



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 14/2016 Juni 2016

zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze (BR-Drucks. 294/16 v. 02.06.2016)

Mitglieder des Ausschusses Arbeitsrecht

RA Dr. Georg Jaeger, Vorsitzender
RA Dr. Ulrich Boudon
RA Dr. Hermann Heinrich Haas
RAin Angela Leschnig
RA Igor Münter
RA Dr. Peter Rambach
RA Dr. Thomas Weckbach
RA Ralph Stichler
RA Marc André Gimmy
RA Dr. Stefan Sasse
RAin Dr. Gerlind Wisskirchen
RAin Dr. Anja Mengel, LL.M., Berichterstatterin

RAin Julia von Seltmann, BRAK Berlin
RAin Jennifer Witte, BRAK Berlin

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 -11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

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

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 164.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Vorbemerkung

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) nimmt wie folgt Stellung zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 02.06.2016 – nachfolgend Regierungsentwurf:

Die Stellungnahme beschränkt sich erstens auf verfassungsrechtliche Aspekte und zweitens dabei auch auf die Aspekte, die für die BRAK am Wesentlichsten sind.

A. Zusammenfassung

Die BRAK hat erhebliche Bedenken zur Verfassungsmäßigkeit des Regierungsentwurfs aus folgenden zusammengefassten Gründen:

1.

Die Begrenzung der Überlassungsdauer auf (grundsätzlich) höchstens 18 Monate erscheint verfassungswidrig, erstens weil diese Maßnahme des Gesetzgebers gemessen an den gesetzgeberischen Zielen (Schutz der überlassenen Arbeitnehmer oder der „Stammbelegschaft“) bereits ungeeignet ist, zweitens ist die Maßnahme aber auch nicht erforderlich und unverhältnismäßig und greift deshalb verfassungswidrig in die Grundrechte der unternehmerischen Freiheiten ein.

2.

Die für die Höchstüberlassungsgrenze vorgesehene Öffnungsklausel erscheint ebenfalls verfassungswidrig in der aktuellen Fassung. Denn die Öffnungsklausel ist nach den bisherigen arbeitsrechtlichen Regeln bereits untauglich, weil die Arbeitsverhältnisse der Zeitarbeiter von Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen der Entleiherbranche bzw. Kunden nicht erfasst werden können. Unabhängig davon verstößt die Öffnungsklausel deshalb gegen Grundrechte, weil sie die Tarifpartner der Zeitarbeit von der Tariföffnung ausschließt und außerdem auch die verschiedenen Gruppen der Kundenbetriebe ungerechtfertigt ungleich behandelt.

3.

Die strikte und ausnahmslose Vorgabe von Equal Pay nach spätestens fünfzehn Monaten Überlassung an einen Entleiher/Kunden erscheint verfassungswidrig, weil sie gemessen an den gesetzgeberischen Zielen ungeeignet, aber zumindest nicht erforderlich, somit unverhältnismäßig ist.

4.

Im Gesamtkonzept des Regierungsentwurfs steht das Equal-Pay-Gebot auch im Widerspruch zu der Regelung der Höchstüberlassungsdauer; auch widersprüchliche Gesetzgebung ist aber verfassungswidrig, zumal bei widersprüchlichen Vorgaben innerhalb eines Gesetzes und gemessen an den selben gesetzgeberischen Zielen.

5.

Erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken bestehen auch im Hinblick auf die im Regierungsentwurf vorgesehenen Sanktionen, insbesondere z. B. wenn bereits ein einmaliger Verstoß gegen die Höchstüberlassungsdauer oder den Equal-Pay-Grundsatz zwingend zum Entzug der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis führen muss und somit für den Personaldienstleister einem Berufsverbot gleichkommt.

6.

Schließlich ist das Verbot des Streikbrechereinsatzes in der vorgesehenen Fassung verfassungswidrig, weil der Staat damit unter Verletzung seiner Neutralitätspflicht überlassene Arbeitnehmer (und die Verleiher-Arbeitgeber) zur faktischen Unterstützung eines Streiks im Entleiher-/Kundenunternehmen zwingt. Soweit auch Arbeitnehmer nicht mehr im bestreikten Betrieb arbeiten dürfen, die bereits vor Beginn des Streiks dorthin überlassen waren, ordnet der Gesetzgeber für sie einen Streikzwang an und verletzt damit massiv ihre Grundrechte.

7.

Sollte das Gesetzesvorhaben trotz der vorstehend dargelegten verfassungsrechtlichen Bedenken weiterverfolgt werden, schlägt die BRAK folgende Änderungen vor:

- die Beschränkung der Überlassungsdauer auf höchstens 18 Monate ganz aufzuheben oder jedenfalls in Übereinstimmung mit dem Befristungsrecht zu verlängern;
- eine Tariföffnungsklausel für alle Branchen zur Höchstüberlassungsdauer vorzusehen und die einzelvertragliche Bezugnahme auf entsprechende Tarifverträge auch für nicht tarifgebundene Arbeitgeber zuzulassen;
- die Sanktionen für Verstöße gegen die Höchstüberlassungshöchstdauer und das Equal-Pay-Gebot verhältnismäßig auszugestalten und nicht für jeden Verstoß bereits ein faktisches Berufsverbot in Form des Entzugs der Überlassungserlaubnis vorzusehen;
- die Regelungen zum Einsatz von Zeitarbeitnehmern bei Streik zu streichen und es bei der geltenden gesetzlichen Regelung zu belassen.

B. Stellungnahme

I. Teilweise Verfassungswidrigkeit des Regierungsentwurfes

Der aktuelle Regierungsentwurf unterliegt aus verschiedenen Gründen verfassungsmäßigen Bedenken:

1. Verfassungswidrigkeit der Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten

Der Regierungsentwurf sieht vor, den Einsatz eines überlassenen Arbeitnehmers in demselben Einsatzunternehmen auf den Zeitraum von maximal 18 Monate zu begrenzen (§ 1 Abs. 1b AÜG-E). Zu begrüßen ist die personenbezogene Ausgestaltung der Höchstgrenze.

Diese Einführung einer Höchstdauer ist jedoch verfassungsrechtlich bedenklich, weil sie einen Eingriff in die unternehmerische Freiheit des Entleihers (Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG) darstellt, der nach

den Maßstäben des Verfassungsrechts und insbesondere der Verhältnismäßigkeit der Gesetzgebung nicht gerechtfertigt ist.

Der bisher an betriebs- und projektbezogene Anforderungen angepasste Einsatz von Zeitarbeit und Arbeitnehmerüberlassung wäre mit der Gesetzesnovelle zur Höchstüberlassungsdauer nicht mehr in demselben Maße möglich. Dadurch würden viele Zeitarbeitsunternehmen und auch viele Zeitarbeiter, insbesondere im Rahmen hochqualifizierter und gut vergüteter Überlassung, in ihrer beruflichen und unternehmerischen Betätigung eingeschränkt.

Zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes, das in Grundrechtspositionen in solcher Weise eingreift, muss anhand des vom Gesetzgeber vorgegeben (legitimen) Ziels untersucht werden, ob die gesetzgeberische Maßnahme geeignet, erforderlich und im engeren Sinne verhältnismäßig ist. Das Bundesverfassungsgericht hat für die Verhältnismäßigkeitsprüfung in jüngerer Zeit den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Gesetzgebung betont.

Diesen Anforderungen genügt der Regierungsentwurf nicht, insbesondere steht er gemessen an seinen Zielen im Widerspruch zu anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen. Im Einzelnen:

a) Legitimes Ziel

Als Ziel hat die Begründung zum Regierungsentwurf erklärt, es solle erstens die „Leiharbeit auf ihre Kernfunktionen hin orientiert“ werden, aber die „Möglichkeiten zur Abdeckung von Auftragsspitzen und kurzfristigem Personalbedarfen“ für die Unternehmen erhalten bleiben. Zweitens solle „die Stellung der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter gestärkt“, hierbei jedoch „die Arbeitnehmerüberlassung als eines der flexiblen Instrumente des Personaleinsatzes sowie die positiven Beschäftigungswirkungen der Arbeitnehmerüberlassung erhalten bleiben“.

Diese Ziele sind legitim, doch die geplante Höchstgrenze von 18 Monaten eignet sich bereits nicht zur Zielerreichung und sie ist auch nicht im verfassungsrechtlichen Sinne erforderlich.

b) Ungeeignetheit der Höchstüberlassungsdauer

Der Regierungsentwurf nennt mehrere gesetzgeberische Ziele – es ist offensichtlich, dass die (Wiedereinführung einer) Höchstüberlassungsdauer nicht dem Erhalt der Arbeitnehmerüberlassung als flexiblem Instrument des Personaleinsatzes oder der positiven Beschäftigungswirkung dienen soll. Doch die Höchstgrenze ist auch ungeeignet, die Zeitarbeit auf ihre Kernfunktion zurückzuführen oder dem Schutz der überlassenen Arbeitnehmer zu dienen. Denn die durchschnittliche Überlassungsdauer (pro Kunde) liegt nach den bekannten Daten unterhalb der Höchstgrenze, sodass die meisten, kurzfristigen Zeitarbeitsverhältnisse gar nicht erfasst würden. Erfasst würde somit nur die geringe Zahl der Überlassungen, die im Rahmen langfristiger und meist hochwertiger, gut vergüteter Projektarbeiten stattfindet. Dies sind aber in der Praxis solche Überlassungen, die entweder ohnehin oberhalb der Tarifvergütung stattfindet (Expertenüberlassung) oder aufgrund der bestehenden Tarifverträge in der Zeitarbeitsbranche im Bereich der obersten Branchenzuschlagstarife erfolgen, die an die Tarife der Stammebelegschaften angeglichen sind.

Die Höchstüberlassungsdauer würde damit allenfalls wenige und gerade nicht die schutzbedürftigen Zeitarbeiter erreichen, verfassungsrechtlich ist diese Regelung somit gemessen an den gesetzgeberischen Zielen ungeeignet. Dies gilt selbst, wenn das auch erwähnte Ziel des Schutzes der „Stammebelegschaften“ herangezogen wird, weil die personenbezogene Überlassungsgrenze insoweit auch ungeeignet zur Begrenzung des Fremdpersonaleinsatzes für den Betrieb als solchem ist. Zu-

sammen mit der verschärften Equal-Pay-Vorgabe (vgl. dazu unten Ziffer 2.) bewirkt die Höchstgrenze im Gegenteil, dass der Lohnabstand zur Stammebelegschaft regelmäßig erneuert wird.

c) Fehlende Erforderlichkeit der Höchstüberlassungsdauer

Die Höchstgrenze ist auch nicht erforderlich zum Schutz der überlassenen Arbeitnehmer und zur Stärkung ihrer Stellung – sie ist sogar kontraproduktiv hinsichtlich dieser gesetzgeberischen Ziele. Denn gerade im Bereich der kurzfristigen Überlassungen sind die Zeitarbeiter weniger gegen eine Entlassung geschützt als bei langfristiger Überlassung an denselben Kunden. Arbeitsrechtlich befindet sich der Zeitarbeiter bei dem Zeitarbeiter in den ersten sechs Monaten in der Wartezeit zum allgemeinen Kündigungsschutz und kann bei Beendigung der Überlassung daher ohne weiteres in seinem Arbeitsverhältnis beim Verleiher gekündigt werden. Auch in dem Zeitraum vom siebten Monat bis zum 24. Monat ist der Zeitarbeiter bei Beendigung der Überlassung nicht vor einer auftragsbedingten Entlassung durch den Überlasser geschützt, soweit das Arbeitsverhältnis wirksam nach § 14 Abs. 2 TzBfG sachgrundlos befristet ist. Erzwingt der Gesetzgeber mit der Höchstgrenze von 18 Monaten für eine Überlassung nun – in der praxisrelevanten geringen Zahl der Fälle – einen vorzeitigen Abbruch der Überlassung, ist das Arbeitsverhältnis des Zeitarbeitnehmers entsprechend von Beendigung bedroht.

Die weitaus größere Zahl der nur kurzfristig überlassenen Arbeitnehmer kann in ihrer Stellung ohnehin nur durch Mindestvorgaben zur Vergütung (Equal Pay) besser geschützt werden (vgl. dazu unten Ziffer 2.). Insoweit ist aber bereits nach der gesetzgeberischen Konzeption des Regierungsentwurfs selbst, aber auch unter Beachtung der geltenden Tarifwerke der Zeitarbeit, die Höchstgrenze ungeeignet und sogar kontraproduktiv für den Schutz der überlassenen Arbeitnehmer, weil bei jeder neuen Überlassung an einen neuen Kunden zunächst wieder die Ansprüche auf Equal Pay (nach neun Monaten Überlassungsdauer) bzw. die höchsten Branchenzuschläge entfallen.

Soweit es Ziel des Gesetzgebers ist „Dauerüberlassungen“ zu verhindern, sind diese bereits nach der aktuellen Gesetzeslage aufgrund der Auslegung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu dem Begriff „vorübergehend“ in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG unzulässig.

d) Unverhältnismäßigkeit der Höchstüberlassungsdauer

Die Höchstgrenze ist aber nicht nur ungeeignet und nicht erforderlich, sondern auch unverhältnismäßig, weil widersprüchlich zu den anderen gesetzlichen Höchstgrenzen für flexiblen Personaleinsatz und Abdeckung von Auftragsspitzen. Dies zeigt insbesondere der Vergleich mit dem Befristungsrecht, denn nach § 14 Abs. 2 TzBfG ist eine sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses bei Neueinstellung stets für die Dauer von sogar 24 Monaten zulässig. Sachgrundbefristungen sind deutlich länger und auch mehrfach zulässig, insbesondere bei Vertretung, z. B. für die Dauer von Elternzeit, für drei Jahre (§ 14 Abs. 1 TzBfG, § 21 BEEG).

Die Höchstgrenze von nur 18 Monaten für die Arbeitnehmerüberlassung würde daher zu einem Wertungswiderspruch führen, weil ähnliche Sachverhalte – verschiedene Flexibilisierungsinstrumente zur Deckung eines vorübergehenden Personalbedarfs – ohne erkennbaren Grund unterschiedlich geregelt würden. Der Gesetzgeber ist jedoch verfassungsrechtlich verpflichtet, folgerichtig und systemgerecht zu handeln.

Zur Rechtfertigung des mit der Höchststarbeitsdauer verbundenen Eingriffs kann sich der Gesetzgeber auch nicht auf die EU-Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG berufen. Zwar enthält Art. 1 Abs. 1 RL den Begriff „vorübergehend“, doch legt die Richtlinie keine Höchstgrenze fest und es ist ihr auch keine Verpflichtung zur gesetzlichen Vorgabe einer Überlassungshöchstdauer zu entnehmen. Die EU-

Kommission hat dies jüngst in einem Beschwerdeverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen der Nichtsanktionierung einer unbeschränkten Überlassung bestätigt und ausdrücklich erklärt, dass die Richtlinie keine Beschränkung der Dauer der Arbeitnehmerüberlassung an die entleihenden Unternehmen vorsieht. Ferner seien die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, selbst eine Höchstdauer festzulegen, denn es fehle an einer mit der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG vergleichbaren Regelung.

Soweit die Richtlinie eine Regulierung der Zeitarbeit zum Schutz des Allgemeinwohls und zur Verhinderung von Missbrauch erlaubt, liefert sie ebenfalls keine unionsrechtliche Grundlage für eine Überlassungshöchstdauer. Denn dafür wäre der Nachweis erforderlich, dass es gerade durch lange Einsatzzeiten zu einem Missbrauch der Zeitarbeit kommt. Ein solcher Nachweis erscheint jedoch nach den bisherigen Praxisdaten nicht möglich.

Dies wird umso deutlicher, als der Regierungsentwurf selbst – im Rahmen der Tariföffnungsklausel - selbst erstens eine andere Höchstgrenze von 24 Monaten entsprechend dem Befristungsrecht und zweitens für tarifgebundene Entleiher (Kunden) sogar gar keine bestimmte Höchstgrenze für erforderlich hält.

e) Verfassungswidrigkeit der tariflichen Öffnungsklausel

Auch die im Regierungsentwurf vorgesehene tarifliche Öffnungsklausel (§ 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E) kann die Verfassungsmäßigkeit der Höchstüberlassungsgrenze nicht herstellen. Denn erstens zwingt die Öffnungsklausel die Tarifpartner nicht zum Abschluss entsprechender öffnender Tarifverträge, so dass es bei Untätigkeit der Tarifpartner bei der verfassungswidrigen Höchstgrenze verbleibt. Der Gesetzgeber kann jedoch nicht allein dadurch, dass er die Möglichkeit zum Abschluss einer abweichenden tarifvertraglichen Regelung schafft, ein verfassungswidriges Gesetz in ein verfassungsgemäßes verwandeln.

Zweitens ist die Öffnungsklausel ihrerseits arbeitsrechtlich ungeeignet und daher verfassungswidrig. Die Öffnungsklausel soll abweichende Regelungen in Tarifverträgen der Einsatzbranche oder in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen bei Entleihern (Kunden) zulassen (§ 1 Abs. 1b Satz 3 bis 7 AÜG-E).

aa) Ungeeignetheit wegen arbeitsrechtlicher Unanwendbarkeit

Der Regierungsentwurf berücksichtigt dabei jedoch nicht, dass es tarifrechtlich bereits keine (normative) Bindung des Zeitarbeitsverhältnisses an einen Tarifvertrag der Kundenbranche geben kann, weil die Zeitarbeitgeber nicht Mitglieder der Arbeitgeberverbände der Kunden sind, sondern der Arbeitgeberverbände der Zeitarbeitsbranche. Das Zeitarbeitsverhältnis kann daher keiner Tarifbindung an Tarifverträge der Kundenbranche unterliegen. Eine Bindung aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel lässt der Regierungsentwurf dagegen nicht zu.

Daher kann rechtlich allenfalls die Verlängerung der Höchstüberlassung durch Betriebs- oder Dienstvereinbarungen bei Entleihern greifen. Aber auch insoweit ist arbeitsrechtlich nicht erkennbar, wie eine Regelung in einer Betriebsvereinbarung des Entleihers auf das Arbeitsverhältnis des Zeitarbeitnehmers (und sogar den Überlassungsvertrag zwischen Zeitarbeitgeber und Kunde) Anwendung finden soll, denn die Überlassungsdauer ist auch Gegenstand des Überlassungsvertragsverhältnisses und sogar von Bußgeldvorschriften, § 16 Abs. 1 Nr. 1d) AÜG-E). Denn die überlassenen Arbeitnehmer sind als externe Arbeitnehmer keine Mitglieder des Kundenbetriebs, wie auch das Konzept des Regierungsentwurfs zeigt, der den Grundsatz nach § 14 Abs. 1 AÜG zur Zuordnung allein zum Betrieb des Verleihers unverändert lässt. Andernfalls wären auch Spezialregelungen zur Zuständigkeit

des Betriebsrats des Kundenbetriebs oder zum Wahlrecht im Kundenbetrieb (§ 14 Abs. 2 bis 4 AÜG) überflüssig.

Die Inhalte von Betriebsvereinbarungen im Entleiherbetrieb können somit die Arbeitsverhältnisse der überlassenen Arbeitnehmer bereits arbeitsrechtlich nicht erfassen. Die Regelung zur Anhebung der Höchstgrenze kann arbeitsrechtlich auch nicht als Betriebsnorm im Sinne von § 1 Abs. 1 TVG verstanden werden, die nach § 3 Abs. 2 TVG zusätzlich die in einem Betrieb beschäftigten Außenseiter binden würde. Denn eine Betriebsnorm liegt nur vor bei einer Regelung, die unmittelbar die Organisation oder die Gestaltung des Betriebes betrifft und die aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nur einheitlich für alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer ergehen kann.

Die Öffnungsklausel geht somit vollständig ins Leere, falls die neue gesetzliche Regelung nicht in Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung doch als Vorgabe von Betriebsnormen verstanden werden würde.

bb) Grundrechtsverstöße der Öffnungsklausel

Unterstellt, es ergäbe sich ein arbeitsrechtlicher Anwendungsbereich der Öffnungsklausel, so wäre sie doch ihrerseits wegen Verstoßes gegen die positive Koalitionsfreiheit und den Gleichbehandlungsgrundsatz verfassungswidrig.

Denn die Tarifpartner der Zeitarbeitsbranche bleiben nach der Klausel vom Abschluss öffnender Tarifverträge ausgeschlossen und wären dadurch in ihrer positiven Koalitionsfreiheit verletzt. Die positive Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) vermittelt den Tarifvertragsparteien das Recht, durch Vereinbarungen die Arbeitsbedingungen in der eigenen Branche selbst zu gestalten. Dies wird den Tarifpartnern der Zeitarbeit und insbesondere den Arbeitgeberverbänden der Zeitarbeitgeber und Personaldienstleister durch § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E für einen wichtigen Teil der Arbeitsbedingungen ausdrücklich verboten bzw. nicht zugelassen, da dies allein den Arbeitgebern und Arbeitgeberverbänden ihrer Kunden gerade erlaubt wird. Eine Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung ist nicht erkennbar, insbesondere auch nicht gemessen an den gesetzgeberischen Zielen. Es ist auch im Hinblick auf die Bedeutung der Tarifautonomie ein nicht erklärbarer Ausreißer, dass im Wege dieser Öffnungsklausel die Kunden in der Zeitarbeit einseitig die Bedingungen der Dienstleistungen (ihrer Dienstleistungsvertragspartner) bestimmen sollen, die Gegenstand des Überlassungsvertrages sind.

Die Tarifvertragsparteien, die für die Kunden (= Entleiher-Betriebe) zuständig sind, würden somit branchenfremd die Arbeitsbedingungen für eine andere Branche bestimmen.

Schließlich behandelt die Öffnungsklausel ohne erkennbare Rechtfertigung die Kundengruppen ungleich, weil nur die Kundenunternehmen die Überlassungshöchstdauer im Geltungsbereich eines öffnenden Tarifvertrages mit einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung erhöhen können, die einen Betriebsrat im Betrieb haben. Da aber die Existenz von Betriebsräten arbeitsrechtlich nicht zwingend ist, sind somit betriebsratslose Kunden erheblich und sachlich nicht erklärbar schlechter gestellt. Eine ausgleichende arbeitsvertragliche Bezugnahme zur Anwendung der Tariföffnung sieht der Regierungsentwurf nicht vor, so dass eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG vorliegt und auch die negative Koalitionsfreiheit verletzt wird.

2. Verfassungswidrigkeit des ausnahmslosen Equal-Pay-Gebots

Der Regierungsentwurf sieht in § 8 AÜG-E vor, nur noch zeitlich befristet Abweichungen vom Gleichstellungsgebot (Equal Treatment) zur Vergütung (Equal Pay) zuzulassen. Überlassene Arbeitnehmer müssen danach selbst bei Anwendung von Tarifverträgen auf der Basis einer Tariföffnungsklausel

nach spätestens fünfzehn Monaten ein gleichwertiges Arbeitsentgelt erhalten wie ein vergleichbarer Arbeitnehmer des Entleihers.

Damit greift der Regierungsentwurf in die Tarifautonomie der Zeitarbeitsbranche ein. Denn bereits seit Jahren besteht ein ausdifferenziertes Tarifwerk für die Zeitarbeitsbranche, das durch die Neuregelung weitgehend bedeutungslos werden würde.

Schwerer wiegt verfassungsrechtlich aber, dass der Gesetzgeber auch mit dieser Regelung die angegebenen Ziele nicht in geeigneter Weise erreichen kann, weil die weitaus größere Zahl der Überlassungen unterhalb der Höchstgrenzen stattfindet und die Vorgabe zum zwingenden Equal Pay nach neun bzw. fünfzehn Monaten nur wenig praxisrelevant werden kann. In der Praxis dauern vor allem hochwertige Überlassungen mit vergleichsweise hohen Vergütungen länger als neun bzw. fünfzehn Monate (vgl. dazu bereits oben Ziffer 1.). Die Befristung der bisherigen Tariföffnungsklausel ist daher nicht geeignet, aber zumindest verfassungsrechtlich nicht erforderlich, weil die Tarifverträge der Zeitarbeit bereits seit einigen Jahren eine Angleichung der Vergütung bei einer Überlassungsdauer von mehr als neun Monaten an die Vergütung der Arbeitnehmer der Kunden vorsehen. Die neue Öffnungsklausel wird somit in der Praxis kaum Veränderungen zugunsten der überlassenen Arbeitnehmer bringen. Entsprechend ist der starke Eingriff in die Tarifautonomie ohne erkennbare Erhöhung des Arbeitnehmerschutzes unverhältnismäßig.

Zu begrüßen ist jedoch, dass diese Tariföffnungsklausel auch ausdrücklich eine arbeitsvertragliche Bezugnahme vorsieht (§ 8 Abs. 4 Satz 3 AÜG-E) und somit auch für nicht tarifgebundene Zeitarbeitsverhältnisse Wirkung entfalten kann.

Schließlich ist die Vorgabe zum ausnahmslosen Equal Pay bei Prüfung des neuen Gesamtkonzepts des Gesetzgebers widersprüchlich und deswegen unverhältnismäßig. Denn der Regierungsentwurf sieht mit dem zwingenden Equal-Pay-Gebot und der Überlassungshöchstdauer zwei Regelungen vor, die jeweils und zusammen den Schutz der überlassenen Arbeitnehmer verbessern sollen, jedoch für sich genommen und erst Recht in Kombination widersprüchlich sind. Denn, wenn Zeitarbeitnehmer zukünftig bereits nach neun bzw. fünfzehn Monaten bei demselben Entleiher nicht schlechter vergütet sein sollen als die Arbeitnehmer dieses Entleihers, wieso soll ihr Einsatz dann zwingend nach spätestens achtzehn Monaten enden und sie im Rahmen eines etwaigen neuen Einsatzes wieder unterhalb des Equal-Pay-Standards vergütet werden oder ggf. mangels Folgeeinsatz entlassen werden? Gerade die Höchstüberlassungsgrenze erzwingt bestenfalls häufige Wechsel des Zeitarbeitnehmers zwischen verschiedenen Kunden und verhindert die vertiefende Qualifizierung und soziale Eingliederung, die ein kontinuierlicher Einsatz ermöglicht und gerade bei (ursprünglich) gering qualifizierten Arbeitnehmern beschäftigungsfördernd wirkt.

3. Teilweise Verfassungswidrigkeit der Sanktionen

Bei einem Verstoß gegen die Überlassungshöchstdauer drohen den beteiligten Unternehmen drei Sanktionen, namentlich ein Bußgeld von bis zu EUR 30.000 (vgl. § 16 AÜG-E), der Entzug der zwingend erforderlichen Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG-E) und die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses der überlassenen Arbeitnehmer mit dem Entleiher (§ 10 iVm. § 9 Nr. 1b) AÜG-E). Diese Sanktionen sind teilweise verfassungsrechtlich bedenklich.

Die Zuverlässigkeitsprüfung des Inhabers der Überlassungserlaubnis soll zukünftig auch von der Einhaltung der Höchstdauer abhängen, § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG-E. Bereits, wenn die Höchstdauer in einem Fall überschritten wird und dies die Prognose weiterer Verstöße zulässt, sieht die Vorschrift zwingend den Entzug der unbefristeten bzw. die Nichtverlängerung der befristeten Erlaubnis vor; der Behörde steht insofern kein Ermessen zu. Der Entzug der zur Arbeitnehmerüberlassung zwingend erforderli-

chen Erlaubnis kommt einem Berufsverbot für Zeitarbeitgeber gleich und stellt damit eine subjektive Zulassungsbeschränkung für einen Personaldienstleister dar. Ein derart schwerer Eingriff darf verfassungsrechtlich nur zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes vorgenommen werden. Welches (wichtige) Rechtsgut durch einen Einsatz oberhalb von achtzehn oder vierundzwanzig Monaten in einem Unternehmen bedroht sein soll, wenn doch Zeitarbeitnehmer nunmehr bereits nach neun bzw. fünfzehn Monaten zwingend gleichwertig vergütet sein sollen wie Arbeitnehmer des Entleiher, ist aber nicht erkennbar. Dies gilt umso mehr, als der Regierungsentwurf zugleich im Rahmen der Tariföffnungsklausel oder der Privilegierung des öffentlichen Dienstes auch keine (bestimmte) Höchstüberlassungsdauer für erforderlich hält.

Nach § 9 Nr. 1b) AÜG-E ist das Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem überlassenen Arbeitnehmer mit Ablauf der Überlassungshöchstdauer unwirksam. Nach § 10 Abs. 1 AÜG-E tritt an dessen Stelle ein fingiertes Arbeitsverhältnis zum Entleiher. Dagegen soll dem Arbeitnehmer ein einmonatiges Widerspruchsrecht zustehen; dies ist zu begrüßen, da nach der Rechtsprechung zu § 613a BGB auch verfassungsrechtlich geboten.

Auch bei einem Verstoß gegen den Equal-Pay-Grundsatz sieht der neue Entwurf zwei Sanktionen vor, namentlich zwingend die Versagung oder Nichtverlängerung der Erlaubnis (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG-E) sowie die Verhängung eines Bußgeldes von bis zu EUR 500.000 (§ 16 AÜG-E). Da die Versagung der Erlaubnis faktisch einem Berufsverbot gleichkommt, greift diese Sanktion stark in die unternehmerische Freiheit der Personaldienstleister ein. Dies gilt umso mehr, als wegen der Ausweitung des Equal-Pay-Gebots auf alle Vergütungsbestandteile nach § 8 Abs. 4 Satz 1 AÜG-E die korrekte Ermittlung des zu zahlenden Entgelts in der Praxis sehr schwierig ist: Die Kunden legen den Zeitarbeitgebern ungern und selten die Equal-Pay-Daten offen und ein gesetzlicher Auskunftsanspruch steht nur dem Arbeitnehmer zu (§ 13 AÜG).

4. Verfassungswidrigkeit des Streikbrecherverbots

§ 11 Abs. 5 AÜG-E verbietet es dem Entleiher, einen Zeitarbeitnehmer tätig werden zu lassen, wenn sein Betrieb unmittelbar durch einen Arbeitskampf betroffen ist. Setzt er dennoch Zeitarbeitnehmer als Streikbrecher ein, handelt er gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 8a AÜG-E ordnungswidrig und kann nach § 16 Abs. 2 AÜG-E mit einem Bußgeld von bis zu EUR 500.000 belegt werden.

Damit verstößt der Regierungsentwurf erstens gegen die negative Koalitionsfreiheit des Zeitarbeitnehmers, dem faktisch eine Beteiligung an einem Streik, zumal einem Streik in der Einsatzbranche und somit branchenfremd aufgezwungen wird. Zweitens verstößt das Verbot auch gegen das Prinzip der Waffengleichheit und Neutralität des Staates im Arbeitskampf, weil den bestreikten Unternehmen ein Gegenmittel zum Aushalten des Streiks verboten wird. Der Gesetzgeber darf aber nur in Fällen struktureller Unterlegenheit einer Seite zum Arbeitskampf paritätätsfördernd zu wirken. Eine solche Konstellation liegt beim Einsatz von überlassenen Arbeitnehmern in bestreikten Betrieben jedoch nicht vor. Dies ergibt sich bereits daraus, dass es tarifvertragliche Regelungen solcher Einsatzverbote gibt. Das Eingreifen des Gesetzgebers ist daher überflüssig und unverhältnismäßig.

Soweit das Streikbrecherverbot sogar auch Zeitarbeitnehmer erfasst, die bereits vor Beginn und inhaltlich unabhängig vom dem Streik überlassen worden waren (vgl. § 11 Abs. 5 Nr. 2 AÜG-E), schafft der Gesetzgeber damit umso schwerwiegender sogar einen Streikzwang für die Zeitarbeitnehmer und – je nach Verteilung des Lohnrisikos – einen Zwang für die Zeitarbeitgeber zur Mitfinanzierung des Streiks im Kundenbetrieb. Denn in Arbeitsgruppen, in denen Stammarbeitnehmer und Zeitarbeitnehmer bis zum Streik dieselben Aufgaben erledigen, wird bei Streikteilnahme von Stammkräften in der Praxis eine Trennung ihrer Arbeiten von denen der Zeitarbeitnehmer kaum möglich und somit auch der Zeitarbeitnehmereinsatz unzulässig sein (Beispiel: Telefonzentrale).

Diese Regelungen sind unverhältnismäßig und verfassungswidrig, da auch bereits nach der geltenden Fassung von § 11 Abs. 5 AÜG dem Zeitarbeiter im Falle eines Streiks in seinem Einsatzbetrieb ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht, das die Interessen aller Beteiligten hinreichend wahrt

II. Änderungsvorschläge zum Regierungsentwurf

Vor diesem Hintergrund schlägt die BRAK folgende Änderungen des Regierungsentwurfs vor:

1. Zur Überlassungshöchstdauer

§ 1 Abs. 1b AÜG-E sollte gestrichen werden.

Zumindest sollte in § 1 Abs. 1b Satz 1 AÜG-E statt der Zahl „18“ die Zahl „36“ eingesetzt werden.

2. Zur Tariföffnungsklausel

Es sollten in § 1 Abs. 1b Satz 3 AÜG-E die Worte „der Einsatzbranche“ gestrichen werden.

Es sollte außerdem in § 1 Abs. 1b AÜG-E ein neuer vorletzter Satz ergänzt werden: „Im Geltungsbereich eines Tarifvertrages nach Satz 3 können Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren.“

3. Zu den Sanktionen

Der Entzug der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung bei nur geringfügigen Überschreitungen der Höchstüberlassungsdauer ist unverhältnismäßig und sollte deswegen gestrichen bzw. die Sanktion auf vorsätzliche und hartnäckige bzw. systematische Verstöße begrenzt werden. Entsprechendes gilt für den Entzug der Erlaubnis bei Verstößen gegen das Equal-Pay-Gebot.

4. Zum Streikbrecherverbot

Es sollte bei der aktuellen Regelung in § 11 Abs. 5 AÜG verbleiben.

* * *