

## SONDER-NEWSLETTER ZUR REFORM DER ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG

# ARBEITSRRECHT

### Sehr geehrte Mandantinnen und Mandanten,

lang wurde politisch um die Reform der Arbeitnehmerüberlassung gerungen. Der letztlich vom Gesetzgeber verabschiedete Kompromiss wurde und wird vielfach wegen systematischer Defizite und mangelnder Praktikabilität kritisiert. Dies alles ändert aber nichts daran, dass das „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ zum 01.04.2017 in Kraft tritt und zahlreiche Neuerungen im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung mit sich bringt.

Für einige vom Gesetzgeber unklar gelassene Aspekte hat die für die Aufsicht der Arbeitnehmerüberlassung zuständige Bundesagentur für Arbeit nun Umsetzungs- und Anwendungsvorgaben entwickelt, die in der fachlichen Weisung vom 20.03.2017 veröffentlicht wurden. Wir haben diese [hier](#) für Sie bereit gestellt.

Während Zeitarbeitsfirmen als Verleiher mit dieser Materie bereits deshalb im Regelfall gut vertraut sein werden, weil es sich um deren „Kerngeschäft“ handelt, dürften die Änderungen gerade auf Seiten der Entleiher für Unsicherheit sorgen.

Wir möchten daher mit diesem Newsletter gezielt diejenigen Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG, in der ab dem 01.04.2017 geltenden Fassung nachfolgend als n.F. gekennzeichnet) in den Vordergrund rücken, die primär die Seite der Entleiher betreffen. Hierzu haben wir für Sie 10 Key-Facts zusammengestellt, die Ihnen eine Hilfe bei täglichen Fragen sein sollen:

### 1 Festhaltungserklärung vs. Arbeitgeberwechselfiktion

Bereits im AÜG bisheriger Fassung ist die sogenannte Arbeitgeberwechselfiktion verankert. Ihr zufolge kommt automatisch von Gesetzes wegen ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und dem Leiharbeitnehmer zustande, wenn die Überlassung des Leiharbeitnehmers erfolgte, ohne dass der Entleiher die erforderliche Erlaubnis der Agentur für Arbeit hierfür besitzt (§ 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG). Das ursprüngliche Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher wird gleichzeitig automatisch aufgelöst (bzw. ist nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam).

Umstritten ist diese Regelung in zweierlei Aspekten: Einerseits erschien vielen die Beschränkung dieser Rechtsfolge auf die erlaubnislose Arbeitnehmerüberlassung wegen der in der Praxis gezeigten Missbrauchsgefahr durch Umgehungsgestaltungen verfehlt. Die Politik hatte hier offenbar die Hoffnung, dass die Rechtsprechung eine Erstreckung auch auf vergleichbare Sachverhalte vornehme. Das Bundesarbeitsgericht hatte aber mehrfach, zuletzt mit Urteil vom 12.07.2016 (Az. 9 AZR 352/15) klargestellt, dass nach dem Gesetzeswortlaut gerade zu unterscheiden sei zwischen verdeckter Arbeitnehmerüberlassung mit behördlicher Erlaubnis (dann kommt kein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter zustande) und verdeckter Arbeitnehmerüberlassung ohne behördliche Erlaubnis (dann kommt aufgrund von ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter zustande). Diesem Aspekt begegnet der Gesetzgeber nun dadurch, dass die Arbeitgeberwechselfiktion auf weitere Fälle erstreckt wird (alle Fälle der §§ 9, 10a AÜG n.F.), hierzu nachfolgend mehr.



Kanzlei des Jahres  
Südwesten

Ein weiterer Kritikpunkt an dieser Regelung ist aber, dass der Arbeitgeberwechsel unabhängig vom Willen des eigentlich von der Regelung geschützten Arbeitnehmers erfolgt. Dies gilt bislang selbst dann, wenn das Arbeitsverhältnis beim Entleiher, beispielsweise über die dortige unmittelbare Geltung eines Tarifvertrages, letztlich zu einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen für den Leiharbeitnehmer führt oder dieser aufgrund der geringeren Betriebsgröße (bis zu 10 Arbeitnehmer) aus dem allgemeinen Kündigungsschutz herausfällt.

Hier wurde nun in einigen Fällen das Recht des Leiharbeitnehmers, entgegen der gesetzlichen Fiktion am Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher festzuhalten, geschaffen. Diese sogenannte Festhaltenserklärung muss schriftlich und innerhalb einer Monatsfrist erfolgen. Leider wurde diese sinnvolle Regelung im Rahmen der Beratungen im Bundestag dahingehend „bürokratisiert“, dass die Erklärung zunächst persönlich vom Leiharbeitnehmer in einer Agentur für Arbeit vorgelegt, von der Agentur für Arbeit mit dem Datum des Tages der Vorlage und dem Hinweis auf eine erfolgte Identitätsfeststellung des Leiharbeitnehmers versehen und dann spätestens am dritten Tag nach der Vorlage in der Agentur für Arbeit dem Verleiher oder dem Entleiher im Original übermittelt werden muss.

In der Weisung 201703005 der Bundesagentur für Arbeit vom 20.03.2017 findet sich folgender Programmsatz:

*» Den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Eingangszonen und Service Center sind Leitlinien für den sicheren und kundenfreundlichen Umgang mit diesem Anliegen an die Hand zu geben. «*

Tatsächlich enthält die Fachliche Weisung aber keine über die reine Wiedergabe des Gesetzeswortlauts hinausgehenden „Leitlinien“. Es bleibt daher abzuwarten, wie sich hier eine Verwaltungspraxis entwickelt.

Eines ist allerdings zu beachten: Selbst wenn ein Leiharbeitnehmer im Falle einer nicht gesetzeskonformen Arbeitnehmerüberlassung an seinem bestehenden Arbeitsverhältnis zum Verleiher festhalten will, so bleibt die Überlassung selbst doch rechtswidrig.

Konsequenzen hieraus:

- Dies hat einerseits zur Folge, dass die Erklärung keinen „Freibrief“ für die Zukunft darstellt, der Vertragswechsel im Falle der Fortsetzung der rechtswidrigen Überlassung also trotzdem eintritt (§ 9 Abs. 3 Satz 2 AÜG n.F.).
- Andererseits wird die Agentur für Arbeit die rechtswidrige Arbeitnehmerüberlassung trotzdem als Ordnungswidrigkeit verfolgen; dies wird in der Fachlichen Weisung der Bundesagentur für Arbeit vom 20.03.2017 quasi ausdrücklich angeordnet (dort Ziffer 9 (7)). Damit kommt die Festhaltenserklärung des Leiharbeitnehmers zugleich einer Anzeige von Verleiher und Entleiher gleich.

## 2 Verbot des „Kettenverleihs“

Die neue Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG n.F. stellt klar, dass ein sogenannter „Kettenverleih“ unzulässig ist. Als Entleiher dürfen Sie einen Leiharbeitnehmer also nicht an einen Dritten „weiterverleihen“.

Konsequenzen bei Verstößen:

- Verstöße können zum einen erlaubnisrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, zum anderen sieht der neue § 16 Abs. 1 Nr. 1b, Abs. 2 AÜG n.F. für Verstöße sowohl für den Verleiher als auch für den Entleiher Bußgelder in Höhe von bis zu 30.000,00 € vor.
- Zusätzlich wird über die Vorschrift des § 10a AÜG n.F. die sogenannte Arbeitgeberwechselfiktion auch auf die Fälle des Kettenverleihs erstreckt. Dies führt dazu, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Erstverleiher unwirksam ist und stattdessen ein Arbeitsverhältnis zum Letztentleiher, das heißt demjenigen, in dessen Betrieb der Leiharbeitnehmer tatsächlich eingesetzt wird, fingiert wird. Der Leiharbeitnehmer

hat die Möglichkeit, dieser Rechtsfolge durch Abgabe der Festhaltenserklärung gegenüber dem Ver- oder Entleiher innerhalb eines Monats zu widersprechen.

- Zusätzlich zur Bußgeldandrohung und der Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher wird man davon ausgehen können, dass im Falle des unerlaubten Kettenverleihs die involvierten Betriebsräte ein Widerspruchsrecht gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG haben.

### 3 Allgemeine Überlassungshöchstdauer: 18 Monate

§ 1 Abs. 1b AÜG n.F. sieht künftig eine Überlassungshöchstdauer von grundsätzlich 18 Monaten vor. Vorherige Überlassungen des konkreten Leiharbeitnehmers an den gleichen Entleiher sind, sofern sie nicht weiter als drei Monate zurückliegen, vollständig anzurechnen, unabhängig davon, ob der Verleih durch den gleichen Verleiher oder einen anderen erfolgte. Zeiten vor dem 01.04.2017 bleiben unberücksichtigt.

Konsequenzen bei Verstößen:

- Verstöße gegen die zulässige Überlassungshöchstdauer können für den Verleiher erlaubnisrechtliche Konsequenzen haben.
- § 16 Abs. 1 Nr. 1e, As. 2 AÜG n.F. sieht ferner eine Geldbuße – nach dem Wortlaut allerdings nur für den Verleiher – vor.
- § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG n.F. sieht ferner die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags mit dem Verleiher mit Überschreitung der Höchstdauer vor und damit korrespondierend § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG n.F. die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher ab diesem Zeitpunkt. Auch hier kann der Leiharbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses binnen Monatsfrist widersprechen.

### 4 Tarifvertraglich Überlassungshöchstdauer: bis zu 24 Monate

Eine abweichende Überlassungshöchstdauer kann in Tarifverträgen der jeweiligen Einsatzbranche vereinbart werden. Lassen Tarifverträge dies zu, sind unter bestimmten Voraussetzungen auch Abweichungen durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen bis hin zu einer Höchstdauer von 24 Monaten zulässig.

Kirchen und öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften können ebenfalls Abweichungen vorsehen. Nicht-tarifgebundene Entleiher können durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung die Anwendung der jeweiligen Regelungen eines einschlägigen Tarifvertrags unverändert und in ihrer Gesamtheit vereinbaren. Abweichungen sind unzulässig.

Sieht ein einschlägiger Tarifvertrag einer Öffnungsklausel für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen vor, können auch nicht-tarifgebundene Entleiher von dieser Öffnungsmöglichkeit Gebrauch machen. Sie können in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen allerdings eine Verlängerung auf bis maximal 24 Monate vereinbaren, es sei denn, der Tarifvertrag sieht eine abweichende Grenze vor. Sind mehrere Tarifverträge einschlägig, muss der Entleiher den für seine Branche repräsentativen Tarifvertrag auswählen, wobei das Gesetz offen lässt, wie dieser herausgefunden werden soll.

Im Falle eines Verstoßes gelten die unter Ziffer 3 dargestellten Konsequenzen entsprechend.

### 5 Equal-Pay nach 9 bzw. 15 Monaten

Die Regelungen zum Equal-Pay-Grundsatz sind künftig in § 8 AÜG n.F. zusammengefasst. § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG n.F. enthält den Gleichstellungsgrundsatz. Nach Satz 2 wird eine Gleichstellung vermutet, wenn dem Leiharbeitnehmer das im Betrieb geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt oder in Ermangelung eines solchen ein für

vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbranche geltendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt gezahlt wird. Nach Satz 3 kann anstatt Sachbezügen ein Ausgleich in Geld gezahlt werden.

Tarifvertraglich kann für die ersten 9 Monate der Überlassung vom Equal-Pay-Grundsatz abgewichen werden. Eine längere Abweichung ist zukünftig nur noch möglich, wenn für das Arbeitsverhältnis ein (Branchen-)Zuschlagstarifvertrag gilt, der nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen eine stufenweise Heranführung des Arbeitsentgelts an das vergleichbare tarifvertragliche Arbeitsentgelt in der Einsatzbranche vorsieht und dieses vergleichbare tarifvertragliche Arbeitsentgelt nach spätestens 15 Monaten erreicht wird. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen.

Entsprechend dieser Änderungen wird auch die Auskunftspflicht des Entleihers gegenüber dem Verleiher in § 12 AÜG neu geregelt. § 12 Abs. 1 Satz 4 AÜG n.F., der künftig die Ausnahmen von der Auskunftspflicht beherbergt, verweist insoweit nur auf § 8 Abs. 4 Satz 2 AÜG n.F., nicht jedoch auf Satz 3, wo die Bezugnahme auf entsprechende Tarifverträge geregelt ist. Es spricht vieles dafür, dass die Ausnahme von der Auskunftspflicht auch dann greifen soll, wenn auf einen abweichenden Tarifvertrag nur Bezug genommen wird. Vom Wortlaut der Neufassung gedeckt ist dies jedoch nicht, sodass Entleihern hier bis zu einer abschließenden Klärung durch die Rechtsprechung zur Vorsicht geraten werden muss.

Konsequenzen bei Verstößen:

- Bei Verstößen ordnen § 16 Abs. 1 Nr. 7a und 7b, Abs. 2 AÜG n.F. Geldbußen in Höhe von bis zu 500.000,00 € an.

## 6 Verbot verdeckter Arbeitnehmerüberlassung

Ein zentrales Anliegen des Gesetzgebers bei der Reform der Arbeitnehmerüberlassung war die Verhinderung von Umgehungen durch missbräuchliche Werkvertragsgestaltungen. Hierzu wurden in § 1 Abs. 1 Sätze 5 und 6 AÜG n.F. neue Offenlegungspflichten vorgesehen und die verdeckte Überlassung hinsichtlich der Rechtsfolgen der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung gleichgestellt. Künftig haben Verleiher und Entleiher die Überlassung von Leiharbeitnehmern in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen, bevor sie den Leiharbeitnehmer überlassen oder tätig werden lassen. Vor der Überlassung haben sie die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren.

Konsequenzen bei Verstößen:

- Verstöße gegen die Offenlegungspflichten können für den Verleiher erlaubnisrechtliche Konsequenzen haben.
- § 16 Abs. 1 Nr. 1c und 1d, Abs. 2 AÜG n.F. sehen ferner für Verleiher und Entleiher eine Geldbuße in Höhe von bis zu 30.000,00 € vor.
- § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG n.F. sieht bei kumulativer Verletzung von § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 AÜG n.F. die Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrags vor.
- Nach § 10 Abs. 1 AÜG n.F. wird ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher fingiert. Auch hier hat der Leiharbeitnehmer die Möglichkeit eines Widerspruchs.
- Zuletzt wird im Falle eines Verstoßes jedenfalls dem Entleiherbetriebsrat ein Widerspruchsrecht gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zustehen.

# ARBEITSRRECHT

## 7 Kein Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher

Bisher stand einem Leiharbeitnehmer, der als Streikbrecher eingesetzt werden sollte, ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Die Gesetzesreform sieht künftig ein generelles Verbot vor, wonach Leiharbeitnehmer weder zu unmittelbaren, noch zu mittelbaren Streikbrechertätigkeiten herangezogen werden dürfen, selbst wenn sie sich mit einem solchen Einsatz einverstanden erklären.

Die Regelung wird als verfassungswidrig kritisiert, wird aber zunächst geltendes Recht. Das Verbot ist betriebsbezogen, sodass es zulässig bleibt, Arbeitnehmer eines anderen Betriebs im bestreikten Betrieb einzusetzen und in dem nicht bestreikten Betrieb mit Leiharbeitnehmern „aufzufüllen“.

Zulässig bleiben weiterhin die Verrichtung von Notdienstarbeiten durch Leiharbeitnehmer und Streikbrechereinsätze im Rahmen konzerninterner Arbeitnehmerüberlassung auf Grundlage des Konzernprivilegs des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG.

Konsequenzen bei Verstößen:

- Verstöße gegen das Verbot wirken sich zwar weder auf die Wirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer, noch auf die Wirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags zwischen Verleiher und Entleiher aus und führen auch nicht zu einer Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer.
- Allerdings sieht § 16 Abs. 1 Nr. 8a, Abs. 2 AÜG n.F. für den Entleiher bei vorsätzlichen oder fahrlässigen Verstößen ein Bußgeld von bis zu 500.000,00 € vor.
- Außerdem wird ein Widerspruchsrecht des Betriebsrats des Entleiherbetriebs gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG selbst während des Arbeitskampfes vertreten.

## 8 „Mit zählen“ von Leiharbeitnehmern beim Entleiher

Die bislang ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wonach Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb bzw. -unternehmen nicht nur wählen, sondern auch bei Errechnung der für die Größe des Gremiums maßgeblichen Schwellenwerte Berücksichtigung finden, wird nunmehr in § 14 Abs. 2 AÜG n.F. übernommen und damit gesetzlich manifestiert.

## 9 Gesetzliche Definition des „Arbeitsvertrages“

Erstmals findet sich in dem neuen § 611a BGB, der ebenfalls zum 01.04.2017 in Kraft tritt, eine Definition des Arbeitsvertrags wieder. Arbeitnehmer ist hiernach, 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 damit 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.

Mit der Einführung dieser umstrittenen Vorschrift wollte der Gesetzgeber lediglich die geltende Rechtslage kodifizieren. Jedenfalls die Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit legt allerdings auch die Übernahme eines wirtschaftlichen Unternehmensrisikos als Indiz gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und damit für eine selbständige Tätigkeit zu Grunde. Dieses Kriterium ist allerdings in die gesetzliche Definition nicht übernommen worden. Insoweit bleibt abzuwarten, inwieweit es hierdurch zu Änderungen in der Rechtsprechung kommen wird.

## ⑩ Privilegierung öffentlicher und kirchlicher Arbeitgeber

Zu guter Letzt klammert die Regelung des § 1 Abs. 3 AÜG n.F. nunmehr den Bereich des öffentlichen Dienstes sowie öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften überwiegend vom Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes aus, wobei die Regelung nicht im Einklang mit der Leiharbeitsrichtlinie steht.

### Fazit

Die Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes verschärft die Regeln für Leiharbeit drastisch. Künftig muss daher auch auf Entleiherseite noch genauer als bisher geprüft werden, ob sämtliche Vorschriften eingehalten sind, um nicht Gefahr zu laufen, in das Arbeitsverhältnis zum Leiharbeitnehmer einzutreten oder mit einem empfindlichen Bußgeld belegt zu werden. Dabei kann in jedem DrittArbeitnehmereinsatz grundsätzlich das Risiko einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung mit ihren empfindlichen Sanktionen liegen.

Es kann daher nur geraten werden, jeden Einsatz von Arbeitnehmern anderer Unternehmen im eigenen Betrieb, auch im Rahmen von Werk- und Dienstleistungsverträgen, einer eingehenden Prüfung zu unterziehen. Dabei gilt im Zweifel: Wird der Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers in Ihrem Betrieb auf Ihre Weisung tätig und bestimmen Sie direkt seinen Tätigkeitsbereich, liegt eine Arbeitnehmerüberlassung vor.

In Zweifelsfällen stehen Ihnen unsere kompetenten Arbeitsrechts-Berater selbstverständlich gerne mit Rat und Tat zur Seite.

Ihr Fachberaterteam Arbeitsrecht

Marcus Menster  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Michael Kraus  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Olaf Winsmann  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

# ARBEITSRRECHT