

An die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft
Werkverträge und Zeitarbeit

M7, 3 (Alte Reichsbank)
68161 Mannheim

Tel. +49 621 391 8010-0
Fax +49 621 391 8010-20
info@werkvertrag-zeitarbeit.de
www.werkvertrag-zeitarbeit.de

02.11.2016

A.21.01 RS 2016-08 An/La/LR

Rundschreiben Nr. 2016-08 - Die Gesetzesreform des AÜG - Die Neuerungen im Überblick

Sehr geehrte Mitglieder,

am 21.10.2016 hat der Bundestag eine Reform des AÜG beschlossen. Vieles bleibt hier beim Alten, einzelne Regulierungen wurden entschärft, einige nur scheinbar. Der nachfolgende Beitrag gibt hierüber einen kurzen Überblick, wobei zunächst die neuesten Änderungen im Bereich Werkverträge unter I. dargestellt werden und anschließend die Änderungen im Bereich Arbeitnehmerüberlassung unter II. Schließlich fügen wir Ihnen eine die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 19.10.2016 (BT-Drs. 18/10064) (Anlage 1) und eine konsolidierte Fassung der Änderungen bei, in der die Änderungen farblich hervorgehoben wurden (Anlage 2).

I. Änderungen im Bereich Werkverträge

1. Die Intention des Gesetzgebers bei der Neuregelung zum Werkvertragsrecht

Basis für die Beschäftigung des Gesetzgebers mit Werkverträgen ist der Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode vom 16.12.2013. Dieser enthält in Kap.2 S.69 die folgende Vereinbarung:

Zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden werden die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt.

- Die Zielsetzung der geplanten gesetzlichen Regelung liegt darin, die *Prüftätigkeit von Behörden* zu erleichtern.
- Dieses Ziel ist dadurch zu erreichen, dass man von den *durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz* ausgeht
- und diese *Abgrenzungskriterien* dann *gesetzlich niedergelegt*.

Damit ist das Regelungsprogramm für den Gesetzgeber vorgezeichnet.

2. Die zwei betroffenen Abgrenzungsbereiche

Im Rahmen gesetzlich zu regelnder Abgrenzung sind bei Durchführung von Fremdpersonaleinsatz im Werkvertragsrecht zwei Bereiche zu unterscheiden:

- Es geht zum einen um die Abgrenzung des Einsatzes von Fremdunternehmen in Einsatzunternehmen, der erfolgen kann
 - durch Arbeitnehmerüberlassung
 - sowie durch werkvertragliche Gestaltung.
- Es geht zum Anderen um den Einsatz einzelner Personen bei anderen Personen oder Unternehmen durch
 - ein Arbeitsverhältnis
 - oder eine selbständige werkvertragliche (oder hier nicht zu behandelnde dienstvertragliche) Tätigkeit für den Auftraggeber

Die beiden Abgrenzungsbereiche wurden im Gesetzesvorschlag an unterschiedlicher Stelle behandelt.

- Die Abgrenzung beim Einsatz von Fremdunternehmen bei § 1 Abs. 1 AÜG
- und der Einsatz einzelner Personen bei § 611a BGB

3. Die gesetzliche Neuregelung beim Einsatz von Fremdunternehmen im Einsatzunternehmen

3.1 Arbeitnehmerüberlassung

Soweit es sich um Arbeitnehmerüberlassung handelt, soll jetzt folgendes gelten

§ 1 Abs. 1 AÜG n.F.

Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht

(1) Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, bedürfen der Erlaubnis. Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen ...

Während die Überschrift zum bisherigen § 1 AÜG lediglich den Begriff ***Erlaubnispflicht*** enthielt, soll die Überschrift zu § 1 AÜG n.F. künftig lauten: ***Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht***.

Durch diese Formulierung der Überschrift zu § 1 AÜG n.F. wird bereits hervorgehoben, dass in § 1 AÜG n.F. künftig nicht nur die Erlaubnispflicht im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung geregelt sein wird, sondern die Arbeitnehmerüberlassung selbst erläutert.

Diese Erläuterung besteht darin, dass Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen ist, wenn die Arbeitnehmer

in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.

Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung der Regelungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 AÜG ist die Formulierung in der Gesetzesbegründung Bundestagsdrucksache 18/9232 bei B. Besonderer Teil zu Art 1 (Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes) S. 18. Hier heißt es zutreffend zur Überschrift zu § 1 AÜG n.F.:

Dort werden neben der Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung auch Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung geregelt. Dem wird durch die ergänzte Überschrift Rechnung getragen.

3.2 Werkvertragliche Gestaltung

Zur werkvertraglichen Gestaltung sagt die neue Gesetzesfassung expressis verbis an sich nichts.

Zu dem Klammerzusatz in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG n. F. wird aber an gleicher Stelle in der Begründung ausgeführt, dass durch diesen Klammerzusatz **die Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung hervorgehoben** wird. Sehr bedeutsam ist dann, die folgende Ausführung in der Begründung:

Der bisherige Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und die Reichweite der Erlaubnispflicht werden hierdurch nicht verändert.

Ebenso bezieht man sich hinsichtlich der Regelung des Satzes 2 von § 1 Abs. 1 AÜG n. F. auf die gegenwärtige Rechtsprechung mit folgender Ausführung:

Die Regelung bestimmt entsprechend der Rechtsprechung, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer überlassen wird und dient damit der Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeiter im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgelhilfe im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrags.

Eindeutig ergibt sich aus der Gesetzesbegründung, dass der Gesetzesentwurf sich strikt an der Regelung im Koalitionsvertrag orientiert, wonach die **durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien ... gesetzlich niedergelegt** werden sollen.

Der maßgebliche Regelungsgehalt des Entwurfs ist also wie folgt aus der Begründung zu entnehmen:

- ***Der bisherige Anwendungsbereich des AÜG und die Reichweite der Erlaubnispflicht werden ... nicht verändert.***
- Die Regelung des Satzes 2 von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG n. F. soll **entsprechend der Rechtsprechung** regeln, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer überlassen wird.
- Hinsichtlich der Rechtsprechung wird generalisierend darauf abgestellt, dass **beim Fremdpersonaleinsatz Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, wenn die Leiharbeiterin oder der Leiharbeiter in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt. Ob dies der Fall ist**, also eine Eingliederung der Arbeitnehmer des Fremdbetriebs vorliegt und die Arbeitnehmer des Fremdbetriebs der Weisung des Einsatzbetriebs unterliegen, ist anhand einer **wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen.**

Im Rahmen dieser Wertung ist also zu berücksichtigen, wie die Rechtsprechung bisher die Eingliederung in dem Einsatzbetrieb und dessen Weisungen behandelt hat. Sie hat dazu fortlaufend eine **vollständige** Eingliederung und eine **alleinige** Weisungsbefugnis des Einsatzbetriebes verlangt.

3.3 Bestätigung der bisherigen Abgrenzung durch den Ausschuss für Arbeit und Soziales

Dass der dargestellte Regelungsgehalt des Gesetzesentwurfes so zu verstehen ist, wird durch die Ausführungen des federführenden Ausschusses für Arbeit und Soziales in dessen Beschlussempfehlung und Bericht vom 19.10.2016 (Bundestag Drucksache 18/10064) auf S. 13 ausdrücklich

bestätigt, wo ausgeführt wird:

Ferner wurde festgestellt, dass mit der Definition der Arbeitnehmerüberlassung in § 1 Absatz 1 Satz 2 AÜG die derzeitige Rechtslage nicht geändert werden solle ... Die Neuregelung solle dem sachgerechten Einsatz von Werk- und Dienstverträgen in den zeitgemäßen Formen des kreativen oder komplexen Projektgeschäfts nicht entgegenstehen ... Es solle nach dem Verständnis der Ausschussmehrheit entsprechend der bisherigen Praxis eine wertende Gesamtbetrachtung vorgenommen werden, ob unter Berücksichtigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers erfolge. Dies habe man auch in der Gesetzesbegründung ausdrücklich aufgegriffen.

3.4 Fazit : Unveränderte Maßgeblichkeit der bisherigen Rechtsprechung

Im Rahmen der Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag kommt es aufgrund der wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände in Zukunft genauso wie bisher darauf an, dass die Fremdarbeitnehmer vollständig in den Einsatzbetrieb eingegliedert sind und allein seinen Weisungen unterliegen (vergl. Zu der zunächst kritisch gesehenen Entwicklung Hansjuergen Tuengerthal und Christian Andorfer, Neue Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag? Betriebsberater 2016 S.1909).

4. **Die vorgesehene Abgrenzung des Einsatzes Einzelner nach § 611a BGB n. F.**

Der Fremdpersonaleinsatz einzelner Personen ist im vorgesehenen § 611a BGB, also an ganz anderer Stelle, erfasst. Der dazu zunächst im Referentenentwurf vom 17.11.2015 vorgelegte § 611a BGB n. F., hat zu einem erheblichen, rechtlich begründeten Widerstand aus Wirtschaft und Wissenschaft geführt (Hansjuergen Tuengerthal, Christian Andorfer und Janine Geiser, Überschreitung des Koalitionsvertrages durch den geplanten § 611a BGB, Blickpunkt Dienstleistung 12/2015 sowie 1/2016). Er wurde schließlich durch eine Neufassung im Gesetzesentwurf § 611a BGB vom 17.02.2016 (Bundestagdrucksache) ersetzt und wiederum in jetziger Fassung noch geringfügig modifiziert. Diese Vorschrift lautet:

§ 611a BGB **Arbeitsvertrag**

(1) *Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer 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, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, 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.*

(2) *Der Arbeitgeber ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.*

Die Regelung ist beim Einsatz einzelner Personen für andere oder einen Einsatzbetrieb hinnehmbar weil sie sich weitgehend an der Rechtsprechung orientiert.

Da auch in dieser Regelung vorgesehen ist, dass **eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen** ist, ist auf diese Art und Weise auch auf die bisherigen Gesichtspunkte abzustellen, die in der Rechtsprechung für die Abgrenzung zugrundegelegt werden.

5. **Schlussbemerkung: Keine Veränderung der Rechtslage**

Zusammenfassend ist zu sagen: Wenn Werkverträge sachgerecht formuliert werden und ihre Ab-

wicklung durch regelmäßige Begehung durch Fremdexperten auch in der Tat werkvertraglich sichergestellt wird, kann die Wirtschaft mit den hier angesprochenen neuen Regeln durchaus leben, da eine Veränderung der Rechtslage nicht eingetreten ist.

II. Änderungen im Bereich Arbeitnehmerüberlassung

1. Neue Regelungen

1.1 Wirksamkeit der Festhaltenserklärungen

In den bisherigen Gesetzentwurf waren bereits in § 9 Abs. 1 AÜG die Nummer 1, 1a und 1b hinzugefügt, in denen es sich um Situationen handelt, in denen das Arbeitsverhältnis auf den Entleiher übergeht, der Zeitarbeiter aber an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher durch Erklärung festhalten kann. Solche Situationen werden neu im § 9 Abs. 2 AÜG durch den Begriff „Festhaltenserklärung“ definiert. Weiterhin werden die Voraussetzungen angesprochen, wann solche Festhaltenserklärungen wirksam sind:

- Es ist eine persönliche Abgabe der Erklärung durch den Zeitarbeiter in einer Agentur für Arbeit,
- die Angabe des Datums der Vorlage sowie die Feststellung der Identität des Zeitarbeiters durch die Agentur für Arbeit und
- die Einhaltung einer dreitägigen Frist der Weiterleitung der Erklärung an den Ver- oder Entleiher erforderlich.

Eine vorher abgegebene Festhaltenserklärung soll unwirksam sein, § 9 Abs. 3 AÜG. Zudem muss die Überlassung beendet bzw. legalisiert werden, sonst treten die Rechtsfolgen nach § 9 S. 1 Nr. 1 bis 1b AÜG ein.

1.2 Inkrafttreten des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Das Gesetz tritt am 1. April 2017 in Kraft. Unternehmen haben damit die Möglichkeit, sich auf die Neuerungen einzustellen.

1.3 Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Wie bereits in dem bisherigen Gesetzentwurf dargestellt wurde, sollte § 611a ins BGB eingeführt werden. Die neue Fassung variiert nur leicht, die einzigen Veränderungen sind folgende:

- Die Überschrift lautet anstatt „Arbeitnehmer“ nur „Arbeitsvertrag“.
- Absatz 1 ist etwas anders gestaltet, inhaltlich jedoch gleich geblieben.
- Des Weiteren ist ein neuer Absatz 2 eingeführt worden, in dem festgestellt ist, dass Arbeitgeber zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet sind.

2. Beibehaltene Regelungen

2.1 Generelle Regelungen

Das nunmehr beschlossene AÜG behält, wie es zu erwarten war, viele alte Regelungen bei. So gibt es nach wie vor eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag muss ausdrücklich als solcher bezeichnet werden, und die Zeitarbeiter müssen namentlich konkretisiert werden. Zudem haben die Zeitarbeiter grundsätzlich nach neun Monaten einen Anspruch auf Gleichstellung (Equal Pay / Equal Treatment). Bei Verstoß gegen die

Höchstüberlassungsdauer, die Bezeichnung des Vertrages als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag sowie die Konkretisierung der Zeitarbeiter, sollen die Arbeitsverhältnisse auf den Entleiher übergehen. Das Verbot des Kettenverleihs bleibt ebenfalls weiterhin bestehen. Schließlich sollen die Zeitarbeiter noch über eine Reihe von Mitbestimmungsgesetzen für die Schwellenwerte mitgezählt werden.

2.2 Positivere Regelung der Unterbrechungsfristen für die Berechnung der Überlassungshöchstdauer und des Gleichstellungsgrundsatzes

Eine wesentliche Neuerung und damit Entschärfung der Regulierungen ergibt sich aus den neuen §§ 1 Abs. 1b und 8 Abs. 4 AÜG - E. Hier war ursprünglich eine Unterbrechungsfrist von sechs Monaten vorgesehen, wonach bei einem Einsatz des Zeitarbeiters bei einem anderen Entleiher von mindestens sechs Monaten die Zeiten nicht für die Berechnung der Höchstüberlassungsdauer und des Equal Pay zusammengerechnet werden. Diese Frist wurde bereits früher auf drei Monate verkürzt und beibehalten. Es beginnen ab einer Unterbrechung von drei Monaten die Fristen wieder neu zu laufen. Dies wird die Einsätze der Zeitarbeiter vereinfachen.

2.3 Erstreckung der Übergangsfrist für die Berechnung der Überlassungszeiten auch bei Equal Pay

Eine weitere Neuerung liegt darin begründet, dass für die Fristberechnung der Equal Pay-Ansprüche von neun Monaten auf den 01.04.2017 abgestellt wird. Somit wird sich die Thematik des Equal Pay faktisch erst ab dem 01.01.2018 auswirken.

2.4 Abweichungsmöglichkeiten für nicht tarifgebundene Unternehmen

Weitgehend gleichgeblieben sind die Regelungen, wonach nichttarifgebundene Entleiher durch Betriebsvereinbarung ebenfalls von der Höchstüberlassungsdauer abweichen können.

Sofern ein Tarifvertrag der Einsatzbranche eine abweichende Überlassungshöchstdauer festlegt, kann dies auch durch nichttarifgebundene Entleiher durch Betriebsvereinbarung übernommen werden. Sofern der Tarifvertrag eine Öffnungsklausel für Betriebsvereinbarungen enthält, kann von der Höchstüberlassungsdauer flexibler abgewichen werden. Allerdings verhält es sich bei nichttarifgebundenen Entleihern so, dass diese nur bis zu 24 Monate davon abweichen können. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Tarifvertrag selbst eine Überlassungshöchstdauer festlegt. In diesem Fall können sich auch nichttarifgebundene Entleiher weiter am Tarifvertrag orientieren.

Problematisch an der Regelung wird sein, dass bei Geltungsbereichen mehrerer Tarifverträge auf den für die Branche des Entleihers repräsentativen Tarifvertrag abzustellen ist. Welcher Tarifvertrag repräsentativ ist, werden im Zweifel die Gerichte entscheiden. In der Praxis wird man sich daher an der Tarifverträgen der Spitzengewerkschaften orientieren müssen. Die Orientierung an einem falschen Tarifvertrag führt nämlich dazu, dass die Überlassungshöchstdauer überschritten wird und damit das Arbeitsverhältnis des Zeitarbeiters auf den Entleiher übergehen wird. Hier wird daher in Zukunft ein genaues Augenmerk bei Überschreitung der Überlassungshöchstdauer unter Bezugnahme auf Tarifverträge erforderlich sein.

2.5 Nur scheinbare Entschärfung des Streikeinsatzverbots

Nur scheinbar entschärft wurde die Regelung hinsichtlich des Einsatzes von Zeitarbeitern bei Streiks. Die bisherige Regelung sah vor, dass ein Zeitarbeiter bereits dann nicht in einem Betrieb tätig werden darf, wenn dieser unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen wurde. Dies hatte zur Folge, dass bei einem Schwerpunktstreik, der auf einen kleinen Betriebsteil beschränkt wurde, bereits sämtliche Zeitarbeiter nicht mehr hätten tätig werden dürfen. Die Neuregelung sieht nun vor, dass die Zeitarbeiter dann nicht eingesetzt werden dürfen, wenn sie Tätigkeiten übernehmen,

die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die sich zum einen selbst im Arbeitskampf befinden (Streikbrecher), oder diese Tätigkeit von Arbeitnehmer, die sich im Arbeitskampf befinden, übernommen haben (Kettenstreikbrecher).

Problematisch an der Regelung ist jedoch weiterhin, dass nur auf den Begriff des Arbeitskampfes abgestellt wird. Wenn also beispielsweise ein kurzer Warnstreik im Einzelhandel erfolgt, dürfen auch sämtliche Zeitarbeiter, die dann zwangsläufig die Tätigkeiten der Kollegen, z.B. an den Kassen und beim Aufräumen der Regale, übernehmen, auch nicht mehr eingesetzt werden, obwohl sie bereits vor dem Streik im Einsatz waren und genaugenommen keine Streikbrecher sind. Dies erscheint verfassungsrechtlich höchst bedenklich, führt es doch zu einem Streikzwang der Zeitarbeiter.

2.6 Verschärfung des Bußgeldtatbestands der unzureichenden Konkretisierung der überlassenen Zeitarbeiter

Verschärft wurde schließlich der Bußgeldtatbestand der unzureichenden Konkretisierung der überlassenen Zeitarbeiter. Während die Vorgängerregelung nur auf die fehlende ausdrückliche Bezeichnung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags und die fehlende Konkretisierung der Person des Zeitarbeiters in einer Vorschrift abstellte, ohne ein zeitliches und inhaltliches Element, wurde die jetzige Regelung verschärft. Je nachdem kann es bereits bußgeldpflichtig werden, wenn die Überlassung **nicht, nicht richtig, oder nicht rechtzeitig bezeichnet** wird, sowie, wenn die Person des Zeitarbeiters **nicht, nicht richtig oder nicht rechtzeitig konkretisiert** wird. Damit führen bereits kleinste Verfehlungen zu entsprechenden Bußgeldern.

2.7 Konkretisierung der Zeitarbeiter bezüglich der Schwellenwerte für die Mitbestimmungsgesetze

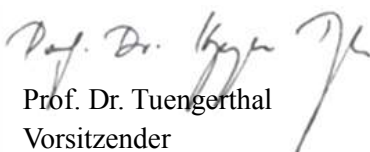
Schließlich sieht § 14 Abs. 2 AÜG vor, dass Zeitarbeiter bei der Berechnung der Schwellenwerte nur zu berücksichtigen sind, wenn die Einsatzdauer sechs Monate übersteigt. Dies ist eine Klarstellung, da hierdurch die relevanten Zeitarbeiter konkretisiert werden.


III. Schlussbetrachtung

Es bleibt nun abzuwarten, wie das Gesetz in der Praxis durch Behörden und Gerichte ausgelegt wird. Unseren Mitgliedern können wir nur empfehlen, sich bereits jetzt darauf einzustellen und die notwendigen Änderungen vorzunehmen.

Mit freundlichen Grüßen

Ihre
Arbeitsgemeinschaft
Werkverträge und Zeitarbeit


Prof. Dr. Tuengerthal
Vorsitzender


Christian Andorfer
Geschäftsführer

Anlagen wie im Text erwähnt