

stellungnahme



Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes
zum Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 1.6.2016 zum Entwurf
eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und
anderer Gesetze

06.07.2016

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 Betrieb¹. Die gleiche Tätigkeit wird oftmals zu schlechteren Bedingungen ausgeführt und Stammarbeitsplätze werden substituiert². Letzteres gilt auch für Arbeitsplätze, die mit Leiharbeitnehmern dauerhaft besetzt werden³. 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 zugenommen⁴. 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 Stammbeschafteten unter Druck gesetzt. Deren Beschäftigung wird in Frage gestellt, wenn Dauerarbeitsplätze mit ständig

Deutscher Gewerkschaftsbund
Bundesvorstand
Abteilung Recht

Helga Nielebock
Abteilungsleiterin

helga.nielebock@dgb.de

Telefon: 030 24060-274
Telefax: 030 24060-761

Henriette-Herz- Platz 2
10178 Berlin

www.dgb.de

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.

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.

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 Leiharbeiter 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 Leiharbeiter 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 Leiharbeiter/innen ausgetauscht und Stammbeschäftigte immer wieder durch andere Leiharbeiter/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 Statistiken⁵ 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.

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

Sicherstellung der Unterrichtsrechte des Betriebsrats und wirksame Mitbestimmungsrechte fehlen!

Da die Vergabe betrieblicher Tätigkeiten an Dritte auch Auswirkungen auf die Stammbesetzung und die Abläufe im Betrieb hat, ist es richtig, dass der Entwurf Betriebsräte der Einsatzbetriebe und Aufsichtsräte der Einsatzunternehmen von Leiharbeiter/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 Unterrichtsrechte, 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 Unterrichtsrechten 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. Betriebsvereinbarungen 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 Gesamtbeurteilung 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 Arbeit⁶ und den Arbeitsgerichten⁷ vertretene Rechtsmeinung gesetzlich verankert.

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 Berlin-Brandenburg v. 21.08.2014, 10 TaBV 671/14; BAG Berlin-Brandenburg v. 15.04.2014, 7 TaBV 2194/13

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 Leiharbeiter 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 Leiharbeiter ein Arbeitsverhältnis besteht und dem **Arbeitnehmer vor jedem Einsatz ausdrücklich mitgeteilt wird, dass er als Leiharbeiter 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 Leiharbeiter⁸ wäre nach dem Selbstverständnis der Koalitionspartner und der Bundesregierung „vorübergehend“ bezogen auf

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

den Beschäftigungsbedarf im Einsatzbetrieb folgerichtig. Zudem geht auch die große Mehrheit der Landesarbeitsgerichte davon aus, dass „vorübergehend“ auch arbeitsplatz- und nicht nur arbeitnehmerbezogen auszulegen ist⁹.

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

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

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

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 Stamarbeitsbeschäftigte – 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 Höchststrahmen 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 Gestellungsstrukturen unberührt.

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 Leiharbeiter 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 Leiharbeiternehmer, 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 Entleiher Arbeitnehmers gibt, mit denen der Leiharbeiternehmer vergleichbar ist. In der Praxis werden aufgrund der Möglichkeit bei einer Besetzung von Dauerarbeitsplätzen mit Leiharbeiternehmern 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 Leiharbeiternehmer 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 Leiharbeiternehmer,
- 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) iVm § 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 Leiharbeiterlaubnis 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 Monats 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 Leiharbeiterlaubnis auf Vorrat einen vermeintlichen Werkvertrageinsatz 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 Leiharbeiterlaubnis 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, andererseits aber auf eine klare Rechtsfolgenregelung mit wirtschaftlichen Folgen und damit Sanktionscharakter 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 abschreckenden 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 Einordnung maßgebend ist. Diese Klarstellung ist zu begrüßen

Mitählen von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten ist richtig

Zu § 14 AÜG / Nr. 10 des GE:

Mit dieser Ergänzung des § 14 wird nur klargestellt, dass Leiharbeiter/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 Leiharbeiter 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 Leiharbeiter/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 Leiharbeiter/-innen von mehr als sechs Monaten verlangt, für nicht sachgerecht. Zudem wird dadurch eine weitere zeitliche Regelung für Leiharbeiter/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 Leiharbeiter/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 Leiharbeiter/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 Leiharbeiter/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 Mittel¹⁰: 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 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 verringert¹¹; dies

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

¹¹ vgl. DKKW-Däubler, 14. Aufl., § 111 Rn. 77 ff.

gilt ebenso für die Beendigung des Einsatzes von Leiharbeiter/innen nach Maßgabe des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zwischen Verleiher und Entleiher.

Daher stellt es einen Wertungswiderspruch dar, wenn Leiharbeiter/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 Leiharbeiter/innen selber „als Entlassene“ in den – individualrechtlichen – Genuss von Sozialplanleistungen kommen könnten. Auch dann, wenn Leiharbeiter/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 Leiharbeiter zu berücksichtigen sind, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht¹². 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 Leiharbeiter/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

¹² BAG v. 24.01.2013 – 2 AZR 140/12

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 Leiharbeiter/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 Leiharbeiter/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 Leiharbeiter 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 berücksichtigt werden müssen. Beides ist für den Leiharbeiter/innen 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 Recht Klarheit 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 Recht Klarheit nicht verbessert werden. Alleine mit der vorgeschlagenen Regelung wird das Ziel des Änderungsgesetzes, Missbrauch beim Einsatz von Werkverträgen zu verhindern, nicht erreicht. Nach Auffassung des DGB und seiner Mitgliedsgewerkschaften kann eine wirksame Bekämpfung von missbräuchlichem Fremdpersonaleinsatz sowie von Missbrauch durch Scheinsoloselbstständigkeit 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 Fremdнützigkeit der Arbeitsleistung, wie oben ausgeführt, weitere Kriterien als zu den bisher in der Diskussion befindlichen aufgenommen werden:

Als eine Präzisierung des im Vorentwurf zum Referentenentwurf 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 Familienangehörige beschäftigt werden und somit eine höchstpersönliche Erfüllung erforderlich ist¹³. 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

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

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 Scheinselbstständigkeit 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 interessenenausgleichs- und sozialplanpflichtig.

Im Koalitionsvertrag wurde vereinbart, dass „die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats **sicherzustellen**“ sind. Das fehlt hier völlig. Um die Durchsetzung dieses Rechts zu gewährleisten, muss der Gesetzgeber präventiv einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats 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 des Unterrichtsanspruchs des Betriebsrats gegenüber Verstößen durch den Arbeitgeber präventiv wirken und systematisch an den bestehenden allgemeinen betriebsverfassungsrechtlichen Unterrichtsrechten (§ 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 Unterrichtsrecht 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 Unterrichtsrechten 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 Unterrichts- 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 Unterrichtsrechts 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 keinsten 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.