

Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)

Zwischenstand zu offenen Auslegungsfragen

24.02.2017 bap | In den letzten Monaten haben wir Ihnen zahlreiche Informationen zur Novelle des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) zukommen lassen. Das AÜG in seiner Neufassung wird zum 01.04.2017 in Kraft treten.

Mit Rundschreiben vom 25.11.2016 haben wir Sie darüber in Kenntnis gesetzt, dass der finale Gesetzestext Fragen zur praktischen Umsetzung offen lässt. In den vergangenen Monaten hat der BAP daher an Gesprächen mit anderen Verbänden und Institutionen teilgenommen, um Einzelfragen zu klären und eine Abstimmung zu den noch offenen Rechtsfragen herbeizuführen. Diese Gespräche dauern noch an. Da die überarbeitete Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit (BA) zum neuen AÜG voraussichtlich erst Ende März 2017 erscheinen wird, möchten wir Ihnen im Folgenden Empfehlungen an die Hand geben, um bestehende Rechtsrisiken zu minimieren.

Auch wenn einzelne Fragen (insbesondere zur konkreten Fristberechnung) noch offen sind, möchten wir darauf hinweisen, dass mit Inkrafttreten des Gesetzes am 01.04.2017 zunächst einmal („nur“) die neuen Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflichten umzusetzen sind. Die übrigen Fragen, die vor allem mit der konkreten Fristberechnung in Zusammenhang stehen (z.B. Fristberechnungsmethoden, Einsatzbegriff, Entleiherbegriff) realisieren sich nicht unmittelbar mit Inkrafttreten des Gesetzes, da die gesetzliche Equal-Pay-Schwelle erstmalig nach 9 Monaten und die Höchstüberlassungsgrenze frühestens 18 Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes erreicht werden.

I. Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflichten

Künftig muss der Vertrag zwischen Zeitarbeitsunternehmen und Kunden vor Beginn der Überlassung ausdrücklich als „Arbeitnehmerüberlassungsvertrag“ bezeichnet werden. Des Weiteren ist der jeweilige Zeitarbeiter vor der Überlassung unter Bezugnahme auf den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag (namentlich) zu konkretisieren.

Die Überlassung eines Arbeitnehmers ohne ausdrückliche Bezeichnung des Vertrages als Arbeitnehmerüberlassung **und** die fehlende namentliche Konkretisierung des einzelnen Arbeitnehmers führen zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kunden.

Hinweis:

Im schriftlichen und somit von beiden Seiten vor der Überlassung zu unterzeichnenden (Rahmen-) Arbeitnehmerüberlassungsvertrag muss daher ausdrücklich die Bezeichnung „Arbeitnehmerüberlassung“ aufgenommen werden.

Da die Frage, ob eine Konkretisierung des Zeitarbeitnehmers auch in Textform (z.B. durch Fax oder E-Mail) erfolgen kann, noch nicht abschließend geklärt ist, sollte die Konkretisierung des Zeitarbeitnehmers bis zur zweifelsfreien Klärung vor der Überlassung in Schriftform nach § 126 BGB erfolgen. Sollte aus zeitlichen Gründen die Konkretisierung nur in Textform möglich sein, sollte die schriftliche

Konkretisierung gem. § 126 BGB zumindest nachgeholt werden. Es ist davon auszugehen, dass die Regelungen zu den Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflichten für solche Arbeitnehmerüberlassungen gelten, die ab dem 01.04.2017 beginnen. Gleichwohl sollten aus Rechtssicherheitsgründen sämtliche laufende Arbeitnehmerüberlassungsverträge auf die Bezeichnungspflicht hin überprüft werden. Zudem sollte bei der Konkretisierung der Person des Zeitarbeitnehmers auf einen ausdrücklichen Bezug zum (Rahmen-) Arbeitnehmerüberlassungsvertrag geachtet werden.

Hinweis:

Zeitarbeitsunternehmen trifft zusätzlich die Verpflichtung, den Zeitarbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als „*Leiharbeitnehmer*“ tätig wird. Um diese neue gesetzliche Verpflichtung zu erfüllen, empfehlen wir Ihnen, den Mitarbeiter darüber in der Einsatzmitteilung zum entsprechenden Kundeneinsatz zu informieren und diesbezüglich den Zusatz aufzunehmen, dass der Mitarbeiter als „*Leiharbeitnehmer*“ beim Kunden im Wege der Arbeitnehmerüberlassung gem. § 11 Absatz 2 Satz 4 AÜG tätig wird.

II. Gesetzliche Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten

Das AÜG sieht künftig eine arbeitnehmerbezogene Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten vor. Derselbe Zeitarbeitnehmer darf ab Inkrafttreten des Gesetzes (01.04.2017) grundsätzlich nur noch für die Dauer von 18 Monaten an denselben Kunden überlassen werden.

Für die Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten sind vorhergehende Einsatzzeiten bei dem jeweiligen Kunden anzurechnen, gleichgültig, ob der jeweilige Zeitarbeitnehmer über dasselbe Zeitarbeitsunternehmen oder zuvor über ein anderes Zeitarbeitsunternehmen an diesen Kunden überlassen worden war.

Vor dem 01.04.2017 angefallene Überlassungszeiten werden nicht auf die 18-monatige Höchstüberlassungsdauer angerechnet. Bei einem ununterbrochenem Einsatz des Zeitarbeitnehmers wäre die Höchstüberlassungsgrenze nach der Fristenberechnung gem. §§ 187, 188 BGB erstmalig mit Ablauf des 30.09.2018 erreicht.

In Diskussion ist derzeit allerdings, ob sich die Fristenberechnung - generell oder zumindest in den Fällen, in denen die maßgebliche Einsatzzeit aufgrund von Unterbrechungen nicht zusammenhängend erreicht wird - nach § 191 BGB richtet. § 191 BGB lautet: „*Ist ein Zeitraum nach Monaten oder nach Jahren in dem Sinne bestimmt, dass er nicht zusammenhängend zu verlaufen braucht, so wird der Monat zu 30, das Jahr zu 365 Tagen gerechnet.*“

Bei einer generellen Anwendung dieser Vorschrift wäre bei einem ununterbrochenen Einsatz die Höchstüberlassungsgrenze nach einer Einsatzzeit von 18×30 Tagen = 540 Tagen somit bereits mit Ablauf des 22.09.2018 erreicht.

Berechnung nach §§ 187, 188 BGB (9 bzw. 18 Einsatzmonate):

	Fristbeginn:	Einsatzzeit	Fristende:
Equal Pay:	01.04.2017	9 Monate	31.12.2017
Höchstüberlassung:	01.04.2017	18 Monate	30.09.2018

Berechnung nach § 191 BGB (270 bzw. 540 Einsatztage):

	Fristbeginn:	Einsatzzeit	Fristende:
Equal Pay:	01.04.2017	270 Tage	26.12.2017
Höchstüberlassung:	01.04.2017	540 Tage	22.09.2018

Hinweis:

Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine Fristberechnung für die maßgeblichen Einsatzzeiten nach § 191 BGB beabsichtigt hat, denn in Verlautbarungen des BMAS wurde stets der 01.01.2018 als Datum für das erstmalige Greifen des gesetzlichen Equal Pay-Anspruchs genannt. Da eine Fristenberechnung nach § 191 BGB regelmäßig zu einem früheren Erreichen der 9 bzw. 18 Monatsgrenze führt, kann es sich aus Rechtssicherheitsgründen empfehlen, bis zur zweifelsfreien Klärung dieser offenen Rechtsfrage die Fristenberechnung nach § 191 BGB durchzuführen.

Überlassungszeiten bleiben unberücksichtigt, wenn der letzte Einsatz bei demselben Kunden mehr als 3 Monate zurückliegt. Das bedeutet, dass bei einer erneuten Überlassung desselben Zeitarbeitnehmers an denselben Kunden die Bemessung der Einsatzdauer neu – also ab „0“ – wieder zu laufen beginnt, wenn der letzte Einsatz bei diesem Kunden mehr als 3 Monate zurückliegt. Sollte der Unterbrechungszeitraum kürzer sein, führt das dazu, dass die bisherige Einsatzdauer des Zeitarbeitnehmers bei dem Kunden weiter berücksichtigt/angerechnet werden muss.

Hinweis:

Nach derzeitiger BAP-Einschätzung sollte der Wortlaut „mehr als 3 Monate“ aus Rechtssicherheitsgründen in der Weise verstanden werden, dass der letzte Einsatz mindestens 3 Monate und 1 Tag zurückliegen muss, damit dieser unberücksichtigt bleibt und die Bemessung der Einsatzdauer wieder bei „0“ zu laufen beginnt.

Dabei ist noch nicht abschließend geklärt, welche Anforderungen an eine Unterbrechung zu stellen sind. Einerseits kommt der materielle Einsatzbegriff in Betracht, welcher neben dem Bestehen eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages auch ein tatsächliches Tätigwerden des Zeitarbeitnehmers fordert, so dass z.B. Urlaub/Krankheit/Feiertage zu einer Unterbrechung des Einsatzes führen würden.

Dieser streng materielle Einsatzbegriff würde dazu führen, dass alleine schon aufgrund von Urlaub eine ununterbrochene Einsatzzeit (9 bzw. 18 Monate) nie zusammenhängend entstehen könnte. Der formelle Einsatzbegriff stellt demgegenüber auf das Bestehen des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages ab, so dass eine Unterbrechung des Einsatzes nicht vorliegt, solange der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nicht beendet wurde. Nach dieser formellen Einsatzdefinition stellt das Fernbleiben aufgrund von Urlaub/Krankheit/Feiertagen während eines Einsatzes keine Unterbrechung dar.

III. Gesetzliche Equal Pay-Regelung

Werden bei der Überlassung Zeitarbeitsverträge angewendet, hat der überlassene Arbeitnehmer ab Inkrafttreten des geänderten AÜG (01.04.2017) grundsätzlich nach 9 Monaten ununterbrochener Überlassung an denselben Kunden einen gesetzlichen Equal Pay-Anspruch.

Ab diesem Zeitpunkt ist es grundsätzlich nicht mehr möglich, durch Zeitarbeitsverträge vom Gleichstellungsgebot hinsichtlich des Arbeitsentgelts (Equal Pay) abzuweichen, es sei denn, es gelten bei der Überlassung (zusätzlich) Branchenzuschlagstarifverträge. Sofern die Überlassung eines Zeitarbeitnehmers ohne Anwendung von Branchenzuschlagstarifverträgen über 9 Monate hinaus geht, muss spätestens ab Erreichen der Equal Pay-Schwelle das Arbeitsentgelt eines vergleichbaren Stammesbeschäftigten im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag fixiert sein.

Für das Erreichen der gesetzlichen Equal Pay-Schwelle sind vorhergehende Einsatzzeiten bei dem jeweiligen Kunden anzurechnen, gleichgültig, ob der jeweilige Zeitarbeitnehmer über dasselbe Zeitarbeitsunternehmen oder zuvor über ein anderes Zeitarbeitsunternehmen an diesen Kunden überlassen worden war.

Bei einem ununterbrochenen Einsatz des Zeitarbeitnehmers würde der gesetzliche Equal Pay-Anspruch nach der Fristenberechnung gem. §§ 187, 188 BGB erstmalig ab dem 01.01.2018 entstehen. Bei einer generellen Anwendung des § 191 BGB (siehe II.) würde der gesetzliche Equal Pay - Anspruch bei einem ununterbrochenen Einsatz nach einer Einsatzzeit von 9×30 Tagen = 270 Tagen und somit bereits am 27.12.2017 erstmalig entstehen.

Hinweis:

Da sich wie bei der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer die gleichen offenen Rechtsfragen zur Fristenberechnung und zur Unterbrechungsregelung stellen (siehe oben), kann es sich empfehlen, hier gleichermaßen aus Rechtssicherheitsgründen bis zur abschließenden Klärung die Fristenberechnung nach § 191 BGB durchzuführen und bei der Unterbrechungsregelung von mindestens drei Monaten und einem Tag auszugehen.

IV. Entleiherbegriff

Für die Fristberechnung ist ebenfalls von Bedeutung, ob der Entleiherbegriff betriebsbezogen oder unternehmensbezogen zu verstehen ist, da hiervon abhängig ist, ob ggfs. Einsatzzeiten zu addieren sind. Der BAP und viele Kundenverbände haben sich im Gesetzgebungsverfahren und auch danach

stets dafür ausgesprochen, dass unter „Entleiher“ nicht das Unternehmen, welches als Rechtsperson den Vertrag unterzeichnet hat, sondern der Betrieb, in dem der Mitarbeiter eingesetzt ist, zu verstehen ist. Zudem wird auch im Bereich der u.a. vom BAP abgeschlossenen Branchenzuschlagstarifverträge nur auf den Einsatz im jeweiligen Kundenbetrieb abgestellt und maßgebliche Einsatzzeiten nur betriebsbezogen ermittelt. Auch die BA hat in ihren bisherigen Geschäftsanweisungen den Begriff des Entleihers betriebsbezogen definiert.

Im Zusammenhang mit der AÜG-Novellierung wird jedoch überwiegend vertreten, dass der Begriff des Entleihers „unternehmensbezogen“ auszulegen sei. Dies wird zum einen damit begründet, dass der Betrieb keine eigene Rechtsperson sei und damit auch nicht Vertragspartner des Zeitarbeitsunternehmens sein könne. Zum anderen wird argumentiert, dass in den (Sanktions-)Fällen, bei denen es zu einer Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum „Entleiher“ kommt, dieses mit dem Vertragspartner entstehe, welches das Unternehmen sei, das den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag abgeschlossen hat und nicht der Betrieb, in dem der Mitarbeiter schlicht eingesetzt war.

Hinweis:

Angesichts der Rechtsunsicherheit empfehlen wir Ihnen, den Entleiherbegriff bis zur endgültigen Klärung unternehmensbezogen zu verstehen und Einsatzzeiten zu addieren, wenn der Mitarbeiter in mehreren Betrieben eines Unternehmens wechselnd tätig wird.

Selbstverständlich werden wir Sie darüber informieren, sobald uns neue Informationen zu den offenen Auslegungsfragen und der neuen Geschäftsanweisung der BA vorliegen.

