

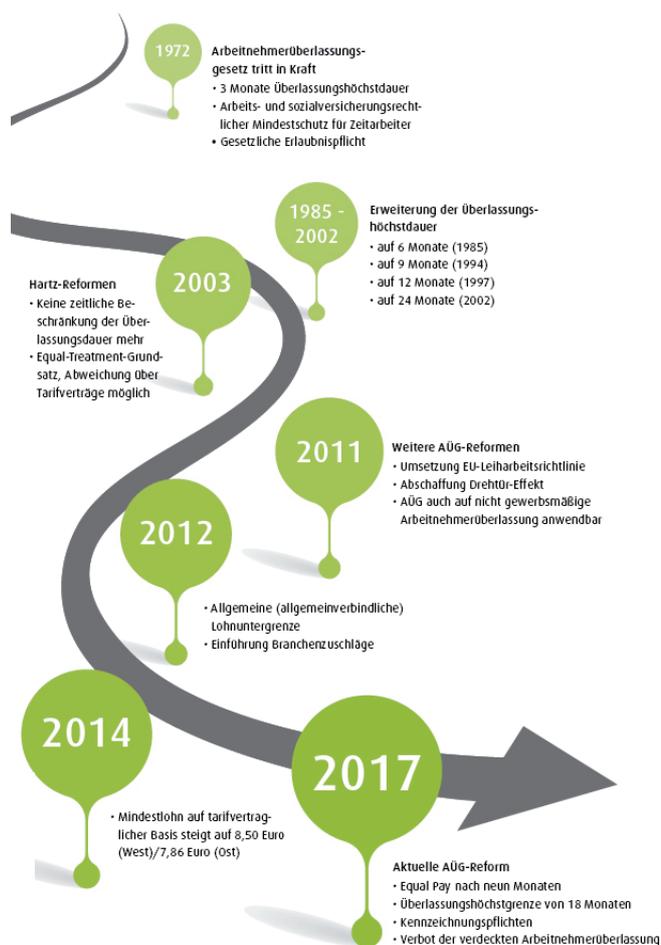
News - Aktuell

Für Geschäftspartner und Kunden der HJH Personalvermittlung & Beratung

News - Aktuell

Thema:

Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ab 01.04.2017



Verantwortlich:
HJH Personalvermittlung &
Beratung



Liebe Leserin!
Lieber Leser!

Die Arbeitnehmerüberlassung auf neuen Beinen gestellt.

Zum 01.04.2017 ist es soweit - das neues Arbeitnehmerüberlassungsgesetz tritt in Kraft.

In der Weiterentwicklung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes führt der Gesetzgeber damit unbemerkt von den Betroffenen Entleihern - also den Unternehmen - weitgehende Änderungen ein, die die ohnehin schon vorhandenen Unternehmerrisiken, wie z.B. die Substitutarhaftung oder Sanktionen, weiter verschärfen.

Wer Leiharbeiter in seinem Unternehmen beschäftigt, oder dieses vor hat, ist daher gut beraten sich über die Änderungen zu informieren.

Wir stellen Ihnen die wesentlichen Änderungen und Hintergründe des weiterentwickelten AÜG hier vor und möchten damit unseren Teil zur Aufklärungen des Gesetzes und den damit verbundenen Risiken für den Entleiher beitragen.

Ihr
Hans-Joachim Holländer

News Aktuell

Was ist Ziel der Gesetzes?

Mit dem vorliegenden Gesetz soll die Funktion der Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur zeitlich begrenzten Deckung eines Arbeitskräftebedarfs geschärft, Missbrauch von Leiharbeit verhindert, die Stellung der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter gestärkt und die Arbeit der Betriebsräte im Entleiherbetrieb erleichtert werden.

Hierbei soll die Arbeitnehmerüberlassung als eines der flexiblen Instrumente des Personaleinsatzes sowie die positiven Beschäftigungswirkungen der Arbeitnehmerüberlassung erhalten bleiben. Gleichzeitig soll die Bedeutung tarifvertraglicher Vereinbarungen als wesentliches Element einer verlässlichen Sozialpartnerschaft gestärkt werden.

Mit diesem Gesetz sollen auch der Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen und die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung verhindert sowie die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats beim Einsatz von Fremdpersonal sichergestellt und konkretisiert werden.

Die wesentlichen Änderungen fassen wir im Teil A zusammen und gehen vertiefend im Teil B näher darauf ein.

Im Teil C setzen wir uns dann schließlich kritisch mit dem AÜG 2017 auseinander, indem wir Risiken des neuen AÜG für Verleiher und Entleiher aufzeigen.

Teil A

1. Höchstüberlassungsdauer

Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter können künftig bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten bei einem Entleiher eingesetzt werden. In einem Tarifvertrag der Einsatzbranche oder auf Grund eines solchen Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung können abweichende Regelungen vereinbart werden.

In tarifgebundenen Unternehmen sind damit längere Einsatzzeiten von über 18 Monaten möglich.

Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können in nicht tarifgebundenen Unternehmen die tarifvertraglichen Regelungen zur Überlassungshöchstdauer inhaltsgleich durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung übernommen werden.

Sofern der Tarifvertrag eine Öffnungsklausel für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen enthält, können auch nicht tarifgebundene Entleiher davon Gebrauch machen; allerdings nur bis zu einer Überlassungshöchstdauer von längstens 24 Monaten, wenn der Tarifvertrag keine abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen festgelegt.

2. Equal Pay

Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter werden nach neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeiterinnen und –arbeitnehmern beim Entleiher gleichgestellt (Equal Pay).

Längere Abweichungen sind künftig nur möglich, wenn durch (Branchen-) Zuschlagstarifverträge sichergestellt wird, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter stufenweise an ein Arbeitsentgelt herangeführt werden, das von den Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatz-

branche festgelegt ist.

Dieses gleichwertige Arbeitsentgelt muss nach spätestens 15 Monaten Einsatzdauer erreicht werden.

Die stufenweise Heranführung an dieses Arbeitsentgelt muss spätestens nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen beginnen.

3. Kein Leiharbeitereinsatz

Kein Einsatz von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmer als Streikbrecher.

Es wird gesetzlich klargestellt, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmer bei den für die Mitbestimmung geltenden Schwellenwerten auch beim Entleiher zu berücksichtigen sind, sofern dies der Zielrichtung der jeweiligen Norm nicht widerspricht.

4. Mißbrauch Werkverträge

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.

Außerdem wird die von der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung von abhängiger zu selbstständiger Tätigkeit gesetzlich niedergelegt, indem festgelegt wird, wer Arbeitnehmer ist. Entsprechend der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wird klargestellt, dass ein Arbeitsverhältnis, unabhängig von der Bezeichnung und dem formalen Inhalt des Vertrages vorliegt, wenn dies der tatsächlichen Vertragsdurchführung entspricht.

5. Informationsrecht des Betriebsrates

In § 80 Absatz 2 und § 92 Absatz 1 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) wird der Inhalt des bereits bestehenden Informationsrechts des Betriebsrats über den Einsatz von Personen, die nicht im Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber des Betriebs stehen, gesetzlich klargestellt.

6. Bußgelder nach der Reform des AÜG

Mit der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes wurden auch die Bußgeldtatbestände neu gefasst. Einzelne Bußgeldtatbestände gem. § 16 Abs. 1 AÜG verwirklicht, wer vorsätzlich oder fahrlässig Wer zukünftig gegen Arbeitnehmerschutzrechte, die im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz verankert sind, verstößt, wird mit Sanktionen bestraft.

Es gibt hohe Geldstrafen von 30 000 Euro bis zu 500 000 Euro. Den kompletten Bußgeldkatalog senden wir Ihnen gern auf Anfrage zu.

Weiterhin ist es möglich, bei härteren bzw. nachhaltigen Verstößen die Überlassungserlaubnis des Verleiher zu entziehen.

Dies trifft dann auch den Entleiher.

Bei Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer, bei Scheinwerkverträgen oder unerlaubter Überlassung kommt zukünftig ein Arbeitsverhältnis mit dem Einsatzbetrieb zustande.

Zweifelsohne bedeutet dies für den Entleiher sich ausführlicher als vielleicht in der Vergangenheit mit dem Geschäftsgebahren des Verleihers auseinander zu setzen bzw. sein Gebahren zu hinterfragen und zu prüfen.

Wesentlicher Inhalt des Gesetzes

Zusammenfassung:

Der dauerhafte Einsatz von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmern kann - so der Gesetzgeber - hingegen zu der Verdrängung von Stammarbeiterinnen und -arbeitnehmern im Einsatzbetrieb führen. Dem soll künftig gesetzlich entgegen gewirkt werden.

Hierzu wird eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten eingeführt, die bestehende Regelungen aus der betrieblichen Praxis aufgreift. Um die notwendige Flexibilität zu erhalten, kann von der Überlassungshöchstdauer durch Tarifvertrag der Einsatzbranche oder durch eine auf Grund eines Tarifvertrages geschlossene Betriebs- oder Dienstvereinbarung abgewichen werden.

In tarifgebundenen Unternehmen können damit längere Einsätze über 18 Monate hinaus möglich sein.

Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können in nicht tarifgebundenen Unternehmen die tarifvertraglichen Regelungen zur Überlassungshöchstdauer durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung inhaltsgleich übernommen werden.

Sofern der Tarifvertrag eine Öffnungsklausel für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen enthält, können auch nicht tarifgebundene Entleiher davon Gebrauch machen; allerdings nur bis zu einer Überlassungshöchstdauer von längstens 24 Monaten, wenn der Tarifvertrag keine abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- und Dienstvereinbarungen festlegt.

Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmer sollen künftig spätestens nach neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammeschäftigten gleichgestellt werden (Equal Pay). Längere Abweichungen sind künftig nur möglich, wenn durch Branchen-Zuschlagstarifverträge sichergestellt wird, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmer stufenweise an ein Arbeitsentgelt herangeführt werden, das von den Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche festgelegt wird.

Dieses gleichwertige Arbeitsentgelt muss nach spätestens 15 Monaten Einsatzdauer erreicht werden. Die stufenweise Heranführung an dieses Arbeitsentgelt muss spätestens nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen beginnen.

Die Regelungen zur Überlassungshöchstdauer und zu Equal Pay sollen die Bedeutung tarifvertraglicher Vereinbarungen als wesentliches Element einer verlässlichen Sozialpartnerschaft stärken.

Den zuständigen Tarifvertragsparteien werden Freiräume für die Gestaltung wesentlicher Aspekte der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen eingeräumt.

Gleichzeitig werden soziale Leitplanken zugunsten der Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmer gesetzt.

Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmer sind bei den betriebsverfassungsrechtlichen und den für die Unternehmensmitbestimmung geltenden Schwellenwerten auch beim Entleiher zu berücksichtigen, soweit dies der Zielrichtung der jeweiligen Norm nicht widerspricht. Bei den Anwendungsschwellen für die Unternehmensmitbestimmung wird der Einsatz von Leiharbeitnehmern jedoch nur dann berücksichtigt, wenn die Gesamtdauer der Entleiher sechs Monate übersteigt.

Es wird gesetzlich klargestellt, dass der Weiterverleih von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmern verboten ist. Wenn bei einem derartigen Fremdpersonaleinsatz weitere Unternehmen ohne arbeitsvertragliche Beziehung zum Leiharbeitnehmer zwischengeschaltet werden und die Überlassungshöchstdauer überschritten ist, keine Verleiherlaubnis besteht oder eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, wird das Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers zum Einsatzarbeitgeber fingiert, bei dem die Arbeitsleistung tatsächlich erbracht wird.

In § 80 Absatz 2 und § 92 Absatz 1 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG) wird der Inhalt des bereits bestehenden Informationsrechts des Betriebsrats über den Einsatz von Personen, die nicht im Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber des Betriebs stehen, gesetzlich klargestellt.

Die gesetzliche Niederlegung der von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzung von abhängiger zu selbstständiger Tätigkeit wird im neu geschaffenen § 611a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) verankert.

Teil B

Ergänzende Hinweise

Abgrenzung Leiharbeitnehmer/Werkvertrag Zu § 1 (Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes)

Die Regelung des Satzes 2 bestimmt entsprechend der Rechtsprechung, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer überlassen wird und dient damit der Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeitnehmer im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werkbeziehungsweise Dienstvertrages. Entsprechend der Rechtsprechung liegt beim Fremdpersonaleinsatz Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn die Leiharbeiterin oder der Leiharbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt.

Ob dies der Fall ist, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen.

Mit der Regelung in Satz 3 wird sichergestellt, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmer nur von ihrem vertraglichen Arbeitgeber verliehen werden dürfen. Entsprechend der bisherigen Verwaltungspraxis der Bundesagentur für Arbeit ist damit ein Ketten-, Zwischen oder Weiterverleih untersagt, bei dem ein Entleiher die ihm von einem Verleiher überlassenen Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmer seinerseits anderen Entleihern zur Arbeitsleistung zur Verfügung stellt. Damit ist auch für die Leiharbeiterin und den Leiharbeitnehmer erkennbar, wem gegenüber sie oder er zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet ist.

Verstöße gegen dieses Verbot können wie bisher erlaubnisrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Ergänzend wird in § 16 Absatz 1 Nummer 1b ein Ordnungswidrigkeitstatbestand eingeführt.

Werkunternehmer und sein Auftraggeber sollen zukünftig auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht besser gestellt sein, als derjenige, der ohne die erforderliche Erlaubnis Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Arbeitnehmerüberlassung soll deshalb nach der Neuregelung in § 1 Absatz 1 Satz 5 und 6 zwingend offengelegt erfolgen und die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung sanktioniert werden.

Offenlegungspflicht

Hierzu wird geregelt, dass die Überlassung des Arbeitnehmers ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen ist.

Dies ist nach Satz 5 zunächst in dem Vertrag zwischen Entleiher und Verleiher vorzusehen. Da diese Überlassungsverträge auch als Rahmenverträge über ein Arbeitskräftekontingent ausgestaltet sein können, bestimmt Satz 6, dass vor der Überlassung die Person des Leiharbeitnehmers zu konkretisieren ist.

Verstoßen Verleiher und Entleiher gegen diese Offenlegungspflicht, sind die Arbeitsverträge zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer künftig unwirksam.

Stattdessen wird ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer fingiert.

Zudem können der vermeintliche Werkunternehmer und tatsächliche Verleiher sowie der vermeintliche Werkbesteller und tatsächliche Entleiher jeweils mit einem Bußgeld belegt werden.

Ergänzt wird die zwingende Offenlegung der Arbeitnehmerüberlassung zwischen Ver- und Entleiher durch eine Pflicht des Verleihers, den Leiharbeitnehmer vor einer Überlassung jeweils darüber zu informieren, dass er bei dem Dritten (Entleiher) als Leiharbeiterin oder als Leiharbeitnehmer tätig wird (§ 11 Absatz 2 Satz 4).

Dies soll es Leiharbeitnehmern und Leiharbeiterinnen erleichtern, ihre Rechte nach dem AÜG geltend zu machen.

Höchstüberlassungsdauer

Mit der Regelung des neuen Absatzes 1b wird eine Überlassungshöchstdauer eingeführt.

Das bisherige Kriterium der vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung und die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hierzu (BAG Urteil vom 10. Juli 2013, 7 ABR 91/11) werden konkretisiert. Dies soll mehr Rechtssicherheit schaffen.

Nach § 1 Absatz 1b Satz 1 beträgt die Überlassungshöchstdauer grundsätzlich 18 Monate.

Mit der Überlassungshöchstdauer werden bestehende tarifvertragliche Vereinbarungen aus der betrieblichen Praxis aufgenommen, die die Einsatzdauer von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmern zeitlich begrenzen beziehungsweise den Arbeitgeber verpflichten, der Leiharbeitskraft nach einer bestimmten Einsatzdauer einen Arbeitsvertrag anzubieten.

Hierdurch will der Gesetzgeber das Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter geschützt werden, weil sie nur für einen klar begrenzten Zeitraum eingesetzt werden können.

Einer dauerhaften Substitution von Stammbeschäftigten soll somit entgegengewirkt werden. Gleichzeitig sollen den Unternehmen flexible Einsatzmöglichkeiten erhalten bleiben, die zur Deckung von Auftragspitzen genutzt werden können.

Mit Absatz 1b Satz 2 sollen mögliche Umgehungsstrategien vermieden werden. Unterbrechungen zwischen zwei Überlassungen zu demselben Entleiher werden nicht berücksichtigt, wenn die Unterbrechungen drei Monate nicht übersteigen. In diesem Fall werden die vorangehenden Überlassungen bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer mitgezählt.

Dies gilt auch, wenn die Arbeitsverhältnisse während der Überlassungen bei verschiedenen Verleihern bestanden haben. Mit der Regelung wird sichergestellt, dass kurzzeitige Unterbrechungen keinen Einfluss auf die Berechnung der Überlassungshöchstdauer haben.

Um das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung auch weiterhin flexibel und bedarfsgerecht einsetzen zu können, sieht Absatz 1b Satz 3 vor, dass durch Tarifverträge der Einsatzbranche für tarifgebundene Entleiher die grundsätzliche Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten verkürzt oder ausgedehnt werden kann.

Absatz 1b Satz 4 bestimmt, dass die abweichenden tarifvertraglichen Regelungen zur Überlassungshöchstdauer im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages der Einsatzbranche in Betrieben oder Dienststellen **nicht tarifgebundener** Entleiher durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen inhaltsgleich übernommen werden können. Die Übernahme ist damit nur möglich, wenn der Tarifvertrag insbesondere räumlich, fachlich und zeitlich einschlägig ist.

Die tarifvertragliche Regelung stellt regelmäßig eine nicht teilbare Einheit dar und kann nur im Ganzen ohne Änderungen übernommen werden. Neben der zeitlichen Bestimmung der Überlassungshöchstdauer kann die tarifvertragliche Regelung

insbesondere Bestimmungen zu Übernahmeangeboten oder Differenzierungen nach Einsatzzwecken oder -bereichen enthalten.

So können **durch eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung**, die auf Grund einer entsprechenden tarifvertraglichen Regelung der Einsatzbranche mit dem tarifgebundenen Entleiher geschlossen wurde, von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer abweichende Regelungen getroffen werden. Voraussetzung hierfür ist, dass der Tarifvertrag eine **Öffnungsklausel** enthält, die abweichende Regelungen in einer **Betriebs- oder Dienstvereinbarung** zulässt.

Absatz 1b Satz 6 ermöglicht **nicht tarifgebundenen** Entleihern von der tarifvertraglichen Öffnungsklausel für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen Gebrauch zu machen. Für diese gelten hierbei in gleicher Weise wie für tarifgebundene Entleiher die Vorgaben des Tarifvertrages und zusätzlich eine gesetzliche **Obergrenze von 24 Monaten**.

Die Begrenzung auf 24 Monate findet keine Anwendung, wenn der Tarifvertrag selbst eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen auf Grund der Öffnungsklausel festlegt. Der Entleiher muss vom Geltungsbereich des Tarifvertrages erfasst sein, der die Abweichung im Rahmen einer Öffnungsklausel ermöglicht.

Mit der Möglichkeit, von der gesetzlichen Regelung abweichende Überlassungshöchstdauern durch oder auf Grund Tarifvertrag festzulegen, wird die Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien gestärkt.

Nicht tarifgebundene Entleiher können die tarifvertraglichen Regelungen nur nutzen, wenn sie hierüber eine **Betriebs- oder Dienstvereinbarung** schließen; bei tarifvertraglicher Öffnung für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen ist diese Möglichkeit auf maximal 24 Monate Überlassungshöchstdauer begrenzt, wenn der Tarifvertrag keine von abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen festlegt. Für **tarifgebundene** Entleiher gilt diese Begrenzung nicht.

So soll ein weiterer Anreiz zur Tarifbindung gesetzt werden.

Die Tarifvertragsparteien beziehungsweise auf Grund eines Tarifvertrages auch die Betriebspartner können die Verlängerung zulässiger Einsatzzeiten näher ausgestalten, indem sie beispielsweise nach bestimmten Einsatzzwecken und -gebieten differenzieren, die Verlängerung mit Prüfungen und Angeboten zur Übernahme in die Stammbesellschaft oder mit Höchstquoten verknüpfen, die einen bestimmten Anteil der Leiharbeitskräfte an der Gesamtbesellschaft festschreiben.

Durch den Tarifvertrag beziehungsweise die auf Grund eines Tarifvertrages getroffene Betriebs- beziehungsweise Dienstvereinbarung muss eine zeitlich bestimmte Überlassungshöchstdauer sichergestellt sein, um den vorübergehenden Charakter der Arbeitnehmerüberlassung zu gewährleisten. Die gewährte Flexibilisierung für die Tarifvertragsparteien kann dabei unter anderem auch durch eine tarifvertragliche Regelung erfolgen, wonach etwa bei Vorliegen von Sachgründen die Dauer des jeweiligen Einsatzes dem Betriebsrat im Rahmen des Verfahrens

nach § 99 BetrVG mitgeteilt und dokumentiert wird.

Teil C Kommentierungen zu Equal-Pay und Höchstüberlassungsdauer

Wir gehen an dieser Stelle nur auf die Wichtigsten uns erscheinenden rechtliche Konsequenzen ein, die auch Ihr Unternehmen direkt oder indirekt treffen. Wir möchten betonen, dass die nachfolgenden Hinweise weder eine Rechtsberatung darstellen soll, noch solche ersetzen können.

Im Zweifelsfall empfehlen wir Ihnen ein Gespräch mit einem Rechtsanwalt. Wir stellen noch einmal fest, dass wir nicht auf sämtliche Änderungen der weiterentwickelten AÜG eingehen.

Equal Pay-Regelung

1. Durch Branchenzuschlagstarifverträge soll generell von der gesetzlichen Equal Pay-Regelung abgewichen werden können, wenn

- sichergestellt wird, dass Zeitarbeitskräfte spätestens nach sechs Wochen an ein Arbeitsentgelt herangeführt werden,
- das von den Sozialpartnern der Zeitarbeitsbranche als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer der Einsatzbranche definiert wird, und
- dieses gleichwertige Arbeitsentgelt spätestens nach 15 Monaten Einsatzdauer erreicht wird

2. Equal Pay wird definiert als sämtliche auf den Lohnabrechnungen vergleichbarer Stammarbeitnehmerinnen und Stammarbeitnehmer des Entleihers ausgewiesenen Bruttovergütungsbestandteile¹, zu denen auch Sonderzahlungen, Vermögenswirksame Leistungen und sogar Sachbezüge gezählt werden.

Kurz-Bewertung

Dieser überaus komplexe Equal Pay-Begriff ist in der Praxis nicht rechtssicher handhabbar und wird die deutsche Wirtschaft massiv mit zusätzlicher Bürokratie belasten.

3. In der Equal Pay-Vorschrift ist ein Vermutungstatbestand enthalten, nach dem Equal Pay erfüllt sein *k ö n n t e*¹, wenn

- das „tarifvertraglich geschuldete Arbeitsentgelt“ gezahlt wird, das ein vergleichbarer Stammmitarbeiter im Einsatzbetrieb erhält, oder
- das „tarifvertraglich geschuldete Arbeitsentgelt“ der Einsatzbranche bezahlt wird, falls im Einsatzbetrieb selbst keine Tarifverträge Anwendung finden.

Kurz-Bewertung

Diese als Erleichterung bei der praktischen Umsetzung von Equal Pay gemeinte Regelung wäre nur hilfreich, wenn die Vermutung unwiderleglich wäre. Ansonsten sind Klagen von Zeitarbeitnehmern Tür und Tor geöffnet, sodass kein Personaldienstleister diese Regelung rechtssicher anwenden kann.

Höchstüberlassungsdauer

4. Auch tarifungebundenen Kundenunternehmen soll die Möglichkeit eröffnet werden, aufgrund tarifvertraglicher Regelungen oder Betriebs- und Dienstvereinbarungen von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten abweichen zu können. Dabei sieht der Entwurf zwei unterschiedliche Fallkonstellationen vor:

- Abweichende tarifvertragliche Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer können in **tarifungebundenen** Betrieben **„durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen** inhaltsgleich übernommen werden“ .
- Von tarifvertraglichen Öffnungsklauseln für Betriebs- und Dienstvereinbarungen können **tarifungebundene** Kundenbetriebe durch den Abschluss von eigenen Betriebs- oder Dienstvereinbarungen Gebrauch machen, wobei hier „zusätzlich eine gesetzliche Obergrenze von 24 Monaten“ eingezogen ist. Diese Obergrenze soll dann nicht gelten, „wenn der Tarifvertrag selbst eine von Satz 1 [18 Monate] abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen“ festlegt.

Kurz-Bewertung

Da tarifungebundene Einsatzbetriebe generell nur auf Basis von Betrieb- oder Dienstvereinbarungen von tariflichen Abweichungsregelungen bei der Höchstüberlassungsdauer Gebrauch machen können, werden alle tarifungebundenen Unternehmen **ohne Betriebs- oder Personalrat** – laut WSI Mitteilungen 91 Prozent der Unternehmen in Ost- und in Westdeutschland – damit schon vom Prinzip her **von der Möglichkeit einer längeren Überlassung ausgeschlossen**.

Sanktionen

5. Bei Verstößen gegen Equal Pay und die Höchstüberlassungsdauer sind Sanktionen vorgesehen, die über den Koalitionsvertrag hinausgehen und den Fortbestand der Zeitarbeitsunternehmen gefährden:

- Entzug der zwingend erforderlichen Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung
- Bußgeld von bis zu 30.000 Euro bei Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer bzw. 500.000 Euro bei Verstoß gegen Equal Pay
- **Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Kundenbetrieb bei Verstoß** gegen die Höchstüberlassungsdauer

¹ Vermutungsregelung

Kurz-Bewertung

Der Entwurf hat durch das Sanktionssystem eine Kriminalisierung der Zeitarbeitsbranche zur Folge, da schon durch kleine Fehler und Unachtsamkeiten die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis auf dem Spiel steht und teilweise die Existenz der Zeitarbeitsunternehmen bedrohende Geldbußen vorgesehen sind².

Dies war im Koalitionsvertrag so nicht vorgesehen.

Auswirkungen auf den Verleiher/Entleiher Regelungen zu Equal Pay

1. Der Equal Pay-Begriff

Der Entwurf der Bundesregierung selbst enthält keine Definition, was genau unter dem vergleichbaren Arbeitsentgelt, also Equal Pay, zu verstehen ist. In § 8 Abs. 1 Satz 3 ist lediglich der Hinweis enthalten, dass für Sachbezüge, die der Kundenbetrieb seinen Stammmitarbeitern gewährt, ein „Wertausgleich in Euro“ für Zeitarbeitskräfte erfolgen kann. Aufschluss darüber, was die Bundesregierung unter Equal Pay versteht, gibt erst der Begründungsteil des Gesetzesentwurfs. Darin heißt es:

„Das Arbeitsentgelt im Sinne dieses Gesetzes umfasst das, was der Leiharbeiter erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden wäre (BAG, Urteil vom 19. Februar 2014 – 5 AZR 1046/12). Maßgebend sind daher sämtliche auf den Lohnabrechnungen vergleichbarer Stammmitarbeiterinnen und Stammmitarbeiter des Entleihers ausgewiesene Bruttovergütungsbestandteile (BAG, Urteil vom 24. September 2014 – 5 AZR 254/13). Zum Arbeitsentgelt zählt jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird beziehungsweise auf Grund gesetzlicher Entgeltfortzahlungstatbestände gewährt werden muss (BAG, Urteil vom 13. März 2013 – 5 AZR 294/12), insbesondere Urlaubsentgelt, Entgeltfortzahlung, Sonderzahlungen, Zulagen und Zuschläge sowie vermögenswirksame Leistungen (BAG Urteil vom 19. Februar 2014 – 5 AZR 1046/12 sowie 5 AZR 1047/12).“

Die Bundesregierung hat diese Auffassung von Equal Pay eins zu eins aus dem ersten „Diskussionsentwurf“ des BMAS vom November 2015 übernommen, obwohl nicht nur die Fachverbände wiederholt darauf hingewiesen hat, dass ein solcher Equal Pay-Begriff

a) nicht handhabbar und mit erheblichen bürokratischen Belastungen für die gesamte deutsche Wirtschaft sowie

b) mit massiven Rechtsunsicherheiten für Zeitarbeitsunternehmen und **Kundenbetriebe (Entleiher)** verbunden ist.

Die Ermittlung von Equal Pay für jeden einzelnen Zeitarbeiter, der länger als neun Monate in Wirtschaftszweigen ohne Branchenzuschläge eingesetzt wird, wird neben den Zeitar-

² mit den weitergehenden möglichen Folgen für den Entleiher, wie im „Fazit“ dargestellt

beitsunternehmen **auch die Kundenbetriebe** mit einem deutlich gestiegenen Verwaltungsaufwand belasten.

Bei einem großen deutschen Autobauer gibt es zum Beispiel rund 180 Entgeltbestandteile – daraus Equal Pay zu bestimmen, wird eine Aufgabe, die gerade kleine und mittelständische Personaldienstleister administrativ vor kaum lösbare Probleme stellen wird. Hat ein Zeitarbeitsunternehmen mehrere Kunden mit ähnlich komplexer Entlohnungsstruktur, müssen nur allzu schnell viele hundert Entgeltbestandteile berücksichtigt werden.

Noch problematischer wird die **rechtssichere Ermittlung** von Equal Pay dadurch, dass laut der Bundesregierung auch Sonderzahlungen und sogar Vermögenswirksame Leistungen und Sachbezüge berücksichtigt werden sollen. Wie das in der Praxis, in der Sonderzahlungen wie beispielsweise Boni und Gratifikationen häufig an bestimmte Bedingungen wie dem Verbleib im Betrieb oder das Erreichen von Unternehmenszielen gebunden sind, gehen soll, ist ein Rätsel. Erschwerend hinzu kommt, dass derartige Sonderzahlungen zwar in einem bestimmten Monat ausgezahlt, in der Regel aber für einen längeren Zeitraum gewährt werden, sodass im Zweifelsfall auch noch der dem Zeitarbeiter „zustehende“ Anteil berechnet werden muss. Außerdem werden durch den weiten Equal Pay-Begriff, den die Bundesregierung zugrunde legt, die Tarifverträge der Zeitarbeit erneut ausgehebelt: Die Sozialpartner haben nämlich im Manteltarifvertrag (§ 15 BAP/DGB-Manteltarifvertrag) eigene Regelungen für Jahressonderzahlungen festgelegt, die durch die gesetzliche Equal Pay-Vorschrift obsolet werden würden.

Gänzlich impraktikabel ist die Berücksichtigung von Sachbezügen, selbst wenn Zeitarbeitskräfte dafür einen Wertausgleich in Euro erhalten können. Wie sollen zum Beispiel solche Sachbezüge wie der vergünstigte Erwerb eines Neuwagens für einen Mitarbeiter der Automobilindustrie auf Zeitarbeitskräfte umgelegt werden?

Soll die Differenz zwischen Listenpreis und dem, was der Stammmitarbeiter zahlen musste, ausschlaggebend sein? Und soll dann diese Differenz auf einen Schlag an den Zeitarbeiter ausgezahlt werden, obwohl der Stammmitarbeiter von der Anschaffung des Wagens jahrelang profitiert? Abgesehen von diesen und unzähligen anderen offenen Fragen – insbesondere auch bei Einkaufsrabatten für Waren und Produkte des Kundenunternehmens, die der Einsatzbetrieb seinen Stammmitarbeitern gewährt –, die aber zur rechtssicheren Umsetzung der gesetzlichen Equal Pay-Vorschrift dringend einer Beantwortung bedürfen, wird der Zweck derartiger Sachbezüge ad absurdum geführt, denn Betriebe gewähren solche Vergünstigungen in der Regel, um Mitarbeiter an das eigene Unternehmen zu binden. Personaldienstleistern wird jedenfalls damit eine unsichere juristische Prüfung auferlegt, ob die Tatbestandsvoraussetzungen für die Gewährung einzelner Entgeltbestandteile vorliegen. Im Übrigen dürfte es auch für die Bundesagentur für Arbeit als aufsichtsführende Behörde unter diesen Umständen kaum möglich sein, die Einhaltung von Equal Pay zu kontrollieren.

Entleiher werden aus Gründen des Rechtsschutzes gut beraten

sein, **eine Schatten-Lohnbuchhaltung** für bei ihnen eingesetzte Zeitarbeitnehmer einzurichten.

Denn eines ist gewiss: In vielen Fällen werden Arbeitsgerichte klären müssen, ob wirklich Equal Pay gezahlt wurde, und **dann liegt die Nachweispflicht auch bei den Kundenunternehmen**. Und wie Equal Pay rechtssicher ermittelt werden soll, wenn es keine vergleichbaren Stammmitarbeiter gibt, an denen sich Personaldienstleister und Kunde orientieren können und der Kundenbetrieb selbst nicht einen entsprechenden Tarifvertrag anwendet, ist offen – selbst wenn das Bundesarbeitsgericht dekretiert hat, dass Zeitarbeitnehmer das Arbeitsentgelt erhalten müssten, das sie bei direkter Einstellung im Kundenbetrieb bekommen hätten.

2. Die Vermutungsregelung

Offenbar konnte sich auch die Bundesregierung nicht davor verschließen, dass der Equal Pay-Begriff in der Praxis so nicht umsetzbar, aber auch nicht kontrollierbar ist, denn es wurde eine Vermutungsregelung aufgenommen, durch die – neben den Branchenzuschlagstarifverträgen – eine weitere Abweichungsmöglichkeit von der gesetzlichen Equal Pay-Vorschrift eröffnet werden soll.

Diese Vermutungsregelung soll „der Erleichterung der praktischen Umsetzung der Gewährung von Equal Pay“ dienen. Aufgenommen wurde diese Regelung im Regierungsentwurf in § 8 Abs. 1 Satz 2 und lautet wörtlich:

„Erhält der Leiharbeitnehmer 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, **wird vermutet (!)**, dass der Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts im Sinne von Satz 1 gleichgestellt ist.“

Diese **Vermutungsregelung** verfehlt ihren Zweck vollständig, denn in der vorliegenden Form ist sie keine Hilfe bei „der praktischen Umsetzung der Gewährung von Equal Pay“, sondern bringt – im Gegenteil – die Zeitarbeitsunternehmen in eine äußerst angreifbare Lage mit entsprechenden (Rechts-)Folgen.

Denn die Bundesregierung hat darauf verzichtet, die Vermutung **„unwiderleglich“** auszugestalten.

Damit könnten sich Personaldienstleister im Falle von Klagen durch Zeitarbeitskräfte nicht darauf berufen, „geltendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt“ gezahlt zu haben, sondern könnten zu Nachzahlungen verurteilt werden, wenn Zeitarbeitskräfte nachweisen, dass vergleichbare Stammmitarbeiter besser entlohnt wurden³. Das dürfte gleichermaßen für die Sozialversicherungsträger gelten, die somit die Zeitarbeitsunternehmen ebenfalls zu Nachzahlungen heranziehen können. Da außerdem auch noch damit zu rechnen ist, dass im Falle einer entsprechenden Verurteilung durch die Arbeitsgerichtsbarkeit der Sanktionskatalog für Verstöße gegen Equal Pay greift, also Bußgelder bis zu 500.000 Euro fällig werden könnten und der Entzug der zwingend vorgeschriebenen Erlaubnis zur Arbeit-

nehmerüberlassung drohen.

Abhilfe und damit eine gewisse „Erleichterung der praktischen Umsetzung der Gewährung von Equal Pay“ wäre nur mit einer unwiderleglichen Vermutungsregelung verbunden, die keineswegs einen Präzedenzfall für die Zeitarbeit schaffen würde, sondern sich beispielsweise in derartiger Form im BGB findet.

Eine wirkliche „Erleichterung der praktischen Umsetzung der Gewährung von Equal Pay“ bietet die Vermutungsregelung also nicht. Sie müsste jedoch zwingend unwiderleglich ausgestaltet sein, um zumindest nicht noch zu weiteren Rechtsunsicherheiten zu führen.

3 .Sanktionen

Der Regierungsentwurf sieht bei Verstößen gegen Equal Pay zwei Sanktionen vor: Zum einen den Entzug der zwingend erforderlichen Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis und zum anderen eine Geldbuße von bis zu 500.000 Euro.

Zum Entzug der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung heißt es in § 3 Abs. 1 Nr. 3:

„Die Erlaubnis oder ihre Verlängerung ist zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller dem Leiharbeitnehmer die ihm nach § 8 zustehenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts nicht gewährt.“

Verstöße gegen Equal Pay können sich somit auf die zur Berufsausübung erforderliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis auswirken. Wenn sich Tatsachen ergeben, dass das Zeitarbeitsunternehmen Equal Pay nicht gewährt, darf die Bundesagentur für Arbeit die Erlaubnis nicht erteilen bzw. nicht verlängern. Hierbei wird der Behörde keinerlei Ermessen eingeräumt.

Der Entzug der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis als Sanktion ist an sich nicht neu, sondern entspricht der bisherigen Rechtslage. Allerdings bekommt sie aufgrund der Neuregelung des gesetzlichen Equal Pay-Anspruchs eine erheblich erweiterte Bedeutung. Bisher spielte der Verstoß gegen den gesetzlichen Equal Pay-Anspruch wegen der Tariföffnungsklausel und der Anwendung abweichender Tarifverträge in der Praxis kaum eine Rolle. Die Entgeltansprüche des Zeitarbeitnehmers ergaben sich bislang in fast allen Fällen aus eindeutigen Vorschriften der Zeitarbeitsstarifverträge. Sowohl für Arbeitnehmer als auch für Arbeitgeber war es somit nach – noch – geltender Rechtslage möglich, das geschuldete Arbeitsentgelt auf Grundlage dieser Tarifverträge rechtssicher zu ermitteln.

Nun soll der überlassene Arbeitnehmer grundsätzlich nach einer Überlassungsdauer von neun Monaten an denselben Kundenbetrieb einen gesetzlichen Equal Pay-Anspruch haben, sofern keine Branchenzuschlagstarifverträge zur Anwendung kommen. Durch diese stark eingeschränkte tarifvertragliche Abweichungsmöglichkeit wächst die Bedeutung des gesetzlichen Equal Pay und damit auch der dafür vorgesehenen Sanktionen. Weil der Begriff des Arbeitsentgelts nach wie vor gesetzlich nicht definiert wird und somit die Ermittlung der Höhe des gesetzlichen Equal Pay dem Zeitarbeitsunternehmen in der Praxis

³ mit dann eintretenden rechtlichen Folgen für den Entleiher

kaum möglich sein wird, sind Verstöße nahezu unvermeidbar.

Gerade deswegen ist eine Differenzierung nach Schwere und Verschuldensgrad bei einem Verstoß gegen den Equal Pay-Anspruch dringend geboten. Da die Behörde bei ihrer Entscheidung über die Verlängerung oder Erteilung der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis in diesem Fall kein Ermessen hat, droht dem Zeitarbeitsunternehmen nämlich schon bei leichtesten Verstößen durch den Erlaubnisentzug de facto ein Berufsverbot.

Erschwerend kommt hinzu, dass mit der Anwendung der Vermutungsregelung (§ 8 Abs.1 Satz 2 des Regierungsentwurfs) nicht zugleich auch eine Privilegierung bei den Sanktionen wegen Verstößen gegen das Equal Pay-Gebot vorgesehen ist.

Das heißt, dass bei Anwendung der Vermutungsregelung Zeitarbeitsunternehmen bei – nachträglicher – Feststellung eines Verstoßes gegen Equal Pay durch die Arbeitsgerichtsbarkeit mit denselben schwerwiegenden Konsequenzen rechnen müssen, als wenn von vorneherein wissentlich der Equal Pay-Anspruch nicht erfüllt worden wäre.

Die Frage, ob der Verstoß gegen Equal Pay wissentlich geschieht, spielt für die Beurteilung hinsichtlich der Erteilung, Versagung oder des Widerrufs der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis also überhaupt keine Rolle. Im Ergebnis muss sich ein redliches Zeitarbeitsunternehmen genauso behandeln lassen wie ein unredliches.

Zusätzlich zu den erlaubnisrechtlichen Konsequenzen sieht die Bundesregierung – wie bereits oben erwähnt – in § 16 Abs. 1 Ziffer 7a) in Verbindung mit § 16 Abs. 2 bei Verstößen gegen Equal Pay eine Geldbuße von bis zu 500.000 Euro vor.

Welchen Flurschaden eine derart hohe Strafe in einer mittelständisch geprägten Branche anrichten würde, in der mehr als 68 Prozent der Zeitarbeitsunternehmen weniger als 50 Mitarbeiter beschäftigen, lässt sich nur allzu leicht ausmalen. Insbesondere der Entzug der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis muss an klare Kriterien wie Vorsatz und Wiederholung gebunden werden, weil diese Sanktion einem Berufsverbot gleichkommt.

Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer

Die Bundesregierung hat die Höchstüberlassungsdauer bzw. die „Überlassungshöchstdauer“ mit einem neu eingefügten Absatz 1b verankert. Darin heißt es gleich im ersten Satz:

„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.“

Die Höchstüberlassungsgrenze von 18 Monaten **ist arbeitneh-**

merbezogen, weil sie auf „denselben“ Zeitarbeitnehmer abstellt, und richtet sich explizit sowohl an Zeitarbeitsunternehmen (Verleiher) als **auch an Kundenbetriebe (Entleiher)**.

Dies war in den vorangegangenen Entwürfen des BMAS nicht so deutlich formuliert worden, denn dort hieß es noch, dass „derselbe Leiharbeitnehmer [...] nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen werden“ darf. Genauso wie bei der Equal Pay-Regelung soll es eine Übergangsvorschrift geben, nach der Überlassungszeiten vor Inkrafttreten des Gesetzes bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Absatz 1b [...] nicht berücksichtigt werden.“

1. Abweichungsregelungen für tarifgebundene Einsatzunternehmen

Schon im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD war festgehalten worden, dass es auf Basis von Tarifverträgen der Einsatzbranchen Abweichungsmöglichkeiten von der Höchstüberlassungsdauer geben soll. Die Bundesregierung hat diese Vereinbarung in § 1 Abs. 1 b Satz 3 und Satz 5 umgesetzt:

„In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden.“ Und:

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

Mit diesen Regelungen werden den Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche zwei unterschiedliche Optionen eröffnet, durch Tarifvertrag von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer abzuweichen:

Zum einen kann in einem derartigen Tarifvertrag tatsächlich eine andere Höchstüberlassungsdauer festgeschrieben werden. Zum anderen haben die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche aber auch die Möglichkeit, in ihrem Tarifvertrag die Festlegung anderer Höchstüberlassungsgrenzen an die Betriebsparteien zu delegieren, also selbst keinen entsprechenden Wert vorzuschreiben.

Das AÜG enthält damit die beiden Varianten für Abweichungsmöglichkeiten von der Höchstüberlassungsdauer, die so bereits auch im Koalitionsvertrag vereinbart wurden. Über den Koalitionsvertrag hinaus geht allerdings, dass es für **tarifungebundene Einsatzbetriebe** „Sonderregelungen“ geben soll.

2. Abweichungsregelungen für tarifungebundene Einsatzunternehmen

Während der „Diskussionsentwurf“ des BMAS aus November 2015 tarifungebundenen Einsatzbetrieben noch jegliche Abweichung von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer verwehren wollte, sieht das Gesetz nun vor, dass auch **nichttarifgebundene Kundenunternehmen** von tarifvertraglich vereinbarten, anderen Überlassungshöchstdauern Gebrauch machen können. Analog zu den Regelungen für tarifgebundene Einsatzbetriebe sind auch hier zwei Varianten vorgesehen, die in § 1 Abs. 1 b

Satz 4 und Satz 6 festgehalten sind und lauten:

„Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages nach Satz 3 [§1 Abs. 1b] können abweichende tarifvertragliche Regelungen im Betrieb eines **nicht tarifgebundenen Entleihers durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen übernommen werden.**“

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

Damit enthält das Gesetz für tarifgebundene Kundenunternehmen ebenfalls zwei Möglichkeiten zur Abweichung von der 18-monatigen Höchstüberlassungsdauer:

1. Sie können zum einen abweichende tarifvertragliche Regelungen „**durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen inhalts-gleich**“ übernehmen.

Dabei ist die Übernahme nur erlaubt, „wenn der Tarifvertrag insbesondere räumlich, fachlich und zeitlich einschlägig ist“ und die tarifvertragliche Regelung „**im Ganzen ohne Änderungen**“ (ebd.) angewendet wird. Mit dem letzten Punkt will die Bundesregierung offensichtlich klarstellen, dass nicht tarifgebundene Kundenunternehmen in den „Genuss“ einer anderen tarifvertraglich vereinbarten Höchstüberlassungsdauer kommen, jedoch mögliche Verpflichtungen aus dem zugrunde liegende Tarifvertrag wie zum Beispiel ein Übernahmeangebot an Zeitarbeiter nach einer bestimmten Zeitspanne nicht übernehmen.

2. Zum anderen können tarifgebundene Unternehmen auch „von der tarifvertraglichen Öffnungsklausel für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen Gebrauch“ (ebd.) machen.

Die Abweichungsoptionen für nichttarifgebundene Kundenunternehmen sind jedoch im Vergleich zu den Möglichkeiten tarifgebundener Einsatzbetriebe deutlich eingeschränkter.

Erstens setzen beide Varianten der Abweichungsmöglichkeit von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer für tarifgebundene Kundenbetriebe **zwingend eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung voraus**, sodass alle nicht tarifgebundenen Unternehmen **ohne Betriebs- oder Personalrat** schon vom Prinzip her von der Möglichkeit einer längeren Überlassung **ausgeschlossen** werden. Damit wird Kleinunternehmen, den allermeisten Handwerksbetrieben und großen Teilen der deutschen Wirtschaft der Weg für eine andere Höchstüberlassungsdauer abgeschnitten, denn laut IAB-Betriebspanel 2014 hatten sowohl in West- als auch in Ostdeutschland lediglich neun Prozent der Betriebe mit mehr als fünf Beschäftigten überhaupt einen Betriebsrat (WSI Mitteilungen 2015, S. 294).

So sind sage und schreibe **91 Prozent der Betriebe** in der Privatwirtschaft von Abweichungsmöglichkeiten bei der Höchstüberlassungsdauer **ausgeschlossen**.

Zweitens wird bei **tarifungebundenen** Unternehmen **generell** eine „gesetzliche **Obergrenze von 24 Monaten**“ eingezogen, wenn sie von einer Öffnungsklausel für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen in einem Tarifvertrag Gebrauch machen (können) wollen. **Diese Obergrenze gibt es für tarifgebundene Einsatzbetriebe dagegen nicht.**

Allerdings sieht die Bundesregierung eine Ausnahme von der 24-monatigen Obergrenze für nichttarifgebundene Kundenunternehmen vor:

„Die Begrenzung auf 24 Monate findet keine Anwendung, wenn der Tarifvertrag selbst eine von Satz 1 [18 Monate] abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen auf Grund der Öffnungsklausel festlegt.“ (ebd.)

Die Bundesregierung begründet die Ungleichbehandlung von tarifgebundenen und nichttarifgebundenen Kundenbetrieben der Zeitarbeit, dass damit „**ein Anreiz zur Tarifbindung gesetzt**“ (ebd.) werden soll. Ob sich auf diese Weise die Diskriminierung kleinerer Unternehmen, die in der Regel weder der Tarifbindung unterliegen noch einen Betriebsrat haben und denen somit jegliche Abweichungsoption von der Höchstüberlassungsdauer verwehrt wird, rechtfertigen lässt, ist jedoch zumindest zweifelhaft. Überhaupt stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber angesichts der grundgesetzlichen Koalitionsfreiheit – also auch dem Recht, sich einer Koalition nicht anzuschließen – dazu berechtigt ist, ein Gesetz zum angeblichen Schutz von Zeitarbeitskräften zur Stärkung der Tarifbindung (und implizit auch von Betriebsräten) zu benutzen. Diese Bedenken werden noch dadurch verschärft, dass die Bundesregierung ausgerechnet die Branche vom Abschluss tarifvertraglicher Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer ausschließen will, die als einzige eine branchenübergreifende Lösung auch für Unternehmen ohne Betriebsrat herbeiführen könnte – die Zeitarbeitsbranche.

Ausschluss der Tarifpartner in der Zeitarbeit

Während der Regierungsentwurf tarifgebundenen Kundenbetrieben also zumindest gewisse Möglichkeiten zur Abweichung von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer auf Basis von Tarifverträgen der Einsatzbranchen einräumt, soll es dabei bleiben, dass die Sozialpartner der Zeitarbeitsbranche keine entsprechenden Tarifverträge schließen dürfen. Damit wird ausgerechnet der Wirtschaftszweig, der von der Einschränkung am stärksten betroffen sein wird, von der Befugnis zum Abschluss von Tarifverträgen ausgeschlossen.

Ein solcher Vorgang wäre beispiellos für das deutsche Arbeitsrecht und stößt auch auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken.

So liegt zum Beispiel nach Auffassung von Professor Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München, hierin ein unverhältnismäßiger Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 3 Grund-

gesetz gewährleistete positive Koalitionsfreiheit, weil die Zeitarbeitsbranche von dem Abschluss abweichender Regelungen ausgeschlossen ist. Professor Dr. Richard Giesen, ebenfalls Ludwig-Maximilians-Universität München, warf zunächst die überaus berechtigte Frage auf, warum die tarifliche Abweichungsmöglichkeit von der 18-monatigen Höchstüberlassungsdauer ausschließlich der Kundenbranche vorbehalten sein soll. Eine Antwort darauf geben allerdings weder der Koalitionsvertrag von CDU/CSU noch das Gesetz. Aus Giesens Sicht betrifft aber die Frage, wie lange ein Arbeitnehmer überlassen werden darf, das Arbeitsverhältnis zwischen Zeitarbeitnehmer und Zeitarbeitsunternehmen.

Folgerichtig müssten die Tarifpartner der Zeitarbeitsbranche diese Arbeitsbedingung regeln können. Es stellt sich daher die verfassungsrechtliche Frage, ob es überhaupt zulässig ist, eine Regelungsmöglichkeit zur Abweichung von der Höchstüberlassungsdauer ausschließlich der Einsatzbranche zu überlassen. Aus der Perspektive der Zeitarbeitsbranche handelt es sich bei der Abweichungsmöglichkeit um eine Arbeitsbedingung, die somit für die Zeitarbeitsbranche tariflich regelbar sein müsste, während es sich aus der Sicht des Einsatzbetriebes, der schließlich kein Arbeitsverhältnis mit dem Zeitarbeitnehmer hat, eher um eine unternehmerische Entscheidung handelt.

Die verfassungsrechtlich relevante Frage lautet damit: Wird dadurch, dass die Abweichungsmöglichkeit von der Höchstüberlassungsdauer im Einsatzbetrieb geregelt werden kann, nicht in Wirklichkeit eine unternehmerische Entscheidung durch Tarifvertrag reguliert, anstatt eines Bereichs, der den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nach Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz zuzuordnen ist?

Abgesehen von diesen verfassungsrechtlichen Bedenken könnte die deutsche Wirtschaft vor einem Flickenteppich höchst unterschiedlicher tariflicher Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer stehen, denn die Zeitarbeit wäre als einzige in der Lage, eine branchenübergreifende Lösung herbeizuführen. Blicke es bei dem Ausschluss der Zeitarbeit, könnte das Ergebnis also sein, dass in manchen Branchen beispielsweise sehr wohl noch Elternzeitvertretungen über 36 Monate oder Pflegezeitüberbrückungen bis zu 24 Monate durch Zeitarbeit möglich wären, in anderen Wirtschaftszweigen jedoch nicht. Leider nicht unrealistisch ist aber auch das Szenario, dass es nur in sehr wenigen Branchen überhaupt zu Tarifverträgen für eine andere Höchstüberlassungsdauer kommt, weil sich Gewerkschaften dem Abschluss derartiger Vereinbarungen schlichtweg verweigern oder die Forderungen für einen solchen Abschluss auf ein wirtschaftlich nicht mehr vertretbares Niveau hoch treiben. Aktuell gibt es jedenfalls nur für die Metall- und Elektro-Industrie einen solchen Tarifvertrag, in dem von der IG Metall und den Arbeitgeberverbänden der Metall- und Elektroindustrie eigene Regelungen zur Überlassungsdauer von Zeitarbeitskräften getroffen wurden.

So oder so droht der gesamten deutschen Wirtschaft eine spür-

bare Beschränkung der in Zeiten des globalen Wettbewerbs dringend benötigten Flexibilität.

Wie sich diese Beschränkung angesichts des demografischen Wandels mit einhergehendem Fachkräftemangel auf der einen und Digitalisierung von Wirtschafts- und Arbeitswelt auf der anderen Seite auswirken wird, lässt sich momentan nicht abschätzen. Eine Stärkung des Wirtschaftsstandortes Deutschland wird damit aber sicherlich nicht verbunden sein.

Der Gesetzgeber muss auch den Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche die Möglichkeit einräumen, Tarifverträge zur Höchstüberlassungsdauer abzuschließen, um verfassungsrechtliche Bedenken auszuräumen. Zumindest muss es den Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche aber erlaubt sein,

a) in den Wirtschaftsbereichen derartige tarifvertragliche Vereinbarungen zu schließen, in denen die Sozialpartner der Einsatzbranchen selbst keine Tarifverträge zur Höchstüberlassungsdauer etabliert haben und

b) für die 91 Prozent der Unternehmen ohne Betriebsrat, denen bisher der Weg zur Abweichung von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer gänzlich verschlossen ist, eine – branchenübergreifende – tarifvertragliche Regelung zu vereinbaren.

Verschärfung der Sanktionen [für den Entleiher]

Der Regierungsentwurf sieht für das Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer gleich drei, teilweise sehr scharfe Sanktionen vor. Auch hier ist wieder eine Geldbuße vorgesehen (§16 Abs. 1 Ziffer 1e in Verbindung mit § 16 Abs. 2), die sich jedoch mit bis zu 30.000 Euro im Vergleich zu der Geldbuße von bis zu 500.000 Euro bei Verstößen gegen Equal Pay und zu den beiden anderen Sanktionen bei Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer wie eine Petitesse ausnimmt. Denn auch in diesem Fall soll sich ein Verstoß auf die Erteilung, Verlängerung bzw. Versagung der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis auswirken. Die Einhaltung der Höchstüberlassungsdauer soll gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 des Regierungsentwurfs als neues Kriterium innerhalb der Zuverlässigkeitsprüfung durch die Bundesagentur für Arbeit als aufsichtsführende Behörde berücksichtigt werden. Damit droht den Zeitarbeitsunternehmen – wie auch schon bei Equal Pay – wieder de facto ein **Berufsverbot**.

Mindestens genauso gravierend ist jedoch, dass die Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer **mit der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Zeitarbeitskraft und Einsatzbetrieb sanktioniert wird**.

Um diese Rechtsfolge herbeizuführen, sieht das Gesetz in § 9 einen neuen Abs. 1b. vor, in dem es heißt:

„Unwirksam sind: 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 Mo-

nats nach Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält [...].“

Die Folge des unwirksamen Arbeitsvertrages zwischen Zeitarbeitsunternehmen und Zeitarbeitskraft ist, dass **„ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer [...] als zustande gekommen“** gilt.

Das bedeutet, dass der Kundenbetrieb ab dem ersten Tag der Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer ein Arbeitsverhältnis mit dem Zeitarbeitnehmer hat.

Allein der Zeitarbeitnehmer kann das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kundenbetrieb verhindern, indem er „bis zum Ablauf eines Monats nach Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher“ schriftlich erklärt, „dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält.“

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung enthält dazu noch eine Ergänzung, die in den BMAS-Entwürfen fehlte.

In einem neu eingefügten Abs. 2 in § 9 heißt es wörtlich: „Eine vor Beginn einer Frist nach Absatz 1 Nummer 1 bis 1b abgegebene Erklärung ist unwirksam.“ (ebd.) Laut Gesetzgebung wurde dieser Absatz wegen des Arbeitnehmerschutzes aufgenommen und soll sicherstellen, dass die Erklärung des Zeitarbeitnehmers erst nach „Kenntnis der alternativen Vertragspartner abgegeben wird“ und nicht „etwa auf Betreiben des Verleihers zum Schutze des Entleihers.“

Nach bisheriger Rechtslage kommt ein Arbeitsverhältnis zum Kundenbetrieb nur in Fällen der illegalen verdeckten Arbeitnehmerüberlassung zustande.

Nur dann, wenn Zeitarbeitsunternehmen nicht im Besitz einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung sind, wird ein Arbeitsverhältnis mit dem Kundenbetrieb fingiert. Diese Regelung dient vorrangig dem Schutz der Zeitarbeitnehmer, denn Arbeitsverträge, die von einem Zeitarbeitsunternehmen ohne gültige Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis abgeschlossen werden, sind nach § 9 Ziffer 1 AÜG unwirksam. Dies bedeutet in der Konsequenz, dass der Zeitarbeitnehmer mangels Arbeitsvertrag schutzlos gestellt wäre. Durch die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses des Zeitarbeitnehmers mit dem Kundenbetrieb wird der Zeitarbeitnehmer davor – zu Recht – geschützt.

Nicht nachvollziehbar ist, warum nach dem Regierungsentwurf nunmehr auch bei Vorliegen einer gültigen Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis allein wegen der Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer die Arbeitsverträge des Zeitarbeitsunternehmens unwirksam sein sollen und in Folge dessen ein Arbeitsverhältnis mit dem Kundenbetrieb fingiert wird. Anders als bei der illegalen verdeckten Arbeitnehmerüberlassung ist es zum Schutz des Zeitarbeitnehmers nicht notwendig, die Arbeitsverträge des Zeitarbeitsunternehmens bei Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer gesetzlich zu sanktionieren und sie für unwirksam zu erklären.

Eine gesetzliche Regelung, die Verträge für unwirksam erklärt, stellt per se einen schweren Eingriff in die Vertragsfreiheit und Privatautonomie dar.

Daher ist es unverhältnismäßig, bei einer erlaubten Arbeitnehmerüberlassung dieselbe schwerwiegende Sanktion wie bei einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung vorzusehen. Dies gilt umso mehr, als die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kundenbetrieb unabhängig von dem Grund und der Dauer des Überschreitens der Höchstüberlassungsdauer eintritt. Ein Arbeitsverhältnis wird bereits dann fingiert, wenn die Überschreitung beispielsweise nur einen einzigen Kalendertag beträgt.

In der Begründung des Regierungsentwurfs zu dieser Neuregelung wird ausgeführt, dass mit der gesetzlichen Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Kundenbetrieb „der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den Rechtsfolgen einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung Rechnung getragen“ wird.

Verwiesen wird dabei auf eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 10. Dezember 2013 (AZ: 9 AZR 51/13). Entgegen der Begründung des Regierungsentwurfs hat das Bundesarbeitsgericht in dem zitierten Urteil dem Gesetzgeber aber gerade keinerlei Vorgaben zur Sanktionierung einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung gemacht. Ganz im Gegenteil hat das Bundesarbeitsgericht sogar ausgeführt, dass die gesetzliche Fiktion eines Arbeitsverhältnisses in die grundgesetzlich garantierte Berufsfreiheit eingreift und somit erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.

Insbesondere der Entzug der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis und die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Einsatzbetrieb müssen an klare Kriterien wie Vorsatz und Wiederholung gebunden werden, weil beide Sanktionen tief in die grundgesetzlich geschützte Privatautonomie eingreifen.

Kennzeichnungspflichten

Das Gesetz sieht nunmehr vor, dass den Zeitarbeitsunternehmen umfassende Kennzeichnungs- und Offenlegungspflichten – sowohl gegenüber den Zeitarbeitskräften als auch gegenüber den Einsatzbetrieben – auferlegt werden.

So heißt es in zwei neu aufgenommenen Sätzen (Sätze 5 und 6) in § 1 Abs. 1:

„Verleiher und Entleiher haben 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.“

Außerdem sieht § 11 Abs. 2 Satz 4 eine Mitteilungspflicht gegenüber dem Zeitarbeitnehmer vor:

„Der Verleiher hat den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird.“

Abgesehen davon, dass diese Kennzeichnungs- und Offenlegungspflichten die Zeitarbeitsunternehmen mit bürokratischem

Mehraufwand belasten und sich die Frage stellt, wie praktikabel diese Regelungen für eine Branche sind, die als Flexibilitätsinstrument der deutschen Wirtschaft schnell und kurzfristig Personal zur Verfügung stellt, ist auch hier eine der vorgesehenen Sanktionen inakzeptabel.

Wird nämlich die Arbeitnehmerüberlassung in dem Vertrag zwischen Zeitarbeitsunternehmen und Kundenbetrieb nicht ausdrücklich als solche bezeichnet und der zu überlassende Arbeitnehmer nicht namentlich konkretisiert, soll es gemäß § 9 Nummer 1a in Verbindung mit § 10 Abs. 1 **zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses des Zeitarbeitnehmers mit dem Einsatzbetrieb kommen**, der erneut nur die Zeitarbeitskraft innerhalb eines Monats widersprechen kann.

Hintergrund dieser Neuregelung soll sein, dass als Werk- oder Dienstvertrag bezeichnete Verträge, die aber tatsächlich eine Arbeitnehmerüberlassung darstellen, in Zukunft nicht mehr durch eine vorhandene „Reserveerlaubnis“ für die Arbeitnehmerüberlassung sanktionslos bleiben sollen. Nach der neuen Regelung soll es keinen Unterschied mehr machen, ob das Unternehmen bzw. der Unternehmer im Besitz einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung ist oder nicht.

In beiden Fällen wird ein Arbeitsverhältnis mit dem Kundenbetrieb fingiert.

Laut Begründung soll diese Regelung ausschließlich der Verhinderung bzw. Sanktionierung der (bisher legalen) verdeckten Arbeitnehmerüberlassung dienen. Das Ziel, das Instrument Zeitarbeit transparent für alle Beteiligten – Zeitarbeitskräfte, Kundenbetriebe und Zeitarbeitsunternehmen – zu handhaben, ist zur begrüßen. Allerdings geht der Entwurf mit dieser undifferenzierten Regelung weit über diesen Gesetzeszweck hinaus. Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses bei Verstößen gegen die Kennzeichnungs- und Offenlegungspflicht würde nämlich nicht nur bei der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung greifen, sondern auch in den Fällen, in denen eine Arbeitnehmerüberlassung von den Vertragsparteien gewollt war, der Vertrag aber nicht ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet worden ist und der einzelne Zeitarbeitnehmer vor der Überlassung nicht konkretisiert wurde.

Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kundenbetrieb stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Privatautonomie dar. Daher muss der Gesetzgeber sicherstellen, dass diese Sanktion – wenn überhaupt – nur in den Fällen greift, in denen sie vom Sinn und Zweck des Gesetzes getragen und gedeckt ist. Ob allerdings die Kennzeichnungs- und Offenlegungspflichten tatsächlich dazu beitragen, „die Leiharbeit auf die Kernfunktion hin zu orientieren“, „die Stellung der Leiharbeitnehmer zu stärken“ oder den „Missbrauch von Leiharbeit zu verhindern“, ist jedoch mehr als fraglich.

Folgekostenabschätzung

Die Bundesregierung geht in ihrem Gesetzentwurf von Folgekosten aus, die in keiner Weise nachvollziehbar sind und an vielen Stellen viel zu niedrig angesetzt sind, während Entlastungen viel zu hoch eingeschätzt werden.

Da die Folgekosten die Existenz von zahlreicher Zeitarbeitsunternehmen gefährden können, bringt dies auch zusätzliche Haftungsrisiken (Subsidiärhaftung) für den Entleiher mit sich!

Die mit dem Gesetz zusätzlichen Folgekosten betreffen damit auch den Entleiher - direkt!

1. Folgekosten aufgrund der Einführung einer Höchstüberlassungsdauer

Zu den Folgekosten, die durch die Einführung einer Höchstüberlassungsgrenze entstehen, führt die Bundesregierung aus:

„Die Einführung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Absatz 1b AÜG hat Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand. Künftig ist eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten vorgesehen; diese kann verkürzt oder ausgedehnt werden, wenn ein Tarifvertrag in der Einsatzbranche oder eine entsprechende Vereinbarung auf Grund eines Tarifvertrages im Einsatzbetrieb oder der Einsatzdienststelle dies ermöglicht. § 19 Absatz 2 AÜG sieht vor, dass Einsatzzeiten vor Inkrafttreten des Gesetzes unberücksichtigt bleiben (der Erfüllungsaufwand entsteht daher erstmalig im 19. Monat nach Inkrafttreten). Der zusätzliche Erfüllungsaufwand des Verleihers entsteht dadurch, dass Einsätze nun gegebenenfalls frühzeitiger beendet werden und die hierzu erforderlichen Maßnahmen einzuleiten sind. Im Ergebnis kommt es zu einem zusätzlichen laufenden Aufwand von etwa 160 000 Euro jährlich.“

Angesichts der Tatsache, dass in den rund 11.000 Zeitarbeitsbetrieben die Software und die Prozesse an die Höchstüberlassungsdauer angepasst werden müssen, ist die Schätzung der Bundesregierung von 160.000 Euro deutlich zu niedrig angesetzt – insbesondere wenn berücksichtigt wird, dass es verschiedene Höchstüberlassungsdauern für unterschiedliche Branchen geben wird. Selbst innerhalb einer Branche kann es durch unterschiedliche Betriebsvereinbarungen bzw. durch die unterschiedlichen Regelungen für nicht tarifgebundene Unternehmen zu differierenden Höchstüberlassungsdauern kommen. Diese komplexen Regelungen müssen in die Prozesse und Software der Zeitarbeitsbetriebe implementiert werden. Da Verstöße gegen die Höchstüberlassungsdauer zu empfindlichen Sanktionen – bis hin zum Entzug der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis – führen werden, wird bei der Implementierung nicht nur große Sorgfalt, sondern in vielen Fällen auch rechtliche Beratung notwendig sein – das führt zu weiteren Kosten. Nicht bedacht wurde in den Ausführungen zum Regierungsentwurf, dass auch der Rekrutierungsaufwand für die Personaldienstleister wachsen wird. Länger als 18 Monate dauernde Einsätze – zum Beispiel bei Elternzeitvertretungen, für die es einen 24 -monatigen Rechtsanspruch gibt – können in vielen Fällen

nicht mehr von einer Zeitarbeitskraft abgedeckt werden. Sollten solche Einsätze nicht gänzlich wegfallen, muss gegebenenfalls weiteres Personal rekrutiert und eingearbeitet werden.

Die Schätzung von 160.000 Euro Aufwand ist auch aus einem weiteren Grund nicht nachvollziehbar: Die Umsatzausfälle der Zeitarbeitsunternehmen aufgrund der Höchstüberlassungsdauer werden überhaupt nicht berücksichtigt. Der BAP hat auf der Basis vorliegender Daten eine Schätzung vorgenommen und kommt dabei – je nach zugrunde gelegtem Szenario – auf monatliche Umsatzeinbußen bei den Personaldienstleistern zwischen über 161 Millionen Euro und 242 Millionen Euro. Diese Summen wurden wie folgt berechnet:

Die Zeitarbeitsbranche hat einen jährlichen Umsatz von rund 35 Mrd. Euro.

Ein nicht unbedeutender Teil dieser Umsätze wird mit Kundenaufträgen erwirtschaftet, bei denen Zeitarbeitskräfte länger als 18 Monate eingesetzt werden. Viele Einsätze die typischerweise länger als 18 Monate dauern, wie zum Beispiel Elternzeitvertretungen, Pflegezeitvertretungen oder auch das Projektgeschäft, können nicht mehr durchgeführt werden bzw. müssen verkürzt werden.

Gerade im Bereich der Überlassung von **hochqualifizierten Zeitarbeitskräften** ist das langfristige Projektgeschäft von großer Bedeutung. Laut Arbeitnehmerüberlassungsstatistik der Bundesagentur für Arbeit waren 2015 monatlich durchschnittlich 48.786 bzw. 32.162 Zeitarbeitnehmer als Spezialisten bzw. als Experten beschäftigt.

Nach Befragungen des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln im Rahmen des IW-Zeitarbeitsindexes werden 33 Prozent der **Spezialisten/Experten** länger als 18 Monate an Kunden überlassen. Das heißt, dass monatlich 26.713 der Spezialisten und Experten länger als 18 Monate eingesetzt werden.

Bei einer konservativen Schätzung von einem Wegfall von 20 Prozent der länger als 18 Monate dauernden Aufträge im Segment der Spezialisten/Experten würden also monatlich 5.343 Spezialisten/Experten von der Höchstüberlassungsdauer negativ betroffen sein.

Angehörige dieser Personengruppe verdienen im Monatschnitt 3.740 Euro brutto. Um vom Bruttoverdienst auf das Umsatzvolumen schließen zu können, müssen die Monatsverdienste mit dem Faktor zwei multipliziert werden. Bei einer konservativen Annahme von einem Umsatzausfall von 20 Prozent kann demnach vom monatlichen Wegfall von Umsätzen in Höhe von 39.962.224 Euro im Bereich der Spezialisten/Experten ausgegangen werden. Bei einer weniger konservativen Annahme des Auftragsausfalls von 30 Prozent der Aufträge mit einer Überlassungsdauer von über 18 Monaten ergäben sich monatliche **Umsatzausfälle von 59.943.335 Euro allein im Bereich der Spezialisten/Experten.**

Im **Bereich der Fachkräfte** arbeiteten laut Bundesagentur für Arbeit 2015 monatlich durchschnittlich 359.897 Zeitarbeitskräfte. Nach Befragungen des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln im Rahmen des IW-Zeitarbeitsindexes werden 16 Prozent

der Fachkräfte länger als 18 Monate an Kunden überlassen. Das waren 2015 monatlich 57.584 Personen. Eine Person dieser Gruppe verdiente durchschnittlich 2.544 Euro brutto. Beim konservativen Szenario mit Auftragsausfällen von 20 Prozent kann von **Umsatzausfällen von monatlich 58.596.976 Euro im Bereich der Fachkräfte** ausgegangen werden. Bei 30 Prozent Auftragsausfällen würde die Summe der Umsatzrückgänge auf monatlich 87.895.465 Euro im Bereich der Fachkräfte anwachsen.

Im **Bereich der Helfer** waren laut BA 2015 monatlich durchschnittlich 508.190 Zeitarbeitskräfte tätig. Laut dem IW-Zeitarbeitsindex wurden davon 18 Prozent, also 91.474 Personen länger als 18 Monate eingesetzt. Der Durchschnittsverdienst lag bei einem Monatsbrutto von 1.716 Euro⁷. Bei Auftragsausfällen von 20 Prozent würden im Bereich der Helfer 62.787.932 Euro Umsatz monatlich verloren gehen. Bei einem Ausfall von 30 Prozent der Aufträge würden die **monatlichen Umsatzausfälle 94.181.898 Euro im Helferbereich** betragen.

Die Einführung der Höchstüberlassungsdauer führt also in einem konservativen Szenario zu monatlichen Umsatzausfällen in der Zeitarbeitsbranche von über 161 Millionen Euro. Bei Auftragsrückgängen von 30 Prozent der über 18 Monate dauernden Arbeitnehmerüberlassungen summiert sich der monatliche Umsatzrückgang sogar auf rund 242 Millionen Euro.

2. Folgekosten aufgrund der Einführung von Equal Pay

Zu den Folgekosten durch die Einführung von Equal Pay äußert sich die Bundesregierung u. a. wie folgt:

„Durch die neue Regelung zu Equal Pay in § 8 Absatz 4 AÜG wird zusätzlicher Erfüllungsaufwand für Verleiher und Entleiher entstehen. Dieser ergibt sich aus der durchzuführenden Vergleichsberechnung der Vergütung der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter mit der von vergleichbaren Stammbeschäftigten im Einsatzbetrieb, wenn die Einsätze im Entleihbetrieb länger als neun Monate dauern und keine (Branchen-)Zuschläge zur Heranführung an das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Einsatzbranche gewährt werden. Der laufende Aufwand durch Vergleichsberechnungen für Fälle, bei denen danach die gesetzliche Regelung zu Equal Pay nach neun Monaten greift, wird auf rund 990.000 Euro jährlich geschätzt.“

Der **Aufwand durch Lohnbuchhaltung** scheint sowohl für die **Entleiher** als auch für die Personaldienstleister an dieser Stelle erneut deutlich unterschätzt zu werden.

Es entsteht in den Zeitarbeitsunternehmen ein erheblicher Aufwand durch die Neuanschaffung bzw. Umstellung der Lohnbuchhaltungssoftware. Der Verwaltungsaufwand der Lohnbuchhaltung wächst enorm – für die Zeitarbeitsunternehmen waren bisher nur der jeweilig angewandte Zeitarbeitsarbeitsvertrag (BAP/DGB oder iGZ/DGB) und gegebenenfalls die jeweiligen Branchenzuschlagstarifverträge maßgeblich. Nach dem Regierungsentwurf werden je nach Einsatz auch Tarifverträge

fremder Branchen bzw. Haustarifverträge oder bei nicht tarifgebundenen Betrieben deren betriebliche Lohnstruktur zu beachten sein – bei Großunternehmen können schnell über hundert Lohnbestandteile für die Entgeltberechnung relevant werden. Weiter verkompliziert wird die Entgeltberechnung, weil selbst Sachbezüge berücksichtigt werden müssen. Insbesondere bei kleinen und mittelständischen Zeitarbeitsunternehmen – die die große Mehrzahl der Branche ausmachen – kann der gewachsene Aufwand dazu führen, dass sich bestimmte Aufträge nicht mehr lohnen – auch daraus entstehen Kosten durch entgangene Umsätze.

Da Fehler bei der Berechnung von Equal Pay gemäß dem vorliegenden Regierungsentwurf zu empfindlichen Sanktionen – bis hin zum Entzug der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis – führen sollen, wird bei der Umsetzung nicht nur große Sorgfalt, sondern in vielen Fällen auch rechtliche Beratung notwendig sein. Im bei der komplexen Materie erwartbaren Streitfall kommen auf die Unternehmen Verfahrenskosten in nicht unerheblichem Ausmaß zu.

Neben den Personaldienstleistern wird die Ermittlung von Equal Pay für jeden einzelnen Mitarbeiter auch die Kundenunternehmen mit einem deutlich gestiegenen Verwaltungsaufwand belasten. Unternehmen, die Zeitarbeit einsetzen, werden schon aus Gründen des Rechtsschutzes gezwungen sein, eine Schatten-Lohnbuchhaltung für die bei ihnen eingesetzten Zeitarbeiter einzurichten, denn in vielen Fällen werden Arbeitsgerichte klären müssen, ob tatsächlich Equal Pay gezahlt wurde, und dann **liegt die Nachweispflicht auch bei den Kundenunternehmen.**

Bei der Folgekostenabschätzung lässt die Bundesregierung – wie schon bei der Kostenabschätzung zur Überlassungshöchstdauer – die Umsatzrückgänge der Personaldienstleister völlig außen vor. Dabei lassen sich auch die Kosten, die durch Auftragsrückgänge in Folge der vorgeschlagenen Equal Pay-Regelung entstehen, schätzen. Aufgrund von Rechtsunsicherheiten, der Komplexität der Equal Pay-Berechnung und auch von steigenden Preisen **wird es zu Ausweichreaktionen kommen, die in vielen Fällen zu Auftragsausfällen für die Zeitarbeitsunternehmen und damit zu Umsatzeinbußen führen werden.** Es sind allerdings auch umsatzneutrale Marktreaktionen, wie zum Beispiel der Einsatz anderer Zeitarbeiterinnen und Zeitarbeiter, denkbar. Kosten – zum Beispiel bei der Rekrutierung – entstehen auch in solchen Fällen. Diese Kosten sind sehr individuell und mit den vorhandenen Daten nicht quantifizierbar.

Da der Gesetzesentwurf die Branchenzuschlagstarifverträge unter bestimmten Voraussetzungen als Equal Pay anerkennt, wird es in von Branchenzuschlagstarifverträgen abgedeckten Wirtschaftsbereichen nur dann Ausweichreaktionen geben, wenn die Branchenzuschlagstarifverträge überproportionale Entgeltsteigerungen vorsehen. Eine solche Verteuerung ist zwar aufgrund der durch den Gesetzesentwurf gewachsenen Verhandlungsmacht der Gewerkschaften wahrscheinlich, lässt sich aber nicht quantifizieren. Daher sind rund 70 Prozent der über neun Monate dauernden Arbeitnehmerüberlassungen in dieser

Betrachtung außen vor – sie werden von Branchenzuschlagstarifverträgen abgedeckt.

Im Folgenden werden wieder drei Gruppen von Zeitarbeitskräften – Helfer, Fachkräfte und Spezialisten/Experten unterschieden.

31 Prozent aller Zeitarbeitskräfte werden im **Helferbereich** laut einer Befragung des IW Köln im Rahmen des IW-Zeitarbeitsindex länger als neun Monate eingesetzt. Bei Zeitarbeitnehmern im Helferbereich sind das monatlich 157.539 Personen bei einem Monatsschnitt von 508.1908 Helfern im Jahr 2015. Wie bereits erläutert, werden davon nur 30 Prozent betrachtet, da ihre Einsätze nicht im Geltungsbereich von Branchenzuschlagstarifverträgen erfolgen. Bleiben also 47.262 Personen. In einem konservativen Szenario wird im Folgenden von Auftragsausfällen in Höhe von 20 Prozent ausgegangen. Für die restlichen 80 Prozent werden im Folgenden umsatzneutrale Marktreaktionen angenommen. Die Berechnung der Umsatzausfälle erfolgt analog zur Berechnung bei der Höchstüberlassungsdauer. Im Ergebnis ständen **monatliche Umsatzrückgänge von 32.440.432 Euro allein im Helfersegment.**

Im Bereich der **Fachkräfte** werden laut IW-Zeitarbeitsindex 34 Prozent der Zeitarbeitskräfte länger als neun Monate überlassen. Bei einem Monatsschnitt von 359.8979 im Jahr 2015 waren das 122.365 Zeitarbeitskräfte. Wie bereits erläutert, werden von diesen 122.365 Zeitarbeitskräften nur 30 Prozent der betrachtet, da diese nicht von Branchenzuschlagstarifverträgen betroffen sind. Bleiben also 36.709 Personen. Auch hier wird wieder von der konservativen Annahme ausgegangen, dass die Auftragsausfälle 20 Prozent betreffen. Für die restlichen 80 Prozent werden wieder umsatzneutrale Marktreaktionen angenommen. **Daraus würden sich Umsatzrückgänge in Höhe von 37.355.572 Euro für die Personaldienstleister im Segment der Fachkräfte ergeben.**

Spezialisten/Experten gab es im Monatsschnitt des Jahres 2015 80.94810. Laut IW-Zeitarbeitsindex wurden davon 56 Prozent, also 45.331 Personen, länger als neun Monate eingesetzt. Bleiben 13.599 Zeitarbeitskräfte, die nicht in Bereichen mit Branchenzuschlägen tätig waren. Es wird wieder vom oben aufgeführten konservativen Szenario mit 20 Prozent Auftragsausfällen und 80 Prozent umsatzneutralen Marktreaktionen ausgegangen. Dies hätte monatliche Umsatzausfälle im Bereich der Spezialisten und Experten von 30.516.607 Euro zur Folge.

In Summe aller betrachteten Zeitarbeitergruppen ergeben sich in dem genutzten konservativen Szenario mit Auftragsausfällen von 20 Prozent und 80 Prozent umsatzneutralen Marktreaktionen **monatlich Umsatzausfälle von über 90 Millionen Euro** für die Personaldienstleister.

Bei einer weniger konservativen Annahme bezüglich der Auftragsausfälle steigen die Kosten weiter.

Wenn in nur 70 Prozent der länger als neun Monate dauernden Einsätze umsatzneutrale Marktreaktionen realisiert werden könnten, während 30 Prozent der Aufträge ausfielen, stiegen die Umsatzausfälle für die Personaldienstleister **auf 135 Milli-**

onen Euro monatlich.

Angebliche Entlastung der Zeitarbeitsunternehmen

Im Koalitionsvertrag hatten CDU/CSU und SPD festgehalten, „die statistische Be-richterstattung zur Arbeitnehmerüberlassung bedarfsgerecht“ weiterentwickeln zu wollen (Koalitionsvertrag, S. 69). Das BMAS hat dieses Vorhaben umgesetzt, indem die Daten zur Zeitarbeit nunmehr aus der Beschäftigtenstatistik der Bundesagentur für Arbeit ermittelt werden, die auf den Arbeit-gebermeldungen zur Sozialversicherung beruht.

Damit fallen die bisher in § 8 AÜG vorgeschriebenen halbjähr-lichen, zusätzlichen statistischen Meldepflichten der Zeitar-beitsunternehmen an die Bundesagentur für Arbeit weg.

Die Bundesregierung beziffert die angebliche Entlastung der Zeitarbeitsunternehmen durch den Wegfall dieser statistischen Meldepflichten wie folgt:

„Die Entlastung von Bürokratiekosten der Wirtschaft, die sich aus dem Wegfall der bisher in § 8 AÜG geregelten Informations-pflicht der Verleiher zur Statistik ergibt, beträgt nach Angaben des Statistischen Bundesamtes etwa 2,7 Millionen Euro jähr-lich.“

Diese Schätzung ist nicht nachvollziehbar und ganz offensicht-lich viel zu hoch angesetzt, denn eine Befragung der BAP-Mit-gliedsunternehmen und der Anbieter von Softwarelösungen für die Zeitarbeitsbranche hat gezeigt, dass die Umstellung der statistischen Berichterstattung zur Arbeitnehmerüberlassung die Personaldienstleister nicht nennenswert entlastet. Das liegt vor allem daran, dass bei allen befragten Softwareunter-nehmen die automatische Datenauswertung für die halbjährliche statistische Meldung an die Bundesagentur für Arbeit Grundbe-standteil der Standardsoftware für die Personalverwaltung von Zeitarbeitsunternehmen ist. Da diese Softwareunternehmen zum Zeitpunkt der Befragung eine Marktabdeckung von 97,9 Prozent erreichten, hat also vor der Umstellung der Statistik zur Arbeitnehmerüberlassung die ganz überwiegende Mehr-zahl der Personaldienstleister eine IT-Lösung eingesetzt, mit der au-tomatisch die Daten für die frühere halbjährliche Statistikmel-dung ermittelt worden sind.

Dies wird auch durch die Ergebnisse der Befragung unter den BAP-Mitgliedsunternehmen bestätigt. Danach

- nutzten 70 Prozent der Mitglieder des BAP vor der Um-stellung eine Software, die per Mausclick die halbjährliche statistische Meldung erstellt,
- wendeten 78 Prozent der Unter-nehmen weni-ger als einen halben Manntag für die Meldung auf, und
- betrug der Aufwand bei weiteren 17 Prozent zwischen einem halben und einem ganzen Manntag.

Auf den Punkt gebracht, was von der angeblichen Entlastung der Zeitarbeitsunternehmen durch die Umstellung der Stati-stik zur Arbeitnehmerüberlassung zu halten ist, hat es der Ge-schäftsführer eines BAP-Mitgliedsunternehmen:

„Mir fehlen die Worte. Die statistische Meldung dauert einen Mausclick. Das macht alles unser Programm automatisch Von einem halben Manntag kann also nicht die Rede sein. Mit Ein-tüten und Kopie abheften dauert der ganze Prozess dann ca. 15 Minuten. Von einer spürbaren Entlastung kann also nicht die Rede sein. Wer auch immer das behauptet, hat von der Zeitar-beit keine Ahnung.“

Fazit:

Das neue AÜG 2017 hat insbesondere in den bedeut-samen Bereichen für Zeitarbeitsunternehmen (Ver-leiher) und Kundenunternehmen (Entleiher) zu nicht unerheblichen Rechtsproblemen geführt. Betroffen sind insbe-sondere die gesetzlichen Regelungen zu den Anwendungen von

- **Equal Pay**
- **der Höchstüberlassungsdauer und**
- **Kennzeichnungspflichten**

Diese führen, wie dargestellt, neben einer erheblichen Auswei-tung an Bürokratie, vor allem zu erheblichen rechtlichen Risiken für Verleiher und Entleiher.

Die Folgekosten sind ebenfalls deutlich höher als von der Bun-desregierung dargestellt. Gerade die Folgekosten und die ver-schärften Sanktionen bei Verstoß oder falscher Auslegung von Equal Pay und der Höchstüberlassungsdauer bringen ein zusätz-liche, im Betrag, nicht angesprochenens und in der öffentlichen Diskussion kaum erkanntes Risiko mit sich: nämlich das

- **Subsidiärrisiko für den Entleiher**

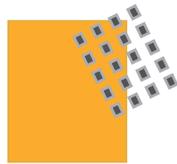
Die Subsidiär-Haftung bedeutet, dass das Entleiher für

- **Sozialversicherungsbeiträge (§ 28e Sozialgesetzbuch IV)**
- **Beiträge zur Berufsgenossenschaft (§ 150 SGB VII)**
- **und Lohnsteuer (§ 42d EStG)**

bei nicht ordnungsgemäßer Abführung oder Insolvenz des Ver-leihers haften muss.

Das Haftungs- und Insolvenzrisiko hat sich durch das neue AÜG deutlich für Zeitarbeitsunternehmen erhöht. Bei vielen dieser Marktplayer werden sich trotz ihrer Bemühungen voraussichtlich die GuV- und Bilanzwerte in Zukunft verschlechtern, mit der Kon-sequenz, dass sich ein für Entleiher ohnehin stets latentes Haf-tungsrisiko schließlich in ein reales Haftungsrisiko wandeln kann und betroffene Entleiher für nicht ordnungsmäß abgeführten Beiträge und Lohnsteuer solcher Verleiher aufzukommen haben.

„Drum prüfe, wer sich [ewig] bindet“



HJH Personalvermittlung & Beratung

Auf der Höh 33
53819 Neunkirchen - Seelscheid

Tel: +49(0)2247 - 74 261
EMail: hjhpersonalberatung@hjhollaender.de
Web: <http://www.hjhollaender.de/pv>