

# Das neue AÜG

**GESETZESREFORM** *Das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz sollte den Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen eindämmen. Warum es ein Wolf im Schafspelz ist, erklärt unser Experte Jürgen Ulber.*

VON JÜRGEN ULBER

**D**er Schlecker-Skandal hat deutlich gemacht, welche Gefahren von der Leiharbeit für den Bestand tariflich gesicherter Arbeitsplätze ausgehen. Mit den Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) im Jahr 2011 erfolgte der Zusatz im Gesetz, dass eine Arbeitnehmerüberlassung nur vorübergehend und nicht dauerhaft erfolgen darf. Der überwiegende Teil der Rechtsprechung hat dies in Übereinstimmung mit der europäischen Richtlinie zur Leiharbeit (LA-RL) dahin ausgelegt, dass ein Einsatz von Leiharbeitnehmern nur befristet bei einem vorübergehenden Beschäftigungsbedarf eines Entleiher zulässig ist.<sup>1</sup> Eine Besetzung von Arbeitsplätzen mit Leiharbeitnehmern war bei Aufgaben, die fortlaufend erledigt werden müssen, ausgeschlossen. Der Betriebsrat konnte die Zustimmung zur Einstellung nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern.<sup>2</sup>

## Dauerhafter Leiharbeiter-Einsatz

Damit macht das neue Gesetz Schluss: Nach § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG darf derselbe Leiharbeiter zwar nur bis zu 18 Monate bei einem Entleiher arbeiten,<sup>3</sup> er kann jedoch jederzeit unter Verstoß gegen Art. 5 Abs. 5 LA-RL durch einen anderen Leiharbeiter ersetzt werden. Das bedeutet, dass über einen entsprechenden Austausch alle Arbeitsplätze im Betrieb uneingeschränkt und dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzt werden können.<sup>4</sup> Personaloutsourcing wird damit legalisiert.<sup>5</sup> Damit gehört das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats beim Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen der Ver-

gangenheit an. Zukünftig kann der Betriebsrat seine Zustimmung nur noch dann verweigern, wenn der Entleiher bei der Einstellung erklärt, dass der einzelne Leiharbeiter unter Verstoß gegen die Überlassungshöchstdauer länger als 18 Monate eingesetzt werden soll.

## Unterbrechung von drei Monaten

Da ein Austausch von Leiharbeitnehmern zur Verhinderung von Dauerbeschäftigungsverhältnissen beschwerlich ist, gibt das Gesetz den Einsatzbetrieben die Möglichkeit, auch denselben Leiharbeiter auf demselben Arbeitsplatz des Entleiher dauerhaft zu beschäftigen. Voraussetzung ist nur, dass zwischen den vormaligen und den nachfolgenden Einsätzen jeweils eine Unterbrechung von drei Monaten liegt. Die Inanspruchnahme eines nach der Rechtsverordnung zur Lohnuntergrenze zulässigen Arbeitszeitkontos von 230 Stunden<sup>6</sup> reicht zur Überbrückung aus.



## DARUM GEHT ES

- 1.** Das neue AÜG ermöglicht es, dass alle Arbeitsplätze im Betrieb uneingeschränkt und dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzt werden können.
- 2.** Betriebsräte können ihre Zustimmung nur noch verweigern, wenn der Entleiher erklärt, dass der einzelne Leiharbeiter länger als 18 Monate eingesetzt werden soll.
- 3.** Nach 10 Monaten Einsatzzeit beim gleichen Entleiher, bekommt der Leiharbeiter das gleiche Entgelt wie Stammarbeiter.

Das neue Gesetz macht es leichter, Leiharbeiter dauerhaft zu beschäftigen.

1 Vgl. z. B. LAG Baden-Württemberg 22.11.2012 – 11 Sa 84/12; LAG Niedersachsen 16.11.2011 – 17 TaBV 99/11; LAG Hamburg 23.9.2014 – 2 TaBV 6/14.

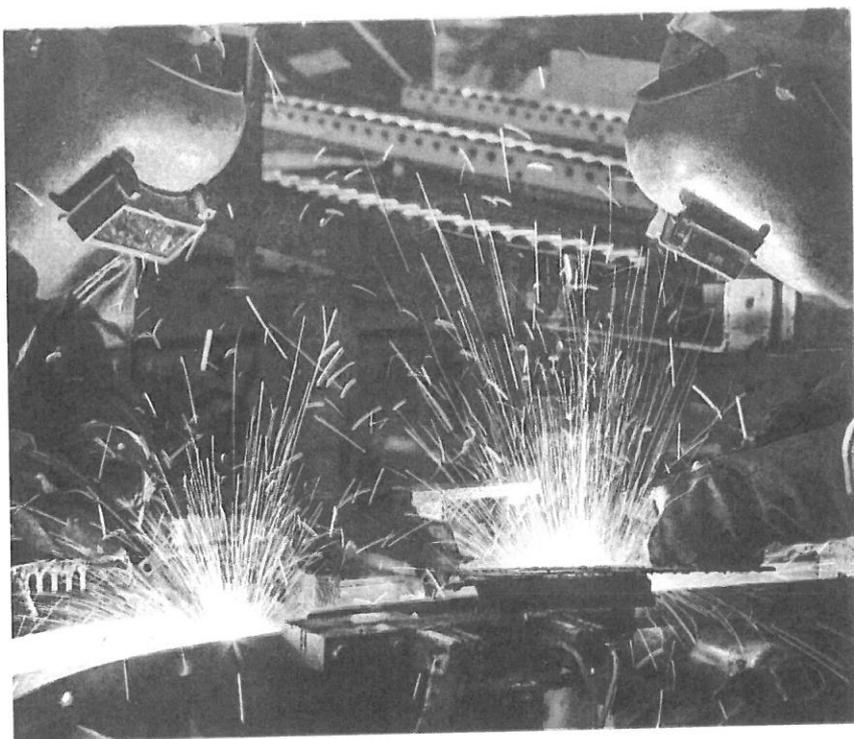
2 LAG Niedersachsen 19.9.2012 – 17 TaBV 124/11; LAG Berlin-Brandenburg, 19.12.1012 – 4 TaBV 1163/12.

3 Da nur 12% aller Leiharbeitsverhältnisse länger als 18 Monate dauern, ist die Begrenzung nahezu wirkungslos.

4 Nach der Begründung des Gesetzes (Fußn. 1, S. 20) wird hiermit angeblich »einer dauerhaften Substitution von Stammbeschäftigten entgegengewirkt«.

5 Hamann, NZA 2015, 904.

6 Vgl. § 2 Abs. 2 Satz 3 und 4 der 2. VO über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung v. 21.3.2014.



Leiharbeiter bekommen erst nach zehn Monaten das gleiche Entgelt wie Stammbeschäftigte.

Insbesondere bei eingearbeiteten und ständig benötigten Leiharbeitnehmern hätte die in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG geregelte Überlassungsdauer für die Entleiher bedeutet, dass sie den Leiharbeiter nach 18 Monaten unbefristet hätten übernehmen müssen. Ein zu großes Risiko für Arbeitgeber! Nach § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG wird nun die Möglichkeit eröffnet, die Überlassungsdauer in einem Tarifvertrag der Entleiherbranchen zeitlich unbegrenzt heraufzusetzen. So kann derselbe Leiharbeiter dann ohne Unterbrechung fünf oder mehr Jahre auf demselben Arbeitsplatz des Entleihers eingesetzt werden.

### Verlängerung der Überlassungsdauer in nicht tarifgebundenen Einsatzbetrieben

Nach der Gesetzesbegründung soll durch die Neuregelung »ein weiterer Anreiz zur Tarifbindung gesetzt (werden)«. Dem widerspricht jedoch die in § 1 Abs. 1b Satz 4 AÜG enthaltene Regelung, wonach auch nicht tarifgebundene Betriebe in einer Dienst- oder Betriebsvereinbarung uneingeschränkt von den tarifvertraglichen Abweichungsmöglichkeiten Gebrauch machen können. Eine glatte Mogelpackung, die weder mit den Vorschriften der Leiharbeitsrichtlinie noch mit der verfassungsrechtlich gewährleisteten Tarifautonomie in Einklang

steht. Dies schon deshalb, weil das Gesetz den Koalitionen der Verleihbranchen verbietet, Tarifregelungen zu treffen, die festlegen, wie lange ein Leiharbeiter verpflichtet ist, bei einem Entleiher zu arbeiten. Das heißt, der tarifzuständigen Gewerkschaft wird zugunsten unzuständiger Tarifvertragsparteien verboten, Bedingungen des Arbeitsverhältnisses für ihre Mitglieder zu regeln.

### Verlängerung der Überlassungsdauer durch Betriebsvereinbarung

Auswirkungen hat die Neuregelung auch auf die Zulässigkeit und die Regelungsinhalte von Betriebsvereinbarungen zum Einsatz von Leiharbeitnehmern in Entleihbetrieben. § 1 Abs. 1b Satz 5 AÜG eröffnet auch den Betriebsparteien der Einsatzbetriebe auf Grund einer tariflichen Öffnungsklausel die Möglichkeit, die Überlassungsdauer unbegrenzt festzulegen, und damit den Leiharbeiter zu verpflichten, auch ohne eine Festanstellung beim Entleiher arbeiten zu müssen. Es liegt völlig außerhalb des bestehenden Normensystems, wenn die Betriebsparteien Arbeitspflichten für Arbeitnehmer begründen können, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb, sondern zu einem – zumal branchenfremden – Betrieb stehen.

### Erweiterte Möglichkeiten zur Diskriminierung von Leiharbeitnehmern

Nach § 8 Abs. 4 Satz 1 AÜG sollen Leiharbeiter, deren Arbeitsentgelt derzeit 41 Prozent unter dem Branchendurchschnitt der Einsatzbranchen liegt,<sup>8</sup> und damit die Grenze zum Lohnwucher unterschreitet,<sup>9</sup> zukünftig auf Grundlage einer tariflichen Regelung erst nach neun Monaten beschränkt auf das Arbeitsentgelt mit Stammbeschäftigten gleichgestellt werden. Abgesehen von der willkürlich gezogenen 9-Monats-Grenze verstößt dies gegen Art. 5 Abs. 1 LA-RL. Der sieht einen Anspruch auf gleiches Entgelt ab dem ersten Tag des Einsatzes bei einem Entleiher vor. Die Regelung wirkt auf den ersten Blick wie eine Verbesserung, entpuppt sich jedoch als gezielte Diskriminierung des überwiegenden Teils der Leiharbeiter. Nur ein Viertel aller Leiharbeitsverhältnisse dauert überhaupt neun Monate. Drei Viertel aller Leiharbeiter werden daher durch die Neuregelung vom

### ZUM WEITERLESEN

AÜG-Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – Kommentar für die Praxis, Jürgen Ulber, 5. Auflage, 2017, vormerkbar, erscheint voraussichtlich im Juli 2017.  
[www.bund-verlag.de](http://www.bund-verlag.de) > Buchshop > Suche: Ulber

7 Begr. BT-Ds. 18/9232 S. 21.

8 Arbeitsmarktberichterstattung BA, Juni 2015.  
 9 Die Grenze zum Lohnwucher ist überschritten, wenn das Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers weniger als 67% des Tarifentgelts beträgt (LAG Bremen 28.8.2008 – 3 Sa 69/08; LAG Schleswig-Holstein 31.8.2010 – 5 Sa 121/10, LAGE § 138 BGB 2002 Nr. 5).

Gleichbehandlungsgrundsatz von vorneherein ausgeschlossen und gezielt diskriminiert. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang die Feststellung im Gesetzentwurf, dass die Neuregelung insbesondere Leiharbeitnehmern »mit kurzen Einsatzzeiten zugute kommt«.<sup>10</sup> Angesichts der gesetzlich uneingeschränkten Diskriminierung ein blanker Zynismus!

Die Verpflichtung, einem Leiharbeiter ab dem 10. Monat eines Einsatzes das gleiche Entgelt wie Stammarbeitnehmern zu zahlen, vermindert die Gewinne der Verleiher. Für Leiharbeiter, deren Arbeitsverhältnis länger als neun Monate dauert, eröffnet § 8 Abs. 4 Satz 2 AÜG daher im Interesse der Verleiher die Möglichkeit, den Gleichbehandlungsgrundsatz auch bis zum Ende des 15. Monats einer Überlassung außer Kraft zu setzen. Voraussetzung ist nur, dass der Tarifvertrag nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen eine stufenweise Heranführung an ein Arbeitsentgelt vorsieht, das die Tarifvertragsparteien der Verleihbranche als gleichwertig mit dem Entgelt eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers betrachten. Da allenfalls 15 Prozent der Leiharbeitsverhältnisse länger als 15 Monate dauern, schließt auch diese Regelung den größten Teil der Leiharbeiter von der Gleichbehandlung aus. Aber auch der Rest kann nicht sicher sein, jemals ein gleiches Entgelt zu erhalten. Durch den gesetzlich zulässigen Austausch des Leiharbeiters nach 15 oder 9 Monaten kann sich der Verleiher jederzeit von seinen Gleichstellungspflichten befreien. Setzt der Verleiher den Leiharbeiter anschließend bei einem anderen Entleiher drei Monate ein, eröffnet § 8 Abs. 4 S. 3 AÜG die Möglichkeit, den Leiharbeiter wiederum 15 oder 9 Monate ohne Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu beschäftigen.

### Werkvertraglicher Einsatz

Nach § 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG sind Arbeitnehmerüberlassungsverträge zukünftig immer genau als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu bezeichnen. Wird ein Werkvertrag abgeschlossen, der in Wahrheit ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag ist, nützt es dem Unternehmen nichts mehr, wenn es eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besitzt. Nach § 9 Nr. 1a AÜG ist der Vertrag unwirksam und es wird ein Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb fingiert. Das Gesetz trifft keine Regelung zur

Mitbestimmung des Betriebsrats beim Werkvertrag. In § 80 Abs. 2 BetrVG wird lediglich die bestehende Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zur Unterrichtungspflicht und zur Vorlage der Unterlagen bei allen Formen des Fremdfirmeneinsatzes aufgenommen. Danach umfasst die Unterrichtung insbesondere den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Aufgaben von Fremdfirmenbeschäftigten. Zu den vorzulegenden Unterlagen gehören auch die Verträge, die der Beschäftigung zu Grunde liegen. Ergänzend schreibt § 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG beschränkt auf die Arbeitnehmerüberlassung vor, dass die Person des Leiharbeiters vor jeder Überlassung namentlich zu bezeichnen ist. Geschieht dies nicht, wird nach § 9 Nr. 1a AÜG ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert.

### Verbot des Streikbrechereinsatzes

Nach § 11 Abs. 5 Satz 1 AÜG darf der Entleiher, dessen Betrieb unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffen ist, keinen Leiharbeiter tätig werden lassen. Das bisherige individuelle Leistungsverweigerungsrecht des Leiharbeiters wird insoweit durch ein Verbot des Streikbrechereinsatzes ergänzt. Das Verbot wird jedoch in § 11 Abs. 5 Satz 2 AÜG dadurch aufgeweicht, dass es nur gilt, soweit Arbeitsplätze besetzt werden sollen, die bislang von Arbeitnehmern besetzt wurden, die sich im Arbeitskampf befinden.

### AÜG nicht anwendbar

Nach Art. 1 LA-RL unterliegen alle Betriebe unabhängig davon, ob sie erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgen, den Schutzbestimmungen der Richtlinie und insbesondere dem Gleichbehandlungsgrundsatz beim Arbeitsentgelt. § 1 Abs. 3 AÜG, der die gelegentliche Arbeitnehmerüberlassung und die Konzernleihe vom Anwendungsbereich des AÜG ausschließt, verstößt eklatant gegen dieses Gemeinschaftsrecht.<sup>11</sup> Statt diese Norm aufzuheben und einen gemeinschaftsrechtskonformen Zustand zu schaffen, ist der Gesetzgeber einen umgekehrten Weg gegangen: Im neuen § 1 Abs. 3 Nr. 2b) und 2c) AÜG hat man zusätzlich die Arbeitnehmerüberlassung in Form der Personalgestaltung im öffentlichen Dienst sowie den Pflegedienst der Caritas oder der Diakonie ganz von den Schutzbestimmungen des Gesetzes

### GUT ZU WISSEN

#### Arbeitslose und Asylanten rekrutieren

Verweigert ein Arbeitsloser die Beschäftigung als Leiharbeiter, wird eine Sperrzeit von der Arbeitsagentur verhängt. Parallel zur AÜG-Novelle stellt die Bundesarbeitsministerin den Verleihern mit Asylbewerbern ein neues Rekrutierungsreservoir zur Verfügung: Nach § 32 Abs. 5 Nr. 3 Verordnung über die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern (BeschV) wird die Beschäftigung von Asylbewerbern als Leiharbeiter befristet bis zum 5.8.2019 entgegen dem Verbot von § 40 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG zugelassen.

<sup>10</sup> Vgl. BT-Ds. 18/9232 S. 24.

<sup>11</sup> Boemke/Lembke/Lembke, AÜG § 1 Rdnr. 195, 198; Ulber, AuR 2010, 10; Ulber/Stang, AuR 2015, 250; Ulber/Ulber, J., AÜG, Einl. F Rdnr. 56ff.

## HISTORIE

Im Koalitionsvertrag ist vereinbart, dass die Leiharbeit auf ihre Kernfunktion hin orientiert und dem Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen begegnet werden soll.

Die Bundesregierung erarbeitete am 20.7.2016 dazu einen Gesetzesentwurf (BT-Drs. 18/9232). Am 21.10.2016 wurde dieser mit den vom Ausschuss für Arbeit und Soziales beschlossenen Änderungen (Ausschuss-Drs. 18(11)770) vom Bundestag verabschiedet. Am 1.4.2017 tritt das Gesetz in Kraft.

befreit. Damit kann die Pflege in Krankenhäusern vollständig und dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzt werden, eigene Stammarbeitnehmer werden nicht mehr benötigt.

### Schwellenwerte der Betriebsverfassung

Das BAG hat in verschiedenen Entscheidungen klargestellt, dass bei den Schwellenwerten der Betriebsverfassung Leiharbeitnehmer entsprechend dem jeweiligen Normzweck mitzuzählen sind.<sup>12</sup> Eine entsprechende Regelung wird in § 14 Abs. 2 Satz 4 und 5 AÜG übernommen. Danach sind Leiharbeitnehmer im Rahmen des BetrVG, des Europäischen Betriebsrätegesetzes und der Mitbestimmungsgesetze mitzuzählen, wenn eine Norm eine bestimmte Beschäftigtenzahl voraussetzt. Bei einem reinen Personalabbau nach § 112a BetrVG ist die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern allerdings ausgeschlossen. Bei den Schwellenwerten der Mitbestimmungsgesetze werden Leiharbeitnehmer nach § 14 Abs. 2 Satz 6 AÜG nur berücksichtigt, wenn deren Einsatzdauer sechs Monate übersteigt.

### Widerspruchsrecht bei Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher

Nach §§ 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 1b, 10 AÜG kommt mit dem Entleiher ein Arbeitsverhältnis zustande, wenn der Verleiher die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nicht besitzt, der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nicht als solcher bezeichnet ist oder gegen die Überlassungshöchstdauer verstoßen wird. Nach der Neuregelung kann der Leiharbeitnehmer das Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses jedoch verhindern, indem er erklärt, dass er am Arbeitsverhältnis mit dem illegal tätigen Verleiher festhalten will. Die Erklärung muss nach § 9 Abs. 2 AÜG vor der Abgabe zunächst einer Arbeitsagentur vorgelegt werden. Diese Erklärung kann für den Leiharbeitnehmer fatale Folgen haben. Hat der Verleiher keine Erlaubnis, darf er den Leiharbeitnehmer bei Geltendmachung des Widerspruchsrechts nicht weiterbeschäftigen. Die Entlassung ist zwangsläufige Folge. Eine Belastung der Sozialkassen ist hiermit jedoch nicht verbunden. Durch seine Erklärung hat der Leiharbeitnehmer die Arbeitslosigkeit schließlich selbst herbeigeführt, und zur Strafe gibt es dann natürlich erst einmal eine Sperrzeit beim Arbeitslosengeld.

Dennoch: Das Bemühen des Gesetzgebers um die Sicherheit der »Berufsfreiheit des Arbeitnehmers«<sup>13</sup> verdient Anerkennung.

In einem neuen § 611a Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) werden Kriterien zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags von sonstigen Dienstverträgen festgelegt. Die Kriterien entsprechen weitgehend der bisherigen Rechtsprechung. Ein Blick in das Gesetz kann aber in der Praxis eine Prüfung von Verträgen erleichtern. Welcher Vertragstyp letztlich gilt, richtet sich gemäß § 611a Abs. 1 Satz 6 BGB nach der tatsächlichen Durchführung des Vertragsverhältnisses. Ziel des Gesetzes ist es, missbräuchliche Gestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes durch vermeintlich selbständige Tätigkeiten zu verhindern. Bedauerlicherweise hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, eine Vermutungsregelung aufzunehmen, wonach bei Vorliegen bestimmter Anhaltspunkte von einem Arbeitsverhältnis oder einer Arbeitnehmerüberlassung auszugehen ist.

### Verfassungs- und unionsrechtswidrig

Die mit dem Gesetz verbundene gezielte Diskriminierung von Leiharbeitnehmern und die Legalisierung des Missbrauchs der Leiharbeit als Instrument zur Zerstörung tariflich gesicherter Stammarbeitsplätze sind besorgniserregend. Es bleibt abzuwarten, ob und welche Vereinbarungen die Tarifvertragsparteien auf der Grundlage der verfassungs- und unionsrechtswidrigen Neuregelungen treffen werden. Richtschnur muss dabei der Gleichbehandlungsgrundsatz von Art. 5 LA.RL sein, nach dem einem Leiharbeitnehmer ab dem ersten Tag des Einsatzes mindestens das Arbeitsentgelt eines Stammbeschäftigten zu zahlen ist. Die in den abgeschlossenen Branchentarifverträgen (unter Abzug der Leistungszulage) enthaltene Obergrenze auf höchstens 90 Prozent des Entgelts wird sich nicht halten lassen. Die gravierenden Verstöße gegen die Verfassung und gegen das Gemeinschaftsrecht lassen hoffen, dass das Gesetz nicht lange Bestand haben wird. Es ist nicht zu erwarten, dass das Bundesverfassungsgericht oder der Europäische Gerichtshof auf diese Mogelpackung hereinfällt. ◀

### Jürgen Ulber,

Autor und ehemaliger Ressortleiter Betriebsverfassungs- und Unternehmensrecht beim Vorstand der IG Metall.

<sup>12</sup> Vgl. z. B. BAG 13.3.2013 – 7 ABR 69/11 und 4.11.2015 – 7 ABR 42/13.

<sup>13</sup> So die Begründung der Bundesregierung BT-Ds. 18/9231 S. 25.