

## Was lange währt, wird endlich gut? Bundestag beschließt mit erneuten (!) Änderungen AÜG-Reform

### I. Einleitung

Der Bundestag beschloss am 21.10.2016 den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes („AÜG“) und anderer Gesetze. Dieser Gesetzesentwurf („GE“) basiert zwar auf dem Regierungsentwurf vom 1.6.2016 (über den wir Sie mit unserem Client Alert vom 9.6.2016 bereits informiert hatten), wurde vom Bundestag auf Empfehlung des Ausschusses für Arbeit und Soziales jedoch in einigen Punkten modifiziert. Mit diesem *Client Alert* zeigen wir Ihnen zur Klarstellung die wesentlichen durch den modifizierten GE auf Sie zukommende Änderungen für die Praxis auf und verdeutlichen die Modifikationen des GE im Vergleich zum Regierungsentwurf samt damit verbundener Praxisfolgen. Letztere bewerten wir und weisen auf verbliebene Gestaltungsoptionen hin.

Da der Bundesrat in seinen bisherigen Stellungnahmen hat erkennen lassen, keine Einwände gegen den GE vorbringen zu wollen, ist mit einer baldigen Verabschiedung des GE und dessen Inkrafttreten zum 1.4.2017 zu rechnen.

### II. Die wesentlichen Änderungen und Praxisfolgen des GE

Ergebnis der langwierigen Verhandlungen und diverser überarbeiteter Gesetzesentwürfe ist die Änderung insbesondere des AÜG zum 1.4.2017 in folgenden Punkten:

- **Arbeitnehmerbezogene Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten:** Der Begriff des „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG wird dahingehend konkretisiert, dass zukünftig derselbe Leiharbeitnehmer grundsätzlich nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen werden darf. Es sind bei der Höchstüberlassungsdauer nur Überlassungszeiträume ab dem Inkrafttreten des Gesetzes (nun 1.4.2017!) zu berücksichtigen. Während tarifgebundene Arbeitgeber durch tarifvertragliche Regelungen von der 18-monatigen Höchstüberlassungsgrenze ohne gesetzlich vorgesehene Begrenzung abweichen können, dürfen nicht tarifgebundene Entleiher jetzt entweder die abweichende tarifvertragliche Regelung des für sie einschlägigen Tarifvertrags 1:1 mittels Betriebsvereinbarung übernehmen oder eine Öffnungsklausel im Tarifvertrag für Betriebsvereinbarungen nutzen. Vorherige Überlassungszeiten an denselben Entleiher werden jedoch dann nicht mit angerechnet, wenn zwischen den Einsätzen ein Unterbrechungszeitraum von mehr als drei Monaten liegt.

Im Fall der Überschreitung der Überlassungshöchstdauer kommt gem. §§ 9 Nr. 1b, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG-GE ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zustande. Das gilt nicht, wenn der Leiharbeitnehmer dieser Rechtsfolge innerhalb eines Monats nach Ablauf der Überlassungshöchstdauer schriftlich widerspricht.

- **Sanktionierung verdeckter Arbeitnehmerüberlassung und Kennzeichnungspflicht:** Die verdeckte Arbeitnehmerüberlassung über Scheinwerk- und Scheindienstverträge mit Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis (sog. „Fallschirm-Lösung“) wird nach §§ 9 Nr. 1a, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG-GE der Überlassung ohne Erlaubnis gleichgestellt. Der Überlassungsvertrag muss nun den Sachverhalt gem. § 1 Abs. 1 AÜG-GE explizit als Arbeitnehmerüberlassung kennzeichnen. Folge eines Verstoßes ist auch hier die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeiter und Entleiher, sofern der Leiharbeiter nicht innerhalb eines Monats nach Überlassungsbeginn schriftlich widerspricht.
- **Verschärfung des Equal Pay-Grundsatzes:** Leiharbeiter sollen gem. § 8 AÜG-GE grundsätzlich nach spätestens neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitnehmern beim Entleiher gleichgestellt werden. Dafür sind nur solche Einsatzzeiten zu berücksichtigen, die nach dem 1.4.2017 liegen. Nur soweit für das Arbeitsverhältnis ein (Branchen-) Zuschlagstarifvertrag gilt, der eine stufenweise Heranführung des Arbeitsentgelts an Equal Pay vorsieht, gilt der Anspruch auf Equal Pay nicht. Spätestens nach 15 Monaten muss mit den Branchenzuschlägen allerdings mindestens ein „gleichwertiges“ Arbeitsentgelt erreicht werden. Eine Definition, was „gleichwertig“ sei, fehlt nach wie vor.
- **Kein Einsatz von Leiharbeitern als Streikbrecher:** Leiharbeiter sollen vom Entleiher zwar grundsätzlich nicht in einem im Arbeitskampf befindlichen Betrieb als Streikbrecher eingesetzt werden. Dieses Verbot gilt jedoch zumindest dann nicht, wenn sichergestellt ist, dass Leiharbeiter nicht (ggf. in der Kette) „Tätigkeiten“ wahrnehmen, die bislang von streikenden Arbeitnehmern verrichtet wurden.
- **Berücksichtigung von Leiharbeitern bei Schwellenwerten:** Gem. § 14 Abs. 2 AÜG-GE werden Leiharbeiter, deren Einsatzdauer sechs Monate übersteigt, zukünftig bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung mitgezählt.
- **Legaldefinition des Arbeitsverhältnisses in § 611a BGB:** Das Arbeitsverhältnis wird nun in Übereinstimmung mit der gefestigten BAG-Rechtsprechung legaldefiniert und die Vergütungspflicht normiert.
- **Information und Beteiligung des Betriebsrats bei Werkverträgen:** §§ 80 Abs. 2, 92 Abs. 1 S. 1 BetrVG-GE stellen klar, dass sich die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats auch auf die Beschäftigung von Personen erstrecken, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen.

### III. Modifikationen im aktuellen GE und damit verbundene Praxisfolgen

Die Überarbeitung des Regierungsentwurfes durch den Ausschuss für Arbeit und Soziales im Bundestag hat zu folgenden Änderungen im GE geführt:

- **Formelle Anforderungen an die Festhaltens- bzw. Widerspruchserklärung:** Die formellen Anforderungen an die sogenannte Festhaltens- bzw. Widerspruchserklärung des Leiharbeiters wurden gem. § 9 Abs. 2 und 3 AÜG-GE verschärft. Mit dieser Erklärung kann der Leiharbeiter dem Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher widersprechen und damit an dem bisherigen Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher festhalten. Dies gilt in den folgenden drei Fällen illegaler Überlassung: (i) fehlende Überlassungserlaubnis nach § 1 AÜG, (ii) fehlende Kennzeichnung der Arbeitnehmerüberlassung sowie (iii) Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer.

Diese Festhaltungserklärung ist nunmehr lediglich beachtlich, wenn der Leiharbeitnehmer sie persönlich bei der zuständigen Bundesagentur für Arbeit vorlegt und diese das Datum der Vorlage und eine Identitätsfeststellung vermerkt hat. Man darf auf die praktische Umsetzung gespannt sein. Die Erklärung muss spätestens am dritten Tag nach der Vorlage in der Agentur für Arbeit dem Ver- oder Entleiher zugehen. Sie muss innerhalb eines Monats nach dem Überlassungszeitpunkt (bei Verleihung ohne Erlaubnis oder ausdrücklicher Kennzeichnung) bzw. Ablauf der zulässigen Höchstdauer (im Falle ihrer Überschreitung) erfolgen und darf nicht bereits vor Beginn dieser Frist abgegeben werden.

Diese Verschärfung soll verhindern, dass Entleiher nur solche Leiharbeitnehmer einsetzen, die von vornherein und in jedem Fall auf das Übergangsrecht verzichten, z.B. indem sie eine Festhaltungserklärung „auf Vorrat“ abgeben. Diese Modifikation birgt damit ein gesteigertes Risiko, dass Leiharbeitnehmer im Falle nicht gesetzeskonformer Überlassung einen rechtswirksamen Widerspruch unterlassen. Die daraus resultierende Folge der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher einschließlich der damit verbundenen Haftung des Entleihers für Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuer kann zukünftig nur erschwert verhindert werden (für potentielle Gestaltungsoptionen siehe IV.).

- **Inkrafttreten:** Entgegen der ursprünglichen Planung soll das Gesetz nun erst zum 1.4.2017 (statt zum 1.1.2017) in Kraft treten. Dementsprechend gilt für die Berechnung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG-GE sowie der Überlassungszeit nach § 8 Abs. 4 AÜG-GE, dass Überlassungszeiten vor dem 1.4.2017 außer Betracht bleiben.
- **Legaldefinition des Arbeitsvertrags:** Die noch im Regierungsentwurf enthaltene Legaldefinition des Arbeitnehmers in § 611a BGB-GE wurde entsprechend der Systematik des BGB durch eine Definition des Arbeitsvertrags ersetzt. Die beiden Fassungen sind im Wesentlichen inhaltsgleich. Es wurden lediglich das Merkmal der Dauerhaftigkeit des Weisungsrechts in S. 2 entfernt (und dieses damit der Begriffsbestimmung in § 106 GewO angeglichen) sowie eine Vergütungspflicht in Abs. 2 eingefügt. Ob die Neuregelung des § 611a BGB lediglich eine Klarstellung der bisherigen Rechtslage ist, oder ob sich aus ihr neue Entwicklungen werden ableiten lassen, bleibt abzuwarten. Die Norm lautet nun:

*„§ 611a  
Arbeitsvertrag*

*(1) Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen.*

*Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.*

*(2) Der Arbeitgeber ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“*

## **IV. Verbleibende Gestaltungsoptionen für Unternehmen**

Erklärtes Ziel des GE ist, missbräuchliche Arbeitnehmerüberlassungen zu verhindern. Insbesondere bieten sich jedoch auch in Zukunft folgende Gestaltungsoptionen für Unternehmen mit Leiharbeitnehmereinsatz an:

- Um das Eingreifen des Equal Pay-Grundsatzes nach neun Monaten zu umgehen, kommt insbesondere eine „Rotationslösung“ oder „Karussell-Gestaltung“ in Betracht, bei welcher der Verleiher beispielsweise zwei Leiharbeitnehmer alle neun Monate wechselnd an zwei verschiedene Entleiher überlasst. Dieses Modell liegt insbesondere in Konzernen nahe, in denen die beteiligten Entleiher-Unternehmen ihre Leiharbeitnehmer zyklisch (unterhalb der Neunmonats-Schwelle) austauschen können.
- Leiharbeitnehmer dürfen zukünftig grundsätzlich maximal 18 Monate in einem Unternehmen beschäftigt werden, bevor sie übernommen oder zurückgeschickt werden müssen. Dabei werden nur solche Einsatzzeiten addiert, zwischen denen nicht mindestens drei Monate Unterbrechung liegen. Um Arbeitsplätze dauerhaft mit Leiharbeitnehmern zu besetzen, bleibt es den Unternehmen also unbenommen, diese im eineinhalbjährigen Rhythmus mit neuen Leiharbeitnehmern zu besetzen oder dreimonatige Pausenzeiten einzuplanen. Sofern das Rotationsmodell angewandt wird, erübrigt sich die 18-monatige Höchstüberlassungsdauer ohnehin.
- Da die Anforderungen an die Ausübung des Widerspruchsrechts des Arbeitnehmers verschärft wurden, kommt insbesondere der gesetzeskonformen Ausgestaltung der Überlassungsverträge noch einmal erhöhte Bedeutung zu: Entscheidend ist eine „saubere“ Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung zu Werk- und Dienstverträgen sowie die entsprechende Kennzeichnung und konkrete Benennung des Leiharbeitnehmers im Überlassungsvertrag.

---

Sollten Sie noch Fragen zu diesem *Client Alert* haben, wenden Sie sich bitte an einen der nachfolgend genannten Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner in unserem Hause.

**Prof. Dr. Stefan Lunk**  
stefan.lunk@lw.com  
+49.40.4140.30  
Hamburg

**Dr. Alexander Beck**  
alexander.beck@lw.com  
+49.40.4140.30  
Hamburg

---

**Folgendes könnte Sie auch interessieren**

[Endlich endgültig: Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Änderung des AÜG – Wichtigste Praxisfolgen](#)

[Aktuelles zum Massenentlassungsverfahren](#)

---

*Client Alert* wird von Latham & Watkins LLP für Mandanten und andere Geschäftspartner herausgegeben. Die hierin enthaltenen Informationen dienen nicht als konkreter Rechtsrat. Bei weitergehendem Bedarf an Ausführungen oder Beratung über ein hier dargestelltes Thema wenden Sie sich bitte an Ihren üblichen Ansprechpartner in unserem Hause. Eine Übersicht aller *Client Alerts* finden Sie unter [www.lw.com](http://www.lw.com). Falls Sie eine Aktualisierung Ihrer Kontaktdaten oder eine Anpassung der Informationsmaterialien wünschen, besuchen Sie bitte die Seite <http://events.lw.com/reaction/subscriptionpage.html> für das weltweite Mandanten-Mailing-Programm von Latham & Watkins.