

Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal, RA, und Christian Andorfer, RA

# Neue Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag?

Stellungnahme zu der vorgesehenen Modifizierung des § 1 Abs. 1 AÜG durch den Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 1.6.2016

Nach dem Koalitionsvertrag der laufenden Legislaturperiode soll der „Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen“ verhindert werden. Als „Missbrauch“ wird in der politischen Diskussion der Einsatz von freien Werkverträgen statt genehmigungsbedürftiger Arbeitnehmerüberlassung durch die Unternehmen zu Lasten der Arbeitnehmer angesehen. Wann in der Praxis die eine oder die andere Vertragsgestaltung vorliegt, haben die Gerichte in langer Rechtsprechungspraxis sach- und interessengerecht entschieden. Im Koalitionsvertrag heißt es dazu: „Zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden werden die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßem und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt.“ Es sollen daher zum Schutze der Arbeitnehmer mehr Rechtssicherheit hergestellt und Missbräuche ausgeräumt werden. Der jetzt nach langem Vorlauf vorgelegte Regierungsentwurf geht über den Koalitionsvertrag hinaus. Der Entwurf enthält zusätzliche Belastungen für die Unternehmen. Hatte die Rechtsprechung nur dann Arbeitnehmerüberlassung angenommen, wenn die Arbeitnehmer vollständig in die Betriebsorganisation des Entleihers eingegliedert waren und allein dessen Weisungen unterlagen, so gibt der jetzige Gesetzesentwurf diese strengen Kriterien preis. Es soll jetzt genügen, dass die Arbeitnehmer „in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen“. Haben die in der Praxis unvermeidbaren Mischformen von Eingliederung und Weisungsunterworfenheit bisher die Annahme von Arbeitnehmerüberlassung ausgeschlossen, werden jetzt die Tatbestände der Arbeitnehmerüberlassung weit ausgedehnt. Die Unternehmen müssen sich, sollte das Gesetz mit dieser Änderung in Kraft treten, auf eine neue Rechtslage einstellen, werden verstärkt den Kontrollen der Zollbehörden ausgesetzt und, geraten vermehrt in die rigide Rechtsfolge des Überganges der Arbeitsverhältnisse nach den übrigen Vorschriften des Gesetzes. Es droht eine bislang ungekannte Kriminalisierung. Von einer Übernahme der Rechtsprechung in das Gesetz kann daher keine Rede sein. Ob das im wohlverstandenen Arbeitnehmerinteresse liegt, steht dahin. Eine Mehrbelastung der Unternehmen aber ist sicher. Der Gesetzesentwurf ist in diesem Punkte abzulehnen.

## I. Die Vereinbarung zum Werkvertrag im Koalitionsvertrag und der dazu vorgelegte Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 1.6.2016 zu § 1 AÜG

### 1. Zur Regelung im Koalitionsvertrag

Im Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode heißt es auf S. 69 unter dem Stichwort „Missbrauch von Werkvertragsgestaltung verhindern“:

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

Ausdrücklich wird also im Koalitionsvertrag von der Niederlegung der durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien gesprochen.

### 2. Zu dem dazu vorgelegten Entwurf zu § 1 AÜG

Um die vorgesehene Modifizierung der Überschrift von § 1 AÜG sowie die dazu vorgelegte Neufassung des § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG und § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG sachgerecht beurteilen zu können, ist zunächst die gegenwärtige Formulierung dieses Teils des § 1 AÜG in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.2.1995 wie folgt wiederzugeben:

„§ 1 AÜG geltende Fassung

*Erlaubnispflicht*

(1) Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis. ...“

Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 1.6.2016 heißt es auf S. 4:

„Artikel 1

Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 03. Februar 1995 (BGBl. I S. 158), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 1 wird wie folgt geändert

a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst: „Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht“

b) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

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

Im Ergebnis soll somit § 1 Abs. 1 S. 1 u. 2 AÜG hinsichtlich der hier anzusprechenden Gesichtspunkte wie folgt lauten:

„Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht

(1) 1 Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, bedürfen der Erlaubnis. 2 Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen ...“

### 3. Zur Begründung des Entwurfs

In der hierzu vorgelegten Begründung heißt es auf S. 17 des Entwurfs vom 1.6.2016 in B. Besonderer Teil:

„Zu Artikel 1 (Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes) Zu Nummer 1 Zu Buchst. a

Folgeänderung zu den inhaltlichen Änderungen in § 1. Dort werden neben der Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung auch Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung geregelt. Dem wird durch die ergänzte Überschrift Rechnung getragen.

Zu Buchst. b

In § 1 wird Absatz 1 neu gefasst.“

In § 1 Abs. 1 S. 1 wird durch den Klammerzusatz die Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung hervorgehoben. Der bisherige Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und die Reichweite der Erlaubnispflicht werden hierdurch nicht verändert.

Die Regelung des Satzes 2 bestimmt entsprechend der Rechtsprechung, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer überlassen wird und dient damit der Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeiter im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrages.

Entsprechend der Rechtsprechung liegt beim Fremdpersonaleinsatz Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn die Leiharbeiterin oder der Leiharbeiter in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt. Ob dies der Fall, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen.

### 4. Zur Auswertung der Entwurfsbegründung

Wenn man sich mit der Entwurfsbegründung auf S. 17 beschäftigt, so zeigt sich, dass der Entwurf Folgendes zum Ausdruck bringen möchte:

– Den Entwurfsverfassern geht es im Wesentlichen um die Einführung eines neuen Satzes 2 in § 1 Abs. 1 AÜG nach Art. 1 Nr. 1 Buchst. b des Gesetzesentwurfs, der lauten soll:

„Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.“

– Durch diesen neuen Satz sollen nach den Ausführungen zu Buchst. a die *Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung geregelt* sein, was durch die *ergänzte Überschrift* zu § 1 AÜG verdeutlicht werden soll, bei der es künftig heißen soll:

„Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht“

– Da durch S. 2 von § 1 Abs. 1 AÜG der in § 1 eingefügte Klammerbegriff *Arbeitnehmerüberlassung* definiert wird, bringt S. 2, wie das in der Begründung zum Ausdruck gebracht wird, eine Regelung der *Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung* mit sich.

– Dazu wird in der Begründung auf S. 17 bei Buchst. b behauptet, dass die Regelung in S. 2 *entsprechend* der gegenwärtigen *Rechtsprechung* bestimmt, *unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer überlassen wird*. Damit wird der Eindruck erzeugt, dass mit der Formulierung in S. 2 eine im Einklang mit der gegenwärtigen Rechtsprechung erfolgende *Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeiter im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrages* erfolgt.

– Angeblich soll durch Buchst. b durch die jetzt vorgesehene Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung der bisherige Anwendungs-

bereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes aufgrund der gegenwärtig bestehenden Rechtsprechung nicht verändert werden.

## II. Zur Bewertung des Entwurfs

### 1. Angreifbare Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag

Hinsichtlich der vorgesehenen Regelung in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG ist die Ausführung in der Begründung des Entwurfs auf S. 17 zu Buchst. b zu nicht zutreffend. Diese lautet:

„Entsprechend der Rechtsprechung liegt beim Fremdpersonaleinsatz Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn die Leiharbeiterin oder der Leiharbeiter in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt.“

Dem folgt zur Abschwächung noch folgender Satz:

„Ob dies der Fall ist, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen.“

Die Begründung auf S. 17 erweckt den Eindruck, als ob sie sich auf die auf S. 69 des Koalitionsvertrags genannte Ausführung bezieht, wo es heißt, dass *die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien ... gesetzlich niedergelegt* werden.

Durch die Begründung zu Art. 1 Buchst. b wird der Eindruck erweckt, als würde die Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung zu Werkvertrag folgende Ausführung zugrunde legen, die nach Art. 1 Nr. 1 Buchst. b wie folgt lauten soll:

„Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.“

Eine derartig weiche Formulierung ist jedoch bei der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werk- und Dienstvertrag in der im Folgenden darzustellenden Rechtsprechung nicht gegeben.

### 2. Zur Bedeutung der bisher in der Rechtsprechung enthaltenen Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag

Um die Bedeutung der herrschenden Rechtsprechung richtig zu erkennen, muss man sich vor Augen halten, dass die Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung für die davon betroffenen Unternehmer, sowohl auf der Auftraggeberseite als auch der Auftragnehmerseite, von äußerster Wichtigkeit ist.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Zoll bei der Überprüfung von Unternehmen, deren Rechtsverhältnis ein schriftlicher Werkvertrag zugrunde liegt, schon im Hinblick auf § 16 Abs. 5 AÜG nach unserer Erkenntnis mehr die Neigung hat, im konkreten Fall eine illegale Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen, als die werkvertragliche Abwicklung zu bestätigen.<sup>1</sup> Für die davon betroffenen Unternehmen auf beiden Seiten kommt es sehr darauf an, dass diese Abgrenzung in der gegenwärtig von der Rechtsprechung gehandhabten strikten Art und Weise weiterhin geschieht. Jede von der vorliegenden ständigen Rechtsprechung abweichende Modifizierung des § 1 AÜG bringt für die Unternehmer die Gefahr der erleichterten Einleitung von Bußgeld- und Strafverfahren mit sich, insbesondere der maßgeblichen Strafdrohung nach § 266a StGB mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren.

Hierbei kann sich das Nichtvorliegen der von Zoll und Staatsanwaltschaft zugrunde gelegten illegalen Arbeitnehmerüberlassung mit der

1 S. hierzu Tuengerthal, CB 2015, 482, 483.

angesprochenen Androhung von Bußgeldern und Strafen häufig erst nach vielen Jahren durch das zuständige Gericht ergeben.<sup>2</sup> Diese Strafandrohung betrifft in der Regel besonders auftraggebende Unternehmer, die in der Vergangenheit weder ordnungswidrig noch strafrechtlich in Erscheinung getreten sind, in hohem Maße.

Es ist daher verständlich, wenn aus der Sicht der möglicherweise betroffenen Unternehmer *großer Wert darauf zu legen ist, dass im vorliegenden Zusammenhang der Koalitionsvertrag exakt eingehalten wird*. Es darf nicht über eine laxer und von der bisherigen ständigen Gerichtspraxis abweichende Regelung in § 1 Abs. 1 S. 1 und S. 2 AÜG die bisher bestehende langjährige Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag der Rechtsprechung außer Kraft gesetzt werden.

### III. Zur in der Rechtsprechung entwickelten und seit mehr als 30 Jahren praktizierten einheitlichen Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und werkvertraglichem Einsatz

Im Gegensatz zu S. 2 des Entwurfs von Art. 1 Abs. 1 AÜG hat die Rechtsprechung seit langer Zeit, was unter verfassungsrechtlichen engen Voraussetzungen auch nur möglich ist,<sup>3</sup> die Abgrenzungskriterien wie folgt gefasst:

„Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie *voll* in den Betrieb des Entleiher eingegliedert sind und ihre Arbeit *allein* bzw. ausschließlich nach dessen Weisungen erfolgt.“

In dieser Weise hat das BAG bereits im Urteil vom 14.8.1985 – 5 AZR 225/84 in Rn. 20 zum Ausdruck gebracht:

„Arbeitnehmerüberlassung im Sinne dieser Bestimmung liegt vor, wenn der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die *voll* in den Betrieb des Entleiher eingegliedert sind und ihre Arbeit *allein* nach dessen Weisungen ausführen. Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie seine eigenen Arbeitnehmer ein.“

In gleichem Sinne hat das BAG in der Entscheidung vom 30.1.1991 – 7 AZR 497/89 in Rn. 43 ausgeführt:

„Bei der Arbeitnehmerüberlassung werden dem Entleiher die Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt. Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer ein. Die Arbeitskräfte sind *voll* in den Betrieb des Entleiher eingegliedert und führen ihre Arbeiten *allein* nach dessen Weisungen aus.“

Im Urteil des BAG vom 6.8.1997 – 7 AZR 663/96 heißt es im Orientierungssatz:

„Die Arbeitnehmerüberlassung ist dadurch gekennzeichnet, dass dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die er seinen Vorstellungen und Zielen gemäß in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer einsetzt. Die entlehnten Arbeitskräfte sind *vollständig* in den Betrieb des Entleiher eingegliedert und führen ihre Arbeiten *allein* nach dessen Weisungen durch.“

Im Urteil vom 6.8.2003 – 7 AZR 180/03 hat das BAG in Rn. 38 den Grundsatz ebenfalls wiederholt:

„Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer ein. Die Arbeitskräfte sind *voll* in den Betrieb des Entleiher eingegliedert und führen ihre Arbeiten *allein* nach dessen Weisungen aus.“ Ebenso wie das BAG haben auch Landesarbeitsgerichte und Landessozialgerichte die Abgrenzung im Sinne des BAG festgelegt.

Im Beschluss des LSG NRW vom 21.7.2011 – L 8 R 280/11 B ER wird in Rn. 18 betont:

„Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die *voll* in den Betrieb des Entleiher eingegliedert sind und ihre Arbeit *allein* nach dessen Weisungen ausführen.“

Für den Fall einer „gemischten“ Weisungerteilung führt das Gericht in Rn. 20 aus:

„Im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung ist... die Annahme einer Mitsteuerung einzelner Arbeitsphasen durch Mitarbeiter der Antragstellerin erfolgt. Eine solche rechtfertigt indessen noch nicht die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung, da sie das hierfür notwendige Merkmal der *vollen* Eingliederung in den Betrieb des Entleiher und der *alleinigen* Weisungsunterworfenheit ihm gegenüber nicht erfüllen.“

In gleicher Weise sieht es auch das LAG Hamm im Urteil vom 2.2.2012 – 8 Sa 1502/11 in Rn. 31:

„Bei der Arbeitnehmerüberlassung werden dem Entleiher die Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt. Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer ein. Die Arbeitskräfte sind *voll* in den Betrieb des Entleiher eingegliedert und führen ihre Arbeiten *allein* nach dessen Weisungen aus.“

Auch das LAG Hamburg führt in diesem Sinne im Urteil vom 29.10.2010 – 6 Sa 27/10 in Rn. 146 aus:

„Dabei ist davon auszugehen, dass dieses Weisungsrecht zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung *allein* vom Inhaber des Einsatzbetriebes oder dessen Personal ausgeübt werden muss ... Erhält der Arbeitnehmer sowohl vom Vertragsarbeitgeber als auch vom Inhaber oder sonstigen Personal des Einsatzbetriebes Weisungen in Bezug auf die Arbeitsleistung, scheidet Arbeitnehmerüberlassung in der Regel aus.“

### IV. Erheblicher Unterschied der von der Rechtsprechung seit vielen Jahren einheitlich entwickelten Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag zu dem jetzt vorliegenden Entwurf zu § 1 AÜG

Die angebliche Bezugnahme auf die Rechtsprechung im Besonderen Teil der Begründung auf S. 17 zu Buchst. b, es läge entsprechend „der Rechtsprechung ... bei einem Fremdpersonaleinsatz Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn die Leiharbeiterin oder der Leiharbeiter in die Arbeitsorganisation des Entleiher eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt“, gibt nicht den soeben wiedergegebenen langjährigen eindeutigen Stand der Rechtsprechung wieder. Die vorgesehene Fassung der Vorschrift führt vielmehr zu einem erheblich erleichterten Eingriff in die werkvertraglichen Abläufe zu Lasten von Werkunternehmern und Auftraggebern.

Es kann jetzt seitens der Überwachungsbehörden viel eher die Verwirklichung illegaler Arbeitnehmerüberlassung angenommen werden, wenn nicht die klare Forderung der Rechtsprechung aufrechterhalten bleibt, dass zu einer Arbeitnehmerüberlassung die beiden maßgeblichen Voraussetzungen vorliegen müssen:

– Es muss zu einer *vollen*, also *vollständigen* Eingliederung der Arbeitnehmer des Fremdunternehmens in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers gekommen sein. Das wird von der Rechtsprechung bereits dann in Frage gestellt, wenn Vorarbeiter des Fremdbetriebs dessen Organisation im Einsatzbetrieb vornehmen.<sup>4</sup> Lediglich die

<sup>2</sup> S. Tuengerthal, CB 2015, 482, 483.

<sup>3</sup> Vgl. Hamann, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, 1995, S. 147 ff.

<sup>4</sup> Vgl. insbes. LSG NRW, Beschluss vom 21.7.2011 – Az. L 8 R 280/11 B ER, Rn. 20.

Bezugnahme auf eine wie auch immer geartete Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung reicht nicht aus.

- Weiterhin ist für die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung die alleinige Weisungserteilung durch den Einsatzbetrieb an die Arbeitnehmer des Fremdunternehmers zu fordern, die zu deren ausschließlichen Weisungsgebundenheit durch den Einsatzbetrieb führt. Eine nicht näher festgelegte Weisungserteilung durch den Einsatzbetrieb, bei der jegliche Weisungen desselben, die den Arbeitnehmern des Fremdbetriebs erteilt werden, für eine Arbeitnehmerüberlassung ausreichen, steht im Widerspruch zur Rechtsprechung. Hierbei wird nicht einmal zwischen werkbezogenen und arbeitsvertraglichen Weisungen unterschieden.<sup>5</sup> Nur wenn wie bisher auf die alleinige Weisungserteilung durch den Einsatzbetrieb und die sich daraus ergebende alleinige Weisungsgebundenheit durch denselben abgestellt wird, wird die insoweit klare Voraussetzung für die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung durch die Rechtsprechung berücksichtigt.

Die beiden angesprochenen Voraussetzungen können, schon aus verfassungsrechtlicher Sicht, nicht aufgegeben werden. Angesichts der verfassungsrechtlich sehr bedenklichen Fingierung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Auftraggeber und Arbeitnehmern des Fremdbetriebs im Falle illegaler Arbeitnehmerüberlassung<sup>6</sup> darf auf die in diesem Sinne von der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung nicht verzichtet werden.

Die vorgesehene rechtliche Handhabung der Abgrenzung zwischen illegaler Arbeitnehmerüberlassung im Unterschied zur straffreien werkvertraglichen Abwicklung ist nachdrücklich zurückzuweisen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in der Vielzahl der Fälle die von den Überwachungsbehörden als illegale Arbeitnehmerüberlassung behandelte Situation diejenige ist, dass den Werkvertragspartnern, was bei dem angestrebten Werkvertragsverhältnis einleuchtet, keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vorliegt und diese Situation dann als illegale Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet wird.

Durch die jetzt vorgesehene Formulierung wird das berechnete Interesse der Unternehmer an der Fortführung der bisherigen Rechtsprechung, wie sie im Koalitionsvertrag vereinbart worden ist, nicht berücksichtigt. Dies gleichen auch die einleitenden Worte, die man auf S. 1 des Entwurfes unter dem Stichwort „Problem und Ziel“ hinsichtlich des werkvertraglichen Einsatzes bringt, dass in „einer arbeitsteiligen Wirtschaft ... Werkverträge unverzichtbar“ seien, nicht aus. Immerhin hat man dabei anerkannt, dass gelegentlich Vertragskonstruktionen in Unkenntnis der Rechtslage als „Werkvertrag“ bezeichnet werden, somit nicht von vornherein eine negative Absicht zugrunde liegt, was aus der Sicht der Verfasser der übliche Fall ist.

Unter diesem Aspekt ist einleuchtend, dass jede Abweichung von den durch die bisherige Rechtsprechung erarbeiteten einheitlichen Abgrenzungskriterien für die davon Betroffenen von maßgeblicher Bedeutung ist. Es ist daher nachdrücklich zurückzuweisen, sich mit einer nicht mit dem Koalitionsvertrag im Einklang stehenden Art und Weise ohne Weiteres über denselben hinwegsetzen zu wollen.

Dabei muss man, wie bereits angesprochen, berücksichtigen, dass im Rahmen der durch die gegenwärtig angestrebte gesetzliche Vorschrift ins Auge gefassten Ausweitung der illegalen Arbeitnehmerüberlassung die betroffenen Unternehmer noch erheblich mehr belastet werden als es bisher schon der Fall war. Dies geschieht dadurch, dass bis jetzt nur bei vollständiger Eingliederung und alleiniger Weisungsunterwor-

fenheit illegale Arbeitnehmerüberlassung angenommen werden konnte, während Mischformen der Weisung und Eingliederung nicht zur Arbeitnehmerüberlassung geführt haben. Traten bisher nur bei den strengen Kriterien die Rechtsfolgen der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 S. 1 AÜG mit der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem bisherigen Auftraggeber und den ihm angeblich illegal überlassenen Arbeitnehmern ein, soll dies jetzt auch im Falle gemischter Konstellationen gelten. Dadurch wird der auftraggebende Unternehmer mit erheblichen Sozialversicherungsbeiträgen belegt, wenn es bei den Arbeitnehmern seines Werkunternehmers um ausländische Arbeitnehmer geht. Hierbei werden von ihm große Summen an Sozialabgaben nachgefordert, weil mit Annahme der illegalen Arbeitnehmerüberlassung gleichzeitig die bisher zugrunde gelegte Entsendung der Arbeitnehmer aus den europäischen Mitgliedstaaten in Frage gestellt und nicht mehr anerkannt wird.

Wenn die von der ständigen Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung zu werkvertraglicher Tätigkeit, wie sie für die betroffenen Unternehmer bisher zugrunde gelegt wird, nach dem Entwurf modifiziert werden sollte, hat dies für dieselben maßgebliche ordnungswidrige und strafrechtliche Nachteile und kann zu erheblichen Nachzahlungen im Bereich der Sozialversicherung führen. Es ist daher von außerordentlicher Bedeutung, dass im Rahmen der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und werkvertraglichem Einsatz die von der Rechtsprechung in vielen Jahren entwickelten Abgrenzungskriterien erhalten bleiben. Eine Aufweichung dieser Kriterien würde zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs von §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 S. 1 AÜG führen und damit zu einem verfassungsrechtlich bedenklichen Verstoß.

Der Entwurf einer Neufassung von § 1 Abs. 1 AÜG einschließlich der Überschrift zu § 1 AÜG ist daher zurückzuweisen.

- Er gibt nicht, wie er das auf S. 17 vorgibt, die gegenwärtig aufgrund der Rechtsprechung bestehende *Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeiternehmer im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrages* wieder.
- Entgegen der Begründung zu Buchst. b auf S. 17 wird der *bisherige Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes* durch die Formulierung im vorgeschlagenen S. 2 von § 1 Abs. 1 AÜG *verändert*.
- Entgegen der Begründung zu Art. 1, zu Nr. 1 zu Buchst. a auf S. 17, werden die *Kern- elemente der Arbeitnehmerüberlassung* anders *geregelt*, als es die bisherige Rechtsprechung entschieden hat.
- Die nach der Begründung auf S. 17 zu Buchst. b sowohl im Klammerzusatz von § 1 Abs. 1 S. 1 angesprochene *Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung* als auch bei zu Buchst. b in S. 1 angesprochene Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung entspricht nicht der im Einzelnen dargestellten Rechtsprechung, dass es zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung zu einer *vollen* Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebs und einer *allei-*

<sup>5</sup> Vgl. in diesem Sinne zutreffend auch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Stellungnahme Nr.: 15/2016, März 2016, S. 6, veröffentlicht in NZA 7/2016, S. VIII-X.

<sup>6</sup> Vgl. Hamann, Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, 1995, S. 147 ff. Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Vorschriftengefüge der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG siehe auch Tuengerthal/Geißer/Hennecke, Zur Verfassungswidrigkeit der bisherigen §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG, AWZ Schriftenreihe Nr. 168 sowie das Urteil des BAG vom 20.1.2016 – 7 AZR 535/13, und dessen Besprechung im vorhergehenden Heft in Betriebs-Berater 31.

nigen Weisungsgebung und Weisungsgebundenheit durch den Einsatzbetrieb gekommen sein muss.

Daher ist der Entwurf, so wie er jetzt gefasst ist, im Widerspruch zur Rechtsprechung und ist somit abzulehnen.

## V. Widerspruch auch zum Koalitionsvertrag

Diese Situation steht gleichzeitig im Widerspruch zum Koalitionsvertrag, wonach lediglich *die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungs- gemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt* werden sollen. Von einer Modifizierung der Abgrenzungskriterien zu Lasten der Unternehmen, die auf der Basis werkvertraglicher Regelungen tätig werden wollen, ist im Koalitionsvertrag keine Rede. Da die klare Abgrenzung auch verfassungsrechtlich geboten ist, ist es dringend erforderlich, sich an der gegenwärtig bestehenden Rechtsprechung zu orientieren und nicht entgegen dem Koalitionsvertrag neue von der bisherigen Regelung abweichende Vorschriften zu entwickeln.

## VI. Fazit – erforderliche Fassung des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG

Um der gegenwärtigen Rechtsprechung nachzukommen und im Sinne des Koalitionsvertrags *die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich* niederzulegen

– ohne, wie es insoweit in der Begründung vorgesehen ist, den bisherigen Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zu verändern,

– um die Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung zu regeln

– und um damit eine durch die Überschrift zu § 1 AÜG und den Klammerzusatz bekräftigte bisher geltende Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung im Einklang mit der Rechtsprechung aufrecht zu erhalten,

ist nur eine Neufassung von § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG im Einklang mit dem Koalitionsvertrag unter Wiedergabe der ständigen Rechtsprechung möglich, die lautet:

„Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie voll in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und allein seinen Weisungen unterliegen.“

**Prof. Dr. Hansjürgen Tuengerthal**, RA, Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit (AWZ), Mannheim, Of-Counsel der Kanzlei Prof. Dr. Tuengerthal, Andorfer, Greulich & Prochaska. Er berät Unternehmen zu allen Fragen des Fremdpersonaleinsatzes.



**Christian Andorfer**, RA, Geschäftsführer der Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit (AWZ) und Partner der Kanzlei Prof. Dr. Tuengerthal, Andorfer, Greulich & Prochaska in Mannheim. Er berät Unternehmen zu allen Fragen des Fremdpersonaleinsatzes.

