

**Stellungnahme
des Bundesverbands Direktvertrieb Deutschland e.V.
zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes
und anderer Gesetze (Stand 14.04.2016)**

Über den Bundesverband Direktvertrieb Deutschland e.V.

Der Bundesverband Direktvertrieb Deutschland (BDD) vertritt als Branchenverband der deutschen Direktvertriebswirtschaft die Interessen namhafter Direktvertriebsunternehmen mit einem Umsatz von über 1,5 Milliarden Euro und über 200.000 Beraterinnen und Beratern. Dem BDD gehören zahlreiche Unternehmen aus ganz unterschiedlichen Produktbranchen an, wie z.B. Haushaltswaren, Reinigungsmittel, Bauelemente, Wein und Spirituosen, Nahrungsergänzungsmittel, Kosmetik- und Schönheitsartikel, Schmuck, Heimtiernahrung sowie Telekommunikations- und Energiedienstleistungen. Seine Mitgliedsunternehmen verpflichten sich zur Einhaltung von Verhaltensstandards, die für ein faires Miteinander im Direktvertrieb sorgen.

Laut des Koalitionsvertrages 2013 sollen die Arbeitnehmerüberlassung weiterentwickelt und rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen verhindert werden. Der jetzt vorgelegte Referentenentwurf weist, im Vergleich zum ursprünglich bekanntgewordenen Gesetzentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales aus November 2015, wichtige Klarstellungen und inhaltlich deutliche Verbesserungen auf. Dessen ungeachtet geht der jetzt vorgelegte Gesetzentwurf in einigen Punkten über den Inhalt des Koalitionsvertrages hinaus. Aus Sicht des BDD besteht daher Änderungsbedarf.

**1. Informations- und Konsultationsrechte des Betriebsrates,
§ 80 Absatz 2 und § 92 Absatz 1 Satz 1 BetrVG-E**

Durch § 80 Absatz 2 und § 92 Absatz 1 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetz-Entwurfs (BetrVG-E) soll der Inhalt des bereits bestehenden Informationsrechts des Betriebsrates über den Einsatz von Personen, die nicht im Arbeitsverhältnis zum Arbeitgeber des Betriebs stehen, gesetzlich klargestellt werden. Bereits jetzt besteht ein Informations- und Unterrichtsrecht des Betriebsrates. Die geplanten Neuregelungen im BetrVG-E gehen jedoch über die derzeitige Rechtslage hinaus.

- a. Der Entwurf sieht für den § 80 Absatz 2 Satz 3 BetrVG-E vor, dass ein Betriebsrat über Dauer und Ort des Einsatzes sowie die Arbeitsaufgaben von Fremdpersonal auf dem Betriebsgelände rechtzeitig und umfassend zu informieren ist und Einblick in die zugrunde liegenden Verträge erhält. Diese Ergänzung des § 80 Abs. 2 Satz 3 BetrVG-E ist zu allgemein formuliert. Gemäß der Begründung des Gesetzentwurfs sollte davon lediglich die Vorlage derjenigen Verträge erfasst werden, welche dem Fremdpersonaleinsatz zugrunde liegen. Die nun vorliegende Fassung des Satz 3 BetrVG-E könnte aber auch so ausgelegt werden, dass dem Betriebsrat nun ein grundsätzliches und allumfassendes Recht auf Einsichtnahme in die Arbeitsverträge der Arbeitnehmer des eigenen Betriebes sowie der im Betrieb eingesetzten Arbeitnehmer des Werkvertragsunternehmens möglich ist. Die Formulierung in § 80 Abs. 2 Satz 3

BetrVG-E muss also insoweit konkretisiert werden, dass damit lediglich die Vorlage derjenigen Verträge gemeint ist, welche dem Fremdpersonaleinsatz zugrunde liegen.

- b. Der vorgelegte Gesetzentwurf begründet nach der jetzt enthaltenden Formulierung ein Informationsrecht des Betriebsrates für einzelne Fremdpersonaleinsätze – unabhängig vom Gebiet, der Dauer und der Häufigkeit des Einsatzes. Es bestünde somit z.B. eine Konsultationspflicht für jeden separaten Einsatz eines zu beauftragenden Handwerkers, Servicedienstleisters oder Handelsvertreters.

Der im Direktvertrieb übliche Einsatz von selbständigen Handelsvertretern und Vertragshändlern sollte von den in § 80 Absatz 2 Satz 3 BetrVG-E enthaltenen Informationsrechten ausgenommen werden. Ein Informationsrecht des Betriebsrates bei diesem Fremdpersonaleinsatz wäre unverhältnismäßig. Eine Tätigkeit im Direktvertrieb ist aktuell gerade für junge Arbeiter eine flexible und besonders attraktive Berufsmöglichkeit und bietet eine wichtige Alternative zu einer Festanstellung in einem Unternehmen. In Deutschland sind über 800.000 selbständige Handelsvertreter und Vertragshändler im Direktvertrieb tätig. Laut der Studie der Universität Mannheim „Situation der Direktvertriebsbranche in Deutschland 2014“ werden bis 2019 deutsche Direktvertriebsunternehmen 200.000 weitere Vertriebspartner beschäftigen. Die Zahl der jährlich abgeschlossenen Vertriebspartnerverträge wird durch die in der Branche übliche Fluktuation erhöht. Es wäre aus unserer Sicht unverhältnismäßig und ein unnötiger Bürokratismus, Informations- und Beratungspflichten des Betriebsrates bei jedem einzelnen dieser Vertriebspartnerverträge vorzusehen. Es besteht auch keine Notwendigkeit. Bei der grundsätzlichen Frage, ob man im Direktvertrieb selbständige Vertriebspartner einsetzt oder nicht, hat der Betriebsrat ohnehin bereits jetzt ein Informations- und Konsultationsrecht.

- c. Gemäß dem jetzigen Regelungsentwurf und der darin enthaltenden Formulierung des § 80 Absatz 2 BetrVG-E bestünde die Informationspflicht an den Betriebsrat unabhängig von der Dauer des Einsatzes. Ein Fremdpersonaleinsatz, welcher für einen oder zwei Tage stattfinden soll, würde nach der jetzigen Gesetzentwurfs-Fassung die gleichen umfänglichen Konsultationspflichten für den Arbeitgeber begründen wie ein mehrmonatiger Einsatz. Dies würde aus unserer Sicht eine überflüssige Bürokratie erzeugen. Die in § 80 Absatz 2 BetrVG-E enthaltenen Informations- und Konsultationsrechte des Betriebsrates sollten auf einen langfristigen Einsatz in dem Unternehmen beschränkt werden. Der BDD spricht sich daher für eine praxistaugliche Änderung des Gesetzentwurfs aus, wonach zum Beispiel Einzeleinsätze bzw. Einsätze unter einer Einsatzzeit von vier Wochen von der Neuregelung ausgenommen werden.
- d. Gemäß der Regelung im § 92 Absatz 1 BetrVG besteht für den Arbeitgeber nach aktueller Gesetzeslage für den Bereich der Personalplanung und insbesondere des Personalbedarfs, bereits eine umfassende Unterrichts- und Beratungspflicht gegenüber dem Betriebsrat. Durch die Neuregelung des § 92 Absatz 1 Satz 1 BetrVG-E im vorliegenden Gesetzentwurf soll eine umfängliche Erweiterung dieses Konsultationsrechts für den Betriebsrat erfolgen. Danach obläge dem Arbeitgeber die Pflicht, im Vorfeld eines geplanten Einsatzes von Fremdpersonal eine ausführliche Unterrichtung und Beratung mit dem Betriebsrat durchzuführen. Diese vorgelegte Regelung geht über den Inhalt des Koalitionsvertrages hinaus. Der Koalitionsvertrag sieht lediglich vor, dass die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrates sichergestellt und konkretisiert werden sollen. Durch § 92 Absatz 1 Satz 1 BetrVG-E erfolgt hier jedoch keine bloße Sicherstellung und Konkretisierung, sondern es wird zusätzlich ein Konsultationsrecht des Betriebsrates begründet. Dementsprechend und aus den unter 1 b) genannten Gründen, sollte die vorgesehene Änderung in Bezug zum Fremdpersonal im § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG-E ersatzlos gestrichen werden.

2. Gesetzliches Streikeinsatzverbot, § 11 Absatz 5 AÜG-E

Die Regelung im § 11 Absatz 5 des Entwurfs für das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG-E) beschreibt den künftig zulässigen Einsatz von Leiharbeitnehmern, soweit ein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Nach dem Wortlaut des § 11 Absatz 5 AÜG-E soll es einem bestreikten Betrieb nicht gestattet sein, Leiharbeitnehmer tätig werden zu lassen. Dies solle selbst dann gelten, wenn sie in ganz anderen Betriebsbereichen als den bestreikten eingesetzt sind und auch dann, wenn sie schon längere Zeit im Betrieb gearbeitet haben.

Diese Regelung geht weit über den Inhalt des Koalitionsvertrages und die vorgelegte Gesetzesbegründung hinaus. Danach sollte ausschließlich der Einsatz von Streikbrechern unmöglich gemacht werden. Ein solches Beschäftigungsverbot für Leiharbeitnehmer könnte darüber hinaus einen übermäßigen Eingriff in die von Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Rechte bedeuten. Zudem würden Unternehmen alleine durch die bloße Androhung eines Streiks erpressbar.

Aufgrund der dargelegten Gründe sollte die Regelung des § 11 Absatz 5 AÜG-E daher auf Fremdpersonaleinsatz zum Zwecke, den konkreten Leiharbeitnehmer konkret an Stelle streikender Arbeitnehmer einzusetzen, beschränkt werden.

3. Definition des Arbeitnehmerbegriffs, § 611 BGB-E

Der vorliegende Referentenentwurf enthält eine an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts angelehnte abstrakte Definition des Arbeitnehmerbegriffs. Arbeitnehmer ist demnach, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann; der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an. In der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass andere Rechtsvorschriften unberührt bleiben, wenn diese eine abweichende Definition des Arbeitnehmers, des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses vorsehen. Damit ist aus unserer Sicht präzise klargelegt, dass die Regelung des § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB, in der die Definition des selbständigen Handelsvertreters enthalten ist, im Fall der geplanten Neuregelung keinerlei rechtlichen Änderungen unterliegen würde.

Der Referentenentwurf verzichtet erfreulicherweise auf einen Kriterienkatalog, wie er in dem im November 2015 bekanntgewordenen Referentenentwurf noch enthalten war. Der Gesetzgeber sollte auch möglicherweise laut werdenden Forderungen, diesen wieder einzuführen, widerstehen.

Das Bundesarbeitsgericht stellt in seinen Entscheidungen immer wieder klar, dass es für die Abgrenzung von Selbständigen und Arbeitnehmern kein Einzelmerkmal gibt, welches aus der Vielzahl möglicher Elemente unverzichtbar vorliegen muss. Zu berücksichtigen ist, dass jedes Merkmal nach Vertrag, beteiligten Personen und Umständen ein stärkeres oder schwächeres Indiz in die eine oder andere Richtung

sein kann. Wollte man aus diesen Einzelentscheidungen dagegen vermeintlich allgemeingültige Kriterien zur Abgrenzung über alle Branchen hinweg entnehmen, würde dies unweigerlich zu unzulässigen Pauschalisierungen führen. Ein Abstellen auf einige Kriterien führt dementsprechend in die Irre und kann den Besonderheiten der jeweiligen Branche nicht gerecht werden. So hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Rechtsprechung z.B. in einigen Branchen die Nutzung von Arbeitsmaterialien des Leistungsempfängers als Anhaltspunkt für die Arbeitnehmereigenschaft des Leistenden in Betracht gezogen.¹ Demgegenüber ist der Unternehmer in der Direktvertriebsbranche gem. § 84 Abs. 1 HGB verpflichtet, dem Handelsvertreter die zur Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen Unterlagen, wie Muster, Zeichnungen, Preislisten, Werbendrucksachen, Geschäftsbedingungen, zur Verfügung zu stellen.

Der BDD sieht zudem keinen gesetzlichen Handlungsbedarf zu einer über den Referentenentwurf hinausgehende Regulierung der Werkverträge. Die immer wieder genannten Problemfälle (Regaleinräumer, LKW-Fahrer, Pflegekräfte in Krankenhäusern, Fleischzerleger in Schlachthöfen) lassen sich mit Hilfe der ausdifferenzierten Rechtsprechung auch jetzt schon eindeutig fassen und sachgerecht lösen. Es fehlt also nach unserer Einschätzung lediglich an der Umsetzung bestehender gesetzlicher Vorschriften und nicht an gesetzlichen Regelungen selbst. Weder darf der Werkvertrag generell unter Missbrauchsverdacht gestellt werden noch darf jeder Missbrauchsfall bei Werkvertragsgestaltungen mit neuen gesetzlichen Regelungen beantwortet werden. Außerdem ist zu beachten, dass keinerlei verlässliche Informationen über den Missbrauch von Werkverträgen vorliegen.

Gegen eine weitergehende Regulierung sprechen des Weiteren die Erfahrungen mit der sozialrechtlichen Definition eines Beschäftigungsverhältnisses im Rahmen des sog. Gesetzes zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit aus dem Jahre 1998: Der darin enthaltende Vermutungskatalog wurde kurz nach Verabschiedung des Gesetzes wieder aus dem Sozialgesetzbuch gestrichen. Auch die Diskussion um das Grünbuch Arbeitsrecht im Jahr 2006 führte letzten Endes dazu, dass sich die Europäische Kommission von einer entsprechenden gesetzlichen Definition distanziert hat. Aktuell machen österreichische Unternehmen negative Erfahrungen mit einer entsprechenden gesetzlichen Definition.

Ansprechpartner:

Jochen Clausnitzer, Tel.: 030/23 63 86 80

Katharina-Luise Kuhl, Tel.: 030/23 63 86 89

22. April 2016

¹ Vgl. bereits die in der Gesetzesbegründung zitierten Entscheidungen LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 19. Dezember 2013 - 10 Sa 239/13 (es wurden sämtliche Betriebsmittel gestellt); LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 01. August 2013 - 2 Sa 6/13 (es wurden die gesamten Mittel für die Bearbeitung der Aufträge gestellt); LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26. April 2011 - 7 Ta 519/11 (es wurde das wesentliche Arbeitsmittel bereitgestellt); LAG München, Urteil vom 11. Juni 2010 - 5 Sa 582/09 (es wurden wesentliche Betriebsmittel (kostspieligen und hochspezialisierten technischen Einrichtungen) zugänglich gemacht).