

**Stellungnahme des
Interessenverbandes Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iGZ e.V.) zur
Hamburgischen Wohn- und Betreuungspersonalverordnung (WBPersVO) vom 14.
Februar 2012**

Der iGZ lehnt die Einschränkungen für die Zeitarbeit in der Hamburgischen Wohn- und Betreuungspersonalverordnung vom 14. Februar 2012 ab und fordert deren ersatzlose Streichung. Sie diskriminieren ohne Not die Wirtschaftsbranche Zeitarbeit und die in Unternehmen der Zeitarbeitsbranche arbeitenden Menschen. Sie ist nicht sachgerecht und zudem verfassungsrechtlich und europarechtlich äußerst fragwürdig. Die Einschränkung der Zeitarbeit beeinträchtigt zudem die Funktionsfähigkeit der betroffenen Einrichtungen in Hamburg.

I. Keine Zuständigkeit des Landesgesetzgebers

Das Recht zur Arbeitnehmerüberlassung fällt gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG in die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes. Aus Art. 72 Abs. 1 GG ergibt sich, dass ein Land keine Gesetzgebungszuständigkeit hat, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung Gebrauch gemacht hat. Der Bund hat durch das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz das Arbeitnehmerüberlassungsrecht abschließend geregelt. Den Ländern steht nach ganz überwiegender Meinung auch keine Annexkompetenz zu. Sie sind also nicht berechtigt, im Rahmen von Gesetzen, für die sie zuständig sind, Gegenstände zu regeln, die der Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterfallen. Hinzu kommt, dass der Bundesgesetzgeber die Zulässigkeit der Überlassung in einzelne Branchen nicht unberücksichtigt gelassen hat. Für die Überlassung ins Baugewerbe hat er Beschränkungen vorgenommen (§ 1b AÜG). Es ist deshalb nicht so, dass der Bundesgesetzgeber den Pflegebereich bewusst ungeregelt gelassen hat, um den Ländern eine Regelungsmöglichkeit zu diesem Gegenstand zu belassen.

II. Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben

1. Abbau von Verboten und Einschränkungen für die Zeitarbeit

Die Richtlinie 2008/104/EG vom 19. November 2008 über Leiharbeit erkennt die Wichtigkeit der Zeitarbeit für Wirtschaft und Beschäftigung an, verlangt aber zugleich ein angemessenes

Schutzniveau für die Zeitarbeitnehmer. Die Bedeutung der Zeitarbeit für Wirtschaft und Beschäftigung kommt vor allem in Erwägungsgrund 11 zum Ausdruck:

„Die Leiharbeit entspricht nicht nur dem Flexibilitätsbedarf der Unternehmen, sondern auch dem Bedürfnis der Arbeitnehmer, Beruf und Privatleben zu vereinbaren. Sie trägt somit zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Teilnahme am und zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt bei.“

Der iGZ hat sich seit dem 2005 für einen Branchenmindestlohn in der Zeitarbeit eingesetzt, um das von der Verordnung geforderte angemessene Schutzniveau zu sichern. Seit dem 01.01.2012 gilt eine gesetzliche Lohnuntergrenze, die zurzeit im westlichen Tarifgebiet bei 7,89 Euro liegt und ab November 2012 auf 8,19 Euro ansteigt.

Dem Richtliniengeber geht es darum, die Rahmenbedingungen der Zeitarbeit einerseits zu verbessern, wenn andererseits ein angemessenes Schutzniveau der Zeitarbeitnehmer sichergestellt wird. Dieser Grundrichtung folgend fordert die Richtlinie die Mitgliedsstaaten auf, Verbote und Einschränkungen zu überprüfen (Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie). Demnach sind Verbote und Einschränkungen nur dann zulässig, wenn sie aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind.

Das Güterkraftverkehrsgesetz wies ähnliche Beschränkungen für die Zeitarbeit im Werkverkehr auf. Diese wurden aufgrund der europarechtlichen Vorgaben gestrichen (Gesetz zur Änderung des Güterkraftverkehrsgesetzes und des Personenbeförderungsgesetzes vom 22. November 2011, BGBl. I S. 2258).

Vor diesem Hintergrund wird auch das sektorale Verbot der Überlassung in Betriebe des Bauhauptgewerbes sehr kritisch gesehen (Schüren/Hamann, § 1b, Rn. 17,18). Wörtlich heißt es dort: *„§ 1b sollte als Relikt alter Verbotsgesetzgebung im Zuge der Umsetzung der Richtlinie ersatzlos gestrichen werden.“*

Hamburg scheint dagegen zu dieser vergangenheitsbezogenen Verbotsgesetzgebung zurückkehren zu wollen.

2. Keine Rechtfertigung dieser Einschränkung

Die drastische gesetzliche Beschränkung der Zeitarbeit in Wohneinrichtungen nähert sich einem faktischen Verbot der Zeitarbeit in diesen Bereichen an. Leiharbeitnehmer dürfen nur „zeitlich begrenzt in Ausnahmesituationen eingesetzt werden“ (§ 9 WBPersVO). Der Gesetzgeber fordert zugleich die Einrichtungen auf, solche Ausnahmesituationen zu vermeiden, indem der Betreiber eine feste Gruppe von geeigneten Vertretungskräften aufbaut und vorhält. Aus diesem Regelungszusammenhang wird deutlich, dass der Gesetzgeber die Zeitarbeit insgesamt aus diesen Einrichtungen „raus“ haben möchte.

Das faktische gesetzliche Verbot der Zeitarbeit in den Hamburger Wohn- und Betreuungseinrichtungen ist nicht durch ein solches Allgemeininteresse gerechtfertigt.

a) Diskriminierung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Zeitarbeit

In der Pressemitteilung des Senats vom 14. Februar 2012 erklärt die Gesundheitssenatorin, detaillierte Anforderungen an die Qualifikation der Pflegekräfte und das Personalmanagement der Einrichtungen würden wesentliche Faktoren für eine künftige hohe Qualität der Pflege sein. Eine solche Äußerung mit der damit verknüpften Einschränkung des Einsatzes von Zeitarbeiterinnen und Zeitarbeitnehmer wird von den dort arbeitenden Menschen als Herabsetzung und Diskriminierung empfunden. Es wird dadurch der Eindruck erweckt, Zeitarbeiterinnen und Zeitarbeitnehmer seien weniger qualifiziert und gefährdeten die Qualität der Pflege. Dieser Ausschluss von der Betätigung in den Wohneinrichtungen ist ein unberechtigtes Misstrauensvotum des Gesetzgebers und eine herabsetzende Beurteilung der Menschen, die über die Zeitarbeit in der Pflege arbeiten. Die Fachkräfte, die in der Zeitarbeit arbeiten, sind genauso qualifiziert wie die außerhalb der Zeitarbeit arbeitenden Fachkräfte. Das Zeitarbeitsunternehmen hat ein grundlegendes Interesse daran, nur qualifiziertes Personal zu überlassen, wenn dieses so angefordert wird. Denn abgesehen von der Verärgerung des Kunden bei Überlassung ungeeigneter Kräfte geriete das Zeitarbeitsunternehmen in eine Haftungssituation, da das Zeitarbeitsunternehmen für Schäden eintreten muss, die durch die Überlassung ungeeigneter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer entstehen (so genanntes Auswahlverschulden, BAG 5. Senat, Urteil vom 08.11.1978 - 5 AZR 261/77). Außerdem erkennt auch der Zeitarbeitgeber, in welchem verantwortungsvollen Umfeld der Pflege er seine Dienstleistungen anbietet und wird entsprechend besondere Sorgfalt bei der Auswahl der zu überlassenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter üben.

b) Keine größere Kontinuität durch „Vertretungskarussell“

Wenn diese Beschränkung der Zeitarbeit damit begründet wird, es sei im Interesse der zu pflegenden Personen, feste Bezugspersonen zu haben und häufige Wechsel des Personals zu vermeiden, verkennt dieses die Art und Weise, wie Zeitarbeit auch im Interesse der zu pflegenden Personen in den Wohneinrichtungen geleistet werden kann. Zwar ist richtig, dass Zeitarbeit typischerweise vorübergehend geleistet wird. Allerdings sieht das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz keine feste Höchstüberlassungsdauer vor. Deshalb kann auch von Zeitarbeitskräften eine Betreuung für eine längere Zeit geleistet werden. Außerdem ist nicht verständlich, warum die WBPersVO eine größere Kontinuität beim Einsatz des Pflegepersonals dadurch garantiert sieht, dass ein Pool von Vertretungskräften aufgebaut und vorgehalten werden soll. Bei dem Einsatz solcher Vertretungskräfte ist zu erwarten, dass die Kontinuität eher geringer als größer sein wird, zumal kaum sichergestellt werden kann, dass eine Vertretungskraft immer dem gleichen Kreis zu pflegender Personen zugeordnet werden kann.

c) Zeitarbeit keine prekäre Beschäftigung

Sollte den Verordnungsgeber zusätzlich eine allgemeine Ablehnung gegenüber der Zeitarbeit dazu bewogen haben, diese restriktiven Regelungen einzuführen, sei auf folgende Punkte hingewiesen: Abgesehen einmal davon, dass die Zeitarbeit selbst zur Sicherung der Arbeitsbedingungen einen auf Druck und Wunsch des iGZ eingeführten gesetzlichen Branchenmindestlohn von zurzeit 7,89 Euro hat, gilt für die Zeitarbeitsunternehmen zudem durch den in der Pflegebranche ein allgemeinverbindlicher Mindestlohn von zurzeit 8,75 Euro, der auch für die Zeitarbeit verpflichtend ist (vgl. § 8 Abs. 3 AEntG). Auch im Übrigen bietet die Zeitarbeit eine gute Beschäftigung an. Laut iGZ-Mittelstandsbarometer (3. Welle, Stand 31.12.2011) arbeiten 89% der Beschäftigten in Vollzeit und 83% in unbefristeten Arbeitsverhältnissen.

Aus alledem ergibt sich, dass keine Gründe des Allgemeininteresses eine solche Beschränkung der Zeitarbeit rechtfertigen, die sich am Rande des Verbots der Zeitarbeit im bezeichneten Bereich bewegt.

III. Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Wohneinrichtungen

Das faktische Verbot des Einsatzes von Zeitarbeitskräften schränkt die Flexibilität der Wohneinrichtungen ein und könnte zudem für diese Einrichtungen mit erheblichen Kostenrisiken verbunden sein. Wenn im Gesetz davon die Rede ist, die Einrichtungen sollten eine feste Gruppe von geeigneten Vertretungskräften aufbauen und vorhalten, stellt sich die Frage, ob mit diesen fortlaufend ein Arbeitsverhältnis bestehen soll. Das dürfte kostenmäßig nicht verkraftbar sein. Falls das nicht gewollt ist und die Vertretungskräfte nur von Zeit zu Zeit beschäftigt werden sollen, bestehen erhebliche Zweifel an der sozialen Verträglichkeit eines solchen Modells für die so bezeichneten Vertretungskräfte. Die meist unbefristet beschäftigten Zeitarbeitnehmerinnen und Zeitarbeitnehmer werden kaum geneigt sein, in solche unsicheren Vertretungspositionen zu wechseln. Es dürfte eher zu erwarten, dass dringend benötigte Fachkräfte, die in der Zeitarbeit beschäftigt werden, ihre Arbeitsmöglichkeiten außerhalb Hamburgs suchen. Das schwächt den Fachkräftemarkt in Hamburg und damit auch die Qualität der Pflege, die zu schützen die Verordnung vorgibt.

IV. Zusammenfassung

Für die in der Verordnung geregelten Einschränkungen der Zeitarbeit hat das Land Hamburg keine Gesetzgebungskompetenz, da der Bundesgesetzgeber das Gebiet des Arbeitnehmerüberlassungsrechts abschließend geregelt hat. Außerdem sind die darin gefundenen Regelungen weder sachgerecht, noch sind sie durch ein Allgemeininteresse im Sinne des Art. 4 Abs. 1 der EU-Zeitarbeitsrichtlinie gerechtfertigt.

Die Einschränkungen der Zeitarbeit bergen die Gefahr, dass Fachkräfte aus Hamburg abwandern und dadurch die Funktionsfähigkeit der betroffenen Einrichtungen geschwächt wird.

Deshalb fordert der iGZ die ersatzlose Streichung der die Zeitarbeit betreffenden Regelungen in der WBPersVO.

Münster/Hamburg, 18. Mai 2012