

Stellungnahme

des Bundesarbeitgeberverbandes der Personaldienstleister e.V. (BAP)

zum

**„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungs-
gesetzes und anderer Gesetze“**

Berlin, den 22. April 2016

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) hat den Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V. (BAP) mit E-Mail vom 15. April 2016 zu einer schriftlichen Stellungnahme zum „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ aufgefordert. Dieser Aufforderung kommt der BAP im Folgenden nach.

I. Kurzbewertung

Grundsätzlich lehnt der BAP nach wie vor die Einführung einer gesetzlichen Equal Pay-Regelung und einer Höchstüberlassungsdauer – auch wegen verfassungs- und europarechtlicher Bedenken – ab, beschränkt sich aber darauf, zu einzelnen Regelungen aus dem „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ Stellung zu nehmen:

1. Durch Branchenzuschlagstarifverträge soll generell von der gesetzlichen **Equal Pay**-Regelung abgewichen werden können, wenn
 - sichergestellt wird, dass Zeitarbeitskräfte spätestens nach sechs Wochen an ein Arbeitsentgelt herangeführt werden,
 - das von den Sozialpartnern der Zeitarbeitsbranche als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer der Einsatzbranche definiert wird, und
 - dieses gleichwertige Arbeitsentgelt spätestens nach 15 Monaten Einsatzdauer erreicht wird.

Bewertung:

Es ist zu begrüßen, dass nunmehr die Branchenzuschlagstarifverträge – wenn auch nur unter bestimmten Bedingungen – als Equal Pay anerkannt werden, sodass Zeitarbeitsunternehmen bei Anwendung dieser Zuschlagstarifverträge unbegrenzt, also bis zum Ende der Höchstüberlassungsdauer, von der gesetzlichen Equal Pay-Vorschrift abweichen können.

2. In der **Equal Pay**-Vorschrift wurde ein Vermutungstatbestand aufgenommen, nach der Equal Pay erfüllt sein könnte, wenn
 - das „*tarifvertraglich geschuldete Arbeitsentgelt*“ gezahlt wird, das ein vergleichbarer Stammmitarbeiter im Einsatzbetrieb erhält, oder
 - das „*tarifvertraglich geschuldete Arbeitsentgelt*“ der Einsatzbranche bezahlt wird, falls im Einsatzbetrieb selbst keine Tarifverträge Anwendung finden.

Bewertung:

Diese vom BMAS als Erleichterung bei der praktischen Umsetzung von Equal Pay gemeinte Regelung wäre nur hilfreich, wenn die Vermutung unwiderleglich wäre. Ansonsten sind Klagen von Zeitarbeitnehmern Tür und Tor geöffnet, sodass kein Personaldienstleister diese Regelung rechtssicher anwenden kann. Der BAP würde jedenfalls seinen Mitgliedsunternehmen aus Gründen der Rechtssicherheit dringend davon abraten, von dieser Regelung Gebrauch zu machen.

Änderungsbedarf:

Im Gesetzestext muss die Vermutung als unwiderleglich bezeichnet werden. Dies wäre keinesfalls ein Präzedenzfall, sondern findet sich beispielsweise in § 1566 Abs. 2 BGB.

3. Auch tarifungebundenen Kundenunternehmen soll nunmehr die Möglichkeit eröffnet werden, aufgrund tarifvertraglicher Regelungen oder Betriebs- und Dienstvereinbarungen von der gesetzlichen **Höchstüberlassungsdauer** von 18 Monaten abweichen zu können. Dabei sieht der Entwurf zwei unterschiedliche Fallkonstellationen vor:

- Abweichende tarifvertragliche Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer können in tarifungebundenen Betrieben „*durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen inhalts-gleich übernommen werden*“ (Referentenentwurf des BMAS, S. 20).
- Von tarifvertraglichen Öffnungsklauseln für Betriebs- und Dienstvereinbarungen können tarifungebundene Kundenbetriebe durch den Abschluss von eigenen Betriebs- oder Dienstvereinbarungen Gebrauch machen, wobei „*diese Möglichkeit auf maximal 24 Monate Überlassungshöchstdauer begrenzt*“ ist (Referentenentwurf des BMAS, S. 20).

Bewertung:

Die vorgesehene gesetzliche Regelung ist so kompliziert formuliert, dass es teilweise zu der Fehlinterpretation kam, es gäbe für tarifungebundene Kundenunternehmen generell eine Deckelung bei der tariflichen Abweichungsmöglichkeit von der Höchstüberlassungsdauer auf 24 Monate. Der Begründungsteil des BMAS-Entwurfs zeigt allerdings, dass es keine generelle Deckelung für tarifungebundene Kundenbetriebe gibt. Da tarifungebundene Einsatzbetriebe jedoch generell nur auf Basis von Betriebs- oder Dienstvereinbarungen von tariflichen Abweichungsregelungen bei der Höchstüberlassungsdauer Gebrauch machen können, werden alle tarifungebundenen Unternehmen ohne Betriebs- oder Personalrat – laut WSI Mitteilungen 91 Prozent der Unternehmen in Ost- und in Westdeutschland – damit schon vom Prinzip her von der Möglichkeit einer längeren Überlassung ausgeschlossen.

Änderungsbedarf:

Der Gesetzestext muss so eindeutig formuliert werden, dass für tarifungebundene Kundenunternehmen keine Zweifel über die ihnen eingeräumten Abweichungsmöglichkeiten von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer bestehen. Außerdem dürfen kleinere Unternehmen ohne Betriebs- oder Personalrat nicht diskriminiert werden, indem ihnen jegliche Abweichungsmöglichkeit verwehrt wird.

4. **Equal Pay** wird nach wie vor definiert als „*sämtliche auf den Lohnabrechnungen vergleichbarer Stammarbeitnehmerinnen und Stammarbeitnehmer des Entleihers ausgewiesenen Bruttovergütungsbestandteile*“, zu denen nach wie vor Sonderzahlungen, vermögenswirksame Leistungen und sogar Sachbezüge gezählt werden.

Bewertung:

Dieser überaus komplexe Equal Pay-Begriff ist in der Praxis nicht rechtssicher handhabbar und wird die deutsche Wirtschaft massiv mit zusätzlicher Bürokratie belasten.

Änderungsbedarf:

Da es dem Gesetzgeber trotz verschiedener Urteile der Arbeitsgerichtsbarkeit frei steht, Equal Pay zu definieren, sollte er von dieser Möglichkeit Gebrauch machen und festlegen, dass Equal Pay das übliche tarifliche Brutto-Stundenentgelt einschließlich tariflicher Zulagen und Zuschläge eines vergleichbaren Stammarbeitnehmers ist.

5. Im Gegensatz zur Höchstüberlassungsdauer soll es bei **Equal Pay** keine Übergangsvorschrift geben. Das heißt, dass Einsatzzeiten vor Inkrafttreten des Gesetzes angerechnet werden müssten.

Bewertung:

Dass es bei Equal Pay keine Übergangsregelung geben soll, ist nicht akzeptabel und auch nicht nachvollziehbar. Das Fehlen einer solchen Übergangsvorschrift würde dazu führen, dass mit Inkrafttreten des Gesetzes – vermutlich zum 1. Januar 2017 – auf einen Schlag sämtliche Zeitarbeitskräfte, die bereits neun Monate oder länger im selben Kundenbetrieb in einem Wirtschaftsbereich ohne Branchenzuschläge eingesetzt sind, Anspruch auf Equal Pay hätten. Außerdem würde das Gesetz so eine verfassungsrechtlich bedenkliche unechte Rückwirkung entfalten.

Änderungsbedarf:

Analog zur Höchstüberlassungsdauer muss auch für die Equal Pay-Regelung eine Übergangsregelung eingeführt werden, sodass Einsatzzeiten vor Inkrafttreten des Gesetzes nicht berücksichtigt werden müssen.

6. Sowohl bei **Equal Pay** als auch bei der **Höchstüberlassungsdauer** soll es eine Unterbrechungsregelung von sechs Monaten geben. Das heißt, dass
 - Zeiträume vorheriger Überlassungen an denselben Kundenbetrieb vollständig anzurechnen sind, „wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als sechs Monate liegen“.

Bewertung:

Angesichts der Tatsache, dass generell eine Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten gelten soll, ist eine Unterbrechungsregelung von sechs Monaten zu lang, denn sie umfasst ein Drittel der vorgesehenen Überlassungshöchstdauer. Außerdem werden damit die Vereinbarungen der Sozialpartner in den Branchenzuschlagstarifverträgen außer Kraft gesetzt, die eine Unterbrechungsregelung von drei Monaten festgelegt haben.

Änderungsbedarf:

Sowohl bei der Höchstüberlassungsdauer als auch bei Equal Pay muss eine Unterbrechungsregelung von drei Monaten im Gesetz festgelegt werden.

7. Bei Verstößen gegen **Equal Pay und die Höchstüberlassungsdauer** sind nach wie vor Sanktionen vorgesehen, die über den Koalitionsvertrag hinausgehen und den Fortbestand der Zeitarbeitsunternehmen gefährden:
 - Entzug der zwingend erforderlichen Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung
 - Bußgeld von bis zu 30.000 Euro bei Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer bzw. 500.000 Euro bei Verstoß gegen Equal Pay
 - Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Kundenbetrieb bei Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer

Bewertung:

Der Entwurf hat durch das Sanktionssystem eine Kriminalisierung der Zeitarbeitsbranche zur Folge, da schon durch kleine Fehler und Unachtsamkeiten die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis auf dem Spiel steht und teilweise die Existenz der Zeitarbeitsunternehmen bedrohende Geldbußen vorgesehen sind. Dies war im Koalitionsvertrag so nicht vorgesehen.

Änderungsbedarf:

Der Entzug der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Kunden als Sanktionen kommen einem Berufsverbot gleich bzw. greifen tief in die grundgesetzlich geschützte Privatautonomie ein und müssen deswegen – ebenso wie ein Bußgeld von bis zu 500.000 Euro – an klare Kriterien wie Vorsatz und Wiederholung gebunden werden.

8. Den Sozialpartnern der Zeitarbeitsbranche soll nach wie vor verwehrt bleiben, eigene tarifvertragliche Regelungen zur **Höchstüberlassungsdauer** zu vereinbaren.

Bewertung:

Dass die Zeitarbeit als Sozialpartner nicht selbst für ihre Branche abweichende Regelungen treffen kann, sondern nur die Einsatzbranchen, ist aus tarifpolitischer Sicht sehr fragwürdig sowie

verfassungsrechtlich bedenklich und führt außerdem zu praxisfremden Lösungen und – sollte es überhaupt in nennenswerter Zahl zu derartigen Tarifabschlüssen kommen – möglicherweise zu einer Zersplitterung der Zeitarbeitsbranche, wenn jeder Wirtschaftszweig unterschiedliche Abschlüsse trifft.

Änderungsbedarf:

Den Sozialpartnern der Zeitarbeit sollte die Möglichkeit eröffnet werden, selber tarifvertragliche Regelungen für Abweichungen von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer zu vereinbaren. Damit wäre auch eine Lösung für die 91 Prozent der Unternehmen ohne Betriebs- oder Personalrat herbeizuführen, denen die bisher vorgesehene Regelung jegliche Abweichungsoption von der Höchstüberlassungsdauer verwehren würde.

II. Vorbemerkung

Mit dem vom BMAS vorgelegten Entwurf sollen die Vereinbarungen von CDU/CSU und SPD zur Zeitarbeit aus dem Koalitionsvertrag vom 16. Dezember 2013 umgesetzt werden. Darin hatten sich die Regierungsparteien darauf verständigt, die „Arbeitnehmerüberlassung weiterentwickeln“ und „die Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen hin orientieren“ zu wollen (Koalitionsvertrag, S. 69). Konkret wurden dazu folgende Vorhaben festgehalten:

- *„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 auf Grund eines solchen Tarifvertrags in einer Betriebs- bzw. Dienstvereinbarung können unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Stammebelegschaften abweichende Lösungen vereinbart werden.“*
- *„Die Koalitionspartner sind sich darüber einig, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter künftig spätestens nach 9 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 BAP hat von Anfang an klar gemacht, dass er die beiden zentralen Vorhaben – die Einführung eines gesetzlichen Equal Pay nach neun Monaten und einer Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten – als massive Einschränkung der Zeitarbeit ansieht und als überflüssig, kontraproduktiv sowie verfassungs- und europarechtlich zumindest bedenklich ablehnt.

Die Einführung einer Höchstüberlassungsdauer ist schon allein deswegen unnötig, weil jahrelange Überlassungen die Ausnahme sind, wie Daten der Bundesagentur für Arbeit über die Beschäftigungsdauer von Zeitarbeitskräften zeigen. Danach waren im ersten Halbjahr 2015 48,5 Prozent der Zeitarbeiter weniger als drei Monate bei einem Zeitarbeitsunternehmen beschäftigt, während auf dem Gesamtarbeitsmarkt nach weniger als drei Monaten „nur“ bei 36,4 Prozent der Mitarbeiter das Arbeitsverhältnis endete. Längerfristige Einsätze von Zeitarbeitskräften finden in der Regel ohnehin im hochqualifizierten Bereich, zum Beispiel im Projektgeschäft bei IT- und Ingenieurdienstleistungen, statt. Diese hochqualifizierten Zeitarbeiter werden zumeist übertariflich bezahlt und sind in der Zeitarbeitsbranche sehr gut abgesichert. Durch die Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten werden diese Mitarbeiter geradezu in unsicherere Beschäftigungsarten – Beispiel Crowdfunding – gedrängt.

Aber auch aus Sicht der Zeitarbeitskräfte selbst macht eine Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten keinen Sinn, denn sie profitieren von längerfristigen Einsätzen: Zum einen finanziell durch die geplante Equal Pay-Regelung und die bereits bestehenden Branchenzuschläge und zum anderen durch eine von vielen Zeitarbeitnehmern gewünschte Kontinuität beim Einsatzort, an dem Arbeitsabläufe und Kollegen vertraut sind. Dem Schutz der Zeitarbeitskräfte dient eine Höchstüberlassungsdauer jedenfalls nicht, wie auch die Intervention der Betriebsräte der Zeitarbeitsunternehmen zeigt, die sich gegenüber Frau Bundesarbeitsministerin Nahles gegen die Überlassungshöchstgrenze ausgesprochen haben.

Genauso sieht das offenbar auch die EU-Kommission, denn sie hat in einem Schreiben mitgeteilt, dass „die langfristige Überlassung von Leiharbeitnehmern an entleihende Unternehmen keinen Verstoß gegen die Richtlinie 2008/104/EG“ darstellt und die EU-Zeitarbeitsrichtlinie außerdem „keine Beschränkung der Dauer der Arbeitnehmerüberlassung an die entleihenden Unternehmen“ vorsieht (<http://www.templin-thiess.de/blog/arbeitsrecht-aktuell/ueberraschung-eu-kommission-haelt-unbefristete-arbeitnehmerueberlassung>). Ganz im Gegenteil scheint die EU-Kommission eine Höchstüberlassungsdauer als Einschränkung der Zeitarbeit zu verstehen, die aus Gründen des Allgemeininteresses (Artikel 4, Absatz 1 Richtlinie 2008/104/EG) gerechtfertigt sein muss, denn in dem bereits

zitierten Schreiben heißt es wörtlich: „Die Mitgliedstaaten mussten bis Dezember 2011 möglicherweise bestehende **Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit** daraufhin überprüfen, ob sie aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind. **Hierunter fielen insbesondere Beschränkungen im Hinblick auf die Zahl möglicher Verlängerungen der Arbeitsverträge von Leiharbeitnehmern oder auf die Dauer ihrer Überlassung.**“ Angesichts dieser Aussagen aus der EU-Kommission ist es mehr als verwunderlich, dass das BMAS in seinem „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ nur mitteilt, dass dieser Entwurf „mit dem Recht der Europäischen Union [...] vereinbar“ sei.

Aber auch die Einführung von Equal Pay nach neun Monaten ist unnötig. Die Tarifabdeckung in der Zeitarbeit ist mit über 95 Prozent eine der höchsten überhaupt, wobei ausschließlich Tarifverträge mit DGB-Gewerkschaften zur Anwendung kommen. Eine Equal Pay-Regelung unterstellt den DGB-Gewerkschaften, dass sie keine „vernünftigen“ Entgelte in der Branche durchsetzen könnten. Dass das jedoch nicht der Fall ist, zeigt ein Blick auf die – überdurchschnittliche – Entwicklung der Löhne in der Zeitarbeit: In den Jahren 2009 bis 2012 wurden die Tarifentgelte für Zeitarbeitskräfte um bis zu 20 Prozent angehoben und stiegen zwischen 2014 und 2016 nochmals um rund 13,4 Prozent im Osten und circa 10 Prozent im Westen. Bereits seit dem 1. Januar 2012, und damit drei Jahre vor Einführung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns in Deutschland, profitieren Zeitarbeitnehmer von einer von den Tarifpartnern ausgehandelten und von der Bundesarbeitsministerin für allgemeinverbindlich erklärten Lohnuntergrenze. Diese Lohnuntergrenze beträgt aktuell 8,80 Euro im Westen und liegt damit über dem Niveau des allgemeinen Mindestlohns von 8,50 Euro. Zum 1. Juni 2016 wird der Zeitarbeitsmindestlohn auf 9,00 Euro in den sogenannten alten Bundesländern steigen und im Osten auf 8,50 Euro.

Allein diese Zahlen zeigen schon, dass die Zeitarbeit eine Branche mit ganz normalen Löhnen ist und der immer wieder erhobene Vorwurf des „Lohndumpings“ nicht zutrifft. Das gilt umso mehr, als die Sozialpartner seit Ende 2012 durch die Branchenzuschlagstarifverträge ein System zur Lohnangleichung für die Wirtschaftszweige entwickelt haben, in denen es Differenzen zwischen den Entgelten der Zeitarbeitskräfte und vergleichbaren Stammmitarbeitern gab. Inzwischen wurden elf dieser Branchenzuschlagstarifverträge für zwölf Wirtschaftsbereiche abgeschlossen, sodass wichtige Einsatzbranchen der Zeitarbeit durch dieses System abgedeckt sind. Dass die Arbeitgeberverbände der Zeitarbeit immer ihre Bereitschaft erklärt haben, das System der Branchenzuschläge auf weitere Wirtschaftsbereiche auszudehnen und weiterzuentwickeln, macht die Einführung eines gesetzlichen Equal Pay umso unnötiger. Eine Stärkung der Tarifautonomie, wie im „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ vom BMAS immer wieder postuliert, sieht jedenfalls anders aus.

Abgesehen davon greift eine gesetzliche Equal Pay-Regelung unbestreitbar in die grundgesetzlich geschützte Tarifautonomie der Zeitarbeit ein. Sie setzt die tarifvertraglichen Vereinbarungen an einer ganz entscheidenden Stelle, nämlich den Löhnen, außer Kraft. Ob dieser Eingriff in die Tarifautonomie gerechtfertigt und damit verfassungskonform ist, vermag allerdings nur das Bundesverfassungsgericht abschließend zu entscheiden.

Ob die Zeitarbeit angesichts der geplanten Regulierungen überhaupt noch ihre „besondere arbeitsmarktpolitische Bedeutung“, die das BMAS in seinem „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ der Branche attestiert, wird wahrnehmen können, ist zweifelhaft. Zumindest Equal Pay mit den damit verbundenen bürokratischen Belastungen und Rechtsunsicherheiten für die Personaldienstleister und ihre Kundenbetriebe wird Auswirkungen auf das Arbeitsmarktinstrument Zeitarbeit haben. Damit wird jedenfalls infrage gestellt, dass über die Branche weiterhin in dem durch die Bundesagentur für Arbeit belegtem Ausmaß Gruppen wie Langzeitarbeitslose und Geringqualifizierte in den Arbeitsmarkt integriert werden können: Nach Angaben der Behörde hat die Zeitarbeit allein im ersten Halbjahr 2015 fast 18 Prozent ihrer Mitarbeiter innerhalb der Langzeitarbeitslosen und Berufseinsteiger rekrutiert, weitere 52,6 Prozent waren bis zu einem Jahr arbeitsuchend. Mindestens 22,7 Prozent der Zeitarbeitskräfte hatten im selben Zeitraum keine abgeschlossene Berufsausbildung und gehörten damit zu den Geringqualifizierten. Angesichts dieser

Zahlen kann es nicht verwundern, dass Detlef Scheele, Vorstand Arbeitsmarkt der Bundesagentur für Arbeit, der Branche am 5. November 2015 attestierte: „*Viele Menschen hätten keine Arbeit, gäbe es keine Zeitarbeit.*“ Ob die Bundesregierung diesen Personengruppen mit Equal Pay und Höchstüberlassungsdauer einen Gefallen tut, ist doch mehr als fraglich. Eine repräsentative Befragung des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln von Unternehmen, die Zeitarbeit nutzen, hat jedenfalls ergeben, dass mehr als 32 Prozent dieser Unternehmen bei einer Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten die bisher durch Zeitarbeitskräfte übernommene Helferfunktion auslagern oder sogar ganz aufgeben würde, und bei Equal Pay nach neun Monaten würden knapp 30 Prozent der befragten Unternehmen so reagieren.

Außerdem konterkarieren die Einschränkungen der Zeitarbeit, insbesondere die Höchstüberlassungsdauer, den Einsatz der Bundesregierung für eine bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Die in dieser Legislaturperiode erst eingeführte Familienpflegezeit sieht zum Beispiel eine Reduzierung der Arbeitszeit von bis zu 24 Monaten vor, und es gibt einen Gesetzesanspruch auf bis zu 36 Monate Elternzeit. In beiden Fällen ist die Zeitarbeit das Instrument der Wahl für entsprechende Ausfälle. Diese Vertretungen gehören zum klassischen Einsatzgebiet der Zeitarbeit und im wahrsten Sinne des Wortes zu ihren Kernfunktionen – auf die die Bundesregierung die Branche laut Koalitionsvertrag „hin orientieren“ will. Kontraproduktiv wird sich die Höchstüberlassungsdauer im Übrigen auch auf die Qualifizierungsmaßnahmen der Personaldienstleister für Zeitarbeitnehmer auswirken. Vor allem das dreistufige Qualifizierungsmodell des BAP, mit dem geringqualifizierte Zeitarbeitskräfte ohne abgeschlossene Berufsausbildung in Etappen an einen anerkannten Berufsabschluss (Externenprüfung) herangeführt werden, wird damit infrage gestellt. Denn schon Teilqualifizierungen setzen eine mehrjährige praktische Berufserfahrung voraus und die Externenprüfung sogar zwischen 36 Monaten und viereinhalb Jahre, weil beispielsweise die IHKen als Mindestzeit für einschlägige praktische Tätigkeiten „die eineinhalbfache Dauer der üblichen Ausbildungszeit“ voraussetzen (https://www.ihk-berlin.de/aus_und_weiterbildung/ausbildungspruefungen/Voraussetzungen_zur_Pruefungszulassung/Externenpruefung/2262828).¹

Erschwerend hinzu kommt noch, dass die Vorhaben der großen Koalition zur Arbeitnehmerüberlassung inzwischen deutlich „aus der Zeit gefallen“ sind. Sie wurden vereinbart, als Deutschland noch nicht vor der größten Herausforderung seit der Wiedervereinigung stand, wie Bundeswirtschaftsminister Sigmar Gabriel die Integration von Abertausenden von Flüchtlingen in Arbeitsmarkt und Gesellschaft treffend formulierte. Laut internen Prognosen geht das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) davon aus, dass bis zum Jahr 2020 mindestens 3,6 Millionen Flüchtlinge nach Deutschland kommen werden. Selbst wenn nicht alle Zuzügler im erwerbsfähigen Alter sein werden, zeigt diese Zahl nur allzu deutlich, wie groß die Herausforderung tatsächlich sein wird. Das gilt umso mehr, als sich mittlerweile die Anzeichen verdichten, dass das Qualifikationsniveau der allermeisten Flüchtlinge eher nicht ausreichend sein dürfte, um ohne weiteres auf dem deutschen Arbeitsmarkt Fuß zu fassen. Dazu hat das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesagentur für Arbeit Zahlen veröffentlicht, die zwar nicht repräsentativ sind, aber doch einen gewissen Eindruck vermitteln: Danach haben 13 Prozent der 2015 zu uns Gekommenen eine Hochschule, 17,5 Prozent ein Gymnasium, 30 Prozent Haupt- und Realschule, 24 Prozent Grundschulen und 8 Prozent gar keine Schule besucht. Wie viele eine abgeschlossene Berufsausbildung haben, ist nicht ganz klar. Unter den sozialversicherungspflichtig Beschäftigten und Erwerbslosen aus den Asylherkunftsländern insgesamt, die jetzt schon bei der Bundesagentur für Arbeit gemeldet sind, hatten jedenfalls nur 10 Prozent eine abgeschlossene akademische Ausbildung, 22 Prozent betriebliche oder schulische berufsqualifizierende Abschlüsse und sage und schreibe 53 Prozent gar keinen Berufsabschluss. Und das Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung hat auch ermittelt, wie lange es dauert, Flüchtlinge in den Arbeitsmarkt zu integrieren: Im Zugangsjahr liegt die Beschäftigungsquote von Flüchtlingen bei nicht einmal 10 Prozent und steigt erst fünf Jahre nach dem Zuzug auf knapp 50 Prozent an.

¹ Nähere Informationen zum dreistufigen Qualifizierungsmodell des BAP sind dem dieser Stellungnahme beigefügtem Parlamentarierbrief Nr. 5 „Qualifizierung in der Zeitarbeit – das Drei-Stufen-Modell des BAP“ zu entnehmen.

Ausgerechnet in dieser Ausnahmesituation soll die Branche eingeschränkt werden, die in den letzten Jahren immer wieder ihre Integrationsleistung für Personengruppen unter Beweis gestellt hat, die es am Arbeitsmarkt besonders schwer haben, wie zum Beispiel eben auch Migranten. Laut Daten der Bundesagentur für Arbeit lag der Ausländeranteil in der Zeitarbeit im ersten Halbjahr 2015 bei 23,4 Prozent und damit mehr doppelt so hoch wie auf dem Gesamtarbeitsmarkt. Das heißt, die Personaldienstleister haben auch die interkulturelle Kompetenz, um Flüchtlinge in den Arbeitsmarkt zu integrieren. Dass die Zeitarbeit dabei nur ein – wenn auch wichtiger – Mosaikstein sein könnte, soll nicht bestritten werden, denn die Branche ist dafür zu klein: Im ersten Halbjahr 2015 waren durchschnittlich etwas mehr als 910.000 Zeitarbeitskräfte bei Personaldienstleistern beschäftigt, während allein im Jahr 2015 rund 1,2 Millionen Flüchtlinge nach Deutschland gekommen sind. Diese Zahlen zeigen deutlich die Grenzen der Zeitarbeit bei der Integration der Migranten. Trotzdem könnte die Zeitarbeit Asylsuchenden mit gewissen Sprachkenntnissen und Qualifikationen bei den ersten Schritten auf dem deutschen Arbeitsmarkt helfen – mit dem Ziel, diese Menschen auf adäquate Stellen bei Kundenunternehmen zu vermitteln. Doch dabei werden sich Equal Pay nach neun Monaten und die Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten als Hemmschuh erweisen. Das gilt umso mehr, als auch die Kundenbetriebe von diesen Regulierungen betroffen sein werden. In Zeiten, die aufgrund der besonderen Situation ein Mehr an Flexibilität erfordern, wird mit der 18monatigen Höchstüberlassungsdauer für Zeitarbeitnehmer ausgerechnet ein wichtiges Flexibilitätsinstrument für die Wirtschaft eingeschränkt. Zusätzlich werden die Kundenbetriebe durch Equal Pay mit administrativem Aufwand und Rechtsunsicherheit belastet: Bei der Ermittlung von Equal Pay sind nämlich erst einmal die Kunden in der Pflicht, weil sie den vergleichbaren Stammmitarbeiter identifizieren müssen – und zwar gerichtsfest, denn bei Klagen von Zeitarbeitskräften liegt die Nachweispflicht, dass tatsächlich Equal Pay gezahlt wurde, auch bei ihnen. Das alles ist nicht dazu angetan, eine zügige Integration von Flüchtlingen in den Arbeitsmarkt zu befördern.

Dabei haben Berechnungen des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln gerade erst offengelegt, dass eine schlechte Integration der Flüchtlinge in den Arbeitsmarkt zu hohen Mehrkosten von knapp vier Milliarden Euro führen würde, wobei Einnahmen bzw. Einnahmeausfälle in Form von Steuern und Sozialbeiträgen durch erwerbstätige bzw. nicht erwerbstätige Flüchtlinge nicht eingerechnet wurden. Dazu hat das Institut fünf Szenarien mit jeweils unterschiedlichen Annahmen durchgerechnet. Unter der Annahme, dass die Arbeitsmarktintegration der erwerbsfähigen Flüchtlinge nur langsam vorankommt, ergeben sich Gesamtkosten von 20,5 Milliarden Euro bis Ende 2017. Sollte die Arbeitsmarktintegration allerdings schnell gelingen, sanken die Kosten um 3,8 Milliarden Euro auf 16,7 Milliarden Euro. Das alles spricht jedenfalls dafür, dass die Regierung die von ihr geplante Einschränkung der Zeitarbeit noch einmal überdenken sollte.

Ungeachtet der grundsätzlichen Ablehnung wird der BAP im Folgenden zu einzelnen Regelungen aus dem „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“ Stellung nehmen.

III. Regelungen zu Equal Pay

Das BMAS hat mit seinem Entwurf in einem neuen § 8 Regelungen zum Grundsatz der Gleichstellung von Zeitarbeitskräften mit vergleichbaren Stammmitarbeitern, die bisher auf verschiedene Paragraphen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) verteilt waren, „*systematisch zusammengeführt*“ (Referentenentwurf, S. 22). Im § 8 sind auch die neue Regelung zur Einführung von Equal Pay nach neun Monaten sowie weitere damit zusammenhängende Bestimmungen enthalten.

1. Abweichungsmöglichkeit durch Branchenzuschlagstarifverträge

Der BAP begrüßt ausdrücklich, dass nunmehr Branchenzuschlagstarifverträge – wenn auch unter bestimmten Bedingungen – als Equal Pay anerkannt werden, sodass Zeitarbeitsunternehmen bei Anwendung von Zuschlagstarifverträgen auch nach neunmonatiger Überlassung von Zeitarbeitskräften an einen Kundenbetrieb (Entleiher) von der gesetzlichen Equal Pay-Vorschrift abweichen können. Das hatte im ersten „Diskussionsentwurf“ des BMAS vom November 2015 noch ganz anders ausgesehen, denn darin war vorgesehen, dass selbst unter Anwendung von Branchenzuschlägen die gesetzliche Equal Pay-Vorschrift nach 12 Monaten greifen sollte. Damit wäre noch tiefer als ohnehin in die Tarifautonomie der Zeitarbeitsbranche eingegriffen worden und das von den Sozialpartnern entwickelte System der Branchenzuschläge – nach einem Jahr – ebenfalls außer Kraft gesetzt worden. Offenbar hat sich jedoch auch im BMAS die Überzeugung durchgesetzt, dass „*die sachnahen Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche*“ (Referentenentwurf, S. 23) tatsächlich in der Lage sind, angemessene Regelungen zu finden und zu vereinbaren.

Konkret regeln will das BMAS die Abweichungsmöglichkeit von Equal Pay nach neun Monaten durch Branchenzuschlagstarifverträge in § 8 Abs. 4. Darin heißt es wörtlich:

„Eine längere Abweichung durch Tarifvertrag ist nur zulässig, wenn
a) nach spätestens 15 Monaten einer Überlassung an einen Entleiher mindestens ein Arbeitsentgelt erreicht wird, das in dem Tarifvertrag als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche festgelegt ist, und
b) nach einer Einarbeitungszeit von längstens sechs Wochen eine stufenweise Heranführung an dieses Arbeitsentgelt erfolgt.“ (Referentenentwurf, S. 7)

Das BMAS will diese Abweichungsmöglichkeit auch für nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer uneingeschränkt zulassen.

Obwohl es schon etwas merkwürdig anmutet, dass das BMAS mit den zitierten Bedingungen den Sozialpartnern letztlich inhaltliche Vorgaben für Tarifverträge macht, eröffnet die vorgesehene Abweichungsregelung den Tarifvertragsparteien die Möglichkeit, das von ihnen entwickelte System der Branchenzuschläge beizubehalten und weiterzuentwickeln. Ob allerdings auch alle Gewerkschaften des DGB bereit sein werden, von dieser Option Gebrauch zu machen und für Branchen, in denen es tatsächlich noch Lohnunterschiede zur Zeitarbeit gibt, Zuschläge tarifvertraglich festzuschreiben, bleibt abzuwarten. Angesichts der Equal Pay-Auffassung des BMAS ist es aber für die Zeitarbeit von nicht zu unterschätzender Bedeutung, dass mit der Abweichungsregelung für Branchenzuschlagstarifverträge eine handhabbare und rechtssichere Möglichkeit zur Erfüllung von Equal Pay offensteht, die laut BMAS auch „*künftige neue Tarifverträge*“ (Referentenentwurf, S. 23) umfassen soll.

2. Der Equal Pay-Begriff

Der Entwurf des BMAS selbst enthält keine Definition, was genau unter dem vergleichbaren Arbeitsentgelt, also Equal Pay, zu verstehen ist. In § 8 Abs. 1 Satz 3 ist lediglich der Hinweis enthalten, dass für Sachbezüge, die der Kundenbetrieb seinen Stammmitarbeitern gewährt, ein „Wertausgleich in Euro“ für Zeitarbeitskräfte erfolgen kann. Aufschluss darüber, wie das BMAS Equal Pay definiert, gibt erst der Erläuterungsteil des Entwurfs. Darin heißt es:

„Das Arbeitsentgelt im Sinne des Gesetzes umfasst das, was der Leiharbeitnehmer erhalten hätte, wenn er für die gleiche Tätigkeit beim Entleiher eingestellt worden wäre (BAG, Urteil vom 19. Februar 2014 - 5 AZR 1046/12). Zum Arbeitsentgelt zählt jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird bzw. aufgrund gesetzlicher Entgeltfortzahlungstatbestände gewährt werden muss (BAG, Urteil vom 13. März 2013 - 5 AZR 294/12), insbesondere Urlaubsentgelt, Entgeltfortzahlung, Sonderzahlungen, Zulagen und Zuschläge sowie vermögenswirksame Leistungen (BAG vom 19. Februar 2014 - 5 AZR 1046/12 sowie 5 AZR 1047/12). [...] Zum Arbeitsentgelt gehören auch Sachbezüge, die der Entleiher seinen Stammarbeitnehmerinnen und Stammarbeitnehmern gewährt. Für diesen Fall eröffnet Satz 3 dem Verleiher die Möglichkeit, der Leiharbeitnehmerin und dem Leiharbeitnehmer einen Wertausgleich in Euro zu zahlen.“ (Referentenentwurf, S. 22-23)

Das BMAS hat diese Auffassung von Equal Pay ein zu eins aus dem ersten „Diskussionsentwurf“ vom November 2015 übernommen, obwohl nicht nur der BAP wiederholt darauf hingewiesen hat, dass ein solcher Equal Pay-Begriff a) nicht handhabbar und mit erheblichen bürokratischen Belastungen für die gesamte deutsche Wirtschaft sowie b) mit massiven Rechtsunsicherheiten für Zeitarbeitsunternehmen und Kundenbetriebe verbunden ist.

Die Ermittlung von Equal Pay für jeden einzelnen Zeitarbeitnehmer, der länger als neun Monate in Wirtschaftszweigen ohne Branchenzuschläge eingesetzt wird, wird neben den Zeitarbeitsunternehmen auch die Kundenbetriebe mit einem deutlich gestiegenen Verwaltungsaufwand belasten. Bei einem großen deutschen Autobauer gibt es zum Beispiel rund 180 Entgeltbestandteile – daraus Equal Pay zu bestimmen, wird eine Aufgabe, die gerade kleine und mittelständische Personaldienstleister administrativ vor kaum lösbar Probleme stellen wird. Hat ein Zeitarbeitsunternehmen mehrere Kunden mit ähnlich komplexer Entlohnungsstruktur, müssen nur allzu schnell viele hundert Entgeltbestandteile berücksichtigt werden.

Noch problematischer wird die rechtssichere Ermittlung von Equal Pay dadurch, dass laut Entwurf aus dem BMAS auch Sonderzahlungen und sogar vermögenswirksame Leistungen und Sachbezüge berücksichtigt werden sollen. Wie das in der Praxis, in der Sonderzahlungen wie beispielsweise Boni und Gratifikationen häufig an bestimmte Bedingungen wie dem Verbleib im Betrieb oder das Erreichen von Unternehmenszielen gebunden sind, gehen soll, ist ein Rätsel. Erschwerend hinzu kommt, dass derartige Sonderzahlungen zwar in einem bestimmten Monat ausgezahlt, in der Regel aber für einen längeren Zeitraum gewährt werden, sodass im Zweifelsfall auch noch der dem Zeitarbeitnehmer „zustehende“ Anteil berechnet werden muss. Außerdem werden durch den weiten Equal Pay-Begriff, den das BMAS in seinem Referentenentwurf zugrunde legt, die Tarifverträge der Zeitarbeit erneut ausgehebelt: Die Sozialpartner haben nämlich im Manteltarifvertrag (§ 15 BAP/DGB-Manteltarifvertrag) eigene Regelungen für Jahressonderzahlungen festgelegt, die durch die gesetzliche Equal Pay-Vorschrift obsolet werden würden.

Gänzlich impraktikabel ist die Berücksichtigung von Sachbezügen, selbst wenn Zeitarbeitskräfte dafür einen Wertausgleich in Euro erhalten können sollen. Wie sollen zum Beispiel solche Sachbezüge wie der vergünstigte Erwerb eines Neuwagens für einen Mitarbeiter der Automobilindustrie auf Zeitarbeitskräfte umgelegt werden? Soll die Differenz zwischen Listenpreis und dem, was der Stammmitarbeiter zahlen musste, ausschlaggebend sein? Und soll dann diese Differenz auf einen Schlag an den Zeitarbeitnehmer ausgezahlt werden, obwohl der Stammmitarbeiter von der

Anschaffung des Wagens jahrelang profitiert? Abgesehen von diesen und unzähligen anderen offenen Fragen, die aber zur rechtssicheren Umsetzung der gesetzlichen Equal Pay-Vorschrift dringend einer Beantwortung bedürfen, wird der Zweck derartiger Sachbezüge ad absurdum geführt, denn Betriebe gewähren solche Vergünstigungen in der Regel, um Mitarbeiter an das eigene Unternehmen zu binden. Im Übrigen dürfte es auch für die Bundesagentur für Arbeit als aufsichtsführende Behörde unter diesen Umständen kaum möglich sein, die Einhaltung von Equal Pay zu kontrollieren.

Unternehmen, die Zeitarbeit einsetzen, werden aus Gründen des Rechtsschutzes gut beraten sein, eine Schatten-Lohnbuchhaltung für bei ihnen eingesetzte Zeitarbeitnehmer einzurichten. Denn eines ist gewiss: In vielen Fällen werden Arbeitsgerichte klären müssen, ob wirklich Equal Pay gezahlt wurde, und dann liegt die Nachweispflicht auch bei den Kundenunternehmen. Und wie Equal Pay rechtssicher ermittelt werden soll, wenn es keine vergleichbaren Stammmitarbeiter gibt, an denen sich Personaldienstleister und Kunde orientieren können und der Kundenbetrieb selbst nicht einen entsprechenden Tarifvertrag anwendet, ist offen – selbst wenn das Bundesarbeitsgericht dekretiert hat, dass Zeitarbeitnehmer das Arbeitsentgelt erhalten müssten, das sie bei direkter Einstellung im Kundenbetrieb bekommen hätten.

Die dem Referentenentwurf des BMAS zugrunde liegende Definition von Equal Pay ist ein Equal Treatment light und geht damit über den Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD hinaus. Da es dem Gesetzgeber freisteht, das vergleichbare Arbeitsentgelt und somit Equal Pay zu definieren, muss er davon zumindest aus Gründen der Rechtssicherheit – und zwar sowohl für Zeitarbeitsunternehmen und ihre Kundenbetriebe als auch für Zeitarbeitskräfte – Gebrauch machen. Dabei sollte er sich an dem orientieren, was die Sozialpartner in ihren Branchenzuschlagstarifverträgen als Equal Pay zugrunde gelegt haben, nämlich das regelmäßige tarifliche Brutto-Stundenentgelt einschließlich tariflicher Zulagen und Zuschläge.

3. Die Vermutungsregelung

Offenbar konnte sich auch das BMAS nicht davor verschließen, dass der Equal Pay-Begriff in der Praxis so nicht umsetzbar ist, denn im Referentenentwurf wurde eine neue Vermutungsregelung aufgenommen, durch die – neben den Branchenzuschlagstarifverträgen – eine weitere Abweichungsmöglichkeit von der gesetzlichen Equal Pay-Vorschrift eröffnet werden soll. Diese Vermutungsregelung soll „*der Erleichterung der praktischen Umsetzung der Gewährung von Equal Pay*“ dienen, wie es im Begründungsteil des Referentenentwurfs heißt (Referentenentwurf, S. 22). Aufgenommen wurde diese Regelung im Entwurf des BMAS in § 8 Abs. 1 Satz 2 und lautet wörtlich:

„Erhält der Leiharbeitnehmer das für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers im Entleihbetrieb geschuldete tarifvertragliche Arbeitsentgelt oder in Ermangelung eines solchen ein für vergleichbare Arbeitnehmer in der Einsatzbranche geltendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt, wird vermutet, dass der Leiharbeitnehmer hinsichtlich des Arbeitsentgelts im Sinne von Satz 1 gleichgestellt ist.“ (Referentenentwurf, S. 6-7)

Diese Vermutungsregelung verfehlt ihren Zweck vollständig, denn in der vorliegenden Form ist sie keine Hilfe bei „*der praktischen Umsetzung der Gewährung von Equal Pay*“, sondern bringt – im Gegenteil – die Zeitarbeitsunternehmen in eine äußerst angreifbare Lage mit entsprechenden (Rechts-)Folgen, weil das BMAS darauf verzichtet hat, die Vermutung „unwiderleglich“ auszugestalten. Damit könnten sich Personaldienstleister im Falle von Klagen durch Zeitarbeitskräfte nicht darauf berufen, „*geltendes tarifvertragliches Arbeitsentgelt*“ gezahlt zu haben, sondern könnten zu Nachzahlungen verurteilt werden, wenn Zeitarbeitskräfte nachweisen, dass vergleichbare Stammmitarbeiter besser entlohnt wurden. Das dürfte gleichermaßen für die Sozialversicherungsträger gelten, die somit die Zeitarbeitsunternehmen ebenfalls zu Nachzahlungen heranziehen können dürften. Da außerdem auch noch damit zu rechnen ist, dass im Falle einer entsprechenden Verurteilung durch die Arbeitsgerichtsbarkeit der Sanktionskatalog für Verstöße gegen Equal Pay

greift, also Bußgelder bis zu 500.000 Euro fällig werden könnten und der Entzug der zwingend vorgeschriebenen Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung droht, wird der BAP jedenfalls seinen Mitgliedsunternehmen aus Gründen der Rechtssicherheit dringend davon abraten, von dieser Regelung Gebrauch zu machen.

Abhilfe und damit eine gewisse „*Erleichterung der praktischen Umsetzung der Gewährung von Equal Pay*“ wäre nur mit einer unwiderleglichen Vermutungsregelung verbunden, die keineswegs einen Präzedenzfall für die Zeitarbeit schaffen würde, sondern sich beispielsweise in derartiger Form in § 1566 Abs. 2 BGB findet. Abgesehen von der jetzigen Widerleglichkeit schafft die Suche nach heranzuziehenden Tarifverträgen erheblichen bürokratischen Aufwand. Sobald im Kundenbetrieb nicht ein entsprechender Tarifvertrag zur Anwendung kommt, müsste der Personaldienstleister aus rund 71.900 in das Tarifregister eingetragenen Tarifverträgen (Quelle: BMAS) den einschlägigen herausfinden. Sollten in einer Einsatzbranche mehrere Tarifverträge angewendet werden, sollen die Zeitarbeitsunternehmen nach Vorstellungen des BMAS sogar auch noch den Tarifvertrag identifizieren, „*der in der Branche prägend ist*“ (Referentenentwurf, S. 23). Abgesehen davon, dass Tarifverträge – auch aus urheberrechtlichen Gründen – gar nicht so ohne weiteres öffentlich zugänglich sind, ist es in der Praxis häufig gar nicht so einfach, einem bestimmten, tarifungebundenen Kundenunternehmen einen einschlägigen Tarifvertrag zuzuordnen, wie der Erfahrungen mit den Branchenzuschlagstarifverträgen, die auch in nicht tarifgebundenen Kundenbetrieben Anwendung finden, gezeigt haben. Doch selbst wenn das gelingen sollte, müssten die Personaldienstleister dann auch noch die korrekte Eingruppierung in einer Entgeltgruppe eines ihnen gänzlich unvertrauten Tarifvertrages vornehmen, um der Vermutungsregelung aus dem Referentenentwurf des BMAS gerecht zu werden.

Eine wirkliche „*Erleichterung der praktischen Umsetzung der Gewährung von Equal Pay*“ bietet die Vermutungsregelung also nicht. Sie müsste jedoch zwingend unwiderleglich ausgestaltet sein, um zumindest nicht noch zu weiteren Rechtsunsicherheiten zu führen.

4. Fehlende Übergangsregelung

Angesichts der skizzierten offenen Fragen sowohl auf rein praktischer als auch auf Rechtsebene ist es umso unverständlicher, dass der Referentenentwurf des BMAS bei der Einführung von Equal Pay nach neun Monaten im Gegensatz zur Höchstüberlassungsdauer keine Übergangsvorschrift vorsieht. Das bedeutet, dass Überlassungszeiten vor Inkrafttreten des Gesetzes berücksichtigt werden müssten. Eine Begründung, warum zwar bei der Höchstüberlassungsdauer Zeitarbeitsunternehmen, Kundenbetrieben und Zeitarbeitskräften ermöglicht werden soll, „*sich auf die geänderte Rechtslage einzustellen*“ (Referentenentwurf, S. 30), bei Equal Pay aber nicht, bleibt das Ministerium dabei schuldig.

Sollte das Gesetz zum 1. Januar 2017 in Kraft treten, würden die Zeitarbeitsunternehmen in einer für die Branche traditionell schwachen Wirtschaftslage aufgrund geringer Nachfrage durch die Kunden schlagartig und massiv mit finanziellen Belastungen durch Equal Pay konfrontiert, die viele Personaldienstleister – auch administrativ – überfordern würde. Die Einführung der Equal Pay-Vorschrift ohne Übergangsregelung hat nämlich zur Folge, dass Überlassungszeiten vor Inkrafttreten der Gesetzesregelung für die Entstehung des Equal Pay-Anspruchs maßgeblich wären. Zeitarbeitsunternehmen müssten zum 1. Januar 2017 die in der Vergangenheit liegenden Überlassungs- und Unterbrechungszeiten ermittelt haben und den Arbeitnehmern, die zum Stichtag bereits neun Monate an denselben Kunden überlassen sind, Equal Pay gewähren.

Da die Regelung an in der Vergangenheit liegende Tatsachen anknüpft, entfaltet sie eine rechtlich bedenkliche unechte Rückwirkung, die in dieser Form nicht durch den Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD gedeckt ist. Gesetzliche Regelungen, die für künftige belastende Rechtsfolgen an zurückliegende Sachverhalte anknüpfen (sogenannte unechte Rückwirkung oder tatbestandliche Rückanknüpfung), sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit den grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Vertrauensschutzes nur vereinbar, *„wenn sie zur Förderung des Gesetzeszwecks geeignet und erforderlich sind und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und dem Gewicht und der Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt“*. (BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 7. Juli 2010 – 2 BvL 13/05).

Zeitarbeitsunternehmen wird außerdem wegen einer fehlenden Übergangsregelung die Möglichkeit genommen, sich durch unternehmerisches Handeln auf die neue Rechtslage einzustellen. Dies stellt einen unverhältnismäßigen Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar, zumal eine besondere Dringlichkeit für die Umsetzung dieser Gesetzesregelung nicht ersichtlich ist.

Um diesen Bedenken Rechnung zu tragen, muss im AÜG eine Übergangsvorschrift aufgenommen werden, nach der – analog zur Höchstüberlassungsdauer – Einsatzzeiten vor Inkrafttreten des Gesetzes nicht berücksichtigt werden.

5. Unterbrechungszeiten

„Um Umgehungsstrategien zu vermeiden“ (Referentenentwurf, S. 24), sollen laut Entwurf des BMAS *„kurzfristige Unterbrechungen der Überlassungszeiten“* (ebd.) bis zur Erreichung des für das gesetzliche Equal Pay vorgesehenen Zeitraums nicht angerechnet werden. Geregelt ist der Unterbrechungszeitraum in § 8 Abs. 4, S. 4, wo es wörtlich heißt:

„Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als sechs Monate liegen.“

Ausweislich des Begründungsteils des Referentenentwurfs soll diese Regelung explizit auch für den *„Fünfzehn-Monats-Zeitraum“* gelten, nach dem Branchenzuschlagstarifverträge ein Arbeitsentgelt erreichen, *„das in dem Tarifvertrag als gleichwertig mit dem tarifvertraglichen Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmer in der Einsatzbranche festgelegt ist“* (Referentenentwurf, S. 7). Damit greift das BMAS erneut in die Tarifautonomie der Zeitarbeit ein, denn die Sozialpartner haben in allen bereits bestehenden Branchenzuschlagstarifverträgen einen Unterbrechungszeitraum von drei Monaten festgelegt.

Warum das BMAS bei den Unterbrechungszeiten nicht die Regelungen der Sozialpartner aus den Branchenzuschlagstarifverträgen übernommen hat, sondern im Gegenteil diese durch eine andere gesetzliche Regelung außer Kraft setzen will, ist nicht nachvollziehbar. Der Verweis, dass sich die *„für die Unterbrechungen maßgebliche Sechs-Monats-Grenze [...] an der für die Drehtürklausel maßgeblichen Frist“* orientiere (Referentenentwurf, S. 24), greift jedenfalls nicht, weil sich besagte Klausel um einen gänzlich anderen Sachverhalt dreht. Abgesehen von diesem völlig unnötigen Eingriff in die Tarifautonomie ist ein Unterbrechungszeitraum von sechs Monaten angesichts eines Equal Pay-Anspruchs nach neun Monaten und einer Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten völlig überdimensioniert: Der Sechs-Monats-Zeitraum entspräche Zweidritteln der Frist bis zum gesetzlichen Equal Pay und immer noch einem Drittel der Höchstüberlassungsdauer.

Die Unterbrechungsregelung muss sich an den Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien orientieren und auf drei Monate festgelegt werden – auch um die zeitlichen Proportionen bei gesetzlichem Equal nach neun Monaten und einer Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten zumindest etwas zu wahren.

6. Sanktionen

Der Referentenentwurf des BMAS sieht bei Verstößen gegen Equal Pay zwei Sanktionen vor: Zum einen den Entzug der zwingend erforderlichen Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis und zum anderen eine Geldbuße von bis zu 500.000 Euro.

Zum Entzug der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung heißt es in § 3 Abs. 1 Nr. 3:

„Die Erlaubnis oder ihre Verlängerung ist zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller dem Leiharbeitnehmer die ihm nach § 8 zustehenden Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts nicht gewährt.“ (Referentenentwurf, S. 6)

Verstöße gegen Equal Pay können sich somit auf die zur Berufsausübung erforderliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis auswirken. Wenn sich Tatsachen ergeben, dass das Zeitarbeitsunternehmen Equal Pay nicht gewährt, darf die Bundesagentur für Arbeit die Erlaubnis nicht erteilen bzw. nicht verlängern. Hierbei wird der Behörde keinerlei Ermessen eingeräumt.

Der Entzug der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis als Sanktion ist an sich nicht neu, sondern entspricht der bisherigen Rechtslage. Allerdings bekommt sie aufgrund der Neuregelung des gesetzlichen Equal Pay-Anspruchs eine erheblich erweiterte Bedeutung. Bisher spielte der Verstoß gegen den gesetzlichen Equal Pay-Anspruch wegen der Tariföffnungsklausel und der Anwendung abweichender Tarifverträge in der Praxis kaum eine Rolle. Die Entgeltansprüche des Zeitarbeitnehmers ergaben sich bislang in fast allen Fällen aus eindeutigen Vorschriften der Zeitarbeitsverträge. Sowohl für Arbeitnehmer als auch für Arbeitgeber war es somit nach – noch – geltender Rechtslage möglich, das geschuldete Arbeitsentgelt auf Grundlage dieser Tarifverträge rechtsicher zu ermitteln.

Nach dem Referentenentwurf soll der überlassene Arbeitnehmer nun grundsätzlich nach einer Überlassungsdauer von neun Monaten an denselben Kundenbetrieb einen gesetzlichen Equal Pay-Anspruch haben, sofern keine Branchenzuschlagstarifverträge zur Anwendung kommen. Durch diese stark eingeschränkte tarifvertragliche Abweichungsmöglichkeit wächst die Bedeutung des gesetzlichen Equal Pay und damit auch der dafür vorgesehenen Sanktionen. Weil der Begriff des Arbeitsentgelts nach wie vor gesetzlich nicht definiert wird und somit die Ermittlung der Höhe des gesetzlichen Equal Pay dem Zeitarbeitsunternehmen in der Praxis kaum möglich sein wird, sind Verstöße nahezu unvermeidbar. Gerade deswegen ist eine Differenzierung nach Schwere und Verschuldensgrad bei einem Verstoß gegen den Equal Pay-Anspruch dringend geboten. Da die Behörde bei ihrer Entscheidung über die Verlängerung oder Erteilung der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis in diesem Fall kein Ermessen hat, droht dem Zeitarbeitsunternehmen nämlich schon bei leichtesten Verstößen durch den Erlaubnisentzug de facto ein Berufsverbot.

Erschwerend kommt hinzu, dass mit der Anwendung der Vermutungsregelung (§ 8 Abs.1 Satz 2 des Referentenentwurfs) nicht zugleich auch eine Privilegierung bei den Sanktionen wegen Verstößen gegen das Equal Pay-Gebot vorgesehen ist. Das heißt, dass bei Anwendung der Vermutungsregelung Zeitarbeitsunternehmen bei – nachträglicher – Feststellung eines Verstoßes gegen Equal Pay durch die Arbeitsgerichtsbarkeit mit denselben schwerwiegenden Konsequenzen rechnen müssen, als wenn von vorneherein wissentlich der Equal Pay-Anspruch nicht erfüllt worden wäre. Die Frage, ob der Verstoß gegen Equal Pay wissentlich geschieht, spielt nach dem Referentenentwurf für die Beurteilung hinsichtlich der Erteilung, Versagung oder des Widerrufs der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis also überhaupt keine Rolle. Im Ergebnis muss sich ein redliches Zeitarbeitsunternehmen genauso behandeln lassen wie ein unredliches. Auch aus diesem Grund wird der BAP seinen Mitgliedsunternehmen von der Anwendung der Vermutungsregelung abraten.

Zusätzlich zu den erlaubnisrechtlichen Konsequenzen sieht der Entwurf des BMAS – wie bereits oben erwähnt – in § 16 Abs. 1 Ziffer 7a) in Verbindung mit § 16 Abs. 2 bei Verstößen gegen Equal Pay eine Geldbuße von bis zu 500.000 Euro vor (Referentenentwurf, S. 9). Welchen Flurschaden eine derart hohe Strafe in einer mittelständisch geprägten Branche anrichten würde, in der mehr als 68 Prozent der Zeitarbeitsunternehmen weniger als 50 Mitarbeiter beschäftigen, lässt sich nur allzu leicht ausmalen.

Insbesondere der Entzug der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis muss an klare Kriterien wie Vorsatz und Wiederholung gebunden werden, weil diese Sanktion einem Berufsverbot gleichkommt.

IV. Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer

Das BMAS hat in seinem Entwurf die Höchstüberlassungsdauer bzw. die „Überlassungshöchstdauer“ wie es in dem Referentenentwurf wörtlich steht, in § 1 mit einem neu eingefügten Absatz 1b verankert. Darin heißt es gleich im ersten Satz:

„Derselbe Leiharbeitnehmer darf nicht länger als 18 aufeinander folgende Monate demselben Entleiher überlassen werden.“ (Referentenentwurf, S. 5)

Im Gegensatz zur Einführung einer gesetzlichen Equal Pay-Vorschrift nach neun Monaten soll es – wie bereits unter II. 4. dargestellt – bei der Höchstüberlassungsdauer eine Übergangsregelung geben. Diese Vorschrift soll laut Referentenentwurf in § 19 aufgenommen werden und zwar in einem neuen Absatz 2. Dieser lautet:

„Überlassungszeiten vor dem 1. Januar 2017 werden bei der Berechnung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Absatz 1b nicht berücksichtigt.“ (Referentenentwurf, S. 10)

Mit dieser Übergangsvorschrift vermeidet das BMAS zumindest bei der Höchstüberlassungsdauer die rechtlich problematisch indirekte Rückwirkung der neuen Regelung und ermöglicht es Zeitarbeitsunternehmen, Kundenbetrieben und Zeitarbeitskräften, *„sich auf die geänderte Rechtslage einzustellen“*, wie der Begründungsteil des Entwurfs ausführt (Referentenentwurf, S. 30).

1. Abweichungsregelungen für tarifgebundene Einsatzunternehmen

Schon im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD war festgehalten worden, dass es auf Basis von Tarifverträgen der Einsatzbranchen Abweichungsmöglichkeiten von der Höchstüberlassungsdauer geben soll. Das BMAS hat diese Vereinbarungen in § 1 Abs. 1 b Satz 3 und Satz 5 umgesetzt:

„In einem Tarifvertrag von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche oder einer auf Grund eines solchen Tarifvertrags getroffenen Betriebs- oder Dienstvereinbarung kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden.“ und

„In einer auf Grund eines Tarifvertrages von Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche getroffenen Betriebs- oder Dienstvereinbarung kann eine von Satz 1 abweichende Überlassungshöchstdauer festgelegt werden.“ (Referentenentwurf, S. 6)

Mit diesen Regelungen werden den Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche zwei unterschiedliche Optionen eröffnet, durch Tarifvertrag von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer abzuweichen: Zum einen kann in einem derartigen Tarifvertrag tatsächlich eine andere Höchstüberlassungsdauer festgeschrieben werden, wie es die Tarifvertragsparteien der Metall- und Elektro-Industrie in ihrem Tarifvertrag Leih-/Zeitarbeit bereits im Jahr 2012 mit einer Überlassungshöchstgrenze von 24 Monaten getan haben. Zum anderen haben die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranche aber auch die Möglichkeit, in ihrem Tarifvertrag die Festlegung anderer Höchstüberlassungsgrenzen an die Betriebsparteien zu delegieren, also selbst keinen entsprechenden Wert vorzuschreiben.

Der Referentenentwurf des BMAS enthält damit die beiden Varianten für Abweichungsmöglichkeiten von der Höchstüberlassungsdauer, die so bereits auch im Koalitionsvertrag vereinbart wurden. Über den Koalitionsvertrag hinaus geht allerdings, dass es für tarifgebundene Einsatzbetriebe „Sonderregelungen“ geben soll.

2. Abweichungsregelungen für tarifgebundene Einsatzunternehmen

Während der „Diskussionsentwurf“ des BMAS aus November 2015 tarifungebundenen Einsatzbetrieben jegliche Abweichung von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer verwehren wollte, sieht der neue Entwurf nunmehr vor, dass auch nicht tarifgebundene Kundenunternehmen von tarifvertraglich vereinbarten, anderen Überlassungshöchstdauern Gebrauch machen können. Analog zu den Regelungen für tarifgebundene Einsatzbetriebe sind auch hier zwei Varianten vorgesehen, die in § 1 Abs. 1 b Satz 4 und Satz 6 festgehalten sind und lauten:

„Im Geltungsbereich eines Tarifvertrags nach Satz 3 [§1 Abs. 1b] können abweichende tarifvertragliche Regelungen im Betrieb eines nicht tarifgebundenen Entleihers durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen übernommen werden.“ und

„Können auf Grund eines Tarifvertrages nach Satz 5 [§1 Abs. 1b] abweichende Regelungen in einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung getroffen werden, kann auch in Betrieben eines nicht tarifgebundenen Entleihers bis zu einer Überlassungshöchstdauer von 24 Monaten davon Gebrauch gemacht werden.“ (Referentenentwurf, S. 6)

Diese Formulierungen sind reichlich unklar und haben auch schon zu der falschen Einschätzung geführt, dass tarifgebundene Kundenbetriebe generell nur bis zu einer Grenze von 24 Monaten von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer abweichen dürften. Dass dem eben nicht so ist, lässt sich dem an dieser Stelle sehr komplexen Begründungsteil des BMAS-Entwurfs entnehmen. Dort heißt es nämlich:

„Absatz 1b Satz 4 bestimmt, dass die abweichenden tarifvertraglichen Regelungen zur Überlassungshöchstdauer im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages der Einsatzbranche in Betrieben oder Dienststellen nicht tarifgebundener Entleiher durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen inhaltsgleich übernommen werden können.“ (Referentenentwurf, S. 20)

Das entscheidende Wort ist dabei „inhaltsgleich“. Es besagt, dass tarifgebundene Kundenbetriebe immer dann, wenn die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranchen in ihren Tarifverträgen einen absoluten Wert für eine abweichende Höchstüberlassungsdauer festgelegt haben, diesen Wert – ohne die 24-Monate-Deckelung – übernehmen können. Bedingung dafür ist allerdings zum einen, dass dies ausschließlich auf Basis einer Betriebs- und Dienstvereinbarung geschehen kann, und zum anderen muss „*der Tarifvertrag insbesondere räumlich, fachlich und zeitlich einschlägig*“ sein (ebd.). Außerdem stellt das BMAS auch noch klar: „*Die tarifvertragliche Regelung stellt regelmäßig eine nicht teilbare Einheit dar und kann nur im Ganzen ohne Änderungen übernommen werden.*“ (ebd.) Mit dem letzten Punkt will das BMAS offensichtlich klarstellen, dass nicht tarifgebundene Kundenunternehmen zwar in den „Genuss“ einer anderen tarifvertraglich vereinbarten Höchstüberlassungsdauer kommen, aber mögliche Verpflichtungen aus dem zugrunde liegende Tarifvertrag wie zum Beispiel ein Übernahmeangebot an Zeitarbeitnehmer nach einer bestimmten Zeitspanne nicht übernehmen.

Nur für den Fall, dass die Tarifvertragsparteien der Einsatzbranchen in ihrem Tarifvertrag die Festlegung anderer Höchstüberlassungsgrenzen an die Betriebsparteien delegieren, sieht der Entwurf des BMAS eine Deckelung von 24 Monaten für nicht tarifgebundene Kundenbetriebe vor. Die – leider ebenfalls nicht übermäßig klar formulierte – Erläuterung im Begründungsteil des BMAS-Entwurfs dazu lautet:

„Absatz 1b Satz 6 ermöglicht nicht tarifgebundenen Entleihern von der tarifvertraglichen Öffnungsklausel für Betriebs- oder Dienstvereinbarungen Gebrauch zu machen. Für diese gelten hierbei in gleicher Weise wie für tarifgebundene Entleiher die Vorgaben des Tarifvertrages und zusätzlich eine gesetzliche Obergrenze von 24 Monaten.“ (Referentenentwurf, S. 20)

Beide Varianten der Abweichungsmöglichkeit von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer für tarifungebundene Kundenbetriebe setzen also zwingend eine Betriebs- oder Dienstvereinbarung voraus, sodass alle nicht tarifgebundenen Unternehmen ohne Betriebs- oder Personalrat schon vom Prinzip her von der Möglichkeit einer längeren Überlassung ausgeschlossen werden. Damit wird Kleinunternehmen, den allermeisten Handwerksbetrieben und großen Teilen der deutschen Wirtschaft der Weg für eine andere Höchstüberlassungsdauer abgeschnitten, denn laut IAB-Betriebspanel 2014 hatten sowohl in West- als auch in Ostdeutschland lediglich neun Prozent der Betriebe mit mehr als fünf Beschäftigten überhaupt einen Betriebsrat (WSI Mitteilungen 2015, S. 294). Blicke es also bei der vom BMAS vorgeschlagenen Regelung für tarifungebundene Kundenunternehmen, wären sage und schreibe 91 Prozent der Betriebe in der Privatwirtschaft von Abweichungsmöglichkeiten bei der Höchstüberlassungsdauer ausgeschlossen.

Der Gesetzestext muss so eindeutig formuliert werden, dass für tarifungebundene Kundenbetriebe, aber auch für die Arbeitsgerichtsbarkeit keine Zweifel über die ihnen eingeräumten Abweichungsmöglichkeiten von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer bestehen. Außerdem dürfen kleinere Unternehmen ohne Betriebs- oder Personalrat nicht diskriminiert werden, indem ihnen jegliche Abweichungsoption verwehrt wird.

3. Ausschluss der Tarifpartner in der Zeitarbeit

Während der neue Entwurf des BMAS nunmehr tarifungebundenen Kundenbetrieben zumindest gewisse Möglichkeiten zur Abweichung von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer auf Basis von Tarifverträgen der Einsatzbranchen einräumt, soll es nach wie vor dabei bleiben, dass die Sozialpartner der Zeitarbeitsbranche keine entsprechenden Tarifverträge schließen dürfen. Damit wird ausgerechnet der Wirtschaftszweig, der von der Einschränkung am stärksten betroffen sein wird, von der Befugnis zum Abschluss von Tarifverträgen ausgeschlossen.

Ein solcher Vorgang wäre beispiellos für das deutsche Arbeitsrecht und stößt auch auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, wie auf dem BAP-Rechtssymposium am 27. Januar 2016 deutlich wurde. So liegt zum Beispiel nach Auffassung von Herrn Professor Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München, hierin ein unverhältnismäßiger Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz gewährleistete positive Koalitionsfreiheit, weil die Zeitarbeitsbranche von dem Abschluss abweichender Regelungen ausgeschlossen ist. Herr Professor Dr. Richard Giesen, ebenfalls Ludwig-Maximilians-Universität München, warf zunächst die überaus berechnete Frage auf, warum die tarifliche Abweichungsmöglichkeit von der 18monatigen Höchstüberlassungsdauer ausschließlich der Kundenbranche vorbehalten sein soll. Eine Antwort darauf geben allerdings weder der Koalitionsvertrag von CDU/CSU noch der Referentenentwurf des BMAS. Aus Giesens Sicht betrifft aber die Frage, wie lange ein Arbeitnehmer überlassen werden darf, das Arbeitsverhältnis zwischen Zeitarbeitnehmer und Zeitarbeitsunternehmen. Folgerichtig müssten die Tarifpartner der Zeitarbeitsbranche diese Arbeitsbedingung regeln können. Es stellt sich daher die verfassungsrechtliche Frage, ob es überhaupt zulässig ist, eine Regelungsmöglichkeit zur Abweichung von der Höchstüberlassungsdauer ausschließlich der Einsatzbranche zu überlassen. Aus der Perspektive der Zeitarbeitsbranche handelt es sich bei der Abweichungsmöglichkeit um eine Arbeitsbedingung, die somit für die Zeitarbeitsbranche tariflich regelbar sein müsste, während es sich aus der Sicht des Einsatzbetriebes, der schließlich kein Arbeitsverhältnis mit dem Zeitarbeitnehmer hat, eher um eine unternehmerische Entscheidung handelt. Die verfassungsrechtlich relevante Frage lautet damit: Wird dadurch, dass die Abweichungsmöglichkeit von der Höchstüberlassungsdauer im Einsatzbetrieb geregelt werden kann, nicht in Wirklichkeit eine unternehmerische Entscheidung durch Tarifvertrag reguliert, anstatt eines Bereichs, der den Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nach Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz zuzuordnen ist?

Abgesehen von diesen verfassungsrechtlichen Bedenken könnte die deutsche Wirtschaft vor einem Flickenteppich höchst unterschiedlicher tariflicher Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer stehen, denn die Zeitarbeit wäre als einzige in der Lage, eine branchenübergreifende

Lösung herbeizuführen. Blicke es bei dem Ausschluss der Zeitarbeit, könnte das Ergebnis also sein, dass in manchen Branchen beispielsweise sehr wohl noch Elternzeitvertretungen über 36 Monate oder Pflegezeitüberbrückungen bis zu 24 Monate durch Zeitarbeit möglich wären, in anderen Wirtschaftszweigen jedoch nicht. Leider nicht unrealistisch ist aber auch das Szenario, dass es nur in sehr wenigen Branchen überhaupt zu Tarifverträgen für eine andere Höchstüberlassungsdauer kommt, weil sich Gewerkschaften dem Abschluss derartiger Vereinbarungen schlichtweg verweigern oder die Forderungen für einen solchen Abschluss auf ein wirtschaftlich nicht mehr vertretbares Niveau hoch treiben. Aktuell gibt es jedenfalls nur für die Metall- und Elektro-Industrie einen solchen Tarifvertrag, in dem von der IG Metall und den Arbeitgeberverbänden der Metall- und Elektro-Industrie eigene Regelungen zur Höchstüberlassungsdauer von Zeitarbeitskräften getroffen wurden. So oder so droht der gesamten deutschen Wirtschaft eine spürbare Beschränkung der in Zeiten des globalen Wettbewerbs dringend benötigten Flexibilität. Wie sich diese Beschränkung angesichts des demografischen Wandels mit einhergehendem Fachkräftemangel auf der einen und Digitalisierung von Wirtschafts- und Arbeitswelt auf der anderen Seite auswirken wird, lässt sich momentan nicht abschätzen. Eine Stärkung des Wirtschaftsstandortes Deutschland wird damit aber sicherlich nicht verbunden sein.

Der Gesetzgeber muss auch den Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche die Möglichkeit einräumen, Tarifverträge zur Höchstüberlassungsdauer abzuschließen, um verfassungsrechtliche Bedenken auszuräumen. Zumindest muss es den Tarifvertragsparteien der Zeitarbeitsbranche aber erlaubt sein, a) in den Wirtschaftsbereichen derartige tarifvertragliche Vereinbarungen zu schließen, in denen die Sozialpartner der Einsatzbranchen selbst keine Tarifverträge zur Höchstüberlassungsdauer etabliert haben und b) für die 91 Prozent der Unternehmen ohne Betriebsrat, denen bisher der Weg zur Abweichung von der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer gänzlich verschlossen ist, eine – branchenübergreifende – tarifvertragliche Regelung zu vereinbaren.

4. Unterbrechungszeiten

Wie bei Equal Pay sieht der Entwurf des BMAS auch bei der Höchstüberlassungsdauer Unterbrechungszeiten von mehr als sechs Monaten vor. Wörtlich heißt es in § 1 Abs. 1b Satz 2:

„Der Zeitraum vorheriger Überlassungen durch denselben oder einen anderen Verleiher an denselben Entleiher ist vollständig anzurechnen, wenn zwischen den Einsätzen jeweils nicht mehr als sechs Monate liegen.“ (Referentenentwurf, S. 5-6)

Der Hinweis, dass sich die *„für die Unterbrechungen maßgebliche Sechs-Monats-Grenze [...] an der für die Drehtürklausel maßgeblichen Frist“* orientiere (Referentenentwurf, S. 24), greift auch in diesem Fall nicht, weil die Drehtürklausel einen gänzlich anderen Sachverhalt regelt. Ein Unterbrechungszeitraum von sechs Monaten ist angesichts einer Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten völlig überproportioniert, denn der Sechs-Monats-Zeitraum entspräche einem Drittel der gesetzlichen Höchstüberlassungsdauer.

Auch bei der Höchstüberlassungsdauer muss eine Unterbrechungsregelung von drei Monaten im Gesetz festgelegt werden.

5. Sanktionen

Der Referentenentwurf des BMAS sieht für das Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer gleich drei, teilweise sehr scharfe Sanktionen vor. Auch hier ist wieder eine Geldbuße vorgesehen (§16 Abs. 1 Ziffer 1d) in Verbindung mit § 16 Abs. 2, Referentenentwurf, S. 9), die sich jedoch mit bis zu 30.000 Euro im Vergleich zu der Geldbuße von bis zu 500.000 Euro bei Verstößen gegen

Equal Pay und zu den beiden anderen Sanktionen bei Überschreiten der Höchstüberlassungsdauer wie eine Petitesse ausnimmt. Denn auch in diesem Fall soll sich ein Verstoß auf die Erteilung, Verlängerung bzw. Versagung der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis auswirken. Die Einhaltung der Höchstüberlassungsdauer soll gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 des BMAS-Entwurfs als neues Kriterium innerhalb der Zuverlässigkeitsprüfung durch die Bundesagentur für Arbeit als aufsichtsführende Behörde berücksichtigt werden (Referentenentwurf, S. 6). Damit droht den Zeitarbeitsunternehmen – wie auch schon bei Equal Pay – wieder de facto ein Berufsverbot.

Mindestens genauso gravierend ist jedoch, dass die Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer mit der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Zeitarbeitskraft und Einsatzbetrieb sanktioniert werden soll. Um diese Rechtsfolge herbeizuführen, sieht der Referentenentwurf des BMAS in § 9 einen neuen Abs. 1b. vor, in dem es heißt:

„Unwirksam sind: Arbeitsverträge zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern mit dem Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer nach § 1 Absatz 1b, es sei denn, der Leiharbeitnehmer erklärt schriftlich bis zum Ablauf eines Monats nach Überschreiten der zulässigen Überlassungshöchstdauer gegenüber dem Verleiher oder dem Entleiher, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Verleiher festhält [...]“ (Referentenentwurf, S. 8)

Die Folge des unwirksamen Arbeitsvertrages zwischen Zeitarbeitsunternehmen und Zeitarbeitskraft ist, dass *„ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer [...] als zustande gekommen“* gilt (§ 10 Abs. 1, Referentenentwurf, S. 8). Das bedeutet, dass der Kundenbetrieb ab dem ersten Tag der Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer ein Arbeitsverhältnis mit dem Zeitarbeitnehmer hat. Allein der Zeitarbeitnehmer kann das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kundenbetrieb verhindern, indem er binnen eines Monats nach dem Ende der Höchstüberlassungsdauer gegenüber dem Zeitarbeitsunternehmen oder dem Kundenbetrieb schriftlich erklärt, dass er an dem Arbeitsvertrag mit dem Zeitarbeitsunternehmen festhält.

Nach bisheriger Rechtslage kommt ein Arbeitsverhältnis zum Kundenbetrieb nur in Fällen der illegalen verdeckten Arbeitnehmerüberlassung zustande. Nur dann, wenn Zeitarbeitsunternehmen nicht im Besitz einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung sind, wird ein Arbeitsverhältnis mit dem Kundenbetrieb fingiert. Diese Regelung dient vorrangig dem Schutz der Zeitarbeitnehmer, denn Arbeitsverträge, die von einem Zeitarbeitsunternehmen ohne gültige Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis abgeschlossen werden, sind nach § 9 Ziffer 1 AÜG unwirksam. Dies bedeutet in der Konsequenz, dass der Zeitarbeitnehmer mangels Arbeitsvertrag schutzlos gestellt wäre. Durch die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses des Zeitarbeitnehmers mit dem Kundenbetrieb wird der Zeitarbeitnehmer davor – zu Recht – geschützt.

Nicht nachvollziehbar ist, warum nach dem Referentenentwurf nunmehr auch bei Vorliegen einer gültigen Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis allein wegen der Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer die Arbeitsverträge des Zeitarbeitsunternehmens unwirksam sein sollen und in Folge dessen ein Arbeitsverhältnis mit dem Kundenbetrieb fingiert wird. Anders als bei der illegalen verdeckten Arbeitnehmerüberlassung ist es zum Schutz des Zeitarbeitnehmers nicht notwendig, die Arbeitsverträge des Zeitarbeitsunternehmens bei Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer gesetzlich zu sanktionieren und sie für unwirksam zu erklären. Eine gesetzliche Regelung, die Verträge für unwirksam erklärt, stellt per se einen schweren Eingriff in die Vertragsfreiheit und Privatautonomie dar. Daher ist es unverhältnismäßig, bei einer erlaubten Arbeitnehmerüberlassung dieselbe schwerwiegende Sanktion wie bei einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung vorzusehen. Dies gilt umso mehr, als die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kundenbetrieb unabhängig von dem Grund und der Dauer des Überschreitens der Höchstüberlassungsdauer eintritt. Ein Arbeitsverhältnis wird bereits dann fingiert, wenn die Überschreitung beispielsweise nur einen einzigen Kalendertag beträgt.

In der Begründung des Referentenentwurfs zu dieser Neuregelung wird ausgeführt, dass mit der gesetzlichen Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Kundenbetrieb „*der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu den Rechtsfolgen einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung Rechnung getragen*“ wird (Referentenentwurf, S. 25). Verwiesen wird dabei auf eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 10. Dezember 2013 (AZ: 9 AZR 51/13). Entgegen der Begründung des Referentenentwurfs hat das Bundesarbeitsgericht in dem zitierten Urteil dem Gesetzgeber aber gerade keinerlei Vorgaben zur Sanktionierung einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung gemacht. Ganz im Gegenteil hat das Bundesarbeitsgericht sogar ausgeführt, dass die gesetzliche Fiktion eines Arbeitsverhältnisses in die grundgesetzlich garantierte Berufsfreiheit eingreift und somit erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.

Insbesondere der Entzug der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis und die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zum Einsatzbetrieb müssen an klare Kriterien wie Vorsatz und Wiederholung gebunden werden, weil beide Sanktionen tief in die grundgesetzlich geschützte Privatautonomie eingreifen.

V. Kennzeichnungspflichten

Der Referentenentwurf des BMAS sieht vor, dass den Zeitarbeitsunternehmen umfassende Kennzeichnungs- und Offenlegungspflichten – sowohl gegenüber den Zeitarbeitskräften als auch gegenüber den Einsatzbetrieben – auferlegt werden sollen. So heißt es in zwei neu aufgenommenen Sätzen (Sätze 5 und 6) in § 1 Abs. 1:

„Die Überlassung von Leiharbeitnehmern ist in dem Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassung zu bezeichnen. Vor der Überlassung ist die Person des Leiharbeitnehmers unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren.“ (Referentenentwurf, S. 5)

Außerdem sieht der Entwurf in § 11 Abs. 2 Satz 4 eine Mitteilungspflicht gegenüber dem Zeitarbeiter vor:

„Der Verleiher hat den Leiharbeitnehmer vor jeder Überlassung darüber zu informieren, dass er als Leiharbeitnehmer tätig wird.“ (Referentenentwurf, S. 8)

Abgesehen davon, dass diese Kennzeichnungs- und Offenlegungspflichten die Zeitarbeitsunternehmen mit bürokratischem Mehraufwand belasten und sich die Frage stellt, wie praktikabel diese Regelungen für eine Branche sind, die als Flexibilitätsinstrument der deutschen Wirtschaft schnell und kurzfristig Personal zur Verfügung stellt, ist auch hier eine der vorgesehenen Sanktionen inakzeptabel. Wird nämlich die Arbeitnehmerüberlassung in dem Vertrag zwischen Zeitarbeitsunternehmen und Kundenbetrieb nicht ausdrücklich als solche bezeichnet und der zu überlassende Arbeitnehmer nicht namentlich konkretisiert, soll es gemäß § 9 Nummer 1a in Verbindung mit § 10 Abs. 1 des Entwurfs zur Fiktion eines Arbeitsverhältnisses des Zeitarbeitnehmers mit dem Einsatzbetrieb kommen (Referentenentwurf, S. 7-8), der erneut nur die Zeitarbeitskraft innerhalb eines Monats widersprechen kann. Hintergrund dieser Neuregelung soll sein, dass als Werk- oder Dienstvertrag bezeichnete Verträge, die aber tatsächlich eine Arbeitnehmerüberlassung darstellen, in Zukunft nicht mehr durch eine vorhandene „Reserveurlaubnis“ für die Arbeitnehmerüberlassung sanktionslos bleiben sollen. Nach der neuen Regelung soll es keinen Unterschied mehr machen, ob das Unternehmen bzw. der Unternehmer im Besitz einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung ist oder nicht. In beiden Fällen wird ein Arbeitsverhältnis mit dem Kundenbetrieb fingiert.

Laut Begründung des Referentenentwurfs (S. 19) soll diese Regelung ausschließlich der Verhinderung bzw. Sanktionierung der (legalen) verdeckten Arbeitnehmerüberlassung dienen. Das Ziel, das Instrument Zeitarbeit transparent für alle Beteiligten – Zeitarbeitskräfte, Kundenbetriebe und Zeitarbeitsunternehmen – transparent zu handhaben, wird vom BAP geteilt. Allerdings geht der Entwurf mit dieser undifferenzierten Regelung weit über diesen Gesetzeszweck hinaus. Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses bei Verstößen gegen die Kennzeichnungs- und Offenlegungspflicht würde nämlich nicht nur bei der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung greifen, sondern auch in den Fällen, in denen eine Arbeitnehmerüberlassung von den Vertragsparteien gewollt war, der Vertrag aber nicht ausdrücklich als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag bezeichnet worden ist und der einzelne Zeitarbeiter vor der Überlassung nicht konkretisiert wurde.

Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Kundenbetrieb stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Privatautonomie dar. Daher muss der Gesetzgeber sicherstellen, dass diese Sanktion – wenn überhaupt – nur in den Fällen zum Tragen kommt, in denen sie vom Sinn und Zweck des Gesetzes getragen und gedeckt ist. Ob allerdings die Kennzeichnungs- und Offenlegungspflichten tatsächlich dazu beitragen, *„die Leiharbeit auf die Kernfunktion hin zu orientieren“*, *„die Stellung der Leiharbeitnehmer zu stärken“* oder den *„Missbrauch von Leiharbeit zu verhindern“*, ist jedoch mehr als fraglich.

VI. Streikklausel

Das im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD vorgesehene Verbot, Zeitarbeitnehmer als Streikbrecher einzusetzen, ist vom BMAS in einem neugefassten § 11 Abs. 5 wie folgt umgesetzt worden:

„Der Entleiher darf Leiharbeitnehmer nicht tätig werden lassen, soweit sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist.“ (Referentenentwurf, S. 8)

Im Begründungsteil stellt das BMAS klar, dass sich dieses Verbot an den Einsatzbetrieb richtet und nicht etwa an das Zeitarbeitsunternehmen (Referentenentwurf, S. 26), sodass das im Fall des Verstoßes vorgesehene Bußgeld von bis zu 500.000 Euro (§ 16 Abs. 1 Ziffer 8a) in Verbindung mit § 16 Abs. 2, Referentenentwurf, S. 9) sich folgerichtig auch an den Kundenbetrieb richtet. Diese Adressierung an den „Entleiher“ ist konsequent und auch logisch, denn dem Einsatzbetrieb ist bekannt, ob er bestreikt wird, dem Zeitarbeitsunternehmen jedoch nicht. Auf keinen Fall ist es den Personaldienstleistern zuzumuten, sich für jeden einzelnen Kundenbetrieb darüber zu informieren, ob der jeweilige Betrieb aktuell bestreikt wird, zumal völlig offen ist, woher die Zeitarbeitsunternehmen diese Information beziehen sollten.

Bedauerlich ist, dass das BMAS mit der vorgesehenen Regelung – einmal mehr – das ignoriert, was die Sozialpartner bereits in ihren Tarifverträgen für die Zeitarbeit zum Einsatz von Zeitarbeitskräften bei Streiks geregelt haben. Statt wie beispielsweise in § 17.1 des Manteltarifvertrags zwischen dem BAP und der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit von einem Einsatzverbot bei einem „ordnungsgemäßen“ Streik spricht das BMAS von „unmittelbarer“ Betroffenheit des Kundenbetriebs durch einen Arbeitskampf, sodass Zeitarbeitnehmer auch bei einem unrechtmäßigen Streik abgezogen werden müssten. Damit weicht der Regelungsvorschlag des BMAS schon an diesem Punkt von der Vereinbarung der Tarifvertragsparteien ab.

Die Tarifpartner haben darüber hinaus in ihrem Tarifvertrag auch geregelt, dass *„die Parteien des Arbeitskampfes im Einzelfall abweichende Vereinbarungen treffen (z. B. Notdienstvereinbarungen)“* können (§ 17.1 des Manteltarifvertrags zwischen dem BAP und der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit). Diese „Öffnungsklausel“ hat das BMAS ohne Angabe von Gründen nicht übernommen und geht damit erneut über die Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien hinaus.

Der Entwurf des BMAS ignoriert auch, dass die Streikklausel die Zeitarbeitsunternehmen finanziell belastet: Wenn Zeitarbeitskräfte nicht im Kundenbetrieb eingesetzt werden können, erhalten die Personaldienstleister auch keine Vergütung von ihrem Kunden, müssen aber aufgrund des in Deutschland für die Zeitarbeit geltenden Arbeitgeberprinzips ihre Zeitarbeitnehmer weiter bezahlen. Dabei haben die Tarifvertragsparteien in ihrer Vereinbarung zum Einsatzverbot bei Streiks schon einen Vorschlag aufgenommen, wie die Zeitarbeitsunternehmen von derartigen finanziellen Folgen entlastet werden könnten – nämlich durch die Beantragung von Kurzarbeit. Diesen Vorschlag der Tarifvertragsparteien der Zeitarbeit muss der Gesetzgeber umsetzen, um nicht das Kostenrisiko der beabsichtigten Streikklausel einseitig auf die Zeitarbeitsunternehmen abzuwälzen, die keine Partei bei diesen Arbeitskämpfen sind und deswegen auch keinerlei Einfluss auf den Ausgang solcher Streiks haben.

Das BMAS geht in seinem Entwurf von Folgekosten aus, die für den BAP in keiner Weise nachvollziehbar sind und an vielen Stellen viel zu niedrig angesetzt sind, während Entlastungen viel zu hoch eingeschätzt werden.

1. Folgekosten aufgrund der Einführung einer Höchstüberlassungsdauer

Zu den Folgekosten, die durch die Einführung einer Höchstüberlassungsgrenze entstehen, führt das BMAS in seinem Referentenentwurf aus:

„Die Einführung der Überlassungshöchstdauer nach § 1 Absatz 1b AÜG hat Auswirkungen auf den Erfüllungsaufwand. Künftig ist eine Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten vorgesehen; diese kann verkürzt oder ausgedehnt werden, wenn ein Tarifvertrag in der Einsatzbranche oder eine entsprechende Vereinbarung auf Grund eines Tarifvertrages im Einsatzbetrieb oder der Einsatzdienststelle dies ermöglicht. § 19 Absatz 2 AÜG sieht vor, dass Einsatzzeiten vor Inkrafttreten des Gesetzes unberücksichtigt bleiben (der Erfüllungsaufwand entsteht daher erstmalig im 19. Monat nach Inkrafttreten). Der zusätzliche Erfüllungsaufwand des Verleihers entsteht dadurch, dass Einsätze nun gegebenenfalls frühzeitiger beendet werden und die hierzu erforderlichen Maßnahmen einzuleiten sind. Im Ergebnis kommt es zu einem zusätzlichen laufenden Aufwand von etwa 160 000 Euro jährlich.“ (Referentenentwurf, S. 15)

Angesichts der Tatsache, dass in den rund 11.000 Zeitarbeitsbetrieben² die Software und die Prozesse an die Höchstüberlassungsdauer angepasst werden müssen, ist die BMAS-Schätzung von 160.000 Euro zu niedrig angesetzt. Insbesondere wenn berücksichtigt wird, dass es verschiedene Höchstüberlassungsdauern für unterschiedliche Branchen geben wird. Selbst innerhalb einer Branche kann es nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf durch unterschiedliche Betriebsvereinbarungen bzw. durch die unterschiedlichen Regelungen für nicht tarifgebundene Unternehmen zu differierenden Höchstüberlassungsdauern kommen. Diese komplexen Regelungen müssen in die Prozesse und Software der Zeitarbeitsbetriebe implementiert werden. Da Verstöße gegen die Höchstüberlassungsdauer zu empfindlichen Sanktionen – bis hin zum Entzug der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis – führen werden, wird bei der Implementierung nicht nur große Sorgfalt, sondern in vielen Fällen auch rechtliche Beratung notwendig sein – das führt zu weiteren Kosten.

Nicht bedacht wurde in den Ausführungen zum Referentenentwurf, dass auch der Rekrutierungsaufwand für die Personaldienstleister wachsen wird. Länger als 18 Monate dauernde Einsätze – zum Beispiel bei Elternzeitvertretungen, für die es einen 24 monatigen Rechtsanspruch gibt – können in vielen Fällen nicht mehr von einer Zeitarbeitskraft abgedeckt werden. Sollten solche Einsätze nicht gänzlich wegfallen, muss gegebenenfalls weiteres Personal rekrutiert und eingearbeitet werden.

Die Schätzung von 160.000 Euro Aufwand ist auch aus einem anderen Grund nicht nachvollziehbar, denn die Umsatzauffälle der Zeitarbeitsunternehmen aufgrund der Höchstüberlassungsdauer werden überhaupt nicht berücksichtigt. Der BAP hat aufgrund vorliegender Daten eine Schätzung vorgenommen und kommt dabei – je nach zugrunde gelegtem Szenario – auf **monatliche Umsatzeinbußen bei den Personaldienstleistern zwischen über 148 Millionen Euro und rund 223 Millionen Euro**. Diese Summen wurden wie folgt berechnet:

² Laut Statistik der Bundesagentur für Arbeit "Leiharbeitnehmer und Verleihbetriebe, Nürnberg, Januar 2016" gab es am 30.06.2015 10.956 Verleihbetriebe mit Schwerpunkt Arbeitnehmerüberlassung. Weitere 39.000 Betriebe haben keinen Schwerpunkt in der Arbeitnehmerüberlassung, aber zumindest eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung und müssen sich ggf. auch auf die Änderungen einstellen.

Die Zeitarbeitsbranche hat einen jährlichen Umsatz von rund 35 Mrd. Euro³. Ein nicht unbedeutender Teil dieser Umsätze wird mit Kundenaufträgen erwirtschaftet, die Zeitarbeitskräfte länger als 18 Monate einsetzen. Viele Einsätze die typischerweise länger als 18 Monate dauern, wie zum Beispiel Elternzeitvertretungen, Pflegezeitvertretungen oder auch das Projektgeschäft, können nicht mehr durchgeführt werden bzw. müssen verkürzt werden. Gerade im Bereich der Überlassung von hochqualifizierten Zeitarbeitskräften ist das langfristige Projektgeschäft von großer Bedeutung. Laut Arbeitnehmerüberlassungsstatistik der Bundesagentur für Arbeit waren im ersten Halbjahr 2015 monatlich durchschnittlich 47.312 bzw. 30.604 Zeitarbeitnehmer als Spezialisten bzw. als Experten beschäftigt. Nach Befragungen des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln im Rahmen des IW-Zeitarbeitsindexes werden 33 Prozent der Spezialisten/Experten länger als 18 Monate an Kunden überlassen. Das heißt, dass monatlich 25.712 der Spezialisten und Experten länger als 18 Monate eingesetzt werden. Bei einer konservativen Schätzung von einem Wegfall von 20 Prozent der länger als 18 Monate dauernden Aufträge im Segment der Spezialisten/Experten würden also monatlich 5.142 Spezialisten/Experten von der Höchstüberlassungsdauer negativ betroffen.

Angehörige dieser Personengruppe verdienen im Monatsschnitt 3454 Euro brutto⁴. Um vom Bruttoverdienst auf das Umsatzvolumen schließen zu können, müssen die Monatsverdienste mit dem Faktor zwei multipliziert werden. Bei einer konservativen Annahme von einem Umsatzausfall von 20 Prozent kann demnach vom monatlichen Wegfall eines Umsatzes von 35.524.086 Euro im Bereich der Spezialisten/Experten ausgegangen werden. Bei einer weniger konservativen Annahme des Auftragsausfalls von 30 Prozent der Aufträge mit einer Überlassungsdauer von über 18 Monaten errechnet sich ein monatlicher Umsatzausfall von 53.286.129 Euro im Bereich der Spezialisten/Experten.

Im Bereich der Fachkräfte arbeiteten laut Bundesagentur für Arbeit im ersten Halbjahr 2015 monatlich durchschnittlich 348.917 Zeitarbeitskräfte. Nach Befragungen des Instituts der deutschen Wirtschaft Köln im Rahmen des IW-Zeitarbeitsindexes werden 16 Prozent der Fachkräfte länger als 18 Monate an Kunden überlassen. Das waren im ersten Halbjahr 2015 monatlich 55.827 Personen. Eine Person dieser Gruppe verdiente durchschnittlich 2.397 Euro brutto⁵. Beim konservativen Szenario von einem Auftragsausfall von 20 Prozent kann von einem Umsatzausfall von monatlich 53.526.659 Euro im Bereich der Fachkräfte ausgegangen werden. Bei 30 Prozent Auftragsausfall würde die Summe des Umsatzrückgangs auf monatlich 80.289.989 Euro im Bereich der Fachkräfte anwachsen.

Im Bereich der Helfer waren laut BA im ersten Halbjahr 2015 monatlich 490.712 Zeitarbeitskräfte tätig. Laut dem IW-Zeitarbeitsindex wurden davon 18 Prozent, also 88.328 Personen länger als 18 Monate eingesetzt. Der Durchschnittsverdienst lag bei einem Monatsbrutto von 1.679 Euro⁶. Bei einem Auftragsausfall von 20 Prozent würden im Bereich der Helfer 59.321.192 Euro Umsatz monatlich verloren gehen. Bei einem Ausfall von 30 Prozent der Aufträge würden die monatlichen Umsatzausfälle 88.981.788 Euro im Helferbereich betragen.

Die Einführung der Höchstüberlassungsdauer führt also in einem konservativen Szenario zu monatlichen Umsatzausfällen in der Zeitarbeitsbranche von über 148 Millionen Euro. Bei einem Auftragsrückgang von 30 Prozent der über 18 Monate dauernden Arbeitnehmerüberlassungen summiert sich der monatliche Umsatzrückgang sogar auf rund 223 Millionen Euro.

³ Gesamtumsatz der Wirtschaftsbereiche 78.2 und 78.3 im Jahr 2013 lt. Statistischen Bundesamt, Strukturerhebung im Dienstleistungsbereich - Erbringung von sonstigen wirtschaftlichen Dienstleistungen, Wiesbaden 2015.

⁴ Statistisches Bundesamt – Destatis: Arbeitnehmerverdienste - Fachserie 16 Reihe 2.1 - 3. Vierteljahr 2015, N78 – Vermittlung und Überlassung von Arbeitskräften, Leistungsgruppe 2 – ein Großteil der Spezialisten/Experten wird kann der Leistungsgruppe 2 zugerechnet werden, evtl. der höher verdienenden Leistungsgruppe 1 zugehörige Personen wurden nicht berücksichtigt.

⁵ Statistisches Bundesamt – Destatis: siehe oben, Leistungsgruppe 3.

⁶ Statistisches Bundesamt – Destatis: siehe oben. Leistungsgruppe 5 – zur einfacheren Rechnung wurde nur die niedrigere Leistungsgruppe 5 angenommen, obwohl in der betrachteten Personengruppe auch Verdienste der Leistungsgruppe 4 denkbar sind.

2. Folgekosten aufgrund der Einführung von Equal Pay

Zu den Folgekosten durch die Einführung von Equal Pay äußert sich das BMAS u.a. wie folgt:

„Durch die neue Regelung zu Equal Pay in § 8 Absatz 4 AÜG wird zusätzlicher Erfüllungsaufwand für Verleiher und Entleiher entstehen. Dieser ergibt sich aus der durchzuführenden Vergleichsberechnung der Vergütung der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter mit der von vergleichbaren Stammbeschäftigten im Einsatzbetrieb, wenn die Einsätze im Entleihbetrieb länger als neun Monate dauern und keine (Branchen-) Zuschläge zur Heranführung an das Arbeitsentgelt vergleichbarer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Einsatzbranche gewährt werden. Mit Inkrafttreten der Regelung kommt es durch die Überprüfung und den gegebenenfalls erforderlichen Anpassungsprozess der Vergütungen der Leiharbeitskräfte zu einem einmaligen Aufwand in Höhe von rund 830 000 Euro. Der laufende Aufwand durch Vergleichsberechnungen für Fälle, bei denen danach die gesetzliche Regelung zu Equal Pay nach neun Monaten greift, wird auf rund 990 000 Euro jährlich geschätzt.“ (Referentenentwurf, S.16)

Der Aufwand durch Lohnbuchhaltung scheint sowohl für die Kundenunternehmen als auch für die Personaldienstleister an dieser Stelle erneut unterschätzt zu werden. Es entsteht in den Zeitarbeitsunternehmen ein erheblicher Aufwand durch die Neuanschaffung bzw. Umstellung der Lohnbuchhaltungssoftware. Der Verwaltungsaufwand der Lohnbuchhaltung wächst enorm – für die Zeitarbeitsunternehmen waren bisher nur der jeweilig angewandte Zeitarbeitsvertrag (BAP/DGB oder iGZ/DGB) und gegebenenfalls die jeweiligen Branchenzuschlagstarifverträge maßgeblich. Nach dem Referentenentwurf werden je nach Einsatz auch Tarifverträge fremder Branchen bzw. Haustarifverträge oder bei nicht tarifgebundenen Betrieben deren betriebliche Lohnstruktur zu beachten sein – bei Großunternehmen können schnell über hundert Lohnbestandteile für die Entgeltberechnung relevant werden. Weiter verkompliziert wird die Entgeltberechnung, weil selbst Sachbezüge berücksichtigt werden müssen. Insbesondere bei kleinen und mittelständischen Zeitarbeitsunternehmen kann der gewachsene Aufwand dazu führen, dass sich bestimmte Aufträge nicht mehr lohnen – auch daraus entstehen Kosten durch entgangene Umsätze.

Da Fehler bei der Berechnung von Equal Pay gemäß dem vorliegenden Referentenentwurf zu empfindlichen Sanktionen – bis hin zum Entzug der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis – führen sollen, wird bei der Umsetzung nicht nur große Sorgfalt, sondern in vielen Fällen auch rechtliche Beratung notwendig sein. Im bei der komplexen Materie erwartbaren Streitfall kommen auf die Unternehmen Verfahrenskosten in nicht unerheblichem Ausmaß zu.

Neben den Personaldienstleistern wird die Ermittlung von Equal Pay für jeden einzelnen Mitarbeiter auch die Kundenunternehmen mit einem deutlich gestiegenen Verwaltungsaufwand belasten. Unternehmen, die Zeitarbeit einsetzen, werden schon aus Gründen des Rechtsschutzes gezwungen sein, eine Schatten-Lohnbuchhaltung für die bei ihnen eingesetzten Zeitarbeiter einzurichten, denn in vielen Fällen werden Arbeitsgerichte klären müssen, ob tatsächlich Equal Pay gezahlt wurde, und dann liegt die Nachweispflicht auch bei den Kundenunternehmen.

Bei der Folgekostenabschätzung lässt das BMAS – wie schon bei der Kostenabschätzung zur Überlassungshöchstdauer – die Umsatzrückgänge der Personaldienstleister völlig außen vor. Dabei lassen sich auch die Kosten, die durch Auftragsrückgänge in Folge der vorschlagenden Equal Pay-Regelung entstehen, schätzen. Aufgrund von Rechtsunsicherheiten, der Komplexität der Equal Pay-Berechnung und auch von steigenden Preisen wird es zu Ausweichreaktionen kommen, die in vielen Fällen zu Auftragsausfällen für die Zeitarbeitsunternehmen und damit zu Umsatzeinbußen führen werden. Es sind allerdings auch umsatzneutrale Marktreaktionen, wie zum Beispiel der Einsatz anderer Zeitarbeiter, denkbar. Kosten – zum Beispiel bei der Rekrutierung – entstehen auch in solchen Fällen. Diese Kosten sind sehr individuell und mit den vorhandenen Daten nicht quantifizierbar.

Da der Gesetzesentwurf die Branchenzuschlagstarifverträge unter bestimmten Voraussetzungen als Equal Pay anerkennt, wird es in von Branchenzuschlagstarifverträgen abgedeckten Wirtschaftsbereichen nur dann Ausweichreaktionen geben, wenn die Branchenzuschlagstarifverträge überproportionale Entgeltsteigerungen vorsehen. Eine solche Verteuerung ist zwar aufgrund der durch den Gesetzesentwurf gewachsenen Verhandlungsmacht der Gewerkschaften wahrscheinlich, lässt sich aber nicht quantifizieren. Daher sind rund 70 Prozent der über neun Monate dauernden Arbeitnehmerüberlassungen in dieser Betrachtung außen vor – sie werden von Branchenzuschlagstarifverträgen abgedeckt. Im Folgenden werden wieder drei Gruppen von Zeitarbeitskräften – Helfer, Fachkräfte und Spezialisten/Experten unterschieden.

31 Prozent aller Zeitarbeitnehmer werden im Helferbereich laut einer Befragung des IW Köln im Rahmen des IW-Zeitarbeitsindex länger als 12 Monate eingesetzt. Bei Zeitarbeitnehmern im Helferbereich sind das monatlich 152.121 Personen bei einem Monatsschnitt von 490.712 Helfern im ersten Halbjahr 2015. Wie bereits erläutert, werden davon nur 30 Prozent betrachtet, da diese nicht von Branchenzuschlagstarifverträgen betroffen sind. Bleiben also 45.636 Personen. In einem konservativen Szenario wird im Folgenden von einem Auftragsausfall von 20 Prozent ausgegangen. Für die restlichen 80 Prozent wird im Folgenden eine umsatzneutrale Marktreaktion angenommen. Die Berechnung des Umsatzausfalls erfolgt analog zur Berechnung bei der Höchstüberlassungsdauer. Das Ergebnis ist ein monatlicher Umsatzrückgang von 30.649.283 Euro allein im Helfersegment.

Im Bereich der Fachkräfte werden laut IW-Zeitarbeitsindex 34 Prozent der Zeitarbeitnehmer länger als neun Monate überlassen. Bei einem Monatsschnitt von 348.917 im ersten Halbjahr 2015 waren das 118.632 Zeitarbeitskräfte. Wie bereits erläutert, werden davon nur 30 Prozent der Zeitarbeitnehmer betrachtet, da diese nicht von Branchenzuschlagstarifverträgen betroffen sind. Bleiben also 35.590 Personen. Auch hier wird wieder von der konservativen Annahme ausgegangen, dass der Auftragsausfall 20 Prozent betrifft. Für die restlichen 80 Prozent wird wieder eine umsatzneutrale Marktreaktion angenommen. Daraus ergeben sich 33.867.001 Euro Umsatzrückgang für die Personaldienstleister im Segment der Fachkräfte.

Spezialisten/Experten gab es im Monatsschnitt des ersten Halbjahres 2015 77.916. Laut IW-Zeitarbeitsindex wurden davon 56 Prozent, also 43.633 Personen, länger als neun Monate eingesetzt. Bleiben 13.090 Zeitarbeitskräfte, die nicht in Bereichen mit Branchenzuschlägen tätig waren. Es wird wieder vom oben aufgeführten konservativen Szenario von 20 Prozent Auftragsausfall und 80 Prozent umsatzneutrale Marktreaktionen ausgegangen. Dies hat einen monatlichen Umsatzausfall im Bereich der Spezialisten und Experten von 18.084.989 Euro zur Folge.

In Summe aller betrachteten Zeitarbeitnehmergruppen ergeben sich **in dem** genutzten **konservativen Szenario** mit einem Auftragsausfall von 20 Prozent und 80 Prozent umsatzneutralen Marktreaktionen **monatlich 82,6 Millionen Euro Umsatzausfälle für die Personaldienstleister**.

Bei einer weniger konservativen Annahme bezüglich der Auftragsausfälle steigen die Kosten weiter. Wenn in nur 60 Prozent der länger als neun Monate dauernden Einsätze umsatzneutrale Marktreaktionen realisiert werden können, während 40 Prozent der Aufträge ausfallen, **steigt der Umsatzausfall für die Personaldienstleister auf 165 Millionen Euro monatlich**.

3. Angebliche Entlastung der Zeitarbeitsunternehmen

Im Koalitionsvertrag hatten CDU/CSU und SPD festgehalten, „die statistische Berichterstattung zur Arbeitnehmerüberlassung bedarfsgerecht“ weiterentwickeln zu wollen (Koalitionsvertrag, S. 69). Das BMAS hat dieses Vorhaben umgesetzt, indem die Daten zur Zeitarbeit nunmehr aus der Beschäftigtenstatistik der Bundesagentur für Arbeit ermittelt werden, die auf den Arbeitgebermeldungen zur Sozialversicherung beruht. Damit fallen die bisher in § 8 AÜG vorgeschriebenen halbjährlichen, zusätzlichen statistischen Meldepflichten der Zeitarbeitsunternehmen an die Bundesagentur für Arbeit weg.

Das BMAS beziffert die angebliche Entlastung der Zeitarbeitsunternehmen durch den Wegfall dieser statistischen Meldepflichten wie folgt:

„Die Entlastung von Bürokratiekosten der Wirtschaft, die sich aus dem Wegfall der bisher in § 8 AÜG geregelten Informationspflicht der Verleiher zur Statistik ergibt, beträgt nach Angaben des Statistischen Bundesamtes etwa 2,7 Millionen Euro jährlich.“ (Referentenentwurf, S. 16)

Diese Schätzung ist nicht nachvollziehbar und ganz offensichtlich viel zu hoch angesetzt, denn eine Befragung der BAP-Mitgliedsunternehmen und der Anbieter von Softwarelösungen für die Zeitarbeitsbranche hat gezeigt, dass die Umstellung der statistischen Berichterstattung zur Arbeitnehmerüberlassung die Personaldienstleister nicht nennenswert entlastet. Das liegt vor allem daran, dass bei allen befragten Softwareunternehmen die automatische Datenauswertung für die halbjährliche statistische Meldung an die Bundesagentur für Arbeit Grundbestandteil der Standardsoftware für die Personalverwaltung von Zeitarbeitsunternehmen ist. Da diese Softwareunternehmen zum Zeitpunkt der Befragung eine Marktabdeckung von 97,9 Prozent erreichten, hat also vor der Umstellung der Statistik zur Arbeitnehmerüberlassung die ganz überwiegende Mehrzahl der Personaldienstleister eine IT-Lösung eingesetzt, mit der automatisch die Daten für die frühere halbjährliche Statistikmeldung ermittelt worden sind.

Dies wird auch durch die Ergebnisse der Befragung unter den BAP-Mitgliedsunternehmen bestätigt. Danach

- nutzten 70 Prozent der Mitglieder des BAP vor der Umstellung eine Software, die per Mausklick die halbjährliche statistische Meldung erstellt,
- wendeten 78 Prozent der Unternehmen weniger als einen halben Manntag für die Meldung auf, und
- betrug der Aufwand bei weiteren 17 Prozent zwischen einem halben und einem ganzen Manntag.

Auf den Punkt gebracht, was von der angeblichen Entlastung der Zeitarbeitsunternehmen durch die Umstellung der Statistik zur Arbeitnehmerüberlassung zu halten ist, hat es der Geschäftsführer eines BAP-Mitgliedsunternehmen:

*„Mir fehlen die Worte. Die statistische Meldung dauert einen Mausklick. Das macht alles unser Programm automatisch... Von einem halben Manntag kann also nicht die Rede sein. Mit Eintüten und Kopie abheften dauert der ganze Prozess dann ca. 15 Minuten. Von einer spürbaren Entlastung kann also nicht die Rede sein. **Wer auch immer das behauptet, hat von der Zeitarbeit keine Ahnung.**“* (Meik Brauer, Geschäftsführer der BPS Personalmanagement GmbH, per Email vom 21. Mai 2015 an die BAP-Geschäftsstelle)