitnehmers überlassen, kann dies sowohl gegenüber dem Verleiher, als auch gegenüber dem Entleiher mit einem Bußgeld von bis zu

30.000,00 € im Einzelfall geahndet werden. Wird der Zeitarbeitnehmer nicht vor Beginn einer Überlassung darauf hingewiesen, dass er „als Leiharbeitnehmer“ eingesetzt wird, können pro Einzelfall immerhin noch bis zu 1.000,00 € Bußgeld fällig werden.

Hieraus folgt:

- Ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag muss danach nicht zwingend mit „Arbeitnehmerüberlassungsvertrag“ überschrieben werden. Eine Bezeichnung als „Projektvertrag“ o.ä. ist nach wie vor möglich, sofern im Vertragstext eine Überlassung eines Leiharbeitnehmers ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet wird.
- Hingegen ist problematisch, dass eine Absicherung von Zweifelsfällen zukünftig schwerer zu bewerkstelligen sein wird. Als Ausweg kommt in Betracht, etwaige Verträge, bei denen das (geringe) Risiko besteht, dass diese nicht eindeutig als Werkverträge zu qualifizieren sind, zukünftig vorsorglich als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag (ggf. im Vertragstext) zu bezeichnen. Ergibt sich aus der Gesamregelung sodann, dass die Parteien in Wahrheit einen Werkvertrag vereinbart haben, ist die dann fehlerhafte Bezeichnung als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag unschädlich. Allerdings besteht in einem solchen Fall dann aufgrund der gewählten Bezeichnung ein weiteres Indiz pro Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Damit wird die Grenze zwischen Werkvertrag und Arbeitnehmerüberlassungsvertrag im Ergebnis in Richtung Arbeitnehmerüberlassung verschoben.
- Der überlassene Zeitarbeitnehmer muss zukünftig vor Beginn des Überlassungsvorgangs namentlich konkretisiert werden. Dies kann so verstanden werden, dass sich Verleiher und Entleiher vor Beginn der Überlassung auf die Person des zu überlassenden Mitarbeiters einigen müssen. Da dies eine Nebenbestimmung zum Arbeitnehmerüberlassungsvertrag darstellt, würde sie unter das Schriftformerfordernis des § 12 AÜG fallen. Eine Konkretisierung, die die Schriftform nicht einhält, wäre nichtig, so dass dann ein Verstoß gegen das AÜG vorläge. Dies verkompliziert die Abläufe beim Ver- und Entleiher erheblich.

In der Sache führt dies dazu, dass in allen Fällen, in denen die Person des Zeitarbeitnehmers im Vertrag nicht namentlich, sondern lediglich anhand der erforderlichen Qualifikation bezeichnet ist, vor jedem Überlassungsvorgang ein weiteres Schriftstück aufgesetzt werden muss, um dieser Verpflichtung zu genügen. Die in der Praxis etablierten, pragmatischen Lösungen, wonach die überlassenen Zeitarbeitnehmer erst im Nachhinein festgehalten werden,

um den Verstoß gegen das Schriftformgebot zu heilen, greifen nicht mehr. Die Konkretisierung muss zwingend vor Beginn des Überlassungsvorgangs erfolgen, was gegen die Möglichkeit der Heilung spricht. Überdies wäre eine solche Vorgehensweise wegen des neuen Ordnungswidrigkeitentatbestands nur von geringem Wert. Dies verkompliziert die internen Prozesse und bedeutet höheren Aufwand bei der Vertragsumsetzung.

#### 4. Ergänzung durch § 611a BGB

##### *„§ 611a - Vertragstypische Pflichten beim Arbeitsvertrag*

*(1) Handelt es sich bei den aufgrund eines Vertrages zugesagten Leistungen um Arbeitsleistungen, liegt ein Arbeitsvertrag vor. Arbeitsleistungen erbringt, wer Dienste erbringt und dabei in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt. Wenn der Vertrag und seine tatsächliche Durchführung einander widersprechen, ist für die rechtliche Einordnung des Vertrages die tatsächliche Durchführung maßgebend.*

*(2) Für die Feststellung, ob jemand in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt, ist eine wertende Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Für diese Gesamtbetrachtung ist insbesondere maßgeblich, ob jemand*

- a. nicht frei darin ist, seine Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder seinen Arbeitsort zu bestimmen,*
- b. die geschuldete Leistung überwiegend in Räumen eines anderen erbringt,*
- c. zur Erbringung der geschuldeten Leistung regelmäßig Mittel eines anderen nutzt,*
- d. die geschuldete Leistung in Zusammenarbeit mit Personen erbringt, die von einem anderen eingesetzt oder beauftragt sind,*
- e. ausschließlich oder überwiegend für einen anderen tätig ist,*
- f. keine eigene betriebliche Organisation unterhält, um die geschuldete Leistung zu erbringen,*
- g. Leistungen erbringt, die nicht auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses oder eines bestimmten Arbeitserfolges gerichtet sind,*
- h. für das Ergebnis seiner Tätigkeit keine Gewähr leistet.*

*(3) Das Bestehen eines Arbeitsvertrages wird widerleglich vermutet, wenn die Deutsche Rentenversicherung Bund nach § 7a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch insoweit das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses festgestellt hat.“*

Das Bürgerliche Gesetzbuch soll um einen § 611a BGB ergänzt werden, der die vertragswesentlichen Vertragspflichten beim Arbeitsvertrag regeln soll. Ziel ist, den Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen zu verhindern und gleichzeitig die Prüftätigkeit von Behörden zu erleichtern.

Problematisch ist, dass die von der Rechtsprechung erarbeiteten Abgrenzungskriterien nur unvollständig niedergelegt werden. Zwar soll weiterhin eine Gesamtabwägung entscheidend sein. Aller-

dings ist zu erwarten, dass nicht mehr die Kriterien der Rechtsprechung, sondern die im Gesetz niedergelegten Kriterien angewendet werden und Prüfungen zukünftig zu falschen Ergebnissen kommen. Dies betrifft nur mittelbar den Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, wirkt sich aber unmittelbar bei der Abgrenzung einer abhängigen zu einer selbständigen Tätigkeit aus. Zu befürchten ist eine Verlagerung hin zum Arbeitsverhältnis, was insbesondere für Interims-Manager und Freelancer (insb. beim Contracting und bei IT-Dienstleistungen) problematisch werden dürfte.

Vorgesehen ist ferner, dass das Ergebnis eines Statusfeststellungsverfahrens eine widerlegliche Vermutung für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses darstellen kann. Die umgekehrte Vermutung gegen das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ist hingegen nicht vorgesehen. Auch soll die Vermutungswirkung bereits dann greifen, wenn die Statusentscheidung der Deutschen Rentenversicherung Bund noch nicht bestandskräftig und das Statusfeststellungsverfahren noch nicht rechtskräftig beendet ist (!). Da der Ausgang von Statusfeststellungsverfahren von vielen Zufällen abhängt, ist diese Vermutungswirkung höchst problematisch, sowohl in ihren praktischen Auswirkungen, als auch ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit.

## 5. Privilegierung für die öffentliche Verwaltung

Die öffentliche Verwaltung soll dahingehend privilegiert werden, dass eine Personalgestellung in der öffentlichen Verwaltung (bspw. nach § 4 Abs. 3 TVöD) erlaubnisfrei wird.

## 6. Verbot des Kettenverleihs

*„Die Überlassung von Arbeitnehmern ist nur zulässig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter ein Arbeitsverhältnis besteht.“*

Bereits nach derzeitiger Gesetzeslage wird von der herrschenden Meinung ein Kettenverleih als unzulässig angesehen. Auch wenn dies durchaus anders gesehen werden kann, hält sich die Praxis im Ergebnis an die entsprechende Vorgabe der Bundesagentur für Arbeit. Dennoch soll nun ein ausdrückliches Verbot in das AÜG aufgenommen werden. Dies soll dadurch umgesetzt werden, dass die Arbeitnehmerüberlassung nur dann zulässig ist, wenn zwischen Verleiher und dem Zeitarbeiter ein Arbeitsverhältnis besteht.

### Ordnungswidrigkeit

Flankiert wird dies durch einen neu eingefügten Ordnungswidrigkeitentatbestand. Eine Überlassung, ohne dass zwischen Verleiher und Zeitarbeiter ein Arbeitsverhältnis besteht, kann zukünftig mit einer Geldbuße von bis zu 30.000,00 € im Einzelfall geahndet werden.

## Auswirkungen

Diese geplante Änderung betrifft weniger die Verleiher, sondern vielmehr die Entleiher, die Mitarbeiter bei der Erfüllung eines Werkvertrages gegenüber Dritten einsetzen. Sollte dieser Werkvertrag, insbesondere nach Ergänzung des Bürgerlichen Gesetzbuches durch den geplanten § 611a BGB, als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag gewertet werden, würde der Entleiher dem Dritten unerlaubt Mitarbeiter überlassen, selbst wenn er über eine AÜ-Erlaubnis verfügen sollte.

Dies führt zu einer Erhöhung des Risikos auf Seiten des Entleihers in allen Fällen, in denen Zeitarbeitnehmer nicht zum Einsatz im eigenen Betrieb für „interne Aufgaben“, sondern direkt zur Vertragserfüllung gegenüber Dritten – insb. bei Tätigkeiten im Kundenbetrieb des Entleihers – eingesetzt werden. Bei der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung ist hiervon die oftmals gewählte Gestaltung als „Huckepack-Entsendung“ betroffen.

### 7. Kein Einsatz von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern als Streikbrecher

*„Der Entleiher darf Leiharbeitnehmer nicht tätig werden lassen, soweit sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist.“*

Das geplante Verbot des Einsatzes von Zeitarbeitnehmern als Streikbrecher ist eher von untergeordneter tatsächlicher Bedeutung, da bereits jetzt die beiden Tarifwerke BAP/DGB und iGZ/DGB ein solches Verbot enthalten. Bislang war ein Einsatz von Zeitarbeitnehmern in einem bestreikten Betrieb nur möglich, wenn auf das Arbeitsverhältnis keiner der beiden vorgenannten Tarifverträge Anwendung fand. Damit war ein Einsatz nur bei Anwendung des equal pay/equal treatment-Grundsatzes möglich. Zudem wurde teilweise davon ausgegangen, dass ein solcher Einsatz auch dann nicht zulässig ist, wenn der Arbeitgeber als Mitglied des BAP oder iGZ einseitig tarifgebunden ist.

Nunmehr soll ein umfassendes Verbot des Einsatzes von Zeitarbeitnehmern in einem bestreikten Betrieb gelten, welches überdies bußgeldbewehrt ist (bis zu 500.000,00 € Bußgeld im Einzelfall). Dieses Verbot ist weder für den Fall beschränkt, dass der Zeitarbeitnehmer bereits vor Beginn des Streiks im Entleiherbetrieb tätig war, noch hat der Zeitarbeitnehmer ein Wahlrecht, ob er im bestreikten Betrieb (weiterhin) tätig werden will oder nicht. Eine Beschränkung erfolgt allein dadurch, dass dann, wenn nicht der gesamte Betrieb bestreikt wird, ein Einsatz in einer nicht bestreikten Abteilung möglich bleibt („soweit“). Abermals wird deutlich, dass die geplanten Änderungen vornehmlich dem Schutz der Stammbesellschaft dienen und die verfassungsrechtliche Zulässigkeit fraglich ist.

## 8. Schwellenwerte in der Betriebsverfassung

*„Soweit Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes mit Ausnahme des § 112a, des Mitbestimmungsgesetzes, des Montan-Mitbestimmungsgesetzes, des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes, des Drittelbeteiligungsgesetzes, des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung, des Europäische Betriebsräte-Gesetzes, des SE- und des SCE-Beteiligungsgesetzes oder der aufgrund der jeweiligen Gesetze erlassenen Wahlordnungen eine bestimmte Anzahl oder einen bestimmten Anteil von Arbeitnehmern voraussetzen, sind Leiharbeiter auch im Entleiherbetrieb und im Entleiherunternehmen zu berücksichtigen.“*

In § 14 AÜG soll gesetzlich klargestellt werden, dass Zeitarbeiter bei den für die betriebliche und unternehmerische Mitbestimmung geltenden Schwellenwerten auch beim Entleiher zu berücksichtigen sind, sofern dies der Zielrichtung der jeweiligen Norm nicht widerspricht. Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung, die in den letzten Jahren schrittweise entschieden hat, dass Zeitarbeiter im Rahmen der betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen als Mitarbeiter der Entleiherbetriebe zu werten sind. Allerdings muss bei den jeweiligen Normen (wie bisher) geprüft werden, ob noch weitere Voraussetzungen zu erfüllen sind, damit Zeitarbeiter mitzählen. So wird bspw. zum Teil eine Wahlberechtigung vorausgesetzt oder, dass die (Zeit-)Arbeitnehmer „in der Regel“ beschäftigt werden. Diese weiteren Voraussetzungen bleiben durch den RefE unangetastet.

## 9. Informationsrechte des Betriebsrats

Eine weitere Änderung im Bereich des Betriebsverfassungsrechts ergibt sich in Bezug auf die Informationsrechte des Betriebsrats. So soll in § 80 Abs. 2 und § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG der Inhalt des bereits bestehenden Informationsrechts des Betriebsrats über den Einsatz von Personen, die nicht im Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber des Betriebs stehen, gesetzlich klargestellt werden. Da es sich hierbei lediglich um eine Klarstellung handelt, ist auch die praktische Bedeutung dieser Regelung als gering einzustufen. Dies wird von den Gewerkschaften stark kritisiert, die hier ein echtes Mitbestimmungsrecht fordern.

---

Dr. Motz | Rechtsanwalt  
Graf-Adolf-Straße 41  
40210 Düsseldorf  
T +49 211 94211950  
F +49 211 94211951  
E [guido.motz@motz-law.com](mailto:guido.motz@motz-law.com)  
[www.motz-law.com](http://www.motz-law.com)