



Foto: BillionPhotos.com – Fotolia

# Das Ende der Leiharbeit?

## Die Reform der Arbeitnehmerüberlassung

**A**m 1. April 2017 tritt die Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in Kraft. Leiharbeiter dürfen nach der Reform nur noch maximal 18 Monate an einen Entleiher überlassen werden. Spätestens nach neun Monaten muss den Leiharbeitnehmern dieselbe Vergütung wie den vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleihers gezahlt werden. Im Folgenden werden die Gesetzesänderungen dargestellt, die Auswirkungen der Reform auf Krankenhäuser erläutert und Handlungsempfehlungen ausgesprochen.

### Die Gesetzesreform

Das Reformpaket enthält neben Änderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes auch Änderungen des Betriebsverfassungsgesetzes und einen neuen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz wird in folgenden Punkten geändert:

#### Definition

##### *Arbeitnehmerüberlassung*

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz enthält nun erstmalig eine Definition der Arbeitnehmerüberlassung: „Arbeitnehmer werden

zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.“ (§ 1 Abs. 1 AÜG n.F.)

#### *Überlassungshöchstdauer*

Leiharbeiter dürfen künftig nicht mehr länger als 18 Monate an denselben Entleiher überlassen werden (§ 1 Abs. 1b AÜG n.F.). Vorherige Überlassungen an denselben Entleiher werden angerechnet, wenn nicht mehr als drei Monate zwischen den Einsätzen liegen. Wenn ein Leiharbeiter zwischen zwei Einsätzen bei einem Entleiher mindestens drei Monate und einen Tag nicht für diesen Entleiher tätig war, kann er also erneut 18 Monate bei diesem Entleiher eingesetzt werden. Tarifverträge können allerdings eine Überlassungshöchstdauer regeln, die über die 18 Monate hinausgeht. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Entleiher diese Regelungen durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen übernehmen. Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 werden nicht angerechnet. Kirchen dürfen von der Überlassungshöchstdauer abweichen. Laut Ge-

*Die Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes tritt am 1. April 2017 in Kraft. Nach der neuen Reform dürfen Leiharbeiter nur noch maximal 18 Monate an einen Entleiher überlassen werden. Spätestens nach neun Monaten muss den Leiharbeitnehmern dieselbe Vergütung wie den vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleihers gezahlt werden. Die Reform hat auch Auswirkungen auf die Krankenhäuser.*

setzesbegründung gilt dies auch für die karitativen Einrichtungen der Kirchen. Ob die Kirchen hier tatsächlich abweichende Regelungen schaffen, bleibt abzuwarten. Zudem ist davon auszugehen, dass Servicegesellschaften nicht als karitative Einrichtungen gelten. Ein Verstoß gegen die Überlassungshöchstdauer kann mit einem Bußgeld von bis zu 30.000 Euro geahndet werden.

#### *Gleichstellungsgrundsatz*

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz enthält in § 8 nun den sogenannten Gleichstellungsgrundsatz. Danach ist der Verleiher verpflichtet, den Leiharbeitnehmern

für die Zeit der Überlassung die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren.

Von diesem Grundsatz kann in den ersten neun Monaten der Überlassung des Leiharbeitnehmers aufgrund einer tarifvertraglichen Regelung abgewichen werden. Eine Abweichung von dem Gleichstellungsgrundsatz für mehr als neun Monate durch Tarifvertrag ist zulässig, wenn nach spätestens 15 Monaten den Leiharbeitnehmern dasselbe Entgelt wie vergleichbaren Arbeitnehmern der Einsatzbranche gezahlt wird und bereits nach sechs Wochen das Arbeits-



Golo Busch  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Busch & Cordes Rechtsanwälte PartG mbB  
Recklinghausen



Dorothee Cordes  
Rechtsanwältin  
Busch & Cordes Rechtsanwälte PartG mbB  
Recklinghausen

entgelt stufenweise erhöht wird. Auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber können die Anwendung eines solchen Tarifvertrages mit den Arbeitnehmern vereinbaren.

Für den Anspruch auf Gleichstellung sind Überlassungszeiten vor dem 1. April 2017 nicht zu berücksichtigen. Ein Verstoß gegen den Gleichstellungsgrundsatz kann mit einer Geldbuße von bis zu 500.000 Euro geahndet werden.

**Verbot verdeckter Arbeitnehmerüberlassung**  
Arbeitnehmerüberlassung muss ab dem 1. April 2017 auch als solche bezeichnet werden. Verleiher und Entleiher müssen die Überlas-

sung in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnen (§ 1 Abs. 1 AÜG n.F.). Vor der Überlassung muss zudem die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf den Überlassungsvertrag konkretisiert werden. Andernfalls ist die Überlassung unwirksam und es kommt ein Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers mit dem Entleiher zustande. Diese Regelung soll Scheinwerkverträge und Scheindienstverträge verhindern. Zuvor war es zulässig, dass der Arbeitgeber vor dem Abschluss von Werk- oder Dienstverträgen eine Überlassungserlaubnis der Arbeitsagentur einholte für den Fall, dass die Werk- oder Dienstleistungsverträge einer Prüfung nicht standhielten. Dies wurde als Fallschirmlösung bezeichnet. Die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung fungierte dabei quasi als Fallschirm für den Fall, dass die Werk- oder Dienstleistungsverträge nicht rechtmäßig waren; dies ist nun rechtswidrig.

#### **Festhaltungserklärung**

Der Leiharbeitnehmer kann schriftlich erklären, dass er an dem Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher festhalten möchte, obwohl die Überlassung rechtswidrig erfolgte, zum Beispiel weil die erforderliche Erlaubnis der Arbeitsagentur nicht vorlag oder die Überlassungshöchstdauer überschritten wurde. Wenn der Leiharbeitnehmer diese Festhaltungserklärung abgibt, kommt trotz rechtswidriger Überlassung kein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zustande (§ 9 Abs. 1 AÜG n.F.). Die Festhaltungserklärung war bereits im Gesetzentwurf des Arbeitsministeriums enthalten. Die Möglichkeiten der Nutzung der Festhaltungserklärung wurden aber durch den Bundestag sehr stark eingeschränkt. Eine Erklärung „auf Vorrat“ ist danach nun unwirksam. Wird die unzulässige Überlassung nach der Festhaltungserklärung fortgesetzt, ist sie rechtswidrig. Der Leiharbeitnehmer muss die Erklärung vor ihrer Abgabe persönlich bei der Agentur für Arbeit vorlegen.

**Information des Leiharbeitnehmers**  
Der Verleiher muss den Leiharbeit-

nehmer vor jeder Überlassung darauf hinweisen, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird (§ 11 Abs. 2 AÜG n.F.).

#### **Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer bei betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten**

Wenn Bestimmungen des Betriebsverfassungsgesetzes eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern voraussetzen, sind Leiharbeitnehmer auch im Entleiherbetrieb zu berücksichtigen (§ 14 Abs. 2 AÜG n.F.).

#### **Kein Einsatz als Streikbrecher**

Leiharbeitnehmer dürfen nicht mehr als Streikbrecher eingesetzt werden. Sie dürfen nicht mit den Tätigkeiten der streikenden Arbeitnehmer betraut werden (§ 11 Abs. 5 AÜG n.F.).

#### **Änderungen des Betriebsverfassungsgesetzes**

Der Entleiher muss künftig den Betriebsrat informieren über den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben von Fremdarbeitnehmern. Hierzu muss er dem Betriebsrat auch die Verträge vorlegen, die der Beschäftigung zugrunde liegen (§ 80 Abs. 2 BetrVG n.F.). Dies können der Überlassungsvertrag, aber auch Werk- oder Dienstleistungsverträge sein. Werkverträge müssen dem Betriebsrat also künftig vorgelegt werden. Im Rahmen der Information über die Personalplanung müssen Arbeitgeber den Betriebsrat ab dem 1. April 2017 auch über den geplanten Einsatz von Leiharbeitnehmern informieren (§ 92 Abs. 1 BetrVG n.F.).

#### **Definition „Arbeitsvertrag“**

In das Bürgerliche Gesetzbuch wird ein neuer § 611a eingefügt. Er enthält eine Definition des Arbeitsvertrages. Ein Arbeitsvertrag liegt danach vor, wenn ein Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet wird. Weisungsgebunden ist nach dieser Norm, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vor-

liegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Nicht die vertragliche Bezeichnung, sondern die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses ist für die Abgrenzung entscheidend. § 611a BGB beinhaltet keine rechtliche Neuerung. Er gibt lediglich bereits bestehende arbeitsgerichtliche Rechtsprechung wieder. Eine rechtssichere Abgrenzung zwischen einem Arbeitsverhältnis und einer selbstständigen Tätigkeit z.B. im Rahmen einer freien Mitarbeit oder als Honorararzt erlaubt die neu geschaffene Regelung nicht. Es muss nach wie vor für jeden Einzelfall eine Gesamtabwägung vorgenommen werden. Wie die Gesamtabwägung der Gerichte ausfallen wird, kann in vielen Fällen kaum prognostiziert werden.

### **Auswirkungen der Reform auf Krankenhäuser**

#### *Leiharbeitnehmer von Zeitarbeitsfirmen*

Bei Personalengpässen, beispielsweise im Pflegebereich, können Krankenhausträger weiterhin Leiharbeitnehmer von externen Personaldienstleistern ausleihen. Es ist allerdings darauf zu achten, dass die Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 Monate am Stück bei einem Entleiher eingesetzt werden. Zwischen Einsätzen eines Leiharbeitnehmers über jeweils 18 Monate bei einem Entleiher müssen mehr als drei Monate liegen.

#### *Konzerneigene Servicegesellschaften*

Mitarbeiter der konzerneigenen Servicegesellschaften können künftig nicht mehr dauerhaft im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung in den Krankenhäusern eingesetzt werden. Die Mitarbeiter jeweils nach neun Monaten auszuwechseln, um weiter eine Kostenersparnis zu erzielen, ist nicht praktikabel. Die Servicegesellschaften sollten daher ihren Ausstieg aus der Arbeitnehmerüberlassung vorbereiten.

### **Ausstieg aus der Arbeitnehmerüberlassung**

Leistungen der Servicegesellschaften können in vielen Bereichen im Rahmen von Werkverträgen er-

bracht werden. In sehr vielen Tätigkeitsfeldern kann eine Umstellung auf Werkverträge problemlos umgesetzt werden. Eine Umstellung auf Werkverträge ist erfahrungsgemäß unter anderem in den folgenden Bereichen realisierbar: Reinigung, Wäscherei, Bettenaufbereitung, Hol- und Bringendienst, Sicherheitsdienst, Küche und Spülküche.

Bei einem Werkvertrag muss ein konkreter abgrenzbarer Erfolg eintreten. Ein solcher Erfolg kann zum Beispiel sein, dass eine Fläche gereinigt, ein Geschirrsatz gespült oder ein Bett aufbereitet ist. Im Rahmen von Werkverträgen dürfen die Mitarbeiter der Servicegesellschaft keine Anweisungen von Mitarbeitern des Entleihers erhalten. Sie dürfen nicht in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sein oder arbeitsteilig mit Mitarbeitern des Entleihers zusammenarbeiten. Die von den Mitarbeitern der Servicegesellschaft verwendeten Arbeitsgeräte und Maschinen müssen im Eigentum der Servicegesellschaft stehen. Mit pflegerischen oder ärztlichen Aufgaben können Mitarbeiter der Servicegesellschaft in der Regel nicht im Rahmen von Werkverträgen betraut werden, da sie hierbei Weisungen von Ärzten der Krankenhausträgersgesellschaft erhalten und auch mit Pflegepersonal der Krankenhausträgersgesellschaft arbeitsteilig zusammenarbeiten müssen.

Wenn Mitarbeiter der Servicegesellschaft und Mitarbeiter des Krankenhausträgers in einem sogenannten Mischbetrieb arbeitsteilig zusammenarbeiten, können keine wirksamen Werkverträge geschlossen werden. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn in der Küche eines Krankenhauses sowohl Mitarbeiter der Servicegesellschaft als auch Mitarbeiter der Krankenhausträgersgesellschaft eingesetzt werden. Die Mitarbeiter der Servicegesellschaft erhalten ihre Weisungen von den Mitarbeitern der Krankenhausträgersgesellschaft und müssen sich auch mit anderen Mitarbeitern absprechen. In einem solchen Fall sollte eine unternehmerische Entscheidung getroffen werden, ob die gesamte Küche im

Rahmen eines Betriebsüberganges auf die Servicegesellschaft übertragen wird oder künftig alle Mitarbeiter bei der Krankenhausträgersgesellschaft angestellt werden. Bei der Kalkulation der Preise für die Werkleistungen ist darauf zu achten, dass es sich um marktübliche Preise handeln muss. Es dürfen nicht nur die Personalkosten weitergereicht werden. Die Leistungen sollten grundsätzlich nicht nach Zeiteinheiten abgerechnet werden, da dies ein Indiz für verdeckte Arbeitnehmerüberlassung ist. Gewährleistungsrechte sollten umfassend geregelt und in Anspruch genommen werden.

Die Werkverträge sind sehr sorgfältig und fachgerecht zu erstellen, damit sie etwaigen gerichtlichen oder behördlichen Prüfungen standhalten. Dies ist auch deswegen von besonderer Bedeutung, weil die Werkverträge künftig den Betriebsräten vorzulegen sind. Auch über die Leistungen, die die Servicegesellschaft von anderen Konzerngesellschaften erhält, wie zum Beispiel Lohnabrechnung oder Finanzbuchhaltung, sind entgeltliche Verträge zu schließen. Wenn eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, können Mitarbeiter der Servicegesellschaft noch bis zum 30. September 2018 überlassen werden. Allerdings sind die Mitarbeiter dann spätestens ab dem 1. Januar 2018 wie die Stammarbeitnehmer zu vergüten. Der Ausstieg aus der Arbeitnehmerüberlassung muss gründlich vorbereitet werden. Es sind erfahrungsgemäß vielfältige unternehmerische Entscheidungen zu treffen. Deswegen sollten Servicegesellschaften jetzt mit der Planung beginnen. ■

#### *Literatur bei den Verfassern*

Golo Busch  
Dorothee Cordes

Busch & Cordes Rechtsanwälte PartG mbB  
Schaumburgstraße 19  
45657 Recklinghausen

info@busch-cordes.de