

UPDATE: Referentenentwurf des BMAS - Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat am 18. Februar 2016 den überarbeiteten „Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ (Referentenentwurf - RefE) vorgelegt. Dieser soll nach dem straffen Zeitplan bereits Mitte März 2016 vom Kabinett beschlossen werden. Das Gesetzgebungsverfahren soll bis zum Sommer abgeschlossen sein. Nach wie vor ist geplant, dass die Änderungen zum 1. Januar 2017 in Kraft treten sollen.

Der RefE vom 17. Februar 2016 sieht im Vergleich zum ursprünglichen Entwurf vom 16. November 2015 lediglich in drei Punkten Änderungen vor und kommt den Forderungen der Zeitarbeitsbranche nur geringfügig entgegen.

1. Einführung einer Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten

„Derselbe Leiharbeiter darf nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen werden. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als sechs Monate liegen. In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden. Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages nach Satz 3 können abweichende tarifvertragliche Regelungen im Betrieb eines nicht tarifgebundenen Entleihers durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung übernommen werden. In einer auf Grund eines Tarifvertrages von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche getroffenen Betriebs- oder Dienstvereinbarung kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden. Können auf Grund eines Tarifvertrages nach Satz 5 abweichende Regelungen in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung getroffen werden, kann auch in Betrieben eines nicht tarifgebundenen Entleihers bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten davon Gebrauch gemacht werden. Die Kirchen und die öffentlichrechtlichen Religionsgesellschaften können von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauern in ihren Regelungen vorsehen.“

Zeitarbeitnehmer können damit nach dem RefE weiterhin grundsätzlich nur noch bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten bei demselben Entleiher eingesetzt werden. Ein Folgeinsatz ist weiterhin erst nach Ablauf einer sechsmonatigen Karenzzeit möglich. Als Zugeständnis nach der erheblichen Kritik der Wirtschaft an dem ersten RefE wurden jedoch die Abweichungsmöglichkeiten erweitert:

Zwei Abweichungsmöglichkeiten

Die Neufassung sieht nunmehr zwei Abweichungsmöglichkeiten vor:

- Wie bisher kann von der Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten durch einen Tarifvertrag der Einsatzbranche abgewichen werden. Neu ist hier, dass im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages diese Abweichungsmöglichkeit auch von **nicht-tarifgebundenen Entleiher** genutzt werden kann, sofern dies durch eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung umgesetzt wird. Dies setzt jedoch voraus, dass bereits im Tarifvertrag der Entleiherbranche die Abweichungsmöglichkeit geregelt wird. Hiervon zu trennen ist der Fall, dass in einem solchen Tarifvertrag eine Abweichungsmöglichkeit durch eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung lediglich zugelassen wird. Dieser Fall wird vielmehr von der zweiten Abweichungsmöglichkeit erfasst.
- Nach der zweiten Abweichungsmöglichkeit können Tarifverträge der Entleiherbranche mittels einer sogenannten „**Öffnungsklausel**“ vorsehen, dass die Entleiherbetriebe mittels einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung eine Abweichung von der Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten vorsehen. Durch den aktuellen RefE wird hierzu vorgesehen, dass eine solche „Öffnungsklausel“ auch von nicht tarifgebundenen Entleihern genutzt werden kann, allerdings ist in diesem Fall die Überlassungshöchstdauer auf **24 Monate** begrenzt. Diese zeitliche Begrenzung greift jedoch nicht, wenn tarifgebundene Entleiher von der „Öffnungsklausel“ Gebrauch machen.

Diese zweistufige Gestaltungsmöglichkeit wird dazu führen, dass die Tarifvertragsparteien der Entleiherbranchen eine Abweichungsmöglichkeit von der Überlassungshöchstdauer nicht bereits im Tarifvertrag selbst vorsehen werden, da diese dann uneingeschränkt auch von nicht tarifgebundenen Unternehmen genutzt werden könnte, sofern diese eine entsprechende Betriebs- oder Dienstvereinbarung abschließen. Vielmehr ist zu erwarten, dass die Tarifpartner der Entleiherbranchen in Tarifverträgen lediglich Öffnungsklauseln vorsehen, die dann von nicht tarifgebundenen Entleihern nur bis zu einer Obergrenze von 24 Monaten - wiederum über eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung - genutzt werden können. Hierdurch wird ein erheblicher Druck aufgebaut, dass Entleiher sich durch eine Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband der entsprechenden Branche der Tarifgebundenheit unterwerfen.

Bewertung

Die nun vorgesehenen Abweichungsmöglichkeiten sind somit nur auf dem ersten Blick ein wirkliches Entgegenkommen des BMAS gegenüber den Kundenunternehmen. Beim zweiten Blick erschließt sich, dass durch die geplante Neuregelung ein erheblicher Druck auf Entleiherunternehmen ausgeübt wird, sich einem Arbeitgeberverband der Entleiherbranche anzuschließen und hierbei eine

Tarifgebundenheit einzugehen. Da eine Abweichungsmöglichkeit über 24 Monate hinaus für nicht tarifgebundene Kunden nur dann möglich ist, wenn die Abweichung von der 18-monatigen Höchstüberlassungsdauer bereits im Tarifvertrag der Entleiherbranche festgelegt ist, liegt auf der Hand, welche Abweichungsmöglichkeit die Tarifvertragsparteien der Entleiherbranchen hier wählen werden, um „Neumitglieder“ zu „werben“. Fraglich ist, inwieweit dies verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann, da hierdurch ein erheblicher Druck ausgeübt wird, einem Arbeitgeberverband beizutreten. Dies könnte als Verstoß gegen Art. 9 Grundgesetz gewertet werden.

Im Ergebnis dürfte der neue RefE tarifungebundenen Kunden lediglich eine Erleichterung von sechs Monaten schaffen, in dem diese – eine entsprechende Regelung der jeweiligen Entleiherbranche vorausgesetzt – bis zu 24 Monate überlassen dürfen. Die „Rotationslösung“ durch Auswechslung der Zeitarbeitnehmer bzw. – aus Sicht des Zeitarbeitnehmers – der Entleiher bleibt damit eine „Lösung“ bei der Überlassungshöchstdauer-Problematik.

Hingegen wurde der Hauptkritikpunkt der Zeitarbeitsbranche, wonach diese über die Überlassungshöchstdauer nicht selbst tarifvertragliche Regelungen aufstellen kann, nicht berücksichtigt. In diesem Punkt hängt die Zeitarbeitsbranche somit von den Entleiherbranchen ab. Zwar haben diese selbst ein erhebliches Interesse, die Überlassungshöchstdauer durch tarifvertragliche Regelungen aufzuweichen. Allerdings bleibt die Zeitarbeitsbranche bei einem ganz wichtigen Punkt der Gestaltung der Arbeitsverhältnisse weiterhin außen vor. Die Neufassung kommt den Zeitarbeitsunternehmen somit nur mittelbar entgegen.

Rechtsfolgen eines Verstoßes

Bei den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Überlassungshöchstdauer hat sich im Vergleich zum ersten RefE vom 16. November 2015 nichts geändert. Damit sind als Sanktionen nach wie vor vorgesehen:

- Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher, mit Wahlrecht des Mitarbeiters
- Unzuverlässigkeit nach § 3 Abs. 1 Ziff. 1 RefE-AÜG als Versagungsgrund
- Ordnungswidrigkeit

Übergangsfrist

Bei der geplanten Übergangsfrist sind keine Änderungen vorgesehen. Für die Höchstüberlassungsdauer sollen weiterhin erst Überlassungszeiten ab dem 1. Januar 2017 zählen, so dass die ersten Fristen frühestens am 30. Juni 2018 ablaufen.

2. Erweitertes equal pay nach neun Monaten

„§ 8 Grundsatz der Gleichstellung

[...]

(4) Ein Tarifvertrag im Sinne des Absatzes 2 kann hinsichtlich des Arbeitsentgelts vom Gleichstellungsgrundsatz für die ersten neun Monate einer Überlassung an einen Entleiher abweichen. Eine längere Abweichung durch Tarifvertrag ist nur zulässig, wenn

- a) nach spätestens 15 Monaten einer Überlassung an einen Entleiher mindestens ein Arbeitsentgelt erreicht wird, das in dem Tarifvertrag als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche festgelegt ist, und*
- b) nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen eine stufenweise Heranführung an dieses Arbeitsentgelt erfolgt.*

Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen 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 sechs Monate liegen.“

Der geänderte RefE erfasst mit dieser Regelung einen größeren Spielraum, durch die Anwendung von Branchenzuschlagstarifverträgen dem strikten equal pay nach neun Monaten zu entgehen. Nunmehr ist vorgesehen, dass die Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche in den Branchenzuschlagstarifverträgen festlegen können, welches Arbeitsentgelt als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Stammarbeitnehmer gilt. Hierdurch ist eine pauschale Bewertung ermöglicht. Dies lässt Raum für eine weitere „sechste“ Zuschlagsstufe in den bestehenden Branchenzuschlagstarifverträgen, sofern die Tarifvertragsparteien diese dann als Äquivalent der Vergleichsvergütung vorsehen. Weiterhin könnte hier eine Deckelungsmöglichkeit vorgesehen werden. Ob es bei dieser dann weiterhin die Möglichkeit eines zehnpromzentigen Abschlags geben wird, erscheint jedoch eher fraglich. Dem werden die Mitgliedsgewerkschaften der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit wohl eher nicht zustimmen.

Die geplante Neuregelung erhöht den Druck auf die Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche, durch weitere oder ergänzte Branchenzuschlagstarifverträge eine Abweichung vom equal pay-Grundsatz auch in bisher nicht geregelten Branchen und in bisher nicht geregelten Bereichen (insb. im Bereich des Handwerks) zu ermöglichen.

Damit kann nach der geplanten Neuregelung einem equal pay nach wie vor nicht wirklich entgangen werden. Lediglich vom weitergehenden equal treatment kann weiterhin auch auf Dauer abgewichen werden. Allerdings erleichtert die im überarbeiteten RefE vorgesehene Regelung die Umsetzung erheblich, da im Geltungsbereich eines Branchenzuschlagstarifvertrags gerade kein echtes equal

pay umgesetzt werden muss, sondern die bekannte Regelungssystematik der Branchenzuschlagstarifverträge fortgeführt werden kann. Dies passt zu den in den Unternehmen bereits etablierten Abläufen bei der Anwendung der Branchenzuschlagstarifverträge.

Vermutetes equal pay

Eine weitere Erleichterung ist in § 8 Abs. 1 AÜG-RefE vorgesehen. Neu aufgenommen ist hier eine Vermutungsregelung, wonach dem Gleichstellungsgrundsatz genügt wird, wenn dem Zeitarbeitnehmer das für einen vergleichbaren Stammarbeitnehmer geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt oder – wenn ein solcher Stammarbeitnehmer fehlt – das hypothetisch für einen solchen Stammarbeitnehmer geschuldete tarifliche Arbeitsentgelt gezahlt wird. Auch wenn es sich hierbei nicht um eine unwiderlegliche Vermutung handelt, verbessert sich hierdurch die Ausgangslage bei Auseinandersetzungen mit Arbeitnehmern.

Unveränderte Regelungen

Die Regelungen

- zur Karenzfrist von sechs Monaten und
- zur (fehlenden) Übergangsfrist

bleiben unverändert, sodass sich hier keine Erleichterungen für die Betroffenen ergeben. Problematisch bleibt, dass damit die Regelungen zum equal pay zum 1. Januar 2017 umgesetzt werden müssen und die Tarifpartner der Zeitarbeitsbranche die Tarifierung weiterer Bereiche bis zu diesem Zeitpunkt vornehmen müssen.

3. Ergänzung durch § 611a BGB

„§ 611a - Arbeitnehmer

Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zu Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

Mit dieser geplanten Neuregelung ist der im ersten RefE noch enthaltene Abgrenzungskatalog sowie die hierin vorgesehene Vermutungsregelung komplett entfallen. Die Neuregelung orientiert sich vielmehr an den von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien für die Bewertung, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt oder nicht.

Damit dürfte der zunächst vorgesehene Kriterienkatalog, der von der Rechtsprechung des BAG abgewichen wäre und damit zu unsinnigen Ergebnissen geführt hätte, endgültig vom Tisch sein. Ob die bloße Wiedergabe der Kriterien der Rechtsprechung in einem neuen § 611a BGB erforderlich ist, steht auf einem anderen Blatt. Eine solche - m.E. überflüssige - Neuregelung wird jedenfalls keinen größeren Schaden anrichten, da die Kriterien der Abgrenzung hierdurch nicht geändert werden.

4. Unveränderte Regelungsbereiche

Unverändert bleiben weiterhin folgende Regelungsbereiche:

- Missbrauch von Werkverträgen - Beschränkung auf offen betriebene Arbeitnehmerüberlassung
- Privilegierung für die öffentliche Verwaltung
- Verbot des Kettenverleihs
- Kein Einsatz von Leiharbeiterinnen und Leihararbeitern als Streikbrecher
- Schwellenwerte in der Betriebsverfassung
- Informationsrechte des Betriebsrats

Dr. Motz | Rechtsanwalt
Graf-Adolf-Straße 41
40210 Düsseldorf
T +49 211 94211950
F +49 211 94211951
E guido.motz@motz-law.com
www.motz-law.com