

Neuerungen in der Zeitarbeit ab 1. Januar 2017 – Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Mit Datum vom 17.02.2016 ist der weithin gescholtene Gesetzesentwurf zur Regulierung des Fremdpersonaleinsatzes, in überarbeiteter Fassung vorgelegt worden. Zwar wird auch diese Version von der CSU kritisiert und ist das Gesetzgebungsverfahren derzeit gestoppt, es ist aber anzunehmen, dass die Änderungen so oder in vergleichbarer Form Gesetz werden. Insofern ist es von Vorteil, sich bereits jetzt mit den neuen gesetzlichen Bestimmungen vertraut zu machen.

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. Soweit die ersten Einschätzungen.

Es ist allerdings noch offen, warum der Gesetzgeber die Begriffe „vorübergehend“ und zusätzlich „Überlassungshöchstdauer“ nennt. Es stellt sich die Frage, ob beide Voraussetzungen parallel vorliegen müssen. Das also zusätzlich zur Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten, der Arbeitsbedarf beim Entleiher vorübergehend bestehen muss. Die Gesetzesbegründung gibt hierzu keine Auskunft. Sollte es so sein, hätte der Gesetzgeber die Kriterien arbeitsplatzbezogen und arbeitnehmerbezogen, vereint. Leiharbeiter dürften dann grundsätzlich nur auf einem Arbeitsplatz eingesetzt werden, der vorübergehend besteht und das zusätzlich nur für 18 Monate. Es bestünde aber auch das alte Problem weiter, wonach unklar ist, was ein vorübergehender Bedarf ist. Hier bleibt die Entwicklung abzuwarten.

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.

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.

d.

Überlassungszeiten sind zu addieren, wenn weniger als sechs Monate Unterbrechung zwischen den Einsätzen liegen. Davon umfasst sind 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.

e.

Die Regelung greift ab dem 01.01.2017, vorherige Überlassungszeiten sind nicht anzurechnen. Frühestmöglicher Zeitpunkt zur Erreichung der Höchstüberlassungsdauer ist daher der 01.07.2018.

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	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. Mangels Tarifbindung 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 rein tätigkeitsbezogen, unabhängig von der Qualifikation. Verrichtet der vorhandene Meister also grundsätzlich die gleiche Tätigkeit, wie der überlassende Berufsanfänger, gelten die Arbeitsbedingungen des Meisters als wesentlich. Sind mehrere Stammarbeitnehmer vergleichbar, ist allerdings eine Orientierung am geringsten Verdienst möglich. Ist kein vergleichbarer Stammarbeitnehmer vorhanden, sind die wesentlichen Arbeitsbedingungen innerhalb der Entleiherbranche zu ermitteln.

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 Zeitarbeitsvertrag festgelegt. Hier ist zu erwarten, dass das regelmäßige Stundenentgelt der Entleiherbranche ohne Zuschläge angesetzt wird. Findet ein Zeitarbeitsvertrag und ein Branchenzuschlagstarifvertrag Anwendung ist also nicht das tatsächliche „equal-pay“, inkl. aller Zuschläge nach 15 Monaten zu zahlen sondern das regelmäßige 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 Zeitarbeitsvertrag angewandt wird.

Die Arbeitgeberverbände der Zeitarbeit haben daher bis zum Start im Jahr 2017, ihre Tarifverträge derart anzupassen, dass die gesamte Zeitarbeitsbranche von den Branchenzuschlagstarifverträgen abgedeckt wird und eine Definition des „equal-pay“ der Einsatzbranche enthalten ist. iGZ und BAP arbeiten derzeit an der Umsetzung, Ansatz hierzu ist ein Tarifvertrag „Lücke“.

e.

Überlassungszeiten sind zu addieren, wenn weniger als sechs 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.

f.

Anders als bei der Höchstüberlassungsdauer, sind Einsätze vor Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Regelungen anzurechnen, sodass „equal-pay“ bereits ab dem 01.01.2017 fällig sein könnte.

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.

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. Das dürfte in der Praxis zu erheblichen Abwicklungsschwierigkeiten führen. Insbesondere im Helferbereich bzw. dort, wo nicht individuell vorhandene Fähigkeiten erforderlich sind und Arbeitnehmer ausgetauscht werden können, wird mit dieser Vorschrift eine bürokratische Hürde aufgebaut.

Darüber hinaus ist der Leiharbeiter vor jeder Überlassung darauf hinzuweisen, dass er als Leiharbeiter tätig wird.

5. Verbot des Streikbrecher-Einsatzes

Bisher stand es dem Leiharbeiter frei, zu entscheiden, ob er in einem bestreikten Betrieb tätig werden wolle. Er konnte den Einsatz mit dem Hinweis auf Streik ablehnen. Diese Regelung ist vollständig entfallen. Ersetzt wurde sie durch ein Verbot des Einsatzes von Leiharbeitern während eines Streiks im Entleihbetrieb, das sich an den Entleiher richtet. Damit steht der Einsatz nicht mehr im Ermessen der Beteiligten sondern ist ausdrücklich untersagt. Sämtliche Konstellationen zur Milderung von Streikfolgen mittels Zeitarbeit dürften damit hinfällig sein.

6. Mitberechnung der Leiharbeiter

Leiharbeiter sind bei der Berechnung kollektiv-arbeitsrechtlicher Arbeitnehmerzahlen fortan mitzuzählen, unabhängig von der Dauer ihres Einsatzes.

Bisher durften nur die Leiharbeiter 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 Leiharbeiter sind wahlberechtigt und zählen mit.

Dass dann ggf. ein überdimensionierter Betriebsrat entsteht, da zum Stichtag außergewöhnlich viele Leiharbeiter 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 Gesetzentwurfes:

- der Leiharbeitnehmer erklärt
- binnen eines Monats nach Beginn der Überlassung oder nach Eintritt der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zum Verleiher
- 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.

Mittel der Wahl wird daher sein, 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. Der Erklärungsgehalt dieser Einwilligung dürfte zumindest fraglich sein. An dieser Stelle werden die Gerichte schlussendlich bestimmen, wie die Erklärung des Leiharbeitnehmers auszusehen hat. Bis eine gefestigte Rechtsprechung hierzu vorhanden ist, wird es jedoch eine lange Zeit der Unsicherheit geben.

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.

Christiane Rieger Rechtsanwältin