



Hogan
Lovells

JUV 2016
AWARDS
Kanzlei des Jahres

DGFP // Wissenswert

Reform des Arbeitnehmer- überlassungsgesetzes

Ein Mitgliederservice der Deutschen
Gesellschaft für Personalführung e.V. in
Zusammenarbeit mit Hogan Lovells
International LLP

Februar 2017

- I Die Reformvorhaben im Überblick
- II Stichwort „Höchstüberlassungsdauer“
- III Stichwort „Equal Pay“
- IV Stichwort „Hinweis- und Dokumentationspflichten“
- VI Ihre Ansprechpartner

Die Reformvorhaben in der Übersicht

Ziele der Reform und Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens



Die Ziele der Reform

Mit der Reform des Gesetzes zur Arbeitnehmerüberlassung verfolgt die Bundesarbeitsministerin Andrea Nahles (SPD) nach eigenem Bekunden drei Ziele¹:

1. „Erstens sorgen wir dafür, dass gute Arbeit auch fair bezahlt wird.“
2. „Zweitens schieben wir dem Missbrauch bei Leiharbeit und Werkverträgen einen Riegel vor.“
3. „Und drittens erhalten Arbeitnehmer und Arbeitgeber die Möglichkeit, die Bedingungen für mehr Flexibilität und Sicherheit auszuhandeln. Wer mehr Flexibilität will, muss mehr Sicherheit bieten.“

Von Seite der Wirtschaft und deren Verbände wurde und wird die Reform massiv kritisiert. Mit der starken Regulierung würde das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung beschädigt und sein Einsatz in Zukunft stark eingegrenzt. Vor allem die Reduzierung der Höchstüberlassungsdauer auf 18 Monate und die Einführung von Equal Pay nach neun Monaten stoßen konkret auf Kritik.

¹Quelle: <http://www.bmas.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2016/pk-leiharbeit-werkvertraege.html>

Die Reformvorhaben in der Übersicht

Ziele der Reform und Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens



Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens

- 1. Referentenentwurf: 16.11.2015 (geht weit über Koalitionsvereinbarungen hinaus)
- 2. Referentenentwurf: 17.2.2016 (grundlegende Überarbeitung)
- 3. Referentenentwurf: 14.4.2016 (Anpassung der Erläuterungen)
- Kabinettsbeschluss: 1.6.2016
- Bundestagsbeschluss: 21.10.2016 (weitere kurzfristige Änderungen beschlossen)
- Abstimmung im Bundesrat: 25.11.2016
- Inkrafttreten: 1.4.2017

Die Reformvorhaben in der Übersicht

Die wichtigsten Änderungen



Die Änderungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) treten zum 1. April 2017 in Kraft

Die wichtigsten Änderungen betreffen

- die neue **Höchstüberlassungsdauer** von 18 Monaten
- den **Anspruch auf gleiche Bezahlung wie die Stammbesellschaft (Equal Pay)** nach 9 Monaten
- die neuen Hinweis- und Dokumentationspflichten zur **Abgrenzung von Werkverträgen** (treten ohne Übergangsfrist in Kraft)

Die wichtigsten Änderungen werden im Folgenden näher beschrieben.

Anmerkung: Die auf den folgenden Seiten aufbereiteten Informationen vermitteln einen Überblick über wesentliche Änderungen, die sich für Unternehmen aus der Reform des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung ergeben. Sie erheben nicht den Anspruch auf Vollständigkeit. Auch können sie eine Rechtsberatung im konkreten Fall nicht ersetzen.

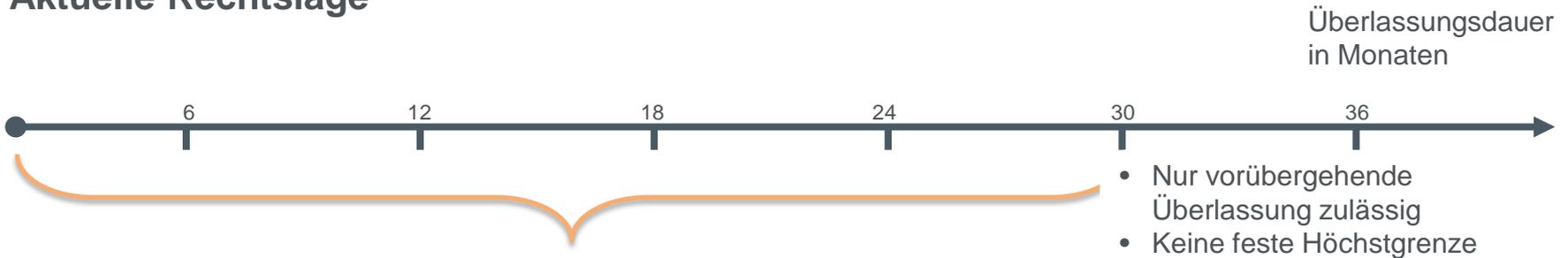
- I Die Reformvorhaben im Überblick
- II **Stichwort „Höchstüberlassungsdauer“**
- III Stichwort „Equal Pay“
- IV Stichwort „Hinweis- und Dokumentationspflichten“
- VI Ihre Ansprechpartner

Höchstüberlassungsdauer

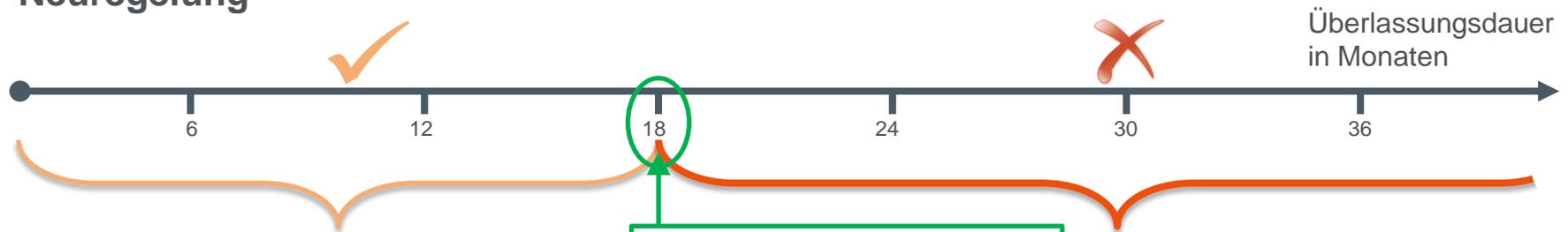
Aktuelle Rechtslage / Neuregelung

Klarstellung: Arbeitnehmerbezogene Betrachtung

Aktuelle Rechtslage

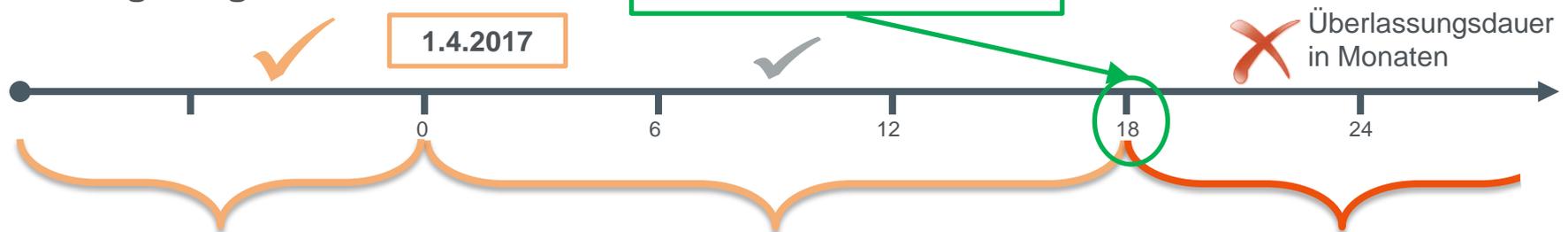


Neuregelung



Abweichende Regelung durch TV möglich

Neuregelung – Altfälle



Höchstüberlassungsdauer

Ausnahmen für tarifgebundene Entleiher



Neuregelung: Abweichungen durch „tarifvertragliche“ Regelungen

1. Möglichkeit – Entleiher tarifgebunden

a) **Tarifvertrag** selbst sieht abweichende Höchstüberlassungsdauer vor

§ 1 Abs. 1b S. 3 AÜG n.F.

*"In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien **der Einsatzbranche** kann eine von Satz 1 **abweichende Überlassungshöchstdauer** festgelegt werden."*

- Verlängerung, aber auch Verkürzung der Höchstüberlassungsdauer denkbar

b) Tarifvertrag enthält **Öffnungsklausel**

§ 1 Abs. 1b S. 5 AÜG n.F.

*„In einer **auf Grund eines Tarifvertrages** von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche getroffenen **Betriebs- oder Dienstvereinbarung** kann eine von Satz 1 **abweichende Überlassungshöchstdauer** festgelegt werden.“*

- Möglichkeit steht nur Entleiherbetrieben mit Betriebs- bzw. Personalrat offen

Neuregelung: Abweichungen durch „tarifvertragliche“ Regelungen

2. Möglichkeit – Entleiher nicht tarifgebunden

- a) **Übernahme** einer tariflich geregelten
Höchstüberlassungsdauer

§ 1 Abs. 1b S. 4 AÜG n.F.

*„Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages nach Satz 3 können abweichende tarifvertragliche Regelungen im Betrieb eines nicht tarifgebundenen Entleiher **durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung** übernommen werden.“*

- Tarifvertrag muss räumlich, fachlich und zeitlich einschlägig sein
- Übernahme der tariflichen Regelung nur im Ganzen (z.B. einschließlich der Regelungen zu Übernahmeangeboten)
- Option nur für Entleiher mit Betriebs-/Personalrat

- b) **Nutzung** einer tariflichen **Öffnungsklausel**

§ 1 Abs. 1b S. 6 AÜG n.F.

*„Können auf Grund eines Tarifvertrages nach Satz 5 abweichende Regelungen in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung getroffen werden, kann auch in Betrieben eines nicht tarifgebundenen Entleiher **bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten** davon Gebrauch gemacht werden, **soweit nicht durch diesen Tarifvertrag eine von Satz 1 abweichende Höchstüberlassungsdauer für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen festgelegt ist.**“*

- Voraussetzungen wie Buchst. a)
- Zusätzliche Obergrenze von 24 Monaten, außer Öffnungsklausel sieht andere Obergrenze vor

Höchstüberlassungsdauer

Ausnahmen von der Höchstüberlassungsdauer



- Zeiten vor **Unterbrechung** der Überlassung, die mehr als drei Monate zurückliegen, werden nicht berücksichtigt (§ 1 Abs. 1b S. 2 AÜG n.F.)
- **Übergangsregelung:** Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 werden nicht berücksichtigt (§ 19 Abs. 2 AÜG n.F.)
- Genaue **Dokumentation** der Einsatzzeiten der Leih-Arbeitnehmer notwendig

Höchstüberlassungsdauer

Folgen eines Verstoßes gegen die Höchstüberlassungsdauer



Aktuelle Rechtslage

BAG v. 10.12.2013 – 9 AZR 51/13

- Bei längerem als nur vorübergehendem Einsatz keine Fiktion eines Arbeitsverhältnisses wegen Verstoß gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG
- Keine direkte Anwendung von § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG, da Erlaubnis vorlag
- Keine analoge Anwendung von § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG; keine planwidrige Regelungslücke; Gesetzgeber müssen tätig werden

BAG v. 10.7.2013 – 7 ABR 91/11

- Verstoß gegen § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG berechtigt Betriebsrat zur Verweigerung der Zustimmung zur Einstellung eines Leiharbeitnehmers berechtigt (§ 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG)
- Betriebsrat kann Aufnahme der Tätigkeit verhindern

Höchstüberlassungsdauer

Folgen eines Verstoßes gegen die Höchstüberlassungsdauer



Neuregelung

Grundsatz:

- Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags mit Verleiher (§ 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG n.F.)
- Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher (§ 10 Abs. 1 S. 1 AÜG)
- Arbeitszeit richtet sich nach Leiharbeitsvertrag (§ 10 Abs. 1 S. 3 AÜG)
- Sonstige Arbeitsbedingungen richten sich nach Regeln beim Entleiher; min. Anspruch auf das mit Verleiher vereinbarte Entgelt (§ 10 Abs. 1 S. 4 und 5 AÜG)

Ausnahme: Wirksame Festhaltungserklärung des Leih-AN gemäß § 9 Abs. 1 bis 3 AÜG n.F.

Höchstüberlassungsdauer

Festhaltungserklärung als Ausnahme von Höchstüberlassungsdauer



Höchstüberlassungsdauer

Festhaltungserklärung als Ausnahme von Höchstüberlassungsdauer



Wirksamkeit der Festhaltungserklärung (§ 9 Abs. 1 bis 3 AÜG n.F.)

- Erstellung der Festhaltungserklärung ("*Ich möchte an dem Arbeitsvertrag mit meinem Verleiher festhalten.*") und Unterzeichnung durch Leih-AN
- Persönliche Vorsprache des Leih-AN bei Agentur für Arbeit (AfA) mit Festhaltungserklärung (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AÜG n.F.)
- AfA bestätigt Identität des Leih-AN und versieht Erklärung mit Datum des Tages der Vorlage (§ 9 Abs. 2 Nr. 2 AÜG n.F.)
- Zugang der Festhaltungserklärung mit Bestätigung der AfA spätestens am 3. Tag nach der Vorlage beim Ver- oder Entleiher (§ 9 Abs. 2 Nr. 3 AÜG n.F.)
- Frist insgesamt: jeweils innerhalb eines Monats ab Verstoß (§ 9 Abs. 1, 1a, 1b AÜG n.F.)
- Unwirksamkeit einer "Vorratsfesthaltungserklärung" (§ 9 Abs. 3 AÜG n.F.)
- Nach Festhaltungserklärung keine Fortführung der Überlassung und Verbrauch der Festhaltungserklärung für die Zukunft (§ 9 Abs. 3 AÜG n.F.)

- I Die Reformvorhaben im Überblick
- II Stichwort „Höchstüberlassungsdauer“
- III **Stichwort „Equal Pay“**
- IV Stichwort „Hinweis- und Dokumentationspflichten“
- VI Ihre Ansprechpartner

Equal Pay

Wesentliche Arbeitsbedingungen



Equal Pay umfasst **nicht nur Arbeitsentgelt**, sondern alle wesentlichen Arbeitsbedingungen beim Entleiher (§ 8 Abs. 1 S. 1 AÜG n.F.).

Wesentliche Arbeitsbedingungen

- Laufendes Arbeitsentgelt (z.B. Grundgehalt und Zulagen)
- Zuschläge (z.B. Überstunden, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit), Sonderzahlungen, (Zusätzliche) Entgeltfortzahlung
- Sachleistungen (z.B. Dienstwagen), Sozialleistungen und soziale Einrichtungen
- Dauer der Arbeitszeit, der Pausen und der Ruhezeiten, Urlaubstage und Sonderurlaub
- Kündigungsfristen (str.)
- Leistungen für bAV
- Arbeitsbedingungen aus einschlägigen Tarifverträgen sowie Betriebs- und Dienstvereinbarungen

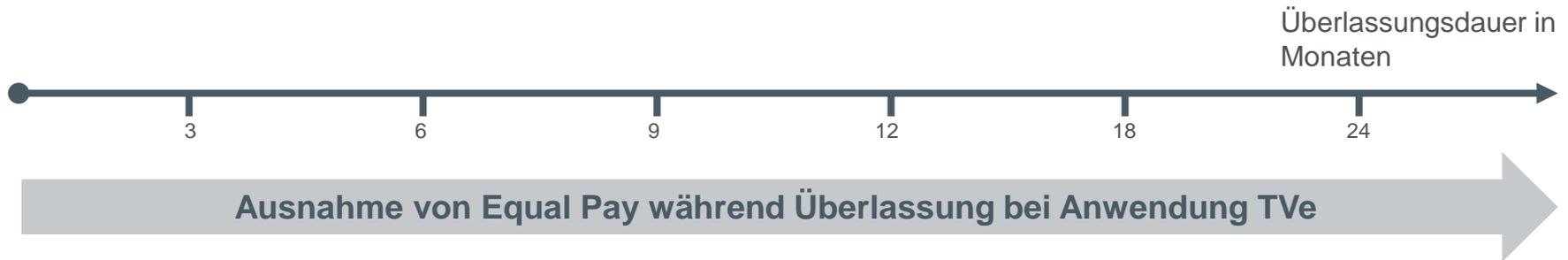
Vermutung, dass Equal Pay für Arbeitsentgelt (nicht für sonstige Arbeitsbedingungen!) eingehalten ist, wenn Leiharbeitnehmer das für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt oder in Ermangelung eines solchen ein für vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbranche geltendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt erhält (§ 8 Abs. 1 S. 2 AÜG n.F.).

Equal Pay

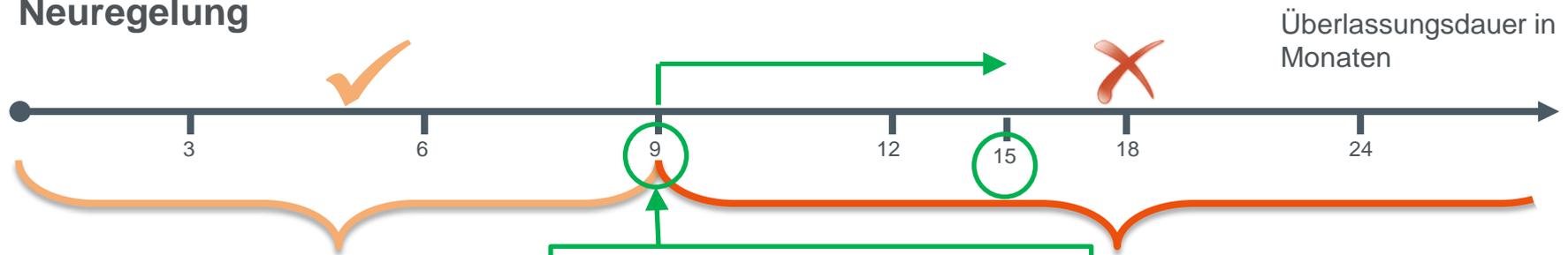
Ausnahmen von Equal Pay



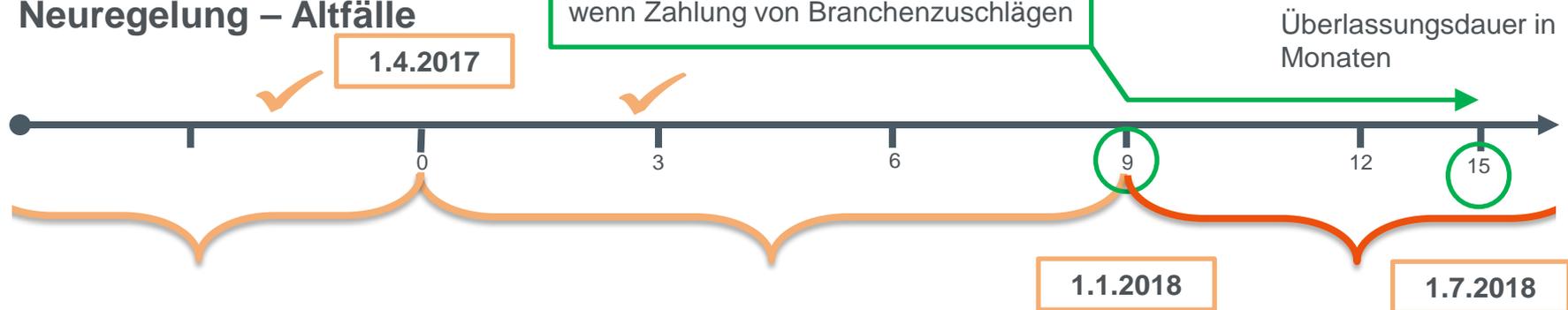
Aktuelle Rechtslage



Neuregelung



Neuregelung – Altfälle



Equal Pay

Ausnahmen von Equal Pay



Aktuelle Rechtslage

Grundsatz: Equal Pay

- Ausnahme 1: Equal Pay geringer als Mindestlohn
- Ausnahme 2: Wirksamer und anwendbarer Tarifvertrag sieht andere Arbeitsbedingungen, insbesondere niedrigeren Lohn vor
- Ausnahme von Ausnahme 2: Tarifvertrag sieht Lohn vor, der geringer ist als Mindestlohn (aber: TV bleibt im Übrigen wirksam)

Drehtürklausel: Für Leiharbeitnehmer, die innerhalb der letzten 6 Monate vor dem Einsatz beim Entleiher bei diesem oder einem Konzernunternehmen tätig waren, gilt immer Equal Pay!

Neuregelung

Einschränkungen für abweichende Regelungen durch Tarifvertrag

- Grundsatz: max. für die ersten 9 Monate der Überlassung (§ 8 Abs. 4 S. 1 AÜG n.F.)
- Ausnahme (§ 8 Abs. 4 S. 2 AÜG n.F.):
 - Nach max. 15 Monaten Erreichen eines gleichwertigen Entgelts der Einsatzbranche und
 - Nach ersten 6 Wochen stufenweise Heranführung an gleichwertiges Entgelt
 - Nicht tarifgebundene Arbeitgeber können Anwendung des Tarifvertrags vereinbaren, wenn sie in seinen Geltungsbereich fallen
- Anrechnung früherer Überlassungen, wenn nicht min. 3 Monate Unterbrechung (§ 8 Abs. 4 S. 4 AÜG n.F.)
- Übergangsregelung: Überlassungszeiten vor 1.4.2017 bleiben unberücksichtigt (§ 19 Abs. 2 AÜG n.F.)

Aktuelle Rechtslage

Abweichung von Equal Pay durch Tarifvertrag dauerhaft möglich

- Für viele Einsatzbranchen sind bereits jetzt Branchenzuschläge in Tarifverträgen vereinbart
- Beispiele: Metall- und Elektroindustrie, Chemische Industrie, Kunststoffverarbeitende Industrie, Kautschukindustrie, Schienenverkehr, Textil- und Bekleidungsindustrie, Holz- und Kunststoff verarbeitende Industrie sowie Papier, Pappe und Kunststoffe verarbeitende Industrie

Neuregelung

Abweichung von Equal Pay durch Tarifvertrag für bis zu 15 statt 9 Monate, wenn

- nach 15 Monaten gleichwertiges Arbeitsentgelt erreicht wird und
- nach ersten 6 Wochen stufenweise Heranführung an gleichwertiges Arbeitsentgelt (Branchenzuschläge)

Wirkungsweise Branchenzuschlags-TV (am Beispiel der Metall- und Elektroindustrie):

- Leiharbeitnehmer erhält Zuschläge zum Stundenentgelt
- Stundenentgelt und Zuschlag betragen max. 90% des Stundenentgelts eines vergleichbaren Arbeitnehmers
 - ab 7. Woche **15%**
 - ab 4. Monat **20%**
 - ab 6. Monat **30%**
 - ab 8. Monat **45%**
 - ab 10. Monat **50%**

- **Unwirksamkeit von Vereinbarungen** (d.h. jeweilige Vertragsklausel und nicht der ganze Arbeitsvertrag) bei Verstoß gegen Equal Pay (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 AÜG n.F.)
- **Entzug der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis** denkbar (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 AÜG i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG n.F.)
 - Bei Wegfall der Erlaubnis Unwirksamkeit Leiharbeitsvertrag (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG n.F.)
→ Möglichkeit einer wirksamen Festhaltungserklärung des Leiharbeitnehmers
 - **Fiktion eines Arbeitsverhältnisses** zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer (§ 10 Abs. 1 S. 1 AÜG)
 - Haftung für rückständige Sozialversicherungsbeiträge; stark eingeschränkte Regressmöglichkeit ggü. Leih-AN bzgl. AN-Anteilen
 - Ordnungswidrigkeit/Bußgeld (§ 16 Abs. 1 Nr. 7 a und Abs. 2 AÜG n.F.)
 - Ggf. Straftat (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, § 266a StGB; Steuerhinterziehung, § 370 AO)
- Haftung des Entleihers als Bürge für die durch den Verleiher wegen des Verstoßes gegen Equal Pay nicht abgeführten Sozialversicherungsabgaben (§ 28e SGB IV)
- Equal-Pay-Regelungen nach 9 Monaten können zu **faktischer Höchstüberlassungsdauer** führen!

- I Die Reformvorhaben im Überblick
- II Stichwort „Höchstüberlassungsdauer“
- III Stichwort „Equal Pay“
- IV Stichwort „Hinweis- und Dokumentationspflichten“**
- VI Ihre Ansprechpartner

Aktuelle Rechtslage

- **Schriftformgebot** für Arbeitnehmerüberlassungsvertrag (§ 12 Abs. 1 S. 1 AÜG)
- Mindestinhalt (§ 12 Abs. 1 AÜG):
 - Hinweis auf bestehende **Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis**
 - Merkmale und berufliche Qualifikation der für den Leih-AN vorgesehenen Tätigkeit (**detailliertes Stellenprofil**)
 - Wesentliche Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer (Ausnahme = Regelfall: Anwendung der Zeitarbeitstarifverträge)

Neuregelung

- Ausdrücklicher Hinweis im Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erforderlich, dass es sich um Arbeitnehmerüberlassung handelt (§ 1 Abs. 1 S. 5 AÜG n.F.)
- Vor Überlassung Konkretisierung der Leih-AN erforderlich (§ 1 Abs. 1 S. 6 AÜG n.F.)
- Bei Verstoß gegen zusätzliche Hinweis- und Konkretisierungspflicht
 - Unwirksamkeit des Leih-Arbeitsvertrags und Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG n.F.)
 - Ausnahme: wirksame Festhaltungserklärung des Leih-AN
- Vor Überlassung Pflicht zum Hinweis an Leih-AN, dass er als Leih-AN tätig werden soll (§ 11 Abs. 2 S. 4 AÜG n.F.)

Folgen

- Beantragung einer Vorratserlaubnis zwar möglich
 - Aber Berufung auf Vorratserlaubnis nur dann, wenn Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet wird
 - Damit Zurückfallen auf Vorratserlaubnis nicht mehr möglich, wenn ein nicht als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag betitelter Vertrag ("Schein-Werk-/Dienstleistungsvertrag") als Arbeitnehmerüberlassung qualifiziert wird
-
- **"Rettungsanker-Lösung" nicht mehr möglich**
 - Konsequenz: Dienst- und Werkverträge müssen als solche "gelebt" werden; trotz Vorratserlaubnis gleiche Folgen wie bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung

Die Abgrenzung zwischen Leiharbeitnehmern und externen Dienstleistern oder Werkerstellern ist in der Praxis nicht immer einfach. Daher ist es vor Inkrafttreten der Neuregelungen am **1. April 2017** um so wichtiger, Problemfelder beim Einsatz von Fremdpersonal zu erkennen und zu vermeiden.

In einem kurzen [Video](#) erläutert **Hogan Lovells** die Zusammenhänge zwischen den Formen des Fremdpersonaleinsatzes. Dort sehen Sie auch, wie Sie Risiken Ihres Fremdpersonaleinsatzes mit Hilfe eines **Analysetools** bewerten können.

Gerne stellt Ihnen Hogan Lovells dieses Tool **kostenfrei** zur Verfügung. Bei Interesse wenden Sie sich bitte per E-Mail an arbeitsrecht@hoganlovells.com.



- I Die Reformvorhaben im Überblick
- II Stichwort „Höchstüberlassungsdauer“
- III Stichwort „Equal Pay“
- IV Stichwort „Hinweis- und Dokumentationspflichten“
- VI Ihre Ansprechpartner

Bei Fragen rund um die Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes kommen Sie gerne auf uns zu!



Christian Lorenz

Leiter Hauptstadtbüro der DGFP

c.lorenz@dfgp.de

030 / 2091699-41



Matthes Schröder

Partner (Arbeitsrecht), Hogan Lovells

matthes.schroeder@hoganlovells.com

040 / 419 93 261