

Referentenentwurf zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)

Rechtliche Bewertung der zentralen Änderungen des AÜG nach dem Referentenentwurf (RefE) des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS)

23.11.2015 bap | Der am 16.11.2015 vorgelegte Referentenentwurf des BMAS begegnet schwerwiegenden rechtlichen Bedenken, die nur mit erheblichen Nachbesserungen auszuräumen sind. Dieser Referentenentwurf ist lediglich ein erster Vorschlag aus dem Ministerium. **Das Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes hat damit noch nicht begonnen.** Die im RefE vorgeschlagenen Änderungen des AÜG sind gravierend und bedeuten in verschiedener Hinsicht erhebliche Verschlechterungen der Arbeitnehmerüberlassung als zulässige Vertragsform gegenüber anderen Vertragsformen, um Arbeitskräfte flexibel und bedarfsgerecht einzusetzen. Die vorgeschlagenen zentralen Regelungen zur Einführung einer gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten und einer gesetzlichen Equal Pay-Regelung nach 9 bzw. 12 Monaten ununterbrochener Arbeitnehmerüberlassung sind jedenfalls in ihrer Wechselwirkung verfassungs- und europarechtlich zweifelhaft. Der Referentenentwurf beinhaltet folgende zentrale Änderungsvorschläge:

I. Gesetzliche Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten (§ 1 Abs. 1 b RefE)

Der Referentenentwurf sieht eine arbeitnehmerbezogene Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten vor. Derselbe Zeitarbeitnehmer darf ab dem 01.01.2017 nur noch für die Dauer von 18 Monaten an denselben Kunden überlassen werden. Für die Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten sind vorhergehende Einsatzzeiten bei dem jeweiligen Kunden anzurechnen, gleichgültig ob der jeweilige Zeitarbeitnehmer über dasselbe Zeitarbeitsunternehmen oder einen anderen Arbeitgeber an diesen Kunden überlassen worden war. Keine Anrechnung erfolgt, wenn der letzte Einsatz bei demselben Kunden mehr als 6 Monate zurückliegt. Vor Inkrafttreten des Gesetzes zum 01.01.2017 angefallene Überlassungszeiten werden nicht auf die 18 Monate Höchstüberlassungsdauer angerechnet.

1. Abweichende Regelungen nur für tarifgebundene Kundenunternehmen möglich

Abweichende (längere) Höchstüberlassungsdauern können nur in Tarifverträgen der Einsatzbranche oder in einer auf Grund eines solchen Tarifvertrags getroffenen Betriebs- oder Dienstvereinbarung vereinbart werden. Auch solche Vereinbarungen müssen eine Überlassungshöchstdauer vorsehen (§ 1 Abs. 1 b S.3 RefE). Laut der Gesetzesbegründung soll diese Öffnungsklausel nur für tarifgebundene Kundenbetriebe gelten. Nicht tarifgebundene Kundenbetriebe sollen weder durch Bezugnahme Klauseln noch durch eine Betriebsvereinbarung von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer abweichen können.

2. Zeitarbeitsbranche darf keine abweichenden Regelungen treffen

Eine abweichende Regelung durch einen Tarifvertrag der Zeitarbeitsbranche ist ausgeschlossen. Auch der Zeitarbeitsbranche muss die Vereinbarung abweichender Höchstüberlassungsdauern in Tarifverträgen gestattet werden. Der Ausschluss der Zeitarbeitsbranche insoweit stellt einen völlig unangemessenen Eingriff in die verfassungsrechtlich gewährte Tarifautonomie dar, weil die Zeitarbeitsunternehmen von der Höchstüberlassungsdauer unmittelbar als Arbeitgeber betroffen sind.

3. Arbeitnehmerbezogene Höchstüberlassungsdauer

Positiv zu bewerten ist immerhin, dass die Höchstüberlassungsdauer nicht arbeitsplatzbezogen ausformuliert ist, da ansonsten der betreffende Arbeitsplatz überhaupt nicht mehr durch einen Zeitarbeiter besetzt werden könnte.

4. Verstoß gegen Europarecht

Es bestehen erhebliche Zweifel, ob die geplanten Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer mit dem Europarecht vereinbar sind. Der Europäische Gerichtshof hat im Urteil vom 17.03.2015 – C-533/13 festgestellt, dass Einschränkungen der Zeitarbeitsrichtlinie 2008/104/EG nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind. Ob diese Voraussetzungen hier vorliegen, ist höchst fraglich. Auch die EU-Kommission hatte in einem Vertragsverletzungsverfahren im Juli 2015 festgestellt, dass die vorgenannte Zeitarbeitsrichtlinie keine Beschränkung der Überlassungsdauer vorsieht.

Forderungen:

- Zeitarbeitsbranche muss abweichende Höchstüberlassungsdauern als Tarifpartei verhandeln dürfen
- Ausnahmen für Weiterbildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen, längere projektbezogene Einsätze, Eltern- und Pflegezeitvertretungen müssen ermöglicht werden
- Unterbrechungszeit von 6 Monaten muss verkürzt werden

II. Gesetzliche Equal Pay-Regelung / Grundsatz der Gleichstellung (§ 8 RefE)

1. Equal Pay nach 9 bzw. 12 Monaten

Nach dem Entwurf soll der überlassene Arbeitnehmer nach neun Monaten ununterbrochener Überlassung einen gesetzlichen Equal Pay-Anspruch haben. Diese Regelung ist in einem engen Zusammen-

hang mit den dafür vorgesehenen rechtlichen Sanktionen und vor allem mit der ebenfalls vorgeschlagenen gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten zu betrachten.

2. Aushebelung der Branchenzuschlagstarifverträge

Der Gesetzgeber beschränkt insoweit die grundgesetzlich gewährte Tarifautonomie. Das halten wir für verfassungswidrig. Zwar erkennt der RefE an, dass es Branchen wie die Zeitarbeit mit eigenen Zuschlagstarifverträgen gibt, die dafür sorgen, dass die überlassenen Arbeitnehmer mittels der Zahlung von Zuschlägen stufenweise an ein im Kundenbetrieb geltendes Entgelt des vergleichbaren Stammarbeitnehmers herangeführt werden. Diese Branchenzuschlagstarifverträge sollen vom Grundsatz der Gleichstellung nach § 8 Abs. 4 Satz 2 RefE abweichen dürfen.

Der RefE sieht vor, dass das sensible, fein austarierte Tarifsysteem, das den jeweiligen Bedürfnissen und marktwirtschaftlichen Gegebenheiten der jeweiligen Branche angepasst ist, nach 12 Monaten ausgehebelt wird. Faktisch laufen die Branchenzuschlagstarifverträge damit nach 12 Monaten ins Leere, weil sie dann nicht mehr anwendbar sein sollen.

Das ist weder im Sinn der überlassenen Arbeitnehmer noch im Interesse der Gewerkschaften oder der Arbeitgeberverbände der Zeitarbeit. Arbeitnehmer hätten dann zwar nach 12 Monaten den gesetzlichen Equal Pay-Anspruch, jedoch fragt sich, warum das BMAS meint, sich nach diesem Zeitraum über die fein und sorgsam ausgehandelten Branchenzuschlagstarifverträge hinwegzusetzen und die in ihnen enthaltene Definition dessen, was Equal Pay branchenspezifisch ausmachen soll, aufgehoben wird.

Nach 12 Monaten gilt Equal Pay für jeden überlassenen Arbeitnehmer in vollem Umfang. Ab diesem Zeitpunkt ist ein Abweichen vom gesetzlich vorgesehenen Equal Pay durch Zuschlagstarifverträge nicht mehr möglich. Das ist aus unserer Sicht verfassungswidrig.

3. Ermittlung des Equal Pay ist praktisch unmöglich

Der RefE definiert nicht, was die Anwender der Equal-Pay-Regelung unter dem Equal Pay verstehen sollen. Dies verwundert umso mehr, als die Zeitarbeitsunternehmen verpflichtet werden, nach 9 bzw. 12 Monaten Equal Pay zu zahlen.

Nach § 8 Abs. 1 RefE und der Gesetzesbegründung auf S. 21 ff. soll bei Equal Pay nach 9 Monaten nicht nur das Grundentgelt vergleichbarer Stammmitarbeiter bei der Ermittlung von Equal Pay zugrunde gelegt werden, sondern *„sämtliche auf den Lohnabrechnungen vergleichbarer Stammarbeitnehmerinnen und Stammarbeitnehmer des Entleihers ausgewiesene Bruttovergütungsbestandteile“*. Dazu sollen ausweislich der Formulierung des § 8 Abs. 1 S. 2 RefE auch Sachbezüge in Geld und nach der Gesetzesbegründung auf S. 22 sogar vermögenswirksame Leistungen zählen.

Dennoch bleiben Unsicherheiten, was Equal Pay nach Ablauf von 12 Monaten ununterbrochener Überlassung konkret bedeutet. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Equal Pay sich von Kundenbetrieb zu Kundenbetrieb unterscheidet. Es fragt sich zum Beispiel, ob auch die Zahlung variabler Vergütungsbestandteile wie Boni oder Provisionen für die genaue Ermittlung des Equal Pay im Kundenbetrieb be-

rücksichtigt werden müssen. Das gilt auch für schwankende Lohnbestandteile wie Zuschläge oder Zulagen, die von Kundenbetrieb zu Kundenbetrieb unterschiedlich ausfallen. Aus Equal Pay wird Equal Treatment (light), weil selbst Sachbezüge wie beispielsweise ein Dienstwagen oder -handy berücksichtigt werden müssen. Die aufwändige Ermittlung des gesetzlichen Equal Pay wird kaum zu bewältigen sein.

4. Unterbrechungszeit von 6 Monaten zu lang

Problematisch in der Handhabung ist auch die in § 8 Abs. 4 S. 4 RefE vorgesehene Unterbrechungsregel von sechs Monaten hinsichtlich der Frage, wann eine vorherige Überlassung eines Arbeitnehmers durch dasselbe oder ein anderes Zeitarbeitsunternehmen an denselben Kundenbetrieb anzurechnen ist. Diese Regelung widerspricht der Unterbrechungsregel in Branchenzuschlagstarifverträgen der Zeitarbeit von drei Monaten.

Der Zeitarbeit wird mit dieser vorgeschlagenen Equal Pay-Regelung angesichts des Modells vorübergehender Arbeitnehmerüberlassung und Einsatzwechsellern in verschiedenen Kundenbetrieben eine erhebliche bürokratische Mehrbelastung aufgebürdet, die kaum zu leisten sein wird. Angesichts der ebenfalls im RefE vorgesehenen scharfen rechtlichen Sanktionen bei Verletzung des Equal Pay-Anspruchs durch das Zeitarbeitsunternehmen – unter anderem die drohende Versagung der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis und ein hohes Bußgeld – ist dieser gesetzliche Eingriff in die Tarifautonomie der Sozialpartner nicht hinnehmbar.

5. Keine Übergangsregelung für Equal Pay

Besonders schwer wiegt das vorgesehene Inkrafttreten der Equal Pay-Regelung zum 01.01.2017. Für die Berechnung der Equal Pay-Frist ist – anders als für die gesetzlich vorgeschlagene Höchstüberlassungsdauer nach § 19 Abs. 2 des RefE – keine Übergangsfrist eingeräumt worden. Sollte das Gesetz wie im RefE vorgeschlagen am 01.01.2017 in Kraft treten, haben Zeitarbeitnehmer, die dann bereits neun oder 12 Monate in demselben Kundenbetrieb eingesetzt werden, einen gesetzlichen Anspruch auf Equal Pay.

Forderungen:

- **System der Branchenzuschlagstarifverträge muss erhalten bleiben**
- **Branchenzuschlagstarifverträge müssen als Equal Pay anerkannt werden**
- **Unterbrechungszeit von 6 Monaten muss verkürzt werden**
- **Keine Ausweitung des gesetzlichen Equal Pay auf Sachbezüge, Boni, Provisionen, etc.;**
Equal Pay muss bestimmbar sein
- **Übergangsregelung zum Inkrafttreten auch für Equal Pay notwendig**

III. Rechtliche Sanktionen

1. Überschreitung der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer (§ 1 Absatz 1 b RefE)

a) Nichtverlängerung bzw. Widerruf der Erlaubnis

Nach § 3 Absatz 1 Nr. 1 RefE ist die Verlängerung einer befristeten Erlaubnis oder die Erteilung einer unbefristeten Erlaubnis zu versagen, wenn die Höchstüberlassungsdauer nicht eingehalten wird. Zeitarbeitsunternehmen mit einer befristeten Erlaubnis müssen für den Fortbestand ihrer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung jeweils eine Verlängerung beantragen. Wenn sich aus Tatsachen ergeben hat, dass das Zeitarbeitsunternehmen die Höchstüberlassungsdauer überschreitet, darf die Bundesagentur für Arbeit die Erlaubnis nicht verlängern. Hierbei hat die Behörde kein Ermessen.

Es stellt sich die Frage, was die Folgen eines Verstoßes gegen die Höchstüberlassungsdauer sind, wenn das Zeitarbeitsunternehmen eine unbefristete Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besitzt. In diesen Fällen kommt nach § 5 Absatz 1 Nr. 3 RefE ein Widerruf der unbefristeten Erlaubnis für die Zukunft in Betracht. An der gesetzlichen Regelung des Widerrufs selbst hat sich durch die Reform nichts geändert. Wie auch bisher kann die Bundesagentur für Arbeit die schon erteilte unbefristete Erlaubnis widerrufen, wenn aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen die Erteilung der Erlaubnis zu versagen gewesen wäre. Anders als bei der befristeten Erlaubnis führt der Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer nicht zwingend zum Verlust der Erlaubnis. Die Behörde muss im Rahmen ihres Ermessens die Umstände des Einzelfalls prüfen und die Schwere des Verstoßes gegen die Höchstüberlassungsdauer berücksichtigen. Eine Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer um einen Tag in einem Einzelfall ist anders zu bewerten als eine systematische wiederholte und vorsätzliche Außerachtlassung der Höchstüberlassungsdauer.

b) Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kundenbetrieb

Nach § 9 Nr. 1 b RefE wird der Arbeitsvertrag zwischen dem Zeitarbeitsunternehmen und dem Zeitarbeitnehmer unwirksam, sobald die Höchstüberlassungsdauer überschritten wird. Die Folge der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags ist gemäß § 10 Absatz 1 RefE das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen Zeitarbeitnehmer und Kundenbetrieb ab dem Zeitpunkt der Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags mit dem Zeitarbeitsunternehmen. Dies bedeutet, dass der Kundenbetrieb ab dem ersten Tag der Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer ein Arbeitsverhältnis mit dem Zeitarbeitnehmer hat. Allein der Zeitarbeitnehmer kann das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kundenbetrieb verhindern, indem er binnen eines Monats nach dem Ende der Höchstüberlassungsdauer gegenüber dem Zeitarbeitsunternehmen oder dem Kundenbetrieb schriftlich erklärt, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Zeitarbeitsunternehmen festhält.

Bisher kam ein Arbeitsverhältnis zum Kundenbetrieb nur in Fällen der verbotenen Arbeitnehmerüberlassung zustande. Nur dann, wenn Zeitarbeitsunternehmen nicht im Besitz einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung waren, wurde ein Arbeitsverhältnis mit dem Kundenbetrieb fingiert. Diese gravierende Rechtsfolge wurde durch den RefE erweitert. Sie tritt unabhängig von dem Grund des Überschreitens der Höchstüberlassungsdauer ein, selbst wenn die Überschreitung nur einen Kalendertag beträgt. Die

gesetzliche Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kundenbetrieb widerspricht dem Grundsatz der Privatautonomie und der grundgesetzlich garantierten Berufsfreiheit des Arbeitnehmers.

c) Bußgeld

Gemäß § 16 Absatz 1 Nummer 1 b RefE ist die vorsätzliche oder fahrlässige Überlassung über die Höchstüberlassungsdauer durch das Zeitarbeitsunternehmen hinaus eine Ordnungswidrigkeit und kann gemäß Absatz 2 der Norm mit einem Bußgeld von bis zu 30.000 € belegt werden.

2. Verstoß gegen Equal Pay

a) Nichtverlängerung bzw. Widerruf der Erlaubnis

Nach § 8 RefE müssen dem Zeitarbeitnehmer wie einem vergleichbaren Arbeitnehmer im Kundenbetrieb alle geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts gewährt werden. Hinsichtlich der Auswirkungen auf die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung bei einem Verstoß gegen § 8 RefE bestimmt § 3 Absatz 1 Nummer 3 RefE, dass die Verlängerung der Erlaubnis zu versagen ist. Es gelten die gleichen Ausführungen wie bei einem Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer.

b) Bußgeld bis zu 500.000 Euro

Ebenso wie der Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer stellt die Nichtgewährung einer Arbeitsbedingung i. S. v. § 8 Absatz 1 RefE eine Ordnungswidrigkeit dar. Sie kann nach § 16 Absatz 2 RefE sogar mit einer Geldbuße bis zu 500.000 € geahndet werden. Die Sanktionierung ist unverhältnismäßig, da sie der Höhe nach mit Schwarzarbeit und der Nichtgewährung von Mindestlöhnen gleichgesetzt wird.

c) Abweichende Vergütungsvereinbarung unwirksam

Liegt eine Vereinbarung vor, die nicht den Voraussetzungen nach § 8 RefE entspricht, folgt hieraus nach § 9 Nummer 2 RefE die Unwirksamkeit dieser Vereinbarung. Der Arbeitsvertrag im Übrigen bleibt wirksam und das Arbeitsverhältnis zum Zeitarbeitsunternehmen besteht fort.

3. Einführung einer Pflicht zur Kennzeichnung der Arbeitnehmerüberlassung und Benennung des Zeitarbeitnehmers

a) Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kundenbetrieb

Gemäß § 1 Absatz 1 S. 5 und S. 6 RefE muss der Vertrag zwischen Zeitarbeitsunternehmen und Kundenbetrieb ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet werden. Des Weiteren ist vor der Überlassung der zu überlassende Zeitarbeitnehmer namentlich zu konkretisieren. Die Überlassung

eines Arbeitnehmers ohne ausdrückliche Bezeichnung als Arbeitnehmerüberlassung und die fehlende namentliche Bezeichnung des einzelnen Arbeitnehmers führen gemäß § 9 Nummer 1 a RefE i. V. m. § 10 Absatz 1 RefE zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kundenbetrieb. Hintergrund der Neuregelung soll sein, dass als Werk- oder Dienstvertrag bezeichnete Verträge, die aber tatsächlich eine Arbeitnehmerüberlassung darstellen, in Zukunft nicht mehr durch eine vorhandene „Reserveerlaubnis“ sanktionslos bleiben sollen. Nach der neuen Regelung macht es keinen Unterschied mehr, ob der Unternehmer im Besitz einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung ist oder nicht. In beiden Fällen wird ein Arbeitsverhältnis mit dem Kundenbetrieb fingiert, wenn die Überlassung nicht offengelegt wurde.

b) Bußgeld

Gemäß § 16 Absatz 1 Nummer 1 c RefE ist die Nichtbezeichnung der Arbeitnehmerüberlassung im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag und die Nichtkonkretisierung des Zeitarbeitnehmers vor der Überlassung eine Ordnungswidrigkeit und kann gemäß Absatz 2 der Norm mit einem Bußgeld von bis zu 30.000 € belegt werden.

Forderungen:

- **Drastische Sanktionen müssen zurückgeführt werden.**
- **Keine Sanktionen bei unklarer Gesetzeslage (z.B. fehlende Definition von Equal Pay)**

IV. Umfassende Streikbrecher-Klausel (§ 11 Abs. 5 RefE)

Der Entwurf sieht ein umfassendes an den Kunden gerichtetes rechtliches Verbot vor, Zeitarbeitnehmer nicht einzusetzen, soweit der Kundenbetrieb von einem Arbeitskampf betroffen ist. Dieses Verbot wirkt wie ein Verbot der Überlassung neuer Zeitarbeitnehmer im Fall eines Arbeitskampfes in einem Betrieb. Zugleich ist eine Abzugsverpflichtung für bereits im bestreikten Betrieb eingesetzte Zeitarbeitnehmer in der Entwurfsbegründung vorgesehen. Damit entfällt die bisherige Regelung des § 11 Abs. 5 AÜG, wonach der Zeitarbeitnehmer seine Arbeit verweigern kann, wenn im Kundenbetrieb gestreikt wird. In § 11 Abs. 5 RefE fehlt der Hinweis darauf, dass es sich hierbei nur um rechtmäßig bestreikte Betriebe handeln kann. Im Fall eines rechtswidrigen Streiks kann das im RefE ausgesprochene Verbot des Einsatzes von Zeitarbeitnehmern nicht greifen. Ferner sollte im RefE klargestellt werden, dass dieses Verbot sich auch auf ausschließlich bestreikte Betriebsteile erstreckt und darauf beschränkt.

An Stelle des Wortes „Arbeitskampfes“ sollte sich die Regelung an diejenige des § 17.1 Manteltarifvertrag BAP anlehnen, die diese beiden Verpflichtungen nur dann zur Geltung kommen lässt, wenn und soweit ein Betrieb oder Betriebsteil ordnungsgemäß, also rechtmäßig, bestreikt wird.

