

**Stellungnahme des Handelsverbandes Deutschland (HDE)
zum Referentenentwurf
des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales:
*„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des
Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“*
Stand: 27. Nov. 2015**

A. Zeitarbeit

1. Höchstüberlassungsdauer (Art. 1, Nr. 1 d)

Im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) soll mit § 1 Abs. 1b AÜG-E eine neue Regelung geschaffen werden, nach der für die Zeitarbeit erstmals eine Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten eingeführt wird.

Der HDE kritisiert diese Regelung, da eine gesetzliche Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten zu starr ist. Daran vermag auch die im Referentenentwurf vorgesehene gesetzliche Öffnungsklausel nichts zu ändern, nach der durch Betriebsvereinbarung auf der Grundlage eines Tarifvertrages oder durch den Tarifvertrag selbst längere Entleihfristen für Zeitarbeitnehmer geregelt werden können. Schließlich müsste die Arbeitgeberseite der tarifschließenden Gewerkschaft für tarifliche Ausnahmen von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer tarifliche Zugeständnisse an anderer Stelle machen. Aus Sicht des HDE wäre es viel sinnvoller - analog zu den Regelungen zur Sachgrundbefristung in § 14 Abs. 1 Teilzeit- und Befristungsgesetz - direkt im Gesetz explizit klassische Fallgruppen als Ausnahmen von der 18-Monats-Frist zu nennen, bei denen typischerweise über einen längeren Zeitraum Personalausfälle durch Zeitarbeit abgedeckt werden müssen (z. B. bei Langzeiterkrankung, Elternzeit, Familienpflegezeit etc.). Nur so kann letztlich gewährleistet werden, dass in Fällen, in denen das Bedürfnis für den Einsatz eines Zeitarbeitnehmers längerfristig besteht, nicht jeweils nach 18 Monaten zeitaufwendig ein neuer Zeitarbeitnehmer eingearbeitet werden muss.

2. Equal Pay (Art. 1, Nr. 3)

Die Regelung in dem neu gefassten § 8 AÜG-E (Grundsatz der Gleichstellung) soll regeln, dass Zeitarbeitnehmer künftig grundsätzlich spätestens nach neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammbeschäftigten gleichgestellt werden (Equal Pay). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sieht der Referentenentwurf nur für Arbeitsverhältnisse vor, für die ein (Branchen-) Zuschlagstarifvertrag gilt, der eine stufenweise Heranführung des Arbeitsentgelts an Equal Pay vorsieht. In diesem Fall soll der Anspruch auf Equal Pay erst nach einer Einsatzdauer von 12 Monaten bestehen.

Diese Regelung führt letztlich zu einer Verteuerung der Zeitarbeit. Folge wird sein, dass Zeitarbeit künftig von den Unternehmen weniger nachgefragt wird, was sich wiederum negativ auf die Beschäftigung in der Branche auswirkt. Dabei ist gerade die Zeitarbeit sehr wichtig, um insbesondere Menschen mit geringer Qualifikation eine Chance auf einen Wiedereinstieg oder den erstmaligen Einstieg in Arbeit zu ermöglichen.

Darüber hinaus ist die Zeitarbeit ein wichtiges Flexibilisierungselement für die Unternehmen, die insbesondere auch bei längeren Ausfällen von Mitarbeitern (bspw. durch Langzeiterkrankungen) häufig auf Zeitarbeitnehmer zurückgreifen. Es wäre daher sinnvoll, wenn in einer gesetzlichen Regelung - ähnlich wie bei der Höchstüberlassungsdauer - Ausnahmen vom Equal-Pay-Grundsatz nach 9 bzw. 12 Monaten für Fälle enthalten wären, in denen typischerweise längere Ausfallzeiten von Mitarbeitern kompensiert werden müssen (s. o.).

3. Gesetzliches Streikeinsatzverbot (Art. 1, Nr. 7 b)

Die neue Regelung in § 11 Abs. 5 AÜG-E sieht vor, dass Zeitarbeitnehmer künftig nicht mehr eingesetzt werden dürfen, soweit der Betrieb des Entleihers unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffen ist.

Ein solches gesetzliches Streikeinsatzverbot lehnt der HDE entschieden ab. Eine gesetzliche Regelung, die ein Streikeinsatzverbot für Zeitarbeitnehmer vorsieht, wäre ein schwerwiegender Verstoß gegen die Grundsätze der Arbeitskämpfparität sowie das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit. Eine entsprechende gesetzliche Regelung wäre als Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG daher verfassungswidrig. Darauf hat die Arbeitsrechtswissenschaft bereits im Schrifttum hingewiesen.

Problematisch ist,

- dass der Gesetzgeber nun per Gesetz eine Arbeitsniederlegung - also ein klassisches Arbeitskämpfungsmittel der Gewerkschaftsseite - anordnet;
- dass sich die geplante Regelung offenbar auch auf solche Zeitarbeitnehmer erstrecken soll, die bereits vor dem Beginn der Arbeitskämpfmaßnahme bspw. zur Krankheits- oder Elternzeitvertretung und nicht als Verteidigungsmittel der Arbeitgeber eingesetzt werden;

- dass Zeitarbeitsunternehmen, die aufgrund des in der Zeitarbeit geltenden Grundsatzes des Equal Pay unmittelbar von den Ergebnissen der Tarifabschlüsse in den Entleihbranchen betroffen sind, gezwungen werden, für die Gewerkschaft Partei zu ergreifen;
- dass Zeitarbeitnehmer im Einzelfall, die den Arbeitskampf einer Gewerkschaft nicht unterstützen wollen, nun gezwungen werden, für die Gewerkschaft Partei zu ergreifen. Bisher sieht § 11 Abs. 5 AÜG bereits heute vor, dass Zeitarbeitnehmer autonom darüber entscheiden dürfen, ob sie den Einsatz in bestreikten Betrieben verweigern wollen. Für tarifgebundene Zeitarbeitsunternehmen besteht eine - nach Auffassung des Schrifttums - nicht normativ, sondern nur schuldrechtlich wirkende Regelung im Branchentarifvertrag der Zeitarbeit - § 17.1 MTV BAP bzw. § 12 MTV iGZ. Es besteht daher auch kein darüber hinausgehender Handlungsbedarf;
- dass der Gewerkschaft faktisch ein kostenloses Arbeitskampfmittel zur Verfügung gestellt wird, da sie für die nicht eingesetzten Zeitarbeitnehmer keine Streikunterstützung zahlt. Dies widerspricht den Grundsätzen des Bundesarbeitsgerichts, zuletzt noch einmal dargestellt in der Flashmob-Entscheidung des BAG, nach denen jedes Arbeitskampfmittel eigentlich auch ein Element der Eigenschädigung enthält, welches denjenigen, der dieses Arbeitskampfmittel einsetzt, zu einem eigenverantwortlichen Umgang zwingt. Hier würde bereits die Befolgung eines Streiks durch einen einzigen Mitarbeiter in einem Betrieb genügen, um das Einsatzverbot aller in dem Betrieb eingesetzten Zeitarbeitnehmer auszulösen. Faktisch würde sogar bereits die Streikankündigung am Vorabend ausreichen, da die Zeitarbeitsunternehmen dann in der Regel keine Zeitarbeitnehmer in den Betrieb entsenden;
- dass dies aus Sicht der Zeitarbeitsunternehmen, die in der Regel keine Möglichkeit haben, kurzfristig für die Zeitarbeitnehmer andere Einsatzmöglichkeiten zu finden und abzurechnen, zu einem finanziellen Schaden führt, der zu einem Eingriff in den ausgeübten und eingerichteten Gewerbebetrieb nach Art. 14 GG führt;
- dass die Arbeitskampfpazität zulasten der Unternehmen im Handels- und Dienstleistungsbereich weiter eingeschränkt wird: Während der Gewerkschaft der Einsatz betriebsfremder Flashmobber erlaubt wird, soll den Arbeitgebern der Einsatz betriebsfremder Zeitarbeitnehmer untersagt werden;
- dass den Einzelhandelsunternehmen damit faktisch so gut wie kein Abwehrmittel mehr verbleibt: Da streikbedingt ausfallende Umsätze/Aufträge nicht mehr nachholbar sind, sind für diese Branche weder Aussperrungen noch Betriebsschließungen ein taugliches Abwehrmittel.
- dass hier ein Sonderrecht für eine Branche geschaffen wird. Bisher gibt es den Arbeitskampf betreffende Sonderregelungen nur für Beamte, die als solche kein Streikrecht haben.

4. Schwellenwerte (Art. 1, Nr. 10)

Nach § 14 Abs. 2 Satz 2 AÜG-E sind Zeitarbeitnehmer nunmehr auch beim Entleiher bei den betriebsverfassungsrechtlichen und den für die Unternehmensmitbestimmung geltenden Schwellenwerten zu berücksichtigen. Eine Ausnahme soll insoweit nur für die Berechnung der Schwellenwerte in § 112 a Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) gelten.

Diese Regelung geht über den Koalitionsvertrag hinaus. Darin war lediglich die Berücksichtigung der Zeitarbeitnehmer bei den Schwellenwerten in der Betriebsverfassung angekündigt worden. So heißt es im Koalitionsvertrag auszugsweise: (...) „*dass Leiharbeitnehmer bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten grundsätzlich zu berücksichtigen sind, sofern dies der Zielrichtung der jeweiligen Norm nicht widerspricht.*“ Die Berücksichtigung der Zeitarbeitnehmer bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung ist im Koalitionsvertrag also nicht vorgesehen.

Betriebliche Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung werden im Referentenentwurf dabei systemwidrig in einen Topf geworfen. Für die Unternehmensmitbestimmung ist charakteristisch, dass Arbeitnehmer im Aufsichtsrat ihres Arbeitgebers auf „Unternehmensebene“ als Mitglieder mitwirken. Gesetzliche Grundlagen sind vor allem das Drittelbeteiligungsgesetz, das Mitbestimmungsgesetz 1976 sowie das Montanmitbestimmungsgesetz. Die betriebliche Mitbestimmung ist hingegen im Betriebsverfassungsgesetz geregelt und erfolgt ausschließlich auf „betrieblicher Ebene“ durch die Bildung eines Betriebsrates. Des Weiteren liegt der niedrigste Schwellenwert für die Unternehmensmitbestimmung bei mehr als 500 Arbeitnehmern. Der Schwellenwert für die Bildung eines Betriebsrates liegt hingegen bei lediglich 5 Arbeitnehmern. Die meisten Unternehmen mit Betriebsrat unterliegen daher gar nicht der Unternehmensmitbestimmung nach einem der Mitbestimmungsgesetze. Es handelt sich also um zwei völlig eigenständige Beteiligungsregime, die nicht miteinander vermischt werden dürfen.

Wären Zeitarbeitnehmer nunmehr auch bei den Schwellenwerten in der Unternehmensmitbestimmung mitzuzählen, würde dies bspw. den Anwendungsbereich des Gesetzes zur sog. Geschlechterquote erheblich erweitern. Danach müssen Unternehmen, die börsennotiert sind oder der Mitbestimmung unterliegen, Zielgrößen zur Erhöhung des Frauenanteils und Fristen zu deren Erreichung in Aufsichtsrat, Vorstand und den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstandes festlegen. Die Unternehmen müssen zudem in regelmäßigen Abständen über die Entwicklung in diesem Bereich berichten. Das Gesetz zur sog. Geschlechterquote führt zu einer erheblichen Steigerung des Bürokratieaufwandes für die davon erfassten Unternehmen. Zu beachten ist dabei, dass die Anzahl der Zeitarbeitnehmer, anders als die Anzahl der eigenen Mitarbeiter, keinen oder nur wenig Aufschluss darüber gibt, wie leistungsfähig ein Unternehmen wirklich ist. Das ergibt sich schon daraus, dass die Anzahl der Zeitarbeitnehmer in einem

Unternehmen sehr schwanken kann. Daher ist zu befürchten, dass die Unternehmen vor allem durch die Berücksichtigung der Zeitarbeitnehmer in den Mitbestimmungsgesetzen leicht überfordert werden könnten.

5. Übergangsregelung (Art. 1, Nr. 13)

Es ist zu begrüßen, dass der Referentenentwurf in einer Übergangsregelung in § 19 Abs. 2 AÜG-E vorsieht, dass Überlassungszeiten von Zeitarbeitnehmern vor dem 1. Januar 2017 bei der Berechnung der 18-monatigen gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer nicht zu berücksichtigen sind. Diese Regelung geht allerdings noch nicht weit genug. Die Übergangsregelung müsste sich vielmehr auch auf die Vorgaben zum Equal Pay (s. o.) beziehen. Überlassungszeiten die vor dem 1. Januar 2017 liegen, wären dann bei der Berechnung der Equal-Pay-Verpflichtung nach 9 bzw. 12 Monate nicht mitzurechnen. Der geplante neue Absatz 2 sollte also noch entsprechend ergänzt werden. Verleiher und Entleiher benötigen Zeit, um sich auf die geänderte Rechtslage einzustellen. Das gilt für die Einführung einer gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer genauso wie für die Einführung einer gesetzlichen Equal-Pay-Verpflichtung nach spätestens 9 bzw. 12 Monaten.

B. Werk- und Dienstvertragsrecht

1. Definition Arbeitsverhältnis / Abgrenzungskriterien (Art. 2)

In einem völlig neu geschaffenen § 611a BGB-E wird erstmals das Arbeitsverhältnis gesetzlich definiert. In § 611a Abs. 1 BGB-E heißt es in Satz 2: *„Arbeitsleistung erbringt, wer Dienste erbringt und dabei in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt“*. In § 611a Abs. 2 BGB-E werden dann in einer nicht abschließenden Auflistung (*„insbesondere“*) acht Kriterien aufgelistet, anhand derer im Wege einer *„wertenden Gesamtbetrachtung“* für den Einzelfall ermittelt werden soll, ob ein Vertragsnehmer in die Arbeitsorganisation seines Vertragspartners eingegliedert ist und dessen Weisungen unterliegt. Ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs soll dabei weder die Erfüllung eines einzelnen Kriteriums noch die Erfüllung mehrerer Kriterien automatisch zu der Annahme eines Arbeitsvertrages führen.

Die neue Regelung in § 611 a BGB-E ist nicht nur überflüssig, sondern auch noch kontraproduktiv. Bereits heute existiert eine differenzierte und gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zum Arbeitnehmerbegriff und zur Abgrenzung von ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz, die für alle Beteiligten für ein hohes Maß an Rechtssicherheit sorgt. Mit der nun vorgeschlagenen Regelung in § 611a BGB-E wird versucht, diese gefestigte BAG-Rechtsprechung gesetzlich zu kodifizieren. Im Ergebnis führt dies allerdings nur zu einem erheblichen Maß an neuer

Rechtsunsicherheit für die Unternehmen. Denn es ist nicht vorhersehbar, wie die Prüfbehörden die acht vom Gesetzgeber nunmehr gesetzlich hervorgehobenen Merkmale im Verhältnis zueinander und im Verhältnis zu nicht vom Gesetzgeber aufgegriffenen Merkmalen gewichten werden. Die Regelung sollte gänzlich entfallen. Zumindest aber sollte § 611a Abs. 2 BGB-E gestrichen werden.

2. Kennzeichnungspflicht (Art. 1, Nr. 1 b) ee), Nr. 4 b))

Nach der neuen Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 5 u. 6 AÜG-E ist der Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen und der Zeitarbeiter darin zu konkretisieren. Ein Verstoß gegen die Kennzeichnungspflicht soll gem. § 9 Abs. 1a AÜG-E die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages zwischen dem Zeitarbeiter und dem Verleihunternehmen zur Folge haben. Stattdessen wird dann gem. § 10 Abs. 1 AÜG-E ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Zeitarbeiter und dem Entleiher fingiert. Eine solche Fiktion ist als Folge für einen Verstoß gegen die Kennzeichnungspflicht aus Sicht des HDE vollkommen unverhältnismäßig. Bei der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher handelt es sich zudem um einen schwerwiegenden Eingriff in die Privatautonomie. Der HDE lehnt die Kennzeichnungspflicht für Arbeitnehmerüberlassungsverträge im Referentenentwurf daher entschieden ab.

Hinzu kommt, dass Unternehmen, die Werkvertragsleistungen durch Arbeitnehmer eines externen Werkvertragsunternehmens in ihrem Betrieb in Anspruch nehmen, durch die neue Kennzeichnungspflicht für Arbeitnehmerüberlassungsverträge mit erheblichen zusätzlichen Risiken behaftet werden. So dürfte es für die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem dann „Entleiher“ bereits ausreichen, dass ein einzelner Mitarbeiter des Einsatzbetriebes dem Werkvertragsarbeiter des externen Dienstleisters vor Ort eigenmächtig Anweisungen erteilt, die nicht mehr vom werkvertraglichen Weisungsrecht gedeckt sind. Die Unternehmen könnten sich gegen diese Risiko nicht mehr durch das Vorenthalten einer zusätzlichen Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis schützen. Das ist inakzeptabel.

Stellt sich eine Werkvertragskonstruktion nachträglich als verdeckte Arbeitnehmerüberlassung heraus, existieren im Übrigen bereits heute effektive Sanktionsmöglichkeiten. Das gilt auch dann, wenn ein Werkvertragsunternehmen für den Fall einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung zusätzlich über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügt. Findet in diesem Unternehmen kein Tarifvertrag Anwendung, hat der Zeitarbeiter gegen den „Verleiher“ nämlich einen Anspruch auf die gleichen Arbeitsbedingungen (insbes. Equal Pay) wie im „Entleihbetrieb“. Hier kann es also zu entsprechenden Nachforderungen gegen das Werkvertrags- bzw. Verleihunternehmen durch den Zeitarbeiter kommen. Außerdem hätte der „Verleiher“ nunmehr auch noch die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge nachzuentrichten. Das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen ist gem. § 266a StGB zudem strafbar. Fehlt dem

Werkvertragsunternehmen als „Verleiher“ hingegen eine entsprechende Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, wird bereits nach heutiger Rechtslage zum Schutze des Arbeitnehmers ein Arbeitsverhältnis zu dem Entleihbetrieb fingiert, §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Bei der Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis im Sinne von § 1 AÜG handelt es sich zudem um eine Ordnungswidrigkeit, die gem. § 16 Abs. 2 AÜG iVm. § 16 Abs. 1 Nr. 1 u. 1a AÜG bereits heute mit einem Bußgeld von bis zu 30.000 Euro geahndet werden kann.

3. Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrates (Art. 3)

Mit den geplanten Änderungen in § 80 Abs. 2 Satz 1 u. 3 und § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG-E soll der Inhalt der bereits bestehenden Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrates über den Einsatz von Personen, die nicht im Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber des Betriebes stehen, gesetzlich kodifiziert werden. Dabei darf an dieser Stelle aber nicht über das Ziel hinausgeschossen werden. So ist insbesondere die Neuregelung in § 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG-E zu allgemein. Sie geht in dieser Form über die derzeitige Rechtslage hinaus. Ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs soll damit lediglich die Vorlage der Verträge gemeint sein, die dem Fremdpersonaleinsatz zugrunde liegen. Die Formulierung in § 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG-E lässt sich aber auch dahingehend (miss-)verstehen, dass nunmehr ein grundsätzliches Recht auf Einsichtnahme in die Arbeitsverträge der Arbeitnehmer des eigenen Betriebes sowie der im Betrieb eingesetzten Arbeitnehmer des Werkvertragsunternehmens gemeint ist. Die Formulierung in § 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG-E müsste also dringend dahingehend konkretisiert werden, dass damit lediglich die Vorlage der Verträge gemeint ist, die dem Fremdpersonaleinsatz zugrunde liegen. Die Erweiterung des Konsultationsrechts in § 92 BetrVG geht über den Koalitionsvertrag hinaus und sollte daher unterbleiben. Der Koalitionsvertrag sieht lediglich vor, dass die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats sichergestellt und konkretisiert werden sollen. Bei § 92 BetrVG handelt es sich aufgrund der Beratungspflicht in Abs. 1 Satz 2 sowie dem Vorschlagsrechts in Abs. 2 aber um ein Konsultationsrecht und damit die stärkere Rechtsposition.

4. Arbeitsschutz (Art. 4)

Der Koalitionsvertrag sieht vor, dass der gesetzliche Arbeitsschutz von Werkvertragsarbeitnehmern sichergestellt werden soll. Gesetzlicher Handlungsbedarf besteht diesbezüglich allerdings nicht. Schließlich stehen Werkvertragsarbeitnehmer in einem normalen Arbeitsverhältnis zu ihrem Arbeitgeber, dem Werkvertragsunternehmen. Das Werkvertragsunternehmen ist bereits heute verpflichtet, den gesetzlichen Arbeitsschutz seiner Mitarbeiter, auch wenn diese in einem fremden Unternehmen eingesetzt werden, in vollem Umfang sicherzustellen. Die geplante neue Regelung in § 6 Abs. 3 Satz 1 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG) ist in Anbracht der bestehenden

Rechtslage daher überflüssig und sollte entfallen. In jedem Fall müsste aber zumindest in der Begründung klargestellt werden, dass die Finanzkontrolle Schwarzarbeit durch die neue Regelung in § 6 Abs. 3 Satz 1 SchwarzArbG weder die Pflicht noch das Recht hat, bei einer Prüfung nunmehr auch die arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben zu prüfen. Das ist Aufgabe der Arbeitsschutzbehörden.

Für Rückfragen:

Heribert Jöris

Steven Haarke

Telefon: 030/726250-40/45

E-Mail:

joeris@hde.de

haarke@hde.de