

Vorgaben des AÜG beachten

Equal Pay in der Zeitarbeit

Zeitarbeitnehmern ist ab dem zehnten Einsatzmonat das Arbeitsentgelt eines vergleichbaren Stammmitarbeiters im Einsatzbetrieb zu zahlen (sog. Equal Pay), es sei denn, es liegt ein Branchenzuschlagstarifvertrag i. S. v. § 8 Abs. 4 Satz 2 AÜG vor. Beklagt wird häufig die fehlende Definition des Equal-Pay-Begriffs und die daraus folgende schwierige Handhabbarkeit der AÜG-Vorschriften. Was steckt hinter dem Begriff und wie sieht die Berechnung konkret aus?



1 BEGRIFF EQUAL PAY

Equal Pay heißt zunächst die Gleichstellung mit einer in Bezug auf die Tätigkeit vergleichbaren Stammkraft im Kundenbetrieb. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Zeitarbeitnehmer die gleichen Entgeltbestandteile wie die Kollegen im Kundenbetrieb erhalten muss, sondern dass eine Gleichstellung in der Entgeltsumme ausreicht. Dies zeigt sich insbesondere an den Sachbezügen, hinsichtlich derer das Gesetz statt einer Gewährung in natura einen Wertausgleich in Geld ausdrücklich für zulässig erachtet (§ 8 Abs. 1 Satz 3 AÜG).

Zum Arbeitsentgelt zählt grundsätzlich jede Vergütung, die aus Anlass des Arbeitsverhältnisses gewährt wird bzw. aufgrund gesetzlicher Entgeltfortzahlungstatbestände gewährt werden muss. Neben der Grundvergütung, Zulagen, Zuschlägen, Sonderzuwendungen, Lohnfortzahlung und vermögenswirksamen Leistungen gehören zum weiten Entgeltbegriff im deutschen Arbeitsrecht auch Sozialleistungen sowie Sachbezüge.

Bei einigen Entgeltbestandteilen ist umstritten, ob sie zum Equal-Pay-relevanten Arbeitsentgelt gehören. Im Zentrum der Diskussion stehen oftmals Erwägungen der praktischen Umsetzbarkeit. Naturgemäß treten besondere Herausforderungen bei Sozialleistungen oder Sachbezügen auf, wobei Sozialleistungen sowohl in Form eines Sachbezugs als auch in Form wertgleicher Geldleistungen auftreten können. Noch nicht geklärt ist aber, ob die betriebliche Altersvorsorge (bAV) zum Equal Pay gehört.

2 BAV ALS BESTANDTEIL VON EQUAL PAY?

Die bAV dürfte als Arbeitsentgelt einzuordnen sein. Sie hat jedoch einen Doppelcharakter: Sie stellt auch eine Versorgungsleistung dar und ist damit nicht zwangsläufig Bestandteil von Equal Pay. Es spricht im Gegenteil vieles dafür, die bAV nicht zum Equal-Pay-relevanten Arbeitsentgelt zu rechnen. Der Versorgungscharakter gegenüber dem Entgeltcharakter steht im Vordergrund. Auch die Sozialversicherungsträger folgen in ihren einheitlichen Richtlinien nunmehr der ständigen sozialgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. etwa LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 24.3.2015 – 11 R 1130/14 L, AuA 10/16, S. 635), wonach es sich im Falle von Abfindungen für die Anwartschaft einer bAV nicht um Arbeitsentgelt handelt, sondern um einen Versorgungsbezug.

Auch die mangelnde Möglichkeit der Umsetzung im Rahmen des Equal-Vergleichs spricht gegen deren Berücksichtigung. Das AÜG sieht wie gesagt zwei Möglichkeiten der Verwirklichung von Equal Pay in Form von Sachbezügen vor. Entweder ist der Sachbezug so zu gewähren, wie der Kundenbetrieb ihn gewährt, oder es ist ein Geldausgleich vorzunehmen. Beide Möglichkeiten scheiden bei der bAV aus. Der Zeitarbeitnehmer kann nicht in das bAV-System des Kundenbetriebs integriert werden (Giese/Orth, BB 2017, S. 693 ff.), da dem Personaldienstleister und seinen Arbeitnehmern der Zugang zu Versorgungswerken (bspw. des öffentlichen Dienstes oder einer Bran-

che) häufig objektiv unmöglich ist. Eine Abgeltung der bAV im Wege einer Barleistung kommt ebenfalls nicht in Frage, da eine solche dem Versorgungscharakter nicht gerecht würde (Giese/Orth, a. a. O.). Ob der Equal-Pay-Grundsatz den Personaldienstleister dazu verpflichtet, ein eigenes „wertgleiches“ Versorgungssystem einzurichten (so vertreten von Giese/Orth, a. a. O.) ist zweifelhaft. In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass der Zeitarbeitnehmer oftmals schon wegen der Höchstüberlassungsdauer von regulär 18 Monaten keine unverfallbare Anwartschaft auf die bAV im Rahmen des Kundeneinsatzes erreicht. Soweit kritisiert wird, es sei unzulässig, für die Berücksichtigung der bAV im Rahmen des Equal Pay auf das Erreichen der Unverfallbarkeit im Kundenbetrieb abzustellen (Giese/Orth, a. a. O.), da darin eine Benachteiligung der Zeitarbeitnehmer liege, ist dies zurückzuweisen. Ein vergleichbar befristet beschäftigter Stammarbeitnehmer würde nämlich ebenso wenig unverfallbare Ansprüche aus der bAV erwerben. Eine Besserstellung der vorübergehend dort eingesetzten Zeitarbeitnehmer ist jedoch nicht Ziel des Gesetzgebers, der die Überlassungshöchstdauer – aus wenig überzeugenden Gründen – eingeführt und so die angeprangerten, vermeintlichen Nachteile für Zeitarbeitnehmer überhaupt erst verursacht hat.

Jedenfalls dürfte bei Nichteinbeziehung der bAV in den Equal-Pay-Vergleich kein Verstoß gegen das AÜG anzunehmen sein, da die Bundesagentur für Arbeit (BA) nur ein Verhalten sanktionieren darf, welches einer gesicherten Rechtsposition (z. B. höchstrichterliche Rechtsprechung) zuwiderläuft (Ziff. 3.1.1. Abs. 1 Fachliche Weisungen der BA). Eine gesicherte Rechtsposition liegt in diesem Punkt freilich nicht vor, da höchstrichterlich bisher nicht entschieden wurde, ob die bAV zum Equal Pay gehört, diese Rechtsfrage in der einschlägigen Literatur sehr umstritten ist und auch die BA selbst in ihren Fachlichen Weisungen die bAV im Gegensatz bspw. zu vermögenswirksamen Leistungen nicht als relevanten Entgeltbestandteil aufzählt. Somit scheint die Behörde davon auszugehen, dass die bAV nicht zum Equal Pay gehört.

3 FORMELLER EINSATZBEGRIFF

Für die Bestimmung der Überlassungsdauer in Bezug auf einen einzelnen Mitarbeiter ist die vertragliche Vereinbarung der Überlassung zwischen Verleiher und Entleiher maßgeblich (formeller Einsatzbegriff; vgl. Ziff. 1.2.1 Abs. 2. Fachliche Weisungen der BA). Es kommt darauf an, ob der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag beendet wird. Das bedeutet im Falle eines Einzelarbeitnehmerüberlassungsvertrags, dass dieser z. B. gekündigt oder ein Arbeitnehmer ersetzt wird. Bei einem Rahmen- oder Sammelüberlassungsvertrag über nicht namentlich bezeichnete Zeitarbeitnehmer, kann dies geschehen, indem die später konkretisierten Zeitarbeitnehmer durch den Verleiher und/oder den Entleiher abgemeldet werden (Motz, BeckOK ArbR, 2018, § 8 AÜG Rdnr. 189). Hinsichtlich der Abmeldung ist aus Dokumentationsgründen Textform zu empfehlen (z. B. per Mail). Unproduktive Zeiten, arbeitsfreie Tage oder planmäßig arbeitsfreie Samstage oder Sonntage sind demnach

Überlassungszeit, sofern der Einsatz nicht zuvor formell beendet wurde. Ist Letzteres hingegen der Fall, ist der Fristlauf gehemmt – die Uhr wird sozusagen nur gestoppt – und der Unterbrechungszeitraum, inklusive aller unproduktiven Zeiten, die in diesen Unterbrechungszeitraum fallen, zählt nicht mit zum Einsatz (Ulrici, AÜG-Kommentar, § 8 Rdnr. 82). Bei einer parallelen Überlassung des Zeitarbeitnehmers an unterschiedliche Kunden (bspw. regelmäßige Kurzeinsätze einer Reinigungskraft) ist demnach jeder Einsatz separat zu betrachten und zu beenden (Pütz, DB 2017, S. 425 ff.). Bezugsobjekt für die Berechnung der Einsatzdauer ist nach herrschender Rechtsauffassung das Unternehmen, also der Rechtsträger (z. B. eine GmbH), hingegen nicht der Konzern oder der Betrieb. Ein Einsatz beginnt bei null, wenn die Unterbrechung in Bezug auf ein bestimmtes Unternehmen mehr als drei Monate andauert hat.

4 ETWAIGE KORREKTUR AM ENDE DES ÜBERLASSUNGSZEITRAUMS

Der Zeitarbeitnehmer hat Anspruch auf Zahlung einer Equal-Pay-Zulage, wenn der wirtschaftliche Gesamtwert der von Seiten des Personaldienstleisters erbrachten Leistungen hinter denjenigen Leistungen zurückbleibt, die der Zeitarbeitnehmer bei einer Direktanstellung beim Kunden erwarten könnte. Das bedeutet: Auf der einen Seite ist das Entgelt zu ermitteln, das der Zeitarbeitnehmer nach den Regelungen insbesondere der Tarifwerke der Zeitarbeit (iGZ-DGB-Tarifwerk/BAP-DGB-Tarifwerk) sowie dem Arbeitsvertrag beanspruchen kann (Säule 1). Auf der anderen Seite wird das Entgelt ermittelt, das der Kunde für eine vergleichbare Tätigkeit zahlt (Säule 2). Hier muss man grundsätzlich alle Entgeltbestandteile berücksichtigen, die unter den weiten Entgeltbegriff fallen. Da dem Personaldienstleister die internen Entgeltstrukturen i. d. R. nicht bekannt sind, teilt der Kunde dem Personaldienstleister mit, welches Entgelt eine bei ihm beschäftigte und mit dem Zeitarbeitnehmer vergleichbare Stammkraft erhält. Nun sind Säule 1 (Entgelt beim Personaldienstleister) und Säule 2 (Entgelt im Kundebetriebe) zu vergleichen. Ist das Entgelt, das der Zeitarbeitnehmer beim Kunden erhalte, höher als das bei seinem Arbeitgeber, dem Personaldienstleister, so ist die Differenz durch eine Equal-Pay-Zulage auszugleichen.

Das BAG (Urt. v. 13.3.2013 – 5 AZR 294/12) fordert zur Ermittlung der Höhe des Equal-Pay-Anspruchs einen Gesamtvergleich der Entgelte im Überlassungszeitraum. Das bedeutet, dass grundsätzlich an dessen Ende eine Saldierung vorzunehmen ist. Da der 5. Senat (Urt. v. 24.9.2014 – 5 AZR 506/12) auf der anderen Seite jedoch nicht an dem Grundsatz rüttelt, dass die Vergütung ratierlich – also i. d. R. monatlich – fällig wird, sollte praxisgerecht eine monatliche Saldierung der beiden Entgeltsäulen erfolgen. Am Ende des Überlassungszeitraums ist eine Gesamtsaldierung im Sinne eines Korrektivs statthaft, so dass die Verantwortlichen eine Unter- oder Überschreitung des Equal-Pay-Niveaus, die sich im Zuge der monatlichen Abrechnungen ergeben hat, ausgleichen können.

5 BETRIEBSZUGEHÖRIGKEIT ALS ANSPRUCHSVORAUSSETZUNG

Ob Anspruch auf Zahlung eines kundenseitigen Entgeltbestandteils besteht, ist insbesondere bei Einmalbezügen (etwa Jahressonderzahlungen, Weihnachtsgeld) häufig an bestimmte Voraussetzungen wie eine gewisse Betriebszugehörigkeit oder das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Zeitpunkt gebunden. Folglich ist für den Equal-Pay-Vergleich zu prüfen, ob diese Voraussetzungen vom Zeitarbeitnehmer gleichermaßen erfüllt werden.

Für den Zeitarbeitnehmer kann man die Betriebszugehörigkeit anhand der Einsatzdauer beim Kunden (ggf. auch über mehrere Verleiher) bestimmen. Maßgeblich für die Dauer der „Betriebszugehörigkeit“ sind auch hier Beginn und Ende des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags, da die BA für die Einsatzdauer die „vertragliche Vereinbarung der Überlassung zwischen Verleiher und Entleiher“ zugrunde legt. Urlaub oder Krankheit unterbrechen diese Zeitspanne nach Ansicht der Behörde dabei nicht (vgl. aber die Ausführungen zum formellen Einsatzbegriff unter 3). Erst die wirksame Unterbrechung von mehr als drei Monaten lässt die Fristen erneut beginnen. Für die Equal-Pay-Betrachtung sind zudem nur Einsatzzeiten nach dem 1.4.2017 heranzuziehen, da die davor liegenden Zeiträume über die Möglichkeit vom Gleichstellungsgrundsatz auf Basis eines Tarifvertrags abzuweichen, abgedeckt sind. Eine Berücksichtigung der davor liegenden Zeiträume wäre nicht sachgerecht, da dies im Ergebnis zu einem „rückwirkenden Equal Pay“ führen würde.

Knüpft der Anspruch auf eine Leistung an einen bestimmten Stichtag an, bspw. das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses an einem bestimmten Datum im Kundenunternehmen, ist dieser Entgeltbestandteil nur zu berücksichtigen, wenn der Zeitarbeitnehmer zum jeweiligen Stichtag auch im Einsatz beim Kunden war (LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 21.5.2013 – 2 Sa 398/12). Endet die Überlassung vorher, besteht auch kein anteiliger Anspruch des Zeitarbeitnehmers auf die Zahlung.

6 UMRECHNUNG DES MONATSGEHALTS AUF EINEN STUNDENWERT

Da im Kundebetriebe häufig nicht dasselbe Vergütungsmodell wie beim Personaldienstleister zur Anwendung kommt, stellt sich die Frage, für welche Arbeitszeit die vom Kunden genannte Vergütung zu leisten ist. Zwar zählt die Arbeitszeit nicht zum Equal Pay, sondern stellt eine der weiteren in der Leiharbeits-Richtlinie 2008/104/EG genannten wesentlichen Arbeitsbedingungen dar und zählt somit zum Equal Treatment. Dennoch kann der Entgeltvergleich nie losgelöst von der im Kundebetriebe geltenden Arbeitszeit durchgeführt werden: So zahlt bspw. ein Kundebetriebe ein Monatsgehalt bei einer Arbeitszeit von 40 Stunden/Woche; der Personaldienstleister zahlt aber ein Stundenlohn bei variabler Arbeitszeit.

Eine Umrechnung erübrigt sich, wenn auf beiden Seiten das gleiche Vergütungsmodell gelebt wird, z. B. wenn beide – Kundenbetrieb und Personaldienstleister – ihren Mitarbeitern einen Stundenlohn zahlen, der abhängig von der Anzahl der Arbeitstage im Monat ist.

Sofern die Vergütungsmodelle voneinander abweichen, findet allerdings eine Umrechnung statt, um einen direkten Vergleich der Entgelte herzustellen. Hierzu muss ein Stundenwert ermittelt werden, wenn der Kunde ein Monatsgehalt zahlt. Das vom Kunden genannte Monatsgehalt (z. B. 3.000 Euro bei 40 Stunden pro Woche) ist durch die kundenseitige „Sollarbeitszeit“ im konkreten Abrechnungsmonat (z. B. 160 Stunden in einem Monat mit 20 Arbeitstagen) zu dividieren. Der sich hieraus ergebende Stundenwert (nicht Stundenlohn!) ist mit der tatsächlichen Arbeitszeit der Zeitarbeitskraft zu multiplizieren. Der so ermittelte Betrag stellt die Vergütung einer vergleichbaren Stammkraft dar, die nicht unterschritten werden darf. Im Falle einer Teilzeitkraft ergeben sich keine Unterschiede. Auch bei dieser muss der Stundenwert für die tatsächlich gearbeiteten, monatlich variierenden Stunden gezahlt werden. Zahlt der Kunde bspw. ein Festgehalt für eine verstetigte Arbeitszeit von 173,34 Stunden, so ist es sachgerecht, das Festgehalt durch diesen Wert zu dividieren, um so einen Stundenwert zu erhalten.

7 BERÜCKSICHTIGUNG VON KUNDENSEITIGER MEHRARBEIT

Sofern im Kundenbetrieb Regelungen zur Vergütung von Mehrarbeit existieren, müssen diese im Rahmen des Equal-Pay-Vergleichs Berücksichtigung finden. Der Kunde gibt solche Regelungen z. B. in einem Fragebogen an. Existiert keine spezielle Regelung zur Bezahlung von Überstunden, ist für sie die übliche Grundvergütung zu bezahlen. Hier ist dann wieder – wie oben beschrieben – ein Stundenwert zu ermitteln und dieser mit den tatsächlich geleisteten Mehrarbeitsstunden zu multiplizieren (vgl. BAG, Urt. v. 19.2.2014 – 5 AZR 700/12).

Ausnahmsweise erfolgt keine Umrechnung des Gehalts in Bezug auf die tatsächliche Arbeitszeit des Zeitarbeitnehmers für den Fall, dass im Kundenbetrieb eine bestimmte Anzahl von Überstunden mit dem Gehalt abgegolten wird. Erfolgte in diesen Fällen eine Umrechnung, stellte man den Zeitarbeitnehmer besser als die Stammkraft. Das AÜG fordert jedoch lediglich eine Gleich- und nicht etwa eine Besserstellung.

8 WELCHE STUNDEN ZÄHLEN?

Im Rahmen des Equal-Pay-Vergleichs sind alle tatsächlich geleisteten (also produktiven) Stunden relevant. Hinzu kommen Stunden, für die Krankheits- und Urlaubsgütung geleistet werden. Es stellt sich die Frage, ob auch Freizeitausgleich relevant für Equal Pay ist. Das ist zu verneinen. Zwar fallen Mehrarbeitsstunden, die der Zeitarbeitnehmer leistet, in den Equal-Pay-Vergleich, auch wenn sie nicht direkt ausgezahlt werden, sondern auf ein (tarifliches: iGZ-DGB oder BAP-DGB-Tarifwerk)

Arbeitszeitkonto fließen, da es sich hier um tatsächlich geleistete Stunden handelt. Freizeitausgleich zählt aus eben diesem Grunde nicht in den Equal-Pay-Vergleich. Er findet nur dann statt, wenn die tarifliche Sollarbeitszeit des Zeitarbeitnehmers nicht erreicht wird. Demgegenüber wird nicht die Sollarbeitszeit des Kundenbetriebs geschuldet. Denn das hieße, dass man die Arbeitszeit des Kunden übernehme.

Beispiel: Der Zeitarbeitnehmer arbeitet in einem Monat mit 20 Arbeitstagen (Sollarbeitszeit gem. iGZ-DGB-Tarifwerk: 140 Stunden) tatsächlich 126 Stunden im Kundenbetrieb. Dort beträgt die reguläre Arbeitszeit für den Abrechnungsmonat 160 Stunden. Equal Pay wird nicht etwa für 160 Stunden, sondern nur für die tatsächliche Arbeitszeit, also für 120 Stunden geschuldet. 14 Stunden sind mit der Grundvergütung gem. iGZ-DGB-Tarifwerk zu vergüten. Man könnte dies auf die Formel bringen: Arbeitszeitkonto-Aufbau fällt in den Equal-Pay-Vergleich, Arbeitszeitkonto-Abbau hingegen nicht.

9 EQUAL-PAY-NACHWEIS DURCH DEN KUNDEN

Auf Nachfrage hat das BMAS als Aufsichtsbehörde der BA erklärt, dass derzeit kein Anlass dafür gesehen wird, im Rahmen der Ermittlung von Equal Pay einen anderen Prüfmaßstab anzulegen als im Zusammenhang mit der Deckelung der Branchenzuschläge.

Das bedeutet, dass auch im Hinblick auf die Ermittlung von Equal Pay grundsätzlich eine schriftliche Auskunft des Kunden über das Vergleichsentgelt einen ausreichenden Nachweis darstellt. Darüber hinausgehende Nachweise sind nicht erforderlich. Notwendig ist aber stets eine sog. Plausibilitätsprüfung. Eine schriftliche Auskunft des Kunden stellt deshalb keinen geeigneten Nachweis dar, wenn offenkundige Anhaltspunkte vorliegen, die seine Angaben nicht plausibel erscheinen lassen.

10 FAZIT

Trotz der zum Teil noch bestehenden Unsicherheiten in der Behandlung einzelner Entgeltbestandteile, hat sich die Zeitarbeitsbranche der Herausforderung Equal Pay entschieden gestellt. Im intensiven Dialog mit den Kunden wurden die allermeisten praktischen Herausforderungen rechtssicher geklärt. In noch strittigen Bereichen, wie bei der bAV, erscheint es jedoch geboten, den Equal-Pay-Begriff klar zu begrenzen und insbesondere die bAV in der Sphäre des Vertragsarbeitgebers und der Tarifparteien der Zeitarbeitsbranche zu belassen. Ein Aufzwingen der praktisch nicht umsetzbaren, branchenfremden Regelungen wäre hier fehl am Platze. ■

UNSERE AUTOREN



Stefan Sudmann
Leiter Arbeits- und Tarifrecht,
Interessenverband Deutscher
Zeitarbeitsunternehmen e. V.,
iGZ-Bundesgeschäftsstelle,
Münster



Dennis Diederich
Leiter Personal und Recht,
PEAG Personal GmbH,
Duisburg