

Stellungnahme

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des
Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer
Gesetze**

Stand: April 2016



Der Handelsverband Deutschland (HDE) ist die Spitzenorganisation des deutschen Einzelhandels. Insgesamt erwirtschaften in Deutschland 300.000 Einzelhandelsunternehmen mit drei Millionen Beschäftigten an 450.000 Standorten einen Umsatz von über 450 Milliarden Euro jährlich.

Der Anteil der Zeitarbeit im Einzelhandel beträgt nach Auskunft der Bundesregierung 0,5 %¹.

Werkverträge

Ausgangssituation

Das Outsourcing von Tätigkeiten wie auch die Nutzung von externen Anbietern von Werk- und Dienstleistungen ist ein sowohl in der Privatwirtschaft als auch bei öffentlichen Arbeitgebern bekannter Vorgang, der sich durch die gesamte Historie der Wirtschaft zieht. Dies führt in der Regel zu Effizienzgewinnen. Die Unternehmen erhalten auf diese Weise die Möglichkeit, sich voll und ganz auf ihr Kerngeschäft zu konzentrieren. Mit den ausgelagerten Tätigkeiten werden hoch spezialisierte Dienst- oder Werkvertragsunternehmen beauftragt, die die Tätigkeiten mithilfe eigener Arbeitnehmer ausführen.

Dabei erstreckt sich das „Outsourcing“ sowohl auf einfache als auch auf anspruchsvolle Tätigkeiten. Dies betrifft bspw. Marketing-Abteilungen, Fuhrparks, Kantinen, Pförtnerdienste, Gebäudereinigung, Transport- bzw. Speditionsleistungen, Rechtsberatungen, Callcenter, Lager-Logistik, Facility Management etc. Auch im Einzelhandel sehen viele Unternehmen Logistikleistungen wie zum Beispiel Fuhrpark, Lagerhaltung, das Befüllen der Regale (Warenverräumung) nicht unbedingt als Kerntätigkeiten an, mit der eigenes Personal befasst werden muss, sondern bedienen sich dafür spezialisierter Werkunternehmen. Deren Mitarbeiter unterliegen dabei wie alle Arbeitnehmer dem deutschen Arbeitsrecht und den einschlägigen Tarifverträgen (bspw. aus dem Bereich Spedition und Logistik).

Kennzeichnungspflicht, Artikel 1, Nr. 1 b) ee), Nr. 4 b)

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

Hinzu kommt, dass Unternehmen, die Werkvertragsleistungen durch Arbeitnehmer eines externen Werkvertragsunternehmens in ihrem Betrieb in Anspruch nehmen, durch die neue Kennzeich-

¹ BT-Drucksache 18/7325, Antwort zu Frage 5.



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

Stellt sich eine Werkvertragskonstruktion nachträglich als verdeckte Arbeitnehmerüberlassung heraus, existieren im Übrigen bereits heute effektive Sanktionsmöglichkeiten. Das gilt auch dann, wenn ein Werkvertragsunternehmen für den Fall einer verdeckten Arbeitnehmerüberlassung zusätzlich über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügt. Findet in diesem Unternehmen kein Tarifvertrag Anwendung, hat der Zeitarbeiter gegen den „Verleiher“ nämlich einen Anspruch auf die gleichen Arbeitsbedingungen (insbes. Equal Pay) wie im „Entleihbetrieb“. Hier kann es also zu entsprechenden Nachforderungen gegen das Werkvertrags- bzw. Verleihunternehmen durch den Zeitarbeiter kommen. Außerdem hätte der „Verleiher“ nunmehr auch noch die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge nachzutragen. Das Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen ist gem. § 266a StGB zudem strafbar. Fehlt dem Werkvertragsunternehmen als „Verleiher“ hingegen eine entsprechende Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, wird bereits nach heutiger Rechtslage zum Schutze des Arbeitnehmers ein Arbeitsverhältnis zu dem Entleihbetrieb fingiert, §§ 9 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Bei der Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis im Sinne von § 1 AÜG handelt es sich zudem um eine Ordnungswidrigkeit, die gem. § 16 Abs. 2 AÜG i. V. m. § 16 Abs. 1 Nr. 1 u. 1a AÜG bereits heute mit einem Bußgeld von bis zu 30.000 Euro geahndet werden kann.

Neue Arbeitnehmerdefinition, Artikel 2

Eine gesetzliche Regelung zur Abgrenzung von Werkverträgen und Arbeitnehmerüberlassung ist aufgrund der gefestigten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zu dieser Frage eigentlich überflüssig, u. U. auch kontraproduktiv. Das BAG hat in der Vergangenheit verlässliche Abgrenzungskriterien entwickelt, anhand welcher sich die Abgrenzungsentscheidung rechtssicher treffen lässt. Das BAG trifft seine Entscheidung dabei stets nur im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalles. Eine gesetzliche Regelung ist dafür in der Regel zu starr und läuft der vom BAG entwickelten Systematik zuwider. Es verwundert daher nicht, dass Regelungen zur Vermutung von Scheinselbstständigkeit in § 7 SGB IV im Jahre 2003 nach nur fünf Jahren vom Gesetzgeber zurückgenommen werden mussten, weil sie sich für die Praxis als untauglich erwiesen hatten. Die nun vorgelegte Definition des Arbeitsverhältnisses entspricht in weiten Teilen der aktuellen Rechtsprechung und ist daher akzeptabel.

Neue Informationsrechte im Betriebsverfassungsgesetz, Artikel 3

Einer Stärkung der Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats in Bezug auf den Einsatz von Werkvertragsarbeitnehmern bedarf es nicht. Zur Durchführung seiner Aufgaben hat der Arbeitgeber seinen Betriebsrat bereits heute (§ 80 Abs. 2 Satz 1, Hs. 2 BetrVG) rechtzeitig und umfassend zu unterrichten. Einem Betriebsrat muss zugemutet werden, geltendes Recht gegenüber



dem Arbeitgeber durchzusetzen. Folgerichtig ist die geplante Veränderung des § 92 BetrVG auch nicht vom Koalitionsvertrag gedeckt.

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

Im Rahmen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit steht es den Firmen zu, autonom darüber zu entscheiden, ob eine Tätigkeit durch den Einsatz von betriebsfremden Arbeitnehmern eines Werkunternehmers oder durch eigene Arbeitnehmer verrichtet werden soll. Die Einführung eines Mitbestimmungsrechts bei der Auftragsvergabe würde einen unzulässigen Eingriff in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit bedeuten und wird von den Koalitionären daher zu Recht nicht gefordert.

Lässt sich die Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nicht mehr auf Werkverträge anwenden, die sich später als verdeckte Arbeitnehmerüberlassung herausstellen, so soll nach dem Willen des Koalitionsvertrages zwischen dem Einsatzbetrieb und dem Werkvertragsarbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis begründet werden. Diese Sanktion ist absolut unverhältnismäßig. Schließlich könnte es für das Eingreifen der Sanktion schon ausreichen, dass ein einzelner Mitarbeiter dem Werkvertragsarbeitnehmer eigenmächtig Anweisungen erteilt, die nicht mehr vom werkvertraglichen Weisungsrecht gedeckt sind. Sie verstößt auch massiv gegen Grundsätze der Privatautonomie. Aus diesem Grund hat sich der Gesetzgeber 1997 entschieden, eine damals im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz enthaltende Fiktion weitgehend einzuschränken. In den Fällen, in denen der "Verleiher" die Erlaubnis zur Überlassung von Arbeitnehmern hat, wird er als vollwertiger Arbeitgeber tätig. Daher gibt es keinen Anlass, ein Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb zu fingieren oder die Wirkung einer Erlaubnis infrage zu stellen. Zudem würde eine solche Sanktion eine Reihe rechtlich nicht geklärt bzw. klärbarer Fragestellungen zum Inhalt des neuen und zum Bestand des Arbeitsverhältnisses nach sich ziehen.

Neue Zuständigkeiten für den Zoll, Artikel 4

Bereits heute bestehen für die Finanzkontrolle Schwarzarbeit ausreichende gesetzliche Rahmenbedingungen, um die Prüftätigkeit effektiv auszuüben und Scheinwerkverträge mit hohen Geldstrafen durchschlagend zu sanktionieren. Dies haben sowohl Vertreter der Finanzkontrolle Schwarzarbeit als auch der Sozialversicherungsträger im Rahmen eines im Jahr 2013 vom BMAS durchgeführten Symposiums zum Thema Werkvertrag bekundet. Diese Möglichkeiten sind zunächst auszuschöp-



fen. Eine Ausweitung der Prüfrechte ist daher überflüssig. Folgerichtig sind neue Zuständigkeiten für den Zoll auch nicht im Koalitionsvertrag vorgeschlagen worden.

Zeitarbeit

Überlassungshöchstdauer, Artikel 1 Nr. 1. d)

Der Gesetzentwurf lässt vollkommen die Auseinandersetzung damit vermissen, dass Zeitarbeit ein Instrument ist, um partiell auftretende Lücken im Personalstamm kurzfristig ausgleichen zu können. Derartige Tatbestände werden und wurden durch den Gesetzgeber mannigfaltig geschaffen durch den Teilzeitananspruch, Pflegezeit, Elternzeit und Elternzeit Plus. Von daher muss eine Überlassungshöchstdauer mit den entsprechenden gesetzlichen Tatbeständen harmonisiert werden, ähnlich wie dies das Teilzeit- und Befristungsgesetz für sachgrund-befristete Arbeitsverträge tut. Eine Abhängigkeit von dem Vorhandensein tariflicher Regelungen ist daher nicht akzeptabel. Wenn der Gesetzgeber Arbeitnehmern die Möglichkeit einräumt, ihre Arbeitspflichten zeitweise zu suspendieren, dann muss es zu einer gesetzlichen „Grundausstattung“ gehören, dass der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, diese Ausfälle durch personelle Maßnahmen zu kompensieren. Dazu gehört auch die Zeitarbeit. Die Konditionierung der Überlassungshöchstdauer durch das Erfordernis des Abschlusses von Tarifverträgen ist nicht akzeptabel.

Equal Pay, Artikel 1 Nr. 3

Der Gesetzentwurf lässt eine klare Regelung vermissen, was Equal Pay ist. Denn es muss davon ausgegangen werden, dass es nicht in allen Branchen zum Abschluss sog. Zuschlagstarifverträge kommt.

Streikeinsatzverbot, Artikel 1 Nr. 7. b)

Der Koalitionsvertrag sieht vor, im Zuge der Neuregelung der Zeitarbeit ein Einsatzverbot für Zeitarbeitnehmer in bestreikten Unternehmen gesetzlich festzuschreiben.

Das bisherige Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) regelt in § 11 Abs. 5 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG), dass Zeitarbeitnehmer den Einsatz als Streikbrecher in bestreikten Betrieben verweigern dürfen. Eine Regelung im Branchentarifvertrag der Zeitarbeit - § 17.1 MTV BAP bzw. § 12 MTV iGZ - legt fest, dass Zeitarbeitnehmer nicht in Betrieben eingesetzt werden, die ordnungsgemäß bestreikt werden. Diese Regelung soll sich auch auf solche Zeitarbeitnehmer erstrecken, die bereits vor dem Beginn der Arbeitskampfmaßnahme bspw. zur Krankheits- oder Elternzeitvertretung eingesetzt werden.

Die im aktuellen Arbeitsentwurf des BMAS zur Neuregelung des Rechts der Zeitarbeit und der Werkverträge vorgesehene neue Vorschrift des § 11 Abs. 5 AÜG-E sieht vor, dass Zeitarbeitnehmer künftig nicht mehr eingesetzt werden dürfen, soweit der Betrieb des Entleihers unmittelbar von einem Arbeitskampf betroffen ist.



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

Einzelhandel verliert letztes Arbeitskampf-Verteidigungsmittel

Einzelhandelsunternehmen sind im Rahmen von Arbeitskämpfen weitaus verletzbarer als Produktionsunternehmen. Während in der Regel Kunden von Produktionsunternehmen ihre Aufträge nicht stornieren, wenn es zu streikbedingten Arbeitsausfällen in der Produktion kommt, sind im Einzelhandel streikbedingte Umsatzausfälle für die Einzelhandelsunternehmen nicht rückholbar.

Beispiel:

Wird ein Automobilhersteller bestreikt, so käme ein Kunde in der Regel nicht auf die Idee, ein bereits bestelltes Auto wieder abzubestellen und das Fahrzeug eines anderen Herstellers zu kaufen. Ähnliches gilt erst Recht bei komplizierten technischen Produkten, die auf Bestellung produziert werden. Bei den Produkten, die der Einzelhandel vertreibt, handelt es sich jedoch in der Mehrheit um Güter des täglichen Bedarfs, bei denen das einzelne Produkt, wenn es sich nicht um eine Handelsmarke handelt, in der Regel auch bei einem Wettbewerber des bestreikten Einzelhandelsbetriebs erworben werden kann. Wird bspw. ein Supermarkt eines Lebensmittelhandelsunternehmens bestreikt, wird der Kunde seinen täglichen Lebensmitteleinkauf bei einem anderen Lebensmittelhandelsunternehmen tätigen. Für das bestreikte Unternehmen ist der Umsatz endgültig verloren.

Vor diesem Hintergrund hat der Handelsverband Deutschland bereits im Rahmen der sog. Flashmob-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts darauf hingewiesen, dass das dort genannte Arbeitgeber-Abwehrmittel gegen Flashmobs - die vorläufige Betriebsschließung - vollkommen ins Leere geht, da sie letztendlich eine die Mechanismen von Streik und Flashmob unterstützende Selbstschädigung der Unternehmen wäre. Das Gleiche gilt für Aussperrungen. Von daher ist es für die Einzelhandelsunternehmen wichtig, auf Arbeitskämpfe - Flashmobs und Arbeitsniederlegungen - sowohl argumentativ zu reagieren, um eigene Arbeitnehmer von Streiks abzuhalten, als auch die streikbedingt ausfallende Arbeit notfalls durch den Einsatz von Zeitarbeit zu kompensieren.

Streikeinsatzverbot bevormundet Zeit-Arbeitgeber und Zeit-Arbeitnehmer

Handelt es sich bei dem angesprochenen Zeitarbeitsunternehmen um ein tarifgebundenes Unternehmen, so gelten die zitierten Regelungen der Manteltarifverträge der Zeitarbeit, wonach die Zeitarbeitnehmer nicht in bestreikten Betrieben eingesetzt werden dürfen. Ist das Zeitarbeitsunternehmen nicht tarifgebunden, greift das tarifliche Streikeinsatzverbot nicht. In diesem Fall gilt allerdings bei dem Einsatz der Zeitarbeitnehmer der Grundsatz des Equal Pay. Das heißt, der Zeitarbeitnehmer hat Anspruch auf die gleiche Vergütung wie die Mitarbeiter in dem Einsatzbetrieb. Der Zeitarbeitnehmer hat aber das Recht, gemäß § 11 Absatz 5 AÜG den Einsatz in einem bestreikten Unternehmen zu verweigern. Kurz gesagt haben daher bislang sowohl das Zeitarbeitsunternehmen als auch der Zeitarbeitnehmer derzeit noch autonom die Möglichkeit, darüber zu entscheiden, ob ein Einsatz in einem bestreikten Unternehmen erfolgt. Auch dies ist Ausfluss aus Art. 9 Absatz 3



Grundgesetz, der es bislang jedem Arbeitgeber und jedem Arbeitnehmer freistellt, darüber zu entscheiden, ob er sich an einem Arbeitskampf beteiligt, ihn unterstützt (bspw. durch Teilnahme an einem Flashmob auf Arbeitnehmerseite oder einen Lieferboykott auf Arbeitgeberseite) oder nicht.

Verfassungswidrigkeit einer normativen Regelung

Zwischenzeitlich hat sich die Rechtswissenschaft bereits intensiv mit der Frage befasst, welchen Rechtscharakter die tariflichen Einsatzverbote für Zeitarbeitnehmer in bestreikten Betrieben haben. In der Rechtswissenschaft besteht Einigkeit darüber, dass es sich hierbei nur um schuldrechtliche Regelungen, nicht aber um normative Bestimmungen handeln kann, da andernfalls die Regelungen gegen Grundsätze des Art. 9 Abs. 3 GG verstoßen würden².

Die Rechtswissenschaft geht davon aus, dass die tarifliche Regelung u. a. das in Art. 9 Abs. 3 GG verankerte negative Koalitionsrecht verletzt, welches alleine dem Arbeitnehmer die Wahl lässt, ob er eine Arbeitskampfmaßnahme unterstützen möchte oder nicht. Die Streikpflicht der Zeitarbeitnehmer würde durch die Regelung gleichsam angeordnet, „ohne dass sie die Möglichkeit eines Gewerkschafts Austritts hätten“, so Boemke/Sachadae. Insofern stellt der vorhandene § 11 Abs. 5 AÜG eine Ausprägung dieses grundgesetzlich zu gewährleistenden Entscheidungsspielraums des Zeitarbeitnehmers dar. Er alleine kann bisher darüber entscheiden, ob er mit den Zielen des Streiks sympathisieren und den Arbeitseinsatz daher verweigern will oder ob er den Streik missbilligt und er ihn durch seinen Arbeitseinsatz im bestreikten Unternehmen konterkarieren möchte. Nur dadurch hat er in der Frage der negativen und positiven Koalitionsfreiheit die gleiche Rechtsposition wie ein Stamarbeiter im Entleiherbetrieb, der sich ebenfalls frei zwischen Streikteilnahme oder Nichtteilnahme entscheiden kann. Auch dies zeigt, dass die bisherige Regelung des § 11 Abs. 5 AÜG nicht nur richtig, sondern auch vollkommen ausreichend ist.

Die Rechtswissenschaft weist kritisch und zu Recht darauf hin, dass ein normatives tarifliches Streikeinsatzverbot eine Verschiebung der Arbeitskampfparität zulasten der Arbeitgeberseite darstellt. Die Folge wäre eine 100-prozentige Streikbeteiligung der Zeitarbeitnehmer. Eine solche Beteiligungsquote bzw. Organisationsgrad geht regelmäßig über das hinaus, was die Gewerkschaft in Arbeitskämpfen mit Stamarbeitnehmern erreicht. Sie übersteigt deutlich den gewerkschaftlichen Organisationsgrad in Deutschland, nicht nur in der Zeitarbeitsbranche, sondern auch in allen anderen Branchen. Es gibt nirgendwo einen Organisationsgrad von 100 Prozent.

Verschiebung der Arbeitskampfparität

Ein gesetzliches Streikeinsatzverbot würde die Arbeitskampfparität weiter zulasten der Arbeitgeberseite verschieben. Durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts wie auch des Bundesverfassungsgerichts wurde die Arbeitskampfparität bereits in der Vergangenheit immer weiter zulasten der Arbeitgeberseite verschoben. Denn die Gewerkschaften haben mit Billigung des Bundesarbeitsgerichts ihren Arbeitskampfinstrumentenkasten Stück für Stück ausgeweitet (mehrtägige Warnstreiks, Sozialplanstreiks, Sympathiestreiks, Flashmobs). Der Flashmob erlaubt es ihnen nun nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sogar, betriebsfremde Menschen zu Blockadeaktionen in Betrieben einzusetzen. Die Verteidigungsmöglichkeiten der Arbeitgeber wurden dabei gleich-

² So unter anderem Rieble in der Festschrift Wank 2014, S. 475 ff; Boemke/Sachadae in Der Betrieb 2015, S. 1467 ff; Boemke/Sachadae in Betriebsberater 2015, S. 1781 ff; Willemsen/Mehrens, NZA 2015, 897,901.



zeitig Stück für Stück eingeschränkt. Ihnen bleibt lediglich die Aussperrung - ein, wie oben bereits dargestellt, im Einzelhandel vollkommen untaugliches Instrument - und ansonsten nur das „Abwettern“ der Streiks. Die Möglichkeit des Einsatzes von Zeitarbeitnehmern stellt damit für den Einzelhandel ein unverzichtbares Abwehrmittel im Arbeitskampf dar, um die Streikfolgen auf Arbeitgeberseite abzumildern. Dies gilt insbesondere im Handels- und Dienstleistungsbereich, da streikbedingte Umsatzausfälle - anders als im produzierenden Gewerbe - nicht wieder wettgemacht werden können.

Die Zulässigkeit des Einsatzes von Zeitarbeitnehmern im Streik ist aber auch aus anderen Gründen zur Wahrung der Arbeitskämpfparität im Rahmen des Art. 9 Abs. 3 GG geboten. Denn wenn von Gewerkschaftsseite im Rahmen von Flashmobs Betriebsfremde zur Lahmlegung von Betrieben eingesetzt werden dürfen, dann entspricht es auch der Arbeitskämpfparität, wenn der Arbeitgeber Betriebsfremde - bspw. Zeitarbeiter - zur Aufrechterhaltung des bestreikten Betriebes einsetzen darf.

Verstoß gegen Neutralitätsgebot des Staates

Ein gesetzliches Einsatzverbot würde daher nach Auffassung des HDE auch der staatlichen Neutralitätspflicht widersprechen. Der Staat würde hierfür einer Beschäftigungsgruppe der privaten Wirtschaft ohne Not ein arbeitskampfrechtliches Sonderrecht zulasten von bestreikten Branchen schaffen.

Verstoß gegen negative Koalitionsfreiheit

Ein gesetzliches Streikeinsatzverbot würde zudem gegen das Grundrecht der negativen Koalitionsfreiheit verstoßen. Bislang können jedenfalls nicht tarifgebundene Zeitarbeitsunternehmen wie auch Zeitarbeiter autonom darüber entscheiden, ob sie durch die Verweigerung eines Einsatzes in einem bestreikten Betrieb einen gewerkschaftlichen Streik dort unterstützen oder nicht. Dieses Entscheidungsrecht würde ihnen durch ein gesetzliches Einsatzverbot genommen. Wenn aber schon ein allenfalls normativ wirkendes tarifliches Zeitarbeitsverbot für tarifgebundene Zeitarbeitsunternehmen einen Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 GG darstellt, dann stellt erst Recht eine umfassendere, alle Zeitarbeitsunternehmen erfassende inhaltsgleiche gesetzliche Regelung einen solchen Verstoß dar.

Streikeinsatzverbot schädigt Zeitarbeitsunternehmen

Nicht in Vergessenheit geraten sollte auch der Aspekt, dass das Zeitarbeitsunternehmen bei einem normativ wirkenden Streikeinsatzverbot gezwungen wäre, am Ende Arbeitskämpfmaßnahmen der Gewerkschaft(en) zu unterstützen, die auch für das Zeitarbeitsunternehmen selber finanzielle Konsequenzen hätte. Denn nach dem für die Zeitarbeit im Gesetz verankerten Grundprinzip des Equal Pay - welches lediglich für tarifgebundene Zeitarbeitsunternehmen durch die Tarifverträge für die Zeitarbeit durchbrochen wird - muss ein Zeitarbeitsunternehmen seinen Zeitarbeitnehmern den Lohn zahlen, der für vergleichbares Stammpersonal im Entleiherbetrieb üblich ist. Käme es daher infolge des Streiks in der Entleiherbranche zu einer Tarifierhöhung, so wäre diese auch jedenfalls für nicht am Zeitarbeitstarifvertrag gebundene Zeitarbeitsunternehmen am Ende kostenwirksam. Ähnliches gilt, wenn es in Deutschland zu der im Koalitionsvertrag vorgesehenen gesetzlichen Regelung



käme, die auch für tarifgebundene Zeitarbeitsunternehmen das Erreichen von Equal Pay nach einer bestimmten Frist zwingend vorschreiben würde. Aber auch die bereits jetzt vorhandenen Branchenzuschlagsregelungen für Zeitarbeitnehmer orientieren sich am Vergütungsniveau in der jeweiligen Entleiherbranche. Ein normativ wirkendes Streikeinsatzverbot für Zeitarbeitnehmer würde daher für die Zeitarbeitsunternehmen bedeuten, dass sie durch das Arbeitseinsatzverbot zwangsweise einen gewerkschaftlichen Arbeitskampf unterstützen müssten, der am Ende unmittelbar oder auch nur mittelbar zu einer Kostenbelastung in der eigenen Zeitarbeitsbranche führt. Sie hätten keine Möglichkeit, durch eine Unterstützung der Entleiherbranche im Arbeitskampf einen entsprechenden Kostenschub zu vermeiden. Auch dies ist mit den Grundsätzen des Art. 9 Abs. 3 GG nicht vereinbar.

Zusammenfassung

Problematisch ist daher bei der geplanten Neuregelung 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.
- dass Zeitarbeitsunternehmen, die aufgrund des in der Zeitarbeit geltenden Grundsatzes des Equal Pay unmittelbar von den Ergebnissen der Tarifabschlüsse in den Entleihbranchen betroffen sind, gezwungen werden, für die Gewerkschaft Partei zu ergreifen.
- dass Zeitarbeitnehmer im Einzelfall, die den Arbeitskampf einer Gewerkschaft nicht unterstützen wollen, nun gezwungen werden, für die Gewerkschaft Partei zu ergreifen. Bisher sieht § 11 Abs. 5 AÜG 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 Arbeitskämpfparität 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.

Schwellenwerte

Die umfassende Berücksichtigung von Zeitarbeitnehmern bei den Schwellenwerten geht weit über die Regelung des Koalitionsvertrages hinaus, der nur eine Berücksichtigung vorsieht, wo dies mit den Grundsätzen der Betriebsverfassung in Übereinstimmung steht. So führen bspw. die vorgeschlagenen Regelungen nun zu einer Vergrößerung von Aufsichtsratsgremien, die jedoch nicht Bestandteil der betrieblichen Mitbestimmung im Sinne des Koalitionsvertrages sind.

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

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

Betriebliche Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung werden im Referentenentwurf dabei systemwidrig in einen Topf geworfen. Für die Unternehmensmitbestimmung ist charakteristisch, dass Arbeitnehmer im Aufsichtsrat ihres Arbeitgebers auf „Unternehmensebene“ als Mitglieder mit-



wirken. Gesetzliche Grundlagen sind vor allem das Drittelbeteiligungsgesetz, das Mitbestimmungsgesetz 1976 sowie das Montanmitbestimmungsgesetz. Die betriebliche Mitbestimmung ist hingegen im Betriebsverfassungsgesetz geregelt und erfolgt ausschließlich auf „betrieblicher Ebene“ durch die Bildung eines Betriebsrates. Des Weiteren liegt der niedrigste Schwellenwert für die Unternehmensmitbestimmung bei mehr als 500 Arbeitnehmern. Der Schwellenwert für die Bildung eines Betriebsrates liegt hingegen bei lediglich 5 Arbeitnehmern. Die meisten Unternehmen mit Betriebsrat unterliegen daher gar nicht der Unternehmensmitbestimmung nach einem der Mitbestimmungsgesetze. Es handelt sich also um zwei völlig eigenständige Beteiligungsregime, die nicht miteinander vermischt werden dürfen.

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

Übergangsregelung, Artikel 1, Nr. 13

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