

---

# FALLSTRICKE DURCH DIE AÜG-REFORM

---

ANTWORTEN AUF 10  
WICHTIGE PRAXIS-  
FRAGEN

# Zehn Fragen, zehn Antworten

**PRAXIS.** Die Anwendung der neuen Regeln zum Fremdpersonaleinsatz kann zu kniffligen Rechtsfragen führen. Wie wichtige Praxisprobleme anzugehen sind.

Von **Martin Hensler**

Seit dem 1. April 2017 müssen sich die Personalabteilungen der Unternehmen auf neue arbeitsrechtliche Regeln einstellen. Die Reform des Rechts des Fremdpersonaleinsatzes bringt wichtige Veränderungen für die Personalgestaltung auf der Grundlage von Werkverträgen und Leiharbeit. Die Zeitarbeit wird erneut stärker reguliert, ihr Einsatz erschwert. Nur wenig Rechtssicherheit gibt es für den Einsatz von Werkverträgen.

Durch die im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) verankerte Pflicht zur Offenlegung einer Arbeitnehmerüberlassung findet faktisch eine Risikoverschiebung zulasten der Unternehmen statt, im Übrigen bleibt die Rechtslage trotz eines neuen § 611a BGB unverändert. Aus der Fülle der Rechtsfragen, die sich in der Praxis bei der Anwendung des neuen Rechts stellen, sollen zehn besonders wichtige herausgegriffen und beantwortet werden.

## Wie lässt sich der Vorwurf des Scheinwerkvertrags vermeiden?

Mit der erstmaligen Regelung des Arbeitsvertrags durch § 611a BGB und der Definition des Leiharbeitnehmers in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ändert sich die bisherige Rechtslage nicht. Weiterhin ist für den rechtssicheren Einsatz von Fremdpersonal auf der Basis von Dienst- oder Werkverträgen sowohl auf eine eindeutige Vertragsgestaltung als auch auf die vertragskonforme tatsächliche Durchführung des Einsatzes zu achten.

Entscheidend ist stets eine Gesamtwürdigung. Je stärker sich die Parteien aber an den folgenden (für sich genommen nicht zwingenden) Aspekten orientieren, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Rechtsprechung eine Arbeitnehmerüberlassung verneint:

- Der Inhalt der Leistung ist im Vertrag so konkret wie möglich festgelegt und von sonstigen Arbeitsprozessen abgrenzbar, abnahmefähig und dem Auftragnehmer als eigene Leistung zurechenbar
- Die Leistung erschöpft sich in vertraglich festgelegter Werkerstellung
- Die Werkleistung wird erfolgsorientiert abgerechnet
- Der Auftragnehmer organisiert die für die Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen
- Die Leistung kann nach Maßgabe des Vertrags auch durch Dritte erbracht werden
- Der Auftragnehmer bringt eigene Arbeitsmittel und spezielles Know-how ein
- Der Auftragnehmer wird für mehrere Auftraggeber mit gleichem Beratungsbeziehungsweise Leistungsbedarf tätig
- Haftung des Auftragnehmers für den Eintritt des Erfolgs (eventuell branchenspezifische Haftpflichtversicherung)
- Haftung des Auftragnehmers für durch sein eingesetztes Personal verschuldete Schäden
- Kein Einfluss des Auftraggebers auf Anzahl und Qualifikation der an der Dienstleistung beteiligten Personen
- Weiterbildung/Schulung des eingesetzten Personals durch Auftragnehmer

Nach der neuen Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit (BA) vom März 2017 („Fachliche Weisungen – Arbeitnehmerüberlassungsgesetz“) soll es gegen die Qualifizierung als Werkvertrag sprechen, wenn gleichzeitig oder über einen bestimmten Zeitraum eine Summe von Klein- und Kleinstprojekten vergeben sowie wenn lediglich die Leistung einfacherer Arbeiten benötigt wird (zum Beispiel Schreibarbeiten, Botendienste, einfache Zeichenarbeiten, Maschinenbedienung, Dateneingaben). Ist die Personalgestaltung nur eine Nebenleistung eines Kauf- oder Mietvertrags, ist sie dagegen regelmäßig nicht als Arbeitnehmerüberlassung einzuordnen.

## Können On-Site-Werkverträge noch rechtssicher gehandhabt werden?

Das neue Recht bringt insoweit kaum zusätzliche Rechtssicherheit. Wie bislang schon gilt: On-Site-Werkverträge – dabei werden die Werkvertragsleistungen auf dem Betriebsgelände des Auftraggebers durchgeführt – sind nicht bereits deswegen als sogenannte Scheinwerkverträge anzusehen, weil die Werkleistung in der fremden Betriebsorganisation erbracht wird. Diesem Umstand kommt nicht einmal eine Indizwirkung zu, da vielfach schon aus der Natur der Sache folgt, dass die Werkleistung nur in räumlicher Nähe zum Besteller erbracht werden kann. So kann der Maler die Renovierungsarbeiten nur innerhalb des Hauses des Bestellers vornehmen.

Die Auslagerung einzelner Arbeitsschritte ist auch dann zulässig, wenn diese im Betrieb des Auftraggebers mit



© LIGHTSPRING / SHUTTERSTOCK.COM

Die sogenannte Fallschirm-  
lösung, die bislang einen  
Schein-Werkvertrag vermieden  
hat, ist künftig nicht mehr  
zulässig.

anderen Arbeitsschritten eng verzahnt werden (zum Beispiel bei Transportaufgaben, bei der Sicherheitskontrolle am Flughafen oder bei im Betrieb des Auftraggebers erbrachter Beratungstätigkeit). On-Site-Werkverträge sind also nicht grundsätzlich gefährdet.

Wird das eingesetzte Personal allerdings auch personell in die fremde Betriebsorganisation eingegliedert (zum Beispiel über Schicht- oder Urlaubspläne), spricht dies für eine Personalgestellung nach dem AÜG. Die entscheidende Frage lautet: Hat sich der Dienstleister verpflichtet, eine näher beschriebene Dienstleistung zu erbringen oder beschränkt sich seine Verpflichtung darauf, Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen, die der Leistungsempfänger sodann nach seinen eigenen Vorstellungen einsetzen kann?

Ausschlaggebend ist, wessen Weisungen das eingesetzte Personal unterliegt. Dabei kommt es nicht allein auf

die vertraglichen Absprachen, sondern maßgeblich auf die tatsächliche Vertragsdurchführung an.

### Wie sind Einsätze von Projektberatern und IT-Dienstleistern zu gestalten?

Die IT-Dienstleistungsbranche und die im Projektgeschäft tätigen Beratungsunternehmen profitieren anders als sonstige Unternehmen, die auf der Grundlage von Werkverträgen tätig werden, von einer Präzisierung in der Gesetzesbegründung. Diese stellt zwei Aspekte ausdrücklich klar: Zum einen soll der Anwendungsbereich des AÜG durch die Gesetzesreform nicht erweitert werden und zum zweiten soll insbesondere das Projektgeschäft von Beratern und IT-Dienstleistern nicht beeinträchtigt werden. Bei den modernen Formen des agilen Projektmanagements bedarf es einer engen, arbeitsrechtlich unbedenklichen Verzahnung der Tätigkeit der Mitarbeiter des Dienstleisters mit den

Arbeitnehmern des Auftraggebers. Präventiv sollten Beratungsunternehmen folgende Punkte beachten:

- Im Vertrag zwischen Auftraggeber und Dienstleister wird festgehalten, dass es sich um ein Projektgeschäft im Sinne der nach der Gesetzesbegründung vom AÜG ausgenommenen Verträge handelt.
- Die Dienstleistung wird so konkret wie möglich umschrieben und verdeutlicht, dass keine bloße Überlassung von Personal geschuldet ist, sondern eine Dienstleistung, die besonderes Know-how erfordert.
- Klargestellt wird, dass beide Vertragsparteien gemäß der Rechtsprechung davon ausgehen, dass die für die Erledigung des Auftrags unverzichtbare Eingliederung der Mitarbeiter in den Betrieb des Auftraggebers nicht zu einer Arbeitnehmerüberlassung führt.
- Die Personalhoheit über die entsandten Mitarbeiter verbleibt ausschließlich beim Beratungsunternehmen. Dem

Auftraggeber sind zwar Weisungen hinsichtlich der zu erbringenden Beratungsleistung, jedoch keine arbeitsbezogenen Weisungen gegenüber den eingesetzten Arbeitnehmern des Beratungsunternehmens erlaubt.

- Allein das Beratungsunternehmen entscheidet, welche Arbeitnehmer zur Erledigung des Auftrags eingesetzt werden.

### Was bringt die Überlassungserlaubnis bei (Schein-)Werkverträgen?

Eine der zentralen Änderungen des neuen Rechts liegt in der Frage, ob sich der Verleiher, der auf der Grundlage eines (Schein-)Werkvertrags tätig wurde, auf seine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung berufen kann – wenn der Fremdpersonaleinsatz nachträglich von Behörden oder Gerichten als Arbeitnehmerüberlassung eingestuft wird. Die bislang zulässige sogenannte Vorratserlaubnis (auch Fallschirmlösung genannt), mit der die unerwünschte Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher bei Vorliegen eines Scheinwerkvertrags vermieden werden konnte, entfaltet seit der Gesetzesänderung keine Wirkung mehr. Ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher wird künftig nicht nur bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung – also einer Überlassung ohne Erlaubnis – begründet, sondern auch dann, wenn

- die Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten überschritten wird oder
- der Vertrag nicht als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet (Kennzeichnungspflicht) und der Leiharbeiter nicht namentlich konkretisiert wurde (Konkretisierungspflicht).

Die Kennzeichnung als Leiharbeit hat schriftlich zu erfolgen, sodass bereits bei Vertragsschluss entschieden werden muss, welche Vertragsform vorliegt.

### Ist der eingesetzte Leiharbeiter im Überlassungsvertrag zu bezeichnen?

Die konkret überlassenen Leiharbeiter müssen nicht zwingend schon im Überlassungsvertrag benannt wer-

den. Verleiher und Entleiher müssen die Person des Leiharbeitnehmers nur unter Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag konkretisieren. Ein Schriftformgebot ist dem Gesetz nur für die Offenlegung der Überlassung zu entnehmen (Kennzeichnungspflicht).

Erforderlich ist eine Dokumentation der Konkretisierung, die allerdings nicht notwendig schriftlich, sondern auch auf andere Weise, zum Beispiel durch E-Mail, erfolgen kann. Die Geschäftsanweisung der Bundesagentur differenziert danach, ob ein Rahmenvertrag oder ein bereits auf einen Leiharbeiter konkretisierter Vertrag vorliegt (dann Schriftform). In der Regel zeichnet sich die Zeitarbeit aber dadurch aus, dass der Verleiher die Leiharbeiter einseitig bestimmt. Eine Dokumentation in Textform (ohne Unterschrift von Ver- und Entleiher) reicht daher aus.

## Die Pflicht zur Offenlegung einer Arbeitnehmerüberlassung führt faktisch zu einer Risikoverschiebung zulasten der Unternehmen.

Soll ein Leiharbeiter kurzfristig – etwa aufgrund einer Krankheit – ausgetauscht werden, kann die Konkretisierung ebenfalls durch Mitteilung per E-Mail erfolgen. Diese kann sodann bei behördlicher Überprüfung als Beleg für die ordnungsgemäße Überlassung vorgelegt werden.

### Was folgt bei nicht ordnungsgemäßer Benennung der Leiharbeiter?

Dem Gesetz und den Anweisungen der BA lässt sich nicht eindeutig entnehmen, ob es zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nur bei

einem Verstoß gegen beide Pflichten, also sowohl gegen die Kennzeichnungspflicht als auch die Konkretisierungspflicht, kommt. Der Zweck der Regelung (Verhinderung von verdeckter Zeitarbeit) spricht aber gegen die Fiktion, wenn es nur an einer Konkretisierung des Leiharbeitnehmers fehlt beziehungsweise diese nicht dokumentiert worden ist.

Wird der Einsatz des konkreten Leiharbeitnehmers somit lediglich nicht ordnungsgemäß dokumentiert, liegt zwar eine Ordnungswidrigkeit vor (§ 16 Abs. 1 Nr. 1d AÜG), der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeiter bleibt aber wirksam.

### Dürfen Leiharbeiter länger als 18 Monate eingesetzt werden?

Seit April gilt eine Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten. Zu diesem Komplex stellen sich einige Fragen: Darf ein Unternehmen für eine bestimmte Tätigkeit auch für einen längeren Zeitraum Leiharbeiter einsetzen? Wie wird die Höchstüberlassungsfrist berechnet und was gilt bei Unterbrechungen?

Aus Sicht der Einsatzbranchen ist positiv zu werten, dass die Höchstüberlassungsfrist nicht arbeitsplatz-, sondern arbeitnehmerbezogen zu verstehen ist. Weiterhin kann also eine bestimmte betriebliche Tätigkeit länger als 18 Monate durch Leiharbeiter erledigt werden: Es darf nur nicht ein und derselbe Leiharbeiter länger als 18 Monate überlassen werden. Selbst diese Höchstgrenze gilt aber nur mit Einschränkungen. So darf derselbe Leiharbeiter nach einer Sperrfrist von drei Monaten erneut auf seinem alten Arbeitsplatz eingesetzt werden und zwar sogar unter erneuter Abweichung vom Gleichstellungsgebot (siehe Frage 8). Außerdem kann die Höchstüberlassungsdauer durch einen Tarifvertrag der Entleiherbranche, bei entsprechender tariflicher Öffnungsklausel sogar durch eine Betriebsvereinbarung, verlängert werden.

Für die Berechnung der Höchstüberlassungsdauer heißt es in der Geschäfts-

## BUCHTIPP

## Die AÜG-Reform in der Praxis

Wie sich die Neuregelungen im Bereich von Zeitarbeit und Werkverträgen auswirken, beschreibt das Buch von Professor Martin Henssler und Timon Grau.



Die rechtlichen Fragen, die sich in der Praxis zum Einsatz von Fremdpersonal in Unternehmen stellen, können getrost als komplex bezeichnet werden. In diesem Zusammenhang erklären die namhaften Autoren des Buchs die Neuregelungen durch die AÜG-Reform sowie die neue Vorschrift des § 611a BGB und stellen die Auswirkungen der gesetzlichen Vorschriften auf die Praxis dar. Auch Fragen zum Einsatz von Solo-Selbstständigen werden behandelt, sodass ein kompakter rechtlicher Überblick gelungen ist – angereichert um Praxishinweise, Formulierungsvorschläge und Checklisten.

Prof. Dr. Martin Henssler/Dr. Timon Grau (Hrsg.): **Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge**. 448 Seiten, Deutscher Anwaltsverlag, Bonn, 2017. 49,00 Euro.

weisung der Bundesagentur: „Die nach Monaten bestimmte Frist beginnt mit dem ersten Tag der Überlassung und endet mit Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher dem Tag vorhergeht, der durch seine Benennung oder seine Zahl dem Anfangstag der Frist entspricht.“ Beginnt also eine Überlassung am 3. Juni 2017, ist sie bis zum 2. Dezember 2018 zulässig. Bei Unterbrechungen ist zu beachten, dass Krankheit, Urlaub oder Feiertage nicht zu einer Unterbrechung des Fristenlaufs führen, wohl aber eine endgültige Beendigung des Einsatzes. Das gilt auch dann, wenn der nächste Einsatz zwar schon geplant ist, der konkrete Bedarf aber noch nicht feststeht.

### Kann vom Gebot der Gleichstellung für Leiharbeiter abgewichen werden?

Von dem nun in § 8 AÜG geregelten Grundsatz der Gleichstellung der Leiharbeiter mit der Stammebelegschaft des Entleiher gibt es für die Praxis bedeutsame Ausnahmen. Abweichungen sind aber nur aufgrund eines Tarifvertrags möglich. So darf das Arbeitsentgelt in den ersten neun Monaten abgesenkt werden, freilich nicht unter das Niveau des für die Zeitarbeit geltenden Mindestlohns. Die Höchstfrist verlängert sich auf 15 Monate, wenn durch sogenannte

Branchenzuschlagstarifverträge nach einer Einarbeitungszeit von sechs Wochen eine stufenweise Heranführung an ein Gehaltsniveau erfolgt, das die Tarifparteien als „Equal Pay“ definieren. Von sonstigen Arbeitsbedingungen, zum Beispiel von Urlaubsregeln, kann sogar ohne Höchstgrenze durch Tarifvertrag abgewichen werden.

Positiv ist, dass im Geltungsbereich eines Tarifvertrags auch nicht tarifgebundene Verleiher über arbeitsvertragliche Bezugnahme Klauseln vom Gleichstellungsgebot abweichen dürfen.

### Was gilt für vor dem 1. April 2017 geschlossene Überlassungsverträge?

Vor April geschlossene Überlassungsverträge müssen grundsätzlich den neuen Anforderungen des AÜG entsprechen. Das gilt etwa für die Kennzeichnung- und Konkretisierungspflicht. Verleiher müssen somit laufende Überlassungsverträge entsprechend kennzeichnen und die eingesetzten Leiharbeiter zumindest in Textform (zum Beispiel per Mail an den Entleiher) konkretisieren.

Unternehmerfreundliche Erleichterungen sieht das Gesetz für die Berechnung der Höchstüberlassungsdauer sowie für tarifliche Abweichungen vom Equal-Pay-Grundsatz vor. In beiden Fäl-

len werden Überlassungszeiten vor dem 1. April nicht berücksichtigt. Wurde ein Leiharbeiter also am 1. Januar 2016 überlassen, endet die Höchstüberlassungsfrist nicht schon am 30. Juni 2017, sondern erst am 30. September 2018.

### Gibt es Unterschiede hinsichtlich der Beteiligungsrechte des Betriebsrats?

Ob der Arbeitgeber Fremdpersonal auf Basis von Dienst- oder Werkverträgen einsetzt, liegt weiterhin allein in seiner Entscheidungsmacht. Dem Betriebsrat steht kein Zustimmungsverweigerungsrecht gemäß § 99 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) zu. Er hat aber einen Informationsanspruch, soweit er die Auskünfte zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt. Grundsätzlich muss der Arbeitgeber den Betriebsrat daher bei jedem Fremdpersonaleinsatz über die Art und Dauer der Tätigkeit informieren. Der Betriebsrat kann Einsicht in den Überlassungs-, Dienst- oder Werkvertrag und zudem eine schriftliche Bestätigung des Bestehens einer Überlassungserlaubnis verlangen. Hinsichtlich der Arbeitsverträge des überlassenen Personals stehen ihm dagegen keine Informationsrechte zu.

Bei der Einstellung von Leiharnehmern besteht neben der allgemeinen Informationspflicht nach § 80 Abs. 2 BetrVG wie schon nach bislang geltendem Recht ein Mitbestimmungsrecht des Entleiher-Betriebsrats nach § 99 Abs. 2 BetrVG. Die Zustimmung kann nur aus den Gründen des § 99 Abs. 2 BetrVG verweigert werden. Dazu zählt ein Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer, nicht aber ein Verstoß gegen das Gleichstellungsgebot. ■



**PROF. DR. MARTIN HENSSSLER** ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht sowie Prorektor für Planung und wissenschaftliches Personal an der Universität zu Köln.

---

## Über Haufe

„Der größte Hebel für wirtschaftlichen Erfolg sind Menschen, die das Richtige tun“. Unter diesem Motto steht Haufe für ein Management, das den Menschen – und nicht Prozesse – ins Zentrum unternehmerischen Denkens und Handelns stellt. Denn Menschen sind es, die gemeinsam Strukturen und Prozesse mit Leben füllen, die mit ihrem Wissen die treibende Kraft für Erfolg sind und durch ihre Motivation und ihre Energie Unmögliches möglich machen.

Diese Überzeugung prägt alle Aktivitäten von Haufe und ist Grundphilosophie für ein einzigartiges integriertes Portfolio aus Software, Inhalten, Weiterbildung und Beratung.

Die **Haufe Suite** vernetzt als quellenübergreifendes Portal für Wissensproduktivität internes Mitarbeiterwissen mit bewährtem, rechtssicherem Fachwissen von Haufe.

Die **Haufe Office Line** ist die Reihe marktführender Fachinformationsdatenbanken für Unternehmen, Kanzleien und öffentliche Organisationen, in denen Inhalte, Arbeitshilfen und Tools praxisgerecht aufbereitet werden.

Die **Haufe Akademie** bietet passgenaue Lösungen und Services für die kontinuierliche Kompetenzerweiterung von Fach- und Führungskräften und damit für die Zukunftsgestaltung von Unternehmen.

Die Software **umantis Talent Management** verbessert drei wesentliche erfolgsrelevante Prozesse in Unternehmen: das Gewinnen der gewünschten Mitarbeiter, das Leisten der richtigen Arbeit und das Entwickeln der persönlichen Kompetenzen.

Über fünf Millionen Nutzer in rund 75.000 Unternehmen und Organisationen aller Branchen arbeiten erfolgreich mit Lösungen von Haufe. Zu den Kunden zählen unter anderem tesa, flyeralarm, Edeka, Stadt Karlsruhe, BMW Group, Deutsche Telekom und Siemens.

Haufe ist neben der Haufe Akademie und Lexware eine Marke der Haufe Gruppe. Das Unternehmen mit Hauptsitz in Freiburg wurde bereits 1951 gegründet und beschäftigt heute über 1.500 Mitarbeiter im In- und Ausland. Die Unternehmensgruppe konnte im Geschäftsjahr 2014 (Juli 2013 bis Juni 2014) einen Umsatz von über 266 Mio. Euro erzielen (Vorjahr: über 251 Mio. Euro).