



**Erfolg verbindet**

Vereinigung Schweizerischer  
Unternehmen in Deutschland

Hirzbodenweg 95  
CH-4052 Basel

Telefon +41 (0) 61 375 95 00  
Fax +41 (0) 61 375 95 01

info@vsud.ch  
www.vsud.ch

Bundesministerium  
für Arbeit und Soziales  
Projektarbeitsgruppe  
Arbeitnehmerüberlassung /  
Werkverträge  
D-53107 Bonn

Basel, 22. April 2016/Ho

Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 14. April 2016

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderen  
Gesetzen

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nehmen wir zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer  
Gesetze Stellung.

Die Vereinigung Schweizerischer Unternehmen in Deutschland (VSUD) ist der Zusammenschluss der in Deutschland  
investierenden schweizerischen Unternehmen aller Branchen und Grössenordnungen.

Grundsätzlich begrüsst die VSUD Massnahmen und gesetzliche Änderungen, die zu einer Verringerung des Missbrauchs  
von Werkvertragsgestaltungen im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung führen, soweit dadurch nicht die  
unternehmerische Freiheit eingeschränkt und die Kernfunktion der Arbeitnehmerüberlassung, der flexible Einsatz von  
Personal um Auftragsspitzen und kurzfristige Personalengpässe im Unternehmen zu decken, nicht ausser Acht gelassen  
wird.

Gestatten Sie uns bitte, zu den einzelnen Punkten Stellung zu nehmen.

## 1. Bezugspunkt der Verleihgrenze

Der Referentenentwurf sieht vor, dass derselbe Leiharbeiter nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate  
demselben Entleiher überlassen werden darf. Unklar ist, warum ein dauerhaft vorhandener Arbeitsplatz alle 18 Monate  
durch einen neuen Leiharbeiter besetzt werden darf, aber ein und derselbe Leiharbeiter, nicht länger als 18  
aufeinanderfolgende Monate im Betrieb des Entleihers eingesetzt werden darf.

Der Zweck der Arbeitnehmerüberlassung ist es, durch den Einsatz von Leiharbeitern temporäre Engpässe bei der  
Belegschaft auszugleichen und nicht dauerhaft einen vorhandenen Arbeitsplatz zu besetzen. Dieser Arbeitsplatz könnte  
auch durch die Anstellung eines weiteren Mitarbeiters belegt werden.

**Berlin**  
Andreas Fußer  
Pappelallee 3-4  
D-10437 Berlin

**Brüssel**  
Holger Wissel  
Trône House, 4 Rue du Trône  
B-1000 Brussels

**Frankfurt**  
Dr. Marc Scheunemann  
Goetheplatz 5-7  
D-60313 Frankfurt am Main

**München**  
Dr. Klaus von Brocke  
Arnulfstrasse 59  
D-80636 München

Daher wäre hier zu empfehlen, die Höchstdauer der Arbeitnehmerüberlassung von 18 Monaten nicht nur auf den Leiharbeitnehmer zu beziehen sondern auch auf den Arbeitsplatz.

## **2. Einführung einer Überlassungshöchstdauer mit Abweichungsmöglichkeiten**

Grundsätzlich begrüsst die VSUD die Möglichkeit, von der neu eingeführten Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten von Leiharbeitnehmern an Entleihbetriebe mittels Tarifvertrag bzw. Betriebs- und Dienstvereinbarung abweichen zu können. Kritisch sehen wir allerdings die Einschränkung für nichttarifgebundene Entleiher, wonach diese zwar mittels Betriebs- und Dienstvereinbarung von der Überlassungshöchstdauer abweichen dürfen. Jedoch dürfen nichttarifgebundenen Entleiher Leiharbeitnehmer nur für eine Höchstdauer von 24 Monaten entleihen. Damit werden tarifgebundenen Entleiher gegenüber nichttarifgebundenen Entleiher ungleich behandelt ohne, dass ein wichtiger Grund vorliegt oder, dass diese Ungleichbehandlung notwendig erscheint. Dies bedeutet einen Verstoss gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz.

Des Weiteren sieht der Koalitionsvertrag keine Höchstdauerverleihgrenze von 24 Monaten für nichttarifgebundenen Entleiher im Fall einer Abweichung durch eine Betriebsvereinbarung vor. Damit geht diese Regelung über die Vorgaben des Koalitionsvertrages hinaus.

## **3. Equal Pay**

Gemäss dem Entwurf sollen die Leiharbeitnehmer den Stammarbeitnehmern hinsichtlich des Arbeitsentgelts und der wesentlichen Arbeitsbedingungen gleichgestellt werden. In diesem Punkt geht der Referentenentwurf weiter als der Koalitionsvertrag. Dieser sieht nur eine Gleichstellung von Leiharbeitnehmern und Stammarbeitnehmern hinsichtlich des Arbeitsentgeltes vor.

Ferner ist unklar, welche Arbeitsbedingungen wesentlich sind. Hier fehlt es an einer rechtssicheren Definition. Zudem würde eine Gleichstellung der Leiharbeitnehmer und der Stammarbeitnehmer hinsichtlich der wesentlichen Arbeitsbedingungen dazu führen, dass Leiharbeitnehmer Ansprüche auf den gleichen Erholungsurlaub wie die Stammarbeitnehmer, die für die Stammarbeitnehmer gewährte betrieblichen Altersvorsorge und die gewährten Sachleistungen und das Urlaubsgeld etc. gegen den Verleiher hätten, obwohl dieser diese Arbeitsbedingungen nicht oder nicht in vergleichbarer Weise in seinem Verleihbetrieb seinen Angestellten gewähren würde. Dies könnte dazu führen, dass der Verleiher dem Entleiher den Leiharbeitnehmer gegen ein höheres Entgelt zur Verfügung stellen müsste. Dies würde zu einer unerwünschten Verteuerung der Arbeitnehmerüberlassung führen.

Zudem ist die Kernfunktion der Arbeitnehmerüberlassung nicht die Stärkung von Ansprüchen der Leiharbeitnehmer gegen ihren Arbeitgeber, sondern der flexible Einsatz von Fremdpersonal in Unternehmen, um Auftragsspitzen und kurzfristige Personalengpässe abzudecken.

Die VSUD schlägt hier vor, auf eine Gleichstellung der Leiharbeitnehmer und der Stammarbeitnehmer hinsichtlich der wesentlichen Arbeitsbedingungen zu verzichten.

Ferner sieht der Referentenentwurf eine Ausnahme von der Equal-Pay-Pflicht vor, wenn der Leiharbeitnehmer nach einem Branchenzuschlagstarifvertrag vergütet wird. Jedoch muss nach spätestens 15 Monaten mit den Branchenzuschlägen ein Entgelt erreicht werden, das mit dem tariflichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer der Einsatzbranche gleichwertig ist. Diese Regelung geht über die Vorgaben des Koalitionsvertrages hinaus.

## **4. Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher**

Ferner regelte der neue § 10 a Abs. 5 AUG im Referentenentwurf, dass Leiharbeitnehmer nicht als Streikbrecher in von einem Arbeitskampf unmittelbar betroffenen Betrieb eingesetzt werden dürfen. Dies erschwert dem Entleihbetrieb auf Ersatzarbeitskräfte eines anderen Arbeitgebers im Arbeitskampf zurückzugreifen, um einen Arbeitskampf im eigenen Betrieb abzuwehren. Als Arbeitgeber hat der Entleihbetrieb das Recht Abwehrmassnahmen gegen einen Arbeitskampf einzusetzen. Der Einsatz von Leiharbeitnehmern während eines Arbeitskampfes dient dem bestreikten Entleihbetrieb dazu, die betriebliche Organisation aufrechtzuerhalten und das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko zu minimieren.

Kann der Entleihbetrieb während eines Arbeitskampfes keine Leiharbeitnehmer als Ersatzarbeitskräfte einsetzen, so ist er möglicherweise gezwungen den Betrieb oder Betriebsteile während der Dauer des Arbeitskampfes einzustellen. Dies würde das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko erhöhen und auf Arbeitnehmer übertragen, die sich nicht am Arbeitskampf beteiligen möchten.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass Arbeitnehmer ein Streikrecht gegenüber ihrem Arbeitgeber haben, um ihre Rechte durchzusetzen bzw. eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen in ihrem Arbeitgeberbetrieb durchzusetzen.

Leiharbeitnehmer werden nur zeitlich begrenzt im Entleihbetrieb eingesetzt. Weder profitieren sie auf lange Sicht von einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen in ihrem Entleihbetrieb, die durch die Ausübung eines Streiks erreicht werden kann, noch haben sie ein Streikrecht gegenüber dem Entleihbetrieb, sondern nur gegenüber ihrem eigenen Arbeitgeber. Dieser Arbeitgeber ist der Verleihbetrieb.

Auch ist unklar, ob von diesem Verbot der Einsatz von Leiharbeitnehmern zur Abwehr eines Arbeitskampfes im Entleihbetrieb umfasst, oder ob, das Verbot auch den Einsatz von Leiharbeitnehmern umfasst, die bereits vor Beginn des Arbeitskampfes im Entleihbetrieb tätig waren.

Die VSUD sieht das Verbot daher als verfassungsrechtlich bedenklich an und plädiert dafür, auf ein solches Verbot im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz zu verzichten. Zumal ein solches Verbot in die Rechte des Arbeitgebers eingreift. Sollte an diesem Verbot festgehalten werden, so sollte um Rechtssicherheit zu schaffen § 10 a Abs. 5 AUG dahingehend konkretisiert werden, ob ein Einsatz von Leiharbeitnehmern zur Abwehr eines Arbeitskampfes verboten ist oder, ob ein Einsatz von Leiharbeitnehmern, die bereits vor dem Arbeitskampf im Entleihbetrieb tätig waren, während des Arbeitskampfes verboten ist.

## **5. Mitzählen der Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten der Betriebsverfassung und der Unternehmensmitbestimmung**

Auch eine Berücksichtigung der Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten der Betriebsverfassung und der Unternehmensmitbestimmung geht über die Vorgaben des Koalitionsvertrages hinaus. Durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sowie anderer Arbeitsgerichte wurde bereits ausreichend konkretisiert, ob und wann Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten der Betriebsverfassung und der Unternehmensbestimmung zu berücksichtigen sind. Ferner müsste im jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung der streitgegenständlichen Vorschrift entschieden werden, ob die im Einsatzbetrieb beschäftigten Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten zu berücksichtigen sind oder nicht.

Die §§ 1 Abs. 1 DrittelbG, 3 MitbestG und 5 Abs. 1 BetrVG gehen davon aus, dass zwischen dem Arbeitgeber und den bei den Schwellenwerten zu berücksichtigen Arbeitnehmern ein Arbeitsverhältnis bestehen muss und diese in den Betrieb des Arbeitnehmers eingegliedert sein müssen. Allerdings liegt im Verhältnis Leiharbeitnehmer und Entleihbetrieb kein Arbeitsverhältnis vor. Zudem ist der Einsatz von Leiharbeitnehmern auf eine Höchstdauer von 18 Monaten im Entleihbetrieb zeitlich begrenzt, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass es sich bei den Leiharbeitnehmern um ständige Arbeitnehmer handelt.

Würden Leiharbeitnehmer künftig bei den Schwellenwerten mitzählen, hätte dies möglicherweise zur Folge, dass in einem Unternehmen ein mit Arbeitnehmervertretern drittelbesetzter oder paritätisch besetzter Aufsichtsrat zu bilden wäre. Dies wäre auch der Fall, wenn der Entleihbetrieb weniger als 500 oder 2.000 eigene Arbeitnehmer beschäftigen würde, was eine erhebliche Auswirkung auf die Steuerung der Unternehmensinteressen durch den Aufsichtsrat hätte. Die Interessen der Leiharbeitnehmer und Stammarbeitnehmer sind im Rahmen der Mitbestimmung unterschiedlich betroffen. Da sie in der Regel nach ihrem Einsatz zu ihrem Arbeitgeber, dem Verleihbetrieb, wieder zurückkehren, steht einer Nichtberücksichtigung der Leiharbeitnehmer betriebsverfassungsrechtlich nichts entgegen.

Die VSUD schlägt daher vor, Leiharbeitnehmer bei den Schwellenwerten der Betriebsverfassung und der Unternehmensmitbestimmung nicht mitzuzählen.

## 6. Abgrenzung von abhängiger und selbständiger Tätigkeit

Die VSUD begrüsst es, dass von der Aufnahme des ursprünglich geplanten Kriterienkatalogs in § 611a BGB n. F. im Referentenentwurf zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträgen und auf die Wiedereinführung der gesetzlichen Vermutungsregel für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung verzichtet wurde. Ein solcher Kriterienkatalog hätte zur Rechtsunsicherheit geführt.

## 7. Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung

Nach Ansicht der VSUD gibt die geplante Regelung des § 12 Abs. 1 a AÜG n. F. im Referentenentwurf, wonach sich im Fall des Vorliegens eines Widerspruchs zwischen dem Vertrag und seiner tatsächlichen Durchführung, die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses massgebend ist, die Rechtsprechung nicht zutreffend wieder. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes ist bei einem Widerspruch zwischen dem Vertrag und der tatsächlichen Durchführung, die tatsächliche Durchführung zur Bestimmung des Vertragstyps dann massgeblich, wenn die tatsächliche Durchführung der am Abschluss der vertraglichen Vereinbarung Beteiligten auch so gewollt war. Entscheidend ist, ob die Vertragsparteien Kenntnis vom Widerspruch zwischen der Vertragsbezeichnung und der tatsächlichen Vertragsdurchführung hatten oder diese zumindest billigend in Kauf genommen haben.

Daher sollte diese Regelung dahingehend ergänzt werden, dass die Vertragsparteien Verleiher und Entleiher den Widerspruch kennen oder diesen billigend in Kauf genommen haben müssen.

Wir wären Ihnen dankbar, wenn Sie unsere Erwägungen im weiteren Gesetzgebungsverfahren miteinbeziehen könnten. Für weitere Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

