



D. Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher

Referat Volker Rieble*

unter Mitwirkung von Bernd Wiebauer**

Rn.

| | |
|---|----|
| I. Zwiespalt um die Arbeitnehmerüberlassung | 1 |
| 1. Positive Effekte | 1 |
| 2. Bezahlt mit Zweiteilung der Belegschaft | 3 |
| II. Gewerkschaftsprobleme | 6 |
| 1. Geringer Organisationsgrad der Zeitarbeiter | 6 |
| 2. Folgeprobleme für Gewerkschaften | 9 |
| a) Schwächung der eigenen Position | 9 |
| b) Mitbestimmungsprobleme | 13 |
| 3. Deshalb: Leiharbeitskampagnen | 16 |
| III. Tarifrrechtliche Regulierung beim Entleiher | 21 |
| 1. Beschränkte Tarifmacht beim Entleiher | 21 |
| a) Individualnormen (Entgelt, Arbeitszeit) | 22 |
| b) Betriebsnormen gemäß § 3 Abs. 2 TVG | 24 |
| 2. Ausweichen auf Koalitionsvereinbarung | 31 |
| a) Weite schuldrechtliche Regelungsmacht | 31 |
| b) Aber komplexes Schrankensystem | 33 |
| [1] Arbeitsrecht | 34 |
| [2] Kartellrecht | 38 |
| IV. Mitbestimmungsrechte beim Entleiher | 41 |
| 1. Trennung der betriebsverfassungsrechtlichen „Sphären“ von Verleiher und Entleiher | 42 |
| 2. Informationsrechte | 44 |
| 3. Mitbestimmung über die Arbeitszeit, § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG | 48 |
| 4. Vergütung, § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG | 52 |

* Professor Dr. Volker Rieble ist Inhaber des Lehrstuhls für Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU) und Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der LMU.

** Bernd Wiebauer ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der LMU.

| | | |
|-----|--|----|
| 5. | Ordnung im Betrieb, technische Überwachung, Arbeitsschutz (§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 6, 7 BetrVG) – volle Mitbestimmung | 54 |
| 6. | Personalplanung, § 92 BetrVG | 55 |
| 7. | Beschäftigungssicherung, § 92a BetrVG | 57 |
| 8. | Interne Stellenausschreibung, § 93 BetrVG | 59 |
| 9. | Qualifizierung, § 97 Abs. 2 BetrVG | 61 |
| 10. | Einstellung, § 99 BetrVG | 62 |
| 11. | Eingruppierung, § 99 BetrVG | 68 |
| 12. | Entlassung | 69 |
| 13. | Wirtschaftliche Angelegenheiten, §§ 111 f. BetrVG | 72 |
| | a) Einführung Zeitarbeit als Betriebsänderung? | 72 |
| | b) Rückführung Zeitarbeit als Betriebseinschränkung? | 73 |
| 14. | Massenentlassungsschutz § 17 KSchG? | 76 |
| V. | Freiwillige Betriebsvereinbarungen beim Entleiher | 77 |
| | 1. Zeitarbeitsquote und Überlassungsdauer | 80 |
| | 2. Einstellungsvorrang auf freie Stammarbeitsplätze? | 84 |
| | 3. Auswahl Verleiher | 85 |
| | 4. Vergütung der Zeitarbeitnehmer | 86 |
| | 5. Keine schuldrechtliche Vertragskompetenz des Betriebsrats | 89 |
| VI. | Rechtsrisiken für den Entleiher? | 90 |
| | Diskussion | 95 |

I. Zwiespalt um die Arbeitnehmerüberlassung

1. Positive Effekte

Zeitarbeit wurde in Deutschland lange Zeit als der Sklaverei ähnlicher Mißstand angesehen. Insbesondere die Gewerkschaften haben – zum Schutz der Stammbeschaften – die Leiharbeit verteufelt und dort keine organisatorische Kraft entfaltet. Daß das BVerfG 1967¹ einem generellen Verbot der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung eine Absage erteilte, hatte praktisch keine Wirkung. Für die Wende in der öffentlichen Beurteilung sorgte die langwährende strukturelle Arbeitslosigkeit in den 80er und 90er Jahren. Das Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 wagte zaghaft, mit Leiharbeit Arbeitslosigkeit zu bekämpfen². Aufbauend auf den Empfehlungen der *Hartz-Kommission*³ brachte schließlich das „Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“⁴ eine weitgehende Deregulierung des Sektors⁵. Dem Entleiher verschafft die Leiharbeit zum einen personalwirtschaftliche Flexibilität⁶: Bei kurzfristigem Mehrbedarf kann er auf eine externe Personalreserve zurückgreifen, ohne durch das Kündigungsschutzgesetz belastet zu sein. Zum anderen ermöglicht sie eine Senkung der Personalkosten, vor allem weil Leiharbeiter weniger verdienen als Festangestellte⁷.

Für viele Arbeitssuchende bietet die Leiharbeit einen Weg aus der Arbeitslosigkeit in den Ersten Arbeitsmarkt⁸. Gerade weil der Entleiher sicher sein kann, den Arbeitnehmer später wieder „loszuwerden“, wird er eher geneigt sein, „problematische“ Arbeitnehmer einzustellen. Um die entsprechende Nachfrage zu decken, müssen die Zeitarbeitsfirmen neue Arbeitnehmer einstellen. Als Niedriglohnsektor kann die Leiharbeit für manche „Problemgruppen“ überhaupt erst einen Einstieg in den Arbeitsmarkt ermöglichen⁹. Ist dieser Schritt geschafft, so bleibt allen Leih-

-
- 1 BVerfG 4.4. 1967 – 1 BvR 84/65, BVerfGE 21, 261 ff.
 - 2 Bundestags-Drucksache 10/2102, S. 42.
 - 3 Bericht der Kommission Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, 2002, S. 157.
 - 4 Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12. 2002, BGBl. I 2002, S. 4607.
 - 5 Ausführlich zur Gesetzesgeschichte der Leiharbeit in Deutschland *Klebeck*, Gleichstellung der Leiharbeiter als Verfassungsverstoß, 2004, S. 24 ff.
 - 6 *Müller*, Der vermittlungsorientierte Einsatz von Arbeitnehmerüberlassung in der Personal-Service-Agentur (PSA), 2009, S. 14 f.
 - 7 Ausführlich *Eifler*, Sektorale Deregulierungen im Bereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, 2008, S. 29 ff.
 - 8 *Müller* (Fn. 6), S. 16 f.; *Eifler* (Fn. 7), S. 54 f.
 - 9 *Rieble/Klebeck*, Lohnleichheit für Leiharbeit, NZA 2003, 23; *Müller* (Fn. 6), S. 17.

Arbeitnehmern die Hoffnung auf den „Klebeffekt“ beim Entleiher, die Chance also, dort in eine Festanstellung übernommen zu werden¹⁰. Ob und inwieweit sich dieser „Klebeffekt“ dann verwirklicht, ist eine andere Frage.

2. Bezahlt mit Zweiteilung der Belegschaft

- 3 Kehrseite dieser Vorteile ist eine Zweiklassengesellschaft im Betrieb – die Zeitarbeiter sind eine segmentierte fluide Randbelegschaft im Sinne *Sattelbergers*¹¹. Die Stammebelegschaft erfährt umfassenden rechtlichen Schutz im Normalarbeitsverhältnis mit Kündigungsschutz und effektiver Mitbestimmung sowie „Hochlohnbezahlung“ und vorsorgender Qualifizierung. Der Leiharbeiter hat kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher¹². Der Kündigungsschutz im Verhältnis zum Verleiher schützt nicht seinen Arbeitsplatz beim Entleiher. Zeitarbeit wirkt als beschäftigungssichernder Puffer für die Stammebelegschaft: Bevor sie Stellenstreichungen befürchten muß, müssen die Leiharbeiter gehen; dies sogar von Rechts wegen¹³.
- 4 Auch beim Entgelt werden die Leiharbeiter benachteiligt. Das Gleichstellungsgebot der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und 9 Nr. 2 AÜG greift *de facto* nicht, weil es durch abweichende tarifliche Regelungen nahezu überall

10 Bericht der Kommission Moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (Fn. 3), S. 154.

11 *Sattelberger*, Qualifizierungspolitik als Beitrag zum Schutz des Wissenskapitals: für Unternehmen und „Neue Unternehmer“, in: *Sattelberger/Weiß* (Hrsg.), *Humankapital schafft Shareholder Value*, 1999, S. 125, 132.

12 *Marschall*, in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht* (MünchArbR), Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 175 Rn. 66; *Urban-Crell/Schulz*, *Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung*, 2003, Rn. 472; *Thüsing*, AÜG, 2. Aufl. 2008, Einl. Rn. 37; *Wank*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (ErfK), 9. Aufl. 2009, Einl. AÜG Rn. 32; *Walker*, *Rechtsverhältnisse bei der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung und Schadensersatzansprüche des Entleihers wegen Schlechtleistung*, AcP 194 (1994), 295, 306 f.; *Reinsch*, *Das Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter*, 2009, S. 249.

13 LAG Hamm 5.3. 2007 – 11 Sa 1338/06, EzAÜG KSchG Nr. 18 = LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 78 = DB 2007, 1701; *Kittner/Deinert*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger*, *Kündigungsschutzrecht*, 7. Aufl. 2008, § 1 KSchG Rn. 373; *Griebeling*, in: *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz* (KR), 8. Aufl. 2007, § 1 KSchG Rn. 528; *Düwell/Dahl*, *Leiharbeiter: First in, first out*, DB 2007, 1699 ff.; einschränkend *Kiel*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Hrsg.), *Kündigungsrecht*, 3. Aufl. 2007, § 1 KSchG Rn. 568; anderer Ansicht *Löwisch/Spinner*, KSchG, 9. Aufl. 2004, § 1 Rn. 276; *Simon/Greßlin*, *Abbau von Leiharbeit vor betriebsbedingten Kündigungen?*, BB 2007, 2454 ff.

verdrängt wird¹⁴. Es war auch gar nicht so ernst gemeint. Das BAG hat die Zulässigkeit solcher Tarifverträge bereits unter Hinweis auf die Richtigkeitsgewähr tariflich ausgehandelter Entgelte bestätigt¹⁵; eine Inhaltskontrolle nach AGB-Recht scheidet gemäß § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB aus¹⁶. So profitiert die Stammebelegschaft von Sozialleistungen ihres Arbeitgebers (zum Beispiel betriebliche Altersversorgung, Werkskindergarten etc.), die den entliehenen Kollegen vorenthalten bleiben. Auch von Qualifizierungsmaßnahmen bleiben diese vielfach ausgenommen. Investitionen in sie lohnen sich – für den Entleiher – weniger, weil die Verbleibzeit im Betrieb nicht absehbar ist.

Ob die neue Leiharbeitsrichtlinie der EU (2008/104/EG¹⁷) daran etwas ändern wird, bleibt abzuwarten. Gemäß Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie ist das Gleichstellungsgebot auch künftig „unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern“ tarifdispositiv. Diesen Vorgaben genügt die uneingeschränkte Ausnahme zugunsten tariflicher Regelungen in §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 und 9 Nr. 2 AÜG womöglich nicht¹⁸. Indes kann mit der Richtlinie auch keine Tarifizensur begründet werden, die danach früge, ob der verschlechternde Tarifvertrag „insgesamt noch angemessene Arbeitsbedingungen“ für Leiharbeiter bietet – kurz also: ob das Delta zur Gleichstellung zu groß ist. Die Tarifautonomie ist auch in Europa geschützt – und verträgt keine allgemeine Angemessenheitskontrolle¹⁹. Die Umsetzungsfrist läuft bis Dezember 2011.

14 *Schüren*, in: Schüren/Hamann (Hrsg.), AÜG, 3. Aufl. 2007, § 9 Rn. 107; *Kramme/Kremer*, Leiharbeitsrecht – Der Status quo und die notwendigen Reformen, AiB 2009, 66, 67; *Schindele*, Tarifpolitik auf den Kopf gestellt, AuR 2008, 31, 32; *Ulber*, AÜG, 3. Aufl. 2006, § 9 Rn. 228; *Müller* (Fn. 6), S. 37. Eine Übersicht über die von den christlichen Gewerkschaften und denen des DGB abgeschlossenen Tarifverträge gibt *Kowalski*, Leiharbeit als neue Beschäftigungsform, 2006, S. 43 ff.

15 BAG 24.3. 2003 – 5 AZR 303/03, EzA § 138 BGB 2002 Nr. 2 = AP Nr. 59 zu § 138 BGB = NZA 2004, 971.

16 *Schüren*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 9 Rn. 113.

17 Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11. 2008 über Leiharbeit (Amtsblatt EU 2008 L 327/9).

18 *Fuchs*, Das Gleichbehandlungsgebot in der Leiharbeit nach der neuen Leiharbeitsrichtlinie, NZA 2009, 57, 61.

19 In diese Richtung aber – gerade für die Zeitarbeitsverträge *Schüren*, Tarifunfähigkeit der CGZP wegen Missbrauchs der tariflichen Normsetzungsbefugnis in der Leiharbeit, AuR 2008, 239 ff.

II. Gewerkschaftsprobleme

1. Geringer Organisationsgrad der Zeitarbeiter

- 6 Weil die DGB-Gewerkschaften die Leiharbeit über Jahrzehnte als „moderne Sklavenhaltung“²⁰ abgetan hatten, verweigerten sie den Abschluß von Tarifverträgen für die Branche²¹ und organisierten die Beschäftigten nicht.
- 7 Hinzu kommt die tarifpolitische Anomalie der Zeitarbeit: Die – ökonomisch unsinnige und auch nicht ernsthaft gewollte – Gleichstellung der Zeitarbeiter mit den Stammebelegschaften²² sorgt dafür, daß die Gewerkschaften bei der Nutzung der Tarifdispositivität nur nachteilige Abweichungen vereinbaren können²³. Die durch die Entgeltgleichstellung „künstlich verschaffte“ Verhandlungsmacht wendet sich organisationspolitisch gegen sie: Wer wird Mitglied einer Gewerkschaft, wenn deren Tarifverträge nur zur Verschlechterung gesetzlicher Arbeitsbedingungen führen können?
- 8 Historische Abneigung und dysfunktionale Tariffunktion einerseits treffen auf Arbeitnehmer, die auf eine Zukunft außerhalb der Zeitarbeit hoffen, dieselbe also nur für ein Durchgangsstadium halten. Der extrem geringe Organisationsgrad von etwa 3 %²⁴ läßt an der Tariffähigkeit zweifeln. Die christliche Tarifgemeinschaft ist vom ArbG Berlin jüngst für tarifunfähig gehalten worden²⁵. Ein Triumph der DGB-Gewerkschaften ist nicht zu

20 Wiedergabe der Position des DGB im 5. Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG, Bundestags-Drucksache 10/1934; *Ulber* (Fn. 14), Einl. C Rn. 10 ff; weitere Nachweise bei *Klebeck* (Fn. 5), S. 20 Fn. 34.

21 Stellungnahme des DGB im 6. Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG, Bundestags-Drucksache 11/2639, S. 22.

22 Zur Verfassungsmäßigkeit der AÜG-Reform BVerfG 29.12. 2004 – 1 BvR 2283/03, AP Nr. 2 zu § 3 AEntG = NZA 2005, 153 = DB 2005, 110; *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23 ff.; *Klebeck* (Fn. 5), S. 45 ff.; *Bayreuther*, Tarifpolitik im Spiegel der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, NZA 2005, 341; *Schüren*, Die Verfassungsmäßigkeit der Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – ein Rückblick mit Ausblicken, RdA 2006, 303.

23 Oben Fn. 14.

24 *Böhm/Hennig/Popp*, Zeitarbeit, 2008, Rn. 958; *Boemke/Lembke*, AÜG, 2. Aufl. 2005, § 9 Rn. 102; *Schüren*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 14), § 9 Rn. 115; *Ulber* (Fn. 14), § 9 Rn. 188 ff.; *Thüsing/Lembke*, Zeitarbeit im Spannungsverhältnis von Dienstleistungsfreiheit und Tarifautonomie, ZfA 2007, 87, 92.

25 ArbG Berlin 1.4. 2009 – 35 BV 17008/08, Pressemitteilung 9/2009 vom 1.4. 2009 (nicht rechtskräftig); zum Streit um die Tariffähigkeit der CGZP vgl. nur *Schüren*, Tarifunfähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften

vernehmen. Für die Zeitarbeit als eigenständige Branche fehlt auch der DGB-Tarifgemeinschaft womöglich die Mächtigkeit²⁶.

2. Folgeprobleme für Gewerkschaften

a) Schwächung der eigenen Position

Der mangelnde Organisationsgrad birgt für die Gewerkschaften zwei 9 Schwachpunkte: Wenig Beitragszahler (löst Quersubvention innerhalb der Gewerkschaft aus) und wenige AktivistInnen mindern die Schlagkraft innerhalb der Zeitarbeit. Dort ist ein eigenständiger Arbeitskampf kaum zu führen.

Zudem führt ein wachsender Zeitarbeitnehmeranteil in den Entleiher- 10 betrieben zu einer Minderung der gewerkschaftlichen Kraft. Jene Stammebelegschaft schmälert den Gesamtorganisationsgrad im Betrieb und auch die Gesamtzahl der Vollbeitragszahler. Weil die Zeitarbeitnehmer von der Gewerkschafts- und Betriebsratsarbeit beim Entleiher wenig haben, leidet die Effektivität der Gewerkschaftsarbeit insgesamt. Plastisch zeigt sich das im Arbeitskampf: Zeitarbeitnehmer streiken nicht nur nicht mit; sie verweigern auch nicht die Streikarbeit (§ 11 Abs. 5 AÜG). Mitunter werden Zeitarbeitnehmer sogar gezielt als Arbeitswillige im Kampf gegen den Streik eingesetzt.

Das ist ihnen auch nicht zu verdenken: Sie haben keinen Grund, sich für 11 die Verbesserung von Arbeitsbedingungen einzusetzen, die doch nur die Stammebelegschaft erreicht und ihnen vorenthalten bleibt. Woher soll die Solidarität mit einer Stammebelegschaft kommen, wenn – wie dies derzeit intensiv erfahren wird – die Zeitarbeitnehmer ein Entlassungspuffer für die Stammebelegschaften sind? Das Entlassungsunglück der Zeitarbeitnehmer besorgt die Beschäftigungssicherheit für die Stammebelegschaft.

Der große Erfolg der Zeitarbeit²⁷ – der durch die jetzige Wirtschaftskrise 12 nur unterbrochen ist – schwächt die Position der Gewerkschaften nicht nur im Arbeitskampf, sondern bereits über den Lohnunterbietungswettbewerb in den Tarifverhandlungen. Sind Zeitarbeitnehmer billiger (ohne daß ein entsprechendes Produktivitätsminus gegenüber der Stammebelegschaft zu verzeichnen ist), dann lohnt sich der Austausch von Stamm-

für die Leiharbeitsbranche, NZA 2008, 453 einerseits; *Lembke*, Die Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen, NZA 2007, 1333 andererseits.

26 *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 9 Rn. 127.

27 Nach Angaben der Bundesagentur für Arbeit gab es im Juni 2008 bundesweit 794.000 Leiharbeiter, 541.000 mehr als zehn Jahre zuvor; Bundesagentur für Arbeit (Hrsg.), Der Arbeitsmarkt in Deutschland, 2009, S. 8.

arbeitnehmern gegen Zeitarbeiter – sei es im Rahmen normaler Fluktuation, sei es in Wachstumsphasen. Die Angst gerade vor diesem Unterbietungswettbewerb hat den Kampf der Gewerkschaften gegen die Leiharbeit lange Zeit angetrieben²⁸.

b) Mitbestimmungsprobleme

- 13 Dessen ungeachtet birgt die Zweiteilung der Belegschaft auch für die festangestellten Arbeitnehmer erhebliche Nachteile. Kurzfristig gedacht sichert die Gruppe der Leiharbeiter als Puffer (*first in, first out*) die Arbeitsplätze der Stammbesellschaft. Sinkt der Personalbedarf im Betrieb, so schickt der Arbeitgeber die Zeitarbeiter zurück und kündigt nicht den eigenen Arbeitnehmern. Mittelfristig bedeutet ein steigender Anteil an Zeitarbeitern eine Verkleinerung der Unternehmens- beziehungsweise Betriebsgröße²⁹ und damit auch eine Verkleinerung der Gremien, der Freistellungen im Betriebsrat und den Entfall mancher größenabhängiger Mitbestimmungsregeln³⁰. Nach Rechtsprechung und herrschender Lehre gilt der Grundsatz: Leiharbeitnehmer wählen (§ 7 Satz 2 BetrVG, § 10 Abs. 2 Satz 2 MitbestG, § 5 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG), aber zählen nicht³¹. Insbesondere der Sicherheitsabstand zum Schwellenwert zur paritätischen Mitbestimmung des MitBestG wird in mittelständischen Unternehmen mitunter durch Zeitarbeit gesichert³². Für die Belegschaft besteht also die Gefahr, daß ihr Arbeitgeber verstärkt auf Leiharbeitnehmer setzt, um die Mitbestimmung im Unternehmen zu reduzieren oder gar völlig auszuschalten.
- 14 Eine große Zahl an Leiharbeitnehmern im Betrieb bedeutet für den Betriebsrat zugleich ein Legitimationsproblem. Im Hinblick auf die Zeitarbeiter teilen sich die Betriebsräte im Verleiher- und Entleiherbetrieb die Kompetenzen je nachdem, welcher Arbeitgeber im konkreten Fall die Ent-

28 Klebeck (Fn. 5), S. 22.

29 BAG 16.4. 2003 – 7 ABR 53/02, AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 2002 = EzA § 9 BetrVG 2002 Nr. 1 = NZA 2003, 1345; ebenso Raab, Europäische und nationale Entwicklungen im Recht der Arbeitnehmerüberlassung, ZfA 2003, 389, 434 ff.; Thüsing, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG, 11. Aufl. 2008, § 9 Rn. 7; anderer Ansicht Däubler, Die veränderte Betriebsverfassung, AuR 2001, 285, 286; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier, BetrVG, 24. Aufl. 2008, § 9 Rn. 26 mit weiteren Nachweisen zum Meinungsstand.

30 Eifler (Fn. 7), S. 33 ff.

31 So die Formulierung von P. Hanau, Denkschrift – zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Betriebsverfassungsgesetzes, RdA 2001, 65, 68.

32 Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 2. Aufl. 2006, § 3 MitbestG Rn. 32.

scheidung trifft, die das Mitbestimmungsrecht auslöst³³. Für die Zeitarbeiter ist der Entleiherbetriebsrat also nur eine „halbe Portion“ mit eingeschränkten Rechten.

Auch wenn Zeitarbeiter nach § 7 Satz 2 BetrVG das aktive Wahlrecht zu Betriebsratswahlen haben, versagt ihnen § 14 Abs. 2 Satz 1 AÜG die Wählbarkeit im Entleiherbetrieb. Können sie dort also nicht im Betriebsrat vertreten sein, wirkt sich das auf ihr Zutrauen in die Mitbestimmung aus.

3. Deshalb: Leiharbeitskampagnen

Eben diese Schwierigkeiten bewegen die Gewerkschaften zu unterschiedlichen Leiharbeitskampagnen:

- Politisch soll ein Mindestlohn auch für Leiharbeiter³⁴ den Unterbietungswettbewerb begrenzen und die „Christentarife“ ausschalten. Mit dem Motto „Gleiche Arbeit – Gleiches Geld“ fordert die IG Metall Gleichbehandlung von Stamm- und Leiharbeitnehmern. Die Zeitarbeiter dürfte freilich erstaunen, daß die IG Metall verlangt, „die Regelungen im AÜG wieder zurückzunehmen, die zu einer Ausweitung der Leiharbeit geführt haben“³⁵ – also die Zeitarbeit wieder stramm durchregulieren will. In dieselbe Richtung zielt die Forderung nach einer Streichung der Tariföffnungsklausel für das Gleichstellungsgebot³⁶. Dahinter steht die – angesichts des Erfolgs der Leiharbeit³⁷ nicht unberechtigte – Angst vor dem Verdrängungswettbewerb zu Lasten der Stammsbelegschaft³⁸.
- Daneben treten Bemühungen, die Solidarität zwischen Leiharbeitnehmern und Stammsbelegschaft zu steigern, um zumindest im Entleiherbetrieb effektiven Druck ausüben zu können. Diesem Ziel soll ein gesetzlicher Anspruch der Leiharbeitnehmer auf Festanstellung nach gewisser Beschäftigungsdauer und eine vorrangige Berücksichtigung der Zeitarbeiter bei der Besetzung offener Stellen im Entleiherbetrieb dienen. Dahinter steht die Hoffnung, die Belegschaft zu einen und die Leiharbeitnehmer für Aktionen im Entleiherbetrieb zu gewinnen. Wenn diese zumindest die Perspektive haben, von den erkämpften Verbesserungen später im Rahmen einer Festanstellung

33 BAG 19.6. 2001 – 1 ABR 43/00, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Leiharbeitnehmer = EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 63 = NZA 2001, 1263.

34 Süddeutsche Zeitung online vom 22.1. 2009, <http://www.sueddeutsche.de/politik/986/455661/text/>.

35 Broschüre „Fokus Leiharbeit“ der IG-Metall-Kampagne „Gleiche Arbeit – Gleiches Geld“, S. 25.

36 <http://www.gleichearbeit-gleichesgeld.de/leiharbeit-hintergrund/ziele/politik>.

37 Nachweise oben Fn. 27.

38 Vgl. die Broschüre „Fokus Leiharbeit“ (Fn. 35), S. 11.

zu profitieren, steigt auch ihr Interesse an einer Unterstützung der Stammebelegschaft. Leiharbeitsquoten in Betriebsvereinbarungen³⁹ begrenzen die Zahl der Zeitarbeiter im Betrieb und dienen so dem Erhalt der Stammebelegschaft.

- 18 Im Bemühen um bessere Arbeitsbedingungen hat die DGB-Tarifgemeinschaft die Tarifverträge mit den Arbeitgeberverbänden iGZ und BZA gekündigt; die Verhandlungen über einen neuen sind allerdings gescheitert⁴⁰. Zugleich richten die DGB-Mitglieder ihre Aktivitäten gegen die christlichen Gewerkschaften, die sie als unfaire Konkurrenz empfinden und mit Kampfschriften verfolgen⁴¹.
- 19 Vorerst aber bleibt den DGB-Gewerkschaften nur, ihre Tarifforderungen durch Druck auf die Arbeitgeber durchzusetzen. Der ist freilich gering. Kaum ein Verleiher, der von den Christentarifen profitiert, wird sich etwa auf ein „Fairness-Abkommen“ mit der IG Metall einlassen, das ihn auf die DGB-Tarife verpflichtet⁴². Kampagnen im Verleiherbetrieb versprechen wenig Erfolg, nicht nur wegen des geringen Organisationsgrads der Leiharbeitnehmer. Zeitarbeitsunternehmen unterhalten selbst keine Betriebsstätten, die Arbeitnehmer sind in den Entleiherbetrieben beschäftigt. Darunter leidet auch das Interesse der Belegschaft für ihren eigentlichen Arbeitgeber, zumal die Zeitarbeiter meist auf eine spätere Festanstellung beim Entleiher hoffen. Auf dem Weg dorthin wird auch eine geringe Bezahlung als notwendiges Übel hingenommen, weil diese – als Wettbewerbsvorteil – den Weg zum Entleiher ebnet.
- 20 Schließlich läßt die hohe Fluktuation unter den Zeitarbeitern ein Gemeinschaftsgefühl kaum entstehen. Dementsprechend sind Betriebsräte in Zeitarbeitsunternehmen die Ausnahme⁴³. Für die Gewerkschaften ist es

39 Zum Beispiel Betriebsvereinbarung Leiharbeit im Zusammenhang mit einer Business-Mall (Opel, 29.3. 2004), bereitgestellt von der IG Metall unter http://www.igmetall-zoom.de/PDF/BV/BV%20Opel%203_2004.pdf; Betriebsvereinbarung über den Einsatz von Arbeitnehmern in der Produktion (Ford, 17.7. 2003), bereitgestellt von der IG Metall unter <http://www.igmetall-zoom.de/PDF/BV/Ford%20BV%20Leiharbeit.pdf>.

40 <http://www.gleicharbeit-gleichesgeld.de/leiharbeit-hintergrund/ziele/tarifpolitik>.

41 *Hermandung*, in: IG-Metall-Vorstand (Hrsg.), *Verkauft und verraten – Wie selbsternannte „Gewerkschaften“ Arbeitnehmer und ihre Interessen missachten*, 2009.

42 Zur (vermeintlichen) wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit solcher Abkommen ArbG Frankfurt am Main 27.8. 2008 – 2 Ga 115/08, AuR 2009, 51.

43 Neunter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – AÜG, Bundestags-Drucksache 14/4220, S. 20; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 335; *Böhm/Hennig/Popp* (Fn. 24), Rn. 940.

unter diesen Umständen doppelt schwer, die Arbeitnehmer überhaupt zu erreichen, geschweige denn zu mobilisieren. Als Ausweg suchen sie den Zugriff auf den Entleiher, zum einen über tarifrechtliche Regelungen, zum anderen über die Betriebsverfassung. So stellt die IG Metall „ihren“ Betriebsräten eine Musterbetriebsvereinbarung zur Verfügung, mit der die Gewerkschaftsziele auf betrieblicher Ebene umgesetzt werden sollen⁴⁴.

III. Tarifrechtliche Regulierung beim Entleiher

1. Beschränkte Tarifmacht beim Entleiher

Angenehm wäre es für die Gewerkschaften, wenn sie ihre Ziele durch Tarifverträge mit den Entleihern durchsetzen könnten. Zum einen liegt der Organisationsgrad der Stammbesellschaft in aller Regel deutlich höher als bei den Zeitarbeitern, zum anderen sind die Festangestellten motiviert, Regelungen zum eigenen Schutz vor der Unterbietungskonkurrenz durch Leiharbeiter zu erkämpfen. Diese Vorteile hat auch die IG Metall erkannt und mit den Metall-Arbeitgeberverbänden einen Zusatztarifvertrag über Einsatz und Vergütung der Leiharbeiter bei Airbus geschlossen. Darin wird Airbus verpflichtet, durch Vereinbarungen mit den Verleihern sicherzustellen, daß die Zeitarbeiter von ihrem jeweiligen Arbeitgeber die näher definierte „betriebsübliche Vergütung“ erhalten. Die beschränkte Reichweite der Tarifmacht setzt solchen Bestrebungen jedoch enge Grenzen. 21

a) Individualnormen (Entgelt, Arbeitszeit)

Eine normative Regelung der wesentlichen Arbeitsbedingungen der Zeitarbeiter mit dem Entleiher (beziehungsweise dem Arbeitgeberverband, dem er angehört) scheidet von vornherein aus. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind der Tarifmacht als Partner des Arbeitsverhältnisses unterworfen⁴⁵; zwischen Leiharbeiter und Entleiher besteht aber kein Arbeitsverhältnis⁴⁶. Für das Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeiter und Verleiher fehlt dem Entleiher schlicht die Tarifmacht. Das mag die Gewerkschaft mit dem Verleiher und dessen Arbeitgeberverbänden regeln. 22

Der Airbus-Zeitarbeits-Tarifvertrag⁴⁷ kann deswegen nicht tariflich-normativ gelten. Die Gleichstellung der Leiharbeiter beim Entgelt ist durch Tarifvertrag mit dem Verleiher zu regeln. Diesen Weg hat die IG 23

44 http://www.igmetall-zoom.de/PDF/bv_leiharbeit.pdf.

45 *Löwisch/Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, § 1 Rn. 25.

46 Nachweise oben Fn. 12.

47 Zusatztarifvertrag über den Einsatz und die Vergütung von Leiharbeitnehmern Airbus Deutschland und der IG Metall vom 1.4. 2003; <http://www.igmetall-zoom.de/05/11/Airbus-Zusatztarifvertrag-Verguetung-AUEG-HdO3000407.pdf>

Metall für Zeitarbeiter bei Audi in Ingolstadt beschriftet. 2007 vereinbarte sie mit einem Personaldienstleister die Gleichstellung der Leiharbeitnehmer mit den festangestellten Kollegen bei Audi⁴⁸. Ähnliche Tarifverträge gibt es nach Gewerkschaftsangaben für die Zeitarbeiter bei BMW⁴⁹. So erfreulich das für die betroffenen Arbeitnehmer ist, es wirft doch die tarifrechtliche Gleichbehandlungsfrage⁵⁰ auf: Warum sind solche Vergütungen auf die Tätigkeit der Arbeitnehmer bei bestimmten Entleihern begrenzt, wohingegen bei anderen der allgemeine Tariflohn greift? Daß der jeweilige Entleiher bereit ist, die Kosten der Entgeltaufstockung zu tragen, ist doch kein Sachgrund für diese Ungleichbehandlung. So könnte Tarifpolitik von Dritten gestaltet werden. Im Rahmen der Entgeltgleichheit sind die Leiharbeitnehmer für alle Einsatzorte gleich schutzwürdig. Die Regelung ist unwirksam – ganz ähnlich wie Effektivklauseln⁵¹.

b) Betriebsnormen gemäß § 3 Abs. 2 TVG

- 24 Mit dem Entleiher (oder seinem Arbeitgeberverband) sind tarifvertragliche Regelungen der Leiharbeit also nur möglich, soweit es sich um betriebliche Fragen im Sinne von § 1 Abs. 1 TVG handelt. Betriebsnormen in diesem Sinne regeln nach der Definition des BAG die Organisationsgewalt des Arbeitgebers⁵² beziehungsweise Fragen der Betriebsgestaltung, die sich unmittelbar auf die Organisation und Gestaltung des Betriebs, also der Betriebsmittel und der Belegschaft, beziehen⁵³.
- 25 Hier genügt gemäß § 3 Abs. 2 TVG die Tarifbindung des Arbeitgebers, um den Normen im Betrieb Geltung zu verschaffen. Weil die Zeitarbeiter in den Betrieb des Entleihers eingegliedert werden, können sie nicht generell

48 http://www.igmetall-bayern.de/uploads/media/070831TARIFVERTRAG_Ausloesen_und_Heimfahrten_21_08_07_Abschluss.pdf.

49 <http://www.igmetall-bayern.de/Archiv-Ansicht.33+M5754c66dd15.0.html>.

50 BAG 29.8. 1989 – 3 AZR 370/88, AP Nr. 6 zu § 2 BeschFG 1985 = EZA § 2 BeschFG 1985 Nr. 3 = NZA 1990, 37; BAG 9.10. 1996 – 5 AZR 338/95, AP Nr. 50 zu § 2 BeschFG 1985 = EZA § 2 BeschFG 1985 Nr. 50 = NZA 1997, 728; Löwisch/Rieble (Fn. 45), § 1 Rn. 271; Wiedemann (Hrsg.), TVG, 7. Aufl. 2007, Einl. Rn. 227.

51 BAG 14.2. 1968 – 4 AZR 275/67, AP Nr. 7 zu § 4 TVG Effektivklausel = EZA § 4 TVG Nr. 18 = DB 1968, 1133; BAG 16.6. 2004 – 4 AZR 408/03, AP Nr. 24 zu § 4 TVG Effektivklausel = EZA § 4 TVG Effektivklausel Nr. 3 = NZA 2005, 1420; Löwisch/Rieble (Fn. 45), § 1 Rn. 828; Wank, in: Wiedemann (Fn. 50), § 4 Rn. 531, 537 ff.; anderer Ansicht Stein, in: Kempfen/Zachert (Hrsg.), TVG, 4. Aufl. 2006, § 4 Rn. 385 f.

52 BAG 23.2. 1988 – 3 AZR 300/86, AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen = EZA § 2 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 2 = NZA 1988, 614.

53 BAG 21.1. 1987 – 4 AZR 547/86, AP Nr. 47 zu Art. 9 GG = EZA Art. 9 GG Nr. 42 = NZA 1987, 233; BAG 17.6. 1997 – 1 ABR 3/97, AP Nr. 2 zu § 3 TVG Betriebsnormen = EZA § 99 BetrVG 1972 Einstellung Nr. 4 = NZA 1998, 213.

von den Betriebsnormen ausgenommen sein. Für tarifvertragliche Arbeitsschutzregelungen leuchtet das unmittelbar ein. Die Gefährdung der Beschäftigten hängt nicht davon ab, auf welcher vertraglichen Grundlage sie arbeiten; deshalb treffen die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzpflichten gemäß § 11 Abs. 6 AÜG auch den Entleiher. Bei Solidarnormen, die den Arbeitgeber dazu verpflichten, der gesamten Belegschaft bestimmte Vergünstigungen zukommen zu lassen, läßt sich hingegen über ihre Anwendbarkeit auf die Zeitarbeiter bereits streiten. Eine solche Regelung (etwa über die Einrichtung von Betriebskindergärten) verliert nicht etwa ihren Sinn, wenn sie nur für die Festangestellten gilt.

Aus der Praxis kommt der Vorschlag, Abweichungen vom Gleichstellungsgebot der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG als Betriebsnormen zu qualifizieren, die bereits bei Tarifbindung nur des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis gelten⁵⁴. Wäre das richtig, so wäre es umgekehrt auch denkbar, den Entleiher durch Betriebsnorm auf Arbeitsbedingungen zu verpflichten, die der gesamten Belegschaft und damit – kraft Eingliederung – auch den Zeitarbeitern zugute kämen. Dabei wird allerdings übersehen, daß gerade Entgeltregelungen als „klassische“ Inhaltsnormen im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG die beiderseitige Tarifbindung voraussetzen⁵⁵ – und obendrein ein Arbeitsverhältnis zwischen den Tarifgebundenen. Arbeitsbedingungen können nur insoweit Gegenstand von Betriebsnormen sein, als sie aus dem Betrieb als organisatorischer Einheit resultieren⁵⁶.

Denkbar sind insbesondere *Quotenregelungen*, die den Anteil der Leiharbeitnehmer im Betrieb begrenzen. Nach dem BAG ist die Zusammensetzung der Belegschaft über Betriebsnormen regelbar⁵⁷. Dagegen be-

54 Röder/Krieger, Arbeitnehmerüberlassung: Kein Ausweg aus der equal-pay-Falle?, DB 2006, 2122, 2123; einschränkend aber *dieselben*, Arbeitnehmerüberlassung: Ausweg aus der equal-pay-Falle ein Holzweg?, DB 2007, 168, 170 als Reaktion auf die berechtigte Kritik seitens Böhm, Arbeitnehmerüberlassung: Ausweg aus der equal-pay-Falle ein Holzweg?, DB 2007, 168 f.

55 So die Kritik von Böhm, DB 2007, 168 f.

56 Vgl. BAG 17.6. 1997 – 1 ABR 3/97, AP Nr. 2 zu § 3 TVG Betriebsnormen = EzA § 99 BetrVG 1972 Einstellung Nr. 4 = NZA 1998, 213; Lembke, Die ‚Hartz-Reform‘ des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes, BB 2003, 98, 103; Löwisch/Rieble (Fn. 45), § 1 Rn. 106; Kempen, in: Kempen/Zachert (Fn. 51), § 3 Rn. 22.

57 BAG 26.4. 1990 – 1 ABR 84/87, AP Nr. 57 zu Art. 9 GG = EzA § 4 TVG Druckindustrie Nr. 20 = NZA 1990, 850; BAG 22.1. 1991 – 1 ABR 19/90, AP Nr. 67 zu Art. 12 GG = EzA § 4 TVG Druckindustrie Nr. 22 = NZA 1991, 675; BAG 18.3. 2008 – 1 ABR 81/06, AP Nr. 56 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = EzA § 99 BetrVG 2001 Einstellung Nr. 9 = NZA 2008, 832; Jacobs/Krause/Oetker, Tarifvertragsrecht, 2007, § 4 Rn. 73; Thüsing, in: Wiedemann (Fn. 50), § 1 Rn. 746.

stehen jedoch erhebliche Bedenken, weil Besetzungsregeln ihren Grund gerade nicht in der Wechselbezüglichkeit der Arbeitsbedingungen im Betrieb haben, sondern überbetriebliche Ziele verfolgen⁵⁸. Für die Leiharbeit ist das ganz offensichtlich. Die Gewerkschaften bekämpfen diese Form der Beschäftigung aus grundsätzlichen Erwägungen heraus, um zu verhindern, daß auf diesem Wege die von ihnen über Jahrzehnte erkämpften Arbeitsbedingungen ausgehebelt werden.

- 28 Als betriebliche Frage ließe sich eine Zeitarbeitsquote nur verstehen, wenn sie entweder der Stammbesellschaft oder der Gesamtbesellschaft irgendeinen greifbaren, also nachvollziehbaren Schutz zuwendete. Das ist nicht der Fall. Der Vorteil der Festangestellten aus der Beschränkung der Zeitarbeit besteht allein im Schutz vor billiger Konkurrenz – das ist jedoch keine betriebliche Frage, sondern Folge der Entgeltregelungen. Ließe man einen Konkurrenzschutz *qua* Betriebsnorm zu, so wären praktisch alle Arbeitsbedingungen durch Betriebsnorm regelbar – unabhängig von der Tarifbindung der betroffenen Arbeitnehmer! Auch könnte man so das individualschützende Günstigkeitsprinzip aushebeln. Unter dem allein maßgeblichen Gesichtspunkt der Arbeitsorganisation beeinträchtigt die Beschäftigung der Leiharbeitnehmer kein schutzwürdiges Interesse der Stammbesellschaft. Damit besteht schon keine Tarifmacht für solche Quoten. Auf die Frage, ob Zeitarbeitsquoten unverhältnismäßig in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers wie der Zeitarbeitnehmer eingreifen, kommt es nicht mehr an.
- 29 Ebenso wenig läßt sich die *Einsatzdauer* der Leiharbeitnehmer im Betrieb durch Betriebsnorm begrenzen. Damit wäre zwar das arbeitsmarktpolitische Ziel zu erreichen, die Stammbesellschaft vor der Billigkonkurrenz durch Zeitarbeiter zu schützen – ein konkret betriebsbezogenes Schutzbedürfnis fehlt wiederum. Im Gegenteil: Der kurzfristige Einsatz wechselnder Zeitarbeiter im Betrieb verhindert eher das Entstehen einer Betriebsgemeinschaft und steht daher nicht im Interesse der Besetzung.

Auch ein *Einstellungsvorrang* für Zeitarbeiter auf offene Stellen des Entleihers kann nicht tariflich begründet werden. Die überwiegende Meinung hält zwar dafür, daß tarifliche Einstellungsgebote möglich seien, sofern

58 *Löwisch/Rieble* (Fn. 45), § 1 Rn. 114; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rn. 1499 ff., 1632 ff.; dagegen *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 50), § 1 Rn. 746, der die Verfolgung arbeitsmarktpolitischer Ziele durch Betriebsnormen ausdrücklich für zulässig hält; allgemein dazu *Picker*, Tarifmacht und tarifvertragliche Arbeitsmarktpolitik, ZfA 1998, 573 ff.

ein Arbeitsplatz frei ist⁵⁹. Ein Einstellungsanspruch ließe sich dann aber nur den Gewerkschaftsmitgliedern als Individualnorm zuwenden. Richtigerweise indes kann der Tarifvertrag das Arbeitsverhältnis, an das die Tarifmacht anknüpft, nicht selbst hervorbringen. Abschlußnormen können nur das „Wie“ der Begründung von Arbeitsverhältnissen regeln, aber nicht das „Ob“⁶⁰.

Als Betriebsnorm ist immerhin eine tarifliche Auswahlrichtlinie vergleichbar § 95 BetrVG denkbar. Insoweit könnte die im Entleiherbetrieb bereits gewonnene Arbeitserfahrung als Eignungskriterium gesehen werden. 30

2. Ausweichen auf Koalitionsvereinbarung

a) Weite schuldrechtliche Regelungsmacht

Scheitert die normative Tarifmacht, bietet sich der Ausweg schuldrechtlicher Vereinbarungen an. Für solche Koalitionsvereinbarungen gelten die Schranken des § 1 Abs. 1 TVG nicht, so daß auch Regelungen möglich sind, die durch Tarifvertrag nicht getroffen werden könnten⁶¹. Weil schuldrechtliche Vereinbarungen über Arbeitsbedingungen nicht normativ gelten, können sie nur mit dem Entleiher selbst getroffen werden – der hierbei von seinem Arbeitgeberverband vertreten werden kann. Zugunsten der Zeitarbeitnehmer können solche Koalitionsverträge als echter berechtigender Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB Ansprüche auch der Zeitarbeitnehmer gegenüber dem Entleiher hervorbringen. 31

Schuldrechtlich regelbar ist etwa 32

- die Verpflichtung des Entleihers, nur solche Verleiher einzusetzen, die ihre Arbeitnehmer nach DGB-Tarif bezahlen;
- die Zusicherung einer Höchstquote für Zeitarbeiter im Betrieb
- oder die Vereinbarung, Zeitarbeiter bei Neueinstellungen vorrangig zu berücksichtigen.

59 *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 50), § 1 Rn. 609 ff.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, 1997, S. 585; *G. Müller*, Die Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland, 1990, S. 130.

60 *Rieble* (Fn. 58), Rn. 1633; *Löwisch/Rieble* (Fn. 45), § 1 Rn. 94 f.; anderer Ansicht *Thüsing*, in: Wiedemann (Fn. 50), § 1 Rn. 609; *Reim*, in: Däubler (Hrsg.), TVG, 2. Aufl. 2006, § 1 Rn. 295 ff.; *Zachert*, in: Kempen/Zachert (Fn. 51), § 1 Rn. 65. Möglich sind deswegen nur Wiedereinstellungsklauseln, *Löwisch/Rieble* (Fn. 45), § 1 Rn. 87.

61 *Löwisch/Rieble* (Fn. 45), Grundlagen Rn. 68; *Zachert*, in: Kempen/Zachert (Fn. 56), § 1 Rn. 731; *Jacobs/Krause/Oetker* (Fn. 57), § 4 Rn. 165.

b) Aber komplexes Schrankensystem

- 33 Auch solche Koalitionsvereinbarungen unterliegen jedoch gesetzlichen Grenzen.

[1] Arbeitsrecht

- 34 Die Durchsetzung der DGB-Tarife in der Verleiherbranche auf dem Umweg über den Entleiher ist unmittelbar gegen die Geltung der konkurrierenden Christentarifverträge gerichtet. Zwar verzichten die Klauseln darauf, die Tarifgebundenheit für DGB-Tarife zu verlangen; sonst nämlich würde für die Verleiher ein schlechthin unzulässiger Eintrittsdruck in diejenigen Arbeitgeberverbände der Zeitarbeit erzeugt, die diese Tarife vereinbart haben. Die Vereinbarungen wären unmittelbar nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nichtig.
- 35 Doch ist es ebenso unzulässig, fremden (wirksamen!) Tarifverträgen mittelbar die Geltung zu nehmen. In der Burda-Entscheidung hat das BAG die faktische Tarifgeltung zur Koalitionsbetätigung gerechnet und zur Abwehr dieses Unrechts einen Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB gewährt⁶². Auch hier wird mit den schuldrechtlichen Abkommen „das Ziel verfolgt, normativ geltende Tarifbestimmungen zu verdrängen“, und deswegen haben die Tarifparteien der verdrängten Tarifverträge einen Unterlassungsanspruch – immer vorausgesetzt, daß die Christentarife wirksam sind. Zudem kommt nach herrschender Meinung auch die Nichtigkeit solcher Vereinbarungen wegen der gezielten Störung fremder konkurrierender Koalitionsbetätigung nach Art. 9 Abs. 3 GG in Betracht – wenn man nicht mit einem zutreffenden Ansatz diese scharfe Nichtigkeitsfolge der unmittelbaren Drittwirkung begrenzt und bloße Störungen der Koalitionsbetätigung ausnimmt⁶³.
- 36 Im Kern versuchen die DGB-Gewerkschaften eine mittelbare *Tarifzensur*: Die Christentarife sollen als „minderwertig“ abgetan und ausgeschaltet werden. Es kommt aber weder dem Staat noch gar konkurrierenden Koalitionen zu, über die Tarifgeltung nach Angemessenheits- oder Funktionskriterien zu entscheiden.
- 37 Überdies greift solch eine extern aufgezwungene Zusatzvergütung in die Mitbestimmungsrechte des Verleiherbetriebsrats ein (wenn dieser besteht). Denn hier wird die innerbetriebliche Entgeltstruktur verschoben, was das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auslöst. Tarifvorrang nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG genießt nur der

62 BAG 20.4. 1999 – 1 ABR 72/98, EzA Art. 9 GG Nr. 65 = AP Nr. 89 zu Art. 9 GG = NZA 1999, 887 = NJW 1999, 3281.

63 *Höfling/Burkiczak*, Die unmittelbare Drittwirkung gemäß Art. 9 Abs. 3 GG, RdA 2004, 263.

normativ geltende Tarifvertrag – nicht die fremde Koalitionsvereinbarung. Angesichts des weiten Wortlauts von § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG kann man darin eine strafbare Betriebsratsbehinderung sehen. Weil es sich um ein Jedermannsdelikt handelt, kommen sowohl der Entleiher als auch Gewerkschaftsfunktionäre als Täter in Betracht. Lediglich das Strafantragserfordernis nach § 119 Abs. 2 BetrVG schränkt die Strafverfolgung stark ein. Wobei ein Verleiherbetriebsrat nichts zu befürchten hat, wenn er einen Strafantrag gegen die Parteien der Koalitionsvereinbarung stellt. Als Verbotsgesetz vernichtet der Straftatbestand die Vereinbarung gemäß § 134 BGB.

[2] Kartellrecht

Ungeachtet der verfassungsrechtlichen Dimension ist der Zugriff der Gewerkschaften auf die Entscheidung des Entleihers bei der Wahl seiner Vertragspartner *kartellrechtlich* fragwürdig. Denn die Arbeitnehmerüberlassung ist eine Dienstleistung („Arbeitnehmerverschaffung“) und als solche nicht dem Arbeitsmarkt, sondern dem Güter- und Dienstleistungsmarkt zuzuordnen. Mithin unterfallen Wettbewerbsbeschränkungen der Kartellkontrolle. Problematisch ist die Verpflichtung auf DGB-Tarife: Das bedeutet einmal eine kollektive vertikale Ausschließlichkeitsbindung, die Verleihunternehmen ohne DGB-Tarif verdrängen soll. Zugleich wird – sobald mehrere Verleihunternehmen erfaßt werden – ein horizontales Konditionenkartell geschaffen, weil die Tarifentgelte unmittelbar auf die Überlassungspreise durchschlagen. Dabei sind allerdings zwei kartellrechtliche Fragen zu klären. Einmal erfaßt das Kartellrecht wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensabstimmungen zwischen Unternehmen. Die Gewerkschaft ist kein Unternehmen⁶⁴. Doch genügt es, wenn ein Nicht-Unternehmen eine Verhaltensabstimmung zwischen mehreren Unternehmen herbeiführt. Überdies muß eine solche Vereinbarung spürbare wettbewerbsbeschränkende Wirkung auslösen. 38

Daß die Gewerkschaften mit ihrem Kampf gegen Zeitarbeit sozialpolitische Ziele verfolgen, ändert hieran nichts. Solche Erwägungen taugen nicht als Kartellrechtfertigungsgrund⁶⁵. Nichts anderes gilt für das europarechtliche Kartellverbot des Art. 81 EGV, das bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung eingreift. Möglich ist nur eine 39

64 ArbG Frankfurt am Main 27.8. 2008 – 2 Ga 115/08, AuR 2009, 51; Rieble, Gewerkschaftsbestechung?, CCZ 2008, 121, 124; Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 17.

65 Zimmer, in Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 194, 208; Nordemann, in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, Bd. 2, 2006, § 1 Rn. 246; Emmerich, Kartellrecht, 11. Aufl. 2008, § 21 Rn. 50, 57; Rieble (Fn. 58), Rn. 472.

Freistellung nach § 81 Abs. 3 EGV oder § 2 GWB. Lediglich die Tarifverträge der Verleiher schlagen „immanent“ wettbewerbsbeschränkend auf die Preise der tarifgebundenen Arbeitgeber durch.

- 40 Für den Entleiher sind solche Abreden keineswegs risikolos. Ihm drohen Bußgelder nach § 81 GWB und Schadenersatzansprüche ausgeschlossener Zeitarbeitsunternehmen nach § 33 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 3 GWB. Gewerkschaften droht eine Haftung als Anstifter des Wettbewerbsverstoßes nach § 830 Abs. 2 BGB mit Gesamtschuldnerausgleich.

Für Unternehmensverantwortliche werden solche Abreden zum kartellrechtlichen *Compliance*-Problem. Die Begründung von Schadenersatzverbindlichkeiten kann sogar in eine Untreuestrafbarkeit münden⁶⁶.

IV. Mitbestimmungsrechte beim Entleiher

- 41 Während der Tarifvertrag typischerweise beim Verleiher als Arbeitgeber ansetzen muß, knüpft die Betriebsverfassung weitaus stärker an die tatsächliche Beschäftigung beim Entleiher an und kann dort die betriebsorganisatorischen Fragen aufnehmen. Hinzu kommt, daß in Zeitarbeitsunternehmen nur selten Betriebsräte errichtet sind.

1. Trennung der betriebsverfassungsrechtlichen „Sphären“ von Verleiher und Entleiher

- 42 Die Eingliederung des Leiharbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Entleihers bringt es mit sich, daß der Verleiher-Betriebsrat nicht alle Aufgaben nach dem BetrVG wahrnehmen kann, weil der Entleiherbetrieb nicht seiner Einflußsphäre unterliegt⁶⁷. Der jeweilige Betriebsrat ist stets auf seinen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber beschränkt und gegenüber anderen Arbeitgebern weder rechts- noch beteiligtenfähig.
- 43 Umgekehrt ist dem beim Entleiher bestehenden Betriebsrat eine Einflußnahme auf die Arbeitsverträge zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer verwehrt⁶⁸. Zwar hat das AÜG die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung der Zeitarbeiter und die Abgrenzung der Betriebsratsbefug-

66 *Dierlamm*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MünchKommStGB), Bd. 4, 2006, § 266 Rn. 174.

67 BAG 19.6. 2001 – 1 ABR 43/00, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Leiharbeitnehmer = EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 63 = NZA 2001, 1263.

68 BAG 17.6. 2008 – 1 ABR 39/07, AP Nr. 34 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung = EzA § 99 BetrVG 2001 Eingruppierung Nr. 3 = DB 2008, 2658; *Böhm/Hennig/Popp* (Fn. 24), Rn. 917; *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 14 Rn. 116; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 232; *Rost*, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen im Betriebsverfassungsrecht, NZA 1999, 113, 119.

nisse nicht abschließend geregelt⁶⁹. § 14 Abs. 1 AÜG stellt lediglich klar, daß die Eingliederung in den Entleiherbetrieb nicht die Betriebszugehörigkeit zum Verleiherbetrieb beendet. Im Ergebnis teilen sich die Betriebsräte bei Ver- und Entleiher daher die Zuständigkeit für die Leiharbeitnehmer. Das bedeutet: Welcher Betriebsrat zu beteiligen ist, hängt – entsprechend dem Teilhabeprinzip – davon ab, welcher Arbeitgeber die mitbestimmungsbedürftige Entscheidung trifft⁷⁰. In Fragen, die keine arbeitsvertragliche Bindung zum Betriebsinhaber voraussetzen, sondern an die betriebliche Eingliederung des Beschäftigten anknüpfen, ist der Entleiherbetriebsrat für Stammebelegschaft und Leiharbeitnehmer gleichermaßen zuständig⁷¹.

2. Informationsrechte

Die zur Erfüllung seiner Aufgaben aus § 80 Abs. 1 BetrVG erforderlichen Informationen hat der Arbeitgeber gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 zur Verfügung zu stellen. Das gilt, wie Halbsatz 2 der Vorschrift ausdrücklich kundtut, auch für Beschäftigte, die nicht in einem Arbeitsverhältnis zu ihm stehen. 44

Der Unterrichtsanspruch soll den Betriebsrat in die Lage versetzen, in eigener Verantwortung selbst zu prüfen, ob sich für ihn Aufgaben ergeben und ob er zur Wahrnehmung dieser Aufgaben tätig werden muß⁷². Der Arbeitgeber muß ihm deshalb rechtzeitig alle Informationen zukommen lassen, die sich auf die tatsächliche Beschäftigung der Leiharbeitnehmer im Betrieb beziehen, insbesondere also⁷³: 45

-
- 69 BAG 15.12. 1992 – 1 ABR 38/92, AP Nr. 7 zu § 14 AÜG = EzA § 14 AÜG Nr. 3 = NZA 1993, 513; BAG 19.6. 2001 – 1 ABR 43/00, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Leiharbeitnehmer = EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 63 = NZA 2001, 1263; *Thüsing* (Fn. 12), § 14 Rn. 5; *Ulber* (Fn. 14), § 14 Rn. 2; anderer Ansicht *Kreutz*, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), Bd. 1, 8. Aufl. 2005, § 7 Rn. 40; ausführlich zur Betriebszugehörigkeit der Leiharbeitnehmer *Jüttner*, Kollektivrechtliche Auswirkungen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung im Betriebsverfassungsrecht, 2006, S. 57 ff.
- 70 BAG 19.6. 2001 – 1 ABR 43/00, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Leiharbeitnehmer = EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 63 = NZA 2001, 1263.
- 71 *Hamann*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 14), § 14 Rn. 215; *Ulber* (Fn. 14), § 14 Rn. 63; *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 14 Rn. 116; *Rost*, NZA 1999, 113, 118; so wohl auch BAG 31.1. 1989 – 1 ABR 72/87, AP Nr. 33 zu § 80 BetrVG 1972 = EzA § 80 BetrVG 1972 Nr. 34 = NZA 1989, 932.
- 72 BAG 31.1. 1989 – 1 ABR 72/87, AP Nr. 33 zu § 80 BetrVG 1972 = EzA § 80 BetrVG 1972 Nr. 34 = NZA 1989, 932; BAG 8.6. 1999 – 1 ABR 28/97, AP Nr. 57 zu § 80 BetrVG 1972 = EzA § 80 BetrVG 1972 Nr. 44 = NZA 1999, 1345; *Thüsing*, in: *Richardi* (Fn. 29), § 80 Rn. 51.
- 73 *Thüsing* (Fn. 12), § 14 Rn. 113; *Hamann*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 14), § 14 Rn. 228; *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 14 Rn. 95.

Anzahl der Zeitarbeiter und geplante Einsatzdauer,
 Art der Tätigkeit und vorgesehene Arbeitsplätze,
 Qualifikation der Zeitarbeiter.

Nach § 80 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 BetrVG steht dem Betriebsrat zudem ein Anspruch auf Einsicht in die Überlassungsverträge zu⁷⁴.

- 46 Daß der Betriebsrat gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG „umfassend“ zu unterrichten ist, bedeutet jedoch nicht, daß er auch Informationen verlangen könnte, die mit dem konkreten Einsatz der Zeitarbeiter im Betrieb nichts zu tun haben. Informations- und Vorlageansprüche sind durch die Aufgabenbestimmung des § 80 Abs. 1 BetrVG begrenzt⁷⁵. Zur *Vergütung*, die er dem Verleiher zahlt, muß der Entleiher seinem Betriebsrat also keine Angaben machen, weil diese Frage die Eingliederung der Zeitarbeiter in keiner Weise betrifft⁷⁶. Ebenso wenig steht dem Entleiherbetriebsrat ein Auskunftsrecht zur *Tarifbindung* des Verleihers zu, und erst recht kann er keine Einsicht in die Arbeitsverträge zwischen Zeitarbeitern und Verleiher verlangen (zumal der Entleiher diese ohnehin nicht gewähren kann). Hier fehlt dem Entleiherbetriebsrat die Kompetenz. Zwar hat er nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG darüber zu wachen, daß der Arbeitgeber die zugunsten der (Leih-)Arbeitnehmer geltenden Gesetze einhält, und zu diesen Gesetzen zählt auch das AÜG. Fragen, die das Arbeitsverhältnis zwischen den Leiharbeitnehmern und ihrem Vertragsarbeitgeber betreffen, fallen jedoch allein in die Zuständigkeit des Betriebsrats beim Verleiher (sofern dort ein Betriebsrat besteht)⁷⁷. Dazu gehört auch das Gleichstellungsgebot der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG, das allein im Verhältnis zwischen Verleiher und Arbeitnehmer wirkt und keine Pflichten für den Entleiher begründet.
- 47 Der Entleiher-Betriebsrat ist auch dann unzuständig, wenn beim Verleiher kein Betriebsrat besteht. Eine „Auffangzuständigkeit“ ist weder im BetrVG noch im AÜG vorgesehen und würde auch systemwidrig eine legitimationsarme Rechtsbeziehung des Entleiherbetriebsrats zu unterschiedlichen Verleihern begründen.

74 BAG 31.1. 1989 – 1 ABR 72/87, AP Nr. 33 zu § 80 BetrVG 1972 = EZA § 80 BetrVG 1972 Nr. 34 = NZA 1989, 932; BAG 9.7. 1991 – 1 ABR 45/90, AP Nr. 94 zu § 99 BetrVG 1972 = EZA § 99 BetrVG 1972 Nr. 102 = NZA 1992, 275; *Thüsing* (Fn. 12), § 14 Rn. 113; Boemke/Lembke (Fn. 24), § 14 Rn. 96.

75 *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 29), § 80 Rn. 51; *Kraft/Weber*, in: GK-BetrVG, Bd. 2, 8. Aufl. 2005, § 80 Rn. 57.

76 So auch *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 164 zur Informationspflicht auch § 99 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BetrVG.

77 *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 216; *Ulber* (Fn. 14), § 14 Rn. 65.

3. Mitbestimmung über die Arbeitszeit, § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG

Die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG betrifft nicht die arbeitsvertraglich geregelte Dauer der Arbeitszeit, sondern ihre Lage im Rahmen der Arbeitsorganisation im Betrieb⁷⁸. Für diese organisatorische Frage liegt die Zuständigkeit allein beim Entleiherbetriebsrat⁷⁹. Der Entleiher kann also etwa die Leiharbeitnehmer nur zusammen mit dem Betriebsrat einer bestimmten Schicht zuordnen und darf sie auch nicht im Alleingang von einer betrieblichen Gleitzeitregelung ausnehmen⁸⁰. Umgekehrt muß sich der Betriebsrat darauf beschränken, die Interessen der Beschäftigten bei der Verteilung der Arbeitszeit wahrzunehmen. Er darf sein Beteiligungsrecht nicht dazu nutzen, den Einsatz von Zeitarbeitern im Betrieb zu sabotieren.

Dabei kann es auch vorkommen, daß der Einsatz von Leiharbeitnehmern im Betrieb eine Ergänzung der bisherigen Arbeitszeitregeln verlangt. Gelten für die Zeitarbeiter längere tarifliche Arbeitszeiten als für die Stammbesellschaft, so müssen sich der Entleiher und „sein“ Betriebsrat über die Verteilung dieser zusätzlichen Stunden einigen, wenn nicht für die Zeitarbeiter während der Überlassung die geringeren Arbeitszeiten gelten sollen, das Stundendeputat also nicht voll ausgeschöpft wird. Verweigert der Betriebsrat seine Mitwirkung im Bestreben, allen Beschäftigten gleiche Arbeitszeiten zu verschaffen, so kann der Arbeitgeber über die Einigungsstelle eine Lösung erzwingen, § 87 Abs. 2 BetrVG. Es gilt insofern nichts anderes als im Falle der Tarifpluralität. Wenn für einzelne Gruppen von Beschäftigten andere Arbeitszeiten gelten, muß auch deren Lage besonders geregelt werden.

Hinsichtlich der vorübergehenden Verlängerung oder Verkürzung der Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ist zu unterscheiden. Eine Verkürzung berührt nicht die arbeitsvertraglichen Ansprüche der Zeitarbeiter gegen den Verleiher⁸¹; mitzubestimmen hat also allein der Entleiherbetriebsrat. Das gilt auch für eine befristete Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit beim Entleiher, wenn die längeren Arbeitszeiten das

78 Statt aller *Richardi*, in: *Richardi* (Fn. 29), § 87 Rn. 262 mit weiteren Nachweisen.

79 BAG 15.12. 1992 – 1 ABR 38/92, AP Nr. 7 zu § 14 AÜG = EzA § 14 AÜG Nr. 3 = NZA 1993, 513; BAG 19.6. 2001 – 1 ABR 43/00, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Leiharbeitnehmer = EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 63 = NZA 2001, 1263; *Jüttner* (Fn. 69), S. 179; *Erdlenbruch*, Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung gewerbsmäßig überlassener Arbeitnehmer, 1992, S. 129 f.; *Hamann*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 14), § 14 Rn. 240 mit weiteren Nachweisen.

80 *Hamann*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 14), § 14 Rn. 244.

81 *Jüttner* (Fn. 69), S. 184.

(zuvor nicht voll ausgeschöpfte) Stundendeputat der Leiharbeitnehmer nicht überschreiten⁸².

- 51 Wird mit der Überstundenanordnung des Entleihers hingegen die vertragliche Wochenarbeitszeit der Zeitarbeiter überschritten, so bedeutet das einen Eingriff in das Synallagma des Arbeitsvertrags, für den eigentlich der Verleiherbetriebsrat zuständig wäre. Weil der Verleiher im Überlassungsvertrag aber typischerweise sein Direktionsrecht in bezug auf die Leiharbeitnehmer an den Entleiher delegiert, trifft allein letzterer die Entscheidung über die Mehrarbeit⁸³. Als Konsequenz kann auch nur der Entleiherbetriebsrat das Beteiligungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG wahrnehmen⁸⁴. Ohne ein Bestimmungsrecht des Verleihers gibt es kein Mitbestimmungsrecht des Verleiherbetriebsrats⁸⁵. Dieser hat daher nur ganz ausnahmsweise in Arbeitszeitfragen mitzubestimmen: Existieren beim Verleiher betriebsübliche Arbeitszeiten, so löst der vorübergehende Einsatz eines Arbeitnehmers in einem Entleiherbetrieb mit längeren Arbeitszeiten die Mitbestimmung beim Verleiher aus⁸⁶.

4. Vergütung, § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

- 52 Der Entleiherbetriebsrat kann keinen Einfluß darauf nehmen, welche Vergütung der Verleiher seinen Arbeitnehmern zahlt⁸⁷. Zwar dient die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unter anderem der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit⁸⁸ und ist folglich auch berührt, wenn die Leiharbeitnehmer im Betrieb schlechter bezahlt werden als die Festangestellten. Die Mitbestimmung ist aber durch den Machtbereich des Arbeitgebers beschränkt. Weil der Entleiher selbst keine Vergütung

82 *Hamann*, Mitbestimmung des Betriebsrats in Arbeitszeitfragen bei der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, AuR 2002, 322, 328 f.

83 Voraussetzung ist freilich, daß der Arbeitnehmer auf Grundlage seines Arbeitsvertrags überhaupt zu Mehrarbeit auf Weisung des Arbeitgebers verpflichtet ist.

84 *Hamann*, AuR 2002, 322, 328; *Thüsing* (Fn. 12), § 14 Rn. 122; *Raab*, ZfA 2003, 389, 439 f.; anderer Ansicht *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 29), § 93 Rn. 5: gar keine Mitbestimmung.

85 LAG Köln 21.10. 1994 – 13/10 TaBV 45/94, EzAÜG BetrVG Nr. 69 = MDR 1995, 393.

86 BAG 19.6. 2001 – 1 ABR 43/00, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Leiharbeitnehmer = EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 63 = NZA 2001, 1263; *Hamann*, AuR 2002, 322, 327; *Böhm/Hennig/Popp* (Fn. 24), Rn. 923; *Ulber* (Fn. 14), § 14 Rn. 116; anderer Ansicht *Raab*, ZfA 2003, 389, 443.

87 BAG 15.12. 1992 – 1 ABR 38/92, AP Nr. 7 zu § 14 AÜG = EzA § 14 AÜG Nr. 3 = NZA 1993, 513.

88 BAG GS 3.12. 1991 – GS 2/90, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung = EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Lohngestaltung Nr. 30 = NZA 1992, 749; *Richardi*, in: *Richardi* (Fn. 29), § 87 Rn. 730.

schuldet und die Entgeltstruktur beim Verleiher nicht festlegen kann, fehlt es an einem Anknüpfungspunkt für eine Betriebsratsbeteiligung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG beim Entleiher⁸⁹.

Anders liegt der Fall nur, wenn der Entleiher den Zeitarbeitern freiwillig (direkt) Zusatzvergütungen zahlt, beispielsweise in Form von Essensgeld- oder Fahrtkostenzuschüssen. Bei der Verteilung solcher Zuschüsse ist der Entleiherbetriebsrat zu beteiligen⁹⁰. Zu den individualrechtlichen Folgen noch VI.

5. **Ordnung im Betrieb, technische Überwachung, Arbeitsschutz (§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 6, 7 BetrVG) – volle Mitbestimmung**

Regelungen über die tatsächliche Tätigkeit der Beschäftigten im Betrieb, die die vertragliche Grundlage nicht berühren, können nur beim Entleiher getroffen werden, weil nur dieser die Organisationshoheit im Betrieb innehat. Eine Mitwirkung des Verleiherbetriebsrats scheidet aus. Regeln über das Ordnungsverhalten im Betrieb (etwa ein betriebliches Rauchverbot) gelten einheitlich und verbindlich auch für Leiharbeitnehmer (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG)⁹¹. Der Betriebsrat hat deshalb bei der Einigung mit dem Arbeitgeber auch deren Interessen zu schützen⁹². Entsprechendes gilt für die Zustimmung zur Anbringung von Überwachungskameras (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) oder zu einem Arbeitsschutzhandbuch (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG). Die Leiharbeitnehmer sind hier im selben Maße schutzbedürftig wie die Stammbesellschaft, die arbeitsvertragliche Zuordnung spielt keine Rolle⁹³.

6. **Personalplanung, § 92 BetrVG**

Die Beteiligung des Betriebsrats in der Personalplanung dient dazu, die Personalpolitik des Unternehmens objektiv und transparent zu gestalten. Belastungen für die Belegschaft sollen frühzeitig erkannt und Vorsorgemaßnahmen beraten werden⁹⁴. Der im Gesetz nicht definierte Begriff der

89 Rost, NZA 1999, 113, 119; Thüsing (Fn. 12), § 14 Rn. 135; anderer Ansicht Ulber (Fn. 14), § 14 Rn. 125b.

90 Thüsing (Fn. 12), § 14 Rn. 135; Hamann, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 267; Jüttner (Fn. 69), S. 195 f.; Erdlenbruch (Fn. 79), S. 154.

91 Boemke/Lembke (Fn. 24), § 14 Rn. 117; Jüttner (Fn. 69), S. 178; Erdlenbruch (Fn. 79), S. 125.

92 Ulber (Fn. 14), § 14 Rn. 106.

93 BAG 14.5. 1974 – 1 ABR 40/73, AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 6 = DB 1974, 1580; Jüttner (Fn. 69), S. 186 ff.; Erdlenbruch (Fn. 79), S. 139 f., 143.

94 Rose, in: Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai, BetrVG, 7. Aufl. 2008, § 92 Rn. 3; Kraft/Raab, in: GK-BetrVG (Fn. 75), § 92 Rn. 6.

Personalplanung umfaßt die Personalbedarfsplanung, Personaldeckungsplanung (Personalbeschaffung, Personalabbau sowie Personalentwicklung) und Personaleinsatzplanung⁹⁵.

- 56 Der Einsatz von Zeitarbeitern berührt vor allem die Personaldeckungsplanung, also die Frage, wie der (künftige) Bedarf an Arbeitskräften gestellt wird. Der Entleiher muß den Betriebsrat über die geplante Beschäftigung von Leiharbeitnehmern nach § 92 Abs. 1 Satz 1 BetrVG unterrichten und seine Pläne mit ihm gemäß Satz 2 beraten⁹⁶.

7. Beschäftigungssicherung, § 92a BetrVG

- 57 Das Vorschlagsrecht zur Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG erfaßt „alles, was Wirkung auf die Beschäftigungslage haben kann“ – also auch die Zeitarbeit. Der Betriebsrat kann vorschlagen, Zeitarbeitsplätze in Stammarbeitsplätze umzuwandeln, freie Stellen vorrangig mit fest anzustellenden Arbeitnehmern zu besetzen oder zum Schutz der Stammelegschaft einen Personalüberhang durch den Abbau von Leiharbeitsplätzen und nicht durch Kurzarbeit oder betriebsbedingte Kündigungen zu beheben⁹⁷. Letzteres ist freilich schon kündigungsschutzrechtlich geboten⁹⁸.
- 58 Zeitarbeit verhindern kann der Betriebsrat nicht. Der Arbeitgeber muß sich mit den Vorschlägen lediglich auseinandersetzen, kann sie aber (mit Begründung, § 92a Abs. 2 Satz 2 BetrVG) nach Beratung ablehnen. Ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats besteht nicht⁹⁹.

8. Interne Stellenausschreibung, § 93 BetrVG

- 59 Das Recht des Betriebsrats, eine innerbetriebliche Ausschreibung freier Stellen zu verlangen, soll Arbeitnehmern die Möglichkeit zur innerbetrieb-

95 BAG 6.11. 1990 – 1 ABR 60/89, AP Nr. 3 zu § 92 BetrVG 1972 = EzA § 92 BetrVG 1972 Nr. 2 = NZA 1991, 358; *Kolbe*, in: Düwell/Rieble/Weyand (Hrsg.), Praxishandbuch Arbeitsrecht, 2006, Teil 9 Kap. 4.1.1.

96 *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 14 Rn. 133; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 289; *Kraft/Raab*, in: GK-BetrVG (Fn. 75), § 92 Rn. 14; anderer Ansicht *Hunold*, Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in allgemeinen personellen Angelegenheiten (§§ 92-95 BetrVG), DB 1989, 1334, 1335.

97 *Thüsing* (Fn. 12), § 14 Rn. 149; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 291; *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 14 Rn. 134; *Jüttner* (Fn. 69), S. 203.

98 Nachweise oben Fn. 13.

99 *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 29), § 92a Rn. 6; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 291.

lichen Bewerbung eröffnen¹⁰⁰. Wird eine entsprechende Stelle frei, so muß der Arbeitgeber sie nach der Rechtsprechung des BAG intern ausschreiben, auch wenn er sie mit einem freien Mitarbeiter besetzen will¹⁰¹. Nichts anderes gilt, wenn die Stelle mit einem Zeitarbeiter besetzt werden soll¹⁰². Stammarbeitnehmer erlangen die Chance, den Arbeitgeber von ihrer Eignung für die offene Stelle zu überzeugen und ihn womöglich davon abzubringen, gerade diese Stelle mit einem Zeitarbeiter zu besetzen¹⁰³.

Die interne Ausschreibung hindert den Arbeitgeber nicht an der geplanten Stellenbesetzung mit einem Leiharbeitnehmer¹⁰⁴. Der Arbeitgeber kann auch transparenterweise in der Ausschreibung darauf hinweisen, daß er die Besetzung mit einem Zeitarbeitnehmer plant. Daß dies interne Bewerber abschrecken kann, begründet keinen Anspruch des Betriebsrats auf „neutrale Ausschreibung“.

9. Qualifizierung, § 97 Abs. 2 BetrVG

Ob der Entleiher Zeitarbeiter qualifiziert, liegt allein bei ihm. Entscheidet er sich allerdings dafür, so greifen für diese freiwillige Leistung die Beteiligungsrechte des Betriebsrats aus den §§ 96-98 BetrVG¹⁰⁵. Dies gilt jedoch nicht für das Mitbestimmungsrecht aus § 97 Abs. 2 BetrVG, denn dieses dient der Kündigungsprävention¹⁰⁶. Eine Kündigung hat der Zeitarbeitnehmer aber vom Entleiher nicht zu befürchten. Auch ist es nicht Sache des Entleihers, den Zeitarbeitnehmer für andere Einsätze bei Dritten zu qualifizieren.

100 BAG 23.2. 1988 – 1 ABR 82/86, AP Nr. 2 zu § 93 BetrVG 1972 = EzA § 93 BetrVG 1972 Nr. 3 = NZA 1988, 551; *Buschmann*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), BetrVG, 11. Aufl. 2008, § 93 Rn. 1.

101 BAG 27.7. 1993 – 1 ABR 7/93, AP Nr. 3 zu § 93 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 115 = NZA 1994, 92.

102 *Thüsing* (Fn. 12), § 14 Rn. 150; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 292; *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 14 Rn. 135; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier* (Fn. 29), § 93 Rn. 5; *Erdlenbruch* (Fn. 79), S. 169 f.; anderer Ansicht *Kraft/Raab*, in: GK-BetrVG (Fn. 75), § 93 Rn. 8.

103 Anderer Ansicht LAG Niedersachsen 9.8. 2006 – 15 TaBV 53/05, EzAÜG BetrVG Nr. 94, das die interne Ausschreibung in solchen Fällen als „reinen Formalismus“ ablehnt; ebenso *Thüsing* (Fn. 12), § 14 Rn. 150; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 292.

104 Vgl. BAG 27.7. 1993 – 1 ABR 7/93, AP Nr. 3 zu § 93 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 115 = NZA 1994, 92.

105 *Thüsing* (Fn. 12), § 14 Rn. 154; unklar *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 304; ablehnend *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 14 Rn. 138.

106 *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 29), § 97 Rn. 1a; *Raab*, in: GK-BetrVG (Fn. 75), § 97 Rn. 12.

10. Einstellung, § 99 BetrVG

- 62 Die Mitbestimmung bei der Einstellung dient nicht dem Schutz des Bewerbers, sondern den Interessen der Belegschaft, die den Neuen integrieren muß¹⁰⁷. Diese Interessen sind schon dann betroffen, wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer in die betriebliche Organisation eingliedert. Die Arbeitsaufnahme des Leiharbeitnehmers beim Entleiher ist also Einstellung im Sinne von § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG¹⁰⁸. Seit 1982 regelt § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG diesen Fall als „Übernahme eines Leiharbeitnehmers“¹⁰⁹ und verweist auf die Mitbestimmung bei personellen Einzelmaßnahmen. Es handelt sich um eine Rechtsgrundverweisung; die Übernahme von Zeitarbeitern ist also nur in Unternehmen mit in der Regel mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern (inklusive langfristig beschäftigter Zeitarbeiter, § 7 Satz 2 BetrVG¹¹⁰) mitbestimmungsbedürftig¹¹¹.
- 63 Weil die Mitbestimmung an die tatsächliche Beschäftigung des Leiharbeitnehmers in der betrieblichen Arbeitsorganisation anknüpft, muß der Betriebsrat erst der Arbeitsaufnahme zustimmen¹¹². Der Überlassungsvertrag unterliegt ebensowenig der Mitbestimmung wie die Vereinbarung eines „Einsatzpools“ zwischen Ent- und Verleiher, also die Festlegung, welche Leiharbeitnehmer abstrakt für den Arbeitseinsatz in Betracht kommen¹¹³. Zustimmungsbedürftig ist nur die konkrete Beschäftigung des individualisierten Zeitarbeiters im Betrieb. Wird dieser durch einen

107 BAG 5.4. 2001 – 2 AZR 580/99, AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = NZA 2001, 839 = DB 2001, 2403; BAG 18.10. 1994 – 1 ABR 1/94, AP Nr. 5 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 124 = NZA 1995, 281; *Kraft/Raab*, in: GK-BetrVG (Fn. 75), § 99 Rn. 6; anderer Ansicht *Kittner/Bachner*, in: Däubler/Kittner/Kleber (Fn. 100), § 99 Rn. 4; *Ulber* (Fn. 14), § 14 Rn. 155.

108 BAG 14.5. 1974 – 1 ABR 40/73, AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 6 = DB 1974, 1580; BAG 6.6. 1978 – 1 ABR 66/75, AP Nr. 6 zu § 99 BetrVG 1972 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 19 = DB 1978, 1841.

109 Dabei sind „Übernahme“ und „Einstellung“ gleichbedeutend, BAG 17.6. 2008 – 1 ABR 39/07, AP Nr. 34 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung = EzA § 99 BetrVG 2001 Eingruppierung Nr. 3 = DB 2008, 2658.

110 *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 145a.

111 LAG Niedersachsen 26.11. 2007 – 6 TaBV 33/07, juris; *Wensing/Freise*, Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei der Übernahme von Leiharbeitnehmern, BB 2004, 2238; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 144; *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 14 Rn. 98; *Jüttner* (Fn. 69), S. 236; anderer Ansicht *Wank*, in: ErfK (Fn. 12), § 14 AÜG Rn. 18; *Marschall*, in: MünchArbR (Fn. 12); § 175 Rn. 107; *Ulber* (Fn. 14), § 14 Rn. 134.

112 *Wensing/Freise*, BB 2004, 2238, 2239.

113 BAG 23.1. 2008 – 1 ABR 74/06, AP Nr. 14 zu § 14 AÜG = EzA § 99 BetrVG 2001 Einstellung Nr. 8 = NZA 2008, 603.

Kollegen ersetzt, so muß der Entleiher den Betriebsrat erneut beteiligen¹¹⁴. Wechselt der Zeitarbeiter hingegen nur seinen Arbeitgeber, ohne seinen Einsatz beim Entleiher zu unterbrechen, hat der dortige Betriebsrat mangels neuer Eingliederung auch nicht mitzubestimmen¹¹⁵.

Der Betriebsrat hat im Rahmen der Einstellungsmitwirkung nach § 99 BetrVG kein Recht zur Kontrolle der Arbeitsverträge und Arbeitsbedingungen¹¹⁶ – auch nicht bei Leiharbeitnehmern¹¹⁷. Deshalb scheidet jede Tarifkontrolle durch den Entleiher-Betriebsrat aus. Der Entleiher muß „seinen“ Betriebsrat nicht über die materiellen Arbeitsbedingungen des Zeitarbeiters informieren, weder über das genaue Arbeitsentgelt¹¹⁸ noch über die Eingruppierung¹¹⁹. Die Eingruppierungsmitteilung des § 99 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist doch allein für die Eingruppierungsmitwirkung geboten¹²⁰ – diese aber findet durch den Verleiher unter Mitwirkung des Verleiher-Betriebsrats statt¹²¹.

Ein Verstoß des Verleihers gegen das Gleichstellungsgebot der §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und 9 Nr. 2 AÜG begründet kein Verbot der Arbeitsaufnahme und gibt also keinen Grund, die Zustimmung zur Einstellung des Zeitarbeiters zu verweigern¹²².

Ein Informationsrecht des Entleiherbetriebsrats aus § 99 Abs. 1 BetrVG besteht nur, soweit die Informationen für eine Zustimmungsverweigerung

114 ArbG Verden 1.8. 1989 – 2 BV 24/89, EzAÜG § 14 AÜG Betriebsverfassung Nr. 26 = AiB 1989, 318; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 151; *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 14 Rn. 100; *Kittner/Bachner*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Fn. 100), § 99 Rn. 133; anderer Ansicht *Wensing/Freise*, BB 2004, 2238, 2239.

115 LAG Düsseldorf 30.10. 2008 – 15 TaBV 12/08, AuR 2009, 146 (Leitsatz).

116 BAG 28.6. 1994 – 1 ABR 59/93, AP Nr. 4 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 123 = NZA 1995, 387.

117 BAG 12.11. 2002 – 1 ABR 1/02, AP Nr. 41 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = EzA § 99 BetrVG 2001 Nr. 1 = NZA 2003, 513; *Raab*, ZfA 2003, 389, 440.

118 *Erdlenbruch* (Fn. 79), S. 189; *Urban-Crell/Schulz* (Fn. 12), Rn. 1107; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 166; anderer Ansicht *Ulber* (Fn. 14), § 14 Rn. 154.

119 *Erdlenbruch* (Fn. 79), S. 189; *Urban-Crell/Schulz* (Fn. 12), Rn. 1107; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 166; *Wank*, in: ErfK (Fn. 12), § 14 AÜG Rn. 22; anderer Ansicht *Ulber* (Fn. 14), § 14 Rn. 154 und die überholte Entscheidung BAG 9.3. 1976 – 1 ABR 53/74, AuR 1976, 152.

120 *Schlochauer*, in: *Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai* (Fn. 94), § 99 Rn. 82.

121 Dazu sogleich unter 11.

122 LAG Niedersachsen 19.11. 2008 – 15 TaBV 159/07, juris (Leitsätze), nicht rechtskräftig, Aktenzeichen BAG: 1 ABR 2/09; LAG Düsseldorf 30.10. 2008 – 15 TaBV 114/08, juris, nicht rechtskräftig, Aktenzeichen BAG: 1 ABR 12/09.

nach § 99 Abs. 2 BetrVG bedeutsam sein kann¹²³, soweit es also um die Integration des Leiharbeitnehmers in die Belegschaft geht. Dazu zählen¹²⁴ Mitteilungen über die Zahl der Leiharbeitnehmer, ihre Qualifikation und ihre geplante Einsatzdauer. Auch Angaben zur jeweiligen Person muß der Entleiher weitergeben, vorausgesetzt, er verfügt selbst über diese Informationen¹²⁵. Daneben tritt die Angabe zur Erlaubnis des Verleihers gemäß § 14 Abs. 3 Sätze 2 und 3 AÜG.

- 67 Zustimmungsverweigerungen des Betriebsrats kann der Arbeitgeber „elegant“ über die vorläufige Durchführung des Arbeitseinsatzes nach § 100 BetrVG überwinden. Scheitert er am Ende, kann er mit einem neuen Zeitarbeitnehmer mit neuem Spiel neues Glück versuchen. Er riskiert dabei bislang „nur“ Zwangsgelder nach § 23 Abs. 3 BetrVG.

11. Eingruppierung, § 99 BetrVG

- 68 Eine Beteiligung des Entleiherbetriebsrats an der Eingruppierung eines Zeitarbeitnehmers scheitert von vornherein daran, daß der Entleiher keine Eingruppierung vornimmt¹²⁶. Das Mitbestimmungsrecht setzt ein Arbeitsverhältnis des betroffenen Arbeitnehmers zum Betriebsinhaber voraus, und daran fehlt es¹²⁷.

12. Entlassung

- 69 Die „Entlassung“ eines Zeitarbeiters beim Entleiher, also die Einsatzbeendigung im Kundenbetrieb, ist keine Kündigung im Sinne von § 102 Abs. 1 BetrVG¹²⁸. Eine analoge Anwendung scheidet von vornherein aus¹²⁹.

123 *Erdlenbruch* (Fn. 79), S. 185; *Wank*, in: *ErfK* (Fn. 12), § 14 AÜG Rn. 21.

124 Zu alledem *Hamann*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 14), § 14 Rn. 155 ff.; *Erdlenbruch* (Fn. 79), S. 185 ff.

125 Anderer Ansicht *Ulber* (Fn. 14), § 14 Rn. 152, der den Entleiher für verpflichtet hält, sich fehlende Informationen vom Verleiher zu beschaffen.

126 BAG 17.6. 2008 – 1 ABR 39/07, AP Nr. 34 zu § 99 BetrVG 1972 Eingruppierung = *EZA* § 99 BetrVG 2001 Eingruppierung Nr. 3 = DB 2008, 2658; *Hamann*, Betriebsverfassungsrechtliche Auswirkungen der Reform der Betriebsverfassung, *NZA* 2003, 526, 533; *Fröhlich*, Gespaltene Beteiligungsrechte der Betriebsräte bei Einsatz von Leiharbeitnehmern, *ArbRB* 2008, 212, 215; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 29), § 99 Rn. 83; in diese Richtung schon BAG 14.5. 1974 – 1 ABR 40/73, AP Nr. 2 zu § 99 BetrVG 1972 = *EZA* § 99 BetrVG 1972 Nr. 6 = DB 1974, 1580.

127 Oben Fn. 12.

128 *Kittner/Bachner*, in: *Däubler/Kittner/Klebe* (Fn. 100), § 102 Rn. 8; *Ulber* (Fn. 14), § 14 Rn. 184.

129 *Hamann*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 14), § 14 Rn. 315; *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 14 Rn. 142; *Erdlenbruch* (Fn. 79), S. 205 f.; *Urban-Crell/Schulz* (Fn. 12), Rn. 1114; *Thüsing* (Fn. 12), § 14 Rn. 177; *Etzcel*, in: *KR* (Fn. 13), § 102

§ 102 BetrVG flankiert vor allem den individualrechtlichen Kündigungsschutz. Ein allgemeines Mitwirkungsrecht zur Zusammensetzung der Belegschaft gibt es nicht. Eine Einsatzmitbestimmung über § 102 BetrVG geriete zudem in Konflikt mit der Versetzungsmitbestimmung des § 99 BetrVG, die vom Verleiherbetriebsrat auszuüben ist.

Umgekehrt kann der Betriebsrat der Kündigung eines Mitglieds der Stammebelegschaft gestützt auf § 102 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG mit dem Argument widersprechen, der Arbeitnehmer könne auf einem Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden, der aktuell mit einem Leiharbeitnehmer besetzt sei. Ein solcher Arbeitsplatz gilt als kündigungsschutzrechtlich „frei“, und zwar nicht nur, wenn der Leiharbeitnehmer nur vorübergehend eingestellt wurde¹³⁰. Die Flexibilität der Zeitarbeit wirkt zugunsten der Festangestellten.

Der Entleiher kann sich gegenüber dem Widerspruch des Betriebsrats nicht auf ein unternehmerisches Konzept berufen, bestimmte Arbeitsplätze nur noch mit Zeitarbeitern zu besetzen¹³¹. Ein solches Konzept rechtfertigt es zwar, interne Bewerber bei der Neubesetzung einer Stelle nicht zu berücksichtigen, es rechtfertigt aber keine Verdrängung der Stammebelegschaft. Deshalb ist eine Austauschündigung¹³² unzulässig, und deshalb trägt die geplante Beschäftigung von Zeitarbeitern keine Sachgrundbefristung¹³³.

BetrVG Rn. 12; *Fröhlich*, ArbRB 2008, 212, 213; anderer Ansicht *Ramm*, Die Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen, *ZfA* 1973, 263, 292.

130 LAG Hamm 5.3. 2007 – 11 Sa 1338/06, EZAÜG KSchG Nr. 18 = LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 78 = DB 2007, 1701; ArbG Stuttgart 5.6. 1996 – 6 Ga 23/96, NZA-RR 1997, 260 = AiB 1997, 723; *Kittner/Bachner*, in: *Däubler/Kittner/Klebe* (Fn. 100), § 102 Rn. 198; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 29), § 102 Rn. 83; *Koch*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Fn. 13), § 102 BetrVG Rn. 198; *Kittner/Deinert*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger* (Fn. 13), § 1 KSchG Rn. 373; *Etzal*, in: *KR* (Fn. 13), § 102 BetrVG Rn. 163a; *Düwell/Dahl*, DB 2007, 1699 ff.

131 So aber *von Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, 14. Aufl. 2007, § 1 Rn. 751; in diese Richtung auch LAG Köln 7.8. 2006 – 14 Sa 84/06, AuB 2007, 144 (Leit-satz) = juris: Arbeitnehmer kann eine „Änderung der Unternehmensstruktur nicht verlangen“; wie hier *Hamann*, in: *Schüren/Hamann* (Fn. 14), § 14 Rn. 327.

132 BAG 26.9. 1996 – 2 AZR 200/96, AP Nr. 80 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 86 = NZA 1997, 202; BAG 16.12. 2004 – 2 AZR 66/04, AP Nr. 133 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 136 = NZA 2005, 761.

133 BAG 17.1. 2007 – 7 AZR 20/06, AP Nr. 30 zu § 14 TzBfG = EZA § 14 TzBfG Nr. 37 = NZA 2007, 566.

13. Wirtschaftliche Angelegenheiten, §§ 111 f. BetrVG

a) Einführung Zeitarbeit als Betriebsänderung?

- 72 Nach herrschender Meinung muß der Entleiher den Betriebsrat nicht beteiligen, wenn er die grundsätzliche Entscheidung trifft, im Betrieb Zeitarbeitnehmer einzusetzen. Die Einführung von Leiharbeit wird nicht als Betriebsänderung verstanden¹³⁴. Im konkreten Einzelfall kommt womöglich eine grundlegende Änderung der Betriebsorganisation im Sinne von § 111 Satz 3 Nr. 4 BetrVG in Betracht, wenn der Zeitarbeitnehmereinsatz den Betriebsaufbau und die Betriebsabläufe stark verändert¹³⁵. So hat das BAG die Umstellung des Vertriebs von angestellten Außendienstmitarbeitern auf selbständige Handelsvertreter als Betriebsänderung qualifiziert¹³⁶. Ob und inwieweit die Einführung von Zeitarbeit vergleichbare Veränderungen der Betriebsorganisation auslöst, läßt sich nicht allgemein sagen. Anders als freie Mitarbeiter sind auch Zeitarbeitnehmer „wie ein Stammarbeitnehmer“ arbeitsorganisatorisch an das Direktionsrecht des Entleihers gebunden. Vielfach ist einem Arbeitnehmer nicht anzusehen, ob er zur Stammebelegschaft rechnet oder nicht. Der Zeitarbeitnehmereinsatz an sich ist also keine „grundlegende“ Änderung¹³⁷; wohl aber können mit ihm weitere und grundlegende Organisationsänderungen einhergehen.

b) Rückführung Zeitarbeit als Betriebseinschränkung?

- 73 Im umgekehrten Fall, also bei einem Abbau der Zeitarbeitsplätze im Betrieb, kommt eine Betriebseinschränkung (§ 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG) in Betracht. Aus § 112a Abs. 1 BetrVG geht hervor, daß eine solche Betriebseinschränkung auch in einem reinen Personalabbau liegen kann, wenn

134 Hamann, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 326 ff.; Boemke/Lembke (Fn. 24), § 14 Rn. 146; Urban-Crell/Schulz (Fn. 12), Rn. 1136; Thüsing (Fn. 12), § 14 Rn. 183; Jüttner (Fn. 69), S. 278; Fröhlich, ArbRB 2008, 212, 213; anderer Ansicht Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe (Fn. 100), § 111 Rn. 90; differenzierend Ulber (Fn. 14), § 14 Rn. 92.

135 Allgemein BAG 18.3. 2008 – 1 ABR 77/06, AP Nr. 66 zu § 111 BetrVG 1972 = EzA § 111 BetrVG 2001 Nr. 5 = NZA 2008, 957; Hess, in: Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai (Fn. 94), § 111 Rn. 149; ähnlich Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier (Fn. 29), § 111 Rn. 92.

136 BAG 18.11. 2003 – 1 AZR 637/02, AP Nr. 76 zu § 118 BetrVG 1972 = EzA § 118 BetrVG 2001 Nr. 4 = NZA 2004, 741 – obiter dictum.

137 In diese Richtung auch Erdlenbruch (Fn. 79), S. 214.

dieser ein erhebliches Ausmaß erreicht. Die Rechtsprechung orientiert sich bekanntlich an den Schwellenwerten des § 17 Abs. 1 KSchG¹³⁸.

Wiewohl die Leiharbeitnehmer mit der herrschenden Meinung nicht betriebszugehörig sind, weil sie kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher aufweisen¹³⁹, gehören sie doch „irgendwie“ zur Belegschaft¹⁴⁰, weil sie im Sinne von § 99 BetrVG eingegliedert sind. Gleichwohl soll die Rückführung der Zeitarbeit keine Betriebsänderung im Sinne von § 111 BetrVG sein¹⁴¹. Daß den Zeitarbeitnehmern persönlich keine wesentlichen Nachteile drohen, wenn ihr Einsatz beendet wird, ist kein Argument¹⁴². Denn § 111 BetrVG unterstellt die Nachteile gerade, damit ihnen in den Verhandlungen nachgegangen werden kann. Wird in einem Betrieb die Belegschaft um 30 % zurückgefahren, so besteht kein Zweifel, daß damit der Betrieb als Arbeitsorganisation erheblich verändert wird. Ob diese 30 % der Belegschaft normale Arbeitnehmer oder Zeitarbeitnehmer sind, macht für den Betrieb als Organisationseinheit doch keinen Unterschied.

-
- 138 Ständige Rechtsprechung, etwa BAG 28.3. 2006 – 1 ABR 5/05, AP Nr. 12 zu § 112a BetrVG = EzA § 111 BetrVG 2001 Nr. 4 = NZA 2006, 932; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 29), § 111 Rn. 75.
- 139 BAG 18.1. 1989 – 7 ABR 21/88, AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 1972 = EzA § 9 BetrVG 1972 Nr. 4 = NZA 1989, 724; BAG 20.4. 2005 – 7 ABR 20/04, EzA § 14 AÜG Nr. 5 = NZA 2005, 1006 = DB 2005, 1855; *Reichold*, Betriebsverfassung ohne „Betrieb“? – Zur Strukturreform des Betriebsverfassungsgesetzes aus privatrechtsdogmatischer Sicht, NZA 1999, 561, 567 ff.; *Eisemann/Koch*, in: ErfK (Fn. 12), § 7 BetrVG Rn. 2; *Kreutz*, in: GK-BetrVG (Fn. 69), § 7 Rn. 18 f. mit weiteren Nachweisen.
- 140 *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 14 Rn. 58; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 25; *Ulber* (Fn. 14), § 14 Rn. 49a; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 29), § 5 Rn. 237 mit weiteren Nachweisen; anderer Ansicht BAG 18.1. 1989 – 7 ABR 21/88, AP Nr. 1 zu § 9 BetrVG 1972 = EzA § 9 BetrVG 1972 Nr. 4 = NZA 1989, 724; BAG 22.3. 2000 – 7 ABR 34/98, AP Nr. 8 zu § 14 AÜG = EzA § 14 AÜG Nr. 4 = NZA 2000, 1119; BAG 10.3. 2004 – 7 ABR 49/03, AP Nr. 8 zu § 7 BetrVG 1972 = EzA § 9 BetrVG 2001 Nr. 2 = NZA 2004, 1340; *Brose*, Die betriebsverfassungsrechtliche Stellung von Leiharbeitnehmern nach den Änderungen des AÜG, NZA 2005, 797; *Eisemann/Koch*, in: ErfK (Fn. 12), § 7 BetrVG Rn. 6; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 328: „Es ist nicht Sinn und Zweck der §§ 112, 112a BetrVG, Nachteile nicht betriebsangehöriger Arbeitnehmer auszugleichen, die sich aus einer fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ergeben. Hierfür ist allein der vertragliche Arbeitgeber zuständig“.
- 141 *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 328; *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 14 Rn. 146; *Thüsing* (Fn. 12), § 14 Rn. 183; *Erdlenbruch* (Fn. 79), S. 215; *Fröhlich*, ArbRB 2008, 212, 214.
- 142 So *Erdlenbruch* (Fn. 79), S. 215.

- 75 Daß der Tatbestand der Betriebsänderung zu bejahen ist, heißt freilich nicht, daß Interessenausgleich und Sozialplan die Folge wären. Zuerst löst § 111 Satz 1 BetrVG die allgemeine Beratungspflicht aus. Ein Interessenausgleich hingegen kommt nicht in Betracht, weil die Aufrechterhaltung der Arbeitnehmerüberlassung eine reine und notwendig mitbestimmungsfreie¹⁴³ Gütermarktentscheidung des Arbeitgebers ist. Deswegen kann es auch von vornherein keinen Unterlassungsanspruch geben, der den Arbeitgeber zur Aufrechterhaltung der Zeitarbeit zwänge. Mit dem Interessenausgleich entfällt der Nachteilsausgleich. Auch ein Sozialplan kommt nicht in Betracht. Denn die Einsatzbeendigung löst bei den Zeitarbeitnehmern keine Nachteile aus, die dem Entleiher zugerechnet werden könnten¹⁴⁴. Es bewendet also beim bloßen Beratungsrecht.

14. Massentlassungsschutz § 17 KSchG?

- 76 Der Massentlassungsschutz des § 17 Abs. 2 KSchG greift insgesamt nicht, wenn der Entleiher den Zeitarbeitseinsatz beendet. Es fehlt an der „Entlassung“. Der Arbeitsmarkt wird nicht belastet, wenn die Zeitarbeitnehmer zum Verleiher zurückkehren, sondern erst, wenn dieser entläßt. Das gilt erst recht, wenn mit dem EuGH unter „Entlassung“ die Kündigungserklärung zu verstehen ist¹⁴⁵.

V. Freiwillige Betriebsvereinbarungen beim Entleiher

- 77 Weil eine tarifliche Begrenzung der Leiharbeit kaum möglich ist, setzen Gewerkschaften verstärkt auf die Betriebsräte¹⁴⁶. Der Betriebsrat kann stärkeren Druck auf den Entleiher ausüben als die Gewerkschaft. Ungeachtet der begrenzten Reichweite der Mitbestimmung sollen inner-

143 Vgl. BAG 12.11. 2002 – 1 ABR 1/02, AP Nr. 41 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = EzA § 99 BetrVG 2001 Nr. 1 = NZA 2003, 513; LAG Düsseldorf 30.10. 2008 – 15 TaBV 114/08, juris, nicht rechtskräftig, Aktenzeichen BAG: 1 ABR 12/09; *Kleinebrink*, Der Einsatz von Leiharbeitnehmern zwischen unternehmerischer Freiheit und Rechtsmissbrauch, FA 2007, 293.

144 *Urban-Crell/Schulz* (Fn. 12), Rn. 1138; *Thüsing* (Fn. 12), § 14 Rn. 183; *Boemke/Lembke* (Fn. 24), § 14 Rn. 146; *Hamann*, in: Schüren/Hamann (Fn. 14), § 14 Rn. 330; *Erdlenbruch* (Fn. 79), S. 215.

145 EuGH 27.1. 2005 – C-188/03, AP Nr. 18 zu § 17 KSchG 1969 = EzA § 17 KSchG Nr. 13 = NZA 2005, 213; dem folgend BAG 23.3. 2006 – 2 AZR 343/05, AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969 = EzA § 17 KSchG Nr. 16 = NZA 2006, 971; BAG 12.7. 2007 – 2 AZR 699/05, AP Nr. 33 zu § 17 KSchG 1969.

146 So ausdrücklich *Engelen-Kefer* im Vorwort zur 1. Aufl. von *Ulber*, AÜG, 1998. Auch die IG Metall forderte in ihrem Rundbrief an die Betriebe der Metallindustrie vom 26.2. 2003 anlässlich des Tarifabschlusses zwischen DGB und BZA ausdrücklich die Betriebsräte auf, sich für den Einsatz von entsprechend tarifgebundenen Entleihern einzusetzen.

betrieblich über freiwillige Betriebsvereinbarungen allgemeine arbeitsmarktpolitische Ziele durchgesetzt werden.

So stellt die IG Metall im Internet eine *Muster-Betriebsvereinbarung* zur Verfügung, die

einen *Vorrang der Festanstellung* von Arbeitnehmern vorsieht und

dem *Betriebsrat* das Recht einräumt, die *Zustimmung zur Übernahme von Leiharbeitnehmern zu verweigern, wenn der Verleiher nicht dem DGB-Tarif* oder dem Gleichstellungsgebot nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 und 9 Nr. 2 AÜG unterliegt¹⁴⁷.

Ähnliche Regelungen empfiehlt die Hans-Böckler-Stiftung¹⁴⁸. Eine Reihe weiterer Regelungen ist denkbar¹⁴⁹. Betriebsverfassungsrechtlich sind solchen Vereinbarungen freilich enge Grenzen gesetzt.

1. Zeitarbeitsquote und Überlassungsdauer

Die Konditionierung der Leiharbeit im Betrieb erfolgt in der Praxis quantitativ durch Beschäftigtenquoten¹⁵⁰ oder qualitativ durch eine Bindung an vorübergehende Personalengpässe¹⁵¹ und entsprechende zeitliche Schranken (etwa: bis zu zwölf Monate).

Indes fehlt dem Betriebsrat die Kompetenz. Zwar können die Betriebspartner nach herrschender Meinung durch Betriebsvereinbarung alle Arbeitsbedingungen regeln¹⁵². Vereinbarungen über die Zahl der Zeitarbeitnehmer und ihre jeweilige maximale Einsatzdauer betreffen jedoch nicht die Umstände der Arbeitsleistung, sondern binden die Entscheidung des Arbeitgebers über die Auswahl der Beschäftigten. Anders als in

147 Musterbetriebsvereinbarung Leiharbeit der IG Metall, http://www.igmetall-zoom.de/PDF/bv_leiharbeit.pdf.

148 Gestaltungsraaster für Betriebs- und Dienstvereinbarungen Thema Leiharbeit und befristete Beschäftigung, http://www.boeckler.de/pdf/mbf_bvd_gr_leiharbeit2.pdf.

149 Die Hans-Böckler-Stiftung stellt Beispiele aus der Praxis auf ihrer Internetseite zur Verfügung, http://www.boeckler.de/dbbv_92800.html.

150 Punkt 4 der Betriebsvereinbarung Leiharbeit im Zusammenhang mit einer Business-Mall (Opel, 29.3. 2004) (Fn. 39); Punkt 4 der Betriebsvereinbarung über den Einsatz von Arbeitnehmern in der Produktion (Ford, 17.7. 2003) (Fn. 39).

151 Punkt 3 der Betriebsvereinbarung über den Einsatz von Arbeitnehmern in der Produktion (Ford, 17.7. 2003) (Fn. 39).

152 BAG 12.12. 2006 – 1 AZR 96/06, AP Nr. 94 zu § 77 BetrVG 1972 = EzA § 80 BetrVG 2001 Nr. 1 = NZA 2007, 453; Kreutz, in: GK-BetrVG (Fn. 69), § 77 Rn. 83; Fitting/Engels/Schmidt/Trebingen/Linsenmaier (Fn. 29), § 77 Rn. 46.

sozialen Angelegenheiten¹⁵³ kommt dem Betriebsrat in personellen Fragen gerade keine umfassende funktionelle Zuständigkeit zu¹⁵⁴. Für die freie Unternehmerentscheidung des Arbeitgebers, auf welche Weise er den Personalbedarf decken will¹⁵⁵, hat der Betriebsrat nur Mitwirkungsrechte; deswegen scheidet die freiwillige Betriebsvereinbarung aus¹⁵⁶. Das ist hier offenkundig: Weder Zeitarbeitsquoten noch Zeitgrenzen sind individualisierbare Arbeitsbedingungen – weder für die Stammebelegschaft noch für die Zeitarbeitnehmer. Will der Betriebsrat die Zusammensetzung der Belegschaft regeln, bleibt ihm dafür nur die Auswahlrichtlinie nach § 95 BetrVG.

- 82 Lediglich in der Ausnahmesituation einer Betriebsänderung kann der Betriebsrat auf die Zeitarbeit zugreifen. Im Interessenausgleich gemäß § 112 Abs. 1 bis 3 BetrVG sollen die Betriebspartner die Modalitäten der geplanten Betriebsänderung regeln¹⁵⁷. Nur hier ist der Betriebsrat ermächtigt, auf unternehmerisch-wirtschaftliche Entscheidungen zuzugreifen. Das Gesetz schützt die Unternehmerfreiheit, indem der Interessenausgleich zum Schutz des Arbeitgebers notwendig unverbindlich gestellt ist¹⁵⁸ und auch nicht in die Form einer verbindlichen Betriebsvereinbarung gezogen werden kann¹⁵⁹. Der Unternehmer kann sich um

153 Statt aller *Wiese*, in: GK-BetrVG (Fn. 75), Einführung vor § 87 Rn. 3 mit weiteren Nachweisen.

154 *Diehn*, Kein Wiedereinstellungsanspruch durch Betriebsvereinbarung, BB 2006, 1794; *Wiese*, in: GK-BetrVG (Fn. 75), § 88 Rn. 10; anderer Ansicht BAG GS 7.11. 1989 – GS 3/85, AP Nr. 46 zu § 77 BetrVG 1972 = EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 34 = NZA 1990, 816; BAG 29.9. 2004 – 1 AZR 445/03, AP Nr. 16 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung = NZA 2005, 532; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 29), § 88 Rn. 2; *Berg*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Fn. 100), § 88 Rn. 4.

155 Vgl. BAG 12.11. 2002 – 1 ABR 1/02, AP Nr. 41 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung = EzA § 99 BetrVG 2001 Nr. 1 = NZA 2003, 513; LAG Düsseldorf 30.10. 2008 – 15 TaBV 114/08, juris, nicht rechtskräftig, Aktenzeichen BAG: 1 ABR 12/09; *Kleinebrink*, FA 2007, 293.

156 *Diehn*, BB 2006, 1794, 1795.

157 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 29), §§ 112, 112a Rn. 13 ff.

158 BAG 28.8. 1991 – 7 ABR 72/90, AP Nr. 2 zu § 85 ArbGG 1979 = EzA § 113 BetrVG 1972 Nr. 21 = NZA 1992, 41; *Löwisch*, Probleme des Interessenausgleichs, RdA 1989, 216, 217; *Löwisch/Kaiser*, BetrVG, 5. Aufl. 2002, § 112 Rn. 8; anderer Ansicht *Matthes*, Neue Funktionen für Interessenausgleich und Sozialplan, RdA 1999, 178, 180; *Däubler*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Fn. 100), §§ 112, 112a Rn. 16a; *Oetker*, in: GK-BetrVG (Fn. 75), §§ 112, 112a Rn. 53.

159 BGH 15.11. 2000 – XII ZR 197/98, AP Nr. 140 zu § 112 BetrVG 1972 = LM BGB § 1374 Nr. 21 (4/2001) = NJW 2001, 439; *Oetker*, in: GK-BetrVG (Fn. 75), §§ 112, 112a Rn. 50 f.; *Hess*, in: *Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai* (Fn. 94), § 112 Rn. 14.

den „Preis“ von Nachteilsansprüchen der Arbeitnehmer über die Einigung hinwegsetzen.

Das heißt: Solange es nicht um eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses geht (§ 102 Abs. 3 Nr. 4 BetrVG¹⁶⁰), sondern um die Besetzung freier Arbeitsplätze, kann der Betriebsrat keinen allgemeinen Vorrang der Beschäftigung von Stamm-Arbeitnehmern gegenüber Zeitarbeitern durchsetzen. Einen begrenzten Einfluß ermöglichen Auswahlrichtlinien im Sinne von § 95 BetrVG. Dabei handelt es sich um abstrakt-generelle Grundsätze, welche die für die jeweilige personelle Auswahl maßgeblichen fachlichen, persönlichen oder sozialen Gesichtspunkte gewichten¹⁶¹. Zeitarbeitsbegrenzungen lassen sich damit nicht rechtfertigen. Es geht gerade nicht um die personelle Auswahl¹⁶² – sondern um die vorgelagerte Entscheidung, ob Zeitarbeit nachgefragt wird.

2. Einstellungsvorrang auf freie Stammarbeitsplätze?

Das gilt grundsätzlich auch für Regelungen, die vom Arbeitgeber verlangen, im Betrieb bereits beschäftigte Zeitarbeiter bei der Besetzung freier (Stamm-) Arbeitsplätze im Betrieb vorrangig zu berücksichtigen¹⁶³. Eine unmittelbare Verpflichtung des Arbeitgebers auf einen solchen Einstellungsvorrang ist nicht möglich. Anders als bei der Abwehr von Leiharbeitnehmern können *Auswahlrichtlinien* im Sinne von § 95 BetrVG hier durchaus die Arbeitgeberentscheidung beeinflussen. Die bisherige Arbeitserfahrung und die Integration des Zeitarbeiters im Betrieb ist ein relevanter fachlicher oder sozialer Belang.

3. Auswahl Verleiher

Ausgeschlossen sind Regelungen über die Verleiherauswahl – insbesondere nach dessen Tarifbindung¹⁶⁴. Äußerste Grenze der funktionellen Zuständigkeit des Betriebsrats ist der Betrieb. Auf Gütermarktentscheidungen des Arbeitgebers darf er keinen Einfluß nehmen,

160 Dazu oben D.IV.12.

161 BAG 26.7. 2005 – 1 ABR 29/04, AP Nr. 43 zu § 95 BetrVG 1972 = NZA 2005, 1372 = DB 2005, 2530; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 29), § 95 Rn. 7.

162 So aber *Reuter*, Betriebsräte an die Front?, ZfA 2006, 459, 462.

163 Punkt 5 der Betriebsvereinbarung über den Einsatz von Arbeitnehmern in der Produktion (Ford, 17.7. 2003) (Fn. 39).

164 Eine solche Regelung findet sich in Punkt 6 der Betriebsvereinbarung über den Einsatz von Arbeitnehmern in der Produktion (Ford, 17.7. 2003) (Fn. 39). Nach Angaben der IG Metall existiert eine solche Vereinbarung auch zwischen der BMW AG und dem dortigen Gesamtbetriebsrat, <http://www.igmetall-bayern.de/Archiv-Ansicht.33+M5754c66dd15.o.html>.

das übersteigt seine funktionelle Zuständigkeit (*ultra vires*)¹⁶⁵. Überdies darf der Betriebsrat sich nicht für bestimmte Tarifbindungen einsetzen; damit verstößt er gegen seine koalitionspolitische Neutralität (§ 75 BetrVG¹⁶⁶), womöglich auch gegen Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG (oben III.2.b)[1]) und verfolgt überbetriebliche marktordnende und gewerkschaftspolitische Interessen ohne Bezug zur Belegschaft¹⁶⁷. Die von der IG Metall vorgeschlagene Regelung zur Tarifkontrolle ist deshalb nach § 134 BGB unwirksam¹⁶⁸. Weil sich die Betriebsräte offenkundig außerhalb ihres Amtes bewegen, haften sie für jeden Schaden persönlich und unbegrenzt. Überdies sind auch hier *Compliance*-Aspekte zu beachten: Die Arbeitnehmerüberlassung ist eine Gütermarktentscheidung, für die § 299 StGB greift. Sieht man den Betriebsrat als Beauftragten des Arbeitgebers, so kann der systemfremde Einfluß auf Betriebsratsmitglieder, bestimmten Zeitarbeitsunternehmen den „Vorzug“ zu geben, als Korruptionsdelikt verfolgt werden, sobald irgendein Vorteil sichtbar wird¹⁶⁹.

4. Vergütung der Zeitarbeitnehmer

- 86 Scheidet demnach eine Tarifkontrolle aus, so liegt der Versuch nahe, durch Betriebsvereinbarung beim Entleiher direkt die Vergütung der Leiharbeitnehmer zu regeln. So sieht eine Betriebsvereinbarung bei Opel in Bochum aus dem Jahr 2004 die Einstellungsvoraussetzung vor, daß die Leiharbeitnehmer ebenso wie die festangestellten Kollegen bei Opel verdienen¹⁷⁰.
- 87 Weil freilich nicht der Entleiher die Zeitarbeiter bezahlt, bedeutet das faktisch wiederum eine Einflußnahme auf die Auswahl des Verleihers. Zuständig für die Entlohnung der Leiharbeitnehmer ist allein der Verleihbetriebsrat (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG)¹⁷¹. Die Einflußnahme von außen auf die Vergütungsstruktur läßt sich durchaus als strafbare (!)

165 Vgl. Walker, Die freie Unternehmerentscheidung im Arbeitsrecht, ZfA 2004, 501, 523.

166 Kreutz, in: GK-BetrVG (Fn. 69), § 75 Rn. 58; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier (Fn. 29), § 75 Rn. 103; Franzen, Vorteilsregelungen für Gewerkschaftsmitglieder, RdA 2006, 1, 8.

167 Reuter, ZfA 2006, 459, 471.

168 § 75 BetrVG ist Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB, Kreutz, in: GK-BetrVG (Fn. 69), § 75 Rn. 139; Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier (Fn. 29), § 75 Rn. 177.

169 Rieble, CCZ 2008, 121, 123.

170 Punkt 5 der Betriebsvereinbarung Leiharbeit im Zusammenhang mit einer Business-Mall (Opel, 29.3. 2004) (Fn. 39).

171 BAG 15.12. 1992 – 1 ABR 38/92, AP Nr. 7 zu § 14 AÜG = EZA § 14 AÜG Nr. 3 = NZA 1993, 513.

Behinderung der Betriebsratsarbeit im Sinne von § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG sehen.

Ungeachtet dessen scheitert eine Regelung der Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer auf betrieblicher Ebene am Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG. Die Betriebspartner können tarifliche Vergütungsbestandteile nicht modifizieren¹⁷². Der Betriebsrat des Entleiherbetriebs hat nicht nur die für die Stammebelegschaft geltenden Tarifverträge zu achten, sondern ebenso diejenigen der Zeitarbeitnehmer. 88

5. Keine schuldrechtliche Vertragskompetenz des Betriebsrats

Von diesen Fesseln können sich die Betriebspartner nicht dadurch befreien, daß sie auf eine Betriebsvereinbarung verzichten und auf den Abschluß einer rein schuldrechtlich wirkenden Regelungsabrede zurückgreifen. Die Handlungsfreiheit des Betriebsrats ist gesetzlich begrenzt. Als Träger eines privaten Amtes ist er an die Kompetenzen gebunden, die ihm das BetrVG vorgibt. Vertragsfreiheit zur Regelung der eigenen Angelegenheiten kommt ihm nicht zu¹⁷³, weil seine Tätigkeit – anders als die der Gewerkschaften – nicht als Verwirklichung kollektiver Privatautonomie zu sehen ist¹⁷⁴. Die Reichweite seiner funktionellen Zuständigkeit setzt damit auch dem möglichen Gegenstand von Regelungsabreden klare Grenzen¹⁷⁵. 89

VI. Rechtsrisiken für den Entleiher?

Den Entleiher können solche Abreden teuer zu stehen kommen. Verpflichtet er sich, den Zeitarbeitern selbst Leistungen zukommen zu lassen, um sie den Festangestellten gleichzustellen, wirft das die Frage nach dem Rechtsgrund auf. Wird ein Entgelt für zusätzliche Arbeitsleistung gezahlt (etwa die Aufstockung der Arbeitszeit eines beim Verleiher nur in Teilzeit beschäftigten Zeitarbeiters), so begründet das ohne weiteres ein *Zweitarbeitsverhältnis*¹⁷⁶. Die Konsequenzen wiegen schwer: Der Entleiher bleibt weiter an den Überlassungsvertrag mit dem Verleiher gebunden, verliert aber die Vorteile der Arbeitnehmerüberlassung. Als Arbeitnehmer wird der Zeitarbeiter vom KSchG erfaßt; für die Berechnung der Schwellenwerte im Betriebsverfassungsrecht (etwa §§ 9, 95 Abs. 2 90

172 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 29), § 77 Rn. 70.

173 *Rieble/Klumpp/Gistel*, Rechtsmißbrauch in der Betriebsverfassung, 2006, Rn. 26.

174 *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, 1996, S. 99; *Rieble* (Fn. 58), Rn. 1531.

175 *Kreutz*, in: GK-BetrVG (Fn. 69), § 77 Rn. 14.

176 *Ulber* (Fn. 14), § 1 Rn. 32, § 12 Rn. 24 f.

Satz 1, 99 Abs. 1 Satz 1, 106 Abs. 1 Satz 1, 111 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) zählt er voll mit.

- 91 Aber auch wenn der Entleiher nur die Gleichstellung der Externen mit der Stammbesellschaft im Sinne hat, ohne daß der Zeitarbeiter zusätzliche Arbeit erbringt, handelt es sich in der Sache um Gegenleistungen für die Arbeitsleistung. Damit scheidet die Annahme einer Schenkung in der Regel mangels Unentgeltlichkeit aus. Geringfügige sozialadäquate Leistungen wird man als unschädlich ansehen können, etwa die Teilhabe der Externen an verbilligtem Kantinenessen beim Entleiher. Schon Aufwendungsersatz (etwa ein Fahrtkostenzuschuß) ist problematisch, die Qualifizierung solcher Leistungen ungeklärt. Gegen die Annahme eines Zweitarbeitsverhältnisses in diesen Fällen spricht zumindest die Interessenlage des Entleihers. Er hat keinen Grund, sich einen direkten Anspruch auf eine Leistung zu verschaffen, die er aufgrund des Überlassungsvertrags ohnehin gegenüber dem Verleiher einfordern kann. Andererseits ist ein bloßer Irrtum über die Rechtsfolgen der Zusatzleistung unbeachtlich. Die Konsequenzen eines zweiten Arbeitsverhältnisses wären abenteuerlich: Riefe der Verleiher den Zeitarbeiter zurück, um ihn in einem anderen Betrieb einzusetzen, so bliebe der Arbeitsvertrag zum Entleiher bestehen; eine auflösende Bedingung müßte gemäß § 21 in Verbindung mit § 14 Abs. 4 TzBfG schriftlich vereinbart sein. Der vermeintliche Segen wandelte sich für den Zeitarbeiter zum Fluch, weil er einem Arbeitgeber gegenüber zum Vertragsbruch gezwungen wäre.
- 92 Inwieweit gütermarktbezogene Absprachen mit dem Betriebsrat einer *kartellrechtlichen Kontrolle* unterfallen, ist bislang nicht geklärt. Indes kann der Betriebsrat als Mittler von Ausschließlichkeitsbindungen oder Konditionenkartellen (oben III.2.b)[2]) diese nicht dem Kartellrecht entziehen.
- 93 *Betriebsverfassungsrechtlich* ist § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG zu beachten, der jede Behinderung der Betriebsratsarbeit auch durch Dritte mit Strafe bedroht. Abreden im Entleiherbetrieb über die Vergütung der Leiharbeiter lassen sich als Behinderung des Verleiherbetriebsrats in seiner Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10, 11 BetrVG begreifen.
- 94 Verstößt der Betriebsrat gegen seine koalitionspolitische Neutralitätspflicht und behindert er gezielt die Tarifgeltung der Christentarife, so ist auch insoweit mit Blick auf die Burda-Entscheidung (oben III.2.b)[1]) und § 77 Abs. 3 BetrVG ein Unterlassungsanspruch denkbar, wobei die konkrete Rechtsverfolgung nicht geklärt ist – im Beschlußverfahren gegen den Betriebsrat oder im Urteilsverfahren gegen die verantwortlichen Mit-

glieder¹⁷⁷. Hinzu kommt das besondere Problem, daß § 77 Abs. 3 BetrVG auf die Normalsituation zugeschnitten ist, daß der Betriebsrat für den Vertragsarbeitgeber geltende Tarifverträge unterminiert¹⁷⁸.

-
- 177 Geklärt ist bislang nur, daß die benachteiligte Gewerkschaft bei Verletzung der Neutralitätspflicht den Ausschluß des Mitglieds aus dem Betriebsrat beantragen kann, LAG Köln 15.12. 2000 – 11 TaBV 63/00, LAGE § 23 BetrVG 1972 Nr. 39 = NZA-RR 2001, 371 = MDR 2001, 700.
- 178 BAG 22.3. 2005 – 1 ABR 64/03, AP Nr. 26 zu § 4 TVG Geltungsbereich = EzA § 77 BetrVG 2001 Nr. 10 = NZA 2006, 383; BAG 20.11. 2001 – 1 AZR 12/01, EzA § 77 BetrVG 1972 Nr. 70 = NZA 2002, 872 (Leitsätze); *Kreutz*, in: GK-BetrVG (Fn. 69), § 77 Rn. 76 f.; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 29), § 77 Rn. 67.