

**Regelungsanforderungen an eine Gesetzesreform der Vorschriften zum Fremdpersonaleinsatz
- Weiterentwicklung der Arbeitnehmerüberlassung -**

A. Überlassungshöchstgrenze

I. Zulässigkeit einer starren Überlassungshöchstgrenze

1. Zulässigkeit nach nationalem Recht

Nationalrechtlich steht es dem Gesetzgeber im Rahmen seines Einschätzungsspielraums frei, den unbestimmten Rechtsbegriff „vorübergehend“ zu konkretisieren.

2. Zulässigkeit nach Unionsrecht

Unionsrechtlich ist eine Überlassungshöchstgrenze insbesondere mit dem Flexibilisierungsziel nach Art. 2 RL Leiharbeit vereinbar. Eine Überlassungshöchstgrenze konkretisiert darüber hinaus das Umgehungsverbot des Art. 5 Abs. 5 RL Leiharbeit.

Art. 4 Abs. 1 RL Leiharbeit steht nicht entgegen. Er legt nur den Rahmen fest, in dem sich die Regelungstätigkeit der Mitgliedstaaten abspielen darf, schreibt aber nicht den Erlass einer bestimmten Regelung vor (EuGH v. 17.3.2015 C-533/13, NJW 2015, 1233).

II. Ausgestaltung der Überlassungshöchstgrenze

Regelungsprinzip sollte eine Anlehnung an § 14 TzBfG sein. Sowohl Art. 5 Abs. 5 RL Leiharbeit als auch § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung zur Befristungsrichtlinie 1999/70/EG bezwecken die Verhinderung von Missbrauch durch Überlassungsketten bzw. Befristungsketten. Letzteres Verbot hat durch § 14 TzBfG bereits eine nationalrechtliche Konkretisierung erfahren.

1. Arbeitsplatzbezug oder Arbeitnehmerbezug?

Die RL Leiharbeit schließt den dauerhaften Einsatz von Leiharbeitnehmern zur Abdeckung eines dauerhaften Beschäftigungsbedarfs aus. Die Verdrängung von Stammarbeitnehmern durch Leiharbeitnehmer soll verhindert werden (vgl. *Koalitionsvertrag; Bundesregierung*, Antwort auf Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 4.2.2014, BT-Drs. 18/421, S. 2; BAG v. 10.7.2013 - 7 ABR 91/11, AP Nr. 33 zu § 1 AÜG m. Anm. *Hamann*). Dieses Ziel wäre bei einem Arbeitnehmerbezug nicht erreichbar; über ein „Leiharbeitnehmerkarussell“ könnten Stammarbeitsplätze dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzt werden.

2. Absolute Höchstgrenze oder Höchstgrenze mit Ausnahmen?

Eine absolute arbeitsplatzbezogene Höchstgrenze wäre im Hinblick auf das Regelungsziel, Verhinderung der Aufspaltung der Belegschaften in Stamm- und Leiharbeitnehmerschaft (vgl. BAG v. 10.7.2013. aaO), nicht zielgenau. Außerdem schränkte eine absolute Höchstgrenze die Nutzung der Leiharbeit als flexibles Personaleinsatzinstrument ein.

Daher ist eine Anlehnung an § 14 Abs. 1, 2 TzBfG vorzuziehen: Bei der erstmaligen Besetzung eines Arbeitsplatzes mit einem Leiharbeitnehmer bis zur Dauer von 18 Monaten wird unwiderleglich vermutet, dass keine unzulässige Verdrängung eines Stammarbeitnehmers vorliegt. Soll der Einsatz verlängert werden oder von vornherein länger als 18 Monaten dauern, müssen Verleiher bzw. Entleiher einen diesen längeren Einsatz rechtfertigenden sachlichen Grund darlegen und beweisen (vgl. *Bundesregierung*, Antwort auf Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen vom 4.2.2014, BT-Drs. 18/421, S. 2).

Eine erneute sachgrundlose Besetzung des Arbeitsplatzes mit einem Leiharbeitnehmer ist nach einer Unterbrechung von 3 Jahren zulässig (vgl. BAG v. 6.4.2011 – 7 AZR 716/09, NZA 2011, 905 zum Befristungsrecht).

3. Tariföffnungsklausel (§ 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG)

Zum effektiven Schutz der negativen Koalitionsfreiheit bedarf es einer gesetzlichen Tariföffnungsklausel: Alle Arbeitgeber im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags sollen die längere Überlassungsdauer nutzen können. Von einer Subdelegation auf die Betriebspartner sollte abgesehen werden.

4. Weitergehende Anlehnungen an das Befristungsrecht

a) Neu gegründete Unternehmen (§ 14 Abs. 2a TzBfG)

Die mit § 14 Abs. 2a TzBfG bezweckte Unterstützung von Neugründungen lässt sich auf die Situation von Unternehmen, die die Arbeitnehmerüberlassung in der Aufbauphase nutzen wollen, übertragen.

b) Ältere Arbeitnehmer (§ 14 Abs. 3 TzBfG)

Die Chancen älterer Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt ließen sich verbessern, wenn sie über einen längeren Zeitraum als Leiharbeiter eingesetzt werden dürften. Mit Blick auf das mit dem Merkmal „vorübergehend“ verfolgte Regelungsziel wäre allerdings eine gesetzliche Obergrenze zu ziehen.

III. Sanktionen

Die derzeitigen Sanktionsmöglichkeiten genügen den Vorgaben in Art. 10 Abs. 1, 2 RL Leiharbeit nicht. Als zusätzliche Sanktionen kommen in Betracht:

1. Zivilrechtliche Sanktionsmöglichkeiten

a) Eine Fiktionslösung, nach der bei nicht vorübergehender Arbeitnehmerüberlassung kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zustande kommt. Sie wäre wegen des damit einhergehenden Eingriffs in die Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) verfassungsrechtlich bedenklich. Zumindest müsste dem Leiharbeiter ein Widerspruchsrecht zustehen.

b) Nach der Vermutungslösung löst die nicht vorübergehende Überlassung eines Leiharbeiters die – widerlegbare – Vermutung von Arbeitsvermittlung aus. Bei Nichtwiderlegung kommt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter zustande. Im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG sollte der Leiharbeiter wiederum ein Wahlrecht haben.

c) Bei der Gleichstellungslösung gilt ab dem ersten Einsatztag zwingend der Gleichbehandlungsgrundsatz. Für die Erfüllung der Ansprüche des Leiharbeiters haftet der Entleiher als Gesamtschuldner neben dem Verleiher. Um dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot zu genügen, sollte diese Lösung mit einem Bußgeldtatbestand flankiert werden.

d) Kombinationslösung aus b) und c); bei nicht widerlegter Vermutung für Arbeitsvermittlung kann der Leiharbeiter wählen: Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher oder der Gleichstellungsansprüche gegen den Verleiher, für deren Erfüllung der Entleiher gesamtschuldnerisch haftet.

2. Ordnungswidrigkeit

Die Praktizierung nicht vorübergehender Arbeitnehmerüberlassung ist als Ordnungswidrigkeitstatbestand in § 16 AÜG aufzunehmen.

C. Equal Pay nach 9 Monaten

Das damit verfolgte Regelungsziel, nach einer Einarbeitungszeit gleichwertige Arbeit der Leiharbeiter wie die der Stammarbeiter zu vergüten, ist mit dem nationalen wie dem Unionsrecht vereinbar. Es sollte allerdings konsequent an die gesetzliche Probezeit von sechs Monaten anknüpfen.

D. Verbot von Streikarbeit

Dieser staatliche Eingriff in die Wahl der Arbeitskampfmittel ist im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 GG nicht unbedenklich. Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass das Verbot nur die Fälle betrifft, in denen Leiharbeitnehmer gezielt als „Streikbrecher“ eingesetzt werden sollen.

E. Schwellenwerte

Gefragt ist eine nähere Ausgestaltung der Rechtsprechungsgrundsätze: Bei den Organisationsvorschriften des BetrVG sind Leiharbeitnehmer generell zu berücksichtigen. Im materiellen Betriebsverfassungsrecht wäre bei jedem Schwellenwert zu regeln, ob Leiharbeitnehmer mitzählen.

Vorzugswürdig wäre, in Fortentwicklung der Rechtsprechung des BAG die doppelte Betriebszugehörigkeit von Leiharbeitnehmern anzuerkennen.

F. Weiterer Reformbedarf

Streichung von § 1 Abs. 1 S. 3, § 1b, § 1 Abs. 3 Nr. 1, 2, 2a AÜG, da mit der RL Leiharbeit nicht vereinbar, sowie von § 1a AÜG mangels praktischer Bedeutung.