DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**761**

14. Oktober 2016

Materialien

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 17. Oktober 2016 zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

b) Antrag der Abgeordneten Klaus Ernst, Jutta Krellmann, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Etablierung von Leiharbeit und Missbrauch von Werkverträgen verhindern
– BT-Drucksache 18/9664

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Corinna Rüffer, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen verhindern - BT-Drucksache 18/7370

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung ... 3

B. Liste der eingeladenen Sachverständigen ... 5

C. Stellungnahmen eingeladener Verbände und Einzelsachverständiger
Damienne Cellier ... 6
Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB) ... 9
Prof. Dr. Gregor Thüsing ... 26
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) ... 32
Prof. Dr. Martin Henssler ... 40
Prof. Dr. Christiane Brors ... 51
Bundesarbeitgeberverband Chemie e.V. (BAVC) ... 56
Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI) der Hans-Böckler-Stiftung ... 59
IG Metall ... 71
Prof. Dr. Stefan Sell ... 73
Prof. Franz-Josef Düwell ... 80

D. Stellungnahmen nicht eingeladener Verbände
Bundesrechtsanwaltskammer ... 86
Handelsverband Deutschland (HDE) ... 92
Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) ... 94
dbb beamtenbund und tarifunion ... 97

DRK e.V. und Verband der Schwesternschaften vom DRK e.V. 102
Paritätischer Wohlfahrtsverband Gesamtverband e.V. 106
Bundesverband Druck und Medien e.V. 108
DRK e.V. und Verband der Schwesternschaften vom DRK e.V. 112
Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V. (iGZ) 115
Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit 122
Bundesverband der Fernsehkameraleute (BVFK) 128

Mitteilung

Berlin, den 7. Oktober 2016

Die 88. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales
findet statt am
Montag, dem 17. Oktober 2016, 12:30 Uhr
10557 Berlin
Paul-Löbe-Haus, 4.900

Sekretariat
Telefon: +49 30 - 227 3 24 87
Fax: +49 30 - 227 3 60 30

Sitzungssaal
Telefon: +49 30 - 227 3 33 08
Fax: +49 30 - 227 3 63 32

Achtung!
Abweichende Sitzungszeit!
Abweichender Sitzungsort!

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Tagesordnungspunkt 1

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze

BT-Drucksache 18/9232

verbundene Dokumente:
BT-Drucksache: 18/7370 Antrag
BT-Drucksache: 18/9664 Antrag

Hierzu wurde/wird verteilt:
18(11)650 Information für den Ausschuss
18(11)686 Information für den Ausschuss
18(11)701 Information für den Ausschuss
18(11)715 Information für den Ausschuss
18(11)717 Information für den Ausschuss
18(11)718 Information für den Ausschuss
18(11)722 Information für den Ausschuss
18(11)724 Information für den Ausschuss

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen

Federführend:
Ausschuss für Arbeit und Soziales

Mitberatend:
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Ausschuss für Wirtschaft und Energie
Ausschuss für Gesundheit
Ausschuss für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung

Gutachtlich:
Parlamentarischer Beirat für nachhaltige Entwicklung

b) Antrag der Abgeordneten Klaus Ernst, Jutta Krellmann, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Etablierung von Leiharbeit und Missbrauch von Werkverträgen verhindern

BT-Drucksache 18/9664

verbundene Dokumente:
BT-Drucksache: 18/9232 Gesetzentwurf

Federführend:
Ausschuss für Arbeit und Soziales

Mitberatend:
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Corinna Rüffer, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen verhindern

BT-Drucksache 18/7370

verbundene Dokumente:
BT-Drucksache: 18/9232 Gesetzentwurf

Federführend:
Ausschuss für Arbeit und Soziales

Mitberatend:
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Ausschuss für Wirtschaft und Energie
Ausschuss für Ernährung und Landwirtschaft

Kerstin Griese, MdB
Vorsitzende

Liste der Sachverständigen
zur öffentlichen Anhörung am 17. Oktober 2016, 12:30 bis 14:00 Uhr

Deutscher Gewerkschaftsbund
IG Metall
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
Bundesarbeitgeberverband Chemie e.V.
Tarifgemeinschaft Zeitarbeit
Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut der Hans-Böckler-Stiftung

Prof. Dr. Gregor Thüsing
Prof. Dr. Martin Henssler
Damienne Cellier
Prof. Franz-Josef Düwell
Prof. Dr. Christiane Brors
Prof. Dr. Stefan Sell

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**729**

11. Oktober 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 17. Oktober 2016 zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

b) Antrag der Abgeordneten Klaus Ernst, Jutta Krellmann, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Etablierung von Leiharbeit und Missbrauch von Werkverträgen verhindern
– BT-Drucksache 18/9664

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Corinna Rüffer, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen verhindern - BT-Drucksache 18/7370

Damienne Cellier

Die Bundesregierung will mit dem Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze die Funktion der Zeitarbeit[1] als ein Instrument zur zeitlich begrenzten Deckung eines Arbeitskräftebedarfs schärfen, den Missbrauch der Zeitarbeit verhindern, die Stellung der Zeitarbeitnehmerinnen und Zeitarbeitnehmer stärken und die Arbeit der Betriebsräte im Entleiherbetrieb erleichtern. Diese Ziele sollen vorrangig durch die Einführung einer Höchstüberlassung von 18 Monaten (inkl. tariflich oder durch Betriebsvereinbarungen geplanter Ausnahmen) und die Einführung von Equal Pay nach 9 Monaten (ebenfalls inkl. tariflicher Ausnahmemöglichkeiten) erreicht werden.

In meiner Stellungnahme beziehe ich mich daher nach einigen grundsätzlichen Anmerkungen zur Zeitarbeit hauptsächlich auf die zwei geplanten Kernelemente der gesetzlichen Änderung, die Einführung einer Höchstüberlassung und Equal Pay.

Grundsätzliches

Zeitarbeit ist keine prekäre Arbeit.[2] Ein Beschäftigungsverhältnis bei einem Zeitarbeitsunternehmen ist ein ganz **normales festes Beschäftigungsverhältnis** mit allen Rechten und Pflichten (Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub, Weiterbildungs- und Qualifizierungsmaßnahmen), die für andere Arbeitgeber auch gelten.

Der einzige Unterschied besteht darin, dass Zeitarbeitnehmer[3] ihre Arbeitsleistung nicht vor Ort bei ihrem Arbeitgeber sondern bei einem anderen Unternehmen verrichten. Nach der Beendigung eines Einsatzes beim Kunden wird das Beschäftigungsverhältnis nicht beendet, sondern ein neuer Einsatz bei einem anderen Kundenunternehmen gesucht. Die Entlohnung basiert auf dem Tarifvertrag der Zeitarbeit. Randstad als Marktführer verfügt zudem über eine flächendeckende Betriebsratsstruktur mit derzeit 52 freigestellten Betriebsratsmitgliedern. Das in Deutschland angewandte Modell der Arbeitnehmerüberlassung wird daher auch **Arbeitgebermodell** genannt.

[1] Als Betriebsratsvorsitzende lehne ich den Begriff Leiharbeit ab. Meine Kolleginnen und Kollegen sind keine Waren oder Gegenstände, die man verleihen kann. Ich verwende daher in dieser Stellungnahme die bei uns im Unternehmen gebräuchliche Formulierung des Begriffs der Zeitarbeit.
[2] Siehe hierzu die Drucksache 18/9664
[3] Aus Gründen der Textlesbarkeit wird auf die Nennung der weiblichen Form verzichtet.

In der politischen Debatte werden oft die in Europa bestehenden Zeitarbeitssysteme miteinander verglichen und einzelne Elemente aus anderen Ländern herausgegriffen, um das bestehende deutsche System zu kritisieren. Hierbei kommt es somit bewusst oder unbewusst zu falschen Darstellungen. In Frankreich, dessen System oft mit Deutschland verglichen wird, gilt das **Agenturmodell**. Das Zeitarbeitsunternehmen agiert hier nur als Vermittler, der Zeitarbeitnehmer hat in der Regel einen **befristeten Arbeitsvertrag für zwei bis drei Wochen**. Es gibt keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und das Beschäftigungsverhältnis endet mit der Beendigung des Einsatzes beim Kunden. Dieses Modell sollte **nicht nur auf Grund des bestehenden Equal Pay Grundsatzes und einer Flexibilitätszulage als Vorbild für Deutschland herangezogen werden. Das französische Modell** ist meinen Erfahrungen als Arbeitnehmervertreterin und Französin nach alles andere als ein vorbildliches Modell, vielmehr kann es im Vergleich mit dem deutschen System durchaus als **prekär** bezeichnet werden.

Der Vergleich mit dem französischen Modell macht deutlich, dass die Zeitarbeitsbranche in Deutschland, mehr als **ein Problem fehlender Regulierung, ein Imageproblem** hat, das dazu führt, dass oftmals voreilig Rückschlüsse und Bewertungen durchgeführt werden, ohne das Konstrukt der Zeitarbeit in Deutschland zu betrachten.

Höchstüberlassungsdauer

Die Einführung der Höchstüberlassungsdauer wird die Arbeitssituation der Zeitarbeitnehmer verschlechtern und zwar aus folgenden Gründen:

1. Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass die Einführung der Höchstüberlassungsdauer die politisch gewollte Übernahmequote von Zeitarbeitnehmern in Kundenunternehmen nicht erhöhen wird. Wir haben bei Randstad die Erfahrung gemacht, dass unsere Kollegen entweder sehr schnell nach Einsatzbeginn, nach Ablauf von wenigen Monaten oder Wochen, oder gar nicht übernommen werden. **Durch die willkürlich festgesetzte Zahl von 18 Monaten werden die Kundenunternehmen ihre Übernahmepolitik nicht verändern.**
2. Das Entgelt von Zeitarbeitnehmern variiert auf Grund der derzeit bestehenden Branchenzuschläge mit der Länge der Einsätze. Grundsätzlich gilt, je länger der Einsatz, desto höher das Gehalt. Die Einführung der Höchstüberlassungsdauer würde also zu Lohnverschlechterungen bei den Zeitarbeitnehmern führen, **da gut bezahlte Einsätze beendet werden müssten.**
3. Die im Entwurf vorgesehenen tariflichen Ausnahmemöglichkeiten oder die Ausnahmemöglichkeiten, die auf der Basis von Betriebsvereinbarungen geschlossen werden können, können nur von den Betriebsräten der Einsatzbranchen bzw. Einsatzbetrieben verhandelt werden. Damit wird nicht, wie politisch beabsichtigt, die Tarifautonomie gestärkt, sondern vielmehr die Interessen der verschiedenen Branchen gegeneinander ausgespielt. Die Erfahrungen, die wir Betriebsräte von Randstad machen zeigt, dass die Betriebsräte der Kundenunterunternehmen nicht immer Interesse am Einsatz von Zeitarbeit haben. Somit sind die im Gesetz geplanten Öffnungsmöglichkeiten über 18 Monate hinaus in der Praxis schwer durchsetzbar und schwächen die Position der Betriebsräte der Zeitarbeitsunternehmen. Vor dem Hintergrund, dass die gewerkschaftliche Bindung von Zeitarbeitnehmern auf Grund wechselnder Einsatzbranchen eher gering ist, vertreten die großen deutschen Gewerkschaften in der Regel nicht die Interessen der Zeitarbeitnehmer, da diese bei ihnen keine zahlenden Mitglieder sind. **Die Interessen der Zeitarbeitnehmer werden durch die gesetzlich vorgesehenen Verhandlungspartner somit nicht gestärkt**.
4. Der Gesetzentwurf sieht vor, dass ab dem neunten Monat Equal Pay gezahlt werden soll. Damit wären gleiche monetäre Bedingungen zwischen der Stammbelegschaft im Kundenunternehmen und den Mitarbeitern der Zeitarbeit gegeben. Die Einführung einer Höchstüberlassungsdauer würde diese erzielte Gleichstellung aufheben und die Gehaltssituation der Zeitarbeitnehmer wieder verschlechtern.
5. Schwankende Lohnunterschiede zwischen verschiedenen Einsätzen, u.a. verursacht durch die Einführung einer Höchstüberlassungsdauer, führen dazu, dass die Beschäftigten der Zeitarbeitsbranche eine geringe Kalkulierbarkeit ihrer Gehaltsentwicklung hätten. Schwankende Gehälter auf Grund von wechselnden Einsätzen führen u.a. dazu, dass die Bewilligung von Krediten für Zeitarbeitnehmer schwieriger ist, als für Mitarbeiter anderer Branchen, und dies ist nur ein Beispiel.
6. Randstad engagiert sich zusammen mit unseren Kundenunternehmen, gerade im Kontext von früheren Langzeitarbeitslosen, stark in der Qualifizierung. Diese Qualifizierungen, die für unsere Kollegen sogar in einen anerkannten Berufsabschluss einmünden können, wären zukünftig bei der Einführung einer Höchstüberlassungsdauer nicht mehr durchführbar. Gerade Menschen, die Schwierigkeiten haben, auf dem Arbeitsmarkt unterzukommen, werden somit zukünftig berufliche Chancen genommen. Die Höchstüberlassung muss daher im Gesetz eine Öffnungsklausel für Qualifizierungsmaßnehmen enthalten.

Equal Pay

1. Die Anerkennung der Leistung von Zeitarbeitnehmern in Form eines fairen und guten Gehalts ist grundsätzlich zu begrüßen.
2. Die fehlende Definition von Equal Pay im derzeitigen Gesetzentwurf führt aber schon heute bei unseren Kundenunternehmen zu Rechtsunsicherheit und Aussagen, dass Einsätze von Zeitarbeitnehmern zukünftig nach 9 Monaten beendet werden würden, da man auf Grund der ungeklärten Rechtslage Angst vor rechtli-

chen Konsequenzen habe. **Die fehlende Definition von Equal Pay verstärkt somit die Aspekte in Bezug auf Lohneinbußen**, die bereits bei der Höchstüberlassungsdauer erwähnt wurden.

3. Die Einführung von Equal Pay ignoriert zudem die Tarifverträge und Branchenzuschläge, die sich in unserer Branche bewährt haben und spricht uns die Eigenständigkeit einer eigenen Branche ab. Wie in allen anderen Branchen auch können die Tarifpartner der Zeitarbeitsbranche am besten gemeinschaftlich festlegen, wie hoch die Tariflöhne in unserer Branche sein sollen. Schon heute haben wir häufig die Situation, wie zum Beispiel in Ostdeutschland, dass unsere Tariflöhne höher sind als die Gehälter der Stammbelegschaft bei unseren Kunden. Vor diesem Hintergrund muss der Gesetzgeber im aktuellen Gesetzgebungsprozess daher auch klären, ob Equal Pay auch eine Gehaltsanpassung nach unten bedeuten könnte. Falls ja, wären die Zeitarbeitnehmer in vielen Einsätzen, gerade bei nicht tarifgebundenen Unternehmen, mit deutlichen Gehaltseinbußen konfrontiert.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**731**

11. Oktober 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 17. Oktober 2016 zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

b) Antrag der Abgeordneten Klaus Ernst, Jutta Krellmann, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Etablierung von Leiharbeit und Missbrauch von Werkverträgen verhindern – BT-Drucksache 18/9664

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Corinna Rüffer, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen verhindern - BT-Drucksache 18/7370

Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)

I. Allgemeine Bemerkungen

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen jede Aktivität des Gesetzgebers, die darauf gerichtet ist, missbräuchlichen Einsatz von Leiharbeit und Werk- oder Dienstverträgen zu verhindern. Dies erfolgt auch vor dem Hintergrund des in der Vergangenheit stark gewachsenen Anteils an Vergabe von Arbeit in Form von Werkverträgen im Betrieb[1]. Die gleiche Tätigkeit wird oftmals zu schlechteren Bedingungen ausgeführt und Stammarbeitsplätze werden substituiert[2]. Letzteres gilt auch für Arbeitsplätze, die mit Leiharbeitnehmern dauerhaft besetzt werden[3]. Durch Scheinselbständigkeit werden zudem Arbeitnehmerrechte und Sozialversicherungsschutz umgangen. Bei der – mittelfristig betrachtet – wachsenden Anzahl von Solo-Selbständigen ist das ein fatales Einfallstor für Missbrauch. Die aktuelle Bekämpfung dieses Missbrauchs trägt auch bereits zukünftigen Entwicklungen Rechnung: mit dem weiteren Vordringen der Digitalisierung ist mit immer mehr Werk- oder Dienstvertragsarbeit in Betrieben und Verwaltungen zu rechnen. Fremdpersonaleinsatz hat, wie die Praxis in Betrieben und Verwaltungen deutlich macht, als – auch grenzüberschreitendes – Lohn- und Sozialdumpinginstrument in den letzten Jahren signifikant zugenommen[4]. Die „billigere“ Erledigung durch Konzernunternehmen ist nur ein Beispiel. Diese Praktiken zerstören die gewachsenen Arbeitsbeziehungen: Sie lassen gleiche Arbeit im selben Betrieb und der gleichen Verwaltung billiger und zu schlechteren Arbeitsbedingungen als die der Stammbeschäftigten zu. Dadurch werden Werkvertrags- und Leiharbeitnehmer, die die gleiche Arbeit verrichten, benachteiligt und Stammbelegschaften unter Druck gesetzt. Deren Beschäftigung wird in Frage gestellt, wenn Dauerarbeitsplätze mit ständig wechselndem und billigerem Fremdpersonal besetzt werden können. Deswegen sind gesetzliche Regelungen überfällig, zumal die derzeitige Rechtslage und Rechtsprechung zur Begrenzung dieser Praxis offensichtlich nicht ausreicht, um Missbräuche zu verhindern.

[1] Ergebnisse der Befragung von ca. 4000 Betriebsräten in dem Organisationsbereich der IGM, vorgestellt am 01.09.2015
[2] ebenda
[3] IAB-Kurzbericht von 2/2013: Die Hälfte dieser Jobs geht auf Kosten der Beschäftigten in anderen Sektoren
[4] Hertwig, Kirsch, Wirth: Werkverträge im Betrieb, Düsseldorf 2016 in: Böckler-Impuls 16/2015, S. 4-5: je größer der Betrieb desto mehr Werkverträge im verarbeitenden Gewerbe und im Einzelhandel in über 1000 Betrieben + 12 Fallstudien; die Löhne im Werkvertragsunternehmen sind niedriger und die Flexibilität höher; 45 % der Fälle werden durch die Weisung zumindest auch vom Besteller ausgeübt.

Deshalb unterstützen der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften ausdrücklich Regelungen, die jedenfalls zumindest die getroffenen Vereinbarungen im Koalitionsvertrag einhalten, um Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen zurückzuführen.

Der vorliegende Gesetzesentwurf bedeutet einen Schritt in die richtige Richtung, der aus unserer Sicht aber bei Weitem nicht ausreicht weder bei einigen Regelungen zur Leiharbeit noch bei den Regelungen zur Vermeidung von Missbrauch durch Fremdpersonaleinsatz.

Mehr Rechte und mehr Rechtsklarheit zur tatsächlichen Bekämpfung von Missbrauch fehlen vollständig

Der Entwurf trägt durch das Fehlen der Verankerung der durch die Rechtsprechung herausgearbeiteten konkreten Abgrenzungskriterien einer Arbeitsleistung in einem Arbeitsverhältnis nicht zur Rechtsklarheit bei. Er legt somit keinen Grundstein zur effektiveren Missbrauchsbekämpfung. Durch die vorgeschlagene Regelung im BGB wird der Missbrauch von Werk- und Dienstvertragsarbeit nicht wirksamer als bisher bekämpft werden können. Das Ziel, Werkverträge besser durch Prüfbehörden und betriebliche Interessenvertretung kontrollieren zu können, wird nicht erreicht. Hinzukommt, dass die gewählte Formulierung des verbleibenden Textes nicht der derzeitigen Rechtsprechung entspricht sondern sogar so abweicht, dass dies ggf. zu einer Einengung des Arbeitnehmerbegriffs führt, was kontraproduktiv sein könnte. Der inhaltliche und handwerkliche Nachbesserungsbedarf dieser Regelung ist offensichtlich; dies ist auch dem Bund der Arbeitsrichter aufgefallen, der in seiner 2. Stellungnahme (derjenigen zum Referentenentwurf) seinen seinerzeitigen Vorschlag zum Vorentwurf revidierte. So ist er nun für die Streichung des Oberbegriffs „Dauer“, den die Rechtsprechung so gerade nicht verwendet. Zudem ist er für die Streichung der Passage „derjenige Mitarbeiter, der“. Letzteres ist nicht nur aus sprachlichen Gründen erforderlich, sondern deshalb von besonderer Bedeutung, weil, um nicht einen unklaren juristischen Begriff bei einer Definition mit der Aufgabe eine Abgrenzung zu schaffen. Des Weiteren muss auch der Halbsatz entfallen: “der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab“. Dabei handelt es sich nicht um einen Oberbegriff der Rechtsprechung.

Einige wenige verbesserte Regelungen in der Leiharbeit

Die verbesserten AÜG-Vorschriften, wie die Festlegung einer gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer für Leiharbeit, der unabdingbare gesetzliche Anspruch von Leiharbeitnehmern auf gleiche Entlohnung nach dem neunten Monat der Beschäftigung bei demselben Entleiher und eine Eindämmung einer sogenannten Vorratserlaubnis für Leiharbeit, wenn illegale Werkvertragsarbeit betrieben wird, tragen jedenfalls zu mehr Transparenz und einer besseren Durchsetzung von gesetzlich verbrieften Rechten bei.

Ausdrücklich zu begrüßen ist das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher in bestreikten Betrieben. Mit dieser Vorschrift wird die bereits in den Tarifverträgen der Leiharbeitsbranche bestehende Regelung auch auf aus dem Ausland eingesetzte Leiharbeitnehmer erstreckt. Allerdings ist das Verbot nicht umfassend genug: es fehlt seine Erstreckung auf Konzernleihe und gelegentliche Leiharbeit. Ebenso kann die gegenüber dem Referentenentwurf vorgeschlagene neue Formulierung zu Missbrauchsmöglichkeiten führen, die strikt unterbunden werden müssen.

Richtig ist auch die Fiktion des Entstehens eines Arbeitsverhältnisses zum Einsatzbetrieb, wenn etwa gegen die Höchstüberlassungsdauer verstoßen wird oder illegale Werkvertragsarbeit mit Leiharbeitserlaubnis betrieben wurde. Allerdings ist diese Rechtsfolge nicht für die illegale Leiharbeit in Branchen vorgesehen, in denen sie verboten ist, wie etwa dem Baubereich. Und sie fehlt für den Verstoß gegen die Kettenleihe. Der DGB begrüßt dagegen, dass die Kettenleihe ausdrücklich nicht erlaubt ist. Das dem Leiharbeitnehmer eingeräumte Widerspruchsrecht auf Entstehen eines Arbeitsverhältnisses muss – wenn es überhaupt kodifiziert werden sollte – allerdings so ausgestaltet werden, dass nicht neue Missbrauchsmöglichkeiten entstehen.

Leiharbeit als vorübergehender Einsatz verlangt enge Grenzen

Der Entwurf formuliert in der Begründung die Ziele der geplanten Reform: Leiharbeit biete Unternehmen Möglichkeiten zur Abdeckung von Auftragsspitzen und kurzfristigen Personalbedarfen und dementsprechend ziele die Regelung darauf ab, die Funktion der Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur zeitlich begrenzten Deckung eines Arbeitskräftebedarfs zu schärfen. Diese Absichtserklärung spiegelt sich allerdings nicht in der Regelung der Höchstüberlassungsdauer wider, da sie ausschließlich arbeitnehmer- und nicht arbeitsplatzbezogen bestimmt wird: Der Einsatz von Leiharbeit zur Befriedigung von dauerhaftem Bedarf an Arbeitsleistung in Betrieben bleibt damit möglich und die Verdrängung von Arbeitsplätzen von Stammbeschäftigten durch Leiharbeit wird nicht verhindert. Dieses Ziel wird aber im Koalitionsvertrag als Kernfunktion angedeutet und in der Gesetzesbegründung ausdrücklich benannt. Der vorgeschlagenen Regelung zufolge können vor Ablauf der Höchstüberlassungsdauer Leiharbeitnehmer/innen ausgetauscht und Stammbeschäftigte immer wieder durch andere Leiharbeitnehmer/innen ersetzt werden. Deshalb dürfte auch die richtige Sanktionsregelung, wonach die Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer zur Unwirksamkeit der Überlassung und zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Einsatzbetrieb führen muss, richtigerweise in der Praxis weitgehend wirkungslos bleiben.

Equal Pay-Anspruch nach neun Monaten der gleichen Tätigkeit ermöglichen

Die bestehenden Ungleichheiten für Leiharbeitnehmer sollen – der Begründung zufolge – im Sinne einer Honorierung der gleichwertigen Arbeitsleistung, gekennzeichnet durch berufliche Sicherheit und fairen Lohn, aufgelöst werden. Der Gesetzgeber will diesem Ziel mit der Regelung des Entgeltanspruches in Höhe des Entgeltes eines vergleichbaren Arbeitnehmers im Einsatzbetrieb Rechnung tragen, allerdings – im Wege einer Vermutungsregelung – die Definition des Equal Pay auf den tariflichen Stundenlohn reduzieren, was abgelehnt wird. Ohne diese

möglicherweise einschränkende Regelung ist die gesetzliche Regelung des Equal Pay nach neun Monaten ein erster Ansatz. Nach den vorliegenden Statistiken[5] werden ungefähr die Hälfte der Leiharbeitnehmer/innen nur für wenige Wochen bzw. bis zu drei Monaten in Betrieben oder Verwaltungen eingesetzt. Durch die Regelung, wonach der Gleichstellungsgrundsatz dem Gesetz zufolge erst nach neun Monaten Realität werden soll, werden für die meisten Leiharbeitnehmer/innen gleiche Lohn- und Arbeitsbedingungen nicht erreicht. Deshalb muss die Zusammenrechnung aller Einsatzzeiten des Leiharbeitnehmers in allen Einsatzbetrieben und -verwaltungen im Gesetz vorgesehen werden; die Zusammenrechnung der Einsatzzeiten nur bei demselben Entleiher spiegelt die Dauer der Einarbeitungszeit in der gleichen verrichteten Tätigkeit nicht gänzlich wider und schmälert die Chancen auf Gleichstellung. Die Zusammenrechnung bei Unterbrechungszeiten von drei Monaten ist viel zu kurz; diese Verschlechterung gegenüber dem Referentenentwurf geht in die falsche Richtung, weil sie den Leiharbeitnehmer/innen nicht wirklich hilft Equal Pay zu erreichen.

Tarifvertragliche Gestaltung in den vorgegebenen Grenzen eröffnet ausreichend Spielraum

Der Gesetzentwurf räumt tarifgebundenen Arbeitgebern und Gewerkschaften Gestaltungsmöglichkeiten bei der Höchstüberlassungsdauer und der Regelung zum Erreichen von gleicher Entlohnung ein. In den im Entwurf gezogenen Grenzen ist das tarifpolitisch sachgerecht und weist den Tarifvertragsparteien große Verantwortung zu. Regelungen der Höchstüberlassungsdauer durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen selbst auf der Grundlage von Tarifverträgen – auch im tarifgebundenen Betrieb – stärken dagegen nicht automatisch die Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien und sollten deshalb nicht vorgesehen werden. Aus unionsrechtlichen Gründen ist es erforderlich, dass auch im Fall der tarifvertraglichen Verlängerung der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer im Gesetzestext selbst eine konkrete Monatszahl und damit eine absolute Höchstgrenze festgelegt wird.

Ebenfalls kritisiert der DGB, dass die bereits bestehenden unionsrechtswidrigen Möglichkeiten im Arbeitsvertrag den Tarifvertrag von Nicht-Tarifgebundenen in Bezug zu nehmen, im Gesetz nicht korrigiert, sondern ausdrücklich sogar für Tarifverträge zur stufenweisen Heranführung an Equal Pay für Nicht-Tarifgebundene zugelassen wird. Das ist abzulehnen.

Sicherstellung der Unterrichtungsrechte des Betriebsrats und wirksame Mitbestimmungsrechte fehlen!

Da die Vergabe betrieblicher Tätigkeiten an Dritte auch Auswirkungen auf die Stammbelegschaft und die Abläufe im Betrieb hat, ist es richtig, dass der Entwurf Betriebsräte der Einsatzbetriebe und Aufsichtsräte der Einsatzunternehmen von Leiharbeitnehmer/innen durch die deren Berücksichtigung bei den Schwellenwerten für ihre Arbeit und in ihren Beteiligungsmöglichkeiten stärken will. Das ist unerlässlich, damit sie den Drittpersonaleinsatz im Interesse der Belegschaft und des Betriebes besser beurteilen und begleiten können.

Die Konkretisierung zweier bereits bestehender Unterrichtungsrechte, wie vom Entwurf vorgesehen, genügt dieser Zielsetzung jedoch nicht. Ebenso fehlt es an einer hinreichenden Sicherstellung der effektiven Durchsetzung dieser Rechte, damit sie auch eine sanktionierende und präventive Wirkung entfaltet. Neben klarstellenden Mitwirkungsrechten sind zur Herstellung einer annähernden Parität zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat für einen sozial verträglichen Einsatz von Leiharbeit und Werkverträgen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats im Einsatzbetrieb notwendig. Dies sieht aber der Entwurf nicht vor. Arbeitnehmer/innen und Betriebsräte erhalten somit keine wirksamen Instrumente, um insbesondere die Stammbeschäftigten effektiv zu schützen und kollektivrechtlich gegen Scheinwerkverträge vorzugehen, auch wenn eine gesetzliche Verankerung von Oberkriterien zur Bestimmung eines Arbeitsverhältnisses zur Verbesserung der Rechtsklarheit beitragen kann.

Für den DGB und sein Mitgliedsgewerkschaften müssen deshalb insbesondere folgende Vorschläge verbessert werden:

1. **Erhalt des Streikbrucharbeitsverbotes durch den Entleiher bei allen Formen der Leiharbeit – auch für die derzeit noch fehlende Konzernleihe sowie gelegentliche Leiharbeit, soweit der Betrieb bestreikt wird.**
2. **Verbesserungen bei der Abgrenzung von Fremdpersonaleinsatz und Beschäftigten des Betriebes: die jetzige Formulierung enthält im Gegensatz zum Vorentwurf keine wesentlichen Kriterien mehr; die Oberbegriffe sind darüber hinaus nicht mit der Rechtsprechung gänzlich kompatibel: das wollen wir geändert haben.**
3. **Drehtüreffekte bei der Höchstüberlassungsdauer müssen vermieden werden: der Arbeitsplatzbezug ist deshalb zu verankern.**
4. **Mehr Mitbestimmung statt nur Klarstellungen zu bestehenden Informations- und Unterrichtungsrechten bzw. zumindest deren Verbesserung mit effektiver Durchsetzungsmöglichkeit; in jedem Fall müssen Leiharbeiter auch bei den Schwellenwerten bei reinen Entlassungswellen mitzählen.**
5. **Das Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers gegen das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher sollte nicht kodifiziert werden, da es dort, wo es notwendig ist, bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen besteht. Sofern die Regelung nicht gänzlich gestrichen wird, ist der Fristbeginn korrekt zu regeln, sodass er in der Praxis auch überhaupt handhabbar ist.**
6. **Das gesetzlich definierte EQUAL PAY darf nicht durch eine Vermutungsregelung ausgehöhlt und auf das alleinige Tarifentgelt begrenzt werden; Zahlungen aus dem Arbeitsvertrag oder z. B. Be-**

[5] BA-Report 4/2015: Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – aktuelle Entwicklungen, Seite 17

triebsvereinbarungen an den vergleichbaren Arbeitnehmer müssen auch aus unionsrechtlichen Gründen berücksichtigt werden.

II. Zu den Regelungsvorschlägen im Einzelnen

1. Zu Art. 1 (Änderung des AÜG)

Zu Art. 1 AÜG / Nr. 1 des GE

Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung

§ 1 Abs. 1 Satz 2 (neu) / zu Nr. 1 Buchstabe b:

Die Regelung, unter welcher Voraussetzung beim Fremdpersonaleinsatz eine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, verbessert die Rechtsklarheit. Allerdings fehlt hier der ausdrückliche Verweis auf den neuen § 611a BGB, so dass nicht ganz eindeutig ist, dass bei der Bewertung diese Regelung zugrunde zu legen ist. Aus der Gesetzesbegründung geht richtigerweise hervor, dass die Zuordnung auf der Grundlage einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände erfolgen soll.

Ausdrückliche Kodifikation: kein Kettenverleih

§ 1 Abs. 1 Satz 3 (neu) / zu Nr. 1 Buchstabe b:

Begrüßt wird, dass gesetzlich ausdrücklich geregelt ist, dass eine Arbeitnehmerüberlassung nur beim Vorliegen eines unmittelbaren Arbeitsverhältnisses zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer zulässig ist und somit Ketten- oder Weiterverleihe unzulässig ist. Damit wird die bereits von der Bundesagentur für Arbeit[6] und den Arbeitsgerichten[7] vertretene Rechtsmeinung gesetzlich verankert.

Keine Rechtsfolgenregelung

Die Regelung wird allerdings mangels Rechtsfolgenregelung bei einem Verstoß nicht weiterhelfen. Die Regelung des § 10a (neu) AÜG erfasst nur den Kettenverleih – mit der Rechtsfolge der Unwirksamkeit der Überlassung und der Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher – bei dem der Verleiher innerhalb der Kette keine Verleiherlaubnis besitzt. Das bedeutet aber im Umkehrschluss, dass wenn Zwischenverleiher die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnisse besitzen, die Überlassung von Arbeitnehmern innerhalb einer – auch mehrgliedrigen – Kette von Unternehmen mit allen daraus resultierenden Missbrauchsmöglichkeiten und Unsicherheiten für Arbeitnehmer weiterhin möglich bleibt. Notwendig wäre hier eine Ergänzung in § 10 a: *„… und die Kettenleihe“*.

Unklarer Einsatzort

Die Regelung lässt zudem ein weiteres, aus der Praxis bekanntes Problem außer Acht. In der Praxis sind Fälle von Arbeitsverträgen bekannt, in welchen Beschäftigte zwar in erster Linie als Leiharbeitnehmer eingestellt werden, bei Bedarf aber auch von ihrem Arbeitgeber im Rahmen von Werk- oder Dienstleistungsverträgen eingesetzt werden können. Die Vertragskonstruktionen verleiten zum Missbrauch und geben den Beschäftigten keine Klarheit in Bezug auf die für sie geltenden Arbeitsbedingungen. Notwendig wäre hier daher eine Ergänzung der vorgeschlagenen Regelung um den Halbsatz:

„*Die Überlassung von Arbeitnehmern ist nur zulässig, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht und dem* ***Arbeitnehmer vor jedem Einsatz ausdrücklich mitgeteilt wird, dass er*** *als Leiharbeitnehmer beschäftigt werden soll und eingesetzt wird*.“.

Definition: Vorübergehend: nicht arbeitsplatz- oder tätigkeitsbezogen sondern arbeitnehmerbezogen

§ 1 Abs.1 Satz 4 (neu) / zu Nr.1 Buchstabe b:

Diese seit dem Inkrafttreten der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG in Deutschland strittig diskutierte Frage, ob „vorübergehend“ „arbeitsplatzbezogen“ oder „arbeitnehmerbezogen“ definiert werden soll, beantwortet der Gesetzentwurf mit dem Vorschlag einer unionsrechtswidrigen und dem erklärten Ziel der gewollten Regelung widersprechenden Lösung. Nach der Begründung und der angestrebten Rückführung auf die Kernfunktion der Leiharbeit nach dem Verständnis des Koalitionsvertrages sowie der Verhinderung der Verdrängung von Stammbeschäftigten durch Leiharbeitnehmer[8] wäre nach dem Selbstverständnis der Koalitionspartner und der Bundesregierung „vorübergehend“ bezogen auf den Beschäftigungsbedarf im Einsatzbetrieb folgerichtig. Zudem geht auch die große Mehrheit der Landesarbeitsgerichte davon aus, dass „vorübergehend“ auch arbeitsplatz- und nicht nur arbeitnehmerbezogen auszulegen ist[9].

Die alleinige Beschränkung von „vorübergehend“ auf die Höchstdauer von 18 Monaten mit Arbeitskräftebedarf nur für diese Zeit (und ggf. mit Verlängerung durch Tarifvertrag und aufgrund eines Tarifvertrages durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung) ist zu kurz gegriffen. Nach dieser Regelung können Dauerarbeitsplätze weiterhin mit wechselnden Leiharbeitnehmern besetzt und so bestehender Dauerbedarf auf Dauerarbeitsplätzen befriedigt und letztendlich Stammbeschäftigte verdrängt werden. Das Zurückführen der Leiharbeit auf ihre Kernfunktion als Instrument zur Abdeckung von Auftragsspitzen und kurzfristigen Personalbedarfen, wie es die Bundesregierung (s. o.) eigentlich will, wird damit nicht erreicht. Strohfirmen oder Konzernunternehmen können als Verleiher mit ständig wechselnden Leiharbeitnehmern die Erledigung von Arbeit auf Dauerarbeitsplätzen zu günstigeren Lohnkosten anbieten und so den dauernden Wechsel auf ein und demselben Arbeitsplatz kostengünstig ermöglichen, wie dies in der Praxis z. B. in Krankenhausbetrieben, bekanntermaßen im großen Stil und durchaus bei renommierten Unternehmen betrieben wird.

Unionswidrigkeit der Regelungen aus mehreren Gründen

[6] Geschäftsanweisung zum AÜG Bundesagentur für Arbeit, AV 32 – 7160.4(1), Stand: Juli 2015

[7] LAG Hamburg v. 23.09.2014, 2 TaBV 6/14, LAG LAG Berlin-Brandenburg v. 21.08.2014, 10 TaBV 671/14; BAG Berlin-Brandenburg v. 15.04.2014, 7 TaBV 2194/13

[8] Antwort der Bundesregierung auf Anfrage der BT-Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 4.2.2014, BT-Drucks. 18/421 S. 2

[9] statt vieler: LAG Berlin-Brandenburg v. 21.08.2014, 10 TaBV 671/14; LAG Schleswig-Holstein, 08.01.2014, 3 TaBV 43/13

Der Regelungsansatz verstößt zudem in mehrfacher Hinsicht gegen die Anforderungen der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG: Da die Arbeitnehmerüberlassung nach Erwägungsgrund 11 der EU-Richtlinie einem Flexibilisierungsbedarf des Entleihers Rechnung tragen will, ist von einer arbeitsplatzbezogenen Anwendung auszugehen. Gem. Art. 5 Abs. 5 der EU-Richtlinie 2008/104/EG müssen die Mitgliedstaaten zudem Maßnahmen gegen einen Missbrauch durch aufeinanderfolgende Überlassungen ergreifen. Definiert man „vorübergehend" nur im Sinne eines zeitlich begrenzten Einsatzes, wird genau dieser Missbrauch, nämlich aufeinanderfolgende Überlassungen zur Bewältigung von Daueraufgaben in Einsatzbetrieben möglich bleiben. Das kann aber nicht von der EU-Richtlinie gewollt sein. Zudem würde durch den Regelungsvorschlag die in Art. 6 Abs. 1 der EU-Richtlinie konkretisierte Zielsetzung der Richtlinie, Leiharbeitnehmern den Zugang zu unbefristeten Arbeitsverhältnissen im entleihenden Unternehmen zu ermöglichen, unterlaufen, denn solche Arbeitsplätze werden nicht frei. Können nämlich Dauerarbeitsplätze ständig mit wechselnden Leiharbeitnehmern besetzt werden, werden im Einsatzbetrieb keine Arbeitsplätze für den Abschluss unbefristeter Arbeitsverträge vorhanden sein.

Das zu berücksichtigende Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers (Art. 2 a. E. Erwägungsgrund 8 der EU-Richtlinie), um auf Konjunkturschwankungen reagieren zu können, stellt in diesem Sinne eine Flexibilität für die Arbeitgeber dar, die deshalb immanent beschränkt ist. Der Erwägungsgrund Nr. 8 soll zudem der Beschäftigungssicherheit und der Verringerung der Segmentierung des Arbeitsmarktes dienen. Wenn aber Leiharbeitnehmer auf einem Arbeitsplatz hintereinander eingesetzt werden, dient das weder ihrer Beschäftigungssicherung noch ihrer Übernahme. Beschäftigungssicherung und Verringerung der Segmentierung würde aber dadurch erfüllt. Die Regelung erreicht das Gegenteil: Es wird unsichere Beschäftigung fortgesetzt und die Segmentierung des Arbeitsmarktes vertieft. Ausdrücklich spricht Erwägungsgrund Nr. 11 der EU-Richtlinie auch nur von einem Flexibilitätsbedarf, der eben typischerweise gerade keinen Dauerbedarf darstellt. Eine gesetzliche Regelung, welche diese Praxis eines ständigen Wechsels von Leiharbeitnehmern auf ein und demselben Arbeitsplatz ermöglicht oder gar unterstützt – im Sinne vermeintlicher Rechtsicherheit, wie es der Begründung zu entnehmen ist – ist nicht nur fatal in ihrer Wirkung auf Stammarbeitsbeschäftigte – was die Bundesregierung eigentlich vermeiden will – sondern ist auch – richtlinienwidrig.

Vor diesem Hintergrund schlagen der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften folgende Formulierung vor:

„Eine vorübergehende Überlassung liegt vor, wenn sie zur Deckung eines vorübergehenden Bedarfs an der Arbeitsleistung in dieser Tätigkeit oder auf diesem Arbeitsplatz beim Entleiher, insbesondere zur Bewältigung von Auftragsspitzen oder zur Deckung von temporärem Vertretungsbedarf, erfolgt. Eine vorübergehende Überlassung von einem oder nacheinander mehreren Leiharbeitnehmern zur Deckung des vorübergehenden Bedarfs an dieser Arbeitsleistung ist gem. Abs. 1b begrenzt."

Keine Umgehung durch Vorratsüberlassungserlaubnis

§ 1 Abs. 1 Satz 5 und 6 (neu) / Art. 1 Buchstabe b:

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen grundsätzlich die in den Sätzen 5 und 6 des § 1 Abs. 1 vorgeschlagene Regelung, die Verleiher und Entleiher verpflichten, die Überlassung von Leiharbeitnehmern in ihrem Vertrag ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen und die Person des Leiharbeitnehmers vor der Überlassung im Vertrag zu konkretisieren.

Die bisherige Praxis, wonach mit Vorlage einer auf Vorrat eingeholten Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis die Rechtsfolgen einer illegalen Werkvertragsarbeit verhindert werden konnten, kann mit der vorgeschlagenen Regelung eingedämmt werden. Dies gilt vor allem vor dem Hintergrund der begrüßenswerten und angemessenen in § 9 Nr. 1a (neu) geregelten Sanktion der Unwirksamkeit von Arbeitsverträgen zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher und der daraus resultierenden Fiktion des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher.

Die Verpflichtung, Arbeitnehmerüberlassung in Verträgen zwischen Entleiher und Verleiher ausdrücklich als solche zu bezeichnen, greift zu kurz. Diese Formulierung lässt Schlupflöcher für aus der Praxis bekannte Misch-Vertragskonstruktionen zu, die ausdrücklich Arbeitnehmerüberlassung und zugleich aber auch Arbeitsleistungen im Rahmen von Werk- oder Dienstverträgen ermöglichen. Aus diesem Grund müsste „ausdrücklich" um den Zusatz „vor jedem Einsatz" ergänzt werden.

Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer

§ 1 Abs. 1b (neu) / Art. 1 Nr. 1 Buchstabe c)

In Bezug auf den gewählten, arbeitnehmer- und nicht arbeitsplatzbezogenen Regelungsansatz siehe die Kritik zu § 1 Abs. 1 Satz 4 (neu) / Nr. 1, Buchstabe b des Entwurfes.

Zusammenrechnungsregelung von Einsatzzeiten

§ 1 Abs. 1b Satz 2:

Die Zusammenrechnung der Zeiten beim selben Entleiher, wenn die Einsätze nicht länger als drei Monate auseinanderliegen, kann – noch besser als der Vorschlag des Referentenentwurfes mit einer Unterbrechungszeit von sechs Monaten – durch einen geplanten Personalwechsel kurz vor diesem Zeitraum völlig leerlaufen. Bekanntermaßen wird der Einsatz von Leiharbeit vor allem auch aus Kostengründen betrieben und von vielen, meist größeren Firmen strategisch geplant und genutzt. Bei der gängigen IT-gestützten Einsatzplanung ist also eine Umgehung leicht möglich.

Der DGB ist deshalb der Auffassung, dass bei einem arbeitsplatzbezogenen Ansatz alle Einsatzzeiten beim selben Entleiher zusammenzurechnen sind, noch schlechtere Zusammenrechnungsregelungen mit kürzeren Unterbrechungszeiten werden strikt abgelehnt. Sollte, wie bisher im Gesetzentwurf vorgesehen, am arbeitnehmerbezogenen Ansatz festgehalten werden, ist zumindest eine Ausdehnung der Dauer der unbeachtlichen Unterbrechung auf mindestens zwölf Monate erforderlich, um eine Umgehung

durch gezielte Steuerung des Personaleinsatzes weitgehend auszuschließen.

Zudem ist eine Beschränkung der Zusammenrechnungsregelung auf den Einsatz bei demselben Entleiher viel zu eng, die, durch einen Einsatz innerhalb von Unternehmens- und Konzernstrukturen leicht zu umgehen ist. Deshalb ist aus Sicht des DGB folgende Ergänzung notwendig:

„Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher *oder an Entleiher innerhalb des Konzernunternehmens im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes,* ist vollständig anzurechnen,…"

Regelung der Höchstüberlassungsdauer durch Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung

§ 1 Abs. 1b Satz 3-7: Die Regelung lässt eine eigenständige Regelung der Höchstüberlassungsdauer nach Satz 1 durch Tarifvertrag oder aufgrund eines solchen Tarifvertrages durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung zu. Dabei muss es sich um einen Tarifvertrag für die Einsatzbranche handeln, denn typischerweise kann eine solche Regelung nicht in einem Tarifvertrag mit der Verleiherbranche getroffen werden, weil sie die Dauer der Einsatzberechtigung im Entleihbetrieb zum Gegenstand hat.

Die Leiharbeit wird in den verschiedenen Branchen in unterschiedlicher Dauer zur Abdeckung von Auftragsspitzen genutzt, deshalb wird es von den Gewerkschaften des DGB begrüßt, dass branchenbezogene Regelungen der bestehenden Tarifpraxis insofern fortgeführt werden können; zugleich wird jedoch bemängelt, dass die damit einhergehenden in den Tarifverträgen ebenfalls vereinbarten Angebote auf Übernahme bzw. die spätere Übernahme am Ende der Überlassung stärker Berücksichtigung finden müssen.

Fehlende gesetzliche Obergrenze

Äußerst kritisch, weil unionsrechtlich nach Art. 11 der EU-Richtlinie 2008/104/E6 bedenklich ist aber, dass keine Obergrenze in Form einer Monatshöchstzahl bei einer Verlängerung der Höchstüberlassungsdauer im Gesetzestext vorgeschrieben ist. In der Begründung wird allerdings darauf hingewiesen, dass diese im Tarifvertrag festgelegt werden muss. Die Praxis kennt tarifvertraglich vereinbarte Höchstüberlassungsdauern von 24 Monaten. Unionsrechtlich ist fraglich, ob es dem Gesetzgeber erlaubt ist, die abweichende und vor allem eine seine gesetzliche Regelung verlängernde Überlassungsdauer zu Lasten der Beschäftigten durch Tarifvertragsparteien festlegen zu lassen, wenn er selbst nicht einen zahlenmäßig bezifferten Höchstrahmen für die Tarifvertragsparteien vorgibt und damit die EU-Richtlinie durch eigene Regelungen umsetzt. Denn zur Umsetzung einer EU-Richtlinie ist nach den Gepflogenheiten in Deutschland der Gesetzgeber und nicht die Tarifvertragsparteien zuständig. In anderen EU-Ländern mag es hier andere Traditionen und damit andere Gepflogenheiten geben. Neben diesem generellen Aspekt spricht für diese Haltung, dass die EU-Richtlinie ausdrücklich nur den Mitgliedstaaten Abweichungen nach Art. 5 Abs. 3 EU-Richtlinie vom Gleichbehandlungsgrundsatz durch Tarifverträge erlaubt und in Abs. 4 eine Sonderregelung für bestimmte Sozialpartnerregelungen, die auf Großbritannien zugeschnitten sind, zulässt. Weitere Öffnungen werden an keiner anderen Stelle in der EU-Richtlinie zugelassen, auch nicht bei der Definition des Begriffs "vorübergehend".

Keine Regelung durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung

Abzulehnen ist die Regelung, wonach in tarifgebundenen Betrieben oder Dienststellen bei Existenz eines Betriebs- oder Personalrates ebenfalls eine Regelung einer abweichenden und hier vor allem längeren als der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung auf Grundlage des Tarifvertrages der Einsatzbranche festgelegt werden kann. Die Aushandlungsmöglichkeiten und Durchsetzungsinstrumente von betrieblichen Interessenvertretungen sind denen von Tarifvertragsparteien nicht vergleichbar in ihrer Ausstattung, da insbesondere ein Arbeitskampfverbot besteht. Die Rechtssetzungskompetenz von Betriebsparteien lässt aber bereits der Koalitionsvertrag von seinem Wortlaut her nicht zu. Ansonsten hätte das dort ausdrücklich erwähnt werden müssen, wie es auch in einem Gesetz eines besonderen Gesetzesbefehls insofern bedarf. Nicht vom Gesetzgeber geschaffenes Recht qua Gesetz würde bei Zulassung dieser Regelungskompetenz durch Betriebsparteien auf nicht an diesen Tarifvertrag freiwillig Gebundene angewendet werden können. Hätte der Koalitionsvertrag dies gewollt, hätte er das ausdrücklich zum Ausdruck bringen müssen.

Keine Regelbefugnis für betriebliche Interessenvertretungen von EU-Recht

Es bestehen auch Zweifel, ob nach Art. 11 der EU-Richtlinie 2008/104/EG den betrieblichen Partnern Regelungsbefugnis eingeräumt werden kann, da es nach den nationalen Gepflogenheiten (in Deutschland) nicht üblich ist, dass sie EU-Recht umsetzen und dabei sogar noch Abweichungen von Gesetzen zu Ungunsten der Beschäftigten verbindlich regeln können. Entsprechende Hinweise enthält die EU-Richtlinie an keiner Stelle.

Hinzu kommt, dass – wie oben aufgeführt – nach dem Gesetzeswortlaut der Tarifvertrag ausdrücklich keine feste Monatszahl enthalten muss, somit sich ggf. auf die Festlegung von Sachgründen beschränken könnte, die durch die betriebliche Regelung ausgefüllt werden könnten. Damit würde ein Flickenteppich an Definitionen von vorübergehender Überlassung entstehen, der für den einzelnen Leiharbeitnehmer, der im Einsatzbetrieb nur vorübergehend tätig ist, kaum nachvollziehbar und belegbar sein dürfte.

Sonderregelungen für Kirchen und Religionsgemeinschaften

§ 1 Abs. 1b Satz 8:

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften lehnen eine Gleichstellung von Vereinbarungen der Kirchen, kirchlicher Wirtschaftsunternehmen und öffentlich-rechtlicher Religionsgemeinschaften mit Tarifverträgen und die dadurch erfolgte Privilegierung als sachlich und rechtlich unbegründet ab. Deren

Vereinbarungen haben weder dieselbe Rechtsqualität, noch sind sie in vergleichbarer Weise und unter vergleichbaren Rahmenbedingungen zustande gekommen bzw. auf gleicher Augenhöhe und unter Bedingungen des Arbeitskampfes wie jedes andere Unternehmen auch verhandelt worden. Kirchliche Unternehmungen bedürfen daher hier keiner Privilegierungen. Gleiches gilt für die angedachte Änderung in § 1 Abs. 3 Ziff. 2 c.

Personalgestellung

Zu § 1 Abs. 3 Ziff. 2b und Ziff. 2c / Art. 1 Buchstabe d, Doppelbuchstabe cc des Entwurfes:

Eine Herausnahme von Gestellten aus dem Anwendungsbereich des AÜG ist insofern begründet, als die Gestellung nur aus dem öffentlichen Dienst heraus und damit aus einer arbeitsrechtlich gefestigten Position mit entsprechendem Schutz (z. B. Kündigungsschutz) heraus erfolgen kann. Im Unterschied zum überlassenen Arbeitnehmer behält der Gestellte die Arbeitsbedingungen seines Dienstherrn/Arbeitgebers während der Dauer der Gestellung mit allen entsprechenden Anpassungen. Das Ziel der EU-Richtlinie, einen Schutz der Leiharbeitnehmer durch deren Gleichstellung mit den Stammbeschäftigten des Einsatzbetriebes zu erreichen, ist in der Regel also „übererfüllt". Gestellung als Instrument ist auch vor dem Hintergrund der Privatisierung notwendig. Dies gilt nur dann nicht, wenn ein entsprechender Schutz bei der Gestellung nicht gegeben ist, z. B. weil die gestellende Einheit nicht mehr existent ist. In diesen Fällen muss der Schutzrahmen des AÜG subsidiär greifen, auch um Umgehungen zu verhindern. Günstige Regelungen bleiben bei Gestellungskonstruktionen unberührt.

1. Einer gänzlichen Herausnahme des öffentlichen Dienstes über den Fall der Gestellung hinaus, wie unter Nr. 2c des Entwurfes vorgeschlagen, stehen der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften allerdings kritisch gegenüber. Der öffentliche Dienst darf bei der Überlassung von Arbeitskräften an Dritte im Grundsatz nicht anders behandelt werden als private Unternehmen.

Arbeitsverhältnis im Einsatzbetrieb bei Verstoß gegen Höchstüberlassungsdauer

Zu § 3 Abs. 1 AÜG / Nr. 2 des GE

§ 3 Abs. 1 Ziff. 1/ Buchstabe a) des GE

Dass die Nichteinhaltung der Überlassungshöchstdauer eine Versagung der Verleiherlaubnis nach sich zieht, ist folgerichtig. Ein Verstoß hat dann spürbare wirtschaftliche Folgen und ein kollusives Zusammenwirken zulasten der Beschäftigten wird verhindert.

Grundsatz der Gleichstellung

Zu § 8 AÜG / Nr. 3 des GE :

In dieser Vorschrift wird die systematische Zusammenführung des Grundsatzes der Gleichstellung, der bisher auf verschiedene Regelungen im AÜG verteilt war, geregelt, die bisherige halbjährliche Informationspflicht des Verleihers zur Statistik entfällt. Grundsätzlich verfolgen der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften das Ziel, die Gleichstellung der Leiharbeitnehmer sehr frühzeitig sowohl beim Entgelt wie bei den Arbeitsbedingungen zu erreichen.

Inhalt der Gleichstellung und Anspruchsgrundlage/vergleichbarer Arbeitnehmer

§ 8 Abs. 1:

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften lehnen eine Verwässerung des Equal Pay Anspruches dahingehend, dass nur der tarifliche Stundenlohn zugrunde zu legen ist (Vermutungsregelung), strikt ab. Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag des vergleichbaren Arbeitnehmers, aus Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, Gesamtzusagen oder übertarifliche Zulagen blieben damit außen vor. Das wäre unionswidrig, da die EU-Richtlinie eine andere Definition zugrunde legt. Die Vermutungsregelung erschwert die Durchsetzung des Anspruchs für den Leiharbeitnehmer, was gegen das Effektivitäts- und Äquivalenzgebot aus dem Primärrecht des EU-Vertrages verstößt. Gleichbehandlung liegt nur vor, wenn alle Entgeltbestandteile zwingend enthalten sind. Deshalb muss Satz 2 ersatzlos gestrichen werden.

Die alleinige bisherige Definition des vergleichbaren Arbeitnehmers greift nach den Erfahrungen der Praxis zu kurz. Zur Gleichstellung setzt sie voraus, dass es im Betrieb des Entleihers Arbeitnehmer gibt, mit denen der Leiharbeitnehmer vergleichbar ist. In der Praxis werden aufgrund der Möglichkeit bei einer Besetzung von Dauerarbeitsplätzen mit Leiharbeitnehmern bestimmte Tätigkeiten von Stammbeschäftigten gar nicht mehr ausgeübt. Auch in diesen Fällen muss es aber trotzdem einen Maßstab geben, an dem die Gleichstellung gemessen werden kann.

Vor diesem Hintergrund schlagen der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften folgende Ergänzung des Abs.1 vor:

„Lassen sich vergleichbare Arbeitnehmer mit vergleichbaren Entgelt- und Arbeitsbedingungen nicht ermitteln, ist der Verleiher verpflichtet, mindestens die Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren, die gelten würden, wenn der Leiharbeitnehmer vom Entleiher unmittelbar für die gleiche Tätigkeit eingestellt worden wäre.".

§ 8 Abs. 2

Nach der gesetzlichen Grundregel gilt ein – abdingbares – Recht auf Gleichbehandlung vom ersten Tag an. Dieses soll nach der vorgeschlagenen Regelung nach einer Einsatzdauer von neun Monaten unabdingbar werden, weitere Ausnahmen sollen über Tarifverträge möglich sein (Abs. 4). Festzuhalten ist, dass eine Verlängerung des Zeitraums zur Angleichung an Equal Pay über neun Monate hinaus weder vom Wortlaut des Koalitionsvertrages vorgegeben noch von seinem Ziel her intendiert ist.

Unionsrechtswidrige Regelungen in Abweichung von der EU-Richtlinie werden nicht korrigiert:

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften kritisieren, dass die Vorgaben der EU-Richtlinie nicht eingehalten bzw. anlässlich dieses Gesetzgebungsverfahrens nicht korrigiert werden. Dies betrifft:

- die Abweichung vom Grundsatz der Gleichstellung durch arbeitsvertragliche Inbezugnahme von Tarifverträgen
- die Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz bei befristeten Arbeitsverträgen,
- fehlende gesetzliche Regelungen zur Einhaltung des Gesamtschutzes für den Leiharbeitnehmer,
- die gesetzliche Drehtürklausel den Abbau von Stammpersonal begünstigt und nicht eine Übernahme in ein festes Arbeitsverhältnis beim Entleiher fördert.

Vor diesem Hintergrund schlagen der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften vor, die derzeit vorgeschlagene Regelung des Abs. 2 S. 1 und 2 wie folgt zu fassen:

„Ein nach § 3 Abs. 1 TVG geltender Tarifvertrag kann für unbefristete Arbeitsverhältnisse abweichende Regelungen zulassen, soweit der Gesamtschutz des Leiharbeitnehmers gewahrt ist und die in einer Rechtsverordnung nach § 3a festgelegten Mindeststundenentgelte nicht unterschritten sind. Der Gesamtschutz ist gewahrt, soweit das beim Arbeitsentgelt sowie bei den sonstigen wesentlichen Arbeitsbedingungen erreichte Schutzniveau des Leiharbeitnehmers dem beim Entleiher geltenden Schutzniveau gleichwertig ist.“

Bestehende Drehtürklausel unzureichend

§ 8 Abs. 3:

Das Ziel der EU-Richtlinie nach Art. 6 Abs. 1 bis 4 („damit sie – die Leiharbeitnehmer – die gleichen Chancen auf einen unbefristeten Arbeitsplatz haben, wie die übrigen Arbeitnehmer dieses Unternehmens“), wonach eine Festanstellung des Leiharbeitnehmers im Einsatzbetrieb im Rahmen eines Normalarbeitsverhältnisses angestrebt werden soll, wird nicht erreicht, sondern die bestehende Regelung widerspricht diesem Ziel eklatant..

Gleichstellung beim Entgelt / Abweichung durch Tarifvertrag/Zusammenrechnungsregelung

§ 8 Abs. 4:

Geregelt wird die Gleichstellung hinsichtlich der Entlohnung während der Überlassung nach neun oder noch mehr Monaten bei gleichzeitiger Anwendung eines Tarifvertrages mit stufenweisen Heranführung an die Gleichstellung bei der Entlohnung ab sechs Wochen sowie eine Zusammenrechnungsregelung von verschiedenen Überlassungszeiten.

Die Festlegung des Grundsatzes der Gleichstellung bei der Entlohnung nach neun Monaten der Überlassung wurde bereits im Koalitionsvertrag ausdrücklich festgelegt. Sie ist ein erster, wenn auch noch zu kleiner Schritt hin zu einer fairen Gestaltung der Leiharbeitsverhältnisse. Ein Hinausschieben durch Tarifvertrag ist im Koalitionsvertrag nicht vorgesehen. Ebenso wenig ist vorgesehen, dass das gleiche Entgelt des vergleichbaren Arbeitnehmers (Equal Pay) anders als durch das Gesetz definiert wird. Diese gesetzliche Regelung ist klar und bei Vorhandensein eines vergleichbaren Arbeitnehmers definierbar: zum einen spricht das Gesetz von „wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“, zum anderen definiert die EU-Richtlinie 2008/104 diese.

Tarifvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Praxisgerecht ist, dass Tarifvertragsparteien Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt werden, so dass branchenspezifische Lösungen mit Zuschlagsregelungen zur früheren Heranführung an die Gleichstellung bei der Entlohnung ab sechs Wochen möglich sind. Richtig ist, dass diese Abweichungsmöglichkeit zeitlich eindeutig und ausdrücklich begrenzt ist, denn bereits jetzt ist es in einigen Branchen gelungen, die Gleichstellung nach neun Monaten fast zu erreichen. Damit können zukünftig auf dieser Basis weitere Verbesserungen verhandelt werden; eine Ausweitung des Zeitraums in der Praxis erscheint nicht zwingend notwendig. Eine noch weitere Ausdehnung wäre noch weniger vom Koalitionsvertrag gewollt, da er bereits die vorgesehene Ausdehnung nicht vorsieht.

Arbeitsvertragliche Inbezugnahme von abweichenden Tarifverträgen unionsrechtswidrig

Abzulehnen ist allerdings, dass in den Genuss dieser tarifvertraglichen Lösung, die auch ein zeitliches Hinausschieben der Gleichstellung beinhalten darf, auch nichttarifgebundene Arbeitgeber kommen sollen. Dies ist unionsrechtlich bedenklich und führt zudem zu einer Schwächung der Tarifautonomie und des gesetzlichen Schutzes.

Zusammenrechnungsregelung unzureichend

Dieser wichtige Schritt der Gleichstellung bei der Entlohnung nach neun Monaten muss auch tatsächlich realisiert werden können, auch von den Leiharbeitnehmern, die jeweils nur kurzfristige Einsätze in verschiedenen Entleihbetrieben haben und deshalb besonders flexibel sind. Nach Statistiken des IAB dauern für mehr als die Hälfte der Leiharbeitsverhältnisse deren Arbeitsverhältnisse im Schnitt unter drei Monaten, sodass die einzelnen Einsätze beim Entleiher deutlich kürzer sein dürften. Die Neun-Monats-Grenze wird deshalb nur erreicht werden können, wenn alle Einsatzzeiten der jeweiligen Tätigkeit bei allen Entleihern, bei denen jemals gearbeitet wurde, zusammengerechnet werden. Diese Tatsache lässt sich durch entsprechende Arbeitszeugnisse belegen. Der Regelungsansatz ist auch systematisch konsequent, falls der Gesetzgeber bei dem von ihm geplanten Arbeitnehmerbezug bei der Festlegung des vorübergehenden Einsatzes festhalten möchte. Im Übrigen würde das auch dem Wortlaut (Bezug auf den Leiharbeitnehmer) und auch dem Sinn des Koalitionsvertrages entsprechen.

Die Zusammenrechnungsregelung des Satzes 4 trägt nicht nennenswert zur Verbesserung des Schutzes der Leiharbeitnehmer bei, noch schlechtere und vor allem kürzere Zusammenrechnungsregelungen werden abgelehnt. Da die Zusammenrechnungsregelung

nur Einsätze beim selben Entleiher erfasst und nicht auch die Einsatzzeiten bei anderen Entleihern, ergeben sich Schlupflöcher: Arbeitnehmer können mit der gleichen Tätigkeit innerhalb eines Konzerns oder einer Branche „rotierend“ eingesetzt werden und werden auch nach Jahren gleicher Tätigkeit nicht die gleiche Bezahlung eines vergleichbaren Arbeitnehmers bekommen. Dabei lässt sich eine vorübergehende Abweichung von gleichem Lohn nur mit der Einarbeitungszeit für eine bestimmte Tätigkeit innerhalb einer Branche rechtfertigen. Nach einer entsprechenden Einarbeitungszeit sind Abweichungen vom gleichen Lohn nicht sachgerecht.

Vor diesem Hintergrund schlagen der DGB und seine Mitgliedgewerkschaften vor, die derzeit vorgeschlagene Regelung des Abs. 4 S. 4 wie folgt zu fassen:

Zeiten der Überlassung des Leiharbeitnehmers durch denselben oder verschiedene Verleiher sind zusammenzurechnen, soweit es sich um gleiche oder gleichwertige Tätigkeiten des Leiharbeitnehmers handelt.

Unwirksamkeitsregelung nicht weitreichend genug

Zu § 9 / Nr. 4 des GE

Aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften greift die Unwirksamkeitsregelung insgesamt zu kurz, weil sie nicht alle unzulässigen Überlassungen sanktioniert sowie die Vorbeschäftigungszeiten nicht ausdrücklich, z. B. für den Kündigungsschutz, anrechnet. Eine entsprechende Regelung ist für den Verstoß gegen das Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe gem. § 1b sowie bei Ketten-, Zwischen- und Weiterverleihen gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 (neu) (s. hierzu Kritik zu § 1 Abs. 1 S.-3 (neu) i.V.m. § 10a (neu)) notwendig.

Unwirksame Vereinbarung/Entstehen eines Arbeitsverhältnisses/schriftliche Erklärung/Fristbeginn

Zu § 9 Ziff. 1 / Nr. 4 Buchstabe a des GE:

Fraglich ist, ob die ausdrückliche Einführung der schriftlichen Erklärung des Leiharbeitnehmers zur Ablehnung des Zustandekommens des fiktiven Arbeitsverhältnisses zum Entleiher notwendig ist (siehe auch Brors, NZA Heft 11 aus 2016). Die Rechtsprechung gesteht dieses Recht zu, in der Praxis gibt es keine Probleme, weil sich in der Regel der Arbeitnehmer einklagen muss. Zudem können mit der Einführung des Widerspruchsrechts auch neue Missbrauchsmöglichkeiten eröffnet werden, so dass im Ergebnis nicht die Lage der Beschäftigten, sondern der Arbeitgeber verbessert wird. Deshalb ist es dringend notwendig, dass dem Widerspruchsrecht enge Grenzen gesetzt werden, sowohl was den Zeitpunkt als auch die Form und den Adressaten seiner Ausübung betrifft. Das eventuelle Festhalten von Leihbeschäftigten an ihrem Arbeitsverhältnis zum bisherigen Arbeitgeber (Verleiher) mittels Widerspruch darf keinesfalls dazu führen, dass dadurch die dem Vorgang zugrundeliegende rechtswidrige Verleihkonstellation für die beteiligten Betriebe nachträglich legalisiert wird (also durch die Erklärung ein verbotener Leiharbeitseinsatz am Bau oder der illegale Verleih trotz fehlender Verleiherlaubnis geheilt wird). Der Widerspruch darf somit nur ein Fortbestehen der Arbeitgeberpflichten beim Verleiher gegenüber widersprechenden Beschäftigten zur Folge haben, nicht die Fortdauer ihres illegalen Einsatzes.

Der Widerspruch muss erstens schriftlich erfolgen und zweitens gegenüber der für die Überprüfung der Leiharbeitserlaubnis der betroffenen zuständigen Behörde, nämlich der Finanzkontrolle Schwarzarbeit, nach einer vorherigen Information des Betroffenen, der durch die über die Rechtsfolgen des Widerspruchs aufgeklärt wurde.

Fristbeginn korrigieren

Durch die vorgeschlagene Anknüpfung der Ausschlussfrist an den Beginn der Überlassung werden die Interessen der Leiharbeitnehmer nicht hinreichend berücksichtigt. Die Anknüpfung der Monatsfrist grundsätzlich an den Beginn der Überlassung ist deshalb nicht sachgerecht, weil der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt oft die notwendigen Informationen gar nicht besitzt und sich der Charakter eines Scheinwerkvertrages erst durch dessen Handhabung herausstellt, was auch erst nach der Dauer eines Monates deutlich werden kann. Sachgerechter wäre – in Anlehnung an § 613a Abs. 6 BGB – an den Zeitpunkt anzuknüpfen, an dem sich Ver- oder Entleiher auf die Unwirksamkeit des Vertrages oder das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher berufen. Dann stellt sich für den Leiharbeitnehmer oft erst heraus, dass sie konkret durch die gesetzliche Rechtsfolge benachteiligt sind, z. B. weil ein Arbeitsverhältnis zu einem zahlungsunfähigen Unternehmen entsteht.

Weitere Unwirksamkeitstatbestände sind richtig

Zu § 9 Ziff. 1a und Ziff. 1b / Nr. 4, Buchstabe a des GE:

Grundsätzlich zu begrüßen ist die Einführung neuer Unwirksamkeitstatbestände bei nicht von Anfang an offen geführten Arbeitnehmerüberlassung sowie bei Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer. Die in der Praxis verbreitete und von der Rechtsprechung bislang gebilligte Umgehungsstrategie, mit einer Leiharbeitserlaubnis auf Vorrat einen vermeintlichen Werkvertragseinsatz zu einer Arbeitnehmerüberlassung umdeklarieren zu können, wird damit eingedämmt. Für die Einführung des Widerspruchsrechts gilt das zu Ziff. 1 oben Gesagte entsprechend. Es wird in diesem Zusammenhang noch einmal auf die "Vorratserklärung" zur Umgehung ausdrücklich hingewiesen.

Unzureichende Regelung des Verstoßes bei Kettenverleih

Zu § 10a (neu) / Nr. 6 des GE

Geregelt wird, dass die Folge der Unwirksamkeit bei Ketten- und Weiterüberlassung und die Fiktion des Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nur dann greifen, wenn ein Verleiher keine Leiharbeitserlaubnis besitzt, die Überlassung nicht als solche kenntlich gemacht wurde oder die Höchstüberlassungszeit überschritten wurde.

Angesicht der Tatsache, dass nach einer verbreiteten Rechtsmeinung der Ketten- bzw. Weiterverleih bereits nach dem geltenden Recht unzulässig ist (s. hierzu zu § 1 Abs. 1, Satz 3 (neu)), ist es nicht sachgerecht, wenn der Gesetzgeber einerseits in § 1 Abs.

1 S. 3 nur unmittelbare Überlassung durch den vertraglichen Arbeitgeber für zulässig erklärt, anderseits aber auf eine klare Rechtsfolgenregelung mit wirtschaftlichen Folgen und damit Sanktionierungscharakter verzichtet. Aus Sicht des DGB sollten Konstellationen mit Weiterverleih grundsätzlich untersagt und mit der Sanktion der Unwirksamkeit versehen werden. Eine entsprechende Ergänzung ist vorzusehen.

Informationspflicht über Art des Einsatzes/Streikbruch

Zu § 11 AÜG/ Nr. 7 des GE

§ 11 Abs. 2 S. 2:

Geregelt wird eine Verpflichtung des Verleihers, Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird.

Diese Verpflichtung verbessert die Transparenz für Leiharbeitnehmer und ist zu begrüßen. Allerdings fehlt es an einer Rechtsfolge, die wirtschaftliche Folgen in gravierendem Maße nach sich zieht; die Bußgeldandrohung erreicht diese Qualität nicht. Notwendig wären eine Unwirksamkeitsfolge und anschließend die Fiktion des Zustandekommens des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher.

Verbot von Streikbrucheinsatz ist richtig – Sanktion bei Verstoß ausbauen

§ 11 Abs. 5:

Geregelt wird das Verbot der Leiharbeit in bestreikten Betrieben. Das wird ausdrücklich begrüßt, weil in der Praxis Leiharbeitnehmer aufgrund ihrer besonderen Flexibilität aber auch ihrer besonderen Abhängigkeit vom Verleiher und in Unkenntnis der betrieblichen Situation im Einsatzbetrieb für Streikbrucharbeit direkt oder indirekt durch einen Folgebedarf durch einen Streikbrechereinsatz eines Arbeitnehmer des Betriebes missbraucht werden, insbesondere auch Leiharbeitnehmer aus dem Ausland. Richtig ist es auch, dass an den bestreikten Betrieb angesetzt wird. Es fehlt der Einbezug von Leiharbeitnehmer/innen des Konzerns bzw. von gelegentlicher Leiharbeit, sodass Schlupflöcher geblieben sind, die unbedingt geschlossen werden müssen. Darüber hinaus sind Forderungen dahingehend, Unternehmensgruppen oder -netzwerke davon auszunehmen, nicht sachgerecht: zum einen fallen alle vorgenannten Formen der Überlassung auch unter die EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104 und sind nur in Deutschland unionsrechtswidrig umgesetzt. Zum anderen gibt es keine stichhaltigen Gründe, wie eine Ausnahme begründet werden soll, denn der Streik erfolgt jedenfalls im Betrieb, in dem die Arbeitnehmer zusammenarbeiten und nicht in der wirtschaftlichen Einheit Unternehmen. Letzteres kann der Arbeitgeber auch willkürlich zuschneiden.

Die Regelung stärkt das überragende Grundrecht auf Koalitionsfreiheit. Etwaige schutzwürdige Interessen von Leiharbeitnehmern, in bestreikten Betrieben eingesetzt zu werden, werden nicht tangiert, weil Leiharbeitnehmer typischerweise gerade nicht frei darin sind, zu entscheiden, wo sie eingesetzt werden und sich in einem besonders schutzbedürftigen Arbeitsverhältnis zu Verleiher bei einem Einsatz zum Entleiher befinden.

Der gewählte Regelungsansatz, wonach nicht der Einsatz durch den Verleiher, sondern das Tätigwerden der Leiharbeitnehmer vom Entleiher unterbunden werden muss, ist richtig gewählt. Die Aufnahme von Satz 2 mit der Erläuterung von Arbeitsübernahmen und in dessen Folge von Satz 3 und 4 (Leistungsverweigerungsrecht des Leiharbeitnehmers, Hinweispflicht des Arbeitgebers) sind strikt abzulehnen und im Übrigen überflüssig. Die noch im Referentenentwurf verwandte Formulierung "soweit (statt nunmehr „wenn") sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist", war klar und traf den Sachverhalt insoweit genau, der jetzt mit Aufweichungs- und Interpretationsmöglichkeiten schlechter formuliert ist. Die Regelung soll die Rechte der streikführenden Gewerkschaft und ihrer Mitglieder schützen. Dieser Gewerkschaft ist es aber nahezu unmöglich, zu beurteilen, welche Tätigkeiten eingesetzte Leiharbeitsbeschäftigte im bestreikten Betrieb bislang ausgeübt haben bzw. welche Tätigkeiten diese nach Beginn eines Streiks ausüben sollen. Das gilt insbesondere für während des Streiks eingestellte Leiharbeitsbeschäftigte, da hier auch dem Betriebsrat arbeitskampfbedingt Mitbestimmungsrechte entzogen sind. Im Ergebnis wird die streikführende Gewerkschaft daher, um Streikbrucharbeiten zu verhindern, wie bisher an eingesetzten Leiharbeitsbeschäftigte appellieren müssen, von ihrem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch zu machen.

Erfahrungen aus der Praxis weisen darauf hin, dass die Regelung in einer komplexen Arbeitsorganisation überhaupt nicht praktikabel ist (Beispiel: Im Falle von Arbeitsniederlegungen bei Amazon lässt sich gar nicht feststellen, welche Arbeiten von den Streikenden ohne Streik erledigt worden wären und welche nicht). Außerdem wird ein Verstoß in vielen Fällen nur sehr schwer nachzuweisen und nur mit Unterstützung der Arbeitnehmer/innen möglich sein, die dann ggf. auch vor Gericht gegen ihren Arbeitgeber aussagen müssten. (Beispiel: Bei der Deutschen Post AG wurde bekannt, dass im einstweiligen Rechtsschutzverfahren benannte Zeug/innen unter Druck gesetzt worden sein sollen.)

Anhand dieses letztgenannten Beispiels ist zudem ersichtlich, dass die Privilegierung der Konzernleihe nicht mit der im Koalitionsvertrag enthaltenen Kritik, dass „in diversen Arbeitskämpfen der letzten Jahre unter anderem in den Bereichen Einzelhandel, Gesundheitswesen, Postdienste, Telekommunikation und Metall Arbeitnehmerüberlassung zur Einflussnahme auf Arbeitskämpfe eingesetzt worden" vereinbar ist.

Eine weitere große Schwäche liegt aber darin, dass ein Verstoß gegen das Verbot des Streikbrecher-Einsatzes nicht mit einer in der Praxis spürbar wirksam werdenden Sanktionierung belegt ist. Die viel zu geringe Bußgeldandrohung in § 16 Abs. 1 Nr. 8a (neu) von maximal 500.000 € steht in keinem Verhältnis zu den Vorteilen, die ein Arbeitgeber aus dem Einsatz von Streikbrechern bei größeren Arbeitskämpfen haben kann. Sie wirkt nicht abschreckend. Die Sanktion muss jeweils dem Umfang und der Dauer des Streikbrecher-Einsatzes gerecht werden. Es bedarf einer Bußgeldandrohung für jeden eingesetzten Streikbrecher und jeden Tag seines Einsatzes in einer ab-

schreckenden Höhe. Denkbar wäre hier, wie im Datenschutzrecht auch, in jedem Fall, dass der Wert des wirtschaftlichen Vorteils für den Täter durch die Strafe überstiegen werden muss.

Tatsächliche Handhabung der Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher ist entscheidend

Zu § 12 AÜG / Nr. 8 des GE:

Klargestellt wird, dass bei einem Widerspruch zwischen dem Vertragstext und seiner tatsächlichen Durchführung, die tatsächliche Durchführung für die rechtliche Einordung maßgebend ist. Diese Klarstellung ist zu begrüßen

Mitzählen von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten ist richtig

Zu § 14 AÜG / Nr. 10 des GE:

Mit dieser Ergänzung des § 14 wird nur klargestellt, dass Leiharbeitnehmer/innen bei den betriebsverfassungsrechtlichen, einschließlich des Europäischen Betriebsrätegesetzes, und den für die Unternehmensmitbestimmung geltenden Schwellenwerten auch im Entleiherbetrieb und -unternehmen berücksichtigt (mitgezählt) werden müssen.

Der DGB begrüßt die unter § 14 Absatz 2 Satz 5 AÜG beabsichtigte Aufnahme des Satzes: „Soweit Bestimmungen des Mitbestimmungsgesetzes, des Montan-Mitbestimmungsgesetzes, des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes, des Drittelbeteiligungsgesetzes, des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung des SE- und des SCE-Beteiligungsgesetzes oder der auf Grund der jeweiligen Gesetze erlassenen Wahlordnungen eine bestimmte Anzahl oder einen bestimmten Anteil von Arbeitnehmer voraussetzen, sind Leiharbeitnehmer auch im Entleiherunternehmen zu berücksichtigen.“ Hierdurch wird klargestellt, dass Leiharbeiter/innen, wie bei der Betriebsverfassung, auch bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung zu berücksichtigen sind. Zum einen zeichnet diese Regelung die überzeugende Rechtsprechung des BAG nach, zum anderen folgt sie der Intention des Gesetzgebers bei Verabschiedung der Mitbestimmungsgesetze. Die Schwellenwerte von mehr als 2.000 (§ 1 Abs. 1 MitbestG) bzw. 500 (§ 1 Abs. 1 DrittelbG) und 1.000 (bei der Montanmitbestimmung) regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer/innen wurden eingeführt, weil der Gesetzgeber davon ausging, dass in solchen Unternehmen eine ausreichend differenzierte Organisation vorliegt, an der die Mitbestimmungsregelungen wirkungsvoll ansetzen können (BT-Drucks. 7 /2172, S. 19). Für die Bestimmung der differenzierten Organisation des Unternehmens ist es jedoch unerheblich, ob die Arbeitsplätze mit Stammarbeitskräften oder Leiharbeitnehmer/innen besetzt sind (vgl. DGB Stellungnahme vom Referentenentwurf vom 20. April 2016).

Vor diesem Hintergrund halten wir die Ausnahmeregelung aus Satz 6, die eine Einsatzdauer von Leiharbeitnehmer/-innen von mehr als sechs Monaten verlangt, für nicht sachgerecht. Zudem wird dadurch eine weitere zeitliche Regelung für Leiharbeitnehmer/innen zusätzlich zu den vorhandenen Regelungen für die Wahlberechtigung zum Aufsichtsrat (drei Monate) und die Verweildauer (16 Monate) eingeführt.“

Ausnahme bei Betriebsänderung durch Entlassung ist nicht gerechtfertigt

Allerdings ist eine Einschränkung vorgesehen für: Für Fälle einer Betriebsänderung nach § 112 a BetrVG, die nur in der Entlassung von Arbeitnehmer/innen besteht und die eine zwingende Sozialplanpflicht nach § 112 Abs. 4 und 5 BetrVG auslöst, sollen Leiharbeitnehmer/innen nicht mitzählen. Diese Ausnahme des § 112a BetrVG erscheint willkürlich, da keine sachlichen Gründe – insbesondere aus der Systematik des BetrVG – ersichtlich sind, die eine solche Einschränkung von dem Grundsatz und der Vereinbarung im Koalitionsvertrag rechtfertigen.

Ein Vergleich der Anwendungsvoraussetzungen sowie von Sinn und Zweck der beiden Vorschriften (§ 111 BetrVG und § 112a BetrVG) verdeutlicht, dass eine Berücksichtigung von Leiharbeitnehmer/innen bei den Schwellenwerten des § 111 BetrVG und ihre Nichtberücksichtigung bei den Schwellenwerten des § 112a Abs. 1 BetrVG nicht nur sachwidrig ist, sondern gar zu Wertungswidersprüchen führt:

- So gehören gleichermaßen – im Sinne des § 112a BetrVG wie nach § 111 BetrVG – zu den „Arbeitnehmer/innen“ beispielsweise auch Beamte und Soldaten nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG oder Leiharbeitnehmer/innen (bei § 111 mit der zusätzlichen Voraussetzung der Wahlberechtigung bzw. dreimonatigem Einsatz im Betrieb) (vgl. FESTL, 27. Aufl., § 111 Rn. 25).
- Ebenso, wie die Schwellenwerte in Satz 1 und 2 des Beteiligungsrechts des Betriebsrats nach § 111 BetrVG, stellen die Schwellenwerte des § 112a Abs. 1 BetrVG als Bezugsgröße grundsätzlich auf die organisatorische Einheit (Unternehmen bzw. Betrieb) ab, denen eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmer/innen angehören müssen, damit ein bestimmtes Recht entsteht bzw. eine bestimmte Rechtsfolge Anwendung findet.
- In beiden Fällen geht es um „bloßen Personalabbau“ und die Folge der Milderung oder des Ausgleichs von Nachteilen, die den Arbeitnehmern infolge der geplanten Betriebsänderung (§ 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG i.V.m. § 111 BetrVG) oder infolge der Entlassung (§ 112a Abs. 1) entstehen und die erzwingbare Aufstellung eines Sozialplans durch die Einigungsstelle bei Nichtzustandekommen eines Sozialplans zwischen Unternehmen und Betriebsrat.
- Sowohl im Rahmen des § 111 BetrVG, als auch im Rahmen des § 112a BetrVG, kommt es ausschließlich auf die geplante Personalanpassung an, nicht jedoch auf die dafür eingesetzten Mittel[10]: Insoweit sind kollektivrechtlich einer „Entlassung“ gleichgestellt nach § 112a Abs. 1 Satz 2 BetrVG das vom Arbeitgeber aus Gründen der Betriebsänderung veranlasste Ausscheiden von Arbeitnehmern aufgrund von

[10] vgl. DKKW-Däubler, 14. Aufl., § 111 Rn. 80

Aufhebungsverträgen, aber auch Eigenkündigungen, die vom Arbeitgeber veranlasst werden und die Nichterneuerung befristeter Verträge sowie Kündigungen aus verhaltens- und personenbedingten Gründen oder Versetzungen in andere Betriebe des Unternehmens oder in andere Unternehmen des Konzerns, da sich auch bei ihnen die Betriebsgröße verringert[11]; dies gilt ebenso für die Beendigung des Einsatzes von Leiharbeitnehmer/innen nach Maßgabe des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zwischen Verleiher und Entleiher.

Daher stellt es einen Wertungswiderspruch dar, wenn Leiharbeitnehmer/innen bei den Zahlenwerten zur Bestimmung der Wesentlichkeit des Personalabbaus bei Betriebseinschränkungen (Schwelle nach § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG) mitzählen, während sie von dieser Berücksichtigung bei den Zahlenwerten zur Bestimmung des Umfang des Personalabbaus durch „reine“ (betriebsbedingte) Entlassungen (Schwelle nach § 112a Abs. 1 BetrVG) ausgeschlossen sein sollen. Die Sachwidrigkeit einer solchen Unterscheidung ergibt sich ungeachtet der Frage, ob Leiharbeitnehmer/innen selber „als Entlassene“ in den – individualrechtlichen – Genuss von Sozialplanleistungen kommen könnten. Auch dann, wenn Leiharbeitnehmer/innen – entsprechend der ursprünglichen Funktion der Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur zeitlich begrenzten Deckung des Arbeitskräftebedarfs – bei einer geplanten Verringerung des Arbeitskräftebedarfs als erste Beschäftigtengruppe vom Personalabbau erfasst werden dürften, könnte (und wird) sich ihre Berücksichtigung als zu zählende Arbeitnehmer/innen bei den betrieblichen Größenschwellen des § 112a Abs. 1 BetrVG auch auf „reguläre“ Arbeitnehmer/innen auswirken, die nicht im „drittbezogenen Personaleinsatz“ überlassen sind. Ihnen diesen Schutz „indirekt“ zu entziehen, widerspricht dem Schutzzweck des § 112a BetrVG.

Schließlich ist es aus Gründen der Rechtseinheit geboten, Schwellenwerte, in denen es auf die „Betriebsgröße“ (Anzahl der Arbeitnehmer/innen im Betrieb) ankommt, auch einheitlich – zumindest – für das jeweilige Gesetz auszugestalten: So hat das Bundesarbeitsgericht durch eine an Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschrift orientierten Auslegung entschieden, dass bei der Berechnung der Betriebsgröße nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG auch im Betrieb beschäftigte Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen sind, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht[12]. Diese Auslegung ist zweifellos ebenso zu berücksichtigen, wenn es um die Schwellenwerte (Zahlenwerte der zu entlassenen Arbeitnehmer/innen in Abhängigkeit von der Betriebsgröße) für die Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1 KSchG geht, die wiederum im Rahmen der Klärung der „Wesentlichkeit“ einer Betriebsteileinschränkung nach § 111 Satz 2 Nr. 1 BetrVG heranzuziehen sind. Eine abweichende Berücksichtigung dieser Auslegung bei den Schwellenwerten (Zahlenwerte der zu entlassenen Arbeitnehmer/innen in Abhängigkeit von der Betriebsgröße) in § 112a Abs. 1 Satz 1 BetrVG wäre auch aus diesem Gesichtspunkt nicht nachvollziehbar und widersprüchlich, was gleichsam einen Wertungswiderspruch darstellen würde. Daher sind Leiharbeitnehmer/innen bei den Schwellenwerten des § 112a Abs. 1 BetrVG in gleicher Weise mitzuzählen.

Dies ist auch aus teleologischen Gründen geboten: Zwar ist Sinn und Zweck des Schwellenwerts, bei den Beteiligungsrechten des Betriebsrates in wirtschaftlichen Angelegenheiten, kleinere Unternehmen mit geringerer wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zu schützen. Dieses Schutzziel kommt im Hinblick auf die Schwellenwerte für die sozialplanpflichtigen Maßnahmen (Zahlen und Prozentangaben) nach § 112 a BetrVG jedoch (mehr) nicht zum Tragen. Die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmer/innen ändert lediglich die Relation in Bezug auf die Bezugsgruppe der „regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer“.

Daher fordern der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften, diese Ausnahme des § 112a BetrVG zu streichen und in Bezug auf dessen Schwellenwerte Leiharbeitnehmer/innen ebenfalls auch im Entleihbetrieb und Entleihunternehmen zu berücksichtigen.

Ordnungswidrigkeiten deutlich verschärfen

Zu § 16 AÜG / Nr. 11 des GE:

§ 16 Abs. 1 Nr. 1b bis 1d/Nr.11 zu Buchstabe a, Doppelbuchstabe aa

Geregelt wird eine Ergänzung des Katalogs der Ordnungswidrigkeiten um die Tatbestände der Ketten- bzw. Zwischenüberlassung, der nicht offen geführten Überlassung und der Überlassung über die höchstzulässige Zeit hinaus.

Diese Ergänzung ist zwar zu begrüßen, wenngleich eine Bußgeldandrohung von bis zu 30.000 € keine hinreichende Sanktion darstellt. Auch hier sollte mindestens der Wert des wirtschaftlichen Vorteils für den Täter erreicht werden. Insbesondere die Interessenlage der betroffenen Leiharbeitnehmer wird durch Bußgeldandrohung nicht verbessert. Aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften lassen sich die genannten Verstöße nur durch eine Kombination der Ordnungsgelder und einer Fiktion des Zustandekommens des Arbeitsverhältnisses als Folge der Unwirksamkeit der Überlassung wirksam sanktionieren.

Übergangsregelung verbessern

Zu § 19 Abs. 2 (neu) / Nr. 13 Buchstabe c:

Geregelt wird, dass die Regelung der Höchstüberlassungsdauer in § 1 Abs. 1b sowie die Berechnung der Überlassungszeiten nach § 8 Abs. 4 Satz 1 erst zum 1.1.2017 In Kraft tritt bzw. für das Erreichen von Equal Pay gezählt werden.

Diese Regelung ist insofern abzulehnen, da die vor dem 1.1.2017 zurückgelegten Einsatzzeiten für die Berechnung der Höchstüberlassungsdauer und der Überlassungszeiten zur Erreichung von Equal Pay bei alleiniger Anwendung des Gesetzes nicht berück-

[11] vgl. DKKW-Däubler, 14. Aufl., § 111 Rn. 77 ff.
[12] BAG v. 24.01.2013 – 2 AZR 140/12

sichtigt werden müssen. Beides ist für den Leiharbeitnehmer/in ungünstig und abzulehnen. Es bedarf genau das Gegenteil.

Es ist die Ausdehnung der Übergangsregelung auf Equal-Pay-Ansprüche infolge des Kabinettsbeschlusses strikt abzulehnen; dies widerspräche dem Einarbeitungsgedanken, den der Koalitionsvertrag zugrunde legt.

Es bedarf zudem einer Klarstellung, dass die zum Zeitpunkt der Entscheidung des Verfahrens geltende Gesetzesfassung für den Rechtsstreit zur Anwendung kommt.

2. Zu Art. 2 (Änderungen des BGB)

Eine gesetzliche Verankerung der Voraussetzungen des Arbeitsvertrages und seine Konkretisierung durch Gesamtbetrachtung und -bewertung im BGB anhand der in der Rechtsprechung typologisch herausgearbeiteten Oberbegriffe der Weisungsgebundenheit und organisatorischen Eingliederung und der dafür entsprechenden Kriterien ist aus Sicht des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften der erste und notwendige, jedoch bei Weitem nicht hinreichende Schritt zur Bekämpfung von Missbrauch von Werk- und Dienstverträgen. Dass nun die Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung nicht kodifiziert werden, widerspricht dem Koalitionsvertrag, erfüllt das Ziel der besseren Transparenz zur Missbrauchsbekämpfung nicht und ist daher falsch. Die vorgeschlagene Regelung ist unzureichend, in Teilen verschlechtert sie ggf. sogar die derzeitige Rechtslage.

Der Standort zur Regelung der Abgrenzung im BGB ist dagegen richtig gewählt und vom Koalitionsvertrag, der Arbeitsrecht regeln möchte, nahegelegt: dort werden auch die anderen Vertragstypen, von denen eine Abgrenzung erfolgen soll, geregelt. Zudem sind dort andere grundlegende arbeitsrechtliche Regelungen vorzufinden, zu denen auch die Übernahme der Rechtsprechungsoberbegriffe und -abgrenzungskriterien gehören können. Eine andere Verortung ist nicht sachgerecht und zielführend: im SGB IV werden nun gerade keine arbeitsrechtlichen Regelungen getroffen; Abgrenzungen zum weitergehenden sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigtenbegriff sind nicht gefragt.

Zur Verbesserung von Rechtklarheit ist es notwendig, dass gesetzlich nicht nur die allgemeinen Oberbegriffe für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses, d. h. die Weisungsgebundenheit und die organisatorische Eingliederung, sondern vielmehr die von der Rechtsprechung über Jahrzehnte hinweg typologisch entwickelten und mit einigem Gewicht versehenen Kriterien für eine Gesamtbewertung verankert werden. Nur so kann der Auftrag des Koalitionsvertrages, die „wesentlichen, durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niederzulegen“ eingelöst und für alle Beteiligten eine transparente Grundlage für die Einschätzung des Rechtcharakters des jeweiligen Vertragsverhältnisses geschaffen werden. Deshalb darf keines der im Vorentwurf zum Referentenentwurf genannten wesentlichen Kriterien weggelassen werden, da dadurch die Typologie der Rechtsprechung unvollständig und damit verzerrt und wertend dargestellt wäre.

Mit der vorgeschlagenen Regelung wird die Rechtsklarheit nicht verbessert werden. Alleine mit der vorgeschlagenen Regelung wird das Ziel des Änderungsgesetzes, Missbrauch beim Einsatz von Werkverträgen zu verhindert, nicht erreicht. Nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften kann eine wirksame Bekämpfung von missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz sowie von Missbrauch durch Scheinsoloselbständigkeit nur dann erfolgen, wenn Arbeitnehmer Instrumente zur Durchsetzung ihrer Rechte erhalten. Deshalb bedarf es ergänzend einer gesetzlichen Regelung, welche Indizien, die auf eine missbräuchliche Anwendung der Werkvertragskonstruktion hinweisen mit einer prozessualen Erleichterung für die Beschäftigten, die beim Vorliegen der Indizien ein Arbeitsgericht zum Zweck der Überprüfung des Status anrufen können, kombiniert. Notwendig ist deshalb eine Beweiserleichterung, so dass beim Vorliegen bestimmter Indizien der Arbeitgeber beweisen und darlegen muss, dass ein echter Werk- oder Dienstvertrag vorliegt. Dies ist interessengerecht, da es der tatsächlichen Informationsverteilung entspricht.

Geregelt werden die Oberbegriffe eines Arbeitnehmerstatus anhand der Weisungsgebundenheit und Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation, wobei für die rechtliche Einordnung als Arbeitsvertrag die tatsächliche Durchführung maßgebend ist. Notwendig wäre eine Regelung die den Arbeitsvertrag definiert und dabei Weisungsbefugnis und Eingliederung als Oberbegriffe kennzeichnet.

Ansonsten enthält die Regelung lediglich Oberbegriffe der ständigen Rechtsprechung des BAG und geht noch über diese hinaus, als das Weisungsrecht auch auf die „Dauer“ und die „Durchführung“ bezogen werden; die Aufnahme von Teilformulierungen aus § 106 GewO bzw. dem Umkehrschluss aus § 84 HGB führen nicht weiter, da sie nicht konkretisieren sondern als reine Obersätze bereits im Gesetz niedergelegt sind. Außerdem ist der Begriff des „Mitarbeiters“ zu streichen, denn es fehlt an einem gesetzlichen Anknüpfungspunkt für diesen Begriff. Im juristischen Kontext wird der Begriff des Mitarbeiters weit überwiegend im Falle eines freien Dienstvertrages genutzt. Davon geht auch das BAG in 9 AZR 98/14 aus, denn dort bezeichneten die Vertragsparteien ihren Vertrag als „Vertrag über freie Mitarbeit“ und der Senat führte diesbezüglich aus, dass die Entscheidung der Vertragsparteien für einen bestimmten Vertragstypus in einer Gesamtabwägung zu berücksichtigen sei.
Die Normierung soll Rechtsklarheit bringen, die gefährdet ist, wenn ein neuer Begriff wie der des „Mitarbeiters“ ins BGB eingefügt würde. Wird der Begriff nicht in den Gesetzestext aufgenommen, büßt die Regelung nicht an Verständlichkeit und Rechtsklarheit ein.

Im Einzelnen: Weisungsgebundenheit in zeitlicher Hinsicht ist gegeben, wenn (1) ständige Dienstbereitschaft erwartet wird oder (2) wenn der Mitarbeiter in nicht unwesentlichem Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung herangezogen wird, ihm Arbeitszeiten letztlich „zugewiesen“ werden (Urteil

vom 15.02.2012 -10 AZR 301/10; Urteil vom 20.05.2009 - 5 AZR 31/08). Eine Ungebundenheit in zeitlicher Hinsicht anzunehmen, wenn die Übernahme des Dienstes grundsätzlich abgelehnt werden kann (Urteil vom 17.04.2013 - 10 AZR 668/12). Weisungsrecht liegt vor, wenn die Lage der Arbeitszeit einseitig durch den AG festgelegt wird, so dass der AN die zeitliche und organisatorische Planung des AG an Weisungen gebunden ist (Urteil vom 09.03.2005 - 5 AZR 493/04; Urteil vom 15.02.2012 - 10 AZR 301/10). Die Arbeitszeit umfasst die Wochentage und die zeitliche Lage (Beginn und Ende der Arbeitszeit) am jeweiligen Tag = Zeiteinteilung (Urteil vom 25.05.2005 - 5 AZR 347/04; Urteil vom 15.02.2012 - 10 AZR 301/10). Weisungsgebundenheit in zeitlicher Hinsicht liegt vor, wenn der AN einseitig in Dienstpläne aufgenommen wird (Urteil vom 14.03.2007 - 5 AZR 499/06) und sich in den Arbeitsrhythmus des AG einfügt (Urteil vom 17.04.2013 - 10 AZR 668/12).

Von der Frage der Lage der Arbeitszeit ist die Frage nach der zeitlichen Dauer der Tätigkeit zu unterscheiden: Für die Qualifizierung als AN ist der zeitliche Umfang der Tätigkeit ohne Bedeutung, denn auch bei der Durchführung in geringem zeitlichen Umfang kann ein ausreichend hohes Maß an Weisungsgebundenheit vorliegen (Urteil vom 15.02.2012 - 10 AZR 301/10). Der Umfang der Einbindung hängt auch davon ab, ob der Beschäftigte die Umstände der Dienstleistung mitgestalten und inwieweit Nebenabreden herangezogen werden (Urteil vom 15.02.2012 - 10 AZR 301/10). Arbeitszeit meint damit die Lage der Arbeitszeit und nicht dessen Umfang (Urteil vom 15.02.2012 - 10 AZR 301/10). Die Arbeitszeit umfasst die Wochentage und die zeitliche Lage (Beginn und Ende der Arbeitszeit) am jeweiligen Tag (Urteil vom 09.03.2005 - 5 AZR 493/04; Urteil vom 25.05.2005 - 5 AZR 347/04; Urteil vom 15.02.2012 - 10 AZR 301/10).

Der Umfang der Arbeitsleistung wird zwischen den Vertragsparteien vereinbart und ist Bestandteil des Arbeitsvertrages und unterliegt deshalb nicht dem Direktionsrecht des Arbeitgebers. Im Zweifel gelten die Beschränkungen des ArbZG.

Zudem ist der zeitliche Umfang der Tätigkeit für die Qualifizierung als Arbeitnehmer ohne Bedeutung, denn auch bei der Durchführung in geringem Umfang kann ein ausreichend hohes Maß an Weisungsgebundenheit vorliegen (Urteil vom 15.02.2012 - 10 AZR 301/10). Im Umkehrschluss aus dem Urteil vom 25.09.2013 - 10 AZR 282/12 folgt, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers den Arbeitsvorgang und die Zeiteinteilung, nicht jedoch den zeitlichen Umfang der Tätigkeit umfasst.

Zu kritisieren ist die Einschränkung, dass der Grad der persönlichen Abhängigkeit von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit abhängt. Das ist falsch. In den Entscheidungen des BAG, nimmt es in der Regel keinen Bezug auf den Grad der persönlichen Abhängigkeit hinsichtlich der Vertragsdurchführung. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass der Grad der persönlichen Abhängigkeit bezogen auf die Tätigkeit unwesentlich und ohne Bedeutung ist. Vielmehr werden andere Kriterien wie die inhaltliche und zeitliche Weisungsgebundenheit sowie das Merkmal der Höchstpersönlichkeit der Leistungserbringung zur konkreten Abgrenzung herangezogen. Das Merkmal des Grades der persönlichen Abhängigkeit und Eigenart der Tätigkeit ist zudem zu ungenau, um in Einzelfällen den freien Mitarbeiter vom Arbeitnehmer abzugrenzen.

Der DGB fordert daher den im Vorentwurf des Referentenentwurfs enthaltenen bisherigen Kriterienkatalog ergänzt um einige Aspekte wieder in das Gesetz aufzunehmen. Er schlägt folgende Formulierung vor:

„§ 611a BGB

Verpflichtet ein Vertrag zu einer höchstpersönlichen Leistung im Dienste eines anderen, nach dessen Weisungen in dessen Arbeitsorganisation tätig zu werden (Arbeitsleistung), liegt ein Arbeitsvertrag vor.

Das Weisungsrecht kann Inhalt, Zeit oder Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten, seine Arbeitszeit oder seinen Arbeitsort bestimmen kann. Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen; dazu gehört insbesondere, ob zur Erbringung der geschuldeten Leistung regelmäßig Räume oder Mittel eines anderen genutzt, ob mit Personen zusammengearbeitet wird, die von einem anderen eingesetzt oder beauftragt sind, ob ein ausschließliches oder überwiegendes Tätigwerden für einen anderen und kein unternehmerisches Auftreten am Markt erfolgt sowie in Zusammenhang mit der Tätigkeit keine sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer oder nur Familienangehörige beschäftigt werden, keine eigene betriebliche Organisation unterhalten wird, um die geschuldete Leistung zu erbringen, für das Ergebnis seiner Tätigkeit keine Gewähr leistet oder die Haftung übernimmt. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die anderweitige Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften halten es für sinnvoll, dass zur Abgrenzung der Fremdnützigkeit der Arbeitsleistung, wie oben ausgeführt, weitere Kriterien als zu den bisher in der Diskussion befindlichen aufgenommen werden:

Als eine Präzisierung des im Vorentwurf zum Referentenentwurfs genannten Kriteriums zu e) (ausschließlich oder überwiegend für einen Auftraggeber tätig) soll das Kriterium "kein unternehmerisches Auftreten am Markt zeigt" aufgenommen werden. In diesem Kriterium kommt grundsätzlich zum Ausdruck, dass auch bei einer Tätigkeit für mehr als einen Auftraggeber (z. B. innerhalb einer Konzernstruktur) kein echtes unternehmerisches Handeln angenommen werden kann, weil keine freie Entscheidung über die Auswahl von Material und Waren bzw. deren Bezug, freie Preisgestaltung, die Möglichkeit Aufträge auszuschlagen, besteht. Das Kriterium ist in zahlreiche Entscheidungen der Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit bei der Diskussion um die Abgrenzung eingeflossen.

Zusätzlich kann es darauf ankommen, dass in Zusammenhang mit der Tätigkeit keine sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer oder nur Familienan-

gehörige beschäftigt werden und somit eine höchstpersönliche Erfüllung erforderlich ist[13]. Auch dieses Kriterium wäre in den Katalog aufzunehmen.

Des Weiteren ist das im Vorentwurf des Referentenentwurfs enthaltene Kriterium h) zu ergänzen: „und keine Haftung übernimmt", um alle Formen der typischen Abgrenzung zu erfassen.

Der im Vorentwurf zum Referentenentwurf enthaltene Abs. 3 mit der Vermutungsregelung bei Feststellungen der DRV für das arbeitsgerichtliche Verfahren sollte erhalten bleiben

Die Vermutungsregelung des Abs. 3, wonach das Bestehen eines Arbeitsvertrages bei der Feststellung eines Beschäftigungsverhältnisses durch die DRV angenommen wird, wird nach wie vor für richtig gehalten. Die Regelung trägt zur Verbesserung der Rechte der Beschäftigten und zur Prozesseffizienz bei, indem es Doppelprüfungen vermeide.

Ergänzung der Regelung des § 611 a um einen Abs. 4

Eine gesetzliche Verankerung der Kriterien der Rechtsprechung kann zwar zur Rechtsklarheit beitragen. Die vorgeschlagene Regelung schafft aber keine maßgebliche instrumentelle Erleichterung für die einzelnen Beschäftigten und ihre Interessenvertretungen und ist insofern nicht ausreichend.

Damit Beschäftigte beim Vorliegen bestimmter Verdachtsmomente ihren Status überprüfen können, bedarf es einer widerlegbaren Vermutungsregelung beim Vorliegen bestimmter, typischerweise im Zusammenhang mit Umgehung von Werk- oder Dienstverträgen stehenden, Indizien.

Vor diesem Hintergrund schlagen der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften folgende Ergänzung des § 611a um folgenden Abs. 4 vor:

Wird ein Auftragnehmer im Rahmen eines Werks- oder Dienst- oder Dienstleistungsvertrages im Betrieb des Auftraggebers tätig und liegen zwei der nachfolgend genannten Kriterien vor:

- *a. Es werden im Zusammenhang mit der konkreten Tätigkeit mit Ausnahme von Familienangehörigen keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer/innen beschäftigt;*
- *b. die Tätigkeit erfolgt regelmäßig und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber;*
- *c. es werden für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen erbracht, der/die Mitarbeiter/in unterliegt insbesondere den Weisungen des Auftraggebers und ist in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingegliedert;*
- *d. der/die Auftragnehmer/in zeigt kein unternehmerisches Auftreten am Markt,*
- *e. die Tätigkeit entspricht ihrem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit, die vorher für denselben Auftraggeber in einem Beschäftigungsverhältnis ausgeübt wurde.*

So wird vermutet, dass ein Arbeitsverhältnis zum Auftraggeber vorliegt. Wenn im Streitfall der Auftragnehmer Indizien vorträgt, die das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses vermuten lassen, trägt der Auftraggeber die Beweislast dafür, dass ein echter Werk-, Dienst- oder Dienstleistungsvertrag vorgelegen hat."

3. Zu Art. 3 (Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes)

§ 80 Abs. 2 BetrVG zu Art. 3 Nr. 2 des GE:

Die Änderungen in § 80 Abs. 2 § 92 BetrVG regeln, dass die Unterrichtung, insbesondere den zeitlichen Umfang des Einsatzes, den Einsatzort und die „Arbeitsaufgaben dieser Person umfasst und klärt, dass „zu den erforderlichen Unterlagen auch die Verträge, die der Beschäftigung der in Satz 1 genannten Personen zugrunde liegen", gehören.

Diese Ergänzungen sind wichtige gesetzliche Klarstellungen, die aber nicht ausreichen.

Die Unterrichtung und Beratung muss sich auch auf Angaben zum beauftragten Betrieb, der dortigen Existenz eines Betriebsrats sowie zur Geltung und konkreten Bezeichnung der auf das Vertragsverhältnis Anwendung findenden Tarifverträge erstrecken. Angesichts des in der vergangenen Zeit bekannt gewordenen Missbrauchs von Werkverträgen, etwa durch Scheinselbständigkeit und verschleierte Arbeitnehmerüberlassung, bedarf es einer gesetzlichen Klarstellung, dass die Unterrichtungsverpflichtung auch ohne Verlangen durch den Betriebsrat – quasi als „Bringschuld" – ausgelöst werden. Das fehlt und wird als wenig praxisgerecht kritisiert.

Ebenso fehlt, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat dementsprechend unaufgefordert schon über die Planung der Vergabe von abgrenzbaren Aufgaben an Fremdfirmen bzw. die Vergabe von Arbeiten an Soloselbstständige, oder die Ausgliederung von Betriebsteilen und daraus folgende Einzelmaßnahmen rechtzeitig unterrichten und darüber mit diesem berät. Wenn diese Maßnahmen wesentliche Nachteile für die Beschäftigten zur Folge haben können (etwa dadurch, dass Arbeitsplätze von im Betrieb Beschäftigten entfallen können), sind diese Nachteile zudem interessenausgleichs- und sozialplanpflichtig.

Im Koalitionsvertrag wurde vereinbart, dass „die Informations- und Unterrichtungsrechte des Betriebsrats **sicherzustellen**" sind. Das fehlt hier völlig. Um die Durchsetzung dieses Rechts zu gewährleisten, muss der Gesetzgeber präventiv einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrat vorsehen oder gegenüber Verstößen zumindest (nachträgliche) Sanktionen in Aussicht stellen, die wirksam, abschreckend und der Schwere des Verstoßes entsprechend verhältnismäßig sind. Die Androhung einer Geldbuße (entsprechend der Vorschrift in § 121 BetrVG) und Ahndung eines Unterrichtungspflichtverstoßes als Ordnungswidrigkeit wäre insoweit nicht ausreichend.

Nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften sollte die Vorschrift zur Durchsetzung

[13] (z. B. BAG v. 19.11. 1997, 5 AZR 653/96 und zuletzt BAG v. 25.9.2013, 10 AZR 282/12)

des Unterrichtungsanspruchs des Betriebsrats gegenüber Verstößen durch den Arbeitgeber präventiv wirken und systematisch an den bestehenden allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterrichtungsrechten (§ 80 Abs. 2 BetrVG) wie folgt ansetzen:

§ 80 Absatz 2 wird wie folgt geändert:

a. Satz 2 wird nach dem ersten Halbsatz ein neuer Halbsatz 2 angefügt:
„Im Fall von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen und auf dem Betriebsgelände tätig oder in die betriebliche Organisation eingegliedert sind, sind dem Betriebsrat die Verträge des Arbeitgebers mit diesen Personen oder deren Arbeit- und Auftraggebern, einschließlich der Angaben über die Existenz eines Betriebsrats im Betrieb dieses Arbeit- oder Auftraggebers und über die Geltung eines auf das Vertragsverhältnis Anwendung findenden, konkret zu bezeichnenden Tarifvertrages, sowie die Unterlagen über Einsatztage und Einsatzzeiten sowie Informationen zu den Arbeitsaufgaben und den Arbeitsabläufen einschließlich der Zusammenarbeit mit den Betriebsangehörigen, unaufgefordert und ohne gesondertes Verlangen des Betriebsrats vom Arbeitgeber vor dem Tätigwerden dieser Personen zur Verfügung zu stellen.“

b. Nach Satz 2 wird ein neuer Satz 3 eingefügt:
„Bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen Satz 2 Halbsatz 2 können der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft unter der Voraussetzung des § 23 Abs. 3 Satz 1 die dort genannten Rechte gerichtlich geltend machen; ein solcher Verstoß gilt stets als grob i. S. des § 23 Abs. 1 Satz 1“.

c. Nach Satz 3 wird ein neuer Satz 4 eingefügt:
„§ 23 Abs. 3 Satz 2 bis 5 gilt entsprechend; bis zur Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung darf der Arbeitgeber Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen und wegen denen der Betriebsrat oder die im Betrieb vertretene Gewerkschaft die Rechte nach Satz 3 geltend gemacht hat, nicht beschäftigen § 100 findet keine Anwendung.“.

d. Der bisherige Satz 2 Halbsatz 2 wird Satz 5 und wie folgt geändert:
Die Wörter *„in diesem Rahmen“* werden durch die Wörter *„Im Rahmen der Zurverfügungstellung von Unterlagen“* ersetzt.

e. Der bisherige Satz 3 wird Satz 6.

§ 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG zu Art. 3 Nr. 3

Die Änderung des § 92 Abs. 1 BetrVG erfasst nun auch den Einsatz von Fremdpersonal in die Personalplanung.

Auch diese Ergänzung ist eine wichtige gesetzliche Klarstellung. Sie ist jedoch hinsichtlich der Durchsetzung gegenüber arbeitgeberseitigen Verstößen – wie vorstehend das Unterrichtungsrecht nach § 80 Abs. 2 Satz 1 und 3 BetrVG – durch einen entsprechenden Unterlassungsanspruch des Betriebsrats nach § 23 Abs. 3 BetrVG zu sichern.

§ 92 Absatz 1 BetrVG wird wie folgt geändert:

Nach Abs. 1 Satz 1 wird folgender Halbsatz angefügt:

„§ 80 Abs. 3 und 4 [neu; s. o.] BetrVG gelten entsprechend.“

Bessere Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte sind zudem erforderlich

Da der Einsatz von Fremdfirmen massiven Einfluss auf Arbeitsabläufe und die Zusammenarbeit sowie die Gestaltung der Arbeitsplätze im Unternehmen hat, reicht die vorgesehene Konkretisierung von Unterrichtungsrechten nicht aus.

Die Änderungen des Betriebsverfassungsgesetzes müssen deshalb dahingehend ergänzt werden, dass den Interessenvertretungen stärkere Mitsprache- und Überwachungsrechte beim Drittpersonaleinsatz gegeben werden, einschließlich von Initiativ- und Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats, da die bestehenden für diese Fallkonstellationen zu kurz greifen. Folgende Rechte müssen dringend hin zu mehr und besseren Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten verbessert werden:

- das Vorschlagsrecht bei der Personalplanung und Beschäftigungssicherung (§§ 92, 92a BetrVG) muss zu einem Mitbestimmungsrecht weiterentwickelt werden;
- das Zustimmungsverweigerungsrechts bei Einstellungen (§ 99 BetrVG) muss auch in Bezug auf Werkverträge greifen;
- das Unterrichtungs- und Beratungsrechts im Zusammenhang mit Interessenausgleich/Sozialplan (§§ 111,112,112a BetrVG) dahingehend, dass jede Ausgliederung und jeder Betriebsübergang eine Betriebsänderung darstellt,

sowie die

- erzwingbaren Mitbestimmungsrechte (§ 87 BetrVG) müssen auch für Fremdpersonal gelten, soweit die Betroffenen in den Betriebsorganisationen eingegliedert sind, wie z. B. zur Ausgestaltung des Arbeits- und Gesundheitsschutzes als eine Angelegenheit, die eine einheitliche Regelung im Betrieb erfordert bzw. zweckmäßig erscheinen lässt.

Die genannten Forderungen sind in ihrem Gesamtzusammenhang erforderlich, um dem zunehmenden Einsatz von Fremdfirmenpersonal (Drittpersonaleinsatz) Rechnung zu tragen und Mitbestimmung auf Augenhöhe zu ermöglichen. Angesichts einer bislang nicht bestehenden Absicherung des Unterrichtungsrechts des Betriebsrats durch einen präventiven Unterlassungsanspruch oder durch nachträgliche Sanktionen sowie fehlender Mitbestimmungsrechte ist jedenfalls die Gewährleistung eines auf den Einsatz von Drittpersonal – zweckmäßigerweise an die Letztentscheidung einer Einigungsstelle geknüpftes – weiter entwickeltes Vorschlagsrechts nach § 92a BetrVG unverzichtbar.

4. Zu Art. 4 (Änderung des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes)

Die noch im Referentenentwurf vorgesehene Regelung, wonach Zollbehörden zur Unterrichtung der Arbeitsschutzbehörden über die Ergebnisse der Kontrollen verpflichtet werden sollen, ist infolge des Kabinettsbeschlusses entfallen, was kritisiert wird. Der Koalitionsvertrag ist insofern in keinster Weise auch nur Ansatzweise eingehalten. Für eine Verbesserung des Arbeitsschutzes bedarf es nicht nur einer Unterrichtungspflicht an die – personell ohnehin unterbesetzten Behörden – sondern eines zwingenden Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats für den Arbeitsschutz aller im Betrieb tätigen Personen.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**737neu**

14. Oktober 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 17. Oktober 2016 zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

b) Antrag der Abgeordneten Klaus Ernst, Jutta Krellmann, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Etablierung von Leiharbeit und Missbrauch von Werkverträgen verhindern
– BT-Drucksache 18/9664

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Corinna Rüffer, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen verhindern - BT-Drucksache 18/7370

Prof. Dr. Gregor Thüsing

I. Zu § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG-E: Definition der Arbeitnehmerüberlassung

Das muss geändert werden – denn es ist handwerklich und inhaltlich offensichtlich und unbestreitbar falsch.[1] Die Definition ist ein Überbleibsel aus der alten Fassung des Referentenentwurfs zu § 611a BGB. Dort hieß es ganz parallel:

> „Arbeitsleistungen erbringt, wer Dienste erbringt und dabei in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt."

Man hat dies aufgegeben, weil es auch Arbeitnehmer ohne Eingliederung geben kann, und Weisungen auch der Selbständige erhalten kann. Bereits auf den ersten Blick offenbart sich der Unterschied zum bisherigen Vorgehen der Rechtsprechung bei der Bestimmung des (Leih-)Arbeitnehmerbegriffs. Ausgangspunkt der Rechtsprechung war und ist der von *Hueck* geprägte Begriff der persönlichen Abhängigkeit[2]. Stattdessen soll nunmehr an die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation sowie ein Weisungsrecht angeknüpft werden. Es kommt aber nicht auf die Weisung an – sondern auf den Grad der Weisung, der eine persönliche Abhängigkeit begründet. Und: Es gibt auch den nicht weisungsgebundenen, persönlich abhängigen Arbeitnehmer:

> „Persönliche Abhängigkeit ist dabei nicht gleichbedeutend mit Weisungsgebundenheit. Diese ist nur eines von mehreren Unterscheidungsmerkmalen und kann bei Erledigung einzelner geschuldeter Leistungen ganz fehlen, wie z. B. beim Chefarzt, Wissenschaftler oder Künstler." [3]

Man mag als Vorbild die sozialrechtliche Vorschrift des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV anführen, die durch das

[1] S. auch *Tüngerthal,* BB 2016, 1909

[2] *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht I, 1. Aufl. 1928, § 8 II, S. 33: Arbeitnehmer ist, „wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages zur Arbeit im Dienst eines anderen verpflichtet ist." Ebenso BAG v. 15.03.1978 – 5 AZR 819/76, AP Nr. 26 zu § 611 BGB – Arbeitsvertrag; v. 24.03.1992 – 9 AZR 76/91, DB 1992, 2352. Etwas anders damals *Kaskel*: Arbeitsrecht, S. 30: „Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines Vertrages unselbständig und für Rechnung eines anderen berufsmäßig Lohnarbeit verrichtet". Zum ArbN-Begriff in rechtsvergleichender Perspektive *Rebhahn*, RdA 2009, 154.

[3] BAG v. 08.10.1975 – 5 AZR 430/74, AP Nr. 18 zu § 611 BGB Abhängigkeit; vgl. auch BAG v. 17.04.2013 – 10 AZR 272/12, BAGE 145, 26.

Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999 eingeführt wurde. Hiernach sind die Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers jedoch nur als Anhaltspunkte für eine Beschäftigung benannt:

> „Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers."

Die Literatur betont zu Recht: Beide Merkmale sind entsprechend dem Wortlaut der Regelung nur als Anhaltspunkte, also typologische Indizien, zu behandeln.[4] Das betont auch die Gesetzesbegründung:

> „Die Vorschrift nennt die Weisungsgebundenheit der Erwerbsperson und ihre betriebliche Eingliederung als typische Merkmale einer Beschäftigung; diese sind Anhaltspunkte, also nicht abschließende Bewertungskriterien."[5]

Dasselbe muss für den Leiharbeitnehmer gelten: Die Definition ist zu eng. Weil ein Arbeitnehmer auch überlassen werden kann, wenn er nicht eingegliedert wird. Ausgangspunkt der im Entwurf vorgesehenen Regelung ist wohl eine Entscheidung des BAG aus dem Jahr 2012, in der das Gericht zu Beginn der Prüfung des Vorliegens einer Arbeitnehmerüberlassung einen verkürzten Obersatz formuliert:

> „Eine Überlassung zur Arbeitsleistung iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen."[6]

Dieser Obersatz kann allein schon deswegen nicht unbesehen in das AÜG aufgenommen werden, da das BAG an späterer Stelle bekannte Kriterien wie die Verwendung von Arbeitsmitteln, Haftungsregelungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer sowie die Gewährung von Urlaub oder die Beteiligung bei Schulungen ausführlich prüft.[7] Zudem wäre eine derartige Einschränkung auch falsch: Der Leiharbeitnehmer ist nichts anderes als der Arbeitnehmer, demgegenüber der Entleiher das arbeitsvertragliche Weisungsrecht aufgrund einer Vereinbarung mit dem Verleiher ausüben darf.[8] Niemand hat dies je bestritten. Bei der Arbeitnehmerüberlassung wird das arbeitgeberseitige Weisungsrecht vom Verleiher delegiert, das heißt, der Entleiher kann dem Leiharbeitnehmer Weisungen erteilen; dies ist gerade maßgebliches Kriterium der Arbeitnehmerüberlassung. Es ist eben genauso wie bei der Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen. Hier ist regelmäßig Arbeitnehmer, wer einem arbeitsvertraglichen Weisungsrecht unterliegt. Einziger Unterschied ist, dass bei einem Arbeitsvertrag nur zwei Personen involviert sind und das Weisungsrecht direkt aus der vertraglichen Beziehung resultiert, während bei der Arbeitnehmerüberlassung das Weisungsrecht aus einem Arbeitsvertrag delegiert wird. Zentrale Frage ist damit auch im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung, *ob* eine arbeitsvertragliche persönliche Abhängigkeit besteht. Erst in der Folge kommt es darauf an, *wer* dieses Weisungsrecht ausübt. Eine eigenständige Definition von „Leiharbeit" ist damit überflüssig, sofern sie sich mit der allgemeinen Typologie des Arbeitnehmerbegriffs deckt. Sie ist sogar falsch, wenn sie von dieser abweicht. Der Entwurf geht daher fehl, wenn es ausreichen soll, dass der Arbeitnehmer den Weisungen des Entleihers unterliegt. Auch hier kommt es darauf an, welche Weisungen es sind; zudem müssen alle weiteren Kriterien der Abgrenzung Berücksichtigung finden.

II. Neuer § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG-E: Nichtanwendbarkeit des AÜG bei Gestellung von Ordensleuten, Diakonieschwestern und Diakonissen

Diakonieschwestern, Diakonissen und Ordensleute sind bislang nach nationalem Verständnis keine Arbeitnehmer – deshalb ist ihre Gestellung auch keine Arbeitnehmerüberlassung. Das ist unbestritten. Auch die Vorgaben und Wertungen des Europarechts führen zu keiner abweichenden Bewertung. Insbesondere das zurzeit beim EuGH anhängige Verfahren C-216/15 erfordert keine Neueinordnung, schon weil es sich allein auf Rot-Kreuz-Schwestern, nicht aber auf die hier einschlägige Konstellation bezieht. Darüber hinaus gilt:

> - Die nationale Arbeitnehmerdefinition ist grundsätzlich auch dem Unionsrecht zugrunde zu legen, solange die Herausnahme einzelner Gruppen von überlassenem Fremdpersonal nicht „nach seinem Belieben" erfolgt (Rs. EuGH v 1.3.2012 – C 393/10, NZA 2012, 313 – O'Brien). Für Diakonieschwestern, Diakonissen und Ordensleute fehlt es an einer solchen Beliebigkeit der Herausnahme aus dem Anwendungsbereich. Die Beschäftigung unterscheidet sich in zentralen Punkten von Leiharbeitnehmern. Sie ist Ausdruck der religiösen Zielsetzung sowohl des Gestellenden als auch des Gestellten; eine soziale Sicherung durch Orden und Schwesternschaft ist gewährleistet. Diese Zwecksetzung ist durch das deutsche Staatskirchenrecht geschützt, das durch Art. 17 AEUV auch europarechtlich anerkannt ist. Eine Willkür auch nur im weitesten Sinne ist also nicht gegeben. Diese Gründe nicht zu akzeptieren hieße, verfas-

[4] Krauskopf/*Baier*, Soziale Krankenversicherung, 89. Aufl. 2015, § 7 SGB IV Rn. 4: „Diese in der Rspr entwickelten Kriterien werden inzwischen in Abs 1 S 2 als „typische Merkmale einer Beschäftigung" ausdrücklich im Gesetz genannt, sind aber trotz dieser ausdrücklichen Normierung nur Anhaltspunkte und keine abschließenden Bewertungskriterien".
[5] Begr. BT-Drs. 14/1855, S. 6.
[6] BAG v. 18.01.2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455, Rn. 26.
[7] BAG v. 18.01.2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455, Rn. 31 ff.
[8] Wobei der Weg hierin umstritten ist, s. ausführlich *Schüren*, in: Schüren, AÜG, 4. Aufl. 2010, Einl. Rn. 109 ff.; *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, 1999, S. 560 ff.

sungsrechtlich und europarechtlich fragwürdig den Freiraum der Kirchen zu beschneiden.

- Zudem liegt keine hinreichende Teilnahme am Wettbewerb vor, die zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit des Ordens und der Schwesternschaft führen würde: Der durch Orden oder durch Diakonie Gestellte gibt in seinem Handeln ein Zeugnis christlicher Caritas; die Gestellung soll regelmäßig den christlichen Charakter der Einrichtung deutlich machen, Zeitarbeit kann das nicht. Ohne wirtschaftliche Tätigkeit ist die Überlassung aber außerhalb des Anwendungsbereichs der Leiharbeitsrichtlinie, s. Art. 1 Abs. 2.

Es mag daher sinnvoll sein, dass dies im Sinne einer Rechtsklarheit der Gesetzgeber dies im AÜG auch deutlich – etwa durch eine Ergänzung des § 1 Abs. 3 AÜG – im Hinblick auf eine Ausnahme aus dem Anwendungsbereich für gestellte Ordensmitglieder, Diakonissen und Ordensschwestern formuliert. Dies wäre freilich rein deklaratorisch.

III. Zu § 8 Abs. 1 S. 2 AÜG-E: Vermutungsregel zum Equal Pay

Die Vermutungsregelung ist als widerlegbare Vermutung gesetzgeberisch nicht hinreichend durchdacht. Sie hilft nicht weiter und ist teilweise widersprüchlich:

- Sie hilft nicht weiter, weil sie leicht widerlegt werden kann. Der Arbeitnehmer muss in der ersten Alternative nur darlegen, dass der Entleiher nicht tarifgebunden ist, oder auch nur irgendeinem vergleichbaren Arbeitnehmer mehr als Tariflohn zahlt (er kann das etwa durch eine Betriebsvereinbarung, die ja betriebsöffentlich ist, die irgendeine Entgeltform zusätzlich oder statt Tariflohn gewährt). Die Vermutung wäre damit widerlegt. Einen Arbeitgeber, der immer nur durchgehend eins zu eins nach Tarifvertrag zahlt, gibt es aber in den seltensten Fällen.

- Sie ist widersprüchlich in ihrer zweiten Alternative („oder in Ermangelung eines solchen ein für vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbranche geltendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt"), denn um die Voraussetzung ihres Eingreifens nachzuweisen, muss der Arbeitnehmer sie selber widerlegen – er muss nämlich deutlich machen, dass der Verleiher kein Tarifentgelt zahlt. Dann ist die Gleichstellung mit dem Tarifentgelt, an das die Vermutungsregelung anknüpft, schon widerlegt. Diese Alternative kann damit nie zur Anwendung kommen. Das Ministerium sollte erklären, was es damit meint.

Vermutungsregelungen helfen bei Beweisschwierigkeiten – hier geht es aber nicht um Beweisschwierigkeiten (eines Arbeitnehmers, der ja einen Auskunftsanspruch hat, § 13 AÜG!), sondern um Berechnungsschwierigkeiten. Helfen würde demgegenüber eine *Definition des Equal Pay*. Sie ist europarechtlich nicht ganz unproblematisch, aber möglich. Denn die Richtlinie sieht nun mal eine Gleichbehandlung bei den wesentlichen Arbeitsbedingungen vor. Man kann als nationaler Gesetzgeber bestimmen, was wesentliche Arbeitsbedingungen sind (Art. 3 Abs. 1 lit. f Richtlinie), aber auch hier gibt die Richtlinie äußere Leitplanken: Eine Definition bezieht sich nicht auf die Frage der Gleichheit, sondern nur auf die Gleichheit „wozu". Da ist also der Spielraum nicht beliebig. Man kann zwar u.U. sagen, wesentlich ist nur das Entgelt oder die Entgeltbestandteile x und y, man kann aber vielleicht nicht sagen, Gleichbehandlung ist gegeben, wenn tarifvertragliches Entgelt gezahlt wird (auch wenn tatsächlich mehr Entgelt gezahlt wird). Kurz: Definiert werden kann nur die Wesentlichkeit, nicht die Gleichheit der Arbeitsbedingungen. Aber innerhalb dieses Rahmens wäre das ein gangbarer Weg. Man könnte also z.B. regeln, wesentliche Arbeitsbedingungen seien nur der Grundlohn und die stundenbezogenen Zuschläge, das Urlaubsgeld und das Weihnachtsgeld (und man würde z.B. betriebliche Altersversorgung und Kantinenzuschuss herausnehmen).

Es gibt dazu eine politisch vielleicht einfacher durchsetzbare Alternative: Equal Pay ist europarechtlich nach Art. 5 Abs. 2 Richtlinie keine Pflicht, „wenn Leiharbeitnehmer, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden."

Mein Vorschlag daher (im Sinne eines minimal-invasiven Eingriffs in den vorhandenen Text): Die Vermutungsregelung des jetzigen § 8 Abs. 1 S. 2 AÜG-E sollte zu einer *unwiderlegbaren* Vermutung gemacht werden, wenn der Arbeitnehmer auch zwischen den Entleihzeiten bezahlt wird. Dann hätte man im Ergebnis so etwas wie eine abschließende Definition und sie wäre ohne jeden Zweifel europarechtskonform. Und mehr noch (und deshalb ist sie auch arbeitnehmerfreundlich): Sie bietet Anreize zur unbefristeten Beschäftigung beim Leiharbeitsunternehmen und gleicht damit die Arbeitsbedingungen der Leiharbeitnehmer denen „normaler" Arbeitnehmer an. Und es wäre eine Stärkung der Tarifverträge, würde also Entleihern den Rücken stärken, die Tariflohn zahlen. Beides halte ich für gute Ergänzungen und für die Zeitarbeitsbranche zumutbar.

Der Text würde also wie folgt ergänzt werden:

> „Erhält der Leiharbeitnehmer 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 unwiderleglich vermutet, dass der Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts im Sinne von Satz 1 gleichgestellt ist, sofern der Leiharbeitnehmer mit dem Verleiher einen unbefristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen hat und auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt wird."

IV. Zu § 11 Abs. 5 AÜG-E: Einsatzverbot während des Streiks

Die jetzige Fassung ist deutlich besser als die des Referentenentwurfs. Dennoch bleibt das Problem: Aus

einem Streikrecht wird eine Streikpflicht für Leiharbeitnehmer. Der Jurist reibt sich verwundert die Augen. Gerade der Leiharbeitnehmer, der nicht vom erstreikten Tarifvertrag profitieren würde, der muss sich nun zwangssolidarisieren und die Arbeit niederlegen? Eine Gewerkschaft, die zu einem Streik aufruft, wird nun eine sichere Bank an Unterstützern haben. Eine Verhandlungsmacht nicht aus Organisation und Mitgliedschaft – sondern aus gesetzgeberischer Schützenhilfe.

„Durch die Neufassung wird die Position von Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmern weiter gestärkt", heißt es in der Begründung. Mitnichten: Denn ein Recht, Streikarbeit zu verweigern, haben Leiharbeitnehmer bereits jetzt, § 11 Abs. 5 AÜG. Genauso wie diese bisherige Regelung sinnvoll ist, genauso sperrig gestaltet sich das jetzige Vorhaben: Arbeitet der Leiharbeitnehmer nun doch, droht dem Entleiher ein Bußgeld – und ebenso droht es dem Leiharbeitnehmer, der durch seine Bereitschaft zur Arbeit dazu Beihilfe leisten könnte. Es handelt ordnungswidrig, wer nicht streikt? Mit den gängigen Schablonen zu Art. 9 Abs. 3 GG ist das nicht in Übereinstimmung zu bringen. Wenn denn die Koalitionsfreiheit ein Freiheitsrecht ist, dann darf man seine Ausübung nicht obligatorisch gestalten. Wenn denn die Koalitionsfreiheit ein Freiheitsrecht ist, dann darf es keine einseitige Parteinahme des Gesetzgebers bei der Motivation Streikender geben. Wie viel Diskussion gab es ehedem um § 116 AFG – wie viel näherliegend ist sie hier? Eine Belegschaft, die ganz unabhängig vom Streik auch aus Leiharbeitnehmern besteht, würde nun geteilt in solche Mitglieder, die streiken dürfen, und solche, die es müssen. Die Regelung greift damit weit über das Verbot des gezielten Einsatzes von Leiharbeit zur Bewältigung von Streikfolgen hinaus.

Das gilt auch nach der Neufassung im vorliegenden Entwurf. Denn die Einschränkung ist in ihren Grenzen unklar:

> „Satz 1 gilt nicht,
>
> wenn der Entleiher sicherstellt, dass Leiharbeitnehmer keine Tätigkeiten übernehmen, die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die
>
> 1. sich im Arbeitskampf befinden oder
>
> 2. ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern, die sich im Arbeitskampf befinden, übernommen haben."

Eine Tätigkeit, die schon erledigt wurde, kann nicht übernommen werden. Wir steigen nicht zweimal in denselben Fluss. Die Abgrenzung des Gesetzesentwurfs beruht auf einer Prognoseentscheidung, die unsicher ausfallen kann. Wer kann schon sagen, dass eine bestimmte Aufgabe sicher von einem bestimmten Arbeitnehmer zu erledigen gewesen wäre, hätte er nicht gestreikt. Dies lässt sich nicht nur bei Teamarbeit und bei Springern oftmals auch im Ansatz nicht sagen. Besser daher – weil leichter abgrenzbar – wäre das schlichte Verbot an den Entleiher, während des Streiks – oder ggf. bereits nach Ankündigung eines Streiks – keine neuen Leiharbeitnehmer einzustellen. Hier hätte man klare Abgrenzungsmerkmale, und das Ziel des Gesetzes wäre besser erreicht.

V. Zu § 8 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 AÜG-E: Verlängerung tarifvertraglicher Abweichung vom Equal Pay bei „als gleichwertig festgelegten" Arbeitsbedingungen des Leiharbeitnehmers

Wiederum gilt: Tarifdispositivität ist gut. Sie führt zu sachnäheren Ergebnissen und stärkt die durch das Grundgesetz garantierte Koalitionsfreiheit. Aber: Was ist ein Arbeitsentgelt, „das in dem Tarifvertrag als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche festgelegt ist"? Ist es nun gleichwertig oder reicht die Festlegung als gleichwertig durch die Tarifvertragsparteien? Und was ist, wenn es gleichwertig ist, aber dies durch die Tarifvertragsparteien nicht festgelegt wurde? Der Gesetzgeber spricht dunkel wie der Mund der Pythia. Er sollte sagen, was er tatsächlich meint, wie weit die Einschätzungsprärogative der Tarifvertragsparteien im Hinblick auf die Gleichwertigkeit gehen soll. Ohne solche Hinweise stochert der Gesetzesausleger im Nebel. Soll also tatsächliche Gleichwertigkeit vorliegen oder reicht die Fiktion durch Feststellung des Tarifvertrags – oder irgendetwas dazwischen?

VI. Zu § 1 Abs. 1b S. 3 AÜG-E: Verlängerung der Höchstüberlassungsdauer durch Tarifverträge der Entleiherbranche

Tarifdispositivität ist gut. Sie führt zu sachnäheren Ergebnissen und stärkt die durch das Grundgesetz garantierte Koalitionsfreiheit.[9] Es betont ihren Gestaltungsspielraum und stärkt somit ihre Bedeutung bei der Regelung der Arbeits- und Wirtschaftbedingungen. Hiervon profitieren insbesondere die Gewerkschaften. Denn die Arbeitgeberseite kann den eröffneten Gestaltungsspielraum nur gemeinsam mit der Arbeitnehmerseite nutzen, weshalb tarifdispositives Gesetzesrecht für sie einen Anreiz zum Abschluss von Tarifverträgen bildet;[10] So wird der Wunsch, von tarifdispositiven Vorschriften abzuweichen, in aller Regel von der Arbeitgeberseite ausgehen. Die Gewerkschaften werden diesen Wunsch aber nur dann erfüllen, wenn die Arbeitgeberseite ihnen im Gegenzug an anderer Stelle entgegenkommt. Tarifdispositives Gesetzesrecht erzeugt somit gewerkschaftliche Verhandlungsmacht.[11]

Deshalb ist es richtig, hier dem ausgewogenen Kompromiss von Gewerkschaften und Arbeitgeberseite die Bestimmung der Höchstüberlassungsdauer zu

[9] Vgl. *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht Bd. I, 1997, 698; *Herschel*, RdA 1969, 211 f.; Kempen/Zachert/*Kempen*, TVG, 5. Aufl. 2014, Grundlagen Rn. 288; MünchArbR/*Löwisch/Rieble*, 3. Aufl. 2009, § 157 Rn. 45; Wiedemann/*Wiedemann*, Rn. 380.

[10] Vgl. *Sieber*, Tarifdispositives Recht – Mittel zur Stärkung und Flexibilisierung des Gesamtarbeitsvertragssystems, 181 f., 184.

[11] *Rieble*, ZfA 2005, 245, 255.

überantworten, wenn sie eine vom Gesetz abweichende Überlassungshöchstdauer für richtig halten. Man mag erwägen, klarzustellen, dass diese Freiheit tatsächlich unbegrenzt besteht und nicht ihrerseits eine Schranke hat. Das könnte künftig von der Rechtsprechung in Frage gestellt werden, wie durch das BAG etwa bei § 14 Abs. 2 TzBfG und der dortigen Möglichkeit der Verlängerung sachgrundloser Befristung durch die Tarifvertragsparteien Grenzen gezogen wurden.[12] Hier wäre dies aber weder europarechtlich noch verfassungsrechtlich geboten:

Die *europarechtliche Zulässigkeit* des Verzichts auf die gesetzliche Festlegung einer Höchstüberlassungsdauer bestätigte jüngst die Europäische Kommission.[13] Sie stellte ein Vertragsverletzungsverfahren ein, das gerade damit begründet wurde, dass das deutsche Recht die unbefristete Arbeitnehmerüberlassung zumindest nicht ausdrücklich verbiete. In seinem Schreiben an die Beschwerdeführer führte die Kommission aus:

> „In Bezug auf die Dauer der Arbeitsverträge von Leiharbeitnehmern und die Dauer der Überlassung an die entleihenden Unternehmen möchte ich darauf hinweisen, dass die Richtlinie über die Leiharbeit für Leiharbeitnehmer gilt, unabhängig davon, ob sie im Rahmen eines befristeten oder eines unbefristeten Arbeitsvertrags von einem Leiharbeitsunternehmen eingestellt werden. Die Richtlinie sieht keine Beschränkung der Dauer der Arbeitnehmerüberlassung an die entleihenden Unternehmen vor. Die Mitgliedstaaten mussten bis Dezember 2011 möglicherweise bestehende Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit daraufhin überprüfen, ob sie aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind. Hierunter fielen insbesondere Beschränkungen im Hinblick auf die Zahl möglicher Verlängerungen der Arbeitsverträge von … Da gemäß der Richtlinie Deutschland und die anderen Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, eine Höchstdauer für die Überlassung von Leiharbeitnehmern an entleihende Unternehmen festzulegen, verstößt das Fehlen einer solchen Begrenzung in den nationalen Vorschriften zur Umsetzung der Richtlinie nicht gegen ihre Bestimmungen. Auch gegen andere spezifische Bestimmungen des EU-Rechts wird damit nicht verstoßen.
>
> Da die langfristige Überlassung von Leiharbeitnehmern an entleihende Unternehmen keinen Verstoß gegen die Richtlinie 2008/104/EG darstellt, sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, Sanktionen für einen solchen Fall vorzusehen."

Die *verfassungsrechtliche Zulässigkeit* des Verzichts auf die gesetzliche Festlegung einer Höchstüberlassungsdauer ergibt sich aus dem vom BVerfG gerade auch im Arbeitsrecht betonten weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Hinreichende Gründe, die eine solche nicht tarifdispositive Höchstgrenze rechtfertigen würden, sind überdies nicht ersichtlich. Der weitreichende Gestaltungsspielraum deutet vielmehr in eine ganz andere Richtung:

- Die Koalition plant, die bestehenden Regelungen zum *Equal Pay* weiterzuentwickeln, wenn der konkrete Einsatz länger als neun Monate andauert. Wenn zusätzlich zum *Equal Pay* dann eine absolute Höchstüberlassungsgrenze festgeschrieben wird, dann ist dies mit dem Gedanken des Arbeitnehmerschutzes nicht mehr begründbar. Denn dann kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass der Arbeitnehmer beim Verleihunternehmen als Arbeitgeber schlechter aufgehoben ist als beim Entleiher. Damit aber gilt (allzu salopp formuliert): Lieber von Adecco verliehen als bei der *Columbian Coconut Cooperation* fest angestellt.

  > Das zeigt sich insbesondere auch bei der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung: Ob nämlich eine Personalführungsgesellschaft in einem Konzern grundsätzlich nachteiliger für den Arbeitnehmer ist als eine Einstellung direkt beim Entleiher-Unternehmen, ist durchaus fraglich. Ist der Arbeitnehmer bei einem bestimmten Unternehmen beschäftigt, dann zählen für die Frage der betriebsbedingten Kündigung auch nur Beschäftigungsmöglichkeiten bei diesem Unternehmen.[14] Ist der Arbeitnehmer aber bei der Personalführungsgesellschaft angestellt, entscheiden letztlich die Beschäftigungsmöglichkeiten im Konzern insgesamt.[15] Auch die Sozialauswahl kann eine andere sein, je nachdem, ob der Arbeitnehmer in einen Personalpool einer Personalführungsgesellschaft eingegliedert ist oder in ein einzelnes konzernangehöriges Unternehmen, dessen Sozialauswahl vielleicht ganz anders ausfallen kann.

  Ein einschränkungsloses, kategorisches Verbot nicht-vorübergehender Leiharbeit liegt damit nicht im Interesse des Arbeitnehmers. Es wäre andernfalls zu begründen, warum es zulässig sein soll, dass ein Leiharbeitnehmer jede Woche

[12] BAG v. 18.3.2015 - 7 AZR 272/13, NZA 2015, 821.
[13] Beschwerdeverfahren gegen Deutschland (Az.: CHAP(2015)00716), abrufbar unter http://www.templin-thiess.de/blog/arbeitsrecht-aktuell/ueberraschung-eu-kommission-haelt-unbefristete-arbeitnehmerueberlassung?src=asp-cu&typ=dl&cid=4451.
[14] Nur ganz ausnahmsweise im Konzern: BAG v. 14.10.1982 – 2 AZR 568/80, BAGE 41, 72; ferner BAG v. 23.4.2008 – 2 AZR 1110/06, NZA 2008, 939.
[15] Hierzu zuletzt BAG v. 20.6.2013 – 2 AZR 271/12, NZA 2013, 837.

in einem anderen Betrieb eingesetzt wird zu Arbeitsbedingungen weit unter *Equal Pay*, und das dann über 20 Jahre lang – es aber verfassungsrechtlich unzulässig sein soll, dass derselbe Arbeitnehmer über zwei Jahre hinweg beim selben Entleiher eingesetzt wird zu den Entgeltbedingungen der Stammbelegschaft. Wenn der Gesetzgeber im ersten Fall nicht eingreifen muss, dann sicherlich auch nicht im zweiten.

- Dies wird auch deutlich, wenn der Entleiher nach Erreichen der Höchstüberlassungsgrenze entscheiden muss, was er tut: Er mag ihn einstellen – oder auch nicht. Der Arbeitnehmerschutz würde dann für den Leiharbeitnehmer ein Grund zum Verlust der ihm zustehenden *Equal Pay*-Arbeitsbedingungen. Denn wenn er jetzt an einen anderen Entleiher verliehen wird – statt gar von seinem Verleiher entlassen – dann gilt das Gebot des *Equal Pay* erst wieder in neun Monaten.
- Auch der Schutz der Stammbelegschaft rechtfertigt keine Höchstüberlassungsdauer. Diese vielmehr wird durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern geschützt. Denn im Entleihbetrieb müssen Leiharbeitnehmer nach der Rechtsprechung zuerst abgezogen werden, bevor eine betriebsbedingte Kündigung möglich ist. Je mehr Leiharbeitnehmer im Entleihbetrieb sind, desto schwieriger wird damit die betriebsbedingte Kündigung der Stammbelegschaft.[16] Der Leiharbeitnehmer kann demgegenüber nicht bereits deshalb gekündigt werden, weil er nun aus dem Entleihbetrieb abgezogen werden muss. Seine betriebsbedingte Kündigung verlangt vielmehr die dauerhafte Prognose fehlender Verleihmöglichkeit.[17]

VII. Zu § 611a BGB-E: Arbeitnehmerbegriff

Das ist besser als der Referentenentwurf zu § 611a BGB[18] – aber immer noch nicht gut. Man hat Textbausteine aus der BAG-Rechtsprechung hintereinandergeschrieben, insbesondere aus den Entscheidungen BAG v. 13.3.2008 – 2 AZR 1037/06, NZA 2008, 878 und v. 25.5.2005 – 5 AZR 347/04, BAGE 115, 1. Das klingt *prima facie* nach zumindest unschädlicher Gesetzgebung. Aber man hat die Textbausteine nicht aneinander angepasst. Denn es ist schon rechtstechnisch falsch, zwei Legaldefinitionen („Arbeitnehmer ist…") unverbunden und ohne Bezug zueinander zu geben (Rechtsprechung mag das dürfen, nicht aber der Gesetzgeber): Entweder beide Definitionen sind identisch – dann braucht es die zweite Definition nicht – oder ihre Erfordernisse gelten kumulativ (dann müsste man das sagen, was hier aber wohl nicht gewollt ist), oder sie weichen voneinander ab, dann sind sie widersprüchlich. Besser wäre es daher, wie folgt die zweite Beschreibung in Anlehnung an § 84 Abs. 1 S. 2 HGB negativ zu definieren, die Reihenfolge der verschiedenen Sätze sinnstimmiger zu gruppieren und das gesetzesfremde Wort „Mitarbeiter" zu vermeiden:

> „Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Kein Arbeitnehmer ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann."

[16] Ausführlich LAG Hamm v. 5.3.2007 – 11 Sa 1338/06, BB 2007, 2462; *Bertzbach* in: FS Hanau, 173 ff.; *Düwell/Dahl*, DB 2007, 169; ErfK/*Oetker*, Rn. 256; HK-KSchG/*Weller/Dorndorf*, Rn. 910; *Hamann*, NZA 2010, 1211, 1214; kritisch *Moll/Ittmann*, RdA 2008, 321; *Simon/Greßlin*, BB 2007, 2454.

[17] Ausführlich *Fuhlrott/Fabritius*, NZA 2014, 122.

[18] Wie unvollkommen dieser war, lässt sich nachlesen in *Thüsing/Schmidt*, ZIP 2016, 54.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**740**

12. Oktober 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 17. Oktober 2016 zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

b) Antrag der Abgeordneten Klaus Ernst, Jutta Krellmann, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Etablierung von Leiharbeit und Missbrauch von Werkverträgen verhindern
– BT-Drucksache 18/9664

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Corinna Rüffer, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen verhindern - BT-Drucksache 18/7370

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)

Zusammenfassung

Werk- und Dienstverträge beschreiben zentrale Vertragsgestaltungen einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung. Schon immer unterstützen sie Spezialisierung und Aufgabenteilung zwischen unterschiedlichen Branchen und Gewerken. Die im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen erbrachten Leistungen sind Basis des Wohlstands, industrieller Produktion und kundenorientierter Dienstleistung. Werk- und Dienstverträge werden mit fortschreitender Spezialisierung und künftig noch beschleunigten Produktionsabläufen in einer zunehmend digitalisierten und globalisierten Welt noch wichtiger werden. Gesetzlicher Änderungsbedarf besteht bei diesen Vertragsformen nicht.

Daher ist es zu begrüßen, dass die in einem ersten Arbeitsentwurf des Bundesministeriums vorgesehene Definition eines Arbeitsverhältnisses durch lebensfremde Kriterien in einem neuen § 611a BGB umfassend geändert worden ist. Die jetzt vorgesehene Definition des Arbeitnehmers entspricht im Wesentlichen der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte und des Bundearbeitsgerichts. Wortlaut und Gesetzesbegründung ändern die geltende Rechtssituation nicht. Arbeitnehmer ist danach derjenige, der aufgrund privatrechtlichen Vertrags zur Leistung weisungsgebundener fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.

Das ist ein wichtiger Fortschritt gegenüber den ursprünglich vorgesehenen, bestehende Vertrags- und Rechtsbeziehungen grundsätzlich in Frage stellenden und mit der Rechtsprechung nicht zu vereinbarenden Kriterien und Vermutungsregelungen im Arbeitsentwurf vom 16. November 2015. Inhaltlich geht die Definition eines Arbeitnehmers damit nicht über den Auftrag des Koalitionsvertrags hinaus. Ebenso wird zu Recht darauf verzichtet, Vermutungsregelung und neue Zuständigkeit für die Sozialversicherungsbehörden einzuführen, die geltenden Darlegungs- und Beweislastregeln widersprechen.

Des Weiteren zu begrüßen sind die im Entwurf vorgenommenen Anpassungen bei der Arbeitnehmerüberlassung gegenüber verschiedenen ministeriellen ersten Erwägungen im Arbeitsentwurf vom November des vergangenen Jahres. Das gilt ganz besonders für die Stärkung der tariflichen Gestaltungsmöglichkeiten beim Gleichstellungsgrundsatz bezogen auf das Entgelt (equal pay) und bei der Überlassungshöchstdauer.

Weitere Änderungen im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung sind wünschenswert. So ist vor allem eine Definition dessen erforderlich, was der Gesetzgeber unter dem Begriff equal pay versteht. . Auch widerspricht die Berücksichtigung von Zeitarbeitskräften bei den Schwellenwerten der Mitbestimmung auf Unternehmensebene, insbesondere im

Montanmitbestimmungsgesetz, dessen Ergänzungsgesetz, im Mitbestimmungsgesetz und im Drittelbeteiligungsgesetz dem Koalitionsvertrag. Ein Mehr an Mitbestimmung und größeren Aufsichtsräten darf nicht mit dem falschen Etikett der Neuregelung der Zeitarbeit versehen werden. Einseitig greift der Gesetzentwurf schließlich in die Arbeitskampfparität ein. Daher sollte im Gesetzgebungsverfahren das umfassende Streikeinsatzverbot nochmals kritisch hinterfragt werden.

Der Einsatz von Zeitarbeit wird durch den Gesetzentwurf teurer und bürokratischer. Die gesetzlichen Änderungen treffen eine Branche, die wie keine zweite den Beschäftigungschancen gerade der Schwächsten am Arbeitsmarkt dient. Gerade im Bereich der Zeitarbeit ist Augenmaß bei gesetzlichen Regelungen unverzichtbar; dies betrifft auch besondere Formen der Gestellung von Arbeitnehmern, wie z.B. im Fall von Integrationsbetrieben.

I. Gesetzentwurf der Bundesregierung

Arbeitnehmer ist nach dem Entwurf derjenige, der aufgrund privatrechtlichen Vertrags zur Leistung weisungsgebundener fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Insoweit entspricht der Vorschlag dem Auftrag des Koalitionsvertrags, die von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen zulässigem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niederzulegen.

Der jetzt vorgesehene § 611a BGB ist ein Kompromiss. Die inhaltliche Definition geht nicht über die bisherige Rechtsprechung hinaus. Das bestätigt auch nochmals die Begründung. Es bleibt jedoch bei der grundsätzlichen Einschätzung, dass eine gesetzliche Definition mit Rechtsfolgen für das Zivilrecht nicht notwendig ist und nicht vom Koalitionsvertrag gefordert wird.

Bei der Regelung der Überlassungshöchstdauer und des Gleichstellungsgrundsatzes in der Zeitarbeit wird der Vorrang tarifvertraglicher Regelungen weitgehend gewährleistet. Branchenzuschlagstarifverträge können weiter gelten. Von der neuen Überlassungshöchstdauer können tarifgebundene wie nicht tarifgebundene Unternehmen abweichende Lösungen entwickeln.

Das gilt insbesondere für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Definition dessen, was nach Auffassung des Gesetzgebers „equal pay“ sein soll. Der Gesetzentwurf beinhaltet eine Vermutungsregelung, die widerlegt werden kann. Die jetzige Gesetzessystematik hätte demnach zur Folge, dass der Einsatz von Zeitarbeit tendenziell teurer würde, ohne dass dem ein Gewinn an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gegenüberstehen würde. Eine gesetzliche Definition ist notwendig, nach der „equal pay“ das tarifliche Bruttostundenentgelt nebst tariflichen Zuschlägen und Zulagen ist.

Zu begrüßen ist, dass die vorgegebene Mindestunterbrechungszeit zwischen zwei Einsätzen im selben Entleihbetrieb entsprechend allen geltenden Tarifverträgen auf drei Monate festgesetzt wurde. Ebenso wurde die Stichtagsregelung ergänzt. Sie gilt nun auch für die Neuregelung von „equal pay“, sodass dadurch nicht in laufende Überlassungsverträge eingegriffen wird.

Weiterer Änderungsbedarf besteht bei den vorgesehenen Regelungen zum Arbeitskampf. Der freiwillige Einsatz von Arbeitnehmern sollte nicht verunglimpft werden. Beim Einsatz während eines Streiks handelt es sich um gesetzeskonformes Verhalten.

Eine Zeitarbeitskraft wird nicht zum Zwecke des Arbeitskampfes eingesetzt, wenn sie schon vor Beginn des Streiks im Betrieb tätig war. Ein Rückzug schon zuvor eingesetzter Zeitarbeitskräfte sollte nicht vom Einsatzverbot umfasst sein.

Weiterhin notwendig ist eine Korrektur der Berücksichtigung von Zeitarbeitskräften bei den Schwellenwerten der Mitbestimmung auf Unternehmensebene. Der Koalitionsvertrag sieht keine Änderung der Rechtslage vor.

Für kurzzeitige Einsätze von weniger als einem Monat sollte klargestellt werden, dass ein Informationsrecht des Betriebsrates nicht besteht. In Fällen solcher kurzzeitigen Einsätze wäre ein entsprechendes Informationsrecht schlicht überflüssig.

Der Koalitionsvertrag spricht an keiner Stelle von neuen Kompetenzen des Zolls für den Arbeitsschutz. Daher ist es richtig, dass die noch im Arbeitsentwurf angedachte Erweiterung der Kompetenzen des Zolls wieder gestrichen wurde. Dieser wird umfassend von den Gewerbeaufsichtsämtern gewährleistet.

1. Definition des Arbeitnehmers im BGB nicht geboten (§ 611a BGB)

Werk- und Dienstverträge sind seit Jahr-hunderten eine übliche, bekannte und faire Vertragsform. Sie gehören – wie der Kaufvertrag – zu den ausdrücklich geregelten Vertragstypen im Bürgerlichen Gesetzbuch. Handwerker, Rechtsanwälte, Ärzte und jede Form von Dienstleistern betreiben seit jeher ihre Tätigkeiten als Werk- oder Dienstvertrag. Werk- und Dienstverträge prägen die Wirtschaftsbeziehungen in Deutschland und weltweit. Sie sind die zentrale Grundlage, die Vorteile von Arbeitsteilung und Spezialisierung zu nutzen.

Aufgabenteilung und Spezialisierung sind unverzichtbare Elemente einer funktionierenden Wirtschaftsordnung. Sie werden vor dem Hintergrund zunehmender Digitalisierung und der damit einhergehenden weiteren und verstärkten Vernetzung der Arbeitsbeziehungen international, in Europa und in Deutschland noch wichtiger werden. Aufgabenteilung und Spezialisierung durch Werk- und Dienstverträge dürfen daher nicht beeinträchtigt werden.

Für im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen eingesetzte Arbeitnehmer gilt das gesamte Arbeits-, Sozial- und Tarifrecht. So-weit im Unternehmen des Werkunternehmers ein Betriebsrat gebildet ist, hat dieser alle Rechte des Betriebsverfassungsgesetzes. Auch der Betriebsrat im Einsatzbetrieb verfügt über Informations- und Unterrichtungsrechte beim Einsatz von Werk- und Dienstverträgen.

- Die Information des Betriebsrats in den Werkunternehmen ist gewährleistet. In den Einsatzbetrieben bestehen Informationsansprüche der dortigen Betriebsräte.

- Der Arbeitsschutz ist für Arbeitnehmer, die im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrags eingesetzt sind, explizit durch das Arbeitsschutzgesetz und die zuständigen Aufsichtsbehörden, gesichert. Es gibt auch keine Schutzlücken im Bereich der Unfallversicherung.

Ein Missbrauch von Werk- und Dienstverträgen ist zu Recht verboten. Dafür gibt es viel-fältige Sanktionen. Dazu gehören z. B. Schadensersatzansprüche, Sanktionen auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts und auch Reaktionsmöglichkeiten der Betriebsräte in den Unternehmen, die Werk- und Dienstverträge in Auftrag geben. Der Betriebsrat kann z. B. dem Einsatz von sogenannten Scheinverträgen widersprechen.

Der Koalitionsvertrag sieht vor, dass zur Unterstützung der Prüftätigkeit von Behörden die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Abgrenzung von missbräuchlichem und zulässigem Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt werden sollen. Eine Definition des Arbeitsverhältnisses wird im Koalitionsvertrag nicht erwähnt. Entscheidend ist, dass die geltende Rechtslage auch durch eine Definition nicht geändert wird.

Die nun vorgelegte Definition eines Arbeitsverhältnisses entspricht in weiten Teilen dieser Voraussetzung. Sie betont zu Recht, dass entscheidend für die Abgrenzung von Selbständigkeit zu abhängiger Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis die Erbringung geschuldeter Dienste in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis ist.

Die Definition sollte aber zur Klarstellung um ein weiteres Element ergänzt werden: Kann eine Tätigkeit sowohl durch selbständige wie durch unselbständige – also persönlich abhängige – Arbeitsleistung erbracht werden, muss bei der Bewertung und Einordnung des Vertragstyps der Vereinbarung der Parteien der Vorrang eingeräumt werden. Das entspricht ebenfalls der jahrzehntelangen Rechtsprechung und wäre eine weitere sinnvolle Präzisierung der nun vorgesehenen Definition.

2. Substantielle Eingriffe in Zeitarbeit vermeiden

Zeitarbeit ist ein Instrument des Arbeitsmarkts und der Flexibilität der Unternehmen. Diese Flexibilität und die damit unmittelbar zusammenhängenden Arbeitsmarktchancen dürfen nicht eingeschränkt werden. Betrieben, die aufgrund mangelnder Vorhersehbarkeit der Auftragslage – etwa der Entwicklung der wirtschaftlichen Lage – nicht selbst neue Mitarbeiter einstellen können, ermöglicht Zeitarbeit, bereits zu Beginn eines Aufschwungs Beschäftigung aufzubauen.

Der zwölfte Bericht der Bundesregierung zur Entwicklung der Zeitarbeit in Deutschland hat noch einmal unterstrichen, dass die Zeit-arbeit ihre Kernaufgaben erfüllt. Für den Fall von Verstößen stehen mit dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) und dem Sozialgesetzbuch viertes Buch (SGB IV) Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung.

Beschränkungen der Zeitarbeit verbauen Chancen und bergen die Gefahr einer steigenden Zahl von Arbeitslosen. Die Zeitarbeit bedarf keiner gesetzlichen Änderung. Die Tarifautonomie in der Zeitarbeit darf nicht in Frage gestellt werden.

Auch die europäische Leiharbeitsrichtlinie sieht die Zeitarbeit als notwendige, den Arbeitsmarkt unterstützende Beschäftigungsform an. Änderungen des deutschen Zeitarbeitsrechts müssen sich am Maßstab dieser Richtlinie messen lassen. Zeitarbeit ist eine anerkannte Beschäftigungsform. Es würde nicht nur den Arbeitsmarkt belasten, sondern wäre auch mit der Richtlinie nicht zu verein-baren, die Zeitarbeit zu beschränken. Die Richtlinie betont darüber hinaus die große Bedeutung der Tarifautonomie und der Sozialpartnerschaft gerade auch in Bezug auf die Zeitarbeit.

Keine 3 % aller Erwerbstätigen sind in der Zeitarbeit beschäftigt. Für diese Arbeitnehmer ist die Zeitarbeit unverzichtbar. Ohne Zeitarbeit würde die Brücke in Beschäftigung für sie abgerissen. Aber auch für hochqualifizierte Fachkräfte ist die Zeitarbeit ein wert-volles Instrument. Die deutsche Wirtschaft nutzt die Zeitarbeit verantwortungsvoll.

Für Geringqualifizierte schafft Zeitarbeit Chancen auf Teilhabe am Arbeitsmarkt. Menschen ohne abgeschlossene Berufsaus-bildung sind in der Zeitarbeit überproportional häufig vertreten. 2011 waren fast 30 % der beschäftigten Zeitarbeitskräfte ohne Berufsausbildung (BA, Juli 2013). Während in der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung insgesamt 14 % der Beschäftigten eine Helfertätigkeit ausüben, ist dieser Anteil in der Zeitarbeit mit 55 % fast viermal so hoch.

Die aktuellsten Zahlen der Bundesagentur für Arbeit belegen darüber hinaus, dass die Arbeitskräfte in der Zeitarbeit zu fast 95 % sozialversicherungspflichtig beschäftigt sind, annähernd 90 % arbeiten in Vollzeit.

Die Tarifautonomie wird in der Zeitarbeit erfolgreich gelebt. Die Tarifpartner der Zeitarbeit haben durch die Vereinbarung z. B. von Entgelttarifverträgen und Branchenzuschlagstarifverträgen differenzierte und praxisgerechte Lösungen zur Entgeltangleichung gefunden. Zeitarbeit wird gut und fair vergütet.

Für eine große Zahl von Einsatzbranchen wurden von den zuständigen Tarifpartnern, solche Branchenzuschlagstarifverträge vereinbart. Dazu zählen:

- Metall- und Elektroindustrie,
- chemische Industrie,
- Kautschukindustrie,
- Kunststoff verarbeitende Industrie,
- Schienenverkehrsbereich,
- Textil- und Bekleidungsindustrie,
- Holz- und Kunststoff verarbeitenden Industrie,
- Papier, Pappe und Kunststoff verarbeitenden Industrie,
- gewerbliche Zeitarbeitnehmer in der Druckindustrie,
- Kali- und Steinsalzbergbau
- und gewerbliche Zeitarbeitnehmer in der Papier erzeugenden Industrie.

a) Equal pay gesetzlich definieren (§ 8 AÜG)

Zu Recht sieht der Gesetzentwurf vor, dass vom allgemeinen Gleichstellungsgrundsatz durch tarifvertragliche Vereinbarungen abgewichen werden kann. Er gewährleistet dies zeitlich uneingeschränkt für den Einsatz in Branchen, für die Branchenzuschlagstarifverträge vereinbart worden sind. Es ist auch zu begrüßen, dass es den Tarifvertragsparteien überlassen bleibt, ein gleichwertiges Arbeitsentgelt in ihren Vereinbarungen festzulegen.

Die Verpflichtung zur Zahlung von equal pay bedeutet in vielen Fällen eine finanzielle Mehrbelastung, und vor allem einen nicht zu überschauenden bürokratischen Aufwand. Es ist schwierig festzustellen, welche Bestandteile zur Zahlung von equal pay gehören. So etwa bei Zahlung von Leistungszulagen, Zeit- oder Erschwerniszuschlägen, vergünstigter Nutzung der Kantine, Firmen- oder Mitarbeiterrabatten, Kinderbetreuungszuschüssen und vielem mehr.

Für den Fall, dass solche Zuschlagstarifverträge nicht zustande kommen, muss durch eine gesetzliche Definition klar werden, was der Gleichstellungsgrundsatz in Bezug auf das Arbeitsentgelt bedeutet. Sonst wird aus einem equal pay schnell in weiten Teilen ein equal treatment. Eine solche rechtssichere Definition, was equal pay nach neun Monaten sein soll, fehlt.

Zwischen den Tarifpartnern besteht Konsens darüber, dass equal pay das übliche tarifliche Brutto-Stundenentgelt einschließlich tariflicher Zulagen und Zuschläge eines vergleichbaren Arbeitnehmers sein soll. Dieser Gedanke in der Arbeitnehmerüberlassung liegt schon der Lohnuntergrenze zugrunde. Auch hier wird das tariflich vereinbarte und durch Rechtsverordnung erstreckte Bruttostundenentgelt zum Maßstab der Vergütung erhoben. Das muss auch bei einem über neun Monate hinausgehenden Verleih der Fall sein. Dementsprechend sind und werden auch die Branchenzuschlagstarifverträge gestaltet, die ein equal pay exakt am tariflichen Bruttostundenentgelt orientieren.

In § 8 Abs. 1 AÜG fehlt eine demgegenüber eine solche notwendige gesetzliche Definition. Stattdessen ist eine problematische Vermutungsregelung vorgesehen, die durch eine belastbare Definition ersetzt werden muss. Denn die vorgesehene Vermutung schafft gerade keine Befriedung; sie ist vielmehr ohne große Mühe durch den Verweis auf betriebliche Leistungen zu widerlegen.

Die vorgesehene Vermutungsregelung in Absatz 1, dass equal pay gewährt wird, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das tarifliche Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer im Betrieb oder in der Branche gewährt, ist nicht ausreichend und kann darüber hinaus Zeitarbeit massiv verteuern, wenn unter tariflichem Arbeitsentgelt zum Beispiel auch das Urlaubsgeld verstanden würde. Es kann auch zu nicht nachvollziehbaren Ungleichbehandlungen zwischen Arbeitnehmern führen, für die ein Branchenzuschlagstarifvertrag im Sinne von § 8 Abs. 4 des Entwurfs gilt und denen, auf deren Arbeitsverhältnis ein solcher Zuschlagstarifvertrag nicht angewendet werden kann.

Die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung, dass Sachleistungen durch einen Geldbetrag abgegolten werden können, ist ebenfalls kein angemessener Ersatz für eine gesetzliche Klarstellung. Die Unklarheit darüber, was equal pay alles bedeutet, wird weder den Arbeitsvertragsparteien noch den Tarifvertragsparteien dadurch genommen. Wenn equal pay nicht gesetzlich definiert werden sollte, ist zumindest eine Klarstellung erforderlich, dass eine Abgeltung pauschaliert erfolgen kann.

Nach dem Entwurf sollen Unterbrechungen des Einsatzes einer Zeitarbeitskraft auf die gesetzlichen Fristen angerechnet werden, wenn zwischen den einzelnen Einsatzzeiträumen maximal drei Monate liegen. Zum Schutz bestehender tariflicher Regelungen und aufgrund der Rechtslage wie sie bis 2003 gegolten hat, ist es richtig, die ursprünglich vorgesehene Unterbrechungszeit von sechs auf drei Monate zu reduzieren. Das ist ausreichend, um die gesetzlich vorgegebene Grenze von neun Monaten angemessen zu berücksichtigen. Das entspricht immerhin einem Drittel des ohnehin schon knapp bemessenen Zeitraumes von neun Monaten.

b) Tarifvertragliche Lösungen für Überlassungszeitraum erhalten (§ 1 Abs. 1b AÜG)

Der Gesetzentwurf sieht für Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen unterschiedliche Regelungen vor, die Überlassungshöchstdauer zu gestalten. Auch nicht tarifgebundene Unternehmen können durch inhaltsgleiche Betriebsvereinbarungen oder auf Grund eines Tarifvertrages mit Öffnungsklausel abweichende Lösungen finden. Die tarifvertragliche Gestaltung von Überlassungszeiträumen beim Einsatz von Zeitarbeit darf auch künftig systematisch nicht verändert und beschränkt werden.

Der Begriff des Tarifvertrags der Einsatzbranche kann missverstanden werden. Er dient der Abgrenzung zur Zeitarbeitsbranche, schließt aber z. B. Firmentarifverträge nicht aus. Als Tarifvertrag der Einsatzbranche muss auch ein entsprechender Firmentarifvertrag gelten. Das sollte zumindest in der Begründung klargestellt werden.

Nach dem Wortlaut von § 1 Abs. 1b sollen von der Überlassungshöchstdauer abweichende Tarifverträge eine Überlassungshöchstdauer vorsehen. Es entspricht Wortlaut und Begründung der Vorschrift, dass Tarifverträge mit tarifvertraglichen Überlassungshöchstdauern ergänzend Verlängerungsoptionen z. B. durch Sachgründe definieren können. Das ist gelebte Praxis und sollte ebenfalls noch einmal zur Klarstellung betont werden. Z. B. könnte der Begriff „Überlassungshöchstdauer“ in den Sätzen 3 und 5 durch „Regelungen“ ersetzt werden.

Auch vor dem Hintergrund des Koalitionsvertrags ist die Lösung angemessen und rechtssystematisch akzeptabel, durch in den Einsatzbetrieben geltende Tarifverträge die Überlassungshöchstdauer betrieblich zu gestalten. Dies stellt den Charakter der Zeitarbeit als eigene Branche nicht in Frage und öffnet den Einsatzbetrieben gleichzeitig Gestaltungsmöglichkeiten. Zeitarbeit ist eine Branche wie jede andere Branche auch. Daher sollte ergänzend für Einsatzbranchen, bei denen eine tarifliche Regelung zwischen den Tarifvertragspartnern der Einsatzbranche nicht besteht, den Tarifvertragsparteien der Zeitarbeit die

Möglichkeit einer subsidiären Regelung eingeräumt werden. Es ist nicht nachvollziehbar, ihr dieses Recht – für den Fall, dass die Einsatzbranche keine entsprechenden tarifvertraglichen Lösungen findet – nicht zu eröffnen.

Führt der Gesetzgeber eine Überlassungshöchstdauer ein, ist es geboten, diese auf die Überlassung des konkreten Arbeitnehmers zu beziehen. Der Bezug auf den Arbeitsplatz überfordert die Betriebe und geht von einer betrieblichen Wirklichkeit aus, die anachronistisch ist. Gerade in Zeiten der Digitalisierung wandeln sich Arbeitsplätze und Arbeitsanforderungen ständig. Die zeitliche Begrenzung der Nutzung von Zeitarbeit für spezifische Arbeitsplätze ist daher eine Chimäre, die die Existenz von Zeitarbeit in den Einsatzbetrieben existentiell bedroht. Daher bezieht sich auch die Leiharbeitsrichtlinie mit dem Begriff „vorübergehend" stets auf die Tätigkeit des überlassenen Zeitarbeitsnehmers und nicht auf den Arbeitsplatz. Auch die Leiharbeitsrichtlinie und die bisher vorliegende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zum Begriff vorübergehend werten diesen als arbeitnehmerbezogen.

Hinsichtlich des Begriffs des „Entleihers" gehen wir mit der Bundesagentur für Arbeit (GA 1.1.2 (4)) und entsprechend dem Verständnis der Rechtsprechung davon aus, dass als Entleiher der Betrieb anzusehen ist, in den der Arbeitnehmer überlassen wird. Dies sollte im Wortlaut durch den Begriff „Entleiherbetrieb" oder zumindest in der Begründung nochmals klargestellt werden.

Ebenso wie beim equal pay ist es auch bei der Überlassungshöchstdauer richtig, die Zeitspanne zwischen zwei Überlassungen entsprechend den bestehenden tarifvertraglichen Regelungen und den bis 2003 geltenden Regelungen zur Überlassungshöchstdauer auf drei Monate zu verkürzen.

c) Eingriff in Arbeitskampfparität verhindern (§ 11 Abs. 5 AÜG)

Trotz Änderungen regelt der Entwurf in Art. 1 Ziffer 7 Buchstabe b noch immer ein zu weitreichendes Verbot des Einsatzes von Zeitarbeitskräften bei einem Arbeitskampf. Dieses Verbot stößt auf verfassungsrechtliche Bedenken. Die Regelung verbietet dem Einsatzbetrieb in weiten Teilen den Einsatz solcher Zeitarbeitskräfte. Damit greift sie schwerwiegend in die Möglichkeit ein, sich zur Abwehr von Arbeitskämpfen auf Personal anderer Arbeitgeber zu stützen.

Einsatzbetrieb falscher Adressat

Die geltende Rechtslage sieht in § 11 Abs. 5 AÜG ein Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers vor. Der Zeitarbeitnehmer kann danach selbst entscheiden, ob er seine Arbeitsleistung in einem von Arbeitskampf betroffenen Betrieb erbringen möchte. Soll diese die Privatautonomie schützende Option durch ein Einsatzverbot weitgehend ersetzt werden, darf sich dieses aus systematischen Gründen jedenfalls nicht an den Entleiher richten. Der Einsatzbetrieb ist nicht Arbeitgeber des Zeitarbeitnehmers.

Begonnene Einsätze ausnehmen

Sind bereits vor Beginn der Arbeitskampfmaßnahme Zeitarbeitnehmer im Einsatzbetrieb eingesetzt, darf deren Rückzug aus dem Betrieb nicht von einem solchen Verbot umfasst werden. Dabei handelt es sich nicht um Überlassungen wegen des Streiks.

Verbot auf Streikumfang beschränken

Zwar soll sich der Einsatz von Arbeitnehmern im Rahmen eines Streiks auf vom Streik betroffene Tätigkeiten beschränken. Dies auch auf mittelbar betroffene Tätigkeiten zu erweitern, geht aber zu weit.

Konzerninterne Zeitarbeit bewahren

Nach bisheriger Rechtslage beschränkt sich das Leistungsverweigerungsrecht beim Einsatz von Zeitarbeitskräften in einen von Arbeitskampf betroffenen Betrieb auf den Einsatz von Zeitarbeitnehmern im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeit. Zu Recht wird dies nunmehr von der Begründung des Entwurfs bestätigt.

Ordnungsgeld ist unverhältnismäßig

Unverhältnismäßig sind auch die im Entwurf im Kontext zu der Neuregelung des § 11 Ab-satz 5 vorgesehenen Ordnungsgelder nach Artikel 1 Buchstaben a) ff). Ein Ordnungs-geld von bis zu 500.000 € für den Einsatzbetrieb als Adressat der Norm steht außerhalb jedes Rahmens.

d) Berücksichtigung bei Schwellenwerten unsystematisch (§ 14 Abs. 2 AÜG)

Der Entwurf geht noch immer über die vom Koalitionsvertrag angekündigte Berücksichtigung von Zeitarbeitskräften bei den Schwellenwerten der Betriebsverfassung hinaus. Entgegen den Vorgaben des Koalitionsvertrags, Zeitarbeitskräfte nur dort zu berücksichtigen, wo dies mit Grundsätzen der Betriebsverfassung überein stimmt, werden sie fast generell in die Schwellenwerte einbezogen und darüber hinaus wird die Erstreckung auch noch auf die Unternehmensmitbestimmung ausgedehnt.

Mitbestimmung nicht ausweiten

Der Koalitionsvertrag erwähnt an keiner Stelle die Berücksichtigung von Zeitarbeitskräften bei der Unternehmensmitbestimmung. Die Folge einer solchen Berücksichtigung wäre, dass zum Beispiel wegen Überschreitens von Schwellenwerten die Aufsichtsräte größer würden. Eine solche Ausweitung der Größe von Aufsichtsräten ist im Koalitionsvertrag nicht vorgesehen. Die vom Gesetzentwurf insinuierte Gleichstellung betrieblicher Mitbestimmung und Mitbestimmung auf Unternehmensebene gibt es so gerade nicht. Sie entspricht so auch nicht der Rechtsprechung des BAG.

Die Berücksichtigung von Zeitarbeitskräften bei den Schwellenwerten der Unternehmensmitbestimmung ist nicht damit zu begründen, dass Zeitarbeitskräfte bei Schwellenwerten im Betriebsverfassungsgesetz berücksichtigt werden sollen. Zwar ist die vorgesehene Klarstellung, dass Zeitarbeitnehmer erst ab einer Einsatzdauer von länger als sechs Monaten bei der Unternehmensmitbestimmung zu berücksichtigen sein sollen, sachlich geboten; sie reicht aber nicht aus.

Zumindest bei den sogenannten „Eingangsschwellenwerten" gibt es auch keinen Anlass dafür, Zeitar-

beitskräfte zu berücksichtigen. Bei diesen Schwellenwerten stellt sich die Grundsatzfrage, ob und wie ein Unternehmen mitbestimmt ist. Das aber kann nicht vom Zufall abhängen, wie viele Zeitarbeitskräfte gerade im Betrieb eingesetzt werden.

Eingangsschwellenwerte der Betriebsverfassung nicht ändern

Entsprechendes wie für die Eingangsschwellenwerte der Unternehmensmitbestimmung gilt für den Eingangsschwellenwert von fünf Arbeitnehmern bei der Betriebsverfassung. Eine Berücksichtigung an dieser Stelle widerspricht vollständig der Zuordnung der Zeitarbeitnehmer zu ihrem Arbeitgeber – dem sogenannten Verleiher, also dem Zeitarbeitsunternehmen.

Die Frage, ob ein Betrieb dem Betriebsverfassungsgesetz überhaupt unterliegt, kann nicht davon abhängen, ob zufälligerweise für einen bestimmten Zeitraum Zeitarbeitskräfte in ihm beschäftigt werden. Dies widerspricht dem Grundgedanken der persönlichen Zuordnung der Arbeitsverhältnisse zum Betrieb. Es lässt sich auch nicht mit der Aufgabe der sogenannten Zweikomponentenlehre durch das Bundesarbeitsgericht begründen. Diese Zweikomponentenlehre ist nämlich tatsächlich auch nach der neuen Rechtsprechung zur Berücksichtigung der Zeitarbeitskräfte bei einigen wenigen Schwellenwerten des Betriebsverfassungsgesetzes nicht aufgegeben worden. Vielmehr ist sie im Wege der Analogie in diesen Fällen fortgebildet worden. Das mag für einzelne Schwellenwerte des Betriebsverfassungsgesetzes noch akzeptabel sein; es ist keinesfalls akzeptabel für die Grundsatzfrage der Betriebsverfassung, ab wann und unter welchen Umständen ein Betrieb dem Betriebsverfassungsgesetz unterliegt.

Zumindest auch Wirtschaftsausschuss ausnehmen

Nach dem Entwurf soll diese Berücksichtigung nur bei einem erzwingbaren Sozialplan im Rahmen eines Personalabbaus entfallen. In diesem Zusammenhang wäre die Berücksichtigung von Zeitarbeitskräften unsystematisch, da diese nicht zum betroffenen Betrieb in einem Arbeitsverhältnis stehen. Das gilt z. B. in gleicher Weise bei § 106 BetrVG (Bildung eines Wirtschaftsausschusses). Hier muss ebenfalls eine solche Nichtberücksichtigung Platz greifen. Der Wirtschaftsausschuss ist ein auf die Arbeitnehmer des Betriebs, also auf Vertragsarbeitnehmer, gerichtete Institution. Nur für diese und deren Belange lässt sich die Einrichtung eines Wirtschaftsausschusses begründen.

e) Unwirksamkeitsfolgen überdenken (§§ 9, 10 AÜG)

- Zur Klarstellung sollte die Neuregelung in § 10 Abs. 1 - 3 AÜG ausdrücklich auf die Fälle des § 9 Nr. 1, 1a und 1b beschränkt werden. Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, ist es erforderlich, ganz deutlich zu machen, dass die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen den Grundsatz von equal pay nicht das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses ist. Die jetzt vorgesehene Verweisung auf den gesamten § 9 AÜG sorgt für Rechtsunsicherheit.
- Der Gesetzentwurf sieht zu Recht ein Widerspruchsrecht des Zeitarbeitnehmers innerhalb eines Monats vor, wenn die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung fehlt oder die gesetzliche Überlassungshöchstdauer überschritten wurde. Jedoch muss der Fristbeginn an die Kenntnis des Zeitarbeitnehmers vom jeweiligen Unwirksamkeitsgrund gekoppelt werden. Anderenfalls würde die Frist verstreichen, ohne dass der Zeitarbeitnehmer den Unwirksamkeitsgrund kennt und mithin überhaupt die Gelegenheit hatte, von dem ihm zur Verfügung stehenden Widerspruchsrecht Gebrauch zu machen. Daran anknüpfend soll die Erklärung des Widerspruchs nur nach Beginn der Frist möglich sein. Vor allem vor dem Hintergrund der bestehenden Unsicherheit über den konkreten Zeitpunkt des Fristbeginns sollte die Frist von einem Monat mit Kenntnisnahme des Arbeitnehmers vom Übergang des Arbeitsverhältnisses zu laufen beginnen.

f) Definitionen nachbessern

- Nach der in Art. 1 Nr. 1 Buchstabe b), bb) (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG) vorgesehenen Definition der Arbeitnehmerüberlassung werden Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebs eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen. Dies entspricht nicht in vollem Umfang der Rechtsprechung. Das Bundesarbeitsgericht nimmt Arbeitnehmerüberlassung an, wenn dem Einsatzbetrieb Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen und in dessen Interesse ausführen (vgl. BAG v. 13. August 2008 – 7 AZR 269/07).

  Das „Interesse“ nicht in eine gesetzliche Definition aufzunehmen, birgt das Risiko, dass dieser Aspekt künftig bei der Ermittlung des Vertragstyps nur noch von untergeordneter Bedeutung ist. Dies könnte zu einer veränderten Beurteilungsgrundlage führen. Nach der Begründung des Entwurfs ist aber nur eine Abbildung der geltenden Rechtslage gewollt. Um dies zu gewährleisten, ist eine Ergänzung um das Interesse geboten.
- Gemäß § 12 AÜG soll für die rechtliche Einordnung des Vertrags die tatsächliche Durchführung maßgeblich sein. Der Zusatz ist unvollständig und fasst die bisherige Rechtsprechung falsch zusammen. Da diese Rechtsprechung nicht verändert werden soll, ist die Vorschrift dahin zu ergänzen, dass bei der Bewertung und Einordnung des Vertragstyps der Vereinbarung der Parteien der Vorrang eingeräumt wird, wenn die Tätigkeit zum Beispiel im Rahmen eines Werk- oder Dienstvertrages durchgeführt werden kann oder die entsprechende Tätigkeit gegebenenfalls auch als Arbeitnehmerüberlassung möglich wäre.
- Für eine Konzernüberlassung stellen Vorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht immer eine angemessene Lösung dar. Das gilt auch wenn der betroffene Arbeitnehmer zum Zweck der Überlassung angestellt und beschäftigt wird. Zumindest dann, wenn der Arbeitneh-

mer das gleiche Arbeitsentgelt wie ein vergleichbarer Arbeitnehmer erhält, sollte das Überlassungsprivileg auch auf solche Fallkonstellationen erstreckt werden. Konzerninterne Überlassung sollten auch insoweit von der Überlassungshöchstdauer ausgenommen werden.

- Für spezielle Sachverhalte, wie z.B. im Bereich der Schifffahrt sollten die dort geltenden Sonderregelungen ausreichend berücksichtigt werden. Das Seearbeitsgesetz sieht vor, dass der Reeder auch in Fällen, in denen eine andere Person oder Organisation Arbeitgeber der Besatzungsmitglieder wird, die Gesamtverantwortung behält. In den völlig gängigen Konstellationen einer sog, crewing agency als eigenständiger Gesellschaft, sind sowohl der Reeder wie auch die Agentur gegenüber den Besatzungsmitgliedern für die Einhaltung der Arbeits- und Lebensbedingungen an Bord verantwortlich. Damit bestehen ein besonderer Schutz und eine berufliche Sicherheit, bei der es zusätzlicher Regelungen aus dem AÜG nicht bedarf.
- Darüber hinaus sollte in der Gesetzesbegründung nochmals bestätigt werden, dass bei Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs eine Arbeitnehmerüberlassung ausscheidet (BAG v. 3. Dezember 1997 – 7 AZR 764/96). In einem Gemeinschaftsbetrieb werden Arbeitnehmer nicht bei einem fremden, dritten Unternehmen eingesetzt, sodass es bereits an einem Dritten fehlt, dem der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überlassen würde. Daran ändert sich durch den vorliegenden Entwurf nichts. Um Rechtsunsicherheiten zu begegnen, sollte dies aber noch einmal in der Begründung aufgeführt werden.

g) Erlaubnis nicht in Frage stellen

Die Rechtsfolge der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Einsatzbetrieb greift tief in die Privatautonomie ein. Schon heute bestehen ausreichende Sanktionen: Entspricht die Einordnung als Werk- oder Dienstvertrag nicht den tatsächlichen Gegebenheiten, können sich hieran Konsequenzen in der arbeitsvertraglichen Bewertung und im öffentlichen Arbeitsschutzrecht knüpfen. Liegt tat-sächlich Arbeitnehmerüberlassung vor, gilt bereits heute Folgendes: Besitzt der Werkunternehmer eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung und findet bei ihm kein Tarifvertrag Anwendung, muss er als „Verleiher“ den Arbeitnehmern nach § 10 Abs. 4 AÜG die gleichen Arbeitsbedingungen wie beim Einsatzbetrieb gewähren. Fehlt dem Dienstleister die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, wird gemäß §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zum Inhaber des Einsatzbetriebs nach den dort geltenden Bedingungen fingiert.

Auch Sozialversicherungsbeiträge sind nachzuentrichten. In dem Vorenthalten der Sozialversicherungsbeiträge kann zudem eine Strafbarkeit nach § 266a StGB liegen. Der Zoll ist berechtigt, unangemeldete Kontrollen in Betrieben durchzuführen. Die erste Überprüfung und Bewertung obliegt der Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung. Im Rahmen ihrer Ermittlungen bewertet sie auch, ob eine Fremdvergabe von Arbeitsaufgaben aufgrund von Werk- und Dienstverträgen erfolgt oder Arbeitnehmer-überlassung vorliegt. Verstöße werden als Ordnungswidrigkeiten geahndet, § 16 AÜG.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage bietet es sich an, dem Einsatzbetrieb zumindest in den Fällen, in denen er organisatorisch versucht hat, angemessene Regelungen für den Einsatz von Arbeitnehmern von Vertragspartnern zu treffen, die Möglichkeit einer „Exkulpation“ einzuräumen.

Überzogen und nicht mit dem Koalitionsvertrag zu vereinbaren, ist die vorgesehene Ergänzung in § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG-E und die für den Fall des Verstoßes vorgesehene Sanktion. Warum die Person des im Rahmen der Überlassung eingesetzten Arbeitnehmers konkretisiert werden soll, ist nicht erkennbar. Das dient auch nicht dem Schutz der überlassenen Arbeitnehmer. Zu Recht macht die Begründung des Satzes ja selbst deutlich, dass es vielfach Rahmenvereinbarungen über die Überlassung von Zeitarbeitskräften gibt. Diese würden durch eine solche Konkretisierungspflicht in Frage gestellt. Nach dem Koalitionsvertrag soll das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung nicht eingeschränkt werden. Genau das wäre aber der Fall, wenn die Vorschrift und die Begründung Teil des Gesetzentwurfs blieben.

3. Informationspflichten nicht ausdehnen (§§ 80, 92 BetrVG)

Bei der Klarstellung der Informations- und Unterrichtungsrechte (Artikel 3) im Gesetzentwurf muss darauf geachtet werden, dass diese nicht über die bestehende Rechtslage hinausgehen.

„Die Verträge, die der Beschäftigung zugrunde liegen“ meint die jeweiligen Werk- oder Dienstverträge und nicht die Arbeitsverträge mit dem Werkunternehmen. Es muss klar sein, dass mit den „Verträgen, die der Beschäftigung zugrunde liegen“ die Verträge zwischen den Unternehmen gemeint sind, also die Verträge, die der Werkleistung, der Dienstleistung oder der Geschäftsbesorgung zugrunde liegen. Selbstverständlich kann schon aus Datenschutzgründen kein Einblick in die Arbeitsverträge der zum Einsatz kommenden Arbeitnehmer gewährt werden. Es bestehen bereits erhebliche Bedenken gegen ein zu weitgehendes Recht der Einsichtnahme in die tariflichen Vertrags- und damit Kalkulationsgrundlagen. Völlig ausgeschlossen ist dies für Arbeitsverträge. Das sollte noch einmal klargestellt werden. Ebenso darf mit der Regelung keine Verschaffungspflicht verbunden werden. Auch dieser Punkt sollte in der Gesetzesbegründung noch einmal klargestellt werden.

Für eine Ergänzung des § 92 BetrVG findet sich kein Anhaltspunkt im Koalitionsvertrag. Eine solche sollte deshalb unterbleiben.

4. Inkrafttreten und Stichtagsregelung überdenken

Nach Artikel 7 des Gesetzentwurfs soll das Gesetz am 1. Januar 2017 in Kraft treten, nach Artikel 1 Nummer 13 Buchstabe b, der Stichtagsregelung sollen die neuen Vorschriften zur Überlassungshöchstdauer und zum equal pay ab dem 1. Januar 2017 zu wirken beginnen.

Eine Stichtagsregelung ist schon aus Gründen des Vertrauensschutzes unverzichtbar. Da die parlamentarischen Beratungen erst im Oktober geschlossen sein werden und sich der Bundesrat somit erst im November mit dem Gesetz befassen kann, sollte aber erwogen werden, den Zeitpunkt des Inkrafttretens und der Inlaufsetzung der Stichtagsregelung auf den 1. April 2017 zu verschieben. .

II. Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN

Wie die Formulierung des Arbeitsentwurfs aus dem November 2015 gezeigt hat, geht mit der Einführung eines Kriterienkatalogs zur Abgrenzung immer eine Rechtsänderung einher. Aus diesem Grund ist auch die Einfügung von Kriterien zur Vermutung, wann Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, abzulehnen. Eine solche Vermutung kann in der Praxis fast unmöglich widerlegt werden. Sogenannte Negativtatstachen, also dass keine Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, sind der Natur der Sache nach schwer belegbar.

Die Ergänzung des Sozialversicherungsrechts um Indizien für die Prüfung einer Scheinselbständigkeit hätte eine erhebliche Rechtsänderung zur Folge. Hierfür findet sich im Koalitionsvertrag kein Anhaltspunkt. Der Gesetzgeber hatte sich bewusst entschlossen, die ursprünglich in § 7 Absatz 4 SGB IV vorgesehenen Kriterien mit Wirkung zum 1. Januar 2003 wieder aus dem Gesetz zu streichen. Allgemeingültige Kriterien für alle Tätigkeiten und alle Branchen sind nicht rechtssicher anzuwenden. Für die Frage, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine Scheinselbständigkeit vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls erforderlich. Eine pauschale Betrachtung verbietet sich. Für eine Wiedereinführung gibt es keine Notwendigkeit.

Insbesondere die im Antrag vorgesehenen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats greifen tief in die Planungsfreiheit des Arbeitgebers ein. Die Entscheidung des Unternehmens, mit wem welche Verträge geschlossen werden, muss Entscheidung des Unternehmens bleiben. Dass der Betriebsrat auch beim Einsatz von Personen seine Zustimmung verweigern können soll, die unter gar keinem Gesichtspunkt Arbeitnehmer sind, greift in den Kern der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit ein. Die Neugestaltung von Arbeitsabläufen und Produktionsprozessen und die Beauftragung Dritter im Wege von Werk- und Dienstverträgen stehen nicht zur Disposition der Betriebsräte.

III. Antrag der Fraktion DIE LINKE

Der Antrag der Fraktion der Linken verkennt die grundlegende Bedeutung von Zeitarbeit für die deutsche Wirtschaft und den Arbeitsmarkt. Er ignoriert, dass es sich bei Zeitarbeit um ein vollwertiges sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis handelt. Sowohl für Zeitarbeitnehmer, aber auch für Arbeitnehmer, die im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen eingesetzt sind, gilt das gesamte Arbeits- und Sozialrecht.

Die Ausgestaltung einer Überlassungshöchstdauer mit Arbeitsplatzbezug ist der falsche Ansatz. Ein Arbeitsplatzbezug würde erhebliche Rechtsunsicherheit verursachen. Die klare Abgrenzung eines Arbeitsplatzes ist in der gelebten Praxis nicht möglich. Die Leiharbeitsrichtlinie geht von einem Arbeitnehmerbezug aus. Das zeigt sich daran, dass der Begriff „vorübergehend“ in Art. 1 Absatz 1 und Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie stets im Zusammenhang mit der Tätigkeit des überlassenen Zeitarbeitnehmers verwendet wird. Ein Arbeitsplatzbezug durch einen Zusammenhang zum Arbeitskräftebedarf beim Einsatzbetrieb ist der Richtlinie nicht zu entnehmen.

Um die Rechtsfolge der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Einsatzbetrieb abzuwenden, ist es richtig, dem Zeitarbeitnehmer ein Widerspruchsrecht einzuräumen. Wie auch beim Betriebsübergang nach § 613a BGB steht hinter diesem Widerspruchsrecht der Zweck, dem Arbeitnehmer selbst die Entscheidung zu überlassen, mit welchem Arbeitgeber er sein Arbeitsverhältnis fortführen möchte. Dies ist sachlich geboten.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**741**

12. Oktober 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 17. Oktober 2016 zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

b) Antrag der Abgeordneten Klaus Ernst, Jutta Krellmann, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Etablierung von Leiharbeit und Missbrauch von Werkverträgen verhindern
– BT-Drucksache 18/9664

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Corinna Rüffer, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen verhindern - BT-Drucksache 18/7370

Prof. Dr. Martin Henssler

Vorbemerkung: Die Stellungnahme konzentriert sich auf den im Rahmen der Sachverständigenanhörung im Vordergrund stehenden Gesetzentwurf der Bundesregierung und nimmt zu den Fraktionsanträgen lediglich im Rahmen der Ausführungen zu diesem Entwurf Stellung.

I. Überblick über den Regelungsinhalt des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze

Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze umfasst zwei zentrale Regelungskomplexe, zum einen die weitere Zurückdrängung der Zeitarbeit und zum zweiten die stärkere Regulierung des Drittpersonaleinsatzes auf der Grundlage von Dienst- oder Werkverträgen. Bei der Arbeitnehmerüberlassung soll nach der massiven Aufwertung dieses Arbeitsmarktinstruments im Zuge der Hartz-Reformen, die schon in der Vergangenheit sukzessive zurückgedreht wurde, das Pendel nunmehr noch weiter in die Gegenrichtung ausschlagen und ihr Anwendungsbereich und ihre praktische Bedeutung weiter eingeschränkt werden. Das darüber hinaus angestrebte Ziel der Bekämpfung eines angeblichen Missbrauchs von Werkverträgen soll nach dem Willen der Bundesregierung umgesetzt werden, indem en passant

die Jahrhundertaufgabe der gesetzlichen Definition des Arbeitnehmerbegriffs bewältigt wird.

In beiden Bereichen kann der Gesetzentwurf nicht vollständig überzeugen, wobei zu konzedieren ist, dass im Regierungsentwurf viele der gravierenden Schwächen korrigiert wurden, die den vorausgegangenen Referentenentwürfen aus dem BMAS vom November 2015 und Februar 2016 anhafteten. Gleichwohl sind weitere Verbesserungen im weiteren Gesetzgebungsverfahren dringend geboten.

II. Die Regelung in § 611a BGB

1. Die unzureichende Aufarbeitung der Rechtstatsachen

Der Regierungsentwurf rechtfertigt den Bedarf nach einer Neuregelung durch angebliche Missstände, welche es zu bekämpfen gelte. In der Schilderung aktuell bestehender Missstände bleibt die Begründung jedoch erstaunlich vage und begnügt sich mit bloßen Behauptungen. Dass die Quote der Arbeitnehmerüberlassung konstant bei ca. 3 % liegt, bleibt unerwähnt, obwohl schon die Konstanz dieser Quote zeigt, dass es die angebliche massenhafte Flucht von der Zeitarbeit in Werkverträge ersichtlich nicht gegeben haben kann. Belegt ist vielmehr umgekehrt, dass

große Unternehmen, wie etwa die Daimler AG[1], Werkverträge in großem Stil in Leiharbeit umgewandelt haben, überwiegend um der mit Werkverträgen verbundenen Rechtsunsicherheit zu entgehen. Geht das BMAS wirklich davon aus, dass – wie dies einleitend in der Begründung[2] hervorgehoben wird - Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung „unverzichtbare“ Instrumente in einer arbeitsteiligen Wirtschaft sind, dann muss einer einschränkenden Regulierung dieser wichtigen Instrumente zwingend eine seriöse empirische Untersuchung angeblicher Fehlentwicklungen vorgeschaltet werden. Repräsentative Befunde zum Missbrauch von Werkverträgen bzw. überhaupt zum Einsatz von Werkverträge gibt es bislang nicht.[3]

Tatsächlich gibt es aktuell keine Missstände, die einer gesetzlichen Regelung bedürfen. Es ist im Gegenteil kein einziger Fall bekannt geworden, in dem die Rechtsprechung auf der Grundlage des geltenden Rechts bei der Beurteilung von „Scheinwerkverträgen“ zu unbefriedigenden Ergebnissen gelangt ist. Konzedierte Missstände in einigen Branchen, wie der Fleischindustrie und der Paketzustellung/Logistik,[4] sind längst beseitigt, u.a. durch Branchenmindestlöhne und Gerichtsverfahren, in denen Arbeitnehmer ganz unproblematisch ihre Rechte durchsetzen konnten. Nicht das gesetzliche Schutzsystem ist also lückenhaft, es gibt vielmehr ausschließlich ein Rechtsdurchsetzungsproblem, das aber durch die Regelungen des Regierungsentwurfs nicht einmal ansatzweise beseitigt wird. Benötigt wird eine bessere Beratung der ausländischen, der deutschen Sprache häufig nur unzureichend mächtigen Arbeitsmigranten über ihre weitreichenden Rechte nach dem deutschen Arbeitsrecht. Zielführend wäre damit die verstärkte Einrichtung von Beratungsstellen für Arbeitsmigranten.[5]

2. Bewertung der Regelung in § 611a BGB-E

a. Der Rückgriff auf Leitsätze des BAG

Nach langem Ringen und heftiger Kritik am ersten Entwurf des § 611a BGB vom 16.11.2015 sieht der geplante § 611a BGB nunmehr folgende Definition des Arbeitnehmerbegriffs vor:

„§ 611a Arbeitnehmer

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; 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 Definition soll weder ein neuer Arbeitnehmerbegriff noch eine Erleichterung der Beweisführung für den Arbeitnehmer geschaffen werden. Eher formelhaft anklingend wird in der Gesetzesbegründung der Programmsatz, dass durch die gesetzliche Definition missbräuchliche Gestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes durch vermeintlich selbstständige Tätigkeiten verhindert und die Rechtssicherheit der Verträge erhöht werden soll, wiederholt. Wie durch eine schlichte wörtliche Wiedergabe von Leitsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung[6] diese Zielsetzung erreicht werden soll, bleibt ein Rätsel.

Aufgrund der engen Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG ist grundsätzlich gegen die Regelungen nichts einzuwenden. Verunglückt ist jedoch die redaktionelle Gestaltung, weil zweimal Sätze mit „Arbeitnehmer ist, „ beginnen, dann aber unterschiedliche Aussagen folgen.

b. Fehlende Abstimmung mit § 106 GewO

§ 611a Satz 2 BGB-E umschreibt das Weisungsrecht des Arbeitnehmers, das sich auf Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit beziehen soll. Zwar handelt es auch hierbei um die wortwörtliche Wiedergabe der Rechtsprechung, die allerdings als Bestandteil einer gesetzlichen Regelung trotzdem Fragen aufwirft. So enthält zwar die Gesetzesbegründung den Hinweis, § 106 GewO bleibe unberührt. Eine entsprechende wichtige Klarstellung ist im Gesetzestext aber nicht zu finden. Der Hinweis in der Begründung klärt zudem nicht das Verhältnis der nicht wortgleichen Vorschriften. So lautet die Formulierung in § 106 GewO:

„Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.“

Die Regelung des § 106 GewO bezieht das Weisungsrecht somit nur auf drei Merkmale: Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung. Nach § 611a S. 2 BGB-E umfasst das Weisungsrecht zusätzlich die Durchführung und die Dauer der Arbeitsleistung. Zudem findet sich in § 611a BGB-E die Grenze des billigen Ermessens nicht wieder. Weniger bedeutsam dürfte der Verzicht auf den selbstverständlichen Umstand sein, dass das Weisungsrecht nur innerhalb der Grenzen des Arbeitsvertrages, von Kollektivvereinbarungen sowie gesetzlichen Vorschriften ausgeübt werden kann, da man dies auch in § 611a BGB nicht anders verstehen kann.

[1] FAZ v. 29.11.2013, S. 15.
[2] BT-Drucks. 18/9232, S. 1.
[3] Vgl. Böckler Impuls Ausgabe 09/2013, S. 6
[4] Handelsblatt v. 15. 5. 2013.
[5] Vgl. den Antrag des Bundeslandes Niedersachsen zu Entschließung des Bundesrates "Anstrengungen im Kampf gegen den Missbrauch von Werkverträgen verstärken" BR-Drucks. 87/15.
[6] BT-Drs. 18/9232, S. 31.

Nicht nachvollziehbar bleibt, weshalb der Gesetzgeber, wenn er denn schon den Status quo nur niederschreiben möchte, § 106 GewO und § 611a BGB-E nicht aneinander angleicht und das Verhältnis der beiden Normen zueinander unmittelbar im Gesetzestext klärt.

§ 106 GewO	§ 611a S. 2 BGB
Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind	Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen.

Hinzu kommt, dass § 84 HGB eine wiederum inhaltlich abweichende Definition der Selbstständigkeit kennt. Die gesetzliche Klärung der Grenzziehung zwischen Arbeitnehmerstatus und selbstständiger Tätigkeit kann daher insgesamt nach der geplanten Reform nur als unbefriedigend bezeichnet werden.

c. § 611a Satz 4 und 5 BGB-E

Gut gelungen sind dagegen die Sätze 4 und 5 des § 611a BGB-E

In Satz 4 wird die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts[7] aufgegriffen, wonach die Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses von anderen Vertragsverhältnissen im Wege einer Gesamtbetrachtung vorzunehmen ist. Diese Gesamtbetrachtung im Sinne einer typologischen Methode ist in der Tat ein unverzichtbares Kernelement des Arbeitnehmerbegriffs. Gleiches gilt für die in Satz 5 enthaltene Klarstellung, dass bei einem Widerspruch zwischen Vertrag und tatsächlicher Durchführung für die rechtliche Einordnung als Arbeitsverhältnis allein die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses maßgebend ist.

III. Die fehlende Synchronisierung mit § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E

§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG n.F.:
„Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.“

Parallel zum neuen § 611a BGB-E soll erstmals auch in das AÜG eine Legaldefinition des Leiharbeitnehmers aufgenommen werden. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG soll künftig folgenden Inhalt haben:

„Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.“

Laut Gesetzesbegründung soll auch diese Legaldefinition die bisherige Rechtsprechung, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer überlassen wird, lediglich festschreiben[8]. Sie diene damit der Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeitnehmer im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk- beziehungsweise Dienstvertrages. Leider ist die Rechtsprechung nur ungenau aufgearbeitet worden. Nach derzeitiger Rechtsprechung liegt Arbeitnehmerüberlassung vor,

*„wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb (**voll)** eingegliedert sind und ihre Arbeit **allein** nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen.“*[9]

Es besteht die durchaus berechtigte Befürchtung, dass der Begriff des Leiharbeitnehmers durch den Verzicht auf die Präzisierungen „voll“ eingegliedert und „allein“ nach Weisungen, entgegen der Intention des Gesetzgebers künftig doch ausgeweitet wird[10]. Unabhängig davon, ob sich die Sorge künftig realisiert, wäre zur Vermeidung von Fehlinterpretationen eine wörtliche Übernahme der Rechtsprechungsgrundsätze, für die sich der Entwurf ja auch bei § 611a BGB-E entscheidet, wünschenswert. Unbefriedigend ist zudem, dass in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E die Eingliederung in den Betrieb hervorgehoben wird, auf die der Gesetzgeber nun in § 611a BGB-E vollständig verzichtet. Das könnte künftig zu Fehlinterpretationen führen bzw. zumindest ohne Not offene Fragen aufwerfen.

Insgesamt betrachtet lässt sich feststellen: Die knappe Definition des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E führt nicht zu mehr Rechtssicherheit, sondern im Gegenteil zu neuen Unklarheiten. Wieso der Begriff des Leiharbeitnehmers im Gegensatz zur Definition in § 611a BGB-E mit einem einzigen Satz erklärt sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Wenn der Gesetzgeber schon abweichend von § 611a BGB-E in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E die Eingliederung erwähnt, dann sollte er im Interesse der Rechtssicherheit zumindest klarstellen, dass eine Eingliederung nur dann anzunehmen ist, wenn der Arbeitnehmer selbst als ausführende Person und eben nicht nur der Ar-

[7] So bereits BAG, Urteil vom 16. März 1972 – 5 AZR 460/71, AP BGB § 611 Lehrer, Dozenten Nr. 10; vom 20. September 2000 – 5 AZR 61/99, NZA 2001, 551; aus neuerer Zeit etwa Urteile vom 15. Februar 2012 – 10 AZR 301/10, NZA 2012, 731 und vom 25. September 2013 – 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348.

[8] BT-Drs. 18/9232, S. 19.

[9] BAG, Urteil vom 14.8.1985 – 5 AZR 225/84, NZA 1987, 128; Urteil vom 30.1.1991 - 7 AZR 497/89, NZA 1992, 19, 21; Urteil vom 6.8.1997 - 7 AZR 663/96, juris (Orientierungssatz); Urteil vom 6.8.2003 - 7 AZR 180/03, AP AÜG § 9 Nr. 6 unter II.1.a).

[10] Stellungnahme des DAV durch den Ausschuss Arbeitsrecht zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze, veröffentlicht in NZA 7/2016, S. VIII-X sowie in RdA 2016, 173; Tuengerthal/Andorfer, BB 2016, 1909, 1911 f.; Siebert/Novak, ArbRAktuell 2016, 391, 391.

beitsprozess, in dem er eingesetzt wird, in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert ist. Bei der Zeitarbeit muss der Entleiher die für ein Arbeitsverhältnis typischen Entscheidungen über deren Arbeitseinsatz auch nach Zeit und Ort treffen, er muss also die Personalhoheit über diese Person übernehmen[11].

Empfehlenswert erscheint damit eine Angleichung an § 611a BGB-E oder zumindest der ergänzende Verweis auf diese Vorschrift.

IV. Ungelöste und verschärfte Praxisprobleme

Die Festschreibung des Arbeitnehmerbegriffes in § 611a BGB und des Leiharbeitnehmerbegriffes in § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG ist der missglückte Versuch der Bundesregierung, das 2013 gesteckte Ziel der Verhinderung des angeblichen Missbrauchs von Werkverträgen zu erreichen. Diese Zielsetzung war wie bereits ausgeführt wurde, von vornherein fragwürdig und konnte dementsprechend auch nicht umgesetzt werden.

Bedauerlich ist, dass die geplante Neuregelung die tatsächlichen Probleme, die in der Praxis bei der Durchführung unbedenklicher Werkverträge durchaus bestehen, vollständig ignoriert.[12] Die aktuelle Rechtsprechung, die verlangt, dass bei einem Werkvertrag vorab das „Werk“ detailliert umschrieben wird, wird den zukunftsträchtigen Formen der Zusammenarbeit, wie sie in der IT-Branche und laut einer von der Deutschen Gesellschaft für Projektmanagement und der Hochschule Koblenz verfassten Studie darüber hinaus bei jedem vierten Projekt auch außerhalb der IT angewendet werden, nicht gerecht.[13] Bei dem neuen Organisationsmodell des agilen Projektmanagements geht es um neue Formen der Führung und Zusammenarbeit, die auf flache Hierarchien und ausgeprägte Partizipation der Mitarbeiter setzen. Das traditionelle Modell, bei dem der Auftraggeber seine Wünsche artikuliert, sodann umfangreiche Konzepte erstellt werden, die schließlich zeitaufwändig Schritt für Schritt abgearbeitet werden, um Ergebnisse zu liefern, die bereits teilweise überholt sind, hat sich insbesondere in schnelllebigen innovativen Bereichen als viel zu schwerfällig erwiesen. Bei den innovativen Organisationsmodellen werden statt fixer Pläne im Sinne der Rechtsprechung nur sehr allgemeine Wünsche artikuliert, die sodann im Team unter enger Zusammenarbeit der Mitarbeiter des Auftraggebers und der Mitarbeiter des externen Beraters präzisiert und laufend angepasst werden. An die Stelle von Kontrolle, Bürokratie und Hierarchie treten Selbstverantwortung, Austausch und Transparenz. So wird in der Automobilbranche bei der Einschaltung von IT-Beratern häufig nur ein allgemeiner Aktivitäten- und Fristenplan vereinbart, kombiniert mit konkreten Mitwirkungspflichten des Auftraggebers. Effektiv ist die Beratung in all diesen Konzepten nur dann, wenn Mitarbeiter des Auftraggebers und die Mitarbeiter des IT-Beraters aufs Engste zusammenarbeiten und sich ständig zur Prozessoptimierung abstimmen. Das gilt insbesondere für die „Agile Softwareentwicklung“ („Scrum“). Müssen Auftraggeber und Projektleiter in der stetigen Sorge leben, dass Anfragen und Hinweise als arbeitsrechtliche Weisungen interpretiert werden, kann dieses Modell nicht umgesetzt werden.

Ziel der Neuregelung muss es sein, diese zukunftsträchtigen Formen der Zusammenarbeit zu fördern und den mittelständischen Beratern und Dienstleistern eine rechtssichere Basis zu geben. Gerade wenn die deutsche Wirtschaft – wie von der Bundesregierung gewünscht - auf dem Gebiet der Digitalisierung und im Bereich von Industrie 4.0 eine Führungsrolle übernehmen soll, sollte dies angesichts der Bedeutung dieser Branchen für den Arbeitsmarkt sogar ein vorrangiges Ziel des Gesetzgebers auch im Arbeitsrecht sein. Der Gesetzesentwurf wird diese Berater nun, wenn sie Rechtssicherheit erhalten wollen, künstlich in die Zeitarbeit zwingen. Das ist schon deshalb völlig unpraktikabel, weil diese Projekte häufig nicht innerhalb der geplanten Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten abgewickelt werden können. Außerdem wird der Status als Zeitarbeitnehmer dem Selbstverständnis der hochqualifizierten IT-Berater, die ihrem Arbeitgeber, dem Beratungsunternehmen verbunden sind, nicht gerecht. Es besteht damit die Gefahr, dass das unverzichtbare Know-How der (mittelständischen) Beratungsbranche künftig der Wirtschaft nicht mehr mit der notwendigen Flexibilität zur Verfügung steht.

Bedenklich ist insoweit, dass die in diesem Grenzbereich schon derzeit herrschende Rechtsunsicherheit durch die Neuregelung nun noch zusätzlich dadurch verschärft wird, dass den Beratungsunternehmen die praxisnahe Auffanglösung über eine Vorratserlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verwehrt wird. §§ 1 Abs. 1 S. 5, 9 Abs. 1a AÜG-E sehen eine Denominationspflicht und die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher bei nicht offen dokumentierter Arbeitnehmerüberlassung vor. Der Gesetzgeber unterstellt mit der pauschalen Gleichstellung von unzulässiger und verdeckter Arbeitnehmerüberlassung, dass jede verdeckte Arbeitnehmerüberlassung bewusst mit missbräuchlicher Umgehungsabsicht erfolge. Unternehmen werden aufgrund der neuen Kennzeichnungs- und Konkretisierungspflicht dazu angehalten, auch zulässige Werkverträge falsch als Arbeitnehmerüberlassung zu deklarieren. Warum die Qualifizierung als (Leih-)arbeitnehmer für den „Beschäftigten“[14] immer die bessere Wahl sein soll, bleibt ebenso unklar wie die sachliche Rechtfertigung der Risikoverschiebung zu Lasten der beteiligten Unternehmen.

[11] BAG v. 5.3.1991 – 1 ABR 39/90, BAGE 67, 290-301.
[12] Zum Folgenden bereits Henssler, RdA 2016, 18, 21 ff.
[13] Vgl. dazu den aktuellen Bericht in Wirtschaftswoche Heft 41/2016 v. 30.9.2016, S. 111 f.
[14] So wollen insbesondere spezialisierte Berater häufig nicht als Leiharbeitnehmer, sondern im Wege der freien Mitarbeit tätig werden, vgl. Newsletter des Bundesverbandes der Deutschen Unternehmensberater (BDU), Ausgabe 1/2016, abrufbar unter http://www.bdu.de/newsletter/.

V. Sachgerechte Regelung: Rechtssicherheit durch Positivkatalog und/oder Klarstellung in der Begründung der Beschlussempfehlung

1. Vorteile eines Positivkataloges

Hätte der Gesetzgeber konsequent das zentrale Ziel „Rechtssicherheit für die Praxis“ umgesetzt, so hätte es sich angeboten, im Sinne eines Positivkatalogs Merkmale für unbedenkliche Werk- und Dienstverträge vorzugeben.[15]

Merkmale eines derartigen Positivkatalogs könnten sein:

- Die per drittbezogenem Personaleinsatz erbrachte Dienst- oder Werkleistung erfordert spezifisches Know-How, auf das sich der Vertragsarbeitgeber/Dienstleister spezialisiert hat.
- Der Dienstleister wird projektgebunden tätig, wobei allerdings eine allgemeine Umschreibung des Projektes genügt.
- Die Mitarbeiter des Vertragsarbeitgebers/Dienstleisters sind spezialisierte Experten in den Bereichen Ingenieurwesen, EDV-Technik, Digitalisierung, neue Medien, Industrie 4.0.
- Der Vertragsarbeitgeber bietet ein Konzept der Mitarbeiterschulung und Personalentwicklung an
- Das Unternehmen ist auch für andere Auftraggeber tätig, die einen vergleichbaren Beratungsbedarf haben.
- Das Unternehmen arbeitet (überwiegend) mit festangestelltem Personal.
- Der Dienstleister zahlt seinen Mitarbeitern branchenübliche Löhne auf der Grundlage eines eigenständigen Vergütungssystems oder ist selbst tarifgebunden.
- Die Personalhoheit liegt beim externen Dienstleister.

Erwogen werden könnte als zusätzliches Kriterium, das für die Unbedenklichkeit des Drittpersonaleinsatzes spricht, eine eigene Arbeitnehmerüberlassungs-erlaubnis des Vertragsarbeitgebers, da dieser Erlaubnis zugleich eine Funktion als Gütesiegel zukommt. Unbedenklich ist der Drittpersonaleinsatz durch den Vertragsarbeitgeber in den vorstehenden Fällen jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer auf der Grundlage eines echten Wahlrechtes in einer gesonderten Erklärung vor Beginn des jeweiligen Einsatzes auf den Status eines Leiharbeitnehmers verzichtet hat.

2. Unverzichtbare Klarstellung in der Begründung der Beschlussempfehlung

Da die Koalitionsparteien sich in einem schwierigen und langfristigen Abstimmungsprozess auf den nun vorgelegten Kompromiss verständigt haben, kann realistisch ein Wechsel zu dem hier vorgeschlagenen Konzept nicht mehr erwartet werden. Umso wichtiger ist, dass der zuständige Ausschuss Arbeit und Soziales zumindest in der Begründung seiner Beschlussempfehlung notwendige Klarstellungen vornimmt.

Es wird daher dringend empfohlen, folgende sachgerechte Klarstellung in die Beschlussempfehlung aufzunehmen:

„Die Neuregelung steht dem sachgerechten Einsatz von Werk- oder Dienstverträgen in den zeitgemäßen Formen des kreativen oder komplexen Projektgeschäfts nicht entgegen, wie sie z.B. in der Unternehmensberatungs- oder IT-Branche in Optimierungs-, Entwicklungs- und IT-Einführungsprojekten anzutreffen sind. Optimale Lösungen können erst erarbeitet werden, wenn die spezialisierten und qualifizierten Arbeitnehmer des Auftragnehmers eng in die Betriebsorganisation des Auftraggebers integriert sind und von diesem detaillierte vertragsbezogene Weisungen in Bezug auf das Arbeitsergebnis (z.B. die gewünschte Organisationsentwicklung) erhalten. Arbeitnehmerüberlassung liegt in diesen Fällen nicht vor.“

VI. Die Reform des AÜG

1. Grundansatz

Der Gesetzentwurf ist durch ein grundlegendes Misstrauen gegenüber der Zeitarbeit geprägt, das bei sachlicher und nüchterner Betrachtung schlicht nicht nachvollziehbar ist. Es ist im Gegenteil zu beobachten, dass sich die Zeitarbeitsbranche in den letzten Jahren, angeführt von den beiden großen Verbänden BAP und iGZ, durchgängig positiv entwickelt hat. Insbesondere haben sich diese Verbände als zuverlässiger Tarifpartner etabliert, denen es gelungen ist, gemeinsam mit den DGB-Gewerkschaften durch Tarifverträge angemessene und faire Beschäftigungsbedingungen zu verwirklichen. Verstöße einzelner Mitgliedsunternehmen etwa gegen den Equal-Pay Grundsatz werden konsequent geahndet. Im Übrigen belegen die jüngsten Daten der Bundesagentur für Arbeit[16] eindrucksvoll den ganz bedeutsamen arbeitsmarktpolitischen Beitrag, den die Zeitarbeit bei der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und der langfristigen Einbindung von Beschäftigten in sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse leistet.

2. Überblick über die Gesamtregelung

Generalziel der Reform des AÜG ist die Bekämpfung des funktionswidrigen Einsatzes der Zeitarbeit. Im Einzelnen wird dieses Ziel insbesondere durch folgende gesetzliche Maßnahmen umgesetzt:

- Ausdrückliches Verbot des Kettenverleihs § 1 Abs. 1 Satz 3 AÜG-E
- Beschränkung der Höchstüberlassungsdauer auf 18 Monate bei begrenzter Tariföffnung (nur Entleiherbranche)

[15] Dazu eingehend bereits Henssler, RdA 2016, 18, 22.

[16] Vgl. Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Juli 2016, abrufbar unter https://statistik.arbeitsagentur.de/Statischer-Content/Arbeitsmarktberichte/Branchen-Berufe/generische-Publikationen/Arbeitsmarkt-Deutschland-Zeitarbeit-Aktuelle-Entwicklung.pdf.

- Strenger Grundsatz der Gleichstellung – Equal Treatment
- Begrenzte Tariföffnung für Equal Pay (9 – 15 Monate) und weit gefasste Tariföffnung für sonstige Arbeitsbedingungen
- Sperrfristen von 3 Monaten sowohl bei der Höchstüberlassung als auch für den Beginn des Gleichstellungsgrundsatzes
- Weitreichende Kennzeichnungspflichten und damit verbunden die Wirkungslosigkeit einer sog. „Vorratserlaubnis"
- Strenge Sanktionen bei geringfügigen Verstößen
- Verbot des Einsatzes von Zeitarbeitnehmern als Streikbrecher
- Begrenzter Ausbau der Mitbestimmung des Betriebsrats (§§ 80, 92 BetrVG)
- Berücksichtigung der Zeitarbeitnehmer bei Schwellenwerten nach 6 Monaten

Insgesamt lässt sich feststellen, dass der Regierungsentwurf in vielen Punkten deutliche Verbesserungen gegenüber den vorausgegangenen Referentenentwürfen enthält. Einige Schwachpunkte sind indes verblieben. Auf diese dringend verbesserungsbedürftigen Regelungen konzentriert sich die folgende Stellungnahme.

3. Kritikpunkt 1: Der verfehlte Normzweck

Ganz allgemein ist festzustellen, dass die Auslegung des Gesetzentwurfs dadurch erschwert wird, dass die redaktionelle Gestaltung sowohl des Normtextes als auch der Entwurfsbegründung Wünsche offenlässt. Das gilt etwa für die Präzisierung der mit der Reform verfolgten Normzwecke, die für die Auslegung der neuen Vorschriften wesentlich sind. So bleibt bei der Neuregelung in § 8 AÜG-E unklar, wen der Gesetzgeber mit der 18-monatigen Überlassungshöchstdauer vorrangig schützen möchte. Die zutreffende arbeitnehmerbezogene Betrachtungsweise spricht für ein primär auf den Schutz der Leiharbeitnehmer ausgerichtetes Regelungsanliegen. Entsprechend sollen ausweislich der Regierungsbegründung mit § 1 Abs. 1b AÜG-E Leiharbeitnehmer geschützt werden, „weil sie nur für einen klar begrenzten Zeitraum eingesetzt werden können". Unmittelbar im Anschluss an diesen Hinweis wird jedoch als Begründung für die Höchstüberlassungsdauer angeführt: „Einer dauerhaften Substitution von Stammbeschäftigten wird entgegengewirkt." Das erweckt den Eindruck, als wäre der Schutz der Zeitarbeitnehmer nur vorgeschoben, um in Wirklichkeit die Zeitarbeit selbst zurückzudrängen. Geht es dem Gesetzgeber tatsächlich um den Schutz der Zeitarbeitnehmer, dann erweist sich jedenfalls die Höchstüberlassungsfrist im Zusammenspiel mit dem Gleichstellungsgrundsatz als absolut kontraproduktiv. Der Zwang zum Wechsel in ein anderes Einsatzunternehmen führt dazu, dass der Zeitarbeitnehmer in dem praktisch relevanten Bereich tariflicher Regelungen alle bereits erworbenen Gleichstellungsansprüche verliert und etwa bei Branchenzuschlagstarifverträgen wieder in der Basisentgeltgruppe neu startet.

4. Kritikpunkt 2: Der Verzicht auf eine gesetzliche Definition des Entgeltbegriffs beim Equal-Pay-Gebot

Nach der Neuregelung soll künftig nach eine Überlassung von neun Monaten das vom Entleiher für einen vergleichbaren Arbeitnehmer gezahlte Arbeitsentgelt gewährt werden müssen (gesetzliches Equal Pay). Existiert ein Tarifvertrag, kann der Zeitraum verlängert werden, allerdings muss nach spätestens 15 Monaten der Überlassung ein Entgeltniveau erreicht werden, dass die Tarifvertragsparteien als gleichwertiges Arbeitsentgelt definieren. Dieses Entgelt ist sodann bis zu dem Zeitpunkt zu zahlen, an dem die Höchstüberlassungsdauer erreicht ist.

Bedauerlicherweise verzichtet die geplante Neuregelung darauf, den Grundsatz der Entgeltgleichheit zu definieren. Legt man mit der Gesetzesbegründung den weiten Entgeltbegriff zugrunde, umfasst das Arbeitsentgelt „jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird" (BT-Drucksache 18/9232, S. 22). Dazu gehören neben den tariflichen Entgeltbestandteilen auch alle betrieblich üblichen oder vereinbarten und auch die individuell vereinbarten Vergütungselemente (Tantiemen, Aktienoptionen, vwL, Dienstwagen etc.). Für die Zeitarbeitsunternehmen bedeutet es einen übertriebenen bürokratischen und unverhältnismäßigen Aufwand, die Vielzahl komplexer betrieblicher Entgeltstrukturen nachzuzeichnen und vorzuhalten, insbesondere, wenn es – wie in der Mehrzahl der Fälle - nur um Kurzeinsätze von weniger als 3 Monaten geht. Gerade vor dem Hintergrund des Regelungszieles „Rückführung der Zeitarbeit auf die Kernfunktion" muss es genügen, wenn die Arbeitnehmerüberlassung ersichtlich nicht dazu eingesetzt wird, Tarifstrukturen beim Entleiher zu unterlaufen.

Es ist daher dringend zu empfehlen, den für das Gleichstellungsgebot relevanten Entgeltbegriff gesetzlich zu definieren. Als Entgelt sollten beim Einsatz des Zeitarbeitnehmers in tarifgebundenen Kundenbetrieben der Bruttotarifstundenlohn und die tariflichen Zulagen und Zuschläge gelten. Beim Einsatz in tarifungebundenen Kundenunternehmen sollte entsprechend auf das laufende regelmäßig gezahlte Stundenentgelt zuzüglich der laufenden, regelmäßig gezahlten Zuschläge und Zulagen abgestellt werden. § 8 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E ist daher wie folgt zu fassen:

„Erhält der Leiharbeitnehmer den für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers im Einsatzbetrieb geschuldeten tariflichen Bruttostundenlohn sowie die tariflichen Zulagen und Zuschläge oder beim Einsatz bei nicht tarifgebundenen Entleihern das laufende, regelmäßig gezahlte Stundenentgelt zuzüglich der laufenden, regelmäßig gezahlten Zuschläge und Zulagen, wird unwiderleglich vermutet, dass der Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts im Sinne von Satz·1 gleichgestellt ist."

5. Kritikpunkt 3: Die verfehlte starre Höchstüberlassungsdauer bei Vertretungsfällen

Als Grundregel sieht § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG-E eine arbeitnehmerbezogene Überlassungshöchstdauer von 18 aufeinander folgenden Monaten für Leiharbeitnehmer bei demselben Entleiher vor. Ausgestaltet ist diese Grenze als zweifaches Verbot: Zum einen darf

der Verleiher den Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen (§ 1 Abs. 1b Satz 1 Hs. 1 AÜG-E) und zum anderen darf auch der Entleiher den Leiharbeitnehmer nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate tätig werden lassen (§ 1 Abs. 1b Satz 1 Hs. 2 AÜG-E). Ergänzt werden diese Regelungen durch § 1 Abs. 1b Satz 2 AÜG-E, der zur Verhinderung von Umgehungsstrategien eine Anrechnung früherer Überlassungszeiten bei demselben Entleiher vorsieht, die nicht länger als drei Monate zurückliegen. Für die Anrechnung ist es ohne Bedeutung, ob die vorherige Überlassung durch denselben oder einen anderen Verleiher erfolgt ist.

Die starre Obergrenze ist verfehlt und wird gerade den funktionsgemäßen Einsatzformen der Zeitarbeit nicht gerecht. Die Schwäche des Ansatzes zeigt sich insbesondere in Vertretungsfällen. Wird eine Zeitarbeitnehmerin als Vertreterin für eine Stammarbeitnehmerin eingesetzt, die für 24 Monate Erziehungsurlaub genommen hat, ist es absolut konträr zu den Interessen der Zeitarbeitnehmerin, wenn diese nun nach 18 Monaten ihren Einsatz abbrechen muss, damit zwangsläufig ihren sicheren Equal-Pay Anspruch verliert und zudem der Gefahr einer Kündigung bei ihrem Arbeitgeber ausgesetzt ist, wenn keine Anschlussbeschäftigung möglich ist. Es handelt sich damit um eine klar arbeitnehmerfeindliche Vorschrift, der Schutz der Zeitarbeitnehmer liegt der Regierung ersichtlich nicht am Herzen. Insoweit weist der Regelungsvorschlag der Fraktion Bündnis 90/Die GRÜNEN (BT-Drucks 18/7370) in die richtige Richtung, der zutreffend ganz pragmatisch und unideologisch einen Verzicht auf eine starre Obergrenze fordert. Das Befristungsrecht zeigt, dass es ganz unproblematisch ist, für Sachgründe eine an den Sachgrund gekoppelte Einsatzdauer gesetzlich vorzuschreiben. Ergänzend sei erwähnt, dass auch im Ausland für Vertretungsfälle regelmäßig gerade keine Höchstüberlassungsdauer für den Einsatz der Zeitarbeit vorgeschrieben wird.[17]

6. Kritikpunkt 4: Die unzureichende Öffnung für tarifliche Regelungen

a. Die gesetzliche Regelung

Nach § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E kann die Überlassungshöchstdauer von 18 auf-einander folgenden Monaten durch einen Tarifvertrag der Einsatzbranche für tarifgebundene Entleiher verkürzt oder verlängert werden. Diese Regelung soll sicherstellen, dass das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung auch weiterhin flexibel und bedarfsgerecht eingesetzt werden kann. Das Gesetz nennt keine starre Höchstfrist für von § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG-E abweichende tarifvertragliche Regelungen. Diese Zurückhaltung steht ganz im Einklang mit der europäischen Richtlinie, die keine feste Obergrenze kennt und auch länger dauernde Überlassungen durchaus zulässt. Lediglich die dauerhafte, also „endgültige“ Überlassung lässt sich mit den Vorgaben der Richtlinie nicht in Einklang bringen.

b. Notwendige Öffnung für variable Höchstgrenzen bei Sachgründen

Aus den Überlegungen unter 5. (Kritikpunkt 3) ergibt sich, dass neben einer starren Höchstfrist auch eine tarifvertragliche Regelung zulässig sein sollte, welche die Einsatzhöchstdauer flexibel an das Vorliegen von Sachgründen knüpft und damit insbesondere in Vertretungsfällen an dem Vertretungsbedarf orientierte flexible Fristen zulässt. Voraussetzung einer abweichenden Regelung soll nach der Begründung des Regierungsentwurfs allerdings sein, dass die Überlassungshöchstdauer im Tarifvertrag oder der Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung „zeitlich bestimmt“ wird. Dies wird in ersten Stellungnahmen vielfach dahingehend interpretiert, dass auch im Fall einer sachgrundbezogenen Arbeitnehmerüberlassung eine starre zeitliche Höchstgrenze notwendig sei. Sachlich könnte eine derartige Einschränkung der tariflichen Gestaltungsmöglichkeiten nicht überzeugen. Im – allerdings nicht eindeutigen – Wortlaut von § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E ist sie wohl nicht zwingend angelegt. Der Gesetzgeber will durch die „zeitliche Bestimmtheit“ sicherstellen, dass der vorübergehende Charakter der Arbeitnehmerüberlassung in jedem einzelnen Fall gewährleistet ist.

Das spricht dafür, in Tarifverträgen auf der Grundlage des § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E auch variable, an die Dauer des jeweiligen Sachgrundes gekoppelte Überlassungsfristen zuzulassen. Der Gesetzgeber sollte dies, wenn schon nicht im Wortlaut, so doch zumindest in der Gesetzesbegründung ausdrücklich klarstellen. Das entsprechende bisherige Versäumnis kann und sollte vom Ausschuss noch in seiner Beschlussempfehlung korrigiert werden.

c. Die Tarifentmündigung der Zeitarbeitsbranche

§ 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E beschränkt die Tarifdispositivität der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer auf Tarifverträge der Einsatzbranche. Ausschließlich den Tarifparteien der Einsatzbranche soll es also ermöglicht werden, von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer abzuweichen. Der Zweck dieser Privilegierung der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche gegenüber den Sozialpartnern in der Zeitarbeit bleibt dunkel. Das Ergebnis dieser Regelung wird sein, dass es zu einem Flickenteppich unterschiedlicher Regelungen in verschiedenen Branchen kommt. Außerdem ist zu erwarten, dass in zahlreichen Branchen von den Tarifpartnern der Einsatzbranche überhaupt keine Regelungen abgeschlossen werden. Schließlich ist derzeit der in der M + E-Branche abgeschlossene „Tarifvertrag LeiZ“ die Ausnahme und nicht der Regelfall. Weshalb den Tarifpartnern der Zeitarbeitsbranche nicht einmal die selbst nach dem Ansatz des Regierungsentwurfs naheliegende subsidiäre Tarifzuständigkeit zugestanden wird, wird mit keinem einzigen Wort erläutert, geschweige denn begründet.

[17] Dazu Henssler, RdA 2016, 18, 23.

Unabhängig davon, ob das vom Entwurf gewählte Konzept überhaupt in der Praxis rechtswirksam umgesetzt werden kann,[18] verstößt die Tarifentmündigung der Sozialpartner der Zeitarbeitsbranche jedenfalls gegen Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 GG.[19] Nachbesserungen sind daher unverzichtbar.

Zunächst erscheint bereits fraglich,[20] ob die Tarifpartner der Einsatzbranche wirksame tarifliche Regelungen der Höchstüberlassungsdauer treffen können. Sie haben jedenfalls keine Tarifzuständigkeit für die Arbeitsverhältnisse der Zeitarbeitnehmer mit ihren Arbeitgebern/Zeitarbeitsunternehmen. Als Inhaltsnorm kann damit eine tarifliche Höchstüberlassungsdauer nicht angeordnet werden. Die Vereinbarung als Betriebsnorm scheitert daran, dass es sich bei der Höchstüberlassungsdauer nicht um einen Regelungsgegenstand handelt, der notwendig betriebseinheitlich geregelt werden muss. Es spricht überhaupt nichts dagegen, etwa für Mitarbeiter in der IT-Abteilung oder der Forschungsabteilung eine andere Höchstüberlassungsdauer vorzuschreiben als etwa für das Reinigungspersonal oder die Mitarbeiter im Fuhrpark.

Jedenfalls aber verstößt die in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E angeordnete Tarifentmündigung der Zeitarbeitsbranche wegen Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes gegen die positive Koalitionsfreiheit der Zeitarbeitnehmer und Zeitarbeitsunternehmen sowie gegen die durch Art. 9 Abs. 3 GG ebenfalls geschützte Betätigungsfreiheit der für die Zeitarbeit tarifzuständigen Koalitionen. Eine Rechtfertigung dieses Eingriffs durch Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte gibt es nicht. Der Gesetzgeber kann einen Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz nur dann vermeiden, wenn er den Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche zumindest eine subsidiäre Regelungsbefugnis für den Fall gewährt, dass in der Einsatzbranche kein von § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG-E abweichender Tarifvertrag existiert.

Die vollständige Tarifentmündigung der Zeitarbeitsbranche ist zumindest in jenen Fällen, in denen es keine tariflichen Regelungen der Einsatzbranche gibt, unverhältnismäßig. Selbst bei einem denkbar weiten Verständnis der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist jedenfalls die subsidiäre Regelungskompetenz der Tarifpartner der Zeitarbeitsbranche von Verfassung wegen geboten.

Die in § 1 Abs. 1b Satz 1 und 3 AÜG-E verankerte Differenzierung der Tarifdispositivität nach der Tarifzuständigkeit der Tarifvertragsparteien verstößt außerdem gegen das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG. Es lässt sich kein vernünftiger, aus der Natur der Sache folgender oder sonst einleuchtender Grund für die Ungleichbehandlung finden.

Es wird daher dringend empfohlen, den Wortlaut von § 1 Abs. 1b Satz 1 und Satz 3 AÜG-E wie folgt zu fassen:[21]

„[1]Der Einsatz desselben Leiharbeitnehmers bei demselben Entleiher ist nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate zulässig. […] [3]In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche oder, sofern ein solcher nicht existiert, einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Verleiherbranche kann eine von Satz 1 abweichende starre oder – bei Vorliegen von Sachgründen – auch variable Überlassungshöchstdauer festgelegt werden."

7. Kritikpunkt 5: Die Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit der nicht tarifgebundenen Unternehmen der Einsatzbranche

a. Inhalt und Normzweck der geplanten Regelung in § 1 Abs. 1b Satz 5 AÜG-E

Die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche können gem. § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG grundsätzlich in zeitlich beliebigem Umfang von der 18-monatigen gesetzlichen Überlassungshöchstdauer für Leiharbeitnehmer nach § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG abweichen. In demselben Ausmaß wie die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche können in normativ tarifgebundenen Betrieben auch die Betriebspartner nach § 1 Abs. 1b Satz 5 AÜG-E durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung eine abweichende Überlassungshöchstdauer vereinbaren, wenn der Tarifvertrag eine entsprechende Öffnungsklausel enthält.

Sofern der Tarifvertrag der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche eine solche Öffnungsklausel für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen vorsieht, können nach § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG-E auch nicht tarifgebundene Entleiher hiervon Gebrauch machen. Die Regelungskompetenz der Betriebsparteien ist in diesem Fall jedoch dahingehend begrenzt, dass lediglich eine Überlassungshöchstdauer von bis zu 24 Monaten wirksam vereinbart werden kann. Etwas anderes gilt nur, soweit durch den „öffnenden" Tarifvertrag direkt eine von § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG-E abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen festgelegt ist.

b. Keine Regelungskompetenz der Tarifpartner

Die Vorschrift des § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG-E ist misslungen. Sie verletzt insbesondere die negative Koalitionsfreiheit der nicht tarifgebundenen Unternehmer der jeweiligen Einsatzbranche. Die Vorschrift verlangt ebenso wie § 1 Abs. 1b Satz 5 AÜG-E eine Öffnungsklausel, auf deren Grundlage die Betriebsparteien eine abweichende oder ergänzende Vereinbarung treffen. Offen bleibt aber, auf welche Weise Öffnungsklauseln überhaupt eine Regelungswirkung gegenüber Außenseitern entfalten können. § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG-E zielt gerade auf nicht tarifgebundene

[18] Dazu eingehend Henssler/Höpfner, Tarif- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer auf die Sozialpartner der Einsatzbranchen begrenzten Tariföffnungsklausel zur AÜG-Höchstüberlassungsdauer, Rechtsgutachten 2016.

[19] Dazu Henssler, RdA 2016, 18, 23.

[20] Gegen die Tarifzuständigkeit etwa Gussen, FA 2014, 363; ders. FA 2016, 100; ausführliche Darstellung der Bedenken bei Henssler/Höpfner, Tarif- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer auf die Sozialpartner der Einsatzbranchen begrenzten Tariföffnungsklausel zur AÜG-Höchstüberlassungsdauer, Rechtsgutachten 2016.

[21] So auch schon der Vorschlag von Henssler/Höpfner, Tarif- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer auf die Sozialpartner der Einsatzbranchen begrenzten Tariföffnungsklausel zur AÜG-Höchstüberlassungsdauer, Rechtsgutachten 2016.

Entleiher ab. In deren Betrieben ist die Regelungskompetenz der Betriebsparteien aber a priori nicht nach § 4 Abs. 1 TVG unmittelbar durch den Inhalt des – mangels Tarifgebundenheit des Entleihers normativ nicht geltenden – Tarifvertrags beeinträchtigt. Die Regelungsbefugnis im Einsatzbetrieb richtet sich vielmehr allgemein nach § 77 Abs. 3 und § 87 Abs. 1 BetrVG, die im hier relevanten Zusammenhang mit dem Einsatz von Leiharbeitnehmern durch das Nachzeichnungsrecht nach § 1 Abs. 1b Satz 4 AÜG-E ergänzt bzw. partiell verdrängt werden.

Die Begründung des Regierungsentwurfs bleibt eine Erklärung schuldig, auf welche Weise die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche durch Öffnungsklausel eine betriebliche Regelungskompetenz in Außenseiterunternehmen statuieren können. Denn die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Normsetzungsbefugnis der Koalitionen erstreckt sich grundsätzlich nur auf die Mitglieder der tarifvertragschließenden Parteien.[22] Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des BVerfG, die hierzu betont:

„Indem es die Tarifgebundenheit grundsätzlich auf die Mitglieder der Tarifparteien beschränkt, trägt das Tarifvertragsgesetz in seinem § 3 Abs. 1 dem Grundsatz Rechnung, daß der Staat seine Normsetzungsbefugnis nicht in beliebigem Umfang außerstaatlichen Stellen überlassen und den Bürger nicht schrankenlos der normsetzenden Gewalt autonomer Gremien ausliefern darf, die ihm gegenüber nicht demokratisch bzw. mitgliedschaftlich legitimiert sind.“[23]

Die Regelungsmacht der Koalitionen ist also auf den Kreis ihrer Mitglieder beschränkt.[24] Festzuhalten ist damit, dass es sich bei § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG-E, sollte die Regelung unverändert Eingang in das Gesetz finden, um einen Fremdkörper in der kollektiven Arbeitsrechtsordnung handeln wird, der weder auf eine mitgliedschaftliche Legitimation noch auf eine verfassungsrechtliche Verankerung der tariflichen Normsetzungsmacht in Art. 9 Abs. 3 GG aufbauen kann. Es bestehen damit erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG-E. Diese betrifft nur die Beschränkung auf 18 Monate, nicht dagegen die grundsätzliche Möglichkeit der Abweichung von der Höchstüberlassungsdauer. Auch den tarifungebundenen Unternehmen der Einsatzbranche muss dringend eine rechtssichere Möglichkeit eröffnet werden, von der Höchstüberlassungsdauer abzuweichen.

c. Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit der Unternehmen der Einsatzbranche

Bei aller Unklarheit hinsichtlich des Norminhalts lässt sich das von den Entwurfsverfassern verfolgte Ziel eindeutig feststellen: Ausweislich der Regierungsbegründung ist mit der Norm „ein weiterer Anreiz zur Tarifbindung“ bezweckt.[25] Präziser ausgedrückt bedeutet dies, dass der Gesetzgeber mit § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG-E gezielt Druck auf die Außenseiter-Arbeitgeber aufbauen will, Mitglied im tarifschließenden Verband zu werden. Damit verstößt § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG-E gegen Art. 9 Abs. 3 GG in seiner Ausprägung als negative Koalitionsfreiheit.

aa) Die Reichweite der negativen Koalitionsfreiheit

Die heute ganz überwiegende Auffassung in Rechtsprechung und Literatur verortet die negative Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG.[26] Inhaltlich legt die überwiegende Auffassung in Deutschland ein beschränktes, auf die verbandsrechtliche Mitgliedschaft bezogenes Verständnis der negativen Koalitionsfreiheit zugrunde. Diese umfasst als bloßes Fernbleiberecht das Recht des Einzelnen, aus einer Koalition auszutreten oder ihr fernzubleiben.[27] Die Freiheit des Einzelnen, der Koalition fernzubleiben, wird nach ständiger Rechtsprechung von BVerfG und BAG verletzt, wenn ein tatsächlicher Zwang zur Mitgliedschaft besteht oder wenn ein nicht unerheblicher, sozialinadäquater Druck zum Beitritt bzw. zum Verbleib in der Koalition ausgeübt wird. Ein bloßer Anreiz zum Beitritt, ein Bedürfnis hiernach oder nur indirekter Druck reichen nach der Rechtsprechung grundsätzlich nicht aus, sondern stellen lediglich „faktische Auswirkungen“ dar, die das Grundrecht der Koalitionsfreiheit „nicht unmittelbar rechtlich treffen“.[28]

Vor diesem Hintergrund verstößt § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG-E gegen die negative Koalitionsfreiheit, wenn durch diese Regelung ein nicht unerheblicher, sozialinadäquater Druck auf nicht organisierte Entleiher ausgeübt wird, Mitglied des tarifschließenden Arbeitgeberverbands der Einsatzbranche zu werden. Maßstäbe für die verfassungsrechtliche Bewertung von § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG-E lassen sich dem Beschluss des BVerfG vom 3.7.2000 zur Verfassungsmäßigkeit der Nachwirkung entnehmen.[29] Das Gericht teilte die verfassungsrechtlichen Bedenken[30] an der Vorschrift des § 4 Abs. 5 TVG nicht. Als zentrales Argument für die Vereinbarkeit von § 4 Abs. 5 TVG mit der negativen Koalitionsfreiheit führt das Gericht an, dass dem Tarifvertrag im Nachwirkungsstadium keine zwingende Wirkung zukommt und der Arbeitgeber zur Durchsetzung seiner Interessen somit nicht auf die Mitwirkung der tarifschließenden Gewerkschaft angewiesen ist. Ihm verbleibt also ein Freiraum für eine privatautonome Gestaltung der Arbeitsbedingungen im Betrieb, ohne dass er auf die Mitwirkung der Verbände angewiesen ist.

[22] BVerfG, Beschluss vom 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, E 44, 322 (347 f.).
[23] BVerfG, Beschluss vom 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, E 44, 322 (348).
[24] BAG Urteil vom 15.4.2015 – 4 AZR 796/13, AP TVG § 3 Nr. 57 Rn. 52.
[25] BR-Drs. 294/16, S. 17.
[26] Vgl. dazu ausführlich *Höpfner*, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, 2015, S. 341 ff.
[27] Vgl. nur BVerfG v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, E 44, 322 (352); BAG v. 19.9.2007 – 4 AZR 711/06, NZA 2008, 241 Rn. 31; BAG v. 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424 Rn. 18; BGH v. 8.4.2014 – KZR 53/12, VersR 2014, 1473 Rn. 27 ff.
[28] BVerfG v. 24.5.1977 – 2 BvL 11/74, E 44, 322 (352); BVerfG v. 10.9.1991 – 1 BvR 561/89, AP TVG § 5 Nr. 27; BAG v. 25.6.2002 – 9 AZR 405/00, AP AEntG § 1 Nr. 12; BAG v. 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424 Rn. 18.
[29] BVerfG v. 3.7.2000 – 1 BvR 945/00, AP TVG § 4 Nachwirkung Nr. 36.
[30] Vgl. dazu *Heinze*, NZA 1995, 5 (7); *Leitmeier*, Nachwirkung von Tarifverträgen, S. 122.

bb) Der gezielte Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der nicht tarifgebundenen Entleiher

Überträgt man dies auf den Fall des § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG-E, liegt ein eindeutiger Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der nicht tarifgebundenen Entleiher vor. Sofern ein Tarifvertrag der Entleiherbranche eine Öffnungsklausel für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen enthält, können allein tarifgebundene Entleiher umfassend von der ihnen übertragenen Regelungskompetenz Gebrauch machen. Für Außenseiter gilt demgegenüber die 24-Monats-Grenze bzw. – obwohl die Tarifvertragsparteien keine Tarifmacht gegenüber Außenseitern beanspruchen können – eine tariflich vereinbarte abweichende Höchstdauer. Diese zeitliche Grenze kann der Außenseiter-Entleiher nur überwinden, indem er in den tarifschließenden Arbeitgeberverband der Einsatzbranche eintritt. Im Gegensatz zur vom BVerfG bewerteten Situation des § 4 Abs. 5 TVG verbleibt dem Entleiher nach dem vorliegenden Gesetzentwurf also keinerlei Spielraum für eine betriebsautonome Gestaltung der Einsatzdauer. Die Entwurfsverfasser haben die Benachteiligung der nicht tarifgebundenen Unternehmen durch § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG-E mit einer erstaunlichen Nonchalance sogar beabsichtigt. Erklärtes Ziel ist es, Druck auf die Außenseiter-Arbeitgeber der Einsatzbranche aufzubauen und damit in deren negative Koalitionsfreiheit einzugreifen. Es handelt sich daher nicht um eine bloße Reflexwirkung einer gesetzlichen Regelung, sondern um den verbandspolitisch motivierten Versuch des Gesetzgebers einer finalen Verhaltenssteuerung von Arbeitgebern. Damit liegt ein verfassungswidriger gezielter Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der nicht tarifgebundenen Entleiher vor.

d. Ergebnis

§ 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG-E enthält nach den offengelegten Gesetzesmotiven einen gezielten Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der nicht tarifgebundenen Entleiher und ist aufgrund dieses finalen Eingriffs in Art. 9 Abs. 3 GG evident verfassungswidrig. Die in dieser Vorschrift enthaltene Beschränkung auf 24 Monate muss daher ersatzlos gestrichen werden.

8. Kritikpunkt 6: Die Überreaktion bei der Sanktionierung auch kleinerer Verstöße gegen die neu begründeten Verpflichtungen und gesetzlichen Vorgaben

Auffällig ist, dass der Gesetzesentwurf die Sanktionen selbst bei nur geringsten Verstößen deutlich verschärft. Das gilt sowohl für die Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer als auch für Verstöße gegen das Equal-Pay-Gebot oder gegen die Denominationspflicht. So kann etwa die Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer um nur einen Tag dazu führen, dass

- der Entzug der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis droht,
- ein Bußgeld von bis zu 30.000,- Euro verhängt werden kann
- und ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher fingiert wird.

Bei Verstößen gegen das Equal-Pay-Gebot droht sogar ein Bußgeld von bis zu 500.000,- Euro. Das erscheint im Kontext der unter 4. kritisierten fehlenden Definition von Equal-Pay unverhältnismäßig. Auch gewissenhaft und sorgfältig handelnden Zeitarbeitsunternehmen kann angesichts der praktischen Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Fakten und der Berechnung von Equal-Pay gelegentlich ein Verstoß gegen das Gleichstellungsgebot unterlaufen.

Um das gesetzliche Ziel der Rückbesinnung der Zeitarbeit auf ihre Kernfunktionen zu erreichen und Missbräuche zu bekämpfen, bedarf es derart weitreichender Sanktionen nicht. Zumindest die Bündelung der strengen Sanktionen sollte daher auf vorsätzliche Pflichtverstöße begrenzt werden. Bei leicht fahrlässigen Pflichtverletzungen sollten außerdem Sanktionen nur im Wiederholungsfall greifen.

VII. Zusammenfassung des Änderungsbedarfes und Überblick über die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen

Die dringend gebotenen Änderungen am Gesetzesentwurf lassen sich abschließend im Überblick wie folgt zusammenfassen:

1. Die Definition des Arbeitnehmerbegriffs in § 611a BGB-E und die Regelungen in § 106 GewO und § 1 Abs. 1 AÜG-E sind besser aufeinander abzustimmen, § 611a BGB-E ist außerdem wie folgt neu zu fassen:

„Arbeitnehmer ist, wer aufgrund 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. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers hängt 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.“

2. In die Begründung der Beschlussempfehlung zu § 611a BGB-E ist im Interesse der Rechtssicherheit für die für den Wirtschaftsstandort Deutschland wichtige mittelständische Beratungswirtschaft folgende Klarstellung aufzunehmen:

„Die Neuregelung steht dem sachgerechten Einsatz von Werk- oder Dienstverträgen in den zeitgemäßen Formen des kreativen oder komplexen Projektgeschäfts nicht entgegen, wie sie z.B. in der Unternehmensberatungs- oder IT-Branche in Optimierungs-, Entwicklungs- und IT-Einführungsprojekten anzutreffen sind. Optimale Lösungen können erst erarbeitet werden, wenn die spezialisierten und qualifizierten Arbeitnehmer des Auftragnehmers eng in die Betriebsorganisation des Auftraggebers integriert sind und von diesem detaillierte vertragsbezogene Weisungen in Bezug auf das Arbeitsergebnis (z.B. die gewünschte Organisationsentwicklung) erhalten. Arbeitnehmerüberlassung liegt in diesen Fällen nicht vor.“

3. Zur Vermeidung eines unverhältnismäßigen bürokratischen Aufwands und im Interesse der Rechtssicherheit ist es dringend geboten, den für das Gleichstellungsgebot relevanten Entgeltbegriff gesetzlich zu definieren. § 8 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E ist daher wie folgt zu fassen:

„Erhält der Leiharbeitnehmer den für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers im Einsatzbetrieb geschuldeten tariflichen Bruttostundenlohn sowie die tariflichen Zulagen und Zuschläge oder beim Einsatz bei nicht tarifgebundenen Entleihern das laufende, regelmäßig gezahlte Stundenentgelt zuzüglich der laufenden, regelmäßig gezahlten Zuschläge und Zulagen wird unwiderleglich vermutet, dass der Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts im Sinne von Satz·1 gleichgestellt ist.“

4. In Tarifverträgen, die auf der Grundlage des § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E abgeschlossen werden, sollten auch variable, an die Dauer des jeweiligen Sachgrundes gekoppelte Überlassungsfristen vorgesehen werden können. Das sollte entweder in der Gesetzesbegründung oder – besser – im Rahmen der unter 5. empfohlenen Neugestaltung des § 1 Abs. 1 b AÜG-E unmittelbar im Wortlaut klargestellt werden.

5. Der Wortlaut des in der derzeitigen Form verfassungswidrigen § 1 Abs. 1b Satz 1 und Satz 3 AÜG-E ist wie folgt zu fassen:

„1Der Einsatz desselben Leiharbeitnehmers bei demselben Entleiher ist nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate zulässig. […] 3In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche oder, sofern ein solcher nicht existiert, einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Verleiherbranche kann eine von Satz 1 abweichende starre oder – bei Vorliegen von Sachgründen – auch variable Überlassungshöchstdauer festgelegt werden.“

6. Die in § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG-E für nicht tarifgebundene Unternehmen vorgesehene Beschränkung der betrieblichen Regelungskompetenz auf eine Höchstüberlassungsdauer von maximal 24 Monaten ist verfassungswidrig und ersatzlos zu streichen.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**744**

13. Oktober 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 17. Oktober 2016 zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

b) Antrag der Abgeordneten Klaus Ernst, Jutta Krellmann, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Etablierung von Leiharbeit und Missbrauch von Werkverträgen verhindern
– BT-Drucksache 18/9664

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Corinna Rüffer, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen verhindern - BT-Drucksache 18/7370

Prof. Dr. Christiane Brors

I. Regelung der Höchstüberlassungsdauer in § 1 Abs. 1 S. 4 und Abs. 1 b) – weder wird das eigene Ziel erreicht, noch ist die Regelung europarechtskonform

1. Vorschlag der Bundesregierung

In § 1 Abs. 1 und Abs. 1 b des Entwurfs wird das Merkmal „vorübergehend“ so geregelt, dass eine Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten nicht überschritten werden darf. Bei der Berechnung der 18 Monate wird darauf abgestellt, ob *derselbe Leiharbeitnehmer* vom Verleiher an denselben Entleiher ausgeliehen wird. Werden die 18 Monate durch eine Zeit von drei Monaten unterbrochen, beginnt die Frist neu.

Wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, möchte der Gesetzgeber mit der Begrenzung der Überlassungsdauer „die Funktion der Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur zeitlich begrenzten Deckung eines Arbeitskräftebedarfs“[1] schärfen und „entgegenwirken“, dass Leiharbeit durch dauerhaften Einsatz von Leiharbeitnehmern zur Verdrängung von Stammarbeitnehmern führt[2]. Durch die dreimonatige Unterbrechungszeit sollen „mögliche Umgehungsstrategien“ verhindert werden.[3] Darüber hinaus soll das Gesetz erreichen, dass Leiharbeitnehmer „berufliche Sicherheit“ und einen „fairen Lohn“[4] erhalten. Leiharbeitnehmer sollen nach 9 Monaten equal pay erhalten.[5]

2. Kritik

Die in der Gesetzesbegründung genannten Ziele werden durch die vorgeschlagenen Regelungen nicht erreicht. Vielmehr wird die bisherige Rechtslage in zentralen Bereichen für die Leiharbeitnehmer verschlechtert.

a) Dauerhafter Einsatz ist entgegen der gesetzgeberischen Zielsetzung weiterhin möglich

Die Regelung, in der auf den einzelnen Leiharbeitnehmer und nicht auf den Bedarf beim Entleiher abgestellt wird, ist ungeeignet, um Leiharbeit auf die zeitlich begrenzte Deckung eines vorübergehenden Arbeitskräftebedarfs zurückzuführen oder in den Worten des Gesetzgebers, die „Funktion“ der Leiharbeit dahingehend „zu schärfen“. Der Grund dafür

[1] BT-Ds. 18/9232, S. 1.
[2] BT-Ds. 18/9232, S. 15.
[3] BT-Ds. 18/9232, S. 20.
[4] BT-Ds. 18/9232, S. 14.
[5] BT-Ds. 18/9232, S. 23.

liegt auf der Hand: Der Leiharbeitnehmer kann ausgewechselt werden und so kann durch Leiharbeitnehmer auf dem gleichen Arbeitsplatz dauerhaft Stammpersonal ersetzt werden. Dabei wäre es – auch gesetzgebungstechnisch - einfach gewesen sich auf den vorübergehenden Bedarf nach dem Vorbild von § 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG zu beziehen.

Soll Leiharbeit tatsächlich nur vorübergehenden Bedarf beim Entleiher abdecken, wie es in der Gesetzesbegründung steht, ist es abwegig, dass in der Vorschrift nicht darauf, sondern auf ein dafür offensichtlich untaugliches Merkmal abgestellt wird. Die dreimonatige Unterbrechungszeit kann keine Umgehungsstrategien verhindern. Der Leiharbeitnehmer kann entweder bei leicht austauschbaren Tätigkeiten drei Monate bei einem anderen Entleiher eingesetzt werden oder er wird gekündigt und später wieder eingestellt. Tarifvertraglich soll es möglich werden, die Höchstüberlassungsdauer unbegrenzt auszudehnen. Dafür wird auf einen Tarifvertrag der Entleihbranche abgestellt. Es fehlt damit zusätzlich an einer mitgliedschaftlichen Legitimation einer solchen Tarifregelung. Sie orientiert sich in der Praxis ausschließlich am Interesse der Entleiher und vielleicht noch an dem der Stammbelegschaften.

b) Leiharbeit ist entgegen der gesetzgeberischen Ziele dauerhaft zu geringerem Lohn möglich

Die Regelungen zur Vergütung sind ebenfalls nicht geeignet, Leiharbeitnehmern wie in der Gesetzesbegründung ausgeführt, einen fairen Lohn zu garantieren. Nach dem Entwurf ist es weiterhin möglich, Leiharbeitnehmer auf dem gleichen Arbeitsplatz auf Dauer zu einem geringeren Lohn als vergleichbare Stammarbeitnehmer zu beschäftigen. Man muss sie nur immer wieder auswechseln.

Nach § 8 Abs. 2 und 4 des Entwurfs kann in Tarifverträgen der Lohn im Vergleich zu Stammarbeitnehmern für bis zu 15 Monate unter den Voraussetzungen des Abs. 4 Nr. 1 und 2 abgesenkt werden. Diese Zeit beginnt aber neu zu laufen, wenn der Leiharbeitnehmer drei Monate nicht bei demselben Entleiher beschäftigt wird. In Kombination mit der Regelung zur Höchstüberlassungsdauer, bei der eine dreimonatige Nichteinsatzzeit ebenso zu einem Fristneubeginn führt, kann der gleiche Leiharbeitnehmer beim gleichen Entleiher problemlos auf Dauer deutlich unter „equal pay“ beschäftigt werden.

c) Europarechtliche Bedenken

Die Regelung ist nicht europarechtskonform, da der durch die Richtlinie bezweckte Gesamtschutz der Leiharbeitnehmer nicht gewahrt wird. Zunächst ist auch bei einer Auslegung der Richtlinie unter Berücksichtigung, der dafür geltenden eigenen Methodik[6], festzuhalten, dass ein „vorübergehender Einsatz“ keinen dauerhaften Einsatz meinen kann.[7] Soweit die Europäische Kommission in dem Vorabprüfungsverfahren CHAP 2015/00176 die Ansicht äußert, im Unterschied zu den Europäischen Regelungen zum Befristungsrecht sei europarechtlich keine Höchstüberlassungsdauer zwingend vorgeschrieben, widerspricht dies nicht einem begrenzten Einsatz. Aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung in den verschiedenen Nationalstaaten ist eine Regulierung durch eine einheitliche und zwingende Höchstüberlassungsgrenze nicht ratsam. Sie ist aber auch nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH[8] nicht unzulässig. In seiner Entscheidung vom 17.3.2015 hatte der EuGH zu entscheiden, ob eine tarifvertragliche Begrenzung der Leiharbeit auf vorübergehende Arbeitsspitzen mit Art. 4 der Richtlinie vereinbar ist und nationale Gerichte eine derartige Vorschrift unangewendet lassen müssen. In Art. 4 ist geregelt, dass der Einsatz von Leiharbeit nur aus Gründen des Allgemeininteresses z.B. Schutz der Leiharbeitnehmer, eingeschränkt werden darf. Da der EuGH in Art. 4 der Richtlinie jedoch nur eine an die Mitgliedsstaaten gerichtete Kontroll- und Berichtspflicht sah, ließ das Gericht die materiellen Grenzen der Einschränkung der Leiharbeit offen. Die Frage nach der Europarechtskonformität von einschränkenden Regelungen hängt letztlich davon ab, welchen Schutzzweck die Richtlinie verfolgt. Dazu hat sich der EuGH in dieser Entscheidung nicht geäußert.

Das Ziel der Richtlinie wird in Art. 2 wie folgt beschrieben: „*Ziel dieser Richtlinie ist es, für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, in dem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern gemäß Artikel 5 gesichert wird und die Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anerkannt werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein angemessener Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festgelegt werden muss, um wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen*.“ In Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie wird den Tarifvertragsparteien zwar die Möglichkeit eingeräumt vom Grundsatz der Gleichbehandlung abzuweichen, jedoch muss dabei ein angemessenes Schutzniveau gewahrt bleiben. Wann dieses Schutzniveau nicht mehr gewahrt ist, folgt aus dem Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie. Das Schutzniveau ist danach nicht mehr gewahrt, wenn insbesondere mit aufeinander folgenden Überlassungen der in Art 5 Abs. 1 genannte Gleichbehandlungsgrundsatz und die Bestimmungen der Richtlinie missbräuchlich umgangen werden können. In diesem Fall haben die Nationalstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um Missbrauch zu verhindern. Mit der dreimonatigen Unterbrechungszeit hat der deutsche Gesetzgeber aber keine Regelung geschaffen, um Missbrauch zu verhindern, sondern ermöglicht es Verleihern und

[6] *Fleischer*, RabelZ 2011, 701, 708; *Wendehorst*, RabelZ 2011, 730, 760; *Schlachter*, ZfA 2007, 249, 253; *Colneric*, ZEuP 2005, 225; *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Diss 1998, S. 137.
[7] *Ulber/Stang*, NZA 2016, 910; *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2010, 570; *Schüren/Wank*, RdA 2011, 1, 3; *Bartl/Romanowski*, NZA 2012, 845; *Zimmer*, AuR 2012, 422; Leuchten, NZA 2011, 608, 609; *Hamann*, NZA 2016, 904, RdA 2011, 321, 324 und EuZA 2009, 287, 310; *Düwell*, ZESAR 2011, 449, 450; *Forst*, ZESAR 2011, 316, 317; *Ulber*, AuR 2010, 10, 11, Brors, ArbuR 2013, 108; a.A. nur deskriptiv *Lembke*, BB 2012, 2497, 2500 und DB 2011, 414, 415; keine Verbotsnorm *Thüsing/Stiebert*, DB 2012, 632, 635.
[8] 17.3.2015 C-533/13, EuZW 2015, 385.

Entleihern gerade durch aufeinanderfolgende Überlassungen mit einer kurzen Unterbrechungszeit dauerhaft das in der Richtlinie bezweckte Schutzniveau der Gleichbehandlung zu unterlaufen. Die Neuregelung ist daher nicht europarechtskonform.

3. Zusammenfassung

Die Regelung ist völlig ungeeignet, um das gesetzgeberische Ziel zu erreichen. Vielmehr ermöglicht der Gesetzgeber mit den Neuregelungen einen dauerhaften Einsatz von Leiharbeitnehmern zu einem geringeren Lohn. Es ist zu befürchten, dass Leiharbeitnehmer vor Ablauf der neun Monate oder der 15 Monate abgezogen werden, damit sie auf Dauer prekär beschäftigt werden können. Damit führt das Gesetz zu einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern und wahrt nicht das in der Leiharbeitsrichtlinie garantierte Gesamtschutzniveau der Leiharbeitnehmer.

II. Regelung des Widerspruchsrechts gegen den Eintritt der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher führt zu einer völligen Haftungsfreistellung des Entleihers bei allen Formen der illegalen Überlassung ohne rechtlichen Grund – eine deutliche Verschlechterung

1. Vorschlag der Bundesregierung

Der Leiharbeitnehmer soll bis zum Ablauf eines Monats nach dem zwischen Verleiher und Entleiher vorgesehenen Überlassungsbeginn schriftlich gegenüber Verleiher oder Entleiher nach § 9 Nr. 1 bis 1b des Entwurfs erklären können, dass er einer Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher (bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung, Überlassung aufgrund von Scheinwerk- oder Scheindienstverträgen mit Erlaubnis und nicht vorübergehender Arbeitnehmerüberlassung) widerspricht.

2. Kritik

Diese an § 613a BGB angelehnte Vorschrift ist weder im Koalitionsvertrag angedacht worden. Sie ist auch rechtlich nicht geboten. Vielmehr führt sie zu einer Umgehung des geltenden Rechts und einer deutlichen Verschlechterung der Rechtsstellung des Leiharbeitnehmers.[9] Selbst von Autoren, die an sich ein Widerspruchsrecht befürworten, wird darauf hingewiesen, dass die Regelung in ihrer jetzigen Ausgestaltung misslungen ist, da anders als in § 613a Abs. 5 BGB in § 9 AÜG des Entwurfs keine Informationspflicht gegenüber dem Leiharbeitnehmer geregelt ist.[10] Nach dem Regelungsvorschlag müsste sich der Arbeitnehmer auf unsicherer Tatsachengrundlage entscheiden. Will man ein fundiertes Widerspruchsrecht, müsste man dem Leiharbeitnehmer einen Informationsanspruch wie in § 613a Abs. 5 BGB geben – mit all den damit verbundenen Schwierigkeiten für Ver- und Entleiher[11].

Nach geltendem Recht haftet der Entleiher bei illegaler Überlassung als Arbeitgeber für alle nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge. Diese Haftung entfällt bei ausgeübtem Widerspruch vollständig. Der Entleiher haftet nicht einmal mehr wie bei einer legalen Arbeitnehmerüberlassung als Bürge[12] für die Sozialversicherungsbeiträge. Das Widerspruchsrecht führt hier ohne rechtliche Notwendigkeit zu einer sachlich nicht gerechtfertigten völligen Haftungsfreistellung des illegalen Entleihers und bedeutet daher eine deutliche Verschlechterung gegenüber dem bisherigen Recht. Selbst bei vorsätzlichem Missbrauch z.B. dem bewussten Einsetzen von Scheinselbständigen oder Scheinwerk- oder Scheindienstverträgen mit Subunternehmern wird der bewusst illegal handelnde Entleiher von seiner nach dem bisherigen Recht bei vorhandener Überlassungserlaubnis greifenden Bürgenhaftung für nicht gezahlte Sozialversicherungsbeiträge gem. § 28 e Abs. 2 S. 1 SGB IV befreit, da diese Haftung einen wirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag voraussetzt. In den Fällen, in denen das Widerspruchsrecht greift, ist jedoch der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag unwirksam. Damit stellt der Gesetzgeber den illegal handelnden Entleiher bei Vorliegen eines Widerspruchs gegenüber dem legal Handelnden sogar besser! Diese Regelung ist in ihrer derzeitigen Ausgestaltung nicht durchdacht und schützt ausschließlich die Nutzer von Scheinwerkverträgen.

Das Widerspruchsrecht ist verfassungsrechtlich nicht geboten.[13] Es dient nicht dazu, dem Leiharbeitnehmer sein Grundrecht auf freie Arbeitsplatzwahl gem. Art. 12 GG zu garantieren, da bei dem Verleiher in den vorausgesetzten Situationen aufgrund des illegalen Verleihs überhaupt kein legaler Arbeitsplatz mehr für den Leiharbeitnehmer existiert. Das Widerspruchsrecht führt dazu, dass der Leiharbeitnehmer beim Verleiher in eine rechtlich illegale und mit einem Bußgeld geahndete Tätigkeit zurückkehrt. Deshalb kann man auch nicht von einem mit § 613a BGB vergleichbaren Arbeitsplatzwechsel ausgehen, bei dem einem Arbeitnehmer kein Arbeitgeber aufgezwungen werden kann.[14] Voraussetzung der Arbeitsplatzwahl ist nach der Rechtsprechung des BVerfG,

---

[9] Schüren/Fasholz, NZA 2015, 1473, 1475; Hamann, AuR 2016, 136, 140.
[10] Lembke, NZA Editorial 7/2016, II.
[11] Vgl. für die Schwierigkeiten bei § 613a BGB z.B. BAG 26.3.2015 -2 AZR 783/13, NZA 2015, 866.
[12] § 28 e Abs. 2: „Für die Erfüllung der Zahlungspflicht des Arbeitgebers haftet bei einem wirksamen Vertrag der Entleiher wie ein selbstschuldnerischer Bürge, soweit ihm Arbeitnehmer gegen Vergütung zur Arbeitsleistung überlassen worden sind. Er kann die Zahlung verweigern, solange die Einzugsstelle den Arbeitgeber nicht gemahnt hat und die Mahnfrist nicht abgelaufen ist. Zahlt der Verleiher das vereinbarte Arbeitsentgelt oder Teile des Arbeitsentgelts an den Leiharbeitnehmer, obwohl der Vertrag nach § 9 Nummer 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes unwirksam ist, so hat er auch den hierauf entfallenden Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle zu zahlen. Hinsichtlich der Zahlungspflicht nach Satz 3 gilt der Verleiher neben dem Entleiher als Arbeitgeber; beide haften insoweit als Gesamtschuldner."
[13] A.A. Reineke, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – Reformbedarf nach den Hartz-Reformen?, in: Festschrift für Löwisch (2007), S. 211, 226; Picker, ZfA 2002, S. 469, 518; Ulber-*J. Ulber*, AÜG, 4. Aufl. 2011, Einleitung D, Rn. 62; Boemke/Lembke- *Lembke*, AÜG (3. Aufl. 2013), § 10 Rn. 37; in einem obita dicta LAG Hessen 6.3.2001 – 2/9 Sa 1246/00, NZA-RR 2002, 73, 76.
[14] BVerfG 15.5.2012 -1 BvR 2821/09, juris und 25.1.2011 – 1 BvR 1741/09, NZA 2011, 400.

dass es überhaupt mehrere Arbeitsplätze gibt, zwischen denen gewählt werden kann.[15]

Im geltenden Recht ist der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer bei erlaubnisloser Überlassung unwirksam, so dass es keinen Arbeitsplatz für den Leiharbeitnehmer beim Verleiher mehr gibt. Gibt es rechtlich keine zulässige Beschäftigungsmöglichkeit, kann diese auch nicht geschützt sein.[16] Im Entwurf wird zwar neu geregelt, dass der Vertrag zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher bei einem Widerspruch wirksam ist. Auf der anderen Seite bleibt die Durchführung des Arbeitsverhältnisses bei einem Widerspruch ordnungswidrig und die Behörde hat nach (dem unveränderten) § 6 AÜG dem Verleiher den Verleih sofort zu untersagen und dies nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz durchzusetzen. Der Entwurf sieht in § 3 Abs. 1 Nr. 1 vor, dass die Erlaubnis zu versagen ist, wenn der Verleiher die Vorschriften über die Höchstüberlassungsdauer nicht einhält. Die gewerberechtliche Erlaubnis wird nicht für den einzelnen Einsatz erteilt, sondern für die Dienstleistung Arbeitnehmer zu überlassen. Bei der Prognose der Behörde, ob sich der Verleiher rechtskonform verhalten wird, ist damit zu berücksichtigen, dass der Verleiher gegen geltendes Recht verstoßen hat. Wie das BAG ausführt, liegt es im Gemeinwohlinteresse Dauerüberlassungen zu verhindern.[17] Die Erlaubnis kann nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 bei Vorliegen eines Versagensgrundes für die Zukunft widerrufen werden. Daher gibt es auch in diesem Fall der Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer keinen legalen Arbeitsplatz für den Leiharbeitnehmer beim Verleiher.

Die Ordnungswidrigkeit und die gewerberechtlichen Vorschriften haben – anders als dies in der Rechtsprechung z.T. ausgeführt worden ist[18] - nicht nur den Zweck den Entleiher davon abzuhalten, illegal Leiharbeitnehmer auszuleihen, sondern sollen ausdrücklich die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers unter unsicheren Arbeitsbedingungen verhindern. Die Fiktion selbst richtet sich zwar nur gegen den Entleiher, ist aber nur im Zusammenhang mit den gewerberechtlichen Vorschriften und den Ordnungswidrigkeitstatbeständen zu verstehen. Die Erlaubnis wird gerade nicht erteilt oder entzogen, wenn der Verleiher unzuverlässig ist und davon ausgegangen werden kann, dass er in Zukunft seine Pflichten nicht erfüllen wird.[19] Es geht um den Schutz des Leiharbeitnehmers, der keinen unsicheren Arbeitsbedingungen ausgesetzt werden soll. Bei der gewerberechtlichen Frage prüft die Behörde aus öffentlichrechtlicher Sicht zum Zeitpunkt der Beantragung der Erlaubnis, ob der Verleiher in Zukunft die Schutzvorschriften einhalten wird.[20] Aufgrund der tatsächlichen Missbrauchsmöglichkeiten hatte der Gesetzgeber infolge der Aufhebung des Verbots der Arbeitnehmerüberlassung[21] diese Überprüfung überhaupt erst in das AÜG eingeführt: „*Die Erteilung der Erlaubnis wird davon abhängig gemacht, daß der Verleiher die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt und den sozialen Schutz der Leiharbeitnehmer gewährleistet. Diese Einschränkungen der Berufsausübung sind geboten, um bei der Arbeitnehmerüberlassung Verhältnisse herzustellen, die den Anforderungen des sozialen Rechtsstaates entsprechen und eine Ausbeutung der betroffenen Arbeitnehmer ausschließen.*“[22]

Unzuverlässige Verleiher sollen danach von der Arbeitnehmerüberlassung ausgeschlossen werden.[23] Dass dies kein verfassungswidriger Schutz des Leiharbeitnehmers „gegen sich selbst“ ist hat das BVerfG bei dem viel stärker eingreifenden Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Baubereich vor dem Hintergrund der zu schützenden Allgemeinwohlinteressen bereits ausgeführt.[24] Deshalb ist der Leiharbeitsvertrag bei fehlender Erlaubnis nach geltendem Recht unwirksam. Die Möglichkeit der ordnungswidrigen Beschäftigung soll nach Ansicht der Verfasser des Diskussionsentwurfs aufgrund der Freiheit der Wahl des Arbeitsplatzes verfassungsrechtlich geschützt sein, obwohl es den Arbeitsplatz typischerweise nicht mehr gibt. Das stellt die verfassungsrechtliche Argumentation auf den Kopf.

In den praktisch extrem seltenen, aber möglichen Missbrauchsfällen kann die gesetzliche angeordnete Fiktion ohne Probleme teleologisch in ihrer Anwendung begrenzt werden. Missbrauchsfälle – also die Anwendung der Fiktion zum Nachteil des Leiharbeitnehmers – könnten in drei Fallgestaltungen gegeben sein: Die Verschlechterung des Lohns, die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen insbesondere des Kündigungsschutzes[25] und das „Abschieben“ des Vertragsverhältnisses des Leiharbeitnehmers zu einem Dritten z.B. vor einem bevorstehenden Betriebsübergang. Nur in der dritten Situation kann sich die Fiktion nach dem geltenden Recht überhaupt nachteilig auswirken. Für den ersten Fall (Verschlechterung des Lohns) legt das Gesetz selbst für das fingierte Arbeitsverhältnis fest, dass das vom Verleiher gezahlte Arbeitseinkommen im fingierten Arbeitsverhältnis nicht unterschritten werden darf (§ 10 Abs. 1 Satz 5 AÜG). Für die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen insbesondere des Kündigungsschutzes gilt das schon oben Ausgeführte: Es gibt in diesen Fällen überhaupt keinen legalen Arbeitsplatz für den Leiharbeitnehmer beim Verleiher. Allein die Kündigung dort ist sicher! Für die dritte

[15] BVerfG 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90, NJW 1991, 1667.
[16] BVerfG 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90, NJW 1991, 1667.
[17] BAG 10.7.2013 – 7 ABR 91/11, NZA 2013, 1296.
[18] LAG Hessen 6.3.2001 – 2/9 Sa 1246/00, NZA-RR 2002, 73, 76.
[19] Boemke/Lembke-*Lembke*, AÜG, § 3 Rn. 26 ff.; Ulber-*J.Ulber*, AÜG, § 3 Rn. 59; Schüren-*Schüren*, AÜG, § 3 Rn. 58.
[20] Schüren-*Schüren*, AÜG, § 3 Rn. 62 ff.
[21] BVerfG 4.4.1967 – 1 BvR 84/65, NJW 1967, 974.
[22] BT Ds. VI/2303, S. 9 f.
[23] BT Ds. VI/2303, S. 10.
[24] BVerfG,6.10.1987 -1 BvR 1086/82, NJW 1988, 1195.
[25] Boemke/Lembke- *Lembke*, AÜG, § 10 Rn. 38; Ulber-*J.Ulber*, AÜG, § 10 Rn. 5.

Situation (Abschieben des Leiharbeitnehmers zu einem Dritten z.B. vor einem bevorstehenden Betriebsübergang) ist ebenfalls keine gesetzliche Regelung eines Widerspruchsrechts erforderlich. Vielmehr kann die Fiktion für diese wenigen Ausnahmesituationen teleologisch reduziert werden. Diesen Fällen ist gemeinsam, dass der Arbeitnehmer neben der illegalen Leiharbeit noch einen Stammarbeitsplatz beim Verleiher hat (Mischbetrieb). Für die geltende Rechtslage ist diese Lösungsmöglichkeit bereits vorgeschlagen worden.[26]

2. Zusammenfassung

Das Widerspruchsrecht führt unter dem Deckmantel des Arbeitnehmerschutzes und der Vertragsfreiheit zu einer deutlichen Verschlechterung der Rechtslage des Leiharbeitnehmers, der im Zweifel ohnehin nicht frei über den Widerspruch entscheiden kann. Der Entleiher, der einen Widerspruch wünscht, wird nur solche Arbeitnehmer einsetzen, die ihn vorlegen. Die mit dem Widerspruchsrecht eingeführte Haftungsfreistellung des Entleihers lädt gerade zum Missbrauch ein.

III. Fehlende Beweislastumkehr bei der Abgrenzung von Leiharbeit zu Werk- und Dienstverträgen führt dazu, dass Scheinwerk- und Dienstverträge weiterhin genutzt werden können

1. Vorschlag der Bundesregierung

Mit der Neuregelung in § 611a BGB soll nach Ansicht des Gesetzgebers der missbräuchliche Einsatz von Fremdpersonal verhindert werden.[27] In Wirklichkeit ändert die Neuregelung nichts, sondern versucht nur die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitsverhältnis zusammen zu fassen.

2. Kritik

Es bleibt bei der bisherigen Rechtslage, bei der es dem einzelnen illegal überlassenen Leiharbeitnehmer aufgrund der Darlegungs- und Beweislast nur in wenigen eindeutigen Fällen möglich ist, erfolgreich ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher einzuklagen. Das in Rechtsprechung[28] und Literatur[29], bekannte Problem der Beweisnot in dieser Situation löst der Gesetzgeber nicht. Bei der derzeitigen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Prozess um die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer regelmäßig überfordert. Er kann zwar zur Eingliederung etwas vortragen (dieses „etwas“ ist allerdings der neuralgische Punkt), aber alle weiteren Abgrenzungskriterien liegen außerhalb seines eigenen Wahrnehmungsbereichs. Das sind insbesondere die Tatsachen zur Frage auf wen die Weisungen, die beim Arbeitnehmer ankommen, letztlich zurückgehen und ob bei der Vertragsabwicklung Gewährleistungsansprüche geltend gemacht worden sind.[30]

Die Darlegungs- und Beweislast darf aber nur so verteilt werden, dass nach den Grundsätzen des fairen Verfahrens gem. Art. 20 III GG jede Partei nur zu den Tatsachen vortragen muss (und kann), die innerhalb des eignen Wahrnehmungs- bzw. Steuerungsbereichs liegen.

Das Problem besteht aber gerade darin, dass der Arbeitnehmer die als signifikante Indizien bewerteten Umstände nicht kennt. So stellt das BAG in ständiger Rechtsprechung darauf ab[31], dass der Arbeitnehmer sowohl Weisungen i.S.v. § 645 Abs. 1 BGB als auch arbeitsvertragliche Weisungen bei seinem Einsatz erhalten kann und es damit letztlich auf Umstände wie die Personaleinsatzplanung der Fremdfirma oder die Haftungsregelung zwischen den Unternehmen ankommt. Das sind aber Tatsachen von denen der Arbeitnehmer keine Kenntnis hat. Ebenso kann der Arbeitnehmer nicht wissen, ob es sich letztlich um eine arbeitsrechtliche Weisung seines Subunternehmers oder eine arbeitsrechtliche Weisung des Entleihers handelt, die wie in einer Kaskade an ihn weiter gegeben wird.

Darüber hinaus entsprechen die in der Norm genannten Kriterien nicht genau der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

3. Zusammenfassung

Die vorgeschlagenen Regelungen zur Abgrenzung von Werk- und Dienstverträgen zur Arbeitnehmerüberlassung führen entgegen der Aussage des Gesetzgebers zu keiner Verbesserung. Der Leiharbeitnehmer hat individualrechtlich kaum Möglichkeiten, sich im Prozess erfolgreich auf die Fiktion zu berufen. Deshalb wird der Missbrauch von Scheinwerk- und Scheindienstverträgen auch in Zukunft nicht verhindert.

---

[26] Schüren-*Schüren*, AÜG, § 10 Rn. 41; a.A. zur teleologischen Reduktion Boemke/Lembke-*Lembke*, AÜG, § 10 Rn. 42 unter unzutreffender Berufung auf 6.3.2001 – 2/9 Sa 1246/00, NZA-RR 2002, 73, 76; dazu ausführlich Brors, NZA 2016, 672.

[27] BT-Ds. 18/9232, S. 31.

[28] LAG Baden Württemberg 1.8.2013 – 2 Sa 6/13, NZA 2013, 1017, 1020: „ Da viele auf eine Arbeitnehmerüberlassung hindeutende Tatsachen (vertragliche Vereinbarungen zwischen Drittem und vermeintlichem Werkunternehmer, Weisungsstruktur: auf wen gehen Weisungen letztlich zurück?, faktische Geltendmachung von Gewährleistungsrechten) außerhalb des Wahrnehmungsbereichs des Arbeitnehmers liegen, droht ihm eine eklatante Darlegungs- und Beweisnot. Deshalb ist dem Arbeitnehmer nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungs- und Beweislast die Möglichkeit einzuräumen, sich zunächst auf die Darlegung und den Beweis solcher Umstände zu beschränken, die seiner Wahrnehmung zugänglich sind und die für eine Zuordnung zum Arbeitnehmerüberlassungsrecht sprechen. Sache des beklagten Arbeitgebers ist es dann, die für das Gegenteil sprechenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen, wonach die Abgrenzungskriterien Weisungsstruktur und Risikotragung auch in der gelebten Vertragsdurchführung werkvertragstypisch ausgestaltet sind.“; ArbG Berlin 5.9.2013 – 33 Ca 5547/13.

[29] Greiner, NZA 2013, 697; Francken, NZA 2014, 1064: „Im Übrigen befindet er sich aber in Darlegungs- und Beweisnot, da andere auf eine Arbeitnehmerüberlassung hindeutende Tatsachen außerhalb seines Wahrnehmungsbereichs liegen.“

[30] Vgl., das Beispiel von Schüren, BB 1014, 2613, 2615ff. Dort wird eine ganze Mannschaft samt Vorarbeitern illegal überlassen. Die Arbeitnehmer erhalten dann ihre Weisungen von den mitverliehenen Führungskräften und haben keine Möglichkeit zu erkennen, ob diese Weisungen auf die Fremdfirma oder den (Schein-) Werkbesteller zurückgehen.

[31] 18.1.2012 – 7 AZR 723/10, NZA-RR 2012, 455.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**745**

13. Oktober 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 17. Oktober 2016 zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

b) Antrag der Abgeordneten Klaus Ernst, Jutta Krellmann, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Etablierung von Leiharbeit und Missbrauch von Werkverträgen verhindern
– BT-Drucksache 18/9664

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Corinna Rüffer, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen verhindern - BT-Drucksache 18/7370

Bundesarbeitgeberverband Chemie e.V. (BAVC)

Zeitarbeit ist ein wichtiger Bestandteil in der arbeitsteiligen Organisation der deutschen Wirtschaft. Sie stellt auch den Unternehmen der chemischen Industrie die notwendigen Flexibilitätsreserven zur Verfügung. Der Einsatz von Leiharbeitnehmern ermöglicht den Unternehmen das Abfedern von Produktionsspitzen sowie unsicheren Auftragserwartungen.

Die Chemie-Arbeitgeber lehnen jeglichen Missbrauch von Arbeitnehmerüberlassung unter schlechten Arbeitsbedingungen entschieden ab. Doch dürfen die anstehenden Gesetzesänderungen das erfolgreiche und langbewährte Flexibilisierungsinstrument Zeitarbeit nicht gefährden.

Werkverträge sind für die deutsche Wirtschaft ein seit Jahrzehnten bewährtes Instrument. Sie sind für Handwerk und Dienstleister eine übliche Vertragsform. Die heutige Industrieproduktion ist arbeitsteilig aufgestellt; so werden Produktionsprozesse aufgeteilt und einzelne Schritte optimiert. Dies ermöglicht eine schnellere und flexiblere Reaktion auf den Strukturwandel sowie die Nutzung von Spezialisierungsvorteilen, insbesondere wenn Spezialisten im Unternehmen fehlen. So kann sich das Unternehmen voll auf das eigene Kerngeschäft konzentrieren.

Echte Werkverträge dürfen durch vereinzelten Missbrauch nicht in Misskredit gebracht werden. Die pauschale Verurteilung von Werkverträgen wird der wirtschaftlichen Realität nicht gerecht. Missbrauch der Vertragsform Werksvertrag ist durch konsequente Umsetzung des geltenden Rechts zu verhindern. Neue Regelungen sind nicht erforderlich.

Dies vorausgeschickt nehmen wir zu den geplanten Änderungen bei der Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträgen wie folgt Stellung:

1. Arbeitnehmerüberlassung

a) Höchstüberlassungsdauer

Der Koalitionsvertrag stellt klar, dass Tarifautonomie ein hohes Gut ist. Die Stärkung der Tarifvertragsparteien durch eine erhöhte Tarifbindung umzusetzen, ist eines der sozialpolitisch definierten Ziele der Bundesregierung.

Der BAVC als tarif- und sozialpolitischer Spitzenverband der chemischen und pharmazeutischen Industrie sowie großer Teile der Kautschukindustrie und Kunststoff verarbeitenden Industrie tritt klar und eindeutig für Tarifbindung ein. Tarifbindung entsteht in unserer Branche durch Mitgliedschaft der Unternehmen in der Fläche; nur so ist die verbindliche Anwendung des komplexen Systems unserer Tarifverträge sichergestellt.

Vor diesem Hintergrund haben wir den ersten Arbeitsentwurf zur Neuregelung der Arbeitnehmerüberlassung begrüßt, der exklusiv tarifgebundenen Unternehmen die Möglichkeit eröffnete, eine über 18

Monate hinausgehende Höchstüberlassungsdauer zu vereinbaren. In der nun vorgenommenen Öffnung für nicht tarifgebundene Entleiher sehen wir allerdings keine nachhaltige Stärkung der Tariflandschaft und keinen echten Anreiz zur Tarifbindung. Im Gegenteil: Jeder nicht tarifgebundene Betrieb kann nach jetzigem Entwurfsstand auch ohne Anwendung relevanter Bestandteile der Tarifverträge einer Branche deren zur Arbeitnehmerüberlassung vereinbarte Öffnungen nutzen. Voraussetzung ist das schlichte Unterfallen unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrags, der für seine tarifgebundenen Unternehmen eine erweiterte Höchstüberlassungsdauer festlegt. Die notwendigerweise zu schließende Betriebsvereinbarung wird in der Praxis auch kein tatsächliches Hindernis darstellen. Einzig die Beschränkung auf 24 Monate in einer Fallkonstellation (der Tarifvertrag überlässt den Betriebsparteien die Festlegung einer Höchstüberlassungsdauer) stellt nicht tarifgebundene Unternehmen schlechter als tarifgebundene.

Mit dieser vorgesehenen weitgehenden Gleichstellung von OT-Unternehmen mit Tarifgebundenen wird die gewünschte Stärkung der Tarifbindung nicht in größerem Maße gelingen. Der klaren Vereinbarung im Koalitionsvertrag entspricht der vorliegende Entwurf in diesem Punkt im Übrigen auch nicht.

b) Arbeitnehmerbezug

Als absolut sinnvoll ist es zu bewerten, hinsichtlich der Höchstüberlassungsdauer auf die Person des Zeitarbeitnehmers (und damit auf eine arbeitnehmerbezogene Betrachtung) abzustellen. Dieses Merkmal ist klar und eindeutig und bietet Rechtssicherheit.

Das in Diskussionen geforderte Abstellen auf den Arbeitsplatz ist in der Praxis nicht umsetzbar. Bereits die Zuordnung und die Abgrenzung einzelner Arbeitsplätze sind vielfach nicht möglich, beispielsweise bei der Gruppenarbeit, Springer-Pools oder in Vertretungsfällen, z.B. während der Elternzeit.

Arbeitsplätze ändern sich ständig und am Ende stünde die Frage, ab welchem Änderungsgrad ein Arbeitsplatz noch identisch bliebe. Das Abstellen auf den Arbeitnehmer verbessert die Rechtssicherheit und verringert Unternehmerrisiken. Im Übrigen entspricht die arbeitnehmerbezogene Sichtweise der ständigen Rechtsprechung und hat sich bewährt.

c) Übergangsregel

Wir begrüßen die Klarstellung im Entwurf, dass Überlassungszeiten vor dem 1. Januar 2017 weder bei der Berechnung der Höchstüberlassungsdauer noch bei der Berechnung der Überlassungszeiten im Zusammenhang mit Equal Pay berücksichtigt werden. Auch dies schafft wiederum Rechtssicherheit und fördert so das Vertrauen in gesetzliche Regelungen.

d) Equal Pay

Vom gesetzlichen Equal Pay-Anspruch kann für den gesamten Zeitraum einer zulässigen Arbeitnehmerüberlassung abgewichen werden. Nach spätestens 15 Monaten Überlassungsdauer muss mindestens ein Arbeitsentgelt erreicht werden, das als gleichwertig mit dem Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche durch die Tarifvertragsparteien festgelegt ist. Die Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche bestimmen, was vergleichbare Tarifentgelte sind. Dies ist aufgrund der Sachnähe dieser Parteien positiv zu bewerten.

e) Zeitarbeitnehmer als Streikbrecher

Die vorgelegten Regelungen untersagen den Einsatz von Zeitarbeitnehmern in Betrieben, die unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen sind. Nur wenn klar ist, dass die Zeitarbeitnehmer keine Aufgaben wahrnehmen, die zuvor von Streikenden verrichtet wurden, besteht eine Ausnahme. Verfolgt wird das Ziel, Überlassungen wegen eines Streiks zu unterbinden. Folglich müssten vor Beginn eines Streiks bereits überlassene Arbeitnehmer weiter beschäftigt werden können. Das ist im derzeitigen Entwurf nicht vorgesehen und bedarf der Änderung.

Der Entwurf sieht auch das Verbot der Überlassung für mittelbar betroffene Tätigkeiten vor. Welche Tätigkeiten mittelbar betroffen sind, wird sich in der Praxis nur sehr schwer definieren lassen. Es besteht das Risiko, dass de facto gar keine Arbeitnehmerüberlassung im Streikfall möglich wird, was der Intention des Entwurfs widerspricht. In diesen Punkten sollten Änderungen des vorliegenden Entwurfs vorgenommen werden.

f) Berücksichtigung von Zeitarbeitnehmern bei Schwellenwerten

Trotz bereits vielfach geäußerter Kritik ist der Entwurf hinsichtlich der Berücksichtigung von Zeitarbeitnehmern bei betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten unverändert geblieben. Zeitarbeitnehmer sind nach aktuellem Stand mit Ausnahme des § 112 a BetrVG bei den betriebsverfassungsrechtlichen und den für die Unternehmensmitbestimmung geltenden Schwellenwerten auch im Einsatzbetrieb mitzuzählen. Folglich würden sie auch bei den Schwellenwerten zur Bildung eines Wirtschaftsausschusses (Unternehmensmitbestimmung) mitzählen, obwohl dies gerade durch den Koalitionsvertrag nicht vorgegeben ist. Eine weitere Folge kann nach Überschreiten von Schwellenwerten die Vergrößerung von Aufsichtsräten sein oder deren erstmalige Bildung.

Der Einsatz von Zeitarbeitnehmern ist schwankend und vorübergehend. Die grundsätzliche Frage, ob und wie ein Unternehmen mitbestimmt ist, kann nicht davon abhängen, wie viele Arbeitnehmer derzeit vorübergehend überlassen sind. Solche auf Dauer angelegten Gremien können nur eine dauerhafte Struktur des Unternehmens widerspiegeln.

2. Werkverträge

Erfreulich und ausdrücklich zu begrüßen ist die grundlegende Änderung des ursprünglichen Entwurfs zur Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit. Der Entfall des Kriterienkatalogs sowie der Beweislastumkehr führen zu einer übereinstimmenden Definition des Arbeitnehmerbegriffs, der sich nun an das geltende Recht und die gängige Rechtsprechung des BAG anlehnt.

Schutzlos sind im Rahmen von Werk- und Dienstverträgen eingesetzte Arbeitnehmer im Übrigen auch

nicht, denn für sie gilt das gesamte Arbeits- und Sozialrecht.

Der Entwurf sieht zudem eine Änderung in §§ 80 Abs. 2, 92 Abs. 1 S. 1 BetrVG vor, mit der der Inhalt der heute bereits bestehenden Informations- und Unterrichtungsrechte des Betriebsrates über den Einsatz von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber stehen, gesetzlich klargestellt wird.

Allerdings bedeutet die Unterrichtung über den Umfang des Einsatzes (Einsatztage und Einsatzzeiten), den Einsatzort und die Arbeitsaufgaben einen überbordenden bürokratischen Aufwand insbesondere für kurzzeitige Einsätze. Wünschenswert wäre eine Erleichterung der Unternehmen dahin, dass bei Kurzzeiteinsätzen von Personen von bis zu einem Monat diese erweiterten Informations- und Unterrichtungsrechte nicht bestehen.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**750**

13. Oktober 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 17. Oktober 2016 zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

b) Antrag der Abgeordneten Klaus Ernst, Jutta Krellmann, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Etablierung von Leiharbeit und Missbrauch von Werkverträgen verhindern – BT-Drucksache 18/9664

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Corinna Rüffer, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen verhindern - BT-Drucksache 18/7370

Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI) der Hans-Böckler-Stiftung

I. Verbreitung und Wirkungen von Leiharbeit und Werkverträgen

1. Leiharbeit

Leiharbeit hat in Deutschland deutlich zugenommen. Im Dezember 2015 gab es in Deutschland 951.000 Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmer, 1985 waren es lediglich 42.000.[1] Rund 3 % aller Beschäftigten in Deutschland sind mittlerweile in Leiharbeit tätig.[2]

Leiharbeit zählt laut Definition des Statistischen Bundesamtes zum Bereich der atypischen Beschäftigung. Leiharbeit ist zudem grundsätzlich auch prekäre Beschäftigung, denn sie ist gekennzeichnet durch ein erhöhtes Armutsrisiko, während des Erwerbslebens aber auch im Rentenalter. Leiharbeitnehmer unterliegen in vielerlei Hinsicht einem erhöhten Prekaritätsrisiko bzw. schlechteren Arbeitsbedingungen.[3]

Leiharbeitnehmer arbeiten zu deutlich geringeren Löhnen; ihre Gehälter sind bis zu 42 % niedriger als die der Stammbeschäftigten. So lag der Median des Bruttomonatseinkommens eines nicht in Leiharbeit tätigen Vollzeitbeschäftigten 2014 bei 3.024 €, während das Einkommen eines vollzeitbeschäftigten Leiharbeitnehmers nur 1.758 € betrug.[4] Die Lohndifferenzen sind nicht allein auf den höheren Anteil geringer Anforderungsniveaus bei Leiharbeit – also den hohen Anteil an Helfertätigkeiten –zurückzuführen, sondern sind vielmehr an die Beschäftigungsform Leiharbeit gebunden. Lediglich rund 50 % der Verdienstunterschiede lassen sich mit der Art der Tätigkeit, der Qualifikation etc. erklären.[5] Deutlich wird dies auch bei einem Vergleich der Gehälter von Helfertätigkeiten ausübenden, nicht in Leiharbeit tätigen Beschäftigten mit den Gehältern der Helfertätigkeiten ausübenden Leiharbeitnehmer. Hier zeigt sich, dass Leiharbeitnehmer, die Helfertätigkeiten ausüben, mit 1.487 € durchschnittlich 29 % weniger

[1] Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Zahlen – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg, Juli 2016, S. 4, 7.
[2] Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Zahlen – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg, Juli 2016, S. 4.
[3] Siehe zu Leiharbeit und Werkverträgen im Kontext der geplanten Reformen: Absenger et al., Leiharbeit und Werkverträge – Das aktuelle Reformvorhaben der Bundesregierung, WSI-Report Nr. 32, 10/2016.
[4] Siehe zu den Daten Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Zahlen – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg, Juli 2016, S. 20.
[5] Jahn, E., Entlohnung in der Zeitarbeit. Auch auf die Mischung kommt es an, IAB-Forum 1/2011, S. 40ff.

verdienen als Helfer im Durchschnitt über alle Branchen.[6] 65 % der Leiharbeitnehmer arbeiten zu Niedriglöhnen (= weniger als 2/3 des Medianlohns aller sozialversicherungspflichtig Vollzeitbeschäftigten), während bezogen auf alle Beschäftigten der Anteil bei 20 % liegt.[7] Leiharbeitnehmer müssen auch deutlich häufiger ihre Löhne durch ALG II aufstocken als alle übrigen Beschäftigten.[8]

Unabhängig von equal pay arbeiten Leiharbeitnehmer grundsätzlich zu schlechteren Arbeitsbedingungen als andere Beschäftigte. Daten der BIBB/BAuA-Erwerbstätigenbefragung 2012 zeigen, dass Leiharbeitnehmer häufiger harter körperlicher Arbeit und ungünstigen Umgebungsbedingungen ausgesetzt sind. 72 % der Leiharbeitnehmer müssen häufig im Stehen arbeiten, Beschäftigte außerhalb der Leiharbeit hingegen nur zu 55 %. Zudem müssen Leiharbeitnehmer häufig bei ungünstigem Klima (Kälte, Hitze, Nässe, Feuchtigkeit, Zugluft) arbeiten; dies berichten 31 % der befragten Leiharbeitnehmer, aber nur jeder fünfte Beschäftigte außerhalb der Leiharbeit (21 %). Auch monotone Arbeiten sind typisch für Leiharbeit; dies geben 68 % der Leiharbeitnehmer an, hingegen nur 51 % der außerhalb der Zeitarbeit Beschäftigten.[9] Darüber hinaus fehlen Entwicklungsmöglichkeiten und Weiterbildung für Leiharbeitnehmer.[10]

Leiharbeitnehmer sind zudem deutlich häufiger krank bzw. erleiden häufiger Arbeitsunfälle als andere Beschäftigte.[11] Auch Antidiabetika und Antidepressiva werden Leiharbeitern deutlich häufiger verordnet als regulär Beschäftigten.[12] Der betriebliche Arbeits- und Gesundheitsschutz läuft bei Leiharbeitnehmern häufig leer; die gesetzlichen Vorschriften der Doppelzuständigkeit von Entleiher und Verleiher für den Arbeitsschutz von Leiharbeitnehmern werden häufig nicht eingehalten.[13]

Befragt danach, wie viele Leiharbeitnehmer unter den heutigen Arbeitsbedingungen davon ausgehen, bis zum Rentenalter erwerbsfähig zu sein, bejahten dies nur 24 % der befragten Leiharbeitnehmer, während bezogen auf alle Beschäftigten der Anteil bei 42 % lag.[14] Die Arbeits- und Lebenszufriedenheit von Leiharbeitnehmern ist deutlich niedriger als bei anderen Beschäftigten.[15] Aufgrund der mit Leiharbeit verbundenen erheblichen Beschäftigungsunsicherheit fühlen sich Leiharbeiter gleich nach den Arbeitslosen mit Abstand am schlechtesten in die Gesellschaft integriert; soziale Teilhabe setzt stabile Beschäftigungsverhältnisse voraus.[16]

Mehr als die Hälfte der Leiharbeitsverhältnisse endet nach weniger als drei Monaten, nur 46 % der im zweiten Halbjahr 2015 beendeten Leiharbeitsverhältnisse dauerte länger.[17] Daten des IAB zeigen, dass 25 % der zwischen 2000 und 2012 begonnenen Leiharbeitsverhältnisse länger als 9 Monate bestehen, 15 % länger als 15 Monate, 12 % länger 18 Monate.[18]

Leiharbeitnehmer haben ein fünf Mal höheres Risiko arbeitslos zu werden als andere Beschäftigte.[19] Fast 40 % der Leiharbeitnehmer, die arbeitslos werden, fallen sofort auf ALG II, weil sie die Anwartschaftszeiten für ALG I nicht erfüllen.[20] Die Folgen von Arbeitslosigkeit sind massiv, denn die Teilhabe am Erwerbsleben nimmt auf der persönlichen wie auch gesellschaftlichen Ebene einen hohen Stellenwert ein; sie bedeutet mehr als die Finanzierung des Lebensstandards. Sie bedeutet Teilhabe am gesellschaftlichen Leben, Zugang zu sozialen Netzwerken, Entfaltung der Persönlichkeit und Selbstverwirklichung.[21] Der Verlust des Arbeitsplatzes hat weit reichende Konsequenzen: Er kann zu Planungsunsicherheit, Existenzgefährdungen, Existenzängsten, Verlust sozialer Kontakte und Depressionen führen.[22] 15 % aller Zugänge in Arbeitslosigkeit kommen aus der Verleihbranche, einer Branche, die weniger als 3 % aller sozialversicherungspflichtig Beschäftigten beschäftigt.[23] Studien zur Qualität der Arbeit verdeutlichen, dass aus Sicht der abhängig Beschäftigten das wichtigste Kriterium für die Einstufung einer Arbeit als

[6] Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Zahlen – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg, Juli 2016, S. 20.
[7] BT-Drs. 18/9557, S. 10, 11.
[8] BT-Drs. 18/9557, S.12.
[9] Bundesagentur für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, Arbeitsbedingungen in der Zeitarbeit, Factsheet 3.
[10] DGB, arbeitsmarktaktuell Nr. 8, Oktober 2015, S. 1.
[11] Gesundheitsreport 2013 der Techniker Krankenkasse, S. 45; DGB, arbeitsmarktaktuell Nr. 8, Oktober 2015, S. 9; Arning et al, Abschlussbericht zum GDA – Arbeitsprogramm „Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Zeitarbeit", Juni 2014, Berlin.
[12] Gesundheitsreport 2013 der Techniker Krankenkasse, S. 46.
[13] Arning et al., Abschlussbericht zum GDA – Arbeitsprogramm „Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Zeitarbeit", Juni 2014, Berlin.
[14] DGB, Arbeitsfähig bis zur Rente?, Index Gute Arbeit 2012, Berlin, S. 7.
[15] Grund/Martin/Minten, Beschäftigungsstruktur und Zufriedenheit von Zeitarbeitnehmern in Deutschland, SOEPpapers 677/2014.
[16] Gundert/Hohendanner, Soziale Teilhabe ist eine Frage von stabilen Jobs, IAB-Kurzbericht 4/2011.
[17] Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Zahlen – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg, Juli 2016, S. 13, 14.
[18] BT-Drs. 18/9557, S. 41.
[19] Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Zahlen – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg, Juli 2016, S. 15.
[20] DGB, arbeitsmarktaktuell Nr. 8, Oktober 2015, S. 1.
[21] Langhoff/Krietsch/Starke, Der Erwerbseinstieg junger Erwachsener: unsicher, ungleich, ungesund, in: WSI Mitteilungen 7/2010, S. 343ff. (344).
[22] Langhoff/Krietsch/Starke, Der Erwerbseinstieg junger Erwachsener: unsicher, ungleich, ungesund, in: WSI Mitteilungen 7/2010, S. 344; siehe auch Gundert/Hohendanner, Soziale Teilhabe ist eine Frage von stabilen Jobs, IAB-Kurzbericht 4/2011.
[23] DGB, arbeitsmarktaktuell Nr. 8, Oktober 2015, S. 4, 5.

gute Arbeit ein festes verlässliches Einkommen ist – 92 % der Befragten waren dieser Auffassung.[24]

Auch der Brückeneffekt der Leiharbeit, das heißt die Übernahme von Leiharbeitnehmern in ein Arbeitsverhältnis beim Entleiher, ist anders als häufig behauptet gering. Die Übernahmequoten bei Leiharbeit liegen gerade einmal zwischen 7 und 14 %.[25] Die Wahrscheinlichkeit aus Leiharbeit in ein Normalarbeitsverhältnis zu wechseln beträgt 4 %, beim Wechsel aus einem Normalarbeitsverhältnis in ein Normalarbeitsverhältnis hingegen 65 %.[26]

Leiharbeit führt zudem zur Verdrängung regulärer Beschäftigung. Ergebnisse des IAB zeigen, dass etwa die Hälfte des Beschäftigungsgewinns im Bereich Leiharbeit auf Kosten von Jobs außerhalb der Branche erfolgt.[27]

Negative Auswirkungen hat Leiharbeit auch auf die Identifikation der Leiharbeitnehmer mit dem Unternehmen und ihre Produktivität.[28]

2. Werkverträge

Auch Werkverträge und freie Dienstverträge haben in Deutschland erheblich zugenommen. Derzeit gibt es in Deutschland rund 4,3 Millionen Selbständige; 39,2 Millionen Erwerbstätige sind als Arbeitnehmer beschäftigt.[29] Gut die Hälfte der Selbständigen in Deutschland ist soloselbständig.[30] Kennzeichen von Soloselbständigkeit sind häufig eine schlechte soziale Absicherung und niedrige Einkommen.[31] Viele Soloselbständige sind unfreiwillig selbständig; 40 % der Existenzgründer 2010 haben den Weg der Selbständigkeit mangels anderer Erwerbsalternativen gewählt, um nicht mehr arbeitslos zu sein.[32] Ein Viertel der Soloselbständigen verdient unter 1.550 € brutto im Monat.[33]

Verstärkt wird die Soloselbständigkeit durch die fortschreitende Digitalisierung und die damit verbundene Zunahme von Crowdworking. Das durchschnittliche Nettomonatseinkommen von hauptberuflichen Crowdworkern beträgt 1.503 €.[34] 34 % der in Untersuchungen der Universität Kassel befragten hauptberuflich als Crowdworker Tätigen hatten keine Arbeitslosenversicherung, 47 % keine Altersvorsorge.[35] Mehr als die Hälfte der Crowdworker würde, wenn sie die Möglichkeit hätten, in eine Festanstellung wechseln.[36]

IAB-Daten zeigen, dass der Anteil von Unternehmen mit freien Mitarbeitern zwischen 2002 und 2011 in Deutschland von gut 4 % auf 7 % gestiegen ist. Laut weiteren Auswertungen des IAB aus dem Jahr 2015 hat sich die Zahl der freien Mitarbeiter mit Werk- oder freien Dienstverträgen zwischen 2002 und 2014 von 350.000 auf etwa 760.000 mehr als verdoppelt.[37] Eine Studie von Ernst & Young belegt, dass bei den von ihnen befragten Unternehmen im Durchschnitt ca. 9 % Externe eingesetzt werden.[38]

Untersuchungen des WSI zeigen, dass in Betrieben mit mindestens 20 Beschäftigten und Betriebsrat über alle Wirtschaftsbereiche hinweg mittlerweile 23 % der Betriebe in Deutschland Fremdfirmen auf Werkvertragsbasis einsetzen, im Bereich Bergbau / Produktion sind es 30 %, im Bereich öffentliche Dienstleistungen/Erziehung/Gesundheit 12 %.[39] Der Anteil von auf Werkvertragsbasis tätigen Fremdfirmenbeschäftigten an der Gesamtbelegschaft der im

[24] Tatjana Fuchs, Was ist gute Arbeit? – Anforderungen aus Sicht der Erwerbstätigen, in: Bundesarbeitsblatt 5/2006, S. 4ff. (4, 5).
[25] Daten des IAB, RWI, Land Hessen und Bertelsmannstiftung zitiert in DGB, arbeitsmarktaktuell Nr. 8, Oktober 2015, S. 6 und Absenger et al., Leiharbeit und Werkverträge – Das aktuelle Reformvorhaben der Bundesregierung, WSI-Report Nr. 32, 10/2016, S. 31.
[26] Gensicke et al., Einmal atypisch, immer atypisch beschäftigt? Mobilitätsprozesse atypischer und normaler Arbeitsverhältnisse im Vergleich, in: WSI-Mitteilungen 4/2010, S. 179ff. (183).
[27] IAB-Kurzbericht 2/2013: Zeitarbeit zusätzliche Jobs, aber auch Verdrängung, S. 6.
[28] Weinkopf/Hieming/Mesaros, Prekäre Beschäftigung, Expertise für die SPD-Landtagsfraktion NRW, Institut für Arbeit und Qualifikation (IAQ), September 2009, S. 49; Kleinknecht et al., Schadet die Flexibilisierung des Arbeitsmarktes der Innovation? in: WSI-Mitteilungen 4/2013, S. 229ff.
[29] Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 286 vom 18.8.2016, siehe https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/2016/08/PD16_286_13321.html.
[30] Bundestagsdrucksache 18/8803, S. 1.
[31] Schulze Buschoff, Soloselbständige in Deutschland – Aktuelle Reformoptionen, WSI-Policy-Brief Nr. 4, 3/2016.
[32] Brenke, Allein tätige Selbständige: starkes Beschäftigungswachstum, oft nur geringe Einkommen, DIW-Wochenbericht 7/2013, S. 10.
[33] Brenke, Allein tätige Selbständige: starkes Beschäftigungswachstum, oft nur geringe Einkommen, DIW-Wochenbericht 7/2013, S. 13.
[34] Leimeister/Durwald, Crowdwork. Das Arbeitsmodell der Zukunft?, Ausgewählte Projektergebnisse der HBS-Studie, Vortrag ver.di Bundesverwaltung, Berlin 20.4.2016.
[35] Leimeister/Durwald, Crowdwork. Das Arbeitsmodell der Zukunft?, Ausgewählte Projektergebnisse der HBS-Studie, Vortrag ver.di Bundesverwaltung, Berlin 20.4.2016.
[36] Leimeister/Durwald, Crowdwork. Das Arbeitsmodell der Zukunft?, Ausgewählte Projektergebnisse der HBS-Studie, Vortrag ver.di Bundesverwaltung, Berlin 20.4.2016.
[37] Hohendanner zitiert in: Seifert, H./Amlinger, M./Keller, B., Selbständige als Werkvertragsnehmer – Ausmaß, Strukturen und soziale Lage, WSI Diskussionspapier Nr. 201, 7/2015, S. 3.
[38] Lohmeier/Umnuß/Tauth, Schein und Sein bei der Beauftragung von Externen, Ernst & Young GmbH, Düsseldorf 2015.
[39] Absenger et al., Leiharbeit und Werkverträge – Das aktuelle Reformvorhaben der Bundesregierung, WSI-Report Nr. 32, 10/2016, S. 23.

Rahmen der WSI-Betriebsrätebefragung befragten Betriebe liegt bei gut 6 % (ohne freie Mitarbeiter).[40]

Eine Befragung der IG Metall von 4.017 Betriebsratsvorsitzenden im Jahr 2012 ergab, dass die Vergabe von Werkverträgen in 28 % der Betriebe in den letzten drei Jahren vor der Befragung zugenommen hat und Stammpersonal häufig durch Werkverträge ersetzt wird.[41] Dies bestätigen weitere Untersuchungen, die zeigen, dass Werk- und freie Dienstverträge zunehmend eingesetzt werden, um Kosten zu sparen, Stammbeschäftigte zu ersetzen, Mitbestimmungsrechte zu umgehen und verdeckte Leiharbeit zu betreiben.[42] Untersuchungen von Obermeier und Sell zeigen, dass die Arbeits- und Entgeltbedingungen von Werkvertragsbeschäftigten deutlich hinter denen vergleichbaren Stammpersonals zurückbleiben; dies berichten 73 % der über 4.000 befragten Betriebsräte.[43] Gleiches gilt für Beschäftigte sogenannter Onsite-Werkvertragsunternehmen, bei denen die Unternehmen ihre Beschäftigten in die Betriebe Dritter schicken.[44] Insbesondere Onsite-Werkverträge bergen Missbrauchspotential in sich, denn schnell ergibt sich die Möglichkeit, dass der werkbestellende Betrieb dem eingesetzten Arbeitnehmer die Arbeitsanweisungen erteilt und damit verdeckte Leiharbeit vorliegt.

Beschäftigung auf Werkvertrags- und freier Dienstvertragsbasis ist häufig prekäre unterbezahlte Beschäftigung ohne soziale Absicherung. Hinzu kommen missbräuchliche Vertragskonstruktionen wie verdeckte Leiharbeit und Scheinselbständigkeit. Laut einer aktuellen Studie von Ernst & Young sind 28 % der Selbständigen scheinselbständig.[45] Dies belastet die Sozialkassen, von diesen Beschäftigungsformen betroffene Erwerbstätige, aber auch Mitbestimmung und Produktivität.

Werkverträge bringen weitere Nachteile und zwar auch für Unternehmen, denn sie sind mit höheren Kosten, höherem Koordinationsaufwand, Qualitätsmängeln, Wissensverlusten und Insolvenzproblemen verbunden.[46]

II. Konkrete Bewertung der einzelnen Gesetzentwürfe/Anträge/Vorlagen

1. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/9232):

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 20.7.2016 (BT-Drs. 18/9232) enthält viele erfreuliche und längst überfällige Regelungen. Allerdings geht er in vielen Punkten nicht weit genug.

Der Regierungsentwurf enthält erfreuliche Ansätze zur Begrenzung der Höchstüberlassungsdauer und der Gewährleistung von equal pay, zudem das grundsätzliche Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher. Erfreulich sind auch die Regelungen zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher in Fällen missbräuchlicher Leiharbeit, bei Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer und bei Verstößen gegen equal pay und equal treatment, die Erweiterung des Sanktionskatalogs bei Verstößen gegen das AÜG, die Verpflichtung zur transparenten Vertragsbezeichnung, die neuen Informationspflichten des Verleihers gegenüber dem Leiharbeitnehmer, die Klarstellung der Informations- und Unterrichtungsrechte des Betriebsrates bei Leiharbeit und Werkverträgen sowie die Klarstellung des Mitzählens der Leiharbeitnehmer bei Schwellenwerten für die Mitbestimmung. Die seitens der Bundesregierung angedachten Reformen sind aufgrund ihrer derzeitigen Ausgestaltung jedoch letztendlich nur bedingt geeignet, das im Koalitionsvertrag formulierte Ziel der Rückführung von Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen und die Eindämmung missbräuchlicher Werkvertragskonstruktionen zu erreichen. Zudem bleibt der Regierungsentwurf in mehreren Punkten hinter den Vereinbarungen des Koalitionsvertrags zurück.

Das bevorstehende Gesetzgebungsverfahren sollte daher genutzt werden, den Gesetzentwurf der Bundesregierung entsprechend weiter zu entwickeln.[47]

Zu den Punkten des Regierungsentwurfs im Einzelnen:

---

[40] Hertwig/Kirsch/Wirth, Werkverträge im Betrieb. Eine empirische Untersuchung, Böckler Study 300, Oktober 2015; siehe dazu auch Böcklerimpuls 16/2015, S. 4.

[41] IG Metall Vorstand (2012): Betriebsrätebefragung der IG Metall zur Beschäftigungsentwicklung. Pressekonferenz 28. September 2012; http://www.fokus-werkvertraege.de.

[42] Zu problematischen Werkvertragskonstruktionen und der Substitution von Stammpersonal durch Werk- und freie Dienstverträge siehe Manske, A./Scheffelmeier, T., Werkverträge, Leiharbeit, Solo-Selbstständigkeit – Eine Bestandsaufnahme, WSI-Diskussionspapier, Nr. 195, Januar 2015; siehe auch Obermeier, T./Sell, S., Werkverträge entlang der Wertschöpfungskette. Zwischen unproblematischer Realität und problematischer Instrumentalisierung, Forschungsförderung Working Paper Nr. 12, April 2016.

[43] Obermeier/Sell, Werkverträge entlang der Wertschöpfungskette, Forschungsförderung Hans Böckler Stiftung, Working Paper Nr. 12, April 2016; siehe dazu auch Böcklerimpuls 10/2016, S. 4.

[44] Hertwig/Kirsch/Wirth, Werkverträge im Betrieb. Eine empirische Untersuchung, Böckler Study 300, Oktober 2015; siehe dazu auch Böcklerimpuls 16/2015, S. 4f.

[45] Studie der Prüfungs- und Beratungsgesellschaft EY (Ernst & Young) (400 Unternehmen und 2.455 Erwerbstätige befragt), siehe dazu http://www.ey.com/de/de/newsroom/news-releases/ey-20151217-etwa-jeder-vierte-selbstndige-arbeitet-scheinselbstndig; siehe zum vollständigen Bericht dieser Untersuchung Lohmeier/Umnuß/Tauth, Schein und Sein bei der Beauftragung von Externen, Ernst & Young GmbH, Düsseldorf 2015.

[46] Hertwig/Kirsch/Wirth, Werkverträge im Betrieb. Eine empirische Untersuchung, Böckler Study 300, Oktober 2015; siehe dazu auch Böcklerimpuls 20/2015, S. 2; Giertz, Trendbericht Werkverträge. Handlungsmöglichkeiten beim Umgang mit Werkverträgen, Mitbestimmungsförderung Hans Böckler Stiftung, Report Nr. 18, Dezember 2015.

[47] Siehe zu den folgenden Ausführungen hinsichtlich des Regierungsentwurfs: Absenger et al., Leiharbeit und Werkverträge – Das aktuelle Reformvorhaben der Bundesregierung, WSI-Report Nr. 32, 10/2016.

a) Begrenzung der Überlassungsdauer und Anrechnung früherer Einsatzzeiten

aa) Die arbeitnehmerbezogene Begrenzung der Überlassungsdauer

Die Begrenzung der Überlassungsdauer bei Leiharbeit ist entgegen der Auffassung der EU-Kommission schon aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit notwendig und damit grundsätzlich begrüßenswert.[48] Schon die Gefahr dauerhafter Verdrängung von Stammbeschäftigten durch Leiharbeit aufgrund der bisherigen umstrittenen Formulierung „Leiharbeit erfolgt vorübergehend" macht eine explizite Begrenzung der Überlassungsdauer erforderlich.[49] Anders als häufig eingewandt,[50] ist die Begrenzung der Überlassungsdauer zusätzlich zur Regelung des nach 9 bzw. 15 Monaten greifenden verpflichtenden equal pay notwendig, denn equal pay allein führt nicht dazu, dass Leiharbeitnehmern die gleichen Arbeitsbedingungen wie vergleichbaren Stammbeschäftigten des Entleihbetriebes gewährt werden und sie deshalb – wie teilweise vertreten – doch relativ unbegrenzt weiter als Leiharbeitnehmer eingesetzt werden könnten. Die vorangehend dargestellte Empirie zeigt, dass Leiharbeitnehmer allgemein zu schlechteren Arbeitsbedingungen – vermehrtes Stehen, schlechtere klimatische Bedingungen, monotones Arbeiten – tätig sind, aber auch weniger Arbeits- und Gesundheitsschutz genießen, so dass Regelungen zur Begrenzung der Überlassungsdauer neben der nach 9 bzw. 15 Monaten eintretenden Verpflichtung der Zahlung von equal pay nötig sind.

Die Bundesregierung hat sich hinsichtlich der Begrenzung der Überlassungsdauer auf grundsätzlich 18 Monate in ihrem Regierungsentwurf für eine auf den einzelnen Leiharbeitnehmer bezogene Auslegung der in der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG und in § 1 AÜG normierten Formulierung „Leiharbeit erfolgt vorübergehend/ vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung" entschieden.

Die von der Bundesregierung vorgeschlagene arbeitnehmerbezogene Begrenzung der Überlassungsdauer ermöglicht es Entleihern, nach Ablauf der 18 Monate Höchstüberlassungsdauer bzw. nach Ablauf zulässiger längerer Überlassungszeiten einen neuen Leiharbeitnehmer auf demselben Arbeitsplatz bzw. den gleichen Leiharbeitnehmer nach Ablauf von 3 Monaten Wartezeit erneut wieder 18 Monate bei demselben Entleiher einzusetzen. Die angedachte Neuregelung ermöglicht einen wiederholten Austausch und damit letztendlich einen zeitlich unbeschränkten Einsatz von Leiharbeit auf ein und demselben Dauerarbeitsplatz bzw. für Dauerbedarfe beim Entleiher. Diese Regelung steht im Widerspruch zum im Koalitionsvertrag vereinbarten Ziel, Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen – die Abdeckung von Auftragsspitzen und vorübergehenden Personalschwankungen – zurückzuführen.

Die Zielsetzung und die Inhalte der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG belegen, dass Leiharbeit nur vorübergehend erfolgen darf. Der vorübergehende Charakter von Leiharbeit wird jedoch nur gewährleistet, wenn Leiharbeit zur Abdeckung von Auftragsspitzen und nicht zur Verdrängung von Stammbeschäftigten auf Dauerarbeitsplätzen bzw. für Dauerbedarfe eingesetzt wird. Art. 2 der RL 2008/104/EG lautet insoweit: Ziel dieser Richtlinie ist es, für den Schutz der Leiharbeitnehmer zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, (…). In Art. 5 V der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG ist normiert, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich sind, „... um insbesondere aufeinander folgende Überlassungen, mit denen die Bestimmungen der Richtlinie umgangen werden sollen, zu verhindern". Im Hinblick auf den Regierungsentwurf bedeutet dies, dass die Bundesregierung, um der Funktion der Leiharbeit als Puffer für die Abdeckung von Auftragsspitzen und kurzzeitigen Personalschwankungen gerecht zu werden, bei der Beschränkung der Überlassungsdauer auf den Arbeitsplatz, nicht jedoch auf den Leiharbeitnehmer abstellen müsste.[51]

Für die Funktion der Abdeckung von Auftragsspitzen und Personalschwankungen durch Leiharbeit und das damit grundsätzlich einhergehende Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen beim Entleiher sprechen auch die Schlussanträge des Generalanwalts des EuGH Szpunar vom 20.11.2014 zur Entscheidung EuGH C-533/13. Laut Generalanwalt Szpunar ergibt sich bereits aus den Erwägungen, die dem Erlass der Richtlinie 2008/104/EG zugrunde liegen, dass Leiharbeit nicht als ein Ersatz für feste Formen der Arbeit betrachtet wird. Unbefristete Arbeitsverträge sollen nach wie vor die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses darstellen. Die direkte Beschäftigung stelle ein gegenüber der Leiharbeit bevorzugtes Beschäftigungsverhältnis dar. Zudem ergebe sich aus den Begriffsbestimmungen in Art. 3 der Richtlinie 2008/104, das Leiharbeit Arbeitsverhältnisse „vorübergehender Art" impliziert. Hieraus lasse sich folgern, dass diese Arbeitsform nicht die für alle Verhältnisse passende ist, insbesondere nicht bei dauerhaftem Bedarf an Arbeitskräften, so der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen. Laut Generalanwalt Szpunar scheint es gerechtfertigt, im Hinblick auf die Natur der Leiharbeit den Einsatz dieser Form der Arbeit zu beschränken und zwar auf „den Ausgleich von Arbeitsspitzen oder sonst auf zeitlich oder ihrer Art nach begrenzte Aufgaben … die wegen der Dringlichkeit, der begrenzten Dauer der Arbeit, erforderlicher beruflicher Kenntnisse und Spezialgeräte oder aus vergleichbaren Gründen [von den entleihenden Unternehmen] eigenen Arbeitnehmern nicht übertragen werden können". Entsprechend den der Regelung der Union zugrunde liegenden Erwägungen dürfe sich der Einsatz von Leiharbeit laut Gene-

[48] Siehe zur Auffassung der EU-Kommission in diesem Kontext CHAP(2015)00716.
[49] So z.B. auch BAG 10.7.2013 – 7 ABR 91/11.
[50] So z.B. BAP, Die Regulierung der Zeitarbeit ist unnötig, Interview - Interview-Serie „Drei Fragen an…", 16.8.2016.
[51] So auch Hamann, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 17.2.2016, in: AuR 4/2016, S. 136ff.

ralanwalt nicht zu Ungunsten der direkten Arbeitsverhältnisse auswirken, sondern muss zu sichereren Formen der Arbeit führen; die Aufrechterhaltung von Leiharbeitsbeziehungen über einen längeren Zeitraum, obwohl diese ihrer Natur nach vorübergehend sein müssten, könne ein Indiz für einen Missbrauch dieser Arbeitsform sein. Auch die Bundesregierung selbst schreibt in ihrer Begründung zum Kabinettbeschluss vom 1.6.2016, dass Leiharbeit eine Form des flexiblen Personaleinsatzes sei und auch nach der angedachten Reform des AÜG die Flexibilität für Unternehmen gegeben sein müsse, vorübergehenden Arbeitskräftebedarf bei Auftragsspitzen abdecken zu können.[52] Ähnlich formuliert sie in dem im Rahmen der Anhörung vorgelegten Entwurf (BT-Drs. 18/9232) auf Seite 1; dort heißt es: Arbeitnehmerüberlassung bietet Unternehmen Möglichkeiten zur Abdeckung von Auftragsspitzen und kurzfristigen Personalbedarfen.

Geht man von der Intention und den Formulierungen der für Deutschland verbindlichen EU-Leiharbeitsrichtlinie und den vorangehenden Ausführungen aus, müssen für die Beurteilung vorübergehender Leiharbeit arbeitsplatzbezogene Erwägungen zugrunde gelegt werden.[53] Eine arbeitsplatzbezogene bzw. tätigkeitsbezogene Betrachtung führt entgegen häufiger Behauptungen auch nicht zu erheblichen Abgrenzungsproblemen; schon heute wird im Befristungsrecht auf Fragen vorübergehender Arbeitsbedarfe abgestellt, so z.B. in § 14 I Nr. 1 TzBfG, wonach ein Sachgrund für eine Befristung vorliegt, wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht bzw. bei Drittmittelbefristungen, im Rahmen derer befristet Beschäftigte nicht für Daueraufgaben eingesetzt werden dürfen. Auch der EuGH hat in verschiedenen Verfahren zur Frage von Kettenbefristungen bereits wiederholt entschieden, dass vorübergehender Bedarf vorliege, wenn im Wesentlichen ein zeitweiliger Arbeitskräftebedarf des Arbeitgebers abgedeckt werden solle (EuGH 26.1.2012 – C-586/10). Zudem würde eine arbeitsplatzbezogene Betrachtung ermöglichen, besser auf arbeitsplatzspezifische Besonderheiten, wie elternzeit- oder krankheitsbedingte Abwesenheiten von Stammbeschäftigten etc. zu reagieren.

Problematisch ist zudem, dass von der Begrenzung der Überlassungsdauer auf grundsätzlich 18 Monate viele Leiharbeitnehmer aufgrund ihrer deutlich kürzeren Einsatzzeiten (siehe dazu die vorangehende Empirie) nicht profitieren werden.

bb) Eingeschränkte Berücksichtigung früherer Einsatzzeiten

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung ist hinsichtlich der Regelungen zur Begrenzung der Höchstüberlassungsdauer auch insoweit problematisch, als für das Erreichen der Überlassungshöchstdauer Zeiträume vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher nur dann mitgezählt werden sollen, wenn sie nicht länger als 3 Monate zurückliegen. In diesem Punkt sahen die beiden Referentenentwürfe des BMAS (16.11.2015 und 17.2./14.4.2016) noch die Einbeziehung aller Zeiträume vor, die nicht länger als 6 Monate zurückliegen. In Anlehnung an die BAG-Rechtsprechung zum alten § 14 III 3 TzBfG sowie dessen Wortlaut und zur Vermeidung von Missbrauch sollten künftig mindestens jene Zeiten, die nicht länger als 6 Monate zurückliegen, bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer berücksichtigt werden. Das BMAS begründet in seinen Entwürfen vom 16.11.2015 und 17.2./14.4.2016 den 6-Monatszeitraum für die Berücksichtigung früherer Einsatzzeiten mit der konsequenten Orientierung an der ebenfalls im AÜG und heute auch noch im Regierungsentwurf vorgesehenen sog. Drehtürklausel des § 8 III, wonach eine vom equal pay- und equal treatment-Grundsatz abweichende tarifliche Regelung nicht für Leiharbeitnehmer gilt, die in den letzten sechs Monaten vor der Überlassung an den Entleiher aus einem Arbeitsverhältnis bei diesem oder einem Arbeitgeber, der mit dem Entleiher einen Konzern im Sinne des § 18 AktG bildet, ausgeschieden sind. Um Missbrauch von Leiharbeit innerhalb von Unternehmen und Konzernen zu vermeiden, ist es zudem erforderlich, auch jene Einsatzzeiten, die bei anderen Entleihern desselben Unternehmens bzw. desselben Konzerns absolviert wurden auf die Höchstüberlassungsdauer anzurechnen – auch insoweit besteht im Regierungsentwurf Änderungsbedarf.

b) Möglichkeiten der Verlängerung der Überlassungshöchstdauer

aa) Verlängerungsmöglichkeiten durch Tarifverträge der Entleihbranche

Die im Regierungsentwurf vorgesehene Möglichkeit der tariflichen Verlängerung der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer dient der durch Art. 9 III GG gewährleisteten Tarifautonomie und ermöglicht die Berücksichtigung branchenspezifischer wie betrieblicher Besonderheiten. Richtig ist, dass nur durch einen Tarifvertrag der Einsatzbranche und nicht der Verleihbranche von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer abgewichen werden kann, denn für die Frage der Einsatzdauer sind die Gegebenheiten der Einsatzbranche entscheidend. Dies ist, wie teilweise angenommen wird, auch nicht verfassungswidrig.[54] Regelungen zur Überlassungsdauer sind beim Entleiher als Betriebsnormen (§ 3 II TVG) zu werten, für die Tarifbindung der Entleiher genügt; sie sind keine Arbeitsbedingungen iSd §§ 1 I, 4 I TVG, die den Inhalt des Leiharbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer regeln.[55] Für die Einstufung

[52] Bundesregierung, Kabinettsentwurf vom 1.6.2016 für ein Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, S. 12.

[53] So auch Hamann, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 17.2.2016, in: AuR 4/2016, S. 136ff.

[54] Zu verfassungsrechtlichen Bedenken siehe Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 14/2016, Juni 2016.

[55] So auch Feuerborn, Gesetzliche Änderungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung und beim werkvertraglichen Einsatz von Fremdpersonal, Vortrag Gesprächskreis Arbeitsrecht unternehmer.nrw, 20.9.2016; zudem Haman, Entwurf eines

als Betriebsnormen spricht, dass das AÜG das Leiharbeitsverhältnis unabhängig von der Verleihmöglichkeit bestehen lässt. Die Überlassungsdauer regelt weder den Inhalt der Leiharbeitsverträge noch deren Dauer.[56] Regelungen zur Verlängerung der Höchstüberlassungsdauer sind vergleichbar mit tariflichen Leiharbeitnehmerquoten, bei denen es sich ebenfalls um Betriebsnormen des Entleihers handelt.[57] Regelungen zur Überlassungsdauer sind damit als Betriebsnormen durchaus in den Tarifverträgen der Entleiher regelbar.[58] Auch heute enthalten bereits ausschließlich die Tarifverträge der Entleihbranche Regelungen zur Überlassungsdauer, nicht jedoch die Tarifverträge der Verleihbranche. Die Beschränkung der Möglichkeit der tariflichen Abweichung auf die Entleihbranche wird zudem der besonderen Beurteilungskompetenz der Einsatzbranche gerecht; nur die Entleihbranche kann wissen, für welche Zeiten Leiharbeitnehmer benötigt werden. Daten der WSI-Betriebsrätebefragung zur Einsatzdauer von Leiharbeitnehmern zeigen, dass die Einsatzzeiten von Leiharbeitnehmern differenziert nach Einsatzbranche erheblich voneinander abweichen.[59] Die Verlängerung von Einsatzzeiten ist in den Tarifverträgen der Verleihbranche, die Leiharbeitnehmer in viele verschiedene Branchen verleihen, damit überhaupt nicht angemessen und sachgerecht regelbar. Selbst wenn in der Versagung des Abschlusses entsprechender von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer abweichender tariflicher Reglungen für die Verleihbranche ein Eingriff in die Tarifautonomie liegen sollte, ist dieser aufgrund der hier angeführten Argumente jedenfalls gerechtfertigt.

bb) Verlängerungsmöglichkeiten für nicht tarifgebundene Betriebe und Kirchen

Der Regierungsentwurf sieht zudem vor, dass auch nicht tarifgebundene Betriebe die Möglichkeit haben sollen, tarifliche Regelungen, die von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer abweichen, in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen für ihren Betrieb zu übernehmen. Da in Deutschland nur in 9 % aller betriebsratsfähigen Betriebe Betriebsräte und in nur 65 % der Dienststellen Personalräte bestehen,[60] greift diese Abweichungsmöglichkeit zwar nur für eine deutlich begrenzte Zahl an Betrieben und Dienststellen, trotz alledem ist sie problematisch. Diese Regelungen unterlaufen die Tarifautonomie insoweit, als sie nicht tarifgebundenen Entleihern jeglichen Anreiz des Eintrittes in einen Arbeitgeberverband bzw. der Unterwerfung unter einen Tarifvertrag nehmen. Sie wirken einer Erhöhung der Tarifbindung entgegen, die jedoch für die Ausgestaltung von Arbeitsbedingungen und die Qualität von Arbeit in Deutschland unerlässlich ist. Zudem geht dieser Regelungsvorschlag über den Koalitionsvertrag hinaus, der nur für tarifliche Regelungen bzw. im Falle tariflicher Öffnungsklauseln verlängerte Überlassungszeiten vorsieht.

Die Neuregelungen zur Höchstüberlassungsdauer im Regierungsentwurf sehen zudem vor, dass tarifliche Öffnungsklauseln Betrieben ermöglichen können, in Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen Überlassungszeiten von mehr als 18 Monaten zu vereinbaren, nicht tarifgebundene Betriebe grundsätzlich begrenzt auf eine Höchstüberlassungsdauer von bis zu 24 Monaten. Die seitens der Bundesregierung angedachte Regelung ist insoweit bedenklich, als Art. 11 der EU-Leiharbeitsrichtlinie lediglich den Mitgliedstaaten der EU und ihren Sozialpartnern die Kompetenz einräumt, die Rahmenbedingungen der Leiharbeitsrichtlinie durch erforderliche Vorschriften umzusetzen. Bedacht werden sollte in diesem Kontext auch, dass Betriebsparteien häufig nicht die gleiche Handlungsmacht wie Tarifvertragsparteien haben und Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen genau aus diesem Grund anders als Tarifverträgen keine sog. Richtigkeitsgewähr immanent ist, das heißt nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass Betriebs- oder Dienstvereinbarungen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen stets angemessen regeln.

Bedenklich sind auch die seitens der Bundesregierung angedachten Möglichkeiten längerer, über 18 Monate hinausgehender, Überlassungszeiten in den Regelungswerken der Kirchen und öffentlich-rechtlichen Religionsgemeinschaften samt ihrer karitativen und erzieherischen Einrichtungen. Die diesbezügliche Gleichstellung mit allen sonstigen Tarifpartnern erscheint schon in Anbetracht des durch die BAG-Rechtsprechung eingeschränkten Streikrechts in Kirchen problematisch (sog. Zweiter und Dritter Weg). Zudem betreffen diese Ausnahmeregelungen gut 1,3 Millionen Beschäftigte. Hinzu kommt, dass die Regelwerke der Kirchen und Religionsgemeinschaften nicht dieselbe Qualität haben wie Tarifverträge und auch die Bedingungen ihres Zustandekommens schon mit Blick auf das eingeschränkte

---

Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 17.2.2016, in: AuR 4/2016, S. 136ff.; so auch Krause, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay, HSI-Schriftenreihe Band 2, März 2012, z.B. S. 69.

[56] Siehe Haman, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 17.2.2016, in: AuR 4/2016, S. 136ff.

[57] So auch Haman, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 17.2.2016, in: AuR 4/2016, S. 136ff.; auch Krause, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay, HSI-Schriftenreihe Band 2, März 2012, z.B. S. 69.

[58] So auch Haman, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze vom 17.2.2016, in: AuR 4/2016, S. 136ff.; auch Krause, Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und zur Durchsetzung von Equal Pay, HSI-Schriftenreihe Band 2, März 2012; a.A. Henssler, Überregulierung statt Rechtssicherheit – der Referentenentwurf des BMAS zur Reglementierung von Leiharbeit und Werkverträgen, in: RdA 1/2016, S. 18ff.

[59] Siehe dazu Absenger et al., Leiharbeit und Werkverträge – Das aktuelle Reformvorhaben der Bundesregierung, WSI-Report Nr. 32, 10/2016, S. 29.

[60] Siehe dazu Ellguth/Kohaut, Tarifbindung und betriebliche Interessenvertretung: Ergebnisse aus dem IAB-Betriebspanel 2015, in: WSI-Mitteilungen 4/2016, S. 283ff.

bzw. ausgeschlossene Streikrecht in diesen Bereichen nicht vergleichbar mit originären Tarifverträgen sind.

c) Die equal pay-Regelungen im Regierungsentwurf

Die im Regierungsentwurf vorgesehenen Begrenzungen der Möglichkeiten der Abweichung von equal pay sind grundsätzlich zu begrüßen; sie bleiben jedoch hinter den Vereinbarungen des Koalitionsvertrages zurück, die equal pay nach spätestens 9 Monaten vorsahen. Zudem werden sie aufgrund der häufig nur kurzen Vertragslaufzeiten von Leiharbeitsverhältnissen viele Leiharbeitnehmer nicht erreichen. Wie eingangs beschrieben, zeigen Daten des IAB, dass 25 % der zwischen 2000 und 2012 begonnenen Leiharbeitsverhältnisse länger als 9 Monate bestehen, 15 % länger als 15 Monate.[61] 54 % der im zweiten Halbjahr 2015 beendeten Leiharbeitsverhältnisse waren kürzer als 3 Monate.[62] Trotz alledem bringen die seitens der Bundesregierung angedachten Neuregelungen Verbesserungen für viele Leiharbeitnehmer; sie sind durchaus geeignet, equal pay zu fördern.

aa) Eingeschränkte Berücksichtigung früherer Einsatzzeiten

Problematisch ist, dass laut Regierungsentwurf auch für das Erreichen der Wartezeit von equal pay nur jene Zeiträume vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher berücksichtigt werden sollen, die nicht mehr als drei Monate zurückliegen. Auch hier sahen die ursprünglichen Referentenentwürfe des BMAS vom 16.11.2015 und 17.2./14.4.2016 noch 6 Monate vor. Zur zeitnahen Gewährleistung von equal pay und zur Verhinderung von Missbrauch ist – wie schon vorangehend zur Frage anrechenbarer Einsatzzeiten auf die Höchstüberlassungsdauer beschrieben – in Anlehnung an den Wortlaut des § 14 III 3 TzBfG a.F. auch hier erforderlich, mindestens alle früheren Einsatzzeiten zu berücksichtigen, die nicht länger als 6 Monate zurückliegen (siehe zur weiteren Begründung die obigen Ausführungen zu dieser Problematik im Bereich Überlassungsdauer). Zudem müssen auch hier Zeiten bei anderen Entleihern desselben Unternehmens und desselben Konzern mit berücksichtigt werden.

bb) Abweichmöglichkeiten für nicht tarifgebundene Betriebe

Kritisch zu sehen ist zudem die im Regierungsentwurf vorgesehene und auch heute schon existierende Möglichkeit, dass im Geltungsbereich eines vom equal pay-Grundsatz zu Lasten der Leiharbeitnehmer abweichenden Tarifvertrages auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der vom equal pay-Grundsatz abweichenden tariflichen Regelungen vereinbaren können. Art. 5 II der auch für Deutschland verbindlichen EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG sieht in Bezug auf das Arbeitsentgelt vor, dass die Mitgliedstaaten nach Anhörung der Sozialpartner die Möglichkeit vorsehen können, vom Grundsatz equal pay und equal treatment abzuweichen, wenn Leiharbeitnehmer, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden. Ausnahmen davon sind gemäß Art. 5 III der Leiharbeitsrichtlinie allenfalls für Tarifvertragsparteien gestattet. Damit dürfte für nicht tarifgebundene Betriebe eine Abweichung vom equal pay-Grundsatz lediglich für unbefristete, nicht jedoch für befristete Leiharbeitsverhältnisse zulässig sein. Zudem wirkt sich auch diese Regelung negativ auf die Tarifbindung aus, denn sie nimmt jeglichen Anreiz zum Verbandsbeitritt und zur Tarifbindung, da für nicht tarifgebundene Arbeitgeber keinerlei Anreiz besteht, originäre Tarifbindung zu erreichen, wenn durch arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge ebenfalls eine Abweichung von gesetzlichen Mindeststandards zu Lasten der Leiharbeitnehmer möglich ist.

cc) Vermutung von equal pay bei Zahlung des tariflichen Entgelts

Im Hinblick auf die Neuregelungen zu equal pay und equal treatment ist eine weitere im Regierungsentwurf angedachte Regelung problematisch. So ist im Regierungsentwurf vorgesehen, dass in Fällen, in denen der Leiharbeitnehmer 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 erhält, vermutet wird, dass der Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts im Sinne von equal pay gleichgestellt ist. Für das Vorliegen von equal pay soll daher künftig grundsätzlich die Zahlung des tariflichen Arbeitsentgelts genügen. Dies bedeutet, dass in anderen Regelungswerken (z.B. Arbeitsvertrag/Betriebsvereinbarung) oder durch Gesamtzusagen gewährte Entgeltbestandteile wie Sonderzahlungen, außer- bzw. übertarifliche Entgeltbestandteile usw. Leiharbeitnehmern künftig wohl ohne gerichtliche Klage des Leiharbeitnehmers oder entsprechender Prüfungen der Kontrollbehörden nicht mehr gewährt werden. Zwar ist die derzeitige Regelung im Regierungsentwurf nur als Vermutungsregelung ausgestaltet, jedoch wird sie wahrscheinlich dazu führen, dass die zuständigen Kontrollbehörden die Intensität ihrer Prüftätigkeit entsprechend anpassen. Zudem werden atypisch und prekär beschäftigte Leiharbeitnehmer nicht diejenigen sein, die klagefreudig ihre Rechte auf equal pay durchsetzen.

Im Referentenentwurf vom 16.11.2015 hatte das BMAS noch definiert, dass für equal pay dem Leiharbeitnehmer für die Zeit der Überlassung das im Betrieb des Entleihers für vergleichbare Arbeitnehmer zu zahlende Entgelt zu gewähren sei. Dies kann aber deutlich mehr sein als nur das tarifliche Entgelt.

Die angedachte Regelung ist unionsrechtlich problematisch, denn equal pay iSd EU-Leiharbeitsrichtlinie meint das einem vergleichbaren Stammbeschäftigten zustehende Entgelt und definiert in Art. 5 I der RL insoweit, dass die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen (einschließlich des Entgelts) der Leiharbeitnehmer während der Dauer ihrer

[61] BT-Drs. 18/9557, S. 41.

[62] Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeitsmarkt in Zahlen – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg, Juli 2016, S. 13, 14.

Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen entsprechen müssen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären. Auch Art. 157 AEUV definiert klar und deutlich, was unter gleichem Entgelt zu verstehen ist. So heißt es in Art. 157 II AEUV: „Unter "Entgelt" im Sinne dieses Artikels sind die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt (…)". Die Definition von Art. 157 AEUV kann ohne Weiteres auch in das AÜG übernommen werden.

d) Der neue § 611a BGB

Deutlich hinter den Vereinbarungen im Koalitionsvertrag bleibt der Regierungsentwurf auch hinsichtlich der Regelungen zur Bekämpfung des Missbrauchs von Werkverträgen zurück. So fehlt der im Koalitionsvertrag angekündigte und im BMAS-Referentenentwurf vom 16.11.2015 noch vorhandene Kriterienkatalog für die Abgrenzung missbräuchlichen und ordnungsgemäßen Fremdpersonaleinsatzes. Zudem findet, anders als im Koalitionsvertrag vorgesehen, das Thema Gewährleistung des Arbeitsschutzes für Werkvertragsnehmer keine Erwähnung im Regierungsentwurf, auch eine entsprechende Adressierung an die Bundesländer findet sich dort nicht.[63] Die Unterlassung der Etablierung entsprechender Abgrenzungskriterien, aber auch die fehlenden Regelungen zum Arbeitsschutz sind folgenreich, denn Werkverträge und freie Dienstverträge gehören mittlerweile zur alltäglichen Praxis im Arbeitsleben; sie sind ebenso wie Scheinwerk- und Scheindienstverträge weit verbreitet.

aa) Das vorgesehene Weisungsrecht bezüglich der Dauer der Arbeitszeit

Die im Regierungsentwurf gewählte Formulierung in § 611a BGB beschränkt sich weitgehend auf die Wiedergabe des Wortlauts des § 106 GewO, der das Weisungsrecht des Arbeitgebers regelt, erweitert diesen allerdings um den Zusatz des Weisungsrechts hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit. Dies dürfte Folge einiger aktueller BAG-Entscheidungen sein, die in anderem Kontext den Begriff des Arbeitnehmers und das Weisungsrecht definieren und dort, ohne diesen Kriterien eine eigenständige Bedeutung zu zumessen, § 106 GewO um die Formulierung der Dauer der Arbeitszeit erweitert haben.[64] Gemäß § 106 GewO ist die Dauer der Arbeitszeit nicht vom Weisungsrecht des Arbeitgebers gedeckt. Das Weisungsrechts hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit existiert allenfalls im Rahmen der seit 2005 existierenden BAG-Rechtsprechung im Bereich von Arbeit auf Abruf und, erkennt man diese Rechtsprechung an, auch nur in den vom BAG im Rahmen der 2005 gesetzten Grenzen.[65] Der seitens der Bundesregierung angedachte § 611a BGB hingegen erstreckt das Weisungsrecht des Arbeitgebers entgegen der Rechtsprechung uneingeschränkt nicht nur auf Fragen von Arbeit auf Abruf und ist in diesem Punkt daher problematisch, irreführend und deshalb abzulehnen.

bb) Das Merkmal der Eigenart der Tätigkeit

Die im Regierungsentwurf angedachte § 611a BGB-Regelung ist insoweit zu begrüßen, als sie erstmals ansatzweise den Begriff des Arbeitnehmers in Abgrenzung zum Begriff des Selbständigen (§ 84 HGB) gesetzlich definiert. Allerdings soll sich laut Regierungsentwurf der Grad der persönlichen Abhängigkeit als das entscheidende Merkmal für das Vorliegen eines Arbeitnehmerstatus u.a. auch nach der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit richten. Zwar wird das Merkmal der Eigenart der Tätigkeit in einigen BAG-Urteilen für die Frage der Erbringung fremdbestimmter Tätigkeit verwendet, da es vereinzelt Arbeiten gibt, die aus sich heraus eine Fremdbestimmtheit mit sich bringen. Jedoch sollte dieses Kriterium anders als derzeit im Regierungsentwurf vorgesehen für die Frage der persönlichen Abhängigkeit nicht in den Vordergrund gestellt und auf diese Art in unzulässiger Weise für die Frage der Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft verallgemeinert werden.[66]

cc) Fehlender Kriterienkatalog zur Abgrenzung

Die angedachte Neureglung des § 611a BGB trägt mangels präzisierender typologischer Kriterien nicht zu mehr Transparenz und Rechtssicherheit hinsichtlich der Frage der Abgrenzung von missbräuchlichem und ordnungsgemäßem Fremdpersonaleinsatz bei. Zur Gewährleistung rechtsicherer Abgrenzung ist zu empfehlen, dass die im BMAS-Entwurf vom 16.11.2015 in § 611a II BGB enthaltenen Kriterien zum Vorliegen einer Arbeitnehmerstellung wieder in den aktuellen Regierungsentwurf aufgenommen werden, zusätzlich ergänzt um das eine Arbeitnehmerstellung ebenfalls kennzeichnende Kriterium „kein unternehmerisches Auftreten am Markt" (dazu auch Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 18/7370) und Antrag der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 18/9664)). Begrüßenswert wäre, wie im Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 18/7370) vorgeschlagen, erweiternd und differenzierend zum einen Kriterien für die Abgrenzung von Arbeitnehmern/Selbständigen/Scheinselbständigen aufzunehmen, zum anderen zusätzlich aber auch Kriterien zur Abgrenzung von verdeckter Leiharbeit, also Abgrenzungsfragen hinsichtlich des Drittpersonaleinsatzes, zu regeln. Notwendig ist zudem die Wiederaufnahme der ursprünglich im BMAS-Referentenentwurf vom 16.11.2015 enthaltenen Vermutungsregelung, wonach widerleglich vermutet wird, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt, wenn die Deutsche Rentenversicherung Bund nach § 7a des Vierten Sozialgesetzbuches das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses festgestellt hat. Zudem sollte eine

[63] Siehe auch hierzu Absenger et al., Leiharbeit und Werkverträge – Das aktuelle Reformvorhaben der Bundesregierung, WSI-Report Nr. 32, 10/2016.
[64] Siehe z.B. BAG 21.7.2015 – 9 AZR 484/14.
[65] BAG 7.12.2005 – 5 AZR 535/04; siehe zur Kritik an dieser Rechtsprechung Zeibig, KAPOVAZ, in: Buschmann et al., Unsichere Arbeits- und Lebensbedingungen in Deutschland und Europa, Baden-Baden 2014, S. 178ff.
[66] Siehe z.B. BAG 21.7.2015 – 9 AZR 484/14.

widerlegbare Vermutung des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses aufgenommen werden, wenn eine bestimmte Anzahl der in § 611a BGB dann genannten Kriterien vorliegt (so 2 von 8 oder 3 von 8), so auch im von 1999-2003 geltenden § 7 IV SGB IV a.F.

Notwendig ist in Anlehnung an § 22 AGG zudem eine Beweislastumkehr (so auch Antrag der Fraktion DIE LINKE BT-Drs. 18/9664).[67]

e) Widerspruchsrecht und Sanktionen

Der Regierungsentwurf verschärft in begrüßenswerter und notwendiger Weise die Sanktionen, die bei Verstößen gegen das neue AÜG eintreten.

aa) Das vorgesehene Widerspruchsrecht

Umstritten ist, ob – wie es der Regierungsentwurf derzeit vorsieht – ein Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers hinsichtlich der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher notwendig ist.[68] Im Hinblick auf § 613a BGB hatte das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass im Rahmen eines Betriebsübergangs das Arbeitsverhältnis automatisch auf den Erwerber übergeht und deshalb aus Gründen der Berufsfreiheit und des Selbstbestimmungsrechts dem Arbeitnehmer ein Widerspruchsrecht zustehen muss für den Fall, dass er nicht beim Erwerber tätig sein will.[69]

Problematisch ist die Regelung zum Widerspruchsrecht im Regierungsentwurf in ihrer derzeitigen Gestalt u.a. insofern, als die Fristen, die für die Erklärung des Widerspruchs für den Leiharbeitnehmer vorgesehen sind, aufgrund ihrer Kürze und des Zeitpunkts des Beginns zu Lasten der Leiharbeitnehmer gehen. Die Wirksamkeit des Widerspruchs des Leiharbeitnehmers setzt Rechtskenntnisse voraus. Der Leiharbeitnehmer muss wissen, dass er widersprechen kann, er muss zudem wissen, ab welchem Zeitpunkt die Widerspruchsfristen laufen und dass er schriftlich innerhalb eines Monats erklären muss, dass er am Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhalten will. Anders als beim Betriebsübergang nach § 613a BGB wird der Leiharbeitnehmer vorab nicht über sein Widerspruchsrecht, dessen Inhalte sowie Form- und Fristanforderungen belehrt, zumindest ist dies im Regierungsentwurf derzeit nicht vorgesehen. Bei § 613a BGB läuft die einmonatige Widerspruchsfrist hingegen nur, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor Betriebsübergang ordnungsgemäß über den Betriebsübergang und sein Widerspruchsrecht informiert hat. Sollte das Widerspruchsrecht beibehalten werden, sollten die Fristen für den Widerspruch des Leiharbeitnehmers erst zu laufen beginnen, wenn der Entleiher oder Verleiher den Leiharbeitnehmer auf die Fiktion des Arbeitsverhältnisses und die Möglichkeit des Widerspruchs hingewiesen hat.

Problematisch ist das Widerspruchsrecht im Regierungsentwurf auch insofern, als es ermöglicht, dass der Leiharbeitnehmer durch die Ausübung des Widerspruchsrechts verhindern kann, dass ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher entsteht und damit die insoweit bezweckten „Sanktionswirkungen“ mit all ihren Folgen (z.B. § 266a StGB, § 28e SGB IV etc.) erheblich abgeschwächt werden. Problematisch ist das Widerspruchsrecht auch in Fällen, in denen der Verleiher aufgrund Entzugs der Verleiherlaubnis den Leiharbeitnehmer nicht mehr weiterbeschäftigen darf und ihn folglich entlassen muss.[70]

Soll gewährleistet werden, dass es letztendlich in der Entscheidungsgewalt des Leiharbeitnehmers liegt, zu welchem Arbeitgeber er ein Arbeitsverhältnis begründet, muss darüber nachgedacht werden, wie die angesprochenen Probleme gelöst werden können.

bb) Sanktionen bei Kettenverleih

Hinsichtlich der Sanktionen im neuen AÜG wäre zudem erforderlich, dass auch Verstöße gegen das Verbot des Kettenverleihs mit der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses sanktioniert werden; die derzeitige Regelung des § 10a AÜG des Regierungsentwurfs sanktioniert den Kettenverleih derzeit nur dann mit der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses, wenn dem Entleiher über den bloßen Kettenverleih ein zusätzlicher Verstoß gegen das AÜG vorwerfbar ist, wie z.B. das Fehlen einer Leiharbeitserlaubnis etc.

f) Das Verbot des Streikbrechereinsatzes

aa) Folgen des eingeschränkten Streikbrecherverbots

Anders als das bisherige AÜG sieht der Regierungsentwurf erfreulicherweise für den Fall von Arbeitskämpfen ein – allerdings ein im Vergleich zum Koalitionsvertrag und zu den Entwürfen vom 16.11.2015 und 17.2./14.4.2016 relativiertes – Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als sog. Streikbrecher vor. In den früheren BMAS-Referentenentwürfen war noch ein uneingeschränktes Verbot des Streikbrechereinsatzes dahingehend geregelt, dass der Entleiher Leiharbeitnehmer nicht einsetzen darf, soweit sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Die im Regierungsentwurf angedachte Neuregelung führt zu Rechtsunsicherheiten und Beweisproblemen hinsichtlich der Frage der zulässigerweise noch auszuübenden Tätigkeiten und sind schon deshalb abzulehnen. Notwendig ist vielmehr ein umfassendes und uneingeschränktes Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern in Betrieben, die unmittelbar von Arbeitskämpfen betroffen sind (so auch Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN BT-Drs. 18/7370). Schutzwürdige Interessen

[67] So auch Brors/Schüren, Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern, Gutachten für das MAIS NRW, Februar 2014.

[68] Für entbehrlich siehe Brors, AÜG-Reform: Ist das geplante Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers verfassungsrechtlich notwendig?, in: NZA 11/2016, S. 672ff. Für erforderlich halten dies u.a. BAG 26.9.2013 – 8 AZR 775/12 (A); grundsätzlich Ulber/Stang, AuR 2015, 250ff.

[69] Siehe dazu z.B. BVerfG 25.1.2011 – 1 BvR 1741/09.

[70] Siehe dazu Ulber, Der Referentenentwurf des BMAS sowie der Gesetzentwurf des Bundesrats zur Änderung des AÜG und anderer Gesetze, Gutachten Januar 2016, unter: http://www.bund-verlag.de/zeitschriften/arbeitsrecht-im-betrieb/aktuelles/Bewertung-des-Referentenentwurfs-des-BMAS-zur-Aenderung-des-AUeG-und-anderer-Gesetze-7-1-2016.pdf.

von Leiharbeitnehmern stehen dem Streikbrecherverbot nicht entgegen, weil Leiharbeitnehmer typischerweise gerade nicht frei darin sind, zu entscheiden wo, sie eingesetzt werden wollen.

Das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher ist auch verfassungsrechtlich gerechtfertigt,[71] weil der Einsatz von Streikbrechern geeignet ist, die Folgen von Streiks in Entleihbetrieben völlig leer laufen zu lassen und damit Gewerkschaften insoweit jeder Kampfkraft zu berauben. Die bisherige Regelung des bloßen Leistungsverweigerungsrechts war nicht ausreichend, um Kampfparität zu gewährleisten. Denn Leiharbeitnehmer gehören zu den am wenigstens geschützten Beschäftigtengruppen; wie andere atypisch Beschäftigte kennen sie kaum ihre Rechte[72] und werden aus Angst vor Repressalien von ihrem ihnen bisher zustehenden Leistungsverweigerungsrecht keinen Gebrauch machen. Leiharbeit ist derart flexibel, dass sich der Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher hervorragend eignet, um das Streikrecht von Gewerkschaften in der Entleihbranche leerlaufen zu lassen. Der Gesetzgeber ist verpflichtet Kampfparität zu gewährleisten; Kampfparität ist nicht mehr gewährleistet, wenn sich rückgehende Tarifbindung, geringer gewerkschaftlicher Organisationsgrad, eingeschränktes Streikrecht und unverhältnismäßige Möglichkeiten von Arbeitskampfgegenmaßnahmen auf Arbeitgeberseite kumulieren.

Das derzeit im Regierungsentwurf vorgesehene Streikbrecherverbot ist zudem unvollständig, da die Einbeziehung von Leiharbeitnehmern des Konzerns bzw. von gelegentlicher Leiharbeit fehlt. Insoweit ist das Streikbrecherverbot noch zu erweitern.

bb) Gewährleistung Lohnfortzahlung auch bei streikbedingtem Verbot des Einsatzes

Zudem muss hinsichtlich des Streikbrecherverbots sichergestellt werden, dass der Verleiher auch in Zeiten des streikbedingten Einsatzverbots von Leiharbeitnehmern im Entleihbetrieb den Lohn gemäß § 615 BGB weiterzahlen muss bzw. für einen Einsatz in einem nicht bestreikten Betrieb sorgen muss.[73] Schon aufgrund der Gesetzesbegründung ist davon auszugehen, dass es nicht beabsichtigt ist und auch nicht sein kann, dem Leiharbeitnehmer bei Etablierung gesetzlicher Beschäftigungsverbote wie dem Verbot des Streikbrechereinsatzes das Vergütungsrisiko aufzuerlegen.[74]

g) Weiteres zum Regierungsentwurf

aa) Fehlen von Mitbestimmungsrechten

Im Regierungsentwurf fehlt die Etablierung von Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmervertretungen in Sachen Leiharbeit und Werkverträge (dazu auch Antrag der Fraktion DIE LINKE - BT-Drs. 18/9664). Die Neuregelungen sind leider nur Klarstellungen und bleiben hinter den Festlegungen im Koalitionsvertrag zurück, die vorsehen, die Informations- und Unterrichtungsrechte sicherzustellen. Die Regelungen des Regierungsentwurfs sind zwar insofern zu begrüßen, als sie Transparenz schaffen und Streitigkeiten über den Umfang der entsprechenden Informations- und Unterrichtungsrechte reduzieren. Den Betriebsräten fehlt derzeit in Anbetracht der Ausweitung von Leiharbeit und Werkverträgen jedoch das notwendige Handwerkszeug zur Begrenzung von Leiharbeit und Werk- bzw. freien Dienstverträgen (Gleiches gilt für Personalräte). Mitbestimmungsrechte fehlen bezüglich der Dauer des Einsatzes dieser Personen sowie hinsichtlich der Anzahl von Leiharbeitnehmern beim Entleiher. Es fehlen auch Mitbestimmungsrechte im Kontext von Personalplanung (bisher nur Beratungsrecht), Beschäftigungssicherung (bisher nur Beratungsrecht) sowie bei Umstrukturierungen und Betriebsänderungen (nur Erzwingbarkeit Sozialplan nicht aber Interessenausgleich). Zudem fehlen Zutrittsrechte des Verleihbetriebsrates zum Entleihbetrieb, um dort unter Arbeitsschutz- und Eingruppierungsgesichtspunkten die Arbeitsplätze seiner im Entleihbetrieb eingesetzten Leiharbeitnehmer prüfen zu können.

bb) Nichtmitzählen von Leih-AN bei § 112a BetrVG

Problematisch sind die im Regierungsentwurf enthaltenen Regelungen, dass Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten des § 112a BetrVG bei Betriebsänderungen, die nur in der Entlassung von Arbeitnehmern bestehen und eine zwingende Sozialplanpflicht auslösen, nicht mitzählen sollen. Das ist sachwidrig, da das Bundesarbeitsgericht 2011 entschieden hat, dass Leiharbeitnehmer im Entleihbetrieb bei anstehenden Betriebsänderungen im Hinblick auf die Frage der Anwendbarkeit des § 111 BetrVG und die mit diesem verbundenen Interessenausgleichsverhandlungen bei der Ermittlung der Unternehmensgröße mitzuzählen sind.[75] Sind Leiharbeitnehmer im Entleihbetrieb im Rahmen von § 111 BetrVG mitzuzählen, muss dies auch für § 112a BetrVG gelten. Beide Paragrafen, § 111 BetrVG und § 112a BetrVG, erfassen Fälle von Personalabbau und widmen sich Fragen von Betriebsänderungen (§ 111 bei Fragen von Betriebsänderungen insgesamt durch Umstellung der Arbeitsorganisation, Personalreduzierung durch Aufhebungsverträge, Arbeitgeberkündigungen usw., § 112a bei Personalabbau durch betriebsbedingte Entlassungen). Schon aus Gründen der Rechtseinheitlichkeit sollten Leiharbeitnehmer bei allen Schwellenwerten der Betriebsverfassung im Entleihbetrieb generell mitgezählt werden, insbesondere auch bei § 112a BetrVG.

cc) Nichtberücksichtigung vor dem 1.1.2017 liegender Einsatzzeiten bei Inkrafttreten

[71] A.A. u.a. Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 14/2016, Juni 2016.
[72] Siehe dazu Fischer et al., Situation atypisch Beschäftigter und Arbeitszeitwünsche von Teilzeitbeschäftigten, IAB-Forschungsprojekt im Auftrag des BMAS, Juli 2015, S. 71.
[73] So auch Brors/Schüren, Missbrauch von Werkverträgen und Leiharbeit verhindern, Gutachten für das MAIS NRW, Februar 2014, S. 20.
[74] So auch Bauer/Haußmann, Arbeiten verboten! – Das neue Streikbrecherverbot für Leiharbeitnehmer, in: NZA 13/2016, S. 803ff.
[75] Siehe dazu BAG 18.10.2011 – 1 AZR 335/10.

Problematisch ist der Regierungsentwurf auch in insoweit, als er verglichen mit den Referentenentwürfen des BMAS vom 16.11.2015 und 17.2./14.4.2016 vorsieht, dass bei Inkrafttreten des Gesetzes zum (voraussichtlich) 1.1.2017 Überlassungszeiten, die vor diesem Zeitpunkt liegen, weder bei der Berechnung der dann geltenden Höchstüberlassungsdauer, noch bei der Berechnung der Wartezeiten für equal pay Berücksichtigung finden sollen. Die früheren Gesetzentwürfe ließen hingegen vor dem 1.1.2017 liegende Überlassungszeiten nur bei der Höchstüberlassungsdauer unberücksichtigt. Das bedeutet, das ab Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform von Leiharbeit und Werkverträgen, Überlassungszeiten erst ab dem Tag des Inkrafttretens für die Frage der Höchstüberlassungsdauer und das Erreichen der Anwartschaftszeiten von equal pay zählen. Bereits vorher überlassene Leiharbeitnehmer können damit weitere 18 Monate (bei vorhandener zulässiger Verlängerungsregelung noch länger) beim Entleiher eingesetzt werden und müssen auf equal pay warten. Auch dies wirkt der Zielsetzung der Rückführung von Leiharbeit auf ihre Kernfunktion – die Abdeckung von Auftragsspitzen und Personalschwankungen – und dem Schutz der Leiharbeitnehmer entgegen.

Weitere wichtige Punkte zum Regierungsentwurf Reform Leiharbeit und Werkverträge siehe Absenger et al., Leiharbeit und Werkverträge – Das aktuelle Reformvorhaben der Bundesregierung, WSI-Report Nr. 32, 10/2016.

2. Der Antrag der Fraktion DIE LINKE (BT-Drs. 18/9664)

Hinsichtlich des Antrags der Fraktion DIE LINKE ist über die Verweisungen im obigen Text hinaus Folgendes anzumerken:

a) Zahlung Flexibilitätsausgleich in Höhe von 10 % des Bruttogehalts

Der Antrag BT-Drs. 18/9664 der Fraktion DIE LINKE sieht einen Prekaritätszuschlag in Höhe von 10 % des Bruttogehalts vor (so auch der entsprechende Punkt im Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in BT-Drs. 18/7370) und erinnert an die Leiharbeitsregelungen in Frankreich, wo trotz equal pay ab dem ersten Tag Leiharbeitnehmer einen Prekaritätszuschlag von 10 % erhalten. Dieser Vorschlag ist insbesondere in Anbetracht der niedrigen Einkommen von Leiharbeitnehmern zu begrüßen; zudem wäre diese Regelung auch verfassungsrechtlich in Anlehnung an die Argumentation zum gesetzlichen Mindestlohn zu rechtfertigen.

b) Einführung Synchronisationsverbots

Ebenfalls zu begrüßen ist die seitens der Fraktion DIE LINKE vorgeschlagene Wiedereinführung des Synchronisationsverbots. Die Wiedereinführung ist ausdrücklich zu begrüßen, da die Mehrheit der Leiharbeitnehmer befristet ist und sich die Befristungsdauer idR an der geplanten Einsatzdauer orientiert. Leiharbeit ist insoweit doppelt prekär; Prekarität, die Leiharbeit als solche mit sich bringt kumuliert mit der Prekarität, die die Beschäftigung als befristet beschäftigter Leiharbeitnehmer mit sich bringt. Um zu gewährleisten, dass Leiharbeitnehmer nach Ende des Einsatzes nicht arbeitslos werden, ist es erforderlich, dass die Dauer des Leiharbeitsverhältnisses von der Dauer des Einsatzes losgelöst wird; dies ist nur durch Wiedereinführung des Synchronisationsverbots möglich. Die Wiedereinführung würde eine Reduzierung der Befristung von Leiharbeitsverhältnissen bewirken. Dies ist auch deshalb wichtig, weil befristet beschäftigte Leiharbeitnehmer noch weniger Schutz genießen als unbefristet angestellte Leiharbeitnehmer, zumal der EuGH bereits wiederholt entschieden hat, dass die befristet Beschäftigten Schutz gewährende EU-Teilzeit- und Befristungsrichtlinie 1999/70/EG nicht für befristet beschäftigte Leiharbeitnehmer gilt.[76]

c) Festlegung Sozialstandards bei Werkverträgen

Auch der Vorschlag der Festlegung von Sozialstandards bei Werkverträgen ist zu begrüßen – gerechtfertigt durch die Anlehnung an die öffentliche Auftragsvergabe und die Notwendigkeit der Einhaltung sozialer Mindeststandards zur Gewährleistung von Grundrechten und Schutzvorschriften. Insbesondere ist die Einhaltung sozialer Standards auch wichtig im Hinblick auf die digitalisierungsbedingte Zunahme sogenannter Plattformökonomie (Crowdworking).

3. Der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 18/7370)

Hinsichtlich des Antrags der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 18/7370) ist über die Verweisungen im obigen Text hinaus Folgendes anzumerken:

a) Vereinheitlichung der Abgrenzungskriterien im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht

Zu begrüßen ist der Vorschlag der Vereinheitlichung der Kriterien für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht aus den im Antrag der Fraktion genannten Gründen. Auch die unterschiedlichen genutzten Formulierungen in den drei Rechtsgebieten bieten Anlass zur Vereinheitlichung. So knüpft das Arbeitsrecht an den Arbeitnehmerbegriff an, das Sozialrecht an den Begriff der Beschäftigung und das Steuerrecht an den Begriff des Einkommens aus unselbständiger Tätigkeit.

b) Einführung eines Verbandsklagerechts für Gewerkschaften

Zu begrüßen ist zudem der Vorschlag der Einführung eines Verbandsklagerechts für Gewerkschaften bei Missbrauch von Leiharbeit und Werk- bzw. Dienstverträgen. Dieses sollte allerdings beschränkt werden auf Fälle von Verstößen gegen gesetzliche Mindeststandards und Fälle mit Kollektivbezug.

[76] Siehe EuGH 11.4.2013 – C-290/12.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**755neu**

14. Oktober 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 17. Oktober 2016 zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

b) Antrag der Abgeordneten Klaus Ernst, Jutta Krellmann, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Etablierung von Leiharbeit und Missbrauch von Werkverträgen verhindern – BT-Drucksache 18/9664

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Corinna Rüffer, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen verhindern - BT-Drucksache 18/7370

IG Metall

Die IG Metall begrüßt die mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf zum Ausdruck kommende Bereitschaft der Bundesregierung, die im Koalitionsvertrag vereinbarte Begrenzung des Missbrauchs von Leiharbeit und Werkverträgen auch gegen erhebliche Widerstände aus Wirtschaftskreisen gesetzlich zu verankern.

Die Neuregelungen im AÜG zur **Gleichstellung** (§ 8) und zur **Höchstüberlassungsdauer** (§ 1 Abs. 1b) enthalten **klare Vorgaben**, lassen aber gleichzeitig **Spielraum für tarifliche Lösungen**.

Positiv hervorzuheben sind die **differenzierten Öffnungsklauseln** für **Branchentarifverträge**, die jeweils den Tarifvertragsparteien eine abweichende Regelung ermöglichen, die für die zu regelnde Materie rechtlich und tatsächlich zuständig sind. Bei der Bezahlung sind dies die Tarifvertragsparteien der Verleihbranche, in der die Arbeitsverhältnisse der Leiharbeitsbeschäftigten angesiedelt sind. Bei der Einsatzzeit bzw. Höchstüberlassungsdauer sind dies die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche, da sich nur dort entscheidet, ob der Einsatz eines Leiharbeitsbeschäftigten „vorübergehend“ ist und damit den europarechtlichen Vorgaben gerecht wird. Denn die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft zum Einsatz bei einem Dritten ist generell Inhalt des Leiharbeitsverhältnisses und damit – abgesehen von den verleihfreien Zeiten – ein Dauerzustand.

Die gegen die Differenzierung der Öffnungsklauseln vorgebrachte, verfassungsrechtlich begründete Kritik ist nicht stichhaltig, da Tarifverträge der Verleihbranche keine verpflichtende Wirkung für Einsatzbetriebe entfalten und somit auch die Einsatzdauer in diesen Betrieben nicht wirksam regeln können. Demnach ist eine Öffnungsklausel zur Höchstüberlassungsdauer für die Tarifvertragsparteien der Verleihbranche weder erforderlich noch zielführend. Denn es kann immer nur anhand des konkreten Einsatzes beurteilt werden, ob die gesetzliche oder (abweichend geregelte) tarifvertragliche Höchstüberlassungsdauer eingehalten wird. Wenn auch die Tarifvertragsparteien der Verleihbranche die Höchstüberlassungsdauer abweichend regeln dürften, entstünden zudem Widersprüche zwischen tariflichen Regelungen, die nicht im Wege der für Tarifverträge üblichen Kollisionsregeln aufgelöst werden könnten. Denn beide Tarifverträge bezögen sich nicht auf dasselbe Arbeitsverhältnis.

Im Übrigen waren es in der Vergangenheit stets die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche, denen es durch entsprechende Durchsetzungsstärke in den letzten Jahren gelungen ist, die Bedingungen der Leiharbeitsbeschäftigten kontinuierlich zu verbessern.

Nur der vom Gesetzesentwurf gewählte, differenzierte Ansatz bei den Öffnungsklauseln ermöglicht es, die in Verleih- und Einsatzbranchen bestehenden

und bewährten Tarifverträge im Grundsatz beizubehalten. Gleichzeitig verpflichten die neuen Vorgaben die Tarifvertragsparteien zu entsprechenden Anpassungen:

- In den Branchenzuschlagstarifverträgen für die Verleihbranche sind die Zuschlagsstufen bis zur Erreichung von Equal Pay anzupassen.
- Tarifverträge der Einsatzbranche müssen künftig eine Höchstüberlassungsdauer regeln.

Dem erklärten Ziel, einem Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen entgegenzuwirken, entspricht auch die gelungene **Neuregelung** in § 1 Abs. 1 Satz 4 und 5 zur **Bezeichnung** des Vertragsverhältnisses als Arbeitnehmerüberlassung und zur **Konkretisierung** *vor* Beginn des Einsatzes. Diese Regelung schiebt der Praxis des beliebigen Statuswechsels zwischen (Schein-)Werkvertrag und Leiharbeit einen wirksamen Riegel vor.

Bedauerlich ist allerdings, dass der Gesetzentwurf an einigen Stellen hinter seine Vorgängerversionen zurückgefallen ist. Anzumerken sind hier:

1. Die **Abgrenzung von Werk- bzw. Dienstverträgen** zu Arbeitsverhältnissen, die mit der nun vorgeschlagenen Fassung des § 611a BGB nicht eindeutig geklärt wird. Die gesetzliche Regelung beschränkt sich auf die Wiedergabe der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze, ohne selbst klare Entscheidungshilfen zu liefern. Die IG Metall hätte daher für detailliertere Fallbeschreibungen und diese ergänzende, handhabbare Vermutungsregeln plädiert – ähnlich wie in den Vorgängerversionen des Gesetzesentwurfs. Zielsetzung jeder Abgrenzungsregelung muss es sein, die Betriebsparteien, d.h. die betrieblichen Praktiker, in die Lage zu versetzen, ohne rechtswissenschaftliche Expertise zu erkennen, ob es sich um einen Scheinwerkvertrag handelt oder nicht.

   Das beschriebene Manko ließe sich – leichter noch – dadurch beheben, dass für den Betriebsrat des Einsatzbetriebes in Bezug auf den Einsatz von Werk- und Dienstleistungsverträgen ein sanktionsbewehrtes Mitbestimmungsrecht geregelt würde.

2. Da die **Höchstüberlassungsdauer** an der Person des Leiharbeitsbeschäftigten und nicht am eingesetzten Arbeitsplatz anknüpft, stellt sich aus unserer Sicht die Gefahr von rotierenden Einsatzsystemen („Drehtüreffekt“) dar, die dazu dienen, die maximal zulässige Überlassungsdauer zu umgehen. Das Gleiche gilt hinsichtlich der Fristen bis zum Erreichen des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Solche Effekte hat es bereits vor dem Hintergrund der bereits bestehenden Gesetzeslage gegeben und wird sich nach unserer Einschätzung, aber auch nach Einschätzung der Betriebsräte in der Leiharbeit, verstärken.

   Umso wichtiger ist die Öffnungsklausel für die Tarifpartner der Entleihbranche zur Höchstüberlassungsdauer und der Verleihbranche für Tarifregelungen zur Vereinbarung von Entgeltstufen, die an das Vergleichsentgelt heranführen. Diese ermöglichen branchenbezogene Lösungen für die Beschäftigten der Leiharbeitsbranche, die nicht in Zwangsabmeldungen von Entleihungen enden.

3. Der **Gesetzesentwurf** hat hinsichtlich der Unterbrechung der einsatzbezogenen Fristen ursprünglich eine **Karenzzeit** von sechs Monaten vorgesehen, diese beträgt im aktuellen Entwurf nur noch drei Monate. Damit entspricht sie zwar Regelungen in den Tarifverträgen der IG Metall über Branchenzuschläge und den Einsatz von Leiharbeit in der Metall- und Elektroindustrie. Diese tariflichen Regelungen sind 2012 im Rahmen einer Tarifrunde entstanden, als es vergleichbare gesetzliche Regelungen noch nicht gab. Sie sind deshalb aus unserer Sicht als „Modell“ für eine gesetzliche Regelung nicht geeignet, da der Gesetzentwurf potentielle Umgehungsmöglichkeiten möglichst weitgehend eindämmen sollte.

Insgesamt wertet die IG Metall aber die nun vorliegende Regelung als einen begrüßenswerten Schritt in Richtung mehr Ordnung am Arbeitsmarkt und damit auch im Interesse der dort beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Die IG Metall organisiert in dieser Branchen über 40.000 Beschäftigte und ist für deren Interessenswahrung verantwortlich. Wir sehen in dem Gesetzesentwurf eine gute Basis, deren Interessen auch in Zukunft tarifpolitisch wirksam zu vertreten.

Wesentlich ist dabei für uns, dass durch die vorliegende Regelung die Rolle sowohl der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche als auch der Entleihbranche gestärkt werden. Dies trägt unserem Anliegen für eine generelle Stärkung von Tarifbindung und Tarifautonomie Rechnung.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**756**

13. Oktober 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 17. Oktober 2016 zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

b) Antrag der Abgeordneten Klaus Ernst, Jutta Krellmann, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Etablierung von Leiharbeit und Missbrauch von Werkverträgen verhindern – BT-Drucksache 18/9664

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Corinna Rüffer, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen verhindern - BT-Drucksache 18/7370

Prof. Dr. Stefan Sell

Vorbemerkungen

Im **Koalitionsvertrag** zwischen CDU, CSU und SPD aus dem Dezember 2013 findet man die folgende Absichtserklärung:

„*Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen verhindern*

Rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen zulasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern müssen verhindert werden. Dafür ist es erforderlich, die Prüftätigkeit der Kontroll- und Prüfinstanzen bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit zu konzentrieren, organisatorisch effektiver zu gestalten, zu erleichtern und im ausreichenden Umfang zu personalisieren, die Informations- und Unterrichtungsrechte des Betriebsrats sicherzustellen, zu konkretisieren und verdeckte Arbeitnehmerüberlassung zu sanktionieren. Der vermeintliche Werkunternehmer und sein Auftraggeber dürfen auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht bessergestellt sein, als derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Der gesetzliche Arbeitsschutz für Werkvertragsarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer muss sichergestellt werden.

Zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden werden die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt.

Arbeitnehmerüberlassung weiterentwickeln

Wir präzisieren im AUG die Maßgabe, dass die Überlassung von Arbeitnehmern an einen Entleiher vorübergehend erfolgt, indem wir eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten gesetzlich festlegen. Durch einen Tarifvertrag der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche oder aufgrund eines solchen Tarifvertrags in einer Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung können unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Stammbelegschaften abweichende Lösungen vereinbart werden ... Die Koalition will die Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen hin orientieren ... Die Koalitionspartner sind sich darüber einig, dass Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmer künftig spätestens nach neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitnehmern gleichgestellt werden.“ (Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 18. Legislaturperiode, Berlin, 14.12.2013, S. 49-50)

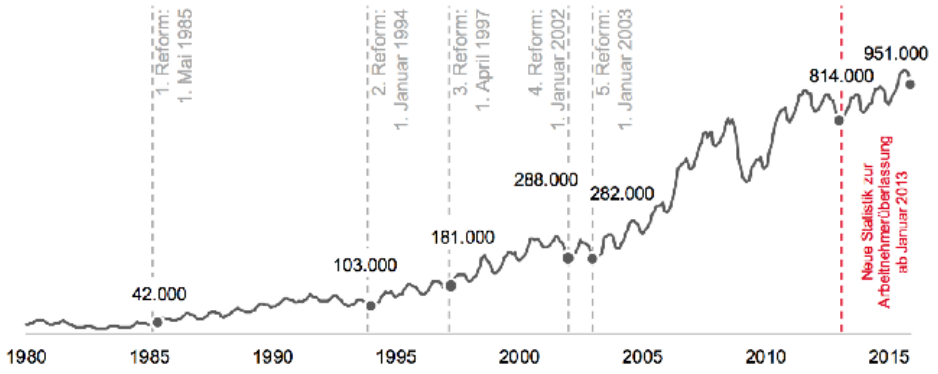
Der vorliegende Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (BT-Drs. 18/9232) ist nun der gesetzgeberische Umsetzungsversuch dieser Vereinbarung.

Einen ersten Referentenentwurf zur Umsetzung des Koalitionsvorhabens hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales am **16.11.2015** vorgelegt, dieser wurde jedoch kurze Zeit später wieder zurückgezogen. Weitere Referentenentwürfe des Ministeriums folgten am **17.2.2016** und **14.4.2016**. Am **1.6.2016** hat die Bundesregierung einen Kabinettsbeschluss zur Reform von Leiharbeit und Werkverträgen vorgelegt, der nun als BT-Drs. 18/9232 Gegenstand der Anhörung ist.

Exkurs: Zur quantitativen Entwicklung der Leiharbeit und der gesetzgeberischen Veränderungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Quantitative Entwicklung der Leiharbeit in Deutschland und wichtige gesetzgeberische Veränderungen des AÜG

Entwicklung der Anzahl von Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmern
Bestand; Reformen der Arbeitnehmerüberlassung



Datenquelle: Statistik der Bundesagentur für Arbeit

Reformen und Änderungen im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung
Datum des Inkrafttretens

1. Januar 1982	Verbot der Arbeitnehmerüberlassung im Bauhauptgewerbe			
1. Januar 1985	Verlängerung der Überlassungshöchstdauer von 3 auf 6 Monate		Verlängerung der Regelung zum 1. März 1990 bis 31. Dezember 1995	
1. Januar 1994	Verlängerung der Überlassungshöchstdauer von 6 auf 9 Monate bis 31. Dezember 2000		Aufhebung des Synchronisationsverbots für von der BA zugewiesene schwer vermittelbare Arbeitslose	
1. Januar 1997	Verlängerung der Überlassungshöchstdauer von 9 auf 12 Monate	Zulassung der Synchronisation vor Ersteinsatz und Arbeitsvertrag beim erstmaligen Verleih	Erlaubnis einmaliger Befristung ohne sachlichen Grund	Wiederholte Zulassung lückenlos aufeinander folgender Befristungen mit dem selben Leiharbeitnehmer
1. Januar 2002	Verlängerung der Überlassungshöchstdauer von 12 auf 24 Monate		Gleichstellung nach 12 Monaten	
1. Januar 2003	Wegfall des Synchronisations- und Wiedereinstellungsverbots und der Überlassungshöchstdauer	Einschränkung des Überlassungsverbots im Baugewerbe	Gleichstellungsgrundsatz sofern keine abweichenden Tarifvereinbarungen	
1. Januar 2009	Gesetz zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität schafft gesetzlich die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Kurzarbeit in der Zeitarbeit (bis 31. Dezember 2011)			
30. April 2011	Einführung der Drehtürklausel		Schaffung der Möglichkeit für eine Lohnuntergrenze	
1. Dezember 2011	Umsetzung der EU-Leiharbeitsrichtlinie (u.a. Schaffung des Anwendungsbereichs des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes)			
1. Januar 2012	Einführung einer Lohnuntergrenze bis 31. Oktober 2013, ab 1. April 2014: Zweite Verordnung Lohnuntergrenze (bis zum 31. Dezember 2016)			

Der Anteil der Leiharbeitnehmer an der Gesamtbeschäftigung liegt bei knapp 3 Prozent.
15 Prozent der Zugänge in Arbeitslosigkeit aus Beschäftigung am ersten Arbeitsmarkt erfolgen aus der Leiharbeit.
Mehr als jeder Zweite übt eine Helfertätigkeit aus (alle Beschäftigte: jeder Fünfte).
Mehr als die Hälfte der Leiharbeitsverhältnisse endet nach weniger als drei Monaten.

Quelle der Abbildungen: Bundesagentur für Arbeit (2016): Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg, Juli 2016, S. 5 und 7

Die zeitliche Übersicht verdeutlicht die fortschreitende Deregulierung der Leiharbeit in Deutschland in mehreren Schritten seit Mitte der 1980er Jahre über entsprechende Änderungen des 1972 eingeführten AÜG, die sich vor allem erkennen lässt an der stufenweisen Verlängerung der zulässigen Höchstüberlassungsdauer der Arbeitnehmerüberlassung.

1985 wurde die Dauer der möglichen Überlassung von Leiharbeitnehmern an Entleiher von 3 auf 6 Monate erhöht, 1994 auf 9 Monate, 1997 auf 12 Monate und 2002 auf 24 Monate. 2003 wurde die Beschränkung der Überlassungshöchstdauer im Rahmen der sog. Hartz-Gesetze ganz aufgehoben, 2011 aufgrund der in Deutschland umzusetzenden EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG auf vorübergehende Überlassung beschränkt – allerdings mit dem Problem, dass der Terminus „vorübergehende Überlassung" bislang umstritten ist. Unklar ist bislang nicht nur die Frage nach der (noch) zulässigen Dauer, ohne die Anforderung der „vorübergehenden" Überlassung zu verletzen, sondern auch die ebenso grundsätzliche Frage eines Arbeitsplatz- oder Arbeitnehmerbezugs dieses Kriteriums, was einen enormen Unterschied macht.

Dieser Punkt ist von großer Bedeutung für eine Frage bzw. ein Ziel aus dem Koalitionsvertrag: „Die Koalition will die Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen hin orientieren." Aber was sind „die Kernfunktionen" der Leiharbeit? Diese wurden im Koalitionsvertrag nicht weiter präzisiert.

Ist die Kernfunktion der Leiharbeit der Abbau von Auftragsspitzen oder/und die (angebliche) Integration von Geringqualifizierten in den Arbeitsmarkt über einen Einstiegs- und vor allem Klebeeffekt der Leiharbeit? Gerade der letzte Punkt wird immer wieder gerne von den Befürwortern der Leiharbeit ins Feld geführt.

Der Grundgedanke hinter dieser Funktionszuschreibung: Eine Funktion der Leiharbeit sollte die Möglichkeit sein, dass Leiharbeiter nach ihrem Einsatz eine normale Beschäftigung im Entleihunternehmen aufnehmen (Klebeeffekt). Die Zeitarbeit fungiert dann ähnlich wie die befristete Beschäftigung als verlängerte Probezeit. Die Frage nach dem „Klebeeffekt" ist schon seit Jahren immer wieder diskutiert worden, die empirischen Befunde hierzu sind mehr als ernüchternd: „Langzeitarbeitslose, die sofort einen Job außerhalb der Leiharbeit gefunden haben, sind auch noch eineinhalb Jahre danach signifikant häufiger außerhalb der Leiharbeit tätig als Langzeitarbeitslose, die erst einmal einen Job in der Leiharbeit angenommen haben ... Somit zeigen die deskriptiven Auswertungen, dass für ehemals Arbeitslose mittels Leiharbeit keine breite Brücke, sondern wohl eher ein schmaler Steg aus der Arbeitslosigkeit in Beschäftigung außerhalb der Branche führt", bilanzierten bereits Lehmer/Ziegler (2010: 8). Und ein zweites Beispiel: Eine Studie im Auftrag der Bertelsmann Stiftung ermittelte einen Klebeeffekt für sieben Prozent der Zeitarbeitskräfte. Der Klebeeffekt findet in kleinen öfter als in großen Betrieben statt. Die Wirkungsforschung zu den Folgen der Hartz-Gesetze, in dessen Rahmen die Leiharbeit dereguliert wurde, bilanzierte zum Klebeeffekt: „Die mit Leiharbeit ebenfalls erhofften Klebeeffekte sind relativ gering und spielen lediglich im Bereich qualifizierter Tätigkeiten eine nennenswerte Rolle." (vgl. Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung 2012).

Ein „klassische" Sichtweise auf Leiharbeit – wenn man nicht grundsätzlich die Existenzberechtigung dieser besonderen Art und Weise des Personaleinsatzes ablehnt – fokussiert auf den Charakter der Überbrückungsfunktion der Leiharbeit, sei es für Auftragsspitzen oder für einen temporären Arbeitsausfall innerhalb der Stammbelegschaft. Daraus resultiert die zwingende Logik eines nur vorübergehenden Verleihs von Arbeitnehmer/innen an den Entleiher. Das ist die Kernfunktion der Leiharbeit. Damit wird die Sicherstellung eines eben auch nur vorübergehenden Verleihs ein zentrales Prüfkriterium auch für die vorliegenden gesetzgeberischen Änderungen.

Bei der notwendigerweise selektiven Beurteilung des vorliegenden Gesetzentwurfs sollen die zentralen Komponenten der Architektur der Arbeitnehmerüberlassung abgehandelt werden. Eine umfassende Analyse und in vielerlei Hinsicht zutreffend kritische Bewertung der Materie findet man in der umfassenden Stellungnahme von Absenger et al. (2016).

Gleichsam als „roter Faden" meiner Stellungnahme fungiert die Fragestellung, ob sich die in mehrfacher Hinsicht ausgeprägte gegebene Asymmetrie der Beziehungen im Dreieck Verleiher – Leiharbeitnehmer – Entleiher zuungunsten der Leiharbeitskräfte mit den im Gesetzentwurf normierten Änderungen abschwächen lässt und ob die seit langem als Problem erkannte und auch kritisierte Schnittstelle zwischen Werk- und Dienstverträgen auf der einen und Arbeitnehmerüberlassung auf der anderen Seite einer adäquaten Lösung zugeführt wird.

Die Höchstüberlassungsdauer als notwendige Voraussetzung für eine Begrenzung der Leiharbeit auf ihre Kernfunktion auf dem Arbeitsmarkt

Folgt man der dargelegten zentralen Funktionszuschreibung der Leiharbeit, dann ist es zwingend, die Überlassungsdauer zu begrenzen, da ansonsten der nur temporäre Einsatz des entliehenen Personals in eine Dauerbeschäftigung außerhalb der eigenen Belegschaft (aber zugleich eingebunden in den Betrieb) möglich wird.

Die Zielsetzung des Koalitionsvertrags hinsichtlich der Überlassungsdauer lässt sich auf diese Formel eindampfen: 18 (+ x).

Damit ist das hier gemeint: Die Präzisierung des „vorübergehenden" Verleihs soll durch eine Fixierung der zulässigen Höchstdauer auf 18 Monate präzisiert werden – zugleich werden „abweichende Lösungen" durch tarifvertragliche Regelungen in Aussicht gestellt.

Was ist daraus geworden? Auch hier wieder ein Formel-Ansatz:

18 + (ohne Obergrenze) oder (24).

Die Dauer des Einsatzes von Leiharbeit soll auf 18 Monaten begrenzt werden (§ 1a AÜG-E). Sogleich folgt allerdings die Umsetzung der (+ x)-Öffnungsklausel, denn in einem Tarifvertrag (der Tarifpar-

teien der Einsatzbranche wohlgemerkt) können abweichenden Regelungen und eine längere Einsatzdauer vereinbart werden. Damit gibt es im Fall der tarifvertraglichen Regelung nach oben keine definierte Grenze bei der Überlassungsdauer, festgelegt werden muss nur eine Höchstdauer, die von den 18 Monaten nach oben abweichen kann.

Diese Option gilt aber nicht nur für tarifgebundene Unternehmen auf der Entleiher-Seite, denn: Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages der Einsatzbranche können auch nicht tarifgebundene Entleiher von der Höchstüberlassungsdauer abweichende tarifvertragliche Regelungen durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen übernehmen. Bei denen wird dann aber eine zweite Höchstüberlassungsdauergrenze eingezogen, die bei 24 Monate liegt, denn der § 1a AÜG-E sieht eine solche Grenze vor (die nur bei den nicht-tarifgebundenen Unternehmen erwähnt wird), um sogleich einzuschränken soweit nicht durch diesen Tarifvertrag eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen festgelegt ist.

Offensichtlich geht hier einiges durcheinander. Das Ziel einer Stärkung der Tarifparteien wird erkennbar, zugleich aber hinten rum wieder ausgehebelt. Zugleich handelt man sich möglicherweise Folgeprobleme ein hinsichtlich der verfassungsrechtlich angreifbaren Frage nach der Koalitionsfreiheit. Das kann hier nicht beurteilt werden. Aber die offen proklamierte Absicht, mit der Regelung eine Stärkung der Tarifvertragsebene zu erreichen, erschließt sich mit dem vorliegenden Entwurf in keiner Hinsicht, denn die zitierte Öffnungsklausel konterkariert im Ergebnis die Besserstellungsabsicht der Tarifebene, da den nicht-tarifgebundenen Unternehmen ein weitgehend gleicher Vorteil ermöglicht wird, so dass mehr als begründungsbedürftig ist, wo hier eine anvisierte Stärkung der Tarifbindung angereizt werden soll. Eher das Gegenteil ist der Fall.

Darüber hinaus kann und muss man die Grundsatzfrage aufwerfen, ob insgesamt gesehen hier nicht die eigentliche Funktionslogik von tarifvertraglichen Regelungen auf den Kopf gestellt wird, wenn man denn davon ausgeht, dass es deren Kernfunktion sein sollte, die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer möglichst besser auszugestalten als die bei den nicht-tarifgebundenen Unternehmen. Hier wird aber durch einen Tarifvertrag eine Abweichung ermöglicht, bei dem sich die betroffenen Leiharbeitnehmer schlechter stellen als würde es nur die gesetzliche Begrenzung auf 18 Monate geben.

Um eine Analogie aus einem anderen hoch problematischen Arbeitsmarktsegment - der „Arbeit auf Abruf“ - zu bemühen: Arbeit auf Abruf ist in § 12 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG) geregelt und liegt vor, wenn Beschäftigte ihre Arbeitsleistung entsprechend des betrieblichen Arbeitsanfalls – also nach Bedarf – zu erbringen haben. Der Arbeitgeber kann kurzfristig die Lage und teilweise auch das Volumen der von dem/der Beschäftigten zu erbringenden wöchentlichen Arbeitsleistung festlegen. Der/die Beschäftigte in Arbeit auf Abruf ist immer nur dann zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitseinsatz mindestens vier Tage im Voraus angekündigt wird. Schaut man sich den § 12 TzBfG genauer an, dann entdeckt man bei einem minimalen Schutzniveau für die betroffenen Arbeitnehmer (mindestens zehn Stunden pro Woche, wenn nichts vereinbart wurde und mindestens vier Tage im Voraus Information über die Lage der Arbeitszeit) ein tarifvertragliche Öffnungsklausel und die auch hier nach unten: Denn im Absatz 3 des § 12 TzBfG heißt es: „Durch Tarifvertrag kann von den Absätzen 1 und 2 auch zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden, wenn der Tarifvertrag Regelungen über die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit und die Vorankündigungsfrist vorsieht. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen über die Arbeit auf Abruf vereinbaren.“ Die sowieso nicht üppigen Schutzvorschriften für die Arbeitnehmer können durch tarifvertragliche Regelungen - die ja eigentlich einer Besserstellung der Arbeitnehmer zu dienen haben - noch unterlaufen werden. Und gleichsam als Krönung gibt es dann die Option für nicht-tarifvertraglich organisierte Arbeitgeber (und Arbeitnehmer) in diesem Fall einer schlechteren Regelung für die Arbeitnehmer als im Gesetz sich auf den Tarifvertrag, den man ja ansonsten nicht befolgen will, zu beziehen, um davon auch profitieren zu können (vgl. dazu Sell 2016).

Aber die Regelung der Überlassungshöchstdauer im vorliegenden Gesetzentwurf ist noch in weiteren zwei zentralen Punkten keine Verbesserung für die betroffenen Arbeitnehmer:

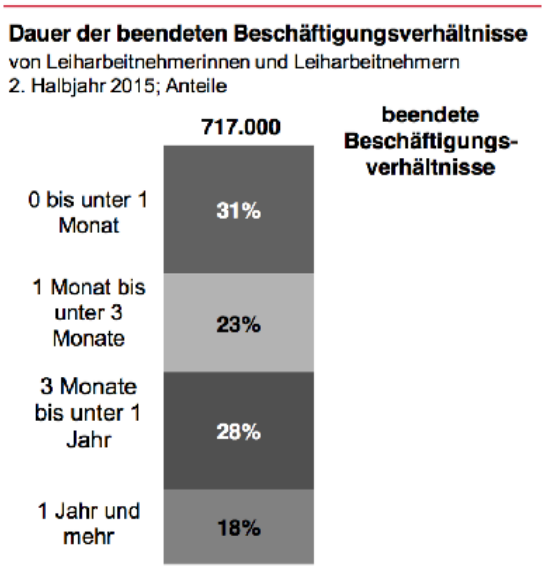
Zum einen hat man sich entschieden, statt einer arbeitsplatzbezogenen Definition des „vorübergehenden“ Verleihs eine arbeitnehmerbezogene Abgrenzung zu wählen. Anders formuliert: Die zeitliche Überlassungsgrenze gilt nur für Personen, nicht für Arbeitsplätze. Mit gravierenden Folgewirkungen, denn das ermöglicht es dem Entleiher eine nach wie vor zeitlich unbegrenzte Inanspruchnahme von Leiharbeit auf ein und demselben Dauerarbeitsplatz in seinem Unternehmen, man muss jetzt nur die arbeitnehmerbezogene Grenze einhalten und den betroffenen Leiharbeiter nach 18 Monaten austauschen gegen einen neuen Leiharbeiter. Das ist natürlich eine schwere Verletzung der angeblich angestrebten Definition von „vorübergehend“.

Zum anderen muss auf eine deutliche Verschlechterung einer Regelung gegenüber dem ersten Referentenentwurf vom 16.11.2016 hingewiesen werden, die sich auf die Person des Leiharbeitnehmers bezieht: Zeiträume vorheriger Überlassung werden angerechnet, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als drei Monate liegen. In einem ersten Referentenentwurf betrug dieser Zeitraum noch sechs Monate. Die kurze Frist von drei Monaten wird für Verleihunternehmen und Arbeitgeber unter Zuhilfenahme von Überbrückungsleistungen der Agentur für Arbeit (Arbeitslosengeld) oder der Jobcenter (Arbeitslosengeld II) kein Hindernis für den dauerhaften Einsatz von Leiharbeitern darstellen. Deshalb sollte diese Frist an den ursprünglichen Ansatz wieder angepasst werden.

Mit den im Entwurf normierten Regelungen wird der dauerhafte Einsatz von Leiharbeitern weiter ermöglicht und die möglichen Vorteile der Tarifbindung (z.B. Quotierung der maximalen Zahl der Leiharbeit) steht in keinem Verhältnis zur dauerhaften (prekären) Beschäftigung in der Leiharbeit.

Im Ergebnis kann durch eine Fluktuation von Leiharbeitern ein und derselbe Arbeitsplatz und die damit verbundene Tätigkeit durch Leiharbeiter erfüllt werden, die dann auch nicht in den Genuss von gleichen Lohn für gleiche Arbeit (Equal Pay) kommen, da der Gesetzentwurf eine Lohnangleichung erst nach neun Monaten vorsieht. Arbeitgeber können damit Aufgaben und Arbeitsbereiche dauerhaft von niedrig entlohnten Leiharbeitern bearbeiten lassen und die Risiken des flexiblen Arbeitsmarktes tragen allein die Beschäftigten, nicht die Arbeitgeber.

Grundsätzlich muss man allerdings die Frage nach der Relevanz der 18 (+ x)-Regelung stellen, wenn man sich die tatsächlichen Verweildauern der Leiharbeitnehmer anschaut:



Quelle der Abbildung: Bundesagentur für Arbeit (2016): Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg, Juli 2016, S. 14

Über die Hälfte der Leiharbeitnehmer beenden innerhalb von drei Monaten ihr Beschäftigungsverhältnis, nur bei 18 Prozent von ihnen findet das nach einem Jahr statt.

Eine Höchstüberlassungsdauer sollte daher wesentlich niedriger angesetzt werden und nicht durch einen Tarifvertrag unterlaufen werden können.

„Equal Pay"! Oder doch nicht?

Die Zielformulierung im Koalitionsvertrag ist eigentlich eindeutig: „Die Koalitionspartner sind sich darüber einig, dass Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmer künftig spätestens nach neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitnehmern gleichgestellt werden." Und wie wird das jetzt umgesetzt? Aus 9 wird 9, aber auch 15.

Auch hier treffen wir wieder auf die angesprochene nicht unproblematische Funktionalität tarifvertraglicher Regelungen im Sinne einer Öffnungsklausel nach unten. Also die 9 Monate werden ins Gesetz geschrieben, aber eben auch: Tarifliche Abweichungen von equal pay sollen zwar grundsätzlich nur noch für 9 Monate möglich sein, aber sie können auf bis zu 15 Monate ausgeweitet werden, wenn die tariflichen Regelungen nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen hinsichtlich des Arbeitsentgelts eine stufenweise Heranführung an equal pay vorsehen.

Und das ist überrascht jetzt nicht wirklich: Nicht-tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer können die Anwendung der vom equal pay-Grundsatz abweichenden tariflichen Regelungen durch arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln vereinbaren äquivalent zur Regelung bei der Höchstüberlassungsdauer.

Und auch hier treffen wir wieder auf die 3 Monate: Zeiträume vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher sind auf die Wartezeit von equal pay anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen nicht mehr als drei Monate liegen. Wenn sie darüber hinaus reichen, dann fängt das Spiel wieder von vorne an. Auch hier ist eine deutliche Verschlechterung zum ersten Entwurf aus dem November 2015 zu erkennen, denn dort gab es den Vorschlag einer 6-Monatsfrist.

Im Entwurf fehlt zudem eine gesetzliche Definition von Equal Pay, die dringend notwendig ist. Es ist nicht geklärt, ob Sachbezüge anzurechnen sind und wenn ja, welcher Wertsatz dafür zugrunde gelegt wird. Absehbar sind entsprechende gerichtliche Klärungsprozesse.

Fazit: Mit dem Gesetzentwurf sollen Leiharbeiter den Stammarbeitnehmern nach neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts gleichgestellt werden. Aber auch in diesem Fall kann durch einen Tarifvertrag davon abgewichen werden. Da mehr als die Hälfte der Leiharbeitsverhältnisse nach weniger als drei Monaten endet, wird diese Regelung weitgehend wirkungslos verpuffen.

Durch den Gesetzentwurf entpuppt sich der Tarifvertrag als Einfallstor für prekäre Beschäftigung. Den Vorteilen tarifvertraglicher Regelungen, wie die z.B. die Verbesserung der Arbeitsbedingungen oder Übernahmeregelungen, stehen die gravierenden Nachteile einer dauerhaften Beschäftigung zu Niedriglohnbedingungen entgegen. Wenn den Tarifparteien durch den Gesetzentwurf Freiräume für die verantwortungsvolle Gestaltung wesentlicher Aspekte der Wirtschafts- und Arbeitsbeziehungen eingeräumt werden sollen, dann sollte der Gesetzgeber die weitgehende Tariflosigkeit in vielen Wirtschaftsbereichen berücksichtigen, die durch wirksamere Mechanismen bekämpft werden müsste als die Zementierung prekärer Beschäftigung in der Leiharbeit durch Tarifverträge. Insgesamt wird sich die Situation für die Leiharbeiter mit dem Gesetzentwurf nicht verbessern, sondern eher verschlechtern.

Die einfachste Lösung des Problems wäre natürlich die Gewährung von equal pay ab dem ersten Tage der Beschäftigung, maximal eine vorgeschaltete, allerdings eng begrenzte Einarbeitungszeit mit einer abgesenkten Vergütung.

Missbrauch bei Werkverträgen

Wenn verdeckte Arbeitnehmerüberlassung offenkundig wird, kann bisher der vermeintliche Werkvertragsunternehmer eine Verleiherlaubnis vorhalten und die Beschäftigung nachträglich in ein Leiharbeitsverhältnis umwandeln. Der Gesetzentwurf verfolgt das Ziel, die Funktion der Verleiherlaubnis als Reservefallschirm abzuschaffen. Hierfür nutzt der Gesetzentwurf aber eine unzureichende Regelung, die praxisfern anmutet.

Wenn verdeckte Arbeitnehmerüberlassung offenkundig wird, begründet dies in der Regel ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher. Der Gesetzentwurf sieht vor, dass Leiharbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses widersprechen können und dadurch das Arbeitsverhältnis zum Erstverleiher bestehen bleibt. In der Praxis werden sich kaum Fälle finden lassen, bei der Leiharbeiter bei verdeckter Arbeitnehmerüberlassung nicht ein reguläres Arbeitsverhältnis beim Entleiher anstreben würden. Außerdem besteht die Gefahr, dass sich die vermeintlichen Werkvertragsunternehmen durch eine Bevorratung von Widerspruchsschreiben der Leiharbeiter absichern, die bei Bedarf geltend gemacht werden. An dieser Stelle sind weitere rechtswidrige Konstellationen denkbar und der Gesetzentwurf ist nicht dafür geeignet, die Verleiherlaubnis als Reservefallschirm rechtssicher einzudämmen.

Die Kritik an der im Gesetzentwurf vorgesehenen Widerspruchsregelung wird seit längerem vorgetragen. Ich verweise hier nur beispielhaft Schüren/Fasholz 2015.

„Indessen legt die Regelung ist dem vorausschauenden Verleiher und dem vorsichtigen Entleiher nahe, alle Arbeitnehmer, die im Rahmen eines dubiosen Werk- oder Dienstvertrags überlassen werden, eine solche Erklärung vor Arbeitsantritt beim Kunden vorsorglich unterschreiben zu lassen. Dann könnte die neue Regelung tatsächlich ein „Riesenproblem“ lösen: Der fingierten Arbeitsverhältnisse zum Endlager mit der anknüpfenden Beitragspflicht in den Zweigen der Sozialversicherung wären weg.

Will das BMAS den großen „Reservefallschirm“ Überlassungserlaubnis beseitigen – und dann durch viele kleine Reservefallschirme ersetzen? So wie der Vorschlag jetzt ist, gleicht die schriftliche Erklärung der möglicherweise illegal überlassenen Arbeitnehmer, sie wollten beim Verleiher bleiben, in ihrer Wirkung den teils dubiosen Entsendebescheinigungen (A1), die bei ausländischen Scheinwerkunternehmen „zur Sicherheit“ für die Mitarbeiter aus der Heimat mitgebracht werden und die so ein fingiertes Arbeitsverhältnis bei illegaler Überlassung seit 2006 verhindern.“ (Schüren/Fasholz 2015: 1475).

Die Bundesregierung begründet die Regelung so: Das Widerspruchsrecht soll den Schutz der freien Wahl des Arbeitsplatzes gem. Art. 12 GG gewährleisten und sie bezieht sich dabei auf eine angeblich entsprechende Regelung beim § 613 a BGB, also beim Betriebsübergang. Brors (2016) hat das zutreffend auseinandergenommen.

Dem Leiharbeitnehmer fehlen für den Widerspruch die erforderlichen Informationen, da anders als in § 613 a Absatz BGB in § 9 AUG des Entwurfs keine Unterrichtungspflicht geregelt ist. „Will man ein fundiertes Widerspruchsrecht, müsste man dem Leiharbeitnehmer einen Informationsanspruch wie in § 613 a V BGB geben – mit all den damit verbundenen Schwierigkeiten für Ver- und Entleiher“ (Brors 2016: 672).

„Ein uneingeschränktes Widerspruchsrecht schützt am Ende nur die Nutzer von illegaler Arbeitnehmerüberlassung. Es wird für den illegal entleihenden Arbeitgeber die Möglichkeit geschaffen, zentrale Schutzvorschriften für den Leiharbeitnehmer zu umgehen und den harten Sanktionen für illegales Entleihen (Nachzahlung von vorenthaltenem Lohn, Strafbarkeit wegen Beitragshinterziehung mit möglichen Freiheitsstrafen) zu entgehen. Die Regelung ist ein Anreiz für jeden Nutzer illegaler Leiharbeit sich diesen Widerspruch bereits bei Arbeitsaufnahme von jedem Fremdfirmenmitarbeiter geben zu lassen, um ein fingiertes Arbeitsverhältnis mit seinen zivil- und sozialrechtlichen Haftungsfolgen und einer möglichen Strafbarkeit wegen Beitragshinterziehung sicher auszuschließen. Widerspricht der Leiharbeitnehmer, bestehen keine Ansprüche gegen den Entleiher. Der Entleiher haftet nicht einmal als Bürge für die hinterzogenen Sozialversicherungsbeiträge. Ohne praktische Notwendigkeit und ohne Auftrag aus dem Koalitionsvertrag wird so die Rechtsposition des Leiharbeitnehmers verschlechtert.“ (Brors 2016: 672)

Man muss sich grundsätzlich verdeutlichen, was für eine Unwucht hier eingebaut wird: Für den Fall, dass ein Schweinwerkvertrag als solcher enttarnt wird und für den betroffenen, bislang illegal überlassenen Arbeitnehmer die für ihn im Regelfall ja positiven Folgen (beispielsweise Einstellung beim Entleiher und entsprechende Nachzahlungen), er das aber gar nicht will, sondern lieber bei seinem faktischen Verleiher bleiben möchte, baut man so eine missbrauchsanfällige Widerspruchserklärung in das Gesetz ein. Ist die Bundesregierung in der Lage, aus dem Leben einen einzigen Fall zu nennen, wo das mal so gewesen ist? Nein, es handelt sich um eine mehr als hypothetische Konstruktion, die aber gefährliche Kollateralschäden auslösen kann. Und das ohne erkennbare Not, denn wenn es wirklich jemand geben würde, der dann nicht zu dem faktischen Entleiher wechseln möchte, dann kann er doch darauf verzichten. Warum soll das mit einer Widerspruchsregelung vom Gesetzgeber ermöglicht werden, wenn es gleichzeitig aber keine Informationspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer gibt? Man muss nicht lange nachdenken, um zu erkennen, dass das keine hinreichend fundierte Regelung ist. Sie sollte in dieser Form nicht verabschiedet werden.

Die Regulierung der Werkverträge geht mit dem Gesetzentwurf nicht weit genug und wird nicht dazu beitragen, den Missbrauch bei Werkverträgen zu beenden. Die Konkretisierung der Arbeitnehmereigenschaft in § 611a, die die wesentlichen in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien übernimmt, ist lediglich eine Klarstellung bereits geltender Normen. Die in den verschiedenen Verfahren immer weiter abgeschwächte Kodifizierung wird nicht dazu beitragen, die häufig rechtlich problematischen Werkverträge zu verhindern. An dieser Stelle wären weitgehender Auskunfts- und Informationsrechte des Betriebsrats im Betriebsverfassungsgesetz notwendig,

den in den Betrieben kann der rechtsmissbräuchliche Einsatz am ehesten erfasst werden. Hierzu fehlen den Betriebsräten aber bisher die Informationen.

Literaturverzeichnis

Absenger, Nadine et al. (2016): Leiharbeit und Werkverträge. Das aktuelle Reformvorhaben der Bundesregierung. WSI-Report Nr. 32, Düsseldorf, Oktober 2016

Brors, Christiane (2016): AUG-Reform: Ist das geplante Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers verfassungsrechtlich notwendig?, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 11/2016, S. 672-675

Bundesagentur für Arbeit (2016): Der Arbeitsmarkt in Deutschland – Zeitarbeit – Aktuelle Entwicklungen, Nürnberg, Juli 2016

Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 18. Legislaturperiode, Berlin, 14.12.2013

Lehmer, Florian und Ziegler, Kerstin (2010): Brückenfunktion der Leiharbeit: Zumindest ein schmaler Steg. IAB-Kurzbericht Nr. 13/2010, Nürnberg

Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung (2012): Durchlässiger Arbeitsmarkt durch Zeitarbeit? Studie im Auftrag der Bertelsmann Stiftung, Gütersloh

Schüren, Peter und Fasholz, Sabrina (2015): Inhouse-Outsorucing und der Diskussionsentwurf zum AÜG – Ein Diskussionsbeitrag, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 24/2015, S. 1473-1478

Sell, Stefan (2016): Kapo - was? Der DGB nimmt mit der Arbeit auf Abruf das Schmuddelkind der Arbeitszeitflexibilisierung ins Visier, in: Aktuelle Sozialpolitik, 26.09.2016 (www.aktuelle-sozialpolitik.blogspot.de/2016/09/206.html)

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**760**

14. Oktober 2016

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 17. Oktober 2016 zum

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

b) Antrag der Abgeordneten Klaus Ernst, Jutta Krellmann, Matthias W. Birkwald, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.
Etablierung von Leiharbeit und Missbrauch von Werkverträgen verhindern
– BT-Drucksache 18/9664

c) Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Corinna Rüffer, Katja Keul, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Missbrauch von Leiharbeit und Werkverträgen verhindern - BT-Drucksache 18/7370

Professor Franz Josef Düwell

Rechtspolitische Einschätzung

Der Regierungsentwurf auf der BT-Drucks. 18/9232 ist das Ergebnis eines langwierigen Aushandlungsprozesses, an dem nicht nur die Koalitionspartner sondern auch die Sozialpartner und Branchenvertreter beteiligt waren. Er hat deshalb spürbar Kompromisscharakter. Das ist typisch für eine Paketlösung. Deshalb sind nicht alle Regelungen aus einem Guss und erscheinen bisweilen sogar widersprüchlich. Dennoch ist das Gesetzesvorhaben geeignet, einen Rechtsfortschritt zu bewirken; denn einige der bei der Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsrechts durch das Erste AÜG Änderungsgesetz im Jahre 2011 offen gelassenen Rechtfragen werden einer ersten Lösung durch den Gesetzgeber zugeführt. Angesichts der Dringlichkeit, die versäumte Rechtssetzung nachzuholen, ist deshalb das Vorhaben zu begrüßen, wenn gleich einige der im Entwurf enthaltenen Regelungen bereits in diesem Gesetzgebungsverfahren verbesserungsbedürftig sind. Zudem bedarf es weiter gesetzgeberischer Schritte. Deshalb ist in der nächsten Legislaturperiode eine Evaluation im Sinne einer Wirkungsanalyse der jetzt anstehenden Änderungen angebracht. Dazu ist eine Evaluationsklausel ein bewährtes Instrument. Es sollte auch hier eingesetzt werden. Zwar erstattet die Bundesregierung seit 1972 alle vier Jahre Bericht über die Erfahrungen bei der Anwendung des AÜG (Zwölfter Bericht auf der BT-Drucks. 18/673), hier sollte aber eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung verankert werden. Dabei sollt klargestellt werden, dass in diese Berichterstattung auch die Entwicklung des Fremdpersonaleinsatzes einbezogen werden muss. Dazu gehören insbesondere die in den Betrieben und Dienststellen von Arbeitnehmern anderer Arbeitgeber verrichteten Werk- und Dienstvertragsarbeiten (sog. Onsite-Werkverträge).

Einführung von Sanktionen bei nicht vorübergehender Überlassung.

Es werden endlich die für die Einhaltung des geltenden Rechts notwendigen aber überfälligen Sanktionen für den Fall der Rechtsverletzung eingeführt. Die fehlten bislang; denn die Reform des AÜG hat die Sanktionierung ausgespart. Das hat das BAG ausdrücklich festgestellt (Vgl. BAG, Urteil vom 10. Dezember 2013 – 9 AZR 51/13 –, BAGE 146, 3849. Diesen legislativen Fehler behebt der Gesetzentwurf. Er sieht für den Fall, dass die länger als vorübergehend Leiharbeitnehmer überlassen werden, drei Sanktionen vor: Erstens wird nach § 9 Abs. 1b AÜG-E i.V.m. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG-E ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entliehenen Leiharbeitnehmer und dem Entleiher begründet, sofern der Leiharbeitnehmer nicht erklärt, an der Vertragsbeziehung mit dem Verleiher festzuhalten. Zweitens droht dem Verleiher nach § 16 Abs. 1 Nr. 1e AÜG-E eine Geldbuße in Höhe von bis zu 30.000 Euro. Drittens droht dem Verleiher ein Widerruf der Überlassungserlaubnis

bzw. die Versagung ihrer Verlängerung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG-E.

Konkretisierung des Verbots der nicht vorübergehenden Überlassung

Das seit 2011 die Überlassungsdauer in § 1 Abs.1 Satz 2 AÜG begrenzende Merkmal „vorübergehend" wird in § 1 Abs. 1 Satz 4 und Abs. 1b AÜG-E näher konkretisiert. Dadurch wird den Beteiligten und den Aufsichtsbehörden durch die Vorgabe der Regelfrist von 18 Monaten die notwendige Orientierungshilfe gegeben, wie der unbestimmte Rechtsbegriff zu füllen ist (Zu den Gestaltungsmöglichkeiten der Tarifvertragsparteien und der Zulässigkeit einer tariflichen Zweckbefristung insbesondere für die Elternzeitvertretung siehe unten meine Darstellung zum Gestaltungsspielraum). Allerdings bestehen sowohl rechtspolitische als auch unionsrechtliche Bedenken gegen die vorgesehene Art der ausschließlich arbeitnehmerbezogenen Befristungsregelung, nach der nur verhindert wird, dass derselbe Leiharbeitnehmer vom Verleiher an denselben Entleiher ununterbrochen für 18 Monate überlassen wird. Werden die 18 Monate durch die als Sperre vorgesehene Zeit von drei Monaten unterbrochen, beginnt die Frist neu. Damit sind die in der Praxis bekannten Methoden, Leiharbeitnehmer auf denselben Dauerarbeitsplatz nach Art des Ping - Pong - Spiels oder der Besetzungskarussels auf Dauer zu überlassen, legalisiert. Das steht im Widerspruch zur Gesetzesbegründung. Danach soll mit der Begrenzung der Überlassungsdauer „die Funktion der Arbeitnehmerüberlassung als Instrument zur zeitlich begrenzten Deckung eines Arbeitskräftebedarfs" geschärft werden (BT-Drucks. 18/9232 S. 14). Zudem verfolgt der Gesetzgeber das Ziel: „Einer dauerhaften Substitution von Stammbeschäftigten wird entgegengewirkt" (BT-Drucks. 18/9232 S. 20). Mit der nach dem Koalitionsvertrag vom 13.12.2013 angestrebten „Rückführung auf die Kernfunktion der Leiharbeit", nach der aufgezeigten Entwurfsbegründung sowie auch nach dem Selbstverständnis Bundesregierung (Antwort der Bundesregierung auf Anfrage Düwell, ZESAR 2011, 449, 450; Forst, ZESAR 2011, 316, 317; Ulber, AuR 2010, 10, 11, Brors, ArbuR 2013, 108; der BT-Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 4.2.2014, BT-Drucks. 18/421 S. 2), müsste die Konkretisierung des Merkmals „vorübergehend" folgerichtig nicht isoliert auf die Person des Leiharbeitnehmers bezogen („arbeitnehmerbezogen") sein, sondern zumindest auch einen Arbeitsplatzbezug („arbeitsplatzbezogen") im Blick haben, um auch den Beschäftigungsbedarf zu berücksichtigen: Nur dann ist das Ziel der Verhinderung der Verdrängung der Stammarbeitnehmer erreichbar. Zu der mangelnden Zielerreichung des Regelungsansatzes kommen noch unionsrechtliche Bedenken im Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit den Anforderungen der EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG hinzu (vgl. Düwell, ZESAR 2011, 449, 450; Forst, ZESAR 2011, 316, 317; Ulber, AuR 2010, 10, 11, Brors, ArbuR 2013, 108). Die Arbeitnehmerüberlassung soll nach Erwägungsgrund 11 der EU-Richtlinie einem Flexibilisierungsbedarf des Entleihers Rechnung tragen und nach Art. 5 Abs. 5 der EU-Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten zudem Maßnahmen gegen einen Missbrauch durch aufeinanderfolgende Überlassungen ergreifen. Wird „vorübergehend" nur im Sinne eines zeitlich begrenzten Einsatzes eines bestimmten Leiharbeitnehmers definiert, werden aufeinanderfolgenden Überlassungen zur Bewältigung von Daueraufgaben zugelassen. Das haben bereits einige Obergerichte erkannt (z.B. LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 21.08.2014- 10 TaBV 671/14; LAG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 08.01.2014 - 3 TaBV 43/13). Sollte keine Ergänzung durch eine Berücksichtigung des dauerhaften Arbeitskräftebedarfs erfolgen, so ist mit Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV durch die vorlageberechtigten Gerichte für Arbeitssachen zu rechnen. Das kann der Gesetzgeber vermeiden, wenn er den vorübergehenden Bedarf nach dem Vorbild des Sachbefristungsgrundes in § 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG zur Voraussetzung der Zulässigkeit der Überlassung auf einen Arbeitsplatz beim Entleiher macht. Zusätzlich sollte er, um die Überbrückungsfunktion der Leiharbeit für Vertretungs- und kurzfristig eintretende Personalausfälle nutzbar zu machen, für die Überlassung auf Dauerarbeitsplätze den arbeitnehmerbezogenen Ansatz mit einer Höchstüberlassungsdauer regeln, wie dies in § 1 Abs. 1b AÜG-E unternommen wird. Nur dieser kombinierte Ansatz ist geeignet, die im der Entwurfsbegründung genannten Ziele zu erreichen.

Gestaltungsspielraum für die Tarifvertrags- und Betriebsparteien in § 1 Abs. 1b AÜG-E

Nach § 1 Abs. 1 Satz 4 iVm § 1 Abs. 1b Satz 1 und 3 AÜG-E kann die zulässige Überlassungshöchstdauer von 18 aufeinander folgenden Monaten durch die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche für tarifgebundene Entleiher in einem Tarifvertrag verkürzt oder verlängert werden. Diese Regelung soll sicherstellen, „das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung auch weiterhin flexibel und bedarfsgerecht einsetzen zu können" (Begründung zu Buchstabe c in der BT-Drucks. 18/9232 S.20). Der Gesetzentwurf setzt keine einheitliche Höchstfrist für von § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG-E abweichende tarifvertragliche Regelungen. Die in § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG-E bestimmte Höchstfrist von 24 Monaten (in der Begründung zu Buchstabe c in der BT-Drucks. 18/9232 S. 21 als „Obergrenze" bezeichnet) gilt nur den Sonderfall der mangelnden Tarifbindung des Entleihers. Dieser liegt vor, wenn auch in Betrieben eines nicht tarifgebundenen Entleihers von der in § 1 Abs. 1b Satz 5 AÜG-E für vergleichbare tarifgebundene Entleiher eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht werden soll, die in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG-E bestimmte Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten in einer Betriebsvereinbarung zu verlängern. Hier soll bewusst vom Gesetzgeber ein Anreiz für eine stärkere Tarifbindung gesetzt werden (Begründung zu Buchstabe c in der BT-Drucks. 18/9232 S. 21). Das entspricht dem Geist des Koalitionsvertrags. Dieses Regelungskonzept entspricht der Zielrichtung der Europäischen Richtlinie (Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 19. 11. 2008 über Leiharbeit, Amtsblatt EU 2008 I. 327/9). Es wird ein hohes Maß an Flexibilität ermöglicht. Soweit in der Entwurfsbegründung jedoch ausgeführt wird, „Durch den Tarifvertrag bzw. die auf Grund eines Tarifvertrags getroffene Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung muss eine zeitlich bestimmte Überlassungshöchstdauer sichergestellt sein" (Begründung zu Buchstabe c in der BT-Drucks. 18/9232

S. 21) ist das zu weitgehend. Im Fall einer sachgrundbezogenen Arbeitnehmerüberlassung bedarf es nicht zwingend einer starren zeitlichen Höchstgrenze. Das zeigt die Ausgestaltung des Befristungsrechts. Die Zweckbefristung von Arbeitsverträgen lässt nach § 3 Abs. 1 Satz 2 TzBfG nämlich die flexible zeitliche Dauer der Befristung zu. Die Übernahme dieser Gestaltungsmöglichkeit ist auch mit der Kernfunktion der Leiharbeit vereinbar, den nicht dauerhaften, sondern nur vorübergehenden Bedarf zu decken. Praktisch bedeutsam ist dies insbesondere in Vertretungsfällen der Elternzeit, die bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes reichen und in § 16 Abs. 3 BEEG bestimmten Fällen vorzeitig beendet werden kann. Für diesen Fall hat der Gesetzgeber in § 21 Abs. 3 BEEG sowohl die kalendermäßige Befristung als ausdrücklich auch die Zweckbefristung des Arbeitsvertrags zugelassen. Es macht wenig Sinn, der Arbeitnehmerüberlassung, die ebenso wie die Befristung von Arbeitsverträgen der Überbrückung des Personalengpasses dient, diese Gestaltungsmöglichkeit zu verwehren. Zudem liegt die Gestaltungsoption Zweckbefristung für die Arbeitnehmerüberlassung ausschließlich in der Hand der Tarifvertragsparteien. Deren Vereinbarungen kommt aufgrund ihrer Sachkunde und Verhandlungsstärke ein höheres Maß an Richtigkeitsgewähr als Vereinbarungen der Arbeitsvertragsparteien zu. Zwar ist die Bindung an starre kalendermäßige Fristen zwar nicht im Wortlaut des Gesetzestextes zum Ausdruck sondern nur in der Begründung zum Ausdruck gebracht, aber eine Klarstellung zumindest durch den Ausschuss erscheint angebracht. Eine Beschränkung der Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien durch die Bindung an die kalendermäßige Befristung ist nicht angebracht.

Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche

Nach dem bekannt gewordenen Gutachten „Tarif- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer auf die Sozialpartner der Einsatzbranchen begrenzten Tariföffnungsklausel zur AÜG-Höchstüberlassungsdauer“ erstattet im Auftrag des Interessenverbandes Deutscher Zeitarbeitsunternehmen – iGZ e.V. und des Bundesarbeitgeberverbands der Personaldienstleister – BAP e.V. vertreten die Autoren Hennssler und Höpfner die Ansicht, die Regelung in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E, nach der eine von 18 Monaten abweichende Höchstüberlassungsdauer nur durch einen Tarifvertrag der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche festgelegt werden könne, sei bereits tarifrechtlich nicht umsetzbar und verstoße außerdem sowohl gegen Art. 9 Abs.3 GG als auch gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Nach Ansicht der Gutachter umfasst die tarifvertragliche Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche nach § 1 Absatz 1b Satz 3 AÜG-E nur das an den Entleiher gerichtete Einsatzverbot des § 1 Absatz 1b Satz 1 Halbsatz 2 AÜG-E. Das Überlassungsverbot nach § 1 Absatz 1b Satz 1 Halbsatz 1 AÜG-E würde nach Erreichen der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer trotz eines anders lautenden Tarifvertrags der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche bestehen bleiben. Diese würden für die Regelung von Arbeitsbedingungen innerhalb der Verleihbranche keine Regelungskompetenz besitzen. Kurz gefasst: Die Einsatzbranche dürfe, aber könne nicht; die Zeitarbeitsbranche dürfe nicht, aber könnte. Dem ist entgegen zu halten, die Tariföffnungsklausel muss nicht nach Verleiher- und Entleiherbranche differenzieren. Der Gesetzentwurf sieht die Einführung einer gleichermaßen für Ver- und Entleiher geltenden Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten vor. Die mögliche Abweichung gilt dann für Ver- und Entleiher wiederum gleichermaßen. Geht man mit den Gutachtern von einer Differenzierung aus, wäre es folgerichtig, dass nur dann, wenn sowohl die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche als auch die der Verleihbranche einen in Bezug auf die Überlassungshöchstdauer gleichlaufenden Tarifvertrag vereinbaren würden, eine Abweichung von der gesetzlich festgelegten Überlassungshöchstdauer möglich wäre. Dann wäre dann ein zwingend mehrseitiger Tarifvertrag unter Beteiligung der Verleiher- und Einsatzbranche erforderlich. Diese dann hinsichtlich der Koalitionsautonomie wohl unbedenkliche, weil keine Tarifvertragspartei beschränkende Lösung, würde jedoch die Möglichkeit, von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer abzuweichen, für die praktische Tarifpolitik erheblich erschweren.

Die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche ist auch gegeben. Die tarifliche Regelung der Höchstüberlassungsdauer wird als Betriebsnorm iSv. § 4 Abs. 1 Satz 2 TVG für die im Einsatzbetrieb tätigen Leiharbeitnehmer bestimmt; denn die Regelung dient der Schaffung einer sinnvollen einheitlichen Ordnung für alle im Einsatztrieb tätigen Arbeitnehmer. Ähnlich wie bei einer als Betriebsnorm zulässigen Quotenregelung soll auch eine tarifliche Höchstüberlassungsdauer vor einer dauerhaft in Stammarbeiter und Leiharbeiter gespaltenen Belegschaft schützen. Einheitlich für Stammarbeiter und Leiharbeiter geltende tarifliche Bestimmungen sind im Rahmen des AÜG nicht neu. So gelten nach § 11 Abs. 6 AÜG tarifliche Arbeitsschutzregelungen der Einsatzbranche auch für Leiharbeitnehmer während ihrer Tätigkeit im Einsatzbetrieb. Für die Höchstüberlassungsdauer sollte nichts anderes gelten.

Missbrauch von Werk- und Dienstverträgen zur verdeckten Leiharbeit

Die bislang zugelassene Praxis, mit Hilfe einer auf Vorrat bereit gehaltenen Verleiherlaubnis, sich von allen Sanktionen freizustellen, ist ein Ärgernis. Die Privilegierung der Vorratserlaubnisinhaber gegenüber den Verleihern ohne Erlaubnis ist nicht gerechtfertigt. Nach eigenem Selbstverständnis stellt sich für alle verdeckt unter dem Deckmantel eines Scheinwerk- oder Scheindienstvertrags überlassende Verleiher die derzeitige Gesetzeslage als eine nützliche „Fallschirmlösung“ dar. In Umsetzung des Koalitionsvertrags wird durch das Gebot der Offenlegung in § 1 Abs.1 Satz 5 und 6, § 9 Nr. 1a AÜG-E dieser Missbrauch eingedämmt. Zugleich wird für den Fall der Rechtsverletzung in § 9 Nr. 1a iVm § 10 AÜG-E die vom BAG vermisste gesetzliche Sanktionierung durch Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher eingeführt. Dieses Handeln des Gesetzgebers ist dringend geboten; denn das BAG hat ausdrücklich erklärt, ein Verstoß gegen das Verbot der nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG führe ohne Einschreiten des Gesetzgebers nicht zum Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer, solange der

Verleiher die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderliche Erlaubnis habe (vgl. BAG, Urteil vom 12. Juli 2016 – 9 AZR 352/15 –, juris; BAG, Urteil vom 29. April 2015 – 9 AZR 883/13 –, juris). Nach dem Entwurf werden folgerichtig verdeckte Leiharbeitnehmerüberlassungen künftig die Rechtsfolge auslösen, dass mit dem Entleiher ein Arbeitsverhältnis begründet wird. Der heutige Gesetzgeber holt somit nach, was er 2011 bei der Änderung des AÜG versäumt hat.

Festhalten am Leiharbeitsvertrag bei illegaler Überlassung

Die Neuordnung der Unwirksamkeitsgründe des Leiharbeitsvertrags erfolgt in § 9 Abs. 1 und 2 AÜG-E. Die Unwirksamkeitsgründe erfassen jetzt drei Tatbestände:

1. Das Überlassen ohne Erlaubnis (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG-E).
2. Das verdeckte Überlassen (§ 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG-E).
3. Das zu lange Überlassen (§ 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG-E).

Unter Beibehaltung des bisherigen Rechts knüpft die Begründung eines Ersatz-Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher in § 10 AÜG an diese drei Unwirksamkeitsgründe an. Allerdings soll die Einführung eines neuartigen widerspruchartigen Rechts den Eintritt der Unwirksamkeitsfolge verhindern können. Voraussetzung ist, dass der Leiharbeitnehmer nach Beginn des vorgesehenen Überlassungszeitpunktes binnen eines Monats schriftlich gegenüber dem Verleiher oder Entleiher erklärt, trotz der Illegalität des Handelns seines Verleihers an dem an sich unwirksamen Arbeitsvertrag mit diesem Verleiher festhalten zu wollen. Die Einfügung dieses Hinderungsgrundes für das Zustandekommen des fiktiven Arbeitsverhältnisses zum Entleiher dient nicht der Umsetzung des Koalitionsvertrags; denn dort findet sich dafür kein Anhalt. Im wissenschaftlichen Schrifttum wird das Erfordernis einer derartigen Reglung bestritten. In der Praxis bestehen für das Wahlrecht des Leiharbeitnehmers kein echtes Bedürfnis, weil die in § 10 AÜG enthaltene Fiktionswirkung in der Regel vom Arbeitnehmer eingeklagt werden muss (vertiefend: Brors, NZA 2016, 672; Schüren, jurisPR-ArbR 19/2016 Anm. 1). Selbst der häufig angeführte Fall, dass über das Vermögen des Entleihers das Insolvenzverfahren eröffnet wird und der Leiharbeitnehmer wegen verdeckter oder überlanger Überlassung der Arbeitgeberwechsel nach §§ 9,10 AÜG zum Entleiher erfolgt, ist kein echter Beleg für die Erforderlichkeit der vorgesehenen Art der Festhaltenserklärung; denn der Fall, dass innerhalb des ersten Monats der Überlassung der Entleiher die Insolvenzeröffnung stattfindet ist äußerst selten. Die Festhaltenserklärung hätte einen höheren Gebrauchsnutzen, wenn sie die Frist an den Zeitpunkt anzuknüpfen, an dem Ver- oder Entleiher über die Unwirksamkeit des Leiharbeitsvertrages informieren. Erst dann stellt sich in der Praxis für den Leiharbeitnehmer die Frage, ob ihn gesetzliche Rechtsfolge für ihn nachteilig ist, z. B. weil ein Arbeitsverhältnis zu einem zahlungsunfähigen Unternehmen entstünde.

Zudem besteht die Gefahr, dass so die Nutzer von illegaler Arbeitnehmerüberlassung und von Scheinwerkverträgen mit der Festhaltenserklärung eine einfache Möglichkeit erhalten, die Sanktionen zu umgehen. Die große Mehrzahl von Leiharbeitnehmern ist nicht rechtskundig und wird sich insbesondere dann, wenn - wie hier in § 9 AÜG - kein schriftliches Aufklärungsgebot besteht, leicht zu einer Festhaltenserklärung bestimmen lassen. Die in § 9 Abs. 2 AÜG-E im Laufe der Beratungen eingefügte weitere Bestimmung, dass eine vor Fristbeginn abgegeben Erklärung unwirksam ist, vermag zwar rechtlich eine Sperre gegen den Missbrauch bilden, schon bei Aufnahme der Tätigkeit den vom Verleiher oder Entleiher vorgefertigten Widerspruch abzeichnen zu lassen. Aber die Vorschrift kann nicht die die Vordatierung entsprechender Erklärungen verhindern. Dem Leiharbeitnehmer wird es regelmäßig nicht gelingen, der ihm für die Vordatierung obliegenden Beweislast zu genügen. Gleiches gilt für die mögliche Anfechtung einer durch Nötigung abgepressten Erklärung. Dem könnte nur eine Umkehr der Beweislast abhelfen.

Im Fall der Überlassung ohne gültige Verleiherlaubnis wird zudem eine neue Missbrauchsmöglichkeit eröffnet. Deshalb kann zu Recht gesagt werden, dass § 9 Abs. 1 Nr.1 AÜG-E nicht die Lage der Leiharbeitnehmers sondern des rechtsbrechenden Verleihers und des mit ihm zusammenwirkenden Entleihers verbessert; denn der Entleiher braucht nicht mehr die Fiktion des Arbeitsverhältnisses zu fürchten und der Verleiher braucht sich nicht um die Beschädigung der Kundenbeziehung durch das vom Entleiher nicht gewünschte Zwangsarbeitsverhältnis zu sorgen, wenn es ihnen gelingt, den rechtsunkundigen Leiharbeitnehmer zur Abgabe der Festhaltenserklärung zu bestimmen.

Sollten die an der Gesetzgebung beteiligten Stellen die Festhaltenserklärung dennoch auf die Einführung des Institut der Festhaltenserklärung beharren, müsste deshalb zur Sicherstellung einer freien und informierten Entscheidung des Leiharbeitnehmers eine dem § 613a Abs. 5 BGB nachgebildete Aufklärungspflicht in § 9 Abs. 2 AÜG-E eingefügt werden. Verleiher und Entleiher und Entleiher müssten den Entleiher über den konkreten Unwirksamkeitsgrund und die in dieser Situation bestehende Wahlmöglichkeit unterrichten, ein Arbeitsverhältnis nach den Maßgaben des § 10 AÜG mit dem Entleiher zu begründen oder den an sich unwirksamen Arbeitsvertrag mit dem Verleiher zu den dann für den Leiharbeitnehmer ergebenden Bedingungen fortzusetzen. In entsprechender Anwendung der zum Widerspruchsrecht nach § 613a Abs. 6 BGB ergangenen Rechtsprechung müsste ferner klargestellt werden, dass der Fristlauf zur Abgabe der Erklärung solange gehemmt ist, bis eine ordnungsgemäße Unterrichtung erfolgt ist; denn erst diese setzt den Leiharbeitnehmer imstande, eine sachgerechten Entscheidung zu treffen.

Um die Kontrolldichte zu erhöhen und die Missbrauchsgefahr einzuschränken, bietet sich die Einfügung einer Anzeigepflicht an. Die beteiligten Verleiher und Entleiher sind zu verpflichten, eine Kopie der Festhaltenserklärung der für die Überprüfung der Leiharbeitserlaubnis der zuständigen Bunde-

sagentur und der für die Überwachung der Überlassung an Entleiher zuständigen Finanzkontrolle Schwarzarbeit zu übermitteln.

Bei Fortführung einer rechtswidrigen Überlassung trotz Festhaltenserklärung entsteht ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher, weil diese Erklärung für den fortgeführten rechtswidrigen Einsatz nicht greift (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 bis 1b AÜG-E). Schwieriger ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn der rechtswidrige Einsatz nach Abgabe der Erklärung beendet wird. Auch dann darf die Festhaltenserklärung keinesfalls dazu führen, dass dadurch sie eine nachträgliche Heilung des Verstoßes und der damit verbundenen ordnungswidrigkeitsrechtlichen, gewerberechtlichen und sozialrechtlichen Folgen herbeigeführt werden kann. Das wäre eine unzulässige Privilegierung für den, der das Recht gebrochen hat. Diese Vorgabe kann bei der durch den Entwurf geschaffenen Rechtslage nicht voll erfüllt werden; denn ohne Festhaltenserklärung müsste der Entleiher als Arbeitgeber nach §§ 9, 10 AÜG iVm § 28e SGB IV für die Abführung der Sozialversicherungsbeträge aufkommen. Durch die rechtzeitige Abgabe der Festhaltenserklärung wird jedoch der Eintritt des Entleihers in diese Arbeitgeberpflichten nachträglich beseitigt. Hier wäre eine gesetzliche Klarstellung in § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV erforderlich, dass ebenso wie bei einem wirksamen Vertrag der Entleiher für die Zeit der Überlassung bis zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Festhaltenserklärung für die Erfüllung der Zahlungspflicht des Verleihers wie ein selbstschuldnerischer Bürger haften soll.

Klarstellungsbedürftig ist auch, wie sich die Festhaltenserklärung im Fall der fehlenden Erlaubnis auswirkt. Nur im Mischbetrieb kommt die Zuweisung einer legalen Beschäftigung in Betracht. Hat der Verleiher jedoch keinen Mischbetrieb, so steht kein legaler Leiharbeitsplatz zur Verfügung. Der Verleiher darf den Leiharbeitnehmer erst dann an einen Entleiher überlassen, sobald er die erforderliche Erlaubnis erhalten hat. Ist das nicht absehbar, wird er zur Vermeidung von Annahmeverzugslohn zum Mittel der betriebsbedingten Kündigung greifen. Auch das zeigt, wie nötig die Unterrichtung der Arbeitnehmer über die möglichen Auswirkungen seiner Wahlentscheidung pro oder contra Festhaltenserklärung ist.

Abgrenzung von Leiharbeitsverträgen zu anderen Vertragsarten

Die in Art 2 vorgesehen Einfügung des § 611a BGB ins Bürgerliche Recht ist zu begrüßen. Eine derartige Definition des Arbeitnehmerbegriffs stand seit 1896 aus, obwohl der Reichstag sie bei Verabschiedung des BGB angekündigt hatte. Der Entwurf geht von der Konkretisierung des Arbeitsvertrags anhand der in der Rechtsprechung typologisch herausgearbeiteten Oberbegriffe der Weisungsgebundenheit und organisatorischen Eingliederung aus. Das ist jedoch nur ein erster Schritt.

Noch wichtiger als die Aufzählung von Abgrenzungsmerkmalen ist jedoch die Umkehr der von den Gerichten angenommenen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast; denn gewöhnlich gelingt keinem Leiharbeitnehmer die hohen Anforderungen zu erfüllen, die das BAG an dessen Darlegungs- und Beweislast stellt: „Macht ein Arbeitnehmer Rechte aufgrund der gesetzlichen Fiktion des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG geltend, hat er die die Arbeitnehmerüberlassung rechtfertigenden Tatsachen darzulegen und zu beweisen. Im Fall eines behaupteten Scheinwerkvertrags umfasst dies auch die Kenntnis der aufseiten der beteiligten Arbeitgeber handelnden und zum Vertragsabschluss berechtigten Personen von der tatsächlichen Vertragsdurchführung "(BAG, Urteil vom 15.04.2014 - 3 AZR 395/11). Da es auch auf Umstände ankommt, die die Arbeitnehmer gewöhnlich nicht kennen, ist im Schrifttum zu Recht vorgeschlagen worden, die Darlegungslast entsprechend der typischen Informationsverteilung neu zu verteilen. Der Auftraggeber muss, wenn der Arbeitnehmer dargetan hat, dass er in seinem Betrieb beschäftigt wird, nachweisen, dass das im Rahmen eines echten Werk- oder Dienstvertrags geschieht, um den Rechtsfolgen der illegalen Arbeitnehmerüberlassung mit dem fingierten Arbeitsverhältnis zu entgehen (vgl. Brors/Schüren, NZA 2014, 569). Alternativ kommt eine andere Erleichterung der Abgrenzung durch eine widerlegbare Vermutung in Betracht. Wird ein Vertrag von den Vertragsparteien als Dienst- oder Werkvertrag bezeichnet, entspricht jedoch die tatsächliche Vertragsdurchführung zumindest teilweise derjenigen des Arbeitsvertrages, wird widerlegbar vermutet, dass zwischen den Vertragsparteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Damit wird das Problem der Leistungskonkretisierung durch personenbezogene und typengemischte Weisungen (objekt- und personenbezogene Weisung) widerlegbar zugunsten des Arbeitsvertrages aufgelöst. Diese Regelungstechnik hat Vorbilder in Mitgliedstaaten der Europäischen Union (z.B. Niederlande). Beide Ansätze haben besonderen Charme; denn es bedarf keiner komplexen Regelwerke und neuer Sanktionen. Nicht das materielle Recht wird verschärft, sondern die Wahrscheinlichkeit, beim Missbrauch „erwischt" zu werden, wird erhöht. Das wirkt auf Missbrauchstäter am stärksten abschreckend.

Informationsrechte zur Verbesserung der Transparenz

Die bereits von der Rechtsprechung im Wege der Auslegung entwickelten Informationsrechte von Betriebsräten sind in Art. 3 des Entwurfs gesetzlich definiert und ausgebaut. Die Reichweite des in § 80 Abs. 2 BetrVG enthaltenen Rechts der Betriebsräte auf Auskünfte und Vorlage von Unterlagen wird insoweit durch die Übernahme der Rechtsprechung gesetzlich klargestellt. Danach haben Betriebsräte das Recht, sich über die Anzahl und die vertragliche Ausgestaltung der im Betrieb eingesetzten Erfüllungsgehilfen der Werk- und Dienstvertragsauftragnehmer zu informieren. Nur so können Betriebsräte beurteilen, ob diese Verträge Scheinverträge sind, mit der illegale Arbeitnehmerüberlassung verdeckt wird. Ergänzend wird in diesem Zusammenhang auch das Recht auf Unterrichtung über Maßnahmen der Personalplanung in § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG erweitert; denn angesichts des zunehmenden betrieblichen Einsatzes von Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen, besteht ein berechtigtes Bedürfnis, diese Entwicklung bei den Erörterungen zur Personalplanung nach § 90 Abs. 2 BetrVG berücksichtigen zu können. Konsequent wird die schuldhafte Nichterfüllung dieser Pflicht nach § 121 Abs. 1 BetrVG als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis 10 000 Euro geahndet.

Bedenkenswert ist auch eine Erhöhung der Transparenz gegenüber den Gesellschaftern und Aktionären von Kapitalgesellschaften. Es ist in vielen Unternehmen ein sog. Headcounting üblich. Das heißt, es werden den Vorständen und Geschäftsführungen Höchstzahlen für die Anzahl der Arbeitnehmer im Rahmen von Zielvereinbarungen vorgegeben. Diese Praxis verleitet dazu, Stammarbeitsplätze ohne betriebswirtschaftlichen Sinn abzubauen und durch Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber stehen, zu ersetzen. Da die Kosten dieser Fremdbeschäftigten nicht als Personalkosten geführt, sondern unter Einkauf verbucht werden, ist es im Interesse der Transparenz geboten, wie bei der Personalplanung auch im Rahmen des Jahresabschlusses auch die Entwicklung der Zahl und der Kosten dieser Fremdbeschäftigung zu veröffentlichen. Dadurch könnte ein falscher Anreiz zum Abbau von Stammpersonal beseitigt werden. Zurzeit wird der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten beraten. Mit diesem Gesetz sollen an Börsen gehandelte Aktien- und Kommanditgesellschaften dazu verpflichtet werden, ihren Lagebericht zu ergänzen. Neben Angaben zu Treibhausgaseemissionen und Luftverschmutzung müssen Unternehmen dann auch angeben, inwiefern sie kommunal und regional in Dialog treten oder Vorkehrungen gegen Korruption getroffen haben. Hier könnte sich anbieten, auch die Frage des Headcountings anzusprechen.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**686**

20. Juni 2016

Information für den Ausschuss

Bundesrechtsanwaltskammer

Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (BR-Drucks. 294/16)

Vorbemerkung

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) nimmt wie folgt Stellung zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 02.06.2016 – nachfolgend Regierungsentwurf:

Die Stellungnahme beschränkt sich erstens auf verfassungsrechtliche Aspekte und zweitens dabei auch auf die Aspekte, die für die BRAK am Wesentlichsten sind.

A. Zusammenfassung

Die BRAK hat erhebliche Bedenken zur Verfassungsmäßigkeit des Regierungsentwurfs aus folgenden zusammengefassten Gründen:

1.

Die Begrenzung der Überlassungsdauer auf (grundsätzlich) höchstens 18 Monate erscheint verfassungswidrig, erstens weil diese Maßnahme des Gesetzgebers gemessen an den gesetzgeberischen Zielen (Schutz der überlassenen Arbeitnehmer oder der „Stammbelegschaft“) bereits ungeeignet ist, zweitens ist die Maßnahme aber auch nicht erforderlich und unverhältnismäßig und greift deshalb verfassungswidrig in die Grundrechte der unternehmerischen Freiheiten ein.

2.

Die für die Höchstüberlassungsgrenze vorgesehene Öffnungsklausel erscheint ebenfalls verfassungswidrig in der aktuellen Fassung. Denn die Öffnungsklausel ist nach den bisherigen arbeitsrechtlichen Regeln bereits untauglich, weil die Arbeitsverhältnisse der Zeitarbeitnehmer von Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen der Entleiherbranche bzw. Kunden nicht erfasst werden können. Unabhängig davon verstößt die Öffnungsklausel deshalb gegen Grundrechte, weil sie die Tarifpartner der Zeitarbeit von der Tariföffnung ausschließt und außerdem auch die verschiedenen Gruppen der Kundenbetriebe ungerechtfertigt ungleich behandelt.

3.

Die strikte und ausnahmslose Vorgabe von Equal Pay nach spätestens fünfzehn Monaten Überlassung an einen Entleiher/Kunden erscheint verfassungswidrig, weil sie gemessen an den gesetzgeberischen Zielen ungeeignet, aber zumindest nicht erforderlich, somit unverhältnismäßig ist.

4.

Im Gesamtkonzept des Regierungsentwurfs steht das Equal-Pay-Gebot auch im Widerspruch zu der Regelung der Höchstüberlassungsdauer; auch widersprüchliche Gesetzgebung ist aber verfassungswidrig, zumal bei widersprüchlichen Vorgaben innerhalb eines Gesetzes und gemessen an den selben gesetzgeberischen Zielen.

5.

Erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken bestehen auch im Hinblick auf die im Regierungsentwurf vorgesehen Sanktionen, insbesondere z. B. wenn bereits ein einmaliger Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer oder den Equal-Pay-Grundsatz zwingend zum Entzug der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis führen muss und somit für den Personaldienstleister einem Berufsverbot gleichkommt.

6.

Schließlich ist das Verbot des Streikbrechereinsatzes in der vorgesehenen Fassung verfassungswidrig, weil der Staat damit unter Verletzung seiner Neutralitätspflicht überlassene Arbeitnehmer (und die Verleiher-Arbeitgeber) zur faktischen Unterstützung eines Streiks im Entleiher-/Kundenunternehmen zwingt. Soweit auch Arbeitnehmer nicht mehr im bestreikten Betrieb arbeiten dürfen, die bereits vor Beginn des Streiks dorthin überlassen waren, ordnet der Gesetzgeber für sie einen Streikzwang an und verletzt damit massiv ihre Grundrechte.

7.

Sollte das Gesetzesvorhaben trotz der vorstehend dargelegten verfassungsrechtlichen Bedenken weiterverfolgt werden, schlägt die BRAK folgende Änderungen vor:

- die Beschränkung der Überlassungsdauer auf höchstens 18 Monate ganz aufzuheben oder jedenfalls in Übereinstimmung mit dem Befristungsrecht zu verlängern;

- eine Tariföffnungsklausel für alle Branchen zur Höchstüberlassungsdauer vorzusehen und die einzelvertragliche Bezugnahme auf entsprechende Tarifverträge auch für nicht tarifgebundene Arbeitgeber zuzulassen;

- die Sanktionen für Verstöße gegen die Höchstüberlassungshöchstdauer und das Equal-Pay-Gebot verhältnismäßig auszugestalten und nicht für jeden Verstoß bereits ein faktisches Berufsverbot in Form des Entzugs der Überlassungserlaubnis vorzusehen;

- die Regelungen zum Einsatz von Zeitarbeitnehmern bei Streik zu streichen und es bei der geltenden gesetzlichen Regelung zu belassen.

B. Stellungnahme

I. Teilweise Verfassungswidrigkeit des Regierungsentwurfes

Der aktuelle Regierungsentwurf unterliegt aus verschiedenen Gründen verfassungsmäßigen Bedenken:

1. Verfassungswidrigkeit der Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten

Der Regierungsentwurf sieht vor, den Einsatz eines überlassenen Arbeitnehmers in demselben Einsatzunternehmen auf den Zeitraum von maximal 18 Monate zu begrenzen (§ 1 Abs. 1b AÜG-E). Zu begrüßen ist die personenbezogene Ausgestaltung der Höchstgrenze.

Diese Einführung einer Höchstdauer ist jedoch verfassungsrechtlich bedenklich, weil sie einen Eingriff in die unternehmerische Freiheit des Entleihers (Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG) darstellt, der nach den Maßstäben des Verfassungsrechts und insbesondere der Verhältnismäßigkeit der Gesetzgebung nicht gerechtfertigt ist.

Der bisher an betriebs- und projektbezogene Anforderungen angepasste Einsatz von Zeitarbeit und Arbeitnehmerüberlassung wäre mit der Gesetzesnovelle zur Höchstüberlassungsdauer nicht mehr in demselben Maße möglich. Dadurch würden viele Zeitarbeitsunternehmen und auch viele Zeitarbeitnehmer, insbesondere im Rahmen hochqualifizierter und gut vergüteter Überlassung, in ihrer beruflichen und unternehmerischen Betätigung eingeschränkt.

Zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, das in Grundrechtspositionen in solcher Weise eingreift, muss anhand des vom Gesetzgeber vorgegeben (legitimen) Ziels untersucht werden, ob die gesetzgeberische Maßnahme geeignet, erforderlich und im engeren Sinne verhältnismäßig ist. Das Bundesverfassungsgericht hat für die Verhältnismäßigkeitsprüfung in jüngerer Zeit den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Gesetzgebung betont.

Diesen Anforderungen genügt der Regierungsentwurf nicht, insbesondere steht er gemessen an seinen Zielen im Widerspruch zu anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen. Im Einzelnen:

a) Legitimes Ziel

Als Ziel hat die Begründung zum Regierungsentwurf erklärt, es solle erstens die „Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen hin orientiert“ werden, aber die „Möglichkeiten zur Abdeckung von Auftragsspitzen und kurzfristigem Personalbedarfen“ für die Unternehmen erhalten bleiben. Zweitens solle „die Stellung der Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmer gestärkt“, hierbei jedoch „die Arbeitnehmerüberlassung als eines der flexiblen Instrumente des Personaleinsatzes sowie die positiven Beschäftigungswirkungen der Arbeitnehmerüberlassung erhalten bleiben“.

Diese Ziele sind legitim, doch die geplante Höchstgrenze von 18 Monaten eignet sich bereits nicht zur Zielerreichung und sie ist auch nicht im verfassungsrechtlichen Sinne erforderlich.

b) Ungeeignetheit der Höchstüberlassungsdauer

Der Regierungsentwurf nennt mehrere gesetzgeberische Ziele – es ist offensichtlich, dass die (Wiedereinführung einer) Höchstüberlassungsdauer nicht dem Erhalt der Arbeitnehmerüberlassung als flexiblem Instrument des Personaleinsatzes oder der positiven Beschäftigungswirkung dienen soll. Doch die Höchstgrenze ist auch ungeeignet, die Zeitarbeit auf ihre Kernfunktion zurückzuführen oder dem Schutz der überlassenen Arbeitnehmer zu dienen. Denn die durchschnittliche Überlassungsdauer (pro Kunde) liegt nach den bekannten Daten unterhalb der Höchstgrenze, sodass die meisten, kurzfristigen Zeitarbeitsverhältnisse gar nicht erfasst würden. Erfasst würde somit nur die geringe Zahl der Überlassungen, die im Rahmen langfristiger und meist hochwertiger, gut vergüteter Projektarbeiten stattfindet. Dies sind aber in der Praxis solche Überlassungen, die entweder ohnehin oberhalb der Tarifvergütung stattfindet (Expertenüberlassung) oder aufgrund der bestehenden Tarifverträge in der Zeitarbeitsbranche im Bereich der obersten Branchenzuschlagstarife erfolgen, die an die Tarife der Stammbelegschaften angeglichen sind.

Die Höchstüberlassungsdauer würde damit allenfalls wenige und gerade nicht die schutzbedürftigen Zeitarbeitnehmer erreichen, verfassungsrechtlich ist diese Regelung somit gemessen an den gesetzgeberischen Zielen ungeeignet. Dies gilt selbst, wenn das auch erwähnte Ziel des Schutzes der „Stammbelegschaften“ herangezogen wird, weil die personenbezogene Überlassungsgrenze insoweit auch ungeeignet zur Begrenzung des Fremdpersonaleinsatzes für den Betrieb als solchem ist. Zusammen mit der verschärften Equal-Pay-Vorgabe (vgl. dazu unten Ziffer 2.) bewirkt die Höchstgrenze im Gegenteil, dass der Lohnabstand zur Stammbelegschaft regelmäßig erneuert wird.

c) Fehlende Erforderlichkeit der Höchstüberlassungsdauer

Die Höchstgrenze ist auch nicht erforderlich zum Schutz der überlassenen Arbeitnehmer und zur Stärkung ihrer Stellung – sie ist sogar kontraproduktiv hinsichtlich dieser gesetzgeberischen Ziele. Denn gerade im Bereich der kurzfristigen Überlassungen sind die Zeitarbeitnehmer weniger gegen eine Entlassung geschützt als bei langfristiger Überlassung an denselben Kunden. Arbeitsrechtlich befindet sich der Zeitarbeitnehmer bei dem Zeitarbeitgeber in den ersten sechs Monaten in der Wartefrist zum allgemeinen Kündigungsschutz und kann bei Beendigung der Überlassung daher ohne weiteres in seinem Arbeitsverhältnis beim Verleiher gekündigt werden. Auch in dem Zeitraum vom siebten Monat bis zum 24. Monat ist der Zeitarbeitnehmer bei Beendigung der Überlassung nicht vor einer auftragsbedingten Entlassung durch den Überlasser geschützt, soweit das Arbeitsverhältnis wirksam nach § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlos befristet ist. Erzwingt der Gesetzgeber mit der Höchstgrenze von 18 Monaten für eine Überlassung nun – in der praxisrelevanten geringen Zahl der Fälle – einen vorzeitigen Abbruch der Überlassung, ist das Arbeitsverhältnis des Zeitarbeitnehmers entsprechend von Beendigung bedroht.

Die weitaus größere Zahl der nur kurzfristig überlassenen Arbeitnehmer kann in ihrer Stellung ohnehin nur durch Mindestvorgaben zur Vergütung (Equal Pay) besser geschützt werden (vgl. dazu noch unten Ziffer 2.). Insoweit ist aber bereits nach der gesetzgeberischen Konzeption des Regierungsentwurfs selbst, aber auch unter Beachtung der geltenden Tarifwerke der Zeitarbeit, die Höchstgrenze ungeeignet und sogar kontraproduktiv für den Schutz der überlassenen Arbeitnehmer, weil bei jeder neuen Überlassung an einen neuen Kunden zunächst wieder die Ansprüche auf Equal Pay (nach neun Monaten Überlassungsdauer) bzw. die höchsten Branchenzuschläge entfallen.

Soweit es Ziel des Gesetzgebers ist „Dauerüberlassungen“ zu verhindern, sind diese bereits nach der aktuellen Gesetzeslage aufgrund der Auslegung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu dem Begriff „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG unzulässig.

d) Unverhältnismäßigkeit der Höchstüberlassungsdauer

Die Höchstgrenze ist aber nicht nur ungeeignet und nicht erforderlich, sondern auch unverhältnismäßig, weil widersprüchlich zu den anderen gesetzlichen Höchstgrenzen für flexiblen Personaleinsatz und Abdeckung von Auftragsspitzen. Dies zeigt insbesondere der Vergleich mit dem Befristungsrecht, denn nach § 14 Abs. 2 TzBfG ist eine sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses bei Neueinstellung stets für die Dauer von sogar 24 Monaten zulässig. Sachgrundbefristungen sind deutlich länger und auch mehrfach zulässig, insbesondere bei Vertretung, z. B. für die Dauer von Elternzeit, für drei Jahre (§ 14 Abs. 1 TzBfG, § 21 BEEG).

Die Höchstgrenze von nur 18 Monaten für die Arbeitnehmerüberlassung würde daher zu einem Wertungswiderspruch führen, weil ähnliche Sachverhalte – verschiedene Flexibilisierungsinstrumente zur Deckung eines vorübergehenden Personalbedarfs – ohne erkennbaren Grund unterschiedlich geregelt würden. Der Gesetzgeber ist jedoch verfassungsrechtlich verpflichtet, folgerichtig und systemgerecht zu handeln.

Zur Rechtfertigung des mit der Höchstarbeitsdauer verbundenen Eingriffs kann sich der Gesetzgeber auch nicht auf die EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG berufen. Zwar enthält Art. 1 Abs. 1 RL den Begriff „vorübergehend“, doch legt die Richtlinie keine Höchstgrenze fest und es ist ihr auch keine Verpflichtung zur gesetzlichen Vorgabe einer Überlassungshöchstdauer zu entnehmen. Die EU-Kommission hat dies jüngst in einem Beschwerdeverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der Nichtsanktionierung einer unbeschränkten Überlassung bestätigt und ausdrücklich erklärt, dass die Richtlinie keine Beschränkung der Dauer der Arbeitnehmerüberlassung an die entleihenden Unternehmen vorsieht. Ferner seien die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, selbst eine Höchstdauer festzulegen, denn es fehle an einer mit der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG vergleichbaren Regelung.

Soweit die Richtlinie eine Regulierung der Zeitarbeit zum Schutz des Allgemeinwohls und zur Verhinderung von Missbrauch erlaubt, liefert sie ebenfalls keine unionsrechtliche Grundlage für eine Überlassungshöchstdauer. Denn dafür wäre der Nachweis erforderlich, dass es gerade durch lange Einsatzzeiten zu einem Missbrauch der Zeitarbeit kommt. Ein solcher Nachweis erscheint jedoch nach den bisherigen Praxisdaten nicht möglich.

Dies wird umso deutlicher, als der Regierungsentwurf selbst – im Rahmen der Tariföffnungsklausel - selbst erstens eine andere Höchstgrenze von 24 Monaten entsprechend dem Befristungsrecht und zweitens für tarifgebundene Entleiher (Kunden) sogar gar keine bestimmte Höchstgrenze für erforderlich hält.

e) Verfassungswidrigkeit der tariflichen Öffnungsklausel

Auch die im Regierungsentwurf vorgesehene tarifliche Öffnungsklausel (§ 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E) kann die Verfassungsmäßigkeit der Höchstüberlassungsgrenze nicht herstellen. Denn erstens zwingt die Öffnungsklausel die Tarifpartner nicht zum Abschluss entsprechender öffnender Tarifverträge, so dass es bei Untätigkeit der Tarifpartner bei der verfassungswidrigen Höchstgrenze verbleibt. Der Gesetzgeber kann jedoch nicht allein dadurch, dass er die Möglichkeit zum Abschluss einer abweichenden tarifvertraglichen Regelung schafft, ein verfassungswidriges Gesetz in ein verfassungsgemäßes verwandeln.

Zweitens ist die Öffnungsklausel ihrerseits arbeitsrechtlich ungeeignet und daher verfassungswidrig. Die Öffnungsklausel soll abweichende Regelungen in Tarifverträgen der Einsatzbranche oder in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen bei Entleihern (Kunden) zulassen (§ 1 Abs. 1b Satz 3 bis 7 AÜG-E).

aa) Ungeeignetheit wegen arbeitsrechtlicher Unanwendbarkeit

Der Regierungsentwurf berücksichtigt dabei jedoch nicht, dass es tarifrechtlich bereits keine (normative) Bindung des Zeitarbeitsverhältnisses an einen Tarifvertrag der Kundenbranche geben kann, weil die Zeitarbeitgeber nicht Mitglieder der Arbeitgeberverbände der Kunden sind, sondern der Arbeitgeberverbände der Zeitarbeitsbranche. Das Zeitarbeitsverhältnis kann daher keiner Tarifbindung an Tarifverträge der Kundenbranche unterliegen. Eine Bindung aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel lässt der Regierungsentwurf dagegen nicht zu.

Daher kann rechtlich allenfalls die Verlängerung der Höchstüberlassung durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen bei Entleihern greifen. Aber auch insoweit ist arbeitsrechtlich nicht erkennbar, wie eine Regelung in einer Betriebsvereinbarung des Entleihers auf das Arbeitsverhältnis des Zeitarbeitnehmers (und sogar den Überlassungsvertrag zwischen Zeitarbeitgeber und Kunde) Anwendung finden soll, denn die Überlassungsdauer ist auch Gegenstand des Überlassungsvertragsverhältnisses und sogar von Bußgeldvorschriften, § 16 Abs. 1 Nr. 1d) AÜG-E). Denn die überlassenen Arbeitnehmer sind als externe Arbeitnehmer keine Mitglieder des Kundenbetriebs, wie auch das Konzept des Regierungsentwurfs zeigt, der den Grundsatz nach § 14 Abs. 1 AÜG zur Zuordnung allein zum Betrieb des Verleihers unverändert lässt. Andernfalls wären auch Spezialregelungen zur Zuständigkeit des Betriebsrats des Kundenbetriebs oder zum Wahlrecht im Kundenbetrieb (§ 14 Abs. 2 bis 4 AÜG) überflüssig.

Die Inhalte von Betriebsvereinbarungen im Entleiherbetrieb können somit die Arbeitsverhältnisse der überlassenen Arbeitnehmer bereits arbeitsrechtlich nicht erfassen. Die Regelung zur Anhebung der Höchstgrenze kann arbeitsrechtlich auch nicht als Betriebsnorm im Sinne von § 1 Abs. 1 TVG verstanden werden, die nach § 3 Abs. 2 TVG zusätzlich die in einem Betrieb beschäftigten Außenseiter binden würde. Denn eine Betriebsnorm liegt nur vor bei einer Regelung, die unmittelbar die Organisation oder die Gestaltung des Betriebes betrifft und die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nur einheitlich für alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer ergehen kann.

Die Öffnungsklausel geht somit vollständig ins Leere, falls die neue gesetzliche Regelung nicht in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung doch als Vorgabe von Betriebsnormen verstanden werden würde.

bb) Grundrechtsverstöße der Öffnungsklausel

Unterstellt, es ergäbe sich ein arbeitsrechtlicher Anwendungsbereich der Öffnungsklausel, so wäre sie doch ihrerseits wegen Verstoßes gegen die positive Koalitionsfreiheit und den Gleichbehandlungsgrundsatz verfassungswidrig.

Denn die Tarifpartner der Zeitarbeitsbranche bleiben nach der Klausel vom Abschluss öffnender Tarifverträge ausgeschlossen und wären dadurch in ihrer positiven Koalitionsfreiheit verletzt. Die positive Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) vermittelt den Tarifvertragsparteien das Recht, durch Vereinbarungen die Arbeitsbedingungen in der eigenen Branche selbst zu gestalten. Dies wird den Tarifpartnern der Zeitarbeit und insbesondere den Arbeitgeberverbänden der Zeitarbeitgeber und Personaldienstleister durch § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E für einen wichtigen Teil der Arbeitsbedingungen ausdrücklich verboten bzw. nicht zugelassen, da dies allein den Arbeitgebern und Arbeitgeberverbänden ihrer Kunden gerade erlaubt wird. Eine Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung ist nicht erkennbar, insbesondere auch nicht gemessen an den gesetzgeberischen Zielen. Es ist auch im Hinblick auf die Bedeutung der Tarifautonomie ein nicht erklärbarer Ausreißer, dass im Wege dieser Öffnungsklausel die Kunden in der Zeitarbeit einseitig die Bedingungen der Dienstleistungen (ihrer Dienstleistungsvertragspartner) bestimmen sollen, die Gegenstand des Überlassungsvertrages sind.

Die Tarifvertragsparteien, die für die Kunden (= Entleiher-Betriebe) zuständig sind, würden somit branchenfremd die Arbeitsbedingungen für eine andere Branche bestimmen.

Schließlich behandelt die Öffnungsklausel ohne erkennbare Rechtfertigung die Kundengruppen ungleich, weil nur die Kundenunternehmen die Überlassungshöchstdauer im Geltungsbereich eines öffnenden Tarifvertrages mit einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung erhöhen können, die einen Betriebsrat im Betrieb haben. Da aber die Existenz von Betriebsräten arbeitsrechtlich nicht zwingend ist, sind somit betriebsratslose Kunden erheblich und sachlich nicht erklärbar schlechter gestellt. Eine ausgleichende arbeitsvertragliche Bezugnahme zur Anwendung der Tariföffnung sieht der Regierungsentwurf nicht vor, so dass eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt und auch die negative Koalitionsfreiheit verletzt wird.

2. Verfassungswidrigkeit des ausnahmslosen Equal-Pay-Gebots

Der Regierungsentwurf sieht in § 8 AÜG-E vor, nur noch zeitlich befristet Abweichungen vom Gleichstellungsgebot (Equal Treatment) zur Vergütung (Equal Pay) zuzulassen. Überlassene Arbeitnehmer müssen danach selbst bei Anwendung von Tarifverträgen auf der Basis einer Tariföffnungsklausel nach spätestens fünfzehn Monaten ein gleichwertiges Arbeitsentgelt erhalten wie ein vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers.

Damit greift der Regierungsentwurf in die Tarifautonomie der Zeitarbeitsbranche ein. Denn bereits seit Jahren besteht ein ausdifferenziertes Tarifwerk für die Zeitarbeitsbranche, das durch die Neuregelung weitgehend bedeutungslos werden würde.

Schwerer wiegt verfassungsrechtlich aber, dass der Gesetzgeber auch mit dieser Regelung die angegebenen Ziele nicht in geeigneter Weise erreichen kann, weil die weitaus größere Zahl der Überlassungen unterhalb der Höchstgrenzen stattfindet und die Vorgabe zum zwingenden Equal Pay nach neun bzw. fünfzehn Monaten nur wenig praxisrelevant werden kann. In der Praxis dauern vor allem hochwertige

Überlassungen mit vergleichsweise hohen Vergütungen länger als neun bzw. fünfzehn Monate (vgl. dazu bereits oben Ziffer 1.). Die Befristung der bisherigen Tariföffnungsklausel ist daher nicht geeignet, aber zumindest verfassungsrechtlich nicht erforderlich, weil die Tarifverträge der Zeitarbeit bereits seit einigen Jahren eine Angleichung der Vergütung bei einer Überlassungsdauer von mehr als neun Monaten an die Vergütung der Arbeitnehmer der Kunden vorsehen. Die neue Öffnungsklausel wird somit in der Praxis kaum Veränderungen zugunsten der überlassenen Arbeitnehmer bringen. Entsprechend ist der starke Eingriff in die Tarifautonomie ohne erkennbare Erhöhung des Arbeitnehmerschutzes unverhältnismäßig.

Zu begrüßen ist jedoch, dass diese Tariföffnungsklausel auch ausdrücklich eine arbeitsvertragliche Bezugnahme vorsieht (§ 8 Abs. 4 Satz 3 AÜG-E) und somit auch für nicht tarifgebundene Zeitarbeitsverhältnisse Wirkung entfalten kann.

Schließlich ist die Vorgabe zum ausnahmslosen Equal Pay bei Prüfung des neuen Gesamtkonzepts des Gesetzgebers widersprüchlich und deswegen unverhältnismäßig. Denn der Regierungsentwurf sieht mit dem zwingenden Equal-Pay-Gebot und der Überlassungshöchstdauer zwei Regelungen vor, die jeweils und zusammen den Schutz der überlassenen Arbeitnehmer verbessern sollen, jedoch für sich genommen und erst Recht in Kombination widersprüchlich sind. Denn, wenn Zeitarbeitnehmer zukünftig bereits nach neun bzw. fünfzehn Monaten bei demselben Entleiher nicht schlechter vergütet sein sollen als die Arbeitnehmer dieses Entleihers, wieso soll ihr Einsatz dann zwingend nach spätestens achtzehn Monaten enden und sie im Rahmen eines etwaigen neuen Einsatzes wieder unterhalb des Equal-Pay-Standards vergütet werden oder ggf. mangels Folgeeinsatz entlassen werden? Gerade die Höchstüberlassungsgrenze erzwingt bestenfalls häufige Wechsel des Zeitarbeitnehmers zwischen verschiedenen Kunden und verhindert die vertiefende Qualifizierung und soziale Eingliederung, die ein kontinuierlicher Einsatz ermöglicht und gerade bei (ursprünglich) gering qualifizierten Arbeitnehmern beschäftigungsfördernd wirkt.

3. Teilweise Verfassungswidrigkeit der Sanktionen

Bei einem Verstoß gegen die Überlassungshöchstdauer drohen den beteiligten Unternehmen drei Sanktionen, namentlich ein Bußgeld von bis zu EUR 30.000 (vgl. § 16 AÜG-E), der Entzug der zwingend erforderlichen Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG-E) und die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses der überlassenen Arbeitnehmer mit dem Entleiher (§ 10 iVm. § 9 Nr. 1b) AÜG-E). Diese Sanktionen sind teilweise verfassungsrechtlich bedenklich.

Die Zuverlässigkeitsprüfung des Inhabers der Überlassungserlaubnis soll zukünftig auch von der Einhaltung der Höchstdauer abhängen, § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG-E. Bereits, wenn die Höchstdauer in einem Fall überschritten wird und dies die Prognose weiterer Verstöße zulässt, sieht die Vorschrift zwingend den Entzug der unbefristeten bzw. die Nichtverlängerung der befristeten Erlaubnis vor; der Behörde steht insofern kein Ermessen zu. Der Entzug der zur Arbeitnehmerüberlassung zwingend erforderlichen Erlaubnis kommt einem Berufsverbot für Zeitarbeitgeber gleich und stellt damit eine subjektive Zulassungsbeschränkung für einen Personaldienstleister dar. Ein derart schwerer Eingriff darf verfassungsrechtlich nur zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes vorgenommen werden. Welches (wichtige) Rechtsgut durch einen Einsatz oberhalb von achtzehn oder vierundzwanzig Monaten in einem Unternehmen bedroht sein soll, wenn doch Zeitarbeitnehmer nunmehr bereits nach neun bzw. fünfzehn Monaten zwingend gleichwertig vergütet sein sollen wie Arbeitnehmer des Entleihers, ist aber nicht erkennbar. Dies gilt umso mehr, als der Regierungsentwurf zugleich im Rahmen der Tariföffnungsklausel oder der Privilegierung des öffentlichen Dienstes auch keine (bestimmte) Höchstüberlassungsdauer für erforderlich hält.

Nach § 9 Nr. 1b) AÜG-E ist das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem überlassenen Arbeitnehmer mit Ablauf der Überlassungshöchstdauer unwirksam. Nach § 10 Abs. 1 AÜG-E tritt an dessen Stelle ein fingiertes Arbeitsverhältnis zum Entleiher. Dagegen soll dem Arbeitnehmer ein einmonatiges Widerspruchsrecht zustehen; dies ist zu begrüßen, da nach der Rechtsprechung zu § 613a BGB auch verfassungsrechtlich geboten.

Auch bei einem Verstoß gegen den Equal-Pay-Grundsatz sieht der neue Entwurf zwei Sanktionen vor, namentlich zwingend die Versagung oder Nichtverlängerung der Erlaubnis (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG-E) sowie die Verhängung eines Bußgeldes von bis zu EUR 500.000 (§ 16 AÜG-E). Da die Versagung der Erlaubnis faktisch einem Berufsverbot gleichkommt, greift diese Sanktion stark in die unternehmerische Freiheit der Personaldienstleister ein. Dies gilt umso mehr, als wegen der Ausweitung des Equal-Pay-Gebots auf alle Vergütungsbestandteile nach § 8 Abs. 4 Satz 1 AÜG-E die korrekte Ermittlung des zu zahlenden Entgelts in der Praxis sehr schwierig ist: Die Kunden legen den Zeitarbeitgebern ungern und selten die Equal-Pay-Daten offen und ein gesetzlicher Auskunftsanspruch steht nur dem Arbeitnehmer zu (§ 13 AÜG).

4. Verfassungswidrigkeit des Streikbrecherverbots

§ 11 Abs. 5 AÜG-E verbietet es dem Entleiher, einen Zeitarbeitnehmer tätig werden zu lassen, wenn sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Setzt er dennoch Zeitarbeitnehmer als Streikbrecher ein, handelt er gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 8a AÜG-E ordnungswidrig und kann nach § 16 Abs. 2 AÜG-E mit einem Bußgeld von bis zu EUR 500.000 belegt werden.

Damit verstößt der Regierungsentwurf erstens gegen die negative Koalitionsfreiheit des Zeitarbeitnehmers, dem faktisch eine Beteiligung an einem Streik, zumal einem Streik in der Einsatzbranche und somit branchenfremd aufgezwungen wird. Zweitens verstößt das Verbot auch gegen das Prinzip der Waffengleichheit und Neutralität des Staates im Arbeitskampf, weil den bestreikten Unternehmen ein Gegenmittel zum Aushalten des Streiks verboten wird.

Der Gesetzgeber darf aber nur in Fällen struktureller Unterlegenheit einer Seite zum Arbeitskampf paritätsfördernd zu wirken. Eine solche Konstellation liegt beim Einsatz von überlassenen Arbeitnehmern in bestreikten Betrieben jedoch nicht vor. Dies ergibt sich bereits daraus, dass es tarifvertragliche Regelungen solcher Einsatzverbote gibt. Das Eingreifen des Gesetzgebers ist daher überflüssig und unverhältnismäßig.

Soweit das Streikbrecherverbot sogar auch Zeitarbeitnehmer erfasst, die bereits vor Beginn und inhaltlich unabhängig vom dem Streik überlassen worden waren (vgl. § 11 Abs. 5 Nr. 2 AÜG-E), schafft der Gesetzgeber damit umso schwerwiegender sogar einen Streikzwang für die Zeitarbeitnehmer und – je nach Verteilung des Lohnrisikos – einen Zwang für die Zeitarbeitgeber zur Mitfinanzierung des Streiks im Kundenbetrieb. Denn in Arbeitsgruppen, in denen Stammarbeitnehmer und Zeitarbeitnehmer bis zum Streik dieselben Aufgaben erledigen, wird bei Streikteilnahme von Stammkräften in der Praxis eine Trennung ihrer Arbeiten von denen der Zeitarbeitnehmer kaum möglich und somit auch der Zeitarbeitnehmereinsatz unzulässig sein (Beispiel: Telefonzentrale).

Diese Regelungen sind unverhältnismäßig und verfassungswidrig, da auch bereits nach der geltenden Fassung von § 11 Abs. 5 AÜG dem Zeitarbeitnehmer im Falle eines Streiks in seinem Einsatzbetrieb ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, das die Interessen aller Beteiligten hinreichend wahrt

II. Änderungsvorschläge zum Regierungsentwurf

Vor diesem Hintergrund schlägt die BRAK folgende Änderungen des Regierungsentwurfs vor:

1. Zur Überlassungshöchstdauer

§ 1 Abs. 1b AÜG-E sollte gestrichen werden.

Zumindest sollte in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG-E statt der Zahl „18“ die Zahl „36“ eingesetzt werden.

2. Zur Tariföffnungsklausel

Es sollten in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E die Worte „der Einsatzbranche“ gestrichen werden.

Es sollte außerdem in § 1 Abs. 1b AÜG-E ein neuer vorletzter Satz ergänzt werden: „Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages nach Satz 3 können Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren.“

3. Zu den Sanktionen

Der Entzug der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung bei nur geringfügigen Überschreitungen der Höchstüberlassungsdauer ist unverhältnismäßig und sollte deswegen gestrichen bzw. die Sanktion auf vorsätzliche und hartnäckige bzw. systematische Verstöße begrenzt werden. Entsprechendes gilt für den Entzug der Erlaubnis bei Verstößen gegen das Equal-Pay-Gebot.

4. Zum Streikbrecherverbot

Es sollte bei der aktuellen Regelung in § 11 Abs. 5 AÜG verbleiben.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**701**

19. Juli 2016

Information für den Ausschuss

Handelsverband Deutschland (HDE)

Positionspapier - Gesetzliches Streikeinsatzverbot in der Zeitarbeit Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BR-Drucksache 294/16

Die im aktuellen Gesetzentwurf zur Neuregelung des Rechts der Zeitarbeit und der Werkverträge vorgesehene neue Vorschrift des § 11 Abs. 5 AUG-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 Arbeitskampfparität 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 immer wieder hingewiesen (s. Anlage).

Problematisch ist insbesondere,

- dass der Gesetzgeber nun per Gesetz eine Arbeitsniederlegung - also ein klassisches Arbeitskampfmittel der Gewerkschaftsseite - anordnet.
- dass sich die geplante Regelung offenbar auch auf solche Zeitarbeitnehmer erstrecken soll, die bereits vor dem Beginn der Arbeitskampfmaßnahme bspw. zur Krankheits- oder Elternzeitvertretung und nicht als Verteidigungsmittel der Arbeitgeber eingesetzt werden. Die Ausnahmeregelung des § 11 Absatz 5 Satz 2 des Entwurfes („Satz 1 gilt nicht, wenn der Entleiher sicherstellt, dass Leiharbeitnehmer keine Tätigkeiten übernehmen, die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die 1. sich im Arbeitskampf befinden oder 2. ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern, die sich im Arbeitskampf befinden, übernommen haben.“) läuft im Einzelhandel leer, denn eine solche Sicherstellung kann der Arbeitgeber in der Regel nicht gewährleisten.

  Beispiel:

  Ein Einzelhandelsgeschäft hat eine Kassenzone mit 6 Kassen. Kassen 1 bis 5 sind mit Stammpersonal besetzt, Kasse 6 aufgrund einer Elternzeitvertretung mit einem Zeitarbeitnehmer. Streiken nun die Mitarbeiter der Kassen 1 bis 2, dann werden die Kunden sich an die Kassen 3 bis 6 wenden. Das heißt, dass nicht sichergestellt werden kann, dass die Kunden, die streikbedingt nicht durch Kasse 1 und 2 abgefertigt werden können, nun auch von dem Zeitarbeitnehmer an Kasse 6 bedient 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 AUG 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 Arbeitskampfparität 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.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**715**

22. September 2016

Information für den Ausschuss

Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di)

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

Keine Ausnahme der DRK-Schwesternschaften aus dem AÜG

1. Die Gewerkschaft ver.di lehnt die Einführung eines Ausnahmetatbestandes für die DRK-Schwesternschaft durch Einfügung einer weiteren Ausnahme in § 1 Abs. 3 Nr. 2d AÜG ausdrücklich ab.

2. DRK-Schwestern haben nach bisheriger Rechtsprechung keinen Arbeitnehmerstatus. Sie werden durch das Arbeitsrecht nicht geschützt und werden in der Ausübung ihrer Gewerkschaftsrechte (Streikrecht) behindert. Diese Diskriminierung betrifft fast ausschließlich Frauen.

3. Entscheidet der EuGH im gegenwärtig anhängenden Verfahren zur Leiharbeit gegen die Sonderstellung der DRK-Schwesternschaften – was sich abzeichnet - führt eine Ausnahme der DRK-Schwesternschaften aus dem AÜG direkt in ein europäisches Vertragsverletzungsverfahren.

4. Gleiche Vertragsbedingungen für alle Beschäftigten innerhalb des DRK müssen möglich werden. Der Wettbewerb wird durch Beschäftigte ohne Arbeitnehmerrechte verzerrt. Gewerkschaftliche Arbeit darf nicht länger eingeschränkt werden.

5. Die Argumentation des Verbands der DRK-Schwesternschaften, die DRK-Schwestern aus dem AÜG auszunehmen, um die Versorgung im Katastrophenfall sicherzustellen, dient offensichtlich der Verunsicherung, ist aber bei Überprüfung der Fakten nicht aufrecht zu erhalten. Denn der Gesetzgeber hat mit dem Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetz (ZSKG) und dem Arbeitssicherstellungsgesetz (ASG) ausreichend Vorsorge getroffen.

Stellung der DRK-Schwestern im Arbeitsleben

In Deutschland gibt es insgesamt etwa 23.000 Mitglieder von DRK-Schwesternschaften, die Vereinsmitglieder der 33 DRK-Schwesternschaften sind. In jüngerer Vergangenheit haben DRK-Schwesternschaften auch männliche Gesundheits- und Krankenpfleger aufgenommen. Die Mitglieder der Schwesternschaften arbeiten zusammen mit anderem Fachpersonal in Krankenhäusern, in der stationären und ambulanten Altenpflege sowie in weiteren Hilfefeldern des Sozial- und Gesundheitswesens. Ihr Anteil an den Belegschaften reicht von einzelnen Personen bis zu mehreren hundert Beschäftigten bei Universitätskliniken (z.B. 370 von rund 1.100 Beschäftigten in der Pflege bei der Rhön-Klinikum AG am Standort Universitätsklinikum Marburg; mehr als 900 von rund 1.500 Beschäftigten in der Pflege am Universitätsklinikum Essen.)

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (erstmals 18.02.1956, Az. 2 AZR 294/54) ist den Mitgliedern der DRK-Schwesternschaften der Arbeitnehmerstatus verwehrt. Sie sind Vereinsmitglieder, haben keinen Zugang zu Arbeitsgerichten, können Betriebsräte und Aufsichtsräte nicht wählen und werden von diesen nicht vertreten. Im Bundesland Nordrhein-Westfalen wurde den DRK-Schwestern die Wahlberechtigung zu Personalräten im Jahr 2011 eingeräumt. Den DRK-Schwestern fehlen die Rechte der Gewerkschaftsmitglieder. ver.di kann sie nicht zum Arbeitskampf aufrufen. Dies hat in der Vergangenheit die Wirksamkeit von Arbeitskampfmaßnahmen eingeschränkt. Insbesondere bei Großkrankenhäusern und Universitätskliniken sind auf diese Weise bedeutende Teile der Belegschaft im Konfliktfall am Streiken gehindert.

Betriebe mit DRK-Mitgliedsschwestern haben in der Pflege gespaltene Belegschaften. Betriebsräte, Personalräte und Gewerkschaften sind i.d.R. in ihrer Interessenvertretung behindert. Hinsichtlich des Direktionsrechts der Arbeitgeber gibt es keine Unterschiede zwischen DRK-Schwestern und Arbeitnehmer/innen. Nach den uns vorliegenden Gestellungsverträgen ersetzt der aufnehmende Arbeitgeber der DRK-Schwesternschaft den Aufwand für die betriebliche Altersversorgung.

Warum wollen die DRK-Schwesternschaften eine Ausnahme aus dem AÜG?

Auslöser für den Vorstoß des Verbands der Schwesternschaften vom DRK, kurz VDS, zum AÜG dürfte ein Verfahren beim EuGH und der Vortrag des Generalanwalts am 6.7.2016 sein. Beim EuGH steht - auf Vorlage des Bundesarbeitsgerichts - in Kürze eine Entscheidung darüber an, ob die DRK-Schwestern Leiharbeitnehmerinnen im Sinne Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit sind (Az. C-216/15). Wenn das Gericht dem Antrag des Generalanwaltes folgt (Auszug aus dem Antragstext s.u.), finden die Richtlinie und die daraus folgenden wesentlichen Schutzrechte von Leiharbeitnehmern auf DRK-Schwestern Anwendung, und zwar unabhängig von der jeweiligen nationalen Regelung zur Leiharbeit.

Entscheidet der EuGH im Sinne dieses Schlussantrages, geht die Bedeutung der Entscheidung über den betriebsverfassungsrechtlichen Anlass der Vorlage hinaus und stellt die DRK-Schwestern im Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie anderen Arbeitnehmern/innen gleich.

Vorstoß des Verbands der Schwesternschaften vom DRK

Der VDS schlägt eine Ausnahmeregelung in § 1 Abs. 3 Nr. 2d AÜG vor mit der Folge, dass die Regelungen des AÜG, mit welchen die europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie in nationales Recht umgesetzt werden, in ihrer Gesamtheit keine Anwendung auf die DRK-Schwestern finden sollen.

Position von ver.di:

1. Die Herausnahme der DRK-Schwestern aus dem Anwendungsbereich des nationalen Rechts der Arbeitnehmerüberlassung verstößt im Falle einer positiven EuGH-Entscheidung zur Auslegung der Leiharbeitsrichtlinie gegen den Vorrang des europäischen Rechts. Der nationale Gesetzgeber wäre dann sofort verpflichtet, den **europarechtswidrigen Zustand** zu beseitigen. Die Entscheidung des EuGH ist daher schon unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung gesetzgeberischen und bürokratischen Aufwands abzuwarten. Ein Vertragsverletzungsverfahren muss vermieden werden.
2. Die vorgeschlagene Ausnahmeregelung, würde den arbeitsrechtlich rechtlosen Zustand der Mitgliedsschwestern verlängern und ist auch aus Gründen der Gleichbehandlung von Frauen und Männern abzulehnen. Kommt die Ausnahme, wird **Spaltung der Belegschaften** und die **Behinderung von Arbeitskämpfen** fortgeführt. Die notwendige **Modernisierung der überkommenen arbeitsrechtlichen Strukturen der DRK-Schwesternschaften** und ihre Anpassung an die arbeitsvertraglichen Bedingungen anderer DRK-Einrichtungen wird aufgeschoben.
3. Durch eine Ausnahme würde das Ziel des AÜG, die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen von Unternehmen, die Leiharbeitnehmer einsetzen, im Bereich der Wohlfahrtsverbände und Krankenhausunternehmen gefährdet.
4. Auch ohne die vorgeschlagene Ausnahme im AÜG kann die traditionelle Bindung der Schwesternschaft an das DRK durch die bestehende individuelle Vereinsmitgliedschaft zur Durchführung einer gesonderten betrieblichen Altersversorgung, Qualifikation etc. weiterhin gesichert werden. Für den Einsatz im Verteidigungs- bzw. Zivilschutzfall hat der Gesetzgeber bereits im ASG (Arbeitssicherstellungsgesetz) dazu die notwendige Rechtsklarheit geschaffen und in seiner Novellierung vom 29. Juni 2015 um die neuen Formen möglicher Bedrohung ergänzt. Es spricht für sich, dass die anderen (in ZSKG § 26 „Mitwirkung der Organisationen“ genannten) Hilfsorganisationen dieses Thema nicht problematisieren. Auch ist in Krankenhäusern wie dem Universitätsklinikum Essen nicht vorstellbar, dass zwei Drittel der Pflegekräfte im Zivilschutz- oder Katastrophenfall abgezogen werden, denn dann wäre die Funktionsfähigkeit des Universitätsklinikums nicht mehr gewährleistet. Für den Katastrophenfall hat das Universitätsklinikum im Gestellungsvertrag geregelt, dass die Schwesternschaft Pflegepersonal nur im Einvernehmen mit dem Vorstand des Klinikums abziehen kann. Katastropheneinsätze sind für DRK-Schwestern - nicht anders als für andere Bürgerinnen und Bürger - freiwillig.
5. Eine Ausnahmeregelung im AÜG, wie sie für den öffentlichen Dienst vorgesehen ist, verbietet sich auch wegen der Nichterfüllung des Schutzbedürfnisses nach EU Richtlinie 2008/104/EG. Die rechtliche Stellung der DRK Schwestern **unterscheidet sich wesentlich von der Gestellung im Öffentlichen Dienst**, für welche im AÜG in § Abs. 3 Nr. 2 b und c eine Ausnahme vorgesehen ist. Zum einen wird dort die Gestellung erst durch tarifliche Regelungen möglich gemacht, somit durch Mitwirkung einer Interessenvertretung der Arbeitnehmer. Zum anderen übersteigt das dortige Schutzniveau in jeder Hin-sicht die Vorgaben der europäischen Leiharbeitsrichtlinie für die Betroffenen. Schon in der geltenden Rechtsprechung wird daher von bei der Gestellung nach TVöD von einer „Übererfüllung des Schutzbedürfnisses“ gesprochen.

Anhang:

Auszug aus dem Schlussantrag des Generalanwalts beim EuGH vom 6. Juli 2016:

> „Im vorliegenden Fall darf meines Erachtens ein Mitgliedstaat nicht dazu befugt sein, eine innerstaatliche Regelung in einer Weise anzuwenden, die dazu führen würde, dass die Verwirklichung der Ziele der Richtlinie 2008/104(30) gefährdet und diese mithin ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt würde. Insbesondere darf die im innerstaatlichen Recht vorgesehene Definition des Begriffs „Arbeitnehmer“ nicht dazu führen, dass bestimmte Kategorien von Berufstätigen ohne objektiven Grund von diesem Begriff und damit von dem daran geknüpften, durch die Richtlinie 2008/104 gewährten Schutz ausgenommen werden.“

Ausgelöst wurde das Verfahren durch den Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH Essen – eine Tochtergesellschaft des Universitätsklinikums Essen - der die Beschäftigung der Mitglieder der DRK-Schwesternschaft an der Ruhrlandklinik für dauerhafte und damit unzulässige Arbeitnehmerüberlassung hält.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**717**

26. September 2016

Information für den Ausschuss

dbb beamtenbund und tarifunion

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

A) Allgemein

Die Anzahl der als Leiharbeitnehmer Beschäftigten steigt kontinuierlich. Waren im Jahr 2002 noch 318.000 Personen als Leiharbeitnehmer tätig, so stieg die Anzahl, nach zwischenzeitlichen Rückgängen, bis zum Jahr 2015 auf rund 961.000 Personen an.

Leiharbeit sollte ursprünglich zur Abdeckung von Auftragsspitzen dienen. Längst wird diese Form der vertraglichen Gestaltung aber auch dazu genutzt, Stammbeschäftigte auszutauschen oder Lohndumping zu betreiben.

Die Koalitionsparteien haben im Koalitionsvertrag Änderungen bei der Ausgestaltung von Leiharbeit vereinbart und wollten der missbräuchlichen Gestaltungsform des Werkvertrages einen Riegel vorschieben. Einige Vorhaben aus dem Koalitionsvertrag werden mit dem vorliegenden Entwurf nur in abgeschwächter Form, oftmals zu Lasten der Leiharbeitnehmer, umgesetzt. Ein großer gesetzlicher Schritt im Sinne der Beschäftigten bleibt aus.

Die dringend erforderliche Auflistung der Abgrenzungskriterien zwischen Werkvertrag und Scheinwerkvertrag fehlt im vorliegenden Entwurf.

Zur Erleichterung der Prüftätigkeiten von Behörden sollten laut Koalitionsvertrag die wesentlichen, durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßem und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz gesetzlich geregelt werden. Der Gesetzentwurf liefert nur eine allgemeine Definition des Begriffes „Arbeitnehmer“. Diese allgemeine Definition ist nicht ausreichend, wenn es um die erforderliche Rechtsklarheit bei der Abgrenzung von Werkvertrag und Scheinwerkvertrag geht. Der dbb fordert, Regelungen zu erlassen, mit denen der Missbrauch von Werk- und Dienstverträgen unterbunden wird. Dazu sind konkrete Tatbestände in das Gesetz aufzunehmen, bei deren Vorliegen vermutet wird, dass es sich um einen Scheinwerk- bzw. Scheindienstvertrag handelt. Das Unternehmen sollte die Vermutung widerlegen können. Diese Erweiterung des Gesetzes ist überfällig und zur rechtlichen Klarstellung erforderlich.

Unzureichend ist auch die vorgesehene gesetzliche Regelung zur Dauer der Arbeitnehmerüberlassung.

Die vorgesehene gesetzliche Festlegung einer Höchstdauer der Arbeitnehmerüberlassung auf 18 Monate ist als Konsequenz aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 10. Juli 2013 (Az.: 7 ABR 91/11) positiv zu bewerten. Hiernach dürfen Leiharbeitnehmer nicht mehr für unbestimmte Zeit eingesetzt werden, sondern nur noch vorübergehend. Die Möglichkeit, diese 18 Monate durch Tarifvertrag abzubedingen, öffnet dem Missbrauch wieder Tür und Tor. Hieraus entsteht die Möglichkeit, für einen wesentlich längeren Zeitraum Leiharbeitnehmer zu beschäftigen. Der dbb fordert daher, eine gesetzliche Höchstdauer der Arbeitnehmerüberlassung einzuführen, die nicht durch tarifvertragliche Regelungen aufgehoben bzw. verlängert werden kann. Die jetzt vorgesehene Regelung wird unweigerlich dazu führen, dass wieder Gerichte darüber entscheiden, wann die tarifvertraglich festgelegte Höchstdauer dem Gesetzeszweck - Arbeitnehmerüberlassung nicht zeitlich unbegrenzt zuzulassen - widerspricht. Zudem kritisiert der dbb, dass die Höchstdauer der Überlassung ausschließlich arbeitnehmer- und nicht arbeitsplatzbezogen ist. Leiharbeit darf nicht dazu führen, Stammbeschäftigte zu verdrängen. Durch das Abstellen auf den überlassenen Arbeitnehmer wird diese Verdrängung nicht verhindert.

Der Koalitionsvertrag sieht weiterhin vor, Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts spätestens nach neun Monaten mit den Stammarbeitnehmern gleichzustellen. Der Gesetzentwurf nimmt diese Vereinbarung auf, lässt aber eine Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz durch Tarifvertrag zu. Durch die vorgesehene Ermöglichung abweichender Vereinbarungen durch Tarifvertrag werden Schlupflöcher zu Lasten der Leiharbeitnehmer geschaffen.

Der dbb fordert, im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz den Tarifvorbehalt zugunsten einer bedingungslosen Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes von Leiharbeitnehmern und Stammbeschäftigten zu streichen. Diese Gleichbehandlung wird vom ersten Tag an gefordert, eine Frist von neun Monaten benachteiligt die Leiharbeitnehmer letztlich ohne sachlichen Grund.

Positiv bewertet der dbb die Rechtsfolgen bei einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung. Künftig wird, ebenso wie bei der illegalen Arbeitnehmerüberlassung, ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher fingiert. Diese Rechtsfolge hatte der dbb bereits seit langem gefordert.

Kritisch sieht der dbb das Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers gegen das fingierte Arbeitsverhältnis. Auch wenn der Widerspruch nicht im Vorfeld abgegeben werden kann, kann auf missbräuchlichem Weg der Leiharbeitnehmer dazu bewegt werden, dem neuen Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher zu widersprechen. Die abschreckende Wirkung auf den Entleiher, sich mit ggfs. einer Vielzahl von neuen Arbeitnehmern konfrontiert zu sehen, für die er rückwirkend und künftig Sozialabgaben und Lohn zu tragen hat, würde so in Leere laufen.

War in dem Referentenentwurf noch eine Regelung enthalten, wonach Leiharbeitnehmer künftig nicht mehr eingesetzt werden dürfen, soweit der Betrieb des Entleihers unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffen ist, so wird diese positive Regelung durch den vorliegenden Gesetzentwurf verwässert. Die im Gesetzentwurf genannten Ausnahmen sind unpräzise und lassen einen Einsatz von Leiharbeitnehmern im bestreikten Betrieb zu. Der Gesetzgeber hat hier nachzubessern und sicher zu stellen, dass Leiharbeitnehmer ohne Ausnahme nicht in bestreikten Betrieben eingesetzt werden dürfen.

Der dbb begrüßt die gesetzliche Klarstellung für die Personalgestellung, wonach die Vorgaben des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in weiten Teilen nicht auf die in Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes vorgesehenen Personalgestellungen anwendbar sind.

Bezüglich der betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen geht der Gesetzentwurf kaum über das hinaus, was die Rechtsprechung den Betriebsräten nicht ohnehin schon zugestanden hat. Wirksamere Instrumente, insbesondere Mitbestimmungsrechte, um den Missbrauch von Leiharbeit und Werkvertragsgestaltungen auf betrieblicher Ebene zu verhindern, werden den Betriebsräten nicht an die Hand gegeben.

B) Zu den einzelnen Vorschriften

Zu Artikel 1

Zu Nummer 1

Zu c)

Die gesetzliche Festlegung der Überlassungshöchstdauer wird begrüßt. Da Leiharbeit die Kernfunktion hat, Auftragsspitzen abzufedern, sind 18 Monate eine ausreichende Zeit.

Die Möglichkeit, mittels Tarifvertrag eine längere Überlassungshöchstdauer festzulegen, wird insoweit vom dbb kritisiert, dass es in diesem Fall keine gesetzliche absolute Höchstgrenze geben soll.

Die tarifvertragliche Möglichkeit kann auch dazu genutzt werden, die Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten auszuhebeln. Selbst der Gesetzentwurf geht in seiner Begründung davon aus. Absatz 1b Satz 6 ermöglicht nicht tarifgebundenen Entleihern, von der tarifvertraglichen Öffnungsklausel für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen Gebrauch zu machen. Hier gilt für die Höchstdauer eine gesetzliche Obergrenze von 24 Monaten. Nunmehr verweist die Gesetzesbegründung darauf, dass eine Tarifbindung notwendig ist, wenn diese Begrenzung überschritten werden soll: „So wird ein weiterer Anreiz zur Tarifbindung gesetzt." Sollten 24 Monate nicht reichen, so der Umkehrschluss, sollte der Entleiher einen Tarifvertrag abschließen. Hier werden die Weichen dafür gestellt, dass der Einsatz von Leiharbeitnehmern nicht mehr das Ziel verfolgt, Auftragsspitzen abzuarbeiten, sondern vielmehr durch längere Überlassungsdauer Arbeitnehmerschutzrechte auszuhebeln und Lohndumping zu betreiben.

Hierfür spricht auch die Berechnungsmodalität der anrechenbaren Zeit für die Höchstdauer. Der Zeitraum vorheriger Überlassungen des Leiharbeitnehmers an denselben Entleiher sind laut Gesetzentwurf nur dann anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen weniger als drei Monate liegen. Ging der Referentenentwurf noch von sechs Monaten aus, so soll es nunmehr für die Berechnung der Höchstdauer unerheblich sein, wenn der Leiharbeitnehmer vor mehr als drei Monaten beim Entleiher beschäftigt war. Hier hat der Gesetzgeber nachzubessern und im Sinne einer Unterbindung des Missbrauchs die Dauer der unbeachtlichen Unterbrechung von drei auf mindestens zwölf Monate heraufzusetzen.

Zu d) cc)

Die Vorschrift regelt, dass künftig die Vorgaben des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in weiten Teilen nicht auf die Personalgestellungen des öffentlichen Dienstes anwendbar sind. Diese Personalgestellungen sind dadurch gekennzeichnet, dass bei einer Verlagerung der Aufgaben eines Beschäftigten auf einen Dritten das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber weiter besteht, die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung jedoch zukünftig bei dem Dritten nach dessen Weisungen erbracht wird.

Der dbb begrüßt diese rechtliche Klarstellung. Durch diese Regelung werden bestehende Rechtsunsicherheiten beseitigt und der besonderen Form der Aufgabenverlagerung im öffentlichen Dienst Rechnung getragen.

Zu Nummer 3

Unter der Überschrift „Grundsatz der Gleichstellung" des § 8 sollen verschiedene Regelungen, die bisher im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz verteilt waren, systematisch zusammengeführt werden.

Inhaltlich neu geregelt ist der Anspruch der Leiharbeitnehmer auf gleiches Arbeitsentgelt wie die Stammbelegschaft nach neun Monaten. Der Leiharbeitnehmer hat Anspruch auf das Arbeitsentgelt, das vergleichbare Stammarbeitnehmer des Entleihers im

Betrieb des Entleihers erhalten (Equal Pay). Eine darüber hinaus dauernde Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz ist hinsichtlich des Arbeitsentgelts nur noch möglich, wenn für das Arbeitsverhältnis ein (Branchen-) Zuschlagstarifvertrag gilt, der nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen eine stufenweise Heranführung des Arbeitsentgelts an das vergleichbare tarifvertragliche Arbeitsentgelt in der Einsatzbranche vorsieht.

Der dbb fordert gleiches Arbeitsentgelt für Leiharbeitnehmer vom ersten Tag an.

Ein Anspruch auf gleiches Arbeitsentgelt erst nach neun Monaten oder, wenn tarifvertraglich geregelt, noch später benachteiligt die Leiharbeitnehmer grundlos. Leiharbeit darf nicht als Lohneinsparungsmodell genutzt werden. Die Entleihbetriebe dürfen nicht den Anreiz erhalten, mit Leiharbeit ihre Kosten zu senken. Brauchen sie zur Bewältigung von Auftragsspitzen flexibel mehr Personal, so können sie auf Leiharbeitnehmer zurückgreifen. Diese Möglichkeit ist ein Wert an sich. Weshalb diese Personengruppe finanziell benachteiligt wird, erschließt sich nicht. Selbst bei einer angenommenen Einarbeitungszeit sind neun Monate eine nicht gerechtfertigte Dauer der finanziellen Schlechterstellung, soweit nicht auch für Stammbeschäftigte nach Tarifvertrag Einarbeitungszeiten mit niedriger Vergütung gelten.

Legt man die Zahlen der Bundesagentur für Arbeit für das Jahr 2015 zu Grunde, so endet rund die Hälfte der Leiharbeitsverhältnisse nach weniger als drei Monaten. Diese Personengruppe käme wegen zu geringer Dauer nicht auf eine gleiche Bezahlung wie die Stammbeschäftigten. Weiterhin übt mehr als die Hälfte der Leiharbeitnehmer eine Helfertätigkeit aus. Eine Einarbeitungszeit dieser Personengruppe dürfte recht kurz ausfallen.

Der Tarifvorbehalt ist zu Gunsten einer bedingungslosen Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes von Leiharbeitnehmern und Stammbeschäftigten zu streichen. Leiharbeitnehmer und Stammbelegschaft sind bei der Entlohnung gleichzustellen und zu gleichen Arbeitsbedingungen zu beschäftigen. Hierzu zählen auch Ansprüche aus Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, Gesamtzusagen oder übertarifliche Zulagen.

Zu Nummern 4 und 5

Mit der Neufassung von § 9 wird die geltende Rechtsfolge einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung ohne erforderliche Verleiherlaubnis um ein Widerspruchsrecht des Leiharbeitnehmers ergänzt.

Ebenso erhalten Leiharbeitnehmer ein Widerspruchsrecht, wenn eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung vorliegt oder wenn die Überlassungshöchstdauer überschritten wurde.

In all diesen Fällen wird zunächst ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer fingiert.

In der Vergangenheit sind Arbeitnehmer teilweise im Rahmen von vermeintlichen Werkverträgen überlassen worden. Der vermeintliche Werkvertragsunternehmer konnte für den Fall, dass diese Konstellation aufgedeckt wurde, eine Verleiherlaubnis vorhalten. Auf diese konnte er sich berufen und damit die im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz vorgesehenen Rechtsfolgen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung vermeiden. Künftig sollen der vermeintliche Werkvertragsunternehmer und sein Auftraggeber in diesen Fallkonstellationen auch bei Vorlage einer Verleiherlaubnis nicht besser gestellt sein als derjenige, der unerlaubt Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Hierzu wird vorgesehen, dass die Überlassung des Arbeitnehmers ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen ist. Bei einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung wird ebenso wie bei der illegalen Arbeitnehmerüberlassung ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher fingiert.

Der dbb begrüßt diese Neuregelungen. Durch das Fingieren eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Arbeitnehmer, selbst dann, wenn eine Verleiherlaubnis vorliegt, ist eine bewährte Sanktion des Entleihers gegeben. Gleiches gilt, wenn die Überlassungshöchstdauer überschritten wurde.

Das eingeführte Widerspruchsrecht sieht der dbb kritisch. Der Begründung zu Folge soll der Leiharbeitnehmer dem Vertrag mit dem Entleiher widersprechen können, da Konstellationen denkbar seien, in denen der Leiharbeitnehmer an seinem Arbeitsverhältnis zum Verleiher festhalten will. Die nun in § 9 vorgenommene Ergänzung sieht vor, dass die Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher nicht eintritt, wenn der Leiharbeitnehmer innerhalb eines Monats erklärt, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält. Durch die – noch im Referentenentwurf fehlende – Einführung eines zweiten Absatzes soll vermieden werden, dass der Leiharbeitnehmer sein Widerrufsrecht „blanco“ vor dem Einsatz beim Entleiher unterzeichnet und somit der Missbrauch für den Entleiher keine weiteren Konsequenzen nach sich zieht. Es stellt sich aber bereits die Frage, weshalb ein Widerspruchsrecht neu eingeführt wird, obwohl kein Fall bekannt ist, dass ein Leiharbeitnehmer gegen einen fingierten Arbeitsvertrag mit dem Entleiher geklagt hat. Es lassen sich aber genügend Möglichkeiten vorbringen, wie der Verleiher den Leiharbeitnehmer dazu bewegen kann, von seinem Widerspruchsrecht gegen das Zustandekommen des Arbeitsvertrages mit dem Entleiher Gebrauch zu machen.

Der Entleiher darf zudem nach einer missbräuchlichen Arbeitnehmerüberlassung nicht von seinen Pflichten entbunden werden. Selbst bei Vorliegen eines Widerspruches muss der Entleiher in die Pflicht genommen werden, Steuern und Sozialabgaben für die Vergangenheit für den Leiharbeitnehmer so zu leisten, als wenn er einen eigenen Beschäftigten eingestellt hätte. Sollte ein Widerspruchsrecht eingeführt werden, sollte dieses nur in engen Grenzen ausgeübt werden dürfen. Der Widerspruch sollte nur gegenüber der zuständigen Behörde, nämlich der Finanzkontrolle Schwarzarbeit, nach eingehender Information des Betroffenen, ausgesprochen werden können.

Zu Nummer 6

Durch die Einführung des § 10a sollen die Rechtsfolgen bei Überlassung durch eine andere Person als den Arbeitgeber dargelegt werden. Es wird gesetzlich klargestellt, dass der Weiterverleih von Leiharbeitnehmern verboten ist. Wenn bei einem derartigen Fremdpersonaleinsatz weitere Unternehmen ohne arbeitsvertragliche Beziehung zum Leiharbeitnehmer zwischengeschaltet werden und die Überlassungshöchstdauer überschritten ist, keine Verleiherlaubnis besteht oder eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung vorliegt, wird das Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers zum Einsatzarbeitgeber fingiert, bei dem die Arbeitsleistung tatsächlich erbracht wird.

Diese Regelung ist eine konsequente Weiterentwicklung des Gesetzes. Der dbb begrüßt zudem, dass bei einem Verstoß gegen dieses Verbot ein Arbeitsvertrag zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Einsatzarbeitgeber fingiert wird, bei dem der Leiharbeitnehmer seine Arbeitsleistung tatsächlich erbringt.

Zu Nummer 7

Zu a)

Die bestehenden Regelungen zur Information von Leiharbeitnehmern durch den Verleiher werden künftig ergänzt. Zukünftig muss der Verleiher den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird. Für Leiharbeitnehmer wird in Zweifelsfällen transparent, ob sie beim jeweiligen Einsatz als Leiharbeitnehmer oder als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages tätig werden.

Der dbb begrüßt diese neu eingeführte Regelung. Hierdurch ist für die Beschäftigten erkennbar, ob sie Ansprüche aus dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz geltend machen können. Zudem stellt diese Vorschrift eine zusätzliche Vorkehrung gegen missbräuchliche Werkverträge dar.

Zu b)

Der Entleiher darf Leiharbeitnehmer künftig nicht mehr als Streikbrecher einsetzen, selbst wenn der Leiharbeitnehmer hierzu seine Einwilligung erteilt hat.

Die bisherige Regelung, die es dem Leiharbeitnehmer freistellte, im Entleihbetrieb tätig zu sein, der unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist, führte dazu, dass Leiharbeitnehmer als Streikbrecher eingesetzt wurden.

Der dbb begrüßt das künftige Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern bei Entleihbetrieben, die unmittelbar von einer Arbeitskampfmaßnahme betroffen sind. Grundgedanke des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ist, Leiharbeitnehmer bei Auftragsspitzen einzusetzen, nicht aber die Wirkung von Arbeitskampfmaßnahmen zu beeinflussen.

Der dbb spricht sich für die Streichung des neu im Gesetzgebungsverfahren eingeführten zweiten Satzes aus. Dieser besagt, dass Leiharbeitnehmer doch in einem vom Arbeitskampf bestreikten Betrieb eingesetzt werden können, wenn sie keine Tätigkeiten übernehmen, die bisher von Arbeitnehmern erledigt wurden, die sich im Arbeitskampf befinden oder ihrerseits Tätigkeiten von Arbeitnehmern übernommen haben, die sich im Arbeitskampf befinden. Diese Abgrenzung ist zu ungenau und für den einzelnen Leiharbeitnehmer nicht zu prüfen. Der Möglichkeit, Streikmaßnahmen durch den Einsatz von Leiharbeitnehmern wirkungslos werden zu lassen, wird durch diese Regelung eine Tür geöffnet.

Zu Nummer 10

Der Entwurf setzt den vom Bundesarbeitsgericht bereits vor Jahren eingeschlagenen Weg fort, Leiharbeitnehmer bei diversen Schwellenwerten mitzuzählen. Die Regelung wird daher grundsätzlich begrüßt.

Zu Nummer 11

Der Katalog der Ordnungswidrigkeiten wird den Neuregelungen angepasst. Die zuständigen Kontrollbehörden, die Bundesagentur für Arbeit und die Behörden der Zollverwaltung, müssen, um ihre Aufgaben erfüllen zu können, personell ausreichend gut aufgestellt sein.

Zu Artikel 2

Artikel 2 sieht die Einfügung eines neuen § 611a BGB vor. Definiert wird der Begriff Arbeitnehmer. Damit sollen missbräuchliche Gestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes durch vermeintlich selbstständige Tätigkeiten verhindert werden.

Der erste Referentenentwurf konkretisierte in Absatz 2 die von der Rechtsprechung für die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses herangezogenen Kriterien der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und der Weisungsgebundenheit. Zur Ausfüllung dieser allgemeinen Begriffe wurden die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien gesetzlich niedergelegt. Die Kriterien wurden damit für die Praxis, insbesondere für die Prüftätigkeit der Behörden, transparent wiedergegeben. In der Vorschrift wurden die von der Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien aufgegriffen und aufgelistet. Dieser Kriterienkatalog wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens gestrichen.

Der dbb kritisiert, dass im vorliegenden Gesetzentwurf ein Kriterienkatalog zur Abgrenzung von Werkvertrag und Scheinwerkvertrag fehlt.

Werkverträge sind eine gesetzlich anerkannte und übliche Gestaltungsform der Arbeitserledigung. Wird ein Werkvertrag jedoch abgeschlossen, um unter dem Deckmantel dieser Vertragsgestaltung faktisch nur Personal zu „überlassen“, liegt ein Scheinwerk- oder Scheindienstvertrag vor. In diesem Fall werden die Regeln der legalen Arbeitnehmerüberlassung, die bereits Regeln für eine Ausnahmesituation sind, unterlaufen und zum Nachteil der Arbeitnehmer verletzt. Die einzelnen Abgrenzungskriterien sind in der Praxis oftmals fließend. Um den Prüfbehörden Unterstützung zu gewähren, aber auch allen an der Vertragsgestaltung Beteiligten Klarheit zu verschaffen, ist die Aufnahme eines Kriterienkataloges unabdingbar. Hieraus ergäbe sich die Feststellung, ob jemand in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert ist und Weisungen unterliegt.

Hier ist der Gesetzentwurf nachzubessern.

Zu Artikel 3

Zu Nummer 2

Zu a) und b)

Eine erschöpfende und gewissenhafte Wahrnehmung der Rechte des Betriebsrats setzt voraus, dass dieser umfassende Informationsrechte besitzt. Dazu gehört auch das Recht, Einsicht in die Arbeitsverträge zwischen Leiharbeitnehmern und Verleihern nehmen zu können und über die Bewerbungsunterlagen von Leiharbeitnehmern unterrichtet zu werden. Diese Konkretisierung des Informationsanspruchs ist jedoch nicht ausreichend.

Die Rechte des Betriebsrats im Zusammenhang mit dem Einsatz von Leiharbeitnehmern müssen erweitert werden. Durch umfassende Mitbestimmungsrechte und konkrete Zustimmungsverweigerungsrechte muss ein Betriebsrat die Möglichkeit haben, etwa einer Ersetzung der Stammbelegschaft durch Leiharbeitnehmer entgegenzuwirken.

Auch um dem zunehmenden Einsatz von Fremdarbeitnehmern aufgrund von mit Fremdfirmen geschlossenen Werkverträgen begegnen zu können, muss der konkrete Einsatz von Fremdarbeitnehmern der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen. In diesem Fall muss dem Betriebsrat die Gelegenheit gegeben werden, konkrete Nachteile für die Beschäftigten abwehren zu können.

Zu Nummer 3

Die geplante Klarstellung bringt keine wesentlichen Verbesserungen. Bei der Personalplanung nach § 92 BetrVG sind vielmehr die Beteiligungsrechte hin zu einer erzwingbaren Mitbestimmung und einem erzwingbaren Einigungsstellenverfahren auszubauen. Bereits im Planungsstadium werden Entscheidungen getroffen, die sich bei entsprechender Durchführung als belastend für die Arbeitnehmer erweisen. Auch die berechtigten Interessen der Arbeitnehmer an Aufstiegsmöglichkeiten und Schutz der Arbeitsplätze müssen Berücksichtigung finden. Daher ist es gerechtfertigt, den Betriebsrat bereits in diesem frühen Stadium mitentscheidend zu beteiligen. Nur so wird eine Objektivierung und bessere Durchsetzbarkeit sowohl der allgemeinen Personalwirtschaft als auch der personellen Auswirkungen im Einzelfall bewirkt.

Zu Artikel 4

Der gesetzliche Arbeitsschutz ist auch bei Werkvertragsarbeitnehmern sicher zu stellen, weshalb der Gesetzentwurf die Zusammenarbeit der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) mit den Arbeitsschutzbehörden durch Datenaustausch stärken soll. Vollzugsrelevante Informationen sollen schnell und unbürokratisch ausgetauscht werden können. Über die bereits im Gesetz kodifizierte allgemeine Zusammenarbeitsverpflichtung hinaus sollten die Arbeitsschutzgesetze in den Katalog des § 6 Absatz 3 des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes (SchwarzArbG) aufgenommen werden.

Der dbb kritisiert, dass die längst überfällige Aufnahme der Arbeitsschutzgesetze in den Katalog des § 6 SchwarzArbG im Gesetzesentwurf fehlt. Nur durch den Austausch von Informationen kann es gelingen, den Arbeitnehmerschutz ausreichend sicher zu stellen, weshalb diese Regelung, wie sie im Referentenentwurf noch vorhanden war, im Gesetz aufgenommen werden sollte.

In diesem Zusammenhang hätte der Gesetzgeber auch den bisher unberücksichtigten Sachverhalt regeln sollen, dass Arbeitsunfälle von Arbeitnehmern, die nicht als Versicherte im Sinne des § 2 SGB VII gelten - wie beispielsweise bei bestimmten Werkvertragsverhältnissen - gemäß § 193 SGB VII der zuständigen Arbeitsschutzbehörde zu melden sind. Zur Sicherstellung des Arbeitsschutzes sowie des Informationsgewinns und -austausches zwischen den Behörden im Sinne der Bekämpfung von unzulässiger Beschäftigung ist hier eine klarstellende Regelung erforderlich.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**718**
Bezug zu 18(11)**715**

27. September 2016

Information für den Ausschuss

DRK e.V. und Verband der Schwesternschaften vom DRK e.V.

Stellungnahme zum Thesenpapier der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di vom 20.9.2016 betreffend das Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

Das vorgenannte vom Bundesvorstand der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di (im Folgenden kurz: ver.di genannt) an die Bundestagsfraktionen übermittelte Thesenpapier ist sachlich und rechtlich unrichtig. Es stellt die tatsächlichen und rechtlichen Umstände der Rotkreuzschwestern und ihrer Arbeit falsch dar und ordnet den diesbezüglichen Tatbestand sowohl auf deutscher als auch auf europäischer Ebene rechtlich unzutreffend ein.

1. Gemeinsamer Vorschlag des DRK e.V. sowie des Verbandes der Schwesternschaften vom DRK e.V. vom Juli 2016 zur Bundestags-Drucksache 18/9232 erweitert die betriebliche Interessenvertretung von gestellten Rotkreuzschwestern

Eingangs ist zunächst einmal festzuhalten, dass ver.di den Gesetzesänderungsvorschlag des Deutschen Roten Kreuzes (DRK) und seines Verbandes der Schwesternschaften (VdS) nur unzureichend darstellt. Dieser Vorschlag des DRK/VdS beinhaltet Änderungsvorschläge nicht nur bezüglich des künftigen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG-Neu), sondern insbesondere auch bezüglich des Betriebsverfassungsgesetzes (BetrVG). Der Vorschlag lautet im Einzelnen wie folgt:

1. Die generelle **Herausnahme des DRK als nationale Hilfsgesellschaft** aus dem AÜG-Anwendungsbereich in § 1, Absatz 3 AÜG-Neu durch Einfügung nachfolgender neuer Nummer 2d:

   ….„2d. der Mitglieder, Verbände und Gliederungen der Nationalen Gesellschaft des Roten Kreuzes im Sinne von § 1 Satz 1 DRK-Gesetz“

2. Für die obige Herausnahme gemäß Nr. 1. die nachfolgende **Erweiterung im Anwendungsbereich des BetrVG** in § 5, Absatz 1, Satz 2 mit folgendem Ergänzungswortlaut im Satz 2:

   „Als Arbeitnehmer gelten auch … Personen, die dauerhaft im Rahmen von Gestellungsverträgen bei Gestellungsvertragspartnern eingesetzt werden, sofern es sich bei den gestellten Personen um Vereinsmitglieder innerhalb der Nationalen Gesellschaft des Roten Kreuzes im Sinne von § 1 Satz 1 des DRK-Gesetze handelt.“

Bereits dieser Vorschlag stellt klar, dass sämtliche Ausführungen von ver.di betreffend betrieblicher Interessenvertretung unzutreffend sind und dass für gestellte Rotkreuzschwestern im Falle der Umsetzung dieses DRK-/VdS-seitigen Änderungsvorschlages die Interessenvertretungsrechte auf betrieblicher Ebene betriebsverfassungsrechtlich erweitert werden.

2. Aktuelle rechtliche und soziale Schutzniveau von Rotkreuzschwestern

Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner mehr als 60-jährigen Rechtsprechung stets klargestellt, dass der Status sui generis der Rotkreuzschwestern höchstrichterlich anerkannt ist, wenn das rechtliche und soziale Schutzniveau von Rotkreuzschwestern mindestens dem Schutzniveau eines Arbeitnehmers entspricht.

Im direkten Vergleich zwischen Arbeitnehmer und Rotkreuzschwester ist, wie es auch von der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit geprüft und bestätigt wird, das Schutzniveau von Rotkreuzschwestern nicht schlechter, sondern zum Teil sogar höher als das von Arbeitnehmern.

Dies ist zuletzt auch im Lichte des aktuellen EuGH-Verfahrens (C-216/15) nochmals vor knapp einem Monat am 9. August 2016 vom Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein (2 Sa 131/16) bestätigt worden. Das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein stellt in seiner Urteilsbegründung fest, dass die Tätigkeit als

Rotkreuzschwester über eine Vereinsmitgliedschaft gerade „nicht zur Umgehung zwingender Arbeitsschutzvorschriften ausgenutzt“ wird, dass insbesondere auch „eine einzelne Rotkreuzschwester besondere -zusätzliche- Einwirkungsmöglichkeiten“ auf ihre Rotkreuzschwesternschaft als Verein hat und dass daher die Dienste einer Rotkreuzschwester „aufgrund der Mitgliedschaft in dem betreffenden Verein erbracht werden können“.

Insoweit bestätigt auch das vorgenannte Urteil des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein nochmals klarstellend, dass die Diskriminierungsbehauptungen von ver.di unsubstantiiert und vollumfänglich unzutreffend sind.

Der Status der Rotkreuzschwester ist ein Status sui generis. Ihr höherwertiges Schutzniveau manifestiert sich bereits in der Tatsache, dass sie im rechtlichen Sinne als Vereinsmitglied nicht gekündigt werden kann, da eine Vereinsmitgliedschaft immer auf Dauer angelegt ist. Eine Vereinsmitgliedschaft kann vereins- und satzungsrechtlich nur aus wichtigem Grund durch Ausschluss beendet werden. Dies ist im Falle einer Rotkreuzschwester insbesondere nur dann der Fall, wenn diese gegen die -national und international anerkannten- Grundsätze der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung schwerwiegend und nachhaltig verstößt. Betriebs- und personenbedingte Beendigungen der Mitgliedschaft gibt es rechtlich nicht, aus wichtigem Grund kann daher nur verhaltensbedingt die Mitgliedschaft durch ein Ausschlussverfahren beendet werden. Rotkreuzschwestern können zudem über das für sie zuständige Gericht gerichtlich Rechtsschutz geltend machen, und zwar beim Schiedsgericht des Verbandes der Schwesternschaften vom Deutschen Roten Kreuz. Es handelt sich hierbei um Schiedsgericht gemäß §§ 1025 – 1066 Zivilprozessordnung. Dieses Schiedsgericht ist jeweils ehrenamtlich besetzt von 2 ehemaligen Richtern der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit, aktuell besetzt durch einen ehemaligen Präsidenten eines Landesarbeitsgerichts sowie durch einen ehemaligen Präsidenten eines Arbeitsgerichts. Im Vergleich zu Arbeitnehmern haben Rotkreuzschwestern darüber hinaus in ihren Schwesternschaftssatzungen verankert bereits nach 1 Jahr Vereinsmitgliedschaft faktisch einen unkündbaren Beschäftigungsstatus, der ihnen eine Beschäftigungsoption in der Rotkreuzschwesternschaft bis zum Renteneintritt ermöglicht. Rotkreuzschwestern selbst wiederum können satzungsrechtlich durch Aufnahme einer anderweitigen Tätigkeit bei Dritten oder eine selbstständige Tätigkeit jederzeit ihre Vereinsmitgliedschaft beenden.

Im direkten Vergleich zu Arbeitnehmern verfügt daher eine Rotkreuzschwester über einen höheren und umfassenderen Beschäftigungsschutz. In Bezug auf sonstige arbeitnehmerspezifische Schutznormen zum Beispiel betreffend Arbeitsschutz, Mutterschutz und Sozialversicherungsschutz finden vollumfänglich und ohne Einschränkungen die gesetzlichen Schutzbestimmungen des in Deutschland und der Europäischen Union geltenden Rechts Anwendung.

3. Einzelne unzutreffende sachliche Ausführungen im ver.di-Thesenpapier

Die von ver.di genannten 370 Rotkreuzschwestern am Standort Universitätsklinikum Marburg haben über eine von der Rotkreuzschwesternschaft Marburg e.V. initiierte Betriebsvereinbarung mit dem Gestellungsvertragspartner (Universitätsklinikum Marburg / Gießen) und dem dortigen Betriebsrat in dieser Einsatzstelle sowohl das aktive als auch das passive Wahlrecht im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne. Vergleichbares gilt aufgrund des in Nordrhein-Westfalen geltenden Landespersonalvertretungsgesetzes auch für die von ver.di genannten mehr als 900 Rotkreuzschwestern beim Universitätsklinikum Essen.

Aufgrund des von den -sämtlich gemeinnützigen- Rotkreuzschwesternschaften in den Gestellungsfeldern angewandten „Equal-Pay- und Equal-Treatment-Prinzips“ lässt sich zudem anführen, dass sie wie öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften bereits heutzutage von sich aus die mit dem AÜG-Änderungsgesetz verfolgten Schutzzwecke erfüllen, d. h. im Rahmen der Personalgestellung der Rotkreuzschwesternschaften werden folgende Schutzzwecke des AÜG-Änderungsgesetzes eingehalten:

- es gelten stets mindestens die bisherigen Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bezahlung, weiter;
- die sonstigen typischen Risiken der Arbeitnehmerüberlassung wie hohe Arbeitsplatzunsicherheit und ständig wechselnde Einsatzorte sind nicht gegeben;
- aus tariflicher Sicht besteht im Rahmen der Personalgestellung nicht die Gefahr einer

Schlechterstellung der Betroffenen, da für diese entweder der einschlägige Tarifvertrag des Gestellungsfeldes angewandt wird oder der bisherige höherwertige Bestandsschutz erhalten bleibt.

Für den Fall, dass es in Zukunft zum Wegfall des Nichtarbeitnehmerstatus von Rotkreuzschwestern kommen sollte, würden die vorgenannten (Punkt 2.) gegenüber Arbeitnehmern weitergehenden Rechte der Rotkreuzschwestern nur dann fortgelten, wenn die Rotkreuzschwestern ihre Rotkreuzschwesternschaft als „Arbeitgeber“ behalten dürfen, was voraussetzt, dass eine Ausnahme der Mitglieder, Verbände und Gliederungen der Nationalen Gesellschaft des Roten Kreuzes im künftigen AÜG gesetzlich verankert wird.

Insoweit sind sämtliche zum Vorgenannten anderslautenden ver.di-Ausführungen vollumfänglich unzutreffend.

4. Objektive Gründe für die Herausnahme der Nationalen Gesellschaft vom Roten Kreuz aus dem Anwendungsbereich des künftigen AÜG

Zunächst einmal ist auch hier festzuhalten, dass die ver.di-Ausführungen zum EU-Recht und zu den deutschen Zivilschutzgesetzen jedweder rechtlichen und tatsächlichen Grundlage entbehren.

Sowohl die europäischen Verträge als auch die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

erlauben ausdrücklich nationale Ausnahmen vom EU-Recht, und zwar insbesondere dann, wenn hierfür objektiv nachweisbare Gründe vorliegen. Insoweit ist der deutsche Gesetzgeber selbstverständlich EU-rechtskonform vollumfänglich berechtigt, aus objektiven Gründen auf deutscher Ebene beispielsweise Ausnahmen zum EU-Richtlinienrecht gesetzlich zu verankern. Darauf hat zuletzt auch der Generalanwalt beim EuGH gerade in Bezug auf Rotkreuzschwesternschaften hingewiesen.

Bezüglich der Kirchen und öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften sowie des öffentlichen Dienstes sind im aktuellen AÜG-Gesetzesentwurf bereits entsprechende Ausnahmen vorgesehen.

Die objektiven Gründe zur Herausnahme der Nationalen Gesellschaft vom Roten Kreuz aus dem Anwendungsbereich des künftigen AÜG ergeben sich aus dem humanitären Völkerrecht, namentlich den einschlägigen Genfer Abkommen, welche uneingeschränkt Vorrang gegenüber dem EU-Recht und dem deutschen Recht haben.

Die Aufgaben des Deutschen Roten Kreuzes ergeben sich aus dem humanitären Völkerrecht. Die rund 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften bilden hierbei als wesentliche medizinische Komponente der Nationalen Hilfsgesellschaft vom Roten Kreuz zunächst einmal das Rückgrat zur Unterstützung des Sanitätsdienstes der Bundeswehr gemäß den Genfer Abkommen. Durch Anerkennung des Deutschen Roten Kreuzes als Nationale Gesellschaft vom Roten Kreuz hat die Bundesrepublik Deutschland in einem öffentlich-rechtlichen Hoheitsakt, und dies bereits im Jahr 1952, dem Deutschen Roten Kreuz das noch heute gültige Mandat erteilt, eine stets einsatzfähige Organisation vorzuhalten, mit der es die ihm obliegenden Aufgaben wirksam erfüllen kann. Die 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften erfüllen in diesem Zusammenhang die seit 2008 im DRK-Gesetz für den Alltag, den Krisenfall sowie den bewaffneten Konflikt vorgesehenen Aufgaben. Die 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften bilden darüber hinaus den wesentlichen medizinischen Personalbestand zur Erfüllung der Aufgaben der Nationalen Hilfsgesellschaft im Rahmen des Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetzes, insbesondere zur Ausbildung der Bevölkerung in Erste Hilfe und zu Pflegehilfskräften gemäß §§ 24 in Verbindung mit 26 Absätze 1 bis 3 Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetz. Die Wahrnehmung und pflichtgemäße Erfüllung der vorgenannten Aufgaben ist nur möglich, wenn die 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften im Alltag regelhaft in das Gesundheits-, Pflege- und Sozialsystem der Bundesrepublik Deutschland eingebunden werden. Diese Einbindung ist nur durch eine auf Dauer angelegte Personalgestellung sicherzustellen. Erst diese Einbindung mittels dauerhafter Personalgestellung schafft die Voraussetzungen für die Einsatzfähigkeit sowohl im Krisenfall als auch im bewaffneten Konflikt und ist aktuell die einzig praktische Möglichkeit zur alltäglichen Einbindung und zum Kompetenzerhalt der 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften in das bestehende Gesundheitssystem. Die völkerrechtlich anerkannten Weltkernaufgaben der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung sehen darüber hinaus die örtliche Gesundheitsarbeit als Aufgabe aller Nationalen Gesellschaften vor. Auf diese Weise wird auch die Fähigkeit zur gegenseitigen Unterstützung und somit zum personellen Austausch innerhalb der Bewegung gewährleistet. Ganz praktisch bedeutet dies, dass das Deutsche Rote Kreuz zusätzliche personelle und materielle Ressourcen zur Bewältigung von Nothilfeoperationen anfordern und einbringen kann, selbst wenn die eigenen Ressourcen bereits ausgeschöpft wären. Für diese personelle Unterstützung innerhalb der weltweiten Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung zur Bewältigung humanitärer Lagen im In- und Ausland unterhält der Verband der Schwesternschaften vom DRK e.V. einen umfangreichen und für seine Aufgaben speziell und fortlaufend geschulten Personalpool von medizinischem Fachpersonal, welches binnen 24 Stunden weltweit zum Einsatz gebracht werden kann. Zuletzt erfolgte dies beispielsweise im Jahr 2015 durch Rotkreuzschwestern im Ebola-Einsatz in Liberia sowie auch aktuell bei humanitären Einsätzen in Syrien, Libanon, Südsudan und Griechenland. Ferner erfüllte in den vergangenen 12 Monaten das Deutsche Rote Kreuz mit seinen Rotkreuzschwestern in der Flüchtlingsnothilfeoperation in Deutschland die ihm pflichtgemäß obliegenden Aufgaben.

In den aktuell etwa 1.000 operativ angewandten Gestellungsverträgen sind explizite Regelungen festgeschrieben, die es den Rotkreuzschwesternschaften ermöglichen, jederzeit ihre Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen für humanitäre Völkerrechtsaufgaben des Deutschen Roten Kreuzes abzuziehen.

Ohne gesetzliche Verankerung eines Ausnahmetatbestandes für die Mitglieder, Verbände und Gliederungen der Nationalen Gesellschaft des Roten Kreuzes im künftigen AÜG würde die Nationale Hilfsgesellschaft vom Roten Kreuz den Zugriff auf qualifiziertes Pflegepersonal im Katastrophen-, Konflikt- und Kriegsfall als hauptberuflich tätige Mitglieder der Rotkreuzschwesternschaften verlieren und wäre nicht mehr in der Lage seinen Verpflichtungen gemäß DRK-Gesetz, den Genfer Abkommen und damit des humanitären Völkerrechts in ausreichendem Maße zu entsprechen.

5. Zentraler Appell

Damit das Deutsche Rote Kreuz, der Verband der Schwesternschaften vom DRK e.V. (sämtlich als gemeinnützige Institutionen) und damit die wesentliche medizinische Komponente der Nationalen Hilfsgesellschaft vom Roten Kreuz die zuvor beschriebene einsatzfähige Organisation und die ihnen pflichtgemäß obliegenden Aufgaben und das Mandat nach den Genfer Konventionen, den Anerkennungsbedingungen und nach Bundesgesetzen erfüllen können, ist es zwingend erforderlich, dass insbesondere die 33 Rotkreuzschwesternschaften mit ihren 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen aus dem Anwendungsbereich des künftigen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ausgenommen werden.

Dies ist im Sinne des Gemeinwohls und der Schwestern, die bei Nichthandeln schlechter gestellt würden. Es ist auch im Sinne der Tradition der Förderung und Emanzipation von Frauen, für die die DRK-Schwesternschaft seit 140 Jahren steht.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**722**

30. September 2016

Information für den Ausschuss

Paritätischer Wohlfahrtsverband Gesamtverband e. V.

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

Der Paritätische Wohlfahrtsverband Gesamtverband e. V. mit insgesamt ca. 10.000 Mitgliedsorganisationen begrüßt das Anliegen des Gesetzesentwurfs, Missbrauch in der Leiharbeit zu unterbinden. Leider stellen wir fest, dass die geplanten Neuregelungen voraussichtlich negative Auswirkungen auf die Arbeit von Integrations- und Beschäftigungsunternehmen haben werden, weil diesen die Nutzung als Instrument zur Integration in den allgemeinen Arbeitsmarkt erheblich erschwert wird und damit die Bemühungen um die Integration und Teilhabe von durch Behinderung, Krankheit oder Langzeitarbeitslosigkeit benachteiligten Menschen konterkariert werden. Wir befürchten, dass Vermittlungs- und längerfristige Beschäftigungschancen für Menschen mit geringerem Leistungsvermögen durch die geplanten Regelungen insgesamt stark eingeschränkt werden.

1. Integrations- und Beschäftigungsunternehmen

In paritätischen Integrations- und Beschäftigungsunternehmen wird das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung in kooperierende Unternehmen genutzt, um Weiterentwicklungsmöglichkeiten und Perspektiven in den ersten Arbeitsmarkt für Menschen mit Behinderung oder von Behinderung bedrohten Menschen, langzeitarbeitslosen Menschen, aber auch vielen psychisch erkrankten Menschen zu öffnen. Dabei handelt es sich nicht um ein Massengeschäft. Vielmehr ist die Überlassung im Einzelfall sehr konkret auf den Einzelnen oder die Einzelne hinsichtlich Dauer, Tätigkeit, Organisation, notwendiger zusätzlicher Unterstützungsmaßnahmen oder Qualifizierungsmaßnahmen zugeschnitten.

Das Arbeiten im Betrieb im ersten Arbeitsmarkt dient u. a. der Erprobung und Qualifizierung, vor allem aber der Stabilisierung sowohl in sozialer Hinsicht, als auch der Entwicklung und Stärkung der Belastbarkeit. Gerade für psychisch erkrankte Menschen sind längere Stabilisierungsphasen von nicht selten 24 Monaten erforderlich. Bei der Überlassung von Menschen mit erheblicher Lerneinschränkung, geistiger Behinderung oder dauerhafter psychischer Erkrankung ist die intensive Betreuung und Begleitung durch das Integrations- und Beschäftigungsunternehmen mit der Möglichkeit – ggf. auch nur für Krisenzeiten – Umbesetzungen auf andere Arbeitsplätze in anderen Bereichen vorzunehmen auf unbestimmte Dauer erforderlich, um Langzeitarbeitslosigkeit, bzw. eine Aufnahme in einer Werkstatt für Behinderte zu vermeiden.

Die uns angeschlossenen Integrationsfirmen und Beschäftigungsunternehmen sind bisher eher selten tarifgebunden. In der Praxis bestehen oft langjährige Kooperationen mit kleinen und mittleren Unternehmen aus der näheren Umgebung, die oft nicht tarifgebunden sind.

Überlassungsdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG - E

Die geplante Begrenzung der Überlassungsdauer auf 18 Monate nach § 1 Abs. 1b AÜG-E, wie auch die Anrechnungsregelung von Zeiträumen der Überlassung desselben Arbeitnehmers an dasselbe Unternehmen würde diese für die Betroffenen sehr erfolgversprechenden Angebote konterkarieren und ihre Teilhabechancen im 1. Arbeitsmarkt deutlich einschränken.

Nach der geplanten Neuregelung in § 1 Abs. 1 AÜG-E ist eine Verlängerung der Leihdauer an das Vorhandensein einer Bindung des Einsatzbetriebes an eine tarifliche Ausnahmeregelung geknüpft.

Eine fallbezogen vereinbarte Verleihdauer über 18 Monate scheidet mit kooperierenden Firmen von vornherein aus, wenn diese keine Bindung an einen entsprechenden Tarifvertrag haben. Die Integrations- und Beschäftigungsfirmen wären nach der geplanten Neuregelung also künftig ausschließlich auf Kooperationspartner angewiesen, die über entsprechende tarifvertraglich basierte Ausnahmeregelungen verfügen. Es erscheint unwahrscheinlich, dass in der Vielzahl der Branchen, in denen sich Integrations- und Beschäftigungsunternehmen am Markt betätigen (wie z. B. im Gaststättengewerbe, im Bereich der Wä-

schereidienstleistungen oder im Garten-Landschaftsbau u. a.), jeweils Tarifverträge herangezogen werden könnten, die spezielle Regelungen im Hinblick auf die besondere Beschäftigung von Menschen mit einer Schwerbehinderung oder anderen in Integrationsunternehmen enthalten.

Zudem kommen häufiger Unterbrechungen oder Abbrüche von Maßnahmen in diesem Bereich vor. Die Anrechnungsregel verkürzt damit letztlich einen möglichen erneuten Einsatz im selben Betrieb, und damit auch die Chancen der Betroffenen.

Die Integrations- und Beschäftigungsfirmen können aufgrund ihres geringen Tarifbindungsgrades und weil sie in der Regel nicht unter den Geltungsbereich anderer Tarifverträge fallen, keinen Gebrauch von den Ausnahmemöglichkeiten machen, die im Bereich der gemeinnützigen Wohlfahrtspflege den Religionsgesellschaften und ihren caritativen Einrichtungen aufgrund der Ausnahmen in § 1 Abs. 1 Nr. 1b letzter Satz (Überlassungsdauer) und in § 1 Abs. 3 Nr. 2 c AÜG-E („konzerninterne“ Überlassung) eingeräumt wurden. Auch dies beeinträchtigt die Fortsetzung erprobter erfolgreicher Arbeit unserer in diesem Bereich arbeitenden Mitgliedsorganisationen.

Insbesondere bei der Vermittlung oder dem unterstützten Einsatz von Menschen mit teilweise auch dauerhaft geringerem Leistungsvermögen werden viele Vertragsverhältnisse im Bereich der Hilfstätigkeiten frühzeitig beendet werden müssen und sich außerdem die Angebote für diesen Personenkreis deutlich verringern.

Lösung: Bereichsausnahme

Wir schlagen eine Bereichsausnahme im Rahmen des § 1 Abs. 3 AÜG vor.

Die Ausnahme für Überlassungen durch gemeinnützige Integrations- und Beschäftigungsunternehmen, die der Erwerbsintegration von durch Behinderung, Krankheit oder Langzeitarbeitslosigkeit benachteiligten Menschen dienen, würde die an den einzelnen Betroffenen angepassten Integrationsangebote und Maßnahmen wieder erweitern und dem Inklusionsziel gerecht werden.

Die EU-Richtlinie 2008/104/EG vom 19.11.2008 über Leiharbeit lässt solche Regelungen an prägnanter Stelle in Artikel 1 Abs. 3 ausdrücklich zu:

„(3) Die Mitgliedstaaten können nach Anhörung der Sozialpartner vorsehen, dass diese Richtlinie nicht für Arbeitsverträge oder Beschäftigungsverhältnisse gilt, die im Rahmen eines spezifischen öffentlichen oder von öffentlichen Stellen geförderten beruflichen oder Ausbildungs-, Eingliederungs- und Umschulungsprogramms geschlossen wurden.“

Mindestens aber sollte eine Lösung innerhalb der geplanten Regelungen geschaffen werden, die es Integrations- und Beschäftigungsunternehmen ermöglicht, Flexibilität hinsichtlich der Überlassungsdauer in der Branche zu gewinnen,

Diese sollte folgende Elemente enthalten:

- Beibehaltung der Erlaubnispflichtigkeit der Überlassungen,
- Befreiung von Einschränkungen zur Überlassungsdauer
- Einführung einer Anzeigepflicht der Überlassungen.

Die Anzeigepflicht ermöglicht der Bundesagentur, ggf. Fehlentwicklungen zu erkennen.

2. Andere Überlassungskonstellationen

Wir haben seinerzeit die in § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG geschaffene Privilegierung im Hinblick auf eine gelegentliche Überlassung zwischen Arbeitgebern, wenn die Überlassung nur gelegentlich erfolgt und der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird, begrüßt, weil diese dazu beiträgt, dass das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung in der sozialen Arbeit, z. B. im Zusammenhang mit der Durchführung von gemeinsamen Projekten, in Anlaufphasen von neuen Projekten oder auch zur Überbrückung von Notsituationen weiterhin unbürokratisch genutzt werden kann. Auch Konzernüberlassungen kommen vor.

Die Überlassung an einen Verein oder ein anderes gemeinnütziges Mitglied, erfolgt regelmäßig im Rahmen der Verfolgung der jeweiligen ideellen Satzungszwecke, die die Beteiligten verfolgen.

Es gibt zuweilen auch zulässige Überlassungen (Gestellungen), die möglicherweise nicht unter die Ausnahmeregelungen in § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG-E fallen und die länger als 18 Monate dauern, oder aber auf Dauer angelegt sind. Z.B. gibt es Überlassungen in unserem Mitgliederbereich, die aus der Zeit vor der letzten Gesetzesänderung stammen und in denen equal-pay und equal-treat erfüllt werden. Dort finden die beim Verleiher (Konzernausleihe) geltenden besseren Arbeitsbedingungen (Vergütung nach dem TVöD/TV-L und Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes) Anwendung und nicht die Regelungen aus der Leiharbeitsbranche.

Um solche zulässigen Strukturen durch das Inkrafttreten der neuen Fassung nicht zu beschädigen, bedarf es dringend wenigsten einer Übergangsregelung, die die neuen Regeln erst für nach dem Inkrafttreten des Gesetzes geschlossene Leiharbeitsvereinbarungen zwischen Verleiher und Entleiher sowie Leiharbeitsverträge zur Anwendung bringt.

Lösung: Übergangsregelung

Die neuen Regelungen im AÜG gelten erst für nach dem Inkrafttreten geschlossene Leiharbeitsverträge und Überlassungsverträge zwischen Entleiher und Verleiher.

Sinnvoll wäre auch eine Verdeutlichung, dass unter § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG-E auch solche Überlassungsverhältnisse fallen, in denen der Tarifvertrag des Öffentlichen Dienstes aufgrund arbeitsvertraglicher Anwendung gilt.

Wir möchten Sie bitten, unsere Vorschläge in Ihren Beratungen zu berücksichtigen.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**724**

05. Oktober 2016

Information für den Ausschuss

Bundesverband Druck und Medien e.V.

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

Überregulierung schadet der Tarifautonomie und erschwert Kooperationen

Die Möglichkeit, Auftragsschwankungen oder Ausfälle von Arbeitnehmern flexibel über Zeitarbeit kompensieren zu können, und die rechtssichere Kooperation von Unternehmen mit unterschiedlichem Leistungsportfolio sind mitentscheidend für die Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Druckindustrie und ihrer Arbeitsplätze.

Der bvdm begrüßt, dass der zunächst durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales vorgelegte Entwurf zur Neuregelung von Werkverträgen, Dienstverträgen und Zeitarbeit im Vorfeld der parlamentarischen Beratungen überarbeitet worden ist.

Der im Juli 2016 dem Bundestag zugeleitete Gesetzentwurf zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze greift einige der auch durch den bvdm geforderten Änderungen auf. Dennoch bleibt erheblicher Änderungsbedarf, um Tarifautonomie und notwendige Flexibilität unternehmerischer Betätigung vor Überregulierung zu schützen.

I. Zeitarbeit im Streik

Verfassungsrechtlich besonders bedenklich ist aus Sicht der Druckindustrie das geplante Verbot des Einsatzes von Zeitarbeitnehmern zur Aufrecht-erhaltung der Produktion in einem Arbeitskampf. Der für die Tarifautonomie drohende Schaden durch einen solchen einseitigen Eingriff in das Arbeitskampfrecht zu Gunsten der Gewerkschaften darf nicht mit einem schlichten Verweis auf den Koalitionsvertrag ignoriert werden. Das Grundgesetz hat Vorrang vor dem Koalitionsvertrag.

Positiv ist zwar festzuhalten, dass der Gesetzentwurf nunmehr zumindest den Einsatz von Zeitarbeitnehmern erlaubt, die keine direkte oder indirekte „Streikarbeit“ leisten. Damit können Zeitarbeitnehmer, die vor dem Beginn des Streiks bereits im Betrieb eingesetzt waren, ihre bisherige Tätigkeit einschränkungslos fortführen. Auch eine Vertretung von nicht streikbedingt ausfallenden Arbeitnehmern durch Zeitarbeitnehmer bleibt möglich. Damit wird verhindert, dass ein streikender Stammbeschäftigter ausreicht, um sämtliche Zeitarbeitnehmer aus dem Betrieb abziehen zu müssen.

Zudem ist nach der Gesetzesbegründung auch der konzerninterne Verleih von dem Einsatzverbot ausgenommen. Dies ist eine wichtige Entschärfung, ändert jedoch nichts an der Verfassungswidrigkeit der Regelung insgesamt.

Das Bemühen eines Unternehmens, wirtschaftliche Schäden durch streikbedingten Arbeitsausfall zu vermeiden, stellt keine „missbräuchliche Einwirkung auf Arbeitskämpfe“ dar, wie es in der Gesetzesbegründung heißt. Es ist vielmehr ein rechtmäßiges Arbeitskampfmittel des Arbeitgebers, das nicht beschränkt werden darf.

Dieser Ansicht ist auch das Bundesarbeitsgericht in seinem Beschluss vom 13.12.2011 (1 ABR 2/10): „Der Einsatz arbeitswilliger Arbeitnehmer auf Arbeitsplätzen streikender Beschäftigter ist eine Arbeitskampfmaßnahme des Arbeitgebers. Damit versucht er, den Betrieb fortzuführen, die wirtschaftlichen Folgen des Streiks zu verringern und gleichzeitig seine Stellung in der Tarifauseinandersetzung zu verbessern. (…) Die durch das Beteiligungsrecht des Betriebsrats aus § 99 BetrVG bewirkte Einschränkung der Kampfmittelfreiheit des Arbeitgebers ist ernsthaft. Ihm werden hierdurch wesentliche Reaktionsmöglichkeiten auf Arbeitskampfmaßnahmen der Gewerkschaften aus der Hand genommen, weil er den streikbedingten Produktionsausfall durch den Einsatz arbeitswilliger Mitarbeiter nicht effektiv verringern kann.“

Somit stellt vielmehr die geplante Regelung des § 11 Abs. 5 AÜG-E eine „missbräuchliche Einwirkung auf Arbeitskämpfe“ dar. Denn Basis der Tarifautonomie

ist ein Gleichgewicht der Kräfte; faire Auseinandersetzungen erfordern ein ausgewogenes Repertoire an „Waffen“. Einmischungen des Staates beinträchtigen dieses Gleichgewicht. Staatliche Neutralität ist damit unverzichtbar für eine funktionierende Tarifautonomie.

Gerade in der Druckindustrie – insbesondere beim Drucken von Tageszeitungen – ist das Aufrechterhalten der Produktion für einen Arbeitgeber das einzige Mittel, um den Druck durch einen Streik und den damit verbundenen wirtschaftlichen Schaden zu mindern. Eine ausgefallene Produktion kann, anders als in anderen Branchen, in der Regel nicht nachgeholt werden.

Diese einzige „Waffe“ im Arbeitskampf droht der Gesetzgeber den Unternehmen nun durch das Verbot von Zeitarbeit teilweise zu entziehen. Damit werden Zeitarbeitnehmer gezwungen, einen Streik zu unterstützen, der sie noch nicht einmal betrifft.

Eine Streikpflicht kennt das Gesetz jedoch zu Recht nicht, diese würde auch der negativen Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer widersprechen. Bei allen von Streiks begleiteten Tarifverhandlungen zeigt sich, dass nicht jeder Streikaufruf von allen Arbeitnehmern unterstützt wird. Arbeitnehmer, die die Forderungen der Gewerkschaft oder einen Aufruf zum Streik nicht unterstützen, haben das Recht, sich dem zu entziehen. Anderes soll nunmehr für Zeitarbeitnehmer gelten.

Eine Stärkung ihrer Position, wie durch die Entwurfsbegründung suggeriert, bewirkt dieser Entzug der Entscheidungsfreiheit nicht. Vielmehr werden sie per Gesetz für die Zwecke der streikenden Gewerkschaft – ohne Rücksicht darauf, ob der geführte Arbeitskampf rechtmäßig ist oder nicht! – instrumentalisiert, ohne sich dagegen wehren zu können.

Nicht der Schutz der Zeitarbeitnehmer ist daher das Ziel der Regelung, sondern allein die Verstärkung der Wirkung eines Streiks.

Diese Verletzung des staatlichen Neutralitätsgebots durch staatliche Schützenhilfe beeinträchtigt die Arbeitskampfparität und beschädigt damit auch das System der Tarifautonomie insgesamt.

Angesichts der Weigerung der Politik, das Arbeitskampfrecht gesetzlich zu regeln, ist dieser punktuelle Eingriff zu Gunsten der Gewerkschaften besonders fragwürdig. Wenn die Bundesregierung nicht bereit ist, die immer weitere Ausweitung der Kampfmittel der Gewerkschaften, wie etwa durch die Flashmob-Entscheidungen von BAG und BVerfG, zu korrigieren, hat sie und mit ihr die sie tragende parlamentarische Mehrheit eine besondere Verantwortung, durch einzelne Regelungen die Paritäten nicht noch weiter zu Lasten eines Tarifpartners zu verschieben.

Tarifliche Kompromisse rechtfertigen keine staatlichen Zwangsmaßnahmen. Das in den Tarifverträgen der Zeitarbeit derzeit enthaltene Verbot des Einsatzes von Zeitarbeitnehmern in bestreikten Betrieben kann nicht zur Rechtfertigung dienen. Es erfasst nicht alle Fälle der Arbeitnehmerüberlassung. Insbesondere, wenn Zeitarbeitnehmer nach dem Grundsatz von „Equal Pay“ bezahlt werden oder ein Haustarifvertrag besteht, gilt das tarifliche Einsatzverbot nicht. Zudem ist ein Tarifvertrag stets ein Gesamtkompromiss zwischen den Tarifpartnern, der in seiner Gesamtheit einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen beider Seiten widerspiegelt. Als solcher ist er Veränderungen zugänglich, kann durch Kündigung einer Partei beendet oder durch einen neuen Kompromiss ersetzt werden. Dieser Charakter des Interessenausgleichs trägt die aus dem Kontext des Tarifvertrages herausgenommene, gesetzliche Regelung nicht. Als bußgeldbewehrtes, starres Beschäftigungsverbot geht diese in ihrer Wirkung sehr viel weiter.

Einem bestreikten Unternehmen unter Androhung von Bußgeldern bis zu 500.000 € zu verbieten, eine Produktion durch den Einsatz von arbeitswilligen Zeitarbeitnehmern aufrecht zu erhalten, ist zudem völlig unverhältnismäßig. Das zeigt sich insbesondere im Vergleich zu den übrigen Bußgeldtatbeständen des AÜG-E: So führt etwa die illegale Überlassung von Arbeitnehmern ohne Verleiherlaubnis „nur“ zu einem Bußgeld von 30.000 €. Diese erhebliche Diskrepanz lässt sich nicht nachvollziehbar rechtfertigen.

Das geplante Zeitarbeitsverbot im Streik ist somit auch in der aktuellen Version ein verfassungswidriger Eingriff in die Tarifautonomie und muss daher komplett aus dem Entwurf gestrichen werden.

II. Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten

Die geplante Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten ist deutlich zu kurz und willkürlich gewählt. Sie dient auch nicht dem Schutz der Zeitarbeitnehmer, sondern zielt offenbar darauf ab, die Aufnahme einer Tätigkeit in einem Zeitarbeitsunternehmen unattraktiv zu machen.

Wenn der Gesetzgeber von den Unternehmen erwartet, Arbeitsausfälle durch Teilzeitansprüche, Eltern- oder Pflegezeiten flexibel abzufedern, darf er ihnen nicht gleichzeitig bei der Überbrückung dieser Fehlzeiten Steine in den Weg legen. Die längerfristige Vertretung eines Arbeitnehmers wird deutlich erschwert, wenn nach je 18 Monaten der Vertreter ausgetauscht und neu eingearbeitet werden muss.

Kurze Einsätze bei wechselnden Einsatzbetrieben, bei denen jeweils die Frist bis zur Aufstockung des Entgelts über Branchentarifverträge neu zu laufen beginnt, bedeuten auch für die Zeitarbeitnehmer keinen Vorteil. Kann das Zeitarbeitsunternehmen den Arbeitnehmer nach 18 Monaten nicht in einem anderen Betrieb einsetzen, kann die Höchstüberlassungsdauer sogar zum Verlust des Arbeitsplatzes führen.

Nicht überzeugend ist zudem, dass die Höchstüberlassungsdauer auch dann gelten soll, wenn der Arbeitnehmer das gleiche Entgelt erhält wie vergleichbare Stammbeschäftigte oder, insbesondere im Fall der Überlassung von Hochqualifizierten, ggf. sogar ein Höheres. Zumindest hier sollte auf die zeitliche Begrenzung des Einsatzes verzichtet werden. Auch bei der konzerninternen Arbeitnehmerüberlassung ist eine Höchstüberlassungsdauer nicht aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes erforderlich.

Positiv ist festzuhalten, dass abweichende Regelungen in Tarifverträgen vereinbart werden können und – anders als im ersten Entwurf – auch nicht tarifgebundene Betriebe davon Gebrauch machen können.

Die Nutzung tariflicher Öffnungsklauseln, die selbst keine zeitliche Obergrenze vorsehen, durch nicht tarifgebundene Betriebe auf 24 Monate zu begrenzen, stellt aus Sicht des bvdm jedoch eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung dar. Das deutsche Arbeitsrecht kennt bisher keine vergleichbare Unterscheidung; alle bestehenden gesetzlichen Öffnungsklauseln ermöglichen auch nicht tarifgebundenen Betrieben die gleiche Abweichungsmöglichkeit. Dies sollte auch hier gelten.

Ferner führt die Regelung auch zu einer Benachteiligung von Betrieben ohne Betriebsrat, dies sind insbesondere kleinere Firmen. Um diesen ebenfalls die Nutzung tariflicher Ausnahmen von der 18-Monats-Grenze zu ermöglichen, sollte der Abschluss entsprechender Tarifregelungen auch den Tarifpartnern der Zeitarbeit ermöglicht werden. Diese könnten etwa an die Branchenzuschlagstarifverträge angegliedert werden. Weshalb es den Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften der Zeitarbeit verwehrt werden soll, die Einsatzdauer tariflich zu konkretisieren, wie dies beim Anspruch auf „Equal Pay“ möglich ist, kann nicht nachvollziehbar begründet werden.

Klargestellt werden sollte ferner, dass auch eine abweichende Festlegung der Überlassungsdauer durch Firmentarifverträge möglich ist, da auch diese als Tarifverträge der Einsatzbranche zu qualifizieren sind.

III. Equal Pay

Die vorgesehene Regelung, dass ein Abweichen vom Anspruch auf „Equal Pay“ nach 9 Monaten durch einen Branchenzuschlagstarifvertrag nur dann möglich ist, wenn nach 15 Monaten Einsatz ein gegenüber einem Arbeitnehmer der Einsatzbranche gleichwertiges Arbeitsentgelt erreicht wird, stellt die geltenden Branchentarifverträge in Frage.

Angesichts ihrer künftig begrenzten Wirkung wird zu prüfen sein, ob die Branchenzuschlagstarifverträge, die die Zeitarbeit schon nach kurzen Einsatzzeiten – in der Druckindustrie bereits nach 4 Wochen – schrittweise verteuern, noch sinnvoll sind. Es stellt sich die Frage, weshalb der Gesetzgeber, nachdem seitens der Politik erfolgreich auf Branchentariflösungen hingewirkt wurde, nunmehr doch zum dirigistischen Schwert der staatlichen Regulierung greift. Dies desavouiert die Tarifautonomie.

Klargestellt werden sollte in der neuen gesetzlichen Regelung, dass nach 9 Monaten nicht „Equal Treatment“ hinsichtlich sämtlicher Arbeitsbedingungen, sondern „Equal Pay“, bezogen auf das regelmäßige Arbeitsentgelt, erreicht werden muss. Andernfalls würden die bestehenden Tarifverträge der Zeitarbeit auch in zentralen Punkten wie Arbeitszeit, Urlaub, Weihnachtsgeld und Urlaubsgeld ausgehebelt. Ferner muss das Gesetz im Sinne der Rechtssicherheit genauer definieren, welche Leistungen im Rahmen des „Equal Pay“ zu berücksichtigen sind und welche nicht. Dies ist nach der bisherigen Fassung nicht gegeben.

IV. Kennzeichnungspflicht

Der Entwurf sieht vor, dass eine gültige Erlaubnis zur Überlassung von Arbeitnehmern dann keine Wirkung entfalten soll, wenn in den Verträgen zwischen Verleiher und Entleiher nicht ausdrücklich Arbeitnehmerüberlassung als Vertragsgegenstand angegeben und die Person des Zeitarbeitnehmers konkretisiert wird.

Die falsche Bezeichnung eines Rechtsverhältnisses als „Werkvertrag“ zur Verschleierung anderer Vertragsformen ist schon nach derzeitiger Rechtslage unzulässig. Die hierfür vorgesehenen Sanktionen sind ausreichend und wirkungsvoll, weiterer Regulierungsbedarf besteht daher nicht. Eine unterbliebene Deklaration des Personaleinsatzes als Zeitarbeit, die auf Grund einer vorliegenden Überlassungserlaubnis legal wäre, mit illegaler Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis gleichzustellen, ist nicht angemessen.

Auch in der Druckindustrie spielt die Synchronisation der Prozesse entlang der Wertschöpfungskette eine immer größere Rolle. Ausgehend von den Erwartungen der Kunden, eine bestimmte Dienstleistung am besten „aus einer Hand“ zu bekommen, ergibt sich gerade für kleine und mittelständische Unternehmen die zwingende Notwendigkeit, mit anderen Unternehmen zu kooperieren. Nicht alle Leistungen, die ein Kunde erwartet, können im eigenen Haus erbracht werden, daher ist Arbeitsteilung und enge Verzahnung mit Dienstleistern zwingend erforderlich. Unverhältnismäßige Risiken, die mit der Fiktion von Arbeitsverhältnissen, Nachforderung von Entgelt bis zu drei Jahren und Straftatbeständen einhergehen, behindern diese Kooperationen.

V. Fiktion eines Arbeitsverhältnisses

Die Bekämpfung von einzelnen, bereits jetzt rechtswidrigen Missbrauchsfällen darf nicht zu Regelungen führen, die eine wirksame Überlassungserlaubnis entwerten. Klarzustellen ist in jedem Fall, dass ein Verstoß gegen „Equal Pay“ keine Fiktion eines Arbeitsverhältnisses auslöst, hier ist die gesetzliche Regelung missverständlich formuliert.

Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses allein an Formalien, wie die Vertragsbezeichnung, zu knüpfen, ist nicht angemessen und schafft unverhältnismäßige Risiken. Zudem ist die damit verbundene Wertung der formalen Bezeichnung des Vertrages systematisch nicht überzeugend. Der Gesetzentwurf betont nämlich in § 12 Abs.1 s.2 AÜG-E, dass bei einem Widerspruch der vertraglichen Vereinbarungen und dessen tatsächlicher Durchführung für die rechtliche Einordnung die tatsächliche Durchführung maßgeblich sei. Wenn nun andererseits die formale Bezeichnung des Vertrages eine bestimmte Rechtsfolge auslösen soll, ist dies schon in sich widersprüchlich.

Eine Abgrenzung der Kooperation über Werk- oder Dienstverträge von Fällen der Arbeitnehmerüberlassung ist in vielen Fällen problematisch und nicht eindeutig möglich. Eine zunächst als Kooperation im Sinne eines Werkvertrages geplante und durchgeführte Zusammenarbeit kann sich im Laufe der Zeit schleichend in eine Konstellation verwandeln, die

aus Sicht eines Arbeitsgerichtes eher der Arbeitnehmerüberlassung zuzuordnen ist.

Sanktionen sind nur bei Vorsatz gerechtfertigt. Demzufolge sollte die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nur eintreten, wenn Einsatzbetrieb und Fremdfirma bewusst eine falsche Vertragsbezeichnung wählen, um dem Arbeitnehmer Rechte vorzuenthalten.

Künftig stets aus Sicherheitsgründen den Weg der Arbeitnehmerüberlassung zu wählen, wird auf Grund der damit verbundenen Restriktionen und Kosten (Überlassungsdauer, Schwellenwerte, Equal Pay) kaum sinnvoll sein. Daher steht zu befürchten, dass viele Betriebe auf Kooperationspartner im Ausland zurückgreifen werden, um der Gefahr der ungeplanten „Vermehrung" von Arbeitsverhältnissen aus dem Weg zu gehen.

Richtig ist, dass dem Zeitarbeitnehmer in allen Fällen ein Widerspruchsrecht bezüglich des Übergangs seines Arbeitsverhältnisses eingeräumt werden soll. Es darf nicht gegen den Willen des Arbeitnehmers zu einem Austausch seines Vertragspartners kommen.

Damit der Arbeitnehmer dieses Widerspruchsrecht ausüben kann, ist jedoch erforderlich, dass er überhaupt von dieser Möglichkeit weiß. Daher ist in der gesetzlichen Regelung klarzustellen, dass die einmonatige Widerspruchsfrist erst beginnt, wenn der Arbeitnehmer die das Widerspruchsrecht auslösenden Tatsachen kennt. Andernfalls ginge diese Regelung ins Leere.

VI. Berücksichtigung von Zeitarbeitnehmern bei Schwellenwerten

Die Berücksichtigung von Zeitarbeitnehmern bei den Schwellenwerten der Betriebsverfassung ist nicht in jedem Fall sinnvoll. Die Frage, ob ein Betrieb dem Betriebsverfassungsgesetz überhaupt unterliegt, kann nicht davon abhängen, ob zufälligerweise für einen bestimmten Zeitraum Zeitarbeitskräfte beschäftigt werden. Dies widerspricht dem Grundgedanken der persönlichen Zuordnung der Arbeitsverhältnisse zum Betrieb.

Entsprechendes gilt insbesondere für die Bildung eines Wirtschaftsausschusses. Dieser ist eine auf die Arbeitnehmer des Betriebes gerichtete Institution. Nur für deren Belange lässt sich die Einrichtung eines Wirtschaftsausschusses begründen.

VII. Unterrichtungspflichten gegenüber dem Betriebsrat

Die Entscheidung „make or buy" ist Kern der unternehmerischen Freiheit, in den nicht durch regulatorische Maßnahmen eingegriffen werden darf. Arbeitsteilige Produktion und Kooperationen zwischen Unternehmen über Werkverträge müssen weiterhin ohne übertriebene betriebsinterne Bürokratie möglich sein. Keinesfalls darf ein Unternehmen gezwungen werden, dem Betriebsrat Einblick in dem Datenschutz oder dem Geschäftsgeheimnis unterliegende Vereinbarungen zu gewähren.

Der Betriebsrat hat schon jetzt nach dem aktuellen § 80 Abs.2 BetrVG ausreichende Informationsrechte bezüglich der Vergabe von Werkverträgen. Insofern ist zu begrüßen, dass nach der Gesetzesbegründung mit der Neufassung dieser Regelung nur eine Klarstellung, aber keine Ausweitung der Rechte des Betriebsrates verbunden sein soll.

Ferner ist positiv, dass die Gesetzesbegründung nunmehr klarstellt, dass die Unterrichtungspflicht beim Einsatz von Fremdpersonal nicht besteht, wenn Personen nur kurzfristig im Betrieb eingesetzt werden, wie z.B. Handwerker, die eine Reparatur durchführen. Dies entspricht der Gesetzesbegründung des derzeit geltenden § 80 Abs.2 S.2 BetrVG aus dem Jahr 2001. Es wäre jedoch im Sinne der angestrebten Klarstellung wünschenswert, wenn sich diese Einschränkung klar im Gesetzestext selbst und nicht versteckt in der Begründung finden würde.

Eine Einbeziehung des Fremdpersonals bei der Personalplanung nach § 92 BetrVG ist dagegen abzulehnen. Diese ist sachwidrig, da eine Kooperation zwischen selbständigen Unternehmen gar nicht Gegenstand der internen Personalplanung sein kann. Hier ist der Entwurf in sich widersprüchlich, da er andererseits fordert, Fremdpersonal keinesfalls wie eigenes Personal zu behandeln, um nicht in den Verdacht der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung zu geraten.

VIII. Definitionen Arbeitsverhältnis und Arbeitnehmerüberlassung

Es ist zu begrüßen, dass der im ersten Entwurf des BMAS enthaltene Kriterienkatalog für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen gestrichen wurde. Die nunmehr vorgesehene Definition des Arbeitsverhältnisses im neuen § 611a BGB soll, ebenso wie die Definition der Arbeitnehmerüberlassung nach dem neuen § 1Abs.1 S.2 AÜG-E, den Stand der aktuellen Rechtsprechung abbilden und daher die Rechtslage nicht ändern. Daran sollte festgehalten werden.

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**726**

10. Oktober 2016

Information für den Ausschuss

DRK e.V. und Verband der Schwesternschaften vom DRK e.V.

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

Das Deutsche Rote Kreuz e.V. und sein Mitgliedsverband, der Verband der Schwesternschaften vom Deutschen Roten Kreuz e.V. bedanken sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu der in o. g. Sache am 17. Oktober 2016 anberaumten Anhörung sowie der daran anschließenden Sitzung des Ausschusses am 19. Oktober 2016.

Eingangs möchten wir betonen, dass das Deutsche Rote Kreuz e.V. gemeinsam mit dem Verband der Schwesternschaften vom Deutschen Roten Kreuz e.V. den mit dem Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes verfolgten Zweck ausdrücklich begrüßt und hinter den damit verfolgten Zielen steht, d. h. die Leiharbeit auf ihre Kernfunktion hin zu orientieren und den Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen zu verhindern.

Der vorliegende Gesetzesentwurf zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze berücksichtigt jedoch noch nicht die völkerrechtlich und gesetzlich zugewiesene gesellschaftliche und nationale Sonderstellung der Nationalen Hilfsgesellschaft Deutsches Rotes Kreuz.

Diese Sonderstellung der Nationalen Hilfsgesellschaft Deutsches Rotes Kreuz ist vergleichbar der Sonderstellung des öffentlichen Dienstes sowie die der Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften und bedarf daher einer entsprechenden Ausnahmeregelung im künftigen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz.

1. Die völkerrechtliche und gesetzliche Sonderstellung der Nationalen Hilfsgesellschaft Deutsches Rotes Kreuz

Die 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften sind Teil der Nationalen Hilfsgesellschaft Deutsches Rotes Kreuz. Durch Anerkennung des Deutschen Roten Kreuzes als Nationale Gesellschaft hat die Bundesrepublik Deutschland in einem öffentlich-rechtlichen Hoheitsakt, und dies bereits im Jahr 1952, dem Deutschen Roten Kreuz das noch heute gültige Mandat erteilt, eine stets einsatzfähige Organisation vorzuhalten, mit der es die ihm obliegenden Aufgaben wirksam erfüllen kann. Die 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften erfüllen in diesem Zusammenhang die seit 2008 im DRK-Gesetz für den Alltag, den Krisenfall sowie den bewaffneten Konflikt vorgesehenen Aufgaben.

Die Aufgaben des Deutschen Roten Kreuzes ergeben sich aus dem humanitären Völkerrecht. Die rund 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften bilden hierbei als wesentliche pflegerisch-medizinische Komponente der Nationalen Hilfsgesellschaft Deutsches Rotes Kreuz völkerrechtlich zunächst einmal das Rückgrat zur Unterstützung des Sanitätsdienstes der Bundeswehr gemäß den Genfer Abkommen. Die 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften sind darüber hinaus der wesentliche medizinische Personalbestand zur Erfüllung der Aufgaben der Nationalen Hilfsgesellschaft im Rahmen des Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetzes, insbesondere zur Ausbildung der Bevölkerung in Erste Hilfe und zu Pflegehilfskräften gemäß §§ 24 in Verbindung mit 26 Absätze 1 bis 3 Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetz. Die völkerrechtlich anerkannten Weltkernaufgaben der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung sehen darüber hinaus die örtliche Gesundheitsarbeit als Aufgabe aller Nationalen Gesellschaften vor. Auf diese Weise wird auch die Fähigkeit zur gegenseitigen Unterstützung und somit zum personellen Austausch innerhalb der Bewegung gewährleistet. Für diese personelle Unterstützung innerhalb der weltweiten Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung zur Bewältigung humanitärer Lagen im In- und Ausland unterhält der Verband der Schwesternschaften vom DRK e.V. einen umfangreichen und für seine Aufgaben speziell und fortlaufend geschulten Personalpool von medizinischem Fachpersonal, welches binnen 24 Stunden weltweit zum Einsatz gebracht werden kann. Zuletzt erfolgte dies beispielsweise im Jahr 2015

durch Rotkreuzschwestern im Ebola-Einsatz in Liberia sowie auch aktuell bei humanitären Einsätzen in Syrien, Libanon, Südsudan und Griechenland. Ferner erfüllte in den vergangenen 12 Monaten das Deutsche Rote Kreuz mit seinen Rotkreuzschwestern in der Flüchtlingsnothilfeoperation in Deutschland maßgeblich die ihm völkerrechtlich und gesetzlich zugewiesenen Aufgaben.

Die Wahrnehmung und pflichtgemäße Erfüllung der vorgenannten Aufgaben ist nur möglich, wenn die 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften im Alltag regelhaft in das Gesundheits-, Pflege- und Sozialsystem der Bundesrepublik Deutschland eingebunden werden. Diese Einbindung ist nur durch eine auf Dauer angelegte Personalgestellung sicherzustellen. Erst diese Einbindung mittels dauerhafter Personalgestellung schafft die Voraussetzungen für die völkerrechtlich und gesetzlich vorgesehene Einsatzfähigkeit sowohl im Krisenfall als auch im bewaffneten Konflikt und ist aktuell die einzig praktische Möglichkeit zur alltäglichen Einbindung und zum Kompetenzerhalt der 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften in das bestehende Gesundheitssystem. Mit diesen gesetzlich sowie zum Teil hoheitlich zugewiesenen Aufgaben haben die Nationale Hilfsgesellschaft Deutsches Rotes Kreuz und ihre Gliederungen eine dem öffentlichen Dienst und den Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften vergleichbare gesellschaftliche und nationale Sonderstellung.

Insoweit ist es aufgrund des vorgenannten spezifischen Charakters, der mandatstreuen Aufgabenerfüllung und des Erhalts der Leistungsfähigkeit der Nationalen Hilfsgesellschaft Deutsches Rotes Kreuz zwingend geboten und erforderlich, die Nationale Hilfsgesellschaft mit ihren 25.000 hauptberuflich tätigen Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften wie den öffentlichen Dienst und die Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften im Rahmen einer Sonderstellung gesetzlich im künftigen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zu berücksichtigen.

2. Die Folgen der Nichtberücksichtigung der 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften als wesentliche pflegerisch-medizinische Komponente der Nationalen Hilfsgesellschaft Deutsches Rotes Kreuz im künftigen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

Die Nichtanwendung des aktuell geltenden Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes auf Gestellungsverhältnisse von Rotkreuzschwestern basiert aktuell auf der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, namentlich dem bisher höchstrichterlich anerkannten Nichtarbeitnehmerstatus von Rotkreuzschwestern.

Diese Rechtsprechung wird in den nächsten Monaten aufgrund des unter dem Aktenzeichen C-216/15 laufenden Verfahrens beim Europäischen Gerichtshof sowie des unter dem Aktenzeichen 1 ABR 62/12 laufenden Verfahrens beim Bundesarbeitsgericht mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit dahingehend geändert, dass die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (Leiharbeitsrichtlinie) spätestens im Jahr 2017 Anwendung auf die Gestellung der 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften finden wird.

Die Bejahung der Anwendbarkeit der Leiharbeitsrichtlinie wird weitreichende Folgen für die wesentliche pflegerisch-medizinische Komponente der Nationalen Hilfsgesellschaft Deutsches Rotes Kreuz haben.

Der vorliegende Gesetzesentwurf zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes sieht vor, die zulässige Dauer der Arbeitnehmerüberlassung grundsätzlich auf höchstens 18 Monate zu begrenzen. Die hierzu im Gesetzesentwurf vorgesehene Regelung, über Tarifverträge oder auf Grund von Tarifverträgen von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche getroffenen Betriebs- oder Dienstvereinbarung die gesetzliche Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten verlängern zu können, ist für Rotkreuzschwesternschaften praktisch nicht umsetzbar, da die Gestellungspartner der Rotkreuzschwesternschaften z. B. in Gestalt von Krankenhaus- und Altenheimträgern die Belange der Rotkreuzschwesternschaften im Rahmen von Tarifvertragsverhandlungen in der Regel rechtlich nicht berücksichtigen können und darüber hinaus die Rotkreuzschwesternschaften nicht Vertragsparteien dieser Tarifverhandlungen sind.

Ohne gesetzliche Verankerung eines Ausnahmetatbestandes für die Mitglieder, Verbände und Gliederungen der Nationalen Gesellschaft des Roten Kreuzes im künftigen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz würde die Nationale Hilfsgesellschaft vom Roten Kreuz den Zugriff auf qualifiziertes Pflegepersonal im Katastrophen-, Konflikt- und Kriegsfall als hauptberuflich tätige Mitglieder der Rotkreuzschwesternschaften verlieren und wäre nicht mehr in der Lage seinen Verpflichtungen gemäß DRK-Gesetz, den Genfer Abkommen und damit des humanitären Völkerrechts in ausreichendem Maße zu entsprechen.

Sollte daher das künftige Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in seiner vorliegenden Entwurfsfassung unverändert Anwendung auf die Nationale Hilfsgesellschaft und die Rotkreuzschwestern finden, ist ferner damit zu rechnen, dass die Gestellungspartner die aktuell bundesweit etwa 1.000 operativ angewandten Gestellungsverträge vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Grundlage und den daraus resultierenden möglichen Risiken u.a. Befristung des Einsatzes von Rotkreuzschwestern bzw. Fiktion des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher massenhaft aufkündigen werden, womit die alltägliche Einbindung und der Kompetenzerhalt der 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften in das bestehende Gesundheitssystem faktisch unmöglich wird.

Damit die 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften als wesentliche pflegerisch-medizinische Komponente der Nationalen Hilfsgesellschaft die zuvor beschriebene einsatzfähige Organisation und die ihnen pflichtgemäß obliegenden Aufgaben und das Mandat nach den Genfer Konventionen, den Anerkennungsbedingungen und nach Bundesgesetzen erfüllen können, ist es zwingend geboten und erforderlich, die

Nationale Hilfsgesellschaft und ihre 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften im Rahmen einer Sonderstellung gesetzlich zu verankern.

3. Rotkreuzschwesternschaften erfüllen bereits heutzutage die Schutzzwecke des künftigen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Aufgrund des von den -sämtlich gemeinnützigen- Rotkreuzschwesternschaften in den Gestellungsfeldern angewandten „Equal-Pay- und Equal-Treatment-Prinzips" lässt sich zudem anführen, dass sie wie öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften bereits heutzutage von sich aus die mit dem künftigen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz verfolgten Schutzzwecke erfüllen, d. h. im Rahmen der Personalgestellung der Rotkreuzschwesternschaften werden folgende Schutzzwecke des künftigen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes eingehalten:

- es gelten stets mindestens die bisherigen Arbeitsbedingungen, einschließlich der Bezahlung, weiter;
- die sonstigen typischen Risiken der Arbeitnehmerüberlassung wie hohe Arbeitsplatzunsicherheit und ständig wechselnde Einsatzorte sind nicht gegeben;
- aus tariflicher Sicht besteht im Rahmen der Personalgestellung nicht die Gefahr einer

Schlechterstellung der Betroffenen, da für diese entweder der einschlägige Tarifvertrag des Gestellungsfeldes angewandt wird oder der bisherige höherwertige Bestandsschutz erhalten bleibt.

Darüber hinaus können kraft Satzung und Mitgliederordnung der Rotkreuzschwesternschaften die 25.000 Rotkreuzschwestern und Berufsangehörigen der 33 Rotkreuzschwesternschaften nach deutschem Vereinsrecht nicht gekündigt werden und haben bereits nach 1 Jahr Vereinsmitgliedschaft faktisch einen unkündbaren Beschäftigungsstatus, der ihnen eine Beschäftigungsoption in der Rotkreuzschwesternschaft bis zum Renteneintritt ermöglicht.

Diese gegenüber Arbeitnehmern weitergehenden Rechte der Rotkreuzschwestern werden nur dann fortgelten, wenn die Rotkreuzschwestern ihre Rotkreuzschwesternschaft als „Arbeitgeber" behalten dürfen, was wiederum voraussetzt, dass eine Ausnahme der Mitglieder, Verbände und Gliederungen der Nationalen Gesellschaft des Roten Kreuzes im künftigen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz gesetzlich verankert wird.

4. Europarechtliche Konformität der Herausnahme der Nationalen Hilfsgesellschaft Deutsches Rotes Kreuz aus dem Anwendungsbereich des künftigen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Sowohl die europäischen Verträge als auch die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erlauben ausdrücklich nationale Ausnahmen vom EU-Recht, und zwar insbesondere dann, wenn hierfür objektiv nachweisbare Gründe vorliegen. Insoweit ist der deutsche Gesetzgeber EU-rechtskonform vollumfänglich berechtigt, aus objektiven Gründen auf deutscher Ebene beispielsweise Ausnahmen zum EU-Richtlinienrecht gesetzlich zu verankern, wie er dies im vorliegenden Gesetzesentwurf auch für den öffentlichen Dienst und die Kirchen bzw. Religionsgemeinschaften normiert.

Auch der Generalanwalt beim 5. Senat des Europäischen Gerichtshofs hat gerade in seinen Schlussanträgen vom 6. Juli 2016 (Az.: C-216/15, Rd-Nr. 34 und 36) bezüglich der Rotkreuzschwesternschaften auf die europarechtliche Konformität nationaler Ausnahmen zum EU-Richtlinienrecht ausdrücklich hingewiesen.

Die objektiven Gründe zur Herausnahme der Nationalen Gesellschaft vom Roten Kreuz aus dem Anwendungsbereich des künftigen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes ergeben sich wie vorgenannt unter Nr. 1 erläutert aus dem humanitären Völkerrecht, namentlich den einschlägigen Genfer Abkommen, welche uneingeschränkt Vorrang gegenüber dem EU-Recht und dem deutschen Recht haben und welche seit ihrer Ratifizierung vom deutschen und europäischen Gesetzgeber als zwingendes Recht zu beachten sind.

5. Vorschlag des DRK e.V. und des Verbandes der Schwesternschaften vom DRK e.V.

Zwecks Sicherstellung sowohl der völkerrechtlichen und gesetzlichen Sonderstellung der Nationalen Hilfsgesellschaft Deutsches Rotes Kreuz als auch der über den Arbeitnehmerstatus hinausgehenden Schutzechte der Rotkreuzschwestern schlagen wir folgende EU-rechtskonformen Änderungen des vorliegenden Gesetzesentwurfes vor:

1. Die generelle **Herausnahme des Deutschen Roten Kreuzes als nationale Hilfsgesellschaft** aus dem gesetzlichen Anwendungsbereich in § 1, Absatz 3 des neuen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes durch Einfügung nachfolgender neuer Nummer 2d:

   ….„2d. der Mitglieder, Verbände und Gliederungen der Nationalen Gesellschaft des Roten Kreuzes im Sinne von § 1 Satz 1 DRK-Gesetz"

2. Für die obige Herausnahme im neuen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz die nachfolgende **Erweiterung im Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes** in § 5, Absatz 1, Satz 2 mit folgendem Ergänzungswortlaut im Satz 2:

   „Als Arbeitnehmer gelten auch ... ***sowie Personen, die dauerhaft im Rahmen von Gestellungsverträgen bei Gestellungsvertragspartnern eingesetzt werden, sofern es sich bei den gestellten Personen um Vereinsmitglieder innerhalb der Nationalen Gesellschaft des Roten Kreuzes im Sinne von § 1 Satz 1 des DRK-Gesetze handelt."***

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**727**

10. Oktober 2016

Information für den Ausschuss

Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V. (iGZ)

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

I. Vorbemerkung

Der Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen – iGZ e.V. – vertritt als Arbeitgeberverband die Belange von über 3.200 Mitgliedsunternehmen mit etwa 5.000 Niederlassungen im gesamten Bundesgebiet. Mitgliedsunternehmen des iGZ beschäftigen mehr als 400.000 Zeitarbeitnehmerinnen und Zeitarbeitnehmer. Der iGZ schließt mit den Gewerkschaften der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit seit 2003 bundesweit gültige Tarifverträge, bestehend aus Entgelt-, Entgeltrahmen-, Manteltarif- und Beschäftigungssicherungstarifvertrag ab. Seit dem Jahr 2012 hat er zusätzlich jeweils mit unterschiedlichen, dem DGB angehörigen Einzelgewerkschaften elf Branchenzuschlagstarifverträge für zwölf Einsatzbranchen mit dem Ziel abgeschlossen, stufenweise die Entgelte anzugleichen. Die ambitionierte Tariflandschaft in der Zeitarbeit prägt die bestehenden Arbeitsverhältnisse, auf die zu fast 100 Prozent ein Zeitarbeitstarifvertrag zur Anwendung kommt. Die Absicht der Bundesregierung, neue Regulierungen in der Zeitarbeit einzuführen, fiel also in eine Zeit höchster tarifpolitischer Aktivität. Diese tarifpolitischen Aktivitäten wurden durch die Unsicherheiten, die infolge der im Koalitionsvertrag angekündigten Gesetzesänderungen entstanden sind, gehemmt, weshalb seitdem kein weiterer Branchenzuschlagstarifvertrag zwischen den Sozialpartnern vereinbart wurde.

Losgelöst von den Detailfragen der Arbeitnehmerüberlassung appellieren wir erneut an den Gesetzgeber, das **Wort „Leihe“ und alle Ableitungen daraus im Gesetz endlich zu streichen.** Die Begrifflichkeit ist antiquiert, sachlich falsch und für alle Beteiligten diskriminierend. Menschen erbringen eine Arbeitsleistung. Es wird keine Ware verliehen! Wie aus der Entstehungsgeschichte des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (vgl. BT-Drucksache VI/2303 vom 15. Juni 1971, Anlage 1, Seite 10) deutlich wird, hat der Gesetzgeber selbst schon gezweifelt, ob die Begrifflichkeit wirklich sinnvoll sei. Jetzt besteht erneut die Gelegenheit, diesen „Geburtsfehler“ zu korrigieren und die unüberlegte Wortwahl von damals zu ändern. So könnte der Gesetzgeber auch ein Zeichen setzen, dass er es mit der in der Koalitionsvereinbarung gewollten „Weiterentwicklung der Zeitarbeitsbranche“ auch begrifflich ernst meint.

II. Ziele des iGZ

Die Zeitarbeit ist eine moderne Dienstleistungsbranche, in der die Beschäftigten gute, tarifgestützte und sich weiterentwickelnde Arbeitsbedingungen vorfinden. Sie integriert oftmals Menschen mit besonderen Problemlagen erfolgreich in den Arbeitsmarkt und kann hierbei auch im Hinblick auf die mit der Flüchtlingsentwicklung bestehenden Herausforderungen eine wichtige Schlüsselstellung einnehmen. Sie dient der globalisierten Wirtschaft in Zeiten schwankender Märkte als unverzichtbarer Flexibilitätsfaktor.

Im Einzelnen verfolgt der iGZ folgende tarif- und branchenpolitische Ziele:

- Der iGZ hat sich bereits 2011 für den Abschluss von Tarifverträgen ausgesprochen, die für die Zeitarbeitskräfte in Abhängigkeit von der Dauer des Einsatzes eine stufenweise Erhöhung der Vergütung vorsehen. Insofern ist klar, dass sich der iGZ nach wie vor unverändert für den Abschluss von weiteren Branchenzuschlagstarifverträgen für die Überlassung in solche Branchen einsetzt, in denen Entgeltdifferenzen sachgerecht ausgeglichen werden können. Außerdem bekennt sich der iGZ zur Fortsetzung der Sozialpartnerschaft insgesamt, also auch zur Weiterentwicklung des Grundtarifwerkes mit den Einzelgewerkschaften der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit.
- Der iGZ setzt sich für die Integration von Menschen in den Arbeitsmarkt ein, für die der Zugang etwa aufgrund ihrer Erwerbsbiografie, aufgrund mangelnder Qualifikation oder fehlender Sprachkenntnisse erschwert ist; darunter fallen auch Flüchtlinge. Die Zeitarbeit hat bereits unter Beweis gestellt, dass sie Menschen, die aus dem Ausland nach Deutschland kommen, besonders gut integrieren kann. Nahezu jede vierte Zeitarbeitskraft hat einen Migrationshintergrund. Gesetzliche Veränderungen dürfen diese unbestrittenen Verdienste der Zeitarbeit um die Integration von Menschen mit Vermittlungshemmnissen nicht beeinträchtigen.
- Der iGZ steht für „gute Zeitarbeit“, wozu die unbedingte Beachtung gesetzlicher und tariflicher Regelungen gehört. Zur Unterstreichung dieses Ziels hat der iGZ im Jahr 2012 einen für alle Mitgliedsunternehmen per Satzung verpflichtenden Ethik-Kodex beschlossen und zur Kontrolle eine unabhängige Kontakt- und Schlichtungsstelle (KuSS) eingesetzt (http://www.kuss-zeitarbeit.de). An diese Stelle kann sich jeder Betroffene wenden, wenn Zweifel an der Einhaltung von Gesetzen, Tarifverträgen oder den ethischen Vorgaben bestehen. Etwaige Verstöße werden gegebenenfalls bis zum Verbandsausschluss sanktioniert.

III. Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung

Es entspricht dem Grundverständnis von Tarifautonomie, dass sich der Gesetzgeber zurückhält, wenn Tarifvertragsparteien bereits Arbeitsbedingungen in einer Branche umfassend geregelt haben und deshalb Arbeitnehmerschutzrechte nicht gefährdet sind. Auch deshalb haben die Väter und Mütter des Grundgesetzes der Koalitionsfreiheit Verfassungs-

rang gewährt. In der Zeitarbeitsbranche gelten umfassende Grundlagentarifwerke, ein Mindestlohntarifvertrag und bislang elf Branchenzuschlagstarifverträge. Die Sozialpartner in der Zeitarbeitsbranche haben mithin eindrucksvoll ihre gestalterische Handlungsfähigkeit unter Beweis gestellt, so dass weitere regulatorische Eingriffe in dieses austarierte System durch den Gesetzgeber überflüssig sind.

Im Einzelnen nehmen wir zu dem AÜG-Entwurf wie folgt Stellung:

1. Gesetzliches Equal Pay (§§ 8 Abs.1, 8 Abs. 4 Satz 1 AÜG-E)

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass nach neun Monaten der Überlassung das vom Einsatzunternehmen für einen vergleichbaren Arbeitnehmer gezahlte Arbeitsentgelt zu gewähren ist (gesetzliches Equal Pay). Bei Vorhandensein eines Tarifvertrages, der die Anforderungen des § 8 Abs. 4 Satz 2 AÜG-E erfüllt, muss nach 15 Monaten der Überlassung ein von den Tarifvertragsparteien festzulegendes gleichwertiges Arbeitsentgelt gewährt werden.

Gleichzeitig werden zwar Möglichkeiten eingeräumt, durch Tarifverträge dieses „Equal Pay“ eigenständig auszugestalten. Wo aber gegebenenfalls keine Branchenzuschlagstarifverträge verhandelt werden können, darf das AÜG nicht aufgrund bürokratischer Hemmnisse nahezu unanwendbar sein.

Denn der Gesetzentwurf sieht keine gesetzliche Definition der Lohngleichheit vor. Nach übereinstimmender Auffassung in Rechtsprechung und Rechtslehre gilt der sogenannte weite Entgeltbegriff. Demnach zählt zum Arbeitsentgelt „jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird“ (BT-Drucksache 18/9232, S. 22). Dazu gehören demnach tarifliche, betriebliche und individuelle Vergütungsvereinbarungen, die aus jedweder Geld- und Sachleistung bestehen können. Ein klassisches Zeitarbeitsunternehmen überlässt Mitarbeiter an Betriebe, die verschiedenen Branchen angehören.

Selbst wenn man zunächst einmal davon ausginge, dass nur an Betriebe einer Branche überlassen wird, unterscheidet sich die Höhe des Arbeitsentgelts auf der Grundlage der vorstehenden allumfassenden Definition stark. So kann ein Unternehmen tarifgebunden sein, ein anderes ist es nicht. Ein Unternehmen hat über eine Betriebsvereinbarung Sonderregelungen, ein anderes nicht. Einige Unternehmen fallen womöglich in einen tariflich nicht geregelten Bereich, oder es handelt sich um AT-Mitarbeiter, die jeweils unterschiedlich verdienen, obwohl sie das Gleiche tun.

Diese Schwierigkeiten bei der Ermittlung von über IT-Systeme zu bearbeitenden Entgelte potenziert sich bei der Überlassung in unterschiedliche Branchen und ist damit kaum oder nur mit sehr erheblichem Aufwand zu administrieren. Während man nach dem Branchenprinzip von einem Unternehmen grundsätzlich nur erwartet, dass es den Tarifvertrag der eigenen Branche kennt und umsetzen kann, erwartet man künftig von der Zeitarbeit, dass sie sich zu einem Entgeltexperten für eine Vielzahl von Branchen entwickelt und über eine IT verfügt, die dieses auch beherrscht. Denn schon bei Anwendung eines Tarifvertrages stellen sich nicht selten Zweifelsfragen, die man kennen muss und die sich gegebenenfalls auf die Vergütung auswirken.

Software, die diese Vielzahl von Entgeltvarianten beherrscht und zuverlässig abbildet, ist nicht bekannt. Es würde jedoch nicht einmal genügen, wenn in die Systeme die ca. 30.000 in Deutschland bestehenden Tarifverträge eingepflegt werden würden, weil dadurch die Entgeltsysteme der mehrheitlich nicht tarifgebundenen Unternehmen noch nicht abbildet wären, von den betrieblichen und individuellen Bedingungen mal ganz abgesehen.

Insoweit sprechen wir uns dafür aus, dem Arbeitsentgelt das Bruttostundenentgelt und die Zuschläge und Zulagen zuzuordnen, im Falle von tarifgebundenen Unternehmen das tarifliche Bruttostundenentgelt und die tariflichen Zulagen und Zuschläge.

Diese Legaldefinition ist auch sachgerecht, weil sie das im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Arbeitsleistung stehende Arbeitsentgelt darstellt. Andere Zahlungen wie etwa Gratifikationen beziehen sich dagegen eher auf das Arbeitsverhältnis und sind im Übrigen auch im iGZ-/DGB-Manteltarifvertrag enthalten (Urlaubs- und Weihnachtsgeld). Hinzu kommt, dass es sachfremd wäre, Vergütungsbestandteile zu berücksichtigen, die der Kunde aus Gründen der Mitarbeiterbindung seinen Stammarbeitskräften zahlt.

Im Übrigen werden durch eine solche Regelung erhebliche Rechtsunsicherheiten erzeugt. Wie sollen beispielsweise Sachleistungen wie vergünstigte Tankmöglichkeiten für Stammmitarbeiter an Unternehmenstankstellen im Kundenbetrieb in Geldwert bei Zeitarbeitskräften ausgeglichen werden (Ausgleich des Differenzbetrages zu Benzinkosten an öffentlich zugänglichen Tankstellen oder Auszahlung des vollständigen Betrages der Benzinmenge zum handelsüblichen Preis)?

Eine Definition von Equal Pay ist auch aus Gründen der Normenklarheit eindeutig geboten. Dazu das Bundesverfassungsgericht: „Das Gebot der Normenbestimmtheit und der Normenklarheit […] soll die Betroffenen befähigen, die Rechtslage anhand der gesetzlichen Regelung zu erkennen, damit sie ihr Verhalten danach ausrichten können. [...] Diesen Anforderungen wird eine Norm nicht gerecht, die einen identisch formulierten Maßstab für unterschiedliche Situationen vorsieht und in ihnen mit je unterschiedlichem Inhalt angewandt werden soll...“ (Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 26.07.2005, 1 BvR 782/94 u.a., Randnummer 184 = BVerfGE 114, 1 (53)).

2. Überlassungshöchstdauer (§ 1 Abs. 1b AÜG-E)

In der Antwort auf die Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN, was die Bundesregierung konkret – mit Beispielen verdeutlicht – unter Missbrauch „in der Leiharbeit“ versteht, schreibt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales wie folgt (BT-Drucksache 18/9723, S. 2):

„Missbrauch von Leiharbeit liegt beispielsweise auch vor, wenn Leiharbeitnehmerinnen und Leiharbeitnehmer dauerhaft bei einem bestimmten Entleiher eingesetzt werden **und** *[Hervorhebung des Verfassers]* auf Dauer erheblich weniger Lohn erhalten

als vergleichbare Stammmitarbeiterinnen und Stammmitarbeiter im Entleihbetrieb."

Obwohl der Gesetzentwurf vorsieht, dass nach neun bzw. 15 Monaten das gleiche Entgelt wie das des Stammmitarbeiters gezahlt werden muss, ein Missbrauch also auch nach Meinung der Bundesregierung eigentlich gesetzlich ausgeschlossen ist, hält sie an einer generellen Überlassungshöchstdauer fest.

Hieran ist vor allem zu bemängeln, dass zwar eine im Grundsatz begrüßenswerte Tariföffnungsklausel vorgesehen ist. Diese bezieht sich allerdings nur auf die Tarifparteien der Einsatzbranchen. Die Zeitarbeitsbranche als Arbeitgeberin der im Einsatzunternehmen eingesetzten Beschäftigten wird damit von der Möglichkeit vollständig ausgeschlossen, abweichende Tarifregelungen zu vereinbaren.

Die **Professoren Dr. Martin Henssler und Dr. Clemens Höpfner** haben die bisher im Arbeitsrecht unbekannte Beschränkung einer Tariföffnung auf bestimmte Branchen systematisch bzw. verfassungsrechtlich begutachtet. Hierbei sind die Rechtswissenschaftler zu folgenden eindeutigen Ergebnissen gekommen (vgl. auch Zusammenfassung des Gutachtens in der Anlage):

- § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E verstößt wegen Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes gegen die positive Koalitionsfreiheit zumindest der für die Zeitarbeitsbranche tarifzuständigen Koalitionen. Nach der hier entwickelten Auffassung kommt es aufgrund des verunglückten und tarifrechtlich leerlaufenden Regelungsansatzes darüber hinaus zu einem Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit der für die Einsatzbranchen tarifzuständigen Koalitionen. Der Gesetzgeber kann einen Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz vermeiden, wenn er den Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche eine subsidiäre Regelungsbefugnis für den Fall gewährt, dass in der Einsatzbranche kein von § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG-E abweichender Tarifvertrag existiert.
- § 1 Abs. 1b Satz 1 i.V.m. Satz 3 AÜG-E greift sowohl in die Betätigungsfreiheit der Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche als auch in die positive Koalitionsfreiheit ihrer Mitglieder ein, ohne dass hierfür eine Rechtfertigung durch Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte ersichtlich ist.
- Außerdem erweist sich die vollständige Tarifentmündigung der Zeitarbeitsbranche auch in jenen Fällen, in denen es keine tariflichen Regelungen der Einsatzbranche gibt, als unverhältnismäßig. Selbst bei einem denkbar weiten Verständnis der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist jedenfalls eine subsidiäre Regelungskompetenz der Tarifpartner der Zeitarbeitsbranche von Verfassungs wegen geboten.
- Für eine Differenzierung der Tarifdispositivität nach der Tarifzuständigkeit der Tarifvertragsparteien lässt sich kein vernünftiger, aus der Natur der Sache folgender oder sonst einleuchtender Grund für die Ungleichbehandlung finden. § 1 Abs. 1b Satz 1 und 3 AÜG-E verstößt daher nicht nur unter Anwendung der sogenannten „neuen Formel" des BVerfG, sondern selbst bei einer bloßen Willkürkontrolle gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Nur durch eine (subsidiäre) tarifliche Gestaltungsbefugnis der Sozialpartner in der Zeitarbeitsbranche könnte etwa sichergestellt werden, dass vergleichbare Sachverhalte (wie zum Beispiel der Einsatz einer Zeitarbeitskraft zur Vertretung einer Stammarbeitskraft während einer dreijährigen Elternzeit) branchenübergreifend möglich sind.

3. Sanktionen verhältnismäßig ausgestalten

Der iGZ setzt sich mit seinen Mitgliedsunternehmen nachhaltig für die Einhaltung gesetzlicher und tarifvertraglicher Vorschriften ein. Dennoch müssen Sanktionen verhältnismäßig ausgestaltet sein. Das gilt insbesondere dann, wenn die gesetzlichen Regelungen, wie im Falle von Equal Pay, nicht klar definiert sind. Der drohende Entzug der Erlaubnis und ein Bußgeld von bis zu 500.000 Euro wirken auf doppelte Weise existenzgefährdend. Für einen Verstoß gegen die Überlassungshöchstdauer sind gleich drei Sanktionen vorgesehen: Entzug der Erlaubnis, Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Entleiher und ein Bußgeld gegen das Zeitarbeitsunternehmen von bis zu 30.000 Euro. Diese Kumulation von Sanktionen geht über das verständliche Ziel der Einhaltung von gesetzlichen Regelungen hinaus. Gerade kleine und mittelständische Unternehmen könnten bei dem bisher vorgesehenen Bußgeldrahmen in ihrer Existenz gefährdet werden.

Deshalb sollte bei Verstoß gegen die Überlassungshöchstdauer und den Gleichstellungsgrundsatz erst bei einem wiederholten vorsätzlichen Verstoß die Erlaubnis entzogen werden dürfen. Auch sollte der Bußgeldrahmen bei einem Verstoß gegen den Gleichstellungsgrundsatz auf 30.000 Euro herabgesetzt werden, was zweifelsohne weiterhin die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie 2008/104/EG erfüllt.

4. Abbau bürokratischer Hemmnisse

a) Konkretisierung der zu überlassenden Personen (§ 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG-E)

Der Gesetzentwurf sieht die Verpflichtung zur Konkretisierung der zu überlassenden Person vor der Überlassung vor. Diese Verpflichtung trifft sowohl das Zeitarbeitsunternehmen als auch das Einsatzunternehmen („[…] haben sie […] zu konkretisieren.").

In der Rechtslehre hat sich hierzu die Meinung gebildet, dass die Konkretisierung als Nebenbestimmung zum Arbeitnehmerüberlassungsvertrag schriftlich zu erfolgen habe (Beck'scher Online-Kommentar Motz, Stand: 01.09.2016, § 12 Rn. 3.1). Das ist eine für die Praxis völlig ungeeignete Anforderung. Fällt zum Beispiel ein Mitarbeiter krankheitsbedingt einen Tag vor dem geplanten Einsatz oder gar am gleichen Tag aus, ist es organisatorisch überhaupt nicht oder nur mit unzumutbaren Aufwand möglich, die Konkretisierung auf eine kurzfristig eingesetzte Ersatzkraft herbeizuführen. Es müsste hierzu eine Vereinbarung mit der Originalunterschrift beider Parteien abgeschlossen werden. Es würde Arbeitnehmerrechte in keinerlei Weise beeinträchtigen, stellte man im Gesetz klar, dass für den Fall der Konkretisierung die Textform genügt. Überhaupt wäre es

dringend geboten, ganz grundsätzlich die Formanforderungen des § 12 AÜG an die moderne Geschäftswelt anzupassen und die Textform zuzulassen.

b) Information des Zeitarbeitnehmers über seinen Einsatz als Zeitarbeitnehmer (§ 11 Abs. 2 Satz 4 AÜG-E)

Der Entwurf sieht die Verpflichtung für das Zeitarbeitsunternehmen vor, den Zeitarbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Zeitarbeitnehmer tätig wird. Diese Verpflichtung ist entbehrlich und erzeugt eine überflüssige Bürokratie, wenn der Arbeitnehmer ausschließlich in der Arbeitnehmerüberlassung eingesetzt wird und dies arbeitsvertraglich auch so vereinbart ist.

IV. Zum Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Der Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN sieht einen Gleichstellungsanspruch ab dem ersten Überlassungstag vor, von dem durch Tarifvertrag nicht abgewichen werden kann. Zusätzlich soll die Zeitarbeitskraft eine „Flexibilitätsprämie in Höhe von 10 Prozent“ erhalten.

Ein solches Gesetz würde fundamental in die zwischen den Arbeitgeberverbänden der Zeitarbeit mit der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit abgeschlossenen Grundlagentarifverträge sowie die mit einzelnen DGB-Gewerkschaften abgeschlossenen Branchenzuschlagstarifverträge eingreifen. Sie würden gesetzlich überlagert und damit obsolet werden. Der seit 2003 erfolgreiche Weg einer Tarifierung der Zeitarbeitsbranche wäre damit am Ende.

Dies wäre ein – soweit ersichtlich – einmaliger gesetzlicher Akt zur Beendigung von Tarifverträgen und damit ein massiver Eingriff in die Tarifautonomie der Zeitarbeitsbranche. Den Tarifvertragsparteien steht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Normsetzungsprärogative zu. Am Beispiel der Gesetzgebung zur Allgemeinverbindlichkeit hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt (BVerfG, Beschluss vom 25.05.1977 – 2 BvL 11/74):

„Insoweit beruht die Allgemeinverbindlichkeit auf der subsidiären Regelungszuständigkeit des Staates, die immer dann eintritt, wenn die Koalitionen die ihnen übertragene Aufgabe, das Arbeitsleben durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, im Einzelfall nicht allein erfüllen können und soziale Schutzbedürftigkeit einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen oder ein sonstiges öffentliches Interesse ein Eingreifen des Staates erforderlich macht.“

Angesichts der bereits dargestellten umfassenden, ausgewogenen und sich weiterentwickelnden Tariflandschaft in der Zeitarbeit kann man nicht ernsthaft behaupten, die Tarifpartner der Zeitarbeit hätten das Arbeitsleben nicht sinnvoll ordnen können. Insofern tritt das Normsetzungsrecht des Gesetzgebers hinter die Normsetzungsprärogative der Tarifparteien der Zeitarbeit zurück. Eine gesetzliche Regulierung, die in diese Tarifverträge eingriffe, stellte einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG dar.

Eine solche Gleichstellung ab dem ersten Tag der Überlassung wirkte sich arbeitspolitisch nachteilig aus. Zu diesem Ergebnis kommt auch das IAB (Stellungnahme 3/2011, S. 9.)

Das IAB führt hierzu aus:

„Gerade für diese Personen, die auch einem hohen Arbeitslosigkeitsrisiko unterliegen, wäre die Möglichkeit, durch Zeitarbeit einen Einstieg in den Arbeitsmarkt zu finden, wesentlich vermindert.“

Richtig ist allerdings die Forderung, auf eine Überlassungshöchstdauer zu verzichten, wenn auf andere Weise eine faire Vergütung der Zeitarbeitskräfte sichergestellt ist. Das wäre nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung bereits dadurch sichergestellt, dass entweder nach neun Monaten der Überlassung ein gesetzliches Equal Pay oder nach 15 Monaten der Überlassung ein tarifliches Equal Pay gilt. Zu Recht moniert die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN auch die unnötige Bürokratie, die durch eine Überlassungshöchstdauer entstünde.

V. Zum Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE

Der Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE sieht eine Überlassungshöchstdauer von drei Monaten, eine Vergütung nach dem Gleichstellungsgrundsatz, einen Flexibilitätsausgleich von 10 Prozent sowie weitere einschränkende Regulierungen vor. Die Fraktion macht deutlich, dass es sich hierbei um Einschränkungen auf dem Weg zu einem angestrebten Verbot der Zeitarbeit handelt.

Die grundsätzliche Stoßrichtung eines Verbots, aber auch die kurzfristig vorgesehenen massiven Beschränkungen der Zeitarbeit sind europarechtswidrig und verfassungswidrig.

In Ergänzung zu dem bereits unter IV. dargestellten verfassungsrechtlichen Einwänden ist auf die europarechtlichen Grundlagen hinzuweisen, die bei Umsetzung solcher Vorstellungen deutlich verletzt würden. Die Richtlinie 2008/104/EG „über Leiharbeit“ setzt die Zeitarbeit voraus und lässt keinen Spielraum für ein Verbot oder für einschränkende Regelungen, die ersichtlich die Zeitarbeit in ihrer Existenz überhaupt beschädigen sollten. Der Erwägungsgrund 11 dieser Richtlinie macht ihre grundsätzliche Ausrichtung deutlich:

„Die Leiharbeit entspricht nicht nur dem Flexibilitätsbedarf der Unternehmen, sondern auch dem Bedürfnis der Arbeitnehmer, Beruf und Privatleben zu vereinbaren. Sie trägt somit zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Teilnahme am und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt bei.“

Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie legt deshalb auch vor diesem Hintergrund fest:

„Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit sind nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt; hierzu zählen vor allem der Schutz der Leiharbeitnehmer, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz oder die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten.“

Ein Verbot, wie es DIE LINKE anstrebt, wäre ein verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 GG). Das hat das Bundesverfassungsgericht in der grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1967 sehr klar und deutlich festgestellt (BVerfG (1. Senat), Urteil vom 04.04.1967 - 1 BvR 84/65). Auch die als Vorstufe zum Verbot angestrebte strikte Regulierung der Zeitarbeit wäre wegen der Schutzbereiche von Art. 9 Abs. 3 GG und Art 12 Abs. 1 GG kaum haltbar.

VI. Zusammenfassung

Der Gesetzentwurf führt, wenn er unverändert so umgesetzt wird, zu einem erheblichen Anwachsen bürokratischer Hemmnisse und schränkt die gerade aktuell so wichtigen Integrations- und Flexibilisierungsfunktionen der Zeitarbeit ein.

Insbesondere die fehlende Legaldefinition von „Equal Pay“ wird in der Praxis besondere Umsetzungsprobleme und Rechtsunsicherheiten bereiten. Der weite Entgeltbegriff führt dazu, dass sämtliche tariflichen, betrieblichen und individualvertraglichen Entgelt- und Entgeltabrechnungsspezifikationen vom Zeitarbeitsunternehmen gespiegelt und IT-technisch abgebildet werden müssen. Sie verlangt damit von den Zeitarbeitsunternehmen, prinzipiell zu universalen Entgelt- und Abrechnungsexperten aller Einsatzbranchen zu werden.

Gerade auch vor dem Hintergrund der damit verbundenen Rechtsunsicherheiten ist es nicht verhältnismäßig, wenn das Zeitarbeitsunternehmen grundsätzlich bei einem auch fahrlässigen oder einmaligen Verstoß gegen das Equal-Pay-Gebot einem existenzgefährdenden Bußgeld und einer die weitere Berufsausübung verhindernden Entzug der Erlaubnis ausgesetzt werden könnte.

Die Überlassungshöchstdauer widerspricht angesichts der gesetzlichen Equal-Pay-Anordnungen der von der Bundesregierung selbst gewählten Missbrauchsdefinition. Die Nichtberücksichtigung der Zeitarbeitsbranche als Adressat der tarifautonomen Gestaltungsbefugnis stellt einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die auch verfassungsrechtlich geschützte positive Koalitionsfreiheit und einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dar. Er könnte nur dann gerechtfertigt sein, wenn der Zeitarbeit zumindest eine subsidiäre Tarifkompetenz im AÜG übertragen wird.

Nach alledem regen wir folgende konkrete AÜG-Korrekturen an:

- Ersatz der Begrifflichkeit „Leiharbeit“ im AÜG (etwa statt „Entleiher“ den Begriff „Einsatzunternehmen“ vorsehen. Für die Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der Arbeitnehmerüberlassung, die Rechte und Pflichten wie alle anderen im Arbeitsrecht haben, bedarf es keiner besonderen Titulierung.)
- Gesetzliche Definition von „Equal Pay“ (laufendes, tarifliches Stundenentgelt zuzüglich tariflicher Zulagen und Zuschläge), sofern im Einsatzbetrieb ein Tarifvertrag zur Anwendung kommt, ansonsten laufendes regelmäßig gezahltes Stundenentgelt zuzüglich regelmäßig gezahlter Zuschläge und Zulagen.
- Der Zeitarbeitsbranche muss zur Abweichung von der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer eine zumindest subsidiäre Tarifkompetenz gewährt werden. Hierzu schlagen die Gutachter Henssler/Höpfner folgende Formulierung vor, die sich der iGZ zu eigen macht:

„Der Einsatz desselben Leiharbeitnehmers bei demselben Entleiher ist nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate zulässig. […] In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche oder, sofern ein solcher nicht existiert, einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Verleiherbranche kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden.“

- Zum Abbau von Bürokratie im Zusammenhang mit der Konkretisierung und der Geschäftsbeziehung zwischen Zeitarbeitsunternehmen und Kundenunternehmen sollte die Textform zugelassen werden. Wir schlagen hierzu vor:

§ 12 Rechtsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher (neu):

„Der Vertrag zwischen dem Zeitarbeitsunternehmen und dem Einsatzunternehmen bedarf der Textform.“

Oder zumindest Ergänzung nach § 1 Abs. 1 Satz 6 AÜG-E: *„Die Konkretisierung bedarf nicht der Schriftform.“*

- Die Informationspflicht des Zeitarbeitsunternehmens gegenüber dem Zeitarbeitnehmer in § 11 Abs. 2 Satz 4 sollte praxisgerecht wie folgt ausgestaltet werden:

„Das Zeitarbeitsunternehmen hat seinen Mitarbeiter vor jeder Überlassung zu informieren, dass er als Zeitarbeitnehmer tätig wird, es sei denn, der Mitarbeiter wird auf Grundlage einer entsprechenden arbeitsvertraglichen Vereinbarung ausschließlich in der Arbeitnehmerüberlassung eingesetzt.“

Anlage:

Zusammenfassung der Ergebnisse des **Rechtsgutachtens „Tarif- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer auf die Sozialpartner der Einsatzbranchen begrenzten Tariföffnungsklausel zur AÜG-Höchstüberlassungsdauer“** für den iGZ e.V. von **Prof. Dr. Martin Henssler** (Geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Prorektor für Personal und Planung der Universität zu Köln) und **Prof. Dr. Clemens Höpfner** (Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Unternehmensrecht und Rechtstheorie an der Universität Konstanz), September 2016

1. Die geplante Regelung in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E ist bereits tarifrechtlich nicht umsetzbar und verstößt außerdem sowohl gegen Art. 9 Abs.3 GG als auch gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Eine grundlegende Neufassung ist daher im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens dringend geboten.

2. Im Zuge der notwendigen Änderung von § 1 Abs. 1b AÜG-E ist zum einen das doppelte, an Verleiher und Entleiher gerichtete Verbot in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG-E durch eine einheitliche Höchstdauer für die Tätigkeit von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb zu ersetzen. Auf diese Weise wird gewährleistet,

dass die Sozialpartner wirksam durch Tarifvertrag von der gesetzlichen Höchstdauer abweichen können. Zum anderen ist es aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend erforderlich, den für die Verleiherbranche tarifzuständigen Koalitionen in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E zumindest eine subsidiäre tarifliche Regelungsbefugnis für den Fall einzuräumen, dass in der Einsatzbranche kein entsprechender Tarifvertrag existiert.

3. Nach der aktuellen, in den Bundesrat eingebrachten Fassung des Gesetzentwurfs zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze lässt sich das von den Entwurfsverfassern mit § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E verfolgte Konzept der beschränkten Tarifprivilegierung in der Praxis bereits aus tarifvertragsdogmatischen Gründen nicht verwirklichen. Sollte das Gesetz unverändert in Kraft treten, wäre im Ergebnis überhaupt keine tarifliche Abweichung von der 18-monatigen Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG-E möglich. Darin liegt ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG.

4. Entscheidend ist insoweit, dass die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche keine Inhaltsnormen vereinbaren können, die unmittelbar und zwingend im Verhältnis von Entleiher und Leiharbeitnehmer gelten, da insoweit kein Arbeitsverhältnis besteht, das der Tarifvertrag von außen gestalten könnte. Ob zeitliche Einsatzhöchstgrenzen nach allgemeinen tarifvertragsrechtlichen Grundsätzen ein zulässiger Gegenstand von Betriebsnormen sein können, ist bisher nicht geklärt und jedenfalls zweifelhaft.

5. § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E verstößt wegen Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes gegen die positive Koalitionsfreiheit zumindest der für die Zeitarbeitsbranche tarifzuständigen Koalitionen. Nach der hier entwickelten Auffassung kommt es aufgrund des verunglückten und tarifrechtlich leerlaufenden Regelungsansatzes darüber hinaus zu einem Eingriff in die positive Koalitionsfreiheit der für die Einsatzbranchen tarifzuständigen Koalitionen. Der Gesetzgeber kann einen Verstoß gegen den Subsidiaritätsgrundsatz vermeiden, wenn er den Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche eine subsidiäre Regelungsbefugnis für den Fall gewährt, dass in der Einsatzbranche kein von § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG-E abweichender Tarifvertrag existiert.

6. § 1 Abs. 1b Satz 1 i.V.m. Satz 3 AÜG-E greift sowohl in die Betätigungsfreiheit der Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche als auch in die positive Koalitionsfreiheit ihrer Mitglieder ein, ohne dass hierfür eine Rechtfertigung durch Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte ersichtlich ist.

7. Außerdem erweist sich die vollständige Tarifentmündigung der Zeitarbeitsbranche auch in jenen Fällen, in denen es keine tariflichen Regelungen der Einsatzbranche gibt, als unverhältnismäßig. Selbst bei einem denkbar weiten Verständnis der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist jedenfalls eine subsidiäre Regelungskompetenz der Tarifpartner der Zeitarbeitsbranche von Verfassungs wegen geboten.

8. Für eine Differenzierung der Tarifdispositivität nach der Tarifzuständigkeit der Tarifvertragsparteien lässt sich kein vernünftiger, aus der Natur der Sache folgender oder sonst einleuchtender Grund für die Ungleichbehandlung finden. § 1 Abs. 1b Satz 1 und 3 AÜG-E verstößt daher nicht nur unter Anwendung der sog. „neuen Formel“ des BVerfG, sondern selbst bei einer bloßen Willkürkontrolle gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

Nach alledem empfehlen wir dem Gesetzgeber bezogen auf die vorgelegte Prüffrage, § 1 Abs. 1b Satz 1 und Satz 3 wie folgt zu formulieren:

„Der Einsatz desselben Leiharbeitnehmers bei demselben Entleiher ist nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate zulässig. […] In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche oder, sofern ein solcher nicht existiert, einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Verleiherbranche kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden.“

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**734**

12. Oktober 2016

Information für den Ausschuss

Arbeitsgemeinschaft Werkverträge und Zeitarbeit

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

Summary

Nach dem Koalitionsvertrag der laufenden Legislaturperiode soll der „Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen“ verhindert werden. Als „Missbrauch“ wird in der politischen Diskussion der Einsatz von freien Werkverträgen statt genehmigungsbedürftiger Arbeitnehmerüberlassung durch die Unternehmen zu Lasten der Arbeitnehmer angesehen. Wann in der Praxis die eine oder die andere Vertragsgestaltung vorliegt, haben die Gerichte in langer Rechtsprechungspraxis sach- und interessengerecht entschieden. Im Koalitionsvertrag heißt es dazu: „Zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden werden die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßem und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt.“ Es sollen daher zum Schutze der Arbeitnehmer mehr Rechtssicherheit hergestellt und Missbräuche ausgeräumt werden. Der jetzt nach langem Vorlauf vorgelegte Regierungsentwurf geht über den Koalitionsvertrag hinaus. Der Entwurf enthält zusätzliche Belastungen für die Unternehmen. Hatte die Rechtsprechung nur dann Arbeitnehmerüberlassung angenommen, wenn die Arbeitnehmer ***vollständig*** in die Betriebsorganisation des Entleihers eingegliedert waren und ***allein*** dessen Weisungen unterlagen, so gibt der jetzige Gesetzesentwurf diese strengen Kriterien preis. Es soll jetzt genügen, dass die Arbeitnehmer „in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen“. Haben die in der Praxis unvermeidbaren Mischformen von Eingliederung und Weisungsunterworfenheit bisher die Annahme von Arbeitnehmerüberlassung ausgeschlossen, werden jetzt die Tatbestände der Arbeitnehmerüberlassung weit ausgedehnt. Die Unternehmen müssen sich, sollte das Gesetz mit dieser Änderung inkrafttreten, auf eine neue Rechtslage einstellen, werden verstärkt den Kontrollen der Zollbehörden ausgesetzt und, geraten vermehrt in die rigide Rechtsfolge des Überganges der Arbeitsverhältnisse nach den übrigen Vorschriften des Gesetzes. Es droht eine bislang ungekannte Kriminalisierung.

Von einer Übernahme der Rechtsprechung in das Gesetz kann daher keine Rede sein. Ob das im wohlverstandenen Arbeitnehmerinteresse liegt, steht dahin. Eine Mehrbelastung der Unternehmen aber ist sicher.

Der Gesetzesentwurf ist in diesem Punkte abzulehnen.

1. Die Vereinbarung zum Werkvertrag im Koalitionsvertrag und der dazu vorgelegte Gesetzesentwurf des Bundesregierung vom 01.06.2016 zu § 1 AÜG

1.1 Zur Regelung im Koalitionsvertrag

Im Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode heißt es auf Seite 69 unter dem Stichwort ***“Missbrauch von Werkvertragsgestaltung verhindern”***:

Zur Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden werden die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt.

Ausdrücklich wird also im Koalitionsvertrag von der Niederlegung der ***durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien*** gesprochen.

1.2 Zu dem dazu vorgelegten Entwurf zu § 1 AÜG

Um die vorgesehene Modifizierung der Überschrift von § 1 AÜG sowie die dazu vorgelegte Neufassung des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG und § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG sachgerecht beurteilen zu können, ist zunächst die gegenwärtige Formulierung dieses Teils des § 1 AÜG in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 wie folgt wiederzugeben:

§ 1 AÜG geltende Fassung

Erlaubnispflicht

(1) Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis. ...

Im ***Gesetzesentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 01.06.2016*** heißt es auf S. 4:

Artikel 1

Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 03.Februar 1995 (BGBl. I S. 158), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 1 wird wie folgt geändert

a) Die Überschrift wird wie folgt gefasst: "Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht"

b) Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

"Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, bedürfen der Erlaubnis. Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen ..."

Im Ergebnis soll somit § 1 Abs. 1 Satz 1 u. 2 AÜG hinsichtlich der hier anzusprechenden Gesichtspunkte wie folgt lauten:

"Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht

(1) 1Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen (Arbeitnehmerüberlassung) wollen, bedürfen der Erlaubnis. 2Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.

..."

1.3 Zur Begründung des Entwurfs

In der hierzu vorgelegten Begründung heißt es auf S. 17 des Entwurfs vom 01.06.2016 in ***B. Besonderer Teil***:

Zu Artikel 1 (Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes)

Zu Nummer 1

Zu Buchstabe a

Folgeänderung zu den inhaltlichen Änderungen in § 1. Dort werden neben der Erlaubnispflicht der Arbeitnehmerüberlassung auch Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung geregelt. Dem wird durch die ergänzte Überschrift Rechnung getragen.

Zu Buchstabe b

In § 1 wird Absatz 1 neu gefasst

In § 1 Abs. 1 Satz 1 wird durch den Klammerzusatz die Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung hervorgehoben. Der bisherige Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und die Reichweite der Erlaubnispflicht werden hierdurch nicht verändert.

Die Regelung des Satzes 2 bestimmt entsprechend der Rechtsprechung, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer überlassen wird und dient damit der Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeitnehmer im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrages.

Entsprechend der Rechtsprechung liegt beim Fremdpersonaleinsatz Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn die Leiharbeitnehmerin oder der Leiharbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt. Ob dies der Fall, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen.

1.4 Zur Auswertung der Entwurfsbegründung

Wenn man sich mit der Entwurfsbegründung auf S. 17 beschäftigt, so zeigt sich, dass der Entwurf Folgendes zum Ausdruck bringen möchte:

- Den Entwurfsverfassern geht es im Wesentlichen um die Einführung eines neuen Satzes 2 in

§ 1 Abs. 1 AÜG nach Art. 1 Nr. 1 Buchstabe b des Gesetzesentwurfs, der lauten soll:

Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.

- Durch diesen neuen Satz sollen nach den Ausführungen zu Buchstabe a die ***Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung geregelt*** sein, was ***durch die ergänzte Überschrift*** zu § 1 AÜG verdeutlicht werden soll, bei der es künftig heißen soll:

Arbeitnehmerüberlassung, Erlaubnispflicht

- Da durch Satz 2 von § 1 Abs. 1 AÜG der in § 1 eingefügte Klammerbegriff ***Arbeitnehmerüberlassung*** definiert wird, bringt Satz 2, wie das in der Begründung zum Ausdruck gebracht wird, eine Regelung der ***Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung*** mit sich.
- Dazu wird in der Begründung auf S. 17 bei Buchstabe b behauptet, dass die Regelung in Satz 2 ***entsprechend*** der gegenwärtigen ***Rechtsprechung*** bestimmt, ***unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer überlassen wird.*** Damit wird der Eindruck erzeugt, dass mit der Formulierung in Satz 2 eine im Einklang mit der gegenwärtigen Rechtsprechung erfolgende ***Abgren-***

zung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeitnehmer im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrages erfolgt.

- Angeblich soll durch Buchstabe b durch die jetzt vorgesehene ***Legaldefinition der*** Arbeitneh***merüberlassung*** der ***bisherige Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes*** aufgrund der gegenwärtig bestehenden Rechtsprechung ***nicht verändert*** werden.

2. Zur Bewertung des Entwurfs

2.1 Angreifbare Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag

Hinsichtlich der vorgesehenen Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ist die Ausführung in der Begründung des Entwurfs auf S. 17 zu Buchstabe b zu nicht zutreffend. Diese lautet:

Entsprechend der Rechtsprechung liegt beim Fremdpersonaleinsatz Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn die Leiharbeitnehmerin oder der Leiharbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt.

Dem folgt zur Abschwächung noch folgender Satz:

Ob dies der Fall ist, ist anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu bestimmen.

Die Begründung auf S. 17 erweckt den Eindruck, als ob sie sich auf die auf S. 69 des Koalitionsvertrags genannte Ausführung bezieht, wo es heißt, dass ***die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien ... gesetzlich niedergelegt*** werden.

Durch die Begründung zu Art. 1 Buchstabe b wird der Eindruck erweckt, als würde die Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung zu Werkvertrag folgende Ausführung zugrunde legen, die nach Artikel 1 Nummer 1 Buchstabe b wie folgt lauten soll:

Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und seinen Weisungen unterliegen.

Eine derartig weiche Formulierung ist jedoch bei der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werk- und Dienstvertrag in der im Folgenden darzustellenden Rechtsprechung nicht gegeben.

2.2 Zur Bedeutung der bisher in der Rechtsprechung enthaltenen Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag

Um die Bedeutung der herrschenden Rechtsprechung richtig zu erkennen, muss man sich vor Augen halten, dass die Abgrenzung von werkvertraglicher Tätigkeit und Arbeitnehmerüberlassung für die davon betroffenen Unternehmer, sowohl auf der Auftraggeberseite als auch der Auftragnehmerseite, von äußerster Wichtigkeit ist.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Zoll bei der Überprüfung von Unternehmen, deren Rechtsverhältnis ein schriftlicher Werkvertrag zugrunde liegt, schon im Hinblick auf § 16 Abs. 5 AÜG nach unserer Erkenntnis mehr die Neigung hat, im konkreten Fall eine illegale Arbeitnehmerüberlassung anzunehmen, als die werkvertragliche Abwicklung zu bestätigen[1]. Für die davon betroffenen Unternehmer auf beiden Seiten kommt es sehr darauf an, dass diese Abgrenzung in der gegenwärtig von der Rechtsprechung gehandhabten strikten Art und Weise weiterhin geschieht. Jede von der vorliegenden ständigen Rechtsprechung abweichende Modifizierung des § 1 AÜG bringt für die Unternehmer die Gefahr der erleichterten Einleitung von Bußgeld- und Strafverfahren mit sich, insbesondere der maßgeblichen Strafdrohung nach § 266a StGB mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren.

Hierbei kann sich das Nichtvorliegen der von Zoll und Staatsanwaltschaft zugrunde gelegten illegalen Arbeitnehmerüberlassung mit der angesprochenen Androhung von Bußgeldern und Strafen häufig erst nach vielen Jahren durch das zuständige Gericht ergeben[2]. Diese Strafandrohung betrifft in der Regel besonders auftraggebende Unternehmer, die in der Vergangenheit weder ordnungswidrig noch strafrechtlich in Erscheinung getreten sind, in hohem Maße.

Es ist daher verständlich, wenn aus der Sicht der möglicherweise betroffenen Unternehmer großer Wert darauf zu legen ist, dass im vorliegenden Zusammenhang der Koalitionsvertrag exakt eingehalten wird. Es darf nicht über eine laxe und von der bisherigen ständigen Gerichtspraxis abweichende Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 AÜG die bisher bestehende langjährige Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag der Rechtsprechung außer Kraft gesetzt werden.

3. Zur in der Rechtsprechung entwickelten und seit mehr als 30 Jahren praktizierten einheitlichen Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und werkvertraglichem Einsatz

Im Gegensatz zu Satz 2 des Entwurfs von Art. 1 Abs. 1 AÜG hat die Rechtsprechung seit langer Zeit, was unter verfassungsrechtlichen engen Voraussetzungen auch nur möglich ist[3], die Abgrenzungskriterien wie folgt gefasst:

Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeit allein bzw. ausschließlich nach dessen Weisungen erfolgt. (Unterstreichung hier und im Folgenden jeweils durch die Verfasser)

[1] S. hierzu Hansjürgen Tuengerthal: Wenn der Zoll kommt!, in Compliance- Berater , 12/2015, S. 482 (483)
[2] S. hierzu Hansjürgen Tuengerthal: Wenn der Zoll kommt!, in Compliance- Berater , 12/2015, S. 482 (483)
[3] Vgl. Wolfgang Hamann: Erkennungsmerkmale der illegalen Arbeitnehmerüberlassung in Form von Scheindienst- und Scheinwerkverträgen, Berlin 1995, S. 147 ff.

In dieser Weise hat das BAG bereits im Urteil vom 14.08.1985 - 5 AZR 225/84 in Rn. 20 zum Ausdruck gebracht:

Arbeitnehmerüberlassung im Sinne dieser Bestimmung liegt vor, wenn der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen ausführen. Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie seine eigenen Arbeitnehmer ein.

In gleichem Sinne hat das BAG in der Entscheidung vom 30.01.1991 - 7 AZR 497/89 in Rn. 43 ausgeführt:

Bei der Arbeitnehmerüberlassung werden dem Entleiher die Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt. Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer ein. Die Arbeitskräfte sind voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führen ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen aus.

Im Urteil des BAG vom 06.08.1997 - 7 AZR 663/96 heißt es im Orientierungssatz:

Die Arbeitnehmerüberlassung ist dadurch gekennzeichnet, daß dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die er seinen Vorstellungen und Zielen gemäß in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer einsetzt. Die entliehenen Arbeitskräfte sind vollständig in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führen ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen durch.

Im Urteil vom 06.08.2003 - 7 AZR 180/03 hat das BAG in Rn. 38 den Grundsatz ebenfalls wiederholt:

Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer ein. Die Arbeitskräfte sind voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führen ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen aus.

Ebenso wie das BAG haben auch Landesarbeitsgerichte und Landessozialgerichte die Abgrenzung im Sinne des BAG festgelegt.

Im Beschluss des LSG NRW vom 21.07.2011 - L 8 R 280/11 B ER wird in Rn. 18 betont:

Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen ausführen.

Für den Fall einer "gemischten" Weisungserteilung führt das Gericht in Rn. 20 aus:

Im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung ist... die Annahme einer Mitsteuerung einzelner Arbeitsphasen durch Mitarbeiter der Antragstellerin erfolgt. Eine solche rechtfertigt indessen noch nicht die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung, da sie das hierfür notwendige Merkmal der vollen Eingliederung in den Betrieb des Entleihers und der alleinigen Weisungsunterworfenheit ihm gegenüber nicht erfüllen.

In gleicher Weise sieht es auch das LAG Hamm im Urteil vom 02.02.2012 - 8 Sa 1502/11 in Rn. 31:

Bei der Arbeitnehmerüberlassung werden dem Entleiher die Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt. Der Entleiher setzt sie nach seinen Vorstellungen und Zielen in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer ein. Die Arbeitskräfte sind voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führen ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen aus.

Auch das LAG Hamburg führt in diesem Sinne im Urteil vom 29.10.2010 - 6 Sa 27/10 in Rn. 146 aus:

Dabei ist davon auszugehen, dass dieses Weisungsrecht zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung allein vom Inhaber des Einsatzbetriebes oder dessen Personal ausgeübt werden muss ... Erhält der Arbeitnehmer sowohl vom Vertragsarbeitgeber als auch vom Inhaber oder sonstigen Personal des Einsatzbetriebes Weisungen in Bezug auf die Arbeitsleistung, scheidet Arbeitnehmerüberlassung in der Regel aus.

4. Erheblicher Unterschied der von der Rechtsprechung seit vielen Jahren einheitlich entwickelten Abgrenzung von Arbeitnehmerüberlassung und Werkvertrag zu dem jetzt vorliegenden Entwurf zu § 1 AÜG

Die angebliche Bezugnahme auf die Rechtsprechung im Besonderen Teil der Begründung auf S. 17 zu Buchstabe b, es läge entsprechend ***der Rechtsprechung ...*** bei einem ***Fremdpersonaleinsatz Arbeitnehmerüberlassung vor, wenn die Leiharbeitnehmerin oder der Leiharbeitnehmer in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert ist und seinen Weisungen unterliegt***, gibt nicht den soeben wiedergegebenen langjährigen eindeutigen Stand der Rechtsprechung wieder. Die vorgesehene Fassung der Vorschrift führt vielmehr zu einem erheblich erleichterten Eingriff in die werkvertraglichen Abläufe zu Lasten von Werkunternehmern und Auftraggebern.

Es kann jetzt seitens der Überwachungsbehörden viel eher die Verwirklichung illegaler Arbeitnehmerüberlassung angenommen werden, wenn nicht die klare Forderung der Rechtsprechung aufrecht- erhalten bleibt, dass zu einer Arbeitnehmerüberlassung die beiden maßgeblichen Voraussetzungen vorliegen müssen:

- Es muss zu einer vollen, also vollständigen Eingliederung der Arbeitnehmer des Fremdunternehmens in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers gekommen sein. Das wird von der Rechtsprechung bereits dann in Frage gestellt, wenn Vorarbeiter des Fremdbetriebs dessen Organisation im Einsatzbetrieb vornehmen.[4] Lediglich die Bezugnahme auf eine wie auch immer geartete Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung reicht nicht aus.
- Weiterhin ist für die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung die alleinige Weisungserteilung durch den Einsatzbetrieb an die Arbeitnehmer

[4] Vgl. insbesondere LSG NRW, Beschluss vom 21.07.2011, Az. L 8 R 280/11 B ER, Rn. 20

des Fremdunternehmers zu fordern, die zu deren ausschließlichen Weisungsgebundenheit durch den Einsatzbetrieb führt. Eine nicht näher festgelegte Weisungserteilung durch den Einsatzbetrieb, bei der jegliche Weisungen desselben, die den Arbeitnehmern des Fremdbetriebs erteilt werden, für eine Arbeitnehmerüberlassung ausreichen, steht im Widerspruch zur Rechtsprechung. Hierbei wird nicht einmal zwischen werkbezogenen und arbeitsvertraglichen Weisungen unterschieden[5]. Nur wenn wie bisher auf die alleinige Weisungserteilung durch den Einsatzbetrieb und die sich daraus ergebende alleinige Weisungsgebundenheit durch denselben abgestellt wird, wird die insoweit klare Voraussetzung für die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung durch die Rechtsprechung berücksichtigt.

Die beiden angesprochenen Voraussetzungen können, schon aus verfassungsrechtlicher Sicht, nicht aufgegeben werden. Angesichts der verfassungsrechtlich sehr bedenklichen Fingierung eines Arbeitsverhältnisses zwischen Auftraggeber und Arbeitnehmern des Fremdbetriebs im Falle illegaler Arbeitnehmerüberlassung[6] darf auf die in diesem Sinne von der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung nicht verzichtet werden.

Die vorgesehene rechtliche Handhabung der Abgrenzung zwischen illegaler Arbeitnehmerüberlassung im Unterschied zur straffreien werkvertraglichen Abwicklung ist nachdrücklich zurückzuweisen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass in der Vielzahl der Fälle die von den Überwachungsbehörden als illegale Arbeitnehmerüberlassung behandelte Situation diejenige ist, dass den Werkvertragspartnern, was bei dem angestrebten Werkvertragsverhältnis einleuchtet, keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis vorliegt und diese Situation dann als illegale Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet wird.

Durch die jetzt vorgesehene Formulierung wird das berechtigte Interesse der Unternehmer an der Fortführung der bisherigen Rechtsprechung, wie sie im Koalitionsvertrag vereinbart worden ist, nicht berücksichtigt. Dies gleichen auch die einleitenden Worte, die man auf S. 1 des Entwurfes unter dem Stichwort ***Problem und Ziel*** hinsichtlich des werkvertraglichen Einsatzes bringt, dass in ***einer arbeitsteiligen Wirtschaft ... Werkverträge unverzichtbar*** seien, nicht aus. Immerhin hat man dabei anerkannt, dass gelegentlich Vertragskonstruktionen in ***Unkenntnis der Rechtslage als "Werkvertrag" bezeichnet*** werden, somit nicht von vornherein eine negative Absicht zugrunde liegt, was aus der Sicht der Verfasser der übliche Fall ist.

Unter diesem Aspekt ist einleuchtend, dass jede Abweichung von den durch die bisherige Rechtsprechung erarbeiteten einheitlichen Abgrenzungskriterien für die davon Betroffenen von maßgeblicher Bedeutung ist. Es ist daher nachdrücklich zurückzuweisen, sich mit einer nicht mit dem Koalitionsvertrag im Einklang stehenden Art und Weise ohne weiteres über denselben hinwegsetzen zu wollen.

Dabei muss man, wie bereits angesprochen, berücksichtigen, dass im Rahmen der durch die gegenwärtig angestrebte gesetzliche Vorschrift ins Auge gefassten Ausweitung der illegalen Arbeitnehmerüberlassung die betroffenen Unternehmer noch erheblich mehr belastet werden als es bisher schon der Fall war. Dies geschieht dadurch, dass bis jetzt nur bei vollständiger Eingliederung und alleiniger Weisungsunterworfenheit illegale Arbeitnehmerüberlassung angenommen werden konnte, während Mischformen der Weisung und Eingliederung nicht zur Arbeitnehmerüberlassung geführt haben. Traten bisher nur bei den strengen Kriterien die Rechtsfolgen der §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG mit der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem bisherigen Auftraggeber und den ihm angeblich illegal überlassenen Arbeitnehmern ein, soll dies jetzt auch im Falle gemischter Konstellationen gelten. Dadurch wird der auftraggebende Unternehmer mit erheblichen Sozialversicherungsbeiträgen belegt, wenn es bei den Arbeitnehmern seines Werkunternehmers um ausländische Arbeitnehmer geht. Hierbei werden von ihm große Summen an Sozialabgaben nachgefordert, weil mit Annahme der illegalen Arbeitnehmerüberlassung gleichzeitig die bisher zugrunde gelegte Entsendung der Arbeitnehmer aus den europäischen Mitgliedstaaten in Frage gestellt und nicht mehr anerkannt wird.

Wenn die von der ständigen Rechtsprechung entwickelte Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung zu werkvertraglicher Tätigkeit, wie sie für die betroffenen Unternehmer bisher zugrunde gelegt wird, nach dem Entwurf modifiziert werden sollte, hat dies für dieselben maßgebliche ordnungswidrige und strafrechtliche Nachteile und kann zu erheblichen Nachzahlungen im Bereich der Sozialversicherung führen. Es ist daher von außerordentlicher Bedeutung, dass im Rahmen der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und werkvertraglichem Einsatz die von der Rechtsprechung in vielen Jahren entwickelten Abgrenzungskriterien erhalten bleiben. Eine Aufweichung dieser Kriterien würde zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs von §§ 9 Nr. 1 und 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG führen und damit zu einem verfassungsrechtlich bedenklichen Verstoß.

Der Entwurf einer Neufassung von § 1 Abs. 1 AÜG einschließlich der Überschrift zu § 1 AÜG ist daher zurückzuweisen.

- Er gibt nicht, wie er das auf S. 17 vorgibt, die gegenwärtig aufgrund der Rechtsprechung bestehende ***Abgrenzung zwischen dem Einsatz eines Arbeitnehmers als Leiharbeitnehmer im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung und als Erfüllungsgehilfe im Rahmen eines Werk- bzw. Dienstvertrages*** wieder.

[5]Vgl. in diesem Sinne zutreffend auch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Arbeitsrecht zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, Stellungnahme Nr.: 15/2016, März 2016, S. 6, veröffentlicht in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 7/2016, S. VIII-X.
[6] Hamann, a.a. O. (Fußnote 3)

- Entgegen der Begründung zu Buchstabe b auf S. 17 wird der ***bisherige Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes*** durch die Formulierung im vorgeschlagenen Satz 2 von § 1 Abs. 1 AÜG ***verändert.***
- Entgegen der Begründung zu Art. 1, zu Nr. 1 zu Buchstabe a auf S. 17, werden die ***Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung*** anders ***geregelt***, als es die bisherige Rechtsprechung entschieden hat.
- Die nach der Begründung auf S. 17 zu Buchstabe b sowohl im Klammerzusatz von § 1 Abs. 1 Satz 1 angesprochene ***Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung*** als auch bei zu Buchstabe b in Satz 1 angesprochene Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung entspricht nicht der im Einzelnen dargestellten Rechtsprechung, dass es zur Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung zu einer vollen Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebs und einer alleinigen Weisungsgebung und Weisungsgebundenheit durch den Einsatzbetrieb gekommen sein muss.

Daher ist der Entwurf, so wie er jetzt gefasst ist, im Widerspruch zur Rechtsprechung und ist somit abzulehnen.

5. Widerspruch auch zum Koalitionsvertrag

Diese Situation steht gleichzeitig im Widerspruch zum Koalitionsvertrag, wonach lediglich ***die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungs- gemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich niedergelegt*** werden sollen. Von einer Modifizierung der Abgrenzungskriterien zu Lasten der Unternehmen, die auf der Basis werkvertraglicher Regelungen tätig werden wollen, ist im Koalitionsvertrag keine Rede. Da die klare Abgrenzung auch verfassungsrechtlich geboten ist, ist es dringend erforderlich, sich an der gegenwärtig bestehenden Rechtsprechung zu orientieren und nicht entgegen dem Koalitionsvertrag neue von der bisherigen Regelung abweichende Vorschriften zu entwickeln.

6. Erforderliche Fassung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG

Um der gegenwärtigen Rechtsprechung nachzukommen und im Sinne des Koalitionsvertrags ***die wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz gesetzlich*** niederzulegen

- ohne, wie es insoweit in der Begründung vorgesehen ist, den bisherigen Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes zu verändern,
- um die Kernelemente der Arbeitnehmerüberlassung im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung zu regeln
- und um damit eine durch die Überschrift zu § 1 AÜG und den Klammerzusatz bekräftigte bisher geltende Legaldefinition der Arbeitnehmerüberlassung im Einklang mit der Rechtsprechung aufrecht zu erhalten, ist nur eine Neufassung von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG im Einklang mit dem Koalitionsvertrag unter Wiedergabe der ständigen Rechtsprechung möglich, die lautet:

Arbeitnehmer werden zur Arbeitsleistung überlassen, wenn sie voll in die Arbeitsorganisation des Entleihers eingegliedert sind und allein seinen Weisungen unterliegen

DEUTSCHER BUNDESTAG
Ausschuss für
Arbeit und Soziales
18. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 18(11)**764**

14. Oktober 2016

Information für den Ausschuss

Bundesverband der Fernsehkameraleute (BVFK)

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze - BT-Drucksache 18/9232

Positionen des BVFK zum Sozialstatus von freien Fernseh-Kameraleuten

1. Einführende Zusammenfassung

Der Missbrauch von Werkverträgen zum Lohndumping soll durch gesetzliche Neuregelungen bekämpft werden. Der BVFK begrüßt zielgerichtetes Handeln von Regierung und Verwaltung, das den Betroffenen wirksam hilft.

Für die Berufsgruppe der freien Fernsehkameraleute ergeben sich allerdings bereits durch die bestehenden Regelungen massive Berufsbehinderungen, die sich durch weitere gesetzgeberische Maßnahmen zu verschärfen drohen. Insofern wünschen wir eine verlässliche Regulierung zugunsten anerkannter Selbstständigkeit.

90% der freien Kameraleute arbeiten selbstständig[1]. Wenn auch Festanstellungen bei Sendern und Produktionsfirmen vorkommen, so wird spätestens seit der Einführung des Privatfernsehens der Großteil an Produktionen von freien Kameraleuten bestritten, die je nach Eignung und Spezialisierung, insbesondere nach ihrer kreativen Ausrichtung projektweise angefragt werden und ihre Leistung nach Rechnungslegung abrechnen.

Die Vielfalt der Aufgabengebiete erfordert eine Vielfalt an Kenntnissen und verschiedenster Eignung, individueller Orientierung und Spezialisierung. Hierzu ist gezielte Schulung und selbstständige Fortbildung nötig. Dabei tritt die angewendete Technik gegenüber der kreativen Gestaltung in den Hintergrund. Technischer Aufwand und Art und Intensität der Befassung mit dieser Technik kann sogar sehr unterschiedlich sein. Das wesentliche und vereinende Merkmal der Arbeit von Kameraleuten ist die Gestaltung von Bildern, die Eigenverantwortung für Ergebnis und die Existenz urheberrechtlicher Eigenschaften.

Die Leistung eines Kameramannes unterscheidet sich von einer technischen Dienstleistung durch kreative Individualität und Schöpfungshöhe. Dies belegen und bezeugen das Urheberrecht und das Steuerecht mit urheberrechtlichen Verwertungsansprüchen und der steuerlichen Einordnung der Leistung als Rechteübertragung.

2. Die Rolle des Berufsverbandes BVFK

Der BVFK ist die relevante Berufsorganisation der Fernsehkameraleute in Deutschland und zertifiziert anerkannt professionelle Berufstätigkeit. Als satzungsgemäß beauftragte Interessenvertretung verfügt der Verband durch sehr engen Mitgliederkontakt und nach repräsentativer Sozialstatus-Umfrage über detaillierte Sozialdaten von freien Kameraleuten. Aus den Berichten der Mitglieder geht hervor, daß die aktuelle Rechtslage unter dem Grundsatz der Einzelfallbetrachtung pro Auftraggeber UND pro Auftrag neben dem nicht zu bewältigenden Aufwand massive Statusprobleme und Rechtsunsicherheit durch inkohärente und widersprüchliche Entscheidungspraxis bedeutet. Dies führt zu erheblichen Marktverzerrungen und sogar zur Berufsbehinderung - bis hin zum faktischen Berufsverbot.

3. Historische und aktuelle Marktsituation

Freie Kameraleute sind insbesondere seit der Einführung des Privatfernsehens als Selbständige im Markt etabliert. Aus- und Fortbildung, Marktpositionierung und Vorsorge sind auf die Selbstständigkeit ausgerichtet und eigenverantwortlich festgelegt. Seitens des Gesetzgebers wurde und wird die Selbständigkeit gerade auch von Solo-Selbständigen bewusst gefördert. (Ich-AGs, Gründungszuschuss…). Die selbständigen Kolleginnen und Kollegen haben aufgrund fehlender Festanstellungen am Arbeitsmarkt und im

[1] Quelle: Sozialstatusumfrage des BVFK

Vertrauen auf stabile gesetzliche Rahmenbedingungen ihre Lebensentwürfe aufgebaut.

Dies hat sich der TV-Markt über Jahrzehnte zunutze gemacht. Die individuelle Orientierung nach Genres und nach kreativen Schwerpunkten ermöglicht eine projektbezogene Auswahl nach Spezialisierung, Erfahrung, Leistungsportfolio und Honorar. In jeder Hinsicht haben sich freie Kameraleute individuell ausgerichtet und etabliert. Sie werden einerseits zur Abfederung von Produktionsspitzen gebraucht, bereichern aber auch die kreative Bandbreite und werden im Sinne der Programmvielfalt allgemein als unverzichtbar angesehen.

4. Die berufliche Situation freier Fernseh-Kameraleute

Die Auftragsbeschaffung freier Kameraleute erfolgt durch eigene Aquise und Werbung, durch Spezialisierung, individuelle kreative Ausrichtung und durch erfolgreiche Positionierung am Markt. Preise und Auftragsbedingungen sind Gegenstand von Honorar-Verhandlungen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Zunehmend fordern Auftraggeber einen Nachweis über anerkannte Selbstständigkeit, für die eine Einzelfallprüfung der Clearingstelle der Deutschen Rentenversicherung erforderlich ist. Diese ist pro Auftraggeber und pro Auftrag einzeln zu beantragen und dauert einige Wochen, im Widerspruchsfall sogar mehrere Jahre.

Der Verwaltungsaufwand der Einzelfallprüfung ist aufgrund mehrerer Auftraggeber und vielfältiger Tätigkeiten defacto nicht zu bewältigen und führt unter anderem durch die Bearbeitungszeiten und inkohärenten Entscheidungen zu Auftragsverlusten und damit zu erheblichen Marktverzerrungen.

5. Das Problem Statusunsicherheit und Statuswechsel

Inkohärente Entscheidungen der Clearingstelle und auch der Sozialgerichte machen den Ausgang eines jeden Statusfeststellungsverfahrens schwer vorhersehbar. Während gleiche Tätigkeiten unterschiedlicher Antragsteller durchaus unterschiedlich bewertet werden, kommt es ebenfalls vor, daß ein Antragsteller seine Aufträge bei gleicher Leistung unter verschiedenen Berufstati abzuwickeln hat. Die Folge ist mitunter sogar ein täglicher Wechsel der Versicherungspflicht ohne daß sich die eigentliche Tätigkeit ändert.

Erst mit einer konkreten Beauftragung kann eine Einzelfallprüfung beantragt werden. Dies bedeutet, daß ein Auftrag mit vorerst unbekanntem Sozialstatus abgewickelt werden muß.

Fehlende Nachweise über die anerkannte Selbständigkeit schließen einzelne Kollegen/innen vor dem Hintergrund zunehmender Sozial-Prüfungen sogar zunehmend von Produktionen aus. Die Folgen für die Betroffenen sind empfindliche Auftragsrückgänge, also konkrete Berufsbehinderungen bis hin zum faktischen Berufsverbot.

Inzwischen weichen viele Auftraggeber einfach auf andere Kräfte aus, welche zwar denselben Bedingungen unterliegen, aber einen Selbständigenstatus nachweisen können, indem sie irgendeine Firmenkonstruktion nutzen oder sich auf Altbescheinigungen unterschiedlicher Gültigkeit und abweichender Grundlage berufen.

6. Alternativen zur Selbstständigkeit von freien Kameraleuten

Selbstverständlich bietet eine Festanstellung mit tariflichen Garantien erhebliche Vorteile. Diese Vorteile existieren aber nicht qua verordnetem Sozialstatus, sondern nur durch Arbeitsverträge, die der Arbeitsmarkt real aber gar nicht aufweist.

Die steigende Nachfrage nach Statusnachweisen drängt viele Kollegen in Ausweichlösungen, wie z.B. Ein-Personen-Gesellschaften, Phantasiefirmenkontrukte oder Artbeitnehmerüberlassungs-Verhältnisse mit Honorar-Abzügen und weiteren Abhängigkeiten, aber ohne irgendwelche Garantien. Insgesamt verfällt mit einer selbstständigenfeindlichen Bewertungspraxis die Auskömmlichkeit für die Arbeit freier Kameraleute.

Es ist absehbar, daß eine Umwandlung jahrzehntelanger Selbständigkeit in eine verordnete Abhängigkeit, der keine arbeitsrechtlichen Folgen hat und nur geringe Rentenansprüche bewirkt, den Staat künftig in Form zusätzlich erforderlicher, sozialer Grundfürsorge zusätzlich erheblich finanziell belasten wird. Aus einem real gar nicht einlösbaren Fürsorgeversprechen wird dann eine reine Mehrbelastung.

7. Die Prüfkriterien der Statusfeststellung

Das Hauptproblem der Statusklärung von freien Kameraleuten ist die mangelhafte Anwendbarkeit der allgemeinen Prüfkriterien auf den vielfältig spezialisierten Beruf der Kameraleute. Während die sog. Bildberichterstatter, Dokumentaristen und lichtsetzenden Kameraleute vor den Sozialgerichten aufgrund der programmgestaltenden Eigenschaften meistens als selbstständig angesehen werden, schwanken die institutionellen und sozialgerichtlichen Beurteilungen zum Beispiel im Bereich der Mehrkameraproduktion. So auch im Bereich der szenischen Produktion, die zweifelsohne kreativ gestaltend und künstlerisch zu erfolgen hat.

Auch in dem oberflächlich gesehen etwas technischer anmutenden Bereich Sportübertragung und Show kommt es auf Intuition und Interpretationsgabe, auf ästhetische Einfühlung und eigenschöpferisch-kreative Bildgestaltung an. Kein Regisseur der Welt kann schliesslich mehrere Kameras gleichzeitig lenken. Dieser ist im Übrigen gegenüber dem Kameramann/frau weder Weisungsgeber noch ist er Auftraggeber. Die in diesem Bereich erforderliche Teamarbeit bedeutet eben auch nicht eine betriebliche Eingebundenheit im sozialrechtlichen Sinne. Hiermit sind andere Dinge, wie Arbeitsplanung, Verteilung, Dienstbereitschaft und durchgehende Verfügbarkeit und Versorgung mit Arbeit nebst Ausfallschutz gemeint.

Diese Garantien gibt es aber nicht in der freien Beschäftigung, auch nicht, wenn sie als abhängige Beschäftigung deklariert wird. Das bedeutet, daß freie Kameraleute wirtschaftlich selbständig sind, weil sie es aufgrund der Rahmenbedingungen sein müssen. Dies wird auch in der freien Auftragsannahme, der

freien Honorargestaltung der Spezialisierung zum Zwecke der Wertsteigerung, der eigenverantwortlichen Aus- und auch Fortbildung, der freien Positionierung am Markt aufgrund eigener Akquise unter vielen Auftraggebern manifestiert. Es existiert demnach weder eine wirtschaftliche Abhängigkeit noch eine betriebliche Einbindung oder faktische Weisungsgebundenheit. Nicht einmal die zweifellos Notwendigkeit von Studioeinrichtungen und Kameratechnik-Systemen spricht für eine Abhängigkeit, weil dies rein technisch bedingt ist nicht ein das Auftragsverhältnis prägenderes Arbeitgeberrisiko darstellt. Die Risiken ihrer selbstständigen Tätigkeit tragen allein die Kameraleute als Auftragnehmer, indem sie sich mit beruflicher Haftpflichtversicherung, beruflichem Unfallschutz und auch gegen Verdienstausfall durch Urlaub , Krankheit oder Auftragsschwankungen absichern.

Eigene, gestalterische Kreativität und journalistische Qualitäten bestimmen den Erfolg am Markt und damit Verdienst und Gewinn. Dieses wirtschaftliche Risiko verbleibt bei den Kameraleuten und wird auch eine Sozialversicherungspflicht nicht abgenommen.

Insofern müssen auch die Bewertungskriterien für die Trennung zwischen anhängiger Beschäftigung und Selbstständigkeit genauer betrachtet und gegebenenfalls angepasst werden, wenn man der existenziellen Lage freier Kameraleuten gerecht werden will, insbesondere nach jahrelanger Berufspraxis.

8. Fazit

Die allgemein angewandten Abgrenzungskriterien sind für den speziellen Bereich der Filmschaffenden, hier insbesondere für Kameraleute nicht aussagefähig in Bezug auf die Selbständigkeit. In der täglichen Praxis entstehen dadurch auf Verwaltungs- sowie auf gerichtlicher Ebene erhebliche Deutungsvarianzen, die eine fundamentale Rechtsunsicherheit über den Sozialstatus der Fernsehkameraleute erzeugen.

Kameraleute haben ein historisch gewachsenes Berufsbild und bei breitem Leistunsportfolio gleichzeitig einen hohen technischen, sowie kreativen Spezialisierungsgrad.

Eine verlässliche, wirtschaftliche Planung ist für jeden unabdingbar, der nicht per Festanstellung mit geregeltem Einkommen versorgt wird. Einer vernünftigen und verantwortungsvollen Existenzplanung mit Kontinuität und Vorsorge fehlt aber im Berufsfeld TV-Kamera dringend ein verlässlicher Berufsstaus, der im gesamten Tätigkeitsfeld Gültigkeit hat.

Der Staat hat für nachvollziehbare und gerechte Lösungen zu sorgen. Die Kummulation von Nachteilen in vielfachen, sich abwechselnden, sogenannten unständigen Beschäftigungen kann deshalb keine Lösung sein. Auch für den Staat ist eine klare Lösung vorteilhaft und kann eine auf ewig streitbare, niemals zu bewältigende und zudem kostenintensive Einzelfallklärung entbehrlich machen. Auch, wenn im Einzelfall aufgrund diverser Einsatzgebiete verschieden spezialisierte Tätigkeiten zu betrachten sind, so muß ein Kameramann dennoch immer alle Fähigkeiten und Kenntnisse gemäß seines Berufsbildes vorhalten und einsetzen können.

Sein Berufsstatus muß geklärt werden und nicht der Berufstatus einzelner Tätigkeiten. Hierauf hat er Anspruch, weil ihm andernfalls Rechts-und Planungssicherheit verweigert würde. Dies beschneidet ihn in seinen Grundrechten, insofern als er qua praktischer Undurchführbarkeit des derzeitigen Prüfverfahrens an seiner freien Berufsausübung gehindert wird.

9. Lösungsvorschläge

Aufgrund der Rahmenbedingungen, der benötigten Programmvielfalt und der Einzel-Erfordernisse am Markt ist die selbständige Tätigkeit von Kameraleuten unverzichtbar und muß neben einer festen Anstellung auch zukünftig möglich sein. Ein Abdrängen in einen Dauerstatus als mehrfach „geringfügig“, „kurzfristig“ oder „unständig beschäftigt“ ist unsozial und ungerecht und kann daher vom Gesetzgeber nicht gewollt sein.

Eine Lösung kann die generelle Einordnung von Fernsehkameraleuten in die Gruppe der Künstler und Publizisten darstellen, die durch die etablierte Praxis der Künstlersozialkasse und durch die Rechtsprechung bereits vorgezeichnet ist.

Für freie Kameraleute, die ihre Vorsorge auf Basis der Künstlersozialkasse aufgebaut haben, gibt es keinen Grund weiteren staatlichen Schutzes. Sie zahlen bereits in das Sozialsystem ein. Dieses System bietet sich daher für alle freien Kameraleute an, da es sich über das gemeinsame, kreative Tätigkeitsprofil auf einen staatlich geförderten Künstlerstaus berufen kann.

Die Mitgliedschaft in der KSK wird aktuell allerdings durch einen zunehmend zwangsverordneten Abhängigenstatus gefährdet. Steigt der Anteil der abhängigen Beschäftigungen über 50 % droht übrigens der Ausschluss aus der Künstlersozialkasse.

Im Rahmen der allgemeinen Regulierung der Scheinselbstständigkeit für alle Dienstleistungsberufe darf ein historische gewachsenes Berufsbild nicht sozialrechtlich illegalisiert werden.

10. Forderungen des Berufsverbandes BVFK

Wir brauchen eine gesetzgeberische Lösung, die:

1. Rechtssicherheit für Auftraggeber und Auftragnehmer gewährleistet
2. geeignete Prüfkriterien beinhaltet, die genau definiert sind und auch auf das Berufsbild der Kameraleute passen
3. einen verlässlichen Sozialstatus, der zukünftige Verträge rechtssicher ermöglicht
4. die die Frage sinnvoll beantwortet, was passiert, wenn auf Scheinselbständigkeit erkannt wird – unständige Beschäftigung ist keine Lösung

Wir – der BVFK – sind bereit, die Lösungssuche mit Sozialdaten und fundierten Gutachten zu unterstützen. Für den Austausch detaillierter Argumentationen sehen wir weiteren Anhörungen mit großer Hoffnung auf eine gerechte Lösung der höchst berufsbelastenden Problematik entgegen.