

2. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) im Wandel

- 125 Seit 1972 ist die Leiharbeit in Deutschland im Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG) gesetzlich geregelt. Dessen Vorschriften regeln primär den sozialen Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die Leiharbeit leisten. Mit dem Gesetz werden aber auch beschäftigungspolitische Ziele verfolgt.
- 130 Die Voraussetzung dafür, dass es in Deutschland überhaupt zu einer gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung kommen konnte, wurde durch ein **Grundsatzurteil des BVerfG** vom 4.4.1967¹ geschaffen: Die Hüter der Verfassung erlaubten damit die Verleihung von Zeitarbeitern durch Arbeitnehmerüberlassungsverträge und schränkten das Vermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit (heute: Bundesagentur für Arbeit) ein.
- 135 Das AÜG ist seit seinem Inkrafttreten mehrfach geändert worden. Die jüngste Novellierung erfolgte zum 1.4.2017 durch das **„Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“** vom 21.2.2017². Die Kernelemente der bisherigen Gesetzesänderungen bis hin zur AÜG-Reform 2017 werden ihrer zeitlichen Entwicklung entsprechend im Folgenden kurz dargestellt.

2.1 Hartz-Reformen

- 140 Im Zuge der „Hartz-Gesetze“ traten zum 1.1.2003 Änderungen des AÜG in Kraft. Das „Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ (Hartz I) führte zu einer erheblichen Liberalisierung des rechtlichen Rahmens der Zeitarbeit: Bis dahin bestehende Beschränkungen, wie das Befristungs- und Synchronisationsverbot, das Wiedereinstellungsverbot und die Beschränkung der Überlassungsdauer, wurden aufgehoben. Andererseits führte der Gesetzgeber damals zugunsten der Leiharbeitnehmer den Gleichstellungsgrundsatz, das sogenannte „Equal Pay“ ein – allerdings verbunden mit einem Tarifvorbehalt (dazu → Ziffer 2.4.5).

2.2 Umsetzung der Leiharbeitsrichtlinie

- 145 Europarechtlich ist Leiharbeit seit November 2008 Regelungsgegenstand einer **EU-Richtlinie**, nämlich der RL 2008/104/EG (Leiharbeits-Richtlinie). Die Leiharbeits-Richtlinie legt EU-weit einheitliche Mindeststandards für die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern fest.
- 150 Zum 1.12.2011 erfolgte die Anpassung des AÜG an die europarechtlichen Vorgaben dieser Richtlinie. Diese hatte den EU-Mitgliedstaaten zur innerstaatlichen gesetzlichen Umsetzung bis spätestens 5.12.2011 Zeit gegeben, die wesentlichen Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer

1 1 BvR 84/65

2 BGBl. I 2017, S. 258 ff.

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) im Wandel

während der Dauer ihrer Überlassung an den Entleiher so zu regeln, dass sie den Bedingungen entsprechen, die für sie gelten würden, wenn sie Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens wären (sogenanntes Gleichstellungsgebot - „Equal Pay“, → im Detail Ziffer 2.4.5). Die Bundesrepublik Deutschland novellierte demzufolge das zu diesem Zeitpunkt bereits mehrfach geänderte AÜG erneut (und gerade noch fristgerecht).

Das Gesetz wurde durch das „Erste Gesetz zur Änderung des AÜG – Verhinderung von Missbrauch in der Arbeitnehmerüberlassung“ vom 28.4.2011¹ in folgenden wesentlichen Punkten geändert:

155

- **Drehtürklausel:** Eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz durch Tarifvertrag ist unzulässig, wenn der Leiharbeitnehmer zuvor beim Entleiher vor weniger als sechs Monaten beschäftigt war. Auf diese Weise soll der „Drehtürmechanismus“² verhindert werden.
- **Einführung einer Lohnuntergrenze:** Mit § 3 a AÜG erhalten Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände gegenüber dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales ein gemeinsames Vorschlagsrecht zur Einführung bundesweiter Mindeststundenentgelte im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung.



WICHTIG

Nach der aktuellen **Dritten Verordnung über eine Lohnuntergrenze in der Arbeitnehmerüberlassung** (LohnUGAÜV 3) vom 26.5.2017 gelten seit 1.1.2019 neue Mindeststundenentgelte. Dazu im Detail → Modul M 4 Ziffer 2.3.

160

- **Informations- und Zugangsrechte:** Mit der Einfügung von § 13 a AÜG wird der Entleiher verpflichtet, den Leiharbeitnehmer über freie Arbeitsplätze zu informieren. Gemäß § 13 b AÜG erhält der Leiharbeitnehmer freien Zugang zu den Gemeinschaftseinrichtungen des Entleihers.
- **Begrenzung der Überlassungsdauer:** Klargestellt wurde in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG, dass Leiharbeit nur „vorübergehend“, also nicht auf Dauer erfolgen darf.
- **Kein Erfordernis der Gewerbsmäßigkeit:** Es wird seit 2011 nicht mehr nur die „gewerbsmäßige“ Arbeitnehmerüberlassung von dem Gesetz erfasst, sondern jede Arbeitnehmerüberlassung „in Ausübung einer wirtschaftli-

1 BGBl. I 2011, S. 642 ff.

2 Damit ist gemeint, dass das Gleichstellungsgebot unterlaufen werden kann, wenn Stammbeschäftigte entlassen und unmittelbar danach bzw. kurze Zeit später entweder in demselben Unternehmen oder in einem anderen Unternehmen desselben Konzerns wieder als Leiharbeitskräfte zu schlechteren Arbeitsbedingungen eingesetzt werden.

chen Tätigkeit“. Damit kommt es auf die Gewinnerzielungsabsicht nicht mehr an, sodass auch karitativ oder sonst gemeinnützig motivierte Überlassungen von § 1 AÜG erfasst werden (dazu bereits → Ziffer 1.4).

2.3 Einfluss der BAG-Rechtsprechung

165 Auch die Rechtsprechung des BAG hat maßgeblich zur Regulierung der Leiharbeit in den letzten Jahren beigetragen. So wurden insbesondere die Beteiligungsrechte der betrieblichen Interessenvertretung (Betriebsrat, MAV) in Bezug auf Leiharbeitskräfte gestärkt und bei gesetzlichen Schwellenwerten der Einfluss der Leiharbeitnehmer berücksichtigt. Diese Rechtsprechung ist auch in die jüngste Novellierung des AÜG im Jahr 2017 (→ Ziffer 2.4) eingeflossen.

170 § 14 Abs. 1 AÜG stellt klar, dass Leiharbeitnehmer nach ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Stellung Arbeitnehmer des Verleihers bleiben. Daraus hatte das BAG lange Zeit hergeleitet, dass Leiharbeitnehmer im Entleihbetrieb zwar unter den Voraussetzungen des § 7 Satz 2 BetrVG¹ bei der Betriebsratswahl wählen dürfen, aber bei der Berechnung der Mandate für die Betriebsratsgröße im Entleihbetrieb nicht mitzählen.² Dieser Grundsatz („Wählen, aber nicht zählen“) wurde vom BAG im Jahr 2013 aufgegeben. Seitdem zählen Leiharbeitnehmer bei der für die Größe des Betriebsrats maßgeblichen Anzahl der Beschäftigten nach § 9 BetrVG grundsätzlich mit.³

175 Lange war umstritten, wie sich der Einsatz von Leiharbeitnehmern auf den Kündigungsschutz (über § 23 KSchG) auswirkt. Dieser Rechtsunsicherheit hat das BAG⁴ ebenfalls im Jahr 2013 ein Ende gesetzt und festgestellt, dass Leiharbeitnehmer wie fest angestellte Mitarbeiter bei der **Betriebsgröße** zu berücksichtigen sind:



RECHTSPRECHUNG

Bei der Bestimmung der Betriebsgröße i. S. von § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG sind im Betrieb beschäftigte Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht.

1 Nach § 7 Satz 2 BetrVG erwerben Leiharbeitnehmer, die länger als 3 Monate im Entleihbetrieb zur Arbeitsleistung eingesetzt werden, das aktive Wahlrecht. Ein passives Wahlrecht erwerben sie nicht.

2 So noch: BAG, Beschluss vom 16.4.2003, 7 ABR 53/02

3 In Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung: BAG, Beschluss vom 13.3.2013, 7 ABR 69/11

4 BAG, Urteil vom 24.1.2013, 2 AZR 140/12

Leiharbeitnehmer sind nach der BAG-Rechtsprechung auch bei folgenden Schwellenwerten zu berücksichtigen:

180

- Unternehmensgröße nach § 111 BetrVG (BAG, Urteil vom 18.10.2011, 1 AZR 335/10)
- Anzahl der freizustellenden Betriebsratsmitglieder nach § 38 BetrVG (BAG, Beschluss vom 18.1. 2017, 7 ABR 60/15; Beschluss vom 7.8.2017, 7 ABR 51/15)

2.4 Kernelemente der AÜG-Reform 2017

In der Praxis wurde immer wieder versucht, den sozialen Schutz von Leiharbeitern nach dem AÜG zu umgehen, indem „unechte“ Werkverträge bzw. Scheinwerkverträge abgeschlossen wurden. Damit wurde z.B. das „Equal-Pay-Prinzip“ (→ Ziffer 2.4.5) oder die Genehmigungspflicht der Arbeitnehmerüberlassung systematisch unterlaufen.

185

Die AÜG-Reform 2017 hatte sich deshalb zum Ziel gesetzt, die Leiharbeit auf ihre Kernfunktion zurückzuführen und den Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen einzudämmen. Das Änderungsgesetz enthält neben der Novellierung des AÜG auch Anpassungen des BetrVG und fügt einen neuen Paragraphen § 611a BGB (Arbeitsvertrag) in das Bürgerliche Gesetzbuch ein.

Mit der seit 1.4.2017 geltenden Gesetzesfassung soll

190

- die Funktion der Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur vorübergehenden Deckung eines Personalbedarfs geschärft,
- der Missbrauch von Leiharbeit verhindert,
- die Stellung von Leiharbeitnehmern gestärkt und
- die Arbeit der betrieblichen Interessenvertretung (Betriebsrat, Mitarbeitervertretung) im Entleihbetrieb erleichtert werden.

Die wesentlichen Kernelemente dieser jüngsten Gesetzesnovellierung sind:

2.4.1 Gesetzliche Definition der Arbeitnehmerüberlassung

In § 1 Abs. 1 Sätze 1 und 2 AÜG wird die Arbeitnehmerüberlassung per Gesetz wie folgt definiert:

195

„Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, bedürfen der Erlaubnis. Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.“

Damit hat der Gesetzgeber die bislang durch das BAG¹ vorgenommene Definition aufgegriffen.

1 BAG, Urteil vom 13.8.2008, 7 AZR 269/07

L 3 Leiharbeit

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) im Wandel

2.4.2 Verbot der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung

- 200 Gemäß § 1 Abs. 1 Sätze 5 und 6 AÜG haben Verleiher und Entleiher die Überlassung von Leiharbeitnehmern in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen, bevor sie den Leiharbeitnehmer überlassen oder tätig werden lassen. Vor der Überlassung haben sie die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren. In § 9 Abs.1 Nr. 1a AÜG wird geregelt, dass ein Verstoß gegen diese Kennzeichnungspflicht zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer führt. Zudem muss der Verleiher den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird (§ 11 Abs. 2 AÜG). Diese Regelung soll Scheinwerkverträge und -dienstverträge verhindern.

2.4.3 Unzulässige Kettenüberlassung

- 205 Die Überlassung und das Tätig-werden-Lassen von Arbeitnehmern als Leiharbeitnehmer ist nur zulässig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht (§ 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG). Mit dieser Regelung wird bestimmt, dass ein Arbeitsverhältnis mit dem End-Entleiher zustande kommt, wenn in der Überlassungskette eine Überlassungserlaubnis fehlt.

2.4.4 Höchstüberlassungsdauer

- 210 Bereits seit 2011 regelte das AÜG, dass die Überlassung von Leiharbeitnehmern „vorübergehend“ zu erfolgen hat. Die Rechtsmeinungen darüber, was als „vorübergehend“ i.S. des Gesetzes anzusehen sei, gingen aber stark auseinander. Auch das BAG hatte sich dazu nicht eindeutig positioniert¹.
- 215 Durch den neu eingefügten § 1 Abs. 1 b AÜG wurde zum 1.4.2017 per Gesetz eine zeitliche Höchstüberlassungsdauer eingeführt. Danach darf der Verleiher denselben Leiharbeitnehmer **nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate** an den Entleiher überlassen und der Entleiher darf den Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate tätig werden lassen. Dabei werden vorherige Überlassungen an denselben Entleiher angerechnet, wenn nicht mehr als drei Monate zwischen den Einsätzen liegen.² War ein Leiharbeitnehmer zwischen zwei Einsätzen bei einem Entleiher mindestens drei Monate und einen Tag nicht für diesen tätig, kann er also erneut für 18 Monate bei ihm eingesetzt werden.
- 220 Der Verstoß gegen die Überlassungshöchstdauer kann mit einem Bußgeld geahndet werden. Im Fall des Verstoßes kommt ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zustande (§ 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG).

1 Vgl. BAG, Urteil vom 10.3.2013, 9 AZR 51/13, ZMV 2014, 54 und Urteil vom 10.7.2013, 7 ABR 91/11, ZMV 2013, 216

2 Überlassungen vor dem 1.4.2017 werden nicht angerechnet!

§ 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG enthält eine tarifliche **Öffnungsklausel**: Danach kann in einem Tarifvertrag der Einsatzbranche eine abweichende Überlassungshöchstdauer geregelt werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages dürfen diese Regelungen im Betrieb des Entleihers durch eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung übernommen werden.

225

Kirchen und öffentlich-rechtliche Religionsgemeinschaften einschließlich ihrer caritativen Unternehmen haben nach § 1 Abs. 1b Satz 8 AÜG die Möglichkeit, eine hiervon abweichende Regelung vorzusehen.



WICHTIG

Die Arbeitsrechtliche Kommission des Deutschen Caritasverbandes (AK) hat mit Beschluss vom 14.6.2018 und im Rahmen der Tarifeinigung¹ von dieser Regelungsbefugnis Gebrauch gemacht und den Wortlaut des § 24 AVR AT (Einsatz von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern) entsprechend neu gefasst:

230

„Mitarbeiter, die an Einrichtungen und Dienststellen innerhalb des Geltungsbereiches nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz überlassen werden, dürfen abweichend von § 1 Abs. 1b S. 1 des Gesetzes zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) bis zu fünf Jahren überlassen werden, wenn für sie mindestens die Vergütungsregelungen der AVR in ihrer jeweils gültigen Fassung zur Anwendung kommen. Die betreffenden Mitarbeiter dürfen dabei gleichzeitig nicht schlechter gestellt werden als für die Einrichtung und Dienststelle des Entleihers vergleichbare Mitarbeiter des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgeltes, § 8 Abs. 1 AÜG.“

2.4.5 Gleichstellungsgrundsatz (Equal Pay)

Kernstück des AÜG ist die Forderung, dass der Verleiher dem Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb dieses Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden **wesentlichen Arbeitsbedingungen**, insbesondere das dort gezahlte Arbeitsentgelt, gewährt (sogenanntes Gleichstellungsgebot – „Equal Treatment“ oder „Equal Pay“). Verstöße hiergegen ahndet das Gesetz mit der Versagung bzw. dem Widerruf der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, ferner mit der Nichtigkeit des Überlassungsvertrags und des Arbeitsvertrags und mit einem hieraus resultierenden fiktiven Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer.

235

1 Vgl. Beschlüsse 2/2018 der Sitzung der Bundeskommission vom 14.6.2018, S. 41.