

michels.pmks

F a c h a n w ä l t e

Rheinische Arbeitsrechtstage

Neue Bedingungen für Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge

Köln, 1. Juli 2016

Dr. Marcus Michels
Fachanwalt für Arbeitsrecht

„Werkverträge sind Angelegenheit der Arbeitgeber“

(BDA-Präsident Hundt, n-tv live, Mittwoch, 24. Juli 2013)

„Das ist moderne Sklaverei“

(Frankfurter Rundschau, 2. April 2012)

„Der große Streit um Leiharbeit und Werkverträge – nicht einmal die Hälfte der Mitarbeiter dort (bei Porsche) ist Mitglied der Stammebelegschaft; 46%“

(Harald Schumacher und Ulrike Duhm in WiWo, 2. März 2016)

„Moderne Sklaven“

(Der Spiegel, 02/2012)

A.

Historie des Gesetzgebungsverfahrens

A. Historie des Gesetzgebungsverfahrens

I. Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode

„1. Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen verhindern

Rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen zu Lasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern müssen verhindert werden. Dafür ist es erforderlich, [...] die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrates sicherzustellen, zu konkretisieren und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu sanktionieren. **Der vermeintliche Werkunternehmer und sein Auftraggeber dürfen auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht besser gestellt sein, als derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt.** Der gesetzliche Arbeitsschutz für Werkarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer muss sichergestellt werden.“

A. Historie des Gesetzgebungsverfahrens

I. Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode

„2. Arbeitnehmerüberlassung weiter entwickeln

Wir präzisieren im AÜG die Maßgabe, dass die Überlassung von Arbeitnehmern an einen Entleiher vorübergehend erfolgt, **in dem wir eine Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten gesetzlich festlegen.** Durch einen Tarifvertrag der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche oder aufgrund eines solchen Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung bzw. Dienstvereinbarung können unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Stammbeslegschaft abweichende Lösungen vereinbart werden. Wir entwickeln die statistische Berichterstattung zur Arbeitnehmerüberlassung bedarfsgerecht fort.“

A. Historie des Gesetzgebungsverfahrens

I. Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode

„3. Die Koalition will die Leiharbeit auf ihre Kernfunktion hin orientieren. Das AÜG wird daher an die aktuelle Entwicklung angepasst und novelliert.

- Die Koalitionspartner sind sich einig, dass die Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter künftig spätestens **nach neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitnehmern gleichgestellt** werden.
- Kein Einsatz von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern als **Streikbrecher**
- Zur Erleichterung der Arbeit der Betriebsräte wird gesetzlich klargestellt, dass die Leiharbeiter bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten grundsätzlich zu berücksichtigen sind, sofern dies der Zielrichtung der jeweiligen Norm nicht widerspricht.“

A. **Historie des Gesetzgebungs- verfahrens**

- II. November 2015 – Erster Gesetzesentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales
- III. Februar 2016 – Vorlage der überarbeiteten Version des Entwurfes
- IV. Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 10. Juni 2016
- V. Beabsichtigtes Inkrafttreten des Gesetzes 01.01.2017

B.

Einzelne Regelungen des Gesetzesentwurfs

- I. Begrenzung der Überlassungsdauer
- II. Gleichstellungsgrundsatz
- III. Unzulässigkeit der Vorratserlaubnis
- IV. Änderungen der Fiktionswirkung
- V. Feststellung des Vertragstyps
- VI. Verbot von Streikbrechereinsätzen
- VII. Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer bei Schwellenwerten
- VIII. Herausnahme des öffentlichen Dienstes – Personalgestellung
- IX. Änderungen des BGB
- X. Änderung des BetrVG

I. Überlassungsdauer

1. Bisherige Rechtslage

§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG; Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend

- eine Legaldefinition des Merkmals fehlt
- teilweise wird an das TzBfG angeknüpft (Hamann, NZA 2011, 70 ff., aA LAG Düsseldorf, 02.10.2012, NZA 2012, 1378)
- teilweise wird darauf abgestellt, dass überhaupt eine Rückkehr zum Verleiher erfolgt (ErfK/Wank, § 1 AÜG, Rn. 37b mit weiteren Nachweisen)
- Rechtsfolge dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung: BAG vom 10.12.2013, 9 AZR 51/13, Vorinstanz LAG Baden Württemberg vom 22.12.2012, 11 Sa 84/12: Keine analoge Anwendung der §§ 9, 10 AÜG; Gesetzgeber hat bewusst davon abgesehen, für den Fall der nicht mehr vorübergehenden Überlassung eine Sanktion vorzusehen, es ist Sache der Legislative, etwaige Sanktionen zu vorzusehen.

- Widerspruchsrecht des Betriebsrates bei der Einstellung nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG (BAG, Beschluss vom 10.07.2013, Aktenzeichen 7 ABR 91/11, NZA 2013, 1296);
 - § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG verbietet die mehr als nur vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher;
 - dies ergibt sich aus dem Wortlaut, der Systematik und den Gesetzgebungsmaterialien.
 - § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG dient auch dem kollektiven Schutz der betroffenen Belegschaft; es soll die dauerhafte Einstellung von Leiharbeitnehmern (Verdrängung von Stammarbeitskräften) verhindert werden.

2. Zukünftige Rechtslage

a) Überlassungshöchstdauer

§ 1 AÜG-E Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht

1b. Der Verleiher darf denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate demselben Entleiher überlassen; der Entleiher darf denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate tätig werden lassen. Der Zeitraum vorheriger Überlassung durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen. In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden.

Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages nach Satz 3 können abweichende tarifvertragliche Regelungen im Betrieb eines nicht tarifgebundenen Entleihers durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung übernommen werden.

In einer aufgrund eines Tarifvertrages von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche getroffenen Betriebs- oder Dienstvereinbarung kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden. Können aufgrund eines Tarifvertrages nach Satz 5 abweichende Regelungen in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung getroffen werden, kann auch in Betrieben eines nicht tarifgebundenen Entleihers bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten davon Gebrauch gemacht werden, soweit nicht durch diesen Tarifvertrag eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- und Dienstvereinbarungen festgelegt ist. [...]"

Grundsatz:

- Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten;
- Anrechnung von Vordienstzeiten, sofern zwischen den Einsätzen nicht mehr als drei Monate liegen;
- die Höchstüberlassungsdauer ist arbeitnehmerbezogen, nicht arbeitsplatzbezogen;
- Überlassungszeiten vor Inkrafttreten des Gesetzes am 01.Januar 2017 werden bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer nicht berücksichtigt, § 19 Abs. 2 des Gesetzesentwurfes;

Ausnahmen: Durch oder aufgrund eines Tarifvertrages

1. Fallgestaltung: TV regelt abweichende Überlassungshöchstdauer
 - Tarifgebundene Arbeitgeber: gilt unmittelbar.
 - Nicht tarifgebundene Arbeitgeber mit BR: Übernahme einschlägiger tarifvertraglicher Regelungen durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung.
 - Nicht tarifgebundene Arbeitgeber ohne BR: Es bleibt bei max. 18 Monaten

2. Fallgestaltung: TV sieht Öffnungsklausel für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen vor
 - Tarifgebundene Arbeitgeber mit BR: Abweichende Überlassungshöchstdauer in Betriebs- oder Dienstvereinbarung
 - Nicht tarifgebundene Arbeitgeber mit BR: Abweichende Überlassungshöchstdauer in Betriebs- oder Dienstvereinbarung, max. jedoch 24 Monate, es sei denn, der TV sieht abweichende Höchstdauer vor.
 - Arbeitgeber ohne BR: Es bleibt bei max. 18 Monaten.

- b) Rechtsfolgen der Überschreitung der Höchstdauer:
- Neufassung der §§ 9, 10 AÜG-E:
 - Nichtigkeit des Arbeitsvertrages zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer mit Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer;
 - Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher im Falle des Überschreitens der zulässigen Überlassungshöchstdauer, es sei denn, der Arbeitnehmer erklärt, er möchte an dem Arbeitsverhältnis festhalten (dazu unter IV.).

II.

Gleichstellungsgrundsatz

1. Bisherige Rechtslage

§ 10 Abs. 4 AÜG:

„Der Verleiher ist verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren. Soweit ein auf das Arbeitsverhältnis anzuwendender Tarifvertrag abweichende Regelungen trifft (§ 3 Abs. 1 Nr. 3; § 9 Nr. 2 AÜG), hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die nach diesem Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren. [...]“

2. Neuregelung:

§ 8 Abs. 2 AÜG-E

„Ein Tarifvertrag kann vom Gleichstellungsgrundsatz abweichen, soweit er nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Abs. 2 AÜG festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet. Soweit ein solcher Tarifvertrag vom Gleichstellungsgrundsatz abweicht, hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die nach diesem Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung des Tarifvertrages vereinbaren [...]“

II. Gleichstellungsgrundsatz

§ 8 Abs. 4 AÜG-E

Ein Tarifvertrag im Sinne des Abs. 2 kann hinsichtlich des Arbeitsentgeltes vom Gleichstellungsgrundsatz für die ersten neun Monate einer Überlassung an einen Entleiher abweichen. Eine längere Abweichung durch Tarifvertrag ist nur zulässig, wenn

(1) nach spätestens 15 Monaten einer Überlassung an einen Entleiher mindestens ein Arbeitsentgelt erreicht wird, das in dem Tarifvertrag als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche festgelegt ist und

(2) nach einer Einarbeitungszeit von längstens 6 Wochen eine stufenweise Heranführung an dieses Arbeitsentgelt erfolgt.

II. Gleichstellungsgrundsatz

Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren.

Fazit:

- Grundsatz: Equal Pay (wie bisher).
- Abweichende tarifliche Regelungen sind grundsätzlich nur für die ersten neun Monate der Überlassung zulässig.
- Längere Abweichungen durch Tarifvertrag hinsichtlich des Entgelts zulässig, wenn nach einer Einarbeitungszeit von sechs Wochen eine stufenweise Heranführung an das tarifliche Arbeitsentgelt erfolgt, die spätestens nach 15 Monaten der Einsatzzeit abgeschlossen sein muss.

III.

„Vorratserlaubnis“

1. Vorüberlegungen aufgrund der bisherigen Rechtslage

a) Begriff

Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn ein Arbeitgeber („Verleiher“, „Vertragsarbeitgeber“) einem Dritten („Entleiher“) aufgrund einer Vereinbarung („Arbeitnehmerüberlassungsvertrag“) bei ihm angestellte Arbeitnehmer („Leiharbeitnehmer“) überlässt

b) Abgrenzung zu Dienst- und Werkverträgen

- nicht jeder drittbezogene Personaleinsatz ist eine Arbeitnehmerüberlassung
- Überlassen erfordert die Ausübung des Weisungsrechtes durch den Entleiher und die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Betriebsorganisation des Entleihers (BAG vom 22.06.1994, 7 AZR 286/93)
- beim Werkvertrag weist der Werkunternehmer seine Arbeitnehmer an, die Arbeitnehmer sind auch in seinen Betrieb eingegliedert

- c) Indizienkatalog zur Abgrenzung AÜG/Werkvertrag
- Leistungsinhalt: Wurde ein konkreter, werkvertragsfähiger Inhalt vereinbart?
 - Werden die Weisungen zur Festlegung der Spezifikation erteilt oder aber werden unmittelbar Arbeitsanweisungen durch den Auftraggeber erteilt?
 - Werden Mitarbeiter zur Durchführung von Arbeiten, die vom Auftraggeber näher bestimmt werden, überlassen?
 - Sind der Liefertermin und die Abnahme im Einzelnen geregelt?
 - Wie haftet der Werkunternehmer/Verleiher, entsprechend den werkvertraglichen Gewährleistungspflichten (Nachbesserung, Schadensersatz) oder nur für die sorgfältige Auswahl der eingesetzten Mitarbeiter?
 - Wer kontrolliert die eingesetzten Mitarbeiter täglich vor Ort?
 - Existiert eine verantwortliche Person des Auftraggebers vor Ort, die zur Abnahme und Entgegennahme von Erklärungen befugt ist?

- Wie wird vergütet, leistungs- oder erfolgsbezogen oder schlicht nach Stunden für die eingesetzten Mitarbeiter?
- Hat der Auftragnehmer bzw. Entleiher Einfluss auf die Qualifikation der eingesetzten Mitarbeiter? Wer stellt die Betriebsmittel?
- Wer legt fest, von wie vielen Arbeitnehmern der Auftrag ausgeführt wird?
- Wer bestimmt die Arbeitszeit vor Ort?
- Erfolgt eine enge Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmern des Auftraggebers?

d) Fazit:

Die Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein, Entscheidungen der Gerichte sind nicht immer zu prognostizieren.

- e) Rechtsfolgen im Falle des Vorliegens eines vermeintlichen Werkvertrages, der in Wahrheit ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist, nach derzeitigem Recht:
- aa) Der Werkunternehmer/Verleiher verfügt über **keine** Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis

§ 9 Unwirksamkeit

Unwirksam sind

- (1) *Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat [...]*“

§ 10 Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit, Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen

„Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 unwirksam, so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen [...]“

–Es wird ein Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers zum Besteller/Entleiher fingiert.

–Für die Sozialversicherungsbeiträge haften vermeintlicher Werkunternehmer/Verleiher und der Besteller/Entleiher gesamtschuldnerisch, § 28 e Abs. 2 SGB IV.

- bb) Der Erwerber verfügt über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis
- Die vorsorglich eingeholte Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis entfaltet Rechtswirkung, LAG Baden Württemberg, 18.12.2014, 3 Sa 33/14, LAG Rheinland-Pfalz, 28.05.2015, 2 Ca 689/14
 - Keine Nichtigkeit nach § 9 AÜG und Fiktion eines Arbeitsverhältnisses gem. § 10 AÜG, da der vermeintliche Werkvertrag bzw. die Arbeitnehmerüberlassung mit Erlaubnis erfolgt.
 - Haftung für die Sozialversicherungsbeiträge: Auftraggeber (=Entleiher) haftet wie ein Bürge gem. § 28 e Abs. 2 Satz 1 SGB IV.
 - Für Arbeitnehmer des Werkunternehmers (= Leiharbeitnehmer) gilt der Grundsatz des Equal Treatments.

2. Neue Rechtslage

§ 1 AÜG-E Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht

„(4) *Verleiher und Entleiher haben die Überlassung von Leiharbeitnehmern in ihrem Vertrag 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 [...]“*

§ 9 AÜG-E Unwirksamkeit

„Unwirksam sind [...]

1a) Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn entgegen § 1 Abs. 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, [...]“

§10 AÜG-E Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit

„(1) Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach § 9 unwirksam, so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen [...]“

Ergebnis:

–Die vorsorgliche eingeholte Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, die bislang den Auftraggeber/Entleiher schützte, entfaltet keine Wirkung mehr, da der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag als solcher bezeichnet sein muss und die Arbeitnehmer auch konkretisiert werden müssen.

–Die vorgenannte Bezeichnungspflicht und vor allem die Konkretisierungspflicht wird auch bei „offenen“ Arbeitnehmerüberlassungsverträgen zu beachten sein und für die eine oder andere Rechtsunsicherheit sorgen.

Bewertung:

- Das bisherige „Schutzschild“ der vorsorglichen Erlaubnis der Arbeitnehmerüberlassung greift nicht mehr.
- Der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag wird zukünftig eine noch größere Bedeutung zukommen.
- Die Unternehmen werden sich entsprechende Instrumentarien bzw. Regeln zur Vertragsgestaltung erarbeiten müssen, zumal Werkverträge üblicherweise über den Einkauf und nicht über die Personalabteilung eingekauft werden.

Bewertung:

- Anbieter von Leistungen, die auf dem Betriebsgelände eines Bestellers stattfinden, stehen vor der Aufgabe, ihre Angebote rechtssicher zu gestalten.
- Sofern möglich, kann es sich für den Besteller anbieten, anstelle eines Werkvertrages eine Leiharbeit zu vereinbaren, im Falle der Abfassung des Vertrages als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und der Konkretisierung der Arbeitnehmer besteht nicht das Risiko des Überganges der Arbeitnehmer; dann aber bestehen Probleme hinsichtlich der Haftung, da die Pflicht des Verleihers auf die Auswahl des Personals beschränkt ist.

IV.

Änderungen der Unwirksamkeit bzw. Fiktionswirkung der §§ 9, 10 Kündigungsschutzgesetz

1. Bisherige Rechtslage

„§ 10 AÜG Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit, Pflichten des Arbeitgebers zur Gewährung von Arbeitsbedingungen

- 1. Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam, so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Tätigkeit als zustande gekommen; tritt die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, so gilt das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer mit dem Eintritt der Unwirksamkeit als zustande gekommen [...]*

Fazit:

Die Unwirksamkeit der Verträge ist vorgesehen bei fehlender Erlaubnis nach § 1 AÜG, nur in diesem Falle greift die Fiktion des § 10 AÜG.

2. Neue Rechtslage

§ 9 AÜG-E

„Unwirksam sind:

1. *Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat; der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer wird nicht unwirksam, wenn der Leiharbeitnehmer 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 erklärt, dass er an dem Arbeitsvertrag gegenüber dem Verleiher festhält; tritt die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, so beginnt die Frist erst mit Eintritt der Unwirksamkeit.“*

- 1a) *Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn entgegen § 1 Abs. 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.*

- 1b) *Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern mit dem Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1 b), 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.*

§ 10 AÜG-E

„1. Ist der Vertrag zwischen einem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach § 9 unwirksam, so gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehen Zeitpunkt als zustande gekommen; tritt die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, so gilt das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer mit dem Eintritt der Unwirksamkeit als zustande gekommen. [...]“

Fazit:

–§ 10 AÜG-E (Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher) wird zur Generalsanktion bei

- einer Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis
- Verstößen gegen die Bezeichnungs- und Konkretisierungspflicht
- Verstößen gegen die Höchstüberlassungsdauer

–Die Unwirksamkeit tritt nicht ein, wenn der Leiharbeitnehmer ausdrücklich erklärt, dass er an dem Leiharbeitsverhältnis festhalten will.

–Der Entwurf nimmt hier offenkundig Anleihen beim Widerspruchsrecht im Falle des Betriebsüberganges nach § 613a Abs. 6 BGB.

–Die Erklärung zum Festhalten am Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher ist form- und fristgebunden. Als Form wird Schriftform vorgeschrieben, die Frist beträgt 1 Monat nach Beginn der Überlassung bzw. Überschreitung der Überlassungshöchstdauer.

Weitere inhaltliche/formelle Anforderungen an die Erklärung?

- Eine Inhaltskontrolle vorgefertigter Erklärungen am Maßstab des § 307 BGB dürfte ausscheiden, da keine Abweichung vom Gesetz; Gesetz lässt diese Erklärung gerade zu.
- Anfechtbarkeit bei Täuschung oder Drohung (§123 BGB)
- Analogie zur „Freiwilligkeit“ der Erklärung in § 4 a BDSG? Zweifelhaft, da es an einer entsprechenden Regelungslücke und auch an der vergleichbaren Interessenlage fehlen dürfte.
- Ob und inwieweit §§ 242 BGB, 138 BGB oder die Grundsätze der arbeitsgerichtlichen Billigkeitskontrolle greifen, wird eine Frage der richterlichen Rechtsanwendung bzw. Rechtsfortbildung sein.

V.

Feststellung des Vertragstyps

1. Neue Regelung

§ 12 AÜG-E

„1. Der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher bedarf der Schriftform. Wenn der Vertrag und seine tatsächliche Durchführung einander widersprechen, ist für die rechtliche Einordnung des Vertrages die tatsächliche Durchführung maßgebend. „

- Der Referentenentwurf verweist insoweit auf die Entscheidung des BAG vom 15.04.2014, 3 AZR 395/11
- Die dort enthaltenen Rechtsausführungen werden jedoch unvollständig wiedergegeben. Der 3. Senat des BAG führte nämlich einschränkend aus, dass dies nur dann gelte, wenn die tatsächliche Durchführung von dem Willen der am Abschluss der vertraglichen Vereinbarung beteiligten Arbeitgeber umfasst war; die Kenntnis und Billigung muss deshalb von vertretungsberechtigten Personen erfolgen.
- Ob eine bewusste Abweichung von der Rspr. vorliegt, ist ungewiss.

VI.

Verbot von Streikbrechereinsätzen

1. Bisherige Rechtslage

§ 11 Abs. 5 AÜG-E

„Der Leiharbeitnehmer ist nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu werden, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. In den Fällen eines Arbeitskampfes nach Satz 1 hat der Verleiher den Leiharbeitnehmer auf das Recht, die Arbeitsleistung zu verweigern, hinzuweisen.“

Fazit:

- Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers in den Fällen, in denen der Entleiher unmittelbar vom Arbeitskampf betroffen ist.
- Hinweispflicht des Verleihers.
- Verleiher bleibt zur Zahlung der Vergütung gem. § 615 Satz 3 Satz 1 in Verbindung mit § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG verpflichtet.
- TV der IGZ/DGB Gewerkschaften sehen in § 12 vor, dass der Einsatz von Arbeitnehmern in bestreikten Betrieben generell unzulässig ist, Ausnahme Vereinbarung der Tarifvertragsparteien.

2. Neuregelung

„§ 11 Abs. 5 AÜG-E

Der Entleiher darf Leiharbeitnehmer nicht tätig werden lassen, wenn sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Satz 1 gilt nicht, wenn der Entleiher sicherstellt, dass Leiharbeitnehmer keine Tätigkeiten übernehmen, die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die

- (1) sich im Arbeitskampf befinden oder*
- (2) ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern, die sich im Arbeitskampf befinden, übernommen haben.*

Der Leiharbeitnehmer ist nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu sein, soweit dieser durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen ist. In den Fällen eines Arbeitskampfes hat der Verleiher den Leiharbeitnehmer auf das Recht, die Arbeitsleistung zu verweigern, hinzuweisen.“

Im Ergebnis bedeutet dies:

- Leiharbeitnehmer dürfen nicht unmittelbar als Streikbrecher herangezogen werden.
- Leiharbeitnehmer, die bereits vor dem Arbeitskampf für den Entleiher tätig waren, dürfen weiterbeschäftigt werden.
- Der Einsatz von Leiharbeitnehmern, die Tätigkeiten verrichten, die derjenige Arbeitnehmer erledigt, der den Streikenden vertritt, ist ebenfalls unzulässig.
- Ob auch weitergehende Vertretungsketten vom Einsatzverbot erfasst sind, ist zweifelhaft.

Beispiel:

Arbeitnehmer A ist als Kundendienstmitarbeiter in einem Call-Center im Team „Inbound“ tätig. Er folgt einem Streikaufruf. Arbeitnehmer B, der im Team „Outbound“ tätig ist, vertritt A. Arbeitnehmer C, der im Team „Retention“ tätig ist, vertritt B. Ein Leiharbeiter vertritt den Mitarbeiter C.

Der Einsatz des Leiharbeitnehmers dürfte hier zulässig sein, da er keine Tätigkeit **von** einem Arbeitnehmer, der sich im Arbeitskampf befindet, übernimmt. Auch werden nicht Tätigkeiten von dem Vertreter übernommen.

- Sanktionen: Ordnungswidrigkeit gemäß § 16, Bußgeld bis zu 500.000,00 €.

VII.

Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer bei Schwellenwerten

§ 14 Abs. 2 AÜG-E

„(2) Leiharbeiter sind bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat im Entleiherunternehmen und bei der Wahl der betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmervertretungen im Entleiherbetrieb nicht wählbar. Sie sind berechtigt, die Sprechstunden dieser Arbeitnehmervertretungen aufzusuchen und an den Betriebs- und Jugendversammlungen im Entleiherbetrieb teilzunehmen. Die §§ 81, 82 Abs. 1 und die §§ 84 bis 86 des Betriebsverfassungsgesetzes gelten im Entleiherbetrieb auch in bezug auf die dort tätigen Leiharbeiter.

Soweit Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes mit Ausnahme des § 112a, des Mitbestimmungsgesetzes, des Europäische Betriebsräte-Gesetzes oder der aufgrund der jeweiligen Gesetze erlassenen Wahlordnungen eine bestimmte Anzahl oder einen bestimmten Anteil von Arbeitnehmern voraussetzen, sind Leiharbeiter auch im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen.

Soweit Bestimmungen des Mitbestimmungsgesetzes, des Montan-Mitbestimmungsgesetzes, des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes, des Drittelbeteiligungsgesetzes, des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung des SE- oder 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. Soweit die Anwendung der in Satz 5 genannten Gesetze eine bestimmte Anzahl oder einen bestimmten Anteil von Arbeitnehmern erfordert, sind *Leiharbeiter* im Entleiherunternehmen nur zu berücksichtigen, wenn die Einsatzdauer sechs Monate übersteigt.

- Das bedeutet: Die Arbeitnehmer wählen und zählen - Ausnahme § 112 a BetrVG: Mitbestimmungsrecht bei einer Betriebsänderung, die allein in der Entlassung von Arbeitnehmern besteht. Die Ausnahme ist konsistent, für den Sozialplan muss der Vertragsarbeitgeber zuständig bleiben, hier also der Verleiher.
- Entsprechendes dürfte bei der Auslegung der §§ 111 gelten: Für die generelle Anwendbarkeit des § 111 „In der Regel mehr als 20 wahlberechtigte Arbeitnehmer“ dürften Leiharbeiter mitzuzählen sein.
- Für die Frage, ob eine wesentliche Betriebsänderung vorliegt, die auf die Zahlengrenzen des § 17 KSchG zurückgreift, sind *Leiharbeiter* nicht zu berücksichtigen, da nur solche Arbeitnehmer von einer Betriebsänderung betroffen sein können, die auch der Vertragsarbeitgeber durchführt; Baut der Entleiher Personal ab, führt dies auch nicht automatisch zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem *Leiharbeiter*, da der Verleiher neu disponieren kann.

VIII.

Herausnahme des öffentlichen Dienstes - Personalgestellung

§ 1 Abs. 3 AÜG-E

„Dieses Gesetz ist mit Ausnahme des § 1b Satz 1, des § 16 Abs. 1 Nr. 1b und Abs. 2 bis 5 sowie der §§ 17 und 18 nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung [...]

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 [...]“

- Damit wird klargestellt, dass die Personalgestaltung im öffentlichen Dienst, die durch den Tarifvertrag erlaubt ist, wie z.B. in § 4 Abs. 3 des TVÖD, nicht unter den Anwendungsbereich fällt.
- Arbeitnehmerüberlassungen zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechtes werden ebenfalls aus dem Anwendungsbereich herausgenommen, soweit ein Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften dies vorsehen. im Ergebnis sind Abordnungen damit erlaubnisfrei.
- Personalgestellungen kirchlicher Einrichtungen, die nicht in der Rechtsform einer juristischen Person des öffentlichen Rechts betrieben werden, verbleiben indes im Anwendungsbereich des AÜG.

IX. Änderungen des BGB

§ 611a BGB-E Arbeitnehmer

„Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

Fazit:

- Der Arbeitnehmerbegriff wird definiert: Klarheit wird mit der Definition nicht erreicht.
- Es wird bei der bisherigen Rechtsprechung verbleiben.

X. Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes

§ 80 BetrVG-E Allgemeine Aufgaben

*„(2) Zur Durchführung seiner Aufgaben nach diesem Gesetz ist der Betriebsrat rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten; die Unterrichtung erstreckt sich auch auf die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen **und umfasst insbesondere den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben dieser Personen.** Dem Betriebsrat sind auf Verlangen jederzeit die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen; in diesem Rahmen ist der Betriebsausschuss oder ein nach § 28 gebildeter Ausschuss berechtigt, in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter Einblick zu nehmen. **Zu den erforderlichen Unterlagen gehören auch die Verträge, die der Beschäftigung der in Satz 1 genannten Personen zugrunde liegen. [...]**“*

- Durch diese Regelung wird klargestellt, dass zwar der Werkvertrag, nicht aber die Arbeitsverträge der beim Werkunternehmer beschäftigten Arbeitnehmer auf Verlangen des Betriebsrates vorgelegt werden müssen.

§ 92 BetrVG-E Personalplanung

„(1) *Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen, **einschließlich der geplanten Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, und Maßnahmen der Berufsbildung anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. [...]**“*

–Die Ergänzung des Wortlauts des § 92 beinhaltet der Sache nach nichts Neues, Drittpersonal wurde auch bislang im Zuge der Mitbestimmung nach § 92 BetrVG berücksichtigt.

C. Resümee

- Ob der Gesetzesentwurf den missbräuchlichen Einsatz von Werkverträgen tatsächlich verhindert, bleibt abzuwarten.
- Das Risiko, Werkverträge abzuschließen, wird deutlich erhöht.
- Der Entwurf wird voraussichtlich dazu führen, dass Arbeitgeber zumindest bei kurzfristigen Arbeiten verstärkt Drittpersonal im Wege der Arbeitnehmerüberlassung einsetzen werden, um die Risiken, die mit der Abschaffung der Vorratserlaubnis einhergehen, auszuschalten.
- Die Klarstellungen zur Höchstüberlassungsdauer (im Vergleich zum Referentenentwurf) und die damit verbundenen Rechtsfolgen sind sinnvoll und dienen der Rechtsklarheit
- Ob das „Widerspruchsrecht“ der Arbeitnehmer in der Praxis tatsächlich eine Rolle spielt, bleibt abzuwarten.
- Auf die neuen Formalien der Arbeitnehmerüberlassung wird man sich einstellen müssen.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Dr. Marcus Michels
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Hohenstufenring 57
50674 Köln
Tel.: +49 - (0)221 / 50003 – 603
Fax: +49 - (0)221 / 50003 – 636
E-Mail: michels@michelspmks.de
www.michelspmks.de

