

# Kunden - Information

## Informationen zu den Änderungen des AÜG für Kundenunternehmen der Zeitarbeit

Am 25.11.2016 hat das „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes [AÜG]“ den Bundesrat passiert. Nach Ausfertigung durch den Bundespräsidenten und Verkündung im Bundesgesetzblatt wird das AÜG in seiner Neufassung zum 01.04.2017 in Kraft treten.

Der Bundestag hatte das Gesetz bereits am 21.10.2016 in Zweiter und Dritter Lesung beraten und mit letzten Änderungen zum Regierungsentwurf verabschiedet. Diese betreffen folgende Punkte:

- Anders als noch im Regierungsentwurf vorgesehen, tritt das Gesetz nicht am 01.01.2017 sondern erst am 01.04.2017 in Kraft.
- Das Widerspruchsrecht des Zeitarbeitnehmers gegen das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kundenbetrieb bei Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer, der illegalen Arbeitnehmerüberlassung und der verdeckten legalen Arbeitnehmerüberlassung wurde verschärft und bürokratisiert.
- Im Jahr 2020 wird das Gesetz evaluiert.

Mit der Neufassung des AÜG sollen die bereits im Koalitionsvertrag der Regierungsparteien vom 27.11.2013 getroffenen Vereinbarungen zur Regulierung der Zeitarbeit und der Verhinderung des Missbrauchs von Werkverträgen umgesetzt werden.

Der finale Gesetzestext lässt Fragen zur praktischen Umsetzung offen. Der BAP ist derzeit in Abstimmung mit anderen Verbänden und Institutionen zu den Einzelfragen. Insbesondere dürfte auch die künftige Geschäftsweisung zum AÜG der Bundesagentur für Arbeit maßgeblichen Einfluss auf die tatsächliche Handhabung in der Praxis haben.

Daher ist diese Kundeninformation lediglich als Momentaufnahme zu verstehen. Sie soll einen kurzen Überblick über die wesentlichen Änderungen des AÜG geben. Dies betrifft insbesondere die Kernpunkte: Einführung von Kennzeichnungspflichten, Einführung einer Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten und Equal Pay nach 9 Monaten.

### I. Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflichten

Künftig muss der Vertrag zwischen Zeitarbeitsunternehmen und Kunden vor Beginn der Überlassung ausdrücklich als **„Arbeitnehmerüberlassungsvertrag“** (AÜ-Vertrag) bezeichnet werden. Des Weiteren ist der jeweilige Zeitarbeitnehmer vor der Überlassung unter Bezugnahme auf den AÜ-Vertrag 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**.

- ➡ Der Zeitarbeitnehmer kann das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kunden verhindern, indem er binnen eines Monats nach dem *„für den Beginn der Überlassung vorgesehenen Zeitpunkt“* gegenüber seinem Arbeitgeber oder dem Kunden schriftlich erklärt, dass er an seinem bisherigen Arbeitsverhältnis zum Zeitarbeitsunternehmen festhält (sog. Festhaltenserklärung).
- ➡ Eine im Voraus abgegebene Festhaltenserklärung ist unwirksam.

- ➔ Um im Voraus abgegebene „Blanko“-Festhaltungserklärungen zu verhindern, ist die Festhaltungserklärung des Zeitarbeitnehmers nach der neuen gesetzlichen Regelung zudem nur wirksam,
  1. wenn der Zeitarbeitnehmer die Erklärung vor der Abgabe bei der Agentur für Arbeit persönlich vorlegt
  2. und die Agentur für Arbeit diese Erklärung mit dem Datum der Vorlage und dem Hinweis versieht, dass sie die Identität des Zeitarbeitnehmers festgestellt hat
  3. und diese Erklärung spätestens am dritten Tag nach der Vorlage in der Agentur für Arbeit dem Personaldienstleister oder dem Kunden zugeht.
  
- ➔ Sollte die Überlassung (beim gleichen Kunden) nach der Festhaltungserklärung unter Beibehaltung des Verstoßes gegen die Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht fortgesetzt werden, wird der Arbeitsvertrag mit dem Zeitarbeitsunternehmen trotz Festhaltungserklärung (erneut) unwirksam und ein Arbeitsverhältnis mit dem Kunden entsteht. Diesem kann der Zeitarbeitnehmer dann nicht noch einmal widersprechen.

Darüber hinaus stellt der Verstoß gegen die Kennzeichnungs- und/oder Konkretisierungspflicht eine **Ordnungswidrigkeit sowohl des Zeitarbeitsunternehmens als auch des Kunden** dar, die mit einem Bußgeld von bis zu 30.000 Euro geahndet werden kann.

Zeitarbeitsunternehmen trifft zusätzlich die Verpflichtung, den Zeitarbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als „*Leiharbeitnehmer*“ tätig wird.

Hintergrund der neu in das AÜG eingeführten Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflichten ist, dass als Werk- oder Dienstvertrag bezeichnete Verträge, die jedoch tatsächlich eine Arbeitnehmerüberlassung darstellen (sog. verdeckte Arbeitnehmerüberlassung), in Zukunft nicht mehr durch eine vorhandene „Reserveverlaubnis“ sanktionslos bleiben sollen. Der Gesetzgeber erkennt damit eine „echte“ Arbeitnehmerüberlassung de facto nur dann an, wenn die Arbeitnehmerüberlassung von Anfang an auch als solche bezeichnet wurde. **Verträge, die als Werk- oder Dienstverträge betitelt sind, sich jedoch als Arbeitnehmerüberlassung erweisen, verstoßen zwangsläufig gegen die Kennzeichnungspflicht** und führen somit zu den vorgenannten Sanktionen.

## 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. Die Regelung ist nicht konzernbezogen ausgestaltet. Die Anrechnung von Einsatzzeiten des jeweiligen Zeitarbeitnehmers bei konzernverbundenen Unternehmen, mit denen ein eigenständiger AÜ-Vertrag geschlossen wurde, ist nicht vorgesehen.

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

- ➔ Unterbrechungsregelung:  
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. Nach derzeitiger Einschätzung sollte der Wortlaut „mehr als 3

Monate“ 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.

➔ Inkrafttreten, Übergangsregelung und Fristberechnung:

Vor dem 01.04.2017 (Inkrafttreten des Gesetzes) angefallene Überlassungszeiten werden nicht auf die 18 Monate 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 x 30 Tagen = 540 Tagen somit bereits mit Ablauf des 22.09.2018 erreicht.

Der BAP ist derzeit in Abstimmung mit anderen Verbänden und Institutionen zur Frage der Fristberechnung und weiteren Einzelfragen und wird seine Mitglieder informieren, sobald neue Erkenntnisse vorliegen. Insbesondere dürfte auch die künftige Geschäftsanweisung zum AÜG der Bundesagentur für Arbeit maßgeblichen Einfluss auf die tatsächliche Handhabung in der Praxis haben.

**Abweichende (längere) Höchstüberlassungsdauern** können nur in Tarifverträgen der Einsatzbranche oder in einer auf Grund eines solchen Tarifvertrags getroffenen Betriebs- oder Dienstvereinbarung vereinbart werden. Auch solche Vereinbarungen müssen eine Überlassungshöchstdauer vorsehen.

➔ Tarifgebundene Kundenunternehmen können entweder einer tariflichen Regelung zur abweichenden Höchstüberlassungsdauer unmittelbar unterfallen, oder – falls der Tarifvertrag eine entsprechende Öffnungsklausel zugunsten von Betriebsvereinbarungen enthält – durch Betriebsvereinbarungen selbst abweichende Höchstüberlassungsdauern regeln.

➔ Tarifungebundene Kundenunternehmen können stets **nur im Wege von Betriebsvereinbarungen** abweichende Höchstüberlassungsdauern regeln. Dabei müssen sie eine einschlägige tarifliche Regelung ihrer Branche, die eine abweichende Überlassungshöchstdauer regelt, inhaltsgleich (d.h. im Ganzen und ohne Änderungen) in die Betriebsvereinbarung übernehmen. Die Übernahme ist nur möglich, wenn der zugrundeliegende Tarifvertrag insbesondere räumlich, fachlich und zeitlich einschlägig ist. Falls der einschlägige Tarifvertrag eine entsprechende Öffnungsklausel zugunsten von Betriebsvereinbarungen enthält, können tarifungebundene Kundenunternehmen ebenfalls durch Betriebsvereinbarungen selbst abweichende Höchstüberlassungsdauern bis zu 24 Monaten regeln, wobei diese Grenze nicht gilt, wenn in der Öffnungsklausel bereits ein größerer zeitlicher Rahmen (über 24 Monate hinaus) für Betriebsvereinbarungen festgelegt ist.

➔ Für tarifgebundene und tarifungebundene Kundenunternehmen gilt gleichermaßen, dass **Betriebsvereinbarungen** über eine abweichende Höchstüberlassungsdauer immer nur dann abgeschlossen werden können, **wenn ein Tarifvertrag diese Möglichkeit eröffnet**. Ohne tarifliche Grundlage ist die Regelung einer abweichenden Höchstüberlassungsdauer im Wege einer Betriebsvereinbarung nicht möglich.

### **Folgen für Kundenbetriebe bei Überschreiten der Höchstüberlassungsgrenze:**

Der Arbeitsvertrag zwischen dem Zeitarbeitsunternehmen und dem Zeitarbeitnehmer wird unwirksam, sobald die Höchstüberlassungsdauer überschritten wird. Die Folge der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags ist **das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Zeitarbeitnehmer und Kunden ab dem ersten Tag des Überschreitens der Höchstüberlassungsdauer**.

- ➔ Der Zeitarbeitnehmer kann das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kunden verhindern, indem er binnen eines Monats nach Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer gegenüber seinem Arbeitgeber oder dem Kunden schriftlich erklärt, dass er an seinem bisherigen Arbeitsverhältnis zum Zeitarbeitsunternehmen festhält (sog. Festhaltungserklärung).
- ➔ Nach dem Gesetz ist eine im Voraus abgegebene Festhaltungserklärung unwirksam.
- ➔ Um im Voraus abgegebene „Blanko“-Festhaltungserklärungen zu verhindern, ist die Festhaltungserklärung des Zeitarbeitnehmers nach der neuen gesetzlichen Regelung zudem nur wirksam,
  1. wenn der Zeitarbeitnehmer die Erklärung vor der Abgabe bei der Agentur für Arbeit persönlich vorlegt
  2. und die Agentur für Arbeit diese Erklärung mit dem Datum der Vorlage und dem Hinweis versieht, dass sie die Identität des Zeitarbeitnehmers festgestellt hat
  3. und diese Erklärung spätestens am dritten Tag nach der Vorlage in der Agentur für Arbeit dem Personaldienstleister oder dem Kunden zugeht.
- ➔ Sollte die Überlassung (beim gleichen Kunden) nach der Festhaltungserklärung fortgesetzt und somit die Höchstüberlassungsdauer weiter überschritten werden, wird der Arbeitsvertrag mit dem Zeitarbeitsunternehmen trotz Festhaltungserklärung (erneut) unwirksam und es entsteht ein Arbeitsverhältnis mit dem Kunden. Diesem kann der Zeitarbeitnehmer dann nicht noch einmal widersprechen. **Die Festhaltungserklärung bewirkt somit nicht, dass die Höchstüberlassungsgrenze ausgedehnt und die Überlassung an diesen Kunden nahtlos fortgeführt werden kann.** Die Festhaltungserklärung ist also keine Option zur Erweiterung der Höchstüberlassungsgrenze.

### III. Gesetzliche Equal Pay-Regelung

Werden bei der Überlassung Zeitarbeitstarifverträge 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 Zeitarbeitstarifverträge vom Gleichstellungsgebot hinsichtlich des Arbeitsentgelts (Equal Pay) abzuweichen, es sei denn, es gelten bei der Überlassung (zusätzlich) Branchenzuschlagstarifverträge [siehe dazu weiter unten unter Punkt III. 3.].

Sofern die Überlassung eines Zeitarbeitnehmers ohne Anwendung von Branchenzuschlagstarifverträgen über 9 Monate hinaus geht, muss spätestens ab Überschreiten der Equal Pay-Schwelle das Arbeitsentgelt eines vergleichbaren Stammbeschäftigten 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.

- ➔ Unterbrechungsregelung:

Wie bei der Bemessung der Höchstüberlassungsdauer bleiben Überlassungszeiten 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. Nach derzeitiger Einschätzung sollte der Wortlaut „mehr als 3 Monate“ 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.

➔ Inkrafttreten, Übergangsregelung und Fristberechnung:

Vor dem 01.04.2017 (Inkrafttreten des Gesetzes) angefallene Überlassungszeiten werden nicht angerechnet. 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. 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 würde der gesetzliche Equal Pay Anspruch bei einem ununterbrochenen Einsatz nach einer Einsatzzeit von 9 x 30 Tagen = 270 Tagen und somit bereits am 27.12.2017 erstmalig entstehen.

## 1. Keine gesetzliche Definition von Equal Pay:

Im Gesetz wird der **Begriff des Arbeitsentgelts nicht definiert**.

Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen zum Arbeitsentgelt zählen:

- ➔ „sämtliche auf den Lohnabrechnungen vergleichbarer Stammarbeiterinnen und Stammarbeiter des Entleihers ausgewiesene Bruttovergütungsbestandteile“,
- ➔ „jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird beziehungsweise aufgrund gesetzlicher Entgeltfortzahlungstatbestände gewährt werden muss, insbesondere Urlaubsentgelt, Entgeltfortzahlung, Sonderzahlungen, Zulagen und Zuschläge sowie vermögenswirksame Leistungen“,
- ➔ „auch Sachbezüge, die der Entleiher seinen Stammarbeiterinnen und Stammarbeitern gewährt“, wobei insoweit auch ein Wertausgleich in Geld erfolgen kann.

## 2. Vermutungsregelung

Das Gesetz enthält eine Vermutungsregelung, wonach Equal Pay erfüllt sein kann, wenn der Zeitarbeiter nach dem einschlägigen Tarifvertrag der Einsatzbranche bezahlt wird. Allerdings ist die Vermutungsregelung nicht als unwiderleglich ausgestaltet und führt daher nicht zu mehr Rechtssicherheit. Die Vermutungsregelung schließt Equal Pay-Nachforderungen nicht aus, wenn sich herausstellt, dass vergleichbare Arbeitnehmer im Kundenbetrieb „übertariflich“ bezahlt werden.

## 3. Branchenzuschlagstarifverträge

Von dem gesetzlichen Equal Pay-Anspruch kann für den gesamten Zeitraum einer Überlassung (bis zum Erreichen der Höchstüberlassungsgrenze) durch Branchenzuschlagstarifverträge abgewichen werden. Die Systematik der Branchenzuschlagstarifverträge wird somit gesetzlich grundsätzlich anerkannt und gestärkt.

Allerdings muss durch die Branchenzuschläge nach spätestens 15 Monaten Überlassungsdauer mindestens ein Arbeitsentgelt erreicht werden, das als gleichwertig mit dem Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche durch die Tarifvertragsparteien festgelegt ist. Was das vergleichbare Arbeitsentgelt ist, bestimmen in diesem Fall also die Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche (sog. tarifliches Equal Pay).

Die aktuell geltenden Branchenzuschlagstarifverträge entsprechen den Anforderungen nach dem Gesetz (noch) nicht, da aus ihnen nicht hervorgeht, dass mit der jeweils letzten Stufe insoweit ein „gleichwertiges Arbeitsentgelt“ – Tarifliches Equal Pay – als erreicht gilt.

## Fragen und Antworten:

### 1. Wann treten die Änderungen des AÜG in Kraft?

Das geänderte AÜG tritt am 01.04.2017 in Kraft.

Am 25.11.2016 hat das „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes“ den Bundesrat passiert. Das Gesetz muss nun noch durch den Bundespräsidenten ausgefertigt (unterzeichnet) und anschließend im Bundesgesetzblatt verkündet werden.

### 2. Werden Überlassungszeiten vor dem 01.04.2017 bei Bemessung der Einsatzdauer für das Erreichen der Equal Pay-Schwelle nach 9 Monaten sowie für das Erreichen der Höchstüberlassungsdauer nach 18 Monaten berücksichtigt?

Nein. Einsatzzeiten vor dem 01.04.2017 bei demselben Kunden werden weder für das Erreichen der Equal Pay-Schwelle noch für das Erreichen der Höchstüberlassungsdauer berücksichtigt.

### 3. Wie wirken sich Einsatzunterbrechungen bei der Fristberechnung aus?

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.

Nach derzeitiger Einschätzung sollte der Wortlaut „mehr als 3 Monate“ 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.

### 4. Müssen Einsatzzeiten berücksichtigt werden, wenn der Zeitarbeiter bereits durch ein anderes Zeitarbeitsunternehmen an denselben Kunden überlassen wurde?

Ja. Grundsätzlich sind im Kundenbetrieb angefallene Einsatzzeiten zu berücksichtigen, wenn der Zeitarbeiter bereits durch ein anderes Zeitarbeitsunternehmen an den jeweiligen Kunden überlassen wurde. Allerdings gilt auch hier die Unterbrechungsregelung: Liegt der letzte Einsatz bei demselben Kunden **mehr als 3 Monate** zurück, verfallen vorherige Einsatzzeiten.

### 5. Sind Einsatzzeiten, die in konzernverbundenen Unternehmen entstanden sind, anzurechnen?

Nein. Die Regelungen zum Entstehen eines gesetzlichen Equal Pay-Anspruchs nach 9-monatiger Einsatzdauer und zum Erreichen der Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten sind nicht konzernbezogen ausgestaltet. Die Anrechnung von Einsatzzeiten des jeweiligen Zeitarbeitnehmers bei konzernverbundenen Unternehmen, mit denen ein eigenständiger AÜ-Vertrag geschlossen wurde, ist nicht vorgesehen.

### 6. Gibt es Abweichungsmöglichkeiten von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer?

Tarifverträge der Kundenbranche können abweichende Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer treffen, die tarifgebundene Kunden, die diesen Regelungen unmittelbar unterfallen, nutzen können. Solche Tarifverträge können die Regelung einer abweichenden Höchstüberlassungsdauer auch auf die betriebliche Ebene verlagern und es den Betriebsparteien ermöglichen, durch Betriebsvereinbarungen abweichende Höchstüberlassungsdauern zu regeln (sog. Öffnungsklausel). Auch tarifungebundenen Kundenbetrieben soll es möglich sein, abweichende Höchstüberlassungsdauern zu vereinbaren (siehe dazu im Einzelnen unter Punkt II auf Seite 2), allerdings ausschließlich auf Basis einer Betriebsvereinbarung. **Tarifungebundenen Kunden ohne Betriebsrat wird somit keine Abweichungsmöglichkeit von der Höchstüberlassungsdauer eröffnet.** Der Abschluss von Betriebsvereinbarungen setzt zudem immer eine tarifliche Grundlage voraus – das gilt sowohl für tarifgebundene als auch für tarifungebundene Kunden.

## 7. Was passiert, wenn die Höchstüberlassungsdauer überschritten wird?

Der Arbeitsvertrag zwischen dem Zeitarbeitsunternehmen und dem Zeitarbeitnehmer wird unwirksam, sobald die Höchstüberlassungsdauer überschritten wird und es entsteht ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Zeitarbeitnehmer und dem Kunden ab dem ersten Tag des Überschreitens der Höchstüberlassungsdauer.

Allerdings kann der Zeitarbeitnehmer das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kunden verhindern, indem er binnen eines Monats nach Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer gegenüber seinem Arbeitgeber oder dem Kunden schriftlich erklärt, dass er an seinem bisherigen Arbeitsverhältnis zum Zeitarbeitsunternehmen festhält (sog. Festhaltungserklärung).

Um im Voraus abgegebene „Blanko“-Festhaltungserklärungen zu verhindern, ist die Festhaltungserklärung des Zeitarbeitnehmers nach der neuen gesetzlichen Regelung jedoch nur wirksam,

1. wenn der Zeitarbeitnehmer die Erklärung vor der Abgabe bei der Agentur für Arbeit persönlich vorlegt
2. und die Agentur für Arbeit diese Erklärung mit dem Datum der Vorlage und dem Hinweis versieht, dass sie die Identität des Zeitarbeitnehmers festgestellt hat
3. und diese Erklärung spätestens am dritten Tag nach der Vorlage in der Agentur für Arbeit dem Personaldienstleister oder dem Kunden zugeht.

## 8. Kann ein Widerspruch zum Entstehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kunden (Festhaltungserklärung) bereits im Voraus erteilt werden?

Nein. Nach dem Gesetz ist eine im Voraus abgegebene Festhaltungserklärung unwirksam. Dies soll zusätzlich dadurch unmöglich werden, indem der Zeitarbeitnehmer seine Festhaltungserklärung vor der Abgabe persönlich bei der Agentur für Arbeit vorlegen muss (vgl. die einzelnen Schritte unter Frage 7).

## 9. Führt eine wirksam abgegebene Festhaltungserklärung zur Ausdehnung der Höchstüberlassungsdauer?

Nein. Eine wirksam abgegebene Festhaltungserklärung nach Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer führt lediglich dazu, dass kein Arbeitsverhältnis mit dem Kunden zustande kommt. Die Höchstüberlassungsdauer kann hierdurch nicht ausgedehnt werden. Es besteht insoweit also kein „Wahlrecht“ bzw. keine Option zur Ausdehnung der Höchstüberlassungsdauer. Sollte die Überlassung (beim gleichen Kunden) nach der Festhaltungserklärung fortgesetzt und somit die Höchstüberlassungsdauer weiter überschritten werden, wird der Arbeitsvertrag mit dem Zeitarbeitsunternehmen trotz Festhaltungserklärung (erneut) unwirksam und es entsteht ein Arbeitsverhältnis mit dem Kunden. Diesem kann der Zeitarbeitnehmer dann nicht noch einmal widersprechen.

## 10. Kann bei Anwendung von Branchenzuschlagstarifverträgen dauerhaft vom gesetzlichen Equal Pay abgewichen werden?

Grundsätzlich Ja! Nach dem AÜG in seiner ab 01.04.2017 geltenden Fassung kann vom gesetzlichen Equal Pay-Anspruch für den gesamten Zeitraum einer Überlassung (bis zum Erreichen der Höchstüberlassungsgrenze) durch Branchenzuschlagstarifverträge abgewichen werden. Allerdings muss durch die Branchenzuschläge nach spätestens 15 Monaten Überlassungsdauer mindestens ein Arbeitsentgelt erreicht werden, das als gleichwertig mit dem Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche durch die Tarifvertragsparteien festgelegt ist. Die aktuell geltenden Branchenzuschlagstarifverträge entsprechen diesen Anforderungen derzeit (noch) nicht.

## 11. Muss das Arbeitsentgelt vergleichbarer Stammmitarbeiter angegeben werden?

Kommen bei der Überlassung keine Zeitarbeitstarifverträge zur Anwendung, gilt bereits nach jetziger Rechtslage gemäß § 12 AÜG, dass in dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag die wesentlichen

Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts vergleichbarer Arbeitnehmer im Kundenbetrieb festgehalten sein müssen.

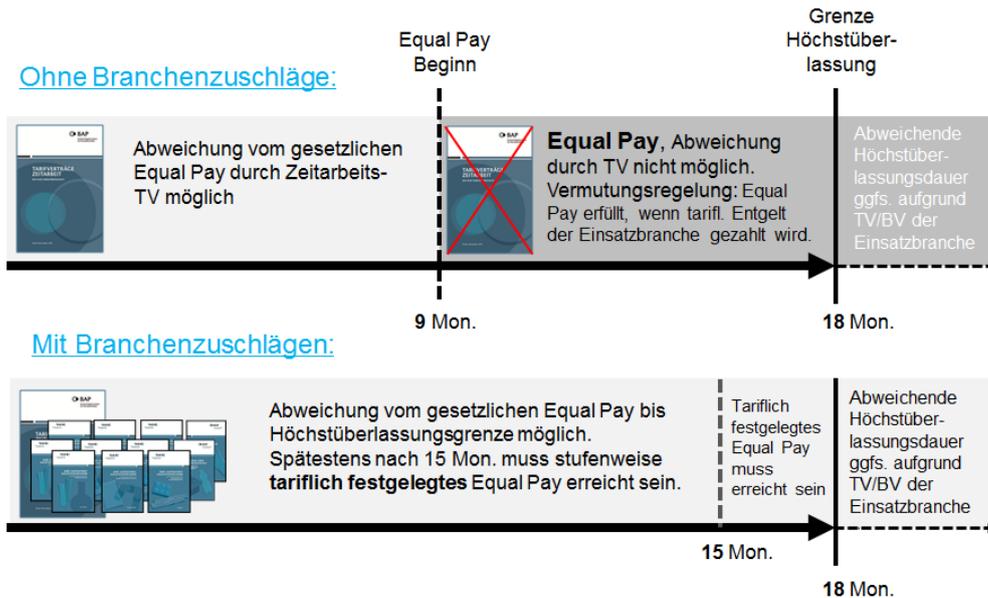
Dies gilt zwar nicht, wenn – wie in den überwiegenden Fällen - bei der Überlassung Zeitarbeitstarifverträge angewendet werden. Da jedoch ein Abweichen vom gesetzlichen Equal Pay-Anspruch (also der Gleichstellung hinsichtlich des Arbeitsentgelts) nach 9-monatiger Einsatzdauer durch Zeitarbeitstarifverträge nicht mehr möglich ist [es sei denn, es gelten Branchenzuschlagstarifverträge], muss zumindest in den Fällen, in denen die Überlassung ohne Anwendung von Branchenzuschlagstarifverträgen über 9 Monate hinaus geht, das Arbeitsentgelt vergleichbarer Stammbeschäftigter im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag fixiert sein. Das ergibt sich aus § 12 Abs. 1 Satz 4 AÜG-Neu i.V.m. § 8 Abs. 2 und Abs. 4 Satz 2 AÜG-Neu.

Die Mitwirkung der Kundenbetriebe ist insoweit also erforderlich. Zwar ist das Zeitarbeitsunternehmen gegenüber seinen Arbeitnehmern primärer Schuldner des Arbeitsentgelts, jedoch haften Kundenbetriebe – wie bereits nach bisheriger Rechtslage – gemäß § 28e Abs. 2 SGB IV subsidiär für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge.

## Grafiken:

Equal Pay und die Vereinbarung abweichender Höchstüberlassungsdauern im Überblick

### Equal Pay im Überblick:



### Möglichkeit der Vereinbarungen abweichender Höchstüberlassungsdauern im Überblick:

