

9. März 2017

# Leiharbeit

Vom 1. April an gilt das neue Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Es regelt die Leiharbeit. Auch das Betriebsverfassungsgesetz wurde im Hinblick auf die Leiharbeitnehmer verändert.

Ausgangspunkt für die Neuregelung war der Vorwurf an den Gesetzgeber, er habe mit dem bisherigen AÜG die EU-Richtlinie zur Leiharbeit nicht richtig umgesetzt. Die EU-Richtlinie enthält in der Präambel die Regelung, dass Leiharbeit vorübergehend sei. Dem deutschen Gesetzgeber war bislang vorgeworfen worden, dass er dieses „vorübergehend“ nicht konkretisiert habe.

## Höchstüberlassungsdauer

Ein Leiharbeitnehmer kann (von einigen Ausnahmen abgesehen) an denselben Entleiher nur maximal für 18 Monate überlassen werden. Wird diese Höchstdauer überschritten, so kommt ein Arbeitsvertrag zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zustande. Das bestehende Arbeitsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer wird unwirksam. Der Verleiher verliert überdies die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis und gegen ihn kann ein Bußgeld verhängt werden.

Dem Entleiher ist es nicht verboten, einen Stammarbeitsplatz dauerhaft mit Leiharbeitnehmern zu besetzen. Es reicht, wenn alle 18 Monate ein anderer Leiharbeitnehmer den Arbeitsplatz einnimmt. Dass die Überlassungsdauer arbeitnehmerbezogen zu lesen ist, ist nach dem Wortlaut des Gesetzes eindeutig. Dagegen spricht allerdings die Gesetzesbegründung. Dort heißt es, mit der Höchstüberlassungsdauer werde „einer dauerhaften Substitution von Stammbeschäftigten entgegengewirkt“. Es wartet also Arbeit auf das Bundesarbeitsgericht. Die 18 Monate Höchstüberlassungsdauer müssen aufeinander folgen.

Diese Frist gilt auch für Alt-Verträge, allerdings werden die Leihzeiten, die vor dem 1.4.2017 angefallen sind, bei der Berechnung der 18-Monatsfrist nicht mit berücksichtigt.

Es ist nicht verboten, ein- und denselben Leiharbeitnehmer beim selben Entleiher mehrfach für z. B. 18 Monate einzusetzen. Es muss lediglich zwischen den Einsätzen eine Pause von drei Monaten liegen. Wird die Pause von drei Monaten nicht eingehalten, so werden die Leihzeiträume addiert. Urlaub oder Krankheit verlängern die Höchstüberlassungsdauer nicht. Diese Frist von 18 Monaten beginnt in jeder Firma neu zu laufen. Das gilt auch für einen Wechsel innerhalb von

Konzernfirmen. Wer z. B. zunächst als Arbeitnehmer bei einer Firma beschäftigt war, kann von der konzerneigenen Leihfirma weiter beschäftigt werden. Der Arbeitgeber muss nur darauf achten, dass eine Pause von sechs Monaten eingehalten wird. Wird diese sechsmonatige Pause nicht eingehalten, so muss vom ersten Tag an dem Leiharbeitnehmer derselbe Lohn gezahlt werden wie den Stammarbeitnehmern. Diese Regelung soll den durch Schlecker bekannt gewordenen sog. Drehtüreffekt verhindern.

### **Gemeinschaftsbetrieb**

Im Zuge der konzerneigenen Leihe haben die Verlage relativ häufig einen Gemeinschaftsbetrieb errichtet. Dabei handelt es sich um zwei rechtlich selbstständige Firmen, die allerdings eine gemeinsame Betriebsstätte haben und einen einheitlichen Leitungsapparat, der die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt. Der einheitliche Leitungsapparat hat zur Folge, dass der Betriebsrat für die Beschäftigten beider Firmen zuständig ist. Theoretisch denkbar wäre im Gemeinschaftsbetrieb, dass der Leiharbeitnehmer 18 Monate bei Firma A arbeitet und 18 Monate bei Firma B; faktisch aber auf ein- und demselben Arbeitsplatz bleibt. Prof. Hamann von der Uni Duisburg/Essen hält eine derartige Konstruktion aufgrund der Neufassung für nicht mehr zulässig, denn derselbe Leiharbeitnehmer soll nach der Neufassung gerade nicht dauerhaft auf demselben Arbeitsplatz eingesetzt werden dürfen (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht/NZA, 2017, 214). Bei einem Gemeinschaftsbetrieb seien alle beteiligten Unternehmen als Entleiher anzusehen, da sie ihre Arbeitgeberfunktion auf die einheitliche Leitung des Gemeinschaftsbetriebs übertragen hätten.

### **Tarifvertrag**

Durch einen Tarifvertrag, der in der Einsatzbranche des Leiharbeitnehmers gilt, kann die Höchstüberlassungsdauer verkürzt oder verlängert werden. An eine Höchstdauer müssen sich die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche nicht halten.

Ist die Entleihfirma zwar nicht tarifgebunden, wird aber vom definierten Geltungsbereich eines derartigen Tarifvertrags erfasst, so können per Betriebs- oder Dienstvereinbarung die Tarifregeln übernommen werden. Haben die Tarifvertragsparteien selber keine Höchstüberlassungsdauer festgelegt, sondern lediglich den Betriebs- oder Personalräten das Recht zur Festlegung der Höchstüberlassungsdauer eingeräumt (sog. Öffnungsklausel), so kann auch der nicht tarifgebundene Entleiher davon Gebrauch machen. Die Höchstüberlassungsdauer beträgt in diesem Fall 24 Monate.

Strittig ist, ob diese Regelung mit der EU-Leiharbeitsrichtlinie vereinbar ist, räumt doch der deutsche Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien ein, ohne zeitliche Begrenzung die Überlassungsdauer zu vereinbaren. Die EU-Leiharbeitsrichtlinie geht aber nach wie vor von einem vorübergehenden Einsatz aus.

## **Rundfunk**

Keine Anwendung findet das AÜG auf die so genannten Gestellungsarbeitsverträge des öffentlichen Dienstes. Voraussetzung ist entweder, dass aufgrund eines Tarifvertrags des öffentlichen Dienstes das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber weiterbesteht, künftig aber die Arbeitsleistung beim anderen Arbeitgeber erbracht wird, weil die Arbeit verlagert wurde. Ferner findet das AÜG keine Anwendung, wenn der Arbeitgeber eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist und die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes angewendet werden.

Einige öffentlich-rechtliche Rundfunksender reklamieren diese Ausnahmeregelung für sich und behaupten, sie würden die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes anwenden. Art. 1 der EU-Richtlinie Leiharbeit kennt allerdings keine Ausnahmeregelung für den öffentlichen Dienst.

## **Wahlrecht**

Wird die Höchstüberlassungsdauer überschritten, so kann der Leiharbeitnehmer auf das qua Gesetz entstandene Arbeitsverhältnis mit der Entleiherfirma verzichten. Er kann nämlich schriftlich erklären, dass er am Arbeitsverhältnis mit der Verleihfirma festhält. Bevor diese Erklärung abgegeben wird, muss sie zunächst der Arbeitsagentur vorgelegt werden. Die Erklärung muss innerhalb eines Monats abgegeben werden. Hat der Verleiher keine Verleiherlaubnis (weil er sie z. B. wegen überschreitender Höchstüberlassungsdauer verloren hat), darf er trotz einer derartigen Erklärung den Leiharbeitnehmer nicht weiterbeschäftigen, er kann ihn nur entlassen. Da in diesem Fall der Leiharbeitnehmer seine Arbeitslosigkeit selbst herbeigeführt hat, erhält er eine Sperrzeit beim ALG I.

## **Equal Pay**

Im Grundsatz hat der Leiharbeitnehmer vom ersten Tag des Arbeitsverhältnisses an gegen den Verleiher den Anspruch auf den Lohn, den die Stammarbeitskräfte im Entleiherbetrieb erhalten. Es gibt allerdings Ausnahmen. Per Tarifvertrag kann von diesem so genannten Gleichstellungsgrundsatz abgewichen werden. Die Tarifvertragsparteien dürfen allerdings nicht den Mindestlohn unterschreiten. Eine dauerhafte Unterschreitung ist auch per Tarifvertrag nicht möglich. Eine Unterschreitung des Arbeitsentgelts ist nur für die ersten neun Monate einer Überlassung an den Entleiher möglich. Dann gibt es noch die Ausnahme von der Ausnahme: Per Tarifvertrag kann auch bis zu 15 Monate von dem Gleichstellungsgrundsatz abgewichen werden, sofern nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen das Arbeitsentgelt stufenweise auf das Niveau des Entgelts der Stammarbeitskräfte angehoben wird. Nicht tarifgebundene Arbeitgeber, die allerdings vom Geltungsbereich eines derartigen Tarifvertrags umfasst werden, können die Anwendung des Tarifvertrags vereinbaren.

Die abweichende tarifliche Regelung gilt nicht für Leiharbeitnehmer, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung beim Entleiher oder in einer

Konzernfirma des Entleihers als Arbeitnehmer beschäftigt waren. Sie haben qua Gesetz Anspruch auf Equal Pay.

Art. 5 Abs. 1 der EU-Richtlinie Leiharbeit sieht den Anspruch auf gleiches Entgelt ab dem ersten Tag des Einsatzes bei dem Entleiher vor. Es wird daher vom BAG entschieden werden müssen, ob der deutsche Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien diese Regelungskompetenz einräumen konnte.

Die so genannte Beweislast für den Leiharbeitnehmer wurde nicht verbessert. Erhält der Leiharbeitnehmer den Stundenlohn der Stammarbeitskräfte, so wird gesetzlich vermutet, dass er den Stammarbeitskräften entgeltmäßig gleichgestellt ist. Der Leiharbeitnehmer muss also beweisen, dass die Stammarbeitskräfte neben dem Stundenlohn z. B. ein Weihnachtsgeld, einen Essensgeldzuschuss oder Deputate in Form firmeneigener Erzeugnisse wie z. B. Zeitungen/Zeitschriften erhalten.

### **Werkvertrag**

In der Vergangenheit wurden gelegentlich so genannte Werkverträge vereinbart; das bedeutet, man wurde als Freiberufler beschäftigt, der ein bestimmtes Werk abzuliefern habe, dem aber hinsichtlich Zeit und Ort der Tätigkeit keinerlei Weisungen erteilt wurden. In der Praxis war der Werkdienstleistende häufig nicht vom Leiharbeitnehmer zu unterscheiden. Die Firmen hatten, obgleich sie sich nicht als Leiharbeitsfirma sahen, zur eigenen Sicherheit sich eine Verleiherlaubnis von der Arbeitsagentur geben lassen. Im Bedarfsfall beriefen sie sich dann auf diese Verleiherlaubnis. Wird ein Leiharbeitsverhältnis praktiziert, obgleich man es anders bezeichnet hatte, so ist der Werkvertrag unwirksam und es wird ein Arbeitsverhältnis zur Entleiherfirma fingiert.

### **Streikbruch**

Der Entleiher darf Leiharbeitnehmer nicht als Streikbrecher einsetzen. Das gesetzliche Verbot gilt allerdings nur für solche Arbeitsplätze, die von Streikenden besetzt werden. Ein Rotationsverfahren ist also möglich; d. h. der Arbeitgeber füllt die Lücken, die die Streikenden reißen, mit arbeitswilligen Arbeitnehmern auf und auf deren Arbeitsplätze setzt er die Leiharbeitnehmer.

### **Offenkundigkeitsgebot**

Der Verleiher hat gegenüber dem Leiharbeitnehmer drei Pflichten; er muss die Arbeitnehmerüberlassung als solche im Vertrag bezeichnen (sog. Kennzeichnungspflicht); der überlassene Mitarbeiter muss vor dem Verleih benannt werden (Konkretisierungspflicht) und dem Leiharbeitnehmer muss vor jedem Einsatz mitgeteilt werden, dass er als Leiharbeitnehmer eingesetzt wird (sog. Informationspflicht). Wird eine dieser Pflichten nicht erfüllt, so ist die Arbeitnehmerüberlassung unwirksam. Der Arbeitnehmer kann allerdings auch trotz Verstoß des Verleihers an dem Arbeitsverhältnis festhalten, wenn er dies innerhalb

eines Monats erklärt und zuvor die Erklärung der Arbeitsagentur vorgelegt hat. Die Frist beginnt entweder mit dem Vertragsbeginn oder mit dem Einsatz. Wird diese Erklärung nicht abgegeben, so wird ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert.

### **Betriebsrat**

Gemäß § 80 BetrVG muss dem Betriebsrat mitgeteilt werden, welche Personen Leiharbeit leisten bzw. einen Werkvertrag akzeptiert haben. Das Gesetz konkretisiert auch, welche Angaben der Arbeitgeber machen muss, nämlich der zeitliche Umfang des Einsatzes muss mitgeteilt werden, ebenso der Einsatzort und die Arbeitsaufgaben der Personen. Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat auch die Verträge vorzulegen, die Leiharbeitnehmer bzw. Werkvertragler akzeptiert haben – so ausdrücklich in § 80 Abs. 2 Satz 2 BetrVG. Im Rahmen der Personalplanung gemäß § 92 muss der Arbeitgeber ebenfalls angeben, welche Personen nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen.

Geht es um die Wahl des Betriebsrats, des Europäischen Betriebsrats oder des SE-Betriebsrats, so werden die Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb mitgezählt. Im Verleiherbetrieb werden sie schon aufgrund ihres Arbeitsvertrags mitgezählt.

Geht es dagegen im Rahmen der Mitbestimmung um eine bestimmte Beschäftigtenzahl, so werden die Leiharbeitnehmer im Entleiherunternehmen nur mitgezählt, wenn die Einsatzdauer länger als sechs Monate ist.

Komplett außen vor bleiben die Leiharbeitnehmer im Entleiherbetrieb, wenn es um den reinen Personalabbau im Sinne des § 112a BetrVG geht.

### **Definition Arbeitnehmer**

§ 611a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) definiert erstmals den Arbeitnehmerbegriff. Es wird weitgehend die von der Rechtsprechung entwickelte Definition übernommen (weisungsgebundene, zeitlich fremdbestimmte Arbeit). Leider hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, die Beweislast umzukehren; dann hätte er nämlich regeln müssen, dass bei Vorliegen bestimmter Anhaltspunkte von einem Arbeitsverhältnis oder einem Leiharbeitsverhältnis auszugehen ist. Da dies nicht geschehen ist, bleibt die Beweislast für den Status beim sog. „festen Freien“, „Pauschalisten“, „Bedarfsbeschäftigten“.

Redaktion: Gerda Theile

☎ 0228/2 01 72 11;

E-Mail: the@djv.de

## -Betriebsräteseminare 2017

### **Kündigung und Aufhebungsvertrag**

**8.-10. Mai 2017, Würzburg (Anmeldeschluss: 3. April!)**

Zwischen Kündigung und Aufhebungsvertrag gibt es grundlegende Unterschiede. In dem Seminar lernen Sie u. a., worin die Vor- und Nachteile eines Aufhebungsvertrags für Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehen, wie hoch eine Abfindung sein sollte und wie Sperrzeiten vermieden werden können.

⇒ [weitere Infos und Anmeldeformular](#)

### **Grundseminar für Betriebsräte**

**15.-17. Mai 2017, Berlin (Anmeldeschluss: 10. April!)**

Das Seminar informiert neu gewählte Betriebsräte über die wichtigsten Voraussetzungen für den Beginn ihrer Arbeit: Rechte und Pflichten gegenüber dem Arbeitgeber, Möglichkeiten und Grenzen der Mitwirkung und Mitbestimmung.

⇒ [weitere Infos und Anmeldeformular](#)

### **Irrtümer im Arbeitsrecht**

**19./20. Juni 2017, Kassel (Anmeldeschluss: 15. Mai!)**

Das Arbeitsrecht steckt voller Tücken, denn neben gesetzlichen Vorschriften sind auch tarifliche Regelungen und Betriebsvereinbarungen zu beachten. In dem Seminar werden „typische“ Irrtümer, z. B. in Bezug auf Arbeitszeit, Kündigung, Krankheit, Urlaub, vorgestellt und aus dem Weg geräumt.

⇒ [weitere Infos und Anmeldeformular](#)

### **Betriebsratswahlen**

**24. Oktober 2017, Duisburg (Anmeldeschluss: 18. September!)**

**21. November 2017, Hannover (Anmeldeschluss: 17. Oktober!)**

**5. Dezember 2017, Hamburg (Anmeldeschluss: 2. November!)**

Im März 2018 werden die Betriebsratswahlen in den Verlagen, Nachrichtenagenturen und beim Privatfunk stattfinden. Das Seminar wendet sich an Mitglieder des Wahlvorstandes bzw. an Betriebsratsmitglieder, die bei der Organisation der Betriebsratswahl mitwirken. Wer ist wahlberechtigt, wer kann gewählt werden und welche Fristen sind zu beachten? Das sind die wichtigsten Themen der Veranstaltung.

⇒ [weitere Infos und Anmeldeformular](#)