

Einsatz von Fremdpersonal - Das neue AÜG, seine Auswirkungen und Gestaltungsmöglichkeiten -

7. März 2017

Rechtsanwalt Hans-Peter Bernhard
Fachanwalt für Sozialrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Rechtsanwalt Alexander Höcht
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Wirtschaftsmediator
Datenschutzbeauftragter DSB-TÜV

1

Themenübersicht

1. Werk-/Dienstvertrag und verdeckte Leiharbeit
2. Definition Arbeitnehmerüberlassung (ANÜ)
3. Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten
4. Überlassungshöchstdauer
5. Gleichstellungsgrundsatz (Equal Pay)
6. Verbot des Kettenverleihs
7. Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei Schwellenwerten
8. Beteiligungsrechte des Betriebsrats
9. Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher

2

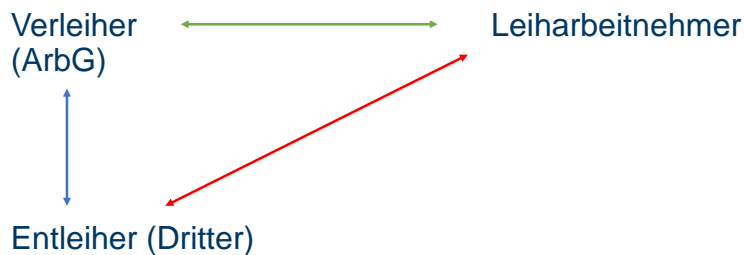
Ziele der AÜG-Reform 2017

1. Verhinderung des Missbrauchs der ANÜ insbesondere durch Werkvertragsgestaltungen („Bekämpfung verdeckter Leiharbeit“)
2. Faire Bezahlung guter Arbeit
3. Orientierung der Leiharbeit auf ihre Kernfunktion

3

Definition Arbeitnehmerüberlassung

Arbeitnehmerüberlassung = Dreiecksverhältnis



- Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Entleiher = Überlassungsverhältnis
- Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer = Arbeitsverhältnis
- Rechtsbeziehung zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer = Arbeitsleistung

4

Definition Werk-/Dienstvertrag

Werk-/Dienstvertrag \neq Dreiecksverhältnis

Unternehmer (Auftragnehmer/Arbeitgeber) \longleftrightarrow Arbeitnehmer



Dritter (Auftraggeber)

- Rechtsbeziehung zwischen Unternehmer und Drittem = Werk-/Dienstvertrag
- Rechtsbeziehung zwischen Unternehmer und Arbeitnehmer = Arbeitsverhältnis
- Keine Rechtsbeziehung zwischen Drittem und Arbeitnehmer (Arbeitnehmer ist als Erfüllungsgehilfe des Unternehmers tätig)

5

Scheinwerkvertrag / verdeckte Leiharbeit

Auftragnehmer (Unternehmer) \longleftrightarrow Arbeitnehmer



Auftraggeber (Dritter)



- Rechtsbeziehung zw. Auftraggeber und Auftragnehmer = Überlassungsverhältnis wegen Scheinwerkvertrag (= verdeckte Leiharbeit) abgesichert mit Überlassungserlaubnis (sog. Vorratserlaubnis) als „Rettungsschirm“
- Rechtsbeziehung zw. Auftragnehmer und Arbeitnehmer = Arbeitsverhältnis
- Rechtsbeziehung zw. Auftraggeber und Arbeitnehmer = Arbeitsleistung

6

Abgrenzung Werk-/Dienstvertrag und ANÜ

Werk-/Dienstvertrag

1. Auftragnehmer schuldet erfolgsbezogene Werk-/Dienstleistung
2. Dem Auftragnehmer obliegt Bestimmung und Risiko, wer, wie, wo und wie lange für Erfolgseintritt/Vertragserfüllung tätig wird
3. Arbeitnehmer sind Erfüllungsgehilfen des Auftragnehmers
4. Personalhoheit des Auftragnehmers

ANÜ

1. Verleiher schuldet Überlassung sorgfältig ausgewählter Arbeitskraft
2. Arbeitnehmer ≠ Erfüllungsgehilfe, = Vertragserfüllung
3. Dem Entleiher obliegt arbeitsvertragliches Weisungsrecht

Abgrenzungsmaßstab: Tatsächliche Durchführung des Vertrags

7

Indizien für das Vorliegen von ANÜ

Eingliederung in Betrieb des Entleihers

- (+) wenn der Auftraggeber (= Entleiher) die Arbeitnehmer des Auftragnehmers (= Leiharbeitnehmer) nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie seine eigenen Arbeitnehmer einsetzt (z. B. durch Koordination der Tätigkeiten, Ausstattung, Zusammenarbeit mit eigenen Arbeitnehmern, Einweisung und Einarbeitung)

Weisungsunterworfenheit

Abgrenzung zwischen

- arbeitsvertraglicher Weisung (= personenbezogen)
- werkvertraglicher Anweisung (= objekt-/projektbezogen)

Praxistipp für Auftraggeber:

Vorgaben/Wünsche/Anregungen direkt an Auftragnehmer
(nicht an unmittelbar vor Ort tätige Arbeitnehmer des Auftragnehmers)

8

Checkliste für Werk-/Dienstvertrag

1. Definition von geschuldeter/m Vertragsleistung/Erfolg
2. Kein arbeitsteiliges Zusammenarbeiten zwischen Arbeitnehmern des Auftraggebers und des Auftragnehmers
3. Keine Weisungen des Auftraggebers an Arbeitnehmer des Auftragnehmers; allenfalls Anweisungen (ggf. Bedenkenanmeldung, Gewährleistung)
4. Erfolgs-/projektbezogene Vergütung
5. Keine Zeiterfassung durch Auftraggeber; keine Vorgaben zu Arbeits-/Anwesenheitszeiten
6. Kein eigener Arbeitsplatz für Externe beim Auftraggeber (ggf. Kostenerstattung/Nutzungsentgelt; ebenso bei Zurverfügungstellung von Arbeitsmitteln/-gerät)

9

Checkliste für Werk-/Dienstvertrag

7. Keine Aufnahme von Externen in Organigramm, Tel-/email-/sonstige Adressverzeichnissen des Auftraggebers
8. Keine Teilnahme von Externen an Betriebsfeiern o.ä.
9. Keine Gewährung von Mitarbeiterleistungen/-vergütungen an Externe
10. Eigene Arbeitskleidung des Auftragnehmers
11. Organisation Fremdpersonaleinsatz über „Einkauf“ (nicht über Personalabteilung)
- 12. Kontrolle gegen schleichende Eingliederung von Fremdpersonal** z. B. durch Einrichtung eines Compliance-Systems und Schulung verantwortlicher Führungskräfte bei Entleiher und Verleiher

10

Definition Arbeitnehmerüberlassung

Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF):

Arbeitgeber als Verleiher überlässt Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung.

- Leiharbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Entleihers **eingegliedert**
- Leiharbeitnehmer unterliegen **Weisungen** des Entleihers

Abgrenzung zu Werk- oder Dienstvertrag

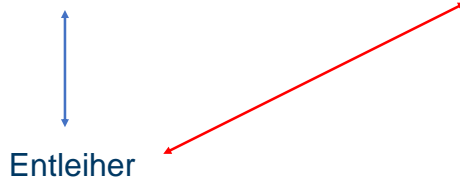
- Nicht ausschlaggebend Benennung des Vertrages, sondern tatsächliche Umsetzung (§ 12 Abs. 1 Satz 2 AÜG nF)

11

Definition Arbeitnehmerüberlassung

Arbeitnehmerüberlassung = Dreiecksverhältnis

Verleiher ←→ Leiharbeitnehmer



- Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Entleiher = **Überlassungsverhältnis**
- Rechtsbeziehung zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer = **Arbeitsverhältnis**
- Rechtsbeziehung zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer = **Arbeitsleistung**

12

Definition Arbeitnehmerüberlassung

Privilegierung der Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Abs. 3 AÜG nF)

Neue Ausnahmetatbestände in § 1 Abs. 3 Ziffern 2b (Personalgestellung) und 2c AÜG nF im öffentlichen Dienst und bei öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften

Definition Arbeitnehmerüberlassung

Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nötig (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG nF)

Rechtsfolgen bei fehlender Erlaubnis:

- Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher sowie der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und dem Leiharbeiter sind unwirksam (§ 9 Abs. 1 AÜG nF)
- Es entsteht ein Arbeitsvertrag zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter (§ 10 Abs. 1 AÜG nF)
- Der Leiharbeiter kann aber erklären, dass er weiterhin Arbeitnehmer des Verleihers bleiben will (Festhaltungserklärung - § 9 Abs. 1 AÜG nF)

Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten

Der Gesetzgeber will verhindern, dass ein Vertragsverhältnis als Werk- oder Dienstvertrag bezeichnet wird, obgleich an sich eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt (Verbot der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung).

- Die Vertragsparteien müssen nun bei Abschluss des Vertrages entscheiden, ob sie eine Arbeitnehmerüberlassung oder einen Werk- bzw. Dienstvertrag wünschen.

15

Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten

Rechtsverhältnis Verleiher - Entleiher

- Überlassung der Leiharbeitnehmer muss im Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet werden (Offenlegungspflicht - § 1 Abs. 1 Satz 5 AÜG nF)
- Verleiher und Entleiher müssen vor Überlassung unter Bezugnahme auf den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag benennen, wer als Leiharbeitnehmer konkret überlassen wird (Vorname und Nachname, bei Verwechslungsgefahr auch Geburtsdatum) (Konkretisierungspflicht - § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG nF)

16

Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten

Praxistipps:

- Schriftform bei Bezeichnung des Leiharbeitnehmers
- Trotz Konkretisierungspflicht sind wohl Arbeitnehmerüberlassungsrahmenverträge mit Gattungsschuld noch möglich
- Konkretisierung gem. § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG nF bzw. Überlassung des Leiharbeitnehmers ist wohl nicht Konkretisierung nach § 243 Abs. 2 BGB

17

Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten

Rechtsfolgen bei Verstoß gegen Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht (z. B. bei einem Scheinwerkvertrag mit „Vorratsüberlassungserlaubnis“)

- Arbeitsverträge zwischen Verleiher und dem Leiharbeitnehmer sind unwirksam (§ 9 Abs. 1 a AÜG nF)
- Es entsteht ein Arbeitsvertrag zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer (§ 10 Abs. 1 AÜG nF)
- Der Leiharbeitnehmer kann aber erklären, dass er weiterhin Arbeitnehmer des Verleihers bleiben will (Festhaltungserklärung - § 9 Abs. 1 a AÜG nF)

18

Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten

- Subsidiärhaftung des Entleihers bei Verstoß gegen Equal Pay (§ 28 e Abs. 2 SGB IV – Haftung des Entleihers als selbstschuldnerischer Bürge für Beitragszahlungspflichten)
- Ordnungswidrigkeit mit Bußgeld bis zu 30.000 €
- Möglicherweise Strafbarkeit nach § 266 a StGB
- Zweifel an Zuverlässigkeit des Verleihers

Praxistipp

Arbeitnehmerüberlassungsverträge bzw. Zusatzvereinbarungen an neue Rechtslage anpassen (ausreichende Kennzeichnung und Konkretisierung – Stichtag 01.04.2017)

19

Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten

Rechtsverhältnis Verleiher - Leiharbeitnehmer

- Verleiher muss den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird (§11 Abs. 2 Satz 4 AÜG nF)

Rechtsfolgen bei Verstoß

- Ordnungswidrigkeit mit Bußgeld bis 1.000 €
- Zweifel an Zuverlässigkeit des Verleihers

Praxistipp

Verträge mit Leiharbeitnehmer bzw. Zusatzvereinbarungen an neue Rechtslage anpassen (Stichtag 01.04.2017)

20

Offenlegungs- und Konkretisierungspflichten

Konsequenz:

Es ist somit zukünftig nicht mehr möglich, dass ein Auftragnehmer mit einer bei der Agentur für Arbeit vorsorglich beantragten und erteilten Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung (sog. **Vorratsüberlassungs-erlaubnis**) einen Schweinwerk- oder Dienstvertrag im Falle einer Überprüfung durch die Sozialversicherungsträger nachträglich als Arbeitnehmerüberlassung legalisiert, um die gravierende Folgen einer illegale Arbeitnehmerüberlassung zu verhindern.

Überlassungshöchstdauer

Verleiher darf Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 Monate demselben Entleiher überlassen (§ 1 Abs. 1 Satz 4 i. V. m. § 1b AÜG nF).

- Der Entleiher darf seinerseits denselben Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate tätig werden lassen.
- Zeiten vor dem 01.04.2017 werden nicht berücksichtigt.

Überlassungshöchstdauer

- Überlassungshöchstdauer = leiharbeitnehmerbezogen und nicht arbeitsplatzbezogen
 - Leiharbeitnehmer darf nach 18 Monaten nicht mehr beim Entleiher eingesetzt werden, auch nicht in einem anderen Betrieb des Entleihers und auch nicht durch einen anderen Verleiher.
 - Der Arbeitsplatz des Entleihers darf aber wieder (mit einem anderen) Leiharbeitnehmer besetzt werden.
 - Ein Arbeitsplatz beim Entleiher kann daher dauerhaft und zeitlich unbegrenzt mit jeweils (wechselnden) Leiharbeitnehmern besetzt werden.
 - Arbeitnehmer können zeitlich unbefristet als Leiharbeitnehmer bei unterschiedlichen Entleihern eingesetzt werden (Rotation bei unterschiedlichen Entleihern).

23

Überlassungshöchstdauer

Ausnahmen

- Leiharbeitnehmer kann dem Entleiher erst wieder für weitere 18 Monate verliehen werden, wenn zwischen den Einsätzen eine Unterbrechung von **mehr als drei Monate** (3 Monate und 1 Tag) liegt.
- Verlängerung der Höchstüberlassungsdauer ist nur auf der Grundlage eines Tarifvertrages der **Entleiherbranche** oder in einer Betriebs-/ Dienstvereinbarung des Entleihers aufgrund eines Tarifvertrages möglich (bei nicht tarifgebundenen Entleiher u. U. nur bis maximal 24 Monate).
- Gemeinschaftsbetrieb schließt Arbeitnehmerüberlassung aus

24

Überlassungshöchstdauer

- Rechtsfolgen im Falle der Überschreitung der Überlassungshöchstdauer:
 - Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer wird unwirksam und es entsteht ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer (§ 9 Abs. 1 b und § 10 Abs. 1 AÜG nF)
 - Der Leiharbeitnehmer kann aber erklären, dass er weiterhin Arbeitnehmer des Verleihers bleiben will (Festhaltungserklärung - § 9 Abs. 1 b AÜG nF)
 - Ordnungswidrigkeit für Verleiher mit Bußgeld bis zu 30.000 €
 - Widerruf der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung

25

Überlassungshöchstdauer

Praxistipps

- Erklärung in Arbeitnehmerüberlassungsvertrag aufnehmen, dass der Leiharbeitnehmer in den letzten drei Monaten nicht beim Entleiher eingesetzt war.
- Auskunft des Entleihers, ob und ggf. welche kollektivrechtlichen Überlassungshöchstgrenzen beim Entleiher gelten
- Wenn Leiharbeitnehmer länger krank ist, Überlassungsvertrag beenden, so dass die Überlassungszeit nicht „weiterläuft“

26

Gleichstellungsgrundsatz (Equal Pay)

Der Verleiher ist verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren (Gleichstellungsgrundsatz, sog. Equal Pay - § 8 AÜG nF).

- Werden im Betrieb des Entleihers Sachbezüge gewährt, kann ein Wertausgleich in Euro erfolgen.
- Der Entleiher hat im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag anzugeben, welche in seinem Betrieb für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gelten (§ 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG nF).

27

Gleichstellungsgrundsatz (Equal Pay)

Ausnahmen (§ 8 Abs. 4 AÜG nF):

- Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz für die ersten neun Monate einer Überlassung, wenn Verleiher einen Tarifvertrag anwendet, der eine solche Ausnahme vorsieht.
- Längere Abweichung durch Tarifvertrag unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 Satz 2 AÜG nF möglich, wenn ein Tarifvertrag mit Branchenzuschlägen besteht.

28

Gleichstellungsgrundsatz (Equal Pay)

Mögliche Rechtsfolgen bei einem Verstoß:

- Ordnungswidrigkeit mit Bußgeld bis zu 500.000 €
- Möglicherweise Strafbarkeit nach § 266 a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt)
- Verleiher droht der Widerruf der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis
- Unwirksamkeit der Klauseln in Vertrag mit Leiharbeitnehmer, die gegen Gleichstellungsgrundsatz verstoßen
- Leiharbeitnehmer kann Gewährung von Equal Pay einklagen
- Subsidiärhaftung des Entleihers bei Verstoß gegen Equal Pay (§ 28 e Abs. 2 SGB IV – Haftung des Entleihers als selbstschuldnerischer Bürge für Beitragszahlungspflichten)

29

Gleichstellungsgrundsatz (Equal Pay)

Praxistipps

- Prüfung, ob Gleichstellungsgrundsatz eingehalten wird
- Prüfung, ob Arbeitnehmerüberlassungsvertrag Angaben zu den Arbeitsbedingungen des Entleihers enthält
- Tarifvertrag?
- Auskunftsanspruch des Verleihers in Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und Leiharbeitnehmervertrag aufnehmen, an welchen Entleiher der Leiharbeitnehmer in den letzten drei Monaten überlassen wurde.

30

Verbot des Kettenverleihs

Das neue AÜG legt jetzt ausdrücklich fest, dass die Überlassung und das Tätigwerden von Arbeitnehmern als Leiharbeiter nur zulässig ist, soweit zwischen Verleiher und dem Leiharbeiter ein Arbeitsverhältnis besteht.

- Leiharbeiter darf nur von seinem Arbeitgeber (Verleiher) verliehen werden
- Entleiher darf den Leiharbeiter nicht seinerseits an einen weiteren Entleiher überlassen
- Ketten-, Zwischen- oder Weiterüberlassungen sind damit unzulässig

31

Verbot des Kettenverleihs

Rechtsfolgen bei Verstoß

- Ordnungswidrigkeit mit Bußgeld bis 30.000 €
- Leiharbeitsvertrag ist unwirksam und es entsteht ein Arbeitsvertrag mit dem letzten Entleiher der Überlassungskette, wenn keine Verleiherlaubnis, Höchstdauer überschritten und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung

Praxistipp

Beim Einsatz von Leiharbeiter bei anderen Unternehmen dürfen diese nicht in Betriebsorganisation eingegliedert werden und dem Weisungsrecht des anderen Unternehmens unterstehen.

32

Berücksichtigung bei Schwellenwerten

- Bei der betrieblichen Mitbestimmung (Betriebsverfassungsgesetz) sind Leiharbeitnehmer zukünftig bei der Berechnung der Schwellenwerte und bei der Bestimmung der Größe des Betriebsrats mitzuzählen.
- Im Rahmen der Unternehmensmitbestimmung sind Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen, wenn diese mehr als sechs Monate eingesetzt sind.
 - Es kann sich nun erstmalig eine Pflicht zur Bildung eines Aufsichtsrats ergeben

Praxistipp

Anzahl der Mitarbeiter und Leiharbeitnehmer prüfen

33

Beteiligungsrechts des Betriebsrats

- Mitwirkungsrecht des Betriebsrats im Entleiherbetrieb nach § 99 BetrVG
- Unterrichtung des Betriebsrats über den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben des Leiharbeitnehmers (§ 80 Abs. 2 BetrVG nF)
- Unterrichtung des Betriebsrats über die geplante Beschäftigung von Leiharbeitnehmern (§ 92 Abs. 1 BetrVG)
- Dem Betriebsrat müssen die dem Fremdpersonaleinsatz zugrunde liegenden Verträge vorgelegt werden, insbesondere der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag.

34

Einsatz v. Leiharbeitnehmern als Streikbrecher

Der Entleiher darf Leiharbeitnehmer nicht tätig werden lassen, wenn sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist (§ 11 Abs. 5 AÜG nF).

- Das Verbot, Leiharbeitnehmer als Streikbrecher einzusetzen, gilt aber dann nicht, wenn der Leiharbeitnehmer zwar während des Arbeitskampfes im Betrieb des Entleihers tätig ist, aber ausschließlich Tätigkeiten abseits des Arbeitskampfes ausführt.
- Die Folgen des Streiks können nunmehr nicht mehr durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern in dem bestreikten Betrieb abgewandt werden.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Rechtsanwalt Hans-Peter Bernhard
Fachanwalt für Sozialrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Tel.: +49 (0821) 345 85 - 16
E-Mail: hpbernhard@seitz-partner.de

Rechtsanwalt Alexander Höcht
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Wirtschaftsmediator
Datenschutzbeauftragter DSB-TÜV

Tel.: +49 (0821) 345 85 - 51
E-Mail: ahoecht@seitz-partner.de

Seitz Weckbach Fackler & Partner
Schießgrabenstr. 14
86150 Augsburg
Telefax: 0821/345 85 - 33

Weitere Informationen unter www.seitz-partner.de

