

## Stellungnahme

### zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze

22. April 2016

---

Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD aus dem Jahr 2013 wurde vereinbart, rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen zu verhindern und die Arbeitnehmerüberlassung auf ihre Kernfunktionen hin zu orientieren. Der Umsetzung dieser Vorgaben dient der vorliegende Referentenentwurf.

Ein im November 2015 an die Öffentlichkeit gelangter Diskussionsentwurf schlug neben Änderungen am AÜG auch eine Normierung des „Arbeitsvertrages“ vor, die weit über die durch die Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit hinaus ging. Dieser Vorschlag ist im vorliegenden Referentenentwurf nicht mehr enthalten. DER MITTELSTANDSVERBUND begrüßt das ausdrücklich.

Dennoch enthält der Referentenentwurf zahlreiche Punkte, die weder eine sachgerechte Regelung der Materie darstellen noch den Vorgaben des Koalitionsvertrages entsprechen. Konzentriert auf wenige, aus unserer Sicht besonders relevante Aspekte, haben wir folgendes anzumerken:

#### 1. zu Artikel 1 – Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes

##### 1. a) Ziffer 1 d) - § 1 abs. 1b) AÜG-E Überlassungshöchstdauer auch für nicht tarifgebundene Einsatzbetriebe öffnen

Den Tarifvertragsparteien der Einsatzbranchen wird die Möglichkeit eingeräumt, von der gesetzlich vorgesehenen Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten abzuweichen. Nicht tarifgebundene Unternehmen können hiervon durch Bezugnahme auf den Tarifvertrag Gebrauch machen – jedoch nur bis zur Höchstdauer von 24 Monaten.

Es ist dem deutschen Arbeitsrecht fremd, dass nicht tarifgebundene



Unternehmen, die auf der Grundlage eines Tarifvertrags mit ihrem Betriebsrat von der vorgesehenen Überlassungshöchstdauer abweichen wollen, gegenüber Unternehmen mit unmittelbarer Tarifbindung benachteiligt werden.

Denkbar wäre auch, falls die Einsatzbranchen keine Lösungen finden, eine Auffanglösung über Tarifverträge der Zeitarbeitsbranche zu ermöglichen.

### **1. b) Ziffer 3 - § 8 AÜG-E Equal Pay oder Equal Treatment?**

Im Koalitionsvertrag wurde vereinbart, dass „Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter künftig spätestens nach neun Monaten **hinsichtlich des Arbeitsentgelts** mit Stammarbeitnehmern gleichgestellt werden.“ Diese Absicht wird ebenfalls in der Zielstellung und der Begründung des Referentenentwurfs formuliert.

Leider entspricht der Text des § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG-E dieser Zielstellung nicht, denn hier ist nicht von Entgelt, sondern von „**wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts**“ die Rede. Der Wortlaut macht deutlich, dass eben mehr als das Entgelt gemeint ist. Ein Blick in die Arbeitszeitrichtlinie macht deutlich, dass beispielsweise Arbeitszeit, Überstunden, Pausen, Ruhezeiten, Nachtarbeit, Urlaub, arbeitsfreie Tage gemeint sein können (siehe Art. 3 f der Richtlinie 2008/04/EG).

Wie eine „Gleichbehandlung“ bei so vielschichtigen Themen und jeweils unterschiedlichen arbeitsvertraglichen Regelungen bei Stammbesellschaft und Zeitarbeiter festgestellt und letztlich sichergestellt werden kann, ist höchst unklar. Die Einhaltung einer derart schwammigen Regelung ist für den Rechtsanwender kaum möglich.

Zwar entspricht dieser Wortlaut einer bereits heute im AÜG enthaltenen Formulierung, jedoch ist diese bislang nur in sehr seltenen Fällen gerichtlich überprüft und mit Inhalt gefüllt worden. Praktisch hatte diese Formulierung kaum Bedeutung, da sie in den allermeisten Fällen durch Tarifverträge verdrängt wurde.

Zu Recht soll dies grundsätzlich auch künftig der Fall bleiben. Die Tarifvertragsparteien haben es weiterhin in der Hand, Equal Pay branchenspezifisch im Rahmen von Branchenzuschlagstarifverträgen zu definieren. Jedoch wird es in Zukunft weit mehr Fälle geben, in denen die Formulierung des § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG-E gilt, denn nur wenige Branchen haben derartige Zuschlagstarifverträge. Realistischerweise ist auch davon auszugehen, dass sie nicht in jeder Branche vereinbart werden können – erst recht nicht bis zum 1.1.2017.

Für Betriebe, in deren Branchen Zuschlagstarifverträge nicht vereinbart werden, bedarf es daher der **Klarstellung, dass tatsächlich Equal Pay und nicht Equal Treatment gemeint ist**. Zudem muss klar definiert werden, was Equal Pay nach dem neunten Einsatzmonat bedeutet. Das kann nur die tarifliche Bruttostundenvergütung inklusive tariflicher Zulagen und Zuschläge sein.

Eine unklare oder administrativ nicht darstellbare Vorgabe von Equal Treatment würde Arbeitnehmerüberlassung in den betroffenen Branchen faktisch unmöglich machen, auch angesichts der möglichen künftigen Folgen eines Verstoßes gegen § 8 Abs. 1 Satz 1 AÜG-E. Diese reichen vom Schadensersatz über die Ordnungswidrigkeit bis zum Arbeitgeberwechsel und sind damit wesentlich weitreichender als heute. Arbeitnehmerüberlassung über neun Monate hinaus wäre unmöglich und die geplante Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten liefe faktisch ins Leere.

#### **1. c) Ziffer 4 - § 9 AÜG-E unverhältnismäßige Sanktionen**

Der Referentenentwurf sieht neben zahlreichen neuen administrativen Pflichten für Ver- und Entleiher massive Rechtsfolgen bei Verstößen gegen diese vor. Einen entsprechenden Auftrag hierzu gibt der Koalitionsvertrag ausdrücklich nicht.

So wurde die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Zeitarbeitnehmer und Entleiher über den bisherigen Anwendungsbereich – Arbeitnehmerüberlassung ohne die erforderliche Erlaubnis – hinaus ausgeweitet. Künftig soll der Arbeitgeberwechsel darüber hinaus auch dann stattfinden, wenn

- im Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Zeitarbeitnehmer die Arbeitnehmerüberlassung nicht ausdrücklich als solche bezeichnet ist,
- vor der Überlassung die Person nicht konkretisiert wird,
- die Überlassungshöchstdauer überschritten wird,
- mit dem Zeitarbeitnehmer schlechtere „Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“ vereinbart sind, als ihm nach dem neuen § 8 AÜG zustehen würden,
- eine Vereinbarung dem Zeitarbeitnehmer den Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder –diensten beim Entleiher beschränkt,
- eine Vereinbarung zwischen Verleiher und Zeitarbeitnehmer bzw. zwischen Verleiher und Entleiher, die Einstellung des Zeitarbeitnehmers durch den Entleiher untersagt,
- eine Vereinbarung vorsieht, dass der Zeitarbeitnehmer eine Vermittlungsprovision an den Verleiher zu zahlen hat.

Diese Ausweitung der Tatbestände, die einen Arbeitgeberwechsel nach sich ziehen, ist weder sachgerecht noch angemessen. Die Rechtsfolge trifft vor allem den Entleiher, dem gerade zu den administrativen Pflichten die Einfluss- und Kontrollmöglichkeit fehlt.

Die Pflicht zur Gewährung gleicher „Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts“ kann er zudem nie sicherstellen, da unklar ist, welche Arbeitsbedingungen darunter fallen (siehe unsere Ausführungen zu Ziffer 3 - § 8 Abs. 1 AÜG-E – und er zudem einen aufwendigen Abgleich in jedem Einzelfall durchführen müsste. Zudem kennt er die individuellen arbeitsvertraglichen Regelungen der einzelnen Zeitarbeiter nicht, so dass ein so ausführlicher Abgleich praktisch unmöglich ist.

**1. d) Ziffer 7 b) - § 11 Abs. 5 AÜG-E**  
**Streikeinsatzverbot verfassungsrechtlich zweifelhaft**

Das vorgesehene generelle gesetzliche Verbot des Einsatzes von Zeitarbeitskräften bei einem Arbeitskampf ist nicht nur unverhältnismäßig, es stellt auch den Grundsatz der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG sowie das staatliche Neutralitätsgebot in Frage.

In der Gesetzesbegründung wird erklärt, dass hiermit die „Position von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmern weiter gestärkt“ werden solle. Jedoch tut der Gesetzestext das Gegenteil: Er nimmt ihnen das bislang bestehende Recht, über eine Beteiligung am Arbeitskampf selbst zu entscheiden. Stattdessen müssen sie sich nun zwangsweise am Arbeitskampf zu beteiligen. Dieser wird wahrscheinlich um einen Tarifvertrag geführt, der sie nicht betrifft und möglicherweise von einer Gewerkschaft betrieben, die nicht für sie zuständig ist. Es ist sogar möglich, dass die Stammebelegschaft sich dem Streikaufruf verweigert und letztlich nur die Zeitarbeiter gezwungen sind, den Arbeitskampf für andere zu führen.

Diese gesetzliche Zwangssolidarisierung verletzt das staatliche Neutralitätsgebot in höchstem Maße. Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet schließlich nicht nur das Streikrecht der Gewerkschaften, sondern auch das Recht der Arbeitgeberseite, sich gegen Streikmaßnahmen zu verteidigen. Der Grundsatz der Freiheit der Arbeitskampfmittel muss dabei für beide Seiten gelten. Während die jüngere Rechtsprechung den Gewerkschaften ein immer größeres Arsenal an Kampfmitteln zubilligt, kann die Arbeitgeberseite faktisch nur noch versuchen, die Auswirkungen eines Streiks abzumildern. Der Einsatz von Zeitarbeit ist dabei eines der letzten, sehr wenigen Instrumente. Schlägt der Staat dieses den Arbeitgebern aus der Hand, dann verschiebt er die Arbeitskampfpriorität deutlich zugunsten der

Gewerkschaft und ergreift einseitig Partei im Arbeitskampf. Es ist zweifelhaft, ob eine solche Regelung mit dem Grundgesetz in Einklang zu bringen ist.

Neben dieser grundsätzlichen Kritik ist festzustellen, dass der vorgeschlagene Gesetzestext auch über die Intention des Koalitionsvertrages hinausgeht, denn dieser möchte nur den Einsatz von „**Streikbrechern**“ verhindern. Ein Gesetzesvorschlag dürfte also – so zweifelhaft auch das schon wäre – nur das Ersetzen von tatsächlich streikenden Mitgliedern der Stammbeslegschaft durch Zeitarbeitskräfte verbieten.

Es müsste also weiterhin möglich sein, bereits vor dem Arbeitskampf im Betrieb eingesetzte Zeitarbeiter weiterhin zu beschäftigen. Es müsste ebenfalls möglich sein, in nicht bestreikten Betriebsabteilungen Zeitarbeiter einzusetzen. Wird in der Kantine gestreikt, dann kann dies kein Zeitarbeitsverbot in der Produktion oder in der Verwaltung nach sich ziehen. Solche Einsätze haben mit dem Arbeitskampf nichts zu tun.

Darüber hinaus muss eindeutig klargestellt werden, dass das Einsatzverbot nicht gilt, wenn der Einsatz der Zeitarbeitskraft selbst nicht erlaubnispflichtig ist.

Eine klare, enge Definition ist besonders erforderlich, weil ein (fahrlässiger) Verstoß gegen eine unklare und in ihrer Tragweite ggf. verfassungswidrige Regelung schwere und sofortige Sanktionen nach sich zieht. Der Verstoß stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit Bußgeld bis zu 500.000 EUR bewehrt ist.

Auch hieran zeigt sich der staatliche Eingriff in die Arbeitskampfpazität deutlich: Ist die Arbeitgeberseite der Ansicht, dass eine Arbeitskampfmaßnahme der Gewerkschaft rechtswidrig ist, dann muss sie dies gerichtlich überprüfen und für den Wiederholungsfall mit einem Ordnungsgeld (üblicherweise 250.000 EUR) bewehren lassen. Ist künftig die Gewerkschaft der Ansicht, dass ein Arbeitgeber gegen das unklar und weit gefasste Streikeinsatzverbot für Zeitarbeiter verstoßen hat, dann muss sie keine gerichtliche Überprüfung anstrengen. Stattdessen verhängt der Staat bereits beim ersten Vorfall ein enormes Bußgeld, dessen Berechtigung der Arbeitgeber nachträglich überprüfen lassen kann.

## **2. zu Artikel 2 – Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffs unnötig oder schädlich**

Der Referentenentwurf sieht in einem neuen § 611a BGB-E den Versuch einer Legaldefinition des Arbeitnehmerbegriffs vor. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen hiermit „missbräuchliche Gestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes durch vermeintlich selbständige Tätigkeiten verhindert

und die Rechtssicherheit der Verträge erhöht werden.“

Damit geht der Entwurf an der Vorgabe des Koalitionsvertrages vorbei, denn dieser will ausschließlich zum Zwecke der „Erleichterung der Prüftätigkeit von Behörden“ die „wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichen Fremdpersonaleinsatz“ gesetzlich niederlegen. Vom Arbeitnehmerbegriff ist nicht die Rede.

Die Rechtsprechung hat jedoch noch nie zwischen ordnungsgemäßen und missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz unterschieden. Tatsächlich hat sie sich in der Vergangenheit mit der Abgrenzung zwischen Selbständigen und Scheinselbständigen befasst. Maßstab ist dabei allein die „persönliche Abhängigkeit“, weitere Merkmale, wie z.B. Weisungsgebundenheit oder Einbindung in eine Organisation sind dabei lediglich Anhaltspunkte.

Wenn man unterstellt, dass der vorgeschlagene Wortlaut des § 611a BGB-E die Kriterien der Rechtsprechung nicht verändern soll, dann stellt sich die Frage, welchen Zweck die Regelung dann haben soll. Eine Norm die nichts regelt ist schlicht überflüssig.

Kritisch ist, dass eine gesetzliche Regelung – selbst wenn sie den nur den aktuellen status quo der Rechtsprechung abbildet – im Gegensatz zu dieser sich nicht dynamisch mit dem Wandel der Arbeitswelt mit entwickeln kann. Die Arbeitsorganisation ist schließlich stetigem Wandel unterzogen, die von der Rechtsprechung herangezogenen Kriterien sind für jede Tätigkeit unterschiedlich relevant und anwendbar. Beispielsweise ist ein Maler stets in den Räumen des Auftraggebers tätig, so dass die Fremdbestimmtheit des Arbeitsorts kein Maßstab für eine unselbständige Tätigkeit sein kann. Gleiches gilt für den IT-Dienstleister, der ebenfalls auf eine gewisse Einbindung in die Organisation des Auftraggebers angewiesen ist, um seine selbständige Tätigkeit auszuführen. Die Gerichte können derzeit jede Tätigkeit nach ihren individuellen Rahmenbedingungen als selbständig oder unselbständig einschätzen. Mit der Festschreibung von Kriterien im Gesetz geht diese notwendige Flexibilität verloren.

Möglicherweise zielt der Gestaltungsauftrag des Koalitionsvertrages in eine andere Richtung: In der Vergangenheit hat es in der Praxis Fehler und auch Missbräuche beim Einsatz von Werkvertragsunternehmen gegeben, z.B. indem die Arbeitnehmer des Werkvertragsunternehmens praktisch wie Zeitarbeiter weisungsgebunden in die Organisation des Auftraggebers eingebunden wurden. Solche Fälle sind aufgedeckt und sanktioniert worden. Die staatlichen Kontrollinstanzen haben damit bewiesen, dass sie mit den bestehenden Regeln effektiv gegen den fehlerhaften Einsatz von

Werkvertragsunternehmen vorgehen können. Der Verwaltungsvollzug funktioniert.

Eventuell soll der Verwaltungsvollzug hier noch weiter verbessert und gesetzlich flankiert werden. Hierzu ist jedoch die Definition des Arbeitnehmerbegriffs kein geeignetes Mittel. Stattdessen wird der gesetzgeberische Auftrag bereits durch den geplanten § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG-E mit der Definition der Arbeitnehmerüberlassung und der mit § 10a AÜG-E mit geplanten Rechtsfolge ausreichend umgesetzt.

### **3. zur Gesetzesfolgenabschätzung Bürokratiekostenschätzung nicht nachvollziehbar**

Unser Hauptkritikpunkt bezieht sich hier auf den prognostizierten Erfüllungsaufwand für die Umsetzung des „Equal Pay“. Im Entwurf wird von einem einmaligen Aufwand in Höhe von 830.000 EUR und einem fortlaufenden jährlichen Aufwand in Höhe von 990.000 EUR pro Jahr für die gesamte deutsche Wirtschaft ausgegangen. Dies soll durch die notwendige Vergleichsberechnung der Vergütungen von Stammbeschaft und Zeitarbeitnehmern ausgelöst werden.

Auch wenn schon diese Annahme nicht nachvollziehbar ist, so entspricht sie erst recht nicht dem geplanten Gesetzestext. Dort ist schließlich nicht allein die Gewährung gleichen Entgelts (Equal Pay), sondern die Gewährung „gleicher Arbeitsbedingungen inklusive des Arbeitsentgelts“ (Equal Treatment) angeordnet. Mit einer Vergleichsberechnung allein des Entgelts ist es also nicht getan, vielmehr müssen auch die weitergehenden Arbeitsbedingungen abgeglichen werden. Zu den Schwierigkeiten bei der Umsetzung verweisen wir auf die Ausführungen zu Artikel 1, Ziffer 3. Für diesen Arbeitsauftrag jährliche Mehrkosten für die gesamte deutsche Wirtschaft von kaum einer Million Euro anzunehmen, ist vollkommen illusorisch.

Eine Anpassung des geplanten § 8 AÜG-E auf ein tatsächliches Equal Pay ist damit dringend geboten.