



Ausarbeitung

Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes
Ausgewählte Einzelfragen

Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes
Ausgewählte Einzelfragen

Aktenzeichen: WD 6 - 3000 – 113/16
Abschluss der Arbeit: 14. Oktober 2016
Fachbereich: WD 6: Arbeit und Soziales

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Gleichstellungsgebot	4
2.1.	Grundsatz	4
2.2.	Vorbehalt tariflicher Abweichungen	4
2.2.1.	Anwendungsberechtigung	5
2.2.2.	Allgemeine Arbeitsbedingungen	5
2.2.3.	Sonderregelungen für tarifliche Entgeltregelungen	5
2.3.	Mögliche Auswirkungen des Equal-Pay-Gebots	6
2.3.1.	Statistische Daten	6
2.3.2.	Bewertung in der Rechtsliteratur	6
3.	Höchstüberlassungsdauer	7
3.1.	Vorgesehene Regelungen des AÜG-Änderungsentwurfs vom 20. Juli 2016	7
3.2.	Kritik in der Rechtsliteratur	8
3.2.1.	Arbeitnehmerbezogenheit der Überlassungshöchstdauer	8
3.2.2.	Begrenzung auf 18 Monate	9
3.2.3.	Tarifdispositivität	10
3.2.3.1.	Ausschluss der Verbände der Zeitarbeitsbranche	10
3.2.3.2.	Eingeschränkte Bezugnahmemöglichkeit für Tarifungebundene	11
4.	Die Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung zu anderen Vertragsgestaltungen	12
4.1.	Regelungsziel und Umsetzung	12
4.2.	Bewertung der geplanten Regelungen in der Rechtsliteratur	13
4.2.1.	Änderung § 1 Abs. 1 AÜG	13
4.2.2.	Einführung eines § 611a BGB	14
4.2.3.	Neues Offenlegungsgebot	15
5.	Sanktionierung und Widerspruchsrecht	16
5.1.	Ausweitung der Sanktionierung und Kritik hieran	16
5.2.	Das neue Widerspruchsrecht	17
5.2.1.	Verfassungsrechtliche Aspekte	17
5.2.2.	Bewertung in der Literatur	18
6.	Kontrollen und bürokratischer Aufwand	20
6.1.	Zuständigkeit für Kontrollen	20
6.2.	Bürokratischer Aufwand für die Wirtschaft	21

1. Einleitung

Dem Deutschen Bundestag liegt derzeit der Entwurf für eine Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) zur Beratung vor.¹ Die erste Beratung mit Überweisung an die Ausschüsse hat am 22. September 2016 stattgefunden.

Zum wesentlichen Inhalt des Entwurfs zählen neben einer definitorischen Abgrenzung zwischen abhängiger und selbständiger Tätigkeit die Einführung einer Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten bei einem Verleiher, die Gewährleistung gleicher Entgeltansprüche von Leiharbeitnehmern (sog. Equal Pay) nach neun Monaten und das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher. Gestärkt und konkretisiert werden soll schließlich auch die betriebsverfassungsrechtliche Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern im Entleihbetrieb. Erklärtes Ziel des Gesetzentwurfes ist der Begründung zufolge, „die Leiharbeit auf ihre Kernfunktion zu orientieren und den Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen zu verhindern.“²

2. Gleichstellungsgebot

2.1. Grundsatz

Bisher regelt das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG, dass der Verleiher dem Leiharbeitnehmer die im Einsatzbetrieb für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren hat. Der aktuelle § 10 Abs. 4 Satz 1 AÜG ist in § 8 Abs. 1 Satz 1 des Änderungsentwurfs für das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG-E) wortgleich übernommen worden und stellt dort eine Legaldefinition für den Begriff Gleichstellungsgrundsatz dar.

2.2. Vorbehalt tariflicher Abweichungen

Der Änderungsentwurf lässt in § 8 Abs. 2-5 AÜG-E ähnlich den bestehenden Regelungen in §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2-4, 10 Abs. 4 Satz 2-4 AÜG weiterhin tarifliche Abweichungen vom Gleichstellungsgrundsatz zu. Entgegen der Regelung zu tariflichen Abweichungen bei der Höchstüberlassungsdauer in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E muss es sich bei dem Tarifvertrag nicht um einen sol-

1 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016.

2 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 1.

chen der Leiharbeitsbranche handeln. Insoweit beabsichtigt der Regierungsentwurf bei Abweichungen vom Gleichstellungsgrundsatz keine Änderung der aktuellen Rechtslage.³ In der bisherigen Praxis wurde von den tariflichen Gestaltungsmöglichkeiten in weitem Umfang Gebrauch gemacht.⁴

2.2.1. Anwendungsberechtigung

Auch nach dem Änderungsentwurf erhalten im Geltungsbereich eines Tarifvertrags neben den tarifgebundenen Verleihern und Leiharbeitnehmern weiterhin die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Möglichkeit, die Anwendung dieses Tarifvertrags auf das Arbeitsverhältnis einzelvertraglich zu vereinbaren, § 8 Abs 2 Satz 3, Abs. 4 Satz 3 AÜG-E. Die Festlegung des Geltungsbereichs eines Tarifvertrags obliegt den jeweiligen Tarifvertragsparteien.⁵ Nur wenn der Tarifvertrag fachlich, räumlich und zeitlich einschlägig ist, können Verleiher und Leiharbeitnehmer dessen Anwendung auf ihr Arbeitsverhältnis vereinbaren.⁶

2.2.2. Allgemeine Arbeitsbedingungen

Mit Ausnahme der Entgeltgleichheit ist der Gleichstellungsgrundsatz im Rahmen des geltenden Rechts uneingeschränkt tarifdisponibel, § 8 Abs. 2 Satz 1 AÜG-E. Wie bisher hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer im Falle tariflicher Regelungen die nach dem Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren, § 8 Abs. 2 Satz 2 AÜG-E.

2.2.3. Sonderregelungen für tarifliche Entgeltregelungen

Soweit durch Tarifvertrag von der Entgeltgleichheit abgewichen werden soll, gelten künftig allerdings einige einschränkende Regelungen. Auch tariflich sollen Ausnahmen von der Entgeltgleichheit nur in zwei Konstellationen möglich sein. Zum einen ist grundsätzlich eine tarifliche Ungleichbehandlung der Leiharbeitnehmer bezüglich des Arbeitsentgelts für die ersten neun Monate einer Überlassung zulässig, § 8 Abs. 4 Satz 1 AÜG-E. Für bis zu 15 Monate kann tariflich dann vom Equal-Pay-Grundsatz abgewichen werden, wenn spätestens nach Ablauf dieser Zeit der Leiharbeitnehmer das tarifliche Entgelt vergleichbarer Arbeitnehmer der Einsatzbranche erhält und ab der siebten Einsatzwoche eine stufenweise Heranführung an dieses Arbeitsentgelt erfolgt, § 8 Abs. 4 Satz 2 AÜG-E. Dabei darf keine der abweichenden Regelungen das Mindeststundenentgelt gemäß der auf § 3a Abs. 2 AÜG beruhenden Verordnung⁷ unterschreiten, § 8 Abs. 5

3 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 24.

4 *Thamm*, Der Referentenentwurf des BMAS vom 16.11.2015 zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze, PersV 2016, S. 89, 92.; vgl. auch *Schüren/Schüren*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010, § 9 Rn. 150.

5 Dazu: *Erfurter Kommentar/Franzen*, 16. Aufl. 2016, § 4 TVG, Rn. 8 ff.

6 *Schüren/Schüren*, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 4. Aufl. 2010, § 9 Rn. 151.

7 Noch bis zum 31. Dezember 2016 gültig: Zweite Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung vom 21. März 2014.

AÜG-E. Anderenfalls hat der Verleiher dem Leiharbeitnehmer für jede Arbeitsstunde das im Entleihbetrieb für vergleichbare Arbeitnehmer der Stammbesellschaft geltende Stundenentgelt zu zahlen, § 8 Abs. 2 S. 4 AÜG-E.

Da mögliche Umgehungsstrategien vermeiden werden sollen, sieht der Regierungsentwurf in § 8 Abs. 4 S. 4 AÜG-E vor, dass Einsatzzeiten eines Leiharbeitnehmers beim gleichen Entleiher addiert werden, sofern nicht eine Unterbrechung von wenigstens drei Monaten zwischen den Einsätzen liegt.⁸

2.3. Mögliche Auswirkungen des Equal-Pay-Gebots

2.3.1. Statistische Daten

Die Bundesagentur für Arbeit erhebt im Rahmen der Beschäftigungsstatistik auch Daten über die versicherungspflichtige Beschäftigung in der Arbeitnehmerüberlassung, darunter auch die Dauer beendeter Beschäftigungsverhältnisse von Leiharbeitnehmern. Daten zur jeweiligen Einsatzdauer liegen demgegenüber nicht vor.

2.3.2. Bewertung in der Rechtsliteratur

Ob der Änderungsentwurf seinem Anspruch gerecht wird und die Stellung der Leiharbeitnehmer unter dem Aspekt des Equal Pay gestärkt wird, wird in der Rechtsliteratur teilweise kritisch gesehen. *Seel* kritisiert die Verknüpfung von Equal Pay mit der vorgesehenen Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten und wirft die Frage auf, ob diese Regelungen im Interesse der Leiharbeitnehmer seien. Ein Leiharbeitnehmer, der nach neun oder 15 Monaten Equal Pay erhalte, habe wenig Interesse daran, in einem anderen Einsatzbetrieb wieder „bei Null“ anzufangen.⁹ *Bissels/Falter* merken an, dass es bei der stufenweisen Heranführung an Equal Pay gemäß § 8 Abs. 4 S. 2 AÜG-E weiterhin den Tarifvertragsparteien obliege festzulegen, welches Entgelt als gleichwertig angesehen wird. Gleichwertig müsse nicht zwingend 100 Prozent des Vergleichsentgelts bedeuten.¹⁰ *Schüren/Fasholz* weisen darauf hin, dass trotz der Addition der Einsatzzeiten bei nur kurzzeitigen Unterbrechungen gemäß § 8 Abs. 4 S. 4 AÜG-E legale Möglichkeiten denkbar blieben, die dazu führten, dass Leiharbeitnehmer dauerhaft nicht vom Equal Pay profitieren.¹¹ Tatsächlich bleibt nach dem Gesetzentwurf eine Rotationslösung denkbar, wenn ein Verleiher bei-

8 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 24.

9 *Seel*, Neue Spielregel für die Arbeitnehmerüberlassung – Eine Analyse des Referentenentwurfs des AÜG, öAT 2016, 27.

10 *Bissels/Falter*, Reform des Fremdpersonaleinsatzes: Ein neuer Versuch aus dem BMAS, DB 2016, 534. Vgl. auch *Hamann*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 17. Februar.2016, ArbuR 2016, 136 ff.

11 Vgl. *Schüren/Fasholz*, Inhouse-Outsourcing und der Diskussionsentwurf zum AÜG – Ein Diskussionsbeitrag, NZA 2015, 1473.

spielsweise zwei Leiharbeitnehmer halbjährlich wechselnd in zwei Entleiher-Betrieben einsetzt.¹²

Insoweit wird die künftige betriebliche Praxis zeigen müssen, inwieweit die Regelungen des Änderungsentwurfs Umgehungen des Equal Pay tatsächlich verhindern.

3. Höchstüberlassungsdauer

Mit dem Gesetzentwurf soll die Funktion der Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur zeitlichen Deckung eines Arbeitskräftebedarfs geschärft werden.¹³ Zur Kernfunktion der Leiharbeit gehöre, dass sie vorübergehend erfolgt.¹⁴ Weil bisher im AÜG nicht näher konkretisiert ist, wie die Kennzeichnung der Arbeitnehmerüberlassung als „vorübergehend“ zu verstehen ist, ist die Auslegung dieses gesetzlichen Merkmals bisher in der Rechtsliteratur höchst umstritten.¹⁵ Mit dem Ziel, Rechtssicherheit zu schaffen, ist die Konkretisierung des Begriffs „vorübergehend“ in Form der Einführung einer Überlassungshöchstdauer daher ein wesentlicher Teil des Gesetzentwurfs.¹⁶

3.1. Vorgesehene Regelungen des AÜG-Änderungsentwurfs vom 20. Juli 2016

Der Änderungsentwurf zum AÜG sieht nun in § 1 Abs. 1 S. 4 in Verbindung mit § 1 Abs. 1b AÜG im Wesentlichen folgende Regelungen vor:

- Die Überlassung eines Leiharbeitnehmers in einen Entleihbetrieb wird auf 18 Monate begrenzt, unabhängig davon, ob ein oder mehrere Verleiher in dieser Zeit Vertragsarbeitgeber des Leiharbeitnehmers sind, § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG-E.
- Liegen zwischen zwei Einsätzen des Leiharbeitnehmers bei demselben Entleiher nicht mindestens drei Monate, werden die Einsatzzeiten addiert, § 1 Abs. 1b S. 2 AÜG-E.
- Per Tarifvertrag können Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche eine abweichende Überlassungshöchstdauer festlegen, § 1 Abs. 1b S. 3 AÜG-E.
 - o Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags kann ein nicht tarifgebundener Entleiher durch eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung diese abweichenden tarifvertraglichen Regelungen für seinen Betrieb übernehmen, § 1 Abs. 1b S. 4 AÜG-E.
 - o Wenn der Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche eine entsprechende Öffnungsklausel enthält, kann in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung eine abweichende Vereinbarung zur Überlassungshöchstdauer getroffen werden, § 1 Abs. 1b S. 5 AÜG-E.

12 Vgl. auch *Giesen*, Reform der Leiharbeit, ZRP 2016, 130 ff., der von „Pingpong“- und „Karussell“-Gestaltungen spricht.

13 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 1.

14 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 15.

15 Vgl. die verkürzte, aber gute Zusammenfassung zum Meinungsstand in BAG vom 10. Juli 2013 – 7 ABR 91/11, juris-Rn. 53., BAGE 145, 355ff.

16 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 20.

Von dieser Öffnungsklausel für Betriebs- und Dienstvereinbarungen können auch nicht tarifgebundene Entleiher in ihren Betrieben Gebrauch machen. Die Überlassungshöchstdauer beträgt in diesen Fällen maximal 24 Monate, wenn nicht bereits der zugrunde liegende Tarifvertrag eine andere Überlassungshöchstdauer als 18 Monate für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen festlegt, § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG-E.

3.2. Kritik in der Rechtsliteratur

Diverse Autoren setzen sich mit dem Regelungsvorschlag des Änderungsentwurfs zur Überlassungshöchstdauer kritisch auseinander. Im Folgenden soll dargestellt werden, welche Punkte in der Rechtsliteratur immer wieder aufgegriffen werden.

3.2.1. Arbeitnehmerbezogenheit der Überlassungshöchstdauer

Nach dem Gesetzesentwurf bezieht sich die Überlassungshöchstdauer auf die maximale Einsatzzeit eines Leiharbeitnehmers im Betrieb des Entleihers. Damit soll unter anderem einer Verdrängung von Stammarbeitnehmern im Einsatzbetrieb vorgebeugt werden.¹⁷ Diese beabsichtigte Regelung wird in der Rechtsliteratur teilweise kritisiert. Demnach werde die dauerhafte Besetzung von Arbeitsplätzen mit Leiharbeitnehmern gerade nicht verhindert.¹⁸ Aus der wirtschaftlichen Perspektive sei die Substitution von Stammarbeitnehmern des Entleihbetriebs weiterhin profitabel.¹⁹ Indem der Leiharbeitnehmer vor dem Ablauf von 18 Monaten ausgetauscht werde, könnten Gesetzesfolgen wie die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher auf legalem Wege vermieden werden.²⁰ Soweit der Gesetzentwurf das Ziel verfolge, die Flexibilität der Unternehmen zu wahren, mit Leiharbeit vorübergehenden Bedarf an Arbeitskräften bei Auftragsspitzen abzudecken²¹, könne man dieses Ziel schon hinreichend dadurch erreichen, indem man die Möglichkeit des Einsatzes von Leiharbeitnehmern auf den vorübergehenden Bedarf begrenze.²² Unterstützt der vom Gesetzesentwurf vorgesehenen arbeitnehmerbezogenen Anknüpfung der

17 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 15; primär auf den Schutz der Stammebelegschaft als gesetzgeberisches Ziel abzustellen, hält *Franzen*, Tarifdispositive Gestaltung einer Höchstüberlassungsdauer nach AÜG, ZfA 2016, 25,36, für verfassungsrechtlich bedenklich.

18 *Giesen*, Reform der Leiharbeit, ZRP 2016, 130 ff.

19 *Hamann*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 17.02.2016, ArbuR 2016, 136 ff.; *Schüren/Fasholz*, Inhouse-Outsourcing und der Diskussionsentwurf zum AÜG – Ein Diskussionsbeitrag, NZA 2015, 1473 ff.

20 *Giesen*, Reform der Leiharbeit, ZRP 2016, 130 ff.; *Schüren/Fasholz*, Inhouse-Outsourcing und der Diskussionsentwurf zum AÜG – Ein Diskussionsbeitrag, NZA 2015, 1473.

21 Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 14.

22 *Schüren/Fasholz*, Inhouse-Outsourcing und der Diskussionsentwurf zum AÜG – Ein Diskussionsbeitrag, NZA 2015, 1473.

Überlassungshöchstdauer weisen dagegen mit gewichtigen Argumenten auf praktische Probleme in der Umsetzung einer arbeitsplatzbezogenen Anknüpfung hin.²³

Im Ergebnis wird es nach dem Gesetzesentwurf möglich bleiben, Arbeitsplätze langfristig mit Leiharbeitnehmern zu besetzen, sofern diese spätestens nach 18 Monaten ausgetauscht werden. Ein Leiharbeitnehmer wird auch weiterhin wiederholt auf dem gleichen Arbeitsplatz des Entleiher eingesetzt werden können, sofern seit seinem letzten Einsatz beim Entleiher mindestens drei Monate vergangen sind.²⁴ Inwieweit Missbrauch dennoch durch die geplante Regelung eingedämmt werden kann, wird die Praxis zeigen müssen.

3.2.2. Begrenzung auf 18 Monate

Ebenfalls Teilweise kritisch bewertet wird in der Literatur, dass die Höchstüberlassungsdauer auf 18 Monate festgelegt ist. Diese Zahl beruht laut Änderungsentwurf auf bestehenden tarifvertraglichen Vereinbarungen aus der Praxis, welche „die Einsatzdauer von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmern zeitlich begrenzen beziehungsweise den Arbeitgeber verpflichten, der Leiharbeitskraft nach einer bestimmten Einsatzdauer einen Arbeitsvertrag anzubieten“.²⁵ Tatsächlich finden sich in der Praxis solche (ähnliche) Tarifverträge. Beispielsweise sieht der Tarifvertrag „Zeitarbeit in der Metall- und Elektro-Industrie (TV LeiZ)“ vor, dass Entleiher nach 18 Monaten zu prüfen haben, ob dem Leiharbeitnehmer ein unbefristeter Arbeitsvertrag angeboten werden kann. Nach spätestens 24 Monaten besteht darüber hinaus die Pflicht, einen solchen Arbeitsvertrag anzubieten.²⁶ Eine Regelung, wonach der Entleiher dem Leiharbeitnehmer bei Erreichen einer bestimmten Überlassungsdauer einen Arbeitsvertrag anbieten muss, sieht der Gesetzesentwurf allerdings nicht vor. Stattdessen soll bei überschrittener Höchstüberlassungsdauer künftig automatisch ein Arbeitsverhältnis fingiert werden gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG-E. Im Gegensatz zu einer Lösung, wonach der Entleiher von sich aus einen Arbeitsvertrag anbieten müsste, hätte dies für den Leiharbeitnehmer den Nachteil, dass er sich trotz Fiktion zunächst wirksam beim Entleiher einklagen müsste, soweit dieser seine Arbeitgeberstellung nicht anerkennt.²⁷ *Henssler* kritisiert sinngemäß, dass eine starre Überlassungshöchstgrenze die bedarfsgerechte Nutzung der Arbeitnehmerüberlassung erschwere. Die Festlegung einer zeitlichen Höchstgrenze sei im europäischen Vergleich kaum verbreitet. Ein wesentlicher Anwendungsfall der Zeitarbeit sei die Vertretungskonstellation. In solchen Fällen sei es unsinnig, einen (Leih-) Arbeitnehmer

23 Vgl. *Willemsen/Mehrens*, Beabsichtigte Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes: mehr Bürokratie wagen?, NZA 2015, 897, erschienen noch dem ersten Referentenentwurf auf Basis des Koalitionsvertrags.

24 Insoweit sind ähnliche „Rotationslösungen“ wie beim Equal-Pay-Anspruch denkbar, die dazu führen, dass ein Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers zum Entleiher nie gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1b) AÜG fingiert wird.

25 Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 20.

26 Vgl. hierzu Gesamtmetall: <https://www.gesamtmetall.de/sites/default/files/downloads/handlungsleitfaden-zeitarbeit.pdf>, zuletzt aufgerufen am 13. Oktober 2016.

27 Dies ist nach *Brors*, AÜG-Reform: Ist das geplante Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers verfassungsrechtlich geboten?, NZA 2016, 672 ff., derzeit gängige Praxis.

abzuberufen, obwohl der Vertretungsbedarf noch fortbesteht.²⁸ *Schüren/Fasholz* meinen mit Blick auf das Equal Pay, dass gerade die Leiharbeiter selbst schon aus finanziellen Erwägungen kein Interesse an häufig wechselnden Einsätzen hätten.²⁹ *Hamann* fordert, die starre Überlassungshöchstdauer mit einer flexiblen Komponente zu ergänzen, die den tatsächlichen Beschäftigungsbedarf im Entleihbetrieb berücksichtige, und schlägt als Vorbild die Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes vor. Bei einem tatsächlich bloß vorübergehenden Beschäftigungsbedarf drohe auch bei Überschreitung der Überlassungshöchstdauer keine systemwidrige Substitution von Stammarbeitnehmern durch Leiharbeiter.³⁰ *Kramer/Dreyer* vertreten die Auffassung, dass der Begrenzung auf 18 Monate der Irrglaube zugrunde liege, dass längere Überlassungen missbräuchlich seien. Die Dauer der Überlassung sei kein geeigneter Maßstab für Missbrauch.³¹

3.2.3. Tarifdispositivität

3.2.3.1. Ausschluss der Verbände der Zeitarbeitsbranche

Die Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten soll nach dem Gesetzentwurf für die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche tarifdispositiv sein. Die konkrete Ausgestaltung wird vielfältig kritisiert, findet aber auch Zustimmung. Als „Systembruch“³² bzw. „systemfremd“³³ wird bezeichnet, dass die Tarifbefugnis den Verbänden der Zeitarbeitsbranche entzogen wird. Die geplanten Regelungen werden als erheblicher Eingriff in die verfassungsrechtlich in Art. 9 Abs. 3 GG verbürgte Tarifautonomie der Tarifparteien der Zeitarbeit eingestuft.³⁴ *Henssler* hält dies mangels Erforderlichkeit sogar für nicht verfassungskonform.³⁵ Einige Autoren sind der Meinung, dass diese Regelung untauglich sei, den sozialen Schutz der Leiharbeiter zu verbessern, da die Organisationen der Stammebelegschaften wenig Interesse hätten, die betriebliche Situation von Leiharbeitern

28 *Henssler*, Überregulierung statt Rechtssicherheit – der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen, RdA 2016, S. 18 ff.

29 *Schüren/Fasholz*, Inhouse-Outsourcing und der Diskussionsentwurf zum AÜG – Ein Diskussionsbeitrag, NZA 2015, 1473, vgl. auch oben unter 3.2.1.

30 *Hamann*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 17.02.2016, ArbuR 2016, 136 ff.

31 *Kramer/Dreyer*, Mehr Tarifautonomie wagen!, AuA 2016, 204ff.

32 *Schüren/Fasholz*, Inhouse-Outsourcing und der Diskussionsentwurf zum AÜG – Ein Diskussionsbeitrag, NZA 2015, 1473.

33 *Henssler*, Überregulierung statt Rechtssicherheit – der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen, RdA 2016, S. 18ff.

34 *Bissels/Falter*, Reform des Fremdpersonaleinsatzes: Der Regierungsentwurf ist da, DB 2016, 1444; *Zimmermann*, Der Referentenentwurf zur AÜG-Reform 2017, BB 2016, 53; *Henssler*, Überregulierung statt Rechtssicherheit – der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen, RdA 2016, S. 18ff.

35 *Henssler*, Überregulierung statt Rechtssicherheit – der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen, RdA 2016, S. 18ff.

zu stärken.³⁶ *Hamann* und *Thamm* sehen diese Probleme nicht. *Hamann* verweist darauf, dass die Überlassungshöchstdauer seiner Meinung nach keine Arbeitsbedingung der Leiharbeitnehmer sei, die in den Zeitarbeitstarifen geregelt werden müsse, sondern eine Betriebsnorm des Entleihers. Wie viel Leiharbeit in einer Branche angemessen sei, könnten im Übrigen die Tarifparteien der Einsatzbranche am besten beurteilen.³⁷

Für *Thamm* ist es eine Notwendigkeit, die Regelungskompetenz bei den Tarifparteien der Einsatzbranche anzusiedeln. Sie verweist auf den geringen Organisationsgrad der Leiharbeitnehmer und darauf, dass Verbände der Zeitarbeitgeber kein Interesse an der Einhaltung der gesetzlichen 18-Monats-Regel hätten.³⁸

3.2.3.2. Eingeschränkte Bezugnahmemöglichkeit für Tarifungebundene

Nach dem Änderungsentwurf können nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien (sog. Außenseiter) nur von der Höchstüberlassungsdauer abweichen, indem sie per Betriebs- oder Dienstvereinbarung einen Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche übernehmen oder wenn sie eine tarifvertragliche Öffnungsklausel nutzen. In letzterem Fall darf die Überlassungshöchstdauer 24 Monate nicht überschreiten, soweit nicht bereits der Tarifvertrag die abweichende Überlassungshöchstdauer festlegt. Dadurch soll ein Anreiz zur Tarifbindung gegeben werden.³⁹ Besteht beim Entleiher kein Betriebsrat, kann er von abweichenden Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer mithin überhaupt keinen Gebrauch machen. Arbeitsvertragliche Inbezugnahmen von Tarifregelungen sind gänzlich ausgeschlossen.

Dieses Regelungssystem wird in der Rechtsliteratur durchweg kritisiert. *Franzen* – ohne konkreten Bezug zum Regierungsentwurf – meint, die Beschränkung der tariflichen Abweichungsbefugnis auf tarifgebundene Entleiher könne ggf. die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) der tarifungebundenen Unternehmen verletzen. Der Gesetzgeber müsse, wenn er tarifdispositives Recht schaffe, die Möglichkeit vorsehen, dass Außenseiter abweichende Tarifverträge über Bezugnahmeklauseln anwenden können.⁴⁰ *Henssler* spricht insoweit von einem unzulässigen mittelbaren Zwang in die Arbeitgeberverbände.⁴¹ *Giesen* nennt es ein verfassungsrechtliches Experi-

36 *Schüren/Fasholz*, Inhouse-Outsourcing und der Diskussionsentwurf zum AÜG – Ein Diskussionsbeitrag, NZA 2015, 1473; ; *Zimmermann*, Der Referentenentwurf zur AÜG-Reform 2017, BB 2016, 53; *Giesen*, Reform der Leiharbeit, ZRP 2016, 130 ff.

37 *Hamann*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 17.02.2016, ArbuR 2016, 136 ff.

38 *Thamm*, Der Referentenentwurf des BMAS vom 16.11.2015 zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze, PersV 2016, 89 ff.

39 Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 21.

40 *Franzen*, Tarifdispositive Gestaltung einer Höchstüberlassungsdauer nach AÜG, ZfA 2016, 25 ff.

41 *Henssler*, Überregulierung statt Rechtssicherheit – der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen, RdA 2016, S. 18 ff.

ment, das darauf abziele herauszufinden, wie viel Privilegierung der Tarifpartner gegenüber Außenseitern zulässig sei.⁴² *Bissels/Falter* erkennen in Bezug auf die Differenzierung nach der Tarifbindung unter den Arbeitgebern eine „Zwei-Klassen-Gesellschaft“.⁴³ *Willemsen/Mehrens* sehen einen systematischen Bruch.⁴⁴ Ebenso wie *Zimmermann* meinen sie, dass es widersprüchlich sei, dass Außenseiter auf abweichende Regelungen zum Gleichstellungsgebot gemäß § 8 Abs. 4 Satz 3 AÜG-E Bezug nehmen dürften, nicht aber auf solche bezüglich der Höchstüberlassungsdauer.⁴⁵ Auch *Hamann* geht davon aus, dass letztlich vom Bundesverfassungsgericht zu entscheiden sei, ob es sich um einen zulässigen Anreiz zur Tarifbindung handle oder einen unzulässigen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit nicht tarifgebundener Arbeitgeber.⁴⁶

4. Die Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung zu anderen Vertragsgestaltungen

4.1. Regelungsziel und Umsetzung

Ein weiteres Ziel der AÜG-Reform ist es, den Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen und illegaler Arbeitnehmerüberlassung zu verhindern.⁴⁷ Als Missbrauch werden danach Vertragskonstruktionen angesehen, die von den Vertragsparteien als „Werkvertrag“ bezeichnet werden, nach der tatsächlichen Ausgestaltung und Durchführung aber als Arbeitsverträge anzusehen sind, sowie der Einsatz von Werkverträgen, deren tatsächliche Durchführung sich als genehmigungspflichtige Arbeitnehmerüberlassung darstellt (sog. „verdeckte Arbeitnehmerüberlassung“).⁴⁸ Um das Ziel zu erreichen, sollen bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung der vermeintliche Werkunternehmer und dessen Auftraggeber nicht besser gestellt sein als derjenige, der unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Die Vorlage einer sog. Vorratserlaubnis soll den Werkunternehmer, der tatsächlich Verleiher ist, nicht mehr entlasten.⁴⁹ Zugleich soll die von der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung von abhängiger zu selbständiger Tätigkeit gesetzlich niedergelegt werden.⁵⁰ Zur Umsetzung dieser Vorhaben enthält § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E eine Definition der Arbeitnehmerüberlassung. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG-E haben Verleiher und Entleiher künftig

42 *Giesen*, Reform der Leiharbeit, ZRP 2016, 130 ff.

43 *Bissels/Falter*, Reform des Fremdpersonaleinsatzes: Ein neuer Versuch aus dem BMAS, BB 2016, 534.

44 *Willemsen/Mehrens*, Beabsichtigte Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes: mehr Bürokratie wagen?, NZA 2015, 897, erschienen nach dem ersten Referentenentwurf auf Basis des Koalitionsvertrags.

45 *Willemsen/Mehrens*, ebd.; *Zimmermann*, Der Referentenentwurf zur AÜG-Reform 2017, BB 2016, 53.

46 *Hamann*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 17.02.2016, ArbuR 2016, 136 ff.

47 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 2.

48 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 2.

49 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 3, 16.

50 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 3, 15.

die Pflicht, die Überlassung von Leiharbeitnehmern in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung offenzulegen, bevor ein Leiharbeitnehmer überlassen bzw. tätig wird. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG-E ist vor Beginn der Überlassung auch die Person des Leiharbeitnehmers zu konkretisieren. Komplementär enthält der Gesetzesentwurf in § 611a BGB (BGB-E) eine Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffs.

4.2. Bewertung der geplanten Regelungen in der Rechtsliteratur

4.2.1. Änderung § 1 Abs. 1 AÜG

Einige Autoren in der Rechtsliteratur setzen sich kritisch mit der geplanten Definition der Arbeitnehmerüberlassung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E auseinander. Nach dem Entwurfstext liegt Arbeitnehmerüberlassung vor, „wenn [Arbeitnehmer] in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und [dessen] Weisungen unterliegen“.

Thüsing/Schmidt halten eine solche Definition für nicht zielführend. Ein Leiharbeitnehmer sei nichts anderes als ein Arbeitnehmer, dem gegenüber der Entleiher das arbeitsvertragliche Weisungsrecht ausüben dürfe. Der unstrittig einzige Unterschied sei, dass bei einem Arbeitsvertrag bloß zwei Personen involviert seien, wohingegen bei der Arbeitnehmerüberlassung das Weisungsrecht aus einem Arbeitsvertrag delegiert werde. Soweit sich die Definition der Leiharbeit mit der allgemeinen Typologie des Arbeitnehmerbegriffs decke, sei sie überflüssig. Da die Definition in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E jedoch von dieser abweiche, sei sie sogar falsch. Arbeitnehmerüberlassung lasse sich nicht bereits deshalb annehmen, weil der Arbeitnehmer den Weisungen des Entleihers unterliege. Vielmehr komme es auf die Art der Weisung an, denn auch Werk- und Dienstverträgen seien Weisungen nicht wesensfremd.⁵¹ In die gleiche Richtung argumentieren *Baeck/Winzer/Hies*, die die Frage aufwerfen, wo die Grenze zwischen auftragsbezogener Kommunikation und einer arbeitgeberseitigen Weisung verlaufe.⁵² Auch *Tuengerthal/Andorfer* weisen darauf hin, dass die Definition in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E entgegen der Gesetzesbegründung nicht dem bisherigen Stand der Rechtsprechung entspreche. Diese habe ein stets das Erfordernis der **vollständigen** Eingliederung in den Betrieb des Entleihers und dessen **alleiniger** Weisungsbefugnis betont. Durch die weniger enge Definition des Gesetzesentwurfs werde der Bereich der illegalen Arbeitnehmerüberlassung ausgeweitet.⁵³ *Schüren/Fasholz* sehen demgegenüber gar eine möglicherweise ungewollte Beschränkung des Anwendungsbereichs der Arbeitnehmerüberlassung. Soweit ein Fremdunternehmer mit einer größeren Anzahl an Arbeitnehmern und eigener betrieblicher Organisation inklusive Vorarbeitern und Betriebsleiter/in beim Einsatzbetrieb tätig werde, könnten die Arbeitnehmer des Fremdunternehmens ungewollt aus dem definitorischen Anwendungsbereich der Arbeitnehmerüberlassung herausfallen, da diese weiterhin nur nach den

51 Vgl. *Thüsing/Schmidt*, Rechtssicherheit zur effektiveren Bekämpfung von missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz, ZIP 2016, 54 (58).

52 *Baeck/Winzer/Hies*, Neuere Entwicklungen im Arbeitsrecht, NZG 2016, 415 ff.

53 *Tuengerthal/Andorfer*, Neue Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag? Stellungnahme zu der vorgesehenen Modifizierung des § 1 Abs. 1 AÜG durch den Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 1.6.2016, BB 2016, 1909 ff. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und verschiedener Landesarbeitsgerichte.

Weisungen der Vorarbeiter des Fremdunternehmers und in dessen Betriebsorganisation arbeiten. Dass der Arbeitseinsatz insgesamt unter Umständen weiterhin durch Weisungen des Einsatzbetriebs (gegenüber den Vorarbeitern/dem Betriebsleiter des Fremdunternehmers) gelenkt werde, was bisher für die Annahme von Arbeitnehmerüberlassung ausreiche, könnte dann nicht mehr unter den Begriff der Arbeitnehmerüberlassung subsumiert werden.⁵⁴ Jedenfalls, so finden *Schüren/Fasholz*, sei die Formulierung unglücklich, weil sie keinem helfe, aber in die Irre führe.⁵⁵ Im Ergebnis lässt sich tatsächlich über den Mehrwert des im Gesetzentwurf vorgesehenen § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E streiten. War die Intention, bloß eine gefestigte Rechtsprechung zu kodifizieren ohne diese anzutasten, so wäre dies nach den o.g. Stimmen der Rechtsliteratur nicht gelungen. Dass die geplante Definition der Arbeitnehmerüberlassung für Verunsicherung bei den Kontrollbehörden sorgen und deren Prüftätigkeit erschweren könnte, erscheint nicht ausgeschlossen.

4.2.2. Einführung eines § 611a BGB

Nachdem vor allem der im ersten Referentenentwurf zur Erkennung der Arbeitnehmereigenschaft vorgesehene Kriterienkatalog auf harsche Kritik in der Rechtsliteratur gestoßen war⁵⁶, sieht der aktuelle Gesetzesentwurf eine solche Regelung nicht mehr vor. Stattdessen wurde nunmehr eine von der Rechtsprechung⁵⁷ formulierte und von *Thüsing/Schmidt*⁵⁸ zur Übernahme ins Gesetz vorgeschlagene Definition des Arbeitnehmerbegriffs in § 611a Satz 1-3 BGB-E aufgenommen, die eine bloß typologische Beschreibung darstellt. Letztendlich bleibt nach § 611a Satz 4 BGB-E für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft die bewährte und in der Literatur anerkannte⁵⁹ Gesamtbetrachtung maßgeblich. Während *Hamann* („da kann man wenig falsch machen“⁶⁰) und *Giesen* in dieser 1:1 Kodifizierung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts „keine inhaltlichen Veränderungen“⁶¹ sehen, bleiben *Baeck/Winzer/Hies* kritisch. Die in dem Gesetzesentwurf

-
- 54 *Schüren/Fasholz*, Inhouse-Outsourcing und der Diskussionsentwurf zum AÜG – Ein Diskussionsbeitrag, NZA 2015, 1473 ff.; ebenso *Schüren*, Illegale Arbeitnehmerüberlassung identifizieren – Kriterienkatalog als Lösung?, DB 2016, 234 ff.
- 55 *Schüren/Fasholz*, Inhouse-Outsourcing und der Diskussionsentwurf zum AÜG – Ein Diskussionsbeitrag, NZA 2015, 1473.
- 56 vgl. statt vieler nur *Thüsing/Schmidt*, Rechtssicherheit zur effektiveren Bekämpfung von missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz, ZIP 2016, 54 ff.; *Henssler*, Überregulierung statt Rechtssicherheit – der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen, RdA 2016, 18ff.
- 57 BAG vom 11. August 2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 ff.
- 58 *Thüsing/Schmidt*, Rechtssicherheit zur effektiveren Bekämpfung von missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz, ZIP 2016, 54 ff.
- 59 vgl. nur *Thüsing/Schmidt*, Rechtssicherheit zur effektiveren Bekämpfung von missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz, ZIP 2016, 54 ff.; *Gaul/Hahne*, Der Versuch des Gesetzgebers zur Kennzeichnung von Arbeitnehmern, Leiharbeitnehmern und sonstigem Fremdpersonal durch § 611a BGB, BB 2016, 58 ff.
- 60 *Hamann*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 17.02.2016, ArbuR 2016, 136 ff.
- 61 *Giesen*, Reform der Leiharbeit, ZRP 2016, 130 ff.

in § 611a BGB-E vorgesehene Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffs halten sie weiterhin im Ansatz für verfehlt, weil sich die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmereigenschaft und selbständiger Tätigkeit bzw. zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werk- bzw. Dienstvertrag aufgrund der nach der Rechtsprechung vorzunehmenden Gesamtabwägung sich in der Rechtspraxis als höchst problematisch darstelle. Die beabsichtigte Stärkung der Rechtsklarheit könne durch die gesetzliche Niederlegung der von Einzelfallentscheidungen geprägten Rechtsprechung nicht erreicht werden. Vielmehr berge dies die Gefahr neuer Auslegungsprobleme. Ungeklärt bleibe außerdem das Verhältnis zwischen § 611a BGB-E und § 106 der Gewerbeordnung (GewO), da die Formulierung zum Weisungsrecht in § 611 Satz 2 BGB-E sich mit der Definition des § 106 GewO nicht völlig decke. Dass § 106 GewO nach der Begründung des Gesetzesentwurfs unangetastet bleibe, lasse sich im Gesetzestext nicht nachvollziehen.⁶² *Bissels/Falter* meinen, dass das bloße „Abschreiben“ aus der Rechtsprechung völlig überflüssig sei und unterbleiben sollte.⁶³

4.2.3. Neues Offenlegungsgebot

Arbeitnehmerüberlassung soll künftig transparent sein. § 1 Abs. 1 Satz 5, 6 AÜG-E sehen daher vor, dass Verleiher und Entleiher Arbeitnehmerüberlassung in ihrem Vertrag künftig ausdrücklich als solche bezeichnen müssen und dass vor Beginn der Überlassung auch die zur Arbeitsleistung überlassenen Personen zu konkretisieren sind. Damit soll nach der Entwurfsbegründung missbräuchlicher verdeckter Arbeitnehmerüberlassung vorgebeugt werden.⁶⁴ *Böhm* findet diese Vorschriften im Sinne der Transparenz und besseren Kontrollmöglichkeiten an sich sinnvoll.⁶⁵ *Willemsen/Mehrens* hingegen halten eine solche „Deklarierungspflicht“ nicht für praxistauglich. Die Vertragspartner gingen nicht selten gutgläubig von einem Werkvertrag aus, der sich tatsächlich als Arbeitnehmerüberlassung darstelle. Die Spielräume der wertenden Gesamtabwägung ließen nicht immer erkennen, ob eine Vertragskonstruktion bei einer Prüfung durch Verwaltung oder Justiz als Arbeitnehmerüberlassung oder Werkvertrag eingestuft werde.⁶⁶ Dies kritisiert auch *Böhm* als „Lotteriespiel“ für die Unternehmen.⁶⁷ Ähnlich argumentieren *Baeck/Winzer/Hies*. Sie kritisieren, dass die Kennzeichnungspflicht den Vertragsparteien ggf. eine schwierige rechtliche Würdigung aufbürde. Sie stehe außerdem im Widerspruch zu dem im allgemeinen Recht anwendbaren Grundsatz, wonach eine falsche Bezeichnung rechtlich nicht schade (*falsa demonstratio non nocet*). Auch sei sie systemwidrig, da es für das Arbeitsverhältnis nach § 611a Satz 4

62 *Baeck/Winzer/Hies*, Neuere Entwicklungen im Arbeitsrecht, NZG 2016, 415 ff.

63 *Bissels/Falter*, Reform des Fremdpersonaleinsatzes: Ein neuer Versuch aus dem BMAS, DB 2016, 534 ff.

64 Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 19.

65 *Böhm*, Fiktiver (Leih)Arbeitnehmerschutz (§§ 9, 10 AÜG-E)?!, NZA 2016, 528 ff.

66 *Willemsen/Mehrens*, Beabsichtigte Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes: mehr Bürokratie wagen?, NZA 2015, 897, erschienen noch dem ersten Referentenentwurf auf Basis des Koalitionsvertrags.

67 *Böhm*, Fiktiver (Leih)Arbeitnehmerschutz (§§ 9, 10 AÜG-E)?!, NZA 2016, 528 ff.

BGB-E und für die Arbeitnehmerüberlassung nach § 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E gerade nicht auf die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses ankommen solle.⁶⁸

5. Sanktionierung und Widerspruchsrecht

5.1. Ausweitung der Sanktionierung und Kritik hieran

Nach geltendem Recht sind Verträge zwischen Verleihern und Entleihern und Verleihern und Leiharbeitnehmern gemäß § 9 Abs. 1 AÜG unwirksam, sofern der Verleiher nicht die für die legale Arbeitnehmerüberlassung notwendige Erlaubnis besitzt. Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG wird dann ein Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers zum Entleiher fingiert, welches zu dem für den Beginn der Tätigkeit vorgesehen Zeitpunkt zustande kommt.

Nach dem Gesetzentwurf soll die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher künftig nicht nur wie bisher dann gelten, wenn dem Verleiher die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung fehlt, § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG-E in Verbindung mit § 10 Abs. 1 AÜG.

Diese Rechtsfolge soll gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-E in Verbindung mit § 10 Abs. 1 AÜG auch dann eintreten, wenn Verleiher und Entleiher entgegen dem Offenlegungsgebot des § 1 Abs. 1 Satz 5-6 AÜG-E - ggf. trotz Erlaubnis des Verleihers - die Arbeitnehmerüberlassung nicht als solche bezeichnen. *Schüren*⁶⁹ und *Brors*⁷⁰ halten dies für konsequent. In Fällen von Scheinwerkverträgen mit regelmäßig schlechteren Arbeitsbedingungen für die eingesetzten Arbeitnehmer als für Stammarbeitnehmer des Einsatzbetriebs müsste den Verleihern die „Vorratserlaubnis“ ohnehin gemäß § 5 AÜG entzogen werden, sodass künftig ein Fall des § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG-E vorläge. *Böhm* allerdings hält die Anwendung der Fiktion auf diese Fälle für unangemessen. Er verfolgt dabei einen anderen Denkansatz als *Schüren* bzw. *Brors*, weil er die sog. Vorratserlaubnis nicht bloß als Mittel zur Vermeidung der Rechtsfolgen des AÜG ansieht. Ungerechtfertigt sei seiner Meinung nach, dass die Fiktion auf Fälle an sich erlaubter Arbeitnehmerüberlassung angewandt werden könne, die bloß fälschlicherweise als Werkvertrag deklariert worden seien. Halte der Fremdunternehmer eine Überlassungserlaubnis vor, betreibe also dann ein an sich erlaubtes Geschäft, sei unlogisch, dass er vom Gesetz nicht besser gestellt werde als ein vermeintlicher Werkunternehmer, der keine Erlaubnis vorhalte. Die falsche Deklaration könne mit einer Ordnungswidrigkeit hinreichend geahndet werden.⁷¹

Ein dritter Fall gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG-E in Verbindung mit § 10 Abs. 1 AÜG, in dem die gesetzliche Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher greifen soll, ist die Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG. Hier ist es *Schüren*, der diese Sanktion als „unangemessen hart“ bezeichnet. Er begründet dies damit, dass bei der Höchstüber-

68 *Baeck/Winzer/Hies*, Neuere Entwicklungen im Arbeitsrecht, NZG 2016, 415 ff.

69 *Schüren*, Widerspruchsrecht gemäß § 9 Nr. 1 AÜG 2017 – Ein Kuckuckskind im Koalitionsvertragsnest?, jurisPR-ArbR 19/2016 Anm. 1.

70 *Brors*, AÜG-Reform: Ist das geplante Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers verfassungsrechtlich geboten?, NZA 2016, 672 ff.

71 *Böhm*, Fiktiver (Leih)Arbeitnehmerschutz (§§ 9, 10 AÜG-E)!, NZA 2016, 528 ff.

lassungsdauer ohnehin vielfältige Ausnahmeregeln möglich seien, sodass es einen Wertungswiderspruch darstelle, für das Überschreiten eine so tief eingreifende Sanktion vorzusehen.⁷² *Böhm* hingegen meint, hier sei die Anwendung der Fiktion konsequent, weil die Arbeitnehmerüberlassung ab Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer illegal sei.⁷³

5.2. Das neue Widerspruchsrecht

Eine wesentliche Neuerung des Gesetzesentwurfs ist, dass Leiharbeiter bis zum Ablauf eines Monats nach dem zwischen Verleiher und Entleiher vorgesehenen Überlassungsbeginn der gesetzlich angeordneten Unwirksamkeit ihres Arbeitsverhältnisses zum Verleiher widersprechen können, vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 1-1b AÜG-E. Dies hat im Falle des Widerspruchs zur Folge, dass trotz Verstoßes gegen die Erlaubnis, Offenlegungs- oder Höchstüberlassungsfrist das Arbeitsverhältnis zum Verleiher wirksam bleibt und die gesetzliche Fiktion des § 10 Abs. 1 AÜG nicht eintritt. Nach der Gesetzesbegründung soll damit die grundgesetzliche Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützt werden. Es seien Konstellationen denkbar, in denen Leiharbeiter am Arbeitsverhältnis zum Verleiher festhalten wollten. Dies könne beispielsweise der Fall sein, wenn nur im Betrieb des Verleihers gemäß § 23 Abs. 1 AÜG das Kündigungsschutzgesetz Anwendung finde, oder wenn sich das Unternehmen des Entleihers in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befinde.⁷⁴

5.2.1. Verfassungsrechtliche Aspekte

In zwei jüngeren Entscheidungen hatte das Bundesarbeitsgericht (BAG) mit Verweis auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus 2011⁷⁵ die Frage der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Fiktion in § 9 Nr.1 in Verbindung mit § 10 Abs. 1 AÜG aufgeworfen. Der Entzug des vom Leiharbeiter gewählten Arbeitgebers per Gesetz stelle einen Eingriff in seine durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition dar.⁷⁶ Die Freiheit, ein Arbeitsverhältnis einzugehen oder dies zu unterlassen sei Ausdruck der durch Art. 12 GG geschützten (Arbeits-)Vertragsfreiheit.⁷⁷ Das BVerfG hatte in seiner Entscheidung wörtlich ausgeführt: *„Die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie des Arbeitnehmers erlaubt Gesetzgeber und Gerichten vorliegend nicht, kraft vermeintlich besserer Einsicht die Entscheidung, welcher von mehreren zur Auswahl stehenden Arbeitgebern mehr Vorteile bietet, an Stelle des Arbeitnehmers*

72 *Schüren*, Widerspruchsrecht gemäß § 9 Nr. 1 AÜG 2017 – Ein Kuckuckskind im Koalitionsvertragsnest?, jurisPR-ArbR 19/2016 Anm. 1.

73 *Böhm*, Fiktiver (Leih)Arbeitnehmerschutz (§§ 9, 10 AÜG-E)?!, NZA 2016, 528 ff.

74 Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 25.

75 BVerfG vom 25. Januar 2011 – 1 BvR 1741/09, BVerfGE 128,157.

76 BAG vom 10. Dezember 2013 – 9 AZR 51/13, BAGE 146, 384 ff.; BAG vom 20. Januar 2016 – 7 AZR 535/13, BB 2016, 1850 ff.

77 BAG vom 10. Dezember 2013 – 9 AZR 51/13, BAGE 146, 384 ff.

zu treffen“.⁷⁸

Das BAG hat dies allerdings keineswegs zum Anlass genommen, die Fiktion als generell verfassungswidrig zu kennzeichnen. Es verweist vielmehr zum einen darauf, dass der Gesetzgeber den Anforderungen des BVerfG dadurch nachkommen könne, dass er dem Leiharbeitnehmer ein Zustimmungserfordernis oder Widerspruchsrecht einräumt.⁷⁹ Zudem seien sämtliche Möglichkeiten einer verfassungskonformen Auslegung in Betracht zu ziehen.⁸⁰

5.2.2. Bewertung in der Literatur

Das im Gesetzesentwurf enthaltene Widerspruchsrecht für Leiharbeitnehmer wird in der Rechtsliteratur kontrovers diskutiert. Diverse Autoren meinen, das neue Widerspruchsrecht sei aus verfassungsrechtlichen Gründen notwendig.⁸¹ *Thamm* spricht insofern von „verfassungsrechtlichen Erwägungen, die durchaus greifen“.⁸² In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und der Rechtsliteratur wurde die verfassungsrechtliche Notwendigkeit eines Widerspruchsrechts gegen die Wirkung der Fiktion auch schon vor der Entscheidung des BVerfG diskutiert und in bestimmten Fällen auch bejaht.⁸³ *Giesen* hält die Einführung angesichts der Ausweitung der Tatbestände der Vertragsfiktion für konsequent, um deren „Härte“ vermeidbar zu machen.⁸⁴

Jedoch gibt es eine gewichtige Gegenmeinung, die die Einführung des Widerspruchsrechts überwiegend ablehnt und bezüglich der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung bzw. der nicht offengelegten Arbeitnehmerüberlassung auch keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit für eine Einschränkung der Fiktion sieht. *Schüren/Fasholz* kritisieren, dem AÜG werde durch Einführung des Widerspruchsrechts „der Zahn gezogen“.⁸⁵ In einem weiteren Literaturbeitrag erläutert *Schüren*, warum das Widerspruchsrecht seiner Ansicht nach ausschließlich illegale Entleiher schütze. Demnach würden gut beratene Entleiher künftig stets von den Verleihern verlangen, dass deren Leiharbeitnehmer eine solche Widerspruchserklärung abgeben. Dies hätte zur Folge, dass im

78 BVerfG vom 25. Januar 2011 – 1 BvR 1741/09, BVerfGE 128, 157.

79 BAG vom 10. Dezember 2013 – 9 AZR 51/13, BAGE 146, 384 ff.

80 BAG vom 20. Januar 2016 – 7 AZR 535/13, BB 2016, 1850 ff.

81 *Tuengerthal/Andorfer*, Einführung von § 611a BGB, AuA 2016, 94 ff.; *Seel*, Neue Spielregel für die Arbeitnehmerüberlassung – Eine Analyse des Referentenentwurfs des AÜG, öAT 2016, 27.; *Thamm*, Der Referentenentwurf des BMAS vom 16.11.2015 zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze, PersV 2016, 89 ff.; *Giesen*, Reform der Leiharbeit, ZRP 2016, 130 ff.; mit erkennbarem Bezug auf die Konstellation der Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer: *Stang*, Keine neue Mogelpackung! Anforderungen an eine gesetzliche Neuregelung der Leiharbeit, NZA 2015, 910 ff.; *Willemsen/Mehrens*, Beabsichtigte Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes: mehr Bürokratie wagen?, NZA 2015, 897, beide Aufsätze wurden vor dem Erstentwurf veröffentlicht.

82 *Thamm*, Der Referentenentwurf des BMAS vom 16.11.2015 zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze, PersV 2016, 89 ff.

83 Vgl. *Ulber/Ulber*, AÜG, 4. Aufl. 2011, Einleitung D, Rn. 62 mit weiteren Nachweisen.

84 *Giesen*, Reform der Leiharbeit, ZRP 2016, 130 ff.

85 *Schüren/Fasholz*, Inhouse-Outsourcing und der Diskussionsentwurf zum AÜG – Ein Diskussionsbeitrag, NZA 2015, 1473.

Falle illegaler Leiharbeit der Entleiher nicht mehr für die Lohndifferenz und die komplementären Sozialversicherungsbeiträge hafte, als auch, dass der Straftatbestand des § 266a StGB (Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen) gegen die illegalen Entleiher nicht mehr einschlägig sei. Ausschließlich Bußgelder wegen der Ordnungswidrigkeit des illegalen Entleihs blieben möglich. Das AÜG werde so seiner wirkungsvollsten Sanktion beraubt.⁸⁶ Ähnlich beschreibt *Hamann* die Rechtsfolgen der Einführung des Widerspruchsrechts.⁸⁷

Beide Fachbeiträge beziehen sich auf den Referentenentwurf vom 17. Februar 2016 und nicht auf den nun vorliegenden Gesetzesentwurf. Im Gegensatz zum Referentenentwurf sieht der Gesetzesentwurf nun die Einführung eines neuen § 9 Abs. 2 AÜG-E vor. Demnach soll der Widerspruch unwirksam sein, wenn er vor Fristbeginn erklärt wird. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1-1b AÜG-E beginnen die Fristen mit dem zwischen Verleiher und Entleiher für den Beginn der Überlassung vorgesehen Zeitpunkt bzw. nach Überschreiten der Überlassungshöchstdauer zu laufen. Die Regelung soll so verhindern, dass Verleiher vor Beginn des Arbeitseinsatzes eine vorsorgliche Widerrufserklärung beim Leiharbeitnehmer einholen.⁸⁸

Ob dadurch die Bedenken von *Schüren*, *Hamann* und anderen, die Widerspruchslösung werde ähnlich der Vorraterlaubnis vielfach missbraucht werden⁸⁹, ausgeräumt sind, darf bezweifelt werden. Nach dem Gesetzeswortlaut ungerügt wäre der Fall, dass der Arbeitseinsatz des Leiharbeitnehmers zu einem anderen als dem vorgesehen Zeitpunkt beginnt. Dies könnte möglicherweise ein Einfallstor für missbräuchliche Ausgestaltungen sein. Ebenso ist zu bedenken, dass das deutsche Arbeitsrecht wesentlich auf dem Gedanken der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer gegenüber den Unternehmern fußt. Das ist der Grund, warum deutsches Arbeitsrecht vor allem ein Arbeitnehmerschutzrecht ist. Insoweit ist fraglich, ob in der Praxis nicht auch nach Fristbeginn Verleiher und Entleiher dank überlegener arbeitsvertraglicher Gestaltungsmacht mit leichter Hand Widerspruchserklärungen der Leiharbeitnehmer einholen könnten. Dass ein solches Interesse auf Entleiherseite besteht, dürfte man als relativ sicher unterstellen können, denn tatsächlich würden dann wesentliche Sanktionen der illegalen Überlassung gegen sie entfallen.

Ebenso wie *Schüren/Fasholz* und *Hamann* weist *Brors* darauf hin, dass es für die Einführung eines Widerspruchsrechts überhaupt keine praktische Notwendigkeit gebe. Übereinstimmend stellen die Autoren die Behauptung auf, es gebe in der Praxis nicht einen bekannten Fall, in dem der Leiharbeitnehmer gegen seinen Willen gezwungen worden sei, beim Entleiher bzw. Scheinwerkunternehmer zu bleiben. Gebe es doch einmal einen solchen Fall, in dem der Leiharbeitneh-

86 *Schüren*, Widerspruchsrecht gemäß § 9 Nr. 1 AÜG 2017 – Ein Kuckuckskind im Koalitionsvertragsnest?, jurisPR-ArbR 19/2016 Anm. 1.

87 *Hamann*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 17.02.2016, ArbuR 2016, 136 ff.

88 Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 25.

89 Vgl. statt aller *Schüren*, Widerspruchsrecht gemäß § 9 Nr. 1 AÜG 2017 – Ein Kuckuckskind im Koalitionsvertragsnest?, jurisPR-ArbR 19/2016 Anm. 1.

mer beim Verleiher bleiben wolle, könne dies mit geltendem Recht interessengerecht gelöst werden.⁹⁰

Statistische Zahlen hierzu gibt es nicht.

Vor allem *Brors* widmet sich verstärkt der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit des Widerspruchsrechts und kommt zu dem Ergebnis, dass diese nur eingeschränkt gegeben sei. Zunächst stellt sie heraus, dass das BVerfG festgehalten habe, dass es Gesetzgeber und Gerichten nicht erlaubt sei, dem Arbeitnehmer **einen von mehreren** Arbeitsplätzen zuzuweisen. Sie analysiert weiter, dass in Fällen des § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG-E überhaupt kein Arbeitsplatz für den Leiharbeiter mehr beim Verleiher bestehe, da es dem Verleiher gemäß § 6 AÜG behördlich zu untersagen sei, weiterhin Arbeitnehmerüberlassung zu betreiben. Vergleichbares gelte für § 9 Abs. 1 Nr. 2 AÜG-E, weil demjenigen, der Arbeitnehmerüberlassung betreibt, ohne diese offenzulegen, in der Regel ebenfalls die Erlaubnis fehle. Es handele sich bei der Fiktion also nicht mehr um eine gesetzliche Zuweisung auf **einen von mehreren** Arbeitsplätzen, weil der Arbeitsplatz beim Verleiher überhaupt nicht mehr bestehe. Nur bei Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer seien realistischer Weise Fälle denkbar, bei denen der Verleiher eine Erlaubnis habe und insofern tatsächlich mehrere Arbeitsplätze für den Arbeitnehmer bestünden. In einem solchen Fall sei das Widerspruchsrecht im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geboten.⁹¹

Gebe es doch einmal eine Konstellation, bei der in den Fällen des § 9 Abs. 1 Nr. 1-1a AÜG-E in tatsächlicher Hinsicht ein Arbeitsplatz beim Verleiher für den Leiharbeiter bestehe, beispielsweise wenn ein Unternehmer außerhalb seines Kerngeschäfts einen Arbeitnehmer verleihe (sog. Mischbetrieb), dann könne die Fiktion verfassungskonform teleologisch reduziert werden.⁹² Diese Analyse ist zumindest insoweit überzeugend, als sie in Bezug auf die Rechtsprechung des BVerfG treffend dahingehend differenziert, dass keinesfalls jede Fiktion verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt.

6. Kontrollen und bürokratischer Aufwand

6.1. Zuständigkeit für Kontrollen

Mit Einführung neuer Regelungen zum Gleichstellungsgebot und zur Höchstüberlassungsdauer werden auch neue Ordnungswidrigkeitstatbestände in § 16 Abs. 1 AÜG-E geschaffen. Für das Ordnungswidrigkeitsverfahren sind gemäß § 16 Abs. 3 AÜG-E die Behörden der Zollverwaltung

90 Vgl. statt aller *Brors*, AÜG-Reform: Ist das geplante Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers verfassungsrechtlich geboten?, NZA 2016, 672 ff.

91 *Brors*, AÜG-Reform: Ist das geplante Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers verfassungsrechtlich geboten?, NZA 2016, 672 ff.; ebenso *Schüren*, Widerspruchsrecht gemäß § 9 Nr. 1 AÜG 2017 – Ein Kuckuckskind im Koalitionsvertragsnest?, jurisPR-ArbR 19/2016 Anm. 1.

92 *Brors*, AÜG-Reform: Ist das geplante Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers verfassungsrechtlich geboten?, NZA 2016, 672 ff.; *Schüren*, Widerspruchsrecht gemäß § 9 Nr. 1 AÜG 2017 – Ein Kuckuckskind im Koalitionsvertragsnest?, jurisPR-ArbR 19/2016 Anm. 1.

bzw. die Bundesagentur für Arbeit zuständig.⁹³ Für Verstöße gegen die neuen Deklarierungspflichten des § 1 Abs. 1 Satz 5, 6 AÜG-E sollen gemäß § 16 Abs. 3 AÜG-E die Behörden der Zollverwaltung zuständig sein. Diese sind bereits für die Ahndung von Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis zuständig. Für das Bußgeldverfahren wegen Verstößen gegen die Höchstüberlassungsdauer ist hingegen künftig die Bundesagentur für Arbeit zuständig. Diese ist auch zuständig für das Bußgeldverfahren bei Verstößen gegen das Gleichstellungsgebot. Dies ergibt sich ebenfalls aus § 16 Abs. 3 AÜG-E.

6.2. Bürokratischer Aufwand für die Wirtschaft

Valide Prognosen zum bürokratischen Aufwand für die Betriebe lassen sich derzeit nicht seriös treffen. Nach der Gesetzesfolgenabschätzung des Gesetzentwurfs⁹⁴ entstehen folgende neue Belastungen bzw. Entlastungen:

Belastung	Aufwand
Informationspflicht: Unterrichtung des Leiharbeitnehmers vor jedem Einsatz gemäß § 11 Abs. 2 Satz 4 AÜG-E	2.000.000 Euro
Zusätzlicher Aufwand durch Einführung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG-E	160.000 Euro
Zusätzlicher Erfüllungsaufwand für Verleiher durch Equal Pay gemäß § 8 Abs. 4 AÜG-E, v.a. durch Vergleichsberechnung der Vergütung *	990.000 Euro
Höhere Vergütung der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter durch Verleiher	keine belastbaren Angaben möglich
Neutral	
Informationspflicht: Offenlegung gemäß § 1 Abs. 1 Satz 5,6 AÜG-E	Kein nennenswerter Aufwand
Mitzählen der Leiharbeiter bei Schwellenwerten der Betriebsverfassung und der Unternehmensmitbestimmung	Kein gesonderter Aufwand

93 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 11.

94 Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232 vom 20. Juli 2016, S. 17 f.

Konkretisierung der Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrates	Kein gesonderter Aufwand
Entlastung	
Wegfall der Informationspflichten des Verleihers zur Statistik nach § 8 AÜG	- 2.700.000 Euro
Beseitigung von Rechtsunsicherheit durch § 611a BGB-E	nicht beziffert
Gesamt	+ 450.000 Euro

* *Hamann* hält die Kritik der Leiharbeitsbranche⁹⁵ am Entgeltbegriff des Gesetzesentwurfs durchaus für substantiiert. Aufgrund dessen, dass neben Stundentabellenentgelten gemäß § 8 Abs. 1 Satz 3 AÜG-E auch Sachbezüge einzuberechnen seien, entstehe ein erheblicher bürokratischer Aufwand zur Berechnung des Equal Pay. Fehler könnten hohe Kosten verursachen, zumal bei Verstößen erhebliche Ordnungsgelder bis zu 500.000 Euro (§ 16 Abs. 1 Nr. 7a, Abs. 2 AÜG-E) drohten.⁹⁶

Ende der Bearbeitung

95 Vgl. z. B. IG-Zeitarbeit, https://www.ig-zeitarbeit.de/system/files/2016/160927_ihk_saarland_dreyer.pdf, zuletzt abgerufen am 13. Oktober 2016.

96 *Hamann*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 17.02.2016, ArbuR 2016, 136 ff.