

Die Reform von Leiharbeit und Werkverträgen: erfreuliche Neuregelungen, aber auch viele Schwächen

NADINE ABSENGER

Die Zunahme und der Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen hatten die Bundesregierung veranlasst, in ihren Koalitionsvertrag unter der Überschrift „Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen verhindern und Arbeitnehmerüberlassung weiterentwickeln“ Reformen in diesen umstrittenen Feldern aufzunehmen. Rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen zulasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sollten verhindert und Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen zurückgeführt werden. So lauteten die Zielstellungen im Koalitionsvertrag „Deutschlands Zukunft gestalten“, den CDU/CSU und SPD im November 2013 abgeschlossen haben.

Die Umsetzung des Koalitionsvorhabens gestaltete sich schwierig und wurde kontrovers diskutiert. Es dauerte allein zweieinhalb Jahre, bis die Bundesregierung am 1.6.2016 einen ersten Gesetzentwurf für eine entsprechende Reform vorlegte.¹ Dem Gesetzentwurf waren seit November 2015 verschiedene Referentenentwürfe des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) vorausgegangen (Entwürfe vom 16.11.2015, 17.2.2016 und 14.4.2016),² die ebenfalls kritisch diskutiert wurden, letztlich aber an vielen Stellen deutlich besser geeignet waren, das im Koalitionsvertrag angestrebte Ziel zu erreichen, als der im Juni 2016 durch die Bundesregierung vorgelegte und in öffentlicher Bundestagsausschussanhörung am 17.10.2016 diskutierte Gesetzentwurf.³ Zum 1.4.2017 sollen die im Oktober und November 2016 von Bundestag und Bundesrat beschlossenen Neuregelungen in Form des Gesetzes zur Änderung

des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze nun in Kraft treten.⁴

Inhalte und Bewertung der Neuregelungen zu Leiharbeit und Werkverträgen

Die Neuregelungen sind aufgrund ihrer konkreten Ausgestaltung nur bedingt geeignet, das im Koalitionsvertrag festgeschriebene Ziel der Verhinderung missbräuchlicher Werkvertragskonstruktionen und der Rückführung von Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen – die Abdeckung von Auftragsspitzen und vorübergehender Personalschwankungen – zu erreichen. Das Reformpaket enthält zwar viele notwendige und längst überfällige Bestimmungen; jedoch gehen die Änderungen letztlich nicht weit genug. Sie bleiben zudem teilweise hinter den ursprünglich im Koalitionsvertrag angedachten Reformvorhaben zurück, so z. B. im Bereich von Equal Pay und der Regelungen zur Überlassungshöchstdauer.⁵

Erfreulich sind u. a. grundsätzlich folgende aufgrund der Reform ab April 2017 geltende Neuregelungen:

- das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher,
- das Verbot des Kettenverleihs,
- die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher in Fällen missbräuchlicher Werkvertragskonstruktionen (verdeckte Leiharbeit),

- die Erweiterung des Sanktionskatalogs und die Möglichkeiten der Entziehung der Verleihlaubnis bei Verstößen gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG),
- die Verpflichtung zur transparenten Vertragsbezeichnung als Arbeitnehmerüberlassung,
- die Informationspflichten des Verleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung,
- die Klarstellung der Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats bei Leiharbeit und Werkverträgen sowie
- die Klarstellung des Mitzählens der Leiharbeitnehmer bei Schwellenwerten für die Mitbestimmung.

Begrüßenswert ist auch der Wille des Gesetzgebers, die Überlassungsdauer zu begrenzen und Equal Pay (gleiches Arbeitsentgelt für gleiche Arbeit) früher als heute zu ermöglichen.

Gleichwohl sind die Schwächen der Reform nicht zu übersehen. Verglichen mit den im November 2015 und Februar/April 2016 durch das BMAS vorgelegten Referentenentwürfen beinhaltet sie schlechtere Regelungen für Leiharbeitnehmer und die Tarifautonomie.

Zur Begrenzung der Überlassungsdauer

War vorher die Zulässigkeit „vorübergehender“ Überlassungen im Gesetz geregelt, wobei mangels entsprechender Definitionen in der EU-Leihar-

1 Siehe zum Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Bundestagsdrucksache 18/9232), <http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Schwerpunkte/referententwurf-arbeitnehmerueberlassungsgesetz.pdf>.

2 Siehe zu den Entwürfen des BMAS: <http://www.portal-sozialpolitik.de/recht/gesetzgebung/gesetzgebung-18-wahlperiode/aeug-und-werkvertraege>.

3 Siehe zum Regierungsentwurf Bundestagsdrucksache 18/9232.

4 Siehe dazu Bundestagsdrucksachen 18/9232 und 18/10064 sowie Ausschussdrucksache 18(11)770.

5 Siehe zur Reform ausführlich Absenger, N./Priebe, A./Baumann, H./Amlinger, M./Brehmer, W./Schulze Buschoff, K./Seikel, D./Schulten, T./Kleinknecht, A. (2016): Leiharbeit und Werkverträge – Das aktuelle Reformvorhaben der Bundesregierung, WSI-Report (32), Düsseldorf.

beitsrichtlinie und im deutschen AÜG ungeklärt blieb, was „vorübergehend“ eigentlich bedeutet, begrenzt die Neuregelung die Überlassungsdauer nunmehr grundsätzlich auf 18 Monate. Das ist unter Gesichtspunkten von Klarheit und Rechtssicherheit zwar begrüßenswert, inhaltlich aber weiterhin problematisch. Künftig darf ein Leiharbeiter nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen werden. Längere Überlassungszeiten sind allerdings durch Tarifvertrag bzw. im Geltungsbereich eines abweichenden Tarifvertrags durch Übernahme der tariflichen Regelungen respektive bei Vorhandensein entsprechender tariflicher Öffnungsklauseln auch durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung in nicht tarifgebundenen Betrieben begrenzt auf höchstens 24 Monate möglich. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher wird nur dann auf die Überlassungshöchstdauer angerechnet, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen.

Der Gesetzgeber – wie auch bereits vorher das BMAS und die Bundesregierung in ihren früheren Entwürfen – hat sich bei der Begrenzung der Überlassungsdauer für eine arbeitnehmerbezogene Betrachtung entschieden. Die Überlassungshöchstdauer setzt, anders als eigentlich notwendig, beim einzelnen Leiharbeiter und nicht beim Arbeitsplatz an, auf dem der Leiharbeiter beim Entleiher eingesetzt werden soll. Die Neuregelung erlaubt es Entleihbetrieben, nach Ausschöpfung der maximalen Überlassungszeit einen neuen Leiharbeiter auf demselben Arbeitsplatz einzusetzen. Dadurch ermöglicht sie dem Entleiher einen wiederholten Austausch von Leiharbeitnehmern und damit einen zeitlich unbeschränkten Einsatz von Leiharbeit auf ein und demselben Dauerarbeitsplatz. Sie ermöglicht zudem, nach einer Wartezeit von drei Monaten auch denselben Leiharbeiter wieder im Entleihbetrieb einzusetzen, und öffnet damit Missbrauch Tür und Tor.

Um der Funktion der Leiharbeit als Puffer für die Abdeckung von Auftragsspitzen und vorübergehenden Personalschwankungen gerecht zu werden – dies war ja laut Koalitionsvertrag das Ziel –, hätte bei der Beschränkung der Überlassungsdauer auf den Arbeitsplatz bzw. die vom Leiharbeiter zu übernehmenden Aufgaben beim Entleiher abgestellt werden müssen, denn der Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen bzw. für Daueraufgaben entspricht nicht der eigentlichen Funktion der Leiharbeit und verstößt gegen die Leiharbeitsrichtlinie der

EU. Art. 5 V der auch für Deutschland verbindlichen EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG schreibt u. a. vor, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, erforderliche Maßnahmen zu ergreifen, „um insbesondere aufeinander folgende Überlassungen, mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen, zu verhindern“. Dies ist durch die arbeitnehmerbezogene Neuregelung nicht gewährleistet, denn sie ermöglicht, wie dargestellt, ohne Weiteres aufeinander folgende Überlassungen. Die Bundesregierung selbst schreibt in ihrer Begründung zum Gesetzentwurf vom 1.6.2016, dass Leiharbeit eine Form des flexiblen Personaleinsatzes sei und auch nach der beabsichtigten Reform des AÜG die Flexibilität für Unternehmen gegeben sein müsse, vorübergehenden Arbeitskräftebedarf bei Auftragspitzen decken zu können.⁶

Die Neuregelungen zur Begrenzung der Überlassungsdauer sind auch insoweit problematisch, als für die Überlassungshöchstdauer Zeiträume vorheriger Überlassungen an denselben Entleiher nur dann mitgezählt werden, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen. In diesem Punkt sahen die früheren Referentenentwürfe des BMAS noch die Anrechnung aller Überlassungszeiträume vor, die nicht länger als sechs Monate zurückliegen. Die künftige Neuregelung stellt eine deutliche Verschlechterung zulasten der Leiharbeiter dar, die ebenfalls nicht geeignet ist, Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen zurückzuführen; sie widerspricht zudem anderen Regelungen des AÜG, die auf sechs Monate abstellen (z. B. die Drehtürklausel), aber auch früheren Befristungsregelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG), nach denen ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen zwei Arbeitsverhältnissen insbesondere dann anzunehmen war, wenn zwischen den Arbeitsverhältnissen nicht mehr als sechs Monate lagen (§ 14 III Satz 3 TzBfG a.F.).

Als bedenklich ist auch die Möglichkeit zu beurteilen, dass nicht tarifgebundene Betriebe von der Überlassungshöchstdauer abweichende tarifliche Regelungen übernehmen bzw., wenn entsprechende tarifliche Öffnungsklauseln vorhanden sind, Überlassungshöchstzeiten von bis zu 24 Monaten in Betriebs- und Dienstvereinbarungen regeln können. Diese Regelungen unterlaufen die Tarifautonomie, denn sie nehmen nicht tarifgebundenen Entleihern jeglichen Anreiz, in einen Arbeitgeberverband einzutreten bzw. sich einem Tarifvertrag zu unterwerfen. Sie wirken einer Erhöhung der Tarifbindung entgegen, die jedoch für die Ausgestaltung von Arbeitsbedingungen und der Qualität von Arbeit unerlässlich

ist. Zudem setzen sie Betriebsräte unter Druck, solche Regelungen zu vereinbaren. Zudem geht diese Neuregelung über den Koalitionsvertrag hinaus, der nur für tarifliche Regelungen und aufgrund tariflicher Öffnungsklauseln verlängerte Überlassungsdauern vorgesehen hatte. Die Neuregelung ist auch insoweit bedenklich, als Art. 11 der EU-Leiharbeitsrichtlinie lediglich den Mitgliedstaaten der EU und den Sozialpartnern die Kompetenz einräumt, die Rahmenvorgaben der Richtlinie in erforderliche Vorschriften umzusetzen, nicht jedoch Betriebsparteien.

Problematisch sind schließlich auch die Neuregelungen, die es Kirchen und öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften ermöglichen, in ihren Regelwerken über 18 Monate hinausgehende Überlassungsdauern vorzusehen. Die darin zum Ausdruck kommende Gleichstellung von Kirchen und öffentlichen Religionsgemeinschaften mit allen sonstigen Tarifpartnern ist schon in Anbetracht des in Kirchen und Religionsgemeinschaften nur eingeschränkt gewährten Streikrechts nicht zu rechtfertigen. Zudem haben die Regelwerke der Kirchen und Religionsgemeinschaften nicht dieselbe Qualität wie Tarifverträge, und auch die Bedingungen ihres Zustandekommens sind nicht mit jenen von Tarifverträgen vergleichbar.

Die neuen Equal-Pay-Regelungen

Die Neuregelungen zu Equal Pay (gleiches Arbeitsentgelt) und Equal Treatment (gleiche wesentliche Arbeitsbedingungen) sehen, wie schon nach alter Rechtslage, vor, dass diese Bedingungen grundsätzlich ab dem ersten Tag des Einsatzes beim Entleiher gelten. Durch Tarifvertrag kann bei Einhaltung der für Leiharbeiter geltenden gesetzlichen Mindestentgelte vom Gleichstellungsgrundsatz, wie auch heute schon, abgewichen werden. Abweichungen von Equal Pay zulasten von Leiharbeitnehmern sind künftig auf neun Monate begrenzt; eine Verlängerung auf bis zu 15 Monate ist statthaft, wenn – wie bereits in vielen Branchen vorhanden – die tarifliche Regelung hinsichtlich des Arbeitsentgelts (nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen) eine stufenweise Heranführung an den Gleichstellungsgrundsatz vorsieht (sog. Branchenzuschlagstarifverträge). Im Geltungsbereich eines vom Equal-Pay-Grundsatz abweichenden Tarifvertrags können – wie ebenfalls heute ▶

6 Siehe auch Bundestagsdrucksache 18/9232.

schon – auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der entsprechenden Tarifregelungen vereinbaren.

Auch diese Neuregelungen sind problematisch. Zum einen wird nur eine Minderheit der Leiharbeiternehmer von ihnen profitieren, denn weniger als die Hälfte der Leiharbeiternehmer ist länger als drei Monate im Entleihbetrieb tätig;⁷ nur 27 % der beendeten Leiharbeitsverhältnisse dauern länger als neun Monate.⁸ Dass nur eine Minderheit der Leiharbeiternehmer von den neuen Equal-Pay-Regelungen profitieren wird, wird durch eine weitere Neuregelung unterstützt, wonach auch für die Wartezeit für Equal Pay nur Zeiträume vorheriger Überlassungen an denselben Entleiher zu berücksichtigen sind, wenn zwischen den Einsätzen nicht mehr als drei Monate liegen. Die ursprünglichen Referentenentwürfe des BMAS sahen dagegen einen Zeitraum von sechs Monaten vor.

Problematisch ist auch, dass für die Erreichung der Wartezeit von Equal Pay, aber auch für die Berechnung der Überlassungshöchstdauer nur Zeiträume vorheriger Überlassungen an denselben Entleiher berücksichtigt werden, nicht jedoch Einsatzzeiten bei anderen Entleihern in demselben Unternehmen bzw. demselben Konzern; dies eröffnet erneute Missbrauchs- bzw. Umgehungsmöglichkeiten.

Die nach wie vor vorhandene Möglichkeit, dass im Geltungsbereich eines vom Equal-Pay-Grundsatz abweichenden Tarifvertrags nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der abweichenden tariflichen Regelungen vereinbaren können, dürfte nach wie vor unionsrechtswidrig sein. Art. 5 II der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG sieht in Bezug auf das Arbeitsentgelt vor, dass die Mitgliedstaaten nach Anhörung der Sozialpartner die Möglichkeit vorsehen können, vom Equal-Pay-Grundsatz abzuweichen, wenn die Leiharbeiternehmer einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben und auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden. Diese Regelung in der Richtlinie sieht für tarifungebundene Betriebe also eine Abweichung vom Equal-Pay-Grundsatz allenfalls für unbefristete, nicht jedoch für befristete Leiharbeitsverhältnisse vor.

Problematisch sind die neuen Equal-Pay-Regelungen auch durch die Gleichstellungsvermutung in § 8 Abs. 1 AÜG. Sie besagt, dass Equal Pay angenommen wird, wenn ein Leiharbeiternehmer das tarifvertragliche Arbeitsentgelt erhält, das einem vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers im Entleihbetrieb zusteht (wenn es keinen Tarifvertrag gibt, wird das für vergleichbare Ar-

beitnehmer in der Einsatzbranche geltendes Tarifentgelt zugrunde gelegt). Ob Equal Pay erfüllt ist, soll also grundsätzlich von der Zahlung des tariflichen Arbeitsentgelts abhängen. Dies bedeutet jedoch, dass Entgeltbestandteile (z. B. Sonder-, außer- und übertarifliche Zahlungen usw.), die in anderen Regelungswerken (z. B. in Arbeitsverträgen oder Betriebsvereinbarungen) vereinbart werden oder auf Gesamtzusagen beruhen, Leiharbeiternehmern in diesen Fällen wohl nicht mehr gewährt werden. Im Referentenentwurf des BMAS vom 16.11.2015 war noch definiert, dass dem Leiharbeiternehmer für die Zeit der Überlassung das im Betrieb des Entleihers vergleichbaren Arbeitnehmern zustehende Entgelt (inklusive aller übertariflichen Zulagen, geldwerten Vorteile, Sachbezüge usw.) zu gewähren sei, um dem Equal-Pay-Kriterium zu genügen. Das Abstellen allein auf das tarifliche Entgelt dürfte wegen Verstoßes gegen die EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG unionsrechtswidrig sein (siehe zu Entgeltbestandteilen im Kontext Gleichbehandlung auch Art. 157 des Vertrags über die Arbeitsweise der EU).

Weitere problematische Neuregelungen bei der Leiharbeit

Die Neuregelungen der Reform von Leiharbeit und Werkverträgen weisen weitere Schwächen auf, die hier nicht alle angesprochen werden können (ausführlicher siehe WSI-Leiharbeitsreport (32), 10/2016 – Fundstelle siehe FN 5). So fehlt die Schaffung von Mitbestimmungsrechten für Betriebsräte bei der Mitarbeit von Selbstständigen (Werkvertragsnehmern, freien Dienstvertragsnehmern), aber auch beim Einsatz von Leiharbeit. Schon der Koalitionsvertrag beschränkte sich bei Fragen der Betriebsverfassung auf eine Klarstellung bereits vorhandener Rechte, was einer zeitgemäßen Mitbestimmung nicht gerecht wird. Im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Unionsrecht bedenklich ist die Neuregelung, wonach das AÜG zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes oder öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften anwenden, unabhängig von Fragen der Personalgestaltung nicht gelten soll. Dies dürfte gegen die EU-Leiharbeitsrichtlinie verstoßen, da diese gemäß Art. 1 II für die Privatwirtschaft und den öffentlichen Dienst gleichermaßen gilt. Als ungünstig für Leiharbeiternehmer und konträr zu den angestrebten Zielen der Reform sind ferner die Regelungen zu bewerten, wonach Überlassungszeiten vor dem Inkrafttreten der Neuregelungen bei der Berechnung der Über-

lassungshöchstdauer und der Berechnung der Wartezeiten für Equal Pay nicht berücksichtigt werden.

Fehlender Kriterienkatalog zur Abgrenzung von Arbeitsvertrag und Werkvertrag

Eine weitere Schwäche der Reform ist darin zu sehen, dass die Neuregelungen keine Kriterien für die Abgrenzung von ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz enthalten, obgleich dies im Koalitionsvertrag vorgesehen und ein entsprechender Kriterienkatalog im Referentenentwurf des BMAS noch enthalten war. Der im Rahmen der Reform neu ins BGB eingefügte § 611a sieht künftig lediglich Folgendes vor:

„§ 611a Absatz 1: Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer 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, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, 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.“

§ 611a Absatz 2: Der Arbeitgeber ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“ Mit dieser Neuregelung ist in begrüßenswerter Weise zwar erstmals seit Inkrafttreten des BGB der Begriff des Arbeitsvertrages gesetzlich definiert und herausgestellt, dass für die Einstufung als abhängig Beschäftigter die Erbringung weisungsgebundener Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit entscheidend ist. Jedoch fehlen typologische Abgrenzungskriterien, die eine erleichterte Einstufung als Arbeitsvertrag/Werkvertrag/freier Dienstvertrag bzw. die Aufdeckung missbräuchlicher Vertragskonstruktionen ermöglichen, aber auch

7 Bundesagentur für Arbeit (2016): Der Arbeitsmarkt in Zahlen – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg, Juli, S. 13f.

8 Haller, P./Jahn, E. (2014): Zeitarbeit in Deutschland – Hohe Dynamik und kurze Beschäftigungsdauern, IAB-Kurzbericht 13/2014, S. 5.

den Prüfbehörden die Kontrolltätigkeit erleichtern. Vorschläge, wie eine solche Regelung ausgestaltet hätte werden können, gab es genügend.

Fazit

Die Ausführungen zeigen, dass die Neuregelungen trotz vieler erfreulicher Reforminhalte letztlich keine Grundlage für eine deutliche Beschränkung von Leiharbeit und Werkverträgen bieten. Im Interesse der Arbeitgeber werden prekäre Leiharbeit und missbräuchliche Werk-

vertragskonstruktionen weiterhin möglich sein. Auch Arbeitnehmervertretungen wird nicht das notwendige Handwerkszeug gegeben, um bei diesen Beschäftigungsformen wirksamer mitzubestimmen. Auf der Tagesordnung steht daher nach wie vor die Notwendigkeit, sich für eine weitere Beschränkung von Leiharbeit und Werkverträgen und den Ausbau der Mitbestimmung einzusetzen und durch Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge die Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer und Werkvertragsnehmer zu verbessern. ■

AUTORIN

NADINE ABSENGER, Dr., ist Wissenschaftlerin im Referat Arbeits- und Sozialrecht des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts (WSI) der Hans-Böckler-Stiftung. Arbeitsschwerpunkte: individuelles, kollektives sowie internationales und europäisches Arbeitsrecht; Sozialrecht im Bereich SGB II, III.

@ nadine-absenger@boeckler.de