

Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung New Regulations Proposed for Employee Leasing

Das Bundeskabinett hat am 1. Juni 2016 einen Gesetzentwurf zur Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung beschlossen. Die Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung ist das letzte im Koalitionsvertrag vorgesehene arbeitsrechtliche Großprojekt von SPD und CDU/CSU. Fast zwei Jahre hat es gedauert, bis das Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 16. November 2015 einen ersten Referentenentwurf präsentieren konnte (siehe hierzu Legal Update „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes“ vom 24. November 2015). Dieser Referentenentwurf wurde nach monatelangem Streit in der großen Koalition zunächst mehrfach angepasst und geändert, bevor die Bundesministerin für Arbeit und Soziales, Andrea Nahles, am 10. Mai 2016 nach einem Spitzentreffen der Koalition eine Einigung vermelden konnte. Am 1. Juni 2016 wurde der Gesetzentwurf schließlich im Bundeskabinett beraten und beschlossen.

Die zentralen Punkte, die laut dem Gesetzentwurf bereits am 1. Januar 2017 in Kraft treten sollen, können wie folgt zusammengefasst werden:

Höchstverleihdauer von 18 Monaten

Wie schon im Referentenentwurf vom 16. November 2015 vorgesehen, wird die zulässige Überlassungsdauer desselben Leiharbeitnehmers an denselben Entleiher auf 18 Monate beschränkt. Aufgrund dieser personenbezogenen und gerade nicht arbeitsplatzbezogenen Betrachtung kann dieselbe Stelle dauerhaft durch verschiedene Leiharbeitnehmer – jeweils unter Ausschöpfung der 18-monatigen Höchstüberlassungsdauer – besetzt werden. Einsatzzeiten desselben Leiharbeitnehmers, die

On 1 June 2016, the German Federal Cabinet officially adopted a draft legislation containing new regulations on employee leasing. This revision and amendment of the regulations on employee leasing is the last major employment-related project provided for in the Coalition Agreement between the two governing parties, SPD and CDU/CSU. It has been almost two years since the Federal Ministry for Labor and Social Affairs presented its first legislative proposal on 16 November 2015. (For further information, please refer to our previous legal update “Legislative proposal regarding the alteration of the German Employee Leasing Act“, dated 24 November 2015.) Highly disputed within the coalition, this legislative proposal has undergone many changes and amendments before the current Secretary of State for Employment and Social Issues, Andrea Nahles, was able to announce an agreement on 10 May 2016 after a summit meeting of the coalition. Finally, on 1 June 2016, the legislative proposal was discussed and adopted by the Federal Cabinet.

The central aspects, which shall come into force by 1 January 2017 according to the draft legislation, can be summarized as follows:

18 Months Maximum Lease

As envisaged in last November’s legislative proposal, the maximum time for leasing the same employee to the same hirer shall be restricted to 18 months. With this person-related rather than job-related approach, the same job can be permanently performed by different leased employees, and the maximum duration of 18 months can be fully exhausted each time. Periods of deployment of the same leased employee that have taken place less than three months previously shall

nicht wenigstens drei Monate zurückliegen, werden angerechnet; im Referentenentwurf vom 16. November 2015 betrug diese Karenzzeit noch sechs Monate. Eine Anrechnung von Zeiten vor dem 1. Januar 2017 erfolgt nicht.

Für tarifgebundene Unternehmen ist eine Abweichung in Tarifverträgen der Einsatzbranche oder in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen aufgrund solcher Tarifverträge möglich. Gegenüber dem Referentenentwurf vom 16. November 2015 hat sich nunmehr geändert, dass auch nicht tarifgebundene Unternehmen, die in den Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags fallen, durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen von der 18monatigen Höchstüberlassungsdauer abweichen können. Für nicht tarifgebundene Unternehmen gilt dabei aber grundsätzlich eine Obergrenze von 24 Monaten. Die Begrenzung auf 24 Monate findet nur dann keine Anwendung, wenn der Tarifvertrag selbst eine Höchstüberlassungsdauer für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen festlegt. Die Überschreitung der jeweils zulässigen Überlassungsdauer stellt eine bußgeldbeehrte Ordnungswidrigkeit dar und führt zur Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher, wenn der Leiharbeitnehmer nicht widerspricht.

Unterfällt der Betrieb des Entleihers den Geltungsbereichen mehrerer Tarifverträge, ist auf die Regelungen des für die Branche des Entleihers repräsentativen Tarifvertrags abzustellen. Bei der Feststellung der Repräsentativität ist vorrangig abzustellen auf die Zahl der tarifgebundenen Unternehmen und die Zahl der tarifgebundenen Arbeitnehmer. Finden mehrere Tarifverträge Anwendung sollten Entleiher äußerst sorgfältig prüfen, welcher der Tarifverträge der repräsentative Tarifvertrag ist. Wendet der Entleiher nämlich nicht den repräsentativen Tarifvertrag an, wird ebenfalls aufgrund der Überschreitung der zulässigen Überlassungsdauer ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher fingiert.

Equal Pay

Grundsätzlich haben Leiharbeitnehmer auch derzeit einen Anspruch auf das gleiche Gehalt wie Stammarbeitnehmer in vergleichbaren Positionen. Abweichungen in oder aufgrund von Tarifverträgen sollen zwar möglich

be taken into account. In the legislative proposal of 16 November 2015, this grace period amounted to six months. However, times prior to 1 January 2017 shall not be accounted for.

For enterprises bound by collective bargaining agreements, deviations from the regulations concerning the maximum leasing period are possible by way of a collective bargaining agreement for the relevant industry or by way of works council or service agreements based on such collective bargaining agreements. Unlike the legislative proposal of 16 November 2016, the draft legislation stipulates that undertakings falling within the scope of a collective bargaining agreement without being bound by it can also deviate from the 18-month-maximum period by way of a works council or service agreement. However, such undertakings will be required to comply with a maximum leasing period of 24 months unless the respective collective bargaining agreement explicitly stipulates another maximum leasing period that can be provided for in works council agreements or service agreements. A failure to observe the respective leasing period will constitute an administrative offence punishable by a fine and will establish an employment relationship between the leased employee and the hirer unless the leased employee objects.

If the hirer's undertaking falls within the scope of several collective bargaining agreements, the regulations contained in the representative collective bargaining agreement for the lender's industry shall be decisive. This representative collective bargaining agreement is mainly determined by taking into account the number of undertakings and employees bound by the respective collective bargaining agreement. Thus, if a lender is subject to more than one collective bargaining agreement, the hirer should scrutinize carefully which of these collective bargaining agreements will be considered representative. This is important because, if the hirer does not comply with the maximum leasing period stipulated in the representative collective bargaining agreement, an employment relationship between the leased employee and the hirer shall be established in case the permissible maximum leasing period has been exceeded.

Equal Pay

In principle, under the law in force, leased employees already have a claim to the same remuneration as the hirer's regular employees working in comparable positions. Pursuant to the draft legislation, a deviation

bleiben, jedoch nunmehr – wie schon im Referentenentwurf vom 16. November 2015 vorgesehen – lediglich für die ersten neun Monate des Einsatzes beim Entleiher. Eine stufenweise Heranführung an eine Gleichstellung hinsichtlich des Arbeitsentgelts ist in bestimmten Fällen durch sog. (Branchen-) Zuschlagstarifverträge möglich; diese muss dann innerhalb von 15 Monaten erfolgen. Die stufenweise Heranführung an dieses Arbeitsentgelt muss dabei spätestens nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen beginnen. Nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer können im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags bzw. eines solchen (Branchen-) Zuschlagstarifvertrags die Anwendung des Tarifvertrags bzw. des (Branchen-) Zuschlagstarifvertrags vereinbaren.

Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen. Im Gegensatz zur Regelung im Referentenentwurf vom 16. November 2015 erfolgt eine Anrechnung von Überlassungszeiten vor dem 1. Januar 2017 jedoch nun nicht mehr.

Kein Streikbruch durch Leiharbeitnehmer

In dem Referentenentwurf vom 16. November 2015 war noch ein umfassendes Verbot eines Einsatzes von Leiharbeitnehmern in einem unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffenen Betrieb des Entleihers vorgesehen. Dieses Vorhaben wurde in dem Gesetzentwurf insoweit abgemildert, als nunmehr allein die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher untersagt ist. Von den Leiharbeitnehmern dürfen weder Tätigkeiten gefordert werden, die bisher von den Streikenden erledigt wurden, noch Tätigkeiten, die bisher von nichtstreikenden Arbeitnehmern erledigt wurden, welche nunmehr die Tätigkeiten der Streikenden übernehmen. Leiharbeitnehmer dürfen hingegen weiterhin eingesetzt werden, wenn sie keine Aufgaben streikender Arbeitnehmer erledigen. Das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher gilt auch für bereits vor Beginn des Streiks überlassene Leiharbeitnehmer. Nicht als Streikbrecher beschäftigte Leiharbeitnehmer haben aber die Wahl, ob sie sich entweder unter Berufung auf ihr Leistungsverweigerungsrecht an dem Streik beteiligen, oder trotz des Streiks ihre Tätigkeit in dem Betrieb erbringen. Verstöße gegen das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher gelten als Ordnungswidrigkeit und können mit einem Bußgeld von bis zu Euro 500.000 geahndet werden.

by way or on the basis of collective bargaining agreements shall remain possible. However, as already provided for in the legislative proposal of 16 November 2015, this deviation may only cover the first nine months of the assignment to a hirer. In certain cases, a phased implementation of the equal pay principle can be provided for by way of a (sector-based) collective bargaining agreement. In these cases, the phased implementation must begin after a familiarization period that may last no longer than six weeks and must be completed within 15 months. Employers and employees falling within the scope of such a (sector-based) collective bargaining agreement without being bound by it can agree on its application.

Again, periods of deployment of the same leased employee to the same hirer will be taken into account unless more than three months have passed since the deployment, irrespective of whether the employee has been leased by the same or by different lenders. But in contrast to the provision included in the November 2015 legislative proposal, leasing times before 1 January 2017 will not be taken into account anymore.

No Strikebreaking by Leased Personnel

The legislative proposal dated 16 November 2016 contained a comprehensive prohibition to employ leased employees in an undertaking directly affected by an industrial action. This regulation has been softened in the draft legislation insofar as the hirer is only prohibited from employing leased personnel in order to break the strike. As a consequence, a hirer may not ask leased employees to perform the tasks hitherto performed by striking employees or the regular duties of other employees who are now performing the duties of striking employees. However, leased employees may still be employed during a strike as long as they do not perform either of those types of duties. The prohibition of using leased employees to break strikes applies also with respect to leased personnel already employed before the beginning of the strike. These employees are granted the choice to either rely on their right to refusal and refrain from work and participate in the strike or to continue to perform their work in the hirer's undertaking irrespective of the strike. A violation of this strike-breaking prohibition will be considered an administrative offense and can be sanctioned by the imposition of a fine of up to EUR 500,000.

Informationsrecht des Betriebsrats

Wie schon der Referentenentwurf vom 16. November 2015 schreibt auch der Gesetzentwurf einige Informationsrechte des Betriebsrats hinsichtlich des Einsatzes von Leiharbeitnehmern fest. Die allgemeinen Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats werden um auf Leiharbeitnehmer zugeschnittene Regelungen ergänzt. Danach ist der Entleiher in Zukunft insbesondere verpflichtet, dem Betriebsrat über den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben der Leiharbeitnehmer zu unterrichten. Zu den dem Betriebsrat vorzulegenden Unterlagen gehören auch die der Beschäftigung der Leiharbeitnehmer zugrunde liegenden Verträge. Im Rahmen der Personalplanung ist der Betriebsrat über die geplante Beschäftigung von Leiharbeitnehmern zu unterrichten. Hierbei handelt es sich jedoch größtenteils um eine Festschreibung bestimmter konkreter Auswirkungen der bereits bestehenden allgemeinen Informationspflicht.

Definition von Arbeitsverträgen, Abgrenzung zu Werkverträgen

Die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Fremdpersonaleinsatz aufgrund von Werkverträgen soll auch zukünftig im Wege einer Gesamtbetrachtung vorgenommen werden. Die maßgeblichen und laut Gesetzentwurf zukünftig gesetzlich festgeschriebenen Kriterien umfassen dabei viele der auch bisher von der Rechtsprechung angewendeten Merkmale.

Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung

Wie schon im Referentenentwurf vom 16. November 2015 vorgesehen, wird die vorsorglich beantragte Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis im Grenzbereich zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag/Dienstvertrag zukünftig nicht mehr helfen, den Folgen einer illegalen Überlassung zu entgehen. Zukünftig stellt auch dieser Fall eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit dar und führt – vorbehaltlich eines Widerspruchs des Leiharbeitnehmers – zu einem Arbeitsverhältnis mit dem Werkbesteller/Dienstberechtigten bzw. Entleiher, es sei denn, die Überlassung wird bei vorhandener Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis eindeutig als solche kenntlich gemacht und bezeichnet.

Der Abschluss von Werkverträgen/Dienstverträgen wird damit für Unternehmen deutlich riskanter als bisher.

Works Councils' Right to Information

As did the legislative proposal of 16 November 2015, the draft legislation provides for several information rights of works councils regarding the deployment of leased personnel. The general information and consultation rights of works councils will be supplemented by a number of additional regulations tailored to the usage of leased employees. Pursuant to these new regulations, a hirer will be obliged to inform the works council of the period that the leased employees will be used for, their place of work and their tasks. The information and documentation to be provided to the works council include the contracts forming the basis of the leased employees' assignments. Also, within the course of personnel planning, the works council needs to be informed about the intended employment of leased employees. However, to the greatest part, this constitutes a consolidation of certain practical effects of the current general right to information.

Definition of Employment Contracts, Distinction from Works Contracts

The distinction between leasing employees and using outside staff on the basis of contracts for work and services shall remain subject to an evaluation of the overall context of the contract. The relevant criteria that will, pursuant to the draft legislation, be implemented into German law include many of the criteria currently applied by the courts.

Disguised Employee Leasing

Under the draft legislation, as under the legislative proposal dated 16 November 2015, a precautionary application for a labor leasing license will not help to prevent the consequences of an illegal employee leasing when the hiring is on the borderline between an employee lease and a contract for work and services. In the future, this will also constitute an administrative offence punishable by a fine and establish an employment relationship between the leased employee and the commissioning party/party entitled to the services or the hirer, respectively, subject to the leased employee's objection. An exception to this legal consequence is only possible where a labor leasing license has been granted and the employee leasing has explicitly been designated as such.

Thus, the conclusion of works and service contracts will entail a higher risk than before. Companies should there-

Unternehmen sollten ihre Werk- und Dienstverträge daher jetzt umfassend und sorgfältig prüfen.

Schwellenwerte

Wie bereits im Referentenentwurf vom 16. November 2015 vorgesehen, sind Leiharbeiter auch nach dem Gesetzentwurf bei nahezu sämtlichen Schwellenwerten der Arbeitnehmermitbestimmung zu berücksichtigen. Dies betrifft zunächst sämtliche Schwellenwerte der betrieblichen Mitbestimmung im Betrieb, d. h. insbesondere die Schwellenwerte des Betriebsverfassungsgesetz, aber auch des Europäischen-Betriebsrätegesetz und der jeweiligen Wahlordnungen. Ausgenommen ist lediglich § 112a BetrVG (Sozialplanpflicht), dessen Anwendbarkeit weiterhin ohne die Einbeziehung von Leiharbeitnehmern ermittelt wird. Die Regelung knüpft an die neuere Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten der betrieblichen Mitbestimmung an und überrascht daher nicht.

Darüber hinaus sieht der Gesetzentwurf aber auch eine Berücksichtigung der Leiharbeiter bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung vor, wenn die Gesamtdauer der Arbeitnehmerüberlassung sechs Monate übersteigt. Unter dieser Voraussetzung sind Leiharbeiter danach in Zukunft auch bei den Schwellenwerten von Mitbestimmungsgesetzen und der aufgrund der jeweiligen Gesetze ergangenen Wahlordnungen zu berücksichtigen. Das Bundesarbeitsgericht hatte die Frage, ob Leiharbeiter bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung zu berücksichtigen sind, bisher nicht allgemein, sondern nur bezogen auf den jeweiligen Schwellenwert beantwortet. Der Gesetzentwurf lässt insoweit aber wohl keinen Raum für eine auf den jeweiligen Schwellenwert bezogene Prüfung.

Ausblick

Der Gesetzesentwurf wird nun vom Bundeskabinett an Bundestag und Bundesrat weitergeleitet, die hierüber abschließend beschließen müssen. Auch wenn sich im Rahmen dieses Gesetzgebungsprozesses noch geringfügige Änderungen ergeben sollten, sollten Arbeitgeber, die Leiharbeiter beschäftigen, rechtzeitig ihre derzeitige Beschäftigungspraxis auf eventuellen Anpassungsbedarf im Licht der dargestellten Änderungen überprüfen.

fore undertake a comprehensive and careful examination of the works and service contracts they have concluded.

Thresholds

As already envisaged within the legislative proposal of 16 November 2015, according to the draft legislation, leased employees shall be taken into account with regard to almost all thresholds of codetermination. First and foremost, this concerns not only any thresholds within the framework of codetermination in business establishments and, in particular, the thresholds of the German Works Council Act (Betriebsverfassungsgesetz, "BetrVG"), but also those of the Law on the Establishment of a European Works Council and the related electoral regulations. The only exception will be sec. 112a BetrVG, which regulates the obligation to conclude a social plan. These new regulations are based on the recent case law of the Federal Employment Court and are therefore not surprising.

However, the draft legislation also provides for a consideration of leased personnel for the thresholds of corporate codetermination if the total leasing period exceeds six months. Under this precondition, leased employees will need to be taken into account with respect to the thresholds of legislation regulation corporate codetermination as well as the related electoral regulations. The Federal Employment Court has not, until now, decided on the relevance of leased personnel with respect to thresholds of corporate codetermination in general, but only with respect to individual thresholds. The wording of the draft legislation, however, does not leave room for an individual analysis.

Further Steps

The Federal Cabinet will now submit the draft legislation to the German parliament ("Bundestag") and the representatives of the German Länder ("Bundesrat"), who will decide whether to adopt the draft. Although minor changes may be made during this upcoming legislative process, employers using leased personnel should now take the time to determine whether adjustments to their employment practices need to be made in light of the legal amendments described above.

Ihre Ansprechpartner

Sollten Sie zu dieser Publikation noch mehr Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an einen der folgenden Ansprechpartner:



Dr. Guido Zeppenfeld, LL.M.
Partner, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 2241
gzeppenfeld@mayerbrown.com



Dr. Nicolas Rössler, LL.M.
Partner, Frankfurt am Main
T +49 69 7941 2231
nroessler@mayerbrown.com

Your Contacts

If you have any questions or require specific advice on any matter discussed in this publication, please contact one of the lawyers listed below:

Mayer Brown is a global legal services organization advising many of the world's largest companies, including a significant portion of the Fortune 100, FTSE 100, CAC 40, DAX, Hang Seng and Nikkei index companies and more than half of the world's largest banks. Our legal services include banking and finance; corporate and securities; litigation and dispute resolution; antitrust and competition; US Supreme Court and appellate matters; employment and benefits; environmental; financial services regulatory & enforcement; government and global trade; intellectual property; real estate; tax; restructuring, bankruptcy and insolvency; and wealth management.

OFFICE LOCATIONS AMERICAS: Charlotte, Chicago, Houston, Los Angeles, Mexico City, New York, Palo Alto, Washington, DC
ASIA: Bangkok, Beijing, Hanoi, Ho Chi Minh City, Hong Kong, Shanghai, Singapore
EUROPE: Brussels, Düsseldorf, Frankfurt, London, Paris
TAUIL & CHEQUER ADOVAGADOS in association with Mayer Brown LLP: São Paulo, Rio de Janeiro

Please visit www.mayerbrown.com for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices.

Mayer Brown comprises legal practices that are separate entities (the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP and Mayer Brown Europe-Brussels LLP, both limited liability partnerships established in Illinois USA; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales (authorized and regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown, a SELAS established in France; Mayer Brown Mexico, S.C., a sociedad civil formed under the laws of the State of Durango, Mexico; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership and its associated legal practices in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. Mayer Brown Consulting (Singapore) Pte. Ltd and its subsidiary, which are affiliated with Mayer Brown, provide customs and trade advisory and consultancy services, not legal services.

"Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

© 2016 The Mayer Brown Practices. All rights reserved.