

KOMMENTIERUNG

München, 14. Februar 2020

Tarifvertrag zur Verlängerung der
Höchstüberlassungsdauer bei
Arbeitnehmerüberlassung (TV AÜG extern)

Verfasser:

Dr. Sebastian Hopfner
Stv. Hauptgeschäftsführer
Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt) · Fachanwalt für Arbeitsrecht

Verena Richter
Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin)

Gliederung

Vorbemerkung	3
Präambel	4
§ 1 Erweiterung der Höchstüberlassungsdauer	5
I. Geltungsbereich	5
1. Unmittelbare Geltung.....	5
2. Übernahme durch Betriebsvereinbarung	6
II. Begrenzung der Anwendung auf 5% der beschäftigten Angestellten	7
III. Equal Pay und Equal Treatment	7
1. Grundsatz	7
2. Günstigkeitsvergleich.....	9
3. Gleichstellung vom ersten Tag der Beschäftigung im Einsatzbetrieb.....	9
IV. Verlängerung von „Alt-Überlassungen“	10
V. Dokumentation der Tatbestandsvoraussetzungen	11
§ 2 Mitbestimmung	11
§ 3 Schlussbestimmungen	12

Vorbemerkung

Der Gesetzgeber begrenzte mit dem Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21.2.2017 (BGBl. I S. 258) die legale Arbeitnehmerüberlassung auf eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten. Gemäß § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG darf ein Verleiher denselben Leiharbeiter nicht mehr länger als 18 aufeinanderfolgende Monate demselben Entleiher überlassen und der Entleiher denselben Leiharbeiter nicht länger als 18 Monate tätig werden lassen. Bei Überschreitung der genannten zeitlichen Rahmenbedingungen durch die Parteien des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages (§ 12 AÜG) wird nicht nur der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeiter unwirksam (§ 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG) sowie substituierend ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeiter und Entleiher fingiert (§ 10 Abs. 1 AÜG), sondern zudem der Bußgeldtatbestand des § 16 Abs. 1 Ziff. 1e AÜG erfüllt.

Die Versicherungsbranche nutzt das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung nicht nur als Folge aus dem sog. Spartentrennungsprinzip (§ 8 Abs. 4 VAG), um konzerninterne Personalgestellungen rechtswirksam umsetzen zu können, sondern gleichsam, um externe qualifizierte Arbeitskräfte im Unternehmen zu beschäftigen, die nicht unmittelbar beim Versicherungsunternehmen angestellt werden wollen. Die Arbeitnehmerüberlassung durch den Einsatz dieser Personen erfolgt nicht mit Blick auf die schlechteren Arbeitsbedingungen dieser Angestellten bei ihrem Vertragsarbeitgeber, sondern deshalb, weil der Personalbedarf in anderer Art und Weise nicht gedeckt werden kann.

Aufgrund der Tatsache, dass sich eine Einsatzdauer im Umfang von maximal 18 Monaten sehr häufig nicht mit dem erforderlichen Arbeitsbedarf im Einsatzunternehmen deckt, insbesondere weil derart kurze Zeiträume gerade im Projektgeschäft unüblich sind, haben die Tarifvertragsparteien der privaten Versicherungswirtschaft mit der Einführung des *TV AÜG extern* durch Tarifvereinbarung vom 21. Januar 2020 die Möglichkeit geschaffen, die Überlassungshöchstdauer auf bis zu 48 Monate zu verlängern. Die Tarifvertragsparteien machten damit – wie schon bei dem am 1. Juli 2019 in Kraft getretenen *TV AÜG konzernintern* – von der im Gesetz (§ 1 Abs. 1b S. 3 AÜG) eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, die Überlassungshöchstdauer abweichend von der gesetzlichen Regelung festzulegen.

Nachstehend werden die einzelnen Vorschriften des *TV AÜG extern* näher erläutert.

Tarifvertrag zur Verlängerung der Höchstüberlassungsdauer bei Arbeitnehmerüberlassung (TV AÜG extern)

Zwischen den unterzeichnenden Tarifvertragsparteien wird für die Unternehmen, die unter den Geltungsbereich des Manteltarifvertrages für das private Versicherungsgewerbe fallen, folgende Vereinbarung getroffen:

Präambel

Mit Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 21.2.2017 hat der Gesetzgeber zum Zwecke der Einschränkung der Arbeitnehmerüberlassung als Instrument einer dauerhaften Arbeitsorganisation die Möglichkeit der Arbeitnehmerüberlassung zeitlich begrenzt. Gemäß § 1 Abs. 1b in der ab 1. April 2017 geltenden Fassung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) darf der Verleiher denselben Leiharbeiter nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate demselben Entleiher überlassen.

In bestimmten Bereichen des Versicherungsbetriebes wird das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung eingesetzt, weil die Versicherungsunternehmen auf dem Arbeitsmarkt keine qualifizierten Arbeitskräfte finden, die unmittelbar beim Versicherungsunternehmen angestellt werden können. In diesen Bereichen ist es zum Teil notwendig, auf das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung zurückzugreifen. Die Arbeitnehmerüberlassung erfolgt in diesen Fällen nicht mit Blick auf die schlechteren Arbeitsbedingungen der Angestellten bei ihrem Vertragsarbeitgeber, sondern deshalb, weil der Personalbedarf in anderer Art und Weise nicht gedeckt werden kann.

Vor diesem Hintergrund vereinbaren die Tarifvertragsparteien Folgendes:

Die Präambel veranschaulicht die praktische Notwendigkeit des TV AÜG extern vor dem Hintergrund der gesetzlichen Änderungen im AÜG.

Um die Intention dieser Tarifvereinbarung hervorzuheben und zugleich den Eindruck zu vermeiden, die tarifschließenden Gewerkschaften, die sich z.T. während des Gesetzgebungsverfahrens explizit für die Einführung der Überlassungshöchstdauer aussprachen, würden mit der tariflichen Erweiterung derselben ihren grundsätzlichen Standpunkt aufgeben, formulieren die Tarifvertragsparteien eine ausführliche Präambel. Diese erläutert die Hintergründe, die zum Abschluss dieses Tarifvertrages führten. Der Präambel kommt keine rechtliche, sondern eine politische Bedeutung zu. Die Tatbestandsvoraussetzungen für die Anwendung des TV AÜG extern formulieren abschließend die §§ 1, 2 und 3.

Soweit in der Präambel der Begriff „Versicherungsunternehmen“ verwendet wird, bedeutet dies keine einschränkende Regelung hinsichtlich der vom Geltungsbereich des Tarifvertrages über die Tarifbindung erfassten Unternehmen. Nach der Satzung des tarifschließenden Arbeitgeberverbandes der Versicherungsunternehmen in Deutschland e.V. (§ 3 Ziff. 1) können nämlich auch solche Unternehmen Mitglied sein, die an sich kein Versicherungsunternehmen darstellen. So ist

es etwa gemäß § 3 Ziff. 1 Abs. 2 der Satzung möglich, dass Dachgesellschaften von Versicherungsunternehmen, die selbst kein Versicherungsgeschäft betreiben, Mitglied sein können. Ebenso können rechtlich selbständige Dienstleistungsunternehmen, die keine Versicherungsunternehmen sind, Mitglied im Verband sein, sofern diese überwiegend für die Muttergesellschaft und die mit ihr verbundenen Unternehmen tätig sind. Die Verwendung des Begriffs „Versicherungsunternehmen“ in der Präambel hat rein exemplarischen Charakter und soll den Anwendungsbereich nicht auf Versicherungsunternehmen beschränken. Gemäß § 1 S. 1 ist es allein entscheidend, dass ein Unternehmen dem Geltungsbereich des Tarifvertrages unterfällt. Dementsprechend wurde in § 1 des TV AÜG extern von den Tarifvertragsparteien auch der Begriff des „Unternehmens“ verwendet.

§ 1 Erweiterung der Höchstüberlassungsdauer

Abweichend von § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG können maximal 5 % der im Unternehmen beschäftigten Angestellten im Wege der Arbeitnehmerüberlassung für die Dauer von bis zu 48 Monaten entliehen werden, wenn auf diese entliehenen Angestellten vom ersten Tag der Beschäftigung im Einsatzbetrieb des unter den Geltungsbereich dieses Tarifvertrages gefassten Unternehmens die Grundsätze „Equal Pay“ und „Equal Treatment“ (§ 8 Abs. 1 AÜG) Anwendung finden. Es dürfen also keine zu Ungunsten des/der Angestellten abweichende Regelungen gem. § 8 Abs. 2 AÜG bestehen.

§ 1 erweitert in Anwendung der gesetzlichen Öffnungsklausel des § 1 Abs. 1b S. 3 AÜG die gesetzlich vorgesehene Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten auf bis zu 48 Monate (Privilegierungsregelung). Dies ist der einzige Regelungszweck der Norm, was im Zuge der Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Norm (sog. teleologische Auslegung) zu berücksichtigen ist. Die Tarifnorm formuliert verschiedene Tatbestandsvoraussetzungen, die zwingend vorliegen müssen, um die Verlängerung des Überlassungszeitraums über den gesetzlichen Rahmen hinaus, wirksam vereinbaren zu können.

Findet eine Überlassung allein nach Maßgabe des AÜG statt, müssen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 selbstverständlich nicht eingehalten werden. Wollen sich Unternehmen allerdings die Option der Verlängerung nach dem TV AÜG extern offen halten, müssen sie von Beginn an die Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 sicherstellen. Anderenfalls besteht für den Verleiher mangels Legitimation zur Überschreitung der gesetzlichen 18-Monatsgrenze die Gefahr der Verhängung eines Bußgeldes gem. § 16 Abs. 1 Ziff. 1e AÜG.

I. Geltungsbereich

1. Unmittelbare Geltung

Der TV AÜG extern erfasst Fallkonstellationen bei denen **ein an die Tarifverträge für die private Versicherungswirtschaft (PVT) tarifgebundenes Unternehmen** einen Arbeitnehmer im Wege der Arbeitnehmerüberlassung von einem anderen Unternehmen **entleiht**. Unerheblich ist, ob es sich bei dem Verleiher um ein konzernexternes oder konzernangehöriges, nicht tarifgebundenes Unternehmen handelt.

2. Übernahme durch Betriebsvereinbarung

Gemäß § 1 Abs. 1b S. 4 AÜG können im Geltungsbereich des *TV AÜG extern* die Regelungen des Tarifvertrages von nichttarifgebundenen Entleihunternehmen durch eine Betriebsvereinbarung übernommen werden.

Eine Übernahme der abweichenden tarifvertraglichen Regelungen setzt nach der gesetzlichen Öffnungsklausel das **Bestehen eines Betriebsrates** im Einsatzbetrieb des Entleihers voraus. Existiert ein solcher nicht, entfällt die Möglichkeit aus § 1 Abs. 1b S. 4 AÜG.

Die Übernahme durch Betriebsvereinbarung ist nur möglich, wenn der **Tarifvertrag räumlich, fachlich und zeitlich einschlägig** ist.¹

Der **zeitliche** Geltungsbereich des *TV AÜG extern* ist in § 3 festgelegt. Der **räumliche** Geltungsbereich ergibt sich durch den Verweis im Eingangssatz des Tarifvertrages (vor der Präambel) aus den Bestimmungen des Manteltarifvertrages für das private Versicherungsgewerbe und zwar dort aus § 1 Ziff. 1 MTV.²

Der **fachliche** bzw. **sachliche** Geltungsbereich wird von den Tarifvertragsparteien der Versicherungswirtschaft nicht geregelt, da sie hierfür keine Regelungsnotwendigkeit sahen. Sie überlassen die Festlegung des sachlichen Anwendungsbereichs daher der **Satzungsautonomie** des tarifvertragsschließenden Arbeitgeberverbandes.³

Die Übernahme der tariflichen Regelungen durch eine Betriebsvereinbarung muss sich nunmehr auf diejenige tarifvertragliche Regelung beziehen, die die Abweichung von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer beinhaltet. Dabei dürfen sich die Betriebsparteien zwar auf die von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer abweichende tarifvertragliche Regelung beschränken, sie müssen hierbei aber auch diejenigen tariflichen Regelungen übernehmen, die in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Abweichung von der gesetzlichen Regelung (hier Überlassungshöchstdauer) stehen.⁴

In diesem Zusammenhang spielt nun eine wesentliche Rolle, dass die Tarifvertragsparteien als Tatbestandsvoraussetzung für die Möglichkeit der Verlängerung der Überlassungshöchstdauer die Geltung der Grundsätze von Equal Pay und Equal Treatment „*im Einsatzbetrieb des unter den Geltungsbereich dieses Tarifvertrages gefassten Unternehmens*“ definiert haben. Hiermit brachten sie unmissverständlich zum Ausdruck, dass die Verlängerung der Überlassungshöchstdauer nur dann möglich sein soll, wenn die entliehenen Arbeitnehmer mindestens diejenigen Arbeitsbedingungen gewährt erhalten, die die PVT insgesamt vorsehen.

Für tarifungebundene Unternehmen, die von der Möglichkeit der Übernahme der tariflichen Regelungen durch Betriebsvereinbarung Gebrauch machen wollen, bedeutet dies zunächst, dass sie die PVT nicht insgesamt in Bezug nehmen müssen. Aufgrund der Tatbestandsvoraussetzung

¹ Thüsing, AÜG, 4. Auflage, § 1 Rn. 167

² Vgl. hierzu Hopfner, Tarifverträge für die private Versicherungswirtschaft, 10. Aufl., § 1 MTV Rn. 2

³ Vgl. hierzu Hopfner, aaO § 1 MTV Rn. 1

⁴ Thüsing, aaO § 1 Rn. 168

der Einhaltung von Equal Pay und Equal Treatment müssen sie aber bezogen auf den Versicherungstarif sicherstellen, dass das Unternehmen seinen Mitarbeitern Arbeitsbedingungen gewährt, die mindestens dem Niveau entsprechen, welches die PVT festlegen.

II. Begrenzung der Anwendung auf 5% der beschäftigten Angestellten

Der Tarifvertrag begrenzt die Möglichkeit der Verlängerung der Überlassungshöchstdauer gegenüber der gesetzlichen Regelung auf max. 5% der im Unternehmen beschäftigten Angestellten. Das bedeutet, dass die Anzahl der im Betrieb auf Grundlage der Privilegierungsregelung eingesetzten Leiharbeitnehmer beschränkt ist.

Der Begriff des Angestellten ist in § 1 Ziff. 2 Abs. 1 MTV definiert. Diese Tarifnorm des MTV bestimmt positiv, dass alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer⁵ einschließlich der Auszubildenden in den persönlichen Anwendungsbereich des MTV fallen. **Bei der Ermittlung der Bezugsgröße von 5% werden also alle Arbeitnehmer, Arbeiter und Auszubildenden berücksichtigt.**

Keine Angestellten in diesem Sinne sind diejenigen Personen, die in § 1 Ziff. 2 Abs. 2 und 3 MTV angeführt werden (z.B. leitende Angestellte, Prokuristen, Praktikanten, Volontäre, etc.). Da die Regel des Grenzwertes sich auf die Anzahl der Leiharbeitnehmer bezieht, sind auch diese bei der Berechnung der maximal zulässigen Privilegierungen mit zu berücksichtigen und zwar unabhängig davon, wie lange der Einsatz erfolgt.

Die zu berücksichtigenden Angestellten zählen pro Kopf und nicht anteilig entsprechend ihrer individuellen Arbeitsquote. Hätten die Tarifvertragsparteien diesbezüglich eine andere Regel beabsichtigt, hätten sie dies explizit vereinbart.

Die Einhaltung des Maximalwertes der Privilegierungen ist für jeden Vertragsschluss zwischen Entleiher und Verleiher zu prüfen. Stichtag der Prüfung ist also derjenige Tag, an dem die Parteien den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag gem. § 12 AÜG schließen. Bei Rahmenverträgen muss auf die daraus abgeleiteten Einzelverträge oder Einzelaufträge abgestellt werden.

Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse, die nach diesem Prüfungsstichtag eintreten (z.B. durch eine Reduzierung der Gesamtarbeitnehmerzahl infolge eines Personalabbaus) sind nicht relevant und können die Geltung der Privilegierungsregelung nicht beeinträchtigen.

III. Equal Pay und Equal Treatment

1. Grundsatz

Weitere Voraussetzung für die Geltung der Privilegierungsregelung vom ersten Tag der Beschäftigung im Einsatzbetrieb ist die Einhaltung der Grundsätze von Equal Pay und Equal Treatment. § 1 nimmt dabei ausdrücklich Bezug auf das Gleichstellungsgebot des § 8 Abs. 1 AÜG. Danach ist der Verleiher verpflichtet, dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden

⁵ Zur Vereinfachung wird in der Folge ausschließlich die männliche Version verwendet.

wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren (Gleichstellungsgrundsatz).

Mangels Konkretisierung durch das AÜG selbst ergibt sich der Begriff der wesentlichen Arbeitsbedingungen aus der EU-Richtlinie 2008/104/EG (Leiharbeits-RL), explizit aus Art. 3 Abs. 1 f) i) und ii) sowie Art. 5 Abs. 1 Unter-Abs. 2.⁶

Die genannten Regelungsgegenstände des Art. 3 Abs. 1 f) sind:

- die Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten und Nachtarbeit sowie Urlaub und arbeitsfreie Tage (*alle Unterbuchstabe i*) und
- das Arbeitsentgelt (*Unterbuchstabe ii*)

Gem. Art. 5 Abs. 1 Unter-Abs. 2 muss der Entleiher die in seinem Unternehmen geltenden Beschäftigungsbedingungen für Schwangere, Kinder und Jugendliche und die im nationalen Recht genannten Diskriminierungsverbote beachten.

Arbeitsentgelt gem. § 8 Abs. 1 AÜG umfasst dasjenige Entgelt, das der Leiharbeitnehmer erhalten würde, wäre er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden.⁷ Maßgebend sind nach der Gesetzesbegründung sämtliche auf den Lohnabrechnungen vergleichbarer Stammarbeitnehmer des Entleihers ausgewiesenen Bruttovergütungsbestandteile.⁸ Nach dem BAG ist der unionsrechtlich nicht vorgeprägte Begriff des Arbeitsentgelts weit auszulegen.⁹ Zum Arbeitsentgelt gehören somit grundsätzlich alle Geld- und Sachleistungen, die ein Stammarbeitnehmer als Gegenleistung für die geschuldete Arbeitsleistung erhält oder erhalten würde. Erfasst sind insbesondere die laufende Grundvergütung, variable Vergütungsbestandteile, Zuschläge (z.B. für Überstunden, Sonn- und Feiertagsarbeit), Zulagen (etwa Schmutzzulage), Prämien, Auslösungen (soweit kein echter Aufwendersersatz), Provisionen, Personalrabatte und Gratifikationen (z.B. Weihnachtsgeld).¹⁰

Hängt der Anspruch auf eine Jahressonderzahlung von bestimmten Stichtagen ab oder ist die Zahlung mit einem Rückzahlungsvorbehalt verknüpft, kann der Leiharbeitnehmer solche Leistungen beanspruchen, wenn ein entsprechend der Überlassungsdauer befristet angestellter Stammarbeitnehmer ebenfalls einen Anspruch auf diese Leistungen geltend machen könnte.¹¹

Der Begriff des Arbeitsentgelts erfasst auch die betriebliche Altersversorgung. Leiharbeitnehmer haben daher gegenüber dem Verleiher einen Verschaffungsanspruch.¹² Dieser hat die zum Erwerb einer Versorgungsanwartschaft notwendigen Beiträge im Entleiherbetrieb zu entrichten.

Sonstige wesentliche Arbeitsbedingungen betreffen die Dauer der Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Urlaub sowie arbeitsfreie Tage.

⁶ Sandmann/Marschall/Schneider, AÜG, Stand: Dezember 2017, Art. 1 § 8 Rn. 7

⁷ BAG 21.10.2015, 5 AZR 604/14

⁸ BT-Drs. 18/9232, S. 23; FW BA AÜG Ziff. 8.1 Abs. 2

⁹ BAG 19.2.2014, 5 AZR 1047/12, Rn. 36

¹⁰ Kock/Greiner in Thüsing, AÜG, 4. Aufl. 2018, § 8 Rn. 16

¹¹ Schüren/Hamann, AÜG, 5. Aufl. 2018, § 8 Rn. 29

¹² BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.1.2019, § 8 AÜG Rn. 17; Kock/Greiner in Thüsing, AÜG, 4. Aufl. 2018, § 8 Rn. 20

2. Günstigkeitsvergleich

Der Vergleich der jeweiligen Arbeitsbedingungen erfolgt nicht auf Basis eines Gesamtvergleichs oder bezogen auf einzelne Vertragsbedingungen. Tatsächlich müssen im Wege eines Sachgruppenvergleichs solche Vertragsbestandteile miteinander verglichen werden, die für den Überlassungszeitraum in einem sachlichen Zusammenhang stehen.¹³ Die maßgeblichen Sachgruppen ergeben sich aus Art. 3 Abs. 1 f) der Leiharbeitsrichtlinie.¹⁴

Im Rahmen eines Günstigkeitsvergleichs werden also zum Beispiel die Urlaubs-, Arbeitszeit-, Überstunden-, Pausen-, Ruhezeiten- sowie Nachtarbeitsregelungen von Leiharbeitnehmern und vergleichbaren Arbeitnehmern des Entleihers gegenübergestellt. Beim Arbeitsentgelt ist hingegen ein Gesamtvergleich aller Entgelte durchzuführen.¹⁵ Ein isolierter Vergleich einzelner Entgeltbestandteile kommt nicht in Betracht, da dies im Einzelfall eine nicht gerechtfertigte Besserstellung des Leiharbeitnehmers gegenüber dem Stammarbeitnehmer bedingen könnte.

Ein zulässiger Sachgruppenvergleich verbietet es daher, mit einer „besseren“ Urlaubsregelung beim Verleiher das Fehlen einer betrieblichen Altersversorgung zu kompensieren. Aus diesem Grund bewirkt auch ein extrem hohes Entgelt zugunsten des Leiharbeitnehmers keinen Ausgleich bei anderen Sachgruppen.

Kann nicht entschieden werden, welche Arbeitsbedingungen günstiger sind, verbleibt es im Ergebnis bei den Arbeitsbedingungen des Verleihers.¹⁶ Abweichungen bei der regelmäßigen Arbeitszeit führen im Übrigen nicht automatisch zu der Annahme, dass eine kürzere Arbeitszeit stets günstiger sei, da sie beim Günstigkeitsvergleich eine Sachgruppe mit der synallagmatischen geschuldeten Vergütung bildet.¹⁷

3. Gleichstellung vom ersten Tag der Beschäftigung im Einsatzbetrieb

Der Gleichstellungsgrundsatz muss vom ersten Tag der Beschäftigung im Einsatzbetrieb beachtet werden. **Maßgeblich ist der erste Tag der Beschäftigung im Rahmen einer einheitlichen Überlassung.**

Der Begriff der einheitlichen Überlassung ergibt sich aus der gesetzlichen Systematik der Festlegung der Überlassungshöchstdauer in § 1 Abs. 1b AÜG. Maßgeblich ist hierbei insbesondere die Anrechnungsregelung des § 1 Abs. 1b S. 2 AÜG. Danach werden Zeiträume einer „*vorherigen Überlassung*“ auf die 18-Monatsfrist angerechnet, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen. Genau diese Systematik ist auch auf die tarifvertraglich privilegierte (verlängerte) Arbeitnehmerüberlassung anzuwenden, denn der *TV AÜG extern* beschränkt sich in seiner Regelungswirkung darin, an die gesetzliche Regelung anzuknüpfen und die in § 1 Abs. 1b S. 1 definierte Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten auf 48 Monate zu verlängern, soweit seine Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.

¹³ Kock/Greiner in *Thüsing*, AÜG, 4. Aufl. 2018, § 8 Rn. 12; ebenso FW BA AÜG Ziff. 8.1 Abs. 3

¹⁴ *Schüren/Hamann*, AÜG, 5. Aufl. 2018, § 8 Rn. 66

¹⁵ BAG 19.2.2014, 5 AZR 1047/12, Rn. 36

¹⁶ BAG 15.4.2015, 4 AZR 587/13 zu § 4 Abs. 3 TVG; *Schüren/Hamann*, AÜG, 5. Aufl. 2018, § 8 Rn. 67

¹⁷ Kock/Greiner in *Thüsing*, AÜG, 4. Aufl. 2018, § 8 Rn. 22; BAG 22.8.2018, 5 AZR 551/17 zu § 4 Abs. 3 TVG

Das bedeutet: Liegen zwischen zwei Einsätzen eines Leiharbeitnehmers mehr als drei Monate (§ 1 Abs. 1b S. 2 AÜG), kann für den jüngsten Einsatz von der tariflichen Privilegierungsregelung Gebrauch gemacht werden, wenn mit Beginn dieses Einsatzes die tarifvertragliche Voraussetzung berücksichtigt wird, nach der vom ersten Tag der Beschäftigung im Einsatzbetrieb die Grundsätze von Equal Pay und Equal Treatment eingehalten werden müssen.

Eine **nachträgliche Heilung** der Nichtbeachtung von Equal Pay und Equal Treatment am ersten Tag der Beschäftigung im Einsatzbetrieb ist **nicht möglich**. Soweit Unternehmen also zunächst im Anwendungsbereich des AÜG eine Arbeitnehmerüberlassung vereinbaren und später eine Verlängerung im Geltungsbereich des *TV AÜG extern* beabsichtigen oder sich eine solche offen halten wollen, müssen sie zu Beginn der Überlassung bereits gewährleisten, dass die Leiharbeitnehmer mindestens gleiche oder bessere Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts erhalten wie vergleichbare Stammarbeitnehmer in Einsatzbetrieb.

Die vertragliche Umsetzung der Einhaltung des Gleichstellungsgebots vom ersten Tag der Beschäftigung im Einsatzbetrieb im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag gemäß § 12 AÜG gestaltet sich unproblematisch. Dies auch dann, wenn der Verleiher an einen Tarifvertrag der Zeitarbeitsbranche gebunden sein sollte, der nach § 8 Abs. 2 AÜG von den Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 AÜG abweicht, denn auch solche Tarifverträge regeln nur Mindestarbeitsbedingungen (vgl. § 4 Abs. 3 TVG). Der Verleiher wird durch eine Tarifbindung an einen Zeitarbeitstarifvertrag nicht daran gehindert, seinem (Leih-)Arbeitnehmer auf individualvertraglicher Ebene für den Zeitraum der Überlassung bessere Arbeitsbedingungen zu gewährleisten, als tariflich vorgesehen. Soll daher für den Einsatz eines Leiharbeitnehmers eines solchen Verleihers von der Privilegierungsregel Gebrauch gemacht werden, muss – abweichend vom Leiharbeitsarif – vom ersten Tag der Beschäftigung im Einsatzbetrieb Equal Pay und Equal Treatment gewährleistet sein.

Da sowohl Entleiher als auch Verleiher aus Arbeitnehmerüberlassungen Schaden ziehen, die ohne Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben praktiziert werden, besteht für beide Parteien ein originäres Interesse, diejenigen Voraussetzungen gegenüber dem Leiharbeitnehmer vertraglich zu verankern, die eine Anwendung des *TV AÜG extern* und damit eine Überlassung von mehr als 18 Monaten ermöglichen.

In der Praxis erfolgt die Umsetzung der besseren Arbeitsbedingungen durch den Verleiher. Die daraus resultierende finanzielle Mehrbelastung dürfte im Ergebnis aber der Entleiher tragen. Insofern wird ein Verleiher mit dem Entleiher wohl eine entsprechende Vergütungsregelung anstreben, wonach die jeweilige zusätzliche Kostenbelastung – vollständig oder anteilig – auf den Entleiher „umgelegt“ wird.

IV. Verlängerung von „Alt-Überlassungen“

Arbeitnehmerüberlassungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des *TV AÜG extern* am 1.2.2020 bereits bestehen oder zuvor ausgelaufen sind, können nach Maßgabe dieses Tarifvertrages selbstverständlich auf bis zu 48 Monate verlängert werden, wenn die übrigen Voraussetzungen des § 1 vorliegen, also vom ersten Tag der Beschäftigung Equal Pay und Equal Treatment gewährt wurde. Ist dies nicht der Fall, was ggf. erst im Rahmen einer Nachbetrachtung feststellbar ist, kann von der tariflichen Regelung kein Gebrauch gemacht werden.

Überlassungszeiträume, die vor dem 1.2.2020 liegen, sind selbstverständlich in die Begrenzung auf die tariflichen 48 Monate miteinzubeziehen. Die Tarifregelung beschränkt sich nämlich in ihrem Wirkmechanismus darauf, die im Gesetz festgelegte Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten auf 48 Monate zu erweitern. Diese Wirkung kann sich bei Altverträgen nicht anders darstellen als bei zum 1.2.2020 oder später abgeschlossenen Arbeitnehmerüberlassungsverträgen.

V. Dokumentation der Tatbestandsvoraussetzungen

Um für den Fall von Streitigkeiten nachhalten zu können, dass der Tatbestand des § 1 für die jeweiligen Vertragsverhältnisse im Anwendungsbereich des *TV AÜG extern* eingehalten wurde, kann jedem Einsatzunternehmen nur angeraten werden, die Einhaltung der maßgeblichen Rahmenbedingungen zu dokumentieren. Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass im Vertrag gemäß § 12 AÜG auf die tarifvertragliche Regelung Bezug genommen werden müsste. Der Entleiher sollte aber nachweisen können, dass er zum Zeitpunkt der Überlassung im Anwendungsbereich des *TV AÜG extern* in den Geltungsbereich dieses Tarifvertrages fiel.

Die Dokumentation des Tatbestandes ist deswegen wichtig, weil die Vertragsparteien im Fall einer Prüfung durch die mit der Durchführung des AÜG gemäß § 17 AÜG beauftragten Bundesagentur für Arbeit, z.B. auf die Einhaltung der Überlassungshöchstdauer des § 1 Abs. 1b AÜG, nachweisen müssen, dass sie in Anwendung des *TV AÜG extern* rechtswirksam ein die gesetzliche Höchstgrenze überschreitenden Überlassungszeitraum vereinbarten.

§ 2 Mitbestimmung

Der Betriebsrat ist bei der Einstellung von Leiharbeitnehmern in Anwendung von § 1 nach § 99 BetrVG zu beteiligen. §§ 99 Abs. 4 und 100 BetrVG finden keine Anwendung.

§ 2 S. 1 ist rein deklaratorischer Natur, da die Beteiligung des Betriebsrats des Einsatzbetriebes gemäß § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG gesetzlich vorgesehen ist.

Mitbestimmungspflichtig ist hierbei erst der jeweils konkrete Einsatz von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb und nicht der Abschluss des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages. Aus diesem Grund vertritt das BAG¹⁸ die Auffassung, dass die Aufnahme von Leiharbeitnehmern in einen Stellenpool, aus dem der Verleiher auf Anforderung des Entleihers Kräfte für die Einsätze im Entleiherbetrieb auswählt, keine nach § 99 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Übernahme iSv. § 14 Abs. 3 S. 1 AÜG darstellt.

Der Betriebsrat kann die Zustimmung zur Einstellung oder Versetzung eines Leiharbeitnehmers schriftlich unter Angabe von Gründen innerhalb einer Woche nach Unterrichtung durch den Arbeitgeber verweigern (§ 99 Abs. 3 BetrVG); anderenfalls gilt seine Zustimmung als erteilt. Die Zustimmungsverweigerung muss einen in § 99 Abs. 2 BetrVG genannten Grund erkennen lassen. Dies folgt aus der Tatsache, dass dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht in Form des beschränkten Konsensprinzips zukommt, weshalb er die Gründe anzugeben hat, aus denen er seine Zustimmung zu der personellen Einzelmaßnahme verweigert.

¹⁸ Urteil vom 23.1.2008, 1 ABR 74/06

Verweigert der Betriebsrat seine Zustimmung ordnungsgemäß, kann der Arbeitgeber bei Überlassungen im Anwendungsbereich des *TV AÜG extern* weder das Zustimmungsersetzungsverfahren (§ 99 Abs. 4 BetrVG) noch eine vorläufige personelle Maßnahme (§ 100 BetrVG) durchführen. Insofern ist der Arbeitgeber auf die Erteilung der Zustimmung des Betriebsrates konstitutiv angewiesen.

Zu beachten ist, dass die Nichtbeachtung des Zustimmungserfordernisses des Betriebsrats die Legalität der privilegierten Arbeitnehmerüberlassung nicht berührt. Die Tatbestandsmerkmale der Verlängerung der Überlassungshöchstdauer sind abschließend in § 1 geregelt. § 2 steht eigenständig daneben und hat einen anderen Regelungsgegenstand. Unterlässt also der Arbeitgeber die Beteiligung des Betriebsrats oder setzt den Arbeitnehmer trotz fehlender Zustimmung des Betriebsrats im Betrieb ein, löst dies nicht die strengen Rechtsfolgen der §§ 9, 10 AÜG aus. Auch liegt keine Ordnungswidrigkeit vor, da Verstöße gegen § 14 AÜG nicht vom Bußgeldkatalog des § 16 AÜG erfasst sind.

Im Fall der Nichtbeachtung der Vorgaben des § 2 ist es Sache des Betriebsrats, bestehende Unterlassungsansprüche geltend zu machen.

§ 3 Schlussbestimmungen

Dieser Tarifvertrag tritt am 1. Februar 2020 in Kraft.

Der Tarifvertrag gilt befristet bis zum 30. Juni 2022.

Auf Grundlage dieses Tarifvertrages während dessen Laufzeit abgeschlossene Verträge gelten über das Datum der Beendigung dieses Tarifvertrages für die Dauer der im Zeitpunkt der Beendigung geltenden vertraglichen Regelungen hinaus.

Die Laufzeit des *TV AÜG extern* endet am 30. Juni 2022. Mit der Befristung trägt der AGV dem Anliegen der Gewerkschaften Rechnung, die Auswirkungen des *TV AÜG extern* zunächst evaluieren zu wollen, da nach deren Auffassung nicht auszuschließen sei, dass der Tarifvertrag negativ Einfluss auf die Beschäftigungssituation der Versicherungsbelegschaft nehmen könne, weil die Möglichkeit für Outsourcing eröffnet werde.

Um für den *TV AÜG extern* nunmehr einen validen Anwendungsbereich sicherzustellen, können Verträge zur Verlängerung der Überlassungshöchstdauer unter Umständen aber noch am letzten Tag der Laufzeit dieses Tarifvertrages abgeschlossen werden.
