

Stellungnahme des

Gesamtverbandes der Personaldienstleister e.V. (GVP)

zur Erlaubnis der Einwanderung von Fachkräften aus Drittstaaten in die Zeitarbeit im Rahmen der Formulierungshilfe für einen Änderungsantrag der Fraktionen der SPD, von BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN und der FDP: „Neuregelungen im SGB II und SGB III zur Umsetzung von Vorhaben der Wachstumsinitiative im Bereich Arbeitsmarkt“

Berlin, den 30. Oktober 2024

Der Gesamtverband der Personaldienstleister e.V. (GVP) nimmt Stellung zu der von der Bundesregierung beschlossenen Öffnung der Zeitarbeit für die Beschäftigung von Fachkräften aus Drittstaaten, die nach unserer Kenntnis im Rahmen des Gesetzentwurfs zur „Neuregelungen im SGB II und SGB III zur Umsetzung von Vorhaben der Wachstumsinitiative im Bereich Arbeitsmarkt“ beraten werden soll.

Der GVP begrüßt grundsätzlich, dass die Bundesregierung die Notwendigkeit erkannt hat, dass die Personaldienstleister in Drittstaaten Fachkräfte rekrutieren und mittels Zeitarbeit in Deutschland beschäftigen können. Auf dem Arbeitsmarkt ist der Fachkräftebedarf weiterhin hoch. In vielen Berufsgruppen fällt es Arbeitgebern – ob aus öffentlicher Hand oder Privatwirtschaft – schwer, Stellen zu besetzen. Der Fachkräftemangel ist eine Realität, und angesichts der demografischen Entwicklung ist nicht damit zu rechnen, dass er in absehbarer Zukunft verschwinden wird. Gerade für kleine und mittlere Unternehmen kann die Rekrutierung im Ausland eine große Herausforderung sein. Personaldienstleister haben das Knowhow, diese Unternehmen zu unterstützen: Personaldienstleister sind Experten bei der Rekrutierung und haben große Expertise bei der Beschäftigung von Ausländern. Dies wird schon deutlich am Anteil Beschäftigter mit nichtdeutscher Staatsangehörigkeit, die in der Zeitarbeitsbranche mit 45 Prozent dreimal so hoch ist wie auf dem Gesamtarbeitsmarkt. Weiterhin bringen insbesondere die multinationalen Personaldienstleister eine große Auslandsexpertise mit, die viele klein- und mittelständische Unternehmen gar nicht haben können. Eine erkleckliche Anzahl Personaldienstleister ist bereits in vielen Herkunftsländern vertreten, sie kennen sich dort mit den Gegebenheiten bestens aus und sind migrationswilligen Fachkräften als Arbeitgeber in ihrem Heimatland bekannt. Die Vorteile der Öffnung der Zeitarbeit für die Fachkräfteeinwanderung aus Drittstaaten liegen also auf der Hand.

Umso bedauerlicher ist es, dass die Bundesregierung im vorliegenden Entwurf davon nur unter so großen Einschränkungen Gebrauch machen will, dass sich die Personaldienstleister sehr gut überlegen werden, ob sie in die Fachkräftegewinnung von Drittstaatlern einsteigen, denn der Weg ist ohnehin schon dornig und mit Hürden gespickt. Genannt seien hier nur die Stichpunkte lange Wartezeiten für Visa, intransparente Zuständigkeiten und übermäßig lange Verfahrenszeiten bei Anerkennungsverfahren sowie fehlende digitale Infrastruktur für den Einwanderungsprozess.

Beim vorliegenden Gesetzesentwurf geht es ausschließlich um Fachkräfte, denn die geplante Öffnung für die Zeitarbeit bezieht sich explizit auf Fallkonstellationen des § 18 Aufenthaltsgesetz (AufenthG). So definiert § 18 Absatz 3 AufenthG, was eine Fachkraft ist: *„Fachkraft im Sinne dieses Gesetzes ist ein Ausländer, der 1. eine inländische qualifizierte Berufsausbildung oder eine mit einer inländischen qualifizierten Berufsausbildung gleichwertige ausländische Berufsqualifikation besitzt (Fachkraft mit Berufsausbildung) oder 2. einen deutschen, einen anerkannten ausländischen oder einen einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbaren ausländischen Hochschulabschluss besitzt (Fachkraft mit akademischer Ausbildung).“* Was eine qualifizierte Berufsausbildung bzw. Beschäftigung ist, regelt § 2 Absatz 12a und 12b AufenthG: *„Eine qualifizierte Berufsausbildung im Sinne dieses Gesetzes liegt vor, wenn es sich um eine Berufsausbildung in einem staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf handelt, für den nach bundes- oder landesrechtlichen Vorschriften eine Ausbildungsdauer von mindestens zwei Jahren festgelegt ist. Eine qualifizierte Beschäftigung im Sinne dieses Gesetzes liegt vor, wenn zu ihrer Ausübung Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten erforderlich sind, die in einem Studium oder einer qualifizierten Berufsausbildung erworben werden.“*

Ohne die behördliche Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ist die Zuwanderung von Fachkräften nicht möglich. Für die Mehrzahl der vom Gesetzgeber im Rahmen des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes aus dem Jahre 2019 und seiner Reform im Jahre 2023 bereits im Aufenthaltsgesetz geschaffenen Konstellationen ist für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis die Vorlage eines Arbeitsvertrags mit einem Arbeitgeber in Deutschland eine notwendige Voraussetzung. Bis auf wenige Ausnahmen – zum Beispiel bei der regulären Blauen Karte EU – schließt die Vorlage eines Arbeitsvertrags als Zeitarbeitskraft die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus. Der vorliegende Regierungsentwurf sieht vor, die Anzahl der Fallkonstellationen zu erweitern, bei denen ein Arbeitsvertrag mit einer Zeitarbeitsfirma bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für Fachkräfte anerkannt wird. D.h. es kommt zu keiner Erweiterung des Personenkreises, der Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis hat. Alle im Gesetzesentwurf berücksichtigten Fachkräfte können bereits nach geltender Rechtslage einwandern. Neu ist nur, dass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis – unter stark einschränkenden Voraussetzungen – auch dann ermöglicht wird, wenn die einwanderungswilligen Fachkräfte einen Zeitarbeitsvertrag vorlegen.

Im Einzelnen:

Zu Artikel 10a (Änderung des Aufenthaltsgesetzes)

Die geplante Neuregelung für die Fachkräftezuwanderung im Bereich Zeitarbeit soll mit zwei Bedingungen verbunden sein: Erstens soll Fachkräfte aus Drittstaaten *„für die Zeit der Überlassung an den Entleiher mindestens das im Betrieb des Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer des Entleihers geltende Arbeitsentgelt gewährt“* werden (§ 40 Absatz 1a Nummer 3 AufenthG neu). Zweitens soll *„der Arbeitsvertrag eine Beschäftigungsdauer von mindestens zwölf Monaten und für den Verleiher den Verzicht auf eine ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses innerhalb der ersten zwölf Monate“* vorsehen (§ 40 Absatz 1a Nummer 2 AufenthG neu).

Sonderrecht für neurekruitierte Fachkräfte aus Drittstaaten beim Entgelt:

Während sich für die überwiegende Mehrzahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines Zeitarbeitsunternehmens die Arbeitsbedingungen nach den tariflichen Regelungen der Zeitarbeitstarifverträge bestimmen, soll sich hingegen das Arbeitsentgelt von neurekruitierten Drittstaatlern ab dem ersten Tag des Einsatzes bei einem Kunden nach denen eines vergleichbaren Arbeitnehmers im jeweiligen Einsatzbetrieb (im Folgenden Equal Pay) richten. Diese Ungleichbehandlung innerhalb eines Zeitarbeitsunternehmens lässt sich nicht rechtfertigen. Sie würde darüber hinaus eine Unterscheidung zwischen drittstaats-rekrutierten und sonstigen Zeitarbeitskräften schaffen, die artifiziell und nicht begründbar ist.

Wie fragwürdig dieses Sonderregime ist, wird insbesondere daran deutlich, dass es auch zu einer Ungleichbehandlung von Personen mit derselben Nationalität kommen kann: Eine Person mit Fluchthintergrund aus einem Drittstaat würde unter die Tarifverträge der Zeitarbeit fallen und nach ihnen entlohnt werden, auch wenn es sich um eine qualifizierte Fachkraft handelt. Dagegen würde eine in demselben Herkunftsland rekrutierte Fachkraft ab dem ersten Einsatztag im Kundenbetrieb Equal Pay erhalten. Um es plakativ zu machen: Der aus Syrien geflüchtete Arzt bekäme das Entgelt der Zeitarbeitstarifverträge, die in Syrien rekrutierte Ärztin Equal Pay. Diese Unterscheidung ist nicht betrieblich oder durch Qualifikation begründet, sondern erfolgt nur aufgrund eines einzigen Merkmals – Rekrutierung aus einem Drittstaat – und ist daher auch verfassungsrechtlich zweifelhaft.

Keine Tarifverträge 2. Klasse:

Dass mit der in der vorliegenden Formulierungshilfe vorgesehenen Anwendung von „Equal Pay“ Drittstaatler vor „Ausbeutung“ geschützt werden sollen, unterstellt, dass die mit den DGB-Gewerkschaften abgeschlossenen Tarifwerke der Zeitarbeit Tarifverträge 2. Klasse mit ausbeuterischen Entgelten seien. Diese Unterstellung hat nicht im Blick, dass sich die Lohnunterschiede (Pay Gap) zwischen Gesamtmarkt und Zeitarbeit durch die Tarifabschlüsse der Sozialpartner in den letzten Jahren eklatant verringert haben. So beziffert das RWI - Leibniz-Institut für Wirtschaftsforschung den Lohnabstand bei allen Beschäftigten auf 2,6 Prozent und weist darauf hin, dass selbst diese Lohnlücke „*fast komplett*“ verschwindet, „*wenn Beschäftigte innerhalb und außerhalb der Zeitarbeit mit Hilfe der Methode des ‚statistischen Zwillings‘ verglichen werden.*“¹ Dieser geringe Lohnabstand steht in keinem Verhältnis zu einem derart schwerwiegenden Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Tarifautonomie wie durch die geplante Equal Pay-Regelung.

Im Übrigen weist der GVP die Unterstellung der „Ausbeutung“ entschieden zurück. Für die überwiegende Mehrzahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines Zeitarbeitsunternehmens bestimmen sich die Arbeitsbedingungen nach den tariflichen Regelungen der mit den acht Einzelgewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB) abgeschlossenen Tarifwerke der Zeitarbeit. Die Tarifabdeckung von Zeitarbeitskräften beträgt rund 90 Prozent, während die Tarifabdeckung im Durchschnitt über alle Arbeitsverhältnisse nur bei 43 Prozent liegt.² Ferner ist die Arbeitnehmerüberlassung nach § 1 Arbeitnehmer-

¹ RWI Projektbericht - Die Lohnlücke in der Zeitarbeit, Mai 2022.

² Obwohl es bei der geplanten Neuregelung ausschließlich um Fachkräftezuwanderung geht, sei hier noch der Hinweis gegeben, dass die Lohnuntergrenze in der Zeitarbeit deutlich über dem allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn liegt: Seit dem 1. Oktober 2024 beträgt der Zeitarbeitsmindestlohn 14,00 Euro, während es beim allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn aktuell 12,41 Euro sind.

überlassungsgesetz erlaubnispflichtig und die Unternehmen der Branche unterliegen regelmäßigen Kontrollen durch die Erlaubnisbehörde, die Bundesagentur für Arbeit, und durch die Finanzkontrolle Schwarzarbeit des Zolls. Der Schutz vor vermeintlicher Ausbeutung ist also bereits gegeben.

Intransparenz durch Equal Pay:

Equal Pay bedeutet wechselnde Arbeitsbedingungen bei jedem Einsatz in einem neuen Kundenbetrieb. Damit werden für Drittstaatler, die oftmals mit der deutschen Sprache nicht vertraut sind, Verdienste intransparent, zumal durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Equal Pay alle geldwerten Vorteile bis hin zur betrieblichen Altersvorsorge und Benefits der Arbeitgeber umfasst. Sinn und Zweck der Anwendung von Tarifverträgen ist dagegen, transparente und einheitliche Arbeitsbedingungen zu gewährleisten. Der Rekrutierung von Fachkräften aus Drittstaaten ist es jedenfalls nicht zuträglich, wenn Zeitarbeitsunternehmen aufgrund des Equal Pay-Grundsatzes keine verbindlichen Aussagen zur Bezahlung machen können. Im Übrigen gilt Equal Pay nur während der Überlassung, so dass die Anwendung Drittstaatler in sogenannten verleihfreien Zeiten schlechter stellen würde als bei der Anwendung der Zeitarbeitsvertrag.

Aufwändige Kontrollen bei Equal Pay:

Zeitarbeitsunternehmen werden durch Bundesagentur für Arbeit und Finanzkontrolle Schwarzarbeit des Zolls auf Einhaltung der rechtlichen Vorschriften kontrolliert. Eine solche Kontrolle ist bei Anwendung von Tarifverträgen, deren Einhaltung dann ebenfalls überprüft wird, relativ einfach und unaufwändig. Bei Equal Pay müssten beide Behörden dagegen zuerst die Vergütung eines vergleichbaren Stammbeschäftigten im jeweiligen Einsatzbetrieb ermitteln, um im zweiten Schritt zu prüfen, ob diese Entlohnung auch bei der eingesetzten Zeitarbeitskraft eingehalten wurde. Die Kontrolle von Equal Pay ist also mit einem massiven Zusatzaufwand verbunden – und mit größerer Rechtsunsicherheit, weil selbst Einsatzbetriebe teilweise nicht in der Lage sind, verbindlich Auskunft zu diesem durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sehr weiten Equal Pay zu geben.

Mindestbeschäftigungsdauer und Kündigungsverbot von 12 Monaten

Die Mindestbeschäftigungsdauer mit arbeitgeberseitigem Kündigungsverbot schafft ein spezielles Kündigungsrecht für Drittstaatsangehörige. Um Fachkräfte in Drittstaaten erfolgreich anzuwerben und in Deutschland zu beschäftigen, sind erhebliche Vorleistungen von Seiten der Unternehmen notwendig. Es liegt also im wirtschaftlichen Interesse eines Personaldienstleisters, diese Fachkräfte möglichst lange zu beschäftigen, damit die Investitionen sich rentieren. Ein wie in der vorliegenden Formulierungshilfe geplantes neues Kündigungsrecht in den ersten 12 Beschäftigungsmonaten, das weit über die Mindestbeschäftigungsdauer von sechs Monaten bei der Blauen Karte EU hinausgeht, ist abzulehnen. Wie beim Equal Pay würde dies die Einführung eines speziellen Arbeitsrechts für in Drittstaaten angeworbene Fachkräfte bedeuten. Ein spezielles Kündigungsrecht, das vom jeweiligen Aufenthaltsstatus des Mitarbeiters abhängt, wäre nicht nur bürokratisch, sondern ist schon aufgrund von Diskriminierungsaspekten abzulehnen:

- In Drittstaaten angeworbene Fachkräfte würden ein gegenüber Inländern – bzw. Personen mit anderem Aufenthaltsstatus – privilegiertes Kündigungsrecht genießen. Das wäre nur schwer zu vermitteln und würde die Akzeptanz in Belegschaften gefährden.
- Es sind Konstellationen möglich, in denen Einwanderer zwischen verschiedenen Aufenthaltsstatus wählen können. Das Kündigungsrecht würde von dieser Entscheidung abhängen.
- Der Kündigungsschutz für in Drittstaaten angeworbene Fachkräfte würde im Fall betriebsbedingter Kündigungen die Sozialauswahl aushebeln.
- Das spezielle Kündigungsrecht würde die Personaldienstleister in ihrem unternehmerischen Tun stark einschränken. Das deutsche Kündigungsrecht bietet bereits ein hohes Schutzniveau, neue Einschränkungen sind daher unnötig.

Ferner wirft ein solches spezielles Kündigungsrecht für angeworbene Fachkräfte in der Zeitarbeit auch die Frage auf, wieso in allen anderen Branchen sogar Befristungen der Beschäftigung in Drittstaaten angeworbener Fachkräfte möglich sind.

Laut Begründungsteil der Formulierungshilfe soll das 12-monatige Kündigungsverbot für Zeitarbeitsunternehmen unter anderem „eine nachhaltige Vermittlung von Fachkräften“ gewährleisten (Formulierungshilfe, Kabinettsfassung, S. 21). Mit dieser Formulierung wird unterstellt, dass Beschäftigungsaufnahmen in der Zeitarbeit nicht nachhaltig seien und deswegen der Gesetzgeber sozusagen nachhelfen müsse. Diese Einschätzung passt aber nicht zum Befund der Bundesagentur für Arbeit, die die Nachhaltigkeit von Beschäftigungsaufnahmen durch Arbeitslose in der Zeitarbeit analysiert hat, also einen vergleichbaren Vorgang wie die Beschäftigungsaufnahme von Fachkräften aus Drittstaaten: *„Knapp 8 von 10 Arbeitslosen, die aus Arbeitslosigkeit eine Beschäftigung in der Zeitarbeit aufgenommen haben, sind nach 12 Monaten sozialversicherungspflichtig beschäftigt, teilweise auch in anderen Branchen.“*³

Abgesehen davon, dass Beschäftigungsaufnahmen in der Zeitarbeit also sehr wohl nachhaltig sind, ist der mit dem 12-monatigen Kündigungsverbot implizit ausgesprochene Vorwurf auch deswegen zurückzuweisen, weil der Zeitarbeit als einziger Branche ein wichtiges Instrument zur Stabilisierung von Beschäftigungsverhältnissen vorenthalten wird. Den Zeitarbeitsunternehmen ist es nämlich untersagt Kurzarbeit zu beantragen. Wenn der Bundesregierung daran liegt, die Nachhaltigkeit von Beschäftigungen in der Zeitarbeit zu erhöhen, sollte sie bei der Gelegenheit der geplanten Änderung des SGB III zumindest eine Ermächtigungsgrundlage für eine Verordnung schaffen, durch die die Zeitarbeit gegebenenfalls kurzfristig in den Bezug von Kurzarbeitergeld aufgenommen werden kann. Dass die Personaldienstleister mit dem Instrument der Kurzarbeit verantwortlich umgehen, haben die Erfahrungen aus der Corona-Pandemie beispielhaft gezeigt, als Kurzarbeitergeld vorübergehend auch für Zeitarbeitskräfte beantragt werden konnte. Der Anteil der Kurzarbeit in der Zeitarbeit hat sich laut Daten der Bundesagentur für Arbeit in dem Zeitraum parallel zum Anteil der Kurzarbeit am Gesamtarbeitsmarkt entwickelt. In den Monaten nach den Höhepunkten der Krise baute die Branche wieder sozialversicherungspflichtige Beschäftigung auf – Kurzarbeit wurde also tatsächlich zur Stabilisierung bestehender Beschäftigungsverhältnisse genutzt.

³ Bundesagentur für Arbeit: Entwicklungen in der Zeitarbeit. Berichte: Blickpunkt Arbeitsmarkt | Juli 2024, S. 4.

Fazit:

Der deutsche Arbeitsmarkt leidet an Fachkräftemangel, der sich aufgrund des demografischen Wandels in den nächsten Jahren noch deutlich verschärfen wird. Die Personaldienstleister könnten mittels Zeitarbeit einen wichtigen Beitrag zur Abmilderung dieses Mangels leisten, wenn der Gesetzgeber dies zuließe und die Fachkräftezuwanderung für die Zeitarbeit ohne unzumutbare und praxisfremde Bedingungen öffnen würde. Davon würden öffentliche und private Arbeitgeber profitieren. Eine Öffnung für die Zeitarbeit mit derartigen Bedingungen ist dagegen leider völlig ungeeignet, dies zu ermöglichen. Personaldienstleister werden sich gut überlegen, ob sie sich unter diesen Umständen überhaupt auf das Wagnis der Fachkräftegewinnung in Drittstaaten einlassen sollen. Das Potential der Zeitarbeit bei der Fachkräfteeinwanderung wird mit der geplanten Neuregelung jedenfalls ohne Not verschenkt.

Außerdem wird mit der vorliegenden Formulierungshilfe ein spezielles Arbeitsrecht in Bezug auf Arbeitsentgelte und Kündigungsschutz für Drittstaatsangehörige geschaffen. Das geht so weit, dass das Arbeitsentgelt zukünftig vom Aufenthaltsstatus der Drittstaatsangehörigen abhängen würde. Schon jetzt ist abzusehen, dass dies zu Unfrieden in den Belegschaften führen wird, wenn Drittstaatsangehörige Sonderrechte genießen. Ferner bedarf es auch wenig Fantasie, um sich Klagen wegen Ungleichbehandlung aufgrund der vorliegenden Regelungen vorzustellen. Damit ist die geplante Neuregelung dazu geeignet, erhebliche Rechtsunsicherheit zu schaffen.

In der Wachstumsinitiative wird eine „*bürokratiearme Umsetzung*“ versprochen. Davon ist der vorliegende Vorschlag allerdings weit entfernt. Das Sonderarbeitsrecht würde erheblichen Aufwand für Personaldienstleister und ihre Kunden nach sich ziehen und zusätzlichen Verwaltungsaufwand bei den Kontrollbehörden schaffen. Nicht zuletzt macht die Begründung für den ungewöhnlich langen Zeithorizont der Umsetzung den bürokratischen Mehraufwand deutlich: Laut Formulierungshilfe würden aufgrund umfassender IT-Umstellungen bei der Bundesagentur für Arbeit die Änderungen voraussichtlich erst im Laufe des Jahres 2026 in Kraft treten können. Entsprechend ist dem Fazit von Dr. Holger Kolb, Leiter des Bereichs Jahresgutachten beim Sachverständigenrat für Integration und Migration der Bundesregierung, und Dr. Sebastian Klaus, einem der führenden Anwälte für Einwanderungsrecht, im „FAZ_Einspruch“ der „Frankfurter Allgemeinen Zeitung“ nur zuzustimmen: *„Die im Rahmen der Entwicklung des Wachstumspakets gefasste Idee, auch mittels neuer Möglichkeiten der Personalgewinnung über die Leiharbeit die Rahmenbedingungen für wirtschaftliches Wachstum in Deutschland zu verbessern, ist sicher richtig. Falsch aber ist der dazu beschrittene Weg, der auf mehr statt weniger Bürokratie setzt.“*⁴

⁴ Sebastian Klaus/Holger Kolb: Wie die Ampel bei der Leiharbeit noch mehr Bürokratie schafft, in: FAZ_Einspruch der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, 29.11.2024, <https://www.faz.net/einspruch/wie-die-ampel-bei-der-leiharbeit-noch-mehr-buerokratie-schafft-110078066.html>, zuletzt aufgerufen am 30.11.2024.