

# Kundeninformation

## 10 Fragen und 10 Antworten zum neuen AÜG

Stand: 21.12.2016

Der Gesetzgeber hat das Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze beschlossen. Das Gesetz tritt zum 01. April 2017 in Kraft. Durch Tarifverträge und teilweise auch durch Betriebsvereinbarungen können praxisgerechte und flexible Regelungen gefunden werden, die von den gesetzlichen Vorgaben unter Umständen deutlich abweichen können.

### 1. Was ändert sich grundsätzlich?

Die Änderungen betreffen im Wesentlichen vier Bereiche:

- Zeitarbeitnehmer dürfen nicht länger als 18 Monate ununterbrochen im selben Einsatzunternehmen eingesetzt werden. Davon gibt es Abweichungsmöglichkeiten.
- Zeitarbeitnehmer erhalten ab dem 10. Einsatzmonat einen Anspruch auf gleiche Bezahlung (Equal Pay) wie vergleichbare Mitarbeiter im Einsatzunternehmen. Auch hiervon gibt es Abweichungsmöglichkeiten.
- Dem Gesetzgeber geht es auch um eine Bekämpfung des Missbrauchs von Werkverträgen durch Scheinwerkverträge (verdeckte Arbeitnehmerüberlassung). Um dieses Ziel zu erreichen, führt er neue Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflichten ein.
- Der Einsatz von Zeitarbeitnehmern als Streikbrecher in bestreikten Einsatzbetrieben ist künftig verboten.

### 2. Wie lange darf ich Zeitarbeitnehmer nach dem neuen AÜG einsetzen?

Grundsätzlich darf ein Zeitarbeitnehmer nicht länger als 18 Monate an ein Einsatzunternehmen überlassen werden. Nicht endgültig geklärt ist derzeit, ob auf den Einsatzbetrieb oder das Einsatzunternehmen für die Bemessung der Fristen für die Überlassungshöchstdauer und das Equal Pay abzustellen ist. Wir haben hier auf den jedenfalls rechtssicheren Unternehmensbezug abgestellt.

Es wird dabei immer der einzelne Zeitarbeitnehmer mit Bezug auf den konkreten Einsatz im Einsatzunternehmen betrachtet. Einsatzzeiten anderer Arbeitnehmer auf demselben Arbeitsplatz werden nicht angerechnet. Dagegen werden aber Einsatzzeiten, die derselbe Zeitarbeitnehmer bereits über einen anderen Personaldienstleister zurückgelegt hat, angerechnet. Ist der Einsatz länger als drei Monate unterbrochen, beginnt die Berechnung der Einsatzdauer wieder bei Null. Um die Einsatzdauer nach außen hin zu dokumentieren, ist es empfehlenswert, die Beendigung des Einsatzes zu dokumentieren, z.B. über eine E-Mail oder ein Fax. Die Einsatzzeiten werden im Regelfall seitens der Personaldienstleisters gemessen werden.

### 3. Gibt es Ausnahmen von der Überlassungshöchstdauer?

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) erlaubt eine Abweichung von der Überlassungshöchstdauer, wenn Tarifverträge für die Einsatzbranche spezielle Regelungen hinsichtlich der Überlassungsdauer enthalten. Auch sind Abweichungen durch Betriebs-/Dienstvereinbarungen zwischen Betriebsleitung und Betriebsrat möglich, wenn ein einschlägiger Tarifvertrag der Einsatzbranche solche Vereinbarungen zulässt. Eine Abweichung ist für Betriebe, die zu einem nichttarifgebundenen Unternehmen gehören, nur dann möglich, wenn sie einen Betriebsrat haben. Das heißt: Unternehmen, die keinem Arbeitgeberverband angehören und keinen

Betriebsrat haben, dürfen denselben Mitarbeiter über Zeitarbeit maximal 18 Monate einsetzen, wenn der Einsatz nicht mehr als drei Monate unterbrochen wird.

Um für alle Beteiligten ein möglichst hohes Maß an Rechtssicherheit zu erzielen, ist es sinnvoll, die abweichenden Regelungen (Tarifvertrag und ggf. Betriebs- oder Dienstvereinbarung) auch dem Personaldienstleister transparent zu machen.

Die Abweichungsmöglichkeiten von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer können der grafischen Darstellung entnommen werden.

#### **4. Welche Folgen hat eine Überschreitung der Überlassungshöchstdauer?**

Wird die Überlassungshöchstdauer überschritten, entsteht kraft Gesetz („automatisch“) ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Zeitarbeitnehmer und dem Einsatzunternehmen. Das Arbeitsverhältnis mit dem Personaldienstleister ist beendet. Es hängt dann vom Zeitarbeitnehmer ab, ob er das Arbeitsverhältnis mit dem Einsatzunternehmen eingehen möchte. Sollte der Zeitarbeitnehmer das neue Arbeitsverhältnis nicht wünschen, dann müsste er innerhalb eines Monats nach Überschreiten der Überlassungshöchstdauer gegenüber dem Personaldienstleister oder dem Einsatzunternehmen erklären, dass er weiter beim Personaldienstleister arbeiten will. Diese sogenannte Festhaltenserklärung muss vor Abgabe gegenüber dem Personaldienstleister oder dem Einsatzunternehmen von der örtlichen Agentur für Arbeit „bestätigt“ werden. Die Erklärung kann erst ab Überschreiten der Überlassungshöchstdauer erfolgen. Das Überschreiten der Überlassungshöchstdauer stellt trotz einer Festhaltenserklärung des Zeitarbeitnehmers eine Ordnungswidrigkeit dar. Der Arbeitnehmer muss vom Einsatz abgezogen werden. Die Festhaltenserklärung führt zu keiner „Heilung“ der Gesetzesverstöße. Für den Personaldienstleister besteht die Gefahr, dass die Überlassungserlaubnis entzogen wird. Aus diesen Gründen muss der Einsatz jedenfalls beendet werden

#### **5. Müssen Einsatzzeiten, die vor dem 01.04.2017 bestanden haben, vollständig berücksichtigt werden?**

Nein. Es gilt eine Stichtagsregelung. Einsatzzeiten vor dem 01.04.2017 (Inkrafttreten des AÜG) bleiben sowohl hinsichtlich der Überlassungshöchstdauer als auch des Anspruchs auf Equal Pay unberücksichtigt.

Ein Zeitarbeitnehmer darf, selbst wenn er bereits vor dem 01.04.2017 eingesetzt war, ausgehend von diesem Datum weitere 18 Monate überlassen werden bzw. wird nach 9 Monaten erstmals einen Anspruch auf das gesetzliche Equal Pay haben. Es kommen zwei unterschiedliche Berechnungsmethoden für die Ermittlung dieser Fristen in Betracht: (§§ 187,188 BGB oder § 191 BGB). Der iGZ wird die Bundesagentur für Arbeit um Auskunft bitten, welche Regelung sie in ihren Prüfungen zugrunde legen wird.

Durch Unterbrechungen des Einsatzes und / oder abweichende tarifliche / betriebliche Regelungen zur Überlassungshöchstdauer können auch noch längere Einsatzmöglichkeiten bestehen.

#### **6. Was ändert sich bei der Vergütung der Zeitarbeitnehmer?**

Für die ersten neun Monate der Überlassung an dasselbe Einsatzunternehmen ändert sich nichts. Die Zeitarbeitskräfte werden nach dem iGZ-DGB-Tarifwerk vergütet. Sofern ein Branchenzuschlagstarifvertrag besteht und für diesen Einsatz gilt, muss dieser wie bisher zusätzlich angewendet werden.

Ab dem 10. Monat der Überlassung trennen sich die Wege. Kommt zusätzlich zu dem iGZ-DGB-Tarifwerk ein einschlägiger Branchenzuschlagstarifvertrag zur Anwendung, kann der Zeitarbeitnehmer weiterhin nach diesen Tarifwerken vergütet werden. Allerdings muss der jeweilige Branchenzuschlagstarifvertrag die Voraussetzungen des neuen AÜG erfüllen, weshalb Anpassungen erforderlich sein werden. Es ist zudem offen, ob es gelingen wird für die Überlassung in weitere Branchen ähnliche Branchenzuschlagstarifverträge zu vereinbaren.

Kommt kein Branchenzuschlagstarifvertrag zur Anwendung, muss ab dem 10. Einsatzmonat das gesetzliche Equal Pay gewährt werden. Equal Pay ist umfassend zu verstehen. In der Gesetzesbegründung heißt es: „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).“ Urlaubsentgelt fällt entgegen der Gesetzesbegründung jedoch nicht unter den Equal-Pay-Begriff. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts handelt es sich beim Urlaubsentgelt nicht um Arbeitsentgelt, sondern um eine andere wesentliche Arbeitsbedingung.

Damit der Personaldienstleister den Zeitarbeitnehmer auf der Grundlage dieser gesetzlichen Vorgaben richtig vergüten kann, ist es notwendig, dass Informationen darüber zur Verfügung gestellt wird, welches Arbeitsentgelt die vergleichbaren Arbeitnehmer im Einsatzunternehmen erhalten. Die Verantwortung für die Richtigkeit der Angaben wird in der Regel vertraglich dem Einsatzbetrieb zugeordnet werden, weil der Personaldienstleister nicht über diese Informationen verfügt.

## **7. Welche Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflichten bestehen?**

Eine Arbeitnehmerüberlassung muss als solche im Vertrag zwischen dem Einsatzunternehmen und dem Personaldienstleister vor Beginn des Einsatzes bezeichnet werden (Kennzeichnungspflicht). Damit verbietet der Gesetzgeber die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung. Die wäre z.B. dann gegeben, wenn ein Vertrag als „Werkvertrag“ bezeichnet wird, es sich aber tatsächlich um eine Arbeitnehmerüberlassung handelt (wichtigstes Anzeichen: der Auftraggeber gibt den Mitarbeitern des Dienstleisters arbeitsplatzbezogene Weisungen).

Einsatzunternehmen und Personaldienstleister sind außerdem verpflichtet, die zu überlassenden Personen namentlich zu benennen (Konkretisierungspflicht). Auch das muss vor dem Überlassungsbeginn geschehen, aber noch nicht zwingend im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag selbst. Die Konkretisierung kann unter Bezugnahme auf diesen Vertrag vor Einsatzbeginn vorgenommen werden. Ob bei der Konkretisierung das Schriftformerfordernis gilt oder ob z.B. eine E-Mail-Korrespondenz hierzu ausreicht, ist dem Gesetzeswortlaut nicht zweifelsfrei zu entnehmen.

Unabhängig von der Schriftformfrage sieht das Gesetz vor, dass beide Seiten – Einsatzunternehmen und Personaldienstleister – die namentliche Festlegung vornehmen. Das Einsatzunternehmen sollte also der Konkretisierung des Personaldienstleisters nach außen dokumentierbar zustimmen. Dies kann z.B. per Mail geschehen, wobei dies natürlich voraussetzt, dass das Schriftformerfordernis für die Konkretisierung nicht gilt. Denkbar ist auch, dass das Einsatzunternehmen dem Personaldienstleister im Rahmen des AÜ-Vertrages eine Vollmacht erteilt, die Konkretisierung in seinem Namen vorzunehmen. Schließlich ist auch an eine Zustimmung nach den Grundsätzen des kaufmännischen Bestätigungsschreibens zu denken: Wenn Personaldienstleister und Einsatzunternehmen sich auf die Überlassung eines bestimmten Zeitarbeitnehmers geeinigt haben, der Personaldienstleister diese Einigung schriftlich bestätigt und das Einsatzunternehmen nicht umgehend widerspricht, so gilt Schweigen als Zustimmung. Sollte sich allerdings die Rechtsauffassung durchsetzen, dass die Konkretisierung der Schriftform bedarf, wäre diese Lösung aus Sicht des iGZ nicht umsetzbar.

## **8. Welche Folgen hat ein Verstoß gegen die Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht?**

Wie auch bei der Überschreitung der Überlassungshöchstdauer sieht das AÜG die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses kraft Gesetz zwischen Zeitarbeitnehmer und dem Einsatzunternehmen vor, wenn gegen die Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht verstoßen wurde. Der Mitarbeiter kann auch hier eine Festhaltungserklärung abgeben (ab Beginn der verdeckten Überlassung, ansonsten genauso wie unter Frage 4). Die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung stellt darüber hinaus einen Bußgeldtatbestand dar. Es können Bußgelder von bis zu 30.000 Euro sowohl für das Einsatzunternehmen als auch für den Personaldienstleister verhängt werden. Der alleinige Verstoß gegen die Konkretisierungspflicht führt dagegen nicht zu einem Entstehen eines

Arbeitsverhältnisses mit dem Einsatzunternehmen. Aber auch in diesem Fall können Bußgelder bis zu 30.000 Euro für Einsatzunternehmen und Personaldienstleister erhoben werden.

### **9. Dürfen Zeitarbeitnehmer während eines Streiks im Einsatzbetrieb eingesetzt werden?**

Das Einsatzverbot bei einem Streik ergibt sich aus § 11 Absatz 5 AÜG. Der Zeitarbeitnehmer darf demnach nicht in einem Einsatzbetrieb eingesetzt werden, wenn dieser unmittelbar von einem Arbeitskampf (Streik) betroffen ist. Die Regelung gilt nicht, wenn der Zeitarbeitnehmer keine Tätigkeiten übernimmt, die bisher von Streikenden erledigt wurden oder der Zeitarbeitnehmer keine Tätigkeiten übernimmt, die von einem Arbeitnehmer erledigt wurden, der seinerseits Tätigkeiten eines Streikenden übernimmt (Vertretungssituation). Das Einsatzverbot bei einem Streik gilt wohl nicht im Falle von Notdiensten.

Die Manteltarifverträge der beiden großen Arbeitgeberverbände iGZ und BAP sehen ein über die gesetzliche Regelung hinausgehendes Einsatzverbot (Ausnahme: der Einsatz im Rahmen von Notdienstvereinbarungen) vor: Dieses tarifliche Einsatzverbot gilt allgemein auch für Zeitarbeitnehmer, die im Einsatzbetrieb schon vor Streikbeginn eingesetzt waren. Das gilt selbst dann, wenn die Zeitarbeitnehmer mit einem Einsatz einverstanden wären. Sollte also ein Streikeinsatz nach der gesetzlichen Regelung zulässig sein, gemäß der weitergehenden tariflichen Regelung jedoch nicht, darf der Personaldienstleister dem Streikeinsatz nicht zustimmen. Das tarifliche Einsatzverbot gilt allerdings nur für Streiks von DGB-Gewerkschaften.

Bei einem Verstoß gegen das gesetzliche Einsatzverbot bei Streiks im Einsatzbetrieb droht ein Bußgeld von bis zu 500.000 Euro.

### **10. Welche Änderungen gibt es im Betriebsverfassungsrecht?**

„In der Regel“ eingesetzte Zeitarbeitskräfte zählen für die Schwellenwerte des Betriebsverfassungsgesetz (z.B. Größe des Betriebsrats, § 9 BetrVG) mit. Damit hat der Gesetzgeber die bereits bestehende Rechtsprechung ins Gesetz aufgenommen. Die Zeitarbeitskräfte zählen bei einer Einsatzzeit von mehr als sechs Monaten auch bei anderen Mitbestimmungsgesetzen mit. Die Informationsrechte zu den Drittpersonaleinsätzen (§ 80 Absatz 2 BetrVG) und bei der Personalplanung (§ 92 BetrVG) sind ebenfalls im Wesentlichen orientiert an der Rechtsprechung und haben damit klarstellende Funktion.