



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung
„Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des
Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - Verhinderung von Missbrauch
der Arbeitnehmerüberlassung“ (BR-Drs. 847/10)

erarbeitet durch den

Ausschuss Arbeitsrecht der Bundesrechtsanwaltskammer

Mitglieder:

- RA Dr. Ulrich **Tschöpe**, Gütersloh, Vorsitzender des Ausschusses
RA Dr. Ulrich **Boudon**, Köln
RA Dr. Hermann Heinrich **Haas**, Hamburg
RA Dr. Georg **Jaeger**, Mannheim
RAin Angela **Leschnig**, Würzburg
RA Igor **Münter**, Leipzig (Berichterstatter)
RA Dr. Peter **Rambach**, Freiburg
RAuN Dr. Werner **Schmalenberg**, Bremen (Berichterstatter)
RA Dr. Robert **von Steinau-Steinrück**, Berlin
RA Dr. Dieter **Straub**, München
RA Dr. Thomas **Weckbach**, Augsburg
RAin Franziska **Bickelhaupt**, BRAK, Berlin

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Bundesministerium des Innern
Bundesministerium für Arbeit und Soziales
Landesjustizminister / Justizsenatoren der Länder
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
Ausschuss Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages
Fraktionen der im Bundestag vertretenen Parteien
Bundesrat
DGB-Bundesvorstand
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
Bundesvorstand des Deutschen Gewerkschaftsbundes
Deutscher Arbeitsgerichtsverband e.V.
Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit
Deutscher Richterbund
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Steuerberaterverband
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Notarverein
Deutscher Anwaltverein
Bundesarbeitsgericht
Landesarbeitsgerichte
ver.di Bundesverwaltung
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)
Zeitschrift Recht der Arbeit (RdA)
Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ)
Redaktion Anwaltsblatt
Redaktion der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW)
Redaktion Juristenzeitung (JZ)
Redaktion Monatszeitschrift für Deutsches Recht (MDR)
Verlag für Rechts- und Anwaltspraxis (ZAP)
Computer und Recht
Handelsblatt
Süddeutsche Zeitung
Financial Times

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist als Dachverband der 27 regionalen deutschen Rechtsanwaltskammern und der Rechtsanwaltskammer beim BGH die gesetzliche Vertretung der ca. 151.000 in Deutschland zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Sie tritt für die wirtschaftlichen und rechtlichen Belange der Anwaltschaft ein.

I. Vorbemerkung

1. Ziel des Gesetzentwurfs und Umsetzung

- a.** Nachdem die Bundesregierung einen ersten Entwurf zum geplanten „Gesetz zur Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung“ am 02.09.2010 vorgelegt hatte, liegt nun unter dem Datum 31.12.2010 ein überarbeiteter Entwurf zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) vor.

Ziel des Gesetzes ist es, den Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung zu unterbinden und die Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Leiharbeit (ABIEU L327 v. 5.12.2008, S. 9) in deutsches Recht umzusetzen. Die Richtlinie ist von der Bundesrepublik Deutschland bis spätestens 05.12.2011 in deutsches Recht umzusetzen. Art. 2 AÜG-E sieht vor, dass das Gesetz am 01.12.2011 in Kraft tritt. Abweichend davon sollen jedoch die Regelungen, die die sog. Drehtürklausel betreffen (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG-E) bereits am Tage nach der Verkündung dieses Gesetzes in Kraft treten (§ 19 AÜG-E).

Bedeutsam ist, dass der Grundsatz von Equal pay / Treatment (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG) nach dem Gesetzentwurf im Wesentlichen unverändert bleibt. Wie bisher kann von dem Grundsatz von Equal pay / Treatment durch tarifliche Regelungen abgewichen werden und zwar auch durch individual-vertragliche Inbezugnahme der Tarifregelungen durch die Leiharbeitsvertragsparteien, sofern sich Verleiher und Leiharbeitnehmer im Geltungsbereich des abweichenden Tarifvertrages befinden (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG-E).

- b.** Ob die beibehaltene voraussetzungslose Dispositionsbefugnis der Tarifvertragsparteien mit Sinn und Zweck von Art. 5 Abs. 3 RL im Einklang steht, erscheint zweifelhaft. Schließlich stellt sich die Frage, ob dem durch Art. 5 Abs. 3 RL bezweckten „Gesamtzuschutz“ von Leiharbeitnehmern in ausreichender Weise Rechnung getragen wird, wenn ohne jede Einschränkung negative Abweichungen in Tarifverträgen ermöglicht werden, die Leiharbeit erfassen.

Nicht verfolgt wurde die vereinzelt vertretene Auffassung, eine Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung sei auch in Tarifverträgen nur für unbefristete Arbeitsverhältnisse mit dem Verleiher zulässig (Art. 5 Abs. 2 RL). Dies ist jedoch Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 RL nicht zu entnehmen.

2. Die wesentlichen Neuerungen bestehen in:

- Die Unterscheidung zwischen gewerbsmäßiger und nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung entfällt. In Zukunft gilt das AÜG für jede „im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit“ ausgeübte Arbeitnehmerüberlassung (eine dementsprechende Anpassung enthält die Regelung für die Arbeitnehmerüberlassung im Baugewerbe, § 1b AÜG-E).
- Die Verhinderung missbräuchlicher Arbeitnehmerüberlassung (Verhinderung des sog. Drehtüreffekts). Um den Missbrauch von Arbeitnehmerüberlassung als „Drehtür“ zur Verschlechterung der Arbeitsbedingungen zu verhindern, findet für Leiharbeiter, die innerhalb der letzten sechs Monate vor der Überlassung aus einem Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher oder einem mit diesem verbundenen Konzernunternehmen ausgeschieden sind, und nun „zurückverliehen“ werden, ausnahmslos der Grundsatz von Equal pay / Treatment Anwendung. Durch tarifliche Regelung oder Inbezugnahme eines Tarifvertrages kann hiervon nicht abgewichen werden.
- Der Leiharbeiter erhält einen selbstständig einklagbaren Anspruch gegen den Entleiher auf Unterrichtung über sämtliche offene Stellen in allen Betrieben des Entleiherunternehmens (§ 13a AÜG-neu) und auf Gewährung von Zugang zu den beim Entleiher existierenden Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten unter den gleichen Bedingungen wie die übrigen beim Entleiher tätigen Arbeitnehmer (§ 13b AÜG-neu).

II. Zu dem Gesetzentwurf im Einzelnen

1. In Zukunft soll das AÜG für jede „im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeübte Arbeitnehmerüberlassung“ gelten (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG-E). Damit entfällt die Unterscheidung zwischen gewerbsmäßiger und nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung. Es kommt nicht mehr darauf an, ob das Unternehmen Erwerbszwecke verfolgt oder nicht. Es sind deshalb gemeinnützige Unternehmen nicht mehr von der Erlaubnispflicht und der Anwendbarkeit des AÜG entbunden (so allerdings noch BAG v. 02.06.2010 – 7 AZR 946/08).
2. Die Arbeitnehmerüberlassung bleibt auf die vorübergehende Überlassung von Arbeitnehmern beschränkt (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG-E). Man folgt damit der Definition der Leiharbeitsrichtlinie, wonach die Arbeitnehmerüberlassung vorübergehend ist. Gleichwohl ist diese Ergänzung europarechtlich nicht geboten. Art. 3 Abs. 1 lit. d und e RL lassen zwar erkennen, dass die Richtlinie die Arbeitnehmerüberlassung von vornherein als vorübergehend definiert. Der in Art. 5 Abs. 1 RL niedergelegte Gleichbehandlungsgrundsatz gilt aber auch bei dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung. Die jetzt durch den Gesetzentwurf erfolgte Ergänzung bringt somit ebenso wie die bisherige Regelung des § 1 Abs. 2 AÜG keine arbeitsrechtlichen Folgen mit sich. In derartigen Fällen sieht das Gesetz auch bisher nicht vor, dass

Kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher zustande kommt (BAG v. 28.06.2000 – 7 AZR 100/99, NZA 2000, 1160).

Da ohnehin das Adverb „vorübergehend“ zeitlich unpräzise ist, reduziert sich die Bedeutung der Ergänzung darauf, dass man sich nunmehr die Definition der Arbeitnehmerüberlassung in der Leiharbeitsrichtlinie zu eigen macht.

3. In § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG-E wird das Konzernprivileg davon abhängig gemacht, dass Arbeitnehmer an Konzerngesellschaften i.S.d. § 18 AktG überlassen werden, die „nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt“ wurden. Nicht eindeutig ist dem Gesetzentwurf zu entnehmen, ob der Arbeitnehmer von vornherein überhaupt nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt worden sein darf, oder ob die Konzernüberlassung dann noch möglich bleibt, wenn der Arbeitnehmer nicht ausschließlich zum Zweck der Überlassung eingestellt wurde. Man wird wohl davon ausgehen können, dass eine Konzernüberlassung i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 2 AÜG-E dann erlaubnisfrei ist, wenn die Arbeitsleistung in einem anderen Unternehmen nicht von vornherein ausschließlicher Vertragszweck ist. Eine Klarstellung wäre angebracht.

Fraglich ist, ob das Konzernprivileg auch schon in der bisherigen Fassung europarechtswidrig ist. Art. 5 RL sieht für die Konzernüberlassung keine Ausnahme vor.

4. Den praktischen Bedürfnissen und der vielfach auch schon gehandhabten Übung wird die neue Ausnahmeregelung zu § 1 Abs. 3 Nr. 2a AÜG-neu gerecht. Nicht nur Konzernunternehmen (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG-E), sondern auch Arbeitgeber, die nur gelegentlich Arbeitnehmer überlassen, die nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden, werden weitgehend von dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ausgenommen.
5. Nach dem Gesetzentwurf ist in § 1a AÜG hinsichtlich der zu überlassenden Arbeitnehmer der Zusatz vorgesehen, dass es sich dabei nur um Arbeitnehmer handeln darf, die nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden.

Geht man davon aus, dass es in § 1 Abs. 1a Abs. 1 AÜG-E nur darum geht, auch ohne gesonderte Erlaubnis die Arbeitnehmerüberlassung dann zuzulassen, wenn dadurch Kurzarbeit oder Kündigungen vermieden werden können, ist Adressat der Norm regelmäßig kein Zeitarbeitsunternehmen. Der Ergänzung bedarf es daher nicht. Sie wird in der Gesetzesbegründung auch damit erklärt, dass nur herausgestellt werden soll, dass der in § 1a AÜG geregelte Sachverhalt nicht dem Anwendungsbereich der Leiharbeitsrichtlinie unterliegt.

6. Die in § 1b AÜG-E normierten Einschränkungen im Baugewerbe gelten jetzt auch für die Betriebe des Baugewerbes, die keine Erwerbszwecke verfolgen. Trotz der in Satz 2 des § 1b AÜG-E normierten Ausnahmen widerspricht die Einschränkung im Baugewerbe den europarechtlichen Vorgaben, s. Art. 4 Abs. 1 RL.

7. Die Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG, wonach Arbeitgeber an dem Grundsatz von Equal pay / Treatment für die Dauer von sechs Wochen nicht gegenüber einem Arbeitnehmer gebunden sind, der zuvor arbeitslos war, entfällt. Diese Streichung der sechs-Wochen-Ausnahme schafft Klarheit.
8. Um den Missbrauch von Arbeitnehmerüberlassung als „Drehtür“ zur Verschlechterung der Arbeitsbedingungen zu verhindern, müssen nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, letzter Satz, 9 Nr. 2 AÜG-E mindestens sechs Monate zwischen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher oder einem mit diesem verbundenen Konzernunternehmen und der Aufnahme der Leiharbeit bzw. der Überlassung an den Entleiher oder ein mit diesem verbundenen Konzernunternehmen liegen. Ansonsten findet ausnahmslos der Grundsatz des Equal pay / Treatment Anwendung.

Fraglich ist, ob diese Abweichung nicht einen Eingriff in die Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) darstellt und deshalb nicht gerechtfertigt ist. Schließlich können nach Art. 5 Abs. 3 RL die Mitgliedsstaaten den Sozialpartnern die Möglichkeit einräumen, - auf der geeigneten Ebene und nach Maßgabe der von den Mitgliedsstaaten festgelegten Bedingungen - Tarifverträge aufrecht zu erhalten oder zu schließen, die unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern vom Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 5 Abs. 1 RL) abweichende Regelungen in Bezug auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen von Leiharbeitnehmern enthalten können.

Anzumerken ist, dass in § 1 Entgeltrahmen Tarifvertrag des iGZ-DGB Tarifwerkes für die Zeitarbeitsbranche schon eine derartige „Drehtürklausel“ enthalten ist. Sie schließt unter den dort genannten, mit dem Gesetzentwurf vergleichbaren Voraussetzungen die Anwendbarkeit des Tarifvertrages aus.

9. Mit § 9 Nr. 5 AÜG-neu wird Art. 6 Abs. 3 RL umgesetzt, indem auch eine Vereinbarung als unwirksam gilt, die eine von den Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmern an den Verleiher zu zahlende Vermittlungsvergütung vorsieht.
10. In der Neufassung des § 10 Abs. 4 AÜG-E wird der Verleiher losgelöst von der Unwirksamkeit des Vertrags zwischen Verleiher und Entleiher gemäß § 9 Nr. 1 AÜG verpflichtet, dem Leiharbeiter für die Zeit der Überlassung an den Entleiher die im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren. Soweit ein auf das Arbeitsverhältnis anzuwendender Tarifvertrag abweichende Regelungen trifft (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG-E), hat der Verleiher dem Leiharbeiter die nach diesem Tarifvertrag geschuldeten Arbeitsbedingungen zu gewähren. Wird dieser Verpflichtung nicht entsprochen, so stellt dies nach § 16 Abs. 1 Nr. 7a AÜG-E eine Ordnungswidrigkeit dar.

Nach der Gesetzesbegründung soll mit dieser gesonderten Normierung der Arbeitgeberpflichten entsprechend der auch im Gesetzentwurf ergänzten Überschrift des § 10 AÜG erreicht werden, dass die Bundesagentur für Arbeit bei Verstößen

gegen die Verpflichtungen aus dem AÜG nicht darauf beschränkt bleiben soll, die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung zurückzunehmen oder zu widerrufen. Als angemessene Sanktion soll vielmehr auch ein Ordnungswidrigkeitsverfahren gemäß der Neuregelung des § 16 Abs. 1 Nr. 7a AÜG-E ausreichen können. Hierzu bedarf es jedoch des Anknüpfungspunktes entsprechend der Neuregelung zu § 10 Abs. 4 AÜG-E.

Da die bisherige bloße Unwirksamkeitsfolge für die betroffenen Arbeitnehmer das Risiko beinhaltet, von Seiten des Entleihers als neuen Arbeitgeber wegen des dort nicht dauerhaft bestehenden Personalbedarfs mit einer betriebsbedingten Kündigung rechnen zu müssen, ist die Neuregelung des § 10 Abs. 4 AÜG-E geeignet, zu einem Erhalt der Arbeitsplätze der betroffenen Leiharbeiter beizutragen.

Überdies stellt sich § 10 Abs. 4 AÜG-E als Sanktion einer entgegen der „Drehtürklausel“ (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG-E) vorgenommenen Arbeitnehmerüberlassung dar.

- 11.** Neu ist die in § 13a AÜG-neu aufgenommene Informationspflicht über freie Arbeitsplätze. Der Leiharbeiter erhält einen selbstständig einklagbaren Anspruch gegen den Entleiher auf Unterrichtung über sämtliche offenen Stellen in allen Betrieben des Entleiherunternehmens.

Eine unmittelbare Sanktion bei einem Verstoß gegen die Informationspflicht sieht das Gesetz nicht vor. Hier gilt das Gleiche wie auch bei einer Verletzung der Informationspflicht nach § 18 TzBfG.

Die Rechtsfolge des § 10 AÜG gilt für die Verletzung der Informationspflicht nicht.

Da ein Übernahmeanspruch nicht besteht, handelt es sich um kein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, so dass allenfalls aus einer vertraglichen Nebenpflicht ein Schadensersatzanspruch hergeleitet werden kann.

Allerdings wird ein Verstoß gegen die Informationspflicht in § 16 Abs. 1 Nr. 9 AÜG-E als Ordnungswidrigkeit sanktioniert.

- 12.** § 13b AÜG-neu gewährt dem Leiharbeiter den Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen oder -diensten des Entleiherunternehmens. Zu den Gemeinschaftseinrichtungen zählen nach dem Gesetzentwurf insbesondere Kinderbetreuungseinrichtungen, Gemeinschaftsverpflegung und Beförderungsmittel. Da sich die Begriffe „Gemeinschaftseinrichtung“ und „Gemeinschaftsdienste“ nicht ausschließen, vielmehr kumulativ zu verstehen sind, ist das „oder“ im Gesetzentwurf verfehlt. Es sollte „und“ heißen.

Auch wenn der Gesetzentwurf in Übereinstimmung mit Art. 6 Abs. 4 RL Beispiele für Gemeinschaftseinrichtungen oder -dienste anführt, so ist nicht eindeutig, was unter „Gemeinschaftseinrichtung oder -diensten“ zu verstehen ist.

In § 13b AÜG-neu wird auch nicht der zu Art. 6 Abs. 5 RL enthaltenen Aufforderung hinsichtlich des Zugangs zu Fort- und Weiterbildungsangeboten sowohl im Leiharbeitsunternehmen wie auch im Entleiherunternehmen entsprochen.

Es erscheint fraglich, ob der gesetzlich verpflichtende Zugang zu Einrichtungen und Diensten des Entleiherunternehmens nicht Art. 14 GG widerspricht. Wegen der auch zu E des Gesetzentwurfs für möglich gehaltenen Mehraufwendungen (z. B. wegen der sich aus der Anzahl der Kinder in Kinderbetreuungseinrichtungen notwendigen Anpassung der Anzahl der Betreuungspersonen) ist eine Entschädigung durch den Verleiher angemessen. Allerdings ist eine Beschränkung der dem Entleiher obliegenden Zugangsverpflichtung gemäß § 9 Nr. 2a AÜG-E unwirksam. Aus diesem Grunde wird man den Zugangsanspruch auf Einrichtungen und Dienste beschränken müssen, die sich bei den Arbeitnehmern des Entleiherbetriebes nicht als geldwerte Vorteile steuerlich auswirken.

Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung aus § 13b AÜG-neu stellt sich als Ordnungswidrigkeit dar (§ 16 Abs. 1 Nr. 10 AÜG-E).

13. Bedeutsam ist die in § 19 AÜG-E vorgesehene Neufassung für Konzernunternehmen. Die in §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG-E vorgesehene „Drehtürklausel“ gilt schon für Leiharbeitsverhältnisse die ab dem 15.12.2010 begründet wurden und werden. Auch, wenn diese fast ein Jahr vor Inkrafttreten des Gesetzes rückwirkende Einschränkung des Drehtüreffekts bedenklich erscheinen mag, so ist doch zu berücksichtigen, dass schon aufgrund des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 02.09.2010 mit dieser Drehtürklausel zu rechnen war. Es erscheint daher sachgemäß, mit dieser rückwirkenden Regelung eine dem Gesetzesinhalt bis dessen Inkrafttreten widersprechenden Praxis entgegenzuwirken. Für den Verleiher ergibt sich die aus der Unwirksamkeit des Vertrages zwischen ihm und dem Entleiher resultierende Folge aus § 10 Abs. 4 AÜG-E.
