

# AÜG reloaded

Leiharbeit nach der Reform  
durch das AÜGuaÄndG 2017  
vom 21. Februar 2017

# Auftrag im Koalitionsvertrag: Es wird

1. Funktion der Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur zeitlich begrenzten Deckung eines Arbeitskräftebedarfs geschärft,
2. Missbrauch von Leiharbeit verhindert,
3. Stellung der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter gestärkt und
4. Arbeit der Betriebsräte im Entleiherbetrieb erleichtert.

# Was lieferte die GroKo?

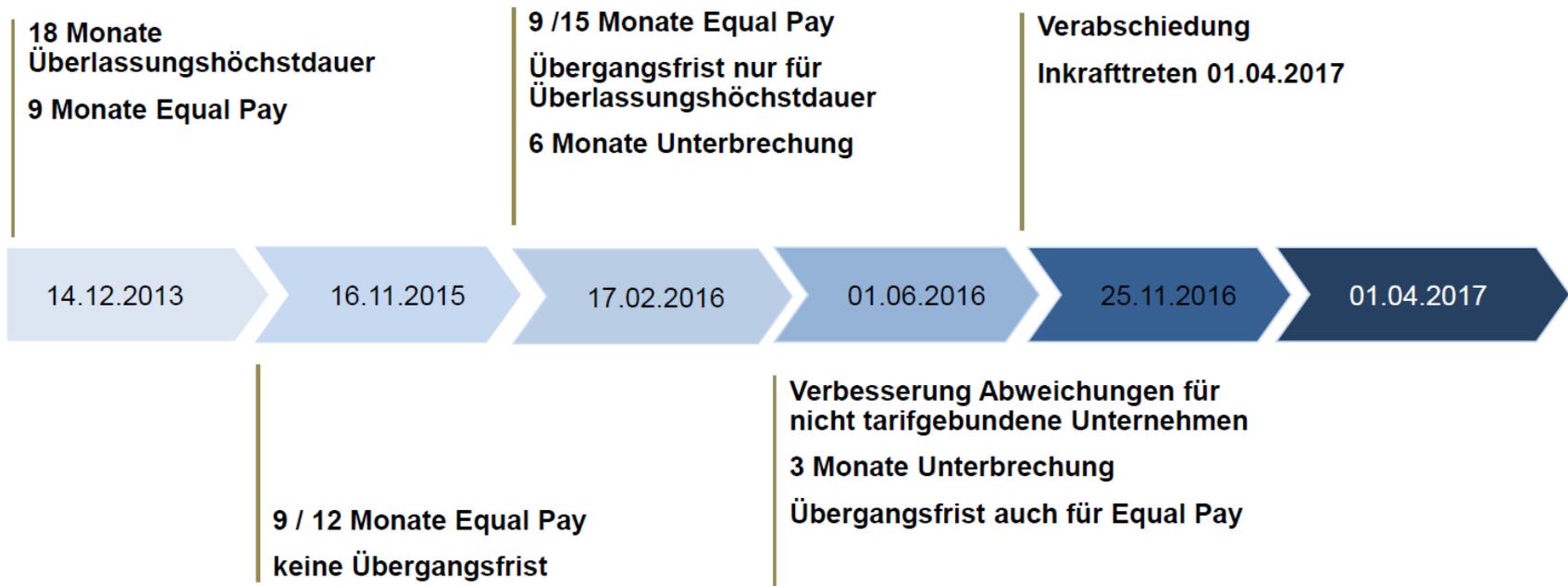
Gesetz zur Änderung des  
Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes  
und anderer Gesetze  
(AÜGuaÄndG 2017)

# Gesetzgebungsverfahren abgeschlossen

- Am 17.10.2016 hat die Anhörung vor dem Bundestagsausschuss stattgefunden.
- Am 19.10. 2016 hat der Ausschuss die Annahme mit gravierenden Änderungen empfohlen.
- Bundestag hat am 21.10.2016 in zweiter und dritter Lesung zugestimmt.
- Bundesrat hat am 25.11.2016 nicht den Vermittlungsausschuss angerufen.

# Wegemarken

## Entwicklung des Gesetzgebungsverfahrens



# Inkrafttreten

- Das AÜG ist durch Artikel 1 AÜGuaÄndG 2017 vom 21. Februar 2017 (BGBl. I S. 258) geändert worden.
- Wegen der in der letzten Phase der Gesetzgebung vorgenommenen Änderungen ist das Gesetz erst nach Ablauf einer Übergangsfrist mit Wirkung **zum 01.04.2017** in Kraft treten.



# Definitionen

- Die durch das AÜG spezialgesetzlich geregelte Form des Drittpersonaleinsatzes ist die **Arbeitnehmerüberlassung**.
- Dieser Begriff steht für den im allgemeinen Sprachgebrauch verwandten Begriff der (uneigentlichen) Leiharbeit bzw. für den in der modernen Wirtschaft verwandten Begriff der Zeitarbeit.

# § 1 Abs.1 Satz 2 AÜG

Die Neuregelung enthält erstmals eine Legaldefinition:

- AN werden **zur Arbeitsleistung** überlassen,
- wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers **eingegliedert** sind und
- seinen **Weisungen** unterliegen.

# Doppelt gemoppelt? Oder Kumulierung?

- Die Neuregelung soll den Einsatz von Dienst- und Werkverträge in komplexen Projekt- oder Beratungsgeschäften nicht einschränken.
- Deshalb auf Betreiben BDA kumulativ:
  1. Dritter **gliedert** in Arbeitsorganisation **ein und**
  2. erteilt **arbeitsbezogene Weisungen.**

# AN Begriff aus § 611a BGB?

- Für die ANÜ ist Voraussetzung, dass die überlassenen Personen „Arbeitnehmer“ **im Sinne des AÜG** sind.
- Anders als die Referentenentwürfe verweist das neue AÜG nicht ausdrücklich auf die AN-Definition in § 611a BGB.
- Verweisung wäre problematisch; denn AÜG dient der Umsetzung der EU Richtlinie. Es gilt der dortige AN-Begriff!

# Weiterer unionsrechtlicher AN Begriff

- In europarechtskonformer Auslegung des AÜG sind Arbeitnehmer nicht nur die Personen, die mit dem Verleiher einen **Arbeitsvertrag** geschlossen haben,
- sondern auch diejenigen, die auf einer **anderen Rechtsgrundlage** ein „Beschäftigungsverhältnis“ eingegangen sind und für dieses Arbeitsleistungen erbringen.

# EuGH 11.11.2010- C 232-09-Danosa

- Vom AN-Begriff wird auch eine Geschäftsführerin erfasst,
- die für Dritte nach deren Weisungen Leistungen erbringt,
- für die sie als Gegenleistung eine AN vergleichbare Vergütung erhält und
- aufgrund dieser Arbeitsleistung geschützt werden soll.

Sind Mitglieder einer  
Schwesternschaft, die vom  
ihrem Verein dem  
Krankenhaus gestellt werden  
Leih-AN im Sinne  
des AÜG?

# EuGH 17.11.2016 – C 216/15

Der Begriff des **AN in der Leiharbeits-RL** ist so auszulegen, dass er jede Person erfasst,

1. die die während einer bestimmten Zeit **für eine andere Person** nach deren **Weisungen Leistungen** erbringt,
2. für die sie als **Gegenleistung eine Vergütung** erhält und
3. aufgrund dieser Arbeitsleistung **geschützt** ist.

Vorabentscheidung auf Ersuchen des BAG im BV  
Ruhrlandklinik GmbH gegen Betriebsrat

# BAG 21.2.2017 – 1 ABR 62/12

- Eine Überlassung von Arbeitnehmern iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG liegt auch dann vor,
- wenn ein Verein im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit ein Mitglied durch Gestellungsvertrag an ein Unternehmen überlasst,
- damit es bei diesem eine weisungsabhängige Tätigkeit gegen Entgelt verrichtet, und
- es aufgrund seiner Arbeitsleistung ähnlich einem Arbeitnehmer sozial geschützt ist.

# BAG 21.2.2017 – 1 ABR 62/12

- Die im Rahmen der Gestellung gegen Entgelt weisungsabhängig beschäftigten Vereinsmitglieder der DRK-Schwesternschaft verfügen durch ihre Satzung und die Mitgliederordnung über einen Schutz,
- der demjenigen eines AN in wesentlichen Bereichen entspricht oder zumindest gleichwertig ist.

# BAG 21.2.2017- 1 ABR 62/22<sub>2</sub>

- Bei der Gestellung der DRK-Schwester handelt es sich um ANÜ.
- Diese liegt bei unionskonformer Auslegung auch dann vor, wenn ein Vereinsmitglied gegen Entgelt bei einem Dritten weisungsabhängig tätig ist und dabei einen Schutz genießt, der - wie bei den DRK-Schwestern - dem eines Arbeitnehmers entspricht.

# **Vorübergehende Überlassung**

Was heißt das?

Welche Rechtsfolgen, wenn  
nicht?

# A 1 Abs. 1 Satz 4 AÜG Vorübergehend mit Höchstfrist

- Die Überlassung von Arbeitnehmern ist vorübergehend
- bis zu einer Überlassungshöchstdauer nach Absatz 1b zulässig.

# § 1 Abs. (1b) Satz1 AÜG

- Der Verleiher darf denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen;
- der Entleiher darf denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate tätig werden lassen.

# Bezug der Höchstüberlassungsdauer

- Nicht auf Besetzungsbedarf für einen **Arbeitsplatz** sondern
- Auf Verweildauer eines bestimmten LAN in **allen Betrieben eines Unternehmens** bezogen.

# Karenzzeitregelung

- § 1 Abs 1b AÜG nF: „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.“
- Maßgeblich ist die Überlassung an denselben Entleiher = Unternehmen.
- Anrechnung der Überlassung durch anderen Verleiher schließt Verleiher Karussell aus.

# Übergangsregelung

## § 19 Abs. 2 AÜG

- **Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017**
- **werden bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Absatz 1b nicht berücksichtigt.**
- **Starttermin: 1.10.2018!**

# Pingpong

- 18 Monate durch die als Sperre vorgesehene Zeit von drei Monaten unterbrochen, so beginnt die Frist neu.
- Die Besetzung des Dauerarbeitsplatzes nach Art des Pingpong ist danach mit Unterbrechungen möglich.
- Aber TV LeiZ: Leiharbeitnehmer dürfen nicht auf dauerhaft angelegten Arbeitsplätzen eingesetzt werden.

# Öffnungsklausel für Verlängerung §1 Abs 1b Satz 3 AÜG

- In einem Tarifvertrag von **Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche**
- kann eine von Satz 1 (=18 Monate) **abweichende Höchstdauer** festgelegt werden.
- Keine starre Begrenzung der Dauer nach oben.

# Kirchenklausel

## §1 Abs.1b Satz 8

- Die Kirchen und die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften
- können von Satz 1 (= 18 Monate) abweichende Überlassungshöchstdauern in ihren Regelungen vorsehen.

# Anreiz zur Tarifbindung

- Ist ein Arbeitgeber tarifgebunden und haben die Tarifvertragsparteien eine **längere Überlassungsdauer als 24 Monate** vereinbart, ist das zulässig.
- Das ist ein gewollter Anreiz für Arbeitgeber, Mitglied einer Tarifvertragspartei zu werden.

# Vorübergehend

## 18, 24, 48 Monate oder länger?

- LAN können künftig bis zu einer Überlassungsdauer von **18 Monaten** bei einem Entleiher eingesetzt werden.
- In einem TV der Einsatzbranche können abweichende Regelungen vereinbart werden. In tarifgebundenen Unternehmen sind damit längere Einsatzzeiten von **über 18 Monaten** möglich. Im Geltungsbereich eines solchen TV können auch nicht tarifgebundene Unternehmen diese Regelungen zur Überlassungshöchstdauer durch BV übernehmen.
- **Nicht tarifgebundene Entleiher** können nach § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG nur bis 24 Monate überlassen.
- **Tarifgebundene Entleiher** können nach Maßgabe eines TV überlassen, ohne dass eine starre Grenze.
- Deshalb TV LeiZ 48 Monate zulässig

# Ausnahmen

Dauerhafte Überlassung wird für bestimmte Verleiher im AÜG zugelassen.

Bestehen insoweit keine unionsrechtlichen Vorgaben?

# § 1 Abs. 3 AÜG Privileg für ÖD

2b. zwischen Arbeitgebern (AÜG nicht anzuwenden),

- wenn **Aufgaben** eines Arbeitnehmers von dem bisherigen zu dem anderen Arbeitgeber **verlagert** werden und
- auf Grund 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,...

# § 1 Abs. 3 AÜG Ausnahme für Kirchen und TVöD Anwender

2c. zwischen Arbeitgebern,

- wenn diese **juristische Personen des öffentlichen Rechts** sind
- und **Tarifverträge des öffentlichen Dienstes** oder
- Regelungen der öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften anwenden

# Nur anwendbar Verbot Überlassung in Baubetriebe

- § 1b Satz 1: „Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, ist unzulässig.“
- § 16 Abs. 1 Nr 1f Owi für den, der entgegen § 1b Satz 1 Arbeitnehmer überlässt oder tätig werden lässt,
- § 16 Abs. 2 bis 5 allgemeines Verfahrensrecht bei Ordnungswidrigkeiten

# DRK Gesetz Änderung zur Rechtsprechungskorrektur

Gefälligkeitsgesetzgebung für den  
DRK Präsidenten

**Dr. Rudolf Seiters**

# Überraschung im Rentenüberleitungs- Abschlussgesetz

- Auf Initiative der Kanzlerin und mit Zustimmung der Arbeitsministerin ist die für den 31.05.2017 bestimmte Beratung des Ausschusses für Arbeit und Soziales zum Rentenrecht kurzfristig zur Einbringung eines Änderungsantrags zu § 2 DRK-Gesetz genutzt worden.
- BT – Drucks. 18/12584 S.4

# Beispiel für Artikelgesetzgebung

Neuer Art 9 > Gesetz zur Änderung des DRK-Gesetzes: In § 2 DRK-Gesetz wird angefügt:

*„(4) Für die Gestellung von Mitgliedern einer Schwesternschaft vom Deutschen Roten Kreuz gilt das AÜG mit der Maßgabe, dass **nicht** anwendbar ist:*

- 1. § 1 Absatz 1 Satz 4 (vorübergehend) und*
- 2. Absatz 1b (18 Monate) des AÜG.“*

Diese Änderung ist vom BT am 16.2017 beschlossen worden und nach Art. 12 Abs. 2 am Tag nach der Verkündung, das war der 25.07.2017, in Kraft getreten.

# Bedeutung der DRK Ausnahme

- Im Uniklinikum Essen werden mehr als die Hälfte der 2 000 Beschäftigten im Pflegedienst von der DRK-Schwesternschaft gestellt.  
Folgen:
  1. Der Betriebsrat kann gegen die **nicht nur vorübergehende** Gestellung keine Zustimmungsverweigerung mehr erklären.
  2. Faktische Folge: Keine Übernahme ins Stammpersonal nach Ablauf der 18 Monate Höchstdauer.

Diese Privilegierung  
zulässig?

Steht die Leiharbeits-  
RL entgegen?

# RICHTLINIE 2008/104/EG

## *Artikel 1* Anwendungsbereich

(1) Diese Richtlinie gilt für Arbeitnehmer, die mit einem Leiharbeitsunternehmen einen Arbeitsvertrag geschlossen haben oder ein Beschäftigungsverhältnis eingegangen sind und die entleihenden Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, um **vorübergehend** unter deren Aufsicht und Leitung zu arbeiten.

# Gleiches Geld für gleiche Arbeit

Equal Pay in der Leiharbeit

# Grundsatz der Gleichstellung

## § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG

- Der Verleiher ist verpflichtet, dem LAN für die Zeit der Überlassung an den Entleiher
- die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren (Gleichstellungsgrundsatz).

# Vergleichsentgelt

- Das Vergleichsentgelt ist **tätigkeitsbezogen** zu bestimmen.
- Es ist das Arbeitsentgelt zugrunde zu legen, das der LAN erhalten hätte, wenn er beim Entleiher für die gleiche Tätigkeit eingestellt worden wäre.
- Zu § 10 Abs. 4 AÜG aF BAG 21.10.2015 – 5 AZR 604/14 –, BAGE 153, 75 = NZA 2016, 422

# Zuweisung höherwertiger Arbeit als im Überlassungsvertrag

- Maßgeblich für das Vergleichsentgelt ist die Tätigkeit, die der **Entleiher** dem Leiharbeitnehmer ausdrücklich oder konkludent zugewiesen hat.
- Zu § 10 Abs. 4 AÜG aF: BAG 23.11.2016 – 5 AZR 53/16 - NZA 2017, 380

# Gleichstellungs- oder Differenzanspruch?

- BAG nimmt einen die vertragliche Vergütungsabrede korrigierenden Anspruch auf Differenzvergütung an.
- BAG 13.3.2013 – 5 AZR 954/11 – BAGE 144, 306 = AP AÜG § 10 Nr. AP AÜG § 31; zuletzt: BAG 23.11.2016 - 5 AZR 53/16 - AP AÜG § 10 Nr. 55.

# Materielle Konsequenzen der Rechtsprechung des 5. Senats

- Danach bestimmt sich die Höhe des Entgeltanspruchs aus einem Gesamtvergleich aller geldwerten Leistungen des Arbeitgebers ein Gesamtvergleich.
- Der Leiharbeitnehmer hat nur Anspruch auf den Saldo (= Differenz).

# Leistungszwecke wie beim MiLoG unerheblich

- Nach diesem Verständnis ist unerheblich, dass und inwieweit einzelne Leistungen bestimmten (unterschiedlichen) Zwecken dienen. Beispiele:
  1. Ein Mehr beim steuerpflichtigen Teil der Auslösung gleicht ein Weniger beim laufenden Arbeitsentgelt aus.
  2. Höhere Zahlung im September gleicht die niedrigere Zahlung im August aus.

# Prozessuale Konsequenzen der Rechtsprechung des 5. Senats

- Die Annahme einer korrigierenden Differenzvergütungsanspruchs wirkt sich zu Lasten des Leiharbeitnehmers aus.
- **Der LAN hat die Berechnung der Differenzvergütung darzustellen.**
- BAG 21.10.2015 - 5 AZR 604/14 - Rn. 13,
- BAG 23.11.2016 – 5 AZR 53/16 – Rn. 25,  
NZA 2017, 380

# Substantiierungsobliegenheit

- Der LAN soll auch darlegen, in welchem Umfang Differenzvergütung etwa für geleistete Arbeit, aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, gewährten Urlaubs, Freizeitausgleichs oder Abgeltung von Stunden aus einem Arbeitszeitkonto oder eines sonstigen Tatbestands, der eine Vergütungspflicht ohne Arbeit regelt, begehrt wird.
- BAG 23.11.2016 – 5 AZR 53/16 – Rn. 30, NZA 2017, 380; BAG 20.11.2013 - 5 AZR 365/13 - Rn. 19; BAG 19.2.2014 - 5 AZR 700/12 - Rn. 44.

# Gegenansicht

- Der Arbeitgeber muss darlegen, inwieweit er den durch das Gleichstellungsgebot bestimmten, erfüllt hat (Ulrici, HK-AÜG, 2017, § 8 Rn. 114). Kurz:
  1. Der Arbeitnehmer muss das maßgebliche Vergleichsentgelt darlegen
  2. der Verleiher muss darlegen, mit welchen Zahlungen er erfüllt hat.

# Gleichstellungsvermutung

## § 8 Abs. 1 Satz 2 AÜG

- Erhält der Leih- AN das für einen vergleichbaren AN des Entleihers im Entleihbetrieb geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt oder in Ermangelung eines solchen ein für vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbranche geltendes **tarifvertragliches Arbeitsentgelt**,
- so wird vermutet, dass der Leih-AN hinsichtlich des Arbeitsentgelts im Sinne von Satz 1 gleichgestellt ist. AN kann widerlegen!

# Tarifliche Abweichung

## § 8 Abs. 2 Satz 1 und 2 AÜG

- TV kann vom Gleichstellungsgrundsatz abweichen, soweit er nicht die in einer Rechtsverordnung nach § 3a Absatz 2 festgesetzten Mindeststundenentgelte unterschreitet.
- Soweit TV vom Gleichstellungsgrundsatz abweicht, hat der Verleiher dem Leih-AN die nach diesem TV geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren.

# Bezugnahme zur Verschlechterung § 8 Abs.2 Satz 3 AÜG

- Im Geltungsbereich eines solchen TV können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die **Anwendung des TV vereinbaren**.
- Soweit ein TV die Mindeststundenentgelte unterschreitet, hat der Verleiher dem Leih-AN für jede Arbeitsstunde das im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren AN des Entleihers für eine Arbeitsstunde zu zahlende Arbeitsentgelt zu gewähren.

# Gegen Drehtür im Konzern

## § 8 Abs.3 AÜG

- Eine abweichende tarifliche Regelung im Sinne von Absatz 2
- **gilt nicht für Leih-AN**, die in den letzten **sechs Monaten** vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes bildet, ausgeschieden sind.

# Abweichung für 9 Monate § 8 Abs.4 S. 1 AÜG

- Ein Tarifvertrag im Sinne des Absatzes 2
- kann hinsichtlich des Arbeitsentgelts vom Gleichstellungsgrundsatz **für die ersten neun Monate einer Überlassung** an einen Entleiher abweichen.

# Tarifliche Verlängerung der Abweichungsdauer, wenn

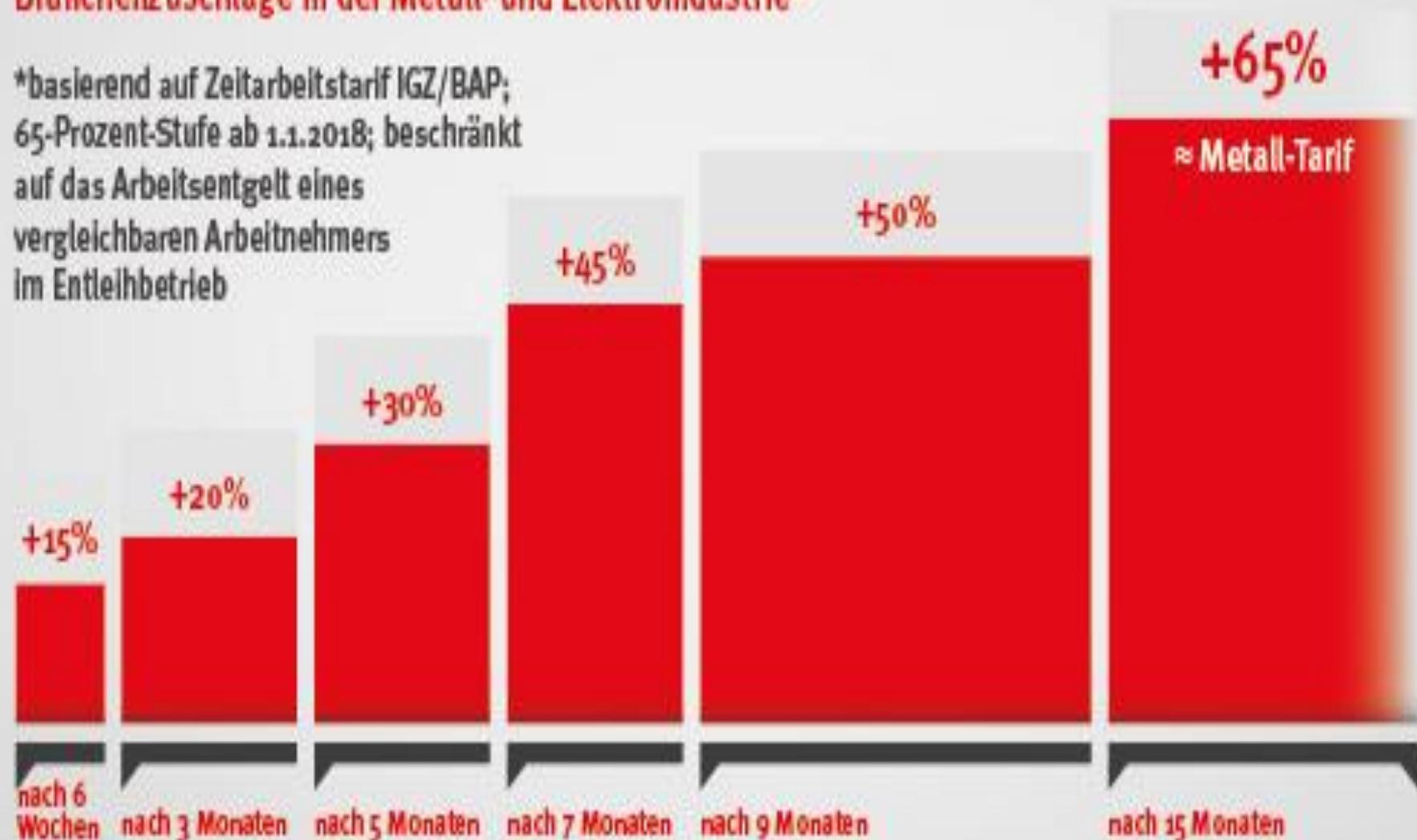
1. nach **spätestens 15 Monaten** einer Überlassung an einen Entleiher mindestens ein Arbeitsentgelt erreicht wird, das in dem Tarifvertrag als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche festgelegt ist, und
2. nach einer Einarbeitungszeit von längstens **sechs Wochen eine stufenweise Heranführung** an dieses Arbeitsentgelt erfolgt.



# Mehr Geld für Leiharbeiter mit Tarif

Branchenzuschläge in der Metall- und Elektroindustrie\*

\*basierend auf Zeitarbeitsstarif IGZ/BAP;  
65-Prozent-Stufe ab 1.1.2018; beschränkt  
auf das Arbeitsentgelt eines  
vergleichbaren Arbeitnehmers  
im Entleihbetrieb



9 Monate

15 Monate



# Berechnung Überlassungsdauer § 8 Abs.4 S.4

- 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.

# Wie wird Überlassungsdauer berechnet?

§§186ff BGB Zivilkomputation

§ 187 Abs.1 Ereignisfrist

§ 187 Abs.2 Tagesbeginnfrist

§ 191 Berechnung von Zeiträumen

# Drei Berechnungsarten

Kalendarische Berechnung	Quasi-kaufmännische Berechnung	Bundesagentur für Arbeit („Mischkalkulation“)
<ul style="list-style-type: none"><li>• Berechnung voller Monate, unabhängig davon, wie viele Tage der Monat tatsächlich hat.</li><li>• Bei einem durchgängigen Einsatz ab dem 1. April 2017 ist gesetzliches Equal Pay damit ab dem 1. Januar 2018 zu zahlen.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Jeder Monat wird konsequent mit 30 Tagen angesetzt.</li><li>• Davon ausgehend beträgt der Abweichungszeitraum von 9 Monaten immer <math>30 \times 9</math>, also 270 Tage.</li><li>• Bei einem durchgängigen Einsatz ab dem 1. April 2017 kommt gesetzliches Equal Pay damit ab dem 27. Dezember 2017 zum Tragen.</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Kombination der beiden anderen Berechnungsweisen:</li><li>• Kalendarische Berechnung von Monaten, in welchen durchgängiger Einsatz stattfindet;</li><li>• Berechnung von Teilmonaten stets auf Basis von 30 Tagen.</li></ul>

# § 19 Abs.2 AÜG

- Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 werden bei der Berechnung der Überlassungszeiten nach § 8 Absatz 4 Satz 1 nicht berücksichtigt.
- Also kein Equal Treatment **vor 2018!**

# Missbrauch von Werkverträgen

Was versprochen  
und was getan?

# Keine Privilegierung von Scheinwerkverträgen

- Um den Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen zu verhindern, werden bei einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung der vermeintliche Werkunternehmer und sein Auftraggeber auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht besser gestellt als derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt.

# Transparenzgebot

## §1 Abs.1 Satz 5 AÜG

- Verleiher und Entleiher haben die Überlassung von Leih-AN in ihrem Vertrag **ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung** zu bezeichnen,
- bevor sie den Leih-AN überlassen oder tätig werden lassen.

# §11 AÜG

- § 11 ist wie folgt geändert:
- a) Dem Absatz 2 wird folgender Satz angefügt: „Der Verleiher hat den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird.“
- *Sorgt für Transparenz gegenüber dem LAN. Hier knüpft das neue Recht der Festhaltungserklärung in § 9 Nr. 1a an.*

# Überlassungs- oder Werk/Dienstvertrag?

§12 (1) Der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher bedarf der Schriftform.

- Neu Satz 2: Wenn der Vertrag und seine tatsächliche Durchführung einander widersprechen, ist für die rechtliche Einordnung des Vertrages die tatsächliche Durchführung maßgebend.
- *Entspricht dem Stand der Rspr!*

# Rechtsfolgeregelungen bei Verstößen

- Reform 2011 Verzicht auf Sanktionen: Nur der unerlaubte Verleih begründet ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher § 9 Nr. 1 und § 10 AÜG.
- Reform 2017 erweitert die Fiktionswirkung:  
§9 Nr. 1a verdeckte „intransparente“ ANÜ  
§9 Nr.1b Überschreitung der gesetzlichen oder der tariflich verlängerten Überlassungshöchstdauer

# Kettenverleih §10a AÜG

- Werden Arbeitnehmer entgegen § 1 Absatz 1 Satz 3 von einer anderen Person überlassen (= Kettenverleih) und verstößt diese Person hierbei gegen § 1 Abs. 1 S. 1 (Erlaubnis), § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 (Intransparenz) oder § 1 Abs. 1b (Höchstdauer),
- So gilt für diese:
  - 1. Fiktion des AV** mit Entleiher § 10 entsprechend und
  - 2. Festhaltungserklärung** § 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 1b.

Festhaltungserklärung  
Ein neues  
Widerspruchsrecht?  
Öffnung für Illegalität?

# § 9 AÜG Nr.1 RegE

## Unwirksam sind

- 1. Verträge zwischen Verleihern und Entleihern sowie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 erforderliche Erlaubnis hat;
- der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer wird nicht unwirksam, wenn der Leiharbeitnehmer schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach dem zwischen Verleiher und Entleiher für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher **erklärt, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält**; tritt die Unwirksamkeit erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, so beginnt die Frist mit Eintritt der Unwirksamkeit,

# § 9 Nr. 1a AÜG RegE

## Unwirksam sind

- 1a. Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern, wenn entgegen § 1 Absatz 1 Satz 5 und 6 die **Arbeitnehmerüberlassung nicht ausdrücklich als solche bezeichnet** und die Person des Leiharbeitnehmers nicht konkretisiert worden ist,
- es sei denn, der Leiharbeitnehmer **erklärt** schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach dem zwischen Verleiher und Entleiher für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher, **dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält,**

# § 9 Nr.1 b RegE AÜG Unwirksam sind

- 1b. Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern mit dem **Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer nach § 1 Absatz 1b,**
- es sei denn, der Leiharbeitnehmer **erklärt schriftlich** bis zum Ablauf eines Monats nach Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher, **dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält,**

# Rechtsfolgeregelung für illegalen Weiterverleih § 10a AÜG

- Rechtsfolgen bei Überlassung durch eine andere Person als den Arbeitgeber:
- Werden AN entgegen § 1 Absatz 1 Satz 3 von einer anderen Person überlassen und verstößt diese Person hierbei gegen § 1 Absatz 1 Satz 1, § 1 Absatz 1 Satz 5 und 6 oder § 1 Absatz 1b, gelten für das Arbeitsverhältnis des Leih-AN § 9 Absatz 1 Nr 1 bis 1b und § 10 entsprechend.

# Die Neufassung durch den Ausschuss am 19.10.2016

§ 9 (2) Die Erklärung nach Absatz 1 Nummer 1, 1a oder 1b (**Festhaltungserklärung**) ist nur wirksam, wenn

1. der Leiharbeitnehmer diese vor ihrer Abgabe **persönlich in einer Agentur für Arbeit** vorlegt,
2. die **Agentur für Arbeit** die abzugebende Erklärung **mit dem Datum des Tages der Vorlage** und dem Hinweis versieht, dass sie die **Identität des Leiharbeitnehmers** festgestellt hat, und
3. die Erklärung **spätestens am dritten Tag** nach der Vorlage in der Agentur für Arbeit dem **Ver- oder Entleiher** zugeht.

# Zusätzlicher Schutz

- BA wirkt wie ein Notar, der das Datum der Unterschrift und die Identität des Unterschrift leistenden AN beglaubigt.
- Wenn der Leih-AN die Festhaltungserklärung vorlegt, wird die BA über den Fall der bereits eingetretenen illegalen Überlassung unterrichtet und veranlasst den Verleiher zu prüfen.

# Keine arbeitsrechtliche Privilegierung des illegalen Verleihers

§ 9 Abs.3 Satz 2 und 3

- Wird die Überlassung nach der Festhaltungserklärung fortgeführt, gilt Absatz 1 Nummer 1 bis 1b.
- Eine **erneute** Festhaltungserklärung ist unwirksam.
- *Damit wird die von der Rspr vermisste Sanktionenregelung hinsichtlich nicht vorübergehender und verdeckter Leiharbeit geschaffen.*

# Keine sozialrechtliche Privilegierung illegaler Überlassung

§ 28 a Abs. 2 Satz 3 und 4 SGB IV: Ist der Leiharbeitsvertrag nach § 9 Abs.1 AÜG unwirksam, so hat der Verleiher dennoch den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen. Hinsichtlich der Zahlungspflicht nach Satz 3 gilt der Verleiher neben dem Entleiher als Arbeitgeber; beide haften insoweit als Gesamtschuldner.

- Wenn der an sich unwirksame Leiharbeitsvertrag durch die Festhaltungserklärung wirksam wird, darf der Entleiher, der sich am Rechtsverstoß beteiligt hat, nicht besser stehen.

Deshalb jetzt neu: § 9 Abs. 3 Satz 4

- Die gesamtschuldnerische Haftung (§ 28e Absatz 2 Satz 4 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch) gilt unbeschadet der Festhaltungserklärung.

# Legal Tribune online 18.11.2016

- Faktisch dürfte die bürokratische Hürde in vielen Fällen allerdings verhindern, dass Festhaltungserklärungen überhaupt abgegeben werden.
- Soweit sie dennoch abgegeben werden, werden sie dazu führen, dass vermehrt Ordnungswidrigkeitenverfahren eingeleitet werden
- *Zutreffend:* Jede Festhaltungserklärung bedeutet:
  1. **Offenlegung einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung,**
  2. jede illegale Arbeitnehmerüberlassung ist eine **Ordnungswidrigkeit**, die mit Bußgeldern bis zu 30.000 Euro pro Verstoß geahndet wird.

# Streik im Entleiherbetrieb

Keine Streikbrucharbeiten durch  
Leiharbeitnehmer

§ 11 Abs.5 AÜG

# Was gilt in der Betriebsverfassung?

Was versprochen  
und was getan?

# Wählen und zählen

- Es ist gesetzlich die Abkehr der Rechtsprechung von der Zwei-Komponenten-Lehre nachvollzogen.
- Es ist klargestellt, dass LAN bei den Schwellenwerten auch beim Entleiher zu berücksichtigen sind,
- sofern dies der Zielrichtung der jeweiligen Norm nicht widerspricht.

# Ergänzung

- Durch einen neuen Satz 4 wird in § 14 Absatz 2 gesetzlich klargestellt, dass LAN bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten grundsätzlich auch im Entleiherbetrieb mitzählen.
- Einzige Ausnahme: §112a BetrVG. Also keine Berücksichtigung im Sozialplan des Entleiherbetriebs, wenn Personalausdünnung.

# Konsolidierte Neufassung § 80

- (2) 1 Zur Durchführung seiner Aufgaben nach diesem Gesetz ist der Betriebsrat rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten; die Unterrichtung erstreckt sich auch auf die Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen und umfasst insbesondere den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben dieser Personen.
- 2 Dem Betriebsrat sind auf Verlangen jederzeit die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen; in diesem Rahmen ist der Betriebsausschuss oder ein nach § 28 gebildeter Ausschuss berechtigt, in die Listen über die Bruttolöhne und -gehälter Einblick zu nehmen.
- 3 Zu den erforderlichen Unterlagen gehören auch die Verträge, die der Beschäftigung der in Satz 1 genannten Personen zugrunde liegen.
- 4 Soweit es zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben des Betriebsrats erforderlich ist, hat der Arbeitgeber ihm sachkundige Arbeitnehmer als Auskunftspersonen zur Verfügung zu stellen; er hat hierbei die Vorschläge des Betriebsrats zu berücksichtigen, soweit betriebliche Notwendigkeiten nicht entgegenstehen.

# Konsolidierte Neufassung § 92

- (1) 1Der Arbeitgeber hat den Betriebsrat über die Personalplanung, insbesondere über den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf sowie über die sich daraus ergebenden personellen Maßnahmen einschließlich der geplanten Beschäftigung von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, und Maßnahmen der Berufsbildung anhand von Unterlagen rechtzeitig und umfassend zu unterrichten.
- 2Er hat mit dem Betriebsrat über Art und Umfang der erforderlichen Maßnahmen und über die Vermeidung von Härten zu beraten

# Berichtspflichten

Handelsrechtliche  
Rechnungslegung

Leiharbeitskosten als  
Materialeinkaufskosten?

# Head - Counting

- Zielvereinbarungen sind bisweilen darauf ausgerichtet, Vorstände anzuhalten, die Zahl der Arbeitnehmer zu senken.
- Ein einfaches Mittel zum Erreichen des Ziels ist es, Stammarbeitnehmer durch Leiharbeitnehmer zu ersetzen.
- Leiharbeit wird nicht beim Personal sondern beim Materialeinkauf erfasst.

# LAN in der Rechnungslegung

- In der handelsrechtlichen Kommentarliteratur wurde bislang überwiegend eine formale Sichtweise vertreten.
- Da sie keinen Arbeitsvertrag mit dem Entleiher haben, seien sie für die Rechnungslegung im Lichte des § 267 Abs. 5 HGB nicht als zu berücksichtigende Arbeitnehmer des Entleihers anzusehen.

# Änderung der Auffassung

- LAN sind in der handelsrechtlichen Rechnungslegung des Entleihers zu berücksichtigen.
- Roß, Zu den Auswirkungen des Einsatzes von Leiharbeitnehmern auf die durchschnittliche Zahl, DB 2016, 2853; In diesem Sinne („überfällig“) auch schon Bömelburg/Rägle/Gahm, DB 2013 S. 765, 765.

# Ethikfragen

- Der iGZ hat für die Kunden und AN ihrer Mitgliedsunternehmen eine Kontakt- und Schlichtungsstelle (KuSS) eingerichtet.
- Soweit ethische Regeln verletzt werden, so kann jeder Kunde diese Kontakt- und Schlichtungsstelle anrufen : [www.kuss-zeitarbeit.de](http://www.kuss-zeitarbeit.de) und [kontakt@kuss-zeitarbeit.de](mailto:kontakt@kuss-zeitarbeit.de) oder Telefon 030 25762847.

Die KuSS hat am 20.04.2012 die Arbeit aufgenommen



Professor Franz Josef Düwell

# Herzlichen Dank für Ihr Gehör!

- Für Kritik und Anregungen erreichbar unter:
- [Franz.duewell@uni-konstanz.de](mailto:Franz.duewell@uni-konstanz.de)