

Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ab dem 01.04.2017

Die Änderungen des AÜG sind seit dem 01.04.2017 in Kraft. Nachdem der erste Gesetzesentwurf vom 16.11.2015 mehrfach geändert und angepasst worden ist, hat das Reformgesetz am 21.10.2016 den Bundestag und am 25.11.2016 den Bundesrat passiert. Im Folgenden werden die Änderungen dargestellt.

1. Höchstüberlassungsdauer

Die Änderungen sehen einen vorübergehenden Einsatz, bis zu einer Höchstdauer von 18 Monaten vor.

a.

Die Einsatzdauer bezieht sich auf den Arbeitnehmer. D.h. ein und derselbe Leiharbeiter darf bis max. 18 Monate eingesetzt werden. Nach Ablauf der Frist kann auf diesem Arbeitsplatz ein anderer Leiharbeiter zum Einsatz kommen.

Bisher war offen, warum der Gesetzgeber die Begriffe „vorübergehend“ und zusätzlich „Überlassungshöchstdauer“ nannte. Es stellte sich die Frage, ob beide Voraussetzungen parallel vorliegen müssen. Das also zusätzlich zur Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten, der Arbeitsbedarf beim Entleiher vorübergehend bestehen muss. Der Gesetzgeber hat dies in der aktuellen Fassung klar gestellt. In § 1b AÜG ist nunmehr der Satz enthalten: "Der Entleiher darf denselben Leiharbeiter nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate tätig werden lassen." Somit ist eindeutig, dass der Entleiher ein und denselben Leiharbeiter nur 18 Monate einsetzen kann, im Anschluss dieser aber durch einen anderen Leiharbeiter ersetzt werden darf.

b.

Ausdrücklich ist von der Dauer der Überlassung die Rede, nicht von der Einsatzdauer. Das ist dort entscheidend, wo z.B. Rahmen-Überlassungsverträge bestehen, die lediglich hinsichtlich der einzelnen Einsätze konkretisiert werden. Sieht also ein Vertrag die Überlassung eines Arbeitnehmers auf einen bestimmten Arbeitsplatz vor, ohne dass hierzu konkret Personal vom Entleiher abgerufen wurde, läuft gleichwohl eine Überlassung, mit dem Ergebnis, dass die 18 Monate auch ohne Einsatz erreicht werden könnten. Hier ist anzuraten, nach Abschluss eines Einsatzes das Ende des Überlassungsvertrags herbeizuführen bzw. eine entsprechende Gestaltung des Rahmenvertrags vorzunehmen. Auch noch offene Rahmenverträge sollten ggf. nun gekündigt werden.

c.

Die Höchstgrenze besteht jeweils für das Kundenunternehmen. Davon umfasst sind die einzelnen Betriebe und sämtliche Tätigkeiten, die der Leiharbeiter in diesem Kundenunternehmen ausführt. Nicht davon umfasst sind Konzernschwestern. Wird der Leiharbeiter im Anschluss an ein anderes, konzernangehöriges Unternehmen überlassen, beginnt die Überlassungsfrist von vorn.

Zu beachten ist hier, mit welcher juristischen Person der Überlassungsvertrag geschlossen wurde. Hat eine Gesellschaft verschiedene autark organisierte Tochtergesellschaften, schließt den Überlassungsvertrag aber als übergeordnete Gesellschaft ab, so löst die Überlassung an eine zweite Tochtergesellschaft keine neue Höchstüberlassungsdauer aus.

d.

Überlassungszeiten sind zu addieren, wenn weniger als drei Monate Unterbrechung zwischen den Einsätzen liegen. Für die Berechnung von anteiligen Monaten ist der Monat mit 30 Tagen anzusetzen. Bei der Berechnung berücksichtigt werden auch Einsätze des Leiharbeiters beim Kunden, die über einen anderen Verleiher erfolgten. An dieser Stelle kommt es auf die tatsächliche Einsatzdauer

an, nicht auf die vertragliche. Wird der Einsatz länger als drei Monate unterbrochen, kann der Leiharbeitnehmer erneut bis zu 18 Monate an den Kunden überlassen werden.

Zu beachten ist an dieser Stelle, dass eine Unterbrechung zwingend länger als drei Monate andauern muss. Eine Unterbrechung die kürzer oder gleich drei Monate ist, lässt die Höchstüberlassungsdauer nicht von neuem beginnen.

Für die Bestimmung der Überlassungsdauer ist die vertragliche Vereinbarung der Überlassung zwischen Verleiher und Entleiher maßgeblich. Auf die arbeitszeitliche Ausgestaltung der Tätigkeit des Leiharbeitnehmers im Betrieb des Entleihers kommt es dagegen nicht an. Ob der Arbeitnehmer daher 3h täglich oder 8h im Entleihbetrieb zum Einsatz kommt bleibt unberücksichtigt. Maßgeblich ist allein, wie lange er nach dem Überlassungsvertrag eingesetzt werden soll.

e.

Überlassungszeiten, die zeitlich vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung liegen, sind nicht anzurechnen. Gezählt werden Einsätze erst ab dem 01.04.2017. Die Höchstüberlassungsdauer kann daher frühestens am 01.10.2018 erreicht sein.

f.

Von der Höchstüberlassungsdauer kann durch Tarifvertrag abgewichen werden. Wichtig hier: es muss sich um einen Tarifvertrag des Kunden bzw. der Einsatzbranche handeln. Die Tarifverträge der Zeitarbeit haben in diesem Punkt keine Geltung.

Zu unterscheiden ist, ob das Entleihunternehmen tarifgebunden, also Mitglied eines Arbeitgeberverbands ist oder tarifungebunden und ob der geltende Tarifvertrag selbst eine Regelung zur Überlassungsdauer enthält oder nur eine Öffnungsklausel, die es Entleiher und Betriebsrat erlaubt, eine eigene Regelung zu finden. Die folgende Tabelle enthält eine Übersicht über die Voraussetzungen.

ENTLEIHER	Tarifbindung	Keine Tarifbindung
Tarifvertrag mit Regelung zur Überlassungsdauer	Die Regelung zur Überlassungsdauer greift unmittelbar. Die Tarifparteien brauchen bei Abschluss des Tarifvertrags keine zeitlichen Grenzen beachten.	Die Regelung zur Überlassungsdauer kann durch Betriebsvereinbarung zwischen Entleiher und Betriebsrat, aus dem Tarifvertrag übernommen werden.
Tarifvertrag ohne Regelung zur Überlassungsdauer aber mit Öffnungsklausel für eine Betriebsvereinbarung	Eine Regelung zur Überlassungsdauer ist im Tarifvertrag nicht enthalten; der Entleiher kann mit seinem Betriebsrat aber eine Betriebsvereinbarung hierzu treffen. Eine zeitliche Grenze ist von den Betriebsparteien nicht zu beachten.	Eine Regelung zur Überlassungsdauer kann mittels Betriebsvereinbarung zwischen Entleiher und Betriebsrat, getroffen werden. Zeitlich ist diejenige Grenze von den Betriebsparteien zu beachten, die der einschlägige Tarifvertrag für die Betriebsvereinbarung vorsieht. Enthält der Tarifvertrag keine zeitliche Vorgabe für Betriebsvereinbarungen, darf die Höchstdauer der Überlassung 24 Monate nicht überschreiten.

Entleihunternehmen ohne Tarifbindung und ohne Betriebsrat können von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten nicht abweichen.

2. Gleichstellungsgrundsatz

Weitere maßgebliche Änderung des AÜG ist die Gleichstellung der eingesetzten Leiharbeitnehmer mit dem Stammpersonal des Entleihers nach neun Monaten Einsatzdauer.

a.

Die wesentlichen Arbeitsbedingungen sind anhand individuell vergleichbarer Stammarbeitnehmer im Entleihbetrieb zu bestimmen. Die Betrachtung erfolgt dabei personenbezogen, d.h. es ist zu klären, was der Arbeitnehmer erhielte, wäre er direkt beim Entleiher angestellt. Sind mehrere Stammarbeitnehmer vergleichbar, ist eine Orientierung am geringsten Verdienst möglich. Ist kein vergleichbarer Stammarbeitnehmer vorhanden, sind die wesentlichen Arbeitsbedingungen innerhalb der Entleiherbranche zu ermitteln.

Equal-Pay umfasst alle Lohnbestandteile. Sachbezüge und geldwerte Vorteile sind mittels Geldzahlung an den Arbeitnehmer zu vergüten.

b.

Möglich ist weiterhin eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz durch die Anwendung eines Tarifvertrags der Zeitarbeitsbranche. Auch die reine Inbezugnahme des Tarifvertrags ist nach wie vor zulässig.

Der Umfang der Abweichung ist nun allerdings hinsichtlich des Verdienstes beschränkt.

aa.

In den ersten neun Monaten des Einsatzes verbleibt es bei der bislang bestehenden Rechtslage, es sind keine weiteren Voraussetzungen für eine Abweichung vom „equal-pay“-Grundsatz zu erfüllen.

bb.

Für eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach neun Monaten Einsatzdauer bedarf es nun einer qualifizierten tariflichen Regelung. Angelehnt an die bestehenden Branchenzuschlagstarifverträge, die seinerzeit zur Abwendung des gesetzlichen „equal-pay“-Grundsatz geschlossen wurden, ist nach längstens sechs Wochen mit einer Lohnangleichung an das Entleiher-Lohnniveau zu beginnen. Spätestens nach 15 Monaten ist sodann „equal-pay“ zu zahlen.

c.

Besonders zu betrachten ist indes, was genau als „equal-pay“ nach 15 Monaten zu zahlen ist. Der geänderte § 8 Abs. 4 AÜG sieht hierzu ein Arbeitsentgelt vor: „das in dem Tarifvertrag als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche festgelegt ist“. D.h. also was als „equal-pay“ zu zahlen ist, wird im Zeitarbeitstarifvertrag festgelegt. Hier ist zu erwarten, dass das regelmäßige Stundenentgelt der Entleiherbranche ohne Zuschläge bzw. mit einer pauschalen Erhöhung, die alle Zuschläge abbildet angesetzt wird. Findet ein Zeitarbeitstarifvertrag und ein Branchenzuschlagstarifvertrag Anwendung ist also nicht das tatsächliche „equal-pay“, inkl. aller Zuschläge nach 15 Monaten zu zahlen sondern das Stundenentgelt, das von den Tarifvertragsparteien als „equal-pay“ festgelegt worden ist.

d.

Die Anlehnung an die vorhandenen Branchenzuschlagstarifverträge führt dazu, dass bei Einsätzen in Betriebe, die unter keinen Branchentarifvertrag fallen, nach neun Monaten das tatsächliche „equal-pay“ zu zahlen ist. Auch wenn ein Zeitarbeitstarifvertrag angewandt wird.

e.

Überlassungszeiten sind zu addieren, wenn weniger als drei Monate Unterbrechung zwischen den Einsätzen liegen. Davon umfasst sind auch Einsätze des Leiharbeitnehmers beim Kunden, die über

einen anderen Verleiher erfolgten. An dieser Stelle kommt es auf die tatsächliche Einsatzdauer an und nicht auf die vertragliche. Es erfolgt keine Anrechnung von Einsätzen bei Konzernschwestern. Einsätze, die vor Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Regelungen erfolgten, sind nicht anzurechnen.

3. Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer

Ein Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer war auch bisher schon Voraussetzung und der Kettenverleih auch bisher untersagt. Dieser Punkt wurde aber einzig von der Erlaubnisbehörde geprüft und sanktioniert, weil er nicht im Gesetz stand. Das ist nun der Fall, die Folgen eines Kettenverleihs regelt jetzt das AÜG in § 10a.

Problematisch ist weniger, dass ein Leiharbeitnehmer von einem Verleiher an einen anderen Verleiher und von diesem an den Kunden überlassen wird. In der Praxis eher relevant ist der Fall, dass ein Entleiher als Dienstleister bei seinem Auftraggeber vor Ort aktiv ist und der Auftraggeber an das Personal des Entleihers Weisungen erteilt. Der Entleiher, der zur Erfüllung des Auftrags Leiharbeitnehmer einsetzt, steht in keinem Arbeitsverhältnis zu diesen. Weisungen durch seinen Auftraggeber und eine Eingliederung des Personals vor Ort in dessen Betrieb führen zum Kettenverleih. Der Entleiher/Auftragnehmer wird in der Regel über keine Überlassungserlaubnis verfügen, sodass sämtliche Verträge unwirksam sind und ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Endkunden/Auftraggeber gesetzlich fingiert wird.

4. Offenkundigkeit

Nach dem Gesetzesentwurf ist zukünftig der Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher zwingend als Überlassungsvertrag zu bezeichnen. Damit wird die sog. „Fallschirm-Lösung“ unterbunden. Bei dieser wurde formal ein Werkvertrag abgeschlossen; für den Fall, dass der Einsatz doch als Arbeitnehmerüberlassung eingestuft wurde, holte der Auftragnehmer eine Überlassungserlaubnis ein. Dem wird durch das neue Gesetz ein Riegel vorgeschoben, da nur noch offen praktizierte Überlassung erlaubt wird.

Weiterhin sind die überlassenen Arbeitnehmer vor Beginn der Überlassung namentlich zu benennen. Im Fall eines Rahmenüberlassungsvertrags muss eine zweifelsfreie Bezugnahme auf diesen Vertrag erfolgen. Derzeit noch offen ist, ob das Schriftformerfordernis des Überlassungsvertrags sich auch auf die Konkretisierung der Arbeitnehmer bezieht. Da der Gesetzgeber lediglich „unter Bezugnahme auf den Vertrag“ verlangt, ist tendenziell keine Schriftform erforderlich. Zum Nachweis der Erfüllung dieser Anforderung erscheint eine schriftliche Benennung der Arbeitnehmer aber ratsam.

Darüber hinaus ist der Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darauf hinzuweisen, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird. Ob eine Mitteilung im Arbeitsvertrag ausreicht, ist derzeit noch offen. Der Wortlaut des Gesetzes steht dem entgegen. Dort heißt es „vor jeder Überlassung“, sodass tatsächlich vor jedem Einsatz eine solche Mitteilung erfolgen sollte.

5. Streikbrecher-Einsatz

Nach dem bisherigen AÜG stand es dem Leiharbeitnehmer frei, zu entscheiden, ob er in einem bestreikten Betrieb tätig werden wolle. Er konnte den Einsatz mit dem Hinweis auf Streik ablehnen. Die erste Fassung des geänderten AÜG enthielt ein vollständiges Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern während eines Streiks im Entleihbetrieb, das sich an den Entleiher richtete. In der Fassung vom 10.05.2016 wurde dieses Verbot wieder abgemildert. Ein Einsatz von Zeitarbeit kann nun doch auch während eines Streikes erfolgen, wenn sichergestellt ist, dass kein Leiharbeitnehmer mit

Arbeiten beschäftigt wird, die regulär ein nun streikender Stammarbeitnehmer erbringt. In der Fassung vom 20.05.2016 wurde diese Regelung ergänzt um die zunächst abgeschaffte Wahlmöglichkeit des Leiharbeitnehmers, in einem bestreikten Betrieb nicht eingesetzt zu werden. Er kann nun wieder frei über den Einsatz in einem Streikbetrieb entscheiden.

6. Mitberechnung der Leiharbeitnehmer

Leiharbeitnehmer sind bei der Berechnung kollektiv-arbeitsrechtlicher Arbeitnehmerzahlen fortan mitzuzählen, wenn die Gesamtdauer der Überlassung sechs Monate übersteigt. Die frühere Fassung des Gesetzesentwurfes sah noch eine Berücksichtigung unabhängig von der Dauer des Einsatzes vor. Bisher durften nur die Leiharbeitnehmer bspw. an Betriebsratswahlen teilnehmen, deren Einsatz länger als drei Monate im Entleihbetrieb dauert. Wobei die geplante Einsatzdauer entscheidend war. Ist also von Beginn an ein Einsatz von mehr als drei Monaten geplant, konnten sie bereits in ihrer ersten Einsatzwoche den Betriebsrat mitwählen. Derlei Berechnungen fallen nun weg, alle Leiharbeitnehmer sind wahlberechtigt und zählen mit.

Dass dann ggf. ein überdimensionierter Betriebsrat entsteht, da zum Stichtag außergewöhnlich viele Leiharbeitnehmer mit zu zählen sind und so nicht die Durchschnittsstärke der Belegschaft repräsentiert wird, bzw. vergleichbare Unwuchten, nimmt der Gesetzgeber hin.

7. Informationsrechte des Betriebsrates

Die Informationsrechte des Betriebsrates werden erweitert. Das Betriebsverfassungsgesetz sieht nun vor, dass der Betriebsrat über die Beschäftigung von Personen, die in keinem Arbeitsverhältnis zum Entleiher stehen

- rechtzeitig, also vor dem Einsatz und
- umfassend, inkl. Einsatzdauer, Einsatzort und Arbeitsaufgaben

zu informieren ist. Ferner sind alle erforderlichen Unterlagen auf Verlangen des Betriebsrats, inkl. der zugrundeliegenden Verträge vorzulegen. Außerdem besteht eine Pflicht zur Beratung über Art und Umfang eines Fremdpersonaleinsatzes.

Es verbleibt jedoch bei einem Informationsrecht des Betriebsrates. Nach wie vor braucht der Arbeitgeber keine Zustimmung für den Einsatz. Will der Betriebsrat also gegen den Einsatz vorgehen, liegt der Handlungszwang bei ihm.

8. Folgen eines Verstoßes

Bei einer erlaubnislosen Überlassung, einem Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer oder die Offenkundigkeit, wird der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer unwirksam und kommt es zu einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher.

Es sei denn – und hierin besteht die Neuerung des Gesetzesentwurfes:

- der Leiharbeitnehmer erklärt
- binnen eines Monats nach Beginn der Überlassung oder nach Eintritt der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zum Verleihers
- schriftlich
- gegenüber Verleiher oder Entleiher,

an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festzuhalten zu wollen.

Die Regelung klingt zunächst mal einleuchtend, birgt aber Unsicherheiten in der Umsetzung. Der Beginn der Monatsfrist dürfte in der Praxis Schwierigkeiten bereiten. Ausdrücklich ist nicht vom Einsatzbeginn sondern vom Beginn der Überlassung die Rede. In der Praxis wird oft ein Rahmenvertrag

verwendet, der lediglich für den einzelnen Einsatz konkretisiert wird. Bei genauer Betrachtung ist der Beginn des Rahmenvertrags als Überlassungsbeginn maßgeblich. Hier kann die Monatsfrist jedoch häufig längst abgelaufen sein.

In dem Fall kann die Alternative, nämlich der Eintritt der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags greifen. Wann die Unwirksamkeit eingetreten ist, lässt sich jedoch oftmals genauso schlecht bestimmen. Ist der Einsatz als Werkvertrag geplant und stellt sich dann heraus, es handelt sich um Arbeitnehmerüberlassung, mit der Folge der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags, so ist dieser Einsatz von Anfang an Arbeitnehmerüberlassung. Es wird quasi rückwirkend eine Arbeitnehmerüberlassung festgestellt, was auch bei dieser Variante dazu führt, dass die Monatsfrist häufig abgelaufen ist.

Als Mittel der Wahl empfahl sich, eine Erklärung des Leiharbeitnehmers, an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhalten zu wollen, bereits arbeitsvertraglich oder vor Einsatzbeginn einzuholen. Mit dem Risiko, dass die Gerichte diese Einwilligung als unwirksam erklären, da der Leiharbeitnehmer zu so einem frühen Zeitpunkt gar nicht wissen kann, ob er ggf. beim Entleiher bleiben will, da er ihn womöglich noch gar nicht kennt. In diesem Punkt hat der Gesetzgeber aber nun schon in der aktuellen Fassung nachgebessert, sodass sich nicht erst zeitaufwendig Richterrecht herausbilden muss. In der letztgültigen Fassung des Gesetzesentwurfs wird hierzu klargestellt, dass die sog. "Festhaltungserklärung" des Zeitarbeitnehmers, die die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zu dem Kunden verhindert, erst abgegeben werden kann, wenn die dafür maßgebliche Frist von 1 Monat bereits angelaufen ist. Die Unbestimmtheit hinsichtlich des Fristbeginns ist damit gleichwohl nicht aufgehoben. Nur eine der Möglichkeiten, die Vorschrift in der Praxis zu handhaben, wurde vorab bereits beseitigt.

9. Ausnahmen der Erlaubnispflicht

Ausgenommen vom Erlaubnisvorbehalt sind Überlassungen zwischen Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes, wenn Aufgaben von dem einen Arbeitgeber auf den anderen verlagert werden. Außerdem muss dies aufgrund eines Tarifvertrags des öffentlichen Dienstes geschehen und der Tarifvertrag hierzu vorsehen, dass das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber weiter besteht und die Arbeitsleistung zukünftig bei dem anderen Arbeitgeber erbracht wird.

Damit soll die Privatisierung von Betrieben des öffentlichen Dienstes abgedeckt werden. Durch die Einführung bisher nicht verwendeter Rechtsbegriffe wie „Aufgabenverlagerung“ und „auf Grund eines Tarifvertrags des öffentlichen Dienstes“ wurden Unsicherheiten ins Gesetz aufgenommen, die zunächst durch die Gerichte ausgefüllt werden müssen.

Vom Erlaubnisvorbehalt außerdem ausgenommen sind Überlassungen zwischen Unternehmen des öffentlichen Rechts, soweit die für sie geltenden Tarifverträge des öffentlichen Dienstes, dies vorsehen.

10. Weitere Änderungen

a.

Die statistischen Meldungen, die halbjährlich an die Bundesagentur für Arbeit zu übermitteln waren, entfallen ersatzlos.

b.

Zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag wurden die, von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien

- in die Arbeitsorganisation des Entleihers integriert
- den Weisungen des Entleihers unterliegend

ins Gesetz aufgenommen.

Eine Änderung der Rechtslage ist damit nicht verbunden, da auch bisher eine Unterscheidung anhand dieser Merkmale stattfand. Wichtiger ist, dass der geplante Abgrenzungskatalog, der präzise Merkmale und eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung enthielt, keine Berücksichtigung im neuen Gesetzesentwurf fand.

11. Durchführungsanweisung der Bundesagentur für Arbeit

Am 21.03.2017 wurden die Fachlichen Weisungen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz der Bundesagentur für Arbeit veröffentlicht.

Darin sind Detailfragen geklärt, wenn auch mancher Punkt offen geblieben ist. Jedenfalls enthalten die Weisungen den Prüfmaßstab, den die Bundesagentur für Arbeit als Erlaubnisbehörde anwenden wird.

Christiane Rieger Rechtsanwältin