

## Reform der Arbeitnehmerüberlassung - alles neu?

Dr. Piero Sansone

Köln, 21.03.2017

### Einleitung

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat im November 2015 einen ersten Gesetzesentwurf zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und anderer Gesetze vorgelegt (vgl. hierzu unseren Newsletter 4/2015, S. 2 ff.). Nach zum Teil heftiger Kritik und einigen Änderungen wurde das Gesetz vom Bundestag verabschiedet und vom Bundesrat gebilligt (BT-Drucks. 18/9232, 18/10064). Die Praxis muss sich schon bald auf die Gesetzesänderung einstellen. Das Gesetz tritt am 1. April 2017 in Kraft.

### Überblick über die wesentlichen Änderungen

1. Anders als das bisherige Recht enthält § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG n.F. eine Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung. Eine Arbeitnehmerüberlassung liegt nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG n.F. vor, wenn ein Verleiher einem Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlässt. Gemäß des neu eingeführten § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG n.F. ist eine Überlassung zur Arbeitsleistung anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG n.F. dient insoweit der Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung von anderen Formen des Fremdpersonaleinsatzes. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen mit der Gesetzesänderung lediglich die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze kodifiziert werden. Der bisherige Anwendungsbereich des AÜG und die Reichweite der Erlaubnispflicht sollen nicht verändert werden (BT-Drucks. 18/9232, S. 19).
2. Mit dem Ziel, den Missbrauch eines Fremdpersonaleinsatzes durch vermeintlich selbstständige Tätigkeiten zu verhindern, wurde in § 611a Abs. 1 BGB n.F. zudem eine Legaldefinition des Arbeitsverhältnisses aufgenommen. Der Gesetzgeber hat auch hierbei lediglich die Kodifizierung der höchstrichterlichen Rechtsprechung bezweckt (BT-Drucks. 18/9232, S. 31 f.).

3. Weitere Neuregelungen betreffen die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung. Bei der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung wird von den Parteien eine Vertragsleistung als Werk- oder Dienstvertrag bezeichnet, die tatsächlich als Arbeitnehmerüberlassung anzusehen ist. Bislang wurde in der Praxis versucht, die Einordnung einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung als unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung, d.h. der ohne Erlaubnis betriebenen Arbeitnehmerüberlassung, und die damit verbundenen Rechtsfolgen wie die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher (§ 10 Abs. 1, 9 Nr. 1 AÜG) zu vermeiden, indem der Werkunternehmer oder Dienstleister eine „vorsorgliche“ Verleiherlaubnis besaß (sog. „Vorratserlaubnis“).

Dieser Weg ist in Zukunft untauglich. § 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG n.F. ordnet an, dass eine Überlassung in dem Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen ist. Ferner ist die Person des Leiharbeitnehmers gemäß § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG n.F. unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren. Der Leiharbeitnehmer ist nach § 11 Abs. 2 Satz 4 AÜG n.F. überdies darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird.

Die Verstöße gegen § 11 Abs. 2 Satz 4 AÜG n.F. sowie § 1 Abs. 1 Satz 5 und Satz 6 AÜG n.F. stellen bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeiten dar (§ 16 Abs. Nr. 1c, 1d, Nr. 8, Abs. 2 AÜG n.F.). Zudem kön-

nen erlaubnisrechtliche Folgen eintreten (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG).

Wird sowohl gegen die „Kennzeichnungspflicht“ des § 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG n.F. als auch gegen die „Konkretisierungspflicht“ nach § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG n.F. verstoßen, begründet dies ferner ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher (§ 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG n.F.). Dem betroffenen Leiharbeitnehmer steht hiergegen ein befristetes Widerspruchsrecht zu, das innerhalb eines Monats nach dem vorgesehenen Überlassungszeitpunkt unter den weiteren Voraussetzungen des § 9 Abs. 2, Abs. 3 AÜG n.F. auszuüben ist (sog. Festhalterklärung).

Im Zuge der Neuregelung wurde das Widerspruchsrecht gegen das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses auch für Fälle der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung eingeführt (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG n.F.).

4. Wie bereits im Koalitionsvertrag vorgesehen, darf ein Leiharbeitnehmer zukünftig nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate an denselben Entleiher überlassen werden (§ 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG n.F.). Eine vorherige Überlassung durch denselben oder einen anderen Verleiher wird gemäß § 1 Abs. 1b Satz 2 AÜG n.F. auf die Höchstüberlassungsdauer angerechnet, wenn zwischen den Einsätzen bei demselben Entleiher nicht mehr als drei Monate liegen. Gemäß der Übergangsvorschrift des § 19 Abs. 2 AÜG werden bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer Zeiten vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung am 1. April 2017 nicht berücksichtigt.

Eine Abweichung von der Höchstüberlassungsdauer kann jedoch gemäß § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG n.F. in Tarifverträgen vereinbart werden. Die Neuregelung stellt dabei auf Tarifverträge der *Einsatzbranche* ab. Sie verlangt damit eine Tarifbindung des Entleihers. Eine Ober- oder Untergrenze enthält die Neuregelung nicht.

Nach § 1 Abs. 1b Satz 5 AÜG n.F. können *tarifgebundene Entleiher* ferner durch eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung, die aufgrund einer entsprechenden tarifvertraglichen Regelung der Einsatzbranche geschlossen wurde, von der Überlassungshöchstdauer abweichen. Dies setzt voraus, dass der Tarifvertrag eine Öffnungsklausel enthält, die abweichende Regelungen in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung zulässt.

*Nicht tarifgebundenen Entleihern* steht nach § 1 Abs. 1b Satz 4 AÜG n.F. zum einen die Möglichkeit offen, abweichende tarifvertragliche Regelungen zur Überlassungshöchstdauer im Geltungsbereich eines Tarifvertrags der Einsatzbranche nach § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG n.F. in Betrieben oder Dienststellen durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen „inhaltsgleich“ zu übernehmen. Die Übernahme ist damit nur möglich, wenn der Tarifvertrag insbesondere räumlich, fachlich und zeitlich einschlägig ist. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die tarifvertragliche Regelung zudem regelmäßig eine nicht teilbare Einheit darstellen und daher nur im Ganzen ohne Änderungen („inhaltsgleich“) übernommen werden können (*BT-Drucks. 18/9232, S. 20 f.*).

Zum anderen ermöglicht § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG n.F. nicht tarifgebundenen Entleihern, ebenfalls von einer tarifvertraglichen Öffnungsklausel für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen Gebrauch zu machen. Allerdings ist eine Abweichung in diesem Fall grundsätzlich lediglich bis zu einer Obergrenze von 24 Monaten zulässig, sofern der Tarifvertrag selbst nicht eine abweichende Überlassungshöchstdauer für die Abweichung durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen festlegt. Unterfällt der Betrieb den Geltungsbereichen mehrerer Tarifverträge, hat der nicht tarifgebundene Entleiher bei Abschluss einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung nach § 1 Abs. 1b Satz 4 oder Satz 6 AÜG n.F. gemäß § 1 Abs. 1b Satz 7 AÜG n.F. auf den für seine Branche „repräsentativen“ Tarifvertrag abzustellen.

Für Kirchen und öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften sieht § 1 Abs. 1b Satz 8 AÜG zudem eine Sonderregelung vor.

Der Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer kann zum Entzug der Überlassungserlaubnis führen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG n.F.) und stellt eine Ordnungswidrigkeit dar (§ 16 Abs. 1 Nr. 1e AÜG n.F.). Darüber hinaus wird durch das Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher begründet (§ 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG-E). Dem Leiharbeitnehmer steht hiergegen erneut ein einmonatiges Widerspruchsrecht beginnend ab dem Zeitpunkt des Überschreitens der Überlassungshöchstdauer zu. Die Wirksamkeit des Widerspruchs steht unter den weiteren Voraussetzungen des § 9 Abs. 2, Abs. 3 AÜG n.F.

5. Die Zulässigkeit eines sog. Ketten- oder Zwischenverleihs, bei dem der Entleiher den Leiharbeitnehmer im Betrieb eines anderen nach dessen Weisungen arbeiten lässt, war bislang im Schrifttum umstritten. Entsprechend der bisherigen Praxis der Erlaubnisbehörden wird in § 1 Abs. 1 AÜG ein Satz 3 eingefügt, wonach eine Überlassung nur durch denjenigen zulässig ist, mit dem der Leiharbeitnehmer in einem Arbeitsverhältnis steht.

Verstöße gegen dieses Verbot können erlaubnisrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Sie stellen überdies gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1b, Abs. 2 AÜG n.F. eine Ordnungswidrigkeit für Verleiher und Entleiher dar.

Um missbräuchliche Gestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes zu vermeiden, hat der Gesetzgeber überdies § 10a AÜG n.F. eingeführt. Danach sind die Unwirksamkeitsvorschriften des § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 1b AÜG n.F. und § 10 n.F. auch dann entsprechend anzuwenden, wenn Arbeitnehmer entgegen § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG n.F. von einer anderen Person überlassen werden und diese hierbei gegen die Erlaubnispflicht des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG, die Kennzeichnungspflicht nach § 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG n.F., die Konkretisierungspflicht gemäß § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG n.F. oder gegen die Höchstüberlassungsdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG n.F. verstößt.

6. Die Neuregelung sieht außerdem eine Privilegierung der öffentlichen Hand vor. In § 1 Abs. 3 AÜG werden folgende Nr. 2b und Nr. 2c eingefügt:

„(3) Dieses Gesetz ist mit Ausnahme des § 1b Satz 1, des § 16 Abs. 1 Nr. 1f und Abs. 2 bis 5 sowie der §§ 17 und 18 nicht anzuwenden auf die Arbeitnehmerüberlassung  
(...)

2b. zwischen Arbeitgebern, wenn Aufgaben eines Arbeitnehmers von dem bisherigen zu dem anderen Arbeitgeber verlagert werden und aufgrund eines Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes a) das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber weiter besteht und b) die Arbeitsleistung zukünftig bei dem anderen Arbeitgeber erbracht wird,

2c. zwischen Arbeitgebern, wenn diese juristische Personen des öffentlichen Rechts sind und Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffentlich-

*rechtlichen Religionsgesellschaften anwenden, (...)*“.

Nach der Gesetzesbegründung soll die Einführung der Nr. 2b in Abs. 3 sicherstellen, dass die Vorgaben des AÜG auf die in Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes vorgesehenen Personalgestellungen (z.B. § 4 Abs. 3 TVöD) in weiten Teilen nicht anwendbar sind (BT-Drucks. 18/9232, S. 22). Die Regelung in Nr. 2c sieht eine weitere Ausnahme vom Anwendungsbereich des AÜG für Überlassungen zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts vor, sofern sie Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften anwenden.

7. Der Gleichstellungsgrundsatz wird durch die Neuregelung in § 8 AÜG n.F. in einer Norm zusammengeführt. Die bisher im AÜG vorgesehene Abweichungsmöglichkeit vom Gleichstellungsgrundsatz mittels Tarifverträgen wurde zeitlich befristet. Entsprechend der Vorgaben des Koalitionsvertrags sieht § 8 Abs. 4 Satz 1 AÜG n.F. vor, dass Leiharbeitnehmer künftig nach neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleihers gleichzustellen sind.

Eine längere Abweichung für eine Einsatzdauer von bis zu fünfzehn Monaten ist nach § 8 Abs. 4 Satz 2 AÜG n.F. nur möglich, wenn für das Arbeitsverhältnis ein Tarifvertrag gilt, der nach einer Einarbeitungszeit von sechs Wochen eine stufenweise Heranführung des Arbeitsentgelts an die Vergütung eines vergleichbaren Arbeitnehmers des Entleihers vorsieht.

Auch im Rahmen des § 8 Abs. 4 AÜG n.F. ist eine vorherige Überlassung an denselben Entleiher auf diese Fristen anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen bei demselben Entleiher nicht mehr als drei Monate liegen (§ 8 Abs. 4 Satz 4 AÜG n.F.). Die Berücksichtigung von Überlassungszeiten vor dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung am 1. April 2017 regelt auch insoweit § 19 Abs. 2 AÜG. Bei strengem Wortlautverständnis würde dieser allerdings lediglich auf die tarifvertragliche Abweichung nach § 8 Abs. 4 Satz 1 AÜG n.F. Anwendung finden.

Neu ist auch die Einführung der Regelung des § 8 Abs. 1 Satz 2 AÜG n.F., wonach vermutet wird, dass ein Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts gleichgestellt ist, wenn er das für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers im Entleihbetrieb geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt oder in

Ermangelung eines solchen ein für vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbranche geltendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt erhält. § 8 Abs. 1 Satz 3 AÜG n.F. stellt entsprechend der bisher herrschenden Meinung klar, dass hinsichtlich der vom Entleiher gegenüber den vergleichbaren Arbeitnehmern gewährten Sachleistungen ein Wertausgleich in Euro erfolgen kann.

Der Verstoß gegen den vom Leiharbeiter ein-klagbaren Gleichstellungsgrundsatz kann zum Entzug der Überlassungserlaubnis führen (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG n.F.) und stellt eine Ordnungswidrigkeit dar (§ 16 Abs. 1 Nr. 7a, b, Abs. 2 AÜG n.F.). Er würde bei reiner Wortlautauslegung überdies ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeiter und Entleiher begründen (§ 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Nr. 2, § 8 AÜG n.F.). Ausweislich der Gesetzesbegründung ist diese Rechtsfolge jedoch nicht beabsichtigt (*BT-Drucks. 18/9232, S. 26*).

8. Während § 11 Abs. 5 AÜG Leiharbeitnehmern im Streikfall bislang ausschließlich ein Leistungsverweigerungsrecht einräumt, ergänzt die Neuregelung des § 11 Abs. 5 AÜG n.F. dieses um ein umfassendes Beschäftigungsverbot. Gemäß § 11 Abs. 5 Satz 1 AÜG n.F. dürfen Entleiher Leiharbeiter nicht tätig werden lassen, soweit der Betrieb des Entleihers unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Dies gilt nach § 11 Abs. 5 Satz 2 AÜG n.F. nicht, wenn der Entleiher sicherstellt, dass Leiharbeiter keine Tätigkeiten übernehmen, die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die sich im Arbeitskampf befinden oder ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern übernommen haben, die sich im Arbeitskampf befinden.

Verstöße gegen das Beschäftigungsverbot können nach § 16 Abs. 1 Nr. 8a, Abs. 2 AÜG n.F. mit Geldbußen bis zu € 500.000 geahndet werden.

Die viel kritisierte Regelung wirft nicht nur aufgrund der Auswirkungen auf die Arbeitskämpfparität von Arbeitgebern Zweifel an der Verfassungskonformität auf. Erhebliche Bedenken folgen auch aus der „Zwangssolidarisierung“ von Leiharbeitnehmern mit den im Arbeitskampf befindlichen Stammarbeitnehmern des Entleihers.

9. § 14 Abs. 2 Satz 4 bis 6 AÜG n.F. greift die geänderte Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf, dass Leiharbeiter grundsätzlich bei den Schwellenwerten der Betriebsverfassung und der Unternehmensmitbestimmung auch beim Entleiher zu berücksichtigen sind (Ausnahme: § 112a BetrVG). Bei den „Anwendungsschwellenwerten“ der Unternehmensmitbestimmung, d.h. den Schwellenwerten, die die Anwendbarkeit des Gesetzes begründen, finden Leiharbeiter gemäß § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG n.F. nur dann Berücksichtigung, wenn die Gesamtdauer der Überlassung sechs Monate übersteigt.

10. In § 80 Abs. 2 und § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG n.F. werden schließlich der Inhalt der Informationsrechte des Betriebsrats über den Einsatz von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber des Betriebs stehen, in dem von der Rechtsprechung anerkannten Rahmen kodifiziert. So wird in § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG n.F. klargestellt, dass das Informationsrecht auch den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben des Fremdpersonals umfasst. § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG n.F. verweist ferner darauf, dass dem Betriebsrat auch die Verträge zur Verfügung zu stellen sind, die der Beschäftigung des Fremdpersonals zugrunde liegen (*vgl. hierzu nach bisheriger Rechtslage: BAG, Beschl. v. 31.1.1989 - 1 ABR 72/87*).

## Fazit

Die Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung führt zu erheblichen Änderungen der bisherigen Rechtslage. Sie wird erheblichen Einfluss auf die betriebliche Praxis haben. Bereits jetzt ist abzusehen, dass einige Regelungen für weitere Diskussionen sorgen werden, soweit und solange Bedenken gegen die Verfassungskonformität oder Unionsrechtskonformität mit der Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit im Raum stehen.

## Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. den Autor Dr. Pierso Sansone unter +49 221 33660-534 oder psansone@goerg.de an. Informationen zum Autor finden Sie auf unserer Homepage [www.goerg.de](http://www.goerg.de).

## Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

### BERLIN

Klingelhöferstraße 5, 10785 Berlin  
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

### ESSEN

Alfredstraße 220, 45131 Essen  
Tel. +49 201 38444-0, Fax +49 201 38444-20

### FRANKFURT AM MAIN

Neue Mainzer Straße 69 – 75, 60311 Frankfurt am Main  
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

### HAMBURG

Dammtorstraße 12, 20354 Hamburg  
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

### KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln  
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München  
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90