

Endlich endgültig: Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des AÜG – Wichtigste Praxisfolgen

I. EINLEITUNG

Nachdem Bundesarbeitsministerin Nahles am 16.11.2015 den ersten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes („AÜG“) und anderer Gesetze vorgelegt und diesen nach starker Kritik aus allen Lagern in einem zweiten Entwurf am 17.2.2016 überarbeitet hatte, änderte die Bundesregierung nunmehr auch diesen Entwurf mit Kabinettsbeschluss vom 1.6.2016 in weiteren Punkten ab. Dieser Regierungsentwurf („RE“) wird jetzt dem Bundesrat zugeleitet. Änderungen sind nicht mehr zu erwarten. Das Gesetz soll zum 1.1.2017 in Kraft treten, wobei sich dieses Datum noch um einige Monate nach hinten verschieben könnte. Unternehmen, die mit Fremdpersonal arbeiten, sollten sich deshalb auf die mit dem Gesetz verbundenen teils erheblichen Änderungen einstellen.

Über den Hintergrund, die Inhalte und die etwaigen Folgen des ersten Referentenwurfs des BMAS hatten wir Sie zwar bereits in unserem Client Alert vom 24.11.2015 informiert. Da die Unterschiede zwischen dem RE und dem ersten Referentenentwurf in vielen Punkten jedoch erheblich sind, möchten wir Ihnen in diesem Client Alert die im RE enthaltenen Änderungen aufzeigen und die wichtigsten mit den Neuregelungen verbundenen Praxisfolgen erläutern.

II. DER REGIERUNGSENTWURF UND DIE PRAXISFOLGEN IM EINZELNEN

Der RE zielt darauf ab, den Einsatz von Leiharbeitnehmern einzuschränken sowie dem – je nach Sicht tatsächlichen oder vermeintlichen – Missbrauch durch einen Rückgriff auf Werkverträge entgegenzuwirken. Im Einzelnen:

1. Arbeitnehmerbezogene Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten

Wie bereits in den beiden Referentenentwürfen vorgesehen, wird der im Jahre 2011 in das AÜG eingeführte und seitdem kontrovers diskutierte Begriff des „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG konkretisiert: Zukünftig darf derselbe Leiharbeitnehmer gem. § 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b AÜG-RE grundsätzlich nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen werden. Auf den konkreten Arbeitsplatz kommt es dagegen nicht an. Folglich können bestimmte Arbeitsplätze im Betrieb faktisch dauerhaft mit unterschiedlichen Leiharbeitern besetzt werden. Um es der Praxis zu ermöglichen, sich auf die geänderte Rechtslage einzustellen, sind aufgrund einer Übergangsregelung (§ 19 Abs. 2 AÜG-RE) bei der Höchstüberlassungsdauer nur Überlassungszeiträume ab dem Inkrafttreten des Gesetzes (1.1.2017) zu berücksichtigen.

Während tarifgebundene Arbeitgeber durch konkrete tarifvertragliche Regelungen in der Einsatzbranche von der 18-monatigen Höchstüberlassungsgrenze ohne gesetzlich vorgesehene Begrenzung abweichen

können, sollten nicht tarifgebundene Arbeitgeber nach dem ersten Referentenentwurf zunächst keine Abweichungsmöglichkeit haben. Nach dem insoweit bereits eingeschränkten zweiten Referentenentwurf sollten nicht tarifgebundene Arbeitgeber durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags die Höchstüberlassungsdauer zumindest auf maximal 24 Monate verlängern können. Diese Benachteiligung für nicht tarifgebundene Arbeitgeber wurde im RE noch weiter entschärft: Nicht tarifgebundene Entleiher dürfen jetzt entweder die abweichende tarifvertragliche Regelung zur Überlassungshöchstdauer des für sie einschlägigen Tarifvertrags 1:1 mittels Betriebsvereinbarung übernehmen oder eine Öffnungsklausel im Tarifvertrag für Betriebsvereinbarungen nutzen. Unterfällt der Betrieb den Geltungsbereichen mehrerer Tarifverträge, ist jeweils auf den für den in der Einsatzbranche repräsentativen Tarifvertrag abzustellen. Legen die Tarifvertragsparteien für eine solche betriebliche Öffnungsklausel jedoch keine ausdrückliche Überlassungshöchstdauer im Tarifvertrag selbst fest, können nicht tarifgebundene Arbeitgeber bei Nutzung der Öffnungsklausel nur eine Überlassungshöchstdauer von maximal 24 Monaten vereinbaren. Durch diese – wenn auch nur noch leichte – Ungleichbehandlung von nicht tarifgebundenen Arbeitgebern soll ein Anreiz zum Beitritt in einen Arbeitgeberverband geschaffen werden.

Im Vergleich zu den beiden Referentenentwürfen verkürzte die Bundesregierung auch die sogenannten Unterbrechungszeiten von sechs auf drei Monate. Bei Unterbrechungen von Überlassungszeiträumen von bis zu drei Monaten werden folglich alle davor und danach liegenden Überlassungszeiten zusammengerechnet. Liegen zwischen den Einsatzzeiträumen dagegen mehr als drei Monate, kann derselbe Leiharbeitnehmer erneut für bis zu (mindestens) 18 Monate im Entleihbetrieb eingesetzt werden.

Im Fall der Überschreitung der Überlassungshöchstdauer kommt es gem. §§ 9 Nr. 1b, 10 Abs. 1 S. 2 AÜG-RE wie von vornherein geplant zum Zustandekommen eines Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer. Das gilt weiterhin nur dann nicht, wenn der Leiharbeitnehmer dieser Rechtsfolge innerhalb eines Monats nach Ablauf der Überlassungshöchstdauer widerspricht. Die Folgen eines solchen Widerspruchs für die Praxis sind noch unklar.

2. Verschärfung des Equal Pay-Grundsatzes

Wie bereits in den beiden Referentenentwürfen vorgesehen, sollen Leiharbeitnehmer als zweite wesentliche Änderung im AÜG zukünftig grundsätzlich nach spätestens neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitnehmern beim Entleiher gleichgestellt werden. Nach dem RE sind bei der Berechnung des Anspruchs auf Equal Pay jetzt jedoch nur solche Einsatzzeiten zu berücksichtigen, die nach 1.1.2017 (Inkrafttreten des Gesetzes) liegen. Zum Arbeitsentgelt im Sinne des AÜG zählt zumindest nach der Begründung des RE jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird bzw. aufgrund gesetzlicher Entgeltfortzahlungstatbestände gewährt werden muss. Zum Arbeitsentgelt sollen insoweit ebenfalls Sachbezüge zählen, die der Entleiher seinen Stammarbeitnehmern gewährt. Hierfür kann der Verleiher dem Leiharbeitnehmer einen Wertausgleich zahlen. Dessen Berechnung wird die Praxis vor erhebliche Probleme stellen und macht die Leiharbeit faktisch unattraktiver. Denn dem Verleiher droht wegen Vorenthaltens von Arbeitsentgelt und Sozialversicherungsbeiträgen eine Strafe, sofern er dem Leiharbeitnehmer zu wenig zahlt oder eine Leistung vergisst. Aus dem Gesetz selbst ergibt sich zudem keine Definition, welche Bestandteile das Arbeitsentgelt umfasst; Rechtsstreite sind insofern sehr wahrscheinlich. Zudem stehen Verleihunternehmen vor einer schweren Aufgabe, die vergleichbaren Löhne der unterschiedlichen Entleihunternehmen und deren Stammarbeitnehmer in ihren IT-Systemen abzubilden.

Nur soweit für das Arbeitsverhältnis ein (Branchen-)Zuschlagstarifvertrag gilt, der eine stufenweise Heranführung des Arbeitsentgelts an Equal Pay vorsieht, gilt nach dem RE der Anspruch auf Equal Pay nicht. Spätestens nach 15 Monaten muss mit den Branchenzuschlägen allerdings mindestens ein

Arbeitsentgelt erreicht werden, „das in dem Tarifvertrag als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche festgelegt ist“. Insoweit bleibt jedoch unklar, inwieweit die Tarifvertragsparteien der Leiharbeitsbranche etwas als gleichwertig festlegen können, was tatsächlich nicht gleichwertig ist.

3. Sanktionierung verdeckter Arbeitnehmerüberlassung und Kennzeichnungspflicht

Keine Änderung im Vergleich zu den beiden Referentenentwürfen enthält der RE dagegen zum Thema der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung: Die sogenannte „Fallschirmlösung“ soll zukünftig in Konstellationen, bei denen in Grenzbereichen zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werk-/Dienstvertrag vorsorglich eine Verleiherlaubnis zur Verhinderung der Folgen illegaler Arbeitnehmerüberlassung eingeholt wird, nicht mehr helfen. Denn die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung über Scheinwerk- und Scheindienstverträge mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis wird nach §§ 9 Nr. 1a, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG-RE der Überlassung ohne Erlaubnis gleichgestellt. Die daraus resultierende Folge der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher einschließlich der damit verbundenen Haftung des Entleihers für Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuer kann zukünftig nur verhindert werden, wenn der Leiharbeitnehmer dieser Fiktion des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Überlassungsbeginn schriftlich widerspricht.

Neu eingeführt wird insoweit ebenfalls die bereits in den beiden Referentenentwürfen enthaltene entsprechende Pflicht zur Kennzeichnung in § 1 Abs. 1 AÜG-RE: Der Sachverhalt muss im Überlassungsvertrag explizit als Arbeitnehmerüberlassung gekennzeichnet sein; die Person des Leiharbeitnehmers muss vor Überlassung konkretisiert werden. Nur bei Beachtung dieser Verpflichtung soll die Fiktion des Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer ausbleiben. Zusätzlich muss der Verleiher gem. § 11 Abs. 2 AÜG-RE den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird.

4. Kein Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher

Nachdem die bisherigen Referentenentwürfe vorsahen, dass ein Entleiher Leiharbeitnehmer generell nicht einsetzen dürfe, wenn sein Betrieb durch einen Arbeitskampf unmittelbar betroffen sei, wurde dieses Verbot im RE eingeschränkt. Leiharbeitnehmer sollen nun zumindest dann eingesetzt werden können, wenn sichergestellt ist, dass sie nicht (ggf. in der Kette) „Tätigkeiten“ wahrnehmen, die bislang von streikenden Arbeitnehmern verrichtet wurden. Wie schwer dies zu bestimmen ist, zeigt bereits das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 26.5.2015 (Az. 3 Ga 18/15) zum Einsatz von beamteten Briefträgern bei einem Streik der Deutschen Post. Eine fehlerhafte Definition kann für den Entleiher insoweit eine Ordnungswidrigkeit zur Folge haben. Das „Aushelfen“ durch die unionsrechtlich bedenkliche konzerninterne, nach wie vor nicht unter das AÜG fallende Überlassung gem. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG soll durch die Neuregelung im Übrigen nicht beeinträchtigt werden. Nach der bisherigen Rechtslage existiert im Fall von Arbeitskämpfen bekanntlich nur ein Leistungsverweigerungsrecht des Leiharbeitnehmers, über dessen Geltendmachung er frei disponieren kann.

5. Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Schwellenwerten

Wie bereits nach den beiden Referentenentwürfen sollen nach § 14 Abs. 2 AÜG-RE Leiharbeitnehmer zukünftig bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung (u.a. DrittelbG, MitbestG) mitgezählt werden. Der RE begrenzt dies jedoch nun auf Leiharbeitnehmer, deren Einsatzdauer sechs Monate übersteigt.

6. Legaldefinition des Arbeitsverhältnisses in § 611a BGB

Wesentlich entschärft wurde die noch im ersten Referentenentwurf enthaltene Fassung der gesetzlichen Definition eines Arbeitsverhältnisses im neuen § 611a BGB. Nachdem dieser Vorschlag und insbesondere die darin enthaltenen Abgrenzungskriterien zu Werkverträgen und freien Dienstverträgen erhebliche Kritik ausgelöst hatten, enthält der RE jetzt nur noch die von der Rechtsprechung insoweit tatsächlich anerkannten Leitsätze sowie die (zutreffende) Feststellung, dass eine Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles maßgeblich bleibt. Ob diese Regelung lediglich eine Klarstellung der bisherigen Rechtslage ist, oder ob sich aus ihr neue Entwicklungen werden ableiten lassen, bleibt abzuwarten. Die Neufassung lautet wie folgt:

„611a Arbeitnehmer

„Arbeitnehmer ist, wer auf Grund 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.“

6. Information- und Beteiligung des Betriebsrats bei Werkverträgen

Letztlich sehen die §§ 80 Abs. 2, 92 Abs. 1 S. 1 BetrVG-RE wie die vorherigen Referentenentwürfe die weitgehend klarstellende Regelung vor, dass sich die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats auch auf die Beschäftigung von Personen erstrecken, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen. Zu einem „echten“ Mitbestimmungsrecht für Werkverträge kommt es dagegen nicht.

III. DIE WESENTLICHEN ÄNDERUNGEN UND PRAXISFOLGEN DES RE

1. Der RE enthält wesentliche Entschärfungen im Vergleich zu den Referentenentwürfen des BMAS. Insbesondere können auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber nunmehr durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung von der 18-monatigen Höchstüberlassungsdauer abweichen. Durch Übergangsvorschriften im Hinblick auf die Regelungen zur Überlassungshöchstdauer und den verschärften Equal Pay-Grundsatz wird sichergestellt, dass der Praxis ausreichend Zeit bleibt, sich auf diese Änderungen einzustellen.
2. Dennoch wird der Einsatz von Leiharbeitnehmern für Unternehmen ab dem Inkrafttreten des Gesetzes (voraussichtlich 1.1.2017) insbesondere zeitlich eingeschränkt. Wegen des verschärften Equal Pay-Grundsatzes werden vor allem längere Überlassungszeiten für Entleiher im Ergebnis kostenintensiver.
3. Der drittbezogene Personaleinsatz auf Basis von Werkverträgen und Dienstverträgen wird für Einsatzunternehmen riskanter. Der „sauberen“ Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung zu Werkverträgen und Dienstverträgen kommt größere Bedeutung zu. Im Überlassungsvertrag sind sowohl die Arbeitnehmerüberlassung als auch die Person der Leiharbeitnehmers vorab als solche zu kennzeichnen/konkretisieren.
4. Mit dem neuen § 611a enthält das BGB erstmals eine Legaldefinition des Arbeitsverhältnisses.

Sollten Sie noch Fragen zu diesem *Client Alert* haben, wenden Sie sich bitte an einen der nachfolgend genannten Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner in unserem Hause.

[Prof. Dr. Stefan Lunk](#)

stefan.lunk@lw.com
+49.40.414030
Hamburg

[Dr. Alexander Beck](#)

alexander.beck@lw.com
+49.40.414030
Hamburg

Folgendes könnte Sie auch interessieren

[Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes](#)

[Aktuelles zum Massenentlassungsverfahren](#)

[Zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Tarifeinheit im Betrieb](#)

Client Alert wird von Latham & Watkins LLP für Mandanten und andere Geschäftspartner herausgegeben. Die hierin enthaltenen Informationen dienen nicht als konkreter Rechtsrat. Bei weitergehendem Bedarf an Ausführungen oder Beratung über ein hier dargestelltes Thema wenden Sie sich bitte an Ihren üblichen Ansprechpartner in unserem Hause. Eine Übersicht aller *Client Alerts* finden Sie unter www.lw.com. Falls Sie eine Aktualisierung Ihrer Kontaktdaten oder eine Anpassung der Informationsmaterialien wünschen, besuchen Sie bitte die Seite <http://events.lw.com/reaction/subscriptionpage.html> für das weltweite Mandanten-Mailing-Programm von Latham & Watkins.