# Schein oder Sein?
# Aktuelles zum Fremdpersonaleinsatz

Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV
71. Tagung in München am 4. März 2016

**Prof. Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell)**
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht
Attorney-at-Law (New York)

# I. Interner oder externer Personaleinsatz

# I. Interner oder externer Personaleinsatz

1. Fremdvergabe (externes Outsourcing)
2. Einsatz von Personal "in house"
   a) Eigenes Personal
   b) Fremdes Personal (internes Outsourcing)
      aa) Freie Mitarbeiter
      bb) Erfüllungsgehilfen im Rahmen eines Werk-/Dienstvertrags
      cc) Arbeitnehmerüberlassung
      dd) Gemeinschaftsbetrieb mehrerer Unternehmen

# I. Interner oder externer Personaleinsatz

## 2. Einsatz von Personal "in house"

### b) Fremdes Personal (internes Outsourcing)

#### ee) Überlassung von "arbeitnehmergleichen Vereinsmitgliedern"?

- Das BAG hat am 17.3.2015 dem EuGH folgende Frage vorgelegt:

  "**Findet** Art. 1 Abs. 1 und 2 der **Leiharbeitsrichtlinie** 2008/104/EG **Anwendung** auf die **Überlassung eines Vereinsmitglieds an ein anderes Unternehmen zur Arbeitsleistung nach dessen fachlicher und organisatorischer Weisung**, wenn sich das Vereinsmitglied bei seinem Vereinsbeitritt verpflichtet hat, seine volle Arbeitskraft auch Dritten zur Verfügung zu stellen, wofür es von dem Verein eine monatliche Vergütung erhält, deren Berechnung sich nach den für die jeweilige Tätigkeit üblichen Kriterien richtet, und der Verein für die Überlassung den Ersatz der Personalkosten des Vereinsmitglieds sowie eine Verwaltungskostenpauschale erhält?"

- Eine Entscheidung des EuGH, dass die Überlassung solcher "arbeitnehmer-gleicher Vereinsmitglieder" nicht unter die Leiharbeitsrichtlinie fällt, ist eher nicht zu erwarten.

# I. Interner oder externer Personaleinsatz

## 3. Geplante weitere Regulierung des Fremdpersonaleinsatzes

- **MiLoG:**
  - **allgemeine Lohnuntergrenze** von € 8,50 pro Zeitstunde
  - ab 1.1.2017 auch für Industriezweige mit **branchenspezifischem Mindestlohn** – wie die Zeitarbeit (vgl. § 3a AÜG), § 24 Abs. 1 MiLoG
- **Weitere gesetzliche Regulierung der Leiharbeit** :
  - **Koalitionsvertrag** vom 27. November 2013: "Arbeitnehmerüberlassung weiterentwickeln" und die "Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen hin orientieren"
  - **Gesetz zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze**
    - 1. Referentenentwurf vom 16. November 2015
    - 2. Referentenentwurf vom 17. Februar 2016

# II. Geplante Änderungen im AÜG

# II. Geplante Änderungen im AÜG

1. **Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Abs. 1 Satz 1 und 2 AÜG-E)**
   - Arbeitnehmerüberlassung liegt nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG-E vor, wenn

     "*Arbeitgeber … als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen*".
   - Konkretisierung der Legaldefinition in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E:

     "*Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers* ***eingegliedert*** *sind und seinen* ***Weisungen unterliegen****.*"
   - Maßgeblich ist die **tatsächlich geübte Vertragspraxis**, vgl. § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E:

     "*Wenn der Vertrag und seine tatsächliche Durchführung einander widersprechen, ist für die rechtliche Einordnung des Vertrages die tatsächliche Durchführung maßgebend.*"
   - Ähnliche Regelung zur Abgrenzung zwischen Selbständigem/freiem Mitarbeiter und Arbeitnehmer in **§ 611a Satz 5 BGB-E**.

# II. Geplante Änderungen im AÜG

## 2. Verbot des Kettenverleihs

- Bisher umstritten, ob Kettenverleih verboten ist. **BA** als Aufsichtsbehörde war der Auffassung, ein derartiger Ketten-, Zwischen- oder Weiterverleih sei nach dem AÜG **nicht gestattet**.
- Die bisherige Verwaltungspraxis soll durch RefE normativ verankert werden.

### a) Verbotsnorm des § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG-E

"*Die Überlassung von Arbeitnehmern ist nur zulässig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht.*"

# II. Geplante Änderungen im AÜG

## 2. Verbot des Kettenverleihs

### b) Rechtsfolgen

- **Erlaubnisrechtliche** Konsequenzen? Wohl (+), aber Ergänzung des § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG wurde vergessen
- **Ordnungswidrigkeitstatbestand für Verleiher *und* Entleiher** in § 16 Abs. 1 Nr. 1b AÜG-E
- **Zivilrechtliche** Sanktion **(§ 10a AÜG-E**):

  "*Werden Arbeitnehmer entgegen § 1 Abs. 1 Satz 3 von einer anderen Person überlassen **und** verstößt diese Person hierbei gegen § 1 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 oder § 1 Abs. 1b, gelten für das Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers § 9 Nummer 1 bis 1b und § 10 entsprechend.*"
- **Nichtigkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags** nach § 134 BGB?

### c) Kritik

- Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG-E misslungen
- Sachliche Rechtfertigung fraglich

# II. Geplante Änderungen im AÜG

## 3. (Wieder-)Einführung einer Überlassungshöchstdauer

### a) Entwicklungsgeschichte

- Bei Inkrafttreten des AÜG **1972**: 3 Monate (§ 3 Abs. 1 Nr. 6 AÜG a.F.)
- **Schrittweise Anhebung**:
  - 1985: 6 Monate
  - 1994: 9 Monate
  - 1997: 12 Monate
  - 2002: **24** Monate
- **2003** wurde die Überlassungshöchstdauer ganz **gestrichen**.
- **Seit 2011** regelt (**§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG**):

  "*Die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher erfolgt vorübergehend.*"

  **BAG**: Norm **verbietet** die nicht mehr vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung.

# II. Geplante Änderungen im AÜG

**3. (Wieder-)Einführung einer Überlassungshöchstdauer**

**b) Vorgeschlagene Gesetzesregelungen und Gesetzeszweck**

- Gesetzliche Wiedereinführung einer Höchstüberlassungsdauer:
  - **§ 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG-E**:

    "*Die Überlassung von Arbeitnehmern ist vorübergehend bis zu einer Überlassungshöchstdauer nach Absatz 1b zulässig.*"
  - **§ 1 Abs. 1b AÜG-E**

    "[1]*Derselbe Leiharbeitnehmer darf nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen werden.* [2]*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.* [3]*In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden. …*"

# II. Geplante Änderungen im AÜG

**3. (Wieder-)Einführung einer Überlassungshöchstdauer**

**b) Vorgeschlagene Gesetzesregelungen und Gesetzeszweck**

- **Übergangsregelung** in § 19 Abs. 2 AÜG-E:

  "*Überlassungszeiten vor dem 1. Januar 2017 werden bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Absatz 1b nicht berücksichtigt.*"

**c) Gesetzliche Überlassungshöchstdauer und Anrechnungsregeln**

- Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten
- Nicht arbeitsplatzbezogen, sondern **bezogen auf einen konkreten Leiharbeitnehmer**, der an **denselben Entleiher** überlassen wird
- **Berechnung** der Überlassungshöchstdauer **beginnt am 1. Januar 2017 um 0.00 Uhr**.
- **Anrechnung** von Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher, wenn zwischen den Einsätzen nicht mehr als **sechs Monate** liegen

# II. Geplante Änderungen im AÜG

**3. (Wieder-)Einführung einer Überlassungshöchstdauer**

**d) Zulässigkeit abweichender Regelungen zur Überlassungshöchstdauer**

- Abweichende Regelungen sind möglich in
  - Regelungen eines Tarifvertrags von **Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche**,
  - unter bestimmten Voraussetzungen durch **Betriebs- oder Dienstvereinbarung**,
  - **Regelungen von Kirchen** und öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften.
- Tarifbindung des Entleihers genügt (Betriebsnorm).
- Bei Tariföffnungsklausel können
  - *tarifgebundene Entleiher* in einer Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer abweichen,
  - *nicht tarifgebundene Entleiher* jedoch nur bis zu einer Höchstdauer von 24 Monaten.

# II. Geplante Änderungen im AÜG

**3. (Wieder-)Einführung einer Überlassungshöchstdauer**

**e) Rechtsfolgen bei Überschreitung der Überlassungshöchstdauer**

- **Gewerberechtlich** droht die Versagung oder Nichtverlängerung der Überlassungserlaubnis (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG-E)
- **Neuer Ordnungswidrigkeitstatbestand für** den **Verleiher** (§ 16 Abs. 1 Nr. 1d AÜG-E)
- **Zivilrechtliche** Rechtsfolge (**§ 9 Nr. 1b AÜG-E**):

  "***Unwirksam*** *sind …* ***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.*"

# II. Geplante Änderungen im AÜG

**3. (Wieder-)Einführung einer Überlassungshöchstdauer**

**e) Rechtsfolgen bei Überschreitung der Überlassungshöchstdauer**

- Zivilrechtliche Rechtsfolge
  - **Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher** (§ 10 Abs. 1) ab dem Zeitpunkt (ex nunc), zu dem die Überlassungshöchstdauer überschritten
  - **Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers** gegen den gesetzlich angeordneten Arbeitgeberwechsel
  - **Unwirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags** nach § 134 BGB? Wohl (-)
  - Entleiherbetriebsrat: **§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG**? Wohl (+).

**f) Kritik**

- Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung ist europarechtlich und verfassungsrechtlich fragwürdig.
- Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten wäre systematisch stimmiger.

# II. Geplante Änderungen im AÜG

## 4. Ausnahmslose Geltung von Equal Pay nach neun bzw. 15 Monaten

### a) Übersicht zum Grundsatz der Gleichstellung

- Im neuen § 8 AÜG-E wird der Grundsatz des Equal Pay/Treatment, der bislang in unterschiedlichen Normen angesprochen war, in einer Norm zusammengeführt:
  - Abs. 1: "**Gleichstellungsgrundsatz** " = Grundsatz des Equal Pay/Treatment
  - Abs. 2: **Tarifausnahme**
  - Abs. 3: "**Drehtürklausel**" als Rückausnahme zur Tarifausnahme
  - Abs. 4: **Neu: Zeitliche Beschränkung der Tarifausnahme hins. Equal Pay**
  - Abs. 5: Zahlung des **Mindeststundenentgelts** auch für "verleihfreie" Zeiten

# II. Geplante Änderungen im AÜG

## 4. Ausnahmslose Geltung von Equal Pay nach neun bzw. 15 Monaten

### a) Übersicht zum Grundsatz der Gleichstellung

- Neue Regelung in § 8 Abs. 1 Satz 2 und 3 AÜG-E:

  "[2]*Erhält der Leiharbeitnehmer das für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers im Entleihbetrieb geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt oder in Ermangelung eines solchen ein für vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbrache geltendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt, wird* ***vermutet****, dass der Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts im Sinne von Satz 1 gleichgestellt ist.* [3]*Werden im Betrieb des Entleihers* ***Sachbezüge*** *gewährt, kann ein* ***Wertausgleich in Euro*** *erfolgen.*"

- Zweck: Erleichterung der praktischen Umsetzung der Gewährung von Equal Pay durch Vermutungsregelung

# II. Geplante Änderungen im AÜG

## 4. Ausnahmslose Geltung von Equal Pay nach neun bzw. 15 Monaten

### b) Tarifausnahme zum Grundsatz des Equal Pay (§ 8 Abs. 4 AÜG)

*"(4) [1]Ein **Tarifvertrag** im Sinne des Absatzes 2 kann **hinsichtlich des Arbeitsentgelts** vom Gleichstellungsgrundsatz **für die ersten neun Monate einer Überlassung an einen Entleiher** abweichen. [2]Eine **längere Abweichung durch Tarifvertrag** ist nur zulässig, wenn*

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

*b) nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen eine stufenweise Heranführung an dieses Arbeitsentgelt erfolgt.*

*[3]Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können **nicht tarifgebundene** Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. [4]Der Zeitraum vorheriger Überlassung durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig **anzurechnen**, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als sechs Monate liegen."*

# II. Geplante Änderungen im AÜG

## 4. Ausnahmslose Geltung von Equal Pay nach neun bzw. 15 Monaten

### c) Keine Übergangsvorschrift

**Beispiel:**

Leiharbeitnehmer A schließt Leiharbeitsvertrag zunächst mit Verleiher 1 (V 1) und später mit Verleiher 2 (V 2) ab; darin wird jeweils auf (abweichende) Zeitarbeits-Tarifverträge inklusive Branchentarifverträge (deren Wirksamkeit hier unterstellt wird) Bezug genommen.

1.9.2015 bis 31.8.2016 (= 12 Monate): Überlassung des A von V 1 an E.

1.2.2017 bis 31.8.2017 (= 7 Monate): Überlassung des A von V 2 an E.

Die Unterbrechung zwischen den Überlassungen an E beträgt fünf Monate, so dass nach § 8 Abs. 4 Satz 4 AÜG-E die Überlassungszeiträume für die Zwecke des § 8 Abs. 4 AÜG-E zusammenzurechnen sind. Daher hat V 2 den A in der zweiten Überlassung an E so zu vergüten, als wäre A (von V 2) schon 12 Monate an E überlassen; spätestens ab 1.5.2017 kann A von V 2 das von den Tarifvertragsparteien als vergleichbar festgelegte Arbeitsentgelt (also das "tarifliche Quasi-Equal-Pay") verlangen.

# II. Geplante Änderungen im AÜG

**4. Ausnahmslose Geltung von Equal Pay nach neun bzw. 15 Monaten**

**d) Folgeänderungen**

**aa) Rechtsfolgen bei Verletzung des Grundsatzes der Gleichstellung**

**bb) Auskunftspflichten des Entleihers über wesentliche Arbeitsbedingungen**

**e) Kritik**

- **Wirksamkeit der Zeitarbeits-Tarifverträge** wird z.T. bezweifelt.
- **Tarifzuständigkeit der DGB-Gewerkschaften noch nicht** abschließend **geklärt**.
- Das **BAG** konnte hierzu am **26.1.2016** nicht in der Sache entscheiden, sondern hat die Anträge aus prozessualen Gründen abgewiesen (Az. 1 ABR 13/14).
- Auch bei Anwendung der DGB-Zeitarbeitstarifverträge bleibt das **Risiko**, dass der **Equal-Pay-Grundsatz** sowie die **sozialversicherungsrechtliche Subsidiärhaftung des Entleihers** eingreifen.

# II. Geplante Änderungen im AÜG

## 5. Verbot verdeckter Arbeitnehmerüberlassung und Offenlegungspflichten

### a) Entstehungsgeschichte und Gesetzeszweck

- **Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung wird** im Rahmen sog. "Scheinwerkverträge" oder "Scheindienstverträge" wird als missbräuchliche Gestaltung des Fremdpersonaleinsatzes angesehen und **der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung gleichgestellt**.
- Neue Offenlegungs- bzw. Informationspflichten gegenüber Entleiher und Leiharbeitnehmer

### b) Offenlegungspflichten

- Verleiher gegenüber Leiharbeitnehmer (**§ 11 Abs. 2 Satz 4 AÜG-E**)
- **§ 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 AÜG-E**:

  "[5]*Die Überlassung von Leiharbeitnehmern ist* ***in dem Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher ausdrücklich*** *als* ***Arbeitnehmerüberlassung*** *zu bezeichnen.* [6]***Vor*** *der* ***Überlassung*** *ist die* ***Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren****.*"

# II. Geplante Änderungen im AÜG

## 5. Verbot verdeckter Arbeitnehmerüberlassung und Offenlegungspflichten

### c) Rechtsfolgen bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung und Verstoß gegen Offenlegungspflichten

- **Ordnungswidrigkeit für Verleiher *und* Entleiher (§ 16 Abs. 1 Nr. 1c AÜG-E**)
- Zweifel an Zuverlässigkeit (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG)
- **Zivilrechtliche** Rechtsfolgen (§ 9 Nr. 1a AÜG-E):

  "***Unwirksam*** *sind:*

  *…*

  *1a.* ***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„*
- **Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher** (§ 10 Abs. 1 AÜG)
- **Arbeitnehmerüberlassungsvertrag unwirksam** nach § 134 BGB? Wohl (-)
- § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG? Wohl (-)

# II. Geplante Änderungen im AÜG

## 5. Verbot verdeckter Arbeitnehmerüberlassung und Offenlegungspflichten

### d) Kritik

- Problematik sog. "**Mischunternehmen**" wird nicht hinreichend berücksichtigt. **Grundsatz des sichersten Weges**: Vorsorglich Erlaubnis einzuholen hat keinerlei Unrechtsgehalt.

  Problematik wird dadurch gesteigert, dass Mischunternehmen nach **Auffassung der BA** als Aufsichtsbehörde grundsätzlich **nicht die Tarifausnahme zum Grundsatz des Equal Pay/Treatment nutzen dürfen**, wenn und weil Mischunternehmen überwiegend keine Arbeitnehmerüberlassung betreiben und daher nicht in den Geltungsbereich der abweichenden Tarifverträge fallen (zu Recht **ablehnend LSG Hamburg, 23.9.2015 – L 2 AL 64/13**, juris, Rn. 77 ff.; anhängig beim BSG unter Az. B 11 AL 6/15 R; so bereits *Lembke/Distler*, NZA 2006, 952).

- Kein "Zitiergebot" bei der Parallelproblematik der Abgrenzung zwischen freier Mitarbeit und Arbeitsverhältnis
- Rechtsfolge, wenn ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag eigentlich als Dienst- oder Werkvertrag zu qualifizieren ist?

# II. Geplante Änderungen im AÜG

**6. Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers (§ 9 Nr. 1, 1a, 1b AÜG-E)**

**a) Form, Inhalt und Adressat des Widerspruchs**

**b) Widerspruchsfrist**

- Bei **unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung**: Beginn "mit dem … für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt" oder "mit Eintritt der Unwirksamkeit"
- Bei **verdeckter Arbeitnehmerüberlassung**: Beginn "mit dem … für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt"
- Bei **Verletzung der Überlassungshöchstdauer**: Beginn mit "Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer"

**c) Rechtsfolgen des Widerspruchs**

- Gestaltungsrecht in der Form eines **Rechtsfolgenverweigerungsrechts** mit ex-tunc-Wirkung.

# II. Geplante Änderungen im AÜG

## 6. Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers (§ 9 Nr. 1, 1a, 1b AÜG-E)

### d) Kritik

**Beispiele:**

(1) Leiharbeitnehmer A ist seit einem Jahr bei der V-GmbH tätig, welche im Besitz einer Überlassungserlaubnis ist. V-GmbH wird auf die X-GmbH **verschmolzen**, die fälschlicherweise annimmt, die **Überlassungserlaubnis** sei aufgrund der Verschmelzung übergegangen. Die X-GmbH, neue Arbeitgeberin des A (§ 613a Abs. 1 BGB, § 324 UmwG), überlasst den A an E. Die Widerspruchsfrist beginnt nach **§ 9 Nr. 1 AÜG-E** spätestens mit Tätigkeitsaufnahme des A bei E, ohne dass die X-GmbH eine Unterrichtungspflicht gegenüber A verletzt und ohne dass A von der fehlenden Überlassungserlaubnis Kenntnis haben kann.

(2) Arbeitnehmer A wird von V, der im Besitz einer Überlassungserlaubnis ist, aufgrund eines schriftlichen "**Auftrags**" bei E eingesetzt. V und E gehen fälschlicherweise davon aus, es handele sich um einen Dienstvertrag; objektiv handelt es sich aber um **Arbeitnehmerüberlassung**. Weder die Offenlegungspflichten nach § 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 BGB noch die Informationspflicht gegenüber A nach § 11 Abs. 2 Satz 4 AÜG werden erfüllt. A erhält von V sein Gehalt und ahnt nichts Böses. Als **E** die **Insolvenz droht** und den "Auftrag" kündigt, hat V keine unmittelbare Folgebeschäftigung für A und stellt die Gehaltszahlung ein. A ist bereits seit Monaten nach **§ 9 Nr. 1b** i.V.m. § 10 AÜG-E Arbeitnehmer des E. Die Widerspruchsfrist ist bereits seit Monaten abgelaufen.

# II. Geplante Änderungen im AÜG

## 6. Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers (§ 9 Nr. 1, 1a, 1b AÜG-E)

### d) Kritik

**Beispiele:**

(3) Leiharbeitnehmer A wird von V 1 für 15 Monate an E in dessen Betrieb in Heidelberg überlassen. **E firmiert in F um**. V 2, bei dem A nun angestellt ist, überlässt A innerhalb von drei Monaten an F in den Betrieb in Mannheim für 10 Monate. Die Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten ist gemäß § 1 Abs. 1b Satz 1 und 2 AÜG-E um sieben Monate überschritten. Die Widerspruchsfrist hat nach § 9 Nr. 1c AÜG-E bereits vor fünf Monaten begonnen, ohne dass A dies kennen konnte.

# II. Geplante Änderungen im AÜG

**7. Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher**

**§ 11 Abs. 5 AÜG-E**:

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

**a) Gesetzeszweck**

**b) Tatbestandsvoraussetzungen**

- Verbot ist betriebsbezogen, nicht rechtsträgerbezogen.
- Streikbrechereinsatzverbot gilt nur im gegenständlichen und zeitlichen Umfang der jeweiligen Arbeitskampfmaßnahme.

**c) Rechtsfolgen**
**Geldbuße bis zu € 500.000** (§ 16 Abs. 1 Nr. 8a, Abs. 2 AÜG-E)

**d) Kritik**

# II. Geplante Änderungen im AÜG

**8. Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Schwellenwerten im Einsatzbetrieb oder -unternehmen**

- **Leiharbeitnehmer wählen** im Betrieb bzw. Unternehmen des Entleihers nicht nur, sondern **zählen** auch, **§ 14 Abs. 2 Satz 4 AÜG-E**:

  "*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 auf Grund der jeweiligen Gesetze erlassenen Wahlordnungen eine bestimmte Anzahl oder einen bestimmten Anteil von Arbeitnehmern voraussetzen, sind Leiharbeitnehmer auch im Entleiherbetrieb und im Entleiherunternehmen zu berücksichtigen.*"

- Keine Regelung zu sonstigen Schwellenwerten (z.B. § 17 Abs. 1 KSchG)

# II. Geplante Änderungen im AÜG

9. Privilegierung der Arbeitnehmerüberlassung "im öffentlichen Dienst"
   a) Entstehungsgeschichte und Gesetzeszweck
   b) Personalgestellung aufgrund TVöD o.ä. (§ 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG-E)
   c) Überlassungen zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 3 Nr. 2c AÜG-E)
   d) Europarechtswidrigkeit der Regelungen

# III. Normierung des Arbeitnehmerbegriffs (§ 611a BGB)

# III. Normierung des Arbeitnehmerbegriffs (§ 611a BGB)

## 2. Referentenentwurf vom 17.2.2016

"*§ 611a Arbeitnehmer*

*[1]Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. [2]Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. [3]Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. [4]Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. [5]Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.*"

# III. Normierung des Arbeitnehmerbegriffs (§ 611a BGB)

1. **Entstehungsgeschichte**
   Vorschlag im 1. Referentenentwurf mit Kriterienkatalog (§ 611a Abs. 2 BGB-E) und sozialversicherungsinduzierter Vermutungsregelung (Abs. 3) stark kritisiert.
2. **Gesetzeszweck**
3. **Einzelheiten der Arbeitnehmerdefinition**
   - Orientierung an Formulierungen aus der Rechtsprechung des BAG.
   - Maßgeblichkeit der tatsächlichen Vertragsdurchführung bei einem Widerspruch mit dem Wortlaut der Vereinbarung; **§ 611a Satz 5 BGB-E** ist **unscharf** formuliert.

     → Maßgeblich ist stets der objektive Status (vgl. auch § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E).

# IV. Änderungen im BetrVG

# IV. Änderungen im BetrVG

**§ 80 Abs. 2 BetrVG-E (Neuregelungen fett):**

"[1]*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. … . [3]Zu den erforderlichen Unterlagen gehören auch die Verträge, die der Beschäftigung der in Satz 1 genannten Personen zugrunde liegen.*** *…*"

**§ 92 Abs. 1 BetrVG-E (Neuregelungen fett):**

"[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 an Hand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. …*"

# V. Sonstige Gesetzesänderungen

# VI. Fazit

GREENFORT

Prof. Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell)