



Materialzusammenstellung

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 3. Juli 2023 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Ulrike Schielke-Ziesing, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter

BT-Drucksache 20/6003

- b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Christian Görke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen

BT- Drucksache 20/5978

A. Mitteilung	2
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen	3
C. Stellungnahmen eingeladener Verbände	
Dr. Paul Kolffhaus, Hamburg	4
Radlogistikverband Deutschland e.V.	14
Professor Dr. Christiane Brors, Oldenburg	18
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V.	28
Bundesverband Paket & Expresslogistik e.V.	32
Institut der deutschen Wirtschaft Köln e.V.	37
Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V.	45
Professor Dr. Peter Schüren, Münster	50



Mitteilung

Berlin, den 16. Juni 2023

**Die 51. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und
Soziales
findet statt am
Montag, dem 3. Juli 2023, 16:00 Uhr
bis ca. 17:30 Uhr
10557 Berlin
Paul-Löbe-Haus, E.200**

Sekretariat
Telefon: +49 30 - 227 3 24 87
Fax: +49 30 - 227 3 60 30

Sitzungssaal
Telefon: +49 30 - 227 3 02 69
Fax: +49 30 - 227 3 62 95

**Achtung!
Abweichende Sitzungszeit!
Abweichender Sitzungsort!**

Tagesordnung - Öffentliche Anhörung

Einzigster Punkt der Tagesordnung

- a) Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Ulrike Schielke-Ziesing, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

**Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire
Löhne für Leiharbeiter**

BT-Drucksache 20/6003

Federführend:
Ausschuss für Arbeit und Soziales

Mitberatend:
Wirtschaftsausschuss

- b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Christian Görke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

**Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit
durchsetzen**

BT-Drucksache 20/5978

Federführend:
Ausschuss für Arbeit und Soziales

Mitberatend:
Wirtschaftsausschuss

Bemerkung:
Pet 4-20-11-8901-015684 - Petition nach § 109 GO-BT



Liste der Sachverständigen

Verbände und Institutionen:

ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V.
Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V.
Bundesverband Paket und Expresslogistik e.V.
Institut der deutschen Wirtschaft Köln e.V.
Radlogistikverband Deutschland e.V.

Einzelfachverständige:

Professor Dr. Peter Schüren, Münster
Professor Dr. Christiane Brors, Oldenburg
Dr. Paul Kolfhaus, Hamburg



Schriftliche Stellungnahme

Dr. Paul Kolfhaus, Hamburg

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 3. Juli 2023 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Ulrike Schielke-Ziesing, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter

BT-Drucksache 20/6003

- b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Christian Görke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen

BT- Drucksache 20/5978

Siehe Anlage

Stellungnahme zum Antrag „Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen“ (Bundestags-Drucksache 20/5978) der Fraktion Die Linke im Bundestag

Der in Rede stehende Antrag „Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen“ (Bundestags-Drucksache 20/5978) der Fraktion Die Linke im Bundestag schlägt im Wesentlichen vor, die Tariföffnungsklausel in § 8 Abs. 2, 4 AÜG zu streichen. So soll zunächst die Gleichstellung von Leiharbeiter*innen mit Stammkräften erreicht werden. Zusätzlich soll zur Kompensation der Mehrbelastung ein Entgeltzuschlag von 10 % vorgeschrieben werden.

Der Antrag beruft sich dabei unter anderem auf die Mindestvorgaben der Leiharbeitsrichtlinie RL 2008/104/EG. In einem überraschenden Urteil vom 31. Mai 2023 – 5 AZR 143/19 – haben die Richter*innen des Bundesarbeitsgerichts nun angenommen, dass die deutsche Rechtslage die von der Europäischen Union eingezogene Untergrenze wahre. Damit liegt der Ball im politischen Spielfeld. Das ist insofern sachgerecht, als die Beurteilung des AÜG und der Situation der Leiharbeiter*innen vorrangig eine politische Frage ist.

Die dem Antrag zugrunde liegende Kritik an den herrschenden Zuständen entspricht interessanterweise der in der Vergangenheit geäußerten Kritik, die zu den vorherigen Reformen geführt hat. Die von dem Vorschlag zu erwartenden Auswirkungen entsprechen darum auch weitgehend den bislang geäußerten gesetzgeberischen Zielen. Eine antragsgemäße Entscheidung würde also die bisherigen Reformen konsequent fortsetzen und ihren Ansprüchen zum tatsächlichen Durchbruch verhelfen.

Vorangegangene Reformen des AÜG waren von der Zielsetzung getragen, mithilfe einer Stärkung der Leiharbeit Beschäftigungspotentiale, die bislang nicht genutzt wurden oder mit Überstunden abgedeckt wurden, durch Zusammenfassung in neue feste Arbeitsplätze zu überführen.¹ Gleichzeitig sollte es Entleihunternehmen damit ermöglicht werden, Personalengpässe zu überbrücken und flexibel auf Auftragsspitzen zu reagieren.² Auch mit der letzten AÜG-Reform 2017 wollte der Gesetzgeber diese Vorteile grundsätzlich weiterverfolgen, die Leiharbeit aber gleichzeitig zum Schutz von Stammbeschaftungen auf ihre Kernfunktion zurückschneiden und den Schutz der Leiharbeitskräfte erhöhen.³ Insbesondere der letzte Punkt wird auch von dem hier behandelten Antrag hervorgehoben.

I. Aktuelle Handhabung der Leiharbeit

Die oben genannten Ziele werden aktuell nur sehr eingeschränkt erreicht. Zwar weckt das in § 8 Abs. 1 AÜG etablierte Gleichstellungsgebot die Erwartung, dass auf diesem Wege Schutzbedürfnisse von Leiharbeiter*innen und Stammbeschaftungen mit den Flexibilitätswünschen von Entleihunternehmen zielführend austariert würden. Diese Vorschrift ist allerdings tarifdispositiv ausgestaltet, wobei für die Abweichung eine arbeitsvertragliche Bezugnahme auf den Tarifvertrag genügt. Von dieser Möglichkeit machen die Arbeitsverträge von Leiharbeiter*innen standardmäßig Gebrauch. Der Gleichstellungsgrundsatz gilt deshalb heute nur auf dem Papier; in der Realität ergeben sich die Arbeitsbedingungen beinahe aller Leiharbeiter*innen aus den von der Tarifgemeinschaft Leiharbeit des DGB mit der iGZ und dem BAP abgeschlossenen Tarifverträgen.⁴

1. Schlechterstellung von Leiharbeitskräften

Der derart durchlöchernte gesetzliche Schutzmechanismus führt im Ergebnis nicht dazu, dass

1 Entwurf eines Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BT-Drs. 15/25, S. 23 f.

2 Gesetzesentwurf zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BT-Drs. 17/4804, S. 7.

3 Gesetzesentwurf zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BT-Drs. 18/9232, S. 1, 14.

4 <https://www.dgb.de/presse/++co++f43a9960-9318-11ed-99a7-001a4a160123>, zuletzt abgerufen am 11.06.2023.

Leiharbeit den gewünschten Charakter als „gute Arbeit“ erhält. Der angestrebte „faire Lohn“ ist selten gewährleistet – zumindest wenn man „fair“ unter Rückgriff auf die üblichen Grundsätze von Austausch- und Leistungsgerechtigkeit bestimmt und mit der Gesetzesbegründung davon ausgeht, dass Leiharbeitskräfte ebenso gute Arbeit leisten wie ihre im Entleihunternehmen angestellten Kolleg*innen.⁵ Stattdessen klaffen die Entgelte inner- und außerhalb der Arbeitnehmer*innenüberlassung weit auseinander.⁶

Zuletzt verdienen Leiharbeiter*innen im Median 41% weniger als Beschäftigte außerhalb der Arbeitnehmer*innenüberlassung.⁷ Das erklärt sich teilweise mit dem überdurchschnittlich häufigen Einsatz von Leiharbeitskräften auf Stellen mit einem eingeschränkten Anforderungsniveau.⁸ Gleicht man diese Besonderheit aus und vergleicht nur das Entgelt von Helfer*innen inner- und außerhalb der Leiharbeit, so bleibt immer noch eine Differenz von 29 %.⁹ Leiharbeiter*innen arbeiten hier demnach nur die ersten drei Wochen jeden Monats für die eigene Tasche, danach für die Marge von Verleih- und Entleihunternehmen. Bei Fachkräften beträgt der Verlust mit 24 % noch ein knappes Viertel des Entgelts, für Spezialist*innen und Expert*innen schlagen 12 % bzw. 13 % Schlechterstellung zu Buche.¹⁰

Durch weitere statistische Angleichungen in Bezug auf Staatsangehörigkeit, Alter, Berufssegment und Beschäftigungsdauer kommt die Bundesagentur für Arbeit für vollzeitbeschäftigte Leiharbeitskräfte zu einem „unerklärten“ Pay Gap von 16 %.¹¹ Bei Helfer*innen liegt dieser „unerklärte“ Pay Gap bei 24 %.¹² Diese außergewöhnliche Lohneinbuße macht es im Helfer*innensegment besonders attraktiv, auf Leiharbeit zu setzen – und tatsächlich arbeitet über die Hälfte der Leiharbeitskräfte als Helfer*innen.¹³ Das wiederum führt im Verbund mit den gegenüber anderen Helfer*innen stark reduzierten Entgelten dazu, dass 61 % der Leiharbeiter*innen im Niedriglohnsektor arbeiten.¹⁴ Leiharbeit ist insgesamt für 10 % des Niedriglohnbereichs verantwortlich, hat an der Gesamtbeschäftigung aber nur einen Anteil von 2,1 %.¹⁵ Erst mithilfe der der Leiharbeit eigenen Aufspaltung der Arbeitgeber*innenrolle – Verleihunternehmen einerseits und

5 Gesetzesentwurf zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BT-Drs. 18/9232, S. 14 f.

6 Vgl. dazu ausführlich *Kolffhaus*, Flexibilität und Fragmentierung durch Arbeitnehmer*innenüberlassung, Baden-Baden 2022, S. 111 ff.

7 Bundesagentur für Arbeit, Entwicklungen in der Zeitarbeit, Nürnberg, Juli 2022, 24.

8 Bundesagentur für Arbeit, Leiharbeitnehmer und Verleihbetriebe, Nürnberg, Januar 2023, Tabelle 1.8.1 Spalte 11, 12 Zeile 129.

9 Bundesagentur für Arbeit, Leiharbeitnehmer, Tabelle 6.2 (Teil 2) Spalte 5 Zeile 18. Bei der abweichenden Angabe in Bundesagentur für Arbeit, Entwicklungen, 24 dürfte es sich um einen Tippfehler handeln.

10 Bundesagentur für Arbeit, Leiharbeitnehmer, Tabelle 6.2 (Teil 2) Spalte 5 Zeile 19-21.

11 Bundesagentur für Arbeit, Entwicklungen, S. 24. Diese Zahl ist aus zwei Gründen nur eingeschränkt aussagekräftig. Zum einen überträgt die Bundesagentur für Arbeit bei der Bereinigung nicht die Merkmalsverteilung innerhalb der Leiharbeit auf die Entgelte außerhalb der Leiharbeit, um zu ermitteln, was Leiharbeitskräfte als Stammkräfte verdienen würden; stattdessen bereinigt sie andersherum (Bundesagentur für Arbeit, Bereinigter Pay Gap von Leiharbeitnehmer, Nürnberg, Januar 2019, S. 18). Charakteristische Besonderheiten wie der überproportionale Anteil an Helfer*innentätigkeiten innerhalb der Leiharbeit bleiben dadurch unberücksichtigt. Der durchschnittliche bereinigte Pay Gap i.S.d. Gehaltseinbuße durch das Merkmal Leiharbeit dürfte darum tatsächlich höher sein. Zum anderen erklärt die Bereinigung die Schlechterstellung von Leiharbeitskräften u.a. mit dem hohen Anteil an Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit. Dabei lässt sie unberücksichtigt, dass an dieses Merkmal im 21. Jahrhundert keine Ungleichbehandlung angeknüpft werden darf; bei einer Anstellung dieser Personen direkt im Entleihunternehmen wäre eine Schlechterstellung wegen der Staatsangehörigkeit darum offenkundig rechtswidrig. Die Bereinigung nimmt damit kritiklos hin, dass Leiharbeit auch zur Umgehung von Diskriminierungsverboten genutzt wird (vgl. *Kolffhaus*, Flexibilität und Fragmentierung, S. 30 f., 115).

12 Bundesagentur für Arbeit, Leiharbeitnehmer, Tabelle 6.2 (Teil 2) Spalte 9 Zeile 18.

13 Bundesagentur für Arbeit, Leiharbeitnehmer, Tabelle 1.8.1 Spalte 7

14 Bundesagentur für Arbeit, Leiharbeitnehmer, Tabelle 6.1 Spalte 8 Zeile 12. Der Niedriglohnbereich beginnt nach der von der Bundesagentur für Arbeit verwandten Definition in Anlehnung an die Definition der OECD bei zwei Dritteln des Medianentgelts aller sozialversicherungspflichtig Vollzeitbeschäftigten der Kerngruppe, vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 19/12700, S. 3.

15 Bundesagentur für Arbeit, Entwicklungen, S. 24; Bundesagentur für Arbeit, Leiharbeitnehmer, Tabelle 6.1 Spalte 7, 11 Zeile 12.

weisungsbefugtes Entleihunternehmen andererseits – wird es möglich, insbesondere auch in eigentlichen Hochlohnbranchen die Branchentarifverträge zu unterlaufen, billige Arbeitskraft verfügbar zu machen und damit den Niedriglohnsektor auszuweiten.

Ein weiterer Hinweis zur mangelnden Fairness beim Entgelt ergibt sich aus den Branchenzuschlagstarifverträgen selbst. Mithilfe eines „Eingliederungsabschlags“ bzw. dem Äquivalent einer durchschnittlichen Leistungszulage wird hier das Entgelt von Leiharbeiter*innen in den ersten 15 Monaten eines Einsatzes bei 90 % des bei Gleichstellung zu zahlenden Entgelts gedeckelt.¹⁶ Diese zeitliche Grenze erreichen die wenigsten Leiharbeitskräfte, 79 % von ihnen verlieren ihre Anstellung schon vor Ablauf eines Jahres.¹⁷ Ein 10-prozentiger Entgeltnachteil ist also in den meisten Fällen tariflich explizit abgesichert.

Das Entgeltniveau von Leiharbeiter*innen ist demnach dem der jeweils vergleichbaren Stammkräfte regelmäßig nicht ebenbürtig, sondern erheblich schlechter.¹⁸ Diese Schlechterstellung wiederum lässt auf einen erheblichen Verstoß gegen die Gebote der Austausch- und Leistungsgerechtigkeit schließen. Der Verstoß wird auch nicht dadurch gemildert, dass Leiharbeitnehmer*innen auf dem Papier in einsatzfreien Zeiten bezahlt werden. Zwar mag diese Tatsache genügen, um die Mindestvorgaben der Leiharbeitsrichtlinie nicht zu verletzen. Sie ändert aber nichts daran, dass das Risiko einsatzfreier Zeiten – ebenso wie in jedem anderen Arbeitsverhältnis – als Teil des Beschäftigungsrisikos ein Problem der Verleihunternehmen und keine Minderleistung der Beschäftigten ist. Selbstverständlich sind Eisverkäufer und Anlageberaterinnen auch dann zu bezahlen, wenn gerade keine Sonne scheint, niemand Geld anlegen will und darum keine Arbeit anfällt – geschuldet ist stets nur das Angebot der Arbeitsleistung.¹⁹ Das gilt auch in der Arbeitnehmer*innenüberlassung.²⁰ Gerade weil Unternehmen ihre Beschäftigten auch in umsatzschwachen Zeiten bezahlen müssen, greifen sie auf Leiharbeit zurück, um bei Flaute die Entgeltfortzahlungspflicht zu umgehen. Es ist widersprüchlich, in Abweichung von diesen Grundsätzen den Leiharbeitskräften praktisch das Beschäftigungsrisiko auferlegen zu wollen und ihr Entgelt unter Verweis auf potentielle einsatzfreie Zeiten zu drücken.²¹ Aus der gleichen Arbeit müsste darum nach den Grundsätzen von Austausch- und Leistungsgerechtigkeit auch ein gleicher Lohn folgen.

Den vergangenen Reformen ist es demnach nicht gelungen, den Schutz von Leiharbeiter*innen insbesondere in Entgeltfragen auf ein angemessenes Niveau zu heben. Von guter Arbeit zu einem fairen Lohn sind die realen Bedingungen der Leiharbeit weit entfernt.

2. Verdrängung von Stammbeschäftigten

Was hingegen heute wie damals gelingt, ist die flexible Bereitstellung von Arbeitskräften an die Entleihunternehmen. Entleihunternehmen können in beinahe allen Regionen Deutschlands ohne größere Hürden Leiharbeitskräfte einsetzen, um Personalausfälle zu kompensieren, kurzfristig benötigtes Spezialwissen verfügbar zu machen oder Auftragsspitzen abzuarbeiten. Dabei werden Beschäftigungspotentiale, die andernfalls ungenutzt blieben oder durch Überstunden ausgefüllt

16 § 2 Abs. 5 der Branchenzuschlagstarifverträge.

17 Bundesagentur für Arbeit, Leiharbeitnehmer, Tabelle 3.1 Spalte 8 Zeile 31.

18 Eine positive Ausnahme hiervon stellen aufgrund ihrer guten Verhandlungsposition Leiharbeitskräfte im Gesundheitssektor dar. Auch bei Einsätzen in außergewöhnlich schlecht vergütenden Branchen kann es vorkommen, dass das Entgeltniveau der Leiharbeitstarife das dortige Entgeltniveau nicht unterschreitet.

19 § 615 BGB.

20 § 11 Abs. 4 AÜG, § 615 BGB.

21 Im Übrigen fallen einsatzfreie Zeiten in der Praxis entgegen der gesetzlichen Vorgabe meist nicht den Verleihunternehmen, sondern den Leiharbeitnehmer*innen zur Last. Entweder endet ihre Einsatzbefristung, sie werden nach Einsatzen innerhalb der Probezeit mit tariflich nochmals verkürzten Fristen gekündigt (zwei Drittel der Leiharbeitsverhältnisse enden binnen sechs Monaten, Bundesagentur für Arbeit, Entwicklungen, S. 18) oder sie belasten ihr rechtlich fragwürdiges, aber praktisch wirksames tariflich bestimmtes Arbeitszeitkonto mit Minusstunden. Das formal den Verleihunternehmen zugewiesene Beschäftigungsrisiko realisiert sich also praktisch kaum und kann auch aus diesem Grund keine nennenswerte Einbuße beim Entgelt rechtfertigen.

würden, in Arbeitsplätze für die eingesetzten Leiharbeiter*innen überführt.

Leiharbeit wird aber nicht nur in diesen, der Kernfunktion zuzurechnenden Fällen nachgefragt. Ein erheblicher Anteil der von Leiharbeitskräften erbrachten Arbeitsstunden findet im Rahmen der strategischen Nutzung statt – einer Nutzung von Arbeitnehmer*innenüberlassung, die gerade nicht an einen vorübergehenden Arbeitskraftbedarf gekoppelt ist, sondern als Instrument langfristiger Unsicherheitskontrolle und Maßnahme zur Senkung von Lohnkosten auf dauerhaft bestehenden Arbeitsplätzen geschieht.²² Diese Nutzung geschieht nicht reaktiv als Antwort auf reale Schwankungen im Bedarf, sondern permanent. Weil der Bedarf an Arbeitskräften dauerhaft besteht, werden hierbei keine akuten Flexibilitätsbedürfnisse befriedigt; auch werden keine neuen Arbeitsplätze geschaffen, sondern lediglich bestehende Arbeitsplätze zu Leiharbeitsplätzen umdeklariert. Die strategische Nutzung führt damit zur Verdrängung von Stammarbeitsplätzen, untergräbt die Tarifbindung der Entleihunternehmen und setzt Stammbeschafteten unter Konkurrenzdruck – ohne dass dies durch gewonnene Flexibilität und neue Arbeitsplätze gerechtfertigt würde.²³ Ihre Popularität zeigt, dass die Rückführung auf die Kernfunktion nicht gelungen ist. Um den Schutz von Stammbeschafteten steht es damit ähnlich wie um den der Leiharbeiter*innen selbst – schlecht. Der Gesetzgeber bleibt auch hier hinter der eigenen Zielsetzung zurück.

Neben dieser durchwachsenen Bilanz im Hinblick auf die unmittelbar mit dem AÜG verknüpften gesetzgeberischen Ziele zeitigt die aktuelle Rechtslage weitere Auswirkungen, die den legislativen Bestrebungen an anderer Stelle entgegenwirken und diesen widersprechen. Das betrifft zum einen die Bestrebungen, durch Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote für Gerechtigkeit auf dem Arbeitsmarkt zu sorgen. Zum anderen gerät auch die verlässliche Strukturierung des Arbeitslebens durch Tarifverträge in Gefahr.

3. Unterlaufen von Diskriminierungsverboten

Die antidiskriminierungsrechtliche Dogmatik kommt im Fall der Arbeitnehmer*innenüberlassung an ihre Grenze. Durch die Aufspaltung der Arbeitgeber*innenrolle wird es rechtlich zulässig, vom arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot ebenso abzuweichen wie von sämtlichen spezifischen Diskriminierungsverboten. Diese Möglichkeit öffnet Tür und Tor für eine Schlechterstellung von Personen, die am Arbeitsmarkt weniger gute Karten haben. Würden sie für ihre Arbeit im Einsatzbetrieb direkt vom Entleihunternehmen angestellt, so dürften sie nicht schlechter bezahlt werden als andere Kolleg*innen. Das gilt unabhängig von ihrer Position auf dem Arbeitsmarkt – gleiche Arbeit, gleicher Lohn. Schaltet man aber, bei einem ansonsten völlig gleichen Szenario und insbesondere gleicher Tätigkeit, das Verleihunternehmen als rechtlichen Mittelsmann dazwischen, so sind alle Diskriminierungsverbote nichts mehr wert.

Das führt zu Ergebnissen, die man spätestens mit Erlass des AGG für überwunden gehalten hatte. Geht man heute durch einen Leiharbeit nutzenden Betrieb und vergleicht die Entgelte aller Personen, die die gleiche Tätigkeit erbringen, so wird das durchschnittliche Entgelt der Personen ohne deutschen Pass in aller Regel unter dem durchschnittlichen Entgelt der Personen mit deutschem Pass liegen. Die Ursache dafür liegt in der Leiharbeit. 41 % der Leiharbeitskräfte haben keine deutsche Staatsangehörigkeit, in der Gesamtbeschäftigung sind es nur 13 %.²⁴ Die Wahrscheinlichkeit, eine Tätigkeit mittels des Konstrukts der Arbeitnehmer*innenüberlassung auszuüben, ist für Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit mehr als vier mal so hoch wie für Personen mit deutscher Staatsangehörigkeit.²⁵ Gleiches gilt für die damit einhergehende Schlechterstellung. Was bei einer

22 *Neubäumer*, WSI-Mitt. 2017, 36 (40 f.); *Friedrich*, Der Funktionswandel von Zeitarbeit, Hamburg 2010, S. 26; *Holst/Nachtwey/Dörre*, Funktionswandel von Leiharbeit, Frankfurt a. M. 2009, S. 17 f.; *Promberger et al.*, Leiharbeit im Betrieb, Nürnberg 2006, S. 103 f.

23 Ausführlich *Kolffhaus*, Flexibilität und Fragmentierung, S. 47 ff., 56 f., 152.

24 Bundesagentur für Arbeit, Entwicklungen, S. 15.

25 Bundesagentur für Arbeit, Leiharbeitnehmer, Tabelle 1.4 Zeile 15.

Direktanstellung im Entleihunternehmen grob rechtswidrig wäre und nur den schalen Beifall der AfD fände, wird bei Einbeziehung der Leiharbeit die scheinbar wertfreie Folge einer Sortierung durch den Arbeitsmarkt: die Schlechterstellung von Menschen in Abhängigkeit von ihrer Staatsangehörigkeit. Die Leiharbeit in ihrem momentanen gesetzlichen Korsett legalisiert also konkret Ergebnisse, die man durch die Antidiskriminierungsgesetzgebung eigentlich vermeiden wollte.

4. Funktionswidriger Gebrauch von Tarifverträgen

An zahlreichen anderen Stellen ist der Gesetzgeber außerdem bemüht, die Tarifautonomie durch eine höhere Tarifbindung zu fördern. Jüngster Ausdruck dessen sind aktuelle Bestrebungen, ein Tariftreuegesetz auf Bundesebene zu erlassen. Hintergrund hiervon ist das Anliegen, die Strukturierung des Arbeitslebens durch Tarifverträge zu stärken. Dahinter steht die von Art. 9 Abs. 3 GG getragene, als Zweckbestimmung der Tarifautonomie zentrale Vorstellung, dass Lohnabhängige erst durch kollektive Verhandlungen ihre strukturelle Unterlegenheit überkommen können und erst auf dieser Basis ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln von Arbeitsbedingungen möglich wird.²⁶ Mithilfe des Tariftreuegesetzes soll der Tarifvertrag als Ermächtigungsinstrument der Lohnabhängigen gestärkt und das gleichgewichtige Aushandeln gefördert werden.

In der Leiharbeit nun aber wirkt der Tarifvertrag nicht als Ermächtigungsinstrument der Leiharbeiter*innen, sondern zu ihrem Nachteil. Diese „Perversion des Tarifwesens“²⁷ widerspricht zum einen der Funktion der Tarifautonomie und sorgt damit für Irritation. Zum anderen schadet sie auch dem Ziel, Arbeitsverhältnisse durch Tarifverträge, die das Ergebnis eines gleichgewichtigen Aushandelns sind, zu strukturieren. Ohne die Leiharbeits-Tarife kämen nämlich auch in der Arbeitnehmer*innenüberlassung regelmäßig Arbeitsbedingungen zum Tragen, die von den Tarifparteien der Einsatzbranchen für die ausgeführten Tätigkeiten in einem tatsächlichen kollektiven Prozess ausgehandelt wurden. Heute hingegen werden Leiharbeitsverhältnisse von Tarifverträgen bestimmt, die zwar diesen Namen tragen, aber gerade nicht auf dem kollektiven Handeln der Tarifunterworfenen beruhen – nur die wenigsten Leiharbeitskräfte sind Gewerkschaftsmitglieder. Stattdessen wurden sie von Gewerkschaften mitgetragen, die primär die partiell widerstreitenden Interessen der Stammbesetzungen vertreten. Von Ermächtigung keine Spur. Stattdessen lädt die aktuelle Rechtslage die Gewerkschaften dazu ein, die Interessen einer kleinen Mitgliedergruppe zugunsten einer anderen, wesentlich größeren zu verraten. Als Schutzpatron der Leiharbeiter*innen sind Gewerkschaften wegen dieses Interessenkonflikts eine Fehlbesetzung; manche Stimmen sehen hierin gar eine Verletzung der Tarifautonomie.²⁸ In jedem Fall ist diese gesetzlich geschaffene Zwickmühle außergewöhnlich. Sie ist umso verwunderlicher, als sich die andernorts gewünschte Strukturierung der Arbeitsbedingungen durch klassische, auf kollektiver Handlung der Beschäftigten beruhende Tarifverträge mithilfe der Gleichstellung einfach erreichen ließe. Der Gesetzgeber torpediert damit die Tarifautonomie und versagt Leiharbeiter*innen aktuell einen Schutz, den er andernorts dringend fördern möchte.

Momentan führt die gesetzliche Regelung der Leiharbeit demnach nicht dazu, dass die selbstgesteckten Ziele erreicht werden. Zusätzlich konterkariert die Abweichungsmöglichkeit vom Gleichbehandlungsgrundsatz auch Bestrebungen des Gesetzgebers an anderen Stellen. Die aktuelle Lage in der Arbeitnehmer*innenüberlassung gibt damit insgesamt dringend Anlass, eine Reform zu erwägen.

II. Auswirkungen der vorgeschlagenen Reform

Die vorgeschlagene Reform hätte Auswirkungen auf das Nutzungsverhalten von

26 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, NZA 1991, 809 (811); BAG, Beschl. v. 28.03.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 Rn. 45.

27 Schlachter/Heinig EnzEuR7/Forst, 2. Aufl. 2021, § 16 Rn. 75.

28 Lembke/Stoffels, in: FS Moll, München 2019, S. 377 (391 f.); Blanke, DB 2010, 1528 (1531).

Entleihunternehmen, auf die Arbeitsbedingungen von Leiharbeiter*innen, auf die Wirksamkeit der Tarifautonomie sowie auf den Umfang des Niedriglohnssektors.²⁹

1. Rückführung der Leiharbeit auf ihre Kernfunktion

Mit einer verpflichtenden Gleichstellung plus 10-prozentigem Bonus würden die Entgelte in der Leiharbeit ebenso wie die Überlassungspreise steigen. In der Folge würde Leiharbeit auf ihre Kernfunktion zurückgeführt.

Es steht zu erwarten, dass Entleihunternehmen bei steigenden Überlassungspreisen nicht länger zur Lohnkostensenkung, sondern nur mehr bei tatsächlich vorübergehendem Bedarf an Arbeitskräften auf die Arbeitnehmer*innenüberlassung zurückgreifen würden – denn nur in diesem Fall können Verleihunternehmen ihren strukturellen Vorteil nutzen. Dieser Vorteil besteht zum einen darin, als spezialisierter Dienstleister schnell und effektiv neue Arbeitskräfte zur Verfügung stellen und diese ebenso spontan wieder zurücknehmen zu können, ohne dadurch Unsicherheit bei der Stammbesellschaft zu verursachen.³⁰ Zum anderen ist es für Verleihunternehmen möglich, als Intermediär die vorübergehenden Arbeitskraftbedarfe verschiedener Unternehmen in einem Arbeitsplatz zu bündeln und damit Beschäftigungsrisiken zu entschärfen sowie die anteiligen Rekrutierungs- und Entlassungskosten zu senken.³¹ Diese strukturellen Vorteile bestehen unabhängig von der konkreten Lohnhöhe von Leiharbeitskräften; sie würden auch bei Geltung einer zwingenden Gleichstellungspflicht erhalten bleiben und den wirtschaftlichen Mehrwert der Arbeitnehmer*innenüberlassung sichern.³² Dieser Mehrwert würde aber eben nur mehr bei vorübergehenden Arbeitskraftbedarfen entstehen. In der Folge einer etablierten Gleichstellungspflicht samt Zulage würde die bislang populäre strategische Nutzung zur Lohnkostensenkung darum stark zurückgehen, während die Nutzung als Ad-Hoc-Ersatz und zur Abdeckung von Auftragsspitzen weiter möglich und wirtschaftlich sinnvoll bliebe. Die Verdrängung von Stammarbeitsplätzen würde damit weitgehend eingedämmt, Flexibilität für die Entleihunternehmen aber weiterhin gewährleistet. Die Leiharbeit würde wirksam auf ihre volkswirtschaftlich wünschenswerte und politisch gewollte Kernfunktion zurückgeführt.³³

Das Beispiel Frankreich macht im Zusammenhang mit dem Nachfrageverhalten von Entleihunternehmen zweierlei anschaulich: Zum einen wird dort sichtbar, dass Leiharbeit für die Entleihunternehmen als Flexibilitätsgarant auch dann noch attraktiv bleibt, wenn zusätzlich zur Gleichstellung ein 10-prozentiger Prekaritätszuschlag zu zahlen ist.³⁴ Zum anderen zeigt sich an dem in Frankreich 2015 aufgehobenen Synchronisationsgebot, dass sich Gleichstellung und Arbeitsplatzsicherheit nicht ausschließen.³⁵ Das macht deutlich, dass es sich bei der Gleichstellung von Leiharbeitskräften um eine politische Frage handelt, deren wirtschaftliche Machbarkeit belegt ist.

29 Vgl. zu den Auswirkungen einer Gleichstellungspflicht ausführlich *Kolffhaus*, Flexibilität und Fragmentierung, S. 438 ff. m.w.N.

30 *Sitte/Lehmann*, in: *Bornewasser/Zülich*, Arbeitszeit Zeitarbeit, Wiesbaden 2013, S. 117 (121); *Möller*, in: *Bouncken/Bornewasser/Bellmann*, Die neue Rolle der Zeitarbeit in Deutschland, Augsburg 2012, S. 235 (237).

31 *Möller*, in: *Die neue Rolle der Zeitarbeit*, S. 235 (237); *Mitlacher*, Sozialer Fortschritt 2005, 97 (100).

32 *Kolffhaus*, Flexibilität und Fragmentierung, S. 54 ff.; *Cantzler*, in: *Schwaab/Durian*, Zeitarbeit, Wiesbaden 2017, S. 247 (256); *Kämmerer*, Der neue Rechtsrahmen der Arbeitnehmerüberlassung, Berlin 2017, S. 49; *Schröpfer*, Intensität der Leiharbeitsnutzung in Deutschland, Stuttgart 2014, S. 243; *Nießen/Fabritius*, BB 2013, 375 (380); *Blanke*, DB 2010, 1528 (1531 f.); *Fuchs*, NZA 2009, 57 (62); *Mitlacher*, Sozialer Fortschritt 2005, 97 (100 ff.); *Grobys/Schmidt/Brockner*, NZA 2003, 777 (780); *Däubler*, KJ 2003, 17 (21); krit. *Stepien*, Berufsfreiheit, 33 f.; *Giesen*, ZfA 2016, 153 (180); *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23 (23).

33 Vgl. zum volkswirtschaftlichen Nutzen BAG, Beschl. v. 10. 7. 2013 – 7 ABR 91/11, NZA 2013, 1296 Rn. 42; BAG, Beschl. v. 28.09.1988 – 1 ABR 85/87, NZA 1989, 358 (359); *Kolffhaus*, Flexibilität und Fragmentierung, S. 56 f.; *Waltermann*, in: *Creutzfeldt/Thüsing/Hanau/Wißmann*, FS Bepler, München 2012, S. 569 (572); *Sansone*, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, Baden-Baden 2011, S. 113.

34 Vgl. Art. L. 1251–32 code du travail.

35 Vgl. Art. L. 1251–58–1 bis L. 1251–58–8 code du travail; bei unbefristeten Leiharbeitsverhältnissen wird demnach zusätzlich zur Gleichstellung kein Prekaritätszuschlag fällig.

2. Wirksamer Schutz von Leiharbeitskräften

Gleichzeitig würde mit einer Reform wie der vorgeschlagenen auch die heutige Zweitklassigkeit von Leiharbeitsverhältnissen enden.³⁶ Leiharbeiter*innen würden an den Verhandlungsergebnissen der Einsatzbranchen partizipieren, für ihre Arbeit eine den Standards von Austausch- und Leistungsgerechtigkeit entsprechende Gegenleistung erhalten und zusätzlich für die ihnen abverlangte Flexibilität und Unsicherheit mit einer Zulage entlohnt werden. Diskriminierungsverbote könnten nicht länger umgangen werden, weil die künstliche Aufspaltung der Arbeitgeber*innenrolle durch die ebenso künstliche Gleichstellungspflicht passgenau kompensiert würde. Leiharbeit erhielte damit den von der Gesetzgebung erwünschten Charakter als „gute Arbeit“.

Mit dem Wegfall der Tarifdispositivität müsste allerdings für jeden Einsatz das Vergleichsentgelt ermittelt werden. Das bringt einiges an Bürokratie und zusätzliche Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung mit sich. Das erste Problem wird bereits von der heutigen Rechtslage gelöst: § 12 Abs. 1 S. 4 AÜG schreibt vor, dass das Vergleichsentgelt bereits im Überlassungsvertrag anzugeben ist. Der bürokratische Aufwand ist also überschaubar, weil die Information dort gesammelt wird, wo sie regelmäßig schon vorhanden ist – im Einsatzbetrieb. Das Problem der Rechtsdurchsetzung hingegen müsste aktiv einer Lösung zugeführt werden. Die Hoffnung auf ein rechtskonformes Verhalten der Verleihunternehmen sollte praktisch gestützt werden durch eine auf das Vergleichsentgelt bezogene Offenlegungspflicht gegenüber den eingesetzten Leiharbeitskräften, sowie wirksame Sanktionen für falsche Angaben von Entleihunternehmen. Auf diesem Wege würde sichergestellt, dass das faire Entgelt auch tatsächlich bei den Beschäftigten ankommt.

Mit dem bei steigenden Überlassungspreisen zu erwartenden Wegfall der strategischen Nutzung der Arbeitnehmer*innenüberlassung auf Dauerarbeitsplätzen würden außerdem zahlreiche Arbeitsplätze in Verleihunternehmen wegfallen. Gleichzeitig würden aber die vormaligen von Leiharbeitskräften ausgeübten dauerhaft notwendigen Tätigkeiten in den Einsatzbetrieben nicht verschwinden; sie würden schlicht in Zukunft von neuen Stammkräften ausgeführt. Angesichts des momentanen Arbeitskräftemangels liegt es besonders nahe, dass die neuen Stammarbeitsplätze von vormaligen Leiharbeiter*innen ausgefüllt würden. Für viele Leiharbeiter*innen würde sich der Arbeitsplatzverlust darum eher als Arbeitgeberwechsel darstellen, was angesichts der dadurch steigenden Beständigkeit regelmäßig als Upgrade begriffen werden dürfte. Die Leiharbeit könnte also einerseits einmalig tatsächlich eine nennenswerte Brückenfunktion entfalten.³⁷ Andererseits würden auch zukünftig mehr Menschen direkt auf den neu geschaffenen Stammarbeitsplätzen angestellt als es die kühnsten Wunschvorstellungen zur heutigen Brückenfunktion zu hoffen wagen. Davon würde nicht zuletzt auch die betriebliche Weiterbildung, eine empfindliche Schwachstelle von Verleihunternehmen, profitieren.³⁸

Die Arbeitsplätze hingegen, die durch die Zusammenfassung vorübergehender Beschäftigungsmöglichkeiten in der Leiharbeit neu entstanden sind, blieben weitgehend erhalten – nur eben ohne die Zweitklassigkeit. Für Leiharbeitskräfte hätte die Einführung einer zwingenden Gleichstellungspflicht samt Zulage mithin weit überwiegend Vorteile.

3. Tatsächliche Förderung der Tarifaufonomie

Im Hinblick auf die Tarifaufonomie ergäben sich aus der vorgeschlagenen Reform ambivalente Auswirkungen. Zum einen würde der Verhandlungsspielraum für Leiharbeits-Tarife eingeschränkt,

36 Vgl. *Brändle et al.*, Evaluation des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, Tübingen/Bonn 2022, S. 299: „Um die Entlohnung der Leiharbeitskräfte wirksam zu verbessern, wäre es notwendig, [...] die (tariflichen) Ausnahmeregelungen stärker einzugrenzen oder zu beenden.“

37 Bislang ist diese Brückenfunktion kaum wirksam, vgl. *Brändle et al.*, Evaluation, S. 138; *Pasch*, Die "vorübergehende" Überlassung von Arbeitnehmern in Deutschland, Baden-Baden 2019, S. 35.

38 Vgl. DGB Bundesvorstand, arbeitsmarkttaktuell Nr. 4/2019, S. 7; *Krause*, ZIAS 2014, 113 (147).

weil die gesetzlichen Vorgaben in Einsatzzeiten nicht mehr unterschritten werden dürften. Angesichts der beschriebenen Tatsache, dass die aktuellen verschlechternden Tarifverträge nur entfernt mit den von Art. 9 Abs. 3 GG bezweckten ermächtigenden Tarifverträgen verwandt sind, scheint hier aber kein allzu tiefer Eingriff zu drohen.

Zum anderen würde der Weg dafür frei, dass die in den Einsatzbetrieben nach Weisung der Entleihunternehmen tätigen Lohnabhängigen alle gemeinsam für ihre Interessen eintreten und einen Tarifvertrag erwirken, von dem sie alle gleichermaßen profitieren. Erst die zwingende Gleichstellungspflicht ermöglicht es den in einem Betrieb oder einer Branche Beschäftigten, gemäß der Vorstellung des Art. 9 Abs. 3 GG ein wirksames Kartell zu bilden, um ihre strukturelle Unterlegenheit gegenüber der Unternehmensseite durch kollektives Handeln auszugleichen.³⁹ Erst die Gleichstellungspflicht schafft also die notwendigen Bedingungen, unter welchen die Tarifaufonomie ihre verfassungsmäßig bestimmte Funktion tatsächlich voll ausfüllen kann.

Die vorgeschlagene Reform würde damit konsequent fortsetzen, was das Tarifneugesetz allgemein versucht und leiharbeitsspezifisch bereits mit dem Verbot von Streikbrechereinsätzen von Leiharbeitskräften in § 11 Abs. 5 AÜG begann: die Förderung und der Schutz der tariflichen Strukturierung von Arbeitsverhältnissen. Dieser Schutz vor der spaltenden Wirkung der Arbeitnehmer*innenüberlassung würde fortan nicht mehr nur den Moment der Aushandlung von Tarifverträgen umfassen, sondern auch im Anschluss daran dafür sorgen, dass Unternehmen nicht durch die Aufspaltung der Arbeitgeber*innenrolle ihre eigenen Tarifabschlüsse unterlaufen können. Mit dieser Stärkung der Tarifaufonomie einher ginge auch, dass verschiedene Gruppen von Lohnabhängigen nicht länger gegeneinander ausgespielt, dass Stammbeschäftigte nicht länger durch die Konkurrenz von Leiharbeiter*innen unter Druck gesetzt werden könnten. Damit würde einerseits ihre Verhandlungsmacht steigen. Gleichzeitig könnte aber ein unternehmensseitiger Druck auf das Lohngefüge nicht länger dadurch gemildert werden, dass die Arbeitsbedingungen einer Randgruppe – der Leiharbeiter*innen – gesenkt werden. Auch gäbe es mit einem Wegfall der strategischen Nutzung von Arbeitnehmer*innenüberlassung auf Dauerarbeitsplätzen keinen Sicherheitspuffer mehr, der die Stammbeslegschaft in schlechten Zeiten vor dem Arbeitsplatzverlust schützt. Die Lohnabhängigen säßen also wieder alle in einem Boot – eine Situation, auf die Art. 9 Abs. 3 GG explizit abzielt. Die Tarifaufonomie sowohl von Leiharbeitskräften als auch Stammbeschäftigten würde letztendlich also praktisch profitieren.

4. Schwindender Niedriglohnsektor

Zuletzt würde mit der vorgeschlagenen Reform auch der Niedriglohnsektor in Deutschland geschmälert. Die Schere zwischen den Einkommen würde sich ein wenig schließen. Insbesondere in Hochlohnbranchen würden tatsächlich auch alle weisungsgebundenen Beschäftigten von den guten brancheneigenen Tarifabschlüssen profitieren. Gerechtigkeitserwartungen in der Bevölkerung würden besser erfüllt.⁴⁰

Weniger Entgelte im Niedriglohnbereich würden darüber hinaus die Sozialkassen entlasten, indem die Einnahmen steigen und der Bedarf nach Aufstockung von Arbeitseinkommen und Rente durch Sozialleistungen zurückgehen würde. Die momentane mittelbare Subventionierung der Leiharbeit würde enden.

In der Folge müssten Verleihunternehmen Umsatzeinbußen hinnehmen. Auch Entleihunternehmen müssten Vorteile einbüßen, die sie durch die aktuellen niedrigen Entgelte in der Arbeitnehmer*innenüberlassung noch genießen. Sie könnten nicht länger eine zweite Entgeltlinie im eigenen Betrieb aufbauen, ihre eigentlichen Tarifabschlüsse unterlaufen und Beschäftigungsrisiken quasi zum Nulltarif auslagern. Das würde die Lohnkosten hierzulande etwas erhöhen, was sich

39 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.06.1991 – 1 BvR 779/85, NZA 1991, 809 (811); BAG, Beschl. v. 28.03.2006 – 1 ABR 58/04, NZA 2006, 1112 Rn. 45.

40 Vgl. Kronauer, in: Becker/Dörre/Reif-Spirek, Arbeiterbewegung von rechts?, Bonn 2020, S. 81 (89); Holst/Nachtwey/Dörre, Funktionswandel S. 52.

wiederum als marginaler Nachteil im internationalen Wettbewerb auswirken könnte.

III. Zusammenfassung

Insgesamt ergibt sich hieraus folgender Befund: Der aktuellen Rechtslage gelingt es nicht, die gesetzgeberischen Ziele zu erreichen; stattdessen bringt die Tariföffnungsklausel des § 8 Abs. 2, 4 AÜG schlechte Arbeitsbedingungen für die Leiharbeiter*innen, Verdrängung für Stammbeschafteten, die Umgehung von Diskriminierungsverboten und eine Umkehrung der Tarifautonomie mit sich.

Gleichzeitig macht die Analyse der von einer Reform zu erwartenden Auswirkungen deutlich, dass sich diese Probleme recht einfach lösen ließen – und zu wessen Nutzen die momentane Abweichung von der Gleichstellungspflicht ist: der Gewinnmarge der Entleihunternehmen. Sie profitieren eins zu eins von den Lohnabschlägen der Leiharbeiter*innen. Die Abweichung von der Gleichstellungspflicht ist damit vor allem auch ein Mechanismus, um den Preis der Arbeitskraft bei Personen zu drücken, die sich ob ihrer Stellung auf dem Arbeitsmarkt nicht wirksam dagegen wehren können. Hier, und nicht so sehr bei der gerne angeführten Flexibilität, liegt der Hund begraben. Die vorgeschlagene Reform würde diese Frage einer schlüssigen Antwort zuführen.



Schriftliche Stellungnahme

Radlogistikverband Deutschland e.V.

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 3. Juli 2023 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Ulrike Schielke-Ziesing, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter

BT-Drucksache 20/6003

- b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Christian Görke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen

BT- Drucksache 20/5978

Siehe Anlage



STELLUNGNAHME

zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Soziales zu den Anträgen der AfD-Fraktion und der Fraktion DIE LINKE. zu den Themen Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter sowie Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen

Der Radlogistik Verband Deutschland e.V. vertritt die innovativen Unternehmen, die Radlogistik in Deutschland fördern und etablieren. Eine Vielzahl der Mitgliedsbetriebe sind kleine und mittlere Transportunternehmen (KMU), die u.a. in der KEP-Branche tätig sind.

I. Wir nehmen Stellung zu dem **Schwerpunkt „Redlichkeit in der Paketbranche“**, Drucksache 20/6003. Die Anträge zur Vergütung von Leiharbeitern (Drucksachen 20/6006 sowie 20/5978) entbehren einen direkten Zusammenhang zur KEP-Branche und sollten klar getrennt behandelt werden. Uns sind im Übrigen keine Arbeitnehmerüberlassungsverhältnisse in der operativen Zustellung auf der Letzten Meile bekannt. Was immer der Arbeitsmarkt an verfügbaren qualifizierten Arbeitskräften anbietet, wird nach unserer Sicht und Erfahrung direkt angestellt und nicht befristet entliehen.

II. „Redlichkeit“ ist als Begriff ungeeignet zur Beschreibung der Verhältnisse in der „Paketbranche“ – präzise KEP-Branche – um zur Beseitigung angenommener Missstände Gesetze einzufordern. Dies ist umso unsinniger, wenn bereits mehrere Gesetze vorhanden sind, die für die Beschäftigung in einer Branche sowie allgemein einen angemessenen Rahmen setzen.

1. Die in dem Antrag Drucksache 20/6003 angeführten Zahlen, Daten und Fakten sind unvollständig, unpräzise und falsch. Das vermittelte Bild ist verzerrt und stellt nicht die Gegebenheiten der Branche dar.

- a. Die Begriffe von Umsatz und Gewinn werden vermischt, Punkt I. Absatz 1.
- b. Der Branche werden „Rekordgewinne“ nachgesagt mit Bezug auf die Deutsche Post DHL. Dieser Konzern ist nicht branchenrepräsentativ und erzielte seine Gewinne NICHT im Paketgeschäft. Was die Gesetzentwurforderung zu II. 4. belegt.
- c. Die tatsächlichen Erträge der Branche sind in den Jahren 2020, 2021 und 2022 negativ bis durchgewachsen, wie die Offenlegungen der Unternehmensergebnisse zeigen.
- d. Der Betrachtungshorizont für die Verdienstentwicklung geht von 2010 bis 2020. Das ist zu kurz betrachtet nach erheblichen Anpassungen im Bereich des Mindestlohns und folgend der gesamten unteren Löhne seit 2021.
- e. Der Vergleich der Verdienstzuwächse in absoluten Zahlen ist nicht aussagekräftig ohne eine Relativierung der Qualifikation. In der KEP-Branche



arbeiten überproportional viele angelernte und ungelernte Kräfte und der Anteil steigt.

- f. Die Verwendung von Begriffen wie „Werkvertrags-Arbeitnehmer“ an sich oder „Solo- bzw. Scheinselbständigen“ im Kontext ist schlichtweg falsch. Arbeitnehmer arbeiten nicht im Rahmen eines Werkvertrages und Scheinselbständigkeit wird bereits durch die Rentenversicherung mit dem Statusfeststellungsverfahren unterbunden.

2. Die Abgrenzung von Dienstleistungen für die KEP-Branche von anderen Transportdienstleistungen ist praktisch nicht möglich.

Eine Vielzahl von Transportunternehmen erbringt Dienstleistungen für verschiedene Branchen. Die Lieferung von reinen Kurier- und Expresssendungen sowie Paketen ist ein Auftragsbaustein solcher Betriebe, die zeitgleich Aufträge in der Lebensmittellieferung erbringen, für Wäsche, Konsumgüter oder Laborproben und Arzneimittel. Eine Abgrenzung vom KEP-Geschäft wäre praktisch kaum möglich und durchsetzbar. Jede sich auf die KEP-Branche beziehende Restriktion wäre obsolet. Dies ist anders im Rahmen des Paketboten-Schutzgesetzes, das die Präqualifizierung von Unternehmen, die auch nur einen Teil Ihres Geschäfts in der KEP-Branche erwirtschaften, explizit zulässt. Speziell die Radlogistik als sehr innovative und sich stark entwickelnde Branche bietet attraktive, logistische Angebote zum Beispiel für lokale Einzelhändler, Wirtschaftsbetriebe oder Schulen an, während Dienstleistungen für die KEP-Branche eine – aber nicht einzige - Säule im Geschäftsmodell ausmachen.

3. Alle gesetzlichen Regelungen vom BGB über das SGB, Paketboten-Schutz-Gesetz, MiLoG, ArbZG, Gesetz zur Bekämpfung von Schwarzarbeit bis hin zum StGB gelten für alle – sowohl für die großen Paketdienste wie auch für die eingesetzten Unternehmen.

Es ist unerheblich, bei welchem Unternehmen eine beschäftigte Person angestellt ist, Paketdienst oder Nachunternehmer. Es besteht eine Sozialversicherungspflicht und es gelten alle betreffenden Gesetze ausnahmslos. Im Rahmen der Nachunternehmerhaftung haben sich in der Branche Standards etabliert wie die Präqualifizierung und zusätzlich weitergehende Auditierungen, die von den großen Paketdiensten an unabhängige Institutionen wie z.B. den TÜV vergeben werden. Unternehmer, die innerhalb dieses eng gesteckten Rahmens dennoch abweichend von den Bestimmungen arbeiten und handeln – sei es fahrlässig oder vorsätzlich – sind zu sanktionieren und aus dem Verkehr zu ziehen. Die Gesetze liegen vor, der Zoll ist für die Durchsetzung zuständig. Es bedarf keiner neuer Regelungen. Berichte des Zoll geben durchweg wenig Auffälligkeiten wieder, so prekär sich Nachrichten aus der Presse über vereinzelte Vergehen auch lesen mögen. Da jedes einzelne Unternehmen, das nicht gesetzestreu arbeitet, u.a. der Branche schadet, begrüßen wir als Verband ausdrücklich die konsequente Kontrolle durch den Zoll und das Unterbinden krimineller Handlungen einzelner.



4. Die Paketbranche arbeitet „redlich“.

Der Parlamentarische Staatssekretär im BMWK Stefan Wenzel hat dem Bundestag berichtet: „Die vorliegenden Erfahrungen belegen insoweit, dass die Kurier-, Express- und Paketdienstbranche zwar relevant für die Ermittlungstätigkeit der FKS ist. Jedoch konnten „systematische Rechtsverletzungen“ in der Branche nicht festgestellt werden.“ (Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 20/81 vom 25.01.2023, Seite 97239). Für die Radlogistikbranche können wir als Verband ausschließlich „redliche“ Erfahrung im Bereich der Sendungszustellung bestätigen.

III. Zusammenfassend:

- 1. Als Radlogistikverband ist festzustellen, dass keine Unredlichkeit besteht bei den operativen Radlogistikern in der Paketbranche und kooperierenden weiteren Branchenakteuren. Alle erforderlichen Gesetze sind vorhanden.**
- 2. Mögliche Vergehen einzelner sind klar von der Branche zu trennen und können durchgehend über die bestehenden Gesetze sanktioniert werden.**
- 3. Die Dienstleistungen der KEP-Branche sind nicht ohne weiteres von anderen Dienstleistungen zu trennen. Eine Umsetzung isolierter Regelungen ist praxisfern und in der Wirksamkeit zu hinterfragen.**
- 4. Fragen zur Vergütung von Leiharbeitnehmenden sind keine Frage der KEP-Branche. Diese sind separat und allgemein zu regeln.**

Berlin, 27.06.2023

gez.
Dr. Tom Assmann
Vorsitzender des Vorstands
Radlogistik Verband Deutschland e.V.

gez.
Martin Schmidt
Stellvertretender Vorsitzender des Vorstands
Radlogistik Verband Deutschland e.V.



Schriftliche Stellungnahme

Professor Dr. Christiane Brors, Oldenburg

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 3. Juli 2023 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Ulrike Schielke-Ziesing, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter

BT-Drucksache 20/6003

- b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Christian Görke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen

BT- Drucksache 20/5978

Siehe Anlage

**Stellungnahme als Einzelsachverständige zu dem Antrag der AfD Fraktion
(Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeitnehmer)
BT Drs. 20/6003**

Die im Antrag vorgeschlagenen Änderungen sind vor dem Hintergrund der europäischen und nationalen Rahmenbedingungen rechtlich so nicht umsetzbar und verfehlen ihr Ziel.

In dem Antrag wird vorgeschlagen:

1. Begrenzung des „Fremdpersonals“ (Werkverträge, Leiharbeit) auf 15 % im Verhältnis zur Stammelegschaft in der Paketbranche,
2. Zahlung von Equal-Pay ab dem ersten Einsatztag,
3. Zahlung einer Flexibilisierungspauschale,
4. Ursachen für die niedrigen Löhne „adressieren“ und die Quersubventionierung bei der Deutschen Post zwischen den Gewinnen aus dem Briefmonopol und dem Paketdienst beenden.

I. Begrenzung des Fremdpersonals und Leiharbeit auf 15 %

1. Begrenzung Leiharbeit

Eine derartige Begrenzung der Leiharbeit widerspricht Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG und ist damit europarechtswidrig. Begrenzungen der Leiharbeit sind danach nur möglich, wenn sie aus Gründen des Allgemeinwohls erforderlich sind. In dem Antrag wird die Rechtfertigung einer solchen Quote damit begründet, dass Leiharbeit nur insoweit zulässig ist, als Auftragsspitzen abgefangen werden können. Danach sollen Leiharbeitnehmer nicht auf Dauerarbeitsplätzen eingesetzt werden dürfen.

Diese Argumentation widerspricht den klaren Vorgaben des EuGH.¹ Bereits in der Rechtssache JH aus dem Jahr 2020 hat der EuGH entschieden, dass Leiharbeitnehmer auf Dauerarbeitsplätzen beschäftigt werden dürfen und dies keineswegs dem in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG vorgeschriebenen „vorübergehenden“ Einsatz

¹ EuGH 17.3.2022 C-232/20 Rn. 31; ebenso schon EuGH 14.10.2020 C-681/18.

von Leiharbeitnehmern widerspricht.² Der Einsatz auf Dauerarbeitsplätzen gibt Leiharbeitnehmern nach dem EuGH vielmehr eine Chance sich entsprechend dem in Erwägungsgrund 11 der Richtlinie vorgegebenen Ziel in den Arbeitsmarkt einzugliedern (11. Erwägungsgrund).³ Darüber hinaus stützt sich der EuGH auf den Wortlaut des Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG bei der Auslegung des Begriffs „vorübergehend“, der sich nicht auf die Art des Arbeitsplatzes, sondern die der Überlassung bezieht.⁴

Ist daher ein Einsatz auf Dauerarbeitsplätzen erlaubt und eine Begrenzung auf Auftragsspitzen nicht vorgesehen, kann eine Quote nicht mit derselben Argumentation verlangt werden. Für die Leiharbeit wäre eine solche Begrenzung daher eindeutig europarechtswidrig.

2. Begrenzung Werkverträge

Gegen die Begrenzung von Werkverträgen auf eine Quote sprechen sowohl verfassungsrechtliche wie europarechtliche Bedenken. Schon das Verbot von Werkverträgen und Leiharbeit in der Fleischwirtschaft ist als ungerechtfertigter Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV und in die unternehmerische Freiheit gem. Art. 14 GG stark kritisiert worden.⁵ Selbst wenn man im Fall der Fleischwirtschaft die Eingriffe damit rechtfertigen kann, dass damit die in dieser Branche vorliegenden Missstände beim Arbeitsschutz verhindert werden und die sozialversicherungsrechtliche Verantwortung abgesichert wird⁶, lässt sich (auch ein nur teilweises) Verbot in anderen Branchen nicht rechtfertigen.⁷ Anders als in anderen Branchen wurde (und wird) die Fremdvergabe in der Fleischbranche insbesondere dazu genutzt, arbeitsschutzrechtliche Verantwortlichkeit und Arbeitgeberstellung zu verschleiern.

Dagegen wird das im Antrag verlangte teilweise Verbot mit dem geringeren Lohnniveau begründet. Die fehlende Geeignetheit einer Quote um die Lohnanhebung zu erreichen, ist eigentlich offensichtlich. Soll in diesen verbleibenden 15 % dann der

² EuGH 14.10.2020 C-681/18.

³ EuGH 14.10.2020 C-681/18 Rn. 37. Der EuGH folgt insoweit den Ausführungen des Generalanwalts Rn. 42.

⁴ EuGH 17.3.2022 C-232/20 Rn. 31.

⁵ Boemke u.a., NZA 2020, 1160; Bayreuther, NZA 2020, 773.

⁶ Deinert, Gutachten Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales NRW, S. 6.

⁷ Deinert, Gutachten Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales NRW, S. 9.

niedrige Lohn toleriert werden? Darüber hinaus ist eine Quote auch nicht verhältnismäßig, da die Verbesserung der Durchsetzung des Mindestlohns bei Werkvertragsarbeitnehmern ein milderes Mittel als das Verbot ist.

Eine Quote ist danach nach deutschem Recht verfassungswidrig. Ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit ist aus denselben Gründen nicht zu rechtfertigen.

II. Branchenspezifische Zahlung von Equal-Pay ab dem ersten Arbeitstag und einer Flexibilisierungspauschale in Höhe von „10 % auf das maßgebliche Arbeitsentgelt“

In dem Antrag wird weiter gefordert, in der Branche Post-, Kurier- und Expressdienst § 8 AÜG so abzuändern, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern ab dem ersten Tag Equal-Pay gezahlt wird. Der Antrag ist daher wohl so zu verstehen, dass nur für diese Branche § 8 Abs. 2 und 4 AÜG gestrichen werden. Die branchenspezifische Streichung von § 8 Abs. 2 und 4 AÜG hat zwar den Vorteil, dass keine Beschäftigten betroffen werden, die durch Leiharbeit höhere Löhne als das Stammpersonal erzielen. Auf der anderen Seite setzt ein branchenspezifischer Eingriff voraus, dass nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 1 GG ein Sachverhalt abweichend von anderen Branchen geregelt werden soll, der mit den übrigen Branchen nicht „gleich“ ist. Aus dem Antrag selbst folgt eine solche Begründung nicht. Es ist nicht ersichtlich, ob die Arbeitsbedingungen in der genannten Branche gegenüber allen anderen Branchen besonders schlecht sind. Daher ist ein derartiges branchenspezifisches Vorgehen verfassungsrechtlich schon aus diesem Grund angreifbar.

III. Ursachen für die niedrigen Löhne in der Paketbranche adressieren und hierfür beispielsweise die Quersubventionierung bei der Deutschen Post zwischen den Gewinnen aus dem Briefmonopol und dem Paketdienst beenden

Im Antrag wird dazu ausgeführt, dass ein „wesentlicher Grund“ für die niedrigen Gehälter „der hohe Anteil an nicht tarifgebundener Arbeit vor allem bei Werkverträgen bzw. Nachunternehmerketten sowie Solo- bzw. Scheinselbstständigkeit“ ist. Was die „Quersubventionierung“ mit Scheinselbstständigkeit zu tun hat, ist m.E. nicht

verständlich. Mir erscheint es plausibler, durch staatliche Kontrollen oder die Einführung eines gewerkschaftlichen Verbandsklagerechts sicher zu stellen, dass der Mindestlohn auch in Unternehmerketten gezahlt wird, die Arbeitszeit der Beschäftigten korrekt erfasst wird – wie es nach der Rechtsprechung⁸ auch jetzt schon Pflicht ist - und Scheinselbstständigkeit von den zuständigen Behörden unterbunden wird.

⁸ EuGH 14.5.2019 – C-55/18, NZA 2019, 683; BAG 13.9.2022 – 1 ABR 22/21, NZA 2022, 1616.

**Stellungnahme als Einzelsachverständige zu dem Antrag der Fraktion die Linke
(Leiharbeit – gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen) 20/5978**

In dem Antrag wird vorgeschlagen,

die tarifliche Absenkungsmöglichkeit in § 8 AÜG zu streichen, so dass Beschäftigte in der Leiharbeit zwingend gleichgestellt werden und ausnahmslos ab dem ersten Einsatztag die gleiche Vergütung und die gleichen Arbeitsbedingungen wie vergleichbares Stammpersonal erhalten. Darüber hinaus soll ihnen nach dem Antrag ein gesetzlicher Flexibilitätszuschlag von 10 Prozent auf den Lohn gezahlt werden.

Das Ziel, Beschäftigten in der Leiharbeit faire Arbeitsbedingungen zu garantieren, ist politisch sehr wünschenswert. Es kann jedoch bezweifelt werden, ob die Streichung von § 8 Abs. 2 und 4 AÜG verfassungsgemäß ist. Die Koalitionen haben gem. Art 9 Abs. 3 GG das Recht den Lohn in Tarifverträgen zu regeln. Die bereits durch § 8 Abs. 2 und 4 AÜG bestehenden Beschränkungen dieses Rechts sind aufgrund des europäisch verlangten Schutzes der Beschäftigten gerechtfertigte Eingriffe in die Rechte der Koalitionen gem. Art. 9 Abs. 3 GG. Eine darüber noch hinausgehende Beschränkung ist unverhältnismäßig, da der Schutz der Beschäftigten bereits bei der Auslegung des § 8 Abs. 2 und 4 AÜG zu berücksichtigen ist.

**I. Regelung der Arbeitsbedingungen in der Leiharbeit durch
Tarifverträge als von Art. 9 Abs. 3 GG geschütztes Recht**

In dem Antrag wird ausgeführt, dass die Streichung der Tariföffnungsklausel nicht mit dem Hinweis auf die Tarifautonomie abgelehnt werden dürfe. Politisch kann so argumentiert werden. Rechtlich ist dagegen maßgeblich, ob die Streichung ein verfassungsrechtlich gerechtfertigter Eingriff in die den Koalitionen gem. Art 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Rechte ist.

Nach Art. 9 Abs. 3 GG haben die Koalitionen das Recht Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge zu regeln. Das BVerfG¹ führt dazu aus:

„Art. 9 III GG gewährleistet jedermann das Recht, zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. ... Den Schutz von Art. 9 III GG genießen ferner Betätigungen der Koalitionen, soweit sie den dort genannten Zwecken dienen ... Die Aushandlung von Tarifverträgen gehört zu den wesentlichen Zwecken der Koalitionen. Hierin sollen sie nach dem Willen des Grundgesetzes frei sein (vgl. BVerfGE 84, [212 \(224\)](#) = NJW 1991, [2549](#)). Der Staat enthält sich in diesem Betätigungsfeld grundsätzlich einer Einflußnahme (vgl. BVerfGE 38, [281 \(305f.\)](#) = NJW 1975, [1265](#)) und überläßt die erforderlichen Regelungen der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zum großen Teil den Koalitionen, die sie autonom durch Vereinbarung treffen (vgl. BVerfGE 44, [322 \(340\)](#) = NJW 1977, [2235](#)). Der den Koalitionen überlassene Teil der Regelungen bezieht sich auf solche Materien, die sie in eigener Verantwortung zu ordnen vermögen. Dazu gehören vor allem das Arbeitsentgelt“

Der Abschluss von Tarifverträgen für die Beschäftigten in der Leiharbeit fällt auch dann unter die von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Rechte, wenn die Tarifverträge zu einer Absenkung der ansonsten im Rahmen von Tarifverträgen zu garantierenden Mindestbedingungen führen. Diese Gestaltungsmöglichkeit ist in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG ausdrücklich vorgesehen. In Ausfüllung dieser Vorgaben nehmen die Koalitionen ihre Rechte aus Art. 9 Abs. 3 GG wahr.

II. Keine Rechtfertigung des Eingriffs „Streichen von § 8 Abs. 2 und 4 AÜG“

Die in Art. 9 Abs. 3 GG gewährten Rechte können nur unter bestimmten Voraussetzungen so eingeschränkt werden, dass der Staat den Koalitionen bestimmte Regelungsbereiche entzieht.

Das BVerfG² führt dazu aus:

¹ BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NJW 1997, 513.

² BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NJW 1997, 513.

„Die Koalitionsfreiheit ist zwar vorbehaltlos gewährleistet. Das bedeutet aber nicht, daß dem Gesetzgeber jede Regelung im Schutzbereich dieses Grundrechts verwehrt wäre. Soweit das Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander berührt wird, die beide den Schutz des Art. 9 III GG genießen, bedarf die Koalitionsfreiheit der gesetzlichen Ausgestaltung (vgl. BVerfGE 84, 212 (228) = NJW 1991, 2549). Aber auch im übrigen ist dem Gesetzgeber die Regelung von Fragen, die Gegenstand von Tarifverträgen sein können, nicht von vornherein entzogen. Art. 9 III GG verleiht den Tarifvertragsparteien in diesem Bereich zwar ein Normsetzungsrecht, aber kein Normsetzungsmonopol. Das ergibt sich bereits aus der Gesetzgebungszuständigkeit des Art. 74 I Nr. 12 GG. Eine gesetzliche Regelung in dem Bereich, der auch Tarifverträgen offensteht, kommt jedenfalls dann in Betracht, wenn der Gesetzgeber sich dabei auf Grundrechte Dritter oder andere mit Verfassungsrang ausgestattete Rechte stützen kann.“

Dabei werden die Anforderungen an die Rechtfertigung höher, wenn die zentralen Bereiche der Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien betroffen sind wie z.B. der Lohn. Dazu das BVerfG³ weiter:

„Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung kommt es wesentlich auf den Gegenstand der gesetzlichen Regelung an. Der Grundrechtsschutz ist nicht für alle koalitionsmäßigen Betätigungen gleich intensiv. Die Wirkkraft des Grundrechts nimmt vielmehr in dem Maße zu, in dem eine Materie aus Sachgründen am besten von den Tarifvertragsparteien geregelt werden kann, weil sie nach der dem Art. 9 III GG zugrundeliegenden Vorstellung des Verfassungsgebers die gegenseitigen Interessen angemessener zum Ausgleich bringen können als der Staat. Das gilt vor allem für die Festsetzung der Löhne und der anderen materiellen Arbeitsbedingungen.“

Bei den bereits schon in § 8 Abs. 2 und 4 AÜG vorgesehenen Einschränkungen der Regelungsbefugnis und erst Recht bei dem im Antrag vorgesehenen vollständigem Entzug der freien Regelungsbefugnis handelt es sich um Eingriffe in das nach Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Recht der Koalitionen den Lohn frei von staatlichen

³ BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NJW 1997, 513, 514.

Beschränkungen in einem Tarifvertrag zu regeln. Damit ist der zentrale Bereich des Grundrechts betroffen.

Bei dem Regelungsgegenstand „Lohn“ handelt es sich um das zentrale Regelungsinteresse der Koalitionen. Ein Eingriff kann nur aus dem Grund des Sozialschutzes oder auch aus dem Grund gerechtfertigt werden, das Interesse der Arbeitnehmer an zumutbaren Arbeitsbedingungen gem. Art. 12 Abs. 1 GG zu schützen und deshalb z.B. staatlich eine feste Lohnmindestgrenze vorzugeben.⁴ Ein solcher gerechtfertigter Eingriff ist in den Vorgaben der Richtlinie 2008/104/EG zu sehen. Wie im ersten Erwägungsgrund der Richtlinie 2008/104/EG betont wird folgt das Recht der Arbeitnehmer auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen aus Art. 31 GRC. Im vierzehnten Erwägungsgrund dieser Richtlinie wird ausgeführt, dass die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten in der Leiharbeit im Wesentlichen denen des vergleichbaren Stammpersonals entsprechen sollen. Aus diesen Überlegungen ergibt sich in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG, dass die Sozialpartner in Tarifverträgen von dem in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG garantierten Equal-Pay-Grundsatz nur dann abweichen können, wenn das Gesamtschutzniveau der Beschäftigten in der Leiharbeit gewahrt bleibt.

Diese europarechtlich bindende Vorgabe ist bereits eine im Sinne der oben genannten Voraussetzungen gerechtfertigte Einschränkung des in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten Rechts der Koalitionen das Entgelt in Tarifverträgen frei zu regeln. Würde man darüber hinaus – wie im Antrag verlangt – den Koalitionen den gesamten freien Regelungsbereich „Lohn“ entziehen, wäre ein solcher Eingriff unverhältnismäßig, da die Regelungen in § 8 Abs. 2 und 4 AÜG ein milderes Mittel sind, um den europäisch verlangten Schutz der Beschäftigten zu erreichen. Ebenso kann zwar politisch aber nicht rechtlich argumentiert werden, dass die Regelungen in § 8 Abs. 2 und 4 AÜG zu keinem wirksamen Schutz geführt haben. Vielmehr wird aktuell überprüft, ob die abgeschlossenen Tarifverträge überhaupt wirksam sind.

Der nationale Gesetzgeber hat Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG in § 8 Abs. 2 und 4 AÜG umgesetzt, wobei die Regelungen europarechtskonform dahingehend ausgelegt werden müssen, dass das europäisch verlangte Gesamtschutzniveau

⁴ Lakies/Walser, in Däubler TVG (5. Auflage 2022) § 8 AEntG Rn. 27 m.w.N.; zur Rechtfertigung von Eingriffen Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz (99. EL September 2022) Art. 9 Abs. 3 GG Rn. 167; Linsenmaier in ErfK (23. Auflage 2023) Art. 9 Abs. 3 GG Rn. 87 f.

gewährleistet bleibt.⁵ Ob die bereits abgeschlossenen Tarifverträge diese Vorgaben erfüllen, wird in der nationalen arbeitsrechtlichen Literatur⁶ und Rechtsprechung⁷ nach der aktuellen Entscheidung des EuGH⁸ unter der Frage der Wirksamkeit der tariflichen Regelungen diskutiert. In einer ersten, bislang nur als Presseerklärung vorhandenen Entscheidung hat das BAG⁹ eine wirksame Tarifregelung jedenfalls für den Fall eines nach § 14 Abs. 2 TzBfG befristeten Leiharbeitsverhältnisses angenommen. Ob dies auch für einen einsatzbefristeten Vertrag gilt, ist bislang unklar. In diesem Fall könnten die Tarifvertragsparteien verpflichtet sein zur Wahrung des Gesamtschutzniveaus eine Zulage zu zahlen. Deshalb ist es höchststrichterlich nicht geklärt, ob die abgeschlossenen Tarifverträge in der Leiharbeit das europäisch verlangte Gesamtschutzniveau wahren und überhaupt wirksam sind.

Im Antrag wird über die bereits in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2008/104/EG und § 8 Abs. 2 und 4 AÜG für die Sozialpartner bereits bestehenden Vorgaben eine viel weitergehende Beschränkung des Grundrechts aus Art. 9 Abs. 3 GG verlangt, nämlich der völlige Entzug der freien Regelungsmöglichkeit.

Eingriffe in das Grundrecht stehen jedoch unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit, sie müssen in dem Sinne erforderlich sein, dass kein milderes Mittel zur Verfügung steht.¹⁰ Das Verbot der tariflichen Regelung in Abweichung von Equal-Pay mag vielleicht geeignet sein. Jedoch hat der europäische Gesetzgeber selbst einen „milderen“ Weg der Absenkung unter Beachtung des Gesamtschutzniveaus vorgegeben. Die Voraussetzungen der Wirksamkeit dieser Tarifverträge werden aktuell geklärt. Daher wäre ein insgesamtes Verbot dieser Regelungen mit der Vorgabe einer gesetzlichen Zahlungsverpflichtung unverhältnismäßig und damit nicht verfassungskonform.

⁵ EuGH 15.12.2022 – C-311/21, NZA 2023, 31.

⁶ Für die Unwirksamkeit Däubler, NZA 2023, 73; a.A. Schüren, NZA 2023, 529.

⁷ 31.5.2023, 5 AZR 143/19 Pressemitteilung des BAG Nr. 25/23 vom 31.5.2023.

⁸ EuGH 15.12.2022 – C-311/21, NZA 2023, 31.

⁹ 31.5.2023, 5 AZR 143/19 Pressemitteilung des BAG Nr. 25/23 vom 31.5.2023.

¹⁰ BVerfG 24.4.1996 – 1 BvR 712/86, NJW 1997, 513, 514; Lakies/Walser, in Däubler TVG (5. Auflage 2022) § 8 AEntG Rn. 27.



Schriftliche Stellungnahme

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V.

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 3. Juli 2023 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Ulrike Schielke-Ziesing, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter

BT-Drucksache 20/6003

- b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Christian Görke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen

BT- Drucksache 20/5978

Siehe Anlage

Beschäftigungschancen bewahren | Tarifautonomie sichern!

Stellungnahme der BDA zu den Anträgen der Fraktionen DIE LINKE „Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen“ (Drucksache 20/5978) und der AfD „Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter“ (Drucksache 20/6003).

28. Juni 2023

Zusammenfassung

Zeitarbeit – aber auch der Einsatz von Selbständigen bzw. von Dienst- oder Werkverträgen – sind wichtige Elemente für einen flexiblen Arbeitsmarkt. Gerade die Zeitarbeit öffnet in hohem Maße Beschäftigungschancen. Fast zwei Drittel aller in der Zeitarbeit Beschäftigten waren vor dieser Beschäftigung entweder langzeitarbeitslos, arbeitslos oder noch nie beschäftigt.

Der Erhalt von selbständiger Tätigkeit, von Werk- und Dienstverträgen, und die Stärkung der Zeitarbeit sind daher für einen funktionierenden Arbeitsmarkt und eine funktionierende Wirtschaft von entscheidender Bedeutung! Hinzu kommt, dass gerade die Zeitarbeit ein „Leuchtturm“ für die in der Politik gewünschte Tarifbindung ist.

Die Tarifbindung in der Zeitarbeit ist überdurchschnittlich hoch. Die Tarifbestimmung der Arbeitsverhältnisse de facto flächendeckend. Gerade die Einschränkung der Möglichkeit, durch Tarifverträge Arbeitsbedingungen zu gestalten, ist daher kontraproduktiv. Dies machen auch die jüngsten Judikate des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Bundesarbeitsgerichts deutlich. Tarifautonomie stärkt man jedenfalls nicht dadurch, dass man die Möglichkeiten und die Zulässigkeit von Tarifverträgen einschränkt! Tarifbindung stärkt man durch mehr Gestaltungsspielräume für die Tarifpartner.

Es handelt sich bei Zeitarbeit und der Beauftragung Dritter um übliche und anerkannte Vertragsformen, die Aufgabenteilung und Spezialisierung unterstützen, wie auch Betriebsabläufe sinnvoll gestalten helfen. Bei der Zeitarbeit handelt es sich zudem um eine unionsrechtlich geschützte und erwünschte Beschäftigungsform. Beides sind wichtige Instrumente, Beschäftigung zu sichern und Beschäftigungsbedingungen zu gestalten.

Ein beschränkter oder genereller gesetzlicher Ausschluss von Werkverträgen und Zeitarbeit kommt daher nur unter engsten Voraussetzungen in Betracht, für die die vorliegenden Anträge keine hinreichende Basis bieten. Vor diesem Hintergrund sind die Anträge verfassungsrechtlich höchst fragwürdig. In vielen einzelnen Punkten stellt sich die Frage nach ihrer Konformität mit Verfassungs- und Unionsrecht. Solche Eingriffe lassen sich auf Basis der einzuhaltenden hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht rechtfertigen.

Die missbräuchliche Nutzung von Werkverträgen und / oder Zeitarbeit ist schon heute (zu Recht) verboten und es können erhebliche Bußgelder bei Verstößen verhängt werden. An sie können unterschiedliche Sanktionen geknüpft werden, die einen empfindlichen Charakter haben.



Im Einzelnen

Beide Anträge zielen auf die Beschränkung der Chancen, die sich durch tarifliche Gestaltung in der Zeitarbeit ergeben. Der Antrag der Fraktion DIE LINKE zielt dabei auf die Abschaffung aller Öffnungsklauseln in der Zeitarbeit, auch wenn er nur die Tariföffnungsklausel im § 8 AÜG adressiert.

Der Antrag der Fraktion der AfD zielt auf Beschränkungen der Paket-, Kurier- und Expressdienstleistungen bei der Zeitarbeit und der Nutzung von Werk- oder Dienstverträgen (auch wenn das Wort Dienstvertrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag nicht fällt). In beiden Fällen handelt es sich um Irrwege, die in dieser Weise nicht beschränkt werden sollten.

I. Antrag der Fraktion DIE LINKE: Drucksache 20/5978

Die Streichung der Tariföffnungsklausel im AÜG ist abzulehnen. Dies würde zu einem erheblichen Eingriff in die Tarifverträge der Zeitarbeit führen. Zudem hat der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien bewusst einen Gestaltungsspielraum bzgl. Equal Pay in § 8 Abs. 2 und Abs. 4 AÜG eingeräumt, von dieser Möglichkeit haben die Tarifvertragsparteien Gebrauch gemacht und dies ist auch von der Tarifautonomie gedeckt.

Das BAG hat in seiner Entscheidung von 31. Mai 2023 – 5 AZR 143/19 gerade festgestellt, dass eine Abweichung durch Tarifvertrag möglich und der Gesamtschutz gewahrt ist. Die BAG-Entscheidung ist ein positives Signal für die Zeitarbeit als Beschäftigungsinstrument und für die Tarifautonomie. Sie stärkt die bestehenden tariflichen Vereinbarungen und gibt den Sozialpartnern die Möglichkeit, im Rahmen der gesetzlichen Abweichungsmöglichkeiten für gute Arbeitsbedingungen in der Zeitarbeit zu sorgen.

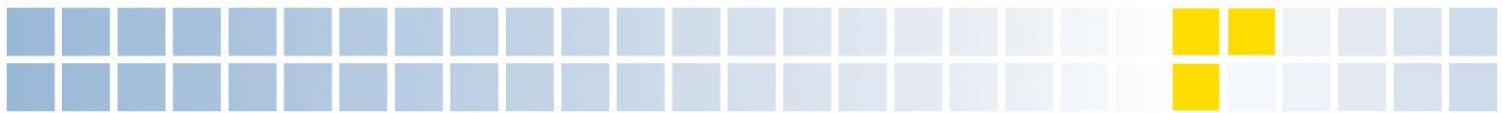
II. Antrag der Fraktion der AfD: Drucksache 20/6003

Wir beschränken uns hinsichtlich des Antrags der Fraktion der AfD auf die in den Punkten eins bis drei aufgeworfenen Thesen. Die Thesen zu eins und zwei beschränken sich auf das Zustellgewerbe. Eine Beschränkung der Möglichkeit Personal Dritter durch Dienst- oder Werkverträge bzw. Zeitarbeit einzuschränken, würde die Branche gefährden und dient nicht den Beschäftigten. Die Tariföffnungsklausel von § 8 AÜG sollte erhalten bleiben. Dem widerspricht bereits ein gesetzlicher – offenbar am französischen Recht orientierter – „Prekariatszuschlag“ wie ihn die AfD (und ebenso DIE LINKE) vorschlägt.

Zu Nr.1: Beschränkung „Fremdpersonal“ auf 15 Prozent im Betrieb

Eine Beschränkung des Einsatzes von „Fremdpersonal“, d. h. Zeitarbeitnehmer und Werkvertragnehmer, auf 15 Prozent der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer kann wegen der Intensität des Grundrechtseingriffs nicht gerechtfertigt werden. Eine solche Rechtfertigung dieses schwerwiegenden Eingriffs ist den Anträgen nicht zu entnehmen. Der Einsatz auch in der Paketbranche sollte auch künftig ohne Beschränkungen möglich bleiben. Auf diese Weise lassen sich z. B. Auftragsspitzen abfangen.

Zeitarbeitnehmer sind bei ihrem Personaldienstleister fest angestellt, unterliegen dem deutschen Arbeitsrecht und werden nach Tarif oder auf Basis des Equal Treatment-Grundsatzes entlohnt. Zudem sind die Zeitarbeitnehmer in die Betriebsstruktur des Entleihers eingebunden, unterliegen der dortigen Mitbestimmung und für die Dauer des Einsatzes gelten sämtliche Arbeitsschutz- und Gesundheitsschutzvorschriften des Einsatzbetriebs auch für Zeitarbeitskräfte.



Die Zeitarbeitsbranche ist bereits heute eine der reguliertesten Branchen in Deutschland, weshalb den dort tätigen Beschäftigten und Unternehmen nicht fortlaufend weitere Steine in den Weg gelegt werden sollten. Es liegt kein sachlicher Grund vor, die Zeitarbeit in der Paketbranche weitgehend zu beschränken. Die behaupteten Subunternehmerketten kann es heute schon nicht in der Zeitarbeit geben, da ein „Kettenverleih“ bereits nach §§ 1 Abs. 1 S. 3, 10a AÜG verboten ist. Der Gesetzgeber hat die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen zu respektieren. Dies ist verfassungsrechtlich geboten und gilt auch für die Paketbranche.

Zu Nr. 2: Equal Pay ab dem ersten Tag des Einsatzes

Equal Pay ab dem ersten Tag des Einsatzes in der Branche Post-, Kurier- und Expressdienste ist abzulehnen, da dies einen erheblichen Eingriff in die Tarifautonomie darstellen und die Tarifverträge der Zeitarbeit faktisch aushebeln würde. Zudem hat der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien bewusst einen Gestaltungsspielraum bzgl. Equal Pay in § 8 Abs. 2 und Abs. 4 AÜG eingeräumt, von dieser Möglichkeit haben die Tarifvertragsparteien Gebrauch gemacht und dies ist auch von der Tarifautonomie gedeckt.

Zu Nr. 3: Flexibilitätsprämie in Höhe von 10 Prozent

Eine Flexibilitätsprämie in Höhe von 10 Prozent des maßgeblichen Arbeitsentgelts eines Stammarbeitnehmers ist systematisch nicht begründbar. Anders als in Ländern mit Prekariatszuschlag haben Zeitarbeitskräfte in Deutschland belastbare Arbeitsverhältnisse zu ihren Arbeitgebern, den Personaldienstleistern. Sie entsprechen dem, was von einigen als Standardarbeitsverhältnis bezeichnet wird – und sind daher keinesfalls „prekär“.

Ansprechpartner:

BDA | DIE ARBEITGEBER

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Arbeitsrecht und Tarifpolitik

T +49 30 2033-1200

Abteilungsmail-Adresse@arbeitgeber.de

Die BDA organisiert als Spitzenverband die sozial- und wirtschaftspolitischen Interessen der gesamten deutschen Wirtschaft. Wir bündeln die Interessen von einer Million Betrieben mit rund 30,5 Millionen Beschäftigten. Diese Betriebe sind der BDA durch freiwillige Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden verbunden.



Schriftliche Stellungnahme

Bundesverband Paket & Expresslogistik e.V.

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 3. Juli 2023 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Ulrike Schielke-Ziesing, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter

BT-Drucksache 20/6003

- b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Christian Görke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen

BT- Drucksache 20/5978

Siehe Anlage

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung des Bundestagsausschusses für Arbeit und Soziales zu den Anträgen der AfD-Fraktion und der Fraktion DIE LINKE. zum Thema Leiharbeit

Der Bundesverband Paket und Expresslogistik e. V. (BIEK) vertritt die bundesweit tätigen Paketdienste DPD, GLS, GO!, Hermes und UPS. Die Mitglieder bieten mehreren tausend kleinen und mittleren KEP-Unternehmen (KMU) Zugang zu einem Markt von rund 4,15 Mrd. Sendungen im Jahr in Deutschland. In den Unternehmen der Branche arbeiten derzeit knapp 258.000 Personen.

I. Im Antrag der AfD-Fraktion (Drucksache 20/6003) sind eine Vielzahl von Informationen vage und in einem falschen Sachzusammenhang gestellt, der im Ganzen ein falsches Bild von der Situation in der Paketbranche zeichnet.

1. Umsatz ist nicht gleichbedeutend mit Gewinn

Die vom Bundestag begehrte Feststellung der Entwicklung der Umsätze der Gesamtbranche ist veraltet und bezieht sich auf das Jahr 2021. Die Corona-Pandemie hatte mittelbar zu einer außergewöhnlichen Mengen- und Umsatzentwicklung geführt. Mittlerweile dominieren Gefühle von Unsicherheit (der Krieg in der Ukraine und das Inflationsgeschehen) das Konsumverhalten der Bürgerinnen und Bürger.

Sowohl die Mengenentwicklung versandter Pakete an private Verbraucherinnen und Verbraucher (minus 10,6 Prozent) als auch an gewerbliche Empfängerinnen und Empfänger (minus 4 Prozent) ist im Jahr 2022 deutlich zurückgegangen. Der Gesamtumsatz der Branche ist um 3,5 Prozent gesunken.

Unabhängig davon sind steigende Umsätze nicht mit steigenden Gewinnen gleichzusetzen. Der Umsatz ist die Summe der erzielten Einnahmen für die erbrachten Dienstleistungen, während für die Ermittlung der Gewinne die angefallenen Kosten vom Umsatz abgezogen werden müssen.

Schließlich bezieht sich der Antrag auf das Konzern-Betriebsergebnis eines Quartals der Deutschen Post DHL. Die Deutsche Post AG DHL ist zwar Marktbeherrscher im Paketmarkt, ihr Ergebnis ist aber nicht stellvertretend für die Ergebnisse aller ihrer Wettbewerber. Vielmehr ist das Ergebnis der einzelnen Wettbewerber höchst unterschiedlich.

2. Der betrachtete Zeithorizont für Verdienstzuwächse ist zu kurz

Der im Antrag dargestellte Verdienstzuwachs in der Post- und Paketbranche im Vergleich zur Gesamtwirtschaft ist nicht aussagekräftig. Der betrachtete Zeitraum reicht nur bis zum Jahr 2020. Im Oktober 2022 wurde allein durch die Erhöhung des Mindestlohns auf 12 Euro pro Stunde eine Steigerung von 25 Prozent für Mindestlohnempfängerinnen und -empfänger erreicht.

Darüber hinaus wird in der im Antrag angegebenen Quelle der strukturelle Grund dafür angegeben, warum die Verdienste nicht im gleichen Maße gewachsen sind wie in der Gesamtwirtschaft. Der Anteil von Vollzeitbeschäftigten in leitender Stellung (4 Prozent) und herausgehobenen Fachkräften ist in der Paketbranche relativ gering. Mit anderen Worten: Der Anteil an Beschäftigten, die Basisarbeit leisten, ist höher als in der Gesamtwirtschaft. Die Unternehmen zahlen angesichts der möglichen Wertschöpfung marktgerechte Löhne.

Es ist den Paketdiensten wichtig zu betonen, dass sie allen Menschen, egal woher sie kommen und ob sie eine formale Qualifikation haben oder nicht, die Möglichkeit bieten, durch eigene Arbeit ihren Lebensunterhalt zu verdienen und emanzipierte, integrierte Mitglieder der Gesellschaft zu sein. Damit erfüllen die Unternehmen der Paketbranche eine wichtige Funktion in der Gesellschaft.

3. Die Ergebnisse der Finanzkontrolle Schwarzarbeit sind kein Indikator für Arbeitsverhältnisse

Im Antrag wird darauf hingewiesen, dass es trotz des Paketboten-Schutz-Gesetzes und der eingeführten Nachunternehmerhaftung weiterhin zu Verstößen gegen gesetzlich Vorgaben komme.

Die Erwartung, dass sich deliktisches Handeln allein durch ein Verbot auf null reduzieren ließe, ist weltfremd oder eine maßlose und deshalb missbräuchlich geschürte Erwartungshaltung.

Tatsächlich zeigen die Prüfungen der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) nur, dass es deliktisches Handeln gibt. Der BIEK unterstützt die Arbeit der FKS und hält eine deutliche Verbesserung der personellen und finanziellen Ausstattung der Einheit für erforderlich. Kontrolle stärkt die regeltreuen Akteure. Kontrollen allein oder der Umstand, dass es auch Verstöße gibt, aufgrund derer Ordnungswidrigkeiten- oder Strafverfahren eingeleitet werden, lassen keine Rückschlüsse auf etwaige missbräuchliche Vertragsgestaltungen oder prekäre Arbeitsverhältnisse zu. Eine Einschätzung der bundesweiten Entwicklung der KEP-Branche seitens der FKS bezeichnet diese selbst als nicht möglich.

Der BIEK hat sich durch die Initiierung eines Präqualifizierungsverfahrens maßgeblich in der Frage engagiert. Seit 2020 gibt es die Möglichkeit, dass sich Transportunternehmer im KEP-Bereich der sogenannten PQ KEP unterziehen. Die Präqualifizierung einer akkreditierten Zertifizierungsstelle weist nach, dass das präqualifizierte Unternehmen alle Anforderungen aus dem Paketboten-Schutz-Gesetz erfüllt und die Einhaltung dieser Vorgaben durch eine akkreditierte Stelle überwacht wird. Die Akkreditierung des Prozesses erfolgte durch die staatliche Deutsche Akkreditierungsstelle.

Die Mitglieder des BIEK arbeiten grundsätzlich nur mit Unternehmen zusammen, die eine entsprechende Präqualifizierung vorweisen können oder einem noch strikteren Auditierungsverfahren unterliegen.

4. Werkverträge sind von Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden

Im Antrag wird mehrfach ein Zusammenhang zwischen Werkverträgen, Werkvertragsarbeitnehmerinnen und -nehmern, Leiharbeiterinnen und -nehmern bis hin zu Solo- und Scheinselbständigen nahegelegt und mit der Zielsetzung, zumindest Billigung von prekären Arbeitslöhnen und Arbeitsbedingungen verbunden.

Die sozialversicherungspflichtig beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei Transportunternehmen im KEP-Bereich sind bei diesen Unternehmen direkt beschäftigt. Davon zu unterscheiden sind die ebenfalls sozialversicherungspflichtig Beschäftigten, die bei Zeitarbeitsfirmen tätig sind. Beide Arten von Unternehmen bieten den Beschäftigten unterschiedliche Bedingungen. Es ist grundsätzlich eine Angelegenheit der Sozialpartner zu bewerten, ob die Bedingungen zu den jeweiligen Bedarfen passen. So ist es nicht ungewöhnlich, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer KMU als Arbeitgeber aussuchen oder sich bewusst für eine Tätigkeit bei einem Zeitarbeitsunternehmen entscheiden.

Die Vorteile der Vereinbarung von Werkverträgen oder ggf. auch von der Inanspruchnahme der Arbeitnehmerüberlassung liegen darin, dass die Auftraggeber den operativen Aufwand für die Erstellung nicht selbst erbringen müssen, sondern auf vertraglicher Basis durch spezialisierte Unternehmen erbringen lassen können.

5. Es ist nicht die Aufgabe der Politik, unternehmerisches Handeln durch staatliche Organisationsvorgaben zu ersetzen

Die deutsche Wirtschaftsverfassung baut auf der Überzeugung auf, dass der Staat nicht der bessere Unternehmer ist. Den Unternehmen bleibt es vielmehr überlassen, im Rahmen der Gesetze selbst zu entscheiden, ob und wie sie ihre Arbeitsorganisation vornehmen. Dazu stehen alle gesetzlich zulässigen Instrumente, einschließlich der Vereinbarung von Werkverträgen mit anderen Unternehmen und

der Beauftragung von Zeitarbeitsfirmen für die Arbeitnehmerüberlassung, zur Verfügung.

Die verbindliche Vorgabe von Beschäftigungsmodellen wie zum Beispiel Feststellungsquoten ohne jegliche Evidenz von Vor- oder Nachteilen bestehender Lösungen für die Beteiligten einerseits und das Gemeinwohl andererseits ist unverhältnismäßig, weil unklar ist, ob die entsprechenden Vorgaben zweckmäßig oder erforderlich sind.

6. Leiharbeit spielt bei den Paketdiensten nur eine untergeordnete Rolle

Die Unternehmen der Paketbranche, egal ob sie als Auftraggeber oder als Auftragnehmer in der Branche tätig sind, nutzen das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung nur in geringem Umfang und nur bei der Sortierung / dem Umschlag in HUBs/Depots. In den Bereichen Transport und Zustellung nicht.

Soweit Leiharbeitnehmer beschäftigt sind, erhalten sie Vergütungen, die denjenigen der Festangestellten entsprechen oder darüber liegen.

II. Das Grundanliegen des Antrags der Fraktion DIE LINKE. (Drucksache 20/5978) ist durch Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 31. Mai 2023 – 5 AZR 143/19 – überholt.

Im Übrigen gilt dazu das unter I.6. Dargestellte.

III. Eine Regelungsbedürftigkeit aus missbräuchlicher Nutzung des Instrumentariums sehen wir nicht.

Berlin, im Juni 2023



Schriftliche Stellungnahme

Institut der deutschen Wirtschaft Köln e.V.

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 3. Juli 2023 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Ulrike Schielke-Ziesing, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter

BT-Drucksache 20/6003

- b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Christian Görke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen

BT- Drucksache 20/5978

Siehe Anlage

Stellungnahme

Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Ulrike Schielke-Ziesing, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD
Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter

Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter

[Bundestags-Drucksache 20/6003](#)

Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Christian Görke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE

Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen

[Bundestags-Drucksache 20/5978](#)

Holger Schäfer

Berlin, 29.6.2023

1 Gegenstand der Anträge

Die Anträge 20/6003 und 20/5978 fordern eine Änderung des §8 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) dahingehend, dass die Möglichkeit der Abweichung vom „equal-pay-Prinzip“ gemäß §8(1) AÜG durch Anwendung eines Tarifvertrages nicht mehr möglich sein solle. In der Folge wäre an überlassene Arbeitnehmer der gleiche Lohn zu zahlen und es wären die gleichen Arbeitsbedingungen zu gewährleisten wie für vergleichbare Arbeitnehmer des Einsatzbetriebes. Zusätzlich fordern beide Anträge einen gesetzlich festgelegten „Flexibilitätszuschlag“ von 10 Prozent. Antrag 20/6003 beschränkt diese Forderungen indes auf Fremdpersonal in der Branche Post-, Kurier- und Expressdienste.

In Antrag 20/6003 wird darüber hinaus eine Begrenzung des Einsatzes von Fremdpersonal in der Branche Post-, Kurier- und Expressdienste auf 15 Prozent der dort Beschäftigten gefordert.

2 Entlohnung in der Zeitarbeit

Überlassene Arbeitnehmer sind mit einem regulären Arbeitsvertrag bei einem Zeitarbeitsunternehmen angestellt, das die vollen Rechte und Pflichten eines Arbeitgebers ausübt. Eines dieser Rechte besteht im eigenständigen freien Aushandeln von Löhnen mit dem Sozialpartner im Rahmen der Tarifautonomie (Lesch, 2006). Während staatliches Handeln in vielen Fällen auf eine Stärkung der Tarifautonomie abzielt, würde die in den Anträgen formulierte Forderung nach Änderung des AÜG im Ergebnis dazu führen, dass Unternehmen in der Zeitarbeitsbranche die Anwendung eines von ihnen ausgehandelten Tarifvertrages faktisch untersagt würde. Die Möglichkeit des tariflichen Abweichens vom Equal-Pay-Grundsatz hat das Bundesarbeitsgericht mit seiner Entscheidung vom Mai 2023 bestätigt, da durch die Vergütung in überlassungsfreien Phasen im Rahmen des in Deutschland angewandten Arbeitgebermodells ein Ausgleichsvorteil besteht.

Von der Tarifautonomie haben die Sozialpartner in der Zeitarbeit verantwortungsvoll Gebrauch gemacht. So steigen in der Zeitarbeit die tariflichen Entgelte in der untersten Entgeltgruppe genauso schnell wie der allgemeine gesetzliche Mindestlohn, dessen Zuwachs aufgrund der politisch veranlassten Erhöhung auf 12 Euro im Oktober 2022 oberhalb der gesamtwirtschaftlichen Tarifentwicklung liegt (vgl. Tabelle 1). Hinzu kommen Zuschläge für Zeitarbeitnehmer mit längerer Dauer der Betriebszugehörigkeit sowie ggf. Branchenzuschläge ab einer bestimmten Einsatzdauer.

Tabelle 1: Entwicklung des Stundenlohns

	Zeitarbeit Entgeltgruppe 1	Allgemeiner gesetzlicher Mindestlohn
2021	10,45	9,60
2022	10,88	10,45
2023	13,00	12,00
2024	13,50	12,41

Jeweils zum 1.7. des Jahres

Eigene Darstellung

Die Entlohnung eines Arbeitnehmers richtet sich wesentlich nach Knappheitsverhältnissen am Arbeitsmarkt und nach der Produktivität des Arbeitnehmers. Vereinfacht kann unterstellt werden, dass die Produktivität korreliert ist mit dem Anforderungsniveau der Tätigkeit und der Fähigkeit des Arbeitnehmers, diese Anforderungen zu erfüllen. Daneben spielen weitere Faktoren eine Rolle, darunter auch eine eventuell auftretende Diskriminierung. Der Vergleich des Lohns zwecks Feststellung einer gegebenenfalls vorhandenen Benachteiligung ist nur auf Basis von Tätigkeiten mit gleicher Produktivität sinnvoll. Diese Bedingung erfüllen die in den Anträgen genannten Lohndifferenzen nicht. In Antrag 20/5978 wird mit Verweis auf Drucksache 20/4946 lediglich das monatliche Medianentgelt sozialversicherungspflichtig Vollzeitbeschäftigter insgesamt und in der Zeitarbeit verglichen. Es wird weder die Tätigkeitsstruktur noch die Struktur des Anforderungsniveaus innerhalb der Tätigkeiten berücksichtigt. Zudem bleiben bei einem Vergleich der Monatslöhne Unterschiede in der Arbeitszeit unberücksichtigt. Antrag 20/6003 rekurriert ebenfalls – ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Arbeitszeit – auf durchschnittliche Monatslöhne sozialversicherungspflichtig Vollzeitbeschäftigter ohne Differenzierung nach Tätigkeit, Anforderungsniveau oder anderer lohnrelevanter Merkmale. Die in den Anträgen ausgewiesenen Lohnlücken von 41 bzw. 43 Prozent sind somit ohne Aussagekraft, da vollkommen unterschiedliche Arbeitnehmer miteinander verglichen werden.

Es muss angenommen werden, dass überlassene Arbeitnehmer Merkmale aufweisen, die eine geringere Produktivität als andere Arbeitnehmer vermuten lassen. So weicht die Struktur der Tätigkeiten von denen anderer Arbeitnehmer deutlich ab. Vor allem ist das durchschnittliche Anforderungsniveau der Tätigkeiten deutlich geringer. So üben 56 Prozent der Zeitarbeitnehmer eine Tätigkeit auf dem Anforderungsniveau „Helfer“ aus (Statistik der Bundesagentur für Arbeit, 2022), für das in der Regel keine abgeschlossene Berufsausbildung vorausgesetzt wird. In der Gesamtwirtschaft sind es nur 16 Prozent (Statistik der Bundesagentur für Arbeit, 2023).

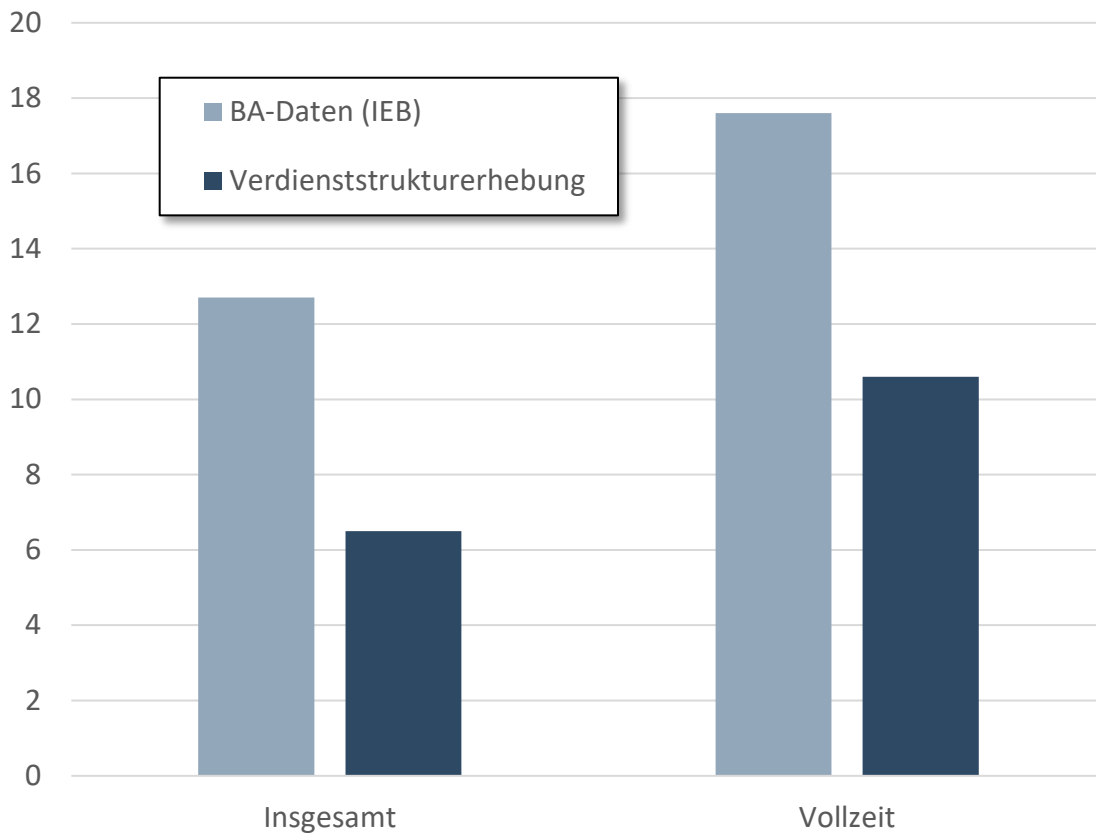
Aber auch der Vergleich von Löhnen überlassener Arbeitnehmer und anderer Arbeitnehmer innerhalb eines Einsatzbetriebes kann zu falschen Schlüssen führen. So sind Zeitarbeitnehmer von vornherein vorübergehend im Einsatzbetrieb tätig. Sie weisen in der Regel nicht die gleiche Dauer der Betriebszugehörigkeit auf und können damit nicht das gleiche Niveau des betriebs-spezifischen Humankapitals erwerben. Auch die befristete Perspektive des Einsatzes kann sich negativ auf den Erwerb solcher Fähigkeiten und Fertigkeiten auswirken. Im Ergebnis sind Zeitarbeitnehmer weniger eng in betriebliche Strukturen und Abläufe eingebunden, was sich in geringerer Produktivität niederschlagen kann. In der Evaluation des AÜG gaben rund ein Drittel der Betriebe, die keine Zeitarbeit nutzen, die geringere Produktivität der Zeitarbeitnehmer als

Grund für die Nicht-Nutzung an (IAW/infas, 2022, 127 ff.). Aufgrund der geringeren Produktivität kann eine Lohndifferenz sachlich begründet sein.

Es gibt verschiedene statistische Methoden, um die Strukturunterschiede von Arbeitnehmern für den Lohnvergleich zu berücksichtigen. Die Bundesagentur für Arbeit wendet eine solche Methode an, kann dabei aber nur Anforderungsniveau, Staatsangehörigkeit, Alter, Beruf und Beschäftigungsdauer berücksichtigen (Statistik der Bundesagentur für Arbeit, 2019). Die Beschäftigungsdauer bezieht sich indes auf das Beschäftigungsverhältnis beim Zeitarbeitsunternehmen, während für die Produktivität die Beschäftigungsdauer im Einsatzbetrieb relevant ist. Unberücksichtigt bleibt auch die tatsächliche Arbeitszeit. Dies ist von Bedeutung, weil Zeitarbeitnehmer in Vollzeit mit einer tariflichen Wochenarbeitszeit von 35 Stunden eine eher unterdurchschnittliche Arbeitszeit aufweisen, sodass trotz gleicher Stundenlöhne niedrigere Monatslöhne resultieren können. Im Ergebnis dieser Bereinigung sinkt der Pay Gap von 41 auf 16 Prozent, die nicht mit den verwendeten Faktoren erklärt werden können (Statistik der Bundesagentur für Arbeit, 2022). Zu beachten ist, dass auch der bereinigte Pay Gap nicht als Benachteiligung aufgefasst werden kann. Denn dieser beinhaltet auch die Effekte aller Faktoren, die – etwa aufgrund fehlender Daten – nicht gemessen und daher im Modell nicht berücksichtigt werden können.

Bachmann et al. (2021) nutzen neben den Monatslöhnen aus der Beschäftigtenstatistik – konkret: Integrierte Erwerbsbiografien (IEB) – auch die Verdienststrukturerhebung des Statistischen Bundesamtes. Auf dieser Basis wurde die Lohnlücke mit verschiedenen parametrischen und nicht-parametrischen Verfahren ökonometrisch geschätzt, wobei als Kontrollvariablen das Alter, Geschlecht, Dauer der Betriebszugehörigkeit sowie Ausbildungsniveau und Anforderungsniveau der Tätigkeit dienten. Auf methodischer Basis eines Propensity Score Matchings ergaben sich Lohnlücken beim Monatslohn von 6,5 bis 17,6 Prozent (Abbildung 1). Auch hier ist zu berücksichtigen, dass die unterschiedliche Arbeitszeit nicht in die Berechnungen einfließen konnte. Das gilt auch für weitere lohnrelevante Merkmale. Insofern ist die ausgewiesene Lohnlücke nicht als Benachteiligung interpretierbar.

Abbildung 1: Lohnlücke beim Bruttomonatslohn zwischen Zeitarbeitnehmern und anderen Arbeitnehmern in Prozent



Auf Grundlage von Propensity Score Matching

Quelle: Bachmann et al. (2021, 28 f.)

Gegen das Argument, dass Zeitarbeitnehmer aufgrund ihrer nur vorübergehenden Anwesenheit im Einsatzbetrieb Produktivitätsnachteile aufweisen, ließe sich einwenden, dass diese Nachteile mit fortdauernder Einsatzdauer geringer werden. Vor diesem Hintergrund stellen die Branchenzuschlagstarifverträge eine tarifvertragliche Lösung dar. Sie sehen vor, dass die Entlohnung mit steigender Einsatzdauer steigt und in der Endstufe ein Entgelt erreicht, das äquivalent zu einer equal-pay-Regelung ist. Damit haben die Tarifpartner in der Zeitarbeit eine Lösung gefunden, die Produktivitätssteigerungen von Zeitarbeitnehmern bei längerer Einsatzdauer Rechnung trägt.

3 Einsatz von Fremdpersonal

Grundsätzlich entscheiden Unternehmen autonom darüber, ob sie eine Leistung selbst erstellen oder sie am Markt von externen Anbietern beziehen. Dies reflektiert das ökonomische Prinzip, demzufolge jedes Subjekt das machen sollte, was es am besten kann. Die externe Vergabe ist Ausdruck der interbetrieblichen Arbeitsteilung, die es Betrieben erlaubt, sich auf Kernprodukte zu spezialisieren und mittels Skalenerträgen und spezifischen Produktivitätspfaden Leistungen effizienter zu erbringen als es der Auftraggebende selbst könnte. Gegebenenfalls wird die Erstellung bestimmter Produkte durch die Beauftragung Externer überhaupt erst

ermöglicht, indem externes Know-how in den eigenen Fertigungsprozess eingebunden werden kann (Stettes, 2023).

Das Fortschreiten der interbetrieblichen Arbeitsteilung ist seit geraumer Zeit an einem steigenden Anteil der Vorleistungen an der gesamtwirtschaftlichen Wertschöpfung gut ablesbar. Zwar ist nicht jede Vorleistung Ergebnis eines Werkvertrags, doch die Entwicklung illustriert die steigende Bedeutung der Arbeitsteilung zwischen Betrieben. Der Grad, zu dem eine Arbeitsteilung möglich und effizient ist, hängt unter anderem von den Möglichkeiten zur Koordination und der Höhe der Transaktionskosten ab. Beide sind keine Konstanten, sondern unterliegen stetigen Änderungen durch den technischen Fortschritt. Digitale Technologien eröffnen zum Beispiel neue Möglichkeiten der zwischenbetrieblichen Arbeitsteilung und können die externe Vergabe von Leistungen erleichtern. Was der Kernbereich einer wirtschaftlichen Aktivität ist, definiert sich im Hinblick auf den technologischen Wandel somit immer wieder neu (Schäfer/Stettes, 2016).

Bei einem Werkvertrag handelt es sich um einen privatwirtschaftlichen Vertrag, bei dem sich der Auftragnehmer zur Herstellung einer Sache oder eines „durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolges“ und der Auftraggeber zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Geschuldet wird vom Auftragnehmer der Erfolg. Wie er diesen herbeiführt, liegt in seinem eigenen Ermessen. Der Auftragnehmer eines Werkvertrages ist immer ein Unternehmer. Unwesentlich ist, ob der Unternehmer eine natürliche oder eine juristische Person ist. Ebenso unwesentlich für das Vertragsverhältnis von Auftraggeber und –nehmer ist die Frage, ob der Unternehmer das Werk persönlich selbst erstellt – als Solo-Selbstständiger ohne eigene Beschäftigte –, oder von ihm beschäftigte Arbeitnehmer damit beauftragt. Arbeitnehmer, die im Rahmen eines Werkvertrages ein Werk erstellen, sind als Erfüllungsgehilfen Beschäftigte des Auftragnehmers (Schäfer, 2015).

Eine Beschränkung des Anteils von Fremdpersonal – Erbringer von Werkverträgen und Zeitarbeitnehmer – ist vor diesem Hintergrund ein nicht gerechtfertigter Eingriff in unternehmerische Entscheidungen. Betriebe werden in ihren Möglichkeiten eingeschränkt, ihren Leistungserstellungsprozess effizient zu gestalten. Der Antrag 20/6003 kann weder eine Notwendigkeit einer solchen Regulierung begründen – tatsächlich wird gar kein Versuch einer sachlichen Begründung unternommen – noch kann die geforderte Obergrenze von 15 Prozent konsistent hergeleitet werden.

4 Zusammenfassende Bewertung der Anträge

Die in den Anträgen geforderte Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes schwächt die Tarifaautonomie und ignoriert die ökonomische Fundierung der Lohnfindung. Es kann nicht bewiesen werden, dass eine Lohnlücke zwischen Zeitarbeitnehmern und anderen Arbeitnehmern Ergebnis einer Benachteiligung ist, die es mit gesetzgeberischen Mittel auszugleichen gelte. Die Forderung ist daher abzulehnen. Gleichsam kann eine Begrenzung des Anteils von Fremdpersonal – ob in der Gesamtwirtschaft oder in einzelnen Branchen – nicht begründet werden. Die

geforderte Begrenzung auf 15 Prozent erscheint zudem willkürlich, da sie in keiner Weise hergeleitet wurde. Betriebe würden in ihrer Fähigkeit eingeschränkt, Leistungen effizient zu erbringen. Daher ist auch diese Forderung abzulehnen.

Literatur

Bachmann, Ronald et al., 2021, Die Lohnlücke in der Zeitarbeit – eine empirische Analyse auf Grundlage von BA-Daten und der Verdienststrukturerhebung, RWI Projektbericht, Essen

IAW – Institut für angewandte Wirtschaftsforschung / infas – Institut für angewandte Sozialwissenschaft, 2022, Endbericht zum Forschungsvorhaben Evaluation des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Forschungsbericht 614

Lesch, Hagen, 2006, Ökonomik des Tarifrechts, Köln

Schäfer, Holger, 2015, Selbstständige als Auftragnehmer von Werkverträgen, Kurzstudie für die Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft, <https://www.iwkoeln.de/studien/holger-schaefer-selbststaendige-als-auftragnehmer-von-werkvertraegen.html> [28.6.2023]

Schäfer, Holger / Stettes, Oliver, 2016, Inzidenz und sozio-ökonomische Strukturen von Werkvertragsbeschäftigung, in: Sozialer Fortschritt, 8, S. 186-195

Statistik der Bundesagentur für Arbeit, 2019, Bereinigter Pay Gap von Leiharbeitnehmern, Methodenbericht, Nürnberg

Statistik der Bundesagentur für Arbeit, 2022, Leiharbeitnehmer und Verleihbetriebe, Nürnberg

Statistik der Bundesagentur für Arbeit, 2023, Beschäftigte nach Berufen (KldB 2010) (Quartalszahlen), Nürnberg

Stettes, Oliver, 2023, Der Einsatz von Solo-Selbstständigen und Angehörigen von Fremdfirmen in deutschen Unternehmen, IW-Gutachten im Auftrag vom Bundesverband für selbstständige Wissensarbeit e.V., Verband der Gründer und Selbstständigen in Deutschland e.V. und Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e.V., <https://www.iwkoeln.de/studien/oliver-stettes-der-einsatz-von-solo-selbststaendigen-und-angehoerigen-von-fremdfirmen-in-deutschen-unternehmen.html> [28.6.2023]



Schriftliche Stellungnahme

Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V.

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 3. Juli 2023 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Ulrike Schielke-Ziesing, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter

BT-Drucksache 20/6003

- b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Christian Görke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen

BT- Drucksache 20/5978

Siehe Anlage

Stellungnahme des

Bundesarbeitgeberverbandes der Personaldienstleister e.V. (BAP)

zur Anhörung im Ausschuss für Arbeit und Soziales

zum Antrag der Fraktion DIE LINKE

„Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen“ BT-Drucksache 20/5978

sowie

zum Antrag der Fraktion der AfD

„Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter“ BT-Drucksache 20/6003

am 3. Juli 2023

Berlin, den 28. Juni 2023

Kurzzusammenfassung

Der Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister e.V. (BAP) lehnt den Antrag der Fraktion DIE LINKE ab, nach dem die Tariföffnungsklausel im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) ersatzlos gestrichen werden soll und Zeitarbeitskräfte ab dem ersten Einsatztag Anspruch auf Equal Treatment plus einen „Flexibilitätsbonus“ von 10 Prozent haben sollen. Dasselbe gilt auch für den Antrag der Fraktion der AfD, die genauso eine Regelung für die Kurier-, Express- und Paketdienste sowie gleichzeitig eine Quote für den Fremdpersonaleinsatz von 15 Prozent in diesem Bereich fordert.

Der BAP macht darauf aufmerksam, dass das Bundesarbeitsgericht (BAG) auf Basis einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) am 31. Mai 2023 entschieden hat, dass der Gesamtschutz von Zeitarbeitskräften nach Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie 2008/104/EG (EU-Zeitarbeitsrichtlinie) durch die Anwendung von Tarifverträgen für die Zeitarbeit in Deutschland gewahrt wird.

Der BAP weist gleichzeitig darauf hin, dass die von der Bundesregierung in Auftrag gegebene Evaluierung der AÜG-Reform festgestellt hat, dass *„beim Vergleich der Löhne zwischen 2012 und 2018 eine signifikante Verringerung des bereinigten Pay Gap zwischen Leiharbeitskräften und anderen Beschäftigten in der BIBB/BAuA-Erwerbstätigenbefragung um bis zu 13 PP auf 8 % im Mittel“* stattgefunden hat.¹

¹ Evaluation des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG). Endbericht zum Forschungsvorhaben, Forschungsbericht 614, Dezember 2022, S. 299.

Im Detail

Die Bundesregierung hat besonnen gehandelt, indem sie die Rechtsprechung des BAG im sogenannten „Gesamtschutzverfahren“ (Aktenzeichen 5 AZR 143/19) abgewartet hat. Das Bundesarbeitsgericht hat nämlich festgestellt, dass eine Abweichung vom Equal Treatment-Prinzip sehr wohl mit der EU-Zeit-arbeitsrichtlinie vereinbar ist. Dies steht keinesfalls im Widerspruch zur in der Drucksache 20/5978 genannten Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 15. Dezember 2022 – C-311/21). Das BAG hatte in der Sache den EuGH gefragt und kommt nach Einbeziehung der Entscheidung des EuGH zu dem Schluss, dass eine Ungleichbehandlung erlaubt ist, sofern *„Ausgleichsvorteile eine Neutralisierung der Ungleichbehandlung ermöglichen. Ein möglicher Ausgleichsvorteil kann nach der Rechtsprechung des EuGH sowohl bei unbefristeten als auch befristeten Leiharbeitsverhältnissen die Fortzahlung des Entgelts auch in verleihfreien Zeiten sein. [...] Das Tarifwerk von iGZ und ver.di gewährleistet die Fortzahlung der Vergütung in verleihfreien Zeiten. Außerdem hat der deutsche Gesetzgeber mit § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG für den Bereich der Leiharbeit zwingend sichergestellt, dass Verleiher das Wirtschafts- und Betriebsrisiko für verleihfreie Zeiten uneingeschränkt tragen, weil der Anspruch auf Annahmeverzugsvergütung nach § 615 Satz 1 BGB, der an sich abdingbar ist, im Leiharbeitsverhältnis nicht abbedungen werden kann.“* (Pressemitteilung Nr. 25/23 des BAG).

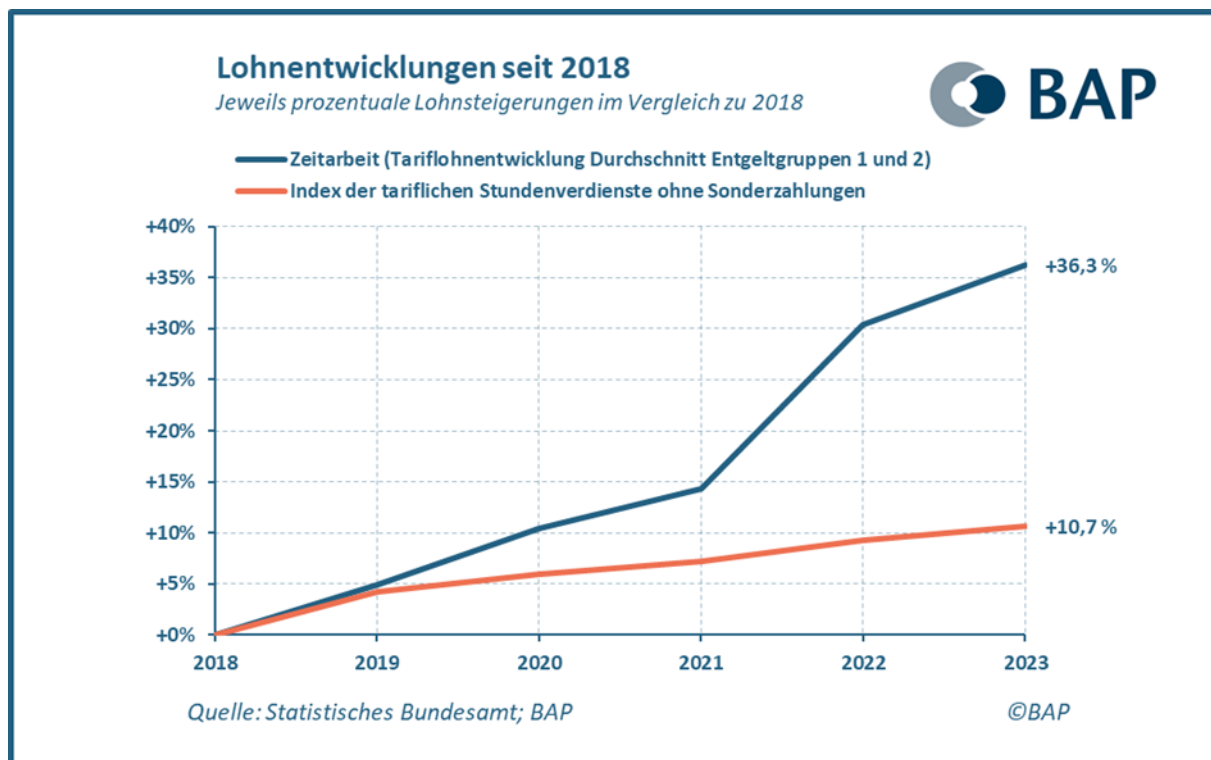
Gemäß dem deutschen Arbeitgebermodell werden Zeitarbeitskräfte – anders als in den meisten anderen europäischen Ländern, in denen Zeitarbeit nach dem Agenturmodell organisiert ist – also in verleihfreien Zeiten (weiter-)bezahlt. Bei Anwendung der mit den zwischen den Arbeitgeberverbänden der Zeitarbeit (VGZ – Verhandlungsgemeinschaft Zeitarbeit) und der DGB-Tarifgemeinschaft Leiharbeit ausgehandelten Tarifverträgen geschieht dies auch in verleihfreien Zeiten entsprechend dieser Tarifverträge, die Zeitarbeitskräfte besser stellen als die gesetzliche Regelung. Diese sieht nämlich für verleihfreie Zeiten lediglich die Zahlung der allgemeinen Lohnuntergrenze für die Zeitarbeit vor (§ 3a Abs. 1 S. 3 AÜG), während die Tarifverträge festschreiben, dass Zeitarbeitskräfte genauso in verleihfreien Zeiten bezahlt werden wie in Einsätzen. Diese Lohnuntergrenze wäre jedoch mit der geforderten Streichung der Tariföffnungsklausel ebenfalls infrage gestellt, weil Equal Treatment plus Flexibilitätsbonus den Sozialpartnern keine Gestaltungsspielräume für tarifliche Regelungen ließe. Mit Wegfall der allgemeinverbindlichen Lohnuntergrenze für die Zeitarbeit entfielen aber auch die Regelung für verleihfreie Zeiten, weil das AÜG ansonsten keine enthält. Das würde dazu führen, dass die Bezahlung in verleihfreien Zeiten individuell zwischen Zeitarbeitsunternehmen und Zeitarbeitskraft ausgehandelt werden könnte. In letzter Konsequenz hätte die Abschaffung der Tariföffnungsklausel eine Schlechterstellung der Zeitarbeitskräfte in verleihfreien Zeiten zur Folge und würde somit auf eine Destabilisierung der Einkommensverhältnisse der Beschäftigten hinauslaufen. Das gilt umso mehr, als die allgemeinverbindliche Lohnuntergrenze in der Zeitarbeit deutlich über dem gesetzlichen Mindestlohn liegt. Während derzeit in der Zeitarbeit mindestens 13,00 Euro in der Stunde gezahlt werden müssen, sind es beim gesetzlichen Mindestlohn 12,00 Euro. Diese Differenz wird zum 01.01.2024 noch größer werden, denn dann wird in der Zeitarbeit eine Lohnuntergrenze von 13,50 Euro gelten, aber zeitgleich der gesetzliche Mindestlohn „nur“ auf 12,41 Euro steigen.

Dieser Pay Gap von fast plus 9 Prozent zugunsten der Zeitarbeitskräfte im Bereich der Mindestlöhne würde zusätzlich mit dem im vorherigen Absatz skizzierten Wegfall der jetzigen Regelung für die Bezahlung in verleihfreien Zeiten auch nicht durch die von der Fraktion DIE LINKE geforderte Einführung eines **Flexibilitätszuschlags von 10 Prozent** kompensiert werden können. Die Idee für einen derartigen Zuschlag ist offensichtlich an die „prime de précarité“ im französischen Zeitarbeitsmodell angelehnt. Dort erhalten Zeitarbeitskräfte in der Tat eine zehnprozentige Gehaltszulage – allerdings als Kompensation dafür, dass sie ausschließlich während des Einsatzes bezahlt werden und somit keine Lohnfortzahlung in Nichteinsatzzeiten – wie auch Urlaub und Krankheit – erhalten. Außerdem muss zwingend eine Synchronisation zwischen Beschäftigung und Einsatz in Frankreich stattfinden. Eine solche Prämie wäre in Deutschland folglich systemwidrig. Denn anders als beim in Frankreich vorherrschenden Agenturmodell werden Zeitarbeitskräfte nach dem deutschen Arbeitgebermodell auch in Nichteinsatzzeiten – wie oben ausgeführt – entlohnt.

Im Übrigen spricht viel dafür, dass eine Besserstellung bei der Entlohnung von Produktivstunden von Zeitarbeitskräften gegenüber Stammbeschäftigten ein gutes Rekrutierungsargument für die Personaldienstleister sein dürfte. Jedenfalls beklagen sich einige Arbeitgebervertreter der Pflege sowie einige politische Akteure über eine bessere Bezahlung von Zeitarbeitskräften in der Pflege, was angeblich dazu führt, dass Stammarbeitskräfte aus Pflegeeinrichtungen in die Zeitarbeit wechseln. Entsprechend sind bereits Forderungen eines Vergütungsdeckels für Zeitarbeitskräfte (vgl. BR-Drs. 214/23) im Umlauf.

Die geschilderte Entwicklung in der Pflege steht auch im starken Kontrast zu der Behauptung der Antragstellerin in BT-Drs. 20/5978, die außerordentliche hohe Tarifabdeckung der Zeitarbeit wäre etwas Negatives und würde dazu führen, dass „*beinahe keine Leiharbeitnehmer*innen in den Genuss des Gleichstellungsgrundsatzes*“ kämen und Zeitarbeitskräfte im Schnitt 41 Prozent weniger Gehalt verdienen. Die auch von der Fraktion DIE LINKE ins Feld geführte AÜG-Evaluation der Bundesregierung stellt dagegen fest, dass sich die Entgeltunterschiede zwischen 2012 und 2018 aufgrund der starken Lohnzuwächse in der Zeitarbeit spürbar verringert haben: „*Die Entwicklung der Entgeltdifferenz zwischen 2012 und 2018 verlief zu Gunsten der Leiharbeitskräfte, die ein stärkeres Lohnwachstum verzeichneten als die übrigen Beschäftigten.*“² Den Rückgang beim Pay Gap im genannten Zeitraum bezieht die AÜG-Evaluation auf bis zu 13 Prozentpunkte und konstatiert „*im Mittel*“ bereits für 2018 nur noch Entgeltdifferenzen von 8 Prozent.³ Dass die AÜG-Evaluation der Bundesregierung zu einem derart anderen Wert kommt, als die Fraktion DIE LINKE in ihrem Antrag angibt, hängt damit zusammen, dass in der Evaluation richtigerweise der wissenschaftliche Standard des bereinigten Pay Gaps angewendet wurde. Bruttomonatslöhne ohne Berücksichtigung von Einsatz, Bundesland, Anforderungsniveau sowie der Länge der Arbeitszeit und soziodemografischer Merkmale zu vergleichen, führen dagegen zu irreführenden Ergebnissen.

Hauptgrund für den Rückgang waren laut AÜG-Evaluation überdurchschnittliche Lohnzuwächse der Zeitarbeitskräfte zwischen 2012 und 2018 – die von den Tarifvertragsparteien vereinbart wurden. Dieser Trend der überdurchschnittlichen Lohnsteigerungen hat sich nach 2018 sogar verstärkt fortgesetzt (s. Grafik), so dass von einer weiteren Verringerung des Pay Gaps ausgegangen werden muss.



² ebd., S. 264.

³ ebd., S. 260ff sowie S. 299.

Völlig unklar ist, weshalb die Fraktion der AfD bei ihrer Forderung nach einer 15-prozentigen Quote zur Beschränkung des Fremdpersonaleinsatzes bei den Kurier-, Express- und Paketdiensten auch die Zeitarbeit miteinbezieht. Beim Blick auf Daten der Bundesagentur für Arbeit zeigt sich nämlich überdeutlich, dass nur sehr wenige Zeitarbeitskräfte in der **Paketbranche** arbeiten. Laut Beschäftigungsstatistik der Bundesagentur für Arbeit liegt der Anteil der Zeitarbeitskräfte an der Gesamtbeschäftigung im Tätigkeitsbereich „Berufe für Post- und Zustelldienste“ bei weniger als 0,7 Prozent. In absoluten Zahlen heißt das: Von den 463.776 Beschäftigten im Tätigkeitsbereich „Berufe für Post- und Zustelldienste“ sind weniger als 2.900 als Zeitarbeitskräfte tätig.⁴ Auch in der Begründung des Antrags ist – wie beim Antrag der LINKEN – erkennbar, dass das unbereinigte Pay Gap als Beleg für eine Schlechterstellung von Zeitarbeitskräften untauglich ist.

Fazit

- Entgeltdifferenzen zwischen Zeitarbeitskräften und Stammbeschäftigten sind nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung unter bestimmten Voraussetzungen, die die Tarifverträge der Zeitarbeit in Deutschland erfüllen, mit der EU-Zeitarbeitsrichtlinie vereinbar.
- Da, wo es Entgeltdifferenzen gibt, schrumpfen diese – getrieben von den Verhandlungsergebnissen der Sozialpartner und den erzielten überdurchschnittlichen Tarifabschlüssen – kontinuierlich. Daher gibt es an dieser Stelle keinen Handlungsbedarf für den Gesetzgeber. Die Sozialpartner der Zeitarbeitsbranche haben bewiesen, dass sie handlungsfähig und -willig sind. Daraus folgt, dass ein Rechtfertigungsgrund dafür fehlt, in das hohe Gut der Tarifautonomie einzugreifen.
- Ein Eingriff in § 8 AÜG birgt das Risiko, die Entlohnung der Zeitarbeitskräfte zu destabilisieren und weniger berechenbar zu machen. Die vermeintliche Wohltat würde sich also als veritabler Boomerang für die Zeitarbeitskräfte erweisen – und am stärksten ausgerechnet für diejenigen, die es als geringer oder wenig Qualifizierte am schwersten am Arbeitsmarkt haben.
- Angesichts des ausgesprochen niedrigen Anteils der Zeitarbeit in der Paketbranche stellt sich hier nicht ernsthaft die Frage, wieso der Gesetzgeber die Zeitarbeit in diesem Bereich einschränken sollte.

⁴ Die Daten beziehen sich auf den Durchschnitt der beiden Stichtage 31.12.2021 und 30.06.2022. „Berufe für Post- und Zustelldienste“ sind laut der Berufsklassifikation der BA folgendermaßen definiert: „Angehörige dieser Berufe sortieren Kurier-, Express- und Postsendungen, planen die Zustellfolge und stellen sie zu“.



Schriftliche Stellungnahme

Professor Dr. Peter Schüren, Münster

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 3. Juli 2023 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Ulrike Schielke-Ziesing, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD

Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter

BT-Drucksache 20/6003

- b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Christian Görke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen

BT- Drucksache 20/5978

Siehe Anlage

Universitätsprofessor Dr. Peter Schüren

Universität Münster

peter.schueren@uni-muenster.de

Erstellt 28.06.2023

Schriftliche Stellungnahme Professor Dr. Peter Schüren, Münster

Stellungnahme als Einzelsachverständiger zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 3. Juli 2023 zum

- a) Antrag der Abgeordneten Jürgen Pohl, René Springer, Ulrike Schielke-Ziesing, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der AfD Mehr Redlichkeit in der Paketbranche und faire Löhne für Leiharbeiter BT-Drucksache 20/6003
- b) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Christian Görke, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE. Leiharbeit – Gleichen Lohn für gleiche Arbeit durchsetzen BT- Drucksache 20/5978

1. Ist ein generelles Verbot der Leiharbeit überhaupt rechtlich möglich?

Leiharbeit war bis 1967 in Deutschland verboten. Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung (Leiharbeit) war bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 4.4.1967 (BVerfGE 21, 261ff.) zusammen mit der privaten Arbeitsvermittlung untersagt. Das Verbot knüpfte an den Erlass des Reichsarbeitsministers vom 20.12.1941 (RABL 1942 I. S. 6) an, der in § 37 Abs. 3 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) von 1957 mit veränderter Wortwahl wiederholt worden war.

Das Bundesverfassungsgericht kassierte dieses gesetzliche Verbot 1967 als verfassungswidrig.

Es unterschied die gewerbliche Arbeitnehmerüberlassung von der damals noch als staatlichen Monopol betriebenen Arbeitsvermittlung. Für die Arbeitnehmerüberlassung sah es keine zureichenden Gründe, die den mit einem Verbot verbundenen starken **Eingriff in die Berufsfreiheit der Verleiher** rechtfertigen könnten.

Die zentrale Aussage der Entscheidung zum Verbot der Arbeitnehmerüberlassung:

„Danach werden mit dieser Maßnahme (dem Verbot) Ziele verfolgt, die an sich berechtigt sein mögen; indes können sie durch mildere Maßnahmen als durch den stärksten Eingriff in das Recht der freien Berufswahl erreicht werden.“

Die Entscheidung enthielt den Auftrag an den Gesetzgeber, die Arbeitnehmerüberlassung sozialverträglich zu regeln. Der Auftrag wurde mit dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz 1972 erfüllt.

Das vom Gesetzgeber 1972 gewählte **deutsche Modell** der Arbeitnehmerüberlassung wird durch drei Merkmale geprägt:

- Dauerbeschäftigungsverhältnisse der Leiharbeitnehmer mit den Verleihern mit durchgehender Vergütung auch zwischen den Überlassungen.
- Vorübergehende Überlassungen an verschiedene Entleiher.
- Regelung der Arbeitsbedingungen zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer für alle Einsätze.

Die Vergütung im Leiharbeitsverhältnis wurde in einem regelmäßig unbefristeten Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer geregelt. Sie war bis 2003 nicht an der Vergütung für die gleiche Arbeit beim Entleiher gekoppelt.

Die Arbeitsbedingungen konnten immer schon auch durch Tarifverträge zwischen Verleihern und Gewerkschaften geregelt werden. Bis 2002 waren solche Tarifverträge selten. Danach wurden sie in großer Zahl abgeschlossen und nahezu ausnahmslos für die Leiharbeitsverhältnisse angewandt.

Die Anwendung der Tarifverträge war seit 2003 notwendig, um ein eigenes Vergütungssystem weiterhin durchgehend nutzen zu können. Das Gesetz sieht seit 2003 die Gleichbehandlung während der Überlassungen als Auffangregelung vor.

Zwischen 2002 und 2010 war die Tariflandschaft stark durch die Pseudo-Tarifverträge mit einer Tarifgemeinschaft der sog. Christlichen Gewerkschaften (CGZP) geprägt. Deren Dumpinglöhne zeigten, dass es sich um „gelbe“ Gewerkschaften handelte, die ziemlich offensichtlich nicht tariffähig waren.

Erst 2010 wurde die Tarifunfähigkeit der CGZP rückwirkend rechtskräftig festgestellt. Danach gab und gibt es nur noch Tarifverträge mit DGB-Gewerkschaften.

Ein Verbot der Arbeitnehmerüberlassung kommt angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht in Betracht, wenn die Möglichkeit besteht, die Überlassung sozialverträglich zu gestalten.

Bei realistischer Betrachtung hat sich die Situation der Leiharbeitnehmer seit der Ausschaltung der Pseudo-Gewerkschaft CGZP im Jahr 2010, den anschließenden Reformen und auf der Grundlage der aktuellen Tarife stark verbessert.

Misstände, die weiterbestehen, müssten offengelegt werden. Dann wäre zu fragen, wie ihnen mit der geringstmöglichen Grundrechtsbeeinträchtigung abgeholfen werden kann.

Dabei ist, wenn es um die Lohnhöhe in einer Branche geht, stets auch die **Tarifautonomie** zu respektieren. Der Gesetzgeber darf zwar tätig werden, um einen Basischutz der Arbeitnehmer sicherzustellen – man denke an den Mindestlohn. Er darf auch dort, wo die Tarifautonomie nicht flächendeckend funktioniert, tätig werden – man denke an die Allgemeinverbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen. Er darf aber nicht die Tarifpartner und ihre Tarifverträge beiseiteschieben, um eigene Vorstellungen vom angemessenen Lohn in einer Branche durchzusetzen.

Die Tarifautonomie gem. Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz ist in allen Branchen von der Verfassung als Weg zur Regelung der Arbeitsbedingungen geschützt.

Zum weiteren Verständnis: Die strenge Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern und Stammpersonal ist typischer Bestandteil eines grundsätzlich anderen, in Deutschland nicht praktizierten Systems der Arbeitnehmerüberlassung. Dabei werden Leiharbeitnehmer vom Verleiher nur für eine Überlassung an einen Entleiher eingestellt. Das ist funktionsgleich mit einem befristeten Arbeitsverhältnis zum Entleiher. Es liegt auf der Hand, dass dann mindestens Gleichbehandlung gewährt werden muss. **Eine solche Gestaltung wäre in Deutschland kaum möglich, weil sie unser Befristungsrecht unterlaufen und faktisch unbegrenzt sachgrundlose Befristungen ermöglichen würde.**

2. Folgt aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache TimePartner (C-311/21) und dem Urteil des vorliegenden Bundesarbeitsgerichts vom 31. Mai 2023 (Az. 5 AZR 143/19), dass die Tariföffnungsklausel in § 8 AÜG zu streichen ist? Oder gestattet Artikel 5 Absatz 3 der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG nicht gerade auch die Ungleichbehandlung von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitnehmern auf Basis von Tarifverträgen, sofern der Gesamtschutz der Leiharbeitskräfte gewahrt ist?

Zu diesem Fragenkreis liegt ein aktueller, umfangreicher Aufsatz (NZA 2023, 529) von mir vor, dem im Ergebnis die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 31.5.2023 nach der vorliegenden Pressemitteilung Schritt für Schritt gefolgt ist. Ich füge diesen Aufsatz als Teil meiner Stellungnahme im Anhang bei.

Das geltende Arbeitnehmerüberlassungsrecht mit seiner Vergütungsregelung ist richtlinienkonform. In den gesetzlichen Grenzen ist die Lohnfindung Sache der Arbeitgeber und der Gewerkschaften (**Tarifautonomie**).

Geringfügige Korrekturen im Gesetz wären sinnvoll.

Auf den Punkt gebracht ergibt sich, dass die aktuelle tarifliche Praxis im bestehenden gesetzlichen Rahmen für Leiharbeitsverhältnisse, die nicht nur einen Einsatz umfassen (Einsatzbefristungen), europarechtskonform ist.

Eine Streichung der Tariföffnungsklausel ist zum Schutz der Leiharbeitnehmer nicht erforderlich – und damit angesichts des Verfassungsrangs der Tarifautonomie auch nicht zulässig.

Wesentliche Argumente:

Zentral ist die Aussage der Richtlinie nach der Auslegung des EuGHs, dass dann, wenn eine **durchgehende Vergütung** im unbefristeten Leiharbeitsverhältnis sichergestellt ist, auch eine Abweichung nach unten bei der Vergütung der Einsatzzeiten und den anderen Arbeitsbedingungen im Vergleich zu Arbeitnehmern des Einsatzunternehmens im Einzelfall möglich ist.

Den Vorgaben folgend formuliert der EuGH selbst Anforderungen an solche Arbeitsbedingungen:

„Artikel 5 Absatz III RL 2008/104 erlaubt vorbehaltlich dieses Gesamtschutzes mithin den Abschluss eines vom Grundsatz der Gleichbehandlung in Bezug auf alle Leiharbeitnehmer abweichenden Tarifvertrags, ohne danach zu unterscheiden, ob ihr Arbeitsvertrag mit einem Leiharbeitsunternehmen befristet oder unbefristet ist. In einem solchen Fall lässt sich darüber hinaus nicht ausschließen, dass die Entgeltfortzahlung in der Zeit zwischen den Überlassungen – sei es aufgrund eines unbefristeten oder befristeten Vertrags – bei der Beurteilung dieses Gesamtschutzes berücksichtigt werden kann. Allerdings muss den Leiharbeitnehmern mit einem befristeten Vertrag ein erheblicher Vorteil gewährt werden, der den Unterschied des Arbeitsentgelts, den sie während der Überlassung gegenüber einem vergleichbaren Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens hinnehmen müssen, ausgleichen kann.“

Da der EuGH ein befristetes Arbeitsverhältnis zu beurteilen hatte, müssen die Aussagen auf ein **unbefristetes Leiharbeitsverhältnis mit bezahlten Zwischenzeiten** übertragen werden:

Weil die Tarifpartner einen Sachverhalt regeln, der nicht genau vorhersehbar ist, sondern nur von ihnen eingeschätzt werden kann, kommt ihnen eine **Einschätzungsprärogative** (Tarifautonomie) zu. Sie müssen innerhalb der Tarifregelung bewerten, wieviel die durchgehende Absicherung, in der die Leiharbeitnehmer für den Verleiher nichts erwirtschaften, „wert“ ist. Das können und dürfen nur die Tarifpartner.

Aus dem letzten Satz des EuGHs folgt im Umkehrschluss, dass die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen erheblich ein darf, wenn sie durch die Zusage der Finanzierung der einsatzlosen Zeiten kompensiert wird. Angesichts dieser Aussage des EuGHs gibt es keinen Grund, die Tarifverträge, die im von § 8 Abs. 4 AÜG vorgegebenen gesetzlichen Schutzrahmen unbefristete Leiharbeitsverhältnisse mit bezahlten Nichteinsatzzeiten regeln, als unwirksam anzusehen.

Die aktuellen Leiharbeitstarife können deshalb Dauerbeschäftigungsverhältnisse von Leiharbeitnehmern europarechtskonform wirksam gestalten.

Dabei ist zu gewichten, dass die Absenkung der Löhne im Vergleich zum Stammpersonal bei längeren Überlassungszeiten gem. § 8 Abs. 4 AÜG zwingend entfällt. Es gibt so schon durch den gesetzlichen Rahmen keine „Überkompensation“ der Nichteinsatzzeiten zum Vorteil des Verleihers und auf Kosten des Gesamtschutzes und damit zum Nachteil des einzelnen Leiharbeitnehmers.

Damit ist das aktuelle, gesetzlich unterfütterte Tarifsysteem für unbefristete Leiharbeitsverhältnisse in Deutschland richtlinienkonform.

Die aktuellen Tarifverträge der Zeitarbeit können ohne Einschränkung nur für unbefristete Leiharbeitsverhältnisse angewandt werden. Die langfristige Bindung an den Verleiher mit der Absicherung von Nichteinsatzzeiten rechtfertigt eine gesetzlich begrenzte Absenkung der Vergütung im Vergleich zum Personal des Entleihers.

Sachgrundlose Befristungen gem. § 14 Abs. 2 TzBfG können ausnahmsweise mit den aktuellen Tarifverträgen durchgeführt werden, wenn mit Sicherheit keine Einsatzbefristung vorliegt und in erheblichem Umfang Nichteinsatzzeiten möglich sind.

Korrekturbedarf: Nach meiner Einschätzung wäre es sinnvoll, in folgenden Punkten klarstellend das AÜG der europarechtlichen Lage anzupassen – ausführlich dazu meine Aussagen im beigefügten Aufsatz:

Einsatzbefristete Leiharbeitsverhältnisse können mit den aktuellen Tarifverträgen nicht rechtlich haltbar durchgeführt werden. Hier sollte nur **Gleichbehandlung** zulässig sein. Sie sind funktionsidentisch mit befristeten Arbeitsverträgen im Einsatzunternehmen für die Gleichbehandlung bereits jetzt zwingend vorgeschrieben ist (§ 4 Abs. 2 TzBfG).

Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland kann nicht auf der Grundlage der deutschen Leiharbeitstarife durchgeführt werden. Hier ist die Bezahlung von Nichteinsatzzeiten nicht gewährleistet.

Arbeitnehmerüberlassung aus Mischbetrieben ist wegen des fehlenden Risikos von Nichteinsatzzeiten ebenfalls nicht auf der Grundlage der Leiharbeitstarife möglich.

Die ohne Grund zulässige Kündigung von Leiharbeitsverhältnissen in der Probezeit zum Ende des Ersteinsatzes mit dem Ziel der Umgehung der Vergütungspflicht für Nichteinsatzzeiten (**Synchronisation**) ist in analoger Anwendung von § 11 Abs. 4 S. 2 AÜG unwirksam. Auch hier wäre eine Korrektur des Gesetzes mit einem rückwirkenden Anspruch auf Gleichbehandlung empfehlenswert.

3. Welche Anforderungen stellt das Verfassungsrecht an die ausweislich des Antrags geforderte Begrenzung des Fremdpersonaleinsatzes auf 15% der im jeweiligen Betrieb Beschäftigten in der Branche Post-, Kurier- und Expressdienste?

Hier kann auf die Aussage in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Verbot der Leiharbeit zurückgegriffen werden. Auch hier sind ungeeignete und unverhältnismäßige Eingriffe in die unternehmerische Berufsfreiheit unzulässig.

Ein partielles Verbot des Fremdpersonaleinsatzes ist ein schwerer Eingriff in die vom Grundgesetz geschützte Berufsfreiheit der Unternehmen, die Dienstleistungen anbieten und der Unternehmen, die diese Dienstleistungen nutzen (Outsourcing).

Jedes Unternehmen ist auf der Grundlage von Art. 12 GG frei darin, festzulegen, ob bestimmte Arbeiten mit eigenem Personal ausgeführt oder an Dienstleister vergeben werden.

Bevor ein Eingriff in diese Freiheit überhaupt erwogen werden kann, muss feststehen, welche Missstände genau vorliegen und in welchem Umfang sie bestehen. Erst dann können Eingriffe sinnvoll bedacht werden.

Bei der vorgeschlagenen Quotenregelung stellt sich zuallererst die Frage, ob das überhaupt ein taugliches Mittel ist, um Missstände zu beseitigen. Ist das nicht überzeugend nachweisbar, scheidet das Mittel von vornherein aus, weil ein untaugliches Mittel nie eine Grundrechtsbeschränkung rechtfertigen kann.

Es ist nicht erklärbar, dass bei einer Outsourcing-Quote von 15% die betroffenen Arbeitnehmer bessere Arbeitsbedingungen haben, als bei einer Outsourcing-Quote von z.B. 20%. Die Prüfung könnte deshalb bereits hier enden!

Unterstellt man gleichwohl einmal die Wirksamkeit einer Outsourcing-Quote, wäre sie als letztes Mittel möglich, wenn Belange des Gemeinwohls oder der Schutz der Arbeitnehmer das erfordern und keine anderen, geringer belastenden und doch abhelfenden Eingriffe in Betracht kommen.

Dazu muss für die einzelnen Missstände geprüft werden, ob milderen Mittel vorhanden sind, um diese Missstände zu beseitigen.

Beispiele: Wenn als Missstand die **schlechtere Bezahlung** der Fremdfirmenleute im Vergleich zum Stammpersonal zutreffend (!) gerügt wird, so sind diejenigen Mittel zu prüfen, die eine bessere Vergütung dieser Menschen zur Folge haben würden.

Hier ist an Branchenmindestlöhne, die Einbeziehung in das Arbeitnehmerentendengesetz und die Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen zu denken.

Ist das Problem die Nichtbezahlung von Arbeitszeit (**Arbeitszeitbetrug durch die Arbeitgeber**), dann ist der erste Schritt eine verbindliche Arbeitszeiterfassung und die Absicherung der Lohnansprüche durch Ausschluss von Verfallregeln und über eine Beweislastumkehr beim Nachweis der Lohnrückstände.

Mit anderen Worten: Stets ist exakt zu ermitteln, welcher Missstand besteht. Dann ist zu fragen, wie dem mit möglichst geringer Beeinträchtigung von verfassungsrechtlich geschützten Positionen wirksam (!) abgeholfen werden kann.

Bevor man Grundrechte in der Substanz beeinträchtigt, muss immer nach weniger belastenden Wegen gesucht werden.

Diese Anforderungen erfüllt ein sektorales Teilverbot des Fremdpersonaleinsatzes allesamt nicht. Es wäre verfassungswidrig.

4. Welche Voraussetzungen bestehen für die Vereinbarkeit der geforderten Begrenzung des Fremdpersonaleinsatzes auf 15% der im jeweiligen Betrieb Beschäftigten in der Branche Post-, Kurier- und Expressdienste mit dem Europarecht?

Die europarechtlichen Anforderungen unterscheiden sich hier kaum von den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen solchen Eingriff. Anknüpfungspunkte sind Art. 4 der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG sowie die nach Art. 56 AUEV gewährleistete Dienstleistungsfreiheit und die in Art. 49 AEUV gewährleistete Niederlassungsfreiheit.

Leiharbeit: Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit sind an der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG und dort an Art. 4 zu messen. Nach Art. 4 Abs. 1 sind Verbote oder Einschränkungen des Einsatzes von Leiharbeit nur aus Gründen des Allgemeininteresses zulässig.

Dann muss es um den Schutz der Leiharbeitnehmer, ihren Gesundheitsschutz und die Arbeitsplatzsicherheit gehen. Oder auch um das Funktionieren des Arbeitsmarkts. Zulässiges Ziel einer Beschränkung nach der Richtlinie ist die Gewährleistung des Schutzes der Leiharbeitnehmer sowie die Verbesserung der Qualität der Leiharbeit (Art. 2 der Richtlinie 2008/104/EG).

Es gibt keinerlei Anknüpfungspunkte, die eine solche Wirkung der Quote nahelegen. Damit läge ein Verstoß gegen die Leiharbeitsrichtlinie vor. Will man Lohnbetrug an den Leiharbeitnehmern verhindern oder unzumutbare Arbeitsbedingungen, dann müsste man dort ansetzen.

Dienstleistungsfreiheit: Art. 56 AUEV schützt vor nicht gerechtfertigten Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedsstaaten, die in einem anderen Mitgliedsstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind. Ausländische Anbieter, die als Subunternehmer oder Verleiher für deutsche Unternehmen tätig sind, nehmen die Dienstleistungsfreiheit in Anspruch.

Es ist im Antrag nicht plausibel erklärt, wie eine Beschränkung der Nutzbarkeit externer, auch ausländischer Anbieter von Dienstleistungen, den Schutz der in der Branche tätigen Menschen wirksam verbessern soll.

Wie schon bei der Prüfung der Verfassungskonformität dargelegt, muss die geringste mögliche Freiheitsbeschränkung gewählt werden, um den angestrebten Schutz der Arbeitnehmer zu erreichen. Das ist nur möglich, wenn die Missstände genau erkannt sind, und passgenau nachweisbar wirksame Abhilfe konzipiert wird.

Es ist nicht einmal plausibel dargetan, dass die Situation der Arbeitnehmer, die direkt bei dem deutschen Unternehmen arbeiten, zuverlässig besser ist als die der Fremdfirmenleute. Ohne diesen Nachweis können Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nie gerechtfertigt sein.

Eine Quote ist deshalb mit der Dienstleistungsfreiheit unvereinbar.

Gestaltungsgrenzen für die Zeitarbeitstarife nach der EuGH-Entscheidung vom 15.12.2022² [angenommen zur Veröffentlichung NZA]

"Don't panic!"³

Inhalt

I.	Einführung.....	2
II.	Gleichbehandlung bei der Einsatzbefristung	5
1.	Tarifliche Ungleichbehandlung und Anforderungen an den Ausgleich	6
2.	Ausgleichsleistungen außerhalb des Tarifvertrags?	7
3.	Vermutung der Gleichbehandlung gem. § 8 Abs. 1 S. 2 AÜG.....	8
III.	Unbefristete Leiharbeitsverhältnisse	9
1.	Regelungsaufgabe der Tarifabschlüsse im Unterschied zur gesetzlichen Gleichbehandlung	10
2.	Anforderungen der Richtlinie an die Arbeitsbedingungen in unbefristeten Zeitarbeitsverträgen	12
IV.	Gleichbehandlung bei faktischer Einsatzbefristung	13
1.	Befristetes Leiharbeitsverhältnis ohne Synchronisation	13
2.	Vorzeitiges Einsatzende im einsatzbefristeten Leiharbeitsverhältnis.....	14
3.	Überlassung aus einem Mischbetrieb.....	14
4.	Überlassung aus dem Ausland.....	15
5.	Faktische Einsatzbefristung durch Probezeitkündigung	15
V.	Zusammenfassung	16

Seit 20 Jahren regeln Tarifverträge die Arbeitsbedingungen der deutschen Zeitarbeitsbranche. Nach einer Vorlage des BAG⁴ hat der EuGH⁵ über die Gestaltungsgrenzen der Tarifpartner entschieden. Ob die Tarifpraxis mit ihrer begrenzten Ungleichbehandlung jetzt noch so weitergeführt werden kann, oder ob sie insgesamt oder teilweise verändert werden muss, ist Gegenstand des Beitrags.

¹ Universitätsprofessor (em.) für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

² C-311/21, NZA 2023, 31.

³ Lance Corporal *Jack Jones*, in: *Dad's Army* (Britische TV-Serie zwischen 1968 und 1977)

⁴ BAG 14.10.2020 - 7 AZR 286/18, NZA 2021, 800

⁵ C-311/21, NZA 2023, 31.

I. Einführung

Nach eher „wilden“ Anfängen mit unwirksamen CGZP-Dumpingtarifen und einem niedrigen Lohnniveau auch in den DGB-Tarifen⁶ haben sich die Arbeitsbedingungen in der gesamten Zeitarbeitsbranche nach 2010 stetig verbessert.⁷ Der Gesetzgeber beschränkte den tariflichen Gestaltungsrahmen 2017 weitreichend (§§ 3a, 8 Abs. 3 u. 4 AÜG).⁸ Die Tarifregelung ist nun „nach unten“ begrenzt und inzwischen von den Tarifpartnern auf Gleichbehandlung bei längeren Einsatzzeiten ausgerichtet.⁹

Seit 2010 gibt es fast ausschließlich Tarifverträge mit der DGB-Tarifgemeinschaft und den beiden großen Arbeitgeberverbänden BAP und IGZ. Leiharbeitsverhältnisse ohne vereinbarte Tarifbindung sind vermutlich selten.¹⁰ In einzelnen Einsatzbranchen wird inzwischen sogar übertariflich und besser als bei den Entleihern bezahlt, weil sich die Marktsituation verändert hat.¹¹

In einer ersten Reaktion auf die neue EuGH-Entscheidung stellte *Bauer* fest: „*Der Zeitarbeitsbranche wird nichts anderes übrigbleiben, als ihre Tarifverträge dahingehend zu überarbeiten, dass bei geringerer Vergütung tarifliche Ausgleichsvorteile vorgesehen werden.*“¹² *Däubler*¹³ kommt für die Vergangenheit zur Unwirksamkeit der tariflichen Regelungen in den meisten Arbeitsverträgen mit heftigen Haftungsfolgen. Das klingt nach einer ziemlich katastrophischen Katastrophe.

Ich will die unterschiedlichen Rechtsfolgen der Entscheidung für

- einsatzbefristete
- unbefristete
- andere zeitlich begrenzte

tarifgebundene Leiharbeitsverhältnisse erläutern. Dabei wird sich zeigen, dass sie für die unbefristeten Leiharbeitsverhältnisse andere Folgen hat als für Einsatzbefristungen und vergleichbare Gestaltungen. Ähnlich im Ergebnis sehen es *Thüsing*¹⁴ und wohl auch *Franzen*¹⁵ und (bereits 2016) *Forst*¹⁶.

⁶ Waltermann, NZA 2010, 482.

⁷ Ausf. RWI – Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung, Die Lohnlücke in der Zeitarbeit – eine empirische Analyse auf Grundlage von BA-Daten und der Verdienststrukturerhebung, Studie für die iGZ-Bundesgeschäftsstelle, Endbericht 04. Mai 2022,

⁸ Hamann/Klengel, EuZA 2017, 485, 496ff.

⁹ Schüren/Hamann AÜG § 8 Rn. 101ff.

¹⁰ Dem Verfasser sind keine validen Daten bekannt.

¹¹ <https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/politik/leiharbeit-gesundheitswesen-ampel-begrenzen-100.html> - im Gesundheitswesen wohl bereits verbreitet.

¹² ArbRAktuell 2023, 15

¹³ „In praktisch allen Fällen, in denen die heutigen Leiharbeitstarife angewandt werden, können sie den Gleichstellungsgrundsatz des § 8 Absatz 1 AÜG nicht verdrängen, weil nicht für die Wahrung des Gesamtschutzes gesorgt ist.“ NZA 2023, 73, 77; im Ergebnis ebenso Hamann, jurisPR-ArbR 10/2023 Anm. 1.

¹⁴ Anm. NZA 2023, 36f.

¹⁵ NZA 2023, 25ff.

¹⁶ In: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2016, § 15 Rn. 73.

Ausgangspunkt sind die Grundannahmen des EuGHs für die **einsatzbefristeten** Leiharbeitsverhältnisse. Danach geht es im Schwerpunkt um die tariflichen Arbeitsbedingungen für **unbefristete Leiharbeitsverhältnisse** entsprechend dem „Deutschen Modell“. ¹⁷

Der Gestaltungsrahmen ist in zweierlei Hinsicht **notwendig anders** als bei den einsatzbefristeten Arbeitsverhältnissen. Bei Ihnen besteht, das ist der **erste Grund**, ein ernsthafter Bedarf an durchgehend gleichen, die Einsätze bei verschiedenen Entleiher überdauernden Arbeitsbedingungen. Erst dieser Regelungsbedarf im unbefristeten Leiharbeitsverhältnis schafft Raum für umfassende, ganz eigene tarifliche Regelungen. Diesen Aspekt erwähnt der EuGH nicht, weil er nur in dieser in Europa seltenen Gestaltung der Arbeitnehmerüberlassung eine so wichtige Rolle spielt.

Bei den nicht einsatzbefristeten ¹⁸ Leiharbeitsverhältnissen ist am Anfang offen, für wen und wie lange und mit welchen beschäftigungslosen Zwischenzeiten der Leiharbeitnehmer seine Arbeit leisten wird. ¹⁹ Nur der Verleiher als Arbeitgeber steht fest. Nicht einmal die Einsatzbranche und damit deren tarifliches Lohnniveau und deren Arbeitsbedingungen sind vorher sicher.

Trotzdem muss ein durchgehendes Arbeitsverhältnis mit von Anfang an festliegenden und stets auskömmlichen Arbeitsbedingungen geregelt werden. Eine Aneinanderreihung von Einsätzen mit verschiedenen, die Bedingungen beim jeweiligen Entleiher weitgehend kopierenden Arbeitsbedingungen wäre in einem unbefristeten Leiharbeitsverhältnis praktisch schwer zu handhaben; es sind keine Fälle bekannt, in denen das unternommen wurde.

Für die einfache **Gleichbehandlung bei der Einsatzbefristung** des Leiharbeitsverhältnisses bräuchte man keine Tarifverträge; da steht alles im Gesetz. Die gesamten Rahmenbedingungen beim Entleiher liegen bei der Arbeitsaufnahme schon abschließend fest. Nichteinsatzzeiten als Kostenfaktor für den Verleiher gibt es hier nicht. Leiharbeitsvertrag und Überlassung enden gleichzeitig, wenn alles nach Plan läuft. ²⁰

Der **zweite Grund** für eine tarifliche Regelung in Deutschland ist die Pflicht, bei unbefristeten (oder auch bei befristeten aber nicht-einsatzbefristeten) Leiharbeitsverhältnissen die Vergütung in Nichteinsatzzeiten weiter zu bezahlen. ²¹

Die unbefristete Leiharbeit ist seit 1972 das Leitbild des AÜG. ²² Das dem Arbeitgeber gesetzlich (§ 11 Abs. 4 S. 2 AÜG) zugewiesene besondere Risiko darf auch nicht

¹⁷ Bt-Ds. VI, 2303, S. 8 unter Hinweis auf BSG 29.07.1970-7 RAr 44/68, AP Nr. 9 zu § 37AVAVG; Schüren, RdA 2007, 231.

¹⁸ Vgl. zur besonderen Problematik der nicht einsatzbezogen, befristeten Leiharbeitsverhältnisse die Ausführungen im letzten Abschnitt.

¹⁹ Das gewichtet Hamann nicht hinreichend: jurisPR-ArbR 10/2023 Anm. 1

²⁰ Bei der vorzeitigen Beendigung der Überlassung ändert sich das; vgl. dazu unten IV, 2.

²¹ BAG 24.3.2004 - 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971, 973.

²² Bt-Ds. VI, 2303, S. 8.

über Arbeitszeitkonten²³ oder „betriebsbedingte“ Kündigungen²⁴ zur Synchronisation unterlaufen werden.

Bei **Einsatzbefristungen** hingegen trägt dieses Risiko von Nichteinsatzzeiten der Arbeitnehmer selbst oder seine Arbeitslosenversicherung oder die Grundsicherung (Bürgergeld) und damit die Gemeinschaft. Dem einsatzbefristeten Leiharbeiter geht es nicht anders als sonstigen befristet beschäftigten Personen. Deshalb muss das Risiko fehlender Anschlussaufträge bei der Festlegung der Vergütung für diese Gruppe aus der Verleiherperspektive unberücksichtigt bleiben.

Die **unbeschränkte Absicherung dieses wirtschaftlichen Risikos** gem. § 11 Abs. 4 AÜG auf Kosten des Verleihers ist die notwendige Voraussetzung für ein langfristiges, viele Überlassungen und Zwischenzeiten überdauerndes Leiharbeitsverhältnis. Die genaue Kostenbelastung durch dieses Risiko ist bei Beginn des einzelnen Leiharbeitsverhältnisses nicht vorhersehbar.

Nach der Rechtsprechung müssen im laufenden Arbeitsverhältnis unter Umständen Nichteinsatzzeiten von bis zu drei Monaten überbrückt, genauer: mit Tariflohn bezahlt werden, wenn danach eine Einsatzmöglichkeit zu erwarten ist.²⁵ Die wirkliche Kostenbelastung durch Nichteinsatzzeiten ergibt sich also stets erst mit der Zeit. Sie könnte nur ganz am Ende des Arbeitsverhältnisses **in der Rückschau** für den Einzelfall errechnet werden. Das nützt aber nicht viel. Die Arbeitsbedingungen müssen im Interesse beider Arbeitsvertragspartner bei der Arbeitsaufnahme zuverlässig für das gesamte Arbeitsverhältnis einschließlich der Nichteinsatzzeiten festliegen.

Dieses branchenspezifische und unter anderem konjunkturabhängige wirtschaftliche Risiko des Verleihers wird bei uns in die tarifliche Vergütungsregelung mit ihren Branchenzuschlägen „eingepreist“.²⁶ **Die wirtschaftliche Bewertung dieses vom EuGH anerkannten Risikos mit dem Ziel eines akzeptablen Gesamtschutzes der Leiharbeiter kann im gesetzlichen Rahmen nur von den Tarifpartnern geleistet werde.**

Zuletzt soll es darum gehen, welche weiteren Leiharbeitsverhältnisse den Gestaltungsgrenzen der Gleichbehandlung für die Einsatzbefristung unterfallen. In Betracht kommen **Befristungen ohne Einsatzbindung** z.B. nach § 14 Abs. 2 TzBfG, **Einsatzbefristungen**, bei denen der **Einsatz vorzeitig endet** und die dann für die restliche Befristungszeit mit anderen Einsätzen weitergeführt werden, **Überlassungen**

²³ BAG, 16.04.2014 - 5 AZR 483/12, NZA 2014, 1262; Ausf. LAG Berlin-Brandenburg 17.12.2014 - 15 Sa 982/14 BeckRS 2015, 65940; Schüren, BB 2012, 1411; a.A. Hanau/Hoff, NZA 2015, 1169, 1171

²⁴ BAG 18. 5. 2006 - 2 AZR 412/05, AP AÜG § 9 Nr. 7; Bayreuther, NZA 2016, 1304: „Die Dreimonatsgrenze kann aber gegebenenfalls noch als ein Indiz dafür herhalten, ob der fragliche Arbeitsplatz wirklich dauerhaft verloren gegangen ist oder ob es sich nur um kurzfristige Auftragslücken bzw. vorübergehende Nichteinsatzzeiten handelt, die der Arbeitgeber hinnehmen muss. Ist sie überschritten, liegt ein dauerhafter Auftragsverlust nahe.“

²⁵ ErfK/Roloff AÜG § 1 Rn. 86: „Der AG muss daher dezidiert aufzeigen, dass es sich nicht um eine kurzfristige Auftragsschwankung handelt und dass auch in absehbarer Zeit kein Folgeauftrag zu erwarten ist.“; LSG Baden-Württemberg, 14. 12. 2007 – L 13 AL 4932/06, BeckRS 2008, 50896.

²⁶ BAG 24.3.2004 - 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971, 973; die Bedeutung dieser Risikotragung, die es im einsatzbefristeten, synchronisierten Leiharbeitsverhältnis nicht gibt, unterschätzt Hamann jurisPR-ArbR 10/2023 Anm. 1,

aus Mischbetrieben und Überlassungen aus dem Ausland. Ebenfalls einzuordnen ist die faktische Synchronisation durch **Probezeitkündigung** nach der ersten Überlassung.

In allen diesen Fällen ist zu fragen, ob der Verleiher das Risiko von Nichteinsatzzeiten auf den Leiharbeitnehmer verlagert. Denn dann kann die reguläre Tarifregelung für dieses Leiharbeitsverhältnis die Risikoverteilung nicht mehr abbilden.

II. Gleichbehandlung bei der Einsatzbefristung

„Bei der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern handelt sich in Wahrheit nicht mehr um Gleichbehandlung, sondern um Gleichstellung, nicht mehr um Arbeitnehmerüberlassung, sondern um Arbeitsvermittlung.“ Rieble/Klebeck 2003²⁷

Die Befristung des Leiharbeitsverhältnisses auf die Dauer einer mindestens ebenso langen, vom Verleiher mit dem Entleiher geplanten Überlassung an diesen einen Entleiher lässt sich aus der Perspektive des Leiharbeitnehmers kaum von einem befristeten Arbeitsverhältnis im Einsatzbetrieb unterscheiden. Sie ist rechtlich insbesondere über § 14 Abs. 2 TzBfG möglich.²⁸ Typische Fälle der Einsatzbefristung sind auch die Beschäftigung von Schülern und Studierenden, die vom Verleiher in deren Semester- oder Schulferien für einen bestimmten Entleiher eingestellt werden.²⁹

Der Empfänger der Arbeitsleistung und der Verleiher/Arbeitgeber fallen zwar rechtlich nicht zusammen, aber die Beziehung zum Verleiher reicht zeitlich nicht über den von Verleiher und Entleiher vorgesehenen Einsatz bei diesem Entleiher hinaus. Der Unterschied der synchronisierten Überlassung zu einer bloßen Vermittlung ist gering – und bietet dem Arbeitnehmer auch keinen zusätzlichen Schutz. *Rieble/Klebeck* haben 2003 mit ihrer sehr spitzen Formulierung einen zentralen Aspekt der Einsatzbefristung angesprochen. Freilich sieht die Leiharbeitsrichtlinie die in anderen Ländern übliche Einsatzbefristung als Form der Arbeitnehmerüberlassung und nicht als Arbeitsvermittlung.³⁰

Für befristete Arbeitsverhältnisse ist auf europäischer und auf nationaler Ebene schon lange ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit den unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern des gleichen Arbeitgebers festgeschrieben.³¹ Die Leiharbeitsrichtlinie folgt in Art. 5 I der gleichen Wertung in Bezug auf das vergleichbare Stammpersonal.

²⁷ NZA 2003, 23, 26.

²⁸ Ausf. Schüren/Hamann/Schüren AÜG § 3 Rn. 74ff.

²⁹ BeckOK ArbR/Bayreuther TzBfG § 14 Rn. 116.

³⁰ Wank, RdA 2003, 1, 3.; Schüren/Hamann/Brors, AÜG, Einl. Rn. 617ff.

³¹ Ausf. Kammanabrou in: Schlachter/Heinig, aaO., § 15 Rn 12ff.

1. Tarifliche Ungleichbehandlung und Anforderungen an den Ausgleich

Es ist angesichts der Aussage der Leiharbeitsrichtlinie in Art. 5 III³² nicht möglich richtlinienkonform eine wirtschaftliche Benachteiligung der **einsatzbefristeten** Leiharbeitnehmer gegenüber befristet beschäftigtem Stammpersonal vorab tariflich oder arbeitsvertraglich festzuschreiben. Das wäre auch ein Wertungswiderspruch zum Gleichbehandlungsanspruch des befristet beschäftigten Stammpersonals.³³

Der EuGH stellt für diese einsatzbefristeten Leiharbeitsverhältnisse nunmehr klar, dass es zwar tariflich möglich ist, einzelne Arbeitsbedingungen im Vergleich zu den Arbeitsbedingungen des Stammpersonals zu verschlechtern. Dann müssen diese verschlechterten Arbeitsbedingungen aber für den Arbeitnehmer, den sie treffen, **in der Einsatzzeit** im Tarifvertrag selbst wirtschaftlich ausgeglichen werden. Das ist eine einfache, schlüssige Argumentation. Denn nach der Einsatzzeit und dem Ende des Leiharbeitsverhältnisses (Einsatzbefristung) kann es keinen Ausgleich mehr geben. **Ein Tarifvertrag, der das Risiko von Nichteinsatzzeiten „eingepreist“ hat, passt wirtschaftlich deshalb mit seinen Leistungen nicht zur Einsatzbefristung!**

Während der Generalanwalt in seiner Stellungnahme noch Beispiele für Ausgleichsleistungen³⁴ anführte, die ganz offensichtlich nicht als volle wirtschaftliche Kompensation ausreichen, verzichtet der EuGH ganz auf solche Beispiele. Ich lege das so aus, dass die kompensatorischen Leistungen nicht nur irgendwie „gewichtig“ sondern wirtschaftlich gleichwertig sein müssen – der EuGH spricht von „**Neutralisierung**“ der Benachteiligung.³⁵ Das ist etwas anderes als die Aussage, Ausgleichsleistungen dürften nicht nebensächlicher Art sein, wie das noch vom Generalanwalt formuliert wurde.

Im Ergebnis muss ein **wirtschaftlich gleichwertiger Ausgleich** von Benachteiligungen für den einzelnen Arbeitnehmer und für seinen konkreten Einsatz vorliegen und – das ist hier zwingend - innerhalb der Einsatzzeit gewährt werden.

Das unterscheidet sich kaum noch vom Gleichbehandlungsanspruch für Leiharbeitsverhältnisse ohne Tarifbindung gem. § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG. Auch da ist es zulässig, Lohnnebenleistungen, die dem Stammpersonal als Sachleistungen gewährt werden, bei den Leiharbeitnehmern durch Geld auszugleichen (§ 8 Abs.1 S. 3 AÜG).³⁶

Praktisch bedeutet das für die Tarifpartner in diesem kleinen Teilbereich eine Beschränkung auf Gestaltungen, die Gleichbehandlung in engen Grenzen „umverteilen“

³² (1)[1] Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen der Leiharbeitnehmer entsprechen während der Dauer ihrer Überlassung an ein entleihendes Unternehmen mindestens denjenigen, die für sie gelten würden, wenn sie von jenem genannten Unternehmen unmittelbar für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt worden wären.

³³ § 4 Abs. 2 S. 1 TzBfG;

³⁴ „Außerdem kann eine Ausnahme in Bezug auf wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen nicht durch Vorteile nebensächlicher Art ausgeglichen werden. Beispielsweise könnte eine Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung in Bezug auf das Arbeitsentgelt durch ein Geschenk aus der Werbeabteilung nicht wirksam ausgeglichen werden.“ Schlussantrag vom 14.07.2022 –C-311/21

³⁵ „In einem dritten Schritt ist, um den Gesamtschutz von Leiharbeitnehmern zu achten, zu beurteilen, ob die gewährten Ausgleichsvorteile **eine Neutralisierung** der Ungleichbehandlung ermöglichen.“ EuGH 15.12.2022 – C-311/21, Rn 49

³⁶ HK-AÜG/Ulrici AÜG § 8 Rn. 96; Schüren/Hamann AÜG § 8 Rn. 57ff.

oder zu einer Besserstellung der einsatzbefristeten Leiharbeitnehmer gegenüber befristet beschäftigtem Stammpersonal führen.

2. Ausgleichsleistungen außerhalb des Tarifvertrags?

Die Vergleichsperson für den vom EuGH geforderten konkreten Vergleich der Tarifleistungen des Leiharbeitnehmers, wäre ein befristet beschäftigter Stammarbeitnehmer auf dem Arbeitsplatz des Leiharbeitnehmers.³⁷ Deshalb ist die durchschnittliche Vergütung vergleichbar beschäftigten Stammpersonals, das nicht neueingestellt wurde, als Vergleichsgröße untauglich.³⁸

Nun läge es nahe, hier die tatsächlich dem Leiharbeitnehmer in diesem konkreten Einsatz vom Verleiher gewährten Leistungen und Arbeitsbedingungen **insgesamt** zu bewerten und zum Vergleich heranzuziehen. Der Ausgleich zwischen der vorgeschriebenen „Gleichbehandlung“ und der zu geringen tariflichen Vergütung samt Nebenleistungen könnte dann bei Einsatzbefristungen über eine Art „Einsatzzulage“ auf rein arbeitsvertraglicher Grundlage geschehen. Für den Arbeitnehmer wäre das kein Nachteil.

Die Aussage in der EuGH-Entscheidung stellt aber nicht darauf, sondern allein auf die tariflichen Arbeitsbedingungen ab. Es heißt wörtlich:

*„Lassen die Sozialpartner jedoch durch einen Tarifvertrag Ungleichbehandlungen in Bezug auf wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen zum Nachteil von Leiharbeitnehmern zu, muss **dieser Tarifvertrag**, um den Gesamtschutz der betroffenen Leiharbeitnehmer zu achten, ihnen diese Vorteile in Bezug auf wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gewähren, die geeignet sind, ihre Ungleichbehandlung **auszugleichen**.“³⁹*

Dementsprechend ist es nicht möglich, mit einer Kombination aus in der konkreten Situation verschlechternden tariflichen Arbeitsbedingungen und einzelvertraglichen Zulagen ohne tarifliche Grundlage insgesamt wirtschaftlich mindestens gleichwertige Arbeitsbedingungen zu gewähren – und den Tarifvertrag für diesen Einzelfall „zu retten“.

Der Tarifvertrag muss nach dem Wortlaut der Entscheidung, um im Einzelfall rechtlich wirksam zu sein, den **Nachteilsausgleich selbst regeln**, wenn er bei wesentlichen Arbeitsbedingungen von der Gleichbehandlung nach unten abweicht.⁴⁰

Das ist auch keine Verletzung der Tarifautonomie. Denn die Idee einer Richtigkeitsgewähr oder die Annahme einer Einschätzungsprärogative für die tarifliche Regelung gehen bei den Einsatzbefristungen an der Wirklichkeit vorbei. Es gibt schlicht und einfach auf der einen Seite die angeordnete Gleichbehandlung für die Dauer der

³⁷ Schüren/Hamann AÜG § 8 Rn. 38.

³⁸ BeckOK ArbR/Bayreuther TzBfG § 4 Rn. 8 „alle Arbeitnehmer, die gleich lang im Betrieb beschäftigt sind“.

³⁹ EuGH 15.12.2022 – C-311/21, Rn 44.

⁴⁰ Sehr klar: Däubler, NZA 2023, 73,74.

Überlassung (und die Dauer des Leiharbeitsverhältnisses!) und die daraus resultierenden, vollständig messbaren und vorab festliegenden Ansprüche des überlassenen Arbeitnehmers. Und auf der anderen Seite gibt es die tariflichen Regelungen über Entgelt und andere wesentliche Arbeitsbedingungen. Sie müssen als Paket gleich viel (oder mehr) „wiegen“.

„Wiegt“ das tarifliche Paket weniger, dann wird der vorgesehene Gesamtschutz nicht erreicht. Die Tarifregelung ist **für dieses eine** einsatzbefristete Arbeitsverhältnis unwirksam.

Für einsatzbefristete Leiharbeitsverhältnisse bedeutet das im Regelfall der tariflichen Verschlechterung ohne volle tarifliche Kompensation, die Unwirksamkeit der tariflichen Arbeitsbedingungen. Sie können dann den gesetzlichen Anspruch auf Gleichbehandlung bei den wesentlichen Arbeitsbedingungen nicht verdrängen, weil es für die tarifliche Verschlechterung beim Entgelt **keine tarifliche Kompensation** während der Dauer der Einsatzbefristung gibt.

Es trifft aktuell nur für die Einsatzbefristeten zu, was *Däubler* schreibt – für die anderen Leiharbeitsverhältnisse stimmt die Aussage nicht:

„In praktisch allen Fällen, in denen die heutigen Leiharbeitstarife angewandt werden, können sie den Gleichstellungsgrundsatz des § 8 Abs. 1 AÜG nicht verdrängen, weil nicht für die Wahrung des Gesamtschutzes gesorgt ist. Allerdings sind insbesondere in nicht tariflich erschlossenen Betrieben Fälle denkbar, in denen auf arbeitsvertraglicher Grundlage so bescheidene Löhne und Arbeitsbedingungen vereinbart sind, dass sie den Leiharbeitstarifen entsprechen oder sogar hinter diesen zurückbleiben. In solchen (extrem seltenen) Fällen bleiben die Leiharbeitstarife wirksam.“⁴¹

In dieser Situation – bei Unwirksamkeit der tariflichen Regelung im Einzelfall - ist dann die Vergütung des Leiharbeitnehmers nach den Kriterien des § 8 Abs. 1 AÜG zu bemessen. Es greift der gesetzliche Gleichbehandlungsgrundsatz für Überlassungen ohne tariflich geregelte Arbeitsbedingungen.

Im Einzelfall können die Leistungen des Verleihers auf der Grundlage des hier nicht wirksamen Tarifvertrags **und** der zusätzlichen arbeitsvertraglichen Leistungen den Anforderungen des § 8 Abs. 1 AÜG genügen. Dann bleibt die Unwirksamkeit der tariflichen Regelung ohne gewichtige arbeits- und sozialrechtliche Folgen.

3. Vermutung der Gleichbehandlung gem. § 8 Abs. 1 S. 2 AÜG

Soweit eine (unwirksame) verschlechternde Tarifregelung und die vom Verleiher gezahlte Zulage so hoch ausfallen, dass sie dem tariflichen Lohnniveau der Einsatzbranche entsprechen, wird Gleichbehandlung kraft Gesetzes vermutet. Das folgt aus § 8 Abs. 1 S. 2 AÜG. Die Vorschrift kann hier eine praktische Rolle spielen, weil der Arbeitnehmer, der Nachforderungen geltend macht, nur darlegen muss, dass sein gezahlter Lohn geringer war als der für den Einsatzbetrieb maßgebliche Tariflohn.⁴²

⁴¹ Ebd. S. 77.

⁴² Ausf. Schüren/Hamann, AÜG, § 8 Rn. 76ff.; Bayreuther, NZA 2017, 18, 21.

Angesichts dessen sollte überlegt werden, abweichend vom Wortlaut der EuGH-Entscheidung aber unter Beachtung der Zielvorgaben die tarifliche Regelung der Arbeitsbedingungen auch bei Einsatzbefristungen zu akzeptieren, wenn die Vergütung mit einer tariflich geregelten „**Einsatzbefristungszulage**“ dem branchenüblichen Tariflohn der Einsatzbranche entspricht. Diese Zulage könnte und sollte tariflich geregelt werden. Das könnte dann wieder den Anforderungen der Richtlinie entsprechen. Alternativ könnte für die Überlassung an nicht tarifgebundene Entleiher eine Einsatzzulage tariflich bestimmt werden, die am Lohn vergleichbaren Stammpersonals ausgerichtet ist.

Das würde die Abwicklung solcher einsatzbefristeten Arbeitsverhältnisse in der Praxis erleichtern und den Schutz der Arbeitnehmer verbessern. Der Schutz wäre deshalb besser, weil eine einfache regelkonforme Vertragsgestaltung die Wahrscheinlichkeit von Umgehungskonstruktionen verringern würde. Solange es die Möglichkeit von Einsatzbefristungen über § 14 Abs. 2 TzBfG⁴³ gibt, wäre das sinnvoll.⁴⁴

III. Unbefristete Leiharbeitsverhältnisse

„Auf Arbeitgeberseite ist das Risiko fehlender Einsatzmöglichkeiten bei Fortzahlung des vertraglich vereinbarten Arbeitsentgelts zu berücksichtigen, das in dieser Form in anderen Arbeitsverhältnissen nicht besteht.“ BAG (2004)⁴⁵

Von Anfang an war das Leitbild der Zeitarbeit in Deutschland ein unbefristetes Leiharbeitsverhältnis und darin eingebettet die Überlassung an eine lange Reihe von Entleihern. Bei einer Höchstüberlassungsdauer von nur drei Monaten (1972 bis 1985), war bei einer Dauerbeschäftigung als Leiharbeiter ein häufiger Wechsel unvermeidlich.⁴⁶ Dieses Modell wurde vom Gesetzgeber anfänglich sehr streng vorgegeben, zwischen 1985 und 2002 Schritt für Schritt gelockert und zwischen 2002 und 2011 praktisch völlig „freigegeben“. ⁴⁷ Danach wurde die Überlassungsdauer wieder beschränkt und 2017 sogar mit harten Sanktionen limitiert.

Vor 2002 gab es keine verbreitete tarifliche Regelung der Vergütung von Leiharbeitnehmern. Die Branche hatte ein eigenständiges, nur arbeitsvertraglich geregeltes Lohnniveau.⁴⁸

⁴³ BAG 18. 10. 2006 - 7 AZR 145/06, NZA 2007, 443, 445; Schüren/Hamann, AÜG, Einl. Rn. 268ff.

⁴⁴ Praktisch der gleiche Vorschlag findet sich bereits bei *Behrend* (heute: *Riederer v. Paar*), NZA 2002, 372 zur Verbesserung der Handhabbarkeit des ersten Gleichbehandlungsgebots im sog. Job-AQTIV Gesetz für Überlassungen von mehr als 12 Monaten.

⁴⁵ BAG 24.3.2004 - 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971, 973.

⁴⁶ Schüren, AÜG, 1. Aufl. 1994, § 3 Rn. 162f.

⁴⁷ Schüren, AÜG, 2. Aufl. 2003, § 1 Rn. 633; Lembke, BB 2003, 98, 104.

⁴⁸ Vgl. Schüren, AÜG, 1. Aufl. 1994, Einl. Rn. 167 u. 253 ff. Ein angenäherter Anspruch auf Gleichbehandlung mit dem Stammpersonal wurde als wirkliche Rarität nur im rheinisch-westfälischen Bergbau in Form einer tariflichen Verpflichtung der Entleiher festgelegt. Sie sollten nur Personal von Verleihern einsetzen, die ihren Leiharbeitnehmern eine Vergütung auf Tarifniveau des Einsatzunternehmens gewährten (Rn. 256)

Nach 2002 bestimmten tarifliche Regelungen die Vergütung und die sonstigen Arbeitsbedingungen der Zeitarbeit. Ab 2010 waren nur noch die DGB-Gewerkschaften Tarifpartner der Arbeitgeberverbände der Branche. Das aktuelle Niveau der Tarifabschlüsse ist viel höher als in den Anfangsjahren nach 2002.⁴⁹

1. Regelungsaufgabe der Tarifabschlüsse im Unterschied zur gesetzlichen Gleichbehandlung

„15. Unbefristete Arbeitsverträge sind die übliche Form des Beschäftigungsverhältnisses. Im Falle von Arbeitnehmern, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen geschlossen haben, sollte angesichts des hierdurch gegebenen besonderen Schutzes die Möglichkeit vorgesehen werden, von den im entleihenden Unternehmen geltenden Regeln abzuweichen.“ Erwägungsgrund der Leiharbeitsrichtlinie⁵⁰

Der Anspruch auf Gleichbehandlung, der im Gesetz geregelt ist, passt inhaltlich (und wirtschaftlich) zur Einsatzbefristung des Leiharbeitsverhältnisses. Er ist hingegen ungeeignet ein unbefristetes Leiharbeitsverhältnis mit Einsätzen bei verschiedenen Entleihern in verschiedenen Branchen und mit Nichteinsatzzeiten handhabbar zu regeln.⁵¹

Man denke z.B. an den Jahresurlaub eines Zeitarbeitnehmers, der im Kalenderjahr bei vier verschiedenen Entleihern arbeitet, die für ihre vergleichbar befristet Beschäftigten zwischen vier und fünf Wochen Urlaub vorsehen, wobei einer vielleicht sogar noch ein Urlaubsgeld gewährt.⁵² Der Jahresurlaub wird aber typischerweise länger, wenn das Arbeitsverhältnis des Zeitarbeitnehmers beim Verleiher länger dauert – Anknüpfungspunkt ist sinnvoller Weise nicht die einzelne Überlassung. Der IGZ MTV sieht ab dem vierten Jahr einen Urlaub von 30 Tagen vor. Eine Gleichbehandlung mit den Neueingestellten im Einsatzbetrieb würde den Leiharbeitnehmer also in vielen Fällen erheblich schlechter stellen als der Leiharbeitsvertrag es vorsieht.

Bei einer tariflichen Regelung der Zeitarbeit müssen im Manteltarifvertrag Regelungen festgeschrieben werden, die **ein länger dauerndes Arbeitsverhältnis** und eine Reihe von Arbeitseinsätzen in verschiedenen Branchen mit unterschiedlichen Arbeitszeitsystemen und Wochenarbeitszeiten abdecken. Es muss in den Entgelt- und Entgeltrahmentarifverträgen ein akzeptables, marktgerechtes und auskömmliches **Basislohniveau** für die unterschiedlichen Qualifikationen bestimmt werden, **das immer mindestens bezahlt wird** und es muss Branchenzuschläge geben, die die Bewertung der Arbeit in den verschiedenen Branchen abbilden. Zugleich müssen die

⁴⁹ Aktuelle Tarifbroschüre; vgl auch <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/finanzen/leiharbeit-beschaeftigung-lohn-101.html>.

⁵⁰ RICHTLINIE 2008/104/EG

⁵¹ Schüren/Hamann AÜG § 8 Rn. 20;

⁵² Boemke/Lembke/Lembke § 9 Rn. 156.

Tarifpartner das Beschäftigungsrisiko der Verleihunternehmen marktgerecht bewerten und „einpreisen“.

Bereits 2005 hat das BVerfG⁵³ hier trotz der Auffangregelung „Gleichbehandlung“ bei fehlender tariflicher Regelung einen akzeptablen Gestaltungsspielraum für die Tarifautonomie gesehen.

Inzwischen gibt der deutsche Gesetzgeber insbesondere in § 8 Abs. 4 AÜG einen Regelungsrahmen vor, der sogar das von den Tarifpartnern entwickelte Modell der Branchenzuschläge einbezieht und spürbar „fördert“. Diese **Untergrenzen** reichen tief in den Inhalt der tariflichen Arbeitsbedingungen hinein. Der Gesetzgeber macht in dieser Branche stärker als in allen anderen Branchen den Tarifpartnern Vorgaben, die eigentlich nicht gut zum Vertrauen in die Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen passen. Indessen sind das nur Begrenzungen nach unten, die den Gesamtschutz der Leiharbeiter absichern. Sie spielen für diesen Beitrag nur insoweit eine Rolle, als sie die Richtigkeitsgewähr⁵⁴ der tariflichen Regelungen nicht verschlechtern, sondern sie verbessern, weil sie auf einen hinreichenden Gesamtschutz hinwirken.

Die Richtlinie geht wohl von der Alternativität gesetzlicher und tariflicher Regelung aus. Das schließt aber eine Kombination beider Regelungssysteme nicht aus, wenn das Gesetz nur Untergrenzen fixiert, und damit angemessene tarifliche Arbeitsbedingungen der Leiharbeiter absichert (aber nicht hindert).⁵⁵

Der Gesetzgeber hatte nach den Erfahrungen mit der Tariföffnung in den ersten 10 Jahren Gründe für die Einziehung von Gestaltungsgrenzen zur Sicherung des Gesamtschutzes. Insoweit gibt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dem Gesetzgeber, der das Ziel des Gesamtschutzes dieser Arbeitnehmer vor Augen hat, einen weiten Gestaltungsspielraum und ihm wird „unter dem Aspekt sozialstaatlich motivierter Maßnahmen eine noch weitergehende Einschätzungsprärogative eingeräumt“.⁵⁶

⁵³ BVerfG 29. 12. 2004 - 1 BvR 2582/03, 1 BvR 2283/03, 1 BvR 2504/03, NZA 2005, 153, 154: „Zwar ist hier die Tarifautonomie in ihrem klassischen Wirkungsfeld, der Regelung der Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts berührt, doch sind die Regelungen nicht übermäßig belastend, weil durch die gesetzliche Tariföffnungsklausel das Betätigungsrecht der Tarifvertragsparteien nicht eingeschränkt wird. Den Verleihunternehmen wird durch die gesetzliche Tariföffnungsklausel gerade ermöglicht, die Arbeitsbedingungen flexibler zu gestalten, falls sie die gesetzliche Regelung als zu starr empfinden sollten. Auch die tatsächliche Entwicklung seit In-Kraft-Treten der angegriffenen Gesetzesvorschriften zeigt, dass die Arbeitsbedingungen in der Leiharbeitsbranche faktisch durchweg durch tarifliche Regelungen und nicht durch die gesetzlichen Vorgaben gestaltet werden.“

⁵⁴ BAG 16.10.2019 - 4 AZR 66/18, Rn. 23, NZA 2020, 260, 263f.: „Die mögliche Abweichung durch Tarifverträge beruht auf der Erwägung, dass tarifvertragliche Regelungen eine hinreichende Gewähr für eine angemessene Berücksichtigung auch der Interessen der Arbeitnehmer bieten, da grundsätzlich von der Parität der Vertragspartner ausgegangen werden kann.“

⁵⁵ In Art. 2 („Ziel“) der Richtlinie heißt es: „Ziel dieser Richtlinie ist es, für den Schutz der Leiharbeiter zu sorgen und die Qualität der Leiharbeit zu verbessern, indem die Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Leiharbeitnehmern gem. Art. 5 gesichert wird und die Leiharbeitsunternehmen als Arbeitgeber anerkannt werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein angemessener Rahmen für den Einsatz von Leiharbeit festgelegt werden muss, um wirksam zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Entwicklung flexibler Arbeitsformen beizutragen.“

⁵⁶ Mit ausf. Nachw. Treber, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 195, Rn. 9.

2. Anforderungen der Richtlinie an die Arbeitsbedingungen in unbefristeten Zeitarbeitsverträgen

Die Richtlinie enthält Aussagen zu den Anforderungen an gesetzliche und tarifliche Arbeitsbedingungen für unbefristete Zeitarbeitsverträge die eine Fortzahlung der Vergütung in Nichteinsatzzeiten vorsehen.⁵⁷ Hier soll davon ausgegangen werden, dass die staatliche Rechtsordnung gesetzliche und tarifliche Regelungen kombinieren kann, wenn die gesetzliche Regelung nicht die Tarifpartner so einengt, dass sie die Zielvorgaben der Richtlinie nicht mehr eigenständig umsetzen können. Eine Deckelung tariflicher Ansprüche wäre also unzulässig; eine Begrenzung nach unten ist unproblematisch!

Zentral ist die Aussage der Richtlinie nach der Auslegung des EuGHs, dass dann, wenn eine durchgehende Vergütung im unbefristeten Arbeitsverhältnis sichergestellt ist, auch eine Abweichung nach unten in Bezug auf die Vergütung der Einsatzzeiten und auf die anderen Arbeitsbedingungen möglich ist.

Den Vorgaben folgend formuliert der EuGH selbst Anforderungen an solche Arbeitsbedingungen:

„Artikel 5 Absatz III RL 2008/104 erlaubt vorbehaltlich dieses Gesamtschutzes mithin den Abschluss eines vom Grundsatz der Gleichbehandlung in Bezug auf alle Leiharbeiter abweichenden Tarifvertrags, ohne danach zu unterscheiden, ob ihr Arbeitsvertrag mit einem Leiharbeitsunternehmen befristet oder unbefristet ist. In einem solchen Fall lässt sich darüber hinaus nicht ausschließen, dass die Entgeltfortzahlung in der Zeit zwischen den Überlassungen – sei es aufgrund eines unbefristeten oder befristeten Vertrags – bei der Beurteilung dieses Gesamtschutzes berücksichtigt werden kann. Allerdings muss den Leiharbeitnehmern mit einem befristeten Vertrag ein erheblicher Vorteil gewährt werden, der den Unterschied des Arbeitsentgelts, den sie während der Überlassung gegenüber einem vergleichbaren Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens hinnehmen müssen, ausgleichen kann.“

Da der EuGH eigentlich ein befristetes Arbeitsverhältnis zu beurteilen hatte, müssen die Aussagen auf ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit bezahlten Zwischenzeiten übertragen werden: Dort sind Abweichungen nach unten möglich. Weil die Tarifpartner aber einen Sachverhalt regeln, der nicht genau vorhersehbar ist, sondern nur von ihnen eingeschätzt werden kann, kommt ihnen eine **Einschätzungsprärogative** zu.

Aus dem letzten Satz folgt im Umkehrschluss, dass die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen erheblich ein darf, wenn sie durch die Zusage der Finanzierung der einsatzlosen Zeiten kompensiert wird.

⁵⁷ RL 2008/104/EG Art. 5 II „In Bezug auf das Arbeitsentgelt können die Mitgliedstaaten nach Anhörung der Sozialpartner die Möglichkeit vorsehen, dass vom Grundsatz des Absatzes 1 abgewichen wird, wenn Leiharbeiter, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden.“

Angesichts dieser Bewertung gibt es keinen Grund, die Tarifpraxis, die im von § 8 Abs. 4 AÜG vorgegebenen Rahmen unbefristete Leiharbeitsverhältnisse mit bezahlten Nichteinsatzzeiten regelt, als unwirksam anzusehen.

Dabei ist zu gewichten, dass die Absenkung bei längeren Überlassungszeiten gem. § 8 Abs. 4 AÜG zwingend entfällt. Es gibt also schon durch den gesetzlichen Rahmen keine „Übersicherung“ zum Vorteil des Verleihers und auf Kosten des Gesamtschutzes und damit zum Nachteil des einzelnen Leiharbeitnehmers.

Es sind auch keine sonstigen Umstände erkennbar, die den Gestaltungsrahmen der Tarifpartner unter dem Aspekt des Gesamtschutzes übermäßig einschränken. Damit ist das aktuelle, gesetzlich unterfütterte Tarifsysteem für unbefristete Leiharbeitsverhältnisse in Deutschland richtlinienkonform.

IV. Gleichbehandlung bei faktischer Einsatzbefristung

1. Befristetes Leiharbeitsverhältnis ohne Synchronisation

Gewöhnlich knüpfen Befristungen an einen zeitlich begrenzten Bedarf des Arbeitsgebers an. Bei der sachgrundlosen Befristung ist das nicht Voraussetzung. Solange es in Deutschland noch für alle Branchen die sachgrundlose Befristung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG gibt, sind Leiharbeitsverhältnisse möglich, die befristet sind, aber voraussichtlich mehrere Einsätze überdauern werden und bei denen Nichteinsatzzeiten zu erwarten sind. Bei solchen Arbeitsverhältnissen ist die Risikolage nicht anders als bei unbefristeten Leiharbeitsverhältnissen.⁵⁸

Trotzdem klingt in der Entscheidung des EuGH ein grundlegender Zweifel an der Rechtfertigung von Absenkungen durch Tarifvertrag bei befristeten Arbeitsverhältnissen an, auch wenn hier Nichteinsatzzeiten möglich sind.⁵⁹

Es spricht aber viel dafür, dass der EuGH den Fall eines **erwartbar mehrere Überlassungen überdauernden befristeten Leiharbeitsverhältnisses** mit der realen Möglichkeit von Nichteinsatzzeiten hier nicht gemeint hat.

⁵⁸ Darauf weisen hin: Bissels/Singraven, DB 2023, 327, 332.

⁵⁹ EuGH 15.12.2022 – C-311/21, aaO. Rn. 56.: „Artikel 5 Absatz III RL 2008/104 erlaubt vorbehaltlich dieses Gesamtschutzes mithin den Abschluss eines vom Grundsatz der Gleichbehandlung in Bezug auf alle Leiharbeitnehmer abweichenden Tarifvertrags, ohne danach zu unterscheiden, ob ihr Arbeitsvertrag mit einem Leiharbeitsunternehmen befristet oder unbefristet ist. In einem solchen Fall lässt sich darüber hinaus nicht ausschließen, dass die Entgeltfortzahlung in der Zeit zwischen den Überlassungen – sei es aufgrund eines unbefristeten oder befristeten Vertrags – bei der Beurteilung dieses Gesamtschutzes berücksichtigt werden kann. **Allerdings muss den Leiharbeitnehmern mit einem befristeten Vertrag ein erheblicher Vorteil gewährt werden, der den Unterschied des Arbeitsentgelts, den sie während der Überlassung gegenüber einem vergleichbaren Arbeitnehmer des entleihenden Unternehmens hinnehmen müssen, ausgleichen kann.**“

Ein solches Risiko besteht nicht nur bei einer Erstüberlassung, die viel kürzer befristet ist als das Leiharbeitsverhältnis. Es ist auch bei einem unbefristeten Überlassungsverhältnis möglich, das vom Entleiher frei gekündigt werden kann, und bei dem die hohe Wahrscheinlichkeit einer Einsatzdauer besteht, die deutlich kürzer als die Befristung des Leiharbeitsverhältnisses ist.

Schwierig sind die Fälle, in denen sich diese **Prognose** des Verleihers in der Rückschau nicht bestätigt. Es wäre dann Sache des Verleihers, die Begründetheit seiner Prognose zu beweisen – diese Problematik ist aus dem Befristungsrecht bekannt.⁶⁰

Ohne die Wahrscheinlichkeit von Nichteinsatzzeiten verlangt ein befristetes Leiharbeitsverhältnis die Gleichbehandlung.

2. Vorzeitiges Einsatzende im einsatzbefristeten Leiharbeitsverhältnis

Wenn ein Leiharbeitsverhältnis gem. § 14 Abs. 2 TzBfG z.B. auf 18 Monate befristet wird, um einen geplanten 18-monatigen Einsatz bei einem Entleiher abzudecken, liegt eine Einsatzbefristung vor. Die verlangt die volle Gleichbehandlung. Wird die Überlassung durch den Entleiher aber beispielsweise bereits nach 3 Monaten beendet, verwandelt sich das Leiharbeitsverhältnis ab dann in ein befristetes Leiharbeitsverhältnis ohne Synchronisation. Ab dann können die Tarifverträge für unbefristete Leiharbeitsverhältnisse für die restlichen 15 Monate angewendet werden. Freilich nur, wenn nun mehrere Einsätze mit Nichteinsatzzeiten wahrscheinlich sind.

Dass der Entleiher die geplante, und vom Verleiher so erwartete lange Überlassung vorzeitig beendet hat, geht als Prognoserisiko ausschließlich zu Lasten des Verleihers.

3. Überlassung aus einem Mischbetrieb

Bei der Überlassung aus einem Mischbetrieb ist die Anwendung der Leiharbeitstarife nicht zulässig. Ich kann hier auf meine Ausführungen im AÜG-Kommentar von 2022 verweisen:

„Kein aktueller Leiharbeitstarifvertrag regelt die Arbeitsleistung für den eigenen Arbeitgeber. In den Flächentarifverträgen sind die Zeiten, in denen die Leiharbeitnehmer nicht ausgeliehen werden, als bezahlte Nichteinsatzzeiten „eingepreist“. Dieses eingepreiste wirtschaftliche Risiko von Nichteinsatzzeiten wird es im Mischbetrieb kaum geben.“⁶¹

Wenn man es auf den Punkt bringt bedeutet das für Mischbetriebe, dass angesichts des Fehlens von unproduktiven verleihfreien Zeiten, die Regeln des EuGH für die Einsatzbefristung gelten müssen. Das bedeutet Gleichbehandlung.

⁶⁰ Z.B. BAG 12.09.1996 - 7 AZR 790/95, NZA 1997, 313, 315.

⁶¹ Schüren/Hamann AÜG § 8 Rn. 114ff., 119.

4. Überlassung aus dem Ausland

Auch insoweit kann ich auf meine Ausführungen aus der aktuellen Kommentierung verweisen:

„Ein Tarifwerk, das nach seinem räumlichen Geltungsbereich auf das deutsche Staatsgebiet begrenzt ist, kann nicht als Vergütungsregelung für aus dem Ausland vorübergehend entsandte Leiharbeitnehmer genutzt werden, wenn deren Arbeitsverhältnis sich ansonsten nach dem heimischen Recht richtet. Die Gegenauffassung der BA (FW AÜG 8.5 Nr. 10; ebenso Ulrici § 8 Rn. 59; BeckOK ArbR/Motz AÜG § 8 Rn. 74) übersieht, dass die Geltung des heimischen Arbeitsrechts bei Ausländern, die vorübergehend in Deutschland tätig sind, nur dann durchbrochen werden kann, wenn zwingende Regelungen des deutschen Arbeitsrechts sonst unterlaufen werden. Die Gleichbehandlung ist aber nach der für alle EU-Staaten geltenden RL die Regel und es ist Sache der Einzelstaaten, ob und in welchen Grenzen sie eine tarifliche Abweichung „nach unten“ davon gestatten. Ein ausländischer Verleiher kann seinen heimischen [richtlinienkonformen] Tarifvertrag nutzen, wenn die eigene Rechtsordnung dies zulässt und dieser Tarifvertrag auch die Arbeitsleistung im Ausland regelt. Ein deutscher Tarifvertrag wäre nur dann nutzbar, wenn die heimische Rechtsordnung des Verleihers ihm gestattet, von der Gleichbehandlung abzuweichen und dazu nicht nur heimische, sondern für ihn ausländische Tarifverträge für die Arbeitnehmerüberlassung ins Ausland zu nutzen. Eine solche gesetzliche Regelung ist aus keinem EU-Land bekannt. Wenn der ausländische Verleiher einen Betrieb in Deutschland hat und seine Arbeitnehmer nach deutschem Arbeitsrecht legal beschäftigt, kann er selbstverständlich die Anwendung einschlägiger deutscher Leiharbeitstarifverträge vereinbaren (BeckOK ArbR/Motz AÜG § 8 Rn. 74).“⁶²

Die Konsequenz dieser Beschränkung ist, dass im Regelfall ausländische Verleiher, die gewöhnlich aus dem EU-Ausland kommen, richtlinienkonform den gleichen Lohn zahlen und die gleichen Arbeitsbedingungen gewähren müssen, den die Mitarbeiter des Entleihers erhalten. Dieser faktische Wettbewerbsnachteil ist nicht die Folge des deutschen Arbeitsrechts, sondern folgt aus der heimischen Regelung. Auch ein deutscher Arbeitnehmer, der vorübergehend ins Ausland überlassen wird, verliert nicht deshalb die für ihn günstigen Arbeitsbedingungen des Heimatrechts, weil im Einsatzstaat weniger günstige Arbeitsbedingungen möglich sind.“

Stets ist zu beachten, dass eine Abweichung von der strengen Gleichbehandlung überhaupt nur möglich ist, wenn das ausländische Leiharbeitsverhältnis dem Verleiher das Risiko der Bezahlung von Nichteinsatzzeiten auferlegt. Das ist wohl selten.

5. Faktische Einsatzbefristung durch Probezeitkündigung

Das AÜG hatte anfänglich weitreichende Regelungen um eine Synchronisation mit Hilfe des Kündigungsrechts zu verhindern.⁶³ Inzwischen gibt es nur noch den gewöhnlichen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz, der freilich eine

⁶² Schüren/Hamann AÜG § 8 Rn. 112f.; a.A. ohne Auseinandersetzung mit der Leiharbeitsrichtlinie: HK-AÜG/Ulrici AÜG § 8 Rn. 59.

⁶³ Schüren, FS Kissel, 1994, S. 1037, 1047ff.

Umgehung der Vergütung von Nichteinsatzzeiten verhindert.⁶⁴ In den ersten sechs Monaten eines Leiharbeitsverhältnisses wäre es theoretisch immer noch möglich, zum Ende eines Einsatzes zu kündigen, um die Bezahlung von Nichteinsatzzeiten zu verhindern.

Mir erscheint es nicht vertretbar, hier eine Unwirksamkeit der Tarifregelung anzunehmen, weil nur in der Rückschau die wirtschaftlichen Umstände einer Einsatzbefristung vorliegen.

Die gesetzliche Unwirksamkeit von Abreden zur Umgehung der Pflicht zur Vergütung von Nichteinsatzzeiten ist hier auch nicht unmittelbar anwendbar. Sie ist auf die Sondersituation vertraglicher Abreden gem. § 11 Abs. 4 S. 2 Hs. 1 AÜG beschränkt.⁶⁵ Doch lässt sich vertreten, eine analoge Anwendung des Verbots vertraglicher Abreden zur Umgehung auf Gestaltungsrechte zu erstrecken.⁶⁶ Hier besteht eine planwidrige Regelungslücke. Dann wäre eine Kündigung in der Probezeit, die allein der Vermeidung der Vergütungspflicht für Nichteinsatzzeiten dient, unwirksam. Auf diese Weise würde der Schutz des Leiharbeitnehmers gewährleistet, ohne in die Tarifautonomie einzugreifen oder die Bewertungen der Richtlinie und des EuGHs zu unterlaufen. Weil die Kündigung unwirksam ist, gerät der Arbeitgeber auch ohne ein ausdrückliches Arbeitsangebot des „entlassenen“ Leiharbeitnehmers in Annahmeverzug.⁶⁷ Er bleibt zur Lohnzahlung für die Nichteinsatzzeit verpflichtet. Lässt der Arbeitnehmer die Drei-Wochen-Frist der §§ 3, 4 KSchG verstreichen, dann wird auch diese Kündigung gem. § 7 KSchG wirksam.

V. Zusammenfassung

Die aktuellen Tarifverträge der Zeitarbeit können ohne Einschränkung nur für unbefristete Leiharbeitsverhältnisse angewandt werden. Die langfristige Bindung an den Verleiher mit der Absicherung von Nichteinsatzzeiten rechtfertigt eine gesetzlich begrenzte Absenkung der Vergütung im Vergleich zum Personal des Entleihers.

Einsatzbefristete Leiharbeitsverhältnisse können mit den aktuellen Tarifverträgen nicht rechtlich haltbar durchgeführt werden. Hier könnte über eine tarifliche Einsatzzulage einfach Abhilfe geschaffen werden.

Befristungen gem. § 14 Abs. 2 TzBfG können ausnahmsweise mit den aktuellen Tarifverträgen durchgeführt werden, wenn mit Sicherheit keine Einsatzbefristung vorliegt und in erheblichem Umfang Nichteinsatzzeiten möglich sind.

⁶⁴ Bayreuther, NZA 2016, 1304ff. m.w. Nachw.

⁶⁵ Schüren/Hamann, AÜG § 11 Rn. 114.; HK-AÜG/Ulrici AÜG § 11 Rn. 68.

⁶⁶ So schon *Ulber*, Arbeitnehmer in Zeitarbeitsfirmen, 2. Aufl. 2004, S. 205.

⁶⁷ BAG 22. 2. 2012 – 5 AZR 249/11, Rn. 14, NZA 2012, 859.

Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland kann nicht auf der Grundlage der deutschen Leiharbeitstarife durchgeführt werden. Arbeitnehmerüberlassung aus Mischbetrieben ist wegen des fehlenden Risikos von Nichteinsatzzeiten ebenfalls nicht auf der Grundlage der Leiharbeitstarife möglich.

Die Kündigung von Leiharbeitsverhältnissen in der Probezeit zum Ende des Ersteinsetzes mit dem Ziel der Umgehung der Vergütungspflicht für Nichteinsatzzeiten ist in analoger Anwendung von § 11 Abs. 4 S. 2 AÜG unwirksam.