

Prof. Dr. Volker Rieble

Tariflose Zeitarbeit?

Die unmittelbaren Folgen der jüngsten BAG-Rechtsprechung zur fehlenden Tariffähigkeit der CGZP und der damit verbundenen Unwirksamkeit von Christlichen Zeitarbeitsstarifverträge sind hinlänglich bekannt und wurden bereits vielfach kommentiert (vgl. z.B. BB 2011, 827 m. BB-Komm. Huke). Im Nachgang zu dieser Rechtsprechung sollten die DGB-Zeitarbeitsstarife als wirksame Alternative vermeintlich die Rettung bringen. Doch an der Tarifzuständigkeit der DGB-Gewerkschaften bestehen auch vor dem Hintergrund, dass das BAG dazu keine Stellung bezogen hat, berechnete Zweifel. Der folgende Beitrag hinterfragt diese Auffassung u.a. auch hinsichtlich der Tarifzuständigkeit des DGB. Gleichzeitig zeigt er die daraus resultierenden Folgen für die Gleichstellung mit der Stammebelegschaft, das Entgelt und die Lohnuntergrenze auf.

I. Zeitarbeit mit Tarifproblemen

Die Zeitarbeit ist eine merkwürdige Branche. Gewerkschaften fassen dort kaum Fuß, der Organisationsgrad ist niedrig. Tarifverträge gibt es zwar, sie haben aber nicht die Funktion, den Arbeitnehmern angemessene Arbeitsbedingungen zu verschaffen – sondern die gesetzliche Gleichstellung zur Stammebelegschaft verschlechternd abzubedingen. Gewerkschaften agieren systemwidrig als Lohnsenker. Diese Fehlkonstruktion hat zu Verwerfungen geführt – und zu einer Kampagne gegen die Christlichen Zeitarbeitsstarifverträge, denen Lohndumping vorgeworfen wurde. Die sozialpolitische Stimmung war umgeschlagen: War die Zeitarbeit zunächst im Rahmen der Arbeitsmarktreformen dereguliert und aktiviert worden, hielt man sie nun angesichts guter Arbeitsmarktverhältnisse für verzichtbar – und ging im Rahmen einer konzertierten Aktion von Gesetzgebung und Justiz an deren Ausdünnung. Aufkommende Krisensignale stellen diesen Kurswechsel nun wieder in Frage – doch braucht niemand zu glauben, dass Unternehmen einer solchermaßen instabilen Normsituation vertrauen.

Das Bundesarbeitsgericht hat bekanntlich die Christentariife in der Zeitarbeit dadurch abgeschossen, dass es der CGZP als Spitzenorganisation die Tariffähigkeit abgesprochen hat – am 14.12.2010 für Gegenwart und Zukunft¹. Die einigermaßen erstaunliche Begründung soll hier nicht problematisiert werden². In einem zweiten Schritt hat das BAG sodann für die Vergangenheit der CGZP die Tariffähigkeit verneint: Prozessual etwas befremdlich hat das BAG einerseits am 22.5.2012 die Nichtzulassungsbeschwerde gegen den Beschluss des LAG Berlin-Brandenburg vom 9.1.2012 zurückgewiesen³, das seinerseits die Tarifunfähigkeit der CGZP an drei explizit benannten Tarifabschlussstagen 29.11.2004, 19.6.2006 und 9.7.2008 verneint hat⁴. Am 23.5.2012 hat das BAG sodann in einem Parteistreit über die Aussetzungspflicht nach § 97 Abs. 5 S. 1 ArbGG gemeint, dass die Rechtskraft der Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg über Antrag und Tenor hinaus für die gesamte Vergangenheit wirke und sich damit die Aussetzung nach § 97 Abs. 5 S. 1 ArbGG für andere Tariffähigkeitszeitpunkte in der Vergangenheit (13.10.2003, 24.5.2005, 12.12.2006) erübrige⁵. Damit hat das BAG außerhalb eines Verfahrens

nach § 97 Abs. 5 ArbGG, ohne die dort Beteiligten und unabhängig von der Antragsbindung Verfahrensgegenstand und Rechtskraft ausgeweitet. Dagegen haben die Betroffenen Verfassungsbeschwerde eingelegt, vertreten durch Verfasser. Das politische Ziel, die Christentariife in der Zeitarbeit „auszuknipsen“, hat das Gericht vorerst erreicht.

Indes wendet sich nun die Aufmerksamkeit den DGB-Zeitarbeitsstarifen zu. Der Erste Senat hat in seinem CGZP I-Beschluss in Bezug auf die Antragsbefugnis von ver.di eine hübsche Andeutung gemacht: „Auf die [...] umstrittene Frage, ob ver.di nach Nr. 1.2.4.3 Anhang 1 ver.di-Satzung oder jedenfalls auf Grund der Anfügung der S. 2 und 3 an Nr. 1.2.4 Anhang 1 ver.di-Satzung umfassend für den Bereich der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung tarifzuständig ist, kommt es danach nicht an.“ Sieht man genau hin, so stellen sich für die DGB-Zeitarbeitsstarifverträge erhebliche Fragen in der Tarifzuständigkeit, die sogar auf die Wirksamkeit jener Tarifverträge durchschlagen können. Das hat auch die Praxis inzwischen bemerkt: Beim Arbeitsgericht Berlin ist ein Verfahren nach § 97 ArbGG über die Tarifzuständigkeit der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit anhängig: Das Verfahren 21 BV 6735/12 fußt auf einem Aussetzungsbeschluss des ArbG Nürnberg vom 23.1.2012 – 7 Ca 1152/11, von dem nicht klar ist, ob dieser rechtskräftig ist⁶. Der dort klagende Arbeitnehmer machte gegen den Entleiher einen Auskunftsanspruch nach § 13 AÜG geltend – für den nur Raum ist, wenn nicht ein Zeitarbeitsstarif wirksam von der Entgeltgleichstellung befreit. Einen anderen Aussetzungsbeschluss des ArbG Freiburg, der die Tariffähigkeit (!) der DGB-Gewerkschaften in der Zeitarbeit als fragwürdig ansah, hat das ArbG Berlin „neutralisiert“⁷: Es genüge nicht für die Antragsbefugnis, weil er weder den maßgeblichen Zeitpunkt der Tarifunfähigkeit in der Vergangenheit benannte (obzwar es um Entgelt von Februar 2006 bis Februar 2009 ging, also der maßgebliche BZA-Tarif leicht festzustellen war) und weil er sich zweitens auf die „Tariffähigkeit der tarifschließenden Vereinigung (DGB)“ bezog, was man nun auch leicht hätte auslegend richtig verstehen können. Wie sogleich zu zeigen sein wird, lassen sich ungewollte Verfahren bei schärferer Präzision nicht so leicht abbügeln.

Auch die Satzung des BAP (Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister) als Tarifpartner der DGB-Tarifgemeinschaft ist tarifrechtlich zu beanstanden, weil dort eine unzulässige Tarifwahlmitgliedschaft geregelt ist⁸. Doch beeinträchtigt diese unzulässige Satzungs-gestaltung nicht die Tariffähigkeit des BAP, da er in § 4 Abs. 2 der Satzung⁹ jedenfalls eine umfassende Vollmitgliedschaft anbietet.

¹ BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, BB 2011, 827 m. BB-Komm. Huke, NZA 2011, 289.

² Dazu Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 295 ff.

³ 1 ABN 27/12 – BB 2012, 1471.

⁴ 24 TaBV 1285/11 – BB 2012, 1733 m. BB-Komm. Bissels.

⁵ 1 AZB 58/11 – BB 2012, 1535 Ls.

⁶ Zum Rechtsschutz gegen Aussetzungsbeschlüsse nach § 97 Abs. 5 S. 1 ArbGG: BAG, 28.1.2008 – 3 AZB 30/07, NZA 2008, 489.

⁷ ArbG Berlin, 23.2.2012 – 50 BV 16165/11.

⁸ Eingehend Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 3 Rn. 64 ff.

⁹ www.personaldienstleister.de/verband/satzung.html (Abruf: 12.7.2012).

Das CGZP-Verfahren lenkt also den Blick darauf, dass auch die DGB-Gewerkschaften in der Zeitarbeit nicht „koscher“ sind. Soweit die Tarifzuständigkeit fehlt, sind alle DGB-Tarifregelungen in der Zeitarbeit angreifbar – mit divergenten Folgen:

- Der allgemeine Zeitarbeitstarif zwischen DGB-Tarifgemeinschaft und BZA (inzwischen im BAP aufgegangen)¹⁰ hat seine Bedeutung vor allem darin, dass er die gesetzliche Gleichstellung in den wesentlichen Arbeitsbedingungen nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG abbedingt: Ist er ganz oder teilweise unwirksam, so können die Leihkräfte die Stammarbeitsbedingungen beanspruchen.
- Die neuen Branchenzuschlagstarife für Metall- und Chemische Industrie, die die IG Metall und die IG BCE jeweils gesondert mit den Arbeitgeberverbänden der Zeitarbeit vereinbart haben¹¹, vermindern das Entgeltgefälle zwischen Zeitarbeit und Stammkräften. Sind sie unwirksam, kann der Verleiher beim Grundentgelt des BZA-DGB-Tarifs bleiben.
- Schließlich ist die Lohnuntergrenze des § 3a AÜG¹² gefährdet. Sie ist zwar staatliche Rechtsverordnung, setzt aber auf einer tariflichen Vereinbarung von Mindeststundenentgelten auch in einsatzfreien Zeiten auf. Sie wirkt damit wie eine Allgemeinverbindlicherklärung nach dem AEntG und ist zumindest insoweit unwirksam, als sie nicht von der Tarifzuständigkeit der Tarifgemeinschaft gedeckt ist, womöglich sogar insgesamt (noch III 2 e und 3 sowie 4). Das hätte dann zur Folge, dass konkurrierende Tarifverträge (also die der phönixhaft aus der Asche entstandenen CGB-Tarifgemeinschaft)¹³ nicht mehr nach §§ 9 Nr. 2 „Teilsatz“ 2, 10 Abs. 4 S. 3 AÜG auf die DGB-Lohnuntergrenze verpflichtet sind.

II. DGB-Tarifgemeinschaft ohne eigene Tarifzuständigkeit

Während die CGZP als Spitzenorganisation in eigenem Namen Tarifverträge abschließen wollte und damit eine eigene „korporative“ Tariffähigkeit nach § 2 Abs. 3 TVG beanspruchte, ist die DGB-Tarifgemeinschaft eine „echte“ Tarifgemeinschaft, bei der nicht die Vereinigung der Mitglieder, sondern die Mitglieder gemeinsam dann mehrgliedrig-einheitliche Tarifverträge abschließen¹⁴. Dementsprechend hat eine Tarifgemeinschaft keine eigene Tarifzuständigkeit – vielmehr legen ihre Mitglieder beim mehrgliedrigen Tarifvertrag ihre jeweiligen Tarifzuständigkeiten „zusammen“. Die Tarifgemeinschaft ist ein bloßes Korsett, das die individuelle Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit ihrer Mitglieder vereint¹⁵.

Das hat zunächst verfahrensrechtliche Konsequenzen: Ein Verfahren nach § 97 ArbGG über die Tarifzuständigkeit einer Tarifgemeinschaft ist unzulässig – weil die Tarifgemeinschaft keine eigene Tarifzuständigkeit hat. Möglich sind allein Beschlussverfahren über die Tarifzuständigkeit der der Tarifgemeinschaft angehörenden Einzelgewerkschaften. Immerhin wird man Aussetzungsbeschlüsse nach § 97 Abs. S. 1 ArbGG dahin umdeuten können, dass sie auf die Tarifzuständigkeit der Einzelgewerkschaften bezogen sind – sonst bliebe der Ausgangsprozess womöglich ausgesetzt und zugleich liefe das kompensatorische Antragsrecht nach § 97 Abs. 5 S. 2 ArbGG leer: ein klarer Verstoß gegen die Justizgewährleistungspflicht. Dagegen kann der gestellte Feststellungsantrag nicht umgedeutet werden, weil die Feststellung einer quasi-kollektiven „Gesamt-Tarifzuständigkeit“ etwas anderes ist, als die getrennte Feststellung von Einzel-Tarifzuständig-

keiten der DGB-Gewerkschaften. Ne ultra petita gilt auch im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren, §§ 80 Abs. 2, 46 Abs. 2 ArbGG, § 308 ZPO. Das ArbG Berlin (oder spätestens das LAG Berlin-Brandenburg) müsste also den Antragsteller darauf hinweisen, dass der Antrag auf negative Feststellung der Tarifzuständigkeit der DGB-Gewerkschaften in der Zeitarbeit umzustellen ist auf Einzelanträge bezogen auf die acht Mitgliedsgewerkschaften. Zuständig sind die Arbeitsgerichte an den jeweiligen Gewerkschaftssitzen, § 17 Abs. 1 ZPO. Das ArbG Berlin ist mithin zuständig nur für ver.di und GdP. Ansonsten sind die Verfahren auf Antrag zu verweisen (§ 281 Abs. 1 S. 1 ZPO) an die örtlich zuständigen Arbeitsgerichte in Frankfurt (IG B.A.U., EVG, GEW, IG Metall), Hannover (IG BCE) und Hamburg (NGG).

III. Tarifzuständigkeitsregeln in den Satzungen der DGB-Gewerkschaften

An der DGB-Tarifgemeinschaft Zeitarbeit sind alle acht DGB-Gewerkschaften beteiligt. Dementsprechend können die DGB-Zeitarbeitstarifverträge zunächst nur wirksam sein, wenn die zusammengelegten Tarifzuständigkeiten aller Gewerkschaften die Tarifregelungen decken („additive Tarifzuständigkeit“). Dabei ist zu beachten, dass die Zeitarbeit eine eigene (Dienstleistungs-)Branche ist, also nicht von Rechts wegen der jeweiligen Einsatzbranche zugeschlagen wird. Das hat das BAG für die Sittenwidrigkeitskontrolle explizit ausgesprochen: „Maßgeblich ist der Tariflohn des Wirtschaftszweigs, in dem der Kläger beschäftigt war. Das sind hier Zeitarbeitsunternehmen. Diese bilden einen eigenen Wirtschaftszweig, die Arbeitnehmerüberlassung. Dieser Wirtschaftszweig unterscheidet sich von anderen Branchen.“¹⁶ Eben hiervon geht auch das AÜG aus – sowohl mit seiner „brancheneigenen“ Lohnuntergrenze als auch mit der Tarifdispositivität der Entgeltgleichstellung. Auch die die in der statistischen Wirtschaftszweigklassifikation zum Ausdruck kommende Verkehrsauffassung ordnet die Zeitarbeit einer eigenen Klassifikation zu: „78 Vermittlung und Überlassung von Arbeitskräften“¹⁷.

1. DGB-Satzungsabstimmung

Normalerweise folgt die Revierabgrenzung der DGB-Gewerkschaften dem organisationspolitischen Prinzip „ein Betrieb – eine Gewerkschaft – ein Tarifvertrag“, das der DGB seinen Mitgliedern vorgibt. In der Zeitarbeit haben sich die DGB-Gewerkschaften auf ein anderes Modell geeinigt: Die für den Stamm- oder Einsatzbetrieb zuständigen Fachgewerkschaften sollen auch für die dorthin entsandten Arbeitnehmer zuständig sein. Damit folgt diese Tarifzuständigkeit letztlich dem Modell der Gleichstellung in den wesentlichen Arbeitsbedingungen nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2, 10 Abs. 4 AÜG, das die Zeitarbeitnehmer auch an die Tarifbedingungen im Einsatzbetrieb „andockt“.

10 www.personaldienstleister.de/fileadmin/user_upload/04_Themen/Tarifvertraege/_DGB_Tarifvertrag_2011.pdf (Abruf: 12.7.2012).

11 www.personaldienstleister.de/fileadmin/user_upload/04_Themen/Tarifvertraege/TV_BZ_ME.pdf und www.personaldienstleister.de/fileadmin/user_upload/04_Themen/Tarifvertraege/TV_BZ_Chemie.pdf (Abruf: 13.7.2012).

12 Dazu die Erste Lohnuntergrenzen-Rechtsverordnung vom 21.12.2011, BAnz 2011, 4608.

13 www.personaldienstleister.de/fileadmin/user_upload/04_Themen/Tarifvertraege/_AMP_CGB_Tarifvertrag_2012.pdf (Abruf: 13.7.2012).

14 Zur Tarifgemeinschaft *Dymke*, Tarifgemeinschaft und mehrgliedriger Tarifvertrag, 2003; *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 394 ff.; eindrucksvoll schon *Meves*, NZfA 1930, Sp. 215.

15 *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 416.

16 BAG, 24.3.2004 – 5 AZR 303/03, NZA 2004, 971.

17 www.destatis.de/DE/Methoden/Klassifikationen/GueterWirtschaftsklassifikationen/_.html (Abruf: 12.7.2012); zur tarifrechtlichen Berücksichtigung derselben: *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 207; jetzt auch BAG, 18.4.2012 – 5 AZR 630/10 für die Lohnwucherprüfung.

Die DGB-Gewerkschaften wollen selbst die Arbeitsbedingungen für die in ihre Branche überlassenen Zeitarbeitnehmer regeln – auch und gerade um das die eigenen Stammtarifverträge bedrohende Lohngefälle zu beherrschen. Deutlich wird das an den neuen Zuschlagstarifverträgen in der Metall- und der Chemischen Industrie, die eine Entgeltsteigerung für die Leihkräfte nach Einsatzdauer vorsehen. Zugleich aber brauchen die DGB-Gewerkschaften eine „Gesamtтарifzuständigkeit“ für die Zeitarbeit um diejenigen „tariflichen Mindeststundenentgelte“ vereinbaren zu können, die nach § 3a AÜG durch Rechtsverordnung zur allgemeinverbindlichen Lohnuntergrenze werden.

2. Fachgewerkschaftliche Doppelzuständigkeiten

Das DGB-Konzept zielt also auf eine Tarifzuständigkeit, die darauf gründet, dass der Leiharbeiter in einen Betrieb derjenigen Einsatzbranche überlassen ist, für die die jeweilige DGB-Gewerkschaft primär zuständig ist. Die Zeitarbeitszuständigkeit ist also Sekundär- oder Annexzuständigkeit.

a) Satzungsregeln

Umgesetzt haben dieses Konzept bislang nur IG BCE, IG Metall, IG B.A.U. und GEW. Ver.di ist ein Sonderfall. Betrachten wir die Satzungsregeln¹⁸:

- Die *IG BCE* regelt die Tarifzuständigkeit über die Mitgliedschaftsvoraussetzungen in § 1 Nr. 3 Abs. 2 der Satzung vom 12.10.2009: „Mitglied werden können auch Arbeitnehmer/-innen, die von einem Verleihbetrieb an die vom Organisationsbereich der IG BCE erfassten Betriebe (Entleihbetrieb) zur Arbeitsleistung überlassen sind, sowie aus Verleihbetrieben, die ausschließlich oder ganz überwiegend an Betriebe Arbeitnehmerüberlassung betreiben, die vom Organisationsbereich der IG BCE erfasst werden.“
- Die *IG Metall* definiert in der Präambel des Organisationskataloges (Anhang 2 zur Satzung i. d. F. 1.1.2012) die Tarifzuständigkeit mit dem Organisationsbereich: „einschließlich der Arbeitnehmer/-innen, die von einem Verleihbetrieb an die vom Organisationsbereich der IG Metall erfassten Betriebe (Entleihbetriebe) zur Arbeitsleistung überlassen sind, sowie Verleihbetriebe, die ausschließlich oder ganz überwiegend an Betriebe Arbeitnehmerüberlassung betreiben, die vom Organisationsbereich der IG Metall erfasst werden.“
- Ebenso verfährt die *IG B.A.U.* in ihrer Berliner Satzung 2009 „Zum Organisationsbereich gehören zudem ArbeitnehmerInnen, die von einem Betrieb oder einer selbstständigen Betriebsabteilung an vom Organisationsbereich erfasste Betriebe oder selbstständige Betriebsabteilungen (Entleihbetriebe) zur Arbeitsleistung überlassen sind oder überwiegend überlassen werden, sowie aus Verleihbetrieben oder selbstständigen Verleihbetriebsabteilungen, die überwiegend an vom Organisationsbereich erfasste Betriebe oder selbstständige Betriebsabteilungen Arbeitnehmer überlassen.“
- Die Satzung der *GEW* i. d. F. 15.10.2009 regelt in § 6 Organisationsbereich unter Nr. 2 S. 2: „Dies gilt auch für die in diesen Bereichen beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus Arbeitnehmerüberlassungen (Leiharbeit).“

b) Keine personale Arbeitseinsatz-Tarifzuständigkeit

IG BCE, IG Metall, IG B.A.U. teilen also ihre Zeitarbeits-Tarifzuständigkeit auf:

- in eine personale Tarifzuständigkeit, die jeden einzelnen Leiharbeiter erfasst – aber nur für die Zeit seines Arbeitseinsatzes im Primärbranchenbetrieb „sowie“
- in eine betriebliche Tarifzuständigkeit, die danach fragt, ob der Verleihbetrieb in einem bestimmten Umfang („ausschließlich oder ganz überwiegend“, „überwiegend“) an Unternehmen der Primärbranche verleihen.

Die GEW hingegen kennt nur die personale Komponente, erfasst also die in ihre Organisationszuständigkeit „hineinverleihen“ Arbeitnehmer.

Die Branchenzuschlagstarifverträge stellen ausschließlich auf die Zeit des Arbeitseinsatzes ab. So bestimmt § 2 Abs. 1 des Tarifvertrages über Branchenzuschläge für Arbeitnehmerüberlassungen in der Metall- und Elektroindustrie (TV BZ ME) vom 22.5.2012: „Arbeitnehmer erhalten bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Dauer ihres jeweiligen Einsatzes im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung in einem Kundenbetrieb der Metall- und Elektroindustrie einen Branchenzuschlag.“ Entsprechend lautet § 2 Abs. 1 des Tarifvertrages über Branchenzuschläge für Arbeitnehmerüberlassungen in der Chemischen Industrie (TV BZ Chemie) vom 14.6.2012.

Nun unterliegen die Tarifzuständigkeitsregeln in den Satzungen der Gewerkschaften einer Rechtskontrolle¹⁹. An ihr scheitert die personale Ausrichtung auf den Arbeitseinsatz im Primärbranchenbetrieb. Individualarbeitsverhältnisse können nicht in Einsatzphasen mit unterschiedlicher Tarifzuständigkeit aufgesplittet werden – und dies nach Merkmalen des vom Verleiher als Vertragsarbeitgeber bestimmten Arbeitseinsatzes. Damit wird keine einheitliche Tarifzuständigkeit für das Arbeitsverhältnis geschaffen. Ein Arbeitsverhältnis muss der zuständigen Gewerkschaft stets „ganz oder gar nicht“ zugeordnet werden. Das folgt aus § 4 Abs. 1 S. 1 TVG, der das Arbeitsverhältnis als „kleinste Geltungseinheit“ des Tarifvertrages benennt. Die Gewerkschaft muss für das Zeitarbeitsverhältnis insgesamt als Tarifpartner zur Verfügung stehen. Mit der Beschränkung auf Einsatzphasen verweigert sich die Gewerkschaft allen übergreifenden Arbeitsbedingungen – vom Entgelt für überlassungsfreie Zeiten (das § 3a Abs. 1 S. 2 AÜG voraussetzt) über alle Fragen, die das Arbeitsverhältnis als solches (und nicht nur den Einsatz) betreffen, von den Abschluss- bis zu den Beendigungsnormen. Ein Blick in den BAP-DGB-Zeitarbeitstarif belegt das: Eine nur phasenzuständige Gewerkschaft kann bei kurzen Einsätzen keine monatliche Arbeitszeit regeln (§ 2), kein Arbeitszeitkonto (§ 4), das gerade dem Ausgleich unterschiedlicher Arbeitszeiten in unterschiedlichen Einsatzbetrieben dient, nichts über Begründung/Beendigung des Arbeitsverhältnisses regeln (§ 9) und auch keine Vorgaben für die Entgeltfortzahlung im einsatzfreien Krankheitsfall (§ 10) machen. Auch der Urlaub (§ 11), die langfristig konzipierte Entgeltumwandlung (§ 14) sowie Jahressonderzahlungen (§ 15) ließen sich nur regeln, wenn der die Zuständigkeit begründende Arbeitseinsatz das Kalenderjahr übersteigt. Im Kern zielt jede Arbeitseinsatz-Tarifzuständigkeit allein auf das Entgelt. Die Tarifzuständigkeit kann aber nicht auf bestimmte Arbeitsbedingungen beschränkt werden – weil der Verband dann für die umfassende tarifliche Konfliktlösung nicht mehr legitimiert ist. Kein Arbeitgeberverband kann Arbeitszeitfragen aus seiner Zuständigkeit herausnehmen oder nur für die Arbeitsbedingungen von Angestellten zur Verfügung stehen. Tabuzonen sind unzulässig; für Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit

¹⁸ Jeweils leicht im Netz zu finden.

¹⁹ Eingehend Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 229 ff. m. w. N.

gilt der Grundsatz „Alles oder Nichts“²⁰. Das gilt auch für Gewerkschaften. Folge ist, dass die Satzungsänderung über die Tarifzuständigkeit insoweit unwirksam ist²¹. Auch eine „Sondertarifzuständigkeit“ nur für die Zeitarbeit ist tarifrechtlich nicht machbar. Dass insbesondere die Entgeltgleichstellung tarifdispositiv ist, heißt ja nicht, dass gerade die Gewerkschaften der Einsatzbetriebe eine Sondertarifmacht in Anspruch nehmen könnten. Vielmehr ist mit jener Tarifdispositivität wie sonst auch auf das bestehende Tarifsystem Bezug genommen – und damit auch auf die Anforderungen an Tariffähigkeit und Tarifzuständigkeit.

Das aber heißt: Jede „phasenweise“ Anknüpfung der Tarifzuständigkeit an Arbeitseinsätze ist unwirksam. Deshalb hat die GEW gar keine Zuständigkeit für Zeitarbeitnehmer und auch bei IG Metall, IG BCE und IG B.A.U. scheitern mit ihrer Arbeitseinsatz-Zuständigkeit der jeweils ersten und personalen Variante ihrer Zuständigkeitsregel.

c) Bestimmtheit der betriebsbezogenen Variante

Bleibt also die zweite Variante für IG Metall, IG BCE und IG B.A.U.: die Tarifzuständigkeit für „Verleihbetriebe“. Sie scheitert zumindest teilweise an der Bestimmtheit. Mit Verleihbetriebe ist zunächst die durch das AÜG definierte Arbeitnehmerüberlassung als Branche gemeint. Das AÜG selbst benutzt die Begriffe „Verleih“ und „Verleiher“ (etwa in § 9). Das eigentliche Problem ist der Bezug zur Primärbranche. Erfasst werden sollen nicht alle Zeitarbeitsunternehmen, sondern nur deren Betriebe, soweit sie infolge eines bestimmten „Dienstleistungsumfangs“ als Sekundäreinheiten mit der Primärbranche verbunden sind. Solches „Zurechnen“ von (früher meist ausgegliederten) Hilfsunternehmen, die Dienstleistungen für die von der Gewerkschaft betreuten Primärunternehmen erbringen, sehen fast alle Gewerkschaften und auch Arbeitgeberverbände in ihren Satzungen vor – etwa für „dazugehörende Dienstleistungsbereiche“ (so Südwestmetall) oder für „die zu den erwähnten Wirtschaftszweigen gehörenden Reparatur-, Zubehör-, Montage-, Dienstleistungs- und sonstigen Hilfs- und Nebenbetriebe[n] und Zweigniederlassungen sowie die Betriebe anverwandter Industrie-, Handwerks- und Dienstleistungszweige“ (so die IG Metall). Das ist durchweg zu unbestimmt, weil niemand definiert und erklären kann, was „dazugehörig“ heißen soll²².

Doch muss die in Anspruch genommene Tarifzuständigkeit aus der Satzung klar und eindeutig hervorgehen²³. In den Worten des BAG: „Die den Tarifvertragsparteien [...] zukommende Normsetzungsbefugnis verlangt nach einer ausreichenden Transparenz der Zuständigkeitsgrenzen. Diese müssen für die handelnden Organe der Vereinigung selbst, für den sozialen Gegenspieler und für Dritte zuverlässig zu ermitteln sein. Dabei können Umstände außerhalb der Satzung, die sich in ihr nicht niederschlagen, keine Rolle spielen. Das gebietet die Rechtssicherheit.“²⁴ Allerdings hat das BAG dies für das „insbesondere“ in der DHV-Satzung entschieden; ungeklärt ist noch, ob für die Satzungslegung von DGB-Gewerkschaften andere, großzügigere Maßstäbe gelten²⁵. Auch eine ergänzende Auslegung durch die Gerichte (im Verfahren nach § 97 ArbGG) ist nicht statthaft, damit griffe das Gericht in die der Gewerkschaft oder dem Verband vorbehaltenen Koalitionszwecksetzungsautonomie ein.

Hier ist zwar der Dienenzweck mit der Arbeitnehmerüberlassung klar bezeichnet – nicht aber der dafür erforderliche Umfang. Ob die Arbeitnehmerüberlassung an Betriebe der jeweiligen Primärbranche „ausschließlich oder ganz überwiegend“ oder auch nur „überwiegend“ erfolgt, so dass der jeweilige Verleihbetrieb dadurch insgesamt

der Tarifzuständigkeit der Fachgewerkschaften ausgeliefert ist, ist in vier Punkten (zu) unbestimmt:

- Erstens fehlt jeder *Referenzzeitraum*: Die quantitative Beurteilung der Überlassungstätigkeit des Verleihbetriebes kann sich im Zeitablauf ändern. Welcher Bezugsrahmen gilt? Je nachdem, ob man auf einen Ein-Jahres-Zeitraum, eine Zwei-Jahres-Frist oder eine Fünf-Jahres-Periode abstellt, können ganz unterschiedliche Zuordnungen folgen. Das ist nicht hinreichend eindeutig. Und selbst wenn man sich – was aber letztlich ein Akt ergänzender Satzungslegung ist – für eine Jahresfrist ausspricht²⁶, bleibt noch zu klären, ob das Kalenderjahr oder das Geschäftsjahr maßgebend ist. Und dann ist zu entscheiden, ob das Vorjahr oder das laufende Jahr zur Beurteilung heranzuziehen ist. Letzteres könnte dazu führen, dass mitten im Jahr die Zuordnung zur Fachtarifzuständigkeit wechselt; die Tarifzuständigkeit und damit die Tarifgeltung zu oszillieren beginnt. Hier muss die Gewerkschaft selbst in ihrer Satzung definieren, wie ihre Tarifzuständigkeit ermittelt werden soll.
- Zweitens sind zwar „ausschließlich“ und „überwiegend“ im Sinne der Mischbetriebsrechtsprechung zu den Geltungsbereichsregelungen als „Manntagebezogen“ zu verstehen²⁷. Der Verleihbetrieb muss also zählen, wie viele Arbeitnehmer er mit welchem Arbeitsstundendeputat in welche Betriebe und Unternehmen mit welcher primärfachlichen Ausrichtung entleiht. Die Satzung der IG B.A.U. erfasst also solche Verleiher, bei denen mehr als 50 % der Gesamtüberlassungszeit dem Zuständigkeitsbereich Bauen-Agrar-Umwelt zuzuordnen sind. Was aber ist „ganz überwiegend“ – sicher mehr als überwiegend, aber weniger als ausschließlich. Niemand weiß, was das heißt. Jene Satzungsbestimmungen müssten ein quantitatives Maß bestimmen, welches für „ganz überwiegend“ erreicht sein muss – 75 %, 80 % oder gar 90 % der Manntage? Ich halte das für zu unbestimmt. In der Folge sind IG Metall und IG BCE lediglich für solche Zeitarbeitsbetriebe zuständig, die „ausschließlich“ an Betriebe der eigenen Branchen überlassen. Das dürften nicht viele sein, weil schon eine einzige Überlassung in eine andere Branche innerhalb des Bezugszeitraums schadet.
- Drittens: Was ist ein „Verleihbetrieb“ und welche Leihkräfte sind ihm für die Zählung zugeordnet? Normalerweise meinen solche Zuordnungsregeln in den Satzungen aber auch in den Geltungsbereichsvorgaben der Tarifverträge mit „Betrieb“ diejenige organisatorische Einheit, in der der Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen²⁸. Maßgebend ist grundsätzlich der betriebsverfassungsrechtliche Betriebsbegriff, schon weil die Tarifparteien Betriebsnormen und betriebsverfassungsrechtliche Regelungen ermöglichen wollen. In der

20 Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 155; Oetker, in: Wiedemann, TVG, 7. Aufl. 2007, § 2 Rn 81, 370 f.; Löwisch, ZfA 1974, 29, 34 ff.; Martens, Anm. zu BAG, 19.11.1985 – 1 ABR 37/83, SAE 1987, 1 ff., 9; Peter, in: Däubler, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 48; Kempen, in: Kempen/Zachert, TVG, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn 32.

21 Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 274.

22 Dazu Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 216 ff.

23 Eingehend Rieble, FS Buchner, 2009, 760 ff. Zum vereinsrechtlichen Satzungsbestimmtheitsgebot BGH, 6.3.1967 – II ZR 231/64, WM 1967, 606; 2.6.2008 – II ZR 289/07, NJW-RR 2008, 1357.

24 BAG, 10.2.2009 – 1 ABR 36/08, NZA 2009, 908, 911 ff.

25 Vgl. die skurrilen Entscheidungen BAG, 4.6.1980 – 4 AZR 379/78, AP Nr. 32 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau und 29.6.2004 – 1 ABR 14/03, NZA 2004, 1236.

26 Dazu Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 211.

27 Dazu nur BAG, 25.11.1987 – 4 AZR 361/87, NZA 1988, 317; 25.2.1987 – 4 AZR 240/86 – AP Nr. 81 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau sowie BAG, 19.2.2003 – 4 AZR 118/02 – AP Nr. 17 zu § 2 TVG Tarifzuständigkeit.

28 BAG, 22.1.2009 – 6 AZR 922/07, ZTR 2009, 325; 25.1.2005 – 9 AZR 44/04, NZA 2005, 1365; 30.11.1994 – 10 AZR 628/92 – juris; 25.4.1995 – 3 AZR 528/94, NZA 1995, 1205.

Arbeitnehmerüberlassung ist der arbeitsorganisatorische Betriebsbegriff hingegen weithin untauglich, weil der Verleiher außer seinen Einsatzzentralen keine eigene Arbeitsorganisation hat. Und die Zuordnung der Arbeitnehmer zu den Einsatzzentralen kann jedenfalls bei qualifizierten Kräften wechseln – und sogar tarifausweichend gestaltet werden. Ist also das Unternehmen gemeint? Und dann bleiben noch die Mischbetriebe der Personaldienstleister, die also Zeitarbeit kombinieren mit anderen selbständigen Dienstleistungen insbesondere durch Dienst- und Werkverträge. Muss dann nur der Verleiher für sich genommen ausschließlich oder überwiegend in die Primärbranche verleihen? Oder schadet das Fremdgeschäft. Auch das ist zu unbestimmt.

- Schließlich: Wie aber stellen die Verleiher fest, wie all ihre Kunden fachlich einzuordnen sind? Für den Verleiher, der ausschließlich einen großen Automobilhersteller bedient, ist dessen Metallzuordnung klar. Indes kann ein Verleiher, der eine Vielzahl von Kunden hat, schwerlich ein eigenes „Kundentarifregister“ führen und auch nicht tarifrechtliche Zweifelsfälle der Zuordnung seiner Kunden klären – seien es Mischbetriebe, seien es „zugehörige“ Hilfsunternehmen. Die beiden Branchenzuschlagstarife sehen das Problem, lösen es aber gänzlich unzureichend: Sie stellen in ihrer Geltungsbereichsregelung darauf ab, dass in „Zweifelsfällen hinsichtlich der Einordnung eines Kundenbetriebs [...] als maßgebliches Entscheidungskriterium der im Kundenbetrieb angewandte Tarifvertrag“ gilt; auch sei im Überlassungsvertrag „gem. § 12 AÜG [...] die Branchenzugehörigkeit festzuhalten“²⁹. Die fehlerhafte Tarifierung durch den Kunden oder die Falscheinschätzung im Überlassungsvertrag übersteigt schon die Tarifzuständigkeit, weil in den Satzungen eine solche Klausel fehlt. Sie ist zudem nichtig, weil der Tarifinhalt so letztlich vom Kunden bestimmt wird – und nicht von den Tarifparteien. Ich halte insoweit auch die Satzungsklauseln für faktisch, nicht rechtlich zu unbestimmt, weil das theoretisch „richtige“ rechtlich eindeutige Ergebnis nicht rechtssicher ermittelt werden kann.

d) Erste Konsequenz für Zuschlagstarifverträge

Die Einzeltarifzuständigkeit von IG BCE und IG Metall fehlt also entweder ganz oder ist auf den ganz ausschließlichen Verleih in die Primärbranche beschränkt. Man merkt den Satzungen an, dass sie primär aus Sicht der Stammbeschäftigten geschrieben sind, die die Gewerkschaften vor Unterbietungswettbewerb schützen wollen. Um als Tarifparteien der Zeitarbeit ernst genommen zu werden, benötigen die Gewerkschaften eine konkrete Anschauung dieser Branche. Daran scheint es noch zu fehlen.

Damit aber sind die Branchenzuschlagstarifverträge ganz oder teilweise unwirksam: Tarifparteien können Tarifverträge nur innerhalb ihrer Tarifzuständigkeit abschließen. Deswegen ist nach ganz herrschender Meinung die gemeinsame Tarifzuständigkeit beider Tarifvertragsparteien die äußerste Grenze des Geltungsbereichs. Die in der Satzung der Tarifverbände einseitig geregelte Tarifzuständigkeit beschränkt das rechtliche Können der Tarifparteien. Ein Tarifvertrag, dessen Geltungsbereich die gemeinsame Tarifzuständigkeit übersteigt, ist insoweit, also mit dem überschießenden Teil notwendig unwirksam und kann außerhalb der gemeinsamen Tarifzuständigkeit nicht gelten. Das hat das BAG vielfach gesagt, etwa: „Fehlt die Tarifzuständigkeit, ist der Tarifvertrag wegen Fehlens einer Wirksamkeitsvoraussetzung unwirksam. Geht der Geltungsbereich eines Tarifvertrags teilweise über

die in der Satzung einer tariffähigen Vereinigung festgelegte Tarifzuständigkeit hinaus, ist der Tarifvertrag insoweit nichtig.“³⁰

Jeder Verleiher kann also die Zahlung von Branchenzuschlägen verweigern und die fehlende Tarifzuständigkeit von IG BCE und IG Metall rügen. Sollte ein Arbeitnehmer den Zuschlag einklagen, müsste das Arbeitsgericht notwendig nach § 97 Abs. 5 S. 1 ArbGG aussetzen. Der Arbeitnehmer kann seinen Anspruch dann nur durchsetzen, indem er seinerseits mit der Antragsbefugnis des § 97 Abs. 5 S. 2 ArbGG das besondere Statusfeststellungsverfahren über die tarifschließende Gewerkschaft durchführt.

Und das BMAS muss in seine Überlegungen, solche Zuschlagstarife in die Lohnuntergrenze des § 3a AÜG „einzupflegen“, die tarifrechtlichen Risiken einstellen. Irgendwann wird ein AVE-Geschädigter, dem das BMAS eine unwirksame Allgemeinverbindlicherklärung oktroyiert hat, auf staatshaftungsrechtliche Gedanken kommen.

e) Erste Konsequenz für die Lohnuntergrenze

Die Lohnuntergrenze des § 3a AÜG ist eine Sonderform der Allgemeinverbindlicherklärung. Das heißt zuerst: Sie kann den von der Tarifzuständigkeit der DGB-Gewerkschaften begrenzten Geltungsbereich nicht ausdehnen. Darüber hinaus ist die Allgemeinverbindlicherklärung durch Rechtsverordnung insgesamt nichtig, wenn ihre Voraussetzungen fehlen, was das Verwaltungsgericht eingehend zu überprüfen hat³¹. Nun hängt die Lohnuntergrenze des § 3a AÜG nicht am 50-Prozent-Quorum des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TVG. Indes hat das BMAS nach § 3a Abs. 3 S. 3 Nr. 2 AÜG „die Repräsentativität der vorschlagenden Tarifvertragsparteien“ zu berücksichtigen, also in seine Abwägung einzustellen. Das aber heißt: Eine irrtümliche Verkennung der Tarifzuständigkeit einzelner in der Zeitarbeit tarifierenden Gewerkschaften schlägt auf deren Repräsentativität durch und begründet einen Abwägungsfehler. Abwägungsfehler aber machen die Rechtsverordnung als Normsetzungsakt nichtig³² – und das kann von den Verwaltungsgerichten als Rechtsverletzung auch festgestellt werden. Der Vorteil liegt darin, dass Verwaltungsgerichte nicht sozialpolitisch, sondern juristisch entscheiden und deshalb anders als die Arbeitsgerichte keine „soziale Neigung“ für die Allgemeinverbindlicherklärung entfalten³³. Zur Vorbereitung einer solchen Klage kann jeder Betroffene nach dem Informationsfreiheitsgesetz vom BMAS Akteneinsicht verlangen; nach ersten Erfahrungen mit dem Ministerium ist auch dies verwaltungsgerichtlich durchzusetzen³⁴.

3. Nullzuständigkeit von NGG, EVG und GdP

Andere DGB-Gewerkschaften, wie etwa die NGG (Satzung 2009) die EVG (Satzung 30.11.2011), oder die GdP (Satzung 24.11.2010) weisen in ihrer Satzung überhaupt keine Zeitarbeits-Tarifzuständigkeit auf. Insoweit ist es allenfalls denkbar, jenen Gewerkschaften eine Tarifzu-

²⁹ So § 1 Nr. 2 Abs. 2 Branchenzuschlagstarif Chemie, wortgleich § 1 Nr. 2 Abs. 2 Branchenzuschlagstarif Metall.

³⁰ BAG, 29.7.2009 – 7 ABR 27/08, NZA 2009, 1424; weiter 19.11.1985 – 1 ABR 37/83, NZA 1986, 480; 24.7.1990 – 1 ABR 46/89, NZA 1991, 21; 18.7.2006 – 1 ABR 36/05, NZA 2006, 1225. Aus der Literatur nur Oetker, in: Wiedemann, TVG, 7. Aufl. 2007, § 2 Rn. 56.

³¹ BVerwG, 28.1.2010 – 8 C 19/09, NZA 2010, 718 für eine Rechtsverordnung nach dem AEntG; 8 C 38/09, NZA 2010, 1137 für die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG. Weiter Sittard, ZTR 2011, 131 ff.

³² Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 5 Rn. 211, 243.

³³ Zur rechtsstaatswidrigen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 5 Rn. 258 ff.

³⁴ Dazu VG Berlin, 23.5.2012 – VG 2 K 96.11. Das BMAS hat sich ernstlich hinter dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Tarifverbände verschanz; diesen Zahn hat ihm der Berliner Rechtsanwalt Reuter gezogen: www.reuter-arbeitsrecht.de/wp-content/uploads/Urteil-VG-Berlin-Reuter-BRD.pdf (Abruf: 13.7.2012).

ständigkeit für die Zeitarbeit über solche Satzungsklauseln zu eröffnen, die Hilfsunternehmen in die Zuständigkeit einbeziehen:

§ 2 lit b der Satzung NGG i. d. F. 1.1.2009: „wirtschaftlich-organisatorisch den Nahrungs- und Genussmittelunternehmen zugeordneten Dienstleistungsbetrieben, z.B. Datenverarbeitung, Organisation, Logistik und Bildungseinrichtungen etc.“

In § 2 der EVG Satzung i. d. F. 24.11.2011 fehlt auch eine solche Tarifzuständigkeit. Die EVG könnte allenfalls für einen Verleiher zuständig sein, der zu den „im Zuge der 2. Stufe der Bahnreform aus der DB AG hervorgegangenen Unternehmen“ zählt.

Die GdP schließlich hat keine solche Zuständigkeit (§ 4 der Satzung i. d. F. 24.11.2010).

Insofern ist es einigermassen skurril, dass die EVG mit BAP ebenfalls einen Zuschlagstarif verhandeln will³⁵. Sie mag erst einmal die Satzung ändern.

In Betracht kommt also nur die NGG. Nun hat das BAG in einer kunstvollen Auslegung der damaligen ver.di-Satzung gemeint, „Servicebetriebe von Zeitungsverlagen“ könnten auch Verleiher sein – damit ver.di in den Genuss der Antragsbefugnis gegen die CGZP kam³⁶. Allein: Das war dort und wäre hier zweifelhaft. Dienstleistungsbetriebe müssen, gerade angesichts der Regelbeispiele in der NGG-Satzung einen eigenen Betriebszweck haben. Dieser aber fehlt Zeitarbeitsunternehmen. Außerdem ist die NGG-Satzung auch insofern zu unbestimmt: Was heißt „wirtschaftlich-organisatorisch [...] zugeordnet“? Welche Kriterien sind maßgebend?

Das wirft ein erhebliches Folgeproblem für die Flächentarifverträge der Zeitarbeit, also insbesondere das DGB-BZA-Tarifwerk, aber ebenso die der Lohnuntergrenzen-Rechtsverordnung zugrunde liegende Mindeststundenentgeltvereinbarung auf: Am Tarifabschluss haben in der DGB-Tarifgemeinschaft ersichtlich Gewerkschaften teilgenommen, denen jede Tarifzuständigkeit für die Zeitarbeit fehlt. Wie sich das auf den Tarifabschluss auswirkt, ist ungeklärt. Einerseits will der Erste Senat die Mitwirkung tariffremder Dritter, insbesondere von Betriebsräten, an Standortsicherungstarifverträgen zulassen³⁷. Andererseits betont der Tarifsenat einen strikten „Gleichlauf von Verantwortlichkeit und Betroffenheit“ bei Abschluss von Tarifverträgen, der es verbiete, dass OT-Mitglieder an tarifpolitischen Entscheidungen mitwirkten³⁸. Insofern gilt auch nach der Lehre ein „tarifrechtliches Reinheitsgebot“³⁹. In der DGB-Tarifgemeinschaft sind aber die Gewerkschaften ohne jede Zeitarbeitstarifzuständigkeit nur „OT-Mitglieder“ auf Verbandsebene, die sich in dasjenige einmischen, was sie nichts angeht. Die Frage nach dem „Was denn nun?“ muss das BAG noch auflösen. Bisher nutzt es die unterschiedliche Positionierung zu Tariferhalt und Tarifaufdehnung. Wenn ein Tarifvertrag durch Drittmithilfe gefährdet wäre, spielt diese keine Rolle; umgekehrt wird die Mitwirkungsmöglichkeit der OT-Mitglieder zur Tariferstreckung auf jene genutzt. Dürfen Rechtsnormen je nach gewünschtem Ergebnis oder nach sozialpolitischer Güte der Tarifbeteiligten unterschiedlich angewandt werden?

4. Ver.di als Leiharbeitsgewerkschaft

Ver.di als Dienstleistungsgewerkschaft beansprucht in 1.2.4 Abs. 2 des Organisationskataloges (Anhang 1 der Satzung) eine besondere „Aufgangzuständigkeit“ für die Zeitarbeit in zwei Satzungsversionen.

– Diese Satzungsbestimmung lautete bis März 2011: „Dies erfasst auch Unternehmen der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, sofern diese nicht ausschließlich oder ganz überwiegend für Betriebsleistungen anbieten, für die eine andere DGB-Gewerkschaft

nach ihrer im DGB-Bundesvorstand bzw. im DGB Bundesausschuss abgestimmten Satzung organisationszuständig ist. Die Zuständigkeit erstreckt sich außerdem auf Arbeitnehmer/-innen, die von einem Verleihbetrieb an die vom Organisationsbereich der ver.di erfassten Betriebe (Entleihbetriebe) zur Arbeitsleistung überlassen sind.“ Das war schlechthin unzulässig, weil ver.di die eigene Tarifzuständigkeit *dynamisch-negativ nach Maßgabe fremder Satzungen* festlegte. Damit konnten andere DGB-Gewerkschaften mittelbar die ver.di-Satzung ändern. Die Tarifzuständigkeit rechnet zur Verfassung des Verbandes und ist notwendig von der Mitglieder- oder Vertreterversammlung zu regeln⁴⁰.

– Auf erhobene Kritik hat der Bundeskongress von ver.di 2011 folgende Neufassung beschlossen: „Dies umfasst auch Betriebe der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung, sofern diese Leistungen für den allgemeinen Markt oder, ausschließlich oder überwiegend, Leistungen für Betriebe und Verwaltungen im Organisationsbereich der ver.di anbieten. Die Zuständigkeit erstreckt sich außerdem auf Arbeitnehmer/-innen, die von einem Verleihbetrieb an die vom Organisationsbereich der ver.di erfassten Betriebe und Verwaltungen (Entleihbetrieb) zur Arbeitsleistung überlassen sind.“ Zuvor hatte der Gewerkschaftsrat die Satzung „geändert“. Mit Blick auf weitere denkbare Satzungsänderungen ist festzuhalten: Kein Beirat kann Regelungen über die Tarifzuständigkeit und damit die Verfassung des Verbandes „erlassen“⁴¹.

Auch für ver.di gilt: Die personale Einsatzphasenzuständigkeit ist unzulässig (oben 2b). Die betriebliche Zuständigkeit, die an die Überlassung in den sonstigen Organisationsbereich von ver.di anknüpft, ist hinsichtlich des „ausschließlich oder überwiegend“ bestimmt. Aber warum soll schon das „Anbieten“ genügen? Wie will man feststellen, welchen Unternehmen im ver.di-Organisationsbereich welche Angebote zur Zeitarbeit gemacht worden sind? Das ist deutlich zu unbestimmt. Im Übrigen greifen auch hier oben 2c dargestellten die Bestimmtheitsbedenken. Streicht man die unzulässigen Klauseln heraus, so ist ver.di zuständig nur aber immerhin für „Betriebe der gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung, sofern diese Leistungen für den allgemeinen Markt anbieten“. Damit sind die großen Anbieter wie randstad, adecco und manpower sicher erfasst. Aus der Zuständigkeit fallen aber all jene Personaldienstleister heraus, die ihr Angebot auf einzelne oder einige wenige Industrieunternehmen konzentrieren und gerade nicht „allgemein“ am Markt auftreten. Auch diese Grenzziehung ist schwierig: Wieviele Kunden muss ein Zeitarbeitsunternehmen haben, damit es „allgemein am Markt“ auftritt? Ergänzend ist zu bemerken, dass karitative Verleiher, die die Integration von Arbeitslosen bezwecken und nunmehr kraft „wirtschaftlicher Tätigkeit“ dem AÜG unterfallen⁴² aus der Tarifzuständigkeit herausfallen, weil die Satzung nach wie vor auf das gewerbliche Moment und damit die Gewinnerzielungsabsicht abstellt. Wenden solche karitativen Verleiher

35 www.evg-online.org/Tarifpolitik/Aktuelles/12_07_12_Zeitarbeit/ (Abruf: 13.7.2012).

36 BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, BB 2011, 827 m. BB-Komm. Huke, NZA 2011, 289, Rn. 44.

37 BAG, 7.11.2000 – 1 AZR 175/00, NZA 2001, 727; trotz leichten Zurückruderns auch BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 86/07, NZA 2008, 1074; so auch Thüsing, NZA 2008, 201; dagegen Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 59 m. w. N.

38 BAG, 4.6.2008 – 4 AZR 419/07, NZA 2008, 1366 Rn 59 ff.; 22.4.2009 – 4 AZR 111/08, NZA 2010, 105 Rn 29 ff., 49.

39 Statt aller Bayreuther, BB 2007, 327; Buchner, NZA 1995, 766; Deinert, RdA 2007, 83; Hensche, NZA 2009, 818 f.; Schlochauer, OT-Mitgliedschaft, FS Hromadka, 2008, S. 379, 391 f.; Thüsing, ZTR 1996, 484; Wilhelm/Dannhorn, NZA 2006, 471.

40 Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 229.

41 Löwisch/Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 230; allgemein MünchKommBGB/Reuter, 6. Aufl. 2012, § 33 Rn 19.

42 Dazu Rieble/Vielmeier, EuZA 2011, 474, 476 ff.

den DGB-BZA-Tarif an, hilft ihnen das nicht aus der Entgeltgleichstellung – was wiederum die Gefahr der Strafverfolgung nach § 266a StGB mit sich bringt. Satzungsrechtlich wirksam ist diese Fokussierung gleichwohl – nur eben sozialpolitisch verantwortungslos.

Der Trick des BAG im CGZP-Verfahren, irgendwo aus anderen Stellen der Satzung von ver.di für dienende Unternehmen („Servicebetriebe“) eine punktuelle Tarifzuständigkeit auch für Zeitarbeit herauszulesen (oben 3), ist meines Erachtens nicht gangbar: Im Organisationskatalog ist unter 1.4. Abs. 1 eine umfassende Zuständigkeit für den „sonstigen privaten Dienstleistungsbereich“ beansprucht, den Abs. 2 gerade für die Zeitarbeit zurücknimmt – und dies erkennbar abschließend. Gerade weil die Neufassung der Satzung den Verleih an „Betriebe und Verwaltungen im Organisationsbereich der ver.di“ regelt, kann auf andere Aspekte nicht zurückgegriffen werden.

5. Harte Konsequenzen für die „Gesamt“-Tarifzuständigkeit der DGB-Tarifgemeinschaft

Der Umstand, dass auch die Dienstleistungsgewerkschaft ver.di nicht umfassend für die Zeitarbeit tarifzuständig ist, sondern eben nur für „Universalanbieter“, führt dazu, dass bestimmte Verleiher notwendig aus der „aufaddierten“ Tarifzuständigkeit der DGB-Tarifgemeinschaft herausfallen – weil sie weder von ver.di noch unter die (hier als wirksam unterstellten) betrieblichen Spezialzuständigkeiten von IG BCE, IG Metall und IG B.A.U fallen. Das betrifft etwa Zeitarbeitsunternehmen, die nur für einen oder wenige Logistikdienstleister arbeiten, aber auch solche, die überwiegend, aber eben nicht ausschließlich für die Holz- und Kunststoffindustrie (vertreten von der IG Metall) tätig sind. Das hat Folgen: Für solche Verleiher kann der DGB-BZA-Zeitarbeitstarif nicht gelten – weswegen es für sie beim equal-pay bleibt – und das auch rückwirkend mit allen bereits diskutierten Folgen.

Die Lohnuntergrenze scheitert dagegen ganz: Sie setzt voraus, dass der Tarifvertrag „bundesweit tarifliche Mindeststundenentgelte im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung“ regelt, § 3a Abs. 1 S. 1 AÜG. Das Erfordernis eines lückenlos für die ganze Zeitarbeit geltenden Tarifvertrags ist mit Blick auf die Wettbewerbsbeschränkungsfunktion der Lohnuntergrenze unverzichtbar – nicht anders als nach § 3 AEntG. Nur dass es dort bloß um die räumliche Lückenlosigkeit im Bundesgebiet geht, hier dagegen auch um die fachliche: Die Lohnuntergrenze soll den tariflichen Unterbietungswettbewerb für die gesamte Zeitarbeit beschränken und nicht bloß für einzelne Überlassungssegmente, weil der Wettbewerb der Verleihunternehmen nicht segmentierbar ist.

Die erforderliche lückenlose Erfassung der Zeitarbeit kann jener Mindeststundenentgelttarifvertrag gar nicht leisten, weil die aufaddierte Tarifzuständigkeit der Mitgliedsgewerkschaften nach dem eben Gesagten die Arbeitnehmerüberlassung als vom AÜG definierte Branche zwar bundesweit aber nicht insgesamt abdeckt. Insoweit rächt sich insbesondere der Verzicht von ver.di auf den Einbezug karitativer Unternehmen durch das Festhalten an der Gewerblichkeit: Jene rechnen zur von § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG definierten Arbeitnehmerüberlassung, weswegen der Mindeststundenentgelttarif nicht den „Bereich der Arbeitnehmerüberlassung“ abdeckt. Dagegen könnte man allenfalls einwenden, dass § 3a Abs. 1 S. 1 Eingangssatz AÜG für die Tarifzuständigkeit nur verlangt, dass die Gewerkschaften „zumindest auch für ihre jeweiligen in der Arbeitnehmerüberlassung tätigen Mitglieder zuständig sind“. Indes: Dieser Eingangssatz regelt nur das Vorschlagsrecht und nicht die Tarifzuständigkeit. Dass das Gesetz vom Erfordernis der Tarifzuständigkeit für die Tarifgeltung befreien wollte, ist nicht

ersichtlich. Überdies wird auch diese Voraussetzung verfehlt, weil – wie gesehen – nicht alle DGB-Gewerkschaften über eine Annexzuständigkeit für die Arbeitnehmerüberlassung verfügen. Ein allgemeiner staatlicher Mindestlohn über alle Branchen hätte diese Schwierigkeiten nicht.

Effektiv geltend zu machen ist das vor den Verwaltungsgerichten, die die Rechtsverordnung überprüfen. Ein Erfolg eröffnete den wirtschaftlich scheinbar sinnlos gewordenen Verleih in Niedriglohnbranchen und enthebt von der Notwendigkeit, in einsatzfreien Zeiten das Mindeststundenentgelt zu zahlen.

IV. Fazit

1. Die DGB-Gewerkschaften sind für die Zeitarbeitstarife weithin nicht tarifzuständig.

a) Das bedroht zuerst den allgemeinen DGB-BZA-Zeitarbeitstarif und damit das Abbedingen der gesetzlichen Entgeltgleichstellung. Womöglich schuldeten die Verleiher auch hier schon immer das Einsatzentgelt vergleichbarer Stammarbeitnehmer. Wirtschaftsprüfer mögen an Rückstellungen denken. Complianceverantwortliche müssen für die Zukunft die Strafbarkeit nach § 266a StGB in Rechnung stellen. Und die Deutsche Rentenversicherung muss sich fragen, ob sie ihren selektiven CGZP-Verfolgungseifer auf die ganze Branche ausdehnen will.

b) Die Branchenzuschlagstarife sind jedenfalls in Teilen unwirksam.

c) Die Lohnuntergrenzen-Rechtsverordnung ist nichtig, weil es keinen von einer bundesweiten Tarifzuständigkeit der Mitgliedsgewerkschaften der DGB-Tarifgemeinschaft gedeckten Mindeststundenentgelttarif für die gesamte Arbeitnehmerüberlassung gibt.

2. Man würde sich wünschen, dass die DGB-Gewerkschaften auf die Sorgfalt eigener Tarif- und Satzungsgestaltungen zumindest soviel Mühe und Kraft verwendeten, wie sie in die Bekämpfung der christlichen Gewerkschaften steckten. Eine einfache Lösung wäre die Universalzuständigkeit von ver.di für die gesamte Zeitarbeit i.S.d. AÜG. Das BAG, das in seiner ausgefuchsten Taktik als Sekundant sozialpolitischer Interessen einer Gewerkschaftsgruppierung gewirkt hat⁴³, möge sich darauf besinnen, Rechtsregeln ohne Ansehung der Person oder Partei zur Anwendung zu bringen (rule of law). Und auch die Frage nach Vertrauensschutz für die „Opfer“ fehlender Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit ist nun mit dem gebotenen Ernst zu diskutieren.

3. Alle Individualstreitigkeiten, die von der Geltung auch nur eines Zeitarbeitstarifvertrages abhängen – sei es um Entgeltgleichstellung, um Branchenzuschläge oder gar um die Lohnuntergrenze – sind nach § 97 Abs. 5 S. 1 ArbGG auszusetzen, um die Tarifzuständigkeit der Einzelgewerkschaften zu klären. Dann hat das BAG Gelegenheit, in korrekt geführten Verfahren seine Rechtsprechung zum Statusverfahren weiterzuentwickeln.

// Autor

Prof. Dr. Volker Rieble lehrt Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht in München und ist Direktor des ZAAR.



⁴³ Eindrucksvoll Giesen, FAArbR 2012, 226.