

Februar 2016 | 04

Arbeitsrecht – schnell notiert ...

Reform des Fremdpersonaleinsatzes: „reloaded“ – besser, aber immer noch nicht gut!

Nachdem das BMAS im November 2015 einen ersten – dem Vernehmen nach unabhestimmten – und unabhängig von der politischen Couleur heftig kritisierten Gesetzesentwurf zur Regulierung des Fremdpersonaleinsatzes veröffentlicht hat, ist am 17. Februar 2016 eine überarbeitete Fassung verbreitet worden.

Zusammengefasst stellen sich die Änderungen wie folgt dar:

- Von der gesetzlich vorgesehenen Hochstuberlassungsdauer von 18 Monaten kann nicht mehr nur durch Tarifvertrag bei „echter“ Tarifbindung des Kunden der Einsatzbranche, sondern auch durch eine Betriebsvereinbarung bei einem nicht tarifgebundenen Unternehmen abgewichen werden.
- Die zwingende Geltung des Equal-Pay-Grundsatzes kann bei Anwendung eines Branchenzuschlagstarifvertrages bis zu 15 Monate (bisher nur bis zu zwölf Monate) Einsatzzeit abbedungen werden.
- Der Entwurf sieht keinen Kriterienkatalog und keine Vermutungswirkung mehr zur Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft, sondern nur noch eine allgemeine Definition des „Arbeitnehmers“ vor, die sich an der Rechtsprechung des BAG anlehnt.

Im Einzelnen:

I. Hochstuberlassungsdauer

Der Gesetzesentwurf sieht – insoweit wenig überraschend – weiterhin eine grundsätzliche Hochstuberlassungsdauer von 18 Monaten vor (§ 1 Abs. 1b S. 1 AÜG-E). Von dieser sollte – nach oben oder auch nach unten – ursprünglich nur durch einen Tarifvertrag der Einsatzbranche oder eine auf-

grund eines solchen Tarifvertrages abgeschlossene Betriebs-/Dienstvereinbarung abgewichen werden können. Mithin sollten nur tarifgebundene Unternehmen von einer (erweiterten) Hochstuberlassungsdauer profitieren können.

In dem überarbeiteten Entwurf ist nun eine Regelung enthalten, nach der im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags auch tarifungebundene Kundenunternehmen durch eine Betriebs-/Dienstvereinbarung die abweichende tarifliche Hochstuberlassungsdauer inhaltsgleich übernehmen können. Ist in einem Tarifvertrag der Einsatzbranche eine offnungsklausel zugunsten einer Betriebs-/Dienstvereinbarung vorgesehen, können die Betriebspartner selbst eine Hochstuberlassungsdauer festlegen. Nicht tarifgebundene Kundenunternehmen können sich ebenfalls auf diese offnungsklausel stützen, allerdings ist die zulässige Hochstuberlassungsdauer in diesem Fall auf 24 Monate begrenzt.

Positiv zu bewerten ist, dass nunmehr nicht tarifgebundene Kundenunternehmen die Möglichkeit haben, von der gesetzlichen Hochstuberlassungsdauer von 18 Monaten abweichen zu können. Der ursprüngliche „Tarifzwang“, der auch aus grundrechtlichen Erwägungen kritisch zu bewerten war, wird damit zumindest verwässert. Trotz Anpassung des Entwurfs verbleiben aber dennoch massive Bedenken, die grundsätzlich gegen den gewählten Regelungsmechanismus sprechen. Die Hochstuberlassungsdauer soll zum einen von den Tarifvertragsparteien der Einsatzbranchen und gerade nicht von den Tarifvertragsparteien der Zeitarbeit geregelt werden. Den Letztgenannten wird damit eine Regelungskompetenz entzogen, die sich auf die fundamentalen Grundsätze der Tätigkeit der in den betreffenden Verbänden organisierten Zeitarbeitsunternehmen bezieht, und auf die Kunden bzw. die dort zuständigen Tarifpartner übertragen. Zum anderen schließt der Gesetzesentwurf nach wie vor

Unternehmen von der Möglichkeit der Inanspruchnahme einer verlängerten Höchstüberlassungsdauer aus, wenn im Kundenbetrieb kein Betriebsrat gewählt worden ist.

II. Gleichbehandlungsgrundsatz („Equal Pay“)

In § 8 Abs. 1 AÜG-E ist – wie bisher – die grundsätzlich zwingende Anwendung des Gleichstellungsgrundsatzes verortet. Dort heißt es wörtlich:

„Der Verleiher ist verpflichtet, dem Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren (Gleichstellungsgrundsatz).“

In dem überarbeiteten Entwurf findet sich nunmehr folgende Ergänzung:

„Erhält der Leiharbeiter das für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers im Entleihbetrieb geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt oder in Ermangelung eines solchen ein für vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbranche geltendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt, wird vermutet, dass der Leiharbeiter hinsichtlich des Arbeitsentgelts im Sinne von Satz 1 gleichgestellt ist.“

Auch mit der obigen Ergänzung ist die Erfüllung des gesetzlich vorgesehenen Equal-Pay-Gebotes nach wie vor mit erheblichen Problemen behaftet. Denn unklar ist weiterhin, wie das relevante „geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt“ definiert wird und insbesondere welche „Lohnbestandteile“ konkret zu berücksichtigen sind. Wünschenswert wäre, wenn der Gesetzgeber eine klare Definition vornimmt, was als „Arbeitsentgelt“ im Sinne der obigen Regelung zu verstehen ist. Dabei ist es u. a. vorstellbar, auf das (tarifliche) Grundentgelt zzgl. etwaiger Zuschläge abzustellen. Dies wäre eine einfach zu bestimmende Größe, die Rechtssicherheit herstellen und den mit der obigen Bestimmung verbundenen erheblichen Organisations- und Dokumentationsaufwand zumindest reduzieren könnte.

Im Gesetzesentwurf wurde die bisher schon vorgesehene Möglichkeit, vom Equal-Pay-Grundsatz durch einen Tarifvertrag oder eine entsprechende Bezugnahme auf einen solchen abzuweichen, modifiziert. In § 8 Abs. 4 AÜG-E heißt es nun:

„Ein Tarifvertrag [...] 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.“

Es bleibt damit dabei, dass eine Abweichung von dem gesetzlich vorgesehenen Equal-Pay-Prinzip grundsätzlich nur für einen Zeitraum von neun Monaten möglich ist. Eine Ausnahme, die im neuen Entwurf von zwölf auf immerhin 15 Monate erweitert wurde, besteht nur, wenn für den Einsatz ein sog. Branchenzuschlagstarifvertrag anwendbar ist, der zu einer Annäherung des dem Zeitarbeiter gezahlten Entgelts an die Vergütung der im Kundenbetrieb beschäftigten Stammmitarbeiter führt. Derartige von den Arbeitgeberverbänden der Zeitarbeit mit den DGB-Gewerkschaften geschlossene Tarifverträge gelten bereits jetzt in zahlreichen Branchen, z. B. in der Metall- und Elektroindustrie und der Chemie. Dabei ermöglichen die gesetzlichen Vorschriften auch, dass durch die Anwendung der Branchenzuschläge – zumindest bei Überlassungen von bis zu 15 Monaten – in der letzten Stufe der tariflichen Näherung an das gesetzlich vorgesehene Equal Pay keine vollkommene Lohngleichheit eintreten muss. Den Tarifvertragsparteien bleibt es vorbehalten, eine Vergütung zu definieren, die „mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche“ als gleichwertig anzusehen ist. Dies kann aber auch ein Betrag sein, der – wie in den gegenwärtig geltenden Branchenzuschlagstarifverträgen vorgesehen – unter 100 % des Vergleichsentgelts liegt (in der Regel bei maximal 90 %).

III. Abgrenzung Arbeitsverhältnis

Der ursprünglich in § 611 a BGB-E vorgesehene Kriterienkatalog zur Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von anderen Vertragsverhältnissen ist in dem neuen Gesetzesentwurf nicht mehr enthalten. Gleiches gilt für die ursprünglich vorgesehene (widerlegbare) Vermutungswirkung, nach der von einem Arbeitsverhältnis auszugehen sein sollte, wenn die DRV Bund im Rahmen eines Statusverfahrens ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis festgestellt hat. Stattdessen findet sich im Entwurf jetzt folgende Regelung zur Definition eines „Arbeitnehmers“:

„Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur 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 Tätigkeiten 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.“

Nach den gesetzgeberischen Vorstellungen sollen also drei Kriterien maßgeblich für die Arbeitnehmereigenschaft sein, nämlich die Weisungsgebundenheit, die Fremdbestimmtheit sowie die persönliche Abhängigkeit (§ 611 a S. 1 BGB-E).

In § 611 a S. 2 BGB-E geht es dann allerdings nicht um eine Weisungsgebundenheit, sondern um ein Weisungsrecht, das „Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen kann.“ Zunächst ist festzustellen, dass sich diese Regelung in einen Widerspruch zur Definition des Weisungsrechts des Arbeitgebers in § 106 GewO setzt. Dort heißt es nämlich: „Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen.“ Es findet sich in der geltenden Definition in § 106 GewO also nur die Leistungspflicht nach Zeit, Ort und Art wieder. Die Kriterien Durchführung und Dauer sind darin nicht enthalten. Warum § 611 a BGB-E darüber hinausgeht, ist nicht nachvollziehbar. Abgesehen davon ist vollkommen unklar, wie sich die „Durchführung“ vom „Inhalt“ und die „Dauer“ von der „Zeit“ der Arbeitsleistung unterscheiden soll.

Unverständlich ist ebenfalls § 611 a S. 3 HS. 2 BGB-E. Dort heißt es: „der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab.“ In diesem Zusammenhang soll anscheinend das in § 611 a S. 1 BGB-E genannte Merkmal „persönliche Abhängigkeit“ definiert werden. Es bleibt dabei aber völlig offen, ab welchem Grad der persönlichen Abhängigkeit von der Eigenschaft als Arbeitnehmer ausgegangen werden kann.

Erstaunlich ist, dass der Gesetzeswortlaut im Wesentlichen darin besteht, dass der Gesetzgeber – mitunter wörtlich – inhaltliche Erwägungen des BAG „abschreibt“ (vgl. BAG v. 14. März 2007 – 5 AZR 499/06; BAG v. vom 20. Mai 2009 – 5 AZR 31/08) und diese in ein Gesetz zu gießen beabsichtigt. In den Entscheidungen heißt es:

„Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur 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. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist Letztere maßgebend.“

Letztlich muss sich das BMAS fragen, was tatsächlich durch die Anpassung des BGB gewonnen wird, wenn sich im Wesentlichen darauf beschränkt wird, Urteile des BAG wörtlich wiederzugeben. In der Praxis hilft dies nicht, da durch die verwendeten abstrakten Rechtsbegriffe weiterhin eine am konkreten Sachverhalt durchzuführende Einzelfallbewertung durchgeführt werden muss, ohne dass sich aus dem Gesetz Anhaltspunkte ergeben, wie diese ausfallen soll. Im Ergebnis ist die Regelung vollkommen überflüssig und sollte gestrichen werden. Es sei in diesem Zusammenhang an den von Montesquieu geprägten Satz zu verweisen: „Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu machen.“ Treffender kann man in Zusammenhang mit § 611 a BGB-E nicht formulieren.

IV. Fazit

Zwar dürften die vorgesehenen Änderungen, wenn man den Fremdpersonaleinsatz denn schon wieder stärker gesetzlich regulieren will, mit Blick auf den zunächst eingeschlagenen Weg als Verbesserung bezeichnet werden. Dennoch sind die Neuerungen nicht ausreichend. Hinsichtlich der verbleibenden (zahlreichen) Kritikpunkte wird auf [die bisherigen Veröffentlichungen](#) verwiesen, die auch unter dem neuen Gesetzesvorschlag nach wie vor Geltung beanspruchen.

Der Entwurf geht zudem weiterhin an zahlreichen Stellen über die im Koalitionsvertrag getroffenen Festlegungen hinaus. Dies gilt insbesondere bei der Berücksichtigung von Zeitarbeitnehmern bei Schwellenwerten der unternehmerischen Mitbestimmung und der Erweiterung des Privilegierungstatbestandes in § 1 Abs. 3 AÜG-E, der bewirkt, dass das Gesetz im Bereich des öffentlichen Dienstes und der Kirchen nicht anwendbar ist.

Nach [Medienberichten](#) ist beabsichtigt, den entschärften Gesetzesentwurf Anfang kommender Woche zur Abstimmung den übrigen Ministerien zukommen zu lassen. Am 9. März 2016 könnte dieser dann im Bundeskabinett beschlossen werden. Daraufhin soll das parlamentarische Gesetzgebungsverfahren folgen.

Es bleibt zu hoffen, dass in diesem Rahmen weitere Anpassungen erfolgen und sich die Große Koalition mit Blick auf die geplanten Änderungen an das hält, was sie im Koalitionsvertrag vereinbart hat – und zwar ohne darüber hinausgehende Regulationen. Frau Merkel hat sich in diesem Zusammenhang als „Hüterin des Koalitionsvertrages“ bezeichnet – daran wird sie sich später messen lassen müssen.

Mit freundlichen Grüßen

CMS Hasche Sigle
Geschäftsbereich Arbeitsrecht