

*Privatdozent Dr. Bernhard Ulrici,
Ulrici Rechtsanwaltsgesellschaft mbH*

„Aktuelle Fragen der Leiharbeit“

Vortrag am 17. März 2016

Die Einführung durch *Professor Dr. Abbo Junker* unterstrich die Aktualität des Themas. Es gebe bislang keine neueren Entwicklungen als den zu besprechenden Referentenentwurf (RefE) vom Februar.

Der zum 1.1. 2017 in Kraft tretende RefE solle zwei Ziele umsetzen: durch die Orientierung auf den Kern der Arbeitnehmerüberlassung solle Missbrauch verhindert werden; weiter solle die Umgehung der Arbeitnehmerüberlassung durch Dienst- und Werkverträge verhindert werden. Nachdem auch das geltende Recht aktuellen Entwicklungen unterläge, werde er nicht nur auf den RefE eingehen, sondern einzelne Probleme unter dem Blickwinkel des geltenden und des neuen Gesetzes erörtern.

Die Analyse begann mit der Vorlage des BAG an den EuGH, ob Vereinsmitglieder (im Fall Rote-Kreuz-Schwester) Arbeitnehmer im Sinne der Leiharbeits-RI. seien. Denn trotz Verweisung der RI. auf das nationale Recht, könne dieses den Arbeitnehmerbegriff nach den EuGH-Entscheidungen „Alonso“ und „O’Brien“ nicht grenzenlos regeln. *Herr Dr. Ulrici* vertrat die Ansicht, dass die Nichtanwendung des AÜG auf Vereinsmitglieder möglich sei. Würde der EuGH anders entscheiden wäre die Überlassung weiter nicht „vorübergehend“. Anschließend schilderte er, dass rechtlich die, dem Verleiher zustehenden, persönlich zu erbringende Arbeitsleistung des Arbeitnehmers überlassen werden müssten. Nach der Gesetzesbegründung des AÜG schlossen sich in Deutschland Arbeitnehmerüberlassung und Erfüllungshilfe aus. Maßgeblich für die Überlassung sei der wahre Geschäftswille, welcher sich nach ständiger Rechtsprechung des BAG im Zweifel durch die tatsächliche Geschäftsabwicklung bestimme, soweit diese Rückschlüsse auf den wahren Parteiwillen zulasse. Die Abgrenzung erfolge durch eine wertende Gesamtwürdigung der Einzelumstände. Trotz umfangreichster Diskussion sei – einige extreme Meinungen ausgenommen – die Abgrenzung klar. Deren Anwendung auf den Einzelfall sei dagegen problematisch. Anschließend beleuchtete er die, das Merkmal „vorübergehend“ betreffende Rechtsprechung des BAG. Dieses werde entgegen der Gesetzesbegründung, vom BAG als Tatbestandsmerkmal der Überlassung gesehen. Den Teil zum geltenden Recht rundeten Probleme der Rechtsfolgen, wie etwa die in der Rechtsprechung differenziert gesehene Zulässigkeit einer Vorratserlaubnis ab.

Der zweite Teil des Vortrags erörterte Probleme des RefE. Ausgehend von der neugeschaffenen Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Abs. 1 RefE), arbeitete der Referent heraus, dass die eingangs besprochene EuGH-Vorlage zur Arbeitnehmereigenschaft von Vereinsmitgliedern durch den neuen § 611a S. 1 BGB (RefE) hinfällig werden könnte. Denn dieser nehme Dienste im Rahmen einer

Vereinsmitgliedschaft aus. Das auch bislang für die Überlassung maßgebliche Kriterium der Übertragung des Weisungsrechts werde im Gesetz verankert. Die Abgrenzung von Leiharbeit und Erfüllungshilfe werde im RefE, entgegen dem Koalitionsvertrag, nicht durch weitere Hilfsmittel (z.B. Indizienkatalog) vereinfacht. § 12 RefE normiere künftig die Maßgeblichkeit des wahren Geschäftsinhalts. Dies sei zwar unpräzise, durch den Verweis der Gesetzesbegründung auf die entsprechenden BAG-Urteile aber auslegungstechnisch handhabbar. Weiter diene die neue Deklarationspflicht der Bekämpfung der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung. Diese löse aber die Abgrenzungsproblematik nicht, da sie keine Umqualifizierung des wahren Geschäftsinhalts bewirke. „Vorübergehend“ sei entsprechend der Rechtsprechung des BAG als verbindliches Rechtmäßigkeitserfordernis anzusehen. Was darunter genau zu verstehen sei, kläre der Entwurf nicht eindeutig. Der Wortlaut spreche für eine arbeitsplatzbezogene Auslegung, die Gesetzesbegründung verweise dagegen auf eine arbeitnehmerbezogene Auslegung. Da sich die Höchstüberlassungsdauer auf den Einsatz bei einem Entleiher beziehe, seien im Konzern rollierende Modelle mit zwei sich abwechselnden Entleihern denkbar. Die Höchstüberlassungsdauer sei entsprechend den Vorgaben des Koalitionsvertrags tarifdispositiv. Die Verantwortung der Entleiherbranche dafür erachte er für konsequent. Im Rahmen der Rechtsfolgen wies er auf das neue Widerspruchsrechts gegen den Verlust des Leiharbeitsverhältnisses hin. Dies sei eine notwendige Ergänzung da sonst dem Arbeitnehmer ohne eigene Verantwortung sein Arbeitsverhältnis entzogen werden könnte. Er halte die Wahl eines objektiven Widerspruchsfristbeginns für äußerst problematisch, da diese ablaufen könne vor der Leiharbeitnehmer Kenntnis des Widerspruchsrechts habe. Ein Fristbeginn mit Geltendmachung der Rechtsfolge von § 9 RefE sei daher vorzugswürdig.

Abschließend folgten Hinweise auf die in § 8 RefE zusammengefasste Equal-Pay-Regelung, wobei dessen Formulierung aus einem Schlechterstellungsverbot ein Gleichstellungsgebot mache. Dies werfe die Frage der Zulässigkeit eines Abweichens nach oben auf. Weiter dürften alle Leiharbeitnehmer, einschließlich bereits beschäftigter, künftig nicht während eines Streiks eingesetzt werden. Dies komme einem Zwangstreik gleich und diene nicht den Interessen der Leiharbeitnehmer. Die Verfassungskonformität dieser Regelung sei fraglich. Im Rahmen der Schwellenwerte für die Mitbestimmung ordne § 14 RefE an, dass Leiharbeitnehmer mitzuzählen seien. Dies stelle entgegen der Gesetzesbegründung keine reine Kodifizierung der Rechtsprechung dar, sondern entziehe dem BAG die bislang ausgeübte Einzelfallbeurteilung. Zusammenfassend sehe er die Regelungsziele mit dem RefE nicht umgesetzt.

Die von *Herrn Professor Dr. Richard Giesen* geleitete Diskussion fragte unter anderem ob eine Normierung eines Übernahmeanspruchs auch in Betriebsvereinbarungen möglich wäre. Unter verschiedenen Gesichtspunkten beleuchtete sie außerdem Fragen des Widerspruchsrechts und öffnete den Blick für weitere Formen des Fremdpersonaleinsatzes.

Felisa Frey
Wissenschaftliche Mitarbeiterin