

Mitentscheidend für die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Metall- und Elektro-Industrie sind die Flexibilität beim Personaleinsatz und die Frage der Organisation der Wertschöpfungsketten.

Der vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 16. November 2015 vorgelegte Entwurf zur weiteren Regulierung von Zeitarbeit und Werkverträgen geht weit über die Festlegungen des Koalitionsvertrages von CDU, CSU und SPD vom 16. Dezember 2013 hinaus.

Der Entwurf beinhaltet einen massiven Eingriff in bestehende und bewährte tarifliche Regelungen zur Zeitarbeit. Er beschränkt die Tarifautonomie und greift in den Arbeitnehmerbegriff derartig ein, dass legale Vertragsgestaltungen mit Soloselbstständigen oder Werkvertragsunternehmen zukünftig illegal werden.

Deutschland ist auf einen flexiblen Arbeitsmarkt und eine wettbewerbsfähige arbeitsteilige Wirtschaft angewiesen – auch im Zusammenhang mit der Digitalisierung. Der Gesetzentwurf führt auch daher in eine gänzlich falsche Richtung.

I. Vorgeschlagene Regelungen zur Zeitarbeit

Im Koalitionsvertrag vom 16. Dezember 2013 heißt es:

Wir präzisieren im AÜG die Maßgabe, dass die Überlassung von Arbeitnehmern an einen Entleiher vorübergehend erfolgt, indem wir eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten gesetzlich festlegen. Durch einen Tarifvertrag der Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche oder aufgrund eines solchen Tarifvertrags in einer Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung können unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Stammbeschafteten abweichende Lösungen vereinbart werden. Wir entwickeln die statistische Berichterstattung zur Arbeitnehmerüberlassung bedarfsgerecht fort.

Die Koalition will die Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen hin orientieren. Das AÜG wird daher an die aktuelle Entwicklung angepasst und novelliert:

- *Die Koalitionspartner sind sich darüber einig, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter künftig spätestens nach neun Monaten hinsichtlich des Arbeitsentgelts mit den Stammarbeitnehmern gleichgestellt werden.*
- *Kein Einsatz von Leiharbeiterinnen und Leihararbeitern als Streikbrecher.*
- *Zur Erleichterung der Arbeit der Betriebsräte wird gesetzlich klargestellt, dass Leiharbeiter bei den betriebsverfassungsrechtlichen Schwellenwerten grundsätzlich zu berücksichtigen sind, sofern dies der Zielrichtung der jeweiligen Norm nicht widerspricht.*

Der Entwurf geht in höchst praxisrelevanten Bereichen sehr stark über die Vorgaben des Koalitionsvertrages hinaus.

1. Definition der Zeitarbeit (§ 1 AÜG-Entwurf)

Inhalt

Der Gesetzentwurf enthält erstmals eine Definition der Arbeitnehmerüberlassung und verlangt, dass das Vertragsverhältnis eindeutig als Arbeitnehmerüberlassung bezeichnet wird (faktisch ein sog. „Zitiergebot“). Die Definition steht im Zusammenhang mit der Neuregelung im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 611a BGB), mit der Abgrenzungskriterien festgelegt werden sollen. Zudem wird das Verbot des Kettenverleihs normiert.

Bewertung

Die Definition der Arbeitnehmerüberlassung entspricht im Ansatz der geltenden Rechtslage. Das Verbot eines sog. Kettenverleihs ist bereits gelebte Praxis. Das Zitiergebot ist im Zusammenhang mit den Verschärfungen der vorgeschlagenen Sanktionen zu sehen.

Für die M+E-Industrie sind damit höchst kritische Inhalte verbunden, soweit hiermit auf die Abgrenzungskriterien des Regelungsvorschlags zum Bürgerlichen Gesetzbuch in § 611a BGB-Entwurf abgezielt wird. Es ist kritikwürdig, dass diese Verknüpfung im Gesetzestext selbst nicht deutlich wird, sondern erst in einem Satz in der Begründung (Seite 29) angedeutet wird. Hier fehlt die notwendige Normenklarheit. Für die Prüftätigkeit von Behörden ist ein Kriterienkatalog im Bürgerlichen Gesetzbuch auch nicht zwingend.

Zudem bilden die dort aufgelisteten Kriterien die Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen Zeitarbeit und Werkverträgen in keinem Punkt deckungsgleich ab (vgl. Kritikpunkte im Einzelnen Seite 11 f. dieser Stellungnahme). Heute völlig legale Vertragskonstruktion würden illegal. Das betrifft insbesondere die für die Digitalisierung höchst relevanten IT-Dienstleister oder die Entwicklungsdienstleister. Für die arbeitsteilige M+E-Industrie sind das nicht akzeptable Vorgaben und würde zu einer massiven Verlagerungswelle von F+E-Aktivitäten der Industrie ins Ausland führen.

Verbesserungsvorschläge

- Verknüpfung zum Kriterienkatalog in § 611a Abs. 2 BGB-Entwurf für die Abgrenzung Arbeitnehmerüberlassung und Fremdpersonaleinsatz aufgrund von Werk-/ Dienstverträgen vollständig aufheben
- Zielrichtung der Abgrenzungsfrage Soloselbständiger und Arbeitnehmer festlegen und Abgrenzungskriterien streng an der einschlägigen Rechtsprechung orientieren

2. Höchstüberlassungsdauer (§ 1 Abs. 1, 2 und 3 AÜG-Entwurf)

Inhalt

Der vorgeschlagene Gesetzestext legt die gesetzliche Höchstüberlassungsdauer für einen Zeitarbeitnehmer auf 18 Monate fest. Dabei gilt als Bezugspunkt der Arbeitnehmer und nicht der Arbeitsplatz im Einsatzbetrieb.

Kriterien zur Abgrenzung von Zeitarbeit und Werk-/Dienstverträgen (§ 611a BGB-Entwurf) bilden nicht die bestehende Rechtsprechung ab und weichen somit vom Koalitionsvertrag ab

Zudem ist eine Öffnung für abweichende tarifliche Regelungen in der Einsatzbranche enthalten, die ihrerseits wiederum eine Öffnung für die Betriebsparteien enthalten kann. Von dieser Tariföffnung können allerdings nur tarifgebundene Unternehmen Gebrauch machen. Unternehmen ohne Tarifbindung dürfen selbst im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages nicht von dieser Regelung abweichen.

Weitreichende Ausnahmen wurden nur für den Öffentlichen Dienst und öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften geschaffen.

Bewertung

Die festgelegte Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten entspricht zwar dem Koalitionsvertrag, ist aber weiterhin in ihrer Willkürlichkeit zu kritisieren.

Die M+E-Industrie erkennt es als Bekenntnis zur Tarifautonomie an, dass der Gesetzgeber bei der tariflichen Abweichungsmöglichkeit keine absolute Höchstgrenze formuliert hat; gleichwohl ist festzustellen, dass der Entwurf von einer festzulegenden zeitlichen Grenze ausgeht (Seite 19). Das entspricht zum einen nicht dem Konzept des TV LeiZ (Tarifvertrag Leih-/ Zeitarbeit von Mai 2012), da hiernach die Überlassung allein an Sachgründe geknüpft werden kann. Zum anderen ist das nicht in allen Betriebsvereinbarungen aufgrund des TV LeiZ der Fall, da die Mitgliedsunternehmen andere Sicherungsinstrumente gefunden haben.

Der wesentliche Kritikpunkt aus Sicht der M+E-Industrie ist, dass von der tariflichen Abweichungsoption nur tarifgebundene Unternehmen profitieren. Sich gegen die Tarifbindung zu entscheiden, gehört jedoch zur negativen Koalitionsfreiheit des Grundgesetzes. Es ist ein großer Unterschied, ob ein Unternehmen durch eine Mitgliedschaft einen Vorteil hat oder durch die Nicht-Mitgliedschaft Nachteile – in letzterem Fall ist die Koalitionsfreiheit de facto doch keine freie Entscheidung mehr. So werden von allen Beteiligten akzeptierte Lösungen im hochqualifizierten Projektmanagement bei OT-Unternehmen ad absurdum geführt, weil sie vorzeitig beendet werden müssten. In den neuen Bundesländern mit strukturell geringerer Tarifbindung schafft das Verbot der Inbezugnahme besondere Probleme.

Das Ziel des Gesetzgebers, die Tarifbindung attraktiver zu machen, ist lobenswert. Aber hier wird der falsche Weg eingeschlagen.

Die Karenzzeit, innerhalb der Zeitarbeitnehmer nicht wieder in gleichen Unternehmen eingesetzt werden kann, ist mit 6 Monaten zu lang bemessen. Die zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften sozialpartnerschaftlich ausgehandelte Lösung im TV LeiZ der M+E-Industrie, die eine Karenzzeit von 3 Monaten vorsieht, ignoriert der Entwurf. Auch muss der Betrieb als Anknüpfungspunkt dieser Frist wie in der tariflichen Lösung ausdrücklich festgeschrieben werden.

Der klarstellende Bestandsschutz für die Überlassungsdauer vor Inkrafttreten des Gesetzes wird von Gesamtmetall ausdrücklich begrüßt. Ebenso begrüßen wir die Einsicht, dass für die Frage der 18 Monate nur auf den Zeitarbeitnehmer selbst und nicht auf den Arbeitsplatz abgestellt werden kann.

Tarifliche Abweichungsoption auch für Unternehmen ohne Tarifbindung im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages

Karenzzeit inklusive Betriebsbezug an Sozialpartnerkommiss angleichen

Verbesserungsvorschläge

- Schaffung einer Bezugsmöglichkeit auf tarifliche Lösungen zur Höchstüberlassungsdauer auch für nicht tarifgebundene Unternehmen im Geltungsbereich dieses Tarifvertrages
- Kürzung der Karenzzeit auf 3 Monate entsprechend der sozialpartnerschaftlichen Lösung im Tarifvertrag Leiz
- Betrieb als Bezug für Karenzzeit

3. Gleiche Arbeitsbedingungen - equal treatment und equal pay (§ 8 AÜG-Entwurf)

Inhalt

Der Gesetzentwurf behält die bisherige Systematik bei, dass grundsätzlich dem Zeitarbeitnehmer die gleichen Arbeitsbedingungen (equal treatment) wie im Einsatzbetrieb zu gewähren sind, allerdings mit der für die Praxis maßgeblichen Ausnahme, dass hiervon durch Tarifvertrag abgewichen werden kann. Diese tarifliche Gestaltungsfreiheit wird in einem ersten Schritt hinsichtlich des Arbeitsentgelts grundsätzlich nur auf die ersten neun Monate der Überlassung beschränkt.

In einem zweiten Schritt eröffnet der Entwurf die Möglichkeit für weitere drei Monate durch Tarifverträge abzuweichen. Er stellt allerdings für diese tarifliche Option die Voraussetzung auf, dass dann die Tarifvertragsparteien Branchenzuschläge ab der 7. Woche vereinbart haben müssen.

Bewertung

Im Koalitionsvertrag ist vereinbart, dass eine Gleichstellung „*hinsichtlich des Arbeitsentgeltes*“ (equal pay) nach neun Monaten erfolgen soll. Das ist ein enormer Unterschied zur Gleichstellung hinsichtlich aller wesentlichen Arbeitsbedingungen (equal treatment).

Aufgrund der Gesetzessystematik ist davon auszugehen, dass die tarifliche Option, von equal treatment abweichen zu können, zeitlich unbegrenzt erhalten bleibt. Das ist von großer Bedeutung, da andernfalls der Manteltarifvertrag der Zeitarbeitsbranche hinfällig werden könnte, z.B. hinsichtlich der Dauer der Arbeitszeit oder der Urlaubsansprüche.

Grundsätzlich sehr begrüßenswert ist der Ansatz, den Tarifvertragsparteien bestehende Handlungsspielräume auch weiterhin zu eröffnen, denn ein gesetzliches equal pay ist auch in Zukunft nicht erforderlich.

Allerdings kann der nun vorgesehene Handlungsspielraum in den ersten 9 Monaten der Überlassungszeit und den weiteren mit 3 Monaten nur als Placebo für die Tarifautonomie bewertet werden. Die zusätzliche Vorgabe, dass im zweiten Schritt zwischen 10 und 12 Monaten auch Branchenzuschläge vereinbart sein müssen, ist keine Tarifautonomie, sondern ein Tarifiediktat.

Nach Ablauf aller tariflichen Optionen gilt equal pay. Ab diesem Zeitpunkt werden die Unternehmen mit den vielen, höchst praxisrelevanten Fragen, welches die vergleichbaren Entgeltbestandteile sein sollen und wie sie zu bewerten sind, vom Gesetzgeber erneut völlig allein gelassen.

Equal pay ist ohne Definition der Reichweite nicht rechtssicher umsetzbar

Die im Gesetzestext genannten Sachbezüge sind in zweierlei Hinsicht kritikwürdig. Zum einen verlangt der Koalitionsvertrag nur eine Gleichstellung hinsichtlich des Arbeitsentgelts. Zum anderen ist bei der Umrechnung der Sachleistungen unklar, ob der Einkaufswert, der Warenwert oder der steuerliche Wert der Sachleistung zugrunde zu legen ist.

Die rechtlichen Risiken für Unternehmen werden durch den Entwurf noch zusätzlich verschärft. Bei einem auch unabsichtlichen Verstoß müssen nicht nur mögliche Nachzahlungsforderungen einkalkuliert werden, sondern es muss – wegen des nicht eindeutigen Gesetzestextes – auch mit einem fingierten Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb gerechnet werden. Ein solches unkalkulierbares Risiko ist nicht akzeptabel.

Hinzu kommt, dass equal pay eine erhebliche bürokratische Belastung in der Entgeltabrechnung bedeutet, obwohl es eine zeitlich unbeschränkte tarifliche Lösung zur Entlastung gäbe. Der geschätzte jährliche Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft in Höhe von 650 000 Euro (Seite 2) deckt das keinesfalls ab. Die Begründung selbst korrigiert diese Schätzung auf Seite 15 nach oben auf 1,7 Millionen Euro jährlich.

Equal pay verursacht übermäßige Bürokratie

Die M+E-Mitgliedsunternehmen müssen dann faktisch zusätzlich eine Schattenentgeltabrechnung für das Zeitarbeitsunternehmen erstellen. Ohne diesen enormen bürokratischen Mehraufwand kann eine solche Zusage nicht erfüllt werden. Die Zeitarbeitsunternehmen können eine Entgeltabrechnung gar nicht mehr allein erstellen, da sie bei all ihren Kunden die z.T. komplizierten Entgeltbestandteile gar nicht kennen.

Dieses praktische Problem verschärft sich noch dadurch, dass anders als für die Höchstüberlassungsdauer keinerlei Bestandsschutz für Überlassungszeiten vor Inkrafttreten des Gesetzes vorgesehen ist.

Verbesserungsvorschläge

- Klarstellung, dass weiterhin ohne zeitliche Begrenzung von equal treatment durch Tarifvertrag abgewichen werden kann
- Schaffung einer der Tarifautonomie angemessenen Tarifooption zum equal pay über 12 Monate hinaus ohne einschränkende Vorgabe; d.h. vorbehaltlose Anerkennung der Branchenzuschlagstarifverträge als equal pay nach 9 Monaten
- Für Branchen, in denen keine Branchenzuschlagstarife gelten
 - Tarifooption, maßgebliche Entgeltbestandteile für equal pay zu definieren
 und/oder
 - Abschließende gesetzliche Definition des equal pay; d.h. konkreten Benennung der zu maßgeblichen Entgeltbestandteile
 - Festlegung der Ermittlungsgrundsätze für die Umrechnung von Sachleistungen
 - Festlegung der Berechnungsmethode bei Einmalzahlungen, die nicht nach Zeitabschnitten aufgeteilt sind

4. Sanktionen (§§ 9, 10 AÜG-Entwurf)

Inhalt

Neben den bislang geltenden Bußgeldern erweitert der Entwurf den Sanktionskanon auf alle Vertragsverletzungen um die Fiktion des Beschäftigungsverhältnisses zum Einsatzbetrieb. Das gilt nicht nur für die Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer.

Bewertung

Der Sanktionskatalog ist in dieser Reichweite durch den Koalitionsvertrag nicht gedeckt.

Beim Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer wird ein Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb fingiert. Das ist nicht geltende Rechtslage und nicht Inhalt des Koalitionsvertrages.

Bislang tritt diese Rechtsfolge nur ein, wenn die Arbeitnehmerüberlassung ohne Erlaubnis erfolgt. Das ist eine Voraussetzung die der Einsatzbetrieb gut überwachen kann.

Ein fingiertes Arbeitsverhältnis für eine Vertragskonstruktion, die nicht als Zeitarbeit ausdrücklich benannt wurde, ist in der vorgeschlagenen Form nicht angemessen. Einsatzbetriebe die sich bei der Gestaltung und bei der Durchführung von Werkverträgen gesetzeskonform verhalten wollten, es aber zu Fehlverhalten bei der Durchführung kommt, müssen diese Rechtsfolge verhindern können; z. B. indem sie den Nachweis umfassender organisatorischer Vorkehrungen dagegen führen (kein Organisationsverschulden). Auch das Bundesarbeitsgericht hat entschieden, dass eine derartige Sanktion nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Unternehmensverantwortlichen die abweichende Vertragspraxis kennen oder zumindest dulden. Zudem ist nicht klar, wem gegenüber soll eine solche Konkretisierung nachweisbar und rechtswirksam erfolgen soll.

Entsprechend der Begründung (Seite 24) müssen die Sanktionen im Gesetzestext selbst einschränkend klargestellt werden. Andernfalls besteht das Risiko, dass diese harte Rechtsfolge durch einzelne Gerichte auf alle Vertragsverstöße der bisherigen Gesetzeslage erweitert wird. Der Rechtsanwender muss klar wissen, welche Handlungen von ihm zum rechtskonformen Verhalten verlangt werden. Jeder erst Jahre später durch die Rechtsprechung festgestellte Fehler könnte ohne jeglichen Vertrauensschutz zum fingierten Arbeitsverhältnis führen. Das ist allein schon wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit und der daraus resultierenden Risiken nicht akzeptabel. Das gilt bei dieser Regelungstechnik besonders hinsichtlich des Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Der Einsatzbetrieb kann die Entgelte und sonstigen Leistungen der Zeitarbeitsunternehmen an ihre Mitarbeiter gar nicht kontrollieren, auch weil es in der Praxis extrem viele ungeklärte Rechtsfragen dazu gibt, was die wesentlichen Arbeitsbedingungen sind und wie die Umrechnung von Sachleistungen zu erfolgen hat.

Zu begrüßen ist die Erklärungsfrist für den betroffenen Arbeitnehmer gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Einsatzbetrieb. Der Fristbeginn geht jedoch an den Konstellationen der Praxis vorbei.

Sanktion beim Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer nicht Inhalt des Koalitionsvertrages

Fingiertes Arbeitsverhältnis aufgrund fehlender Bezeichnung als Arbeitnehmerüberlassung nur bei Organisationsverschulden des Einsatzbetriebes

Reichweite der Sanktionen im Gesetzestext klarstellend zurückzuführen

Fristbeginn des Widerspruchsrechts an subjektive Kenntnis des betroffenen Arbeitnehmers knüpfen

Er knüpft an objektive Kriterien, egal ob der erklärungsberechtigte Arbeitnehmer vom Eintritt dieser Kriterien weiß. Eine echte Vertragsfreiheit und Privatautonomie ist damit nicht gewährleistet. Hoch spezialisierte Fachkräfte, Berater und Projektleiter würden so gleichwohl in ein unerwünschtes Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb gezwungen.

Verbesserungsvorschläge

- Klarstellende Zurückführung des Sanktionskatalogs auf die geltende Rechtslage, d.h. ein fingiertes Arbeitsverhältnis nur bei einer Arbeitnehmerüberlassung ohne behördliche Erlaubnis
- Fingiertes Arbeitsverhältnis aufgrund fehlender Bezeichnung als Arbeitnehmerüberlassung nur bei Organisationsverschulden des Einsatzbetriebes

5. Streikeinsatzverbot (§ 11 Abs. 5 AÜG-Entwurf)

Inhalt

Der Entwurf sieht ein Streikeinsatzverbot für Zeitarbeitnehmer vor.

Bewertung

Schon nach der heutigen Rechtslage wird kein Zeitarbeitnehmer gezwungen, als Streikbrecher in einem bestreikten Betrieb zu arbeiten. Er hat ein gesetzlich niedergelegtes Leistungsverweigerungsrecht.

Ein absolutes Einsatzverbot ist daher eine völlig neue Qualität der Regelung. Der Gesetzgeber weigert sich seit Jahrzehnten, ein in sich geschlossenes Arbeitskampfrecht zu schaffen, welches wieder grundlegenden Prinzipien des Streikrechts (z.B. ultima ratio Grundsatz) zur Geltung verhilft. Es ist nicht nachvollziehbar, dass nun einseitig allein zu Lasten der Arbeitgeber eine isolierte Einzelfallregelung erfolgen soll. Zumal hier anders als bei allen anderen Verstößen gegen das richterrechtliche Arbeitskampfrecht nicht nur zivilrechtliche Gegenwehr zu erwarten ist, sondern durch Bußgelder eine staatliche Sanktion vorgesehen wird. Dieses Streikeinsatzverbot gilt sogar unabhängig davon, ob der Streik rechtmäßig ist.

Diese Verschiebung der Kampfparität wird noch dadurch verstärkt, dass keinerlei Proportionalität verlangt wird. Das kann zu der Konstellation führen, dass in einem Betrieb mit 1000 Mitarbeitern und 100 Zeitarbeitnehmern ein Streik von 5 Gewerkschaftsmitgliedern, zu einem Arbeitskräfteausfall auf 105 Arbeitsplätzen führt.

Hinzu kommt, dass die Zeitarbeitsarbeitgeber gezwungen sind, den Streik der Gewerkschaft der Einsatzbranche zu unterstützen, denn diese haben das Entgelt für die Ausfallstunden ohne Gegenleistung gleichwohl an die Zeitarbeitnehmer zu zahlen. Die Zeitarbeitnehmer können anders als die Stammbeslegschaft ohne Entgeltausfall mitstreiken. Besonders bei Kurzstreiks (sog. Warnstreiks) ist das ohne Ausnahme der Fall.

Es ist davon auszugehen, dass diese Regelung einer verfassungsrechtlichen Prüfung höchstwahrscheinlich nicht standhält.

Isolierte Regelung zum Arbeitskampfrecht inakzeptabel und verfassungswidrig

Verbesserungsvorschlag

- Streikeinsatzverbot nur für Zeitarbeitnehmer, die eigens als Streikbrecher für die Streikmaßnahme angefordert werden
- im Übrigen Beibehaltung des Leistungsverweigerungsrechts des bereits im Einsatzbetrieb tätigen Zeitarbeitnehmers
- mindestens ausdrückliche Beschränkung auf unbefristete Streikmaßnahmen

6. Schwellenwerte (§ 14 Abs. 2 AÜG-Entwurf)

Inhalt

Nach den Vorschlägen sollen in Zukunft bei allen Schwellenwerten des Betriebsverfassungsrechts (Ausnahme Existenzgründer) und der Unternehmensmitbestimmung die Zeitarbeitnehmer mitzählen.

Bewertung

Der Koalitionsvertrag spricht einzig und allein von Schwellenwerten im Betriebsverfassungsrecht. Der Entwurf enthält einen Rundumschlag hinsichtlich der Unternehmensmitbestimmung. Das entbehrt im Koalitionsvertrag jeglicher Grundlage.

Sowohl beim Betriebsverfassungsrecht als auch in der Unternehmensmitbestimmung ist zwischen dem Eingangsschwellenwert und den Verfahrensschwellenwerten zu differenzieren. Der Eingangsschwellenwert im Betriebsverfassungsrecht ist in § 1 BetrVG geregelt, danach kann ein Betriebsrat in einem Betrieb mit mindestens fünf Arbeitnehmern gewählt werden. In § 1 Drittelbeteiligungsgesetz ist das der Schwellenwert von 500 Arbeitnehmern, § 1 Mitbestimmungsgesetz verlangt 2.000 Arbeitnehmern. Keine der ergangenen Entscheidungen des Bundesarbeitsgericht befasst sich mit diesen Eingangsschwellenwerten, weder zum Betriebsverfassungsrecht (BAG v. 18.10.2011 – 1 AZR 335/10 zu § 111 BetrVG; BAG v. 13.03.2013 – 7 ABR 69/11 zu § 9 BetrVG) noch zur Unternehmensmitbestimmung (BAG v. 04.11.2015 – 7 ABR 42/13 zu § 9 MitbestG).

Nach dem jetzigen Vorschlag müsste man bereits kritisch prüfen, ob in einem Betrieb mit drei Arbeitnehmern und zwei Zeitarbeitnehmer, die auftragsbedingt nur vorübergehend eingesetzt werden, ein Betriebsrat gewählt werden kann, obwohl § 1 BetrVG mindestens fünf Arbeitnehmer verlangt. Die Betriebsräte werden für vier Jahre gewählt, nach der jetzigen Konstruktion soll die Überlassungsdauer aber auf 18 Monate beschränkt werden.

Diese umfassende Einbeziehung von Zeitarbeitnehmern in die Unternehmensmitbestimmung ist für die auch mittelstandsgeprägte M+E-Industrie nicht sinnvoll. Ein Unternehmen mit 480 Arbeitnehmern und 22 Zeitarbeitnehmer müsste mit Inkrafttreten dieser Regelung einen Aufsichtsrat bilden.

Hinsichtlich der Schwellenwerte des Betriebsverfassungsrechts entspricht der Entwurf nur im Grundsatz der Festlegung im Koalitionsvertrag.

Festlegung zu Schwellenwerten in der Unternehmensmitbestimmung völlig ohne Grundlage im Koalitionsvertrag

Anwendungsvoraussetzung des Gesetzes von Bundesarbeitsgericht noch nie entschieden

Eine nach der Zielrichtung der Norm tatsächlich ausgerichtete Prüfung kann man bei dieser Art der vollumfänglichen Festlegung jedoch kaum annehmen.

Zudem enthält das AÜG eine ausdrückliche Klarstellung für die Betriebsverfassung, dass die Zeitarbeitnehmer nicht wählbar sind. In der Unternehmensmitbestimmung bliebe diese Frage mit diesem Textentwurf unbeantwortet.

Verbesserungsvorschläge

- Streichung sämtlicher Regelungen zu Schwellenwerten zur Unternehmensmitbestimmung
- Schwellenwerte im Betriebsverfassungsrecht tatsächlich auf die Zielrichtung hin prüfen, d.h. keine Berücksichtigung der Zeitarbeitnehmer zwingend in § 1 BetrVG und in §§ 112, 106 BetrVG

II. Vorgeschlagene Regelungen zu Werkverträgen

Im Koalitionsvertrag vom 16. Dezember 2013 heißt es:

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

Der gesetzliche Arbeitsschutz für Werkvertragsarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer muss sichergestellt werden.

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

Diese Vorgaben des Koalitionsvertrags setzt der Gesetzentwurf in Bezug auf die Informationsrechte der Betriebsräte und auf den Arbeitsschutz im Ansatz um. Betriebsratsrechte bei der Personalplanung waren nicht Gegenstand des Koalitionsvertrags. Der Arbeitsschutz sollte nur hinsichtlich des Fremdpersonals auf dem Betriebsgelände sichergestellt werden, es war keine neue Prüfbehörde für den gesamten Arbeitsschutz (inklusive des Arbeitszeitgesetzes) vorgesehen.

Die Festlegung eines Kriterienkatalogs geht deutlich über den Koalitionsvertrag hinaus. Durch die vorgeschlagenen Kriterien würde massiv in die bestehende Rechtslage eingegriffen. Derzeit völlig legale Vertragsformen würden mit einem Schlag illegal, mit der Folge eines Arbeitsverhältnisses zum Auftraggeber.

1. Rechte des Betriebsrats (§§ 80, 92 BetrVG-Entwurf)

Inhalt

Der Gesetzentwurf konkretisiert beim allgemeinen Informationsanspruch und bei den Informationen im Zusammenhang mit der Personalplanung die Reichweite dieser Rechte im Hinblick auf Fremdpersonal auf dem Betriebsgelände.

Bewertung

Die M+E-Industrie begrüßt es ausdrücklich, dass mit diesen ergänzenden Regelungen im Betriebsverfassungsrecht zum allgemeinen Informationsrecht (§ 80 BetrVG) eine 1:1-Umsetzung des Koalitionsvertrages erfolgt ist und der Entwurf die unternehmerische Entscheidungsfreiheit als hohes Gut anerkennt. Bei den vorzulegenden Unterlagen muss Eignigkeit bestehen, dass sich das auch weiterhin nur auf die beim Arbeitgeber vorhandenen Unterlagen bezieht.

Eine Einbeziehung des Fremdpersonals bei der Personalplanung (§ 92 BetrVG) ist hingegen nicht vom Koalitionsvertrag gedeckt. Eine solche Regelung verschließt sich auch der Realität der Fremdvergabe schon im Wortlaut des Vorschlags („Beschäftigung von Personen“). Hier geht es weder um die Beschäftigung von Personen noch um die Planung von Personalressourcen, sondern um die Vergabe von Aufgaben. Eine Personalplanung wird gerade nicht vorgenommen. Im Gegenteil könnte eine solche auf Scheinvertragsformen schließen lassen. Auch das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat im Rahmen der Personalplanung nicht die Einbeziehung des Fremdpersonals in die Betriebsratsrechte verlangt.

Erweiterung der Betriebsratsrechte bei der Personalplanung weder vom Koalitionsvertrag gedeckt noch von der Rechtsprechung des BAG vorgegeben

Verbesserungsvorschläge

- Klarstellung, dass es bei der allgemeinen Informationspflicht allein (§ 80 BetrVG) um den Einsatz von Fremdpersonal im Einsatzbetrieb geht und nur vorhandene Unterlagen vorzulegen sind
- Streichung des Bezugs zum Fremdpersonals in § 92 BetrVG

2. Arbeitsschutz (§ 6 SchwarzArbG-Entwurf)

Inhalt

Der Arbeitsschutz soll zukünftig durch die Unterrichtungspflicht der Finanzkontrolle Schwarzarbeit sichergestellt werden. Es wird dabei auf alle Arbeitsschutzgesetze Bezug genommen.

Bewertung

Die M+E-Arbeitgeber begrüßen es ausdrücklich, dass sich beim Thema Arbeitsschutz die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass wir kein Rechtssetzungs- sondern ein Rechtsdurchsetzungsdefizit haben.

Als viel zu weitgehend ist aber die Umsetzung durch die Unterrichtungspflicht der Prüfbehörde anzusehen. Nach der vorgeschlagenen Gesetzessystematik umfasst diese Unterrichtungspflicht sämtliche Arbeitsschutzregelungen – auch das Arbeitszeitgesetz, und nicht nur für das Fremdpersonal auf dem Betriebsgelände, sondern auch den gesamten Arbeitsschutz für die Stammbesellschaft. Das ist nicht vom Koalitionsvertrag gedeckt.

Unterrichtungspflicht für den gesamten Arbeitsschutz nicht vom Koalitionsvertrag gedeckt

Verbesserungsvorschläge

- Ausdrückliche Beschränkung der Unterrichtungspflicht der Finanzkontrolle Schwarzarbeit lediglich auf § 8 Arbeitsschutzgesetz (Zusammenarbeit mehrerer Arbeitgeber)

3. Abgrenzungskriterien (§ 611a BGB-Entwurf)

Inhalt

Der Entwurf definiert grundsätzlich in einer neuen zivilrechtlichen Vorschrift die Eckelemente eines Arbeitsverhältnisses. Es wird in der Definition abschließend auf die Kriterien „Eingliederung“ und „Weisung“ beschränkt. In einem zweiten Schritt wird ein Kriterienkatalog vorgeschlagen. Abschließend wird für eine widerlegliche Vermutung eines Arbeitsverhältnisses auf das sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis zurückgegriffen.

Bewertung

Diese neue zivilrechtliche Vorschrift steht im Widerspruch zur Vorgabe des Koalitionsvertrages, die Rechtsprechungskriterien niederzulegen. Es ist nicht auszuschließen, dass daraus ein völlig neuer Arbeitnehmerbegriff entwickelt wird.

Schon die Definition des Arbeitsverhältnisses in Absatz 1 lässt sich so nicht in der Rechtsprechung wiederfinden. Besonders da sie auf nur zwei – wenn auch wesentliche – Kriterien abschließend beschränkt ist. Damit wird die derzeitige Rechtsprechung erheblich beschnitten. Zumal hier bereits die Formulierung zur Rechtsprechung abweichend gewählt ist, die Rechtsprechung verlangt für ein Arbeitsverhältnis, dass der Arbeitnehmer an Weisungen gebunden ist. Das ist sprachlich ggf. anders zu bewerten als die vorgeschlagene Formulierung „Weisungen unterliegt“.

§ 611a Absatz 1 BGB-Entwurf

Untauglich ist der Kriterienkatalog in Absatz 2 schon insofern, da er ausweislich der Begründung (Seite 29) sowohl

§ 611a Absatz 2 BGB-Entwurf

- eine Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Fremdpersonaleinsatz aufgrund von Werk-/Dienstverträgen
- als auch eine Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und So-loselbstständigkeit

gewährleisten soll. Die Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung für diese beiden arbeitsrechtlichen Streitfragen basieren auf völlig unterschiedlichen Ausgangslagen.

Ein Kriterienkatalog für alle arbeitsrechtlichen Abgrenzungsfragen ist untauglich

In dem einen Lebenssachverhalt geht es um ein Dreiecksverhältnis der Vertragsparteien (Arbeitnehmer – Arbeitgeber, d.h. Zeitarbeitsunternehmen oder Werk-/ Dienstvertragsunternehmen – Einsatzbetrieb); in dem anderen Lebenssachverhalt um ein zweiseitiges Vertragsverhältnis (Einsatzbetrieb – Arbeitnehmer oder Soloselbstständiger).

Abgrenzung Soloselbstständigkeit – Arbeitnehmer

Soweit eine Abgrenzung dieser Vertragsformen vorgenommen werden soll, muss zuvor die Zielrichtung einer solchen Regelung geklärt werden. Geht es um den sozialversicherungsrechtlichen Schutz, so ist das BGB nicht der richtige Regelungsort.

Soll tatsächlich eine arbeitsrechtliche Festlegung getroffen werden, so sind die Kriterien allein an der bestehenden Rechtsprechung zu orientieren. Beauftragt ein mittelständisches Unternehmen mit 75 Arbeitnehmern einen Soloselbstständigen mit der Betreuung seiner Büro-IT, so kann der vorgelegte Entwurf dazu führen, dass dieser heute legale Vertrag als illegal zu bewerten ist. Der IT-Dienstleister erbringt die Leistung überwiegend in den Räumen des Auftraggebers, er nutzt dafür die Bürocomputer bzw. den dort installierten Server und er arbeitet auch mit den Mitarbeitern des M+E-Unternehmens insofern zusammen, dass IT-Probleme gelöst werden müssen. Da es sich wohl eher um einen Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB und nicht um einen Werkvertrag im Sinne des § 631 BGB handelt, schuldet der IT-Selbstständige weder eine Arbeitsleistung/-erfolg noch kennt das Recht des Dienstvertrages ein Gewährleistungsanspruch. Die beiden letzten Kriterien erfüllt ein Dienstvertrag deshalb grundsätzlich immer.

Abgrenzung Fremdpersonaleinsatz aufgrund von Dienst-/Werkverträgen - Zeitarbeit

In der Abgrenzung zum Fremdpersonaleinsatz über Werkvertragsunternehmen ist schon die Formulierung in Absatz 1 nicht eindeutig, da juristisch streng zwischen arbeitsrechtlicher Weisung und der Weisung eines Werkbestellers zu differenzieren ist. Letztere ist nach der aktuellen Rechtsprechung legal, ohne das ein Arbeitsverhältnis begründet wird.

Sämtliche heute legalen Vertragsformen mit IT-Dienstleistungsunternehmen, mit Entwicklungsdienstleistern und mit anderen verzahnten, produktionsnahen Dienstleistungsunternehmen würden illegal. Die Chancen für den Standort Deutschland im Prozess der Digitalisierung würden mit diesem Textvorschlag zunichte gemacht.

Dem Rechtsmissbrauch lässt sich bereits heute mit den bestehenden Instrumenten einzelfallgerecht begegnen.

Für die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses bei Scheinwerk-/ dienstverträgen als illegale Arbeitnehmerüberlassung enthält bereits § 10 AÜG die Rechtsfolge, da hier eine ausdrückliche Bezeichnung als Arbeitnehmerüberlassung immer fehlen wird. Eine doppelte Anspruchsgrundlage für die Sicherung der Arbeitnehmerrechte im Bürgerlichen Gesetzbuch ist auch gar nicht erforderlich.

Ein Kriterienkatalog ist bereits 1998/99 bei dem Thema Scheinselbstständigkeit eingeführt worden und hat in der Praxis so wenig getaugt, dass er wenige Jahre später wieder abgeschafft wurde. Der Gesetzgeber wäre gut beraten, sich an diesem gescheiterten Versuch ein Beispiel zu nehmen und auf den Kriterienkatalog ganz zu verzichten.

Kriterienkatalog im Einzelnen

Hinzu kommt, dass kein einziges Kriterium der Vorgabe des Koalitionsvertrages entspricht, wonach „nur“ die Kriterien der Rechtsprechung niedergeschrieben werden sollten. Dabei gewährleistet der Hinweis auf eine Gesamtabwägung nicht den Erhalt der Rechtsprechungsmethoden, da

- zum Teil eher unwesentliche Kriterien durch die explizite Benennung an Gewicht in der Abwägung gewinnen werden,
- andere Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung völlig ignoriert werden,
- einige der Rechtsprechungskriterien verkürzt oder verändert werden und
- einige Kriterien völlig neu geschaffene Vorgaben sind, die keineswegs mit der in der Entwurfsbegründung zitierten Rechtsprechung übereinstimmen.

Besonders kritisch sind zwei Kriterien, die allenfalls für Werkverträge Anhaltspunkte bieten (Arbeitserfolg und Gewährleistung). In der betrieblichen Wirklichkeit spielen jedoch sowohl Werk- als auch Dienstverträge eine große Rolle. Für Dienstverträge eignen sich diese Kriterien gar nicht.

Als Arbeitsvorlage für die Prüftätigkeit der Aufsichtsbehörden wird aus dem Kriterienkatalog eine faktische Umkehr der Beweislast. Ein solche ist vom Koalitionsvertrag nicht gedeckt.

„nicht frei darin ist, seine Arbeitszeit oder die geschuldete Leistung zu gestalten oder seinen Arbeitsort zu bestimmen“

Dieses Kriterium ist zwar an die Rechtsprechung angelehnt, allerdings urteilen die Gerichte hierzu mit der Einschränkung, dass diese Fremdbestimmung nur „im Wesentlichen“ vorliegen muss.

„die geschuldete Leistung überwiegend in Räumen eines anderen erbringt“

Ein solches Abgrenzungskriterium existiert in der Rechtsprechung nicht. Es kommt maßgeblich darauf an, ob der Arbeitsort aufgrund einer Vorgabe des Arbeitgebers nicht frei bestimmbar ist, nicht jedoch aufgrund der Notwendigkeit des Auftragsinhalts. Das ist jedoch schon Gegenstand des Vorschlags zu § 611a Abs. 2 a BGB. Die Mehrzahl der hochqualifizierten Projektaufträge werden in den Räumen des Auftraggebers durchgeführt. Ein Indiz für einen Arbeitsvertrag sieht die Rechtsprechung darin keineswegs.

Kein Kriterium wird in der vorgeschlagenen Weise durch die Rechtsprechung angewandt

„zur Erbringung der geschuldeten Leistung regelmäßig Mittel eines anderen nutzt“

Die Nutzung der Mittel des Auftraggebers ist in der Regel nur ein Hilfsindiz für die Rechtsprechung. IT-Dienstleister, die aufgrund der Digitalisierung an Bedeutung massiv gewinnen werden, müssen zwangsläufig die Mittel des Auftraggebers nutzen. Hier wird ein eher schwaches Indiz durch die explizite Benennung in einem stark verkürzten Kriterienkatalog enorm aufgewertet, so dass keineswegs die Rechtsprechung dadurch abgebildet wird.

„die geschuldete Leistung in Zusammenarbeit mit Personen erbringt, die von einem anderen eingesetzt oder beauftragt sind“

So ist beispielsweise die Zusammenarbeit mit anderen Arbeitnehmern nur dann ein Indiz, wenn diese Zusammenarbeit ständig erfolgt. Der Textentwurf unterschlägt diese für die Praxis ganz wesentliche Einschränkung.

„ausschließlich oder überwiegend für einen anderen tätig ist“

Die Frage der Tätigkeit überwiegend für einen Auftraggeber entstammt dem Sozialversicherungsrecht, nicht jedoch dem Arbeitsrecht. Im Sozialversicherungsrecht bezieht sich das Kriterium auf die Abgrenzung zur Soloselbstständigkeit.

Ein solches Kriterium ist deshalb für die Abgrenzung eines Fremdpersonaleinsatzes aufgrund von Werk-/ Dienstverträgen völlig ungeeignet. Das Werkvertragsunternehmen wird in der Regel seine Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen Ganztätigkeit beschäftigen. Liegt deshalb schon eine verdeckte Arbeitnehmerüberlassung vor? Welche Aussagekraft soll für ein solches Dreiecksverhältnis die ausschließliche oder überwiegende Tätigkeit für einen anderen haben? Ein solches Kriterium passt ausschließlich auf die Soloselbstständigkeit.

Zudem wären die Vorgaben „überwiegend für einen anderen tätig“ wegen ihrer Unbestimmtheit für die Praxis kaum rechtssicher zu beurteilen und für den Auftraggeber selten beeinflussbar. Wie soll er kontrollieren, in welchem Umfang und für welchen weiteren Auftraggeber sein Vertragspartner tätig ist?

„keine eigene betriebliche Organisation“

Dieses Kriterium passt im Gegensatz zu dem vorherigen nur auf Fremdpersonaleinsatz im oben dargestellten Dreiecksverhältnis. Ob der Soloselbstständige eine eigene betriebliche Organisation hat, spielt bei der Abgrenzung zum Arbeitnehmer keine Rolle.

„Leistungen erbringt, die nicht auf die Herstellung oder Erreichung eines bestimmten Arbeitsergebnisses oder eines bestimmten Arbeitserfolgs gerichtet sind“

Dieses Kriterium kann allenfalls für Werkverträge Anhaltspunkte bieten. In der betrieblichen Wirklichkeit spielen jedoch sowohl Werk- als auch Dienstverträge eine große Rolle. Dienstverträge erfüllen dieses Kriterium grundsätzlich nicht. Wer einen solchen Katalog derartig eindimensional verfasst, verweigert sich der Realität.

„für das Ergebnis seiner Tätigkeit keine Gewähr leistet“

Hier gilt das Vorgesagte. Anders als das Werkvertragsrecht in § 631 ff. BGB kennt das Dienstverhältnis in § 611 BGB keine Gewährleistungsrechte des Auftraggebers. Ergänzend sei auch darauf hingewiesen, dass allein die zivilrechtliche Abgrenzung zwischen einem Werkvertrag und einem Dienstvertrag im Einzelfall hochkomplex sein kann. Knüpft ein arbeitsrechtlicher Kriterienkatalog hieran an, wird die Unwägbarkeit für ein rechtskonformes Verhalten uferlos.

Ein absoluter Systembruch und ohne Grundlage im Koalitionsvertrag ist der Bezug zum Sozialversicherungsrecht. Der dort verwendete Begriff des sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses ist viel weiter als der des Arbeitnehmerbegriffs. Auch das Ehrenamt kann beispielsweise als ein solches Beschäftigungsverhältnis eingestuft werden, als Arbeitsverhältnis aber keineswegs. Durch die Konstruktion als widerlegliche Vermutung wird auch ohne Grundlage im Koalitionsvertrag die Beweislast umgekehrt.

Der Systembruch wird noch dadurch vertieft, dass im Sozialversicherungsrecht eine andere Ermittlungsmethode zur Anwendung kommt, dort gilt der Ermittlungsgrundsatz, im zivilrechtlichen Verfahren trägt grundsätzlich der Anspruchsteller die Beweislast. Hieraus resultieren auch verfassungsrechtliche Bedenken, da der staatlich motivierte Amtsermittlungsgrundsatz im Sozialrecht durch die widerlegliche Vermutung zur Beweislast im Zivilrecht wird.

Die Rechtssicherheit wird zudem als eine Einbahnstraße definiert. Im Fall, dass eine echte Selbstständigkeit im Sozialversicherungsrecht festgestellt wird, profitieren die Unternehmen nicht auch arbeitsrechtlich von einer solchen Klärung.

Verbesserungsvorschläge

- Offene Definition eines Arbeitsverhältnisses in Absatz 1 mit den wesentlichen Kriterien „Eingliederung“ und „Weisung“ durch die Ergänzung des Wortes „insbesondere“ sowie die Betonung der Gesamtabwägung bereits in diesem Absatz
- Abgrenzungsfragen Arbeitnehmerüberlassung und Fremdpersonaleinsatz aufgrund von Werk-/Dienstverträgen isoliert und auf wesentliche Aussagen beschränkt im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz regeln; d.h. Verknüpfung zum Bürgerlichen Gesetzbuch vollständig aufheben
- Zielrichtung der Abgrenzungsfrage Soloselbständiger und Arbeitnehmer festlegen und Abgrenzungskriterien streng an der einschlägigen Rechtsprechung orientieren
- Vollständige Streichung des zivilrechtlichen Bezugs zum Sozialversicherungsrecht in Absatz 3

§ 611a Absatz 3 BGB-Entwurf

Widerlegliche Vermutung aus dem Sozialversicherungsrecht systemwidrig und ohne Grundlage im Koalitionsvertrag