

Absenger, Nadine et al.

**Research Report**

## Leiharbeit und Werkverträge: Das aktuelle Reformvorhaben der Bundesregierung

WSI Report, No. 32

**Provided in Cooperation with:**

The Institute of Economic and Social Research (WSI), Hans Böckler Foundation

*Suggested Citation:* Absenger, Nadine et al. (2016) : Leiharbeit und Werkverträge: Das aktuelle Reformvorhaben der Bundesregierung, WSI Report, No. 32, Hans-Böckler-Stiftung, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI), Düsseldorf, <https://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:101:1-201611102300>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/225391>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

# REPORT

WSI-Report Nr. 32, 10/2016

## LEIHARBEIT UND WERKVERTRÄGE

### Das aktuelle Reformvorhaben der Bundesregierung

Nadine Absenger, Andreas Priebe, Helge Baumann, Marc Amlinger, Wolfram Brehmer, Karin Schulze Buschoff, Daniel Seikel, Thorsten Schulten, Alfred Kleinknecht

#### AUF EINEN BLICK

Die Zunahme und der Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen haben die aktuelle Bundesregierung veranlasst, in ihrem Koalitionsvertrag von November 2013 Reformen von Leiharbeit und Werkverträgen aufzunehmen. Rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen zulasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sollen verhindert und Leiharbeit auf ihre Kernfunktion zurückgeführt werden, heißt es im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD. Die Umsetzung dieses Vorhabens gestaltet sich schwierig und wird kontrovers diskutiert. Einen ersten Referentenentwurf zur Umsetzung des Koalitionsvorhabens legte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 16.11.2015 vor, zog diesen jedoch nur kurze Zeit später aufgrund massiver Kritik der Sozialpartner zurück. Weitere Referentenentwürfe des Ministeriums folgten am 17.2.2016 und 14.4.2016. Am 1.6.2016 hat die Bundesregierung einen Kabinettsbeschluss zur Reform von Leiharbeit und Werkverträgen vorgelegt, der nun das offizielle Gesetzgebungsverfahren durchläuft.

Der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 enthält viele erfreuliche Regelungen. Allerdings geht er in vielen Punkten nicht weit genug. Die seitens der Bundesregierung angedachten Reformen sind nicht geeignet, das im Koalitionsvertrag festgeschriebene Ziel der Rückführung von Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen und die Eindämmung missbräuchlicher Vertragskonstruktionen zu erreichen. Das bevorstehende Gesetzgebungsverfahren sollte daher genutzt werden, den Gesetzentwurf der Bundesregierung entsprechend weiter zu entwickeln. Dafür ist im Bereich der Leiharbeit vor allem eine wirksame Begrenzung der Höchstüberlassungsdauer sowie eine schnellstmögliche Anwendung von equal pay und equal treatment von Nöten; im Bereich von Werk- und freien Dienstverträgen sind u.a. Kriterien zur Abgrenzung von missbräuchlichem und ordnungsgemäßem Fremdpersonaleinsatz erforderlich.

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>Auf einen Blick</b>	<b>1</b>
<b>Zusammenfassung der geplanten wesentlichen Änderungen und Bewertung durch die Autoren des vorliegenden Reports</b>	<b>3</b>
<b>I. Leiharbeit und Werkverträge - Einleitung</b>	<b>6</b>
<b>II. Inhalte der Koalitionsvereinbarung in Sachen Leiharbeit und Werkverträge</b>	<b>7</b>
<b>III. Der Kabinettsentwurf der Bundesregierung vom 1.6.2016 zur Reform von Leiharbeit und Werkverträgen</b>	<b>8</b>
1. Inhalte des Kabinettsentwurfs vom 1.6.2016	8
2. Verschlechterungen im Kabinettsentwurf vom 1.6.2016 im Laufe des Entstehungsprozesses	9
a) Mehr Möglichkeiten der Verlängerung der Höchstüberlassungszeiten	9
b) Mehr Möglichkeiten der Abweichung von equal pay	10
c) Andere Definition von equal pay	10
d) Kein Kriterienkatalog zur Abgrenzung von ordnungsgemäßigem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz	10
e) Kürzung der ab Inkrafttreten des Gesetzes zu berücksichtigenden Überlassungszeiten	11
f) Verschlechterung bei Berücksichtigung von Schwellenwerten des BetrVG	11
g) Abweichungen von den Vereinbarungen des Koalitionsvertrages	11
<b>IV. Konkrete Bewertung des Kabinettsentwurfs vom 1.6.2016 zur Reform von Leiharbeit und Werkverträgen</b>	<b>11</b>
1. Beschränkung der Höchstüberlassungsdauer auf grundsätzlich 18 Monate	12
a) Arbeitnehmer- oder arbeitsplatzbezogene Beurteilung	12
b) Verlängerungsmöglichkeiten durch Tarifvertrag sowie für nicht tarifgebundene Betriebe und Kirchen	14
2. Equal pay bei tariflicher Regelung grundsätzlich nach 9 Monaten	15
3. Nichtanwendbarkeit des AÜG auf tarifliche Personalgestaltung im öffentlichen Dienst	18
4. Klarstellung Informations- und Unterrichtsrechte der Betriebsräte im Kontext Leiharbeit und Werkverträge	19
5. Mitzählen von Leiharbeitnehmern bei Schwellenwerten der Mitbestimmung	20
6. Sanktionen - Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher und Bußgelder	20
7. Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher	21
8. Übergangsfristen – keine Berücksichtigung von vor dem 1.1.2017 liegender Einsatzzeiten	22
9. Die Neuregelungen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Werkverträgen	22
a) Verbreitung von Werkverträgen/freien Dienstverträgen in Deutschland	22
b) Die Bewertung des neuen § 611a BGB zur Abgrenzung von ordnungsgemäßigem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz	24
c) Weiteres im Kontext Werkverträge	25
<b>V. Fazit</b>	<b>26</b>
<b>Anhang 1 - Weitere Empirie zu Leiharbeit in Deutschland</b>	<b>27</b>
1. Verbreitung und Entwicklung von Leiharbeit allgemein	27
2. Nutzung von Leiharbeit in Betrieben mit Betriebsrat	28
3. Leiharbeit – Beschäftigung unter Qualifikationsniveau	30
4. Einkommen von Leiharbeitnehmern	30
<b>Anhang 2</b>	<b>31</b>
1. Derzeitige gesetzliche und tarifliche Regelungen der Leiharbeit in Deutschland	31
2. Wichtige Gerichtsurteile in Sachen Leiharbeit	34
<b>Anhang 3</b>	<b>36</b>
Weitere Empirie zu Werkverträgen in Deutschland	36

## ZUSAMMENFASSUNG DER GEPLANTEN WESENTLICHEN ÄNDERUNGEN UND BEWERTUNG DURCH DIE AUTOREN DES VORLIEGENDEN REPORTS

Thema	Inhalt Kabinettsbeschluss vom 1.6.2016	Aus Autoren-Sicht notwendige Änderungen
<b>Höchstüberlassungsdauer</b>	<p>grundsätzliche Begrenzung der Höchstüberlassungsdauer auf 18 Monate</p> <p>Abweichungen durch Tarifverträge der Einsatzbranche möglich</p> <p>im Geltungsbereich eines entsprechenden Tarifvertrages Abweichungen bei tariflicher Öffnungsklausel in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen für tarifgebundene Entleiher möglich</p> <p>für nicht tarifgebundene Entleiher im Geltungsbereich eines entsprechenden Tarifvertrages Übernahme der tariflichen Abweichungen in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen und bei tariflicher Öffnungsklausel Abweichungen bis zu einer Höchstüberlassungsdauer von 24 Monaten in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen möglich</p> <p>abweichende Regelungen auch für Kirchen und Religionsgesellschaften (inklusive ihrer karitativen und erzieherischen Einrichtungen) möglich</p> <p>Anrechnung früherer Einsatzzeiten bei demselben Entleiher auf Höchstüberlassungsdauer, wenn die Zeiten nicht länger als drei Monate zurückliegen</p>	<p>Begrenzungen der Höchstüberlassungsdauer wirken sich nur für Minderheit der Leiharbeitnehmer und Unternehmen aus, da gut die Hälfte der Leiharbeitsverhältnisse kürzer als 3 Monate ist</p> <p>für Höchstüberlassungsdauer ist auf den Einsatzarbeitsplatz und nicht auf den zu überlassenden Leiharbeitnehmer abzustellen (kein Einsatz auf Dauerarbeitsplätzen)</p> <p>Möglichkeiten der Verlängerung der Höchstüberlassungsdauer für nicht tarifgebundene Entleiher und Kirchen/ Religionsgesellschaften ist abzulehnen</p> <p>Anrechnung möglichst aller früheren Einsatzzeiten bei demselben Entleiher auf Höchstüberlassungsdauer, mindestens jedoch jene, die nicht länger als 6 Monate zurückliegen</p> <p>zudem Anrechnung von Einsatzzeiten bei anderen Entleihern in demselben Unternehmen bzw. Konzern nötig</p>

<p><b>equal pay und equal treatment</b></p>	<p>grundsätzlich ab ersten Tag des Einsatzes zu gewähren</p> <p>Abweichungen durch Tarifvertrag der Verleihbranche möglich, hinsichtlich equal pay bis zu 9 Monaten, bis zu 15 Monaten, wenn tarifliche Regelung nach sechswöchiger Einsatzzeit stufenweise Heranführung an equal pay vorsieht</p> <p>im Geltungsbereich eines abweichenden Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber auf abweichende Tarifverträge Bezug nehmen</p> <p>Vermutung des Vorliegens von equal pay, wenn Leiharbeitnehmer das für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers vorgesehene tarifliche Arbeitsentgelt oder in Ermangelung eines solchen ein für vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbranche geltendes tarifliches Arbeitsentgelt erhält</p> <p>Anrechnung früherer Einsatzzeiten bei demselben Entleiher auf Wartezeit für equal pay, wenn die Zeiten nicht länger als drei Monate zurückliegen</p>	<p>keine Abweichungen von equal pay und equal treatment durch nicht tarifgebundene Verleiher</p> <p>tarifliche Abweichungen begrenzt handhaben und Gesamtschutz gewährleisten</p> <p>Abstellen auf tarifliches Entgelt genügt für equal pay nicht; es müssen alle Entgeltbestandteile zzgl. Sachleistungen berücksichtigt werden</p> <p>Anrechnung möglichst aller früheren Einsatzzeiten bei demselben Entleiher auf equal pay, mindestens jedoch jene, die nicht länger als 6 Monate zurückliegen</p> <p>zudem Anrechnung von Einsatzzeiten bei anderen Entleihern in demselben Unternehmen bzw. Konzern nötig</p>
<p><b>Verbot des Kettenverleihs</b></p>	<p>anders als bisheriges AÜG jetzt Kettenverleih verboten</p>	<p>Regelung ist um Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher zu ergänzen; Ordnungswidrigkeit nach § 16 AÜG genügt für Verstoß gegen dieses Verbot nicht</p>
<p><b>Nichtanwendbarkeit des AÜG auf Personalgestaltung im öffentlichen Dienst</b></p>	<p>Nichtanwendbarkeit des AÜG für Bereich der tariflich geregelten Personalgestaltung im öffentlichen Dienst vorgesehen</p> <p>Nichtanwendbarkeit des AÜG zudem vorgesehen, wenn juristische Personen des öffentl. Dienstes oder Regelungen der öffentl.-rechtl. Religionsgemeinschaften anwenden</p>	<p>AÜG muss immer subsidiär gelten, wenn der im Rahmen der Personalgestaltung im öffentlichen Dienst vermutete Schutz nicht gewährleistet ist</p> <p>keine Herausnahme vom Anwendungsbereich für juristische Personen des öffentlichen Rechts, die Tarifverträge des öffentl. Dienstes oder Regelungen der öffentl.-rechtl. Religionsgemeinschaften anwenden</p>
<p><b>Mitbestimmung von Betriebsräten</b></p>	<p>Klarstellung der Informations- und Unterrichtsrechte der Betriebsräte in §§ 80, 92 BetrVG aufgenommen</p>	<p>Klarstellung genügt nicht; Schaffung von wirksamen Mitbestimmungsrechten hinsichtlich Fremdpersonaleinsatz erforderlich, so z.B. im Bereich der §§ 87, 92, 92a, 99, 111 BetrVG</p>
<p><b>Mitzählen von Leiharbeitnehmern bei Schwellenwerten der Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung</b></p>	<p>Mitzählen von Leiharbeitnehmern bei allen Schwellenwerten des BetrVG mit Ausnahme des § 112a BetrVG vorgesehen</p> <p>Mitzählen von Leiharbeitnehmern bei allen Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung vorgesehen, wenn Einsatzdauer 6 Monate übersteigt</p>	<p>Leiharbeitnehmer müssen auch bei § 112a BetrVG mitgezählt werden, da § 112a BetrVG mit § 111 BetrVG vergleichbare Fälle erfasst</p>

<p><b>Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher</b></p>	<p>Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher in Betrieben, die unmittelbar von Arbeitskämpfen betroffen sind, vorgesehen</p> <p>Verbot des Streikbrechereinsatzes besteht nicht, wenn Entleiher sicherstellt, dass Leiharbeitnehmer keine Tätigkeiten übernimmt, die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die sich im Arbeitskampf befinden oder die ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern, die sich im Arbeitskampf befinden, übernommen haben</p>	<p>uneingeschränktes Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher notwendig, da ansonsten Beweisprobleme und Rechtsunsicherheiten gegeben sind</p>
<p><b>Übergangsfristen bei Inkrafttreten der Reform des AÜG</b></p>	<p>Nichtanrechnung von Einsatzzeiten, die vor dem 1.1.2017 (angedachtes Datum des Inkrafttretens der Reform) liegen, auf dann geltende Höchstüberlassungszeiten und Wartezeiten für equal pay</p>	<p>Anrechnung aller auch vor dem 1.1.2017 erfolgten Einsatzzeiten auf Höchstüberlassungsdauer und Wartezeit für equal pay bei Inkrafttreten der Reformen erforderlich</p>
<p><b>Sanktionen bei Verstößen gegen das AÜG</b></p>	<p>Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher künftig auch für Fälle der Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer, bei Verstößen gegen equal pay und equal treatment und bei Fällen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung (Scheinwerkverträge) vorgesehen, wenn Leiharbeitnehmer nicht widerspricht</p> <p>zudem Entzug der Verleiherlaubnis nun auch bei Überschreitung der ab Inkrafttreten des Gesetzes geltenden Höchstüberlassungsdauer</p> <p>zudem entsprechende Erweiterung des Ordnungswidrigkeitenkataloges des § 16 AÜG vorgesehen</p>	<p>darüber hinaus Fiktion Arbeitsverhältnis bei Verstoß gegen Verbot des Streikbrechereinsatzes erforderlich</p> <p>zudem Fiktion Arbeitsverhältnis zum Entleiher bei Kettenverleih erforderlich</p>
<p><b>Kriterien zur Abgrenzung von missbräuchlichem und ordnungsgemäßen Fremdpersonaleinsatz</b></p>	<p>neuer § 611a BGB vorgesehen, der Definition des Arbeitnehmers enthält ohne Kriterienkatalog zur Abgrenzung von missbräuchlichem und ordnungsgemäßen Fremdpersonaleinsatz</p>	<p>Wiederaufnahme des im Referentenentwurf des BMAS vom 16.11.2015 zur Abgrenzung von missbräuchlichem und ordnungsgemäßen Fremdpersonaleinsatz vorgesehenen Kriterienkataloges des § 611a BGB erforderlich</p> <p>zudem Erweiterung des § 611a BGB um widerlegbare Vermutungsregelung bei Vorliegen einer bestimmten Anzahl der dort festgeschriebenen Kriterien und Beweislastumkehr erforderlich</p>

# I. LEIHARBEIT UND WERKVERTRÄGE - EINLEITUNG<sup>1</sup>

Leiharbeit zählt zu den atypischen Beschäftigungsformen. Nach Auffassung des deutschen Gesetzgebers und der Wirtschaft wird sie benötigt, um Personalbedarfe flexibel an schwankende Auftragslagen anzupassen.<sup>2</sup> In den letzten zwanzig Jahren hat der Gesetzgeber die Möglichkeiten des Einsatzes von Leiharbeitnehmern wiederholt mit der Folge erweitert<sup>3</sup>, dass mittlerweile rund 951.000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Deutschland als Leiharbeitnehmer beschäftigt sind<sup>4</sup> – oft mit Arbeitsbedingungen, die weit hinter denen von Beschäftigten in Normalarbeitsverhältnissen zurückbleiben. Die Leiharbeitsbranche ist seit den 1970er Jahren kontinuierlich gewachsen. Vereinzelt Rückgänge waren neben saisonalen Schwankungen lediglich während verschiedener Wirtschaftskrisen zu beobachten. Mittlerweile arbeiten etwa 3 % aller abhängig Beschäftigten als Leiharbeitnehmer. Gesetzlich geregelt ist Leiharbeit in Deutschland im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), das im Wesentlichen auf den europäischen Richtlinien 91/383/EWG und 2008/104/EG basiert.

Werkverträge waren lange Zeit kaum Gegenstand politischer Diskussionen. Klassische Werkverträge wie der Bau eines Hauses, die Programmierung einer Internetplattform oder die Reparatur von Sanitäranlagen waren und sind als Werkverträge – ausgehend davon, dass soziale Mindeststandards eingehalten werden – grundsätzlich unproblematisch. Kritisch hinterfragt werden Werkverträge in Deutschland jedoch vermehrt, seit Unternehmen in den letzten Jahren mehr und mehr Aufgaben von Stammbeschäftigten an Werkvertragsunternehmen (häufig Onsite-Werkverträge genannt) outsourcen oder an prekär tätige Soloselbstständige vergeben. Problematisch sind auch Verträge, die offiziell als Werk- oder freie Dienstverträge bezeichnet werden, hinter denen sich jedoch verdeckte Leiharbeit oder Scheinselbstständigkeit verbirgt. Untersuchungen zeigen, dass Werk- und freie Dienstverträge zunehmend als Mittel der Kostenersparnis, als Ersatz für Stammbeschäftigte und zur Umgehung von Mitbestimmung eingesetzt wer-

den.<sup>5</sup> Gut die Hälfte der 4,4 Millionen Selbständigen in Deutschland ist soloselbständig; Kennzeichen von Soloselbständigkeit sind häufig eine schlechte soziale Absicherung und niedrige Einkommen.<sup>6</sup> 28% der Selbständigen sind scheinselfständig.<sup>7</sup> Gesetzliche Regelungen zu Werkverträgen finden sich vorrangig in den §§ 631ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB). Freie Dienstverträge sind in den §§ 611ff., 621, 627ff. BGB geregelt.

Die Zunahme von Leiharbeit sowie die missbräuchliche Handhabung von Leiharbeit und Werkverträgen, aber auch die negativen Auswirkungen dieser Beschäftigungsformen für die von ihnen betroffenen Beschäftigten und das Stammpersonal, haben die derzeitige Bundesregierung veranlasst, in ihrem Koalitionsvertrag „Deutschlands Zukunft gestalten“ für die 18. Legislaturperiode Reformen von Leiharbeit und Werkverträgen aufzunehmen. Demnach soll Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen vermieden werden; rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen zulasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sollen verhindert und Leiharbeit auf ihre Kernfunktion zurückgeführt werden. Die Passagen im Koalitionsvertrag zur Reform von Werkverträgen und Leiharbeit sind knapp formuliert. Die Umsetzung des Vorhabens – wie die seit Monaten anhaltenden Konflikte um die vorliegenden Gesetzentwürfe zeigen – gestaltet sich schwierig; sie wird äußerst kontrovers diskutiert.

Einen ersten Referentenentwurf zur Umsetzung des Koalitionsvorhabens zur Reform von Leiharbeit und Werkverträgen legte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) am 16.11.2015 vor, zog diesen jedoch nur kurze Zeit später aufgrund von Einwänden der Sozialpartner und fehlender Konsensfähigkeit zurück. Weitere Referentenentwürfe folgten am 17.2./14.4.2016.<sup>8</sup> Am 1.6.2016 hat die Bundesregierung einen Kabinettsbeschluss zur Ausgestaltung des Reformvorhabens Leiharbeit und Werkverträge vorgelegt, der nun das offizielle Gesetzgebungsver-

1 Der besseren Lesbarkeit wegen wurde im Folgenden weitgehend auf ein Gendering verzichtet.

2 Siehe dazu z.B. Begründung des Referentenentwurfs des BMAS für das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 17.2.2016, S. 12.

3 Eine Auflistung der entsprechenden Reformen siehe z.B. Haller, P./Jahn, E. J., Zeitarbeit in Deutschland – Hohe Dynamik und kurze Beschäftigungsdauern, in: IAB-Kurzbericht 13/2014, S. 2; Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg, Juli 2016, S. 5.

4 Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg, Juli 2016, S. 4.

5 Zu problematischen Werkvertragskonstellationen und Substitution von Stammpersonal durch Werk- und freie Dienstverträge siehe Manske, A./Scheffmeier, T., Werkverträge, Leiharbeit, Solo-Selbstständigkeit – Eine Bestandsaufnahme, WSI-Diskussionspapier, Nr. 195, Januar 2015; siehe auch Obermeier, T./Sell, S., Werkverträge entlang der Wertschöpfungskette. Zwischen unproblematischer Realität und problematischer Instrumentalisierung, Forschungsförderung Working Paper Nr. 12, April 2016.

6 Schulze Buschoff, Soloselbständige in Deutschland – Aktuelle Reformoptionen, WSI-Policy-Brief Nr. 4, 03/2016.

7 Studie der Prüfungs- und Beratungsgesellschaft EY (Ernst & Young) (400 Unternehmen und 2.455 Erwerbstätige befragt), siehe dazu <http://www.ey.com/DE/de/Newsroom/News-releases/EY-20151217-etwa-jeder-vierte-selbstndige-arbeitet-scheinselfstndig>.

8 Siehe zu all diesen drei Entwürfen: <http://www.portal-sozialpolitik.de/recht/gesetzgebung/gesetzgebung-18-wahlperiode/aeug-und-werkvertraege>.

fahren passieren muss.<sup>9</sup>

Die vorliegenden Gesetzentwürfe haben die Autoren des vorliegenden Reports zum Anlass genommen, sich mit empirischen Befunden zu Leiharbeit und Werkverträgen sowie mit Bewertungen des Kabinettsentwurfs der Bundesregierung vom 1.6.2016 an den Diskussionen um die Umsetzung des Koalitionsvorhabens zur Reform von Leiharbeit und Werkverträgen zu beteiligen.

Leiharbeit und prekäre bzw. missbräuchliche Werkvertragskonstellationen sind in Deutschland weit verbreitet. Sie haben erhebliche negative Auswirkungen für die von ihnen betroffenen Beschäftigten, die Mitbestimmung in den Betrieben und die Sozialkassen.<sup>10</sup>

Ob der Kabinettsentwurf der Bundesregierung vom 1.6.2016 geeignet ist, das im Koalitionsvertrag festgeschriebene Ziel der Rückführung von Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen und die Eindämmung missbräuchlicher Vertragskonstruktionen zu erreichen, lassen die Ausführungen in diesem Report bezweifeln. Der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 enthält zahlreiche erfreuliche Regelungen, jedoch geht er in vielen Punkten nicht weit genug. Das bevorstehende Gesetzgebungsverfahren sollte daher genutzt werden, den Gesetzentwurf der Bundesregierung entsprechend weiter zu entwickeln. Insbesondere sind hierfür Schärfungen im Rahmen der Höchstüberlassungsdauer, aber auch bei equal pay sowie hinsichtlich der Abgrenzung missbräuchlichen und ordnungsgemäßen Fremdpersonaleinsatzes erforderlich (siehe dazu die Zusammenfassung der aus Sicht der Verfasser dieses Reports notwendigen Reformen auf Seite 3ff.).

<sup>9</sup> Siehe zum Kabinettsbeschluss vom 1.6.2016 (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze): [http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Schwerpunkte/referententwurf-arbeitnehmerueberlassungsgesetz.pdf;jsessionid=26393AACEDBF713D797E76CA596FFE52?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Schwerpunkte/referententwurf-arbeitnehmerueberlassungsgesetz.pdf;jsessionid=26393AACEDBF713D797E76CA596FFE52?__blob=publicationFile&v=1).

<sup>10</sup> Zu Verbreitung und Auswirkungen von Leiharbeit siehe auch BT-Drs. 18/2363, BT-Drs. 18/7661; WSI-Datenbank Atypische Beschäftigung; Haller, P./Jahn, E., Hohe Dynamik und kurze Beschäftigungsdauer, in: IAB-Kurzbericht 13/2014; Jahn, E./Weber, E., Zusätzliche Jobs, aber auch Verdrängung, in: IAB-Kurzbericht 2/2013; Grund et al., Beschäftigungsstruktur und Zufriedenheit von Zeitarbeitnehmern in Deutschland, in: SOEPpapers 677/2014.

Zu Auswirkungen und Verbreitung von Werkverträgen z.B. Obermeier, T./Sell, S., Werkverträge entlang der Wertschöpfungskette. Zwischen unproblematischer Realität und problematischer Instrumentalisierung, Hans-Böckler-Stiftung Forschungsförderung Working Paper Nr. 12, April 2016; Hertwig, M./Kirsch, J./Wirth, C., Werkverträge im Betrieb. Eine empirische Untersuchung, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf; Manske, A./Scheffelmeier, T., Werkverträge, Leiharbeit, Solo-Selbstständigkeit – Eine Bestandsaufnahme, in: WSI Diskussionspapier 1/2015, Duisburg-Essen 2015; Klein-Schneider, H./Beutler, K., Werkvertragsunternehmen: Outsourcing auf dem Betriebsgelände, in: WSI Mitteilungen 2/2013, S. 144-148; Giertz, J., Trendbericht Werkverträge. Handlungsmöglichkeiten beim Umgang mit Werkverträgen, Hans-Böckler-Stiftung, Report Nr. 18, Dezember 2015.

## II. INHALTE DER KOALITIONSVEREINBARUNG IN SACHEN LEIHARBEIT UND WERKVERTRÄGE

Unter der Überschrift „Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen verhindern und Arbeitnehmerüberlassung weiterentwickeln“ finden sich im aktuellen Koalitionsvertrag der Bundesregierung folgende Reformvorhaben:<sup>11</sup>

In Sachen Leiharbeit weiterentwickeln:

1. Einführung einer gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten; Abweichungen durch Tarifvertrag oder aufgrund Tarifvertrages in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen sollen zulässig sein.
2. Verpflichtung der Zahlung von equal pay nach spätestens 9 Monaten (d.h. Gleichstellung von Leiharbeitnehmern mit vergleichbaren Stammbeschäftigten des Entleihers hinsichtlich des Arbeitsentgelts).
3. Einführung des Verbots des Einsatzes von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmern als Streikbrecher.
4. Klarstellung, dass Leiharbeiter bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten grundsätzlich zu berücksichtigen sind, sofern dies der Zielrichtung der jeweiligen Norm nicht widerspricht.

In Sachen Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen verhindern:

1. Rechtswidrige Vertragskonstellationen zulasten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sollen verhindert werden.
2. Die Prüftätigkeit der Kontroll- und Prüfinstanzen bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit soll konzentriert, effektiver organisiert und mit ausreichend Personal ausgestattet werden.
3. Informations- und Unterrichtsrechte der Betriebsräte sollen sichergestellt und konkretisiert werden; verdeckte Leiharbeit soll sanktioniert und unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung gleichgestellt werden.
4. Zur Erleichterung der Prüftätigkeit der Behörden sollen die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Kriterien für die Abgrenzung von ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt werden.
5. Zudem soll der Arbeitsschutz für Werkvertragsarbeiterinnen und -arbeiter sichergestellt werden.

<sup>11</sup> Siehe dazu CDU/CSU und SPD, Koalitionsvertrag Deutschlands Zukunft gestalten, November 2013, S. 8, 49f.



### III. DER KABINETTSENTWURF DER BUNDESREGIERUNG VOM 1.6.2016 ZUR REFORM VON LEIHARBEIT UND WERKVERTRÄGEN

Am 1.6.2016 hat die deutsche Bundesregierung offiziell ihren Kabinettsentwurf zur Reform von Leiharbeit und Werkverträgen – bezeichnet als „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ – vorgelegt.<sup>12</sup>

#### 1. Inhalte des Kabinettsentwurfs vom 1.6.2016

Der Kabinettsbeschluss enthält grob skizziert folgende Regelungen:

- Anders als das bisherige AÜG enthält der Kabinettsbeschluss eine Definition des Begriffs des Leiharbeitnehmers: „Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleiher eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.“
- Unter anderem für den Bereich der tariflich geregelten Personalgestaltung im öffentlichen Dienst soll das AÜG künftig nicht mehr gelten.
- Anders als bisher im AÜG geregelt, soll künftig durch Aufnahme folgenden Satzes der sogenannte Kettenverleih verboten werden: „Die Überlassung von Arbeitnehmern ist nur zulässig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht.“
- Der Kabinettsbeschluss sieht zudem vor, dass die Überlassung von Leiharbeitnehmern in dem Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher künftig ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen ist.
- Der Kabinettsbeschluss konkretisiert zudem den bisher im AÜG verwendeten Begriff der „vorübergehenden“ Überlassung von Leiharbeitnehmern dahingehend, dass künftig derselbe Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen werden darf. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen. In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche können abweichende Höchstüberlassungszeiten geregelt werden. Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages der Einsatzbranche

können auch nicht tarifgebundene Entleiher von der Höchstüberlassungsdauer abweichende tarifvertragliche Regelungen durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen übernehmen. Zudem soll ermöglicht werden, dass in Fällen, in denen Tarifverträge der Entleihbranche entsprechende Öffnungsklauseln vorsehen, von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten abweichende Regelungen in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen getroffen werden können, bei nicht tarifgebundenen Entleihern bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten (es sei denn, der Tarifvertrag sieht eine andere Höchstüberlassungsdauer vor). Längere Überlassungszeiten sollen auch in den Regelwerken der Kirchen und der öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften (inklusive ihrer karitativen und erzieherischen Einrichtungen) festgeschrieben werden können.

- Equal pay (gleiches Arbeitsentgelt) und equal treatment (wesentlich gleiche Arbeitsbedingungen) sollen für Leiharbeitnehmer laut Kabinettsentwurf – wie auch heute schon – ab dem ersten Tag des Einsatzes beim Entleiher gelten. Durch Tarifvertrag kann bei Einhaltung der für Leiharbeitnehmer geltenden gesetzlichen Mindestentgelte – wie ebenfalls heute schon – zulasten der Leiharbeitnehmer abgewichen werden, bezüglich equal pay künftig begrenzt auf 9 Monate, bis zu 15 Monaten, wenn die tarifliche Regelung nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen hinsichtlich des Arbeitsentgelts eine stufenweise Heranführung an equal pay vorsieht.<sup>13</sup> Im Geltungsbereich eines vom Gleichstellungsgrundsatz abweichenden Tarifvertrages sollen – wie ebenfalls heute schon – nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der vom Gleichstellungsgrundsatz abweichenden tariflichen Regelungen vereinbaren können. Zeiträume vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher sind auf die Wartezeit von equal pay anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen nicht mehr als drei Monate liegen.
- In Fällen, in denen der Leiharbeitnehmer das für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleiher im Entleihbetrieb geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt oder in Ermangelung eines solchen ein für vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbranche geltendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt erhält, soll laut Kabinettsbeschluss neuerdings vermutet werden, dass der Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsent-

<sup>12</sup> Siehe zum Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze): [http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Schwerpunkte/referententwurf-arbeitnehmerueberlassungsgesetz.pdf;jsessionid=26393AACEBDF713D797E76CA596FFE52?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Schwerpunkte/referententwurf-arbeitnehmerueberlassungsgesetz.pdf;jsessionid=26393AACEBDF713D797E76CA596FFE52?__blob=publicationFile&v=1).

<sup>13</sup> Eine vom equal pay- und equal treatment-Grundsatz abweichende tarifliche Regelung gilt nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 AktG bildet, ausgeschieden sind.

- gELTS im Sinne von equal pay gleichgestellt ist.
- Überlassungszeiten vor dem 1.1.2017 (geplantes Inkrafttreten des Gesetzes) sollen bei der Berechnung der Höchstüberlassungsdauer und der Berechnung der Wartezeiten für equal pay nicht berücksichtigt werden.
  - Als Folge missbräuchlicher Nutzung von Leiharbeit soll laut dem Kabinettsentwurf der Bundesregierung künftig – anders als nach bisheriger AÜG-Rechtslage – ein Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers zum Entleiher auch dann fingiert werden (mit Widerspruchsmöglichkeiten des Leiharbeitnehmers), wenn die Überlassung von Arbeitnehmern nicht ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet wurde, die gesetzliche Höchstüberlassungsdauer überschritten wurde bzw. wenn Vereinbarungen vorliegen, die gegen die equal pay- und equal treatment-Regelungen des AÜG verstoßen. Bisher wurde ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher lediglich bei fehlender Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis fingiert.
  - Zudem soll der Verleiher künftig verpflichtet werden, den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird.
  - Der Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher in unmittelbar bestreikten Entleihbetrieben soll künftig grundsätzlich verboten werden. Das Verbot des Streikbrechereinsatzes soll nicht gelten, wenn der unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffene Entleiher sicherstellt, dass Leiharbeitnehmer keine Tätigkeiten übernehmen, die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die sich im Arbeitskampf befinden, oder ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern, die sich im Arbeitskampf befinden, übernommen haben.
  - Zudem soll der Ordnungswidrigkeitenkatalog des AÜG insoweit erweitert werden, dass Verstöße gegen die Neuregelungen künftig ebenfalls mit einem Ordnungsgeld belegt werden können. Auch ist es künftig möglich, die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis auch in Fällen der Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer zu entziehen.
  - Der Kabinettsentwurf sieht zudem eine Klarstellung der Informations- und Unterrichtsrechte der Betriebsräte hinsichtlich Leiharbeitnehmern und Werkvertragsbeschäftigten für die §§ 80, 92 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) vor.
  - Darüber hinaus stellt der Kabinettsbeschluss entsprechend der bisherigen Rechtsprechung klar, dass Leiharbeitnehmer im Entleihbetrieb bei den Schwellenwerten für die Betriebsverfassung (mit Ausnahme des § 112a BetrVG – Erzwingbarer Sozialplan) und ab einer Überlassungsdauer von sechs Monaten auch bei der Unternehmensmitbestimmung mitzuzählen sind.
  - Das neue Gesetz zur Reform von Leiharbeit und

Werkverträgen soll zum 1.1.2017 in Kraft treten. Die übrigen, bereits heute geltenden, AÜG-Regelungen bleiben in Kraft.

- In Bezug auf die im Koalitionsvertrag ursprünglich vorgesehene Aufnahme von Kriterien für die Abgrenzung von ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz enthält der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung in einem neu in das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) einzufügenden § 611a BGB folgende Regelung: „Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

## 2. Verschlechterungen im Kabinettsentwurf vom 1.6.2016 im Laufe des Entstehungsprozesses

Der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 zur Reform von Leiharbeit und Werkverträgen enthält verglichen mit den früheren Referentenentwürfen des BMAS vom 16.11.2015 und 17.2./14.4.2016 Verschlechterungen für Leiharbeitnehmer, die Tarifbindung und die Prüfbehörden. Zudem geht er in einigen Punkten über die Regelungen des Koalitionsvertrages hinaus.

### a) Mehr Möglichkeiten der Verlängerung der Höchstüberlassungszeiten

Der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 enthält (so auch schon der Referentenentwurf vom 17.2./14.4.2016) verglichen mit dem Entwurf des BMAS vom 16.11.2015 deutlich erweiterte Verlängerungsmöglichkeiten der Höchstüberlassungsdauer für nicht tarifgebundene Entleiher. So beinhaltet der Kabinettsbeschluss anders als noch der Referentenentwurf vom 16.11.2015, dass im Geltungsbereich eines Tarifvertrages der Einsatzbranche nicht tarifgebundene Arbeitgeber von der Höchstüberlassungsdauer abweichende tarifvertragliche Regelungen in ihre Betriebs- oder Dienstvereinbarungen übernehmen können und damit auch auf diesem Wege Überlassungszeiten von mehr als 18 Monaten vereinbaren und nutzen können, während der Referentenentwurf von November 2015 nicht tarifgebundenen Betrieben nur in

Fällen entsprechender tariflicher Öffnungsklauseln Verlängerungen der Höchstüberlassungsdauer in Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen ermöglichte. Für Fälle, in denen aufgrund von entsprechenden Öffnungsklauseln in Tarifverträgen von der 18-monatigen gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer abweichende Regelungen in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen getroffen werden können, sieht der Kabinettsbeschluss (wie auch schon der Referentenentwurf vom 17.2./14.4.2016) für nicht tarifgebundene Entleiher allerdings zumindest nun die Begrenzung der Abweichung auf eine Überlassungsdauer von bis zu 24 Monaten vor.

#### **b) Mehr Möglichkeiten der Abweichung von equal pay**

Hinsichtlich der equal pay-Regelungen beinhaltet der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 verglichen mit dem Referentenentwurf des BMAS vom 16.11.2015 auch insoweit Änderungen, als Abweichungen von equal pay durch Tarifverträge in Fällen, in denen tarifliche Regelungen nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen hinsichtlich des Arbeitsentgelts eine stufenweise Heranführung an equal pay vorsehen, nicht mehr nur bis zu 12 Monaten (so noch der Entwurf vom 16.11.2015) sondern nun bis zu 15 Monaten möglich sind (bis zu 15 Monate sah bereits auch der Referentenentwurf vom 17.2./14.4.2016 vor).

Eine weitere Verschlechterung enthält der Kabinettsbeschluss verglichen mit den vorangegangenen Referentenentwürfen auch insoweit, als Zeiträume vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher auf die Wartezeit von equal pay nur noch dann anzurechnen sind, wenn zwischen den Einsätzen nicht mehr als drei Monate liegen. Der Entwurf des BMAS vom 16.11.2015 sah noch 6 Monate vor.

#### **c) Andere Definition von equal pay**

Änderungen enthält der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 (wie auch schon der Referentenentwurf vom 17.2./14.4.2016) verglichen mit dem Entwurf des BMAS vom 16.11.2015 auch dahingehend, als er den Anspruch auf equal pay insofern verschlechtert, dass in Fällen, in denen der Leiharbeiternehmer das für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers im Entleihbetrieb geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt oder in Ermangelung eines solchen ein für vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbranche geltendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt erhält, vermutet wird, dass der Leiharbeiternehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts im Sinne von equal pay gleichgestellt ist. Der Referentenentwurf des BMAS vom 16.11.2015 sah für equal pay hingegen noch vor, dass alle auf den Lohnabrechnungen vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers ausgewiesenen Bruttovergütungsbestandteile zzgl. Sachleistungen zu gewähren sind. Die Entwürfe vom 17.2./14.4.2016 und

1.6.2016 hingegen stellen allein auf das tarifliche Arbeitsentgelt ab, was dazu führt, das z.B. übertarifliche Zahlungen oder in Betriebsvereinbarungen bzw. Gesamtzusagen enthaltene Sonderzahlungen wie Urlaubs- und Weihnachtsgeld für die Frage von equal pay in diesen Fällen nicht zu berücksichtigen sind.

#### **d) Kein Kriterienkatalog zur Abgrenzung von ordnungsgemäßigem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz**

Erhebliche Änderungen beinhaltet der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 (so auch schon der Entwurf vom 17.2./14.4.2016) verglichen mit dem Referentenentwurf vom 16.11.2015 auch insoweit, als – anders als von vielen gefordert und anders als im Koalitionsvertrag geregelt – der Kriterienkatalog zur Abgrenzung von ordnungsgemäßigem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz entfallen ist (siehe zum Inhalt des neuen § 611a BGB des Kabinettsbeschlusses vom 1.6.2016 unter III. 1; siehe zum ursprünglichen Kriterienkatalog im Entwurf vom 16.11.2015 die folgenden Ausführungen).

Der Referentenentwurf des BMAS vom 16.11.2015 enthielt – ähnlich wie der von 1999-2003 existierende § 7 IV SGB IV – noch folgende, mit einem typologischen Kriterienkatalog versehene Regelungen für die Abgrenzung von ordnungsgemäßigem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz:

„§ 611a Abs. 1: „Handelt es sich bei den aufgrund eines Vertrages zugesagten Leistungen um Arbeitsleistungen, liegt ein Arbeitsvertrag vor. Arbeitsleistungen erbringt, wer Dienste erbringt und dabei in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt. (...)“

§ 611a Abs. 2: „Für die Feststellung, ob jemand in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt, ist eine wertende Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Für diese Gesamtbetrachtung ist insbesondere maßgeblich, ob jemand

- nicht frei darin ist, seine Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder seinen Arbeitsort zu bestimmen,
- die geschuldete Leistung überwiegend in Räumen eines anderen erbringt,
- zur Erbringung der geschuldeten Leistung regelmäßig Mittel eines anderen nutzt,
- die geschuldete Leistung in Zusammenarbeit mit Personen erbringt, die von einem anderen eingesetzt oder beauftragt sind,
- ausschließlich oder überwiegend für einen anderen tätig ist,
- keine eigene betriebliche Organisation unterhält, um die geschuldete Leistung zu erbringen,
- Leistungen erbringt, die nicht auf die Her-

stellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses oder eines bestimmten Arbeitserfolges gerichtet sind,

- für das Ergebnis seiner Tätigkeit keine Gewähr leistet.“

§ 611a Abs. 3: „Das Bestehen eines Arbeitsvertrages wird widerleglich vermutet, wenn die Deutsche Rentenversicherung Bund nach § 7a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch insoweit das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses festgestellt hat.“

#### **e) Kürzung der ab Inkrafttreten des Gesetzes zu berücksichtigenden Überlassungszeiten**

Zu Lasten der Leiharbeitnehmer gehende Änderungen enthält der aktuelle Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 verglichen mit allen früheren Referentenentwürfen auch dahingehend, als er vorsieht, dass bei Inkrafttreten des Gesetzes zum 1.1.2017 vor diesem Zeitpunkt erfolgte Einsatzzeiten weder bei der Berechnung der dann geltenden Höchstüberlassungsdauer noch bei der Berechnung der Wartezeiten für equal pay berücksichtigt werden sollen. Die früheren Referentenentwürfe beschränkten die Nichtberücksichtigung von vor dem 1.1.2017 liegender Einsatzzeiten auf die Frage des Erreichens der Höchstüberlassungsdauer, während vor diesem Zeitpunkt erfolgte Einsatzzeiten bei der Berechnung der Wartezeit von equal pay durchaus noch berücksichtigt werden sollten.

#### **f) Verschlechterung bei Berücksichtigung von Schwellenwerten des BetrVG**

Darüber hinaus enthält der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 verglichen mit dem Referentenentwurf vom 16.11.2015 insoweit Veränderungen, als Leiharbeitnehmer für Schwellenwerte im Bereich Unternehmensmitbestimmung nur noch dann im Entleihbetrieb mitzuzählen sind, wenn ihre Einsatzdauer 6 Monate übersteigt; die früheren Referentenentwürfe sahen keine Mindesteinsatzzeiten für die Berücksichtigung bei den Schwellenwerten für die Anwendbarkeit der Unternehmensmitbestimmung vor.

#### **g) Abweichungen von den Vereinbarungen des Koalitionsvertrages**

Auch weicht der Kabinettsentwurf der Bundesregierung vom 1.6.2016 in einigen Punkten von den seitens der Bundesregierung im Koalitionsvertrag getroffenen Vereinbarungen ab. Nicht im Koalitionsvertrag vorgesehen war zum Beispiel die Möglichkeit der bloßen Übernahme tariflicher Verlängerungen der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen für nicht tarifgebundene Betriebe, die jedoch jetzt im Kabinettsbeschluss enthalten ist. Nicht vorgesehen war im Koalitionsvertrag auch die jetzt im aktuellen Kabinettsbeschluss vorgese-

henen Abweichungen von equal pay bis zu 15 Monaten; hier war im Koalitionsvertrag eine Begrenzung auf 9 Monate vereinbart worden. Ebenfalls nicht vorgesehen war die Abweichung von equal pay von mehr als 9 Monaten für nicht tarifgebundene Betriebe. Auch das im Koalitionsvertrag enthaltene Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher war deutlich enger gefasst, als es der Kabinettsbeschluss jetzt vorsieht. Zudem fehlt im Kabinettsbeschluss, wie vorangehend beschrieben, der im Koalitionsvertrag für die Abgrenzung von ordnungsgemäßigem und missbräuchlichem Einsatz von Fremdpersonal angedachte Kriterienkatalog. Zudem fehlen Regelungen zur Gewährleistung des Arbeitsschutzes für Werkvertragsnehmer, die ebenfalls im Koalitionsvertrag angedacht waren.

## **IV. KONKRETE BEWERTUNG DES KABINETTSENTWURFS VOM 1.6.2016 ZUR REFORM VON LEIHARBEIT UND WERKVERTRÄGEN**

Der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016, der nun den Weg des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens beschreiten wird, enthält viele erfreuliche und absolut notwendige Regelungen; er geht jedoch in vielen Punkten nicht weit genug. Der Kabinettsbeschluss enthält erfreuliche Ansätze zur Begrenzung der Höchstüberlassungsdauer und der Gewährleistung von equal pay, zudem das grundsätzliche Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher. Erfreulich sind auch die Regelungen zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher in Fällen missbräuchlicher Leiharbeit, bei Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer und bei Verstößen gegen equal pay und equal treatment, die Erweiterung des Sanktionskatalogs bei Verstößen gegen das AÜG, die Verpflichtung zur transparenten Vertragsbezeichnung, die Informationspflichten des Verleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer, die Klarstellung der Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrates bei Leiharbeit und Werkverträgen sowie die Klarstellung des Mitzählens der Leiharbeitnehmer bei Schwellenwerten für die Mitbestimmung.

Die von der Bundesregierung angedachten Reformen sind jedoch aufgrund ihrer Ausgestaltung letztendlich nicht geeignet, das im Koalitionsvertrag festgeschriebene Ziel der Rückführung von Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen und die Eindämmung missbräuchlicher Vertragskonstruktionen bei Leiharbeit und Werkverträgen zu erreichen.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Zur Stellungnahme des Bundesrates zum Kabinettsentwurf Bundesratsdrucksache 294/16 sowie 294/1/16.

Die folgenden Ausführungen zeigen anhand juristischer und empirischer Analysen die Schwächen des Kabinettsbeschlusses der Bundesregierung vom 1.6.2016 auf, in der Hoffnung, dass das nun anstehende Gesetzgebungsverfahren dazu genutzt werden kann, den Gesetzentwurf zu verbessern und weiterzuentwickeln.

### **1. Beschränkung der Höchstüberlassungsdauer auf grundsätzlich 18 Monate**

Der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 konkretisiert den bisher in § 1 Satz 2 AÜG und der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG verwendeten Begriff der „vorübergehenden“ Überlassung von Leiharbeitnehmern dahingehend, dass Leiharbeitnehmer künftig nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen werden dürfen. Längere Höchstüberlassungszeiten sollen durch Tarifvertrag und aufgrund von Öffnungsklauseln in Tarifverträgen auch durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung in tarifgebundenen, aber auch in nicht tarifgebundenen Entleih-Betrieben (dort allerdings begrenzt auf 24 Monate Höchstüberlassungsdauer) möglich sein. Nicht tarifgebundene Entleiher sollen zudem von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer abweichende tarifliche Regelungen in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen übernehmen können. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher soll angerechnet werden, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen.

Die von der Bundesregierung in ihrem Kabinettsbeschluss angedachte Begrenzung der Höchstüberlassungsdauer ermöglicht es Entleihern, nach Ablauf der 18 Monate Höchstüberlassungsdauer bzw. nach Ablauf zulässiger längerer Überlassungszeiten einen neuen Leiharbeitnehmer auf demselben Arbeitsplatz einzusetzen. Die derzeit im Kabinettsbeschluss vorgesehene Regelung zur Höchstüberlassungsdauer ermöglicht einen wiederholten Austausch von Leiharbeitnehmern und damit nach wie vor einen zeitlich unbeschränkten Einsatz von Leiharbeit auf ein und demselben Dauerarbeitsplatz beim Entleiher; zudem kann auch der gleiche Leiharbeitnehmer nach Ablauf von 3 Monaten erneut wieder 18 Monate beim Entleiher eingesetzt werden.<sup>15</sup> Diese Regelung steht im Widerspruch zum im Koalitionsvertrag festgeschriebenen Ziel, Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen zurückzuführen.

#### **a) Arbeitnehmer- oder arbeitsplatzbezogene Beurteilung**

Die Bundesregierung hat sich in ihrem Kabinettsbeschluss vom 1.6.2016 hinsichtlich der Begrenzung der Überlassungsdauer auf grundsätzlich 18 Monate für eine auf den einzelnen Leiharbeitnehmer bezogene Auslegung der in der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG und in § 1 AÜG normierten Formulierung „Leiharbeit erfolgt vorübergehend/vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung“ entschieden. Seit Inkrafttreten der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG im November 2008 ist umstritten, was „vorübergehend“ iSd Richtlinie meint.<sup>16</sup> Umstritten ist u.a., ob bei der Festlegung, was „vorübergehende Leiharbeit“ ist, auf die Dauer der Überlassung des Leiharbeitnehmers (arbeitnehmerbezogene Betrachtung) oder auf den Arbeitsplatz beim Entleiher, auf dem der Leiharbeitnehmer eingesetzt werden soll (arbeitsplatzbezogene Betrachtung), oder gar auf beides abzustellen ist.<sup>17</sup>

Die für Deutschland und alle anderen EU-Mitgliedstaaten verbindliche EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG definiert ähnlich wie das deutsche AÜG den Begriff „vorübergehend“ nicht; sie legt allerdings in verschiedenen Artikeln fest, dass Leiharbeit nur vorübergehend ist. So heißt es in Art. 1 I der RL 2008/104/EG: „Diese Richtlinie gilt für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um vorübergehend unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten.“ In den Begriffsbestimmungen des Art. 3 I c) der RL 2008/104/EG heißt es: Leiharbeitnehmer ist ein Arbeitnehmer, der mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen hat oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen ist, um einem entleihenden Unternehmen überlassen zu werden und dort unter dessen Aufsicht und Leitung vorübergehend zu arbeiten. In einer Entscheidung aus 2013 entschied auch das Bundesarbeitsgericht (BAG), dass auf jeden Fall eine dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung unzulässig ist.<sup>18</sup>

Auch die Zielsetzung und sonstige Inhalte der EU-Leiharbeitsrichtlinie belegen den nur vorübergehenden Charakter von Leiharbeit, der nur gewährleistet sein kann, wenn Leiharbeit zur Abdeckung von Auftragsspitzen und nicht zur Substitution von Stammbeschäftigten auf Dauerarbeitsplätzen eingesetzt wird. Art. 2 der RL 2008/104/EG lautet insoweit: Ziel dieser Richtlinie ist es, für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, (...). In

<sup>15</sup> Bispinck, R. verwendet in diesem Kontext den treffenden Begriff des Personalkarussells, siehe dazu Bispinck, R., Pro: Strengere Regulierung von Zeitarbeit – Reichen die Regelungen aus?, in: Wirtschaftsdienst: 95. Jahrgang, 2015, Heft 12, S. 802-803.

<sup>16</sup> Siehe dazu z.B. Ulber, J./Ulber, D., Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Auflage 2014, S. 98ff.

<sup>17</sup> Siehe dazu auch Ulber, J./Ulber, D., Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Auflage 2014, S. 100ff. mit zahlreichen Urteilsfundstellen.

<sup>18</sup> BAG 10.7.2013 – 7 ABR 91/11.

Art. 5V der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG ist normiert, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, „... um insbesondere aufeinander folgende Überlassungen, mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen, zu verhindern“.<sup>19</sup>

Die Funktion der Abdeckung von Auftragsspitzen durch Leiharbeit kann nur gewährleistet werden, wenn Leiharbeit nicht für Dauerbedarfe eingesetzt wird. Im Hinblick auf den Kabinettsbeschluss der Bundesregierung bedeutet dies, dass die Bundesregierung, um der Funktion der Leiharbeit als Puffer für die Abdeckung von Auftragsspitzen und kurzzeitigen Personalschwankungen gerecht zu werden, bei der Beschränkung der Leiharbeit auf den Arbeitsplatz, nicht jedoch auf den Leiharbeiter abstellen muss.<sup>20</sup>

Für die Funktion der Abdeckung von Auftragsspitzen und Personalschwankungen durch Leiharbeit und das damit einhergehende grundsätzliche Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen beim Entleiher sprechen auch die Schlussanträge des Generalanwalts des EuGH in einem finnischen Vorlageverfahren aus März 2015. In diesem Verfahren hatte der EuGH über die Frage zu entscheiden, ob tarifliche Regelungen, die die Zulässigkeit von Leiharbeit auf vorübergehende Aufgaben bzw. vorübergehende Auftragsbedarfe beschränken, die aus objektiven Gründen nicht durch Stammbeschäftigte des Entleihers ausgeführt werden können und längere Einsätze von Leiharbeitnehmern zur Erledigung von Aufgaben, die sonst von Stammbeschäftigten erledigt werden, verbietet, zulässig sind. In seinen Schlussanträgen vertritt der Generalanwalt hinsichtlich der Funktion von Leiharbeit die Auffassung, dass Leiharbeit kein Ersatz für feste Formen der Arbeit ist; Leiharbeit sei eine zeitlich beschränkte Arbeitsform; die direkte Beschäftigung sei ein gegenüber der Leiharbeit bevorzugtes Beschäftigungsverhältnis (Schlussanträge zu EuGH C-533/13). Aufgrund der dem nationalen Ausgangsverfahren zugrundeliegenden Fallkonstellation musste der EuGH in der genannten Rechtssache in seinem Urteil letztendlich keine Entscheidung zur Frage der Funktion der Leiharbeit treffen, allerdings hat er immerhin entschieden, dass unter Beachtung des Art. 4 der EU-Leiharbeitsrichtlinie Tarifparteien Leiharbeit durchaus tariflich beschränken können. In einem ande-

ren Verfahren zur Frage von Kettenbefristungen hatte der EuGH jedoch früher schon entschieden, dass vorübergehender Bedarf vorliege, wenn im Wesentlichen ein zeitweiliger Arbeitskräftebedarf des Arbeitgebers abgedeckt werden solle (EuGH 26.1.2012 – C-586/10).

Auch die Bundesregierung selbst schreibt in ihrer Begründung zum Kabinettsbeschluss vom 1.6.2016, dass Leiharbeit/Arbeitnehmerüberlassung eine Form des flexiblen Personaleinsatzes sei und auch nach der angedachten Reform des AÜG die Flexibilität für Unternehmen gegeben sein müsse, vorübergehenden Arbeitskräftebedarf bei Auftragsspitzen abdecken zu können.<sup>21</sup>

Geht man von der Intention und den Formulierungen der für Deutschland verbindlichen EU-Leiharbeitsrichtlinie und den hiesigen Ausführungen aus, müssen für die Beurteilung vorübergehender Leiharbeit arbeitsplatzbezogene Erwägungen zugrunde gelegt werden.<sup>22</sup> Nur so ist eine Rückführung von Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen möglich.

Problematisch sind die im Kabinettsentwurf vom 1.6.2016 vorgesehenen Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer auch deshalb, weil die Neuregelungen der Begrenzung der Höchstüberlassungsdauer auf 18 Monate nur für eine Minderheit von Leiharbeitnehmern und Unternehmen Veränderungen bringen, denn nicht einmal ein Fünftel aller Leiharbeitsverhältnisse dauert länger als 18 Monate, so dass der Anteil von Leiharbeitnehmern, die länger als 18 Monate im Entleihbetrieb eingesetzt werden, noch geringer ist.<sup>23</sup> Daten der WSI-Betriebsrätebefragung 2015 zeigen, dass selbst in Betrieben mit mindestens 20 Beschäftigten und Betriebsrat nur 30 % der Betriebsräte angeben, dass die Mehrheit der dort eingesetzten Leiharbeiter länger als 12 Monate in ihrem Betrieb eingesetzt werden; dabei gibt es keine bedeutsamen Unterschiede zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Betrieben.

Der Kabinettsentwurf der Bundesregierung ist hinsichtlich der Regelungen zur Begrenzung der Höchstüberlassungsdauer auch insoweit problematisch, als für das Erreichen der Höchstüberlassungsdauer Zeiträume vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher nur dann mitgezählt werden

19 Siehe dazu auch Ulber, J., Der Referentenentwurf des BMAS sowie der Gesetzentwurf des Bundesrates zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze, Gutachten für Rosa Luxemburg Stiftung, Januar 2016, S. 5.

20 Ähnlich Brors, C./ Schüren, P., Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern: Vorschläge für eine gesetzliche Regelung zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie, Arbeitsrechtliches Gutachten für das Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, Februar 2014, S. 17ff.

21 Bundesregierung, Kabinettsentwurf vom 1.6.2016 für ein Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, S. 12.

22 So auch LAG Berlin-Brandenburg 21.8.2014 – 10 TaBV 671/14, LAG Schleswig-Holstein 8.1.2014 – 3 TaBV 43/13.

23 Haller, P./Jahn, E., IAB-Kurzbericht 13/2014, S. 5 (14 % länger als 18 Monate (2010)); Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Juli 2016, S. 14 (18 % länger als 1 Jahr). Siehe dazu auch Ulber, J., Der Referentenentwurf des BMAS sowie der Gesetzentwurf des Bundesrates zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze, Gutachten für Rosa Luxemburg Stiftung, Januar 2016, S. 6.



sollen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen. In diesem Punkt sahen die beiden früheren Referentenentwürfe des BMAS (vom 16.11.2015 und 17.2./14.4.2016) noch die Einbeziehung aller Zeiträume vor, die nicht länger als 6 Monate zurückliegen. Die im Kabinettsbeschluss vom 1.6.2016 enthaltene Regelung stellt damit eine deutlich zugunsten der Verleiher und Entleiher getroffene Regelung dar, die nicht geeignet ist, Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen zurückzuführen. Zudem führt das ausschließliche Abstellen auf denselben Entleiher dazu, dass Einsätze desselben Leiharbeitnehmers bei anderen Entleihern desselben Unternehmens oder desselben Konzerns keine Berücksichtigung finden.

Um Leiharbeit bei arbeitsplatzbezogener Betrachtung tatsächlich auf ihre Kernfunktionen zurückzuführen und Missbrauch verhindern zu können, sollten möglichst alle früheren Einsatzzeiten bei demselben Entleiher angerechnet werden, in Anlehnung an die BAG-Rechtsprechung zum alten § 14 III TzBfG<sup>24</sup> so wie dessen Wortlaut mindestens jedoch jene Zeiten, die nicht länger als 6 Monate zurückliegen, so wie es auch die früheren Referentenentwürfe noch vorsahen. Das BMAS begründet in seinen Entwürfen vom 16.11.2015 und 17.2./14.4.2016 den 6-Monatszeitraum für die Berücksichtigung früherer Einsatzzeiten mit der konsequenten Orientierung an der ebenfalls im AÜG und heute auch noch im Kabinettsentwurf vom 1.6.2016 vorgesehenen sog. Drehtürklausel des § 8 III, wonach eine vom equal pay- und equal treatment-Grundsatz abweichende tarifliche Regelung nicht für Leiharbeitnehmer gilt, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 AktG bildet, ausgeschieden sind. Es sind daher schon aus diesem Grund mindestens all jene Zeiträume früherer Einsatzzeiten für die Berechnung der Höchstüberlassungsdauer zu berücksichtigen, die nicht länger als sechs Monate zurückliegen. Anzurechnen sind, u.a. um Missbrauch von Leiharbeit innerhalb von Unternehmen und Konzernen zu vermeiden, zudem auch jene Einsatzzeiten, die bei anderen Entleihern desselben Unternehmens bzw. desselben Konzerns absolviert wurden.

## **b) Verlängerungsmöglichkeiten durch Tarifvertrag sowie für nicht tarifgebundene Betriebe und Kirchen**

Wie eingangs beschrieben, sieht der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 zur Reform von Leiharbeit und Werkverträgen vor, dass in einem Tarifvertrag der Einsatzbranche abweichende Höchstüberlassungszeiten geregelt werden können. Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages der Einsatzbranche sollen auch nicht tarifgebundene Entleiher von der Höchstüberlassungsdauer abweichende tarifvertragliche Regelungen durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen übernehmen können. Zudem soll ermöglicht werden, dass in Fällen, in denen Öffnungsklauseln in Tarifverträgen Abweichungen von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer zulassen, entsprechende abweichende Regelungen in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung getroffen werden können, begrenzt auf 24 Monate auch in Betrieben eines nicht tarifgebundenen Entleihers. Längere Überlassungszeiten sollen zudem in den Regelwerken der Kirchen und öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften (inklusive ihrer karitativen und erzieherischen Einrichtungen) vereinbart werden können.

Die Möglichkeit der tariflichen Verlängerung der Höchstüberlassungsdauer dient der durch Art. 9 III GG gewährleisteten Tarifautonomie und ermöglicht die Berücksichtigung branchenspezifischer wie betrieblicher Besonderheiten. Richtig ist, dass nur durch einen Tarifvertrag der Einsatzbranche und nicht der Verleihbranche von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer abgewichen werden kann, denn für die Frage der Einsatzdauer sind die Gegebenheiten der Einsatzbranche relevant. Tarifvertragsparteien sollten im Hinblick auf die Funktion der Leiharbeit – Abdeckung von Auftragsspitzen und vorübergehendem Personalbedarf – von diesen Verlängerungsmöglichkeiten nur bedingt Gebrauch machen und Leiharbeit nicht für Daueraufgaben und Dauerarbeitsplätze zulassen. Die Tarifvertragsparteien sollten eher Leiharbeit einschränkende Regelungen vereinbaren; dass entsprechende tarifliche Beschränkungen von Leiharbeit zulässig sind, zeigen Entscheidungen des EuGH (C-533/13). Zudem sollten die Tarifverträge zur Förderung des Übergangs von Leiharbeit in feste Beschäftigung – wie häufig auch bereits entsprechend geregelt – Übernahmeverpflichtungen in unbefristete Normalbeschäftigung vorsehen.

Problematisch im Hinblick auf die Neuregelungen zur Höchstüberlassungsdauer ist, dass auch nicht tarifgebundene Betriebe die Möglichkeit haben sollen, tarifliche Regelungen, die von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer abweichen, in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen für ihren Betrieb zu übernehmen. Da in Deutschland nur in 9 % aller betriebsratsfähigen Betriebe Betriebsräte und in nur 65 % der Dienststellen Personalrä-

<sup>24</sup> Nach § 14 Abs. 3 Satz 2 TzBfG a.F. war die Befristung nicht zulässig, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Ein solcher enger sachlicher Zusammenhang lag nach § 14 Abs. 3 Satz 3 TzBfG a.F. und BAG-Rechtsprechung insbesondere vor, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als sechs Monaten liegt (BAG 19.10.2011 – 7 AZR 253/07).

te existieren, greift diese Abweichungsmöglichkeit zwar nur für eine deutlich begrenzte Zahl an Betrieben und Dienststellen, trotz alledem ist sie problematisch. Diese Regelungen unterlaufen die Tarifautonomie insoweit als sie nicht tarifgebundenen Entleihern jeglichen Anreiz des Eintrittes in einen Arbeitgeberverband bzw. bezüglich der Unterwerfung unter einen Tarifvertrag nehmen. Sie wirken einer Erhöhung der Tarifbindung entgegen, die jedoch für die Ausgestaltung von Arbeitsbedingungen und die Qualität von Arbeit in Deutschland unerlässlich ist. Zudem geht dieser Regelungsvorschlag über den Koalitionsvertrag hinaus, der nur für tarifliche Regelungen bzw. im Falle tariflicher Öffnungsklauseln verlängerte Überlassungszeiten vorgesehen hat.

Die Neuregelungen zur Höchstüberlassungsdauer sehen zudem vor, dass tarifliche Öffnungsklauseln Betrieben ermöglichen können, in Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen Überlassungszeiten von mehr als 18 Monaten zu vereinbaren, nicht tarifgebundene Betriebe begrenzt auf eine Höchstüberlassungsdauer von bis zu 24 Monaten, es sei denn, der Tarifvertrag schreibt in diesen Fällen eine andere Höchstüberlassungshöchstdauer vor. Die seitens der Bundesregierung angedachte Regelung ist insoweit bedenklich, als Art. 11 der EU-Leiharbeitsrichtlinie lediglich den Mitgliedstaaten der EU und ihren Sozialpartnern die Kompetenz einräumt, die Rahmenbedingungen der Leiharbeitsrichtlinie durch erforderliche Vorschriften umzusetzen. Bedacht werden sollte in diesem Kontext auch, dass Betriebsparteien häufig nicht die gleiche Handlungsmacht wie Tarifvertragsparteien haben und Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen genau aus diesem Grund anders als Tarifverträgen keine sog. Richtigkeitsgewähr immanent ist, das heißt nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass Betriebs- oder Dienstvereinbarungen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen stets angemessen regeln.<sup>25</sup>

Bedenklich sind auch die seitens der Bundesregierung angedachten Möglichkeiten längerer, über 18 Monate hinausgehender Überlassungszeiten in den Regelungswerken der Kirchen und öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften samt ihrer karitativen und erzieherischen Einrichtungen. Die diesbezügliche Gleichstellung mit allen sonstigen Tarifpartnern erscheint schon in Anbetracht der wenig gewerkschaftsfreundlichen BAG-Rechtsprechung zur Einschränkung des Streikrechts in Kirchen problematisch (sog. Zweiter und Dritter Weg); zudem betreffen diese Ausnahmeregelungen gut 1,3 Milli-

onen Beschäftigte.<sup>26</sup> Hinzu kommt, dass die Regelwerke der Kirchen und Religionsgemeinschaften nicht dieselbe Qualität haben wie Tarifverträge und auch die Bedingungen ihres Zustandekommens schon mit Blick auf das eingeschränkte bzw. ausgeschlossene Streikrecht in diesen Bereichen nicht vergleichbar mit originären Tarifverträgen sind.

## **2. Equal pay bei tariflicher Regelung grundsätzlich nach 9 Monaten**

Der Kabinettsentwurf der Bundesregierung in Sachen Reform Leiharbeit und Werkverträge vom 1.6.2016 sieht – wie auch das heutige AÜG – vor, dass equal pay und equal treatment für Leiharbeitnehmer ab dem ersten Tag des Einsatzes beim Entleiher gelten. Durch Tarifvertrag soll bei Einhaltung der für Leiharbeitnehmer geltenden gesetzlichen Mindestentgelte wie auch heute schon vom Gleichstellungsgrundsatz auch zulasten der Leiharbeitnehmer abgewichen werden können. Tarifliche Abweichungen von equal pay sollen anders als heute jedoch grundsätzlich nur noch für 9 Monate möglich sein, bis zu 15 Monaten, wenn die tariflichen Regelungen nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen hinsichtlich des Arbeitsentgelts eine stufenweise Heranführung an equal pay vorsehen. Im Geltungsbereich eines vom equal pay-Grundsatz abweichenden Tarifvertrages sollen – wie ebenfalls heute schon – nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der vom equal pay-Grundsatz abweichenden tariflichen Regelungen durch arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln vereinbaren können. Zeiträume vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher sind auf die Wartezeit von equal pay anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen nicht mehr als drei Monate liegen. In Fällen, in denen 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 Einsatzbranche geltendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt erhält, soll vermutet werden, dass der Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts im Sinne von equal pay gleichgestellt ist.

Diese Regelungen versprechen mehr, als sie in Wirklichkeit bewirken werden. Schon heute gilt, dass wenn kein Tarifvertrag existiert oder ein Tarifvertrag keine vom equal pay-Grundsatz zu Lasten der Leiharbeitnehmer abweichenden Regelungen vorsieht, Leiharbeitnehmer ab dem ersten Einsatztag beim Entleiher Anspruch auf equal pay haben. Daran ändert sich auch durch die angedachten Neuregelungen nichts, denn die im Kabinettsentwurf

<sup>25</sup> Zu weiteren Reformvorschlägen in diesem Kontext siehe auch DGB, Stellungnahme zum Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 unter <http://www.dgb.de/themen/++co++ebb8a674-4e78-11e6-8269-525400e5a74a>.

<sup>26</sup> Siehe hinsichtlich der Beschränkung des Streikrechts in Kirchen im Rahmen des sog. Dritten Wegs z.B. BAG 1 AZR 179/11 und 1 AZR 611/11.



vom 1.6.2016 vorgesehenen neuen equal pay-Regelungen begrenzen ausschließlich die tariflichen Abweichungsmöglichkeiten bzw. Abweichungen, die aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf entsprechende Tarifverträge möglich sind. Viele der heute im Bereich Leiharbeit geltenden Tarifverträge sehen nach einer Einarbeitungszeit von sechs Wochen eine stufenweise Heranführung an equal pay vor, so dass die Tarifparteien auch künftig die Möglichkeit haben, bis zu 15 Monaten von equal pay zu Lasten der Leiharbeitnehmer abzuweichen. Von der vorgesehenen Begrenzung der Abweichungsmöglichkeiten von equal pay auf Zeiträume von bis zu 9 bzw. 15 Monaten wird nur eine Minderheit der Leiharbeitnehmer profitieren, denn empirische Untersuchungen zeigen, dass gut die Hälfte der Leiharbeitsverhältnisse keine drei Monate dauert. Nur 46 % der im zweiten Halbjahr 2015 beendeten Leiharbeitsverhältnisse dauerten länger als drei Monate, 18 % ein Jahr und länger.<sup>27</sup> Untersuchungen des IAB verdeutlichen, dass nur 27 % der 2010 beendeten Leiharbeitsverhältnisse länger als 9 Monate dauern.<sup>28</sup> Daten der WSI-Betriebsrätebefragung 2015 zeigen,

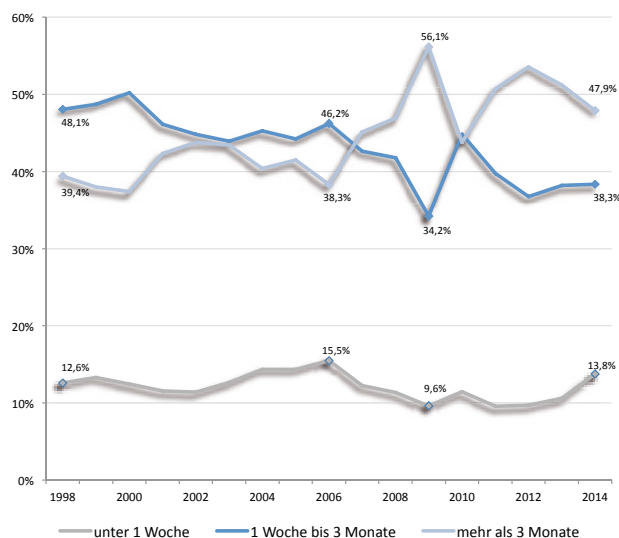
unten abzuweichen, über die Vereinbarungen im Koalitionsvertrag hinausgeht, der diesbezüglich lediglich tarifliche Abweichungen von bis zu 9 Monaten vorsieht. Eine Verlängerung der Abweichungen von equal pay für bis zu 15 Monaten ist aus Gründen der Tarifautonomie für Tarifvertragsparteien zur Berücksichtigung in den Tarifverträgen geregelter Besonderheiten zu rechtfertigen, nicht jedoch für Möglichkeiten der bis zu 15-monatigen Abweichung für nicht tarifgebundene Betriebe durch arbeitsvertragliche Bezugnahme auf entsprechende Tarifverträge.

Abbildung 1 weist die Dauer von Leiharbeitsverhältnissen im Zeitverlauf aus. Es zeigt sich eine relative Konstanz geringer Vertragslaufzeiten von Leiharbeitsverhältnissen, wobei die Bedeutung der mittleren Kategorie „eine Woche bis drei Monate“ im Zeitverlauf ab- und „längere“ Beschäftigungsverhältnisse leicht zugenommen haben.<sup>29</sup>

Insgesamt zeigen die Daten, dass die von der Bundesregierung angedachten equal pay-Neuregelungen viele Leiharbeitnehmer aufgrund ihrer kur-

Abbildung 1

#### Dauer von Leiharbeitsverhältnissen im Zeitverlauf



Quelle: Statistik der Bundesagentur für Arbeit (2015); eigene Berechnungen

Hans Böckler  
Stiftung

dass Betriebsräte aus Betrieben mit mindestens 20 Beschäftigten in Deutschland befragt nach der durchschnittlichen Einsatzdauer der Mehrheit der bei ihnen eingesetzten Leiharbeitnehmer angeben, dass ca. 30 % der Leiharbeitnehmer länger als 1 Jahr eingesetzt werden. Deshalb wird auch nach der Reform – sollte sie so wie jetzt angedacht ist umgesetzt werden – der Großteil der Leiharbeitnehmer nach wie vor nicht in den Genuss von equal pay kommen. Hinzu kommt, dass die im Kabinettsbeschluss vom 1.6.2016 vorgesehene Möglichkeit, bis zu 15 Monate vom equal pay-Grundsatz nach

den Beschäftigungsverhältnisse nicht erreichen werden.

Dass nur eine Minderheit der Leiharbeitnehmer von den neuen equal pay-Regelungen profitiert, wird auch durch eine weitere, ebenfalls im Kabinettsentwurf vom 1.6.2016 vorgesehene, Regelung unterstützt. So sieht der aktuelle Gesetzentwurf der Bundesregierung vor, dass für das Erreichen der Wartezeit von equal pay nur Zeiträume vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen an-

27 Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Juli 2016, S. 14.  
28 Haller, P./Jahn, E., IAB-Kurzbericht 13/2014, S. 5.

29 Siehe auch Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Januar und Juli 2016, S. 13ff.; siehe auch Haller, P./Jahn, E., IAB-Kurzbericht 13/2014, S. 5.

deren Verleiher an denselben Entleiher zu berücksichtigen sind, wenn zwischen den Einsätzen nicht mehr als drei Monate liegen. Die ursprünglichen Referentenentwürfe des BMAS vom 16.11.2015 und 17.2./14.4.2016 sahen insoweit noch 6 statt 3 Monate vor. Problematisch ist hier auch, dass für die Erreichung der Wartezeit grundsätzlich nur Zeiträume vorheriger Überlassungen an denselben Entleiher berücksichtigt werden. Auch hier ist zur zeitnahen Gewährleistung von equal pay und der Verhinderung von Missbrauch – wie schon vorangehend zur Frage anrechenbarer Einsatzzeiten auf die Höchstüberlassungsdauer beschrieben – in Anlehnung an die BAG-Rechtsprechung zum § 14 III TzBfG a.F.<sup>30</sup> und dessen Wortlaut erforderlich, für die Berechnung der Anwartschaftszeiten von equal pay mindestens alle früheren Einsatzzeiten zu berücksichtigen, die nicht länger als 6 Monate zurückliegen, so wie es die früheren Referentenentwürfe noch vorsahen. Das BMAS begründet in seinen Entwürfen vom 16.11.2015 und 17.2./14.4.2016 den 6 Monatszeitraum für die Berücksichtigung früherer Einsatzzeiten mit der konsequenten Orientierung an der ebenfalls im AÜG und heute auch noch im Kabinettsentwurf vom 1.6.2016 vorgesehenen sog. Drehtürklausel des § 8 III, wonach eine vom equal pay- und equal treatment-Grundsatz abweichende tarifliche Regelung nicht für Leiharbeiter gilt, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 AktG bildet, ausgeschieden sind. Es sind daher schon aus diesem Grund mindestens all jene Zeiträume früherer Einsatzzeiten für die Berechnung der Wartezeit von equal pay zu berücksichtigen, die nicht länger als sechs Monate zurückliegen. Anzurechnen sind dabei zudem auch Einsatzzeiten bei anderen Entleihern in demselben Unternehmen bzw. in demselben Konzern.

Auch die Möglichkeiten der tariflichen Abweichungen vom equal pay-Grundsatz sollen der durch Art. 9 III GG gewährleisteten Tarifautonomie und den im Bereich Leiharbeit bestehenden Branchenzuschlagstarifverträgen Rechnung tragen, die idR eine stufenweise Heranführung an equal pay, aber auch viele über das Gesetz hinausgehende Ansprüche von Leiharbeitnehmern und Arbeitnehmervertretungen vorsehen, so z.B. Übernahmeverpflichtungen nach einer bestimmten Einsatzdauer

30 Nach § 14 Abs. 3 Satz 2 TzBfG a.F. war die Befristung nicht zulässig, wenn zu einem vorhergehenden unbefristeten Arbeitsvertrag mit demselben Arbeitgeber ein enger sachlicher Zusammenhang besteht. Ein solcher enger sachlicher Zusammenhang nach § 14 Abs. 3 Satz 3 TzBfG a.F. war z.B. laut BAG 2011 insbesondere anzunehmen, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als sechs Monaten liegt (BAG 19.10.2011 – 7 AZR 253/07).

usw.<sup>31</sup> Die Tarifvertragsparteien sollten unter Berücksichtigung branchenspezifischer Besonderheiten bzw. Erforderlichkeiten in Anbetracht der idR kurzen Dauer von Leiharbeitsverhältnissen langfristig jedoch versuchen, eine noch zeitnähere Gewährleistung von equal pay zu ermöglichen bzw. Abweichungen von equal pay auf Situationen wirtschaftlicher Engpässe zu begrenzen.<sup>32</sup> Zudem muss entsprechend der EU-Leiharbeitsrichtlinie auch bei tariflicher Abweichung von equal pay stets der Gesamtschutz des Leiharbeitnehmers gewährleistet sein (Art. 5 III RL 2008/104/EG).

Die im Kabinettsentwurf vom 1.6.2016 vorgesehene und auch heute schon existierende Möglichkeit, dass im Geltungsbereich eines vom equal pay-Grundsatz zu Lasten der Leiharbeiter abweichenden Tarifvertrages auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der vom equal pay-Grundsatz abweichenden tariflichen Regelungen vereinbaren können, ist auch unter Unionsrechtsaspekten kritisch zu sehen. Denn Art. 5 II der auch für Deutschland verbindlichen EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG sieht in Bezug auf das Arbeitsentgelt vor, dass die Mitgliedstaaten nach Anhörung der Sozialpartner die Möglichkeit vorsehen können, vom Grundsatz equal pay und equal treatment abzuweichen, wenn Leiharbeiter, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden. Ausnahmen davon sind gemäß Art. 5 III der Leiharbeitsrichtlinie allenfalls für Tarifvertragsparteien gestattet. Damit dürfte nach hiesiger Einschätzung für nicht tarifgebundene Betriebe eine Abweichung vom equal pay-Grundsatz lediglich für unbefristete, nicht jedoch für befristete Leiharbeitsverhältnisse zulässig sein. Zudem wird auch durch diese Regelung der Anreiz zum Verbandsbeitritt und zur Tarifbindung genommen, denn für nicht tarifgebundene Arbeitgeber besteht keinerlei Anreiz, Tarifgebundenheit durch Mitgliedschaft im Verband zu erreichen, wenn durch arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge ebenfalls eine Abweichung von gesetzlichen Mindeststandards zu Lasten der Leiharbeiter möglich ist.

Solange die Möglichkeiten arbeitsvertraglicher Bezugnahme vorgesehen sind, ist es umso wichtiger, dass die Tarifvertragsparteien beim Abschluss von Branchenzuschlags-Tarifverträgen/Zuschlagstarifverträgen in der Leiharbeitsbranche versuchen, Abweichungen von equal pay grundsätzlich nur noch zuzulassen, wenn gewährleistet ist, dass a) Abwei-

31 Siehe zu den tariflichen, stufenweisen equal pay-Regelungen in den jeweiligen Tarifverträgen: [http://www.boeckler.de/pdf/ta\\_branchenzuschlaege\\_leiharbeit.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/ta_branchenzuschlaege_leiharbeit.pdf).

32 Kritisch im Hinblick auf die Möglichkeit tariflicher Abweichungen vom equal pay-Grundsatz siehe Ulber, J., Der Referentenentwurf des BMAS sowie der Gesetzentwurf des Bundesrates zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze, Gutachten für Rosa Luxemburg Stiftung, Januar 2016, S. 8f.

chungen vom equal pay-Grundsatz die Ausnahmen sind, b) Kriterien festgelegt werden, unter welchen Bedingungen eine Abweichung statthaft ist (z.B. schwierige wirtschaftliche Lage) und c) wie die den Leiharbeitnehmern durch die Abweichung entstehenden Einkommensnachteile durch Gewährung zusätzlicher Rechte ggf. kompensiert werden können. Zudem ist auch künftig darauf zu achten, dass stets der in Art. 5 Abs. 3 der EU-Leiharbeitsrichtlinie für tarifliche Abweichungen festgeschriebene Grundsatz der „Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“ gewährleistet wird. In Frankreich beispielsweise gilt die equal pay-Bezahlung vom ersten Einsatztag des Leiharbeitnehmers an – Ausnahmen gibt es nicht. Darüber hinaus erhalten Leiharbeitnehmer in Frankreich einen Zuschlag in Höhe von 10% auf das equal pay-Gehalt. Dies verteuert die Leiharbeit für Arbeitgeber und sorgt als arbeitsmarktpolitisches Instrument auch auf diesem Wege für die Begrenzung von Leiharbeit.

Im Rahmen der neuen equal pay-Regelungen sieht der Kabinettsentwurf der Bundesregierung vom 1.6.2016 zudem vor, dass in Fällen, in denen 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 Einsatzbranche geltendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt erhält, vermutet wird, dass der Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts im Sinne von equal pay gleichgestellt ist. Für das Vorliegen von equal pay soll daher künftig die Zahlung des tariflichen Arbeitsentgelts genügen. Dies bedeutet jedoch, dass in anderen Regelungswerken (z.B. Arbeitsvertrag/Betriebsvereinbarung) oder durch Gesamtzusagen gewährte Entgeltbestandteile wie Sonderzahlungen, außer- bzw. übertarifliche Entgeltbestandteile usw. Leiharbeitnehmern künftig nicht gewährt werden müssen. Im Referentenentwurf vom 16.11.2015 hatte das BMAS definiert, dass für equal pay dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung das im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer zu zahlende Entgelt zu gewähren sei. Dies kann aber deutlich mehr sein als nur das tarifliche Entgelt – es sollten daher auch künftig für equal pay zwingend alle Entgeltbestandteile zu zahlen sein.

In der Praxis kann der Regelungsvorschlag der Bundesregierung auch dann zu Problemen führen, wenn es keine vergleichbaren Arbeitnehmer gibt. Hier sollte über eine andere Formulierung dahingehend nachgedacht werden, dass die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen entsprechen müssen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären (so formuliert in Art. 5 I RL 2008/104/EG und aktuelle BAG-Rechtsprechung).

### 3. Nichtanwendbarkeit des AÜG auf tarifliche Personalgestaltung im öffentlichen Dienst

Wie eingangs schon skizziert, soll das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz entsprechend des Kabinettsentwurfs der Bundesregierung vom 1.6.2016 für den Bereich der tariflich geregelten Personalgestaltung<sup>33</sup> im öffentlichen Dienst künftig nicht mehr gelten. Bisher war umstritten, ob die tarifvertraglich geregelte Personalgestaltung zulässig ist oder in bestimmten Fällen mangels vorübergehender Überlassung des Personals an einen Dritten einen Verstoß gegen die EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG darstellt. So hatte das LAG Baden-Württemberg 2013 entschieden, dass § 4 III TVöD (regelt Personalgestaltung) unzulässige dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung/Leiharbeit iSd der Leiharbeitsrichtlinie sei, da die Personalgestaltung darauf angelegt sei, Beschäftigte dauerhaft Dritten zu deren Weisung zu überlassen.<sup>34</sup> Da die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG für die Privatwirtschaft wie auch für den öffentlichen Dienst gilt, müsse auch im öffentlichen Dienst die dauerhafte Überlassung von Beschäftigten an Dritte dann unzulässig sein, wenn die Überlassenen wie bei Leiharbeit den Weisungen des Dritten unterliegen und damit Leiharbeit vorliegt, so das LAG Baden-Württemberg in der genannten Entscheidung. Im Unterschied zur Leiharbeit werden im Rahmen der Personalgestaltung innerhalb des öffentlichen Dienstes die früheren wesentlichen Arbeitsbedingungen des an einen Dritten überlassenen Arbeitnehmers durch Überlassung innerhalb des öffentlichen Dienstes aufrechterhalten. Anders als der übliche Leiharbeitnehmer, der häufig in nicht tarifgebundenen Betrieben eingesetzt wird, ist der im Rahmen der Personalgestaltung innerhalb des öffentlichen Dienstes überlassene Arbeitnehmer grundsätzlich weiterhin über die Arbeitsbedingungen seines originären Arbeitgebers/Dienstherren und des entsprechenden Tarifvertrages abgesichert. Er bedarf insoweit nicht des zusätzlichen Schutzes der Leiharbeitsrichtlinie. Die Regelungen des Kabinettsentwurfs der Bundesregierung sind hinsichtlich der Herausnahme der Personalgestaltung aus dem Anwendungsbereich des AÜG daher zu begrüßen, allerdings nur dann, wenn in Fällen, in denen der beschriebene Schutz des Überlassenen nicht gegeben ist, das AÜG weiterhin als Auffangregelung greift.

Unionsrechtswidrig dürfte hingegen der Vorschlag der Bundesregierung im Kabinettsbeschluss vom 1.6.2016 sein (dort in § 2 III c)), dass das AÜG unabhängig von Fragen der Personalgestaltung auch nicht gelten soll zwischen Arbeit-

<sup>33</sup> Personalgestaltung bedeutet laut § 4 III TVöD: „Werden Aufgaben der Beschäftigten zu einem Dritten verlagert, ist auf Verlangen des Arbeitgebers bei weiter bestehendem Arbeitsverhältnis die arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsleistung bei dem Dritten zu erbringen (Personalgestaltung).“

<sup>34</sup> LAG Baden-Württemberg 17.4.2013 – 4 TaBV 7/12; Rechtsbeschwerde eingelegt unter BAG 1 ABR 35/13.

geben, wenn diese juristische Personen des öffentlichen Rechts sind und die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften anwenden. Dies stellt weitgehend die komplette Herausnahme des öffentlichen Dienstes aus dem Schutzbereich der Leiharbeitsrichtlinie dar, die gemäß Art. 1 II jedoch für die Privatwirtschaft sowie für den öffentlichen Dienst gilt.

#### **4. Klarstellung Informations- und Unterrichtsrechte der Betriebsräte im Kontext Leiharbeit und Werkverträge**

Der Kabinettsentwurf der Bundesregierung vom 1.6.2016 sieht in seinem Art. 3 zudem eine Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes dahingehend vor, dass die Informations- und Unterrichtsrechte der Betriebsräte hinsichtlich der in ihrem Betrieb beschäftigten Leiharbeiter und Werkvertrags- bzw. freien Dienstvertragsnehmer klargestellt werden sollen. Diese Neuregelungen sind leider nur Klarstellungen und bleiben nicht nur hinter den Erwartungen vieler, sondern auch hinter den Festlegungen im Koalitionsvertrag zurück, die vorsehen, die Informations- und Unterrichtsrechte sicherzustellen.

Der Kabinettsentwurf der Bundesregierung sieht vor, dass Betriebsräte künftig im Rahmen des § 80 BetrVG explizit auch hinsichtlich des Umfangs des Einsatzes, des Einsatzortes und der Arbeitsaufgaben von Leiharbeitern und Werkvertrags- bzw. freien Dienstvertragsnehmern zu informieren sind; zudem sollen dem Betriebsrat die Überlassungsverträge vorgelegt werden. Dies ist bereits heute so; es steht bisher lediglich nicht ausdrücklich im Gesetz, ist aber durchaus gängige Rechtsprechung. Hinsichtlich der Personalplanungsregelungen des BetrVG (§ 92 BetrVG) sieht der Kabinettsbeschluss vom 1.6.2016 vor, auch § 92 BetrVG dahingehend klarzustellen, dass Beratungen und Informationen hinsichtlich der Personalplanung im Betrieb auch Informationen zu geplanter Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen (Leiharbeiter und Selbständige) zu erfolgen haben – auch dies war bisher bereits gängige Rechtsprechung. Die Regelungen des Kabinettsentwurfs sind daher zwar insofern zu begrüßen, als sie Transparenz schaffen und Streitigkeiten über den Umfang der entsprechenden Informations- und Unterrichtsrechte reduzieren. Sie schaffen allerdings keine zusätzlichen Betriebsratsrechte. Zudem hätte aufgenommen werden sollen, dass auch Informationen zu geltenden Tarifverträgen beim Entleiher zu geben sind. Klargestellt werden sollte auch, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat zu informieren und zu unterrichten hat; der Unternehmer ist folglich verpflichtet,

auf den Betriebsrat zuzugehen, nicht umgekehrt.

Im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 1.6.2016 fehlt hinsichtlich der Beteiligungsmöglichkeiten der Betriebsräte die Schaffung von Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmervertretungen für den Einsatz von Selbständigen (Werkvertragsnehmer, freie Dienstvertragsnehmer) ebenso wie für Leiharbeit.<sup>35</sup> Schon der Koalitionsvertrag beschränkte sich hinsichtlich der Fragen der Betriebsverfassung nur auf eine Klarstellung bereits vorhandener Rechte. Den Betriebsräten fehlt derzeit in Anbetracht der Ausuferung von Leiharbeit und Werkverträgen das notwendige Handwerkszeug zur Begrenzung von Leiharbeit und Werk- bzw. freien Dienstverträgen (Gleiches gilt für Personalräte). Mitbestimmungsrechte fehlen auch bezüglich der Dauer des Einsatzes dieser Personen sowie hinsichtlich der Anzahl von Leiharbeitern beim Entleiher. Es fehlen auch Mitbestimmungsrechte im Kontext von Personalplanung (bisher nur Beratungsrecht), Beschäftigungssicherung (bisher nur Beratungsrecht) sowie bei Umstrukturierungen und Betriebsänderungen (nur Erzwingbarkeit Sozialplan nicht aber Interessenausgleich), aber auch Möglichkeiten der Zustimmungsverweigerung des Entleihbetriebsrates bei Verstößen gegen equal pay beim Einsatz von Leiharbeitern.<sup>36</sup> Zudem fehlen Zutrittsrechte des Verleihbetriebsrates zum Entleihbetrieb, um dort unter Arbeitsschutz- und Eingruppierungsgesichtspunkten die Arbeitsplätze seiner im Entleihbetrieb eingesetzten Leiharbeiter prüfen zu können.<sup>37</sup>

Mitbestimmungsrechte fehlen insbesondere auch hinsichtlich des Einsatzes von Selbständigen auf Basis von Werkverträgen bzw. freien Dienstverträgen.<sup>38</sup> Dies ist besonders problematisch, da das Bundesarbeitsgericht wiederholt geurteilt hat, dass dem Betriebsrat mangels Eingliederung von Werkvertragsnehmern in die Betriebsorganisation jegliches Mandat für die Vertretung die-

35 Siehe dazu auch Absenger, N./Priebe, A., Das Betriebsverfassungsgesetz im Jahr 2016 – Mitbestimmungslücken und Reformbedarfe, in: WSI-Mitteilungen 3/2016, S. 192-200.

36 Siehe dazu auch Absenger, N./Priebe, A., Das Betriebsverfassungsgesetz im Jahr 2016 – Mitbestimmungslücken und Reformbedarfe, in: WSI-Mitteilungen 3/2016, S. 192-200; siehe auch DGB, Offensive Mitbestimmung, Vorschläge zur Weiterentwicklung der Mitbestimmung, Juli 2016.

37 Siehe zu den in vielen Fällen fehlenden Zutrittsrechten BAG 15.10.2014 – 7 ABR 74/12.

38 Däubler, W./Klebe, T., Crowdwork: Die neue Form der Arbeit, in: NZA 17/2015, S. 1032-1041; Absenger, N./Priebe, A., Das Betriebsverfassungsgesetz im Jahr 2016 – Mitbestimmungslücken und Reformbedarfe, in: WSI-Mitteilungen 3/2016, S. 192-200; Fisahn, A./Laskowski, S., Betriebsverfassung und Werkverträge – Regelungsspielräume des Gesetzgebers, in: HSI-Working-Paper Nr. 04, 2014; Karthaus, B./Klebe, T., Betriebsratsrechte bei Werkverträgen, in: NZA 2012, S. 417ff.; Jambon, S., Betriebsnahe Selbstständigkeit als Gegenstand betrieblicher Mitbestimmung. Grenzen und Möglichkeiten der Interessenvertretung von abhängigen Solo-Selbstständigen im Bildungssektor. Abschlussbericht eines Forschungsprojektes im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, 2014.

ser Personengruppen fehle.<sup>39</sup> Insbesondere auch in Zeiten zunehmender Digitalisierung und der Zunahme sogenannten Crowdworkings ist der Ausbau von Mitbestimmungsrechten für eine zeitgemäße Arbeitnehmervertretung unerlässlich. Insofern muss der Anwendungsbereich des BetrVG vom Arbeitnehmerbegriff hin zum Beschäftigtenbegriff geöffnet werden; auch der Betriebsbegriff muss angepasst werden. Dass dies geht, zeigen bereits einige Landespersonalvertretungsgesetze. Auch bedarf es Mitbestimmungsrechten gemäß §§ 99 und 87 BetrVG, u.a. hinsichtlich Anzahl, Dauer und Übernahme von (Solo-)Selbständigen.<sup>40</sup>

### **5. Mitzählen von Leiharbeitnehmern bei Schwellenwerten der Mitbestimmung**

Der Kabinettsentwurf der Bundesregierung vom 1.6.2016 sieht wie im Koalitionsvertrag vorgesehen in Ergänzung des bereits heute Mitbestimmungsfragen regelnden § 14 AÜG vor, dass entsprechend der bisherigen Rechtsprechung gesetzlich fixiert werden soll, dass Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten für die im Bereich Betriebsverfassung (mit Ausnahme des § 112a BetrVG – Sozialplanpflicht) und ab einer Überlassungsdauer von sechs Monaten auch für die bei der Unternehmensmitbestimmung geltenden Gesetze im Entleihbetrieb mitzurechnen sind. Die Klarstellung ist aus Transparenzgründen begrüßenswert und wichtig für Unternehmen, Beschäftigte und Arbeitnehmervertretungen.

Problematisch ist allerdings die im Kabinettsentwurf hinsichtlich des Mitzählens von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten des BetrVG enthaltene Ausnahme, dass Leiharbeitnehmer im Rahmen des § 112a BetrVG (Erzwingbarkeit eines Sozialplans bei Personalabbau) bei Betriebsänderungen, die nur in der Entlassung von Arbeitnehmern bestehen und eine zwingende Sozialplanpflicht auslösen, nicht mitzählen sollen. Das ist sachwidrig, da das Bundesarbeitsgericht 2011 entschieden hat, dass Leiharbeitnehmer im Entleihbetrieb bei anstehenden Betriebsänderungen im Hinblick auf die Frage der Anwendbarkeit des § 111 BetrVG und die mit diesem verbundenen Interessenausgleichsverhandlungen bei der Ermittlung der Unternehmensgröße mitzuzählen sind.<sup>41</sup> Sind Leiharbeitnehmer im Entleihbetrieb im Rahmen von § 111 BetrVG mitzuzählen, muss dies auch für § 112a BetrVG gelten. Beide Paragraphen, § 111 BetrVG und § 112a BetrVG, erfassen Fälle von

Personalabbau und widmen sich Fragen von Betriebsänderungen (§ 111 bei Fragen von Betriebsänderungen insgesamt durch Umstellung der Arbeitsorganisation, Personalreduzierung durch Aufhebungsverträge, Arbeitgeberkündigungen usw., § 112a bei Personalabbau durch betriebsbedingte Entlassungen). Schon aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit sollten Leiharbeitnehmer bei allen Schwellenwerten der Betriebsverfassung im Entleihbetrieb generell mitgezählt werden, insbesondere jedoch auch bei § 112a BetrVG. Dass Leiharbeitnehmer mitzählen, hat das Bundesarbeitsgericht in den letzten Jahren z.B. hinsichtlich des Mitzählens von Leiharbeitnehmern bei der Betriebsgröße im Hinblick auf die Frage der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (§ 23 KSchG), aber auch für die Frage der Ermittlung der Betriebsratsgröße im Entleihbetrieb (§ 9 BetrVG) entschieden.<sup>42</sup>

### **6. Sanktionen - Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher und Bußgelder**

Der Kabinettsentwurf der Bundesregierung vom 1.6.2016 verschärft in begrüßenswerter und notwendiger Weise die Sanktionen, die bei Verstößen gegen das neue AÜG eintreten. So sieht der Gesetzentwurf über die bisher bereits existierenden Sanktionen weitere Rechtsfolgen wie zum Beispiel den Entzug der Verleiherlaubnis bei Überschreitung der ab Inkrafttreten des Gesetzes existenten Höchstüberlassungsdauer vor (siehe § 3 des Kabinettsbeschlusses).

Als Folge missbräuchlicher Nutzung von Leiharbeit soll anders als bisher künftig zudem der Arbeitsvertrag mit dem Verleiher auch dann unwirksam sein und ein Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers zum Entleiher fingiert werden (mit Widerspruchsmöglichkeiten des Leiharbeitnehmers), wenn die Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern nicht ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet werden, die gesetzliche Höchstüberlassungsdauer des AÜG überschritten wird bzw. gegen equal pay und equal treatment verstoßen wird (§§ 9, 10 Kabinettsbeschluss). Bisher wurde ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher lediglich bei fehlender Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis des Verleihers fingiert (§ 10 I AÜG). Erforderlich wäre hier zudem, dass auch Verstöße gegen das Verbot des Kettenverleihs mit der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses sanktioniert werden.

Umstritten ist, ob – wie es der Kabinettsentwurf der Bundesregierung vom 1.6.2016 derzeit vorsieht – ein Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers hinsichtlich der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses

39 Z.B. BAG 13.5.2014 – 1 ABR 50/12.

40 Siehe dazu auch Däubler, W./Klebe, T., Crowdwork: Die neue Form der Arbeit, in: NZA 17/2015, S. 1032-1041; Absenger, N./Priebe, A., Das Betriebsverfassungsgesetz im Jahr 2016 – Mitbestimmungslücken und Reformbedarfe, in: WSI-Mitteilungen 3/2016, S. 192-200.

41 Siehe dazu BAG 18.10.2011 – 1 AZR 335/10.

42 BAG 24.1.2013 – 2 AZR 140/12 sowie BAG 13.3.2013 – 7 ABR 69/11.



nisses zum Entleiher notwendig ist.<sup>43</sup> Dieses Widerspruchsrecht ist in Anlehnung an das bereits heute in § 613a BGB existierende Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers bei Betriebsübergängen entstanden. Im Hinblick auf § 613a BGB hatte das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass im Rahmen eines Betriebsübergangs das Arbeitsverhältnis automatisch auf den Erwerber übergeht und deshalb aus Gründen der Berufsfreiheit und des Selbstbestimmungsrechts des Arbeitnehmers dem Arbeitnehmer ein Widerspruchsrecht zustehen muss für den Fall, dass er nicht beim Erwerber tätig sein will.<sup>44</sup> Problematisch ist die Regelung zum Widerspruchsrecht im Kabinettsentwurf vom 1.6.2016 jedenfalls in ihrer derzeitigen Gestalt insofern, als die Fristen, die für die Erklärung des Widerspruchs für den Leiharbeitnehmer vorgesehen sind, aufgrund ihrer Kürze und des Zeitpunkts des Beginns zu Lasten der Leiharbeitnehmer gehen. Der Kabinettsentwurf sieht vor, dass ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher nicht fingiert wird, wenn der Leiharbeitnehmer schriftlich innerhalb der vorgesehenen kurzen Monatsfrist (z. B. 1 Monat nach Überschreiten der Höchstüberladungsdauer) gegenüber dem Verleiher oder Entleiher erklärt, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält. Die Wirksamkeit des Widerspruchs des Leiharbeitnehmers setzt Rechtskenntnis voraus; der Leiharbeitnehmer muss wissen, dass er widersprechen kann, er muss zudem wissen, ab welchem Zeitpunkt die Widerspruchsfristen laufen und dass er schriftlich innerhalb eines Monats den Widerspruch erklären muss, dass er am Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhalten will. Anders als beim Betriebsübergang nach § 613a BGB wird der Leiharbeitnehmer jedoch vorab nicht über sein Widerspruchsrecht, dessen Inhalte sowie Form- und Fristanforderungen belehrt; bei § 613a BGB läuft die einmonatige Widerspruchsfrist hingegen nur, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor Betriebsübergang ordnungsgemäß über den Betriebsübergang und sein Widerspruchsrecht informiert hat. Die Fristen für den Widerspruch des Leiharbeitnehmers sollten daher erst zu laufen beginnen, wenn der Entleiher oder Verleiher den Leiharbeitnehmer auf die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages bzw. dessen Fiktion hingewiesen hat. Problematisch ist das Widerspruchsrecht im Kabinettsbeschluss auch insofern, als es ermöglicht, dass der Leiharbeitnehmer durch die Ausübung des Widerspruchsrechts verhindern kann, dass ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher entsteht und damit die insoweit bezweckten „Sanktionswirkungen“ abgeschwächt werden. Allerdings sollte trotzdem auf ein Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers nicht verzichtet werden,

da es letztendlich in der Entscheidungsgewalt des Leiharbeitnehmers liegen muss, zu welchem Arbeitgeber er ein Arbeitsverhältnis begründet.

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

Anders als das bisherige AÜG sieht der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 erfreulicherweise für den Fall von Arbeitskämpfen ein – allerdings ein im Vergleich zum Koalitionsvertrag und zu den Entwürfen vom 16.11.2015 und 17.2./14.4.2016 relativiertes – Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als sog. Streikbrecher vor (§ 11 Kabinettsbeschluss). § 11 V AÜG heutiger Fassung sieht bisher nur ein Leistungsverweigerungsrecht der Leiharbeitnehmer vor – sie sind gemäß § 11 V AÜG nicht verpflichtet, bei einem Entleiher tätig zu sein, der unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Die in der Kabinettsfassung enthaltene Version des Verbots des Streikbrechereinsatzes von Leiharbeitnehmern ist verglichen mit den Entwürfen von November 2015 und Februar/April 2016 entgegen den Festlegungen im Koalitionsvertrag deutlich abgeschwächt. In den früheren Referentenentwürfen war noch ein uneingeschränktes Verbot des Streikbrechereinsatzes dahingehend geregelt, dass der Entleiher Leiharbeitnehmer nicht einsetzen darf, soweit sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Der Kabinettsentwurf vom 1.6.2016 sieht hingegen vor, dass das Verbot des Einsatzes als Streikbrecher nicht gilt, wenn der Entleiher sicherstellt, dass der Leiharbeitnehmer keine Tätigkeiten übernimmt, die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die sich im Arbeitskampf befinden oder die ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern, die sich im Arbeitskampf befinden, übernommen haben. Diese Einschränkungen führen zu Rechtsunsicherheiten und Beweisproblemen hinsichtlich der Frage der gleichen Tätigkeiten und sind schon deshalb abzulehnen. Notwendig ist vielmehr ein umfassendes und uneingeschränktes Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern in Betrieben, die unmittelbar von Arbeitskämpfen betroffen sind.

Problematisch ist auch, dass der Verstoß gegen das Verbot des Streikbrechereinsatzes lediglich mit einem Bußgeld sanktioniert wird, nicht jedoch mit der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher und dem Entzug der Verleiherlaubnis des Verleihers. Zudem können die vorgesehenen maximalen 500.000 € verglichen mit der Höhe der durch den Einsatz von Streikbrechern vermeidbaren wirtschaftlichen Einbußen marginal sein, so dass für diese Fälle eine am wirtschaftlichen Vorteil angelehnte Bußgeldhöhe überlegenswert wäre.

43 Für entbehrlich siehe Brors, AÜG-Reform: Ist das geplante Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers verfassungsrechtlich notwendig?, in: NZA 11/2016, S. 672-675.

44 Siehe dazu z.B. BVerfG 25.1.2011 - 1 BvR 1741/09.

## 8. Übergangsfristen – keine Berücksichtigung von vor dem 1.1.2017 liegender Einsatzzeiten

Problematisch ist der Kabinettsentwurf der Bundesregierung vom 1.6.2016 auch in insoweit, als er verglichen mit den Referentenentwürfen des BMAS vom 16.11.2015 und 17.2./14.4.2016 vorsieht, dass bei Inkrafttreten des Gesetzes zum (voraussichtlich) 1.1.2017 Überlassungszeiten, die vor dem 1.1.2017 liegen, weder bei der Berechnung der dann geltenden Höchstüberlassungsdauer Berücksichtigung finden, noch bei der Berechnung der Wartezeiten für equal pay einbezogen werden sollen. Die früheren Gesetzentwürfe ließen hingegen vor dem 1.1.2017 liegende Überlassungszeiten nur bei der Höchstüberlassungsdauer unberücksichtigt. Das bedeutet, dass ab Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform von Leiharbeit und Werkverträgen, Überlassungszeiten erst ab dem Tag des Inkrafttretens für die Frage der Höchstüberlassungsdauer und das Erreichen der Anwartschaftszeiten von equal pay zählen; bereits vorher längere Zeit überlassene Leiharbeiter können damit weitere 18 Monate (bei vorhandener zulässiger Verlängerungsregelung noch länger) beim Entleiher bleiben. Auch dies wirkt der Zielsetzung der Rückführung von Leiharbeit auf ihre Kernfunktion – die Abdeckung von Auftragsspitzen und Personalschwankungen – und dem Schutz der Leiharbeiter entgegen.

## 9. Die Neuregelungen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Werkverträgen

Deutlich hinter den Vereinbarungen im Koalitionsvertrag, aber auch deutlich hinter den Erwartungen vieler, bleibt der Kabinettsentwurf der Bundesregierung vom 1.6.2016 auch hinsichtlich der Regelungen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Werkverträgen zurück.

Nicht alle im Koalitionsvertrag hinsichtlich der Neuregelungen zu Werkverträgen genannten Punkte finden sich im Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 wieder. Erfreulich sind, wie im Koalitionsvertrag vorgesehen, die Regelungen hinsichtlich der Sanktionierung sog. Scheinwerkverträge, also Leiharbeit, die offiziell als Werkvertragsarbeit ausgewiesen ist (sog. verdeckte Leiharbeit). Als Sanktion sieht der Kabinettsbeschluss auch in diesen Fällen die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher plus die Zahlung eines Bußgeldes vor.

Keinerlei Erwähnung findet, anders als im Koalitionsvertrag vorgesehen, das Thema Gewährleistung des Arbeitsschutzes für Werkvertragsnehmer im Kabinettsentwurf vom 1.6.2016, auch eine entsprechende Adressierung an die Bundesländer findet sich nicht im Kabinettsbeschluss. Anders als im Koalitionsvertrag vorgesehen, enthält der Kabinettsbeschluss auch keinen Kriterienkata-

log zur Abgrenzung von ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz. Die Unterlassung der Etablierung entsprechender Abgrenzungskriterien, aber auch die fehlenden Regelungen zum Arbeitsschutz sind folgenreich, denn Werkverträge und freie Dienstverträge gehören mittlerweile zur alltäglichen Praxis im Arbeitsleben; sie sind ebenso wie Scheinwerkverträge weit verbreitet.

### a) Verbreitung von Werkverträgen/freien Dienstverträgen in Deutschland

Die Quantifizierung des „Phänomens“ Werkvertrag ist schwierig.<sup>45</sup> Zum einen wird häufig nicht sauber zwischen Werkverträgen (§§ 631ff. BGB) und freien Dienstverträgen (§§ 611ff. BGB) unterschieden. Zum anderen ist für die Quantifizierung dieser Vertragsformen problematisch, dass sich hinter Verträgen, die formal als Werk- oder freie Dienstverträge bezeichnet werden, häufig auch Scheinselbständigkeit oder verdeckte Leiharbeit verbergen. Bei der Frage nach der Vertragsart muss zudem zwischen Verträgen, die an Unternehmen vergeben werden, die ihre als Arbeitnehmer Beschäftigten als sog. Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) in ein Unternehmen schicken, und jenen Werk- bzw. freien Dienstverträgen, bei denen Soloselbständige im Rahmen von Vermittlungsverträgen oder direkt in den Betrieben eingesetzt werden, unterschieden werden.

Untersuchungen zeigen, dass Werk- und freie Dienstverträge zunehmend eingesetzt werden, um Kosten zu sparen, Stammbeschäftigte zu ersetzen, Mitbestimmungsrechte zu umgehen und verdeckte Leiharbeit zu betreiben.<sup>46</sup> Gut die Hälfte der 4,4 Millionen Selbständigen in Deutschland ist soloselbständig.<sup>47</sup> Kennzeichen von Soloselbständigkeit sind häufig eine schlechte soziale Absicherung und niedrige Einkommen.<sup>48</sup> 28 % der Selbständigen sind scheinselfständig.<sup>49</sup>

Umfragen der Gewerkschaft Nahrung-Genuss-Gaststätten (NGG) unter Betriebsräten im Jahr

45 Siehe Machbarkeitsstudie zur Erfassung der Verbreitung und Problemlagen der Nutzung von Werkverträgen. Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Forschungsbericht Arbeitsmarkt, Nr. 432, Berlin 2012; siehe auch Manske, A./Scheffmeier, T., Werkverträge, Leiharbeit, Solo-Selbständigkeit – Eine Bestandsaufnahme, WSI-Diskussionspapier Nr. 195, 1/2015.

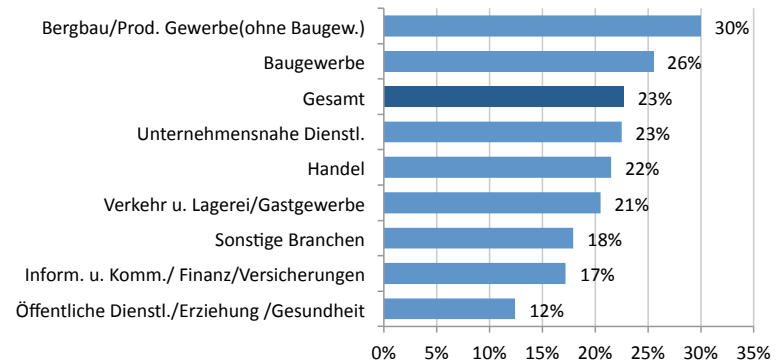
46 Zu problematischen Werkvertragskonstellationen und Substitution von Stammpersonal durch Werk- und freie Dienstverträge siehe Manske, A./Scheffmeier, T., Werkverträge, Leiharbeit, Solo-Selbständigkeit – Eine Bestandsaufnahme, WSI-Diskussionspapier, Nr. 195, Januar 2015; siehe auch Obermeier, T./Sell, S., Werkverträge entlang der Wertschöpfungskette. Zwischen unproblematischer Realität und problematischer Instrumentalisierung, Forschungsförderung Working Paper Nr. 12, April 2016.

47 Bundestagsdrucksache 18/8803, S. 1.

48 Schulze Buschoff, Soloselbständige in Deutschland – Aktuelle Reformoptionen, WSI-Policy-Brief Nr. 4, 03/2016.

49 Studie der Prüfungs- und Beratungsgesellschaft EY (Ernst & Young) (400 Unternehmen und 2.455 Erwerbstätige befragt), siehe dazu <http://www.ey.com/DE/de/Newsroom/News-releases/EY-20151217-etwa-jeder-vierte-selbstndige-arbeitet-scheinselfstndig>.

## Einsatz von Fremdfirmen auf Werkvertragsbasis in Betrieben mit Betriebsrat (2015)



( ) = statistisch unsicherer Wert aufgrund geringer Fallzahl. Gewichtete Ergebnisse.  
Quelle: WSI-Betriebsrätebefragung 2015, eigene Berechnungen.<sup>59</sup>

Hans Böckler  
Stiftung

2012 ergaben, dass ca. 8 % der Beschäftigten im Sektor über Werkverträge tätig sind.<sup>50</sup> In einigen Unternehmen der Schlachtindustrie sind 90 % der Belegschaft Werkvertragsarbeitskräfte. IAB-Daten zeigen, dass der Anteil von Unternehmen mit freien Mitarbeitern zwischen 2002 und 2011 von gut 4 % auf 7 % gestiegen ist. Laut weiteren Auswertungen des IAB aus 2015 hat sich die Zahl der freien Mitarbeiter mit Werk- oder freien Dienstverträgen zwischen 2002 und 2014 von 350.000 auf etwa 760.000 mehr als verdoppelt.<sup>51</sup> Für 2013 ergeben Hochrechnungen auf Basis der SOEP-Daten eine Gesamtzahl von Personen, die im Haupterwerb Werkverträge abschließen, von 690.000.<sup>52</sup> Eine Befragung der IG Metall von 4.017 Betriebsratsvorsitzenden im Jahr 2012 ergab außerdem, dass die Vergabe von Werkverträgen in 28 % der Betriebe in den letzten drei Jahren vor der Befragung zugenommen hat und Stammpersonal häufig durch Werkverträge ersetzt wird.<sup>53</sup>

Daten zum Einsatz von Fremdfirmenbeschäftigten liefert auch die WSI-Betriebsrätebefragung aus dem Jahr 2015, die für Betriebe mit mehr als 20 Beschäftigten und Betriebsrat repräsentative Zahlen zur Nutzungsintensität von Werkverträgen liefert.

Abbildung 2 zeigt, dass in Betrieben mit mindestens 20 Beschäftigten und Betriebsrat insgesamt über alle Wirtschaftsbereiche hinweg 23 % der Betriebe Fremdfirmen auf Werkvertragsbasis einsetzen, im Bereich Bergbau/Produktion sind es 30 %, im Bereich öffentliche Dienstleistungen/Erziehung/Gesundheit 12 %.

Die Wahrscheinlichkeit, dass in einem Betrieb Beschäftigte von Werkvertragsunternehmen tätig sind, hängt neben der Branchenzugehörigkeit wesentlich von der Betriebsgröße ab. Während in kleinen bis mittleren Betrieben Fremdfirmeneinsätze seltener sind und in Betrieben mit 250 bis 499 Beschäftigten deren Häufigkeit nur leicht über dem Gesamtdurchschnitt liegt, steigt der Anteil von Beschäftigten von Werkvertragsunternehmen ab einer Betriebsgröße von 500 Beschäftigten stark an. In Betrieben mit 500 bis 999 Beschäftigten berichten 30 % der Betriebsräte vom Einsatz von Fremdfirmenbeschäftigten aus Werkvertragsunternehmen, während in Großbetrieben mit 1000 und mehr Beschäftigten über alle Branchen hinweg bereits in 41 % der Betriebe Beschäftigte aus Werkvertragsunternehmen tätig sind (siehe Abbildung 3).

50 Siehe zu den Zahlen in diesem Absatz: Markus Hertwig, M./Kirsch, J./Wirth, C., Werkverträge im Betrieb – Eine empirische Untersuchung, Hans-Böckler-Stiftung, Study Oktober 2015, S. 20ff. Empirie in Sachen Werkverträge siehe auch Kleinschneider, H./Beutler, K., Werkvertragsunternehmen: Outsourcing auf dem Betriebsgelände, in: WSI-Mitteilungen 2/2013, S. 144-148; Seifert, H./Amlinger, M./Keller, B., Selbständige als Werkvertragsnehmer – Ausmaß, Strukturen und soziale Lage, WSI Diskussionspapier Nr. 201, 7/2015 sowie Manske, A./Scheffelmeier, T., Werkverträge. Leiharbeit, Solo-Selbständigkeit – Eine Bestandsaufnahme, WSI-Diskussionspapier Nr. 195, 1/2015. Siehe zu Problemen und grundlegenden Nachteilen von Werkverträgen: Obermeier, T./Sell, S., Werkverträge entlang der Wertschöpfungskette – Zwischen unproblematischer Normalität und problematischer Instrumentalisierung, Hans-Böckler-Stiftung Working Paper Forschungsförderung, Nr. 12, April 2016.

51 Hohendanner zitiert in: Seifert, H./Amlinger, M./Keller, B., Selbständige als Werkvertragsnehmer – Ausmaß, Strukturen und soziale Lage, WSI Diskussionspapier Nr. 201, 7/2015, S. 3.

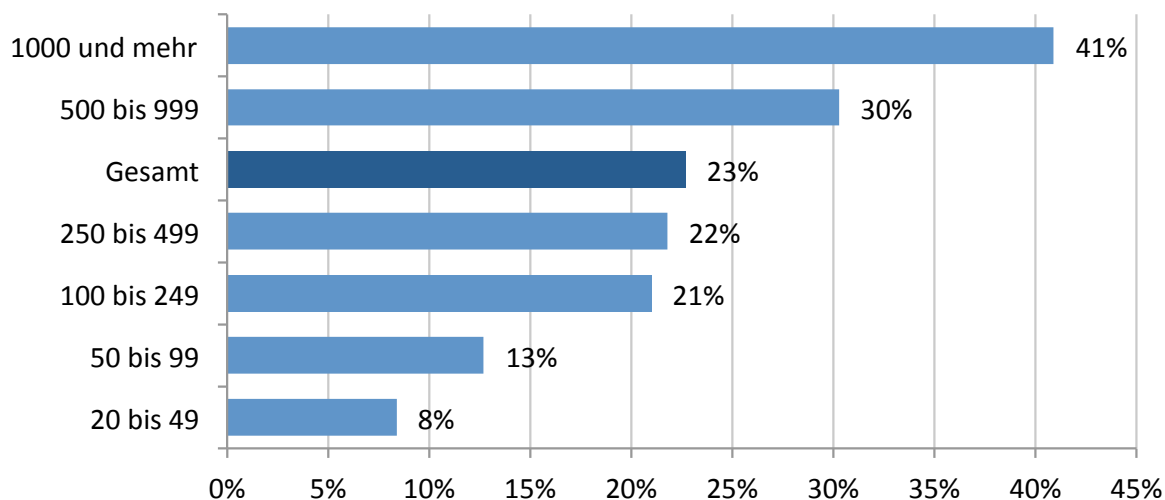
52 Seifert, H./Amlinger, M./Keller, B., Selbständige als Werkvertragsnehmer – Ausmaß, Strukturen und soziale Lage, WSI Diskussionspapier Nr. 201, 7/2015, S. 3.

53 IG Metall Vorstand (2012): Betriebsrätebefragung der IG Metall zur Beschäftigungsentwicklung. Pressekonferenz 28. September 2012; <http://www.fokus-werkvertraege.de>.

54 Die Frage lautete: „Gibt es folgende Beschäftigte von Fremdfirmen in Ihrem Betrieb? A. Freie Mitarbeiter B. Beschäftigte von Werkvertragsunternehmen C. Leiharbeitskräfte“ Wurde Item B. bejaht, wurde folgende Frage nachgeschoben: „Wie viele sind das?“ bzw. „Wie hoch ist der Anteil?“



## Einsatz von Fremdfirmen auf Werkvertragsbasis in Betrieben mit Betriebsrat (2015) – nach Betriebsgröße



Gewichtete Ergebnisse. Quelle: WSI-Betriebsrätebefragung 2015, eigene Berechnungen.

Hans Böckler  
Stiftung

Die Motive des Einsatzes von Werk- und freien Dienstverträgen auf Seiten der Unternehmen reichen von der bewussten Konzentration auf die Kernkompetenzen des Unternehmens, dem Zukauf externen Wissens und Know-hows, über den flexiblen Einsatz von Arbeitskräften bis hin zu einer Verlagerung des wirtschaftlichen und unternehmerischen Risikos auf die Werkvertragsnehmer. Letztendlich dient der Einsatz von Werkverträgen häufig auch einfach der Reduzierung von Personalkosten.<sup>55</sup> Damit geraten umgekehrt auch die tariflichen Standards der Kundenunternehmen unter Druck. Die personalpolitischen Nutzungsstrategien des Einsatzes von Werkvertragsnehmern bzw. freien Dienstnehmern begründet sich für Betriebe damit grundlegend aus verschiedenen divergierenden Interessen heraus. In einer Übersichtsarbeit bisheriger Forschungsergebnisse kommen Manske & Scheffelmeier zu dem Schluss, dass „mehrerheitlich [...] zwar von der Hypothese einer Lohnkostensenkungsstrategie ausgegangen [wird]; doch gebe es ebenso Hinweise, dass etwa im Bereich hoch qualifizierter Arbeit Faktoren wie Wissenskompetenz und Spezialisierung und somit das Hinzukaufen und die temporäre Einbindung von Expertenwissen ohne die Gefahr von Kündigungsschutz und Sozialversicherungsabgaben ein personalpolitisches Motiv für die Vergabe von Werkverträgen sein könnten.“<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Koch, A./Wohlhüter, A., Werkverträge in der Arbeitswelt, 2. OBS-Arbeitspapier, Frankfurt am Main, 2012, S. 14f.; Helfen, M. / Nicklich, M., Zwischen institutioneller Kontinuität und De-Institutionalisierung. Industrielle Dienstleistungen als Parallelwelt überbetrieblicher Arbeitsbeziehungen, Berliner Journal für Soziologie 23(3-4) 2013, S. 471-491.

<sup>56</sup> Vgl. Manske, A./Scheffelmeier, T., Werkverträge. Leiharbeit, Solo-Selbständigkeit – Eine Bestandsaufnahme, WSI-Diskussionspapier Nr. 195, 1/2015, S. 50.

#### b) Die Bewertung des neuen § 611a BGB zur Abgrenzung von ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz

Entgegen der Zusagen im Koalitionsvertrag von November 2013 und anders als noch im ersten Referentenentwurf des BMAS vom 16.11.2015 vorgesehen enthält der Kabinettsentwurf der Bundesregierung vom 1.6.2016 keinen Kriterienkatalog zur Abgrenzung von ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz (siehe zu den im Referentenentwurf vom 16.11.2015 noch enthaltenen Kriterien III. 2 d)). Stattdessen ist im Kabinettsbeschluss vom 1.6.2016 für einen entsprechenden neuen § 611a BGB nur noch folgende Regelung angedacht:

„Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung der Arbeitnehmer-eigenschaft ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. (...)“

Der Referentenentwurf des BMAS vom 16.11.2015 sah in § 611a II BGB noch acht verschiedene Kriterien zur Abgrenzung von ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz vor, die u.a. den Kontrollbehörden die Prüfung des Vorliegens missbräuchlicher Vertragskonstellationen erleichtern und allgemein Anhaltspunkte für die Abgrenzung von selbständiger Tätigkeit und einer Beschäftigung als Arbeitnehmer auch für Beschäftigte und Unterneh-

men gewährleisten sollten. Die im Koalitionsvertrag und im Referentenentwurf vom 16.11.2015 vorgesehene Festschreibung von Abgrenzungskriterien sollte zudem der Kodifizierung der bisher nur als Rechtsprechung vorhandenen Abgrenzungskriterien dienen.

Die seitens der Bundesregierung im Kabinettsentwurf vom 1.6.2016 gewählte Formulierung beschränkt sich nun weitgehend auf die bloße Wiedergabe des Wortlauts des § 106 GewO, der das Weisungsrecht des Arbeitgebers regelt, erweitert diesen allerdings um den Zusatz des Weisungsrechts hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit. Dies dürfte wahrscheinlich der BAG-Rechtsprechung aus dem Jahr 2005 zur Frage der einseitigen Festlegung des Umfangs der Arbeitszeit im Rahmen von Arbeit auf Abruf geschuldet sein.

Die Neureglung ist insoweit zu begrüßen, als sie erstmals ansatzweise den Begriff des Arbeitnehmers in Abgrenzung zum Begriff des Selbständigen (§ 84 HGB) gesetzlich definiert. Allerdings trägt sie mangels präzisierender typologischer Abgrenzungskriterien nicht zu mehr Transparenz und Rechtssicherheit bei der Frage der Abgrenzung von missbräuchlichem und ordnungsgemäßem Fremdpersonaleinsatz bei. Um dem im Koalitionsvertrag festgeschriebenen Ziel missbräuchlicher Fremdpersonaleinsätze gerecht zu werden, ist die Festschreibung typologischer Abgrenzungskriterien nötig.

Die im Entwurf vom 16.11.2015 in § 611a II BGB enthaltenen Kriterien zum Vorliegen einer Arbeitnehmerstellung sollten wieder in den aktuellen Kabinettsentwurf aufgenommen werden, zusätzlich ergänzt um das eine Arbeitnehmerstellung ebenfalls kennzeichnende Kriterium „kein unternehmerisches Auftreten am Markt“.

Notwendig ist auch die Wiederaufnahme der ursprünglich im Referentenentwurf vom 16.11.2015 enthaltenen Vermutungsregelung, wonach widerleglich vermutet wird, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt, wenn die Deutsche Rentenversicherung Bund nach § 7a des Vierten Sozialgesetzbuches das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses festgestellt hat. Auch diese Regelung findet sich im Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 nicht mehr. Zudem sollte eine widerlegbare Vermutung des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses aufgenommen werden, wenn eine bestimmte Anzahl der in § 611a BGB (Version vom 16.11.2015) dann genannten Kriterien vorliegt (so 2 von 8 oder 3 von 8), so

auch im von 1999-2003 geltenden § 7 IV SGB IV a.F.<sup>57</sup>

### c) Weiteres im Kontext Werkverträge

Die im Kabinettsbeschluss vom 1.6.2016 vorgesehenen Klarstellungen in Sachen Mitbestimmung bei Werk- und freien Dienstverträgen sind, wie vorangehend bereits beschrieben, unzulänglich. Hinsichtlich der Einbeziehung der Solo-Selbstständigen in die betriebliche Mitbestimmung zeigen sich erhebliche Defizite. Die Beispiele einiger Landespersonalvertretungsgesetze zeigen jedoch, dass die Regelung von betrieblicher Interessenvertretung auch bei „betriebsnahen“ Solo-Selbstständigen/arbeitnehmerähnlichen Personen durchaus möglich und ausbaufähig ist. Nötig sind klare Regeln für die betriebliche Mitbestimmung auch in Sachen betriebsnaher Soloselbständiger bzw. arbeitnehmerähnlicher Personen (Näheres dazu siehe weiter vorn unter IV.4.).

Wichtig wäre zudem die Einführung einer Beweislastumkehr bei illegaler Überlassung durch Scheinwerkverträge.<sup>58</sup> Bisher ist es für Arbeitnehmer kaum möglich zu erkennen und zu beweisen, ob es sich um unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung handelt, da ihnen wichtige Informationen gar nicht zugänglich sind.

57 Wortlaut § 7 IV SGB IV a.F.: „Bei einer erwerbstätigen Person, die ihre Mitwirkungspflichten nach § 206 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch oder nach § 196 Abs.1 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch nicht erfüllt, wird vermutet, dass sie beschäftigt ist, wenn mindestens drei der folgenden fünf Merkmale vorliegen:

1. Die Person beschäftigt im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit regelmäßig keinen sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig im Monat 325 Euro übersteigt;
2. sie ist auf Dauer und im wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig;
3. ihr Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten;
4. ihre Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen;
5. ihre Tätigkeit entspricht dem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die sie für denselben Auftraggeber zuvor aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.

Satz 1 gilt nicht für Handelsvertreter, die im wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und über ihre Arbeitszeit bestimmen können. Die Vermutung kann widerlegt werden.

58 Siehe auch Brors, C./ Schüren, P., Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern: Vorschläge für eine gesetzliche Regelung zur Eindämmung von Missbräuchen beim Fremdpersonaleinsatz und zur Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie, Arbeitsrechtliches Gutachten für das Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, Februar 2014, S. 21f.

## V. FAZIT

Der deutsche Arbeitsmarkt ist geprägt von flexibler, atypischer Beschäftigung. Leiharbeit und mittlerweile auch Werk- und freie Dienstverträge sind Beschäftigungsformen, die Stammbeschäftigte und Normalarbeitsverhältnisse verdrängen.<sup>59</sup> Die Zunahme von Leiharbeit und Werk- bzw. freien Dienstverträgen führt zu einer Ausdifferenzierung der Beschäftigungsverhältnisse. Auf der betrieblichen Ebene bedeutet dies, dass viele verschiedene „Teilbeschäftigten“ nebeneinander entstehen.<sup>60</sup> Mitbestimmung und angemessene sichere Arbeitsbedingungen bleiben häufig auf der Strecke.<sup>61</sup> Die Grenzen zwischen Leiharbeit, Selbständigkeit und abhängiger Beschäftigung bei Werksvertragsunternehmen sind häufig fließend, missbräuchliche Vertragskonstellationen nehmen zu. Mit der Ausdifferenzierung der Beschäftigungsverhältnisse wächst ein diffuser Grenz- und Graubereich.

Die Logik betrieblicher Arbeits- und Mitbestimmungsrechte basiert weitgehend auf der (möglichst stetigen und vertraglich geregelten) Zugehörigkeit der Beschäftigten zum Einsatzbetrieb in Form des ursprünglichen Normalarbeitsverhältnisses. Durch die Zunahme selbständiger Tätigkeit und atypischer Arbeitsverhältnisse sowie von Erwerbsformen im Grenzbereich zwischen abhängiger und selbständiger Erwerbsarbeit, mit oftmals unsteten Verläufen und ohne (klare) Zugehörigkeit zum Einsatzbetrieb, wird die Orientierung an diesen Logiken zunehmend fragwürdig. Die Garantie der materiellen und institutionell-rechtlichen Teilhabe, die mit dem Leitbild des Normalarbeitsverhältnisses und der Betriebszugehörigkeit verknüpft wird, gilt nicht im gleichen Maße für atypische Beschäftigungsformen.

Empirische Studien zeigen deutlich negative statistische Korrelationen zwischen der Beschäftigung von atypisch beschäftigten Arbeitnehmern einerseits und Innovation und dem Wachstum der Wertschöp-

fung pro Arbeitsstunde andererseits.<sup>62</sup> Auch betriebliche Weiterbildung amortisiert sich bei kurzfristigen Arbeitsverhältnissen nur selten. Außerdem werden lernende Organisationen bei häufigem Personalwechsel leicht zu verlernenden Organisationen, wobei das schwache historische ‚Gedächtnis‘ der Organisation dazu führt, dass alte Fehler erneut gemacht werden. Mit einem hohen Anteil von Beschäftigten mit flexiblen und leicht zu beendenden Verträgen kann zudem eine Angstkultur entstehen, die risikomeidendes Verhalten fördert. Menschen suchen dann nach Problemlösungen, mit denen sie einem geringeren Risiko ausgesetzt sind, zu scheitern. Dies schadet unter anderem der Innovation. Die bei flexiblen Verträgen bestehende Unsicherheit hinsichtlich der Weiterbeschäftigung verändert die Machtverhältnisse, was Duckmäusertum fördert. Zudem gibt es Anzeichen, dass die Wachstumsraten der deutschen Arbeitsproduktivität (Wertschöpfung pro Arbeitsstunde) nach den Hartz-Reformen auffallend gesunken sind.<sup>63</sup> Durch Scheinselbständigkeit und Scheinwerkverträge werden zudem die Sozialkassen und betroffene Beschäftigte belastet.

Der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung enthält viele erfreuliche und dringend notwendige Regelungen. Er geht jedoch, wie die obigen Ausführungen zeigen, in vielen Punkten nicht weit genug. Die seitens der Bundesregierung angedachten Reformen sind nicht geeignet, das im Koalitionsvertrag festgeschriebene Ziel der Rückführung von Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen und die Eindämmung missbräuchlicher Vertragskonstruktionen bei Leiharbeit und Werkverträgen zu erreichen. Das bevorstehende Gesetzgebungsverfahren sollte daher genutzt werden, den Kabinettsbeschluss der Bundesregierung weiter zu entwickeln, um eine effektive Begrenzung von Leiharbeit und Werkverträgen zu erreichen. Zu den diesbezüglich notwendigen wesentlichen Reformen siehe die Zusammenfassung der Neuregelungen des Kabinettsbeschlusses und dessen Bewertung durch die Autoren auf Seite 3ff. dieses Reports.

59 Schulze Buschoff, K., *Atypische Beschäftigung wird normal, aber haben die Rentensysteme bereits reagiert?*, in: Perspektive, Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin, 2015; Schulze Buschoff, K., *Solo-Selbständigkeit in Deutschland – Aktuelle Reformoptionen*, Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut, WSI-Policy Brief Nr. 4, 3/2016, Düsseldorf.

60 Haubner, D., *(Schein-)Werkverträge im Spannungsfeld von Flexibilisierung und Regulierung der Arbeit. Eine branchenübergreifende Bestandsaufnahme im Saarland*, AK Texte, Arbeitskammer des Saarlandes, Saarbrücken, 2014.

61 Jambon, S., *Betriebsnahe Selbstständigkeit als Gegenstand betrieblicher Mitbestimmung. Grenzen und Möglichkeiten der Interessenvertretung von abhängigen Solo-Selbstständigen im Bildungssektor*, Abschlussbericht eines Forschungsprojektes im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, 2014.

62 Siehe Kleinknecht, A./Oostendorp, R./Pradhan, M./Naastepad, C., *Flexible labour, firm performance and the Dutch job creation miracle*, in: *International Review of Applied Economics* 2006, vol. 20, S. 171-187; Lucidi, F./Kleinknecht, A., *Little innovation, many jobs: An econometric analysis of the Italian labour productivity crisis*, *Cambridge Journal of Economics*, 2010, vol. 34, S. 525-546; Kleinknecht, A./Van Schaik, F./Zhou, H., *Is flexible labour good for innovation?*, in *Cambridge Journal of Economics*, 2014, vol. 38(5), S. 1207-1219; Kleinknecht, A./Naastepad, C./Storm, S./Vergeer, R., *Schadet die Flexibilisierung des Arbeitsmarktes der Innovation?*, in: *WSI-Mitteilungen* 4/2013, S. 229-238.

63 Noch in den neunziger Jahren lag das Wachstum der Wertschöpfung pro Arbeitsstunde in Deutschland bei 2,2 % pro Jahr. In 2006-2013 (nach den Hartz-Reformen) ist dieser Wert auf 0,9 % gesunken (eigene Berechnungen auf Basis von [www.ggdc.net](http://www.ggdc.net); Total Economy Database der Universität Groningen). Vermutlich hat dies nicht nur konjunkturelle Ursachen. Es hängt auch mit dem Mix von Lohnzurückhaltung und schlecht bezahlter atypischer Beschäftigung zusammen, siehe dazu Kleinknecht, A./Kleinknecht, R. H., *Die Erosion von Made in Germany*, in: *Wirtschaftsdienst*, 95. Jahrgang, Heft 6, S. 404-410.

# ANHANG 1 - WEITERE EMPIRIE ZU LEIHARBEIT IN DEUTSCHLAND

## 1. Verbreitung und Entwicklung von Leiharbeit allgemein

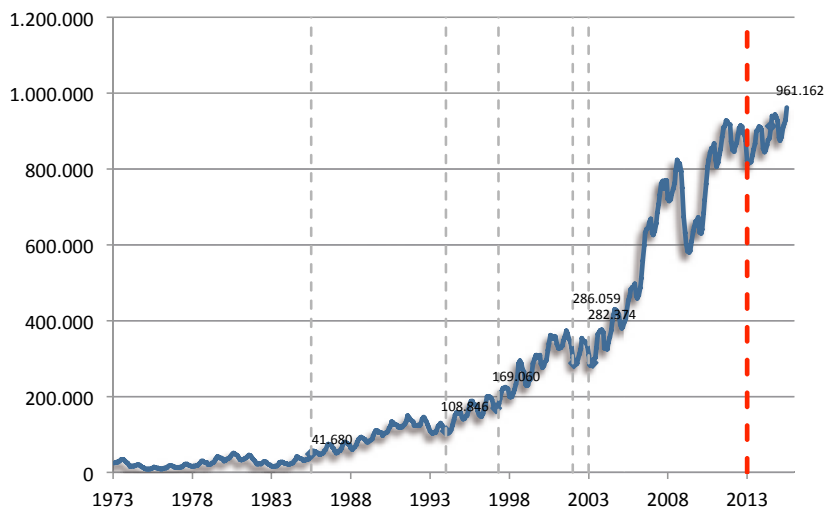
Abbildung 4 zeigt die Entwicklung der Anzahl der Leiharbeitnehmer seit 1973. Die gestrichelten vertikalen Linien bilden die Zeitpunkte der wesentlichen gesetzlichen Reformen in Sachen zulässiger Höchstüberlassungsdauer bei Leiharbeit ab.<sup>64</sup>

Die Grafik zeigt im Zeitverlauf einen deutlichen Anstieg von Leiharbeit und weist für Juni 2015 in Deutschland einen Höchststand mit 961.000 Leiharbeitnehmern aus; im Dezember 2015 waren es 951.000 Leiharbeitnehmer.<sup>66</sup> Ein Teil des Anstiegs der Leiharbeit ab 2013 lässt sich mit der Umstellung der Statistik zur Arbeitnehmerüberlassung erklären (siehe dazu FN 66); der übrige Anstieg von Leiharbeit ist mit der vermehrten Nutzung von Leiharbeit zu erklären.

Mit dem ersten größeren Anstieg der Leiharbeit seit Mitte der 1980er Jahre ist der Frauenanteil bei Leiharbeit von etwa einem Drittel auf rund 20 % gesun-

Abbildung 4

Verbreitung und Entwicklung der Leiharbeit, 1973-2015



Quelle: Bundesagentur für Arbeit Januar 2016, Statistik zur Arbeitnehmerüberlassung<sup>70</sup>

Hans Böckler  
Stiftung

<sup>64</sup> Siehe zu den Reformen: Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Juli 2016, S. 5f.; Haller, P./Jahn, E., IAB-Kurzbericht 13/2014, S. 2. Nachdem im August 1972 das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz erstmals die Leiharbeit in Deutschland regelte und auf eine dreimonatige Überlassungsdauer begrenzte, wurde später die maximal zulässige Überlassungsdauer mehrfach erhöht – im Jahr 1985 von drei auf sechs Monate, 1994 auf neun Monate, 1997 auf ein Jahr, 2002 auf zwei Jahre. Mit den Hartz Reformen im Jahr 2003 fiel schließlich – neben anderen Deregulierungen – jegliche Beschränkung bezüglich der Überlassungsdauer von Leiharbeitnehmern. 2011 wurde im Rahmen der Umsetzung der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG die Leiharbeit in § 112 AÜG auf „vorübergehende Überlassung“ beschränkt.

<sup>65</sup> Zu Beginn des Jahres 2016 wurde seitens der Bundesagentur für Arbeit die Statistik zur Arbeitnehmerüberlassung auf ein neues Verfahren umgestellt. Die neue Statistik ist rückwirkend ab Januar 2013 verfügbar und ist Grundlage für die Daten ab Januar 2013 – ausgewiesen durch die rot gestrichelte Linie. Diese Daten sind nur eingeschränkt mit den Angaben vor 2013 vergleichbar, siehe dazu Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Januar 2016, S. 6f. Siehe auch Statistik der Bundesagentur für Arbeit, Arbeitsmarkt in Zahlen, Beschäftigungsstatistik. Leiharbeitnehmer und Verleihbetriebe Deutschland, Zeitreihe (Revidierte Daten 2013 und 2014), Nürnberg, 2016.

ken und verharrte dort bis zu den Leiharbeits-Reformen 1997; heute beträgt der Frauenanteil bei Leiharbeit 29 % (unter allen Beschäftigten: 46%). Der in der Arbeitnehmerüberlassung geringere Frauenanteil ist im Wesentlichen eine Folge der Branchen und der Berufsfelder, in denen Leiharbeit vorwiegend genutzt wird.

In der Arbeitnehmerüberlassung gibt es anteilig weniger Teilzeitbeschäftigte als unter allen abhängig Beschäftigten. Daten der Bundesagentur für Arbeit weisen insoweit für Dezember 2015 aus, dass 78 % der Leiharbeitnehmer in Vollzeit tätig sind, folglich 22 % in Teilzeit, wohingegen die Teilzeitquote über alle Beschäftigungsformen hinweg bei 37 % liegt.<sup>67</sup> Dies ist teilweise durch den oben erwähnten geringeren Frauenanteil in der Arbeitnehmerüberlassung begründet. Betrachtet man nur die Frauen bzw. nur die Männer, zeigen sich jedoch auch in diesen Gruppen unter den Leiharbeitnehmern jeweils geringere Teilzeitbeschäftigungsanteile.

<sup>66</sup> Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Juli 2016, S. 9.

<sup>67</sup> Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Januar 2016, S. 9; Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Juli 2016, S. 9.

## 2. Nutzung von Leiharbeit in Betrieben mit Betriebsrat

Daten der WSI-Betriebsrätebefragung<sup>68</sup> 2015 zeigen, dass auch in Betrieben mit Betriebsrat Leiharbeit ein häufig genutztes Instrument ist. So nutzten im Frühjahr 2015 41,9 % aller Betriebe mit Betriebsrat und mindestens 20 Beschäftigten in Deutsch-

terschiede in Abhängigkeit der Intensität der Nutzung von Leiharbeit: In denjenigen Betrieben, die nur wenig Leiharbeit nutzen, ist nach Schätzungen der Betriebsräte die Mehrheit der Leiharbeitnehmer in 19,6 % der Betriebe länger als 12 Monate eingesetzt, in denjenigen Betrieben, die Leiharbeit intensiv nutzen, beträgt dieser Anteil 49,7 % (vgl. Tabelle 1).

Tabelle 1

Nutzungsintensität<sup>74</sup> und Einsatzdauer von Leiharbeitnehmern (2015)

	Einsatz der Mehrheit der Leiharbeitnehmer für...			
	weniger als 3 Monate	3 bis 6 Monate	6 bis 12 Monate	mehr als 12 Monate
<b>Alle Betriebe</b>	20,4%	22,9%	24,5%	32,2%
<b>Sehr geringe Nutzung</b>	30,7%	28,0%	21,7%	19,6%
<b>Geringe Nutzung</b>	23,2%	25,1%	27,1%	24,7%
<b>Hohe Nutzung</b>	14,6%	24,8%	24,7%	36,0%
<b>Sehr hohe Nutzung</b>	10,9%	14,5%	24,9%	49,7%

Quelle: WSI-Betriebsrätebefragung 2015; eigene Berechnungen

Hans Böckler  
Stiftung 

land das Instrument der Leiharbeit. Der Anteil der Leiharbeitnehmer betrug 2015 in diesen Betrieben unter allen Beschäftigten im Durchschnitt 3,1 %.

16,1 % der im Rahmen der WSI-Betriebsrätebefragung befragten Betriebsräte gaben an, dass in ihrem Betrieb aktuell eine gültige Betriebsvereinbarung zu Leih- bzw. Zeitarbeit bestünde. Rund jede vierte dieser Vereinbarungen wurde seit 2014 abgeschlossen – ein weiteres Indiz dafür, dass Leiharbeit in der betrieblichen Realität eine bedeutsame Rolle spielt. Auch bei den Betriebsvereinbarungen zeigt sich eine deutliche Abhängigkeit von der Nutzungsintensität (15,5 % bei den „sehr geringen“ Nutzern gegenüber 35,8 % bei „sehr hoher“ Nutzung). Auch Betriebe ohne Leiharbeitnehmer haben in 8,1 % der Fälle eine Betriebsvereinbarung zum Thema Leiharbeit. Zudem gaben 12,6 % derjenigen Betriebsräte, deren Betriebe gar keine Leiharbeitnehmer beschäftigen, an, sie hätten sich seit 2014 trotz alledem mit dem Thema intensiv auseinandergesetzt.

Wie sich Tabelle 1 entnehmen lässt, war in 2015 in rund einem Drittel aller Leiharbeit nutzenden Betriebe mit Betriebsrat und mindestens 20 Beschäftigten die Mehrheit der Leiharbeitnehmer länger als 12 Monate eingesetzt. Insoweit ergeben sich Un-

terschiede in der Einsatzdauer von Leiharbeitern lassen sich auch nach Branchen und Betriebsgrößenklassen anhand der WSI-Betriebsrätebefragung auswerten. Es zeigt sich, dass größere Betriebe nicht nur häufiger das Instrument der Leiharbeit nutzen als kleine Betriebe, sondern dass der überwiegende Teil der Leiharbeitnehmer in Großbetrieben ab 500 Beschäftigten auch häufiger mehr als zwölf Monate im Betrieb eingesetzt wird (36,9 % gegenüber 26,2 % in den kleinsten Betrieben) (Tabelle 2). Bei Betrachtung der Branchen zeigt sich, dass die Betriebe aus dem Bereich „Öffentliche Dienstleistungen / Erziehung / Gesundheit“, wengleich sie nur selten Leiharbeit nutzen, die Leiharbeitnehmer überwiegend nur kurz (kürzer als 3 Monate) einsetzen (50,8 %), während die Mehrheit der Leiharbeitnehmer in den Branchen „Finanz- und Versicherungsdienstleistungen“ sowie „Information und Kommunikation“ in 41,2 % der Betriebe mehr als 12 Monate eingesetzt wird.

68 Die WSI-Betriebsrätebefragung erlaubt repräsentative Aussagen zu allen Branchen für Betriebe ab 20 Beschäftigte und mit Betriebsrat. Aufgrund der Beschränkung auf diese Grundgesamtheit kann es zu abweichenden Angaben hinsichtlich der Leiharbeitsnutzung in allen deutschen Betrieben kommen. Befragt wurden rund 4.100 Betriebsräte. Zur Methodik siehe Baumann, H., Die WSI-Betriebsrätebefragung, WSI-Mitteilungen 8/2015, S. 630-638.

69 Die Nutzungsintensitäten bilden die Quartile der Anteile der Leiharbeitnehmer an der Gesamtbeschäftigung im Betrieb ab. „Sehr geringe Nutzung“ bedeutet weniger als 1,7 % Leiharbeitnehmer, „geringe Nutzung“ zwischen 1,7 und 4,0 % Leiharbeitnehmer, „hohe Nutzung“ zwischen 4,0 und 8,7 % und „sehr hohe Nutzung“ mehr als 8,7 % Leiharbeitnehmer an allen Beschäftigten. Berücksichtigt sind nur Betriebe, die Leiharbeit nutzen, d.h. in das erste Quartil fallen keine Betriebe ohne Leiharbeitnehmer.

## Nutzung und Einsatzdauer der Mehrheit von Leiharbeitnehmern nach Branche und Betriebsgrößenklasse (2015)

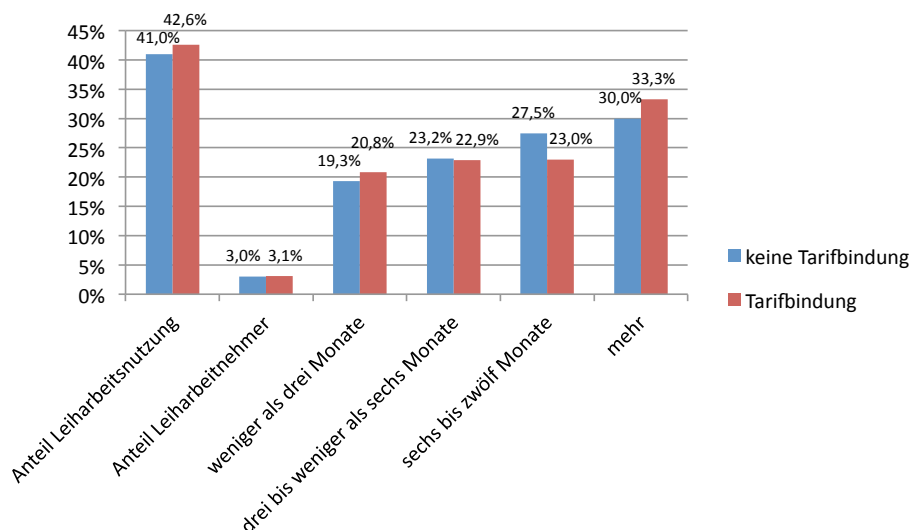
		Betriebe mit Leiharbeitsnutzung	Anteil Leiharbeiter <sup>71</sup>	Dauer des Einsatzes <sup>72</sup>			
				< 3 Mon.	3 bis 6 Mon.	6 bis 12 Mon.	> 12 Mon.
Branche	Bergbau / Prod. Gewerbe ohne Baugewerbe	62,53%	4,33%	15,49%	22,96%	27,72%	33,83%
	Baugewerbe	30,36%	2,86%	15,52%	27,42%	25,07%	31,98%
	Handel	31,90%	2,04%	23,59%	23,35%	20,58%	32,48%
	Verkehr und Lagerei / Gastgewerbe	48,76%	4,75%	19,88%	18,17%	24,29%	37,65%
	Information und Kommunikation / Finanz- und Versicherungsdienstleister	23,33%	0,96%	8,63%	23,46%	28,82%	39,09%
	Unternehmensnahe Dienstleistungen	40,94%	4,02%	15,94%	29,97%	27,67%	26,42%
	Öffentliche Dienstleistungen / Erziehung / Gesundheit	23,84%	1,47%	50,77%	16,07%	10,03%	23,13%
	Sonstige Branchen	17,87%	0,99%	36,42%	20,93%	12,46%	30,19%
Betriebsgröße	weniger als 50 Beschäftigte	14,63%	1,46%	28,00%	23,92%	22,86%	25,21%
	50 bis 99 Beschäftigte	32,60%	2,44%	21,35%	22,49%	25,43%	30,74%
	100 bis 199 Beschäftigte	42,62%	3,21%	20,76%	24,66%	24,67%	29,91%
	200 bis 499 Beschäftigte	54,87%	3,62%	20,67%	25,01%	22,91%	31,41%
	500 und mehr Beschäftigte	66,27%	4,73%	17,21%	19,10%	25,98%	37,71%

Quelle: WSI-Betriebsrätebefragung 2015; eigene Berechnungen

Hans Böckler  
Stiftung

Abbildung 5

## Angaben von Betriebsräten zu Einsatzzeiten der Mehrheit der bei ihnen eingesetzten Leiharbeiter nach Tarifbindung (Betriebe mit mind. 20 Beschäftigten und Betriebsrat)



Quelle: WSI-Betriebsrätebefragung 2015; eigene Berechnungen

Hans Böckler  
Stiftung

Abbildung 5 zeigt, dass es keine bedeutsamen Unterschiede hinsichtlich der Einsatzdauer der Mehrheit der Leiharbeiter in Betrieben mit und ohne Tarifbindung gibt, zumindest in den hier ana-

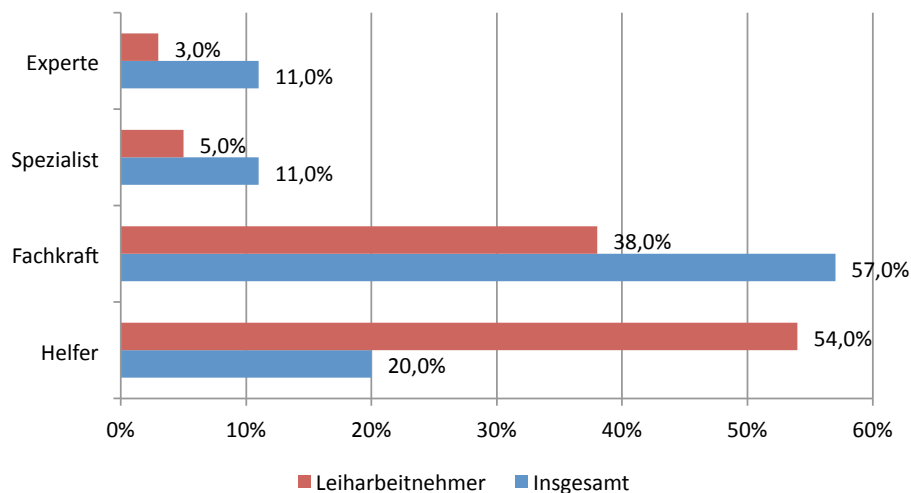
lysierten Betrieben mit Betriebsrat und mind. 20 Arbeitnehmern. In tarifgebundenen Betrieben mit Betriebsrat und mind. 20 Beschäftigten geben 33 % der Betriebsräte an, dass bei ihnen die Mehrheit der Leiharbeiter länger als ein Jahr im Betrieb eingesetzt sind, bei tarifungebundenen Betrieben dieser Betriebsgrößen beträgt dieser Anteil 30 %.

70 Es handelt sich um den durchschnittlichen Anteil der Leiharbeiter je Betrieb in der jeweiligen Kategorie.

71 Dauer der Beschäftigung der Mehrheit der Leiharbeiter.



Anforderungsniveau hinsichtlich der Tätigkeiten bei Leiharbeit (Juni 2015)



Quelle: Bundesagentur für Arbeit Januar 2016, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit, S. 11

Hans Böckler Stiftung

### 3. Leiharbeit – Beschäftigung unter Qualifikationsniveau

Betriebe tendieren dazu, verstärkt solche Tätigkeiten, die nur eine geringe Qualifikation erfordern, durch Leiharbeitnehmer erledigen zu lassen.<sup>72</sup> Vergleicht man die erhobenen Qualifikationsprofile zwischen Leiharbeitnehmern und allen abhängig Beschäftigten, fällt dies deutlich auf (vgl. Abb. 6).

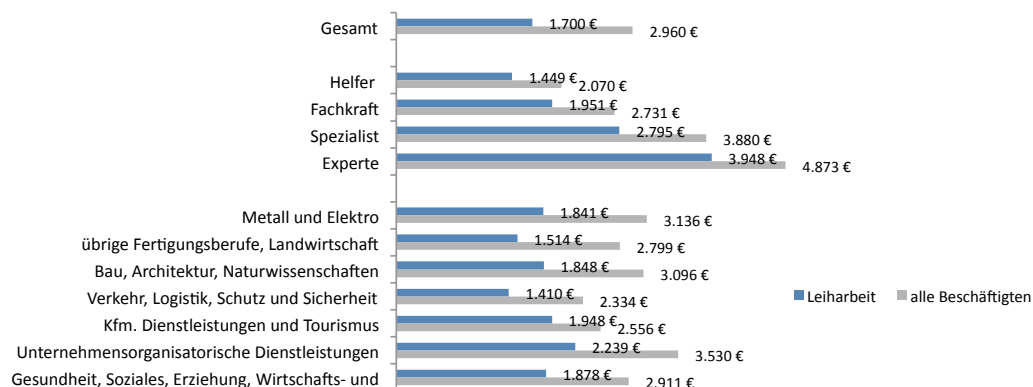
überlassung fällt deutlich geringer aus als der aller Beschäftigten; über alle Tätigkeitsbereiche hinweg verdienen Leiharbeitnehmer fast 43 % weniger. Dies gilt sowohl für unterschiedliche Anforderungsniveaus als auch für Berufe. Diese Befunde aus der Entgeltstatistik der Bundesagentur für Arbeit lassen sich Abbildung 7 entnehmen. Die Entgeltunterschiede mögen zum Teil auf strukturelle Unterschiede zurückzuführen sein. Leiharbeitnehmer unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Soziodemographie, ihres Qualifikationsniveaus und ihrer Erwerbsbiographien teils deutlich von anderen Beschäftigten. Deutlich ist dies anhand der oben geschilderten Qualifikationsanforderungen hinsichtlich der ausgeübten Tätigkeiten zu erkennen. Ungelernte Tätigkeiten sind unter Leiharbeitnehmern rund drei Mal

### 4. Einkommen von Leiharbeitnehmern

Es zeigen sich zudem deutliche Lohnunterschiede zwischen Leiharbeitnehmern und sonstigen Beschäftigten. Der Medianlohn<sup>73</sup> in der Arbeitnehmer-

Abbildung 7

Bruttoarbeitsentgelte in der Zeitarbeit (Dezember 2013)



Quelle: Bundesagentur für Arbeit Juli 2016, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit, S. 21

Hans Böckler Stiftung

<sup>72</sup> Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Januar 2016, S. 11.

<sup>73</sup> Der Medianlohn ist der Lohn, bei dem 50% der Beschäftigten mehr und 50% der Beschäftigten weniger verdienen. Für Lohnvergleiche eignet sich der Median besser als das arithmetische Mittel, da er durch einzelne sehr hohe oder sehr niedrige Löhne (Ausreißer) nicht maßgeblich beeinflusst wird.

häufiger anzutreffen als unter allen Beschäftigten. Jedoch konnte in einer Studie anhand der Integrierten Erwerbsbiographien (IEB) des IAB lediglich die Hälfte dieser Lohndifferenzen anhand solcher Merk-

male erklärt werden,<sup>74</sup> d.h. ein Teil der Lohndifferenzen geht auch auf die Beschäftigungsform Leiharbeit zurück. Eine weitere Analyse von Jahn und Pozzoli (2013) kam zu dem Ergebnis, dass die Entgeltunterschiede zumindest mit zunehmender Dauer eines Leiharbeitsverhältnisses abnehmen, nicht jedoch im Falle häufig wechselnder Leiharbeitsverhältnisse.<sup>75</sup>

Leiharbeit bringt weitere Nachteile. Zum einen enden viele Beschäftigungsverhältnisse in der Arbeitnehmerüberlassung bereits nach kurzer Dauer (s.o.); das Arbeitslosigkeitsrisiko von Leiharbeitnehmern ist fast fünfmal so hoch wie das unter allen Beschäftigungsverhältnissen.<sup>76</sup> Zum anderen besteht die Möglichkeit der Verdrängung von Normalarbeitsverhältnissen durch Leiharbeit.<sup>77</sup> Jahn und Weber (2013) gehen davon aus, dass etwa die Hälfte der in der Arbeitnehmerüberlassung entstandenen Beschäftigungsverhältnisse „auf Kosten von Jobs außerhalb der Branche“ gehen.<sup>78</sup> Die unmittelbaren Übernahmeeffekte aus Leiharbeit in Beschäftigungsverhältnisse bei Entleihern liegen bei gerade einmal 7-14 %.<sup>79</sup>

Leiharbeitnehmer weisen zudem eine deutlich geringere Arbeitszufriedenheit als andere Beschäftigtengruppen auf.<sup>80</sup> Diese geringere Arbeitszufriedenheit erklärt sich vor allem damit, dass die wahrgenommene Beschäftigungssicherheit von Leiharbeitnehmern geringer ist als bei anderen Beschäftigten. Diejenigen Leiharbeitnehmer, die ihren Arbeitsplatz als sicher betrachten, sind ähnlich zufrieden mit ihrem Job wie Beschäftigte mit festen Arbeitsverträgen (vgl. ebd.).

74 Jahn, E., Entlohnung in der Zeitarbeit. Auch auf die Mischung kommt es an, IAB Forum 1/2011, S. 40-49.

75 Jahn, E./Pozzoli, D., The pay gap of temporary agency workers. Does the temp sector experience pay off?, Labour Economics 24, 2013, S. 48-57.

76 Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Januar 2016, S. 15.

77 Baumann, H./ Brehmer, W., Mögliche Verdrängungsmechanismen von Normalarbeitsverhältnissen durch atypische Erwerbsformen, in: СОЦИАЛЬНО-ТРУДОВАЯ СФЕРА В УСЛОВИЯХ ИННОВАЦИОННОГО РАЗВИТИЯ: ГЛОБАЛЬНОЕ И ЛОКАЛЬНОЕ, 2015, S. 75-83, Saratow: „KUBiK“.

78 Jahn, E./Weber, E., Zeitarbeit. Zusätzliche Jobs, aber auch Verdrängung, IAB-Kurzbericht 2/2013, Nürnberg, S. 6.

79 7 % siehe RWI, Durchlässiger Arbeitsmarkt durch Zeitarbeit?, Bertelsmann Stiftung, Gütersloh 2012, S. 30. Zu den zitierten 14 % siehe Lichtblau, K./Schleiermacher, T./Schäfer, H., Zeitarbeit in Deutschland, IW Mai 2011, S. 34.

80 Jahn, E., Don't worry, be flexible? Job satisfaction among flexible workers, LASER Discussion Paper 71, Erlangen/Nürnberg, 2013, S. 24.

## ANHANG 2

### 1. Derzeitige gesetzliche und tarifliche Regelungen der Leiharbeit in Deutschland

#### 1. Derzeitige gesetzliche Regelungen der Leiharbeit im AÜG (Stand 13.9.2016)

Der deutsche Gesetzgeber hat in den letzten Jahren mit dem Ziel der Schaffung von mehr und flexibler Beschäftigung wiederholt die gesetzlichen Regelungen der Leiharbeit reformiert und Arbeitgebern mehr und mehr Möglichkeiten an die Hand gegeben, Leiharbeit anstelle von Stammbeschäftigten einzusetzen.

Das die Leiharbeit in Deutschland regelnde Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) wurde 1972 eingeführt. 1985 hat der deutsche Gesetzgeber die Dauer der möglichen Überlassung von Leiharbeitnehmern an Entleiher von 3 auf 6 Monate erhöht, 1994 auf 9 Monate, 1997 auf 12 Monate und 2002 auf 24 Monate (siehe auch IAB-Kurzbericht 13/2014, S. 2). 2003 wurde die Beschränkung der Überlassungshöchstdauer im Rahmen der sog. Hartz-Gesetze ganz aufgehoben, 2011 aufgrund der in Deutschland umzusetzenden EU-Leiharbeitsrichtlinie auf vorübergehende Überlassung beschränkt. Zudem wurde 2003 das Synchronisationsverbot, das heißt das Verbot, den Arbeitsvertrag von Leiharbeitnehmern auf ihre Einsatzdauer beim Entleiher zu befristen, aufgehoben und die Regeln für die Leiharbeit im Bausektor gelockert.

Heute gelten für die Leiharbeit in Deutschland folgende, im Kontext der anstehenden Reformen relevante, wesentliche gesetzliche Regelungen, die aus der Umsetzung der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG resultieren:

Gemäß § 1 I 1 AÜG bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, einer Überlassungserlaubnis; fehlt diese, ist der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer unwirksam und es wird ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert (§§ 9 Nr. 1, 10 I AÜG).

Gemäß § 1 I 2 AÜG darf die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher nur vorübergehend erfolgen. Was vorübergehende Überlassung bedeutet, ist umstritten; höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Frage existiert bisher nicht. Unklar ist zum einen, welche Dauer der Überlassung zulässig ist, zum anderen ob für die Beurteilung des Kriteriums „vorübergehender Leiharbeit“ auf den Arbeitsplatz beim Entleiher (Frage nach Einsatz auf Dauerarbeitsplatz) oder auf die Dauer des Einsatzes des zu überlassenden Arbeitnehmers abzustellen ist. Selbst die dauerhafte Überlassung von Leiharbeitnehmern ist aufgrund der derzeitigen Rechtslage sanktionslos – dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung stellt



derzeit weder einen Ordnungswidrigkeitstatbestand dar, noch wird ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert (siehe BAG 9 AZR 51/13).

§ 9 AÜG sieht zum Schutz von Leiharbeitnehmern und zur Vermeidung missbräuchlicher Vertragskonstellationen derzeit verschiedene Unwirksamkeitsregelungen vor. So sind Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie Verträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern unwirksam, wenn der Verleiher nicht die erforderliche Überlassungserlaubnis besitzt. Zudem hat der Leiharbeitnehmer gemäß § 10 IV AÜG einen Anspruch auf equal pay und equal treatment (gleicher Lohn und wesentlich gleiche Arbeitsbedingungen wie Stammbeschäftigten im Entleihbetrieb) ab dem ersten Einsatztag beim Entleiher. Vereinbarungen, die für den Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher schlechtere als die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vorsehen, sind unwirksam. Abweichungen von equal pay und equal treatment sind derzeit ohne gesetzliche zeitliche Begrenzung durch Tarifverträge bzw. arbeitsvertragliche Bezugnahme möglich, solange das zu zahlende Entgelt die Mindestwerte der in § 3a AÜG festgelegten Lohnuntergrenze nicht unterschreitet (§ 9 Nr. 2 AÜG).

Gemäß § 13b AÜG hat der Entleiher im Hinblick auf equal treatment Leiharbeitnehmern Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten im Unternehmen grundsätzlich unter den gleichen Bedingungen zu gewähren wie vergleichbaren Arbeitnehmern in dem Betrieb, in dem der Leiharbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt.

§ 11 V AÜG sieht für den Fall eines Arbeitskampfes derzeit vor, dass bei einem Entleiher eingesetzte Leiharbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht dahingehend haben, dass sie nicht verpflichtet sind, bei unmittelbar vom Streik betroffenen Entleihern tätig zu sein. Ein Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als sogenannte Streikbrecher existiert derzeit nicht.

Die Mitbestimmung bei Leiharbeit ist grundsätzlich zweigeteilt, da nicht nur der Betriebsrat des Verleihbetriebs für die Vertretung der Leiharbeitnehmer zuständig ist, sondern in bestimmten Punkten auch der Betriebsrat des Entleihbetriebs, so z. B. bei Fragen der Arbeitsorganisation im Entleihbetrieb. Gemäß § 14 III AÜG iVm § 99 BetrVG muss der Entleiher in Betrieben mit mehr als 20 Arbeitnehmern zudem vor dem Einsatz der Leiharbeitnehmer im Betrieb die Zustimmung des Entleihbetriebsrates einholen. Plant der Entleiher einen bestimmten Leiharbeitnehmer dauerhaft einzusetzen, kann der Entleihbetriebsrat gemäß § 99 II Nr. 1 BetrVG seine Zustimmung zum Einsatz des Leiharbeitnehmers verweigern, da der dauerhafte Einsatz eines Leiharbeitneh-

mers einen Verstoß gegen § 1 AÜG. Gemäß § 11 VI AÜG sind für die Gewährleistung des Arbeits- und Gesundheitsschutzes von Leiharbeitnehmern sowohl der Entleiher als auch der Verleiher verantwortlich; hier bestehen gemäß § 87 I Nr. 7 BetrVG entsprechende Mitbestimmungsmöglichkeiten des Verleih- sowie des Entleihbetriebsrates.

## **2. Tarifvertragliche Regelungen in Sachen Leiharbeit**

Im Bereich Leiharbeit existieren mittlerweile zahlreiche tarifvertragliche Regelungen. Hierbei kann grundlegend zwischen zwei Arten von Tarifverträgen unterschieden werden. Zum einen bestehen Tarifverträge zwischen den Gewerkschaften und den Leiharbeitsfirmen. Darüber hinaus existieren Tarifverträge mit Entleihern.

### **2.1. Tarifverträge mit den Leiharbeitsfirmen**

Die Mitgliedsgewerkschaften innerhalb des Deutschen Gewerkschaftsbundes haben sich zu einer Tarifgemeinschaft zusammengeschlossen, die gemeinsam Tarifverträge mit den beiden größten Arbeitgeberverbänden in der Leiharbeit – dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e. V. (iGZ) und dem Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V. (BAP) – geschlossen hat. Mit diesen Tarifverträgen werden deutlich über 90 % aller Leiharbeitnehmer erfasst.

Die für die Leiharbeitsfirmen abgeschlossenen Tarifverträge umfassen u. a.

- Entgelttarifverträge über das jeweils aktuelle Entgeltniveau;
- Entgelttarifverträge, die die Entgeltstruktur festlegen;
- Manteltarifverträge, in denen alle sonstigen Arbeitsbedingungen (wie z.B. Arbeitszeiten, Urlaub, Zuschläge, Jahressonderzahlungen usw.) geregelt werden.

Darüber hinaus haben die Gewerkschaften und Leiharbeitsarbeitgeberverbände einen gesonderten Tarifvertrag über Mindeststundenentgelte in der Leiharbeit vereinbart, der nach dem AÜG (§ 3a) allgemeinverbindlich ist und damit auch von nicht-tarifgebundenen Leiharbeitsfirmen beachtet werden muss. Derzeit (Stand August 2016) liegt der Mindestlohn für Leiharbeitnehmer bei 9,00 Euro pro Stunde in Westdeutschland und bei 8,50 Euro in Ostdeutschland.

Im Rahmen der Manteltarifverträge wurden darüber hinaus so genannte „Streikklauseln“ vereinbart, wonach Leiharbeiter nicht in Betrieben eingesetzt werden dürfen, die von einer DGB-Mitgliedsgewerkschaft ordnungsgemäß bestreikt werden.

## 2.2. Tarifverträge mit den Entleihbetrieben

Obwohl die Leiharbeitsbranche nahezu flächendeckend tarifgebunden ist, regeln die mit Verleihern geschlossenen Tarifverträgen häufig lediglich Mindestbedingungen und verhindern häufig nicht, dass zwischen Leiharbeitnehmern und den Stammbeschäftigten der Entleihbetriebe im Hinblick auf die Entlohnung und die sonstigen Arbeitsbedingungen Unterschiede bestehen. Um diese Unterschiede weiter zu verringern haben sich die Gewerkschaften seit Ende der 2000er Jahre verstärkt darum bemüht, direkt bei den Entleihbetrieben eine Verbesserung der Bedingungen von Leiharbeitnehmern zu erreichen. Zwischen 2008 und 2012 ist es z.B. der IG Metall gelungen, in etwa 1.200 Betrieben so genannte „Besservereinbarungen“ abzuschließen, in denen sich die Entleihbetriebe verpflichteten, die Entgelte und die Arbeitsbedingungen der bei ihnen eingesetzten Leiharbeitnehmer zu verbessern. In einigen dieser betrieblichen Vereinbarungen wurden darüber hinaus auch die Rechte des Betriebsrates im Hinblick auf den Einsatz von Leiharbeitnehmern gestärkt.

Im Jahr 2010 ist es der IG Metall erstmals gelungen,

in der Stahlindustrie eine branchenweite Regelung für Leiharbeitnehmer abzuschließen, in der sich die Entleihbetriebe der Stahlindustrie dazu verpflichteten, in ihren Verträgen mit Verleihunternehmen darauf hinzuwirken, dass die Leiharbeitnehmer für ihre Einsatzzeit im Stahlbetrieb ein Entgelt in der Höhe erhalten, wie es nach der gültigen Lohn- und Gehaltstabelle der Stahlindustrie zu zahlen ist.

## 2.3. Branchenzuschlagstarifverträge

In den Jahren 2012 und 2013 konnten die Gewerkschaften in insgesamt 12 Tarifbranchen (darunter der Metall- und Chemieindustrie) so genannte Branchenzuschläge für Leiharbeitnehmer vereinbaren (Tabelle 3). Der Branchenzuschlag wird für die Dauer des Einsatzes im Entleihbetrieb gezahlt und richtet sich nach der jeweiligen ununterbrochenen Einsatzdauer. Nach Angaben der IG BCE erreichen die Leiharbeitnehmer in der Chemieindustrie durch die Branchenzuschläge in der Endstufe (d.h. ab dem 10. Monat) zwischen 85 und 90 % des Entgeltes eines Stammarbeitnehmers. Ähnliches gilt für die Branchenzuschläge in der Metallindustrie.

Tabelle 3

### Tarifvertragliche Branchenzuschläge für Leiharbeitnehmer

Branche	Engelt-Gruppe	Zuschläge in % nach Einsatzdauer				
		ab 7. Woche	ab 4. Monat	ab 6. Monat	ab 8. Monat	ab 10. Monat
Chemie	E1 - E2	15	20	30	45	50
	E3 - E5	10	14	21	31	35
	E6 - E9	0	0	0	0	0
Druckindustrie	E1 - E5	8*	15	20	35	45
	E6 - E9	0	0	0	0	0
Eisenbahn	E1 - E2	4	6	8	12	14
	E3	3	4	6	9	10
	E4 - E5	4	6	8	12	14
	E6 - E9	0	0	0	0	0
Holz und Kunststoff	E1 - E9	7	10	15	22	31
Kali- und Steinsalz-Bergbau	E1 - E2	7	9	13	17	20
	E3 - E4	3	5	7	9	11
	E5	3	5	8	9	10
	E6 - E9	0	0	0	0	0
Kautschuk	E1 - E2	4	7	10	13	16
	E3	3	4	6	9	10
	E4 - E6	4	7	10	13	16
	E7 - E9	0	0	0	0	0
Kunststoff	E1 - E2	7	10	15	22	25
	E3 - E4	4	6	9	13	15
	E5	3	4	6	9	10
	E6 - E9	0	0	0	0	0
Metall	E1 - E9	15	20	30	45	50
Papierverarbeitung	E1 - E9	4*	8	12	16	20
Papierherzeugung	E1 - E5	4	8	12	16	20
	E6 - E9	0	0	0	0	0
Tapetenindustrie	E1 - E9	7*	11	15	19	23
Textil-Bekleidung	E1 - E9	5	10	15	20	25

\* ab 5. Woche

Darüber hinaus wurden in einigen Tarifverträgen (wie z.B. in der Metallindustrie) die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates beim Einsatz von Leiharbeit gestärkt und die Chancen für Leiharbeiter, vom Entleihbetrieb übernommen zu werden, verbessert. Nach 24 Monaten Einsatzdauer wurde eine Übernahmepflicht eingeführt.

Mit den Branchenzuschlägen wurden die Einkommensbedingungen für die Leiharbeiter in den betroffenen Branchen deutlich verbessert. Allerdings zeigen sich auch Grenzen dieser Regelungen. So konnte bislang außerhalb der Stahlindustrie in keiner Branche eine echte equal pay-Regelung durchgesetzt werden. Darüber hinaus hat sich auch die Anzahl der Tarifverträge mit Branchenzuschlägen seit dem Jahr 2013 nicht mehr erhöht und bleibt damit auf die ursprünglichen 12 Tarifbranchen beschränkt (siehe Tabelle 3). Dies deutet darauf hin, dass in vielen anderen Branchen entsprechende Regelungen entweder nicht sachgerecht und/oder politisch nicht durchsetzbar sind. Letzteres dürfte u.a. damit zusammenhängen, dass in vielen Branchen Leiharbeiter in der Regel nur eine sehr kurze Einsatzdauer haben und damit tarifvertragliche Branchenzuschläge nur eine sehr begrenzte Wirksamkeit entfalten.

## 2. Wichtige Gerichtsurteile in Sachen Leiharbeit

### Aktuelle Rechtsprechung des BAG in Sachen Leiharbeit (Auszug)

In Sachen Leiharbeit sind in den letzten Jahren wichtige, größtenteils die Rechte von Leihararbeitnehmern stärkende, BAG-Entscheidungen ergangen.

BAG 18.5.2006 – 2 AZR 412/05 – Kurzfristige Auftragslücken gehören zum wirtschaftlichen Risiko der Leiharbeitsfirma – sie berechtigen den Verleiher nicht, Leiharbeiter betriebsbedingt zu kündigen. Notwendig seien vielmehr längere Auftragsausfälle bzw. ein längerfristiger Auftragsrückgang.

BAG 23.5.2012 – 1 AZB 58/11 – Die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) war seit dem Zeitpunkt ihrer Gründung nicht tariffähig mit der Folge, dass die von ihr geschlossenen Tarifverträge von Anfang an unwirksam sind, siehe auch BAG 13.3.2013 – 5 AZR 242/12 sowie BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 zu Nachzahlungsansprüchen auf equal pay in diesem Kontext.

BAG 18.10.2011 – 1 AZR 335/10 – Bei der Ermittlung der für die Anwendbarkeit des § 111 BetrVG maßgeblichen Unternehmens-

größe und die damit einhergehende Frage des Bestehens der Pflicht im Rahmen einer Betriebsänderung Verhandlungen zum Abschluss eines Interessenausgleichs zu führen, sind Leiharbeiter, die länger als drei Monate im Unternehmen eingesetzt sind, im Entleihbetrieb mitzuzählen.

BAG 10.10.2012 – 7 ABR 53/11 – Beschäftigungszeiten als Leiharbeiter im Entleihbetrieb sind auf die für die Frage der Wählbarkeit zum Betriebsrat relevante Dauer der Betriebszugehörigkeit (§ 8 I 1 BetrVG) anzurechnen, wenn der Leiharbeiter im Anschluss an die Überlassung in ein Arbeitsverhältnis beim Entleiher übernommen wird.

BAG 24.1.2013 – 2 AZR 140/12 – Bei der Bestimmung der Betriebsgröße iSv § 23 I 3 KSchG für die Frage der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes sind im Betrieb des Entleihers beschäftigte Leiharbeiter zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht.

BAG 13.3.2013 – 7 ABR 69/11 – Im Entleihbetrieb regelmäßig beschäftigte Leiharbeiter sind bei der Berechnung der Größe des Betriebsrats im Entleihbetrieb gemäß § 9 BetrVG grundsätzlich zu berücksichtigen.

BAG 13.3.2013 – 5 AZR 242/12 – Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf mehrere eigenständige tarifliche Regelwerke im Bereich Leiharbeit, die gleichzeitig auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden sollen, ist intransparent gemäß § 307 BGB und deshalb unwirksam. Es bedarf einer Kollisionsregel, der sich entnehmen lässt, welches der mehreren in Bezug genommenen tariflichen Regelwerke bei sich widersprechenden Regelungen den Vorrang haben soll.

BAG 20.6.2013 – 2 AZR 271/12 – Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Verleiher im Rahmen der Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen. Kündigt eine Zeitarbeitsfirma (Verleiher) einem Arbeitnehmer betriebsbedingt, muss die Sozialauswahl auch die bei Kunden (Entleiher) eingesetzten Leiharbeiter berücksichtigen.

BAG 10.7.2013 – 7 ABR 91/11 – Nicht vorübergehende Leiharbeit ist verboten. Beabsichtigt der Entleiher, einen Leiharbeiter mehr als vorübergehend zu beschäftigen, kann der Betriebsrat des Entleihbetriebs nach §§ 14 III 1 AÜG, 99 II Nr. 1 BetrVG die Zustimmung zur Übernahme verweigern, denn der nicht nur vorübergehende Einsatz eines Leiharbeiters stellt einen Verstoß gegen § 1 I 2 AÜG und damit einen Widerspruchgrund für den Betriebsrat des Entleihbetriebs gemäß § 99 II Nr. 1 BetrVG dar.

BAG 10.12.2013 – 9 AZR 51/13 – Besitzt ein Ar-

beitgeber die erforderliche Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, kommt zwischen Leiharbeiter und Entleiher laut BAG kein Arbeitsverhältnis zustande, wenn der Einsatz des Leiharbeitnehmers entgegen der Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG nicht nur vorübergehend erfolgt, so auch BAG 3.6.2014 – 9 AZR 111/13. Damit bleibt der nicht nur vorübergehende Einsatz von Leiharbeitnehmern beim Entleiher für diesen sanktionslos.

BAG 20.2.2014 – 2 AZR 859/11 – Zeiten, während derer ein Leiharbeiter in den Betrieb des Entleihers eingegliedert war, sind in einem späteren Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem Entleiher regelmäßig nicht auf die Wartezeit für die Anwendbarkeit des § 1 Abs. 1 KSchG anzurechnen.

BAG 15.10.2014 – 7 ABR 74/12 – Grundsätzlich existiert kein Zutrittsrecht des VerleiherBR zu Betrieben der Entleiher. Der Entleiher ist nicht verpflichtet, den Mitgliedern des in dem Betrieb des Verleiher gebildeten Betriebsrats jederzeit und unabhängig von einem konkreten Anlass Zutritt zu seinem Betrieb zu gewähren.

BAG 4.11.2015 – 7 ABR 42/13 – Auf Stammarbeitsplätzen eingesetzte wahlberechtigte Leiharbeiter zählen bei dem für das Wahlverfahren maßgeblichen Schwellenwert des § 9 Abs. 1 und Abs. 2 MitbestG mit.

BAG 18.1.2012 – 7 AZR 723/10 – Darüber hinaus hat das BAG in letzter Zeit wichtige Entscheidungen zur Frage der Abgrenzung von Leiharbeit und Werkverträgen getroffen: Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 I 1 BGB ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführungen des Werks erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst.

### **Wichtige Entscheidungen in Sachen Leiharbeit haben auch verschiedene unterinstanzliche Gerichte für Arbeitsachen in Deutschland getroffen:**

So entschieden verschiedene Landesarbeitsgerichte zum Thema Kündigungsschutz, dass mit Leiharbeitnehmern besetzte Arbeitsplätze beim Entleiher als freie Arbeitsplätze gelten (LAG Hamm 21.12.2007 – 4 Sa 1892/06 und 23.3.2009 – 8 Sa 313/08; LAG Köln 14.8.2009 – 11 Sa 320/09). Bestätigt wurde diese Rechtsprechung auch durch das LAG Köln in einer Entscheidung aus 2011 (27.6.2011 – 2 Sa 1369/10): Danach gelten mit Leiharbeitnehmern besetzte Arbeitsplätze als freie Arbeitsplätze i. S. d. KSchG. Vor Ausspruch der Kündigung eines Stammarbeitnehmers muss beim Entleiher zunächst der mit einem Leiharbeiter besetzte Arbeitsplatz angeboten werden, da dieser als freier Arbeitsplatz gilt. Maßgeblich sei dabei, ob der gekündigte Stammarbeiter einen Leiharbeiter ersetzen könnte oder ob seine bisherige Arbeitsaufgabe entfallen ist und er die verbliebenen Aufgaben nicht ausführen könnte.

Zudem hat das LAG Baden-Württemberg (27.2.2015 – 9 TaBV 8/14) in Anlehnung an die BAG-Rechtsprechung zum Mitzählen von Leiharbeitnehmern bei der Größe des Betriebsrates im Entleihbetrieb entschieden, dass Leiharbeiter auch für die Frage der Anzahl der gesetzlichen Freistellungen des Betriebsrates nach § 38 BetrVG mitzuzählen sind (Rechtsbeschwerde zum BAG eingelegt, siehe 7 ABR 16/15).

### **Wichtige EuGH-Entscheidungen in Sachen Leiharbeit (Auszug)**

EuGH 21.10.2010 – C-242/09 – Für den Bereich Leiharbeit hat auch der EuGH in den letzten Jahren wichtige Entscheidungen getroffen, so z.B. im Rahmen eines niederländischen Vorlageverfahrens in der Rechtssache Albron Catering BV. Hier entschied der EuGH entgegen der bisherigen deutschen Rechtsprechung in Sachen Betriebsübergang, dass im Falle eines Betriebsübergangs im Konzern auch beim Entleiher eingesetzte Leiharbeiter auf den Erwerber übergehen können, auch wenn sie in keinem Arbeitsverhältnis zum Entleiher stehen. Zum Schutz der Leiharbeiter könne „Veräußerer“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Buchst. a der EU-Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG auch das Konzernunternehmen sein, bei dem die Leiharbeiter ständig eingesetzt waren, ohne jedoch mit diesem durch einen Arbeitsvertrag verbunden gewesen zu sein.

EuGH 11.4.2013 – C-290/12 – Eine für Leiharbeiter weniger erfreuliche Entscheidung

hat der EuGH im April 2013 im Rahmen eines italienischen Vorlageverfahrens getroffen. Hier entschied der EuGH, dass die vor Missbrauch schützende EU-Teilzeit- und Befristungsrichtlinie 1999/70/EG nicht für befristet beschäftigte Leiharbeiter gelte, denn die Sozialpartner haben bei Abschluss der Teilzeit- und Befristungsrichtlinie 1999 vereinbart, für Leiharbeiter separate Befristungsschutzregelungen zu treffen. Konsequenterweise finde daher die Teilzeit- und Befristungsrichtlinie keine Anwendung auf Leiharbeiter.

EuGH 17.3.2015 – C-533/13 – Mit Spannung erwartet wurde das im Rahmen eines finnischen Vorlageverfahrens ergangene EuGH-Urteil zur Frage der Möglichkeit der Beschränkung von Leiharbeit durch Tarifverträge. Interessant im Hinblick auf die in Deutschland angedachten Reformen im Bereich Leiharbeit war bei dieser Entscheidung u.a. auch die Antwort des EuGH auf die Frage nach der Funktion von Leiharbeit. Eine der Vorlagefragen in diesem Verfahren lautete: „Ist Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104 dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach der Einsatz von Leiharbeitern nur in den eigens aufgeführten Fällen wie dem Ausgleich von Arbeitsspitzen oder bei Arbeiten, die nicht durch eigene Arbeitnehmer eines Unternehmens erledigt werden können, zulässig ist? Kann der längerfristige Einsatz von Leiharbeitern neben den eigenen Arbeitnehmern eines Unternehmens im Rahmen der gewöhnlichen Arbeitsaufgaben des Unternehmens als verbotener Einsatz von Leiharbeitskräften eingestuft werden?“ Die Schlussanträge des den EuGH beratenden Generalanwalts stimmten hoffnungsvoll. Laut Generalanwalt stünde das EU-Recht einer nationalen Regelung nicht entgegen, die zum einen den Einsatz von Leiharbeit auf vorübergehende Aufgaben beschränkt, die aus objektiven Gründen nicht durch die vom entleihenden Unternehmen direkt beschäftigten Arbeitnehmer ausgeführt werden können, und die zum anderen den Einsatz von Leiharbeitern neben den vom Unternehmen direkt beschäftigten Arbeitnehmern über einen längeren Zeitraum zur Erledigung von Aufgaben, die mit denen der Letztgenannten identisch sind, verbietet, denn Leiharbeit sei kein Ersatz für feste Formen der Arbeit. Eine direkte Beschäftigung sei ein gegenüber der Leiharbeit bevorzugtes Beschäftigungsverhältnis. Leiharbeit sei gekennzeichnet durch die zeitlich beschränkte Natur dieser Arbeitsform. Der Einsatz von Leiharbeit über einen längeren Zeitraum sei ein Indiz für Missbrauch. Deshalb dürfe Leiharbeit u.a. dann eingeschränkt werden, wenn feste Arbeitsverhältnisse ohne berechtigten Grund auf Leiharbeiter übertragen werden sollen, Leiharbeit sich zu Ungunsten di-

rekter Arbeitsverhältnisse auswirkt bzw. Leiharbeit für mehr als nur für den Zweck eines Ausgleichs von Arbeitsspitzen eingesetzt wird. Der EuGH entschied aufgrund der Fallkonstellation im Ausgangsverfahren letztendlich nur über die Frage, ob Tarifverträge Leiharbeit einschränken könnten; zu Funktionen der Leiharbeit hat der EuGH in seinem Urteil keine Ausführungen gemacht. Das EuGH-Urteil ist allerdings insoweit positiv für die politischen Debatten zur Begrenzung von Leiharbeit als der EuGH tarifliche Regelungen, die Leiharbeit begrenzen, bei Beachtung der Vorgaben des Art. 4 EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG grundsätzlich für zulässig erachtet hat.

## ANHANG 3

### Weitere Empirie zu Werkverträgen in Deutschland

Abbildung 8 verdeutlicht, dass in Betrieben mit Betriebsrat und mindestens 20 Beschäftigten in Deutschland eingesetzte Fremdfirmenbeschäftigte im Verhältnis zur Gesamtbelegschaft<sup>82</sup> der Einsatzbetriebe über alle Wirtschaftszweige und Betriebsgrößen hinweg bereits 6 % an allen im Betrieb tätigen Beschäftigten ausmachen. In Großbetrieben mit mehr als 500 Beschäftigten fällt der relative Anteil der Fremdfirmenbeschäftigten an der Gesamtbelegschaft dabei geringer aus als in klein- und mittelständischen Betrieben.

Betrachtet man diese Ergebnisse getrennt für die einzelnen Branchen<sup>83</sup> (Abbildung 9) so ergibt sich im produzierenden Gewerbe in Betrieben mit Betriebsrat und mindestens 20 Beschäftigten eine durchschnittliche Anzahl von 31 Fremdfirmenbeschäftigten (Beschäftigte aus Werkvertragsunternehmen) in den betroffenen Betrieben, was einem Anteil von 6 % an der Gesamtbelegschaft entspricht. Repräsentative Ergebnisse lassen sich sonst nur noch für den Handel ausweisen, wo durchschnittlich 29 Fremdfirmenbeschäftigte aus Werkvertragsunternehmen in einem Betrieb tätig sind, was wiederum einem Anteil von 7 % an der Gesamtbelegschaft der Betriebe entspricht.

81 Die Frage, die den in diesem Abschnitt befindlichen Grafiken 8, 9 zugrunde lag, lautete: „Gibt es folgende Beschäftigte von Fremdfirmen in Ihrem Betrieb?“ A. Freie Mitarbeiter B. Beschäftigte von Werkvertragsunternehmen C. Leiharbeitskräfte“ Wurde Item B bejaht, wurde folgende Frage nachgeschoben: „Wie viele sind das?“ bzw. „Wie hoch ist der Anteil?“

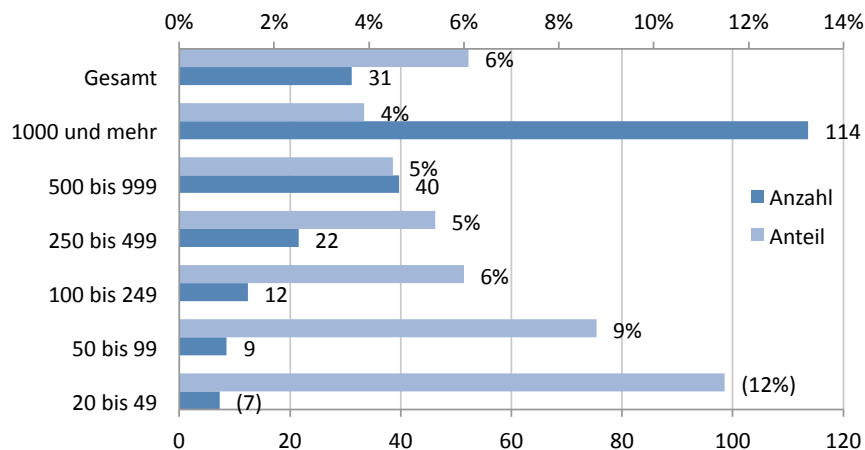
82 Zur Gesamtbelegschaft wurden Stammbeschäftigte, Leiharbeiter und die im Betrieb eingesetzten Beschäftigte von Werkvertragsunternehmen gezählt, nicht jedoch freie Mitarbeiter.

83 In einer Vielzahl der Branchen sind die Ergebnisse aufgrund geringer Fallzahlen statistisch unsicher und werden daher hier nicht berücksichtigt. Aus dem gleichen Grund kann eine Differenzierung nach Betriebsgrößen innerhalb der einzelnen Branchen nicht durchgeführt werden.



Abbildung 8

**Durchschnittliche Anzahl der im Betrieb eingesetzten Beschäftigten von Werkvertragsunternehmen und ihr Anteil an der Gesamtbelegschaft in Prozent, Betriebe mit Betriebsrat und mindestens 20 Beschäftigten (2015)**

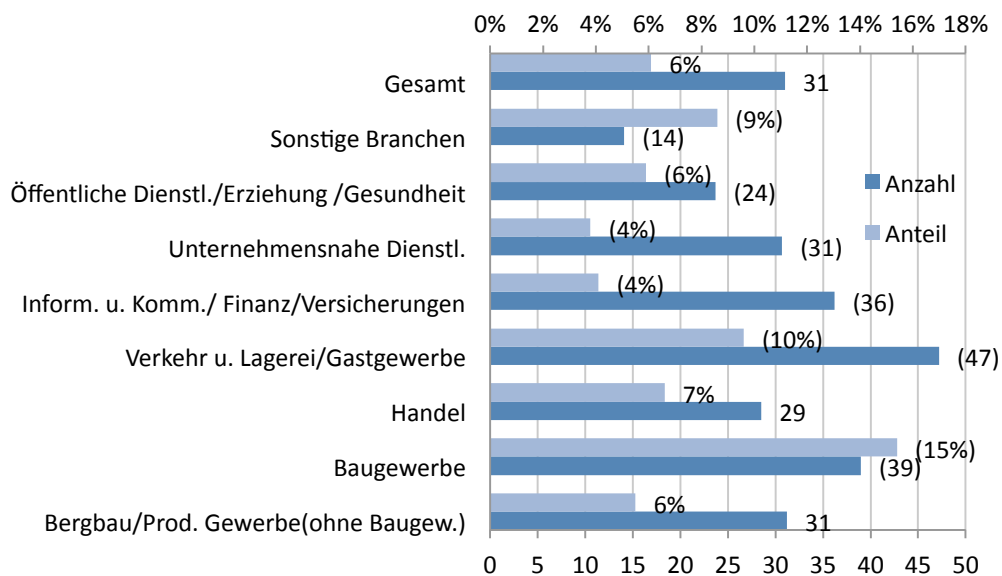


Quelle: Gewichtete Ergebnisse. Quelle: WSI-Betriebsrätebefragung 2015, eigene Berechnungen<sup>66</sup>.

Hans Böckler  
Stiftung

Abbildung 9

**Durchschnittliche Anzahl der im Betrieb eingesetzten Beschäftigten von Werkvertragsunternehmen und ihr Anteil an der Gesamtbelegschaft in Prozent, Betriebe mit Betriebsrat und mind. 20 Beschäftigten (2015) – nach Branche**



( ) = statistisch unsicherer Wert aufgrund geringer Fallzahl. Gewichtete Ergebnisse.  
Quelle: WSI-Betriebsrätebefragung 2015, eigene Berechnungen.

Hans Böckler  
Stiftung

WWW.BOECKLER.DE

## **IMPRESSUM**

### **Ausgabe**

**WSI Report Nr. 32, 10/2016**  
**Leiharbeit und Werkverträge**  
ISSN 2366-7079

### **Produktion**

Setzkasten GmbH, Düsseldorf  
Düsseldorf, Oktober 2016

Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches  
Institut der Hans-Böckler-Stiftung  
Hans-Böckler-Str. 39  
40476 Düsseldorf  
Tel.: +49 211 7778-0  
[www.wsi.de](http://www.wsi.de)