



**Stellungnahme des Bundes der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit (BRA) zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales für ein Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 16.11.2015**

Der BRA begrüßt es grundsätzlich, dass sich der Gesetzgeber des Problems einer übermäßigen Ausdehnung der Leiharbeit und der Verdrängung sozialer Standards durch Scheinwerkverträge annimmt, es bestehen aber Bedenken hinsichtlich der geplanten gesetzlichen Regelung des Arbeitsverhältnisses.

**I. Geplante Neuregelung des § 611a BGB (Art. 2 des Entwurfs)**

1. Zwar ist es sinnvoll, die bestehende gesetzliche Regelung in § 84 Abs. 1 S. 2 HGB in das BGB zu übernehmen, wo sie systematisch richtig verortet ist. Die konkrete weitergehende Regelung durch die Aufstellung von Abgrenzungskriterien in § 611a Abs. 2 BGB – E ist jedoch problematisch. Die Rechtsprechung grenzt nach der sog. typologischen Methode das Arbeitsverhältnis vom (freiberuflichen) Dienst- oder Werkvertrag ab. Damit wurden in der Vergangenheit zutreffende Ergebnisse erzielt. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Kodifizierung trägt demgegenüber nicht zur Rechtssicherheit bei.
2. Es wird empfohlen, nicht den „Arbeitsvertrag“, sondern das „Arbeitsverhältnis“ zu regeln. Dies entspricht eher den Gegebenheiten im Arbeitsrecht. Im Gegensatz zu einem Kauf-, Werkvertrag etc. handelt es sich bei Arbeitsverhältnis nicht um einen einmaligen Austauschvertrag, sondern ein Dauerschuldverhältnis. Auch in anderen Gesetzen, z.B. in § 1 Abs. 1 KSchG und § 2 Abs. 1 Ziff. 3 ArbGG, wird auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses abgestellt.
3. Der Gesetzesentwurf erfasst nicht die Konstellation, dass ein Werkunternehmer mit eigenen Arbeitnehmern in den Räumen eines Anderen, z.B. eines Produktionsinhabers, Tätigkeiten erbringt. In diesem Fall ist nicht zweifelhaft, dass es sich hierbei um Arbeitnehmer handelt. Zweifelhaft ist aber, ob diese Arbeitnehmer nicht aufgrund der Gesamtumstände als Arbeitnehmer des Produktionsinhabers und nicht des Werkunternehmers anzusehen sind, zumal es sich möglicherweise um unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung handelt
4. Der Entwurf stellt in § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB zutreffend darauf ab, dass im Zweifel auf die tatsächliche Durchführung und nicht auf die Bezeichnung im Vertrag abzustellen ist. Hier sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass dies nach der Rechtsprechung aber nur dann gilt,

wenn die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses für ein Arbeitsverhältnis spricht. Haben die Parteien umgekehrt ausdrücklich ein Arbeitsverhältnis vereinbart, so kommt es nicht mehr darauf an, ob sie hiervon abweichend auf Weisungen verzichtet haben etc. Ein Chefarzt bleibt Arbeitnehmer, auch wenn ihm keine weiteren Weisungen erteilt werden. Das Gleiche gilt für einen Fremdgeschäftsführer.

5. Arbeitnehmer ist nach der ständigen Rechtsprechung des 10. Senats des Bundesarbeitsgerichts, wer aufgrund 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 (vgl. BAG 25. September 2013 - 10 AZR 282/12 - Rn. 16; zuletzt BAG 21. Juli 2015 - 9 AZR 484/14 - Rn. 20). Es wird empfohlen, diese Definition in § 611a Abs. 1 BGB - E aufzunehmen. Mit diesen Kriterien stimmt der Gesetzesentwurf nicht vollständig überein. Insbesondere stellt der Entwurf darauf ab, dass die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation stets als konstitutives Merkmal für die Arbeitnehmereigenschaft zu prüfen sei. Dies entspricht nicht der geltenden Rechtslage. Ein Handelsvertreter kann ebenso wie ein Softwareentwickler, der von zuhause aus arbeitet, als Arbeitnehmer anzusehen sein, obwohl es an einer „Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation“ fehlt. Soweit es um die Abgrenzung Arbeitsverhältnis - Werkvertrag geht, stellt das Bundesarbeitsgericht u.a. zutreffend darauf ab, ob werksvertragsbezogene Weisungen, die also die Erstellung des Werks betreffen (vgl. § 645 BGB), erteilt werden, oder sonstige Weisungen, den Arbeitsablauf betreffend, z.B. Arbeitszeitvorgaben, Pausen etc. (vgl. BAG 25. September 2013 - 10 AZR 282/12 - Rn. 17). Auch hat das Bundesarbeitsgericht danach differenziert, ob ein „abgrenzbares Werk“ überhaupt vereinbart wurde und nicht in Wirklichkeit eine Tätigkeit. Diese spezifischen Abgrenzungskriterien zum Werkvertrag fehlen in dem Entwurf.
6. Zu dem Kriterienkatalog in **§ 611a Abs. 2 BGB**: Der Gesetzgeber nennt hier eine Vielzahl von Kriterien, die für sich betrachtet „nicht falsch“, aber teilweise unvollständig sind. Diese Kriterien wurden in der Rechtsprechung in der Vergangenheit stets nur in bestimmten Sachverhaltskonstellationen je nach Fallgestaltung herangezogen. Der Entwurf erweckt den Eindruck, dass der Kriterienkatalog in jedem Fall im Sinne einer „Checkliste“ abzarbeiten sei, in denen die Arbeitnehmereigenschaft fraglich erscheint. Außerdem wird der Eindruck erweckt, dass alle Kriterien gleich wichtig seien. Dies ist nicht richtig. Es ist insbesondere unklar, ob einzelne Kriterien eine höhere Aussagekraft haben als andere. Der Gesetzesentwurf betont zwar, die Gerichte müssten im Rahmen einer Gesamtschau die gesetzlich vorgesehenen Kriterien anwenden. Insoweit birgt der Entwurf die Gefahr, dass die Rechtsanwendung nicht erleichtert, sondern erschwert wird.

Im Einzelnen:

***a. nicht frei darin ist, seine Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder seinen Arbeitsort zu bestimmen:***

Diese Kriterien werden zutreffend wiedergegeben. Die Weisungsgebundenheit stellt nach der Rechtsprechung das Hauptabgrenzungskriterium dar. Alle anderen Kriterien sind Hilfsmerkmale, was in Abs. 2 nicht deutlich wird, in dem die Kriterien vermeintlich gleichrangig nebeneinander gestellt werden.

***b. die geschuldete Leistung überwiegend in Räumen eines anderen erbringt:***

Es spricht jedenfalls nicht gegen eine Arbeitnehmereigenschaft, wenn der Arbeitnehmer überwiegend sich nicht in den Betriebsräumen aufhält. Dies ist bei jedem Außendienstmitarbeiter und auch bei Montagearbeitern auf Baustellen der Fall. Außerdem kann „ein anderer“ jeder beliebige Dritte, nicht bloß der Vertragspartner, sein. Zudem ist nach der Rechtsprechung des BAG dieses Merkmal nur dann ein Kriterium für eine Arbeitnehmereigenschaft, wenn die Pflicht oder der faktische, vom Auftraggeber zu verantwortende Zwang besteht, die Leistung in seinen Räumen zu erbringen. Und selbst hier lässt sich daraus nicht ohne weiteres der Schluss auf eine Weisungsbefugnis des Auftraggebers ziehen; man denke hier nur an Reinigungsunternehmen oder Werkleistungen von Handwerkern.

***c. zur Erbringung der geschuldeten Leistung regelmäßig Mittel eines anderen nutzt:***

Auch hier gilt zunächst nur, dass es ein Kriterium für eine Weisungsgebundenheit ist, wenn dazu die Verpflichtung oder der faktische Zwang besteht. Ihm kommt im Vergleich zu dem Punkt a ein weitaus geringerer Aussagewert zu.

***d. die geschuldete Leistung in Zusammenarbeit mit Personen erbringt, die von einem anderen eingesetzt oder beauftragt sind:***

Es handelt sich dann um ein zutreffendes Kriterium, wenn zur Erbringung der eigenen Arbeitsleistung eine enge Abstimmung/Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern eines anderen erforderlich ist. Die bloße Zusammenarbeit gibt es bei jedem Subunternehmervertrag. Erst dann, wenn das Maß der Zusammenarbeit über das für den Vertrag typische Maß hinausgeht, spricht das Vorliegen für ein Arbeitsverhältnis

***e. ausschließlich oder überwiegend für einen anderen tätig ist:***

Dieses Kriterium widerspricht dem Grundsatz, dass es auf persönliche und nicht auf wirtschaftliche Abhängigkeit zu Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft ankommt und es widerspricht insoweit auch anderen gesetzlichen Regelungen, in denen der arbeitnehmerähnliche Selbständige anerkannt ist. (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. ArbGG, § 12 TVG) dEs fragt sich nunmehr, wer überhaupt noch zu den arbeitnehmerähnlichen Personen gezählt werden soll. Außerdem ist das Tätigwerden für einen Arbeit-

/Auftraggeber auch zu kurz gegriffen, denn auch ein Arbeitnehmer kann mehrere Arbeitsverhältnisse, z.B. als geringfügig Beschäftigter, eingehen.

***f. keine eigene betriebliche Organisation unterhält, um die geschuldete Leistung zu erbringen:***

Es handelt sich um ein zutreffendes Hilfs- Kriterium, das aber auch nur, etwa gegenüber Punkt a, von untergeordneter Bedeutung ist. Ein selbständiger Fliesenleger braucht praktisch auch keine größere Organisation, ist gleichwohl aber, wenn er weisungsfrei arbeitet, nicht als Arbeitnehmer anzusehen. Im Übrigen gilt das zum arbeitnehmerähnlichen Selbständigen gesagte entsprechend

***g. Leistungen erbringt, die nicht auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses oder eines bestimmten Arbeitserfolges gerichtet sind:***

Es muss zum Ausdruck gebracht werden, dass das lediglich ein Merkmal zur Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses zum Werkvertrag, nicht aber zum freien Dienstvertrag ist. In der Rechtsprechung wurde dies zutreffender mit der Frage ausgedrückt, ob überhaupt ein abgrenzbares Werk vereinbart war. Auch im Arbeitsverhältnis gibt es aber durchaus Konstellationen, bei denen es auf einen bestimmten Erfolg ankommt, etwa bei Akkordlöhnen, bei Erfolgsprovisionen oder Zielvereinbarungen

7. Zu der geplanten Änderung des **§ 611a Abs. 3 BGB**:

Die Praxis in der Arbeitsgerichtsbarkeit zeigt, dass es in der Regel umfangreiche und komplexe Rechtsstreitigkeiten sind, wenn die Arbeitnehmereigenschaft im Streit steht. Stets ist eine umfassende Würdigung des Sachverhalts und Bewertung der einzelnen Kriterien erforderlich. Diese anspruchsvolle Aufgabe kann nicht in der Weise in die Hände einer Behörde gelegt werden, dass dieser eine Art Vorrangprüfung zukommen soll. Es erscheint rechtspolitisch verfehlt und auch unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung äußerst problematisch. Auch wenn das geltende Recht Fallkonstellationen kennt, bei denen die Gerichte an einen Verwaltungsakt gebunden sind (vgl. z.B. § 17, 18 KSchG, 85 SGB IX), handelt es sich dort aber nicht um Fälle, in denen die Kernkompetenz von Fachgerichten betroffen ist. Mit anderen Worten erscheinen die Arbeitsgerichte fachlich am besten berufen zu sein, zu entscheiden, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt oder nicht, und nicht die Rentenversicherung Bund.

Gänzlich verfehlt erscheint es, wenn die Vermutungswirkung - nach der Gesetzesbegründung - auch dann eintreten soll, wenn die Statusfeststellung der Rentenversicherung Bund noch nicht bestandskräftig ist. Die Praxis zeigt, dass es häufig Parallelverfahren vor den Sozialbehörden und den Arbeitsgerichten gibt. Dann wäre es denkbar, dass für das

Arbeitsgerichtsverfahren eine Bindung an den Verwaltungsakt der Deutschen Rentenversicherung Bund eintritt; sollte sich später nach einem Widerspruchsverfahren vor den Sozialgerichten etwas anderes ergeben, könnte die „fehlerhafte“ Entscheidung vor dem Arbeitsgericht nicht mehr rückgängig gemacht werden - ein nicht haltbares Ergebnis.

Die beabsichtigte Erleichterung bei der Feststellung eines Arbeitsverhältnisses wird nicht gesehen. Da es sich um eine widerlegliche Vermutung handeln soll, bliebe grundsätzlich Spielraum, im Arbeitsgerichtsprozess einen neuen, die Vermutung entkräftenden Sachvortrag zu halten. Dann müssten die Gerichte doch wieder „voll nachprüfen“. Sie müssten sich ggf. dann erstmal durch Akteneinsichtnahme einen Überblick verschaffen, was überhaupt ermittelt worden ist. Insgesamt ist keine Erleichterung in der Rechtsanwendung zu erwarten.

8. Es wird abschließend folgendes vorgeschlagen:

§ 611a BGB hat folgenden Wortlaut:

*Arbeitnehmer ist, wer aufgrund 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.*

Auf die übrigen Absätze sollte verzichtet werden.

## **II. Geplanten Änderungen im AÜG (Art. 1 des Entwurfs)**

1. Es wird grundsätzlich begrüßt, dass der Gesetzgeber eine Höchstüberlassungsdauer regelt. Dies dient der Rechtssicherheit. Allerdings scheint die Regelung überschießend. Sie erfasst auch den Fall, dass die immer wieder gleiche Person eines Leiharbeitnehmers für kurze Zeiträume überlassen wird, um Auftragsspitzen abzufangen. Auch hier ist dann irgendwann der 18 – Monatszeitraum voll, obwohl hier nicht von einem Missbrauch der Zeitarbeit gesprochen werden kann. Es sollte daher ein Zeitraum bestimmt werden, innerhalb dessen die 18 Monate erfüllt sein müssen.
2. Fraglich erscheint bei § 10 AÜG, ob die Unwirksamkeit schon dann eintreten soll, wenn bloß schlechtere Arbeitsbedingungen (Nr. 2 neu) vereinbart sind. Die Sanktion - Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher - erscheint sehr weitgehend angesichts dessen,

dass die Feststellung der Gleichwertigkeit der Arbeitsbedingungen häufig sehr komplex ist. Auch sollten die Anforderungen an den Widerspruch des Leiharbeitnehmers gegen das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher abgesenkt werden, um dieser Personengruppe, die oftmals mit einfachen Tätigkeiten beschäftigt ist, die Ausübung des Widerspruchsrecht nicht durch formelle Hürden zu erschweren.

3. Bei der Neuregelung des § 11 Abs. 5 AÜG (Streikbrecherverbot) bestehen Bedenken. Die geplante Neuregelung erscheint überschießend. Wenn in einem Betrieb regelmäßig mit Leiharbeitnehmern gearbeitet wurde, dürften sie nunmehr nicht mehr eingesetzt werden, wenn die Stammbeschäftigung streikt. Der Gesetzeswortlaut umfasst also nicht nur den Fall, dass bei einem Arbeitskampf von außen Leiharbeitnehmer angeworben werden, um das streikende Stammpersonal zu ersetzen, sondern auch den Fall, dass bereits im Betrieb vorhandene Leiharbeitnehmer verdrängt werden. Problematisch erscheint auch, dass der Gesetzgeber bislang davon Abstand genommen hat, das Arbeitskampfrecht zu regeln nunmehr aber nur an einem Punkt in das richterrechtlich geprägte Arbeitskampfrecht eingegriffen wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Versetzungen arbeitswilliger „neutraler“ Arbeitnehmer aus einem anderen Betrieb des Unternehmens in den bestreikten Betrieb ausgeschlossen, weil hierdurch in die Arbeitskampfpazität eingegriffen werden kann (vgl. BAG 13. Dezember 2011 - 1 ABR 2/10 - NZA 2012, 571). Vor diesem Hintergrund erschließt sich nicht, weshalb es einen Unterschied machen soll, wenn der Arbeitgeber versucht, den Betrieb mit fremden Kräften aufrecht zu erhalten.

### **III. Geplante Neuregelung des BetrVG (Art. 3 des Entwurfs)**

Es bestehen diesbezüglich keine Bedenken. Die Ausweitung des allgemeinen Unterrichtsrechts nach § 80 BetrVG auf die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern im Betrieb erscheint sachgerecht.