

Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (BGBl 2017, noch offen.)

Das lange und sehr kontrovers geführte Gesetzgebungsverfahren passierte Ende November 2016 den Bundesrat und wird voraussichtlich in Kürze im Bundesgesetzblatt verkündet werden.

Das Gesetz wird am 1.04.2017 in Kraft treten.

Zentrale Neuregelung ist die Begrenzung der Verleihdauer auf 18 Monate, ergänzt um die Möglichkeit, hiervon tarifvertragsbasiert abzuweichen. Außerdem wurde der Grundsatz der Gleichstellung der Leiharbeiter hinsichtlich der wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts mit den Stammbeschäftigten neu formuliert. Abweichungen hiervon sind für die ersten 9 Monate durch Tarifverträge unter bestimmten Bedingungen möglich. Schließlich enthält der neue § 611 a BGB eine Definition des Begriffes "Arbeitsvertrag", die sich an der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes orientiert. Damit soll die Abgrenzung zu Werk- und Dienstverträgen erleichtert werden.

1. Höchstüberlassungsdauer

Ab dem 1.4.2017 gilt eine **Überlassungshöchstdauer von 18 aufeinanderfolgenden Monaten**. Sie bezieht sich auf denselben Leiharbeiter beim selben Entleiher. Die Berechnung dieser Frist beginnt am 01.04.2017. Überlassungszeiten vor dem 01.04.2017 werden nicht mitgerechnet (§ 19 Abs.2 AÜG nF). In laufenden Überlassungsverträgen wird damit spätestens am 30.09.2018 die Höchstdauer erreicht sein.

Mit Überschreiten dieser Höchstüberlassungsdauer wird bei weiterem Einsatz des Leiharbeiters in Entleihbetrieb der Arbeitsvertrag zwischen ihm und dem Verleiher unwirksam (§ 9 Nr. 1b AÜG nF). Als weitere Rechtsfolge und zum Schutz des Arbeitnehmers gilt ab diesem Zeitpunkt ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher als zustande gekommen. Der Leiharbeiter kann diese Rechtsfolge verhindern, wenn er innerhalb eines Monats erklärt, dass er an dem Vertrag mit dem Verleiher festhalten möchte. Aus unterschiedlichen Gründen kann dies auch im Interesse des Leiharbeiters liegen. Die sog. Festhaltungserklärung ist allerdings an strenge Vorgaben geknüpft, die Bedingung für deren Wirksamkeit sind (schriftlich, innerhalb eines Monats, persönliche Vorlage bei der Arbeitsagentur zur Identitätsfeststellung, spätestens am dritten Tag danach Vorlage beim Verleiher oder Entleiher).

Von dieser Höchstdauer kann durch **Tarifvertrag der Einsatzbranche** (der entleihenden Unternehmen) oder durch eine aufgrund eines solchen Tarifvertrages geschlossene Betriebs- oder Dienstvereinbarung abgewichen werden. Im Geltungsbe-

reich eines solchen Tarifvertrages können in nicht tarifgebundenen Unternehmen die tariflichen Regelungen durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen inhaltsgleich übernommen werden (§ 1 Abs. 1 b AÜG-E).

Nicht davon erfasst sind paritätische Organisationen, die an keinen Tarifvertrag gebunden sind, der eine Regelung zur Verlängerung der Überlassungsdauer enthält. Tarifvertragliche Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer im Paritätischen Bereich sind bisher nicht bekannt.

2. Grundsatz der Gleichstellung (§ 8 AÜG nF)

Der auch bisher schon im AÜG enthaltene „**equal pay Grundsatz**“, von dem oberhalb der in der Rechtsverordnung nach § 3a AÜG festgesetzten Mindeststundenentgelte durch Tarifvertrag abgewichen werden durfte, wurde ausgeweitet. Zukünftig darf durch Tarifvertrag innerhalb der ersten 9 Monate vom Grundsatz der Gleichstellung abgewichen werden, ohne die in der Rechtsverordnung festgesetzten Mindeststundenentgelte zu unterschreiten. Längere tarifvertragliche Abweichungen sind bis zu 15 Monaten möglich, wenn eine stufenweise Heranführung an das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer erfolgt.

Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht gebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung des Tarifvertrages vereinbaren. Paritätische Organisationen sind, soweit uns bekannt ist, bisher idR nicht im Geltungsbereich (insb. räumlich, zeitlich, fachlich) von Tarifverträgen der Zeitarbeitsbranche zu finden oder an einen solchen gebunden.

In der Begründung wird klargestellt, dass nicht tarifgebundene Verleiher wie auch Entleiher, die sich nicht im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags befinden, von diesen Regelungen nicht profitieren können. Das politische Ziel hinter diesen Regelungen besteht darin, die Tarifbindung im Bereich Leiharbeit insgesamt zu stärken.

3. Abgrenzung eines Einsatzes im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung vom Einsatz im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen / Definition des Arbeitsvertrags (§ 611a BGB)

Um missbräuchlichen Einsatz von Personen auf der Basis von Werk- oder Dienstverträgen in Fremdunternehmen einzudämmen, wurden die Arbeitnehmerüberlassung und der Arbeitsvertrag gesetzlich definiert.

a) Definition Arbeitnehmerüberlassung

Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG zeichnet sich die Arbeitnehmerüberlassung dadurch aus, dass

- ein Arbeitnehmer des Verleihers
- in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist
- und seinen Weisungen unterliegt.

Aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass mit dieser Definition weder der Anwendungsbereich, noch die Erlaubnispflicht verändert werden soll. Vielmehr ist auf die bisherige Rechtsprechung zurückzugreifen (BT-Drucksache 18/9232, S. 18). Aus dieser ergibt sich auch, dass Basis der Feststellung, ob eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalles ist. Der Ausschuss des Bundestages für Arbeit und Soziales betonte, dass mit der Definition nicht die derzeitige Rechtslage geändert werden solle (BT-Drucksache 18/10064, S. 13).

Die bisherige Rechtsprechung:

„Eine Überlassung zur Arbeitsleistung i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen (vgl. BAG 6. August 2003 - 7 AZR 180/03 - zu II 1 a der Gründe, AP AÜG § 9 Nr. 6 = EzA AÜG § 1 Nr. 13; 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - Rn. 14 mwN, EzAÜG AÜG § 10 Fiktion Nr. 121)“, (BAG vom 18.1.2012 / AZR 723/10 mit weiteren Hinweisen).

Widersprechen sich Vertragsinhalt und die tatsächliche praktische Handhabung, ist letztere für die Beurteilung des maßgebend. Diese Regel ist nunmehr in § 12 Abs.1 Satz 2 AÜG nF niedergelegt: „Wenn der Vertrag (gemeint ist der Verleihvertrag zwischen Verleiher und Entleiher, d. Verf.) und seine tatsächliche Durchführung einander widersprechen, ist für die rechtliche Einordnung des Vertrages die tatsächliche Durchführung maßgebend.“

b) Definition des Arbeitsvertrags in § 611a BGB nF

Die Definition des Arbeitsvertrags soll der Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeitnehmers und dem Einsatz als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk-oder Dienstvertrages im Fremdunternehmen dienen.

Die gesetzliche Definition nimmt die bisherige Rechtsprechung des BAG auf. „Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer 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, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsver-

hältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

4. Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht (Verleihvertrag), Informationspflicht gegenüber Leiharbeitnehmer

Dem Verleihunternehmen und dem Entleiher wird die Pflicht auferlegt, die Überlassung von Leiharbeitnehmern ausdrücklich als solche zu bezeichnen, bevor der Arbeitnehmer überlassen und tätig wird. Außerdem ist die konkrete Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf den konkreten Verleihvertrag vor der Überlassung zu konkretisieren (§ 1 Abs.1 Satz 5 und 6 AÜG nF). Gleichzeitig hat der Verleiher den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird (§ 11 Abs.2 Satz 4). Gleichzeitig gilt nach § 10 Abs.1 AÜG nF ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher als zustande gekommen.

Mit diesen Regeln soll der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung entgegengewirkt werden.

5. Verstöße

Bei **Verstoß gegen die Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht** werden Arbeitsverträge zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmern unwirksam (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG nF). Der Leiharbeitnehmer kann diese Rechtsfolge verhindern, wenn er innerhalb eines Monats erklärt, dass er an dem Vertrag mit dem Verleiher festhalten möchte. Die sog. Festhaltungserklärung ist an strenge Vorgaben geknüpft, die Bedingung für deren Wirksamkeit sind (schriftlich, innerhalb eines Monats, persönliche Vorlage bei der Arbeitsagentur zur Identitätsfeststellung, spätestens am dritten Tag danach Vorlage beim Verleiher oder Entleiher).

Die Folge der Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages tritt auch ein, wenn der Verleiher keine Überlassungserlaubnis hat. Auch hier gibt es die Möglichkeit einer sog. Festhaltungserklärung durch den Arbeitnehmer.

Darüber hinaus können Bußgeld, Strafandrohung bei Vorsatz nach § 266a StGB, sowie der Widerruf der Überlassungserlaubnis drohen.

Vereinbarungen, die vom „equal pay Grundsatz“ abweichen, führen zu deren Unwirksamkeit (§ 9 Abs.1 Nr. 2 AÜG nF.). Auch hier droht der Widerruf der Überlassungserlaubnis mit weiteren Konsequenzen für die Wirksamkeit der Verträge.

6. Fragen aus dem Bereich der Mitbestimmung

Zukünftig ist der Betriebsrat nach § 80 Abs.2 BetrVG nF bei der Beschäftigung von Fremdpersonal insbesondere zum zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und den Arbeitsaufgaben dieser Personen zu unterrichten.

Für die Berechnung von Schwellenwerten des BetrVG sind zukünftig nach § 14 AÜG die Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb mitzurechnen.

27.01.2017

Gertrud Tacke

Paritätischer Gesamtverband Wohlfahrtsverband e.V.