



ZAAR

Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

6. ZAAR-Kongreß

„Zukunft der Zeitarbeit“

am

Freitag, 8. Mai 2009

im

Paulaner am Nockherberg

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	2
1. Zeitarbeit und Arbeitskampf	
<u>Helmut Platow</u> Leiter Rechtsabteilung ver.di Bundesvorstand	3
2. Tarifkonkurrenz in der Zeitarbeit und Staatsintervention	
Die Sicht des Bundesverbandes Zeitarbeit	
<u>Ludger Hinsen</u> Hauptgeschäftsführer des Bundesverbandes Zeitarbeit	5
Die Sicht der christlichen Tarifgemeinschaft	
<u>Gunter Smits</u> Generalsekretär des Christlichen Gewerkschaftsbundes	7
3. Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher	
<u>Professor Dr. Volker Rieble</u> Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht	15
4. Sozialrechtliche Rahmenbedingungen der Zeitarbeit	
<u>Professor Dr. Christian Rolfs</u> Universität zu Köln	37
5. Zeitarbeit und betriebsbedingte Kündigung	
<u>Professor Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard)</u> Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn	41

Zukunft der Zeitarbeit

Die Zeitarbeit ist nach Jahrzehnten sozialpolitischen Nischendaseins einer der Beschäftigungsmotoren in der Bundesrepublik. Sie ist in ihrer sozialpolitischen Akzeptanz und ihrem volkswirtschaftlichen Nutzen immer noch umstritten. Die Rechtsfragen der Zeitarbeit definieren eine Sondermarktordnung innerhalb des Arbeitsmarktes. Ordnungspolitische Unsicherheit und der Ruf nach Staatsintervention prägen das Bild. Der 6. ZAAR-Kongreß behandelt in systematischer Zusammenstellung die Kernfragen der Zeitarbeit – Auswirkungen bei der betriebsbedingten Kündigung, Tarifkonkurrenz und Staatsintervention, Regulierung beim Entleiher, sozialrechtliche Rahmenbedingungen sowie Zeitarbeit und Arbeitskampf – und will auf diese Weise die Diskussion über die Zukunft der Zeitarbeit fördern.

Professor Dr. Volker Rieble
Professor Dr. Abbo Junker
Professor Dr. Richard Giesen

Zeitarbeit und Arbeitskampf

Helmut Platow

Leiter Rechtsabteilung ver.di Bundesvorstand

Zeitarbeit und Arbeitskampf

Helmut Platow

Tarifkonkurrenz in der Zeitarbeit und Staatsintervention Die Sicht des Bundesverbandes Zeitarbeit

Ludger Hinsen

Hauptgeschäftsführer des Bundesverbandes Zeitarbeit

Gliederung und Thesen

1. Die Zeitarbeit ist im Guten wie im Schlechten in besonderer Weise von politischen Rahmenbedingungen abhängig und geprägt. Umgekehrt liefert die Zeitarbeit eine Fülle von Themen für die politische Diskussion. Es geht daher nicht um das Ob, sondern um das Wie und die Inhalte von Staatsintervention.
2. Insbesondere die tarifrechtliche Wirklichkeit wird maßgeblich durch die Systematik des AÜG geprägt. Danach herrscht grundsätzlich der im AÜG selbst aber nicht bis in die Einzelheiten geregelte Gleichbehandlungsgrundsatz, es sei denn, Branchentarifverträge treffen abweichende Regelungen. Mithin ist es die „Staatsintervention“ durch das AÜG, die überhaupt erst zu der Tarifkonkurrenz führt. Insbesondere der faktische Entzug der negativen Koalitionsfreiheit durch das AÜG weist dem Gesetzgeber eine besondere Verantwortung für Ausgestaltung und Ergebnisse des Tarifgeschehens zu.
3. Die vor dem Hintergrund der „Staatsintervention“ in die Tarifautonomie durch das AÜG entstandene Tarifkonkurrenz führt zu Ergebnissen, die im Widerspruch zu wesentlichen Zielen der Tarifautonomie steht. Da mehr als 10 Prozent der in der Zeitarbeit Beschäftigten so genannte „Aufstocker“ sind – und dies bei voller Beschäftigung – ist der Staat zu einer weiteren Intervention, nämlich der Gewährung von ergänzenden Sozialleistungen gezwungen. Der Staat, der ansonsten einen fairen Wettbewerb – etwa durch das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb – garantiert, versäumt dies in dem Fall der Zeitarbeit nicht nur; vielmehr ist er es sogar selbst, der den Wettbewerb zu Lasten solcher Unternehmen verfälscht, die ihren Mitarbeitern auskömmliche Löhne zahlen.
4. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit muss der Staat dieses durch seine vorangegangenen Interventionen ausgelöste Problem durch den schonendsten Eingriff beseitigen. Der die Probleme einerseits lösende, andererseits aber die Tarifautonomie weitgehend unangetastet lassende Lösungsweg ist die Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Mindestlohntarifvertrages ausschließlich für diejenigen Einkommensstufen, in denen der Staat ansonsten das Einkommen aufstocken müsste. Anzustreben ist auch in diesem Bereich ein Lohngefüge, das etwa

20 Prozent über dem maßgeblichen Satz nach Hartz IV liegt. Demgegenüber würde die Durchsetzung

- des so genannten „Gleichbehandlungsgrundsatzes“,
- eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohnes oder
- einer so genannten Lohnuntergrenze im AÜG


Eingriffe, die ebenso wie die weitergehende Hinnahme des derzeitigen wettbewerbswidrigen Eingriffes des Staates durch ergänzende Sozialleistungen, eine weitergehende und damit unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Tarifautonomie darstellen.

Tarifkonkurrenz in der Zeitarbeit und Staatsintervention Die Sicht der christlichen Tarifgemeinschaft

Gunter Smits

Generalsekretär des Christlichen Gewerkschaftsbundes

Inhalt

- 
- Überblick
 - Kurzer geschichtlicher Abriss zur Gewerkschaftsbewegung in Deutschland
 - Der Unterschied zwischen Tarifpluralität und Tarifkonkurrenz im Detail
 - Staatsintervention in der Zeitarbeit
 - Zusammenfassung

Kurzer geschichtlicher Abriss zur Gewerkschaftsbewegung in Deutschland

Gewerkschaftspluralismus ist in Deutschland nichts Neues

Neugründungen von christlichen Gewerkschaften schon
1947/1948

Der Dachverband CGB besteht seit 27. Mai 1959

Gewerkschaftspluralismus besteht mit Gründung des von
Gewerkschaften des Deutschen Beamtenbundes und der
Deutschen Angestellten Gewerkschaft seit 1946.

Gewerkschaftstypen

Branchengewerkschaft vs. Berufsgewerkschaft

Unter dem Dach des CGB finden sich beide
Gewerkschaftstypen. Im Selbstverständnis aller Gewerkschaften
im CGB richten auch die Berufsgewerkschaften ihre Tarifpolitik
an allen Beschäftigungsverhältnissen einer Branche / eines
Betriebes aus.

Unterschied in der Tarifpolitik zu anderen
Berufsgewerkschaften, wie z.B. Marburger Bund oder
Vereinigung Cockpit

Gewerkschaftskonkurrenz im Betrieb

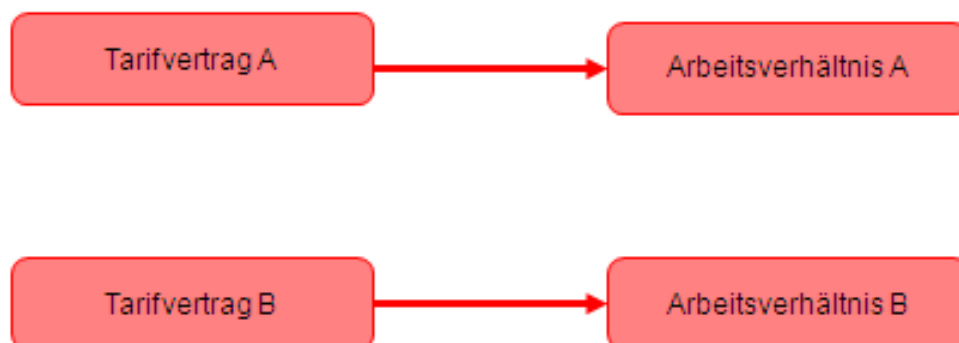
Gewerkschaftskonkurrenz kann nur dann entstehen, wenn mehrere Gewerkschaften in einem Betrieb um alle, oder einen Teil von Beschäftigten werben.

Unterscheidung der Gewerkschaftskonkurrenz in weltanschaulicher Sicht und aus der Berufsdefinition heraus.

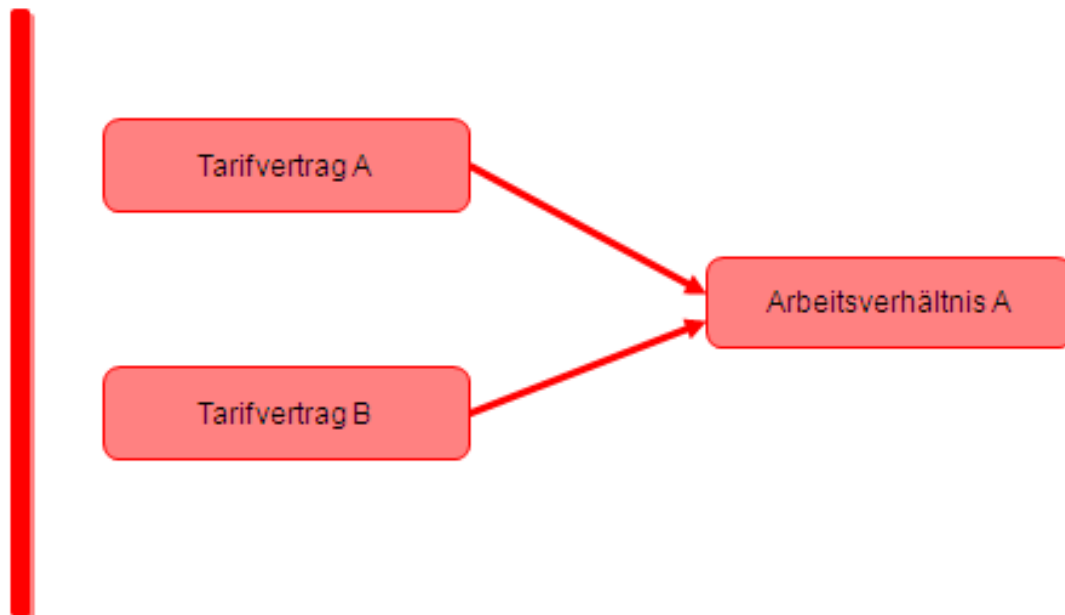
Die Gewerkschaftskonkurrenz ergibt sich aus Art. 9 Abs. 2 GG und ist damit im Prinzip ein verfassungsrechtlich geschützt.

Unterschied Tarifpluralität und Tarifkonkurrenz im Detail

Tarifpluralität



Tarifkonkurrenz



Tarifpluralität und Tarifkonkurrenz im Detail

Tarifeinheit – Spezialitätsgrundsatz (1/2)

- **Vorrang** kommt dabei demjenigen Tarifvertrag zu, der **spezieller** oder auch **betriebsnäher** ist.
 - **Firmentarifvertrag** vor **Flächentarifvertrag**
- Falls Spezialitätsgrundsatz nicht weiter hilft, hat derjenige Tarifvertrag den Vorrang, der den **Betrieb als Ganzes** erfasst (strittig)
 - **Beispiel:** Ein betriebseinheitlicher Tarifvertrag, der auch die Lokführer erfasste, wäre damit spezieller als ein Tarifvertrag, der nur für Lokführer gilt.

Tarifeinheit – Spezialitätsgrundsatz (2/2)

- **Mehrheitsprinzip** findet nach der Rechtsprechung dagegen keine Anwendung.
- Mehrheitsprinzip besagt, dass der Tarifvertrag der Gewerkschaft Vorrang hat, die die **meisten Arbeitnehmer** im Betrieb organisiert.

Tarifpluralität und Tarifkonkurrenz im Detail

am Beispiel der Zeitarbeit

In der Zeitarbeit besteht keine **Tarifkonkurrenz**, sondern **Tarifpluralität**.

Tarifvertragskoalitionen haben unabhängig voneinander Tarifverträge geschlossen. Eine **Auswahl** der Geltung von **Tarifverträgen** in einem **Betrieb** auf ein Arbeitsverhältnis scheint **ausgeschlossen**.

(Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes vom 15. Januar 2009, Az.: 2 AZR 641/07)

Staatsintervention in der Zeitarbeit

Staatsintervention erfolgt bereits dadurch, dass der Gesetzgeber im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz für die Zeitarbeit einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz festgelegt hat.

Der Abschluss von Tarifverträgen in der Zeitarbeit befreit zwar von der Staatsintervention, aber in der öffentlichen Wahrnehmung nur zu Lasten der Zeitarbeitnehmer.

Motivation von Gewerkschaften in der Zeitarbeit Tarifverträge abzuschließen

1. geregeltes verstetigtes Einkommen nur durch Zeitarbeitstarifvertrag garantiert. Equal Pay für Verleihzeitraum, kein Geld für entleihfreie Zeit (so Thüsing AÜG Kommentar. München 2005, § 9 Rd-Nr. 29)
2. geregeltes verstetigtes Monatseinkommen, weil Entgelthöhe unabhängig vom Kundeneinsatz.
3. Es wird angenommen, dass der Gleichstellungsgrundsatz im AÜG im Regelfall den Arbeitnehmer besser stellt, als ein Zeitarbeitstarifvertrag. Ist das wirklich so?

Beispiele

Alle Angaben beziehen sich auf das Land Nordrhein-Westfalen

Einzelhandelskaufmann	1.622 € - 2.066 €
Zeitarbeitnehmer AMP	1.795 €
Hotelkaufmann / Koch	1.529 €
Zeitarbeitnehmer AMP	1.563 €
Versandmitarbeiter Schuhindustrie	1.087 € - 1.418 €
Zeitarbeitnehmer AMP	1.344 €

Quelle: Tarifregister Land NRW

Aktuell kein Mindestlohn in der Zeitarbeit notwendig, mit völliger Freigabe der Arbeitnehmerfreizügigkeit in der EU 2011 ändert sich die Situation.

Ein Gesetzgebungsvorhaben ist voranzutreiben, die einem Entsendeproblem aus dem europäischen Ausland gerecht wird.

CGB verschließt sich keiner Lösung nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz. Das ist das richtige Instrument, jedoch nicht in der bestehenden Fassung des AEntG.

Mindestlohn, aber wie?

Änderung des AEntG

Es ist nicht nur Geltungsbereich nach § 1 Abs. 1 Ziff. 2 zu ändern, sondern auch § 7 Abs. 2 bis 5 AEntG.

Es wird ein Tarifvorrang nach dem Spezialitätsprinzip wird eingefordert.

Was im Mindestarbeitsbedingungengesetz geht, das muss auch im AEntG gehen.

Rechtsverordnungen können dann geschaffen werden, die in jedem Fall der Koalitionsfreiheit gerecht werden, damit verfassungskonform sind.

Änderung Arbeitnehmerüberlassungsgesetz

Es wird eine Klarstellung zum Thema „nachwirkender Tarifvertrag und Befreiung vom equal pay Grundsatz nach § 9 Abs. 2 AÜG“ gefordert.

Aus unserer Sicht kann ein nachwirkender Tarifvertrag nicht vom equal pay Grundsatz befreien.

Es bestehen zu dieser Frage aktuell vielschichtige Interpretationen. Eine Klärung durch die Rechtsprechung ist unwahrscheinlich.

Ohne Klarstellung in unserem Sinne wäre Tarifarbeit in der Zeitarbeit faktisch beendet.

Kollektivarbeitsrechtliche Regulierung beim Entleiher

Professor Dr. Volker Rieble

Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht

- I. Zwiespalt um die Arbeitnehmerüberlassung
 1. Positive Effekte
 2. Bezahlt mit Zweiteilung der Belegschaft
- II. Gewerkschaftsprobleme
 1. Geringer Organisationsgrad der Zeitarbeiter, etwa 3%
 2. Folgeprobleme für Gewerkschaften
 - a. Schwächung der eigenen Position
 - b. Mitbestimmungsprobleme
 3. Deshalb: Leiharbeitskampagnen
- III. Tarifrrechtliche Regulierung beim Entleiher
 1. Beschränkte Tarifmacht beim Entleiher
 - a. Individualnormen (Entgelt, Arbeitszeit)
 - b. Betriebsnormen gemäß § 3 Abs. 2 TVG
 2. Ausweichen auf Koalitionsvereinbarung
- IV. Mitbestimmungsrechte beim Entleiher
 1. Informationsrechte
 2. Mitbestimmung über die Arbeitszeit, § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG
 3. Vergütung, § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG
 4. Ordnung im Betrieb, technische Überwachung, Arbeitsschutz § 87 Abs. 1 Nr. 1, 6, 7 BetrVG) – volle Mitbestimmung
 5. Personalplanung, § 92 BetrVG
 6. Beschäftigungssicherung, § 92a BetrVG
 7. Interne Stellenausschreibung, § 93 BetrVG
 8. Qualifizierung, § 97 Abs. 2 BetrVG
 9. Einstellung, § 99 BetrVG
 10. Eingruppierung, § 99 BetrVG
 11. Entlassung
 12. Wirtschaftliche Angelegenheiten, §§ 111 f. BetrVG
 - a. Einführung Zeitarbeit als Betriebsänderung?
 - b. Rückführung Zeitarbeit als Betriebseinschränkung?
 - c. Folge: Beratungspflicht
 13. Massenentlassungsschutz § 17 KSchG?

V. Freiwillige Betriebsvereinbarungen beim Entleiher

1. Zeitarbeitsquote und Überlassungsdauer
2. Einstellungsvorrang auf freie Stammarbeitsplätze?
3. Auswahl Verleiher
4. Vergütung der Zeitarbeitnehmer
5. Keine schuldrechtliche Vertragskompetenz des Betriebsrats
6. Risiko für den Entleiher?

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 Stammbeschäftigten – die Leiharbeit verteufelt und dort keine organisatorische Kraft entfaltet. Daß das BVerfG 1967 einem generellen Verbot der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung eine Absage erteilte, hat 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 bekämpfen. Aufbauend auf den Empfehlungen der Hartz-Kommission brachte schließlich das „Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt“ eine weitgehende Deregulierung des Sektors. Dem Entleiher verschafft die Leiharbeit zum einen personalwirtschaftliche Flexibilität: 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 Leiharbeitnehmer weniger verdienen als Festangestellte.

Für viele Arbeitssuchende bietet die Leiharbeit einen Weg aus der Arbeitslosigkeit in den Ersten Arbeitsmarkt. 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 ermöglichen. Ist dieser Schritt geschafft, so bleibt allen Leiharbeitnehmern die Hoffnung auf den „Klebeeffekt“ beim Entleiher, die Chance also, dort in eine Festanstellung übernommen zu werden. Ob und inwieweit sich dieser „Klebeeffekt“ dann verwirklicht, ist eine andere Frage.

2. Bezahlt mit Zweiteilung der Belegschaft

Kehrseite dieser Vorteile ist eine Zweiklassengesellschaft im Betrieb – die Zeitarbeitnehmer sind eine segmentierte fluide Randbelegschaft im Sinne Sattelbergers. Die Stammebelegschaft erfährt umfassenden rechtlichen Schutz im Normalarbeitsverhältnis mit Kündigungsschutz und effektiver Mitbestimmung sowie „Hochlohnbezahlung“ und vorsorgender Qualifizierung. Der Leiharbeitnehmer hat kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher. 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 Leiharbeitnehmer gehen; dies sogar von Rechts wegen.

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

Ob die neue Leiharbeitsrichtlinie der EU (2008/104/EG) 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 nicht. 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 Angemessenheitskontrolle. Die Umsetzungsfrist läuft bis Dezember 2011.

II. Gewerkschaftsprobleme

1. Geringer Organisationsgrad der Zeitarbeiter

Weil die DGB-Gewerkschaften die Leiharbeit über Jahrzehnte als „moderne Sklavenehaltung“ abgetan hatten, verweigerten sie den Abschluß von Tarifverträgen für die Branche und organisierten die Beschäftigten nicht.

Hinzu kommt die tarifpolitische Anomalie der Zeitarbeit: Die – ökonomisch unsinnige und auch nicht ernsthaft gewollte – Gleichstellung der Zeitarbeiter mit den Stammebelegschaften sorgte dafür, daß die Gewerkschaften bei der Nutzung der Tarifdispositivität nur nachteilige Abweichungen vereinbaren können. 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?

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% läßt an der Tariffähigkeit zweifeln. Die christliche Tarifgemeinschaft ist vom ArbG Berlin jüngst für tarifunfähig gehalten worden. Ein Triumph der DGB-Gewerkschaften ist nicht zu vernehmen. Für die Zeitarbeit als eigenständige Branche fehlt auch der DGB-Tarifgemeinschaft womöglich die Mächtigkeit.

2. Folgeprobleme für Gewerkschaften

a. Schwächung der eigenen Position

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

Zudem führt ein wachsender Zeitarbeitnehmeranteil in den Entleiherbetrieben zu einer Minderung der gewerkschaftlichen Kraft. Jene Randbelegschaft 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 die Verbesserung von Arbeitsbedingungen einzusetzen, die doch nur die Stammebelegschaft erreichen 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 Entlassungsglück der Zeitarbeitnehmer besorgt die Beschäftigungssicherheit für die Stammebelegschaft.

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

b. Mitbestimmungsprobleme

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 Stammschicht. 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- bzw. Betriebsgröße und damit auch eine Verkleinerung der Gremien, der Freistellungen im Betriebsrat und den Entfall mancher größenabhängiger Mitbestimmungsregeln. Nach Rechtsprechung und h.L. gilt der Grundsatz: Leiharbeiter wählen (§ 7 Satz 2 BetrVG, § 10 Abs. 2 Satz 2 MitbestG, § 5 Abs. 2 Satz 2 DrittelbG), aber zählen nicht. Insbesondere der Sicherheitsabstand zum Schwellenwert zur paritätischen Mitbestimmung des MitBestG wird in mittelständischen Unternehmen mitunter durch Zeitarbeit gesichert. Für die Belegschaft besteht also die Gefahr, daß ihr Arbeitgeber verstärkt auf Leiharbeiter setzt, um die Mitbestimmung im Unternehmen zu reduzieren oder gar völlig auszuschalten.

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 Entscheidung trifft, die das Mitbestimmungsrecht auslöst. 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 Entleiher 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 Leiharbeiter 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“ – also die Zeitarbeit wieder stramm durchregulieren will. In dieselbe Richtung zielt die Forderung nach einer Streichung der Tariföffnungsklausel für das Gleichstellungsgebot. Dahinter steht die – angesichts des Erfolgs der Leiharbeit nicht unberechtigte – Angst vor dem Verdrängungswettbewerb zu Lasten der Stammschicht.
- Daneben treten Bemühungen, die Solidarität zwischen Leiharbeitnehmern und Stammschicht zu steigern, um zumindest im Entleiherbetrieb effektiven Druck ausüben zu können. Diesem Ziel soll ein gesetzlicher Anspruch der Leiharbeiter 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 Leiharbeit-

nehmer für Aktionen im Entleiherbetrieb zu gewinnen. Wenn diese zumindest die Perspektive haben, von den erkämpften Verbesserungen später im Rahmen einer Festanstellung zu profitieren, steigt auch ihr Interesse an einer Unterstützung der Stammebelegschaft. Leiharbeitsquoten in Betriebsvereinbarungen begrenzen die Zahl der Zeitarbeiter im Betrieb und dienen so dem Erhalt der Stammebelegschaft.

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 gescheitert. Zugleich richten die DGB-Mitglieder ihre Aktivitäten gegen die christlichen Gewerkschaften, die sie als unfaire Konkurrenz empfinden und mit Kampfschriften verfolgen.

Vorerst aber bleibt den DGB-Gewerkschaften nur, ihre Tarifforderungen durch Druck auf die Arbeitgeber durchzusetzen. 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.

Schließlich läßt die hohe Fluktuation unter den Zeitarbeitern ein Gemeinschaftsgefühl kaum entstehen. Dementsprechend sind Betriebsräte in Zeitarbeitsunternehmen die Ausnahme. Für die Gewerkschaften ist es 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 sollen.

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 Stammebelegschaft in aller Regel deutlich höher als bei den Zeitarbeitern, zum anderen sind die Festangestellten motiviert, Regelungen zum eigenen Schutz vor der Unterbietungskonkurrenz durch Leiharbeitnehmer zu erkämpfen. Diese Vorteile hat auch die IG Metall erkannt und mit den Metall-Arbeitgeberverbänden einen Zusatztarifvertrag über Einsatz und Vergütung der Leiharbeitnehmer bei Airbus geschlossen. Darin wird Airbus verpflichtet, durch Vereinbarungen mit den Verleihern sicherzustellen, daß die Zeitarbeitnehmer von ihrem jeweiligen Arbeitgeber die näher definierte „betriebsübliche Vergütung“ erhalten. Die beschränkte Reichweite der Tarifmacht setzt solchen Bestrebungen jedoch enge Grenzen.

a. Individualnormen (Entgelt, Arbeitszeit)

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

Der Airbus-Zeitarbeits-Tarifvertrag kann deswegen nicht tariflich-normativ gelten. Die Gleichstellung der Leiharbeitnehmer beim Entgelt kann also durch Tarifvertrag mit dem Verleiher geregelt werden. Diesen Weg hat die IG Metall für Zeitarbeiter bei Audi in Ingolstadt beschritten. 2007 vereinbarte sie mit einem Personaldienstleister die Gleichstellung der Leiharbeitnehmer mit den festangestellten Kollegen bei Audi. Ähnliche Tarifverträge gibt es nach Gewerkschaftsangaben für die Zeitarbeiter bei BMW. So erfreulich das für die betroffenen Arbeitnehmer ist, es wirft doch die tarifrechtliche Gleichbehandlungsfrage 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 Effektivklauseln.

b. Betriebsnormen gemäß § 3 Abs. 2 TVG

Mit dem Entleiher (oder seinem Arbeitgeberverband) sind tarifvertragliche Regelungen der Leiharbeit also nur möglich, soweit es sich um betriebliche Fragen i.S.d. § 1 Abs. 1 TVG handelt. Betriebsnormen in diesem Sinne regeln nach der Definition des BAG die Organisationsgewalt des Arbeitgebers bzw. Fragen der Betriebsgestaltung, die sich unmittelbar auf die Organisation und Gestaltung des Betriebs, also der Betriebsmittel und der Belegschaft, beziehen.

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 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 gelten. 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 i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 1 TVG die beiderseitige Tarifbindung voraussetzen – und obendrein ein Arbeitsverhältnis zwischen den Tarifgebundenen. Arbeitsbedingungen können nur insoweit Gegenstand von Betriebsnormen sein, als sie aus dem Betrieb als organisatorischer Einheit resultieren.

Denkbar sind insbesondere **Quotenregelungen**, die den Anteil der Leiharbeitnehmer im Betrieb begrenzen. Nach dem BAG ist die Zusammensetzung der Belegschaft über Betriebsnormen regelbar. Dagegen bestehen jedoch erhebliche Bedenken, weil Besetzungsregeln ihren Grund gerade nicht in der Wechselbezüglichkeit der Arbeitsbedingungen im Betrieb haben, sondern überbetriebliche Ziele verfolgen. 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.

Als betriebliche Frage ließe sich eine Zeitarbeitsquote nur verstehen, wenn sie entweder der Stammbesellschaft oder der Gesamtbelegschaft 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.

Ebensowenig 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 Belegschaft.

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 ein Arbeitsplatz frei ist. 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“.

Als Betriebsnorm ist nur aber immerhin eine tarifliche Auswahlrichtlinie vergleichbar § 95 BetrVG denkbar. Insoweit könnte die im Entleiherbetrieb bereits gewonnene Arbeitser-

fahrung als Eignungskriterium gesehen werden.

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 könnten. 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 Ansprüche auch der Zeitarbeitnehmer gegenüber dem Entleiher hervorbringen.

Schuldrechtlich regelbar ist etwa

- 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 eines Einstellungsorrangs für Zeitarbeiter.

b. Aber komplexes Schrankensystem

Auch solche Koalitionsvereinbarungen unterliegen jedoch gesetzlichen Grenzen.

[1] Arbeitsrecht

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; dann nämlich würde für die Verleiher ein schlechthin unzulässiger Eintrittsdruck in diejenigen Arbeitgeberverbände der Zeitarbeit erzeugt, die mit der christlichen Tarifgemeinschaft abschließen. Dann wären die Vereinbarungen unmittelbar nach Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG nichtig.

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 gewährt. 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 hM 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 ausnimmt.

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.

Überdies greift solch extern aufgezwungene Zusatzvergütung in die Mitbestimmungsrechte des Verleiherbetriebsrates 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 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 gem. § 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 Unternehmen. Doch genügt es, wenn ein Nicht-Unternehmen eine Verhaltensabstimmung zwischen mehreren Unternehmen herbeiführt. Überdies muß eine solche Vereinbarung spürbare wettbewerbsbeschränkende Wirkung auslösen.

Daß die Gewerkschaften mit ihrem Kampf gegen Zeitarbeit sozialpolitische Ziele verfolgen, ändert hieran nichts. Solche Erwägungen taugen nicht als Kartellrechtfertigungsgrund. Nichts anderes gilt für das europarechtliche Kartellverbot des Art. 81 EGV, das bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung eingreift. Möglich ist nur eine Freistellung nach § 81 Abs. 3 EGV oder § 2 GWB. Lediglich die Tarifverträge der Verleiher schlagen „immanent“ wettbewerbsbeschränkend auf die Preise der tarifgebundenen Arbeitgeber durch.

Für den Entleiher sind solche Abreden keineswegs risikolos. Ihm drohen Bußgelder nach § 81 GWB und Schadenersatzansprüche ausgeschlossener Zeitarbeitsunternehmen, sondern nach § 33 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 Satz 3 GWB. Gewerkschaften droht eine Haftung als Anstifter des Wettbewerbsverstoßes nach § 830 Abs. 2 BGB und Gesamt-

schuldnerausgleich.

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

IV. Mitbestimmungsrechte beim Entleiher

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

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

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 unterliegt. Der jeweilige Betriebsrat ist stets auf seinen betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitgeber beschränkt und gegenüber anderen Arbeitgebern weder rechts- noch beteiligtenfähig.

Umgekehrt ist dem beim Entleiher bestehenden Betriebsrat eine Einflußnahme auf die Arbeitsverträge zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer verwehrt. Zwar hat das AÜG die betriebsverfassungsrechtliche Zuordnung der Zeitarbeiter und die Abgrenzung der Betriebsratsbefugnisse nicht abschließend geregelt. § 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 trifft. In Fragen, die keine arbeitsvertragliche Bindung zum Betriebsinhaber voraussetzen, sondern an die betriebliche Eingliederung des Beschäftigten anknüpfen, ist der Entleiherbetriebsrat für Stammbesellschaft und Leiharbeitnehmer gleichermaßen zuständig.

2. Informationsrechte

Die zur Erfüllung seiner Aufgaben aus § 80 Abs. 1 BetrVG erforderlichen Informationen hat ihm 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.

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 muß. Der Arbeitgeber muß ihm deshalb rechtzeitig alle Informationen zukommen lassen, die sich auf die tatsächliche Beschäftigung der Leiharbeitnehmer im Betrieb beziehen, insbesondere also:

- Anzahl der Zeitarbeiter und geplante Einsatzdauer
- Art der Tätigkeit und vorgesehene Arbeitsplätze
- Qualifikation der Zeitarbeiter

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

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 begrenzt. 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 betrifft. 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 (soweit der Entleiher diese überhaupt 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). 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.

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.

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 Betrieb. Für diese organisatorische Frage liegt die Zuständigkeit allein beim Entleiherbetriebsrat. 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 ausnehmen. 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 Stammebelegschaft, 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 in sofern 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 Verleiher; mitzubestimmen hat also allein der Entleiherbetriebsrat. Das gilt auch für eine befristete Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit beim Entleiher, wenn die längeren Arbeitszeiten das (zuvor nicht voll ausgeschöpfte) Stundendeputat der Leiharbeitnehmer nicht überschreiten.

Wird mit der Überstundenanordnung des Entleihers hingegen die vertragliche Wochenarbeitszeit der Zeitarbeiter überschritten, so bedeutet das einen Eingriff in 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 Mehrarbeit. Als Konsequenz kann auch nur der Entleiherbetriebsrat das Beteiligungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG wahrnehmen. Ohne ein Bestimmungsrecht des Verleihers gibt es kein Mit-Bestimmungsrecht des Verleiherbetriebsrats. 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 aus.

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

Der Entleiherbetriebsrat kann keinen Einfluß darauf nehmen, welche Vergütung der Verleiher seinen Arbeitnehmern zahlt. Zwar dient die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unter anderem der innerbetrieblichen Lohngerechtigkeit 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 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 Entleiher.

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 beteiligen. 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). Der Betriebsrat hat deshalb bei der Einigung mit dem Arbeitgeber auch deren Interessen zu schützen. Entsprechendes gilt für Überwachungskameras (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) oder ein Arbeitsschutzhandbuch (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG). Die Leiharbeitnehmer sind hier im selben Maße schutzbedürftig wie die Stammbesetzung, die arbeitsvertragliche Zuordnung spielt keine Rolle.

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 werden. Der im Gesetz nicht definierte Begriff der Personalplanung umfaßt die Personalbedarfsplanung, Personaldeckungsplanung (Personalbeschaffung, Personalabbau sowie Personalentwicklung) und Personaleinsatzplanung.

Der Einsatz von Zeitarbeitern berührt vor allem die Personaldeckungsplanung, also die Frage, wie der (künftige) Bedarf an Arbeitskräften gestillt 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 beraten.

7. Beschäftigungssicherung, § 92a BetrVG

Das Vorschlagsrecht zur Beschäftigungssicherung nach § 92a BetrVG erfaßt „alles, was Wirkung auf die Beschäftigungslage haben kann“ – und also die Zeitarbeit. Der Betriebsrat kann vorschlagen, Zeitarbeitsplätze in Stammarbeitsplätze umzuwandeln, freie Stellen vorrangig mit fest anzustellenden Arbeitnehmern zu besetzen oder zum Schutz der Stammbesetzung einen Personalüberhang durch den Abbau von Leiharbeitsplätzen und nicht durch Kurzarbeit oder betriebsbedingte Kündigungen zu beheben. Letzteres ist freilich schon kündigungsschutzrechtlich geboten

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 nicht.

8. Interne Stellenausschreibung, § 93 BetrVG

Das Recht des Betriebsrats, eine innerbetriebliche Ausschreibung freier Stellen zu verlangen, soll Arbeitnehmern die Möglichkeit zur innerbetrieblichen Bewerbung eröffnen. 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 will. Nichts anderes gilt, wenn der Arbeitgeber Zeitarbeiter einsetzen will. 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 besetzen.

Die interne Ausschreibung hindert den Arbeitgeber nicht an der geplanten Stellenbesetzung mit einem Leiharbeiter. Der Arbeitgeber kann auch transparenterweise in der Ausschreibung darauf hinweisen, daß er die Besetzung mit einem Zeitarbeiter 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 BetrVG. Dies gilt jedoch nicht für das Mitbestimmungsrecht aus § 97 Abs. 2 BetrVG. Denn dieses Mitbestimmungsrecht dient der Kündigungsprävention. Eine Kündigung hat der Zeitarbeiter aber vom Entleiher nicht zu befürchten. Auch ist es nicht Sache des Entleihers, den Zeitarbeiter für andere Einsätze bei Dritten zu qualifizieren.

10. Einstellung, § 99 BetrVG

Die Mitbestimmung bei der Einstellung dient nicht dem Schutz des Bewerbers, sondern den Interessen der Belegschaft, die den Neuen integrieren muß. Diese Interessen sind schon dann betroffen, wenn der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer in die betriebliche Organisation eingliedert. Die Arbeitsaufnahme des Leiharbeiters beim Entleiher ist also Einstellung i.S.d. § 99 Abs. 1 Satz 1 BetrVG. Seit 1982 regelt § 14 Abs. 3 Satz 1 AÜG diesen Fall als „Übernahme eines Leiharbeiters“ 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 BetrVG) mitbestimmungsbedürftig.

Weil die Mitbestimmung an die tatsächliche Beschäftigung des Leiharbeiters in der betrieblichen Arbeitsorganisation anknüpft, muß der Betriebsrat erst der Arbeitsaufnahme zustimmen. Der Überlassungsvertrag unterliegt ebensowenig der Mitbestimmung wie die Vereinbarung eines „Einsatzpools“ zwischen Ent- und Verleiher, also die Festlegung, welche Leiharbeiter abstrakt für den Arbeitseinsatz in Betracht kommen. Zustimmungspflichtig ist nur die konkrete Beschäftigung des individualisierten Zeitarbeiters

im Betrieb. Wird dieser durch einen Kollegen ersetzt, so muß der Entleiher den Betriebsrat erneut beteiligen.

Der Betriebsrat hat im Rahmen der Einstellungsmitwirkung nach § 99 BetrVG kein Recht zur Kontrolle der Arbeitsverträge und Arbeitsbedingungen – auch nicht bei Leiharbeitnehmern. 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 Arbeitsentgelt noch über die Eingruppierung. Die Eingruppierungsmitteilung des § 99 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist doch allein für die Eingruppierungsmitwirkung geboten – diese aber findet durch den Verleiher unter Mitwirkung des Verleiher-Betriebsrats statt.

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 verweigern.

Ein Informationsrecht des Entleiherbetriebsrats aus § 99 Abs. 1 BetrVG besteht nur, soweit die Informationen für eine Zustimmungsverweigerung nach § 99 Abs. 2 BetrVG bedeutsam sein kann, soweit es also um die Integration des Leiharbeitnehmers in die Belegschaft geht. Dazu zählen 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 Informationen. Daneben tritt die Angabe zur Erlaubnis des Verleihers gemäß § 14 Abs. 3 Satz 2 und 3 AÜG.

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

Eine Beteiligung des Entleiherbetriebsrats an der Eingruppierung eines Zeitarbeitnehmers scheidet von vornherein daran, daß der Entleiher keine Eingruppierung vornimmt. Das Mitbestimmungsrecht setzt ein Arbeitsverhältnis des betroffenen Arbeitnehmers zum Betriebsinhaber voraus, und daran fehlt es.

12. Entlassung

Die „Entlassung“ eines Zeitarbeiters beim Entleiher, also die Einsatzbeendigung im Kundenbetrieb, ist keine Kündigung i.S.d. § 102 Abs. 1 BetrVG. Eine analoge Anwendung scheidet von vornherein aus. § 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 Stammbelegschaft 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 wurde. 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 besetzen. Ein solches Konzept rechtfertigt es zwar, interne Bewerber bei der Neubesetzung einer Stelle nicht zu berücksichtigen, es rechtfertigt aber keine Verdrängung der Stammelegschaft. Deshalb ist eine Austausch Kündigung unzulässig, und deshalb trägt die geplante Beschäftigung von Zeitarbeitern keine Sachgrundbefristung.

13. Wirtschaftliche Angelegenheiten, §§ 111 f. BetrVG

a. Einführung Zeitarbeit als Betriebsänderung?

Nach h.M. 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 verstanden. Im konkreten Einzelfall kommt womöglich eine grundlegende Änderung der Betriebsorganisation i.S.d. § 111 Satz 3 Nr. 4 BetrVG in Betracht, wenn der Zeitarbeitnehmereinsatz den Betriebsaufbau und die Betriebsabläufe stark verändert. So hat das BAG die Umstellung des Vertriebs von angestellten Außendienstmitarbeitern auf selbständige Handelsvertreter als Betriebsänderung qualifiziert. 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 Stammelegschaft rechnet oder nicht. Der Zeitarbeitnehmereinsatz an sich ist also keine „grundlegende“ Änderung; wohl aber können mit ihm weitere und grundlegende Organisationsänderungen einhergehen.

b. Rückführung Zeitarbeit als Betriebseinschränkung?

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

Wiewohl die Leiharbeitnehmer mit der hM nicht betriebszugehörig sind, weil sie kein Arbeitsverhältnis zum Entleiher aufweisen, gehören sie doch „irgendwie“ zur Belegschaft, weil sie iSv § 99 BetrVG eingegliedert sind. Gleichwohl soll die Rückführung der Zeitarbeit keine Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG sein. Daß den Zeitarbeitnehmern persönlich keine wesentlichen Nachteile drohen, wenn ihr Einsatz beendet wird, ist kein Argument. 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 habe ich keinen Zweifel, daß damit der Betrieb als Arbeitsorganisation erheblich

verändert wird. Ob diese 30% der Belegschaft normale Arbeitnehmer oder Zeitarbeiter sind, macht für den Betrieb als Organisationseinheit doch keinen Unterschied.

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 mitbestimmungsfreie Gütermarktentscheidung des Arbeitgebers ist. Deswegen kann es auch von vornherein keinen Unterlassungsanspruch geben, der den Arbeitgeber zur Aufrechterhaltung der Zeitarbeit zwingt. Mit dem Interessenausgleich entfällt auch der Nachteilsausgleich. Auch ein Sozialplan kommt nicht in Betracht. Denn die Einsatzbeendigung löst bei den Zeitarbeitnehmern keine Nachteile aus, die dem Entleiher zugerechnet werden könnten. Es bewendet also beim bloßen Beratungsrecht.

14. Massenentlassungsschutz § 17 KSchG?

Der Massenentlassungsschutz 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 Zeitarbeiter zum Verleiher zurückkehren, sondern erst, wenn dieser entläßt. Das gilt erst recht, wenn mit dem EuGH unter „Entlassung“ die Kündigungserklärung zu verstehen ist.

V. Freiwillige Betriebsvereinbarungen beim Entleiher

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

Eine Reihe weiterer Regelungen ist denkbar. Betriebsverfassungsrechtlich sind solchen Vereinbarungen freilich enge Grenzen gesetzt.

1. Zeitarbeitsquote und Überlassungsdauer

Die Konditionierung der Leiharbeit im Betrieb erfolgt in der Praxis quantitativ durch Beschäftigtenquoten oder qualitativ durch eine Bindung an vorübergehende Personalengpässe und entsprechende zeitliche Schranken (etwa: bis zu 12 Monate) erfolgen.

Indes fehlt dem Betriebsrat die Kompetenz. Zwar können die Betriebspartner nach h.M. durch Betriebsvereinbarung alle Arbeitsbedingungen regeln. 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 sozialen Angelegenheiten kommt dem Betriebsrat in personellen Fragen gerade keine umfassende funktionelle Zuständigkeit zu. Für die freie Unternehmerentscheidung des Arbeitgebers, auf welche Weise er den Personalbedarf decken will, hat der Betriebsrat nur Mitwirkungsrechte und scheidet deswegen die freiwillige Betriebsvereinbarung aus. 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.

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 regeln. 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 ist und auch nicht in die Form einer verbindlichen Betriebsvereinbarung gezogen werden kann. Der Unternehmer kann sich um 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 BetrVG), 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 i.S.d. § 95 BetrVG. Dabei handelt es sich um abstrakt-generelle Grundsätze, welche die für die jeweilige personelle Auswahl maßgeblichen fachlichen, persönlichen oder sozialen Gesichtspunkte gewichten. Zeitarbeitsbegrenzungen lassen sich damit nicht rechtfertigen. Es geht gerade nicht um die personelle Auswahl – 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 berücksichtigen. Eine unmittelbare Verpflichtung des Arbeitgebers auf einen solchen Einstellungsvorrang ist nicht möglich. Anders als bei der Abwehr von Leiharbeitnehmern können **Auswahlrichtlinien** iSv § 95 BetrVG 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

Tarifbindung. Äußerste Grenze der funktionellen Zuständigkeit des Betriebsrats ist der Betrieb. Auf Gütermarktentscheidungen des Arbeitgebers darf der Betriebsrat keinen Einfluß nehmen, das übersteigt seine funktionelle Zuständigkeit (*ultra vires*). Überdies darf der Betriebsrat sich nicht für bestimmte Tarifbindungen einsetzen; damit verstößt er gegen seine koalitionspolitische Neutralität (§ 75 BetrVG), 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 Belegschaft. Die von der IG Metall vorgeschlagene Regelung zur Tarifkontrolle ist deshalb nach § 134 BGB unwirksam. 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 wird.

4. Vergütung der Zeitarbeitnehmer

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 verdienen.

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 Verleiherbetriebsrat (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG). Die Einflußnahme von außen auf die Vergütungsstruktur von außen läßt sich durchaus als strafbare (!) Behinderung der Betriebsratsarbeit i.S.d. § 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 modifizieren. Der Betriebsrat des Entleiherbetriebes hat nicht nur die für die Stammelegschaft geltenden Tarifverträge zu achten, sondern ebenso diejenigen der Zeitarbeitnehmer.

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 zu, weil seine Tätigkeit – anders als die der Gewerkschaften – nicht als Verwirklichung kollektiver Privatautonomie zu sehen ist. Die Reichweite seiner funktionellen Zuständigkeit setzt damit auch dem möglichen Gegenstand von Regelungsabreden klare Grenzen.

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. In der Sache handelt es sich um Gegenleistungen für die Arbeitsleistung. Ohne ausdrückliche Vereinbarung begründet dies ein **Zweitarbeitsverhältnis**. Allenfalls 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 Konsequenzen wiegen schwer: Der Entleiher bleibt weiter an den Überlassungsvertrag mit dem Verleiher gebunden, verliert aber die Flexibilitätsvorteile der Arbeitnehmerüberlassung. Als Arbeitnehmer wird der Zeitarbeiter vom KSchG erfaßt; für die Berechnung der Schwellenwerte im Betriebsverfassungsrecht (etwa §§ 9, 95 Abs. 2 Satz 1, 99 Abs. 1 Satz 1, 106 Abs. 1 Satz 1, 111 Abs. 1 Satz 1 BetrVG) zählt er voll mit.

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.

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 Leiharbeitnehmer lassen sich als Behinderung des Verleiherbetriebsrats in seiner Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10, 11 BetrVG begreifen.

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

Sozialrechtliche Rahmenbedingungen der Zeitarbeit

Professor Dr. Christian Rolfs

Universität zu Köln

Zusammenfassung der Ergebnisse

- I. Versicherungs- und Beitragsrecht
 1. Legale Arbeitnehmerüberlassung
 - a. Beitragspflichten des Verleihers

Bei legaler Arbeitnehmerüberlassung trifft die Pflicht zur Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags sowie der Umlage zur gesetzlichen Unfallversicherung das Zeitarbeitsunternehmen. Dies gilt sowohl für die nach dem AÜG ausdrücklich behördlich erlaubte als auch die nach § 1 Abs. 1 Sätze 2 und 3, Abs. 3 AÜG privilegierte und die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung.

Typische Vertragskonstellationen der Zeitarbeitsbranche werfen sozialversicherungsrechtliche Risiken auf:

Wird der Arbeitnehmer längerfristig beim Entleiher mit einer höheren Wochenstundenzahl beschäftigt, als sie vertraglich mit dem Zeitarbeitsunternehmen als regelmäßige Arbeitszeit vereinbart ist, kann daraus eine konkludente Änderung der arbeitsvertraglichen Abreden („gelebtes Rechtsverhältnis“) folgen. Dann sind auf dieser Basis Sozialversicherungsbeiträge (auch für die verleihfreien Zeiten) zu entrichten. Wegen des beitragsrechtlichen Entstehungsprinzips ist unerheblich, ob dem Arbeitnehmer das entsprechende Entgelt ausgezahlt wird oder worden ist.

Komplizierte Fragen vornehmlich arbeitsrechtlicher Art stellen sich bei einer Anwendung oder Inbezugnahme von Tarifverträgen mit der Tarifgemeinschaft christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP). Nach Auffassung des ArbG Berlin soll die CGZP mangels sozialer Mächtigkeit nicht tariffähig sein (Beschluss vom 1.4.2009 – 35 BV 17008/08). Möglich erscheint freilich auch, dass es auf die eigene soziale Mächtigkeit der CGZP gar nicht ankommt, sondern nur darauf, ob einige oder alle ihrer Mitglieder ihrerseits tariffähig sind. Dann wäre u.U. zu klären, ob außer der CGM und dem DHV – deren Tariffähigkeit rechtskräftig feststeht – auch die übrigen beiden Gewerkschaften (GÖD und CGPT) tariffähig sind. Träfe dies für eine von ihnen nicht zu, wäre zu entscheiden, ob daraus die rückwirkende Nichtigkeit des gesamten Tarifwerks resultiert und ob ggf. eine Nachwirkung gemäß § 4 Abs. 5 TVG in Betracht zu ziehen ist. Nur bei vollständiger Nichtigkeit ohne Nachwirkung gälte das Equal-pay-Gebot des § 9 Nr. 2 AÜG, das dann freilich auch zur Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen verpflichtete. Wegen § 28 g Satz 3 SGB IV hätte das Zeitarbeitsunternehmen dabei im wirtschaftlichen Ergebnis regelmäßig auch den Arbeitnehmeranteil allein zu tragen. Die Verjährungsfrist

beträgt vier, bei (bedingt) vorsätzlicher Vorenthaltung der Beiträge 30 Jahre.

Die Anwendung des Equal-pay-Gebots kann nicht dadurch vermieden werden, dass in den Arbeitsverträgen hilfsweise auf die Tarifverträge des BZA oder der iGZ mit der Tarifgemeinschaft der DGB-Gewerkschaften verwiesen wird. Eine solche hilfsweise Inbezugnahme ist in vorformulierten Arbeitsverträgen i.S. von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB intransparent und damit unwirksam.

b. Beitragspflichten des Entleihers

Der Entleiher haftet für die Beitragsschulden des Verleihers gemäß § 28 e Abs. 2 Satz 1 SGB IV wie ein selbstschuldnerischer Bürge. Dies gilt auch dann, wenn das Zeitarbeitsunternehmen – z.B. infolge Nachzahlungspflichten bei Nichtigkeit der CGZP-Tarifverträge – insolvent werden sollten. Den Entleiher trifft wegen der „Einheit des Beschäftigungsverhältnisses“ die Beitragspflicht allein, wenn er den Arbeitnehmer sowohl als Stammkraft als auch, etwa bei Auftragsspitzen, im Wege der Zeitarbeit einsetzt.

2. Illegale Arbeitnehmerüberlassung

Bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung wird kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher begründet, das den in seinem Betrieb anwendbaren Bestimmungen unterliegt. Der vermeintliche Entleiher schuldet daher die Sozialversicherungsbeiträge in voller Höhe, selbst wenn dem Arbeitnehmer die Differenz zwischen dem Zeitarbeitslohn und dem Entgelt vergleichbarer Stammbeschäftigter im Entleiherbetrieb tatsächlich nicht zugeflossen ist. Zahlt der vermeintliche Verleiher trotz der Unwirksamkeit des Leiharbeitsverhältnisses den vereinbarten Lohn, muss er auch die darauf anfallenden Sozialversicherungsbeiträge entrichten. Zu ihm besteht, solange sich keine Partei von dem unwirksamen Vertrag lossagt, das Beschäftigungsverhältnis fort. Der vermeintliche Entleiher haftet gemäß § 28 e Abs. 2 Satz 4 SGB IV insoweit als Gesamtschuldner.

3. Besonderheiten grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung

Arbeitnehmerüberlassung ist auch grenzüberschreitend innerhalb der EG und des EWR legal möglich. Unter den Voraussetzungen des Art. 14 Nr. 1 lit. a VO (EWG) Nr. 1408/71 bleibt für die Dauer der Überlassung das Sozialversicherungsstatut des Staates, aus dem der Arbeitnehmer entsandt worden ist, anwendbar. Dementsprechend treffen in diesem Rahmen das Zeitarbeitsunternehmen die Melde- und Beitragspflichten; der Entleiher schuldet keine Sozialversicherungsbeiträge. Erfolgt die Überlassung illegal oder unter Überschreitung der Grenzen des Art. 14 Nr. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71, richtet sich die Beitragspflicht nach dem Recht desjenigen Staates, in dem der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung verrichtet. Beitragspflichtig ist dann der Entleiher.

II. Leistungsrecht

1. Bei Arbeitnehmerüberlassung im Inland

Der Zeitarbeitnehmer ist – nicht anders als ein gewöhnlicher Arbeitnehmer – gesetzlich sozialversichert. Er kann Leistungen der Kranken- und Pflegeversicherung in Anspruch nehmen, das Krankengeld jedoch nur auf der Basis des ihm tatsächlich zugeflossenen (oder nachgezahlten) Arbeitsentgelts. Er ist gesetzlich unfallversichert und genießt auch im Betrieb des Entleiher das Haftungsprivileg des § 105 SGB VII, dafür sind umgekehrt auch seine Haftpflichtansprüche gegen den Entleiher und dessen Stammarbeitskräfte sowie andere Leiharbeitnehmer gesperrt. Kurzarbeitergeld bleibt Leiharbeitnehmern üblicherweise versagt (§ 170 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 SGB III), aufgrund der befristeten Ergänzung des § 11 Abs. 4 AÜG um einen Satz 3 im Rahmen des „Konjunkturpakets II“ gilt dies jedoch nicht für die Zeit bis zum 31. Dezember 2010. Gibt der Arbeitnehmer das Zeitarbeitsverhältnis auf, so droht ihm trotz der Lösung dieses Beschäftigungsverhältnisses keine Sperrzeit, wenn er in ein reguläres Arbeitsverhältnis von mindestens zweimonatiger Dauer wechselt.

2. Besonderheiten grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung

Bei grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung folgt das Leistungs- dem Beitragsrecht. Auch insoweit gilt also Art. 14 Nr. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71. Besonderheiten ergeben sich für den unfallversicherungsrechtlichen Haftungsausschluss aus Art. 93 Abs. 2 VO (EWG) Nr. 1408/71: Es gelangt nicht das Recht desjenigen Staates zur Anwendung, in dem sich der Unfall ereignet hat, sondern dasjenige, nach dem sich der Sozialleistungsanspruch des Beschäftigten richtet. Dies hat zur Folge, dass legal vom Ausland nach Deutschland überlassene Beschäftigte hier nicht den Regeln der §§ 104 ff. SGB VII unterliegen. Der Abschluss einer privaten Haftpflicht- und Unfallversicherung ist daher sowohl für den Entleiher als auch den Beschäftigten dringend zu empfehlen. Umgekehrt bleiben die genannten Bestimmungen anwendbar, wenn die Entsendung von Deutschland ins EG- oder EWR-Ausland im Rahmen von Art. 14 Nr. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 erfolgt.

Zeitarbeit und betriebsbedingte Kündigung

Professor Dr. Gregor Thüsing, LL.M.

Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn

Grundsätze der betriebsbedingten Kündigung

Zur Erinnerung und Einführung: Grundschemata betriebsbedingte Kündigung

- Die dringenden betrieblichen Erfordernisse
 - Diskrepanz zwischen Personalbestand und -bedarf
Merke: Keine Austausch Kündigung (Entlassung des einen zur Einstellung des anderen)
 - Unternehmerische Entscheidungsfreiheit beachten
 - Trennung: Innerbetriebliche – außerbetriebliche Gründe
 - Das Kriterium der Dringlichkeit hat nur eine eingeschränkte (außerbetriebliche Gründe) eigenständige Bedeutung
 - Ultima ratio Prinzip beachten (kein milderes Mittel?)
- Die soziale Auswahl
 - Ziel: Gerechtigkeit im Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander

Wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht mehr braucht, dann darf er kündigen ohne Abfindung – er muss jedoch aus vergleichbaren Arbeitnehmer den Kündigungen, den die Entlassung weniger hart trifft als andere

Unternehmerische Organisationsentscheidung

- Unternehmerische Entscheidung \neq Kündigung. Aber: Je näher der die eigentliche Organisationsentscheidung an den Kündigungsentschluss rückt, umso mehr muss der AG durch Tatsachenvortrag verdeutlichen, dass ein Beschäftigungsbedürfnis für den Arbeitnehmer entfallen ist (BAG 17.6.1999 –)
- Von den Arbeitsgerichten voll nachzuprüfen ist, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist
- Entscheidung selber nur auf Willkür, Gesetzesumgehung oder Rechtsmissbrauch zu überprüfen:
„Die Entscheidung des Unternehmers, einen Betriebsteil durch eine noch zu gründende, finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in sein Unternehmen voll eingegliederte Organgesellschaft mit von dieser neu einzustellenden Arbeitnehmern weiter betreiben zu lassen, stellt kein dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG dar, den in diesem Betriebsteil bisher beschäftigten Arbeitnehmern zu kündigen“ BAG v. 26.9.2002, 2 AZR 636/01 (Rheumaklinik), bestätigt und fortgeführt durch BAG 29.3.2007, 2 AZR 31/06, BAG #

Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit

- Die unternehmerische Entscheidung des AG, welches Anforderungsprofil er einem freien Arbeitsplatz zuordnet, kann gerichtlich nur auf offenbare Unsachlichkeit überprüft werden (z.B. BAG, Urteil v. 24.6.2004 – 2 AZR 326/03)
- Der dauernde Auftragsrückgang ist der typische Fall der Einschränkung der betriebl. Betätigung. Hat der AG dargelegt, dass nach seiner nachvollziehbaren wirtschaftlichen Beurteilung der Lage ein Dauermangel vorliegt, und ist deshalb keine Kurzarbeit eingeführt worden, unterliegt diese unternehmerische Entsch. im Kündigungsschutzprozess, wie auch sonst, nur einer Missbrauchskontrolle (st. Rspr. BAG, z.B. 30.04.1987 - 2 AZR 184/86)
- Ausnahmsweise konzernweite Prüfung, wenn: Ausdrückliche Übernahmbereitschaft eines anderen Konzernunternehmens bzw. Übernahmeverpflichtung ergibt sich unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag und Rechtlich oder faktisch bestimmender Einfluss des Beschäftigungsbetriebes bzw. vertragsschließenden Unternehmens auf die „Versetzung“ oder Ggf. Vertrauenstatbestand bei wiederholter Beschäftigung des AN im anderen Konzernunternehmen (BAG, Urt. v. 23.11.2004 – 2 AZR 24/49)

Betriebsbedingte Kündigung durch den Entleiher

Keine Austausch Kündigung Leiharbeiter vs. Stammbesellschaft

1. Der Entschluss, die formale Arbeitgeberstellung aufzugeben, ist keine die Kündigung bedingende Unternehmerentscheidung, wenn der Unternehmer gegenüber den Beschäftigten im wesentlichen weiterhin selbst die für die Durchführung der Arbeit erforderlichen Weisungen erteilt. In einem solchen Fall entfällt nicht die Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb, vielmehr sollen nur die eigenen Beschäftigten durch ausgeliehene Arbeitnehmer ersetzt werden. Eine Kündigung aus diesem Grund ist als "Austauschkündigung" gem. § 1 Abs. 1, 2 KSchG sozial ungerechtfertigt und deshalb unwirksam.

2. Die Absicht des Arbeitgebers, die Lohnkosten zu senken und sich durch eine Beschäftigung von Arbeitnehmern nach ausländischem Recht von den Bindungen des deutschen Arbeits- und Sozialrechts zu lösen, rechtfertigt jedenfalls keine Beendigungskündigung.

BAG, Urteil vom 26.09.1996 - 2 AZR 200/96, bestätigt BAG v. 26. 9. 2002 - 2 AZR 636/01 („Rheumaklinik“); BAG v. 4. 5. 2006 - 8 AZR 299/05 („Frauenhaus“)

- Bedeutung unternehmerischer Organisationsentscheidung unklar – Abgrenzung Allfloor und Weight Watchers
- Unterscheidung substitutive und temporäre Leiharbeit?

Arbeitsplätze von Leiharbeitnehmern als freie Arbeitsplätze iS des § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. lit. b) KSchG

LAG Hamm v. 21.12.2007: „Die in einem Betrieb dauerhaft mit Leiharbeitnehmern besetzten Arbeitsplätze gelten als frei i. S. v. § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 lit. a KSchG. Vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung muss der Arbeitgeber dem zu kündigenden Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung auf einem solchen Arbeitsplatz anbieten, sofern der Arbeitnehmer die dort anfallenden Tätigkeiten verrichten kann (im Anschluss an LArbG Hamm vom 05.03.2007, 11 Sa 1138/06).“

Die Frage, ob mit Leiharbeitnehmern besetzte Dauerarbeitsplätze als freie Arbeitsplätze i. S. v. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1b) KSchG anzusehen sind, ist umstritten (bejahend etwa LAG Bremen v. 2.1.2007 - 1 Sa 88/97; KR/Griebeling, 8. Aufl. 2007, § 1 KSchG Rdnr. 528; APS/Kiel, 3. Aufl. 2007, § 1 KSchG, Rn. 568; ErfK/Oetker, 9. Aufl. 2009, § 1 KSchG Rdnr. 256; Düwell/Dahl, DB 2007, 1699 ff.; verneinend LAG NS v. 9.8.2006 – 15 TaBV 53/05; von Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 14. Aufl. 2007, § 1 Rdnr. 836 f.; Löwisch, KSchG, 9. Aufl. 2004, § 1, Rdnr. 276; Simon/ Greßlin, BB 2007, 2454 ff.).

Das LAG Köln am Rande ausgeführt, dass ein Abbau von Leiharbeit gegenüber ordentlichen betriebsbedingten Kündigungen nicht vorrangig sei, weil dies die Unternehmensstruktur ändern und in unzulässiger Weise in das unternehmerische Ermessen des Arbeitgebers eingreifen würde (LAG Köln v. 7. 8. 2006 - 14 Sa 84/06)

Betriebsbedingte Kündigung durch den Verleiher

Betriebsbedingte Kündigung eines Leiharbeitnehmers nach Wegfall eines Auftrags

Eine Kündigung ist aus dringenden betrieblichen Erfordernissen iSv. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitsanfall und damit der Beschäftigungsbedarf dauerhaft so zurückgegangen ist, dass zukünftig das Bedürfnis für eine Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer weggefallen ist. Allerdings muss der Arbeitgeber den dauerhaften Rückgang des Beschäftigungsvolumens im Kündigungsschutzprozess nachvollziehbar darstellen. Dazu reicht bei einer Arbeitnehmerüberlassung regelmäßig der Hinweis des Verleihers nicht aus, der bisherige Auftrag, in dessen Rahmen der Leiharbeitnehmer eingesetzt worden sei, sei beendet und es lägen keine Anschlussaufträge vor. Kurzfristige Auftragslücken gehören zum typischen Unternehmensrisiko eines Verleiherarbeitgebers und sind nicht geeignet, eine betriebsbedingte Kündigung zu rechtfertigen. (BAG v. 18.5.2006 - 2 AZR 412/05)

→ Wann sind Auftragslücken erheblich? Kündigt der AG bei nur vorübergehendem Auftragsmangel im Weg der Beendigungskündigung, handelt er nicht aus dringenden betriebl. Bedürfnissen und damit unverhältnismäßig. Es kann auch eine Arbeitsstreckung angebracht sein (vgl. BAG 17. 10. 1980 - 7 AZR 675/78; 07.02.1985 - 2 AZR 91/84).

→ Welcher Grad an Wahrscheinlichkeit für Folgeauftrag erforderlich (s. BAG 27.09.1984 - 2 AZR 309/83; 12. 4. 2002 - 2 AZR 256/01 ; BAG 29. 9. 2005 - 8 AZR 647/04)

→ Sonderfall konzerninterne Arbeitnehmerüberlassung?

Betriebsbedingte Änderungskündigung gegenüber Leiharbeitnehmer mit dem Ziel der Bindung an tarifvertragliche Regelungen der Verleihbranche

- BAG noch nicht entschieden: „Im Entscheidungsfall konnte es der Senat dahingestellt sein lassen, ob das beklagte Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen den Kläger nicht mehr dauerhaft zu den bisherigen Arbeitsvertragsbedingungen, dh zu sog. equal-treatment-Bedingungen, vermitteln konnte und ob die angebotenen geänderten Vertragsbedingungen verhältnismäßig waren. Die Änderungskündigung war schon deshalb unwirksam, weil das Änderungsangebot unklar war. Für den Arbeitnehmer war nicht ersichtlich, welche konkreten Arbeitsbedingungen für ihn zukünftig gelten sollten (Pressemitteilung BAG vom 15. Januar 2009 - 2 AZR 641/07)

- Allgemeine Grundsätze Änderung zur Entgeltreduzierung maßgeblich?

- Relevanz des Vortrags: „Ohne Equal-Pay finde ich keine Kunden“

- Änderungskündigung hin auf anderen Tarifvertrag? (s. ArbG Berlin v. 2.4.2009 - 35 BV 17008/08).

Gestaltungsmöglichkeiten

Befristung durch den Verleiher - Synchronisationsverbot

S. z.B. *Schüren*, AÜG, § 3 Rnr. 98, 99: „Der typische Befristungsgrund eines nur vorübergehenden Bedarfs gem. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG ist für Leiharbeitsverhältnisse selten. Zwar ist der Bedarf für den Einsatz eines Leiharbeitnehmers im Entleiherbetrieb fast immer nur zeitlich begrenzt. Denn gerade dann, wenn der Entleiher „nur vorübergehend“ eine Arbeitskraft benötigt, wird er auf Leiharbeit zurückgreifen. Ein Leiharbeitnehmer soll indessen im Rahmen des Leiharbeitsverhältnisses nacheinander an verschiedene Entleiher zur Deckung des jeweils dort bestehenden, meist zeitlich begrenzten Bedarfs ausgeliehen werden. Damit besteht kein i. S. v. § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TzBfG nur vorübergehender Bedarf für das Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers (*Werthebach*, NZA 2005, 1044; *Böhm*, RdA 2005, 360, 362 f.; a. A. *Frik*, NZA 2005, 386, 388 f., der auf die Situation im Entleiherbetrieb abstellt; vgl. ausf. dazu Einl. Rn. 172, 245). Er kann nach beendetem Einsatz bestimmungsgemäß zum nächsten Entleiher entsandt werden, um dort wieder zeitlich begrenzten Bedarf zu decken (ebenso *Wank*, NZA 2003, 14, 20; *Schüren/Behrend*, NZA 2003, 521; *Ulber*, § 9 Rn. 312 ff.; a. A. *Boemke/Lembke*, § 9 Rn. 226, der dies mit dem Gesetzeszweck „Wegfall des Synchronisationsverbots“ begründet; ebenso *Lembke*, DB 2003, 2702, 2704).“

→ Widerspruchsfreiheit betriebsbedingte Kündigung – Stufenverhältnis Befristungsgrund und Kündigungsgrund

Befristung durch den Entleiher

„Die für einen späteren Zeitpunkt geplante Besetzung eines Arbeitsplatzes mit einem Leiharbeitnehmer ist kein Sachgrund für die Befristung des Arbeitsvertrags mit einem vorübergehend auf diesem Arbeitsplatz eingesetzten Arbeitnehmer. Die Befristung ist weder wegen eines nur vorübergehenden betrieblichen Bedarfs an der Arbeitsleistung nach § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG noch durch einen sonstigen, in dem Katalog des § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1-8 TzBfG nicht genannten Sachgrund gerechtfertigt“ (BAG 17.01.2007 - 7 AZR 20/06)

„Außerhalb von Projektbefristungen kann sich der befristet eingestellte Arbeitnehmer darauf berufen, dass er nach Befristungsablauf auf einem anderen (vertragsgemäßen) Arbeitsplatz hätte weiterbeschäftigt werden können, wenn diese (zusätzliche) Beschäftigungsmöglichkeit bei (letztem) Arbeitsvertragsabschluss bereits erkennbar war. Dem Arbeitgeber ist es verwehrt, diesen absehbaren (neuen vertragsgemäßen) weiteren Arbeitsplatz durch unternehmerische Entscheidung (hier: Besetzung nur durch Leiharbeitnehmer) einer Besetzung durch den befristet eingestellten Arbeitnehmer zu entziehen“ (ArbG Stuttgart v. 16.3.2007 - 26 Ca 2265/06)

Sonderfall Betriebsübergang – Ausscheiden eines Unternehmens aus dem Konzern

Bildung einer konzerninternen Personalführungsgesellschaft

- Variante 1: Nachfolgende Veräußerung von Produktionsbetrieben. Ausgangspunkt § 613a Abs. 1 S. 1 BGB: „Geht ein Betrieb oder Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber über, so tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein“ → Wer ist Arbeitnehmer, der übergeht? Übergang des Entleihvertrags?
- Variante 2: Ausscheiden der Personalführungsgesellschaft aus dem Konzern. Verpflichtung zum Antrag auf Zulassung als Zeitarbeitsunternehmen?
- Variante 3: Ausscheiden von Unternehmen aus dem Konzern. Verpflichtung zur allg. Arbeitnehmerüberlassung?

