



Dr. Christian Kokew,
LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH, und
Daniela Holzer-Barth und **Kerstin Arnold,**
Hays AG



Die Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und ihre Auswirkungen auf Vergaben für den Einsatz von Leiharbeitnehmern

Seit April 2017 gilt das reformierte Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG). Seitdem muss beim Einsatz von externem Personal im eigenen Betrieb noch genauer hingeschaut werden, um Risiken zu minimieren und sich vor negativen rechtlichen Konsequenzen zu schützen. Hinzu kommt bei öffentlichen Aufträgen noch die vergaberechtliche Dimension. Bereits in der Planungsphase einer entsprechenden Vergabe müssen die durch die AÜG-Novelle begründeten Änderungen beachtet werden, um den Einsatz externer Ressourcen rechtskonform auszuschreiben und Leiharbeitnehmer regelkonform zum Einsatz zu bringen.

Erklärtes Ziel der AÜG-Novelle ist es, das Modell der Arbeitnehmerüberlassung als arbeitsmarktpolitisches Instrument zu seiner Kernfunktion zurückzuführen: Unternehmen sollen einerseits jederzeit flexibel in ihrer Personalbedarfsplanung bei Auftragsspitzen und kurzfristigen Personalausfällen reagieren können. Andererseits soll eine Verdrängung der Stammbesetzung durch Leiharbeitnehmer verhindert werden. Schließlich soll durch die AÜG-Novelle einer missbräuchlichen Gestaltung von Werkvertragsmodellen entgegen gewirkt und die Stellung von Leiharbeitnehmern gestärkt werden. Nach Meinung einiger Experten scheint die AÜG-Novelle zwar diese arbeitsmarktpolitischen Ziele zu erfüllen. Die rechtliche und insbesondere vergaberechtliche Komplexität bei der Beschaffung von externen Ressourcen hat sich durch die AÜG-Novelle aber zugleich erheblich erhöht.

Der folgende Beitrag wird zeigen, dass sich Vergabestellen intensiv mit der neuen Rechtslage auseinandersetzen und die Rechtsänderungen bereits bei der Gestaltung der Vergabeunterlagen beachten müssen. Um die Vergabeunterlagen korrekt zu gestalten und später auch den richtigen Bieterkreis anzusprechen, müssen sie wissen, wie Zeitarbeiter – auch in Abgrenzung zu anderen Formen des Fremdpersonaleinsatzes – regelkonform in den eigenen Betrieb integriert werden können.

VERGABERECHTLICH RELEVANTE ÄNDERUNGEN DURCH DIE AÜG NOVELLE



Die durch die AÜG-Novelle begründeten Rechtsänderungen haben unmittelbare Auswirkungen auf die Vorbereitung eines Vergabeverfahrens. So müssen Vergabestellen bei der Erstellung der Vergabeunterlagen insbesondere die Grundsätze der Offenlegungspflicht, den Equal Pay Grundsatz, die Grenzen der Höchstüberlassungsdauer sowie das Verbot einer Kettenüberlassung beachten. Diese Grundsätze werden nachfolgend erläutert.

Offenlegungspflicht (§ 11 S. 5, 6 AÜG)

Eine der wesentlichsten Änderungen durch die Novellierung des AÜG ist die in § 11 S. 5, 6 AÜG gesetzlich normierte Offenlegungspflicht. Diese verlangt, dass eine Arbeitnehmerüberlassung im Vertrag vor der Überlassung ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet wird.

Die Offenlegungspflicht wird als einer der wesentlichsten Änderungen angesehen, weil sie zum Wegfall der sog. Vorratserlaubnis führt. Bereits vor der AÜG-Novelle benötigte ein Verleiher für die Arbeitnehmerüberlassung eine Verleiherlaubnis. Wurden (und werden) Arbeitnehmer ohne eine solche Verleiherlaubnis verliehen, handelt(e) es sich um eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung, welche mit weitreichenden arbeits- und sozialrechtlichen Folgen verbunden war (und ist) und zudem als Ordnungswidrigkeit mit erheblichen Geldbußen belegt werden konnte (und kann). Da nicht immer leicht zu erkennen war (und ist), ob im Einzelfall ein bloßer Dienst- oder Werkvertrag vorliegt oder eine Arbeitnehmerüberlassung, hielten (Schein-) Dienstleistungs- oder Werkunternehmer in der Vergangenheit oftmals eine Verleiherlaubnis allein deswegen vor, um bei Feststellung einer nicht erkannten Arbeitnehmerüberlassung eine unerlaubte und damit illegale Arbeitnehmerüberlassung zu verhindern. Die Verleiherlaubnis konnte also verhindern, dass es im Falle einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung zu rechtlichen Konsequenzen kam und wurde aus diesen Gründen als sog. „Vorratserlaubnis“ oder „Fallschirmlösung“ bezeichnet.

Diese Rechtslage hat sich durch die AÜG-Novelle grundlegend geändert. So ist mittlerweile bereits vor der Überlassung von Leiharbeitnehmern eine ausdrückliche Vertragsbezeichnung als Arbeitnehmerüberlassung erforderlich und entsprechend bereits in der Ausschreibung zu benennen (vgl. § 11 S. 5 AÜG). Die Offenlegung muss dabei auch personenbezogen erfolgen (sog. Konkretisierungspflicht, vgl. § 11 S. 6 AÜG). Eine Verletzung der Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht ist in ihren rechtlichen Konsequenzen der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung gleichgestellt und kann daher sowohl für Verleiher als auch für öffentliche Auftraggeber erhebliche negative Konsequenzen haben.

Equal Pay-Grundsatz (§ 8 AÜG)

Zwar gab es bereits vor der AÜG Novelle den Grundsatz, dass wesentliche Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgeltes auch Leiharbeitskräften zu gewähren sind (sog. Equal-Pay-Grundsatz). Dieser Grundsatz konnte aber durch Tarifverträge verhältnismäßig einfach ausgehebelt werden.

Die Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und ihre Auswirkungen auf Vergaben für den Einsatz von Leiharbeitnehmern

Die AÜG Novelle hat den Equal-Pay-Grundsatz erheblich verschärft. So sind Tarifaufnahmen nur noch sehr eingeschränkt möglich. Grundsätzlich müssen öffentliche Auftraggeber den bei ihnen eingesetzten Leiharbeitnehmern nunmehr spätestens nach 9 Monaten Einsatzdauer die in ihrem Betrieb geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gewähren (vgl. hierzu und zu den beschränkten Ausnahmen von diesem Grundsatz: § 8 AÜG).

Höchstüberlassungsdauer (§ 1 I b AÜG)

Die Einführung der Überlassungshöchstdauer von Leiharbeitnehmern von maximal 18 Monaten hat in der Praxis insbesondere beim Einsatz stark spezialisierter Leiharbeitnehmer für erhebliche Aufregung gesorgt. Vor allem diese Regelung dient dazu, die Arbeitnehmerüberlassung wieder zu ihrer Kernfunktion zurückzuführen und Auftraggebern kurzfristige Flexibilität in der Personalbedarfsplanung zu ermöglichen. Zu beachten ist, dass auch Vorüberlassungen innerhalb der letzten 3 Monate beim gleichen Auftraggeber anzurechnen sind. Bei der Beschaffung von externen Arbeitskräften in Arbeitnehmerüberlassung ist die Höchstüberlassungsdauer daher entsprechend zu berücksichtigen.

Verbot der Kettenüberlassung (§ 1 I S. 3 AÜG)

Mit der Novellierung des AÜG ist es zudem zu einer Normierung des Verbots des Ketten- oder Zwischenverleihs gekommen. Als Auftraggeber empfiehlt es sich daher, im Zuge der Ausschreibung eine Eigenerklärung der Bieter einzufordern, dass es sich bei den zu überlassenden Personen ausschließlich um eigene Arbeitnehmer handelt.

UND BEI NICHTBEACHTUNG: WELCHE KONSEQUENZEN DROHEN?

Sollten die Regelungen des AÜG nicht umgesetzt werden, müssen sowohl Ver- als auch Entleiher mit erheblichen Konsequenzen rechnen. Und wie meistens gilt: Nicht-Wissen schützt vor Strafe nicht. Umso wichtiger ist es, sich mit den neuen Regelungen des AÜG in Vorbereitung einer Ausschreibung im Rahmen von Fremdpersonalbedarf zu beschäftigen. Folgende Konsequenzen können je nach Verstoß drohen: Bei einem Verstoß gegen die Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht sowie die Höchstüberlassungsdauer tritt in der Regel die Unwirksamkeit des zwischen dem Leiharbeitnehmer und Verleiher bestehenden Arbeitsverhältnisses ein. Gleichzeitig wird kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher begründet. Zwar steht dem Leiharbeitnehmer ein sog. Widerspruchsrecht zu (vgl. § 9 AÜG). Allerdings unterliegt dieser Widerspruch gewissen formellen Anforderungen (vgl. hierzu § 9 II AÜG). Zudem muss dieser Widerspruch spätestens innerhalb eines Monats nach Beginn der Überlassung bzw. nach Überschreiten der Höchstüberlassungs-

dauer gegenüber dem Verleiher oder Entleiher erklärt werden. Das Widerspruchsrecht ist daher nur eingeschränkt praxistauglich.

Zudem können sowohl den Verleiher als auch den Entleiher Geldbußen in empfindlicher Höhe treffen (bei einem Verstoß gegen den Equal-Pay-Grundsatz kann sich die Geldbuße auf bis zu 500.000,- EUR belaufen). Und für den Verleiher steht sogar der Verlust der Verleiherlaubnis und damit unter Umständen die Grundlage seiner weiteren Geschäftstätigkeit auf dem Spiel.

WAS IST ALSO BEI DER ERSTELLUNG DER VERGABEUNTERLAGEN ZU BEACHTEN?



Gewiss haben die neuen Regelungen zur Arbeitnehmerüberlassung die Gestaltung von Ausschreibungen zur Beschaffung von Fremdpersonal nicht einfacher gemacht. Um den Bedarf an externen Ressourcen zur Überbrückung von Lastspitzen im öffentlichen Sektor dennoch rechts- und regelkonform zu decken, sollte insbesondere folgendes bei der Erstellung der Vergabeunterlagen beachtet werden:

Bezeichnungspflicht: Bereits im Vergabeverfahren berücksichtigen

Die Vergabestelle sollte bereits in die Auftragsbekanntmachung bei der Bezeichnung des Auftrages und der Beschreibung der Beschaffung sowie bei der Wahl des/der CPV-Codes klarstellen, dass die zu beschaffenden Personaldienstleistungen als Arbeitnehmerüberlassung zu erbringen sind. In der Leistungsbeschreibung muss klargestellt werden, dass der zukünftige Leiharbeitnehmer weisungsgebunden arbeitet und in den Betrieb des öffentlichen Auftraggebers eingegliedert wird. Der Vertrag ist eindeutig als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu bezeichnen.

Einsatzdauer planen: Höchstüberlassungsdauer und Equal Pay

Weiter muss die Laufzeit des jeweiligen Einsatzes vorab bekannt sein. Überschreitet die geplante Laufzeit die Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten, muss bereits aus den Vergabeunterlagen ersichtlich sein, wie die Einhaltung der Höchstüberlassungsdauer für die einzelnen Leiharbeitnehmer sichergestellt werden soll.

Bei einer Einsatzdauer von mehr als 9 Monaten muss in den Vergabeunterlagen bereits geklärt sein, wie Equal Pay umgesetzt wird; öffentliche Auftraggeber müssen daher vergleichbare Gehaltsstrukturen und weitere Arbeitsbedingungen, sofern diese als vergleichbar gelten, offenlegen. Zumindest muss aber in den Vergabeunterlagen klargestellt werden, dass Equal Pay gilt, soweit die Einsatzdauer länger als 9 Monate andauern wird.

Die Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und ihre Auswirkungen auf Vergaben für den Einsatz von Leiharbeitnehmern

Verbot der Kettenleihe: Transparenz einfordern

Um sicherzustellen, dass durch den Auftragnehmer keine Kettenüberlassung der eingesetzten Leiharbeitskräfte erfolgt, sollte eine entsprechende Eigenerklärung von den Bietern eingefordert werden. Zu bedenken ist dabei, dass nach h. M. bei Unterauftragnehmerkonstellationen sowie bei Arbeits- und Bietergemeinschaften unter bestimmten Voraussetzungen eine unerlaubte Kettenüberlassung entstehen kann. Das kann z.B. der Fall sein, wenn ein Mitglied einer Arbeitsgemeinschaft einen seiner Mitarbeiter zur Verfügung stellt und die Arbeitsgemeinschaft den Mitarbeiter dann an den öffentlichen Auftraggeber verleiht. Gleiches gilt, wenn ein Unterauftragnehmer seine Mitarbeiter an den Auftragnehmer verleiht, der diese dann dem Auftraggeber zur Verfügung stellt.

Und zu guter Letzt: Vergabestellen müssen bereits in der Bekanntmachung vermerken, dass auf Basis des AÜG ausgeschrieben wird. So wird bereits von Anfang an der richtige Bieterkreis angesprochen.

FAZIT



Zur Verwirklichung der Politikziele sind durch die Novellierung des AÜG weitere Herausforderungen bei der Beschaffung von Fremdpersonal entstanden. Um den Bedarf an Leiharbeitnehmern zur Überbrückung von Lastspitzen im öffentlichen Sektor weiterhin rechts- und regelkonform zu decken, gilt es bereits in der Planungsphase der Vergabe Fragen zum Tätigkeitsbereich, zur Einsatzdauer und hinsichtlich Equal Pay zu klären. Insbesondere die Einführung der Offenlegungspflicht nach § 1 AÜG für Verträge der Arbeitnehmerüberlassung hat relevante Auswirkungen auf die Abgrenzungsfrage zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werk- bzw. Dienstvertrag. Es muss bei jeder Vergabe klar festgelegt werden, ob nach der tatsächlichen Durchführung des Vertragsverhältnisses eine Arbeitnehmerüberlassung oder ein Fremdpersonaleinsatz mittels Werk-/Dienstvertrag vorliegt. Werden die Vorgaben des AÜG beachtet, ist die Arbeitnehmerüberlassung noch immer ein sinnvolles und praxistaugliches Mittel, um die Stammelegschaft durch temporär eingesetzte Arbeitskräfte zu verstärken. ■

