



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze

Stellungnahme Nr.: 15/2016

Berlin, im März 2016

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Stefan Lunk, Hamburg (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Stuttgart
- Rechtsanwältin Dr. Susanne Clemenz, Gütersloh
(Berichterstatteerin)
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gaul, Köln
- Rechtsanwalt Roland Gross, Leipzig
- Rechtsanwalt Dr. Hans-Georg Meier, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Nathalie Oberthür, Köln
(Berichterstatteerin)
- Rechtsanwältin Dr. Barbara Reinhard, Frankfurt
- Rechtsanwältin Dr. Ulrike Schweibert, Frankfurt
- Rechtsanwalt Dr. Uwe Silberberger, Düsseldorf
- Rechtsanwältin Regina Steiner, Frankfurt
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Heinz Josef Willemsen,
Düsseldorf

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Max Gröning

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

- Bundesministerium für Arbeit und Soziales
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie

- Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages

- Landesministerien für Arbeit und Soziales
- Landesjustizministerien der Länder

- Europäische Kommission - Vertretung in Deutschland
- Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
- Deutscher Gewerkschaftsbund
- Deutscher Arbeitsgerichtsverband e.V.
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit
- Deutscher Richterbund
- Bundesverband der Freien Berufe
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Rechtsanwaltskammern in der Bundesrepublik Deutschland

- Bundesarbeitsgericht
- Landesarbeitsgerichte in der Bundesrepublik Deutschland

- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
- Vorsitzende der Landesverbände des DAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein

- Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)
- Zeitschrift Recht der Arbeit

- Zeitschrift Arbeitsrechtliche Entscheidungen (AE)
- Redaktion Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)
- Süddeutsche Zeitung
- Juve Verlag
- Juris Newsletter

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Kurzzusammenfassung:

Der DAV nimmt zu dem Referentenentwurf über seinen Ausschuss Arbeitsrecht wie folgt Stellung:

Entgegen der Entwurfsbegründung entspricht die Definition der Arbeitnehmerüberlassung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG n.F. nicht vollumfänglich der von der Rechtsprechung entwickelten Definition der Arbeitnehmerüberlassung.

Im Hinblick auf die negative Koalitionsfreiheit erscheint bedenklich, dass offenbar nur tarifgebundene Arbeitgeber oder der Arbeitgeber eines Betriebes, in dem eine Arbeitnehmervertretung besteht, von einer Verlängerung der Überlassungshöchstdauer gem. § 1 Abs. 1b AÜG n.F. profitieren können.

Eine Unwirksamkeitsfolge gem. § 9 Nr. 1a AÜG n.F. kann sachgerecht erst mit Beginn der Überlassung des jeweiligen Arbeitnehmers angeordnet werden; dies sollte im Gesetzeswortlaut klargestellt werden. Zu erwägen ist außerdem, die Erklärungsfrist den Widerspruch des Arbeitnehmers gem. § 9 Nr. 1a AÜG erst mit positiver Kenntnis des Leiharbeitnehmers von der Unwirksamkeit der Überlassung beginnen zu lassen.

Durch die Herausnahme der Personalgestellung aus dem AÜG gemäß § 1 Abs. 3 AÜG n.F. werden Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes und der Religionsgemeinschaften gegenüber der Privatwirtschaft erheblich privilegiert. Aus der Sicht des Ausschusses bestehen hiergegen wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG und Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG erhebliche verfassungs- und unionsrechtliche Bedenken.

Der DAV begrüßt grundsätzlich die gesetzgeberische Klarstellung in § 14 Abs. 2 Satz 5 AÜG n.F., wonach nunmehr Leiharbeitnehmern bei allen betriebsverfassungs- (und mitbestimmungs-) rechtlichen Schwellenwerten mit Ausnahme des § 112a BetrVG zu

berücksichtigen sind. Allerdings könnte nach Auffassung des DAV zusätzlich eine stringente gesetzliche Regelung auch zur Wahlberechtigung und Wählbarkeit der Leiharbeitnehmer im Ver- und Entleiherbetrieb geschaffen werden. Es sollte insbesondere sichergestellt sein, dass das passive Wahlrecht nur in einem Betrieb besteht.

Der DAV begrüßt ausdrücklich, dass der Referentenentwurf für die Abgrenzung von Arbeits- und Dienst-/Werkverträgen von dem ursprünglich in § 611a Abs. 2 BGB n.F. aufgenommenen Kriterienkatalog Abstand nimmt. Die dort genannten Kriterien waren nicht geeignet, die Abgrenzung in den Grauzonen insbesondere moderner Arbeitsformen zu erleichtern.

Der DAV begrüßt weiterhin, dass die ursprünglich in § 611a Abs. 3 BGB n.F. enthaltene Vermutungsregelung, ein positives Statusfeststellungsverfahren durch die Deutsche Rentenversicherung Bund indiziere das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, nicht weiter verfolgt wird. Weiterhin hält der DAV die Klarstellung der Informationsrechte des Betriebsrats in den §§ 80 Abs. 2, 92 Abs. 1 BetrVG für sinnvoll.

Einzelheiten ergeben sich aus den nachfolgenden Ausführungen.

1. Definition der Arbeitnehmerüberlassung

§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG n.F. soll künftig eine Definition der Arbeitnehmerüberlassung enthalten: „Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.“

Ausweislich der Entwurfsbegründung soll damit die von der Rechtsprechung entwickelte Definition der Arbeitnehmerüberlassung gesetzlich festgelegt werden. Eine Veränderung der Rechtslage sei damit nicht verbunden. Die Definition der Arbeitnehmerüberlassung durch die Rechtsprechung ist jedoch teils anders gefasst. Danach liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn dem Entleiher „Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen und in dessen Interesse ausführen.“ (BAG 13.8.2008 - 7

AZR 269/07). Nach dieser Definition scheidet Arbeitnehmerüberlassung bspw. bei einer Tätigkeit für ein anderes Unternehmen im Gemeinschaftsbetrieb aus (BAG 3.12.1997 – 7 AZR 764/96), da in der einheitlichen betrieblichen Organisation unternehmerische Zwecke beider Unternehmen verfolgt werden. Nach der insoweit weiteren Definition in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG n.F. könnte Arbeitnehmerüberlassung dann auch im Gemeinschaftsbetrieb vorliegen. Zwar muss die Eingliederung in die Organisation des Entleihers erfolgen, wohingegen die Eingliederung bei Gemeinschaftsbetrieb folgerichtig in dessen - gemeinsame – Organisation erfolgen muss. Eine Klarstellung wäre indes hilfreich.

Zu beachten ist darüber hinaus, dass eine Arbeitnehmerüberlassung nach der Rechtsprechung nur vorliegt, wenn der Arbeitnehmer selbst als ausführende Person - nicht nur der Arbeitsprozess, in dem er eingesetzt wird - in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist (BAG 5.3.1991 – 1 ABR 39/90). An dieser Einschätzung soll die Neufassung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG n.F. aber offenbar nichts ändern.

Weisungsrechte des Entleihers rechtfertigen darüber hinaus nach der bisherigen Rechtsprechung nur dann die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung, wenn diese auf die typischen Inhalte des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts bezogen sind, mithin auf Zeit, Ort und Inhalt der Arbeitsleistung. Weisungen, die allein auf die vertragsgemäß zu erbringende Leistung bezogen sind, wie sie - hergeleitet aus § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB - auch in Dienst- und Werkvertragsverhältnissen als zulässig angesehen werden (LAG Rheinland-Pfalz 11.11.2010 – 11 Sa 289/10), begründen keine Weisungsabhängigkeit im Sinne einer Arbeitnehmerüberlassung.

Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG n.F. soll darüber hinaus für den Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher normiert werden: „Wenn der Vertrag und seine tatsächliche Durchführung einander widersprechen, ist für die rechtliche Einordnung des Vertrages die tatsächliche Durchführung maßgebend.“ Auch dies gibt nicht vollständig den Stand der Rechtsprechung wieder, nach der eine von dem Vertragswortlaut abweichende Handhabung lediglich Schlüsse auf den tatsächlichen Vertragswillen der Parteien zulässt, und auch dies nur dann, wenn die auf Seiten der Vertragsparteien zum Vertragsabschluss berechtigten Personen die abweichende Vertragspraxis kannten und sie zumindest geduldet haben (BAG 30.01.1991 – 7 AZR 497/89). Die Einschränkung,

dass die Vertragsparteien die abweichende Handhabung gewollt oder zumindest geduldet haben, sollte deshalb in die gesetzliche Regelung mit aufgenommen werden. Umgekehrt ist in dem Fall, dass die Parteien einen Arbeitsvertrag vereinbart und gewollt haben, nach bisheriger Rechtsprechung unerheblich, ob das Weisungsrecht auch tatsächlich ausgeübt wird, die tatsächliche Durchführung ist also gerade nicht maßgeblich.

2. Verbot der Kettenüberlassung

In § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG n.F. soll künftig ein Verbot der Kettenüberlassung normiert werden: „Die Überlassung von Arbeitnehmern ist nur zulässig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht.“

Während die Bundesagentur für Arbeit seit jeher davon ausging, eine Kettenüberlassung sei unzulässig (vgl. die Geschäftsanweisung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Stand 07/2015, S. 8f, Ziffer 1.1.2 (11, 12), war dies in der Literatur bislang umstritten. Insoweit dient die gesetzliche Regelung unabhängig von der politisch zu beantwortenden Frage, ob ein solches Verbot zum Schutz der Leiharbeitnehmer erforderlich ist, der Klarstellung der Rechtslage.

Im Verhältnis zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem End-Entleiher gelten gemäß § 10a AÜG n.F. die Bestimmungen zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher gemäß §§ 9, 10 entsprechend. Der Verstoß gegen das Verbot der Kettenbefristung für sich genommen führt nach dem Referentenentwurf allerdings nicht zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem End-Entleiher, sondern stellt gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1b AÜG n.F. für Ver- und Entleiher eine Ordnungswidrigkeit dar.

3. Einführung einer Überlassungshöchstdauer

Der § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG n.F. präzisiert die bislang geltende gesetzliche Vorgabe, nach der Arbeitnehmerüberlassung nur „vorübergehend“ erfolgen durfte. Bislang war ungeklärt, wann eine Überlassung noch vorübergehend war. Nunmehr wird in § 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG n.F. eine gesetzliche Überlassungshöchstdauer eingeführt: „Die

Überlassung von Arbeitnehmern ist vorübergehend bis zu einer Überlassungshöchstdauer nach Absatz 1b zulässig.“ Eine solche Einschränkung bedarf nach Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeits-RL 2008/104/EG einer Rechtfertigung durch Gründe des Allgemeininteresses. Dazu zählen u.a. der Schutz der Leiharbeitnehmer ebenso wie das Funktionieren des Arbeitsmarktes. Für zulässig wird daher gehalten, keine zeitliche Beschränkung aufzunehmen, vgl. Schreiben der EU-Kommission im Beschwerdeverfahren CHAP(2015)00716 → Rn. 23.4. Dass der Gesetzgeber vorliegend eine Höchstgrenze für zulässig ansieht, ist jedoch grundsätzlich innerhalb seines Regelungsspielraums angesiedelt. Die unionsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Begrenzung ist seit der Entscheidung des EuGH vom 17.03.2015 – C-553/13 und den in diesem Verfahren ergangenen Schlussanträge des Generalanwalts vom 20.11.2014 jedenfalls im Grundsatz zu bejahen.

Die Überlassungshöchstdauer wird in § 1 Abs. 1b AÜG n.F. näher konkretisiert: „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.“

Der Referentenentwurf folgt damit der Auffassung, das Merkmal „vorübergehend“ sei arbeitnehmer- und nicht arbeitsplatzbezogen zu bewerten (ebenso LAG Hamburg vom 04.09.2013 – 5 TaBV 6/13; a.A. LAG Baden-Württemberg vom 31.07.2013 – 4 Sa 18/13; LAG Berlin-Brandenburg vom 19.07.2013 – 9 TaBV 749/13; offengelassen von BAG 10.13.2013 – 9 AZR 51/13). Arbeitnehmerüberlassung ist demnach auch dann zulässig, wenn mit ihr dauerhafter Arbeitsbedarf abgedeckt werden soll.

Arbeitsplatzbezogene Merkmale sollen demgegenüber nicht von Bedeutung sein, so dass bspw. der Einsatz eines Leiharbeitnehmers im Rahmen eines zweijährigen Projektes nicht zulässig wäre.

Durch Tarifvertrag oder auf der Grundlage eines Tarifvertrages durch Dienst- oder Betriebsvereinbarung soll die Überlassungshöchstdauer ausgeweitet werden können. Die tarifliche Öffnungsklausel muss allerdings in einem Tarifvertrag der Einsatzbranche vorgesehen sein, eine Öffnungsklausel in den Tarifverträgen der Arbeitnehmerüberlassungsbranche soll nicht genügen. Für die Praxis wird insoweit bedeutsam sein, ob die Satzungen der tarifschließenden Gewerkschaften die Tarifzuständigkeit für die Einsatzbranche hinreichend begründen (vgl. LSG Hamburg 23.9.2015 – L 2 AL 64/13; Hessisches LAG 4.9.2014 - 9 TaBV 91/14; *Fischer*, RdA 2013, 326; *Rieble*, BB 2012, 2177). Zudem soll offenbar die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag mit Öffnungsklausel nicht ausreichend sein, so dass nur der tarifgebundene Arbeitgeber oder der Arbeitgeber eines Betriebes, in dem eine Arbeitnehmervertretung besteht, von einer Verlängerung der Überlassungshöchstdauer profitieren kann. Das erscheint im Hinblick auf die negative Koalitionsfreiheit bedenklich und führt zu den erwähnten praktischen Problemen. Zumindest rechtsicherer erscheint es daher, die arbeitsvertragliche Bezugnahme zumindest in Betrieben ohne Betriebs- oder Personalrat ausdrücklich zuzulassen und die Öffnungsklausel auf die kollektiven Regelungen beim Verleiher zu erweitern.

Überlassungszeiten vor dem 01.01.2017 sollen gemäß der Übergangsregelung des § 19 Abs. 2 AÜG n.F. bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer nicht berücksichtigt werden.

Verstöße gegen die Überlassungshöchstdauer führen zur Versagung / Rücknahme der Überlassungserlaubnis, § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG n.F. Sie stellen für den Verleiher eine Ordnungswidrigkeit dar, § 16 Abs. 1 Nr. 1d AÜG n.F. und begründen ein Recht des Betriebsrats, die Zustimmung zu der Einstellung des Leiharbeitnehmers zu verweigern (BAG 30.9.2014 – 1 ABR 79/12). Der Referentenentwurf klärt zudem die bislang streitige Frage, welche weitergehenden Rechtsfolgen eine nicht nur vorübergehende Überlassung im Hinblick auf das Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers nach sich zieht. Nach bislang überwiegender Auffassung führt die nicht nur vorübergehende Überlassung eines Arbeitnehmers nicht zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher (LAG Saarland 18.12.2013 – 2 TaBV 2/13; LAG Berlin-Brandenburg 08.08.2013 – 18 Sa 845/13; LAG Düsseldorf 21.06.2013 – 10 Sa 1747/12; a.A. LAG Baden-Württemberg 22.11.2012 – 11 Sa 84/12; LAG Berlin-Brandenburg 09.01.2013 -

15 Sa 1635/12). Gemäß § 9 Nr. 1b AÜG n.F. sollen nunmehr unwirksam werden „Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern mit dem Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer nach § 1 Absatz 1b, es sei denn, der Leiharbeitnehmer erklärt schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält“. Folge des Widerspruchs soll die Verhinderung des anderenfalls eintretenden Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf den Entleiher sein. Durch die Einführung eines Widerspruchsrechts gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses wird verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. LAG Hessen 06.03.2001 - 2/9 Sa 1246/00) gegen die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher gegen den Willen des Leiharbeitnehmers begegnet. Die Einzelheiten des Widerspruchs, ob er bspw. ex-tunc oder ex-nunc wirkt, sollten ebenso ergänzend geregelt werden wie die Klarstellung, dass ein form- und fristgerechter Widerspruch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer verhindert (vgl. die Parallelproblematik iRd § 613a Abs. 6 BGB).

4. Verbot der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung

Nach § 1 Abs. 1 Satz 5 und 5 AÜG n.F. liegt zulässige Arbeitnehmerüberlassung nur vor, wenn sie offen ausgeübt wird: „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.“

Arbeitnehmerüberlassung, die (vorsätzlich oder irrtümlich) unter dem Deckmantel einer anderen Vertragsform, insbesondere eines Dienst- oder Werkvertrages, ausgeübt wird, ist deshalb grundsätzlich unzulässig. Sie stellt gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1c AÜG n.F. für Ver- und Entleiher eine Ordnungswidrigkeit dar. Ergänzt wird das Gebot der Offenlegung der Arbeitnehmerüberlassung durch eine ebenfalls bußgeldbewehrte Verpflichtung, den Arbeitnehmer vor jedem Einsatz darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer eingesetzt wird, § 11 Abs. 2 Satz 2 AÜG n.F.

Mit der Neuregelung soll die bislang streitige Frage geregelt werden, ob bei einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung das Vorliegen einer wirksamen

Überlassungserlaubnis die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher verhindere. Die bislang herrschende Meinung in der Rechtsprechung verneint dies (vgl. LAG Rheinland-Pfalz 28.5.2015 – 2 Sa 689/14; LAG Baden-Württemberg 7.5.2015 – 6 Sa 78/14; vgl. auch BAG 29.4.2015 – 9 AZR 883/13 zu dem Verstoß gegen das Verbot der nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung). Der Referentenentwurf schließt sich insofern der bisherigen Mindermeinung des LAG Baden Württemberg (3.12.2014 - 4 Sa 41/14) an, nach der es widersprüchlich sei, einerseits aufgrund der besonderen Schutzzwecke des AÜG und des Typenzwangs bei der Einordnung des Rechtsverhältnisses auf die tatsächliche Durchführung abzustellen und andererseits bei der Frage, ob eine vorsorgliche Erlaubnis ausreicht, einen rein formalistischen Standpunkt einzunehmen.

Auch der Verstoß gegen die Offenbarungspflichten soll deshalb zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages des Leiharbeitnehmers und zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher führen, zudem soll auch hier dem Leiharbeitnehmer ein Widerspruchsrecht eingeräumt werden: Gemäß § 9 Nr. 1a AÜG n.F. sollen unwirksam sein „Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn entgegen § 1 Absatz 1 Satz 5 und 6 die Arbeitnehmerüberlassung nicht ausdrücklich als solche bezeichnet und die Person des Leiharbeitnehmers nicht konkretisiert worden ist, es sei denn, der Leiharbeitnehmer erklärt schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach dem zwischen Verleiher und Entleiher für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält.“

Eine solche Regelung führt allerdings zu Rechtsunsicherheit: Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen Verleiher und Entleiher muss noch nicht feststehen, welche Arbeitnehmer bei dem Entleiher eingesetzt werden sollen. Damit ist völlig unklar, wann welcher Arbeitsvertrag unwirksam sein soll. Stehen die Arbeitnehmer, die eingesetzt werden sollen, bereits fest, könnte deren Arbeitsvertrag mit dem Verleiher unwirksam werden, obwohl möglicherweise unvorhergesehene Ereignisse dazu führen, dass diese wider Erwarten doch nicht beim Entleiher eingesetzt werden. Eine Unwirksamkeitsfolge kann deshalb sachgerecht erst mit Beginn der Überlassung des jeweiligen Arbeitnehmers angeordnet werden; dies sollte im Gesetzeswortlaut klargestellt werden. Nicht geklärt ist zudem, wie bei einem „Hinauswachsen“ der

ursprünglich zulässigen Werkvertragsgestaltung in den Bereich des AÜG zu verfahren ist, also bspw. ab wann die Rechtsfolgen der § 9, 10 AÜG greifen oder das Widerspruchsrecht bestehen soll.

Zudem wird der Leiharbeitnehmer nur in den seltensten Fällen Kenntnis davon haben, ob die gebotene Kennzeichnung in den Verträgen zwischen Verleiher und Entleiher erfolgt ist. Die erfolgreiche Wahrnehmung seiner Rechte – Geltendmachung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher oder Ausübung des Widerspruchsrechts – wird dem Leiharbeitnehmer deshalb nur möglich sein, wenn ihm ein Anspruch auf Einsicht in die Verträge zwischen Verleiher und Entleiher gewährt wird. Selbst dann wird dem Leiharbeitnehmer, jedenfalls sofern eine Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und einem Dienst-/Werkvertrag rechtliche Probleme bereitet, die verlässliche Beurteilung der Rechtslage ebenso wenig möglich sein wie die Bestimmung des Zeitpunktes, zu dem die Frist für den Widerspruch zu laufen beginnt. Zu erwägen ist deshalb, die Erklärungsfrist erst mit positiver Kenntnis des Leiharbeitnehmers von der Unwirksamkeit der Überlassung beginnen zu lassen.

Es ist davon auszugehen, dass der Betriebsrat der Durchführung eines Dienst- oder Werkvertrages unter Hinweis auf das Vorliegen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG widersprechen kann. Das BAG hat ein Zustimmungsverweigerungsrecht bei nicht mehr vorübergehender Arbeitnehmerüberlassung bejaht, da das AÜG als gewerbliches Erlaubnisrecht eine rechtswidrige Beschäftigung von Leiharbeitnehmern verbiete (BAG 30.9.2014 – 1 ABR 79/12). Dieselben Grundsätze werden zu gelten haben, wenn künftig die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung ausdrücklich als unzulässig normiert wird.

5. Herausnahme der Personalgestellung aus dem AÜG

Die im öffentlichen Dienst verbreitete Personalgestellung ist nach überwiegender Auffassung als Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. § 1 Abs. 1 AÜG n.F. zu bewerten (LAG Baden-Württemberg 17.4.2013 - 4 TaBV 7/12). Zurückgehend auf eine entsprechende Bundesratsinitiative (Antrag für eine EntschlieÙung des Bundesrats unter dem Titel „Personalgestellung und Abordnung – Herausnahme der öffentlich rechtlichen Gebietskörperschaften aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes zur Regelung der

Arbeitnehmerüberlassung“, BR-Drucksache 745/13) soll abweichend hiervon die Personalgestellung im öffentlichen Dienst und bei den Kirchen und Religionsgemeinschaften künftig aus dem gesetzlichen Anwendungsbereich des AÜG n.F. vollständig herausgenommen werden.

Gemäß § 1 Abs. 3 AÜG n.F. soll künftig Arbeitnehmerüberlassung bei folgenden Konstellationen nicht vorliegen:

„2b. zwischen Arbeitgebern, wenn Aufgaben eines Arbeitnehmers von dem bisherigen zu dem anderen Arbeitgeber verlagert werden und aufgrund eines Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes a) das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber weiter besteht und b) die Arbeitsleistung zukünftig bei dem anderen Arbeitgeber erbracht wird, 2c. zwischen Arbeitgebern, wenn diese juristische Personen des öffentlichen Rechts sind und die für sie geltenden Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften dies vorsehen“.

Der § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG n.F. privilegiert demnach die Personalgestellung im Zusammenhang mit einer Verlagerung von Aufgaben, unabhängig von der Rechtsform des Arbeitgebers, allerdings nur im Geltungsbereich eines Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes. Unklar ist, wann ein Arbeitsverhältnis „aufgrund eines Tarifvertrages“ weiterbesteht. Aus rechtlicher Sicht besteht ein Arbeitsverhältnis im Rahmen eines Betriebs(teil)übergangs ggf. aufgrund eines Widerspruchs des Arbeitnehmers fort. Liegt kein Betriebs(teil)übergang vor, besteht das Arbeitsverhältnis aufgrund der Tatsache fort, dass es von dem Arbeitgeber nicht gekündigt wird. Es existiert, soweit ersichtlich, keine tarifliche Regelung, die konstitutive Auswirkung auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses hätte.

Der § 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG n.F. privilegiert darüber hinaus die Personalgestellung unabhängig von einer Aufgabenverlagerung, solange die beteiligten Arbeitgeber Körperschaften des öffentlichen Rechts oder Angehörige der Kirchen oder öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften sind, sofern die für diese geltenden Tarifverträge dies vorsehen.

Insgesamt werden damit Arbeitgeber des öffentlichen Dienstes und der Religionsgemeinschaften gegenüber der Privatwirtschaft erheblich privilegiert. Aus der

Sicht des Ausschusses bestehen hiergegen wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG und Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG erhebliche verfassungs- und unionsrechtliche Bedenken. Diese Bedenken hatte der DAV bereits in seiner Stellungnahme 52/2013 aus 12/2013 bezüglich der oben erwähnten Bundesratsinitiative artikuliert; sie bestehen uneingeschränkt auch im Hinblick auf die geplante Neuregelung fort.

6. Neuregelung des Gleichstellungsgrundsatzes

Die bislang in § 8 AÜG n.F. geregelten statistischen Meldungen werden ersatzlos aufgehoben. Stattdessen wird in § 8 AÜG n.F. künftig der Grundsatz der Gleichstellung (equal pay / equal treatment) geregelt. Aus gesetzessystematischen Gründen ist die Neuregelung im Rahmen eines eigenständigen Paragraphen zu begrüßen. Damit ist klargestellt, dass sich ein unmittelbarer Vergütungsanspruch aus § 8 AÜG n.F. im Sinne eines die vertragliche Vergütungsabrede korrigierenden gesetzlichen Entgeltanspruchs (vgl. BAG 13.03.2013 – 5 AZR 294/12) ergibt. Die Neuregelung stellt weiter klar, dass Sachbezüge durch Wertausgleich ersetzt werden können, und dass bei tariflicher Abweichung von dem Gleichstellungsgebot unter Unterschreitung des Mindestentgelts nicht nur dieses, sondern die Vergütung vergleichbarer Arbeitnehmer zu zahlen ist. Der Referentenentwurf führt zudem eine Vermutungsregelung ein: Die Wahrung des Gleichstellungsgrundsatzes wird jedenfalls hinsichtlich der eigentlichen Vergütung vermutet, wenn der Leiharbeitnehmer das für einen vergleichbaren Arbeitnehmer im Entleiherbetrieb oder in der Einsatzbranche geltende Tarifentgelt erhält. Dies dürfte in der betrieblichen Praxis zu einem Fortfall anderenfalls erforderlicher „bürokratischer“ Berechnungen führen.

Gleichwohl bleiben insbesondere außerhalb tariflicher Vergütungssysteme ungelöste Probleme für die Praxis, denn es bleibt die Regelung, wonach bei Sachbezügen ein Ausgleich in Euro erfolgen könne. Die Sachbezüge bleiben von der Vermutungsregelung also ausgeschlossen. Daher ist insoweit nach wie vor offen, wie rechtssicher geklärt werden kann, welche außer- oder übertariflichen Vergütungsbestandteile wie zu bewerten sind – insbesondere Sachbezüge (von Altersversorgung zum Job-Ticket)? Fehler können u.U. zu arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Folgeproblemen führen. Eine auch insoweit erfolgende Klarstellung des Gesetzgebers erscheint daher wünschenswert; alternativ könnte diese Definition den Tarifvertragsparteien überantwortet werden. Entscheidet sich der

Gesetzgeber hierzu nicht, müsste er zumindest durch Schaffung einer Übergangsfrist den Betroffenen Gelegenheit geben, die Vorkehrungen für entsprechende Berechnungen zu treffen. Andernfalls drohten ab Inkrafttreten des Gesetzes nicht unerhebliche Rechtsfolgen. Denkbar ist, die zum Inkrafttreten der Höchstgrenze einer Überlassung in § 19 Abs. 2 AÜG n. F. vorgesehene Übergangsregelung auf § 8 AÜG n. F. auszudehnen.

7. Verbot des Einsatzes als Streikbrecher

Mit § 11 Abs. 5 AÜG n.F. wird das bislang geltende Recht des Leiharbeitnehmers, den Einsatz in einem von Streikmaßnahmen betroffenen Betrieb zu verweigern, in ein umfassendes Beschäftigungsverbot von Leiharbeitnehmern verwandelt: „Der Entleiher darf Leiharbeitnehmer nicht tätig werden lassen, soweit sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist.“ Der Verstoß gegen diese Regelung stellt für den Entleiher eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 8a AÜG n.F. dar.

In der Literatur werden Bedenken geäußert (vgl. *Willemsen/Mehrens*, NZS 2015, 897; *Lembke*, BB 2014, 1333; *Zimmermann*, BB 2016, 53; *Ubber/Löw*, BB 2015, 3125), ein solches Beschäftigungsverbot könne einen übermäßigen Eingriff in die von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Arbeitskampfpärität bedeuten. Es würde nicht nur die Neueinstellung von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher untersagt, sondern auch die Weiterbeschäftigung von Leiharbeitnehmern, die bereits vor Beginn der Kampfhandlungen „im normalen Geschäftsgang“ eingesetzt worden sind. Unabhängig davon, ob man diesen Bedenken folgt, könnte der Gesetzgeber der Problematik aus dem Wege gehen, wenn er bspw. den Tarifvertragsparteien klarstellend das Recht zugestehen würde, derartige Regelungen zu treffen.

8. Berücksichtigung bei Schwellenwerten in der Mitbestimmung

Mit § 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG n.F. setzt der Referentenentwurf die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts um, nach der „bei drittbezogenen Personaleinsatz und einer aufgespaltenen Arbeitgeberstellung differenzierende Lösungen geboten sind, die zum einen die ausdrücklich normierten (spezial-) gesetzlichen Konzepte, zum anderen aber auch die Funktion des Arbeitnehmerbegriffs

im jeweiligen betriebsverfassungsrechtlichen Zusammenhang angemessen berücksichtigen“ (BAG 13.3.2013 – 7 ABR 69/11). Leiharbeiter sind bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten demnach zu berücksichtigen, wenn der im Betriebsverfassungsrecht mit unterschiedlicher Funktion ausgestattete Arbeitnehmerbegriff dies gebietet. Die Rechtsprechung hat die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bislang bei den Schwellenwerten der §§ 9 (BAG 13.3.2013 – 7 ABR 69/11), 38 (LAG Baden-Württemberg 27.2.2015 – 9 TaBV 8/14) und 111 (BAG 18.10.2011 - 1 AZR 336/10) BetrVG anerkannt. Der Referentenentwurf setzt dies fort und bestimmt in § 14 Abs. 2 Satz 5 AÜG n.F. nunmehr die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei allen betriebsverfassungs- (und mitbestimmungs-) rechtlichen Schwellenwerten mit Ausnahme des § 112a BetrVG.

Der DAV begrüßt grundsätzlich eine gesetzgeberische Klarstellung, weil sie die mit der einzelfallbezogenen Rechtsprechung bislang verbundenen Unsicherheiten beseitigt. Die Nichtberücksichtigung von Leiharbeitnehmern im Rahmen des § 112a BetrVG ist ebenfalls sachgerecht. Allerdings könnte nach Auffassung des DAV zusätzlich eine stringente gesetzliche Regelung auch zur Wahlberechtigung und Wählbarkeit der Leiharbeiter im Ver- und Entleiherbetrieb geschaffen werden. Es sollte insbesondere sichergestellt sein, dass das passive Wahlrecht nur in einem Betrieb besteht.

9. Festlegung der Abgrenzungskriterien von Arbeits- und Dienst-/Werkverträgen

Der Gesetzgeber beabsichtigt, missbräuchliche Gestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes durch vermeintlich selbständige Tätigkeiten zu verhindern und die Rechtssicherheit der Verträge zu erhöhen. Dies soll durch die Definition des Arbeitnehmers in einem neu eingefügten § 611a BGB erfolgen.

Der DAV begrüßt ausdrücklich, dass der Referentenentwurf von dem ursprünglich in § 611a Abs. 2 BGB n.F. aufgenommenen Kriterienkatalog Abstand nimmt. Die dort genannten Kriterien waren nicht geeignet, die Abgrenzung in den Grauzonen insbesondere moderner Arbeitsformen zu erleichtern. Die geänderte Entwurfsfassung

belässt es demgegenüber bei der von der Rechtsprechung entwickelten Definition des Arbeitnehmers.

Für die in der Entwurfsbegründung genannte Zwecksetzung, missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz zu verhindern, ist die Regelung allerdings auch weiterhin ungeeignet. Sie bezieht sich nur auf das Vertragsverhältnis zweier Personen; zur Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von dem Einsatz von Erfüllungsgehilfen in Dienst- oder Werkvertragskonstellationen ist sie nach ihrem Anwendungsbereich nicht einschlägig.

Der DAV begrüßt weiterhin, dass die ursprünglich in § 611a Abs. 3 BGB n.F. enthaltene Vermutungsregelung, ein positives Statusfeststellungsverfahren durch die Deutsche Rentenversicherung Bund indiziere das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, nicht weiter verfolgt wird. Wenngleich zwar in der Praxis bei Anerkennung eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses in der Mehrzahl der Fälle auch ein Arbeitsverhältnis vorliegen wird, ist dies nämlich keineswegs zwingend. So sind bspw. die Dienstverhältnisse von GmbH-Geschäftsführern zwar in der Regel als sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse anzusehen (für Gesellschafter-Geschäftsführer ist die Durchführung eines Statusverfahrens gemäß § 7a Abs. 1 Satz 2 SGB VI zwingend vorgesehen), nach nationalem Recht sind sie aber regelmäßig nicht als Arbeitnehmer anzusehen. Insofern ist die Streichung des § 611a Abs. 3 BGB n.F. zu begrüßen.

10. Klarstellung der Informationsrechte des Betriebsrats

Der DAV hält die Klarstellung der Informationsrechte des Betriebsrats in den §§ 80 Abs. 2, 92 Abs. 1 BetrVG für sinnvoll, zumal diese Klarstellung weitgehend bereits der geltenden Rechtslage entspricht.